

**Vielfalt und Gleichheit –
Libérale Perspektiven auf eine gerechte Gesellschaft**

8. Liberale Rechtstagung 2025

Vielfalt und Gleichheit – Liberalen Perspektiven auf eine gerechte Gesellschaft

8. Liberale Rechtstagung 2025

Marc Bauer

Impressum

Titel des Werkes: Vielfalt und Gleichheit – Liberale Perspektiven auf eine gerechte Gesellschaft

Herausgeber: VSA e.V.

Cuvillier Verlag GmbH Nonnenstieg 8 37075 Göttingen

Telefon: 0049-551-547240

Webseite: www.cuvillier.de **E-Mail:** info@cuvillier.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

1. Auflage, Göttingen. 2025

© **Cuvillier Verlag GmbH, Göttingen** Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, sowie sonstige Nutzungsarten ist ohne Genehmigung des Verlages nicht gestattet

Gedruckt auf umweltfreundlichem, säurefreiem Papier aus nachhaltiger Forstwirtschaft.

ISBN 978-3-68952-356-5

eISBN 978-3-68952-318-3

Vorwort

Dass "Vielfalt und Gleichheit" in ihrer Relevanz genauso unumstritten, wie in ihrer konkreten Bedeutung strittig sind, machte von Anfang an ihren Reiz als Titel und Oberthema für eine Liberale Rechtstagung aus. Die Entwicklungen seit dem Amtsantritt Donald Trumps, der in seiner Antrittsrede eine "colorblind and merit-based"-Gesellschaft versprochen hat und "DEI" (Diversity, Equity and Inclusion) in allen Rechtsbereichen wieder zurücknehmen möchte, zeigen wie in einem Brennglas die Linien auf, anhand derer auch diesseits des Atlantiks (wenngleich meist verzögert und mit weniger Zuspitzung) die rechtliche und rechtspolitische Auseinandersetzung verläuft.

Aus dem deutschen Diskurs der letzten Jahre sticht der fortdauernde Streit um das Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG) hervor. Auch Forderungen nach Geschlechterparität in Parlamenten und anderen Gremien beschäftigen bundesweit Gesetzgeber und Gerichte. Im Strafrecht wird intensiv über Femizide, häusliche Gewalt und die "Ja-heißt-Ja"-Regelung im Sexualstrafrecht debattiert.

Jenseits einzelner Rechtsfragen berührt die Frage nach "Vielfalt und Gleichheit" auch die Grundstruktur eines rechtlich verfassten Gemeinwesens. Das Verhältnis zwischen der allgemeinen Gleichheit vor dem Gesetz und dem spezifischen Schutz von einzelnen Gruppen, zwischen Rechtsgleichheit und faktisch-gesellschaftlicher Gleichstellung, zwischen individuellen Freiheitsrechten und gruppenbezogenen Gleichheitsrechten bleibt hierbei kontrovers.

Die "Liberalen Perspektiven auf eine gerechte Gesellschaft", auf die unsere Tagung Bezug nimmt, könnten gewiss ein mehrbändiges Werk füllen. Die in diesem Tagungsband zusammengetragenen Beiträge verstehen sich ihrerseits als Teil eines vielfältigen rechtlichen Diskurses. Sie beleuchten Vielfalt und Gleichheit auf globaler, europäischer und nationaler Ebene; zwischen Privaten und im Verhältnis Staat-Bürger; unter Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes wie der besonderen Diskriminierungsverbote. Der Einsatz Künstlicher Intelligenz wirft ein verändertes Licht auf Diskriminierung, reproduziert aber auch altbekannte Diskriminierungen im digitalen Gewand. Die 17 Beiträge verfolgen den Gleichheitsgedanken in das Steuerrecht wie in das Kulturgüterrecht, in die Verfassung wie in das Strafrechtsgesetzbuch.

Eine Säule der LRT ist die produktive Verbindung einer Fachtagung mit einem Rahmenprogramm, das die Vernetzung mit der Praxis ebenso sicherstellt wie den Austausch mit Akteuren außerhalb der Rechtswissenschaft. Traditionell eröffnen wir im Rahmen einer Karrieremesse die Möglichkeit zur Vernetzung mit attraktiven Arbeitgebern. Wir danken unseren Partnern: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Pelka und Sozien GmbH, RSM Ebner Stolz, SOH Rechtsanwälte und der Justiz NRW.

Im Rahmen des Tradition gewordenen Kaminesgesprächs werfen wir mit Anna Neumann zudem einen Blick auf Vielfalt in der Politik.

Eine Tagung von dieser Größe ruht auf dem Engagement vieler. Wir als Verband der Stipendiaten und Altstipendiaten der FNF (VSA e.V.) bedanken uns herzlich bei der Geschäftsführerin des VSA, Arzu Dagci. Hervorzuheben sind auch die Mitglieder des Organisationskomitees, das schon seit vergangenem Winter mit erheblichem ehrenamtlichem Einsatz diese Tagung möglich gemacht hat: Maurice Hühn, Felicitas Knoll, Melissa Mahmoud, Simon Schlicksupp, Leonie Vogler, Patricia Zentgraf-Aha und Florian Zenner. An dieser Stelle gebührt auch Kira Schulze-Lohoff ehrende Erwähnung, die seit der ersten Tagung im Komitee mitgewirkt und sich nun zurückgezogen hat. Es zeichnet die LRT seit der ersten Tagung im Jahr 2018 auf Initiative des Begründers Dr. Mirko Bange aus, dass der Tagungsband bereits zu Beginn der Tagung vorliegt. Möglich wird dies durch die Anstrengungen der Autorinnen und Autoren und die Mühen des Lektorats, an dem auch in diesem Jahr wieder ehemalige Referentinnen und Referenten der Tagung mitgewirkt haben. Besonders bedanken möchten wir uns aus diesem Grund bei Dr. Christian Bresgen, Paul Runge, Dr. Diogo Campos Sasdelli, Katharina Schötta und Kira Schulze-Lohoff.

Für die diesjährige Tagung konnten wir Herrn Professor Dr. Paulus als Schirmherrn gewinnen. Als Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D. und als Rechtswissenschaftler verbindet er zwei zentrale Perspektiven auf das Recht. Wir sind dankbar, dass er seine Erfahrungen und Einsichten in die Tagung einbringt. Seine Schirmherrschaft verdeutlicht auch in diesem Jahr wieder die Bedeutung der LRT als wissenschaftliche Fachtagung.

Hervorzuheben ist schließlich Henri Kirner, der viele Jahre die Tagung als Mitherausgeber des Tagungsbandes und Vorstandssprecher des VSA geprägt hat, und der sie weiter als Vorstandsmitglied des VSA mitbetreut. Dankbar bin ich für die weiterhin enge Zusammenarbeit mit dem Vorstand des VSA und der Vorstandssprecherin Svenja Blömeke.

Die LRT findet zum achten und letzten Mal in der Theodor-Heuss-Akademie in Gummersbach statt. Mein großer Dank gilt allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des "Zauberbergs" für die jahrelange, vertrauensvolle Zusammenarbeit. Dies gilt im Besonderen für Martin Reif, der als Themengebietsleiter stets an der Ermöglichung der Tagung großen Anteil hatte.

Die Liberale Rechtstagung hat sich in den letzten Jahren als Ort des wissenschaftlichen Austausches bewährt. Gerade in der heutigen Zeit ist es uns ein Anliegen, dass dieses Format auch an anderer Stelle fortgeführt wird. Das ungebrochene Interesse an der Liberalen Rechtstagung, das sich auch in den vielen Beiträgen zu dieser Tagung widerspiegelt, stimmt uns zuversichtlich.

Berlin, im September 2025

Marc Bauer

Inhalt

Marc Bauer		
Vorwort		V
Cedric Pascal Rebbe		
Das Wettbewerbsrecht als Verhinderer oder Ermöglicher globaler Marktgerechtigkeit		1
Paul Friedrich		
Zugang zu medizinischen Innovationen: Patentrecht und globale Gerechtigkeit		21
Simon Busse		
Ungleichheiten im Ehrschutz		38
Dr. Diogo Campos Sasdelli Yann Eric Hohdorf		
Zur Rechtsnatur der Verbringung von Kulturgut und seiner möglichen Restitution am Beispiel des Lufboots		55
Prof. Dr. Christoph Schmidt		
Künstliche Intelligenz in der Finanzverwaltung: Diskriminierungsfallen im Besteuerungsverfahren überwinden		73
Emilia Krause		
Von Flat Tax zu Umverteilung: Spielräume in der Steuergestaltung und das Leistungsfähigkeitsprinzip		94
Louisa Margarethe Scholz		
Die rechtliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs – ein „Kompromiss“?		113
Carlo Leonard Hörmandinger		
Das BVerfG als Verfassungshüter oder verkappter Gesetzgeber?		134

Vivienne Essig	
Reformbedarf in der Lebendorganspende? – Eine Neubewertung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG	152
Franziska Seitz	
Die unmittelbare Drittwirkung des Art. 21 GRC in der Rechtsprechung des EuGH	171
Johanna Kramer	
„In Vielfalt geeint“ – Pluralismus, Nichtdiskriminierung und Toleranz in der europäischen Gesellschaft	187
Benedict Riedl	
Die Gleichheit der Mitgliedstaaten – ein tragfähiges Fundament für den Vorrang des Unionsrechts?	203
Dr. Ansgar Kalle	
Die Bindung Privater an Art. 3 Abs. 1 GG im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG?	230
Til Teitscheid	
Staatliche Demokratieförderung im Lichte des Grundgesetzes	249
Simon Schlicksupp	
Zufall statt Quote? Ein Gedankenexperiment zu Parität, Parlament und Pluralismus	265
Nikolai Ott	
Ralf Dahrendorf und die Suche nach dem liberalen Argument in der Weimarer Verfassungsgerichtsbarkeitsdebatte	284
Stefan Edenharder Kai Fabian Fackler	
Parlamentarisierung als Gleichheitsgarant?	301

Das Wettbewerbsrecht als Verhinderer oder Ermöglicher globaler Gerechtigkeit

Cedric Rebbe*

Universität Bielefeld
cedric.rebbe@uni-bielefeld.de

Abstract

Der Beitrag untersucht die ambivalente Rolle des Wettbewerbsrechts im globalen Kontext. Nach einer dogmatischen Einführung zum europäischen und internationalen Wettbewerbsrecht und dessen extraterritorialer Wirkung sowie einer kurzen Übersicht über das dieser Arbeit zugrundeliegende Verständnis globaler Gerechtigkeit wird der Wandel in der Wahrnehmung rechtlicher wie politischer Problemfelder seit der global flächendeckenden Einführung wettbewerbsrechtlicher Regularien beleuchtet.

Im Zentrum steht hierbei die Entwicklung des wettbewerbspolitischen Machtgefälles von der westlichen Einflussnahme auf Drittstaaten durch Extraterritorialität hin zu weniger direkten Wettbewerbsverzerrungen durch mangelhafte internationale Zusammenarbeit, westliche Marktregulierung und industriepolitisch motivierte Beihilfen. Gleichzeitig verdeutlicht der Beitrag, dass tatsächlich freier Wettbewerb und Wettbewerbsrecht bei angemessener institutioneller Umsetzung als Mittel zur Förderung von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Wohlfahrt im globalen Süden dienen können.

I. Einleitung

Der freie internationale Wettbewerb steht auf der Probe. Nicht nur erschwert der derzeitige amerikanische Präsident mit Zöllen die Teilhabe am US-amerikanischen Markt, was ein besonderes Risiko für den globalen Süden darstellt.¹ Auch der im

* Der Verfasser ist Doktorand unter Betreuung von Prof. Dr. Frank Weiler, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Gewerblichen Rechtsschutz und Wirtschaftsrecht an der Universität Bielefeld sowie Promotionsstipendiat der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit.

¹ Kornher/Brandi, Trumps Zölle als Risiko für den Globalen Süden und mögliche Optionen, Bonn 2025, S. 2.

Januar 2025 von der EU-Kommission vorgestellte „Kompass für eine wettbewerbsfähige EU“² wird dahingehend kritisiert, dass die geplanten Markteingriffe in Form von Regulierung und Subventionierung den Binnenmarkt verzerren und zugleich asymmetrisch zum Nachteil auswärtiger Wirtschaftsteilnehmer wirken.³

Wie auch im gewerblichen Rechtsschutz ist das (internationale) Wettbewerbs- und Kartellrecht vorrangig westlich geprägt, was auch in der rechtlichen Analyse die vorrangig aus Perspektive der Industriestaaten erfolgende Auseinandersetzung erklärt.⁴ Entsprechende kartellrechtliche Hoheitsakte entfalten jedoch auch extraterritorial in anderen, vormals als Zweite oder Dritte Welt bezeichneten Staaten Wirkung.⁵ Durch die Globalisierung und Intensivierung der Kartell- und Fusionskontrolle haben Konflikte mit Drittstaaten zugenommen und sich verschärft.⁶

Dieser Aufsatz soll sich daher mit der Frage befassen, ob das Wettbewerbsrecht in seiner nationalen wie internationalen Ausgestaltung tatsächlich ein Vehikel globaler Gerechtigkeit oder vielmehr ein Instrument zur Aufrechterhaltung bestehender und Schaffung neuer Machtasymmetrien ist. Hierzu soll unter anderem kritisch auf die extraterritoriale Durchsetzung des Kartellrechts und dessen Auswirkungen auf die Souveränität von Drittstaaten, aber auch auf die Einwirkung auf das Verhältnis von unternehmerischer Freiheit und der humanitären Komponente, wie der Verbesserung von Arbeitsbedingungen und Umweltstandards, eingegangen werden. Behandelt werden neben neueren Ansätzen wie dem *entwicklungssensiblen Wettbewerbsrecht* auch Konfliktfelder, in denen – wie jüngst beim LkSG⁷ – mehrere durch Regulierung gesetzte Ziele kollidieren.

Ziel dieses Aufsatzes ist es, die ambivalente Rolle und Problemfelder des Wettbewerbsrechts im globalen Kontext darzustellen und interessengerechte Vorschläge für zukünftige Ansätze zu bündeln.

² EU-Kommission, Ein Kompass für eine wettbewerbsfähige EU, Brüssel 2025, COM(2025) 30 final, S. 1.

³ Weck, EuZW 2025, 253.

⁴ UNCTAD, Developing Countries' Experience with Extraterritoriality in Competition Law, New York 2021, S. 1.

⁵ Funke, in: Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun, Kap. 1, Rn. 97.

⁶ Rehbinder/von Kalben, in: Immenga/Mestmäcker, Kap. 1, Rn. 13.

⁷ Dazu bspw. Ekkenga/Erlemann, ZIP 2022, 49 (61); Kleene/Aumüller, Kartellrechtliche Risiken bei der Umsetzung des Lieferkettengesetzes, Hannover 2022.

II. Grundlegende Prinzipien des Wettbewerbsrechts und globaler Gerechtigkeit

1. Europäisches und internationales Wettbewerbsrecht

a) Schutzzweck und extraterritoriale Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts

Das deutsche wie europäische Wettbewerbsrecht – und damit die gesamte europäische Wirtschaftsordnung – entstanden neben anderen Faktoren unter nicht unerheblichem Einfluss sowohl deutsch-ordoliberaler als auch US-amerikanischer Antitrust-Einflüsse und beruhen auf der Annahme, dass freier Wettbewerb am Markt und Demokratie sich positiv beeinflussen, also ein Verhältnis (eng. *Competition-Democracy Nexus*) zwischen freien Märkten und einer freien Gesellschaft besteht.⁸ Auch das EuG hat den positiven Einfluss von Wettbewerbsrecht auf den Pluralismus in einer Demokratie anerkannt.⁹ Das Ziel der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb ist für die europäischen Mitgliedstaaten in Art. 120 AEUV ausdrücklich formuliert. Dabei sind zwar Art. 101 Abs. 1, 102 AEUV die zentralen unternehmensbezogenen Vorschriften zur Sicherstellung wettbewerbskonformen Verhaltens innerhalb des EU-Binnenmarkts,¹⁰ allerdings finden sich hier keine ausdrücklichen Regelungen über ihren internationalen Anwendungsbereich,¹¹ wie auch bei der staatenbezogenen Regelung des Beihilfeverbots gemäß Art. 107 AEUV.¹² Dennoch ist anerkannt, dass auswärtig veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen extraterritorial verfolgt werden können. Nach herrschender Literaturansicht¹³ wird dabei auf das qualifizierte Auswirkungsprinzip (*effects doctrine*¹⁴) zurückgegriffen, wonach ein (potenziell) wettbewerbsgefährdendes Verhalten sich wesentlich, unmittelbar und vorhersehbar auf den europäischen Binnenmarkt auswirken muss.¹⁵

⁸ *Deutscher*, Competition Law and Democracy, S. 43 f. mwN.

⁹ EuG, Urt. v. 14.9.2022, BeckRS 2022, 23243, Rn. 1028.

¹⁰ *Weck*, EuZW 2025, 253 (254).

¹¹ *Rehbinder/von Kalben*, in: Immenga/Mestmäcker, Kap. 1, Rn. 1.

¹² *Wagner-von Papp/Wurmnest*, in: MüKo WettbR, Kap. 1, Rn. 1423.

¹³ Vgl. *Berg*, WuW 2018, 557 (561); *Wurmnest/Lund*, NZKart 2015, 73 (77 f.).

¹⁴ Die USA etablierten dieses auch *effects test* genannte Prinzip bereits erstmalig in 1945, *United States v. Alcoa* (148 F.2d 416, Circuit Court of Appeals, Second Circuit 1945); *Beck*, Die extraterritoriale Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts, S. 65 f.

¹⁵ Zu den drei Kriterien s. *EuG*, Urt. v. 25.3.1999 – *Gencor*, BeckRS 1999, 11017, Rn. 92 ff.; *Wagner-von Papp/Wurmnest*, in: MüKo WettbR, Kap. 1, Rn. 1397 ff.

In der Staatenpraxis werden diese extraterritorialen Anwendungen jedoch stets durch Völker(gewohnheits)recht, insb. durch die Grundsätze der Rücksichtnahme, Zusammenarbeit, Interessenabwägung und Verhältnismäßigkeit, umrahmt.¹⁶

b) Internationales und drittstaatliches Wettbewerbsrecht

Während bis zu Beginn der Neunzigerjahre fast ausschließlich westliche, entwicklungsstarke Länder wettbewerbsrechtliche Regelungen eingeführt hatten, bestand der Großteil der Staaten, die nach 1991 nachzogen, aus Entwicklungsländern.¹⁷ Dieser durch das Ende der Sowjetunion und die Öffnung des Weltmarkts angestoßene Prozess beruhte auf der Einsicht, dass in einer globalisierten Welt wirtschaftliche Isolation keine valide Option darstellt.¹⁸ Allerdings wurde auch erkannt, dass die politischen und wirtschaftlichen Vorteile der Deregulierung der Märkte nur mit einem gewissen rechtlichen Rahmen in Form des Wettbewerbsrechts genutzt werden konnten.¹⁹ Das Wettbewerbsrecht wurde eine Art Symbol der Mitgliedschaft im Weltwirtschaftswesen, weswegen selbst Länder mit staatlich stark kontrollierter Wirtschaft wie China entsprechende Instrumente etablierten.²⁰ Dabei wurden von einigen weniger entwickelten Ländern – teilweise völlig ungeachtet der Marktsituation vor Ort – westliche Wettbewerbsregelungen übernommen.²¹ Neben eigener Wettbewerbsgesetzgebung und der freiwilligen Teilhabe an multilateralen Abkommen ist allerdings auch bspw. die extraterritoriale Wirkung westlicher kartellrechtlicher Hoheitsakte in Drittstaaten zunehmend erwünscht.²²

Da jedoch die Anpassungs- und Umsetzungsschwierigkeiten bei der Integration von Wettbewerbsrecht nach wie vor bestehen, fördern internationale Organisationen und Institutionen wie die OECD, UNCTAD und WTO den multilateralen Erfahrungsaustausch.²³ Das Muster-Wettbewerbsgesetz der UNCTAD²⁴ dient ferner häufig als Referenz für entwicklungssensibles Wettbewerbsrecht. Darüber hinaus

¹⁶ *Wagner-von Papp/Wurmnest*, in: MüKo WettbR, Kap. 1, Rn. 1452; *Funke*, in: Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun, Kap. 1, Rn. 99 ff.; *Rehbinder/von Kalben*, in: Immenga/Mestmäcker, Kap. 1, Rn. 13 ff. Auf das Einmischungsverbot wird hier nicht dezidiert eingegangen, da bei durch das Auswirkungsprinzip verursachten konkurrierenden Regelungszuständigkeiten das Element der Intervention fehlt, *Veelken*, *Interessenabwägung im Wirtschaftskollisionsrecht*, S. 141.

¹⁷ *Strunz*, *Interface of Competition Law*, S. 7.

¹⁸ Ebenda; *Gerber*, *Global Competition*, S. 79.

¹⁹ *Strunz*, *Interface of Competition Law*, S. 7 f. Bereits nach *Montesquieu* beruht das Wirtschaftswachstum einer Nation nicht nur auf unternehmerischer Ambition und Glück, sondern vielmehr auf dem dies ermöglichenden Rechtsrahmen, *Montesquieu*, *Vom Geist der Gesetze*, S. 342.

²⁰ *Gerber*, *Global Competition*, S. 85 ff.

²¹ *Strunz*, *Interface of Competition Law*, S. 154.

²² *Funke*, in: Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun, Kap. 1, Rn. 97.

²³ *Gasparon*, in: Schröter/Klotz/von Wendland, 7 A. Rn. 9.

²⁴ UNCTAD, UNCTAD Model Law on Competition, S. 3 ff.

hat sich das seit 2001 bestehende ICN²⁵ als projektartige Vernetzung von Kartellbehörden zum führenden informellen Instrument zur Schaffung internationaler Konvergenz der Wettbewerbspolitiken entwickelt.²⁶

Ziele all dieser Harmonisierungs- und Vereinheitlichungsbemühungen sind jedenfalls die Eindämmung privater Wettbewerbsverzerrungen, die Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten, die Kanalisierung kartellrechtlicher Zuständigkeiten und die wettbewerbspolitische Modellfunktion, die von abgeschlossenen Abkommen ausgeht.²⁷

2. Der Gerechtigkeitsbegriff im globalen Kontext

Kelsen kommt in seiner Abhandlung zur Gerechtigkeit zu dem Schluss, dass der Versuch, auf rationalem Wege eine absolut gültige Norm gerechten Verhaltens zu finden, vergeblich ist.²⁸ Als Ausgangspunkt für die weiteren Erwägungen wird daher vereinfacht auf ein relatives Gerechtigkeitsverständnis, genauer das für diesen Beitrag ausschlaggebende westliche Verständnis der sog. globalen Gerechtigkeit abgestellt.

Der zunächst nationale Gerechtigkeitsbegriff umfasst unter anderem politische, soziale, ökologische, aber auch ökonomische Gerechtigkeit. Die ökonomische Gerechtigkeit tritt Wettbewerbsverzerrungen idealiter u.a. durch Kartellrecht und den damit verbundenen Rechtsschutz entgegen. Die globale Gerechtigkeit wiederum unterwirft sich den vier Grundsätzen der politischen Gerechtigkeit: der Rule of Law, den öffentlichen Gewalten, der Demokratie und den Grund- und Menschenrechten.²⁹ Die Staatsform der Demokratie wird also als besonderer Ermöglicher einer gerechten Gesellschaft gesehen.³⁰ Zur Erreichung globaler Gerechtigkeit wird teilweise ferner eine Weltrechtsordnung als sinnvoll erachtet.³¹ Wie und ob eine solche Weltrechtsordnung allerdings auch die Vereinheitlichung von Wettbewerbsrecht anstreben sollte, wird – wie später dargestellt – verschieden beurteilt.

Die globale Gerechtigkeit soll jedenfalls in der Theorie zwei gegenläufigen Missbrauchsstrategien entgegenwirken: Einerseits verlangen ärmere Staaten Teilhabe

²⁵ International Competition Network.

²⁶ *Gasparon*, in: Schröter/Klotz/von Wendland, 7 A. Rn. 98 ff.

²⁷ *Basedow*, Weltkartellrecht, S. 41.

²⁸ *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, S. 45.

²⁹ *Höffe*, in: Oberreuter StaatsLex, S. 1151 ff.

³⁰ Wobei nach *Kelsen* die Demokratie nur deshalb eine gerechte Staatsform ist, weil sie Freiheit bedeutet, die wiederum zu Toleranz führt, *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, S. 46.

³¹ *Höffe*, in: Oberreuter StaatsLex, S. 1159.

am Wohlstand der Industriestaaten, ohne strukturelle Voraussetzungen für Rechtsstaatlichkeit zu schaffen. Andererseits fordern wohlhabendere Staaten rechtsstaatliche Strukturen, ohne Ressourcen zur Verfügung zu stellen.³² Ob dieses Entgegenwirken gerade im Hinblick auf die vom (internationalen) Wettbewerbsrecht gesetzten Ziele gelingt, soll im Folgenden beleuchtet werden.

III. Wettbewerbsrecht als Verhinderer globaler Gerechtigkeit

1. Globale Teilhabe oder Disruption durch westliches Wettbewerbsrecht in Entwicklungs- und Schwellenländern?

Die Eingliederung in die globalisierte Weltwirtschaft geht für Staaten des globalen Südens und dort ansässige Unternehmen häufig mit der Anpassung an westliche Wirtschafts- und Rechtssysteme einher. Grundsätzlich erweist sich sowohl die Adoption als auch Durchsetzung von Wettbewerbsrecht in Entwicklungsländern relativ schwieriger als in Industrienationen. Die Übernahme westlicher wettbewerbsrechtlicher Instrumente kann insb. zu Beginn der Adoption zu Problemen führen, da hier oftmals weder eine funktionierende Wettbewerbskultur noch eine diese schützende Justiz bzw. ausreichende Kapazitäten gegeben sind und staatliche und wirtschaftliche Interessen zu stark miteinander verwoben sind.³³ Die Einführung westlich geprägter wettbewerbsrechtlicher Regeln öffnete insb. in den Neunziger- und Nullerjahren eine weitere Möglichkeit der Einflussnahme auf Entwicklungs- und Schwellenländer durch industrialisierte Staaten, die sich auf eine stringente Durchsetzung berufen und Sanktionen in Aussicht stellen konnten, sollte dies nicht geschehen. Diese Praxis wurde insb. von Entwicklungsländern als Methode des Westens kritisiert, seinen Unternehmen Zugang zu den nationalen Wirtschaftsräumen der *emerging markets* zu verschaffen.³⁴ Darüber hinaus können extraterritoriale Auswirkungen oder Regulierungen als eine Form des Neokolonialismus wahrgenommen werden.³⁵

³² Höffe, in: Oberreuter StaatsLex, S. 1161.

³³ Strunz, Interface of Competition Law, S. 12.

³⁴ Ein prominentes Beispiel ist hier die Einwirkung der USA auf Japan in den frühen Neunzigerjahren. Das Ziel war hier, durch eine höhere Distribution von US-Gütern am japanischen Markt das Zahlungsbilanzdefizit gegenüber Japan zu verringern, Gerber, Global Competition, S. 88.

³⁵ Dies war insb. in den Neunzigerjahren hinsichtlich der USA der Fall, die selbst gegen erheblichen Widerstand ihr Wettbewerbsrecht in Drittstaaten durchsetzten. Seit der Übernahme ähnlicher Regelungen durch viele andere, auch weniger entwickelte Staaten ging dieser Widerstand jedoch zurück, Sweeney, Melb. J. Int. Law 2007, 35 (86).

2. Grundprobleme extraterritorialer Rechtsanwendung

Ohne ein globales Wettbewerbsabkommen stehen einem Staat, der sich mit den Auswirkungen eines auswärtigen wettbewerbsfeindlichen Verhaltens konfrontiert sieht, drei Optionen zur Verfügung: Untätigkeit, das selten effektive Berufen auf ein Positive Comity Agreement oder die extraterritoriale Anwendung eigenen Wettbewerbsrechts.³⁶ Während die Übernahme westlicher wettbewerbsrechtlicher Instrumente insoweit freiwillig erfolgt, als dass sich autonom einer externen Wirtschafts- und Rechtsordnung angepasst werden soll, stellt die extraterritoriale Anwendung von Wettbewerbsrecht in Drittstaaten eine von außen erfolgende Einmischung dar. Sie birgt daher gerade in einer globalisierten Gesellschaft erhöhtes jurisdiktionelles wie politisches Konfliktpotenzial.³⁷ Zurückzuführen ist dies darauf, dass das Ziel des Wettbewerbsrechts und folglich dessen extraterritorialer Anwendung ausschließlich im Schutz der eigenen Wirtschaftsordnung liegt und Rückwirkungen im Ausland als unbeabsichtigte Reflexwirkungen in Kauf genommen werden.³⁸ Diese Argumentation bildet daher ebenso die Grundlage für Kritik am Auswirkungsprinzip.³⁹ Auch wenn aus westlicher bzw. EU-Perspektive die Anwendung des Auswirkungsprinzips für die Herleitung des Binnenmarktbezuges insgesamt vorzugswürdig ist,⁴⁰ kann durch extraterritoriale Rechtsanwendung auf eine von dem betreffenden Drittstaat gewollte, Wettbewerbsbehinderungen duldende oder gar fördernde Wirtschafts-, Struktur- oder Außenhandelspolitik eingewirkt werden.⁴¹ Zwar wird das Auswirkungsprinzip mittlerweile auch im Wettbewerbsrecht einer Vielzahl von Entwicklungs- und Schwellenländern wie Argentinien, Brasilien, Russland und Südafrika anerkannt, allerdings variieren das Begriffsverständnis und die Anwendung teilweise erheblich oder sind unterentwickelt.⁴² Das Aus-

³⁶ *Sweeney*, Melb. J. Int. Law 2007, 35 (85).

³⁷ *Wernicke*, EuZW 2017, 850 (861); *Gasparon*, in: Schröter/Klotz/von Wendland, 7 A. Rn. 6; *Funke*, in: Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun, Kap. 1, Rn. 97.

³⁸ *Veelken*, Interessenabwägung im Wirtschaftskollisionsrecht, S. 140; *Sweeney*, Melb. J. Int. Law 2007, 35 (46 f.).

³⁹ Vgl. *Berg*, WuW 2018, 557 (560).

⁴⁰ *Fezer/Koos*, in: Staudinger EGBGB, INTWIRTSCHR, B. IV. Rn. 144 ff.; Zusammenfassend *Berg*, WuW 2018, 557 (560 f.).

⁴¹ *Rehbinder/von Kalben*, in: Immenga/Mestmäcker, Kap. 1, Rn. 13. Ob in diesen Fällen allerdings überhaupt inländisches Kartellrecht extraterritorial angewendet werden kann, ist in der Rechtsprechung nicht eindeutig und in der Literatur umstritten, *Fezer/Koos*, in: Staudinger EGBGB, INTWIRTSCHR, B. IV. Rn. 150 mwN.

⁴² International Bar Association, Legal Practice Division, Extraterritorial Jurisdiction, S. 13, 68; S. ferner den Wortlautvergleich in UNCTAD, Developing Countries' Experience with Extraterritoriality in Competition Law, New York 2021, S. 4 f.

wirkungsprinzip ermöglicht in der Theorie allen anwendenden Staaten eine extraterritoriale Jurisdiktionsmöglichkeit, erleichtert in der Praxis transnationale Fälle jedoch nicht immer.⁴³

3. Extraterritorialität und das globale Wohlfahrtsdefizit

Neben der Wahrnehmung nationalstaatlicher Interessen ist gerade heute die globale Wohlfahrt ein nicht unbeachtlicher Teilaspekt der extraterritorialen Durchsetzung von Wettbewerbsrecht. Insb. Staaten außerhalb des globalen Westens wie China zeigten sich widerwillig, ihr Wettbewerbsrecht zu konkretisieren oder gegen ausländische Akteure anzuwenden.⁴⁴ Unter der Annahme, dass ein Ziel des Wettbewerbsrechts die Maximierung des Gesamtwohlstands einer Volkswirtschaft, also der Summe aus Konsumenten- und Produzentenrenten, ist, hängt die Wahl eines im internationalen Vergleich härteren oder sanfteren Wettbewerbsregimes maßgeblich von dem Handelsmuster eines Landes ab.⁴⁵ So präferieren Importländer, die den Schutz der eigenen Verbraucher priorisieren, häufig Gesetze, die strenger als der global optimale Rahmen wären, während Exportnationen, die vorrangig ihre Unternehmen fördern wollen, regelmäßig weniger strenge Regelungen vorziehen.⁴⁶ Wenn von zwei Ländern nur eines in der Lage ist, sein Recht extraterritorial anzuwenden, entsteht laut *Guzman* zwischen beiden bereits dadurch ein Machtgefälle. Der anwendende Staat – häufig eine westliche Industrienation – kann die für ihn optimale Rechtslage – regelmäßig strenger als der globale Standard – implementieren, während er im Gegenzug keine gegenläufige Extraterritorialität zu befürchten hat. Es besteht daher von dieser Nation auch kein Verhandlungsbedarf in etwaigen bi- oder multilateralen Abkommen. Gerade in den späten Neunzigerjahren wurde in der Literatur daher vermehrt ein Weltwettbewerbs- bzw. Weltkartellrecht gefordert, eine Idee, mit der sich auch diverse internationale Organisationen wie die WTO auseinandersetzten. Ein entsprechender Vorschlag der EU-Kommission zur Schaffung eines internationalen Rahmens für Wettbewerbsregeln⁴⁷ wurde jedoch mangels Einigung der Ministerkonferenz nie ratifiziert.⁴⁸

⁴³ *Martyniszyn*, JCLE 2021, 686 (693).

⁴⁴ *Sweeney*, Melb. J. Int. Law 2007, 35 (65); International Bar Association, Legal Practice Division, Extraterritorial Jurisdiction, S. 49.

⁴⁵ S. *Guzman*, N. Y. Univ. Law Rev. 1998, 1501 (1509 ff.).

⁴⁶ *Guzman*, N. Y. Univ. Law Rev. 1998, 1501 (1527).

⁴⁷ EU-Kommission, Mitteilung an den Rat auf dem Weg zu einem internationalen Wettbewerbsrecht, Brüssel 18.6.1996, KOM(96) 284 endg.

⁴⁸ *Terhechte*, in: Schröter/Klotz/von Wendland, 7 B. Rn. 95 ff.

Laut *Sweeney* stellt dieses Machtgefälle jedenfalls neben der Verdoppelung administrativer und transaktioneller Kosten ein zentrales Defizit des Konzepts der Extraterritorialität dar.⁴⁹ Auch *Gerber* statuiert in seinem aktuelleren Werk, dass ohne eine bessere Koordination der Durchsetzungsbemühungen zwischen Staaten ein höheres Maß an Wettbewerbsrecht eher zu negativen Effekten im internationalen Wettbewerb führt, insb. für schwächere Nationen, für die mit der Annäherung an immer zahlreichere westliche Regelungen exponentiell höhere Compliance-Kosten verbunden sind.⁵⁰

4. Konkrete Problembereiche

a) Kartellbekämpfung

Ein erstes nennenswertes Problemfeld bei der extraterritorialen Rechtsanwendung – und inzidenter globaler Zusammenarbeit – ist der kriminelle Vermögensabfluss durch internationale Kartelle. Zwischen 1990 und 2016 beeinträchtigten private Kartelle schätzungsweise über 51 Billionen US-Dollar, wovon sich die überhöhten Preise auf ca. 1,5 Billionen US-Dollar beliefen.⁵¹ Da das Vermögen eher von weniger wohlhabenden Staaten abfließt, sind diese oftmals schwerer betroffen als Industrienationen.⁵² Auch Entwicklungsländer haben deshalb mittlerweile Regelungen zur extraterritorialen Verfolgung von Kartellen geschaffen und oftmals die Mittel, diese durchzusetzen.⁵³ Allerdings spielt die politische Komponente nach wie vor eine Rolle. Bspw. übten die Vereinigten Staaten während des Verfahrens gegen das US-Exportkartell ANSAC vor dem indischen Supreme Court Druck auf das Land aus und drohten mit der Rücknahme von Handelspräferenzen.⁵⁴ Da nationales Wettbewerbsrecht vorrangig die inländische Wirtschaft schützen soll, sind Exportkartelle in nahezu allen Jurisdiktionen erlaubt, obwohl gerade die Gastgeberstaaten (*hosting states*) den geringsten Aufwand beim Vorgehen gegen diese Kartelle hätten.⁵⁵ Im europäischen Recht verstoßen Exportkartelle jedenfalls dann gegen

⁴⁹ *Sweeney*, Melb. J. Int. Law 2007, 35 (47).

⁵⁰ *Gerber*, Global Competition, S. 95.

⁵¹ UNCTAD, Developing Countries' Experience with Extraterritoriality in Competition Law, New York 2021, S. 1.

⁵² *Martyniszyn*, JCLE 2021, 686.

⁵³ UNCTAD, Developing Countries' Experience with Extraterritoriality in Competition Law, New York 2021, S. 5.

⁵⁴ UNCTAD, Developing Countries' Experience with Extraterritoriality in Competition Law, New York 2021, S. 7 f.

⁵⁵ *Martyniszyn*, JCLE 2021, 686 (689).

das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn die Verhaltenskoordinierung geeignet ist, durch die Umleitung von Verkäufen in Drittstaaten die Intensität des Wettbewerbs am Binnenmarkt zu vermindern oder den Marktzutritt von Drittlandsunternehmen zu behindern.⁵⁶ Sofern allerdings keine Auswirkung auf den Binnenmarkt besteht, fallen Exportkartelle nicht unter den Art. 101 Abs. 1 AEUV.⁵⁷ Es verwundert nicht, dass Staaten, die wirtschaftlich von ihren Exportkartellen profitieren, nicht geneigt sind, gegen diese vorzugehen oder sogar rechtlich wie politisch Druck auf Drittstaaten ausüben, um deren Untersuchungen zu behindern.⁵⁸ Auch hier wird deutlich, dass das derzeitige Regime *faktisch* nur ein paar wenigen, vornehmlich entwickelten Staaten zugutekommt.⁵⁹

b) Zielkollisionen

Europäische Regulierung kann ferner zu Zielkollisionen führen, bei denen bspw. zum Zwecke ökologischer oder sozialer Gerechtigkeit ungewollt in den freien Wettbewerb eingegriffen wird. So wurde das LkSG in Teilen der Literatur dahingehend kritisiert, dass nicht nur inländische Zulieferer in ihrer wettbewerblichen Freiheit ohne erwartbaren Nutzen für den Schutz von Menschenrechten und Umwelt eingeschränkt würden, sondern auch die Gefahr besteht, dass durch die Abkehr ausländischer Zulieferer deutsche Unternehmen von wichtigen globalen Bezugsquellen abgeschnitten werden.⁶⁰ Darüber hinaus ist es für sorgfaltspflichtige Großunternehmen je nach Literaturansicht nicht oder nur unter großem Aufwand möglich, ihren Informations- und Prüfpflichten in kartellrechtskonformer Weise nachzukommen, auch, da der damit verbundene Nachforschungsaufwand in einem problematischen Spannungsverhältnis zu Marktverschließungseffekten im Anbieterwettbewerb steht.⁶¹ Ähnlich verhält es sich beim komplementär zum EU-Wettbewerbsrecht wirkenden Digital Markets Act (DMA)⁶², welcher der datengetriebenen Machtkonzentration entgegenwirken und Fairness auf den Märkten des digitalen

⁵⁶ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 222 mwN.

⁵⁷ Schroeder, in: GHN AEUV Art. 101, Rn. 700.

⁵⁸ Martyniszyn, JCLE 2021, 686 (693).

⁵⁹ Martyniszyn, JCLE 2021, 686 (688).

⁶⁰ Ekkenga/Erlemann, ZIP 2022, 49 (61).

⁶¹ Kleene/Aumüller, Kartellrechtliche Risiken bei der Umsetzung des Lieferkettengesetzes, Hannover 2022; Ekkenga/Erlemann, ZIP 2022, 49 (56).

⁶² VO (EU) 2022/1925.

Sektors gewährleisten soll.⁶³ Faktisch sind dabei fast ausschließlich nicht-europäische Unternehmen und Staaten betroffen, was diese zur Anpassung zwingt und daran hindert, ihre Innovationen in den europäischen Markt einzuführen.⁶⁴

c) Subventionen, Beihilfen und Vergaberecht der EU

Das Beihilfenrecht stellt neben dem Kartellrecht die zweite Säule der europäischen Wettbewerbsregeln dar. Die EU-Kommission fungiert gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV als Beihilfenaufsicht und kann qua Ermessen staatliche Beihilfen genehmigen. Die über die Mitgliedstaaten ausgeübte Beihilfenaufsicht ist eine maximale Ausprägung von Supranationalität ohne Parallele im sonstigen EU-Recht. Dabei beschränkt sie sich nicht mehr nur auf reaktives Handeln und den reinen Schutz des Binnenmarkts, vielmehr ist die Gewährung staatlicher Beihilfen zu einem Instrument europäischer Förderpolitik geworden.⁶⁵

Dass Wettbewerbsverzerrungen zum Schutze der heimischen Wirtschaft und damit Benachteiligungen ausländischer Unternehmen hingenommen werden, verdeutlicht auch der jüngst vorgestellte Kompass für eine wettbewerbsfähige EU der EU-Kommission.⁶⁶ Die Kommission will hiermit die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen fördern. Sie weicht damit von ihrem bisher verfolgten Ansatz des reinen Schutzes gleicher Wettbewerbsbedingungen und der Sicherheit und Ordnung im EU-Binnenmarkt ab und nimmt nunmehr Marktverzerrungen zur Durchsetzung politisch-strategischer Ziele in Kauf.⁶⁷ Die in dem Kompass vorgeschlagenen asymmetrischen Markteingriffe bergen – selbst wenn sie nicht gegen das Subventionsverbot, insb. Art. 173 Abs. 3 S. 2 AEUV verstoßen – nicht nur die Gefahr, den Binnenmarkt zu verzerren, sondern wirken sich auch nachteilig gegenüber auswärtigen Wirtschaftsteilnehmern aus.⁶⁸

5. Zwischenfazit

Für die *UNCTAD*-Studie zu den Erfahrungen von Entwicklungsländern mit Extraterritorialität gaben die befragten Wettbewerbsbehörden als zentrale Hürden für die

⁶³ Herbers, RdI 2022, 252 (253); Göhsl/Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, VO (EU) 2022/1925 Art. 1, Rn. 52.

⁶⁴ Vgl. Bertelsmann Stiftung., The Extraterritorial Impact of EU Digital Regulations, Gütersloh 2024, S. 11; Drewes, Kirk, World Comp. 2024, 473 (493 f.).

⁶⁵ Götz, in: Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB, § 32, Rn. 1 ff.

⁶⁶ EU-Kommission, Ein Kompass für eine wettbewerbsfähige EU, Brüssel 2025, COM(2025) 30 final.

⁶⁷ Weck, EuZW 2025, 253 (259).

⁶⁸ Weck, EuZW 2025, 253 (259).

heimische und transnationale Durchsetzung von Wettbewerbsrecht das Verfahrensrecht, insb. die Zustellung von Schriftstücken im Ausland, das Sammeln und Teilen von Beweismaterial, fehlende Kooperation anderer Jurisdiktionen bei der Ermittlung und fehlende oder ineffektive Mittel zur internationalen Durchsetzung an.⁶⁹ All dies veranschaulicht das zentrale Problem des nach wie vor bestehenden Machtgefälles zwischen den Industriestaaten und anderen: Auch wenn immer mehr Staaten sich den westlichen Wettbewerbsregeln anschließen, steht eine effektive (extraterritoriale) Rechtsanwendung nicht allen Staaten gleichermaßen offen, da sie eher an die Bedürfnisse industrialisierter Staaten angepasst ist und nach wie vor größere Hemmschwellen bei der tatsächlichen Umsetzung durch Staaten des globalen Südens bestehen.⁷⁰ Während der Westen häufig gegen (möglicherweise gewollte) Wettbewerbsverzerrungen in Drittstaaten diplomatisch oder durch extraterritoriale Rechtsanwendung rigoros vorgehen kann, sind diese Drittstaaten nicht immer in der Position, dies umgekehrt zu tun, was gerade bei aktuellen Entwicklungen wie dem EU-Wettbewerbskompass und generell westlicher Subventionierung kritisch zu beobachten ist.

IV. Wettbewerbsrecht als Ermöglicher globaler Gerechtigkeit

1. Positive Entwicklungen seit der flächendeckenden Adoption von Wettbewerbsrecht

Dass die Etablierung wettbewerbsrechtlicher Regeln auf nationaler Ebene und die Aufnahme sich entwickelnder Staaten in die globalisierte Wirtschaft insgesamt positiv sind und zu einer Wohlstandsvermehrung führen, soll – auch wegen der empirischen Belege – durch diesen Aufsatz nicht in Abrede gestellt werden. Allerdings ist eine ehrliche Problemanalyse für zukünftige Verbesserungsbestrebungen unabdingbar. Nachfolgend sollen jedoch positive Entwicklungen und Verbesserungsmöglichkeiten dargestellt werden. Die fortschreitende Integration der Volkswirtschaften in ein globales System und die Adoption wettbewerbsrechtlicher Regeln haben in den letzten Jahrzehnten eine Vielzahl von Vorteilen, insb. ein schnelleres Wirtschaftswachstum, gebracht.⁷¹ Und auch das Wohlstandsgefälle zwischen dem globalen Norden und Süden wird durch Machtverschiebungen sowie eine ökonomische wie politische Emanzipation einiger südlicher Staaten – bspw. durch den

⁶⁹ UNCTAD, *Developing Countries' Experience with Extraterritoriality in Competition Law*, New York 2021, S. 9 f.

⁷⁰ *Sweeney*, Melb. J. Int. Law 2007, 35 (86).

⁷¹ *Martyniszyn*, JCLE 2021, 686.

Anstieg der Rohstoffpreise – verringert.⁷² Empirische Studien zeigen zudem, dass Wettbewerb nicht nur in Industrieländern zu erhöhter Produktivität und Wirtschaftswachstum führt, sondern auch gerade in Entwicklungsländern, besonders dann, wenn heimische Unternehmen ins Ausland exportieren.⁷³ Durch die Möglichkeit der extraterritorialen Rechtsanwendung vieler Nationen hat sich ferner das Risiko eines *race to the bottom*, also die Gefahr eines Unterbietungswettbewerbs bei der wettbewerblichen Regulierung, stark verringert, auch haben sich wirtschaftsstarke Nationen hinsichtlich der Interessen anderer Staaten sensibilisiert.⁷⁴

2. Demokratieförderung und Selbstermächtigung von Staaten des globalen Südens

Das zur Wettbewerbsgesetzgebung der Neunzigerjahre führende Verständnis des Competition-Democracy Nexus wirkt auch heute fort. Hinsichtlich der materiellen Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in Entwicklungsländern werden daher häufig Maßnahmen zur Errichtung rechtsstaatlicher Strukturen bzw. einer bürgerlichen Gesellschaft der Einführung kartellrechtlicher Regelungen vorausgestellt.⁷⁵

Dass jedenfalls die Liberalisierung von Wirtschaftssystemen und die Einführung von Wettbewerbsrecht auch im globalen Süden insb. zu effektiver Kartellbekämpfung führen kann und damit Vermögensabfluss verhindert, wird unter anderem durch Fälle aus Südamerika und Afrika bestätigt. So erreichte Südafrika gegen AN-SAC im Rahmen extraterritorialer Rechtsanwendung einen Vergleich, in dem das Kartell einer erheblichen Strafzahlung zustimmte, und die brasilianischen und chilenischen Wettbewerbsbehörden gingen erfolgreich gegen Kartelle im Bereich der technischen Komponenten vor.⁷⁶ Global steigen die Kartellstrafen kontinuierlich und der Anteil der Strafen, die von Staaten des globalen Südens verhängt werden, wächst.⁷⁷

⁷² Ernst/Isidoro Losada, APuZ 2010, 10, (13 f.) mwN.

⁷³ Für einen Überblick über die Studien Mateus, World Comp. 2010, 275 (278 f.).

⁷⁴ Sweeney, Melb. J. Int. Law 2007, 35 (86 f.).

⁷⁵ Möschel, WuW 2005, 599 (604).

⁷⁶ UNCTAD, Developing Countries' Experience with Extraterritoriality in Competition Law, New York 2021, S. 8 f.

⁷⁷ Connor, CPI Antitrust Chronicle, 7/2015 (1), 1, (5 f.).

3. Konkrete Verbesserungsvorschläge

a) Weltkartellrecht vs. Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen

Da die Forderungen nach einem Weltkartellrecht bereits zur Jahrtausendwende zurückgingen und das Auswirkungsprinzip sowie das Bedürfnis nach entwicklungsgerecht unterschiedlichem Wettbewerbsrecht nahezu international anerkannt sind, ist der Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen – auch als Begrenzung des Einflusses internationaler Organisationen – als effektiver Status quo nahezu unbestritten.⁷⁸ In ihrer diesbezüglichen Untersuchung stellt *Bätge* ferner den mit der Auseinandersetzung mit fremden Wettbewerbsrecht verbundenen Lerneffekt als besonderen Vorteil eines bilateralen Systems heraus, da Wettbewerb der Rechtsordnungen auch immer Systemwettbewerb bedeutet.⁷⁹ Auch *Sweeney* kommt letztlich zu dem Schluss, dass extraterritoriale Rechtsanwendung eine wichtige, wenn auch konfliktbehaftete Lösung ist, und schlägt ergänzend einen Fokus auf multilaterale Abkommen vor, auch wenn es hier häufig an ernsthaften Ansätzen zur Problemlösung mangelt.⁸⁰ Ähnliches gaben die Teilnehmer der *UNCTAD-Studie* an, da nur so die Defizite in der Kommunikation zwischen Wettbewerbsbehörden abgebaut und eine Angleichung der behördlichen Erfahrung im Umgang mit Wettbewerbsbeschränkungen erreicht werden könnten.⁸¹ Der Schwerpunkt der Kritik am internationalen Wettbewerbsrecht hat sich also von der Übermäßigkeit der westlichen extraterritorialen Rechtsanwendung zu fehlender bzw. nicht gewollter Zusammenarbeit verlagert. Dem ICN kommt somit eine noch wichtigere Rolle als Anbieter von Networking- und Weiterbildungsveranstaltungen zu.⁸²

b) Punktuelle Maßnahmen

(1) Kartellbekämpfung

In der internationalen Kartellbekämpfung bestehen nach wie vor Probleme bei der Unterstützung durch hosting states, bspw. bei der Einziehung von Strafen. In weiten Teilen Afrikas und Westasiens wird nach wie vor nicht gegen internationale Kartelle vorgegangen.⁸³ Im Lichte der oben geschilderten Defizite verdeutlicht dies

⁷⁸ Vgl. u.a. *Strunz*, Interface of Competition Law, S. 21, *Meessen*, WuW 2000, 5 (16).

⁷⁹ *Bätge*, Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen?, S. 239.

⁸⁰ *Sweeney*, Melb. J. Int. Law 2007, 35 (85 ff.).

⁸¹ UNCTAD, Developing Countries' Experience with Extraterritoriality in Competition Law, New York 2021, S. 11.

⁸² *Bätge*, Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen?, S. 318.

⁸³ *Connor*, CPI Antitrust Chronicle, 7/2015 (1), 1 (8 f.).

das Bedürfnis nach besserem Informations- und Beweisaustausch der Kartellbehörden sowie der Einführung prozessrechtlicher Zustellungsalternativen wie bspw. Service by Publication.⁸⁴ UNCTAD könnte hier in Zukunft als Clearingstelle zur erleichterten Informationsdistribution dienen.⁸⁵ *Martyniszyn* schlägt außerdem vor, Entscheidungen und Vergleiche zu Kartellen in anderen Jurisdiktionen als Anscheinsbeweis dienen zu lassen – was zwischen EU-Mitgliedstaaten bereits der Fall ist – oder zumindest eine Gruppe von Staaten zu katalogisieren, auf deren Entscheidungen sich berufen werden kann.⁸⁶ Ferner wird angeregt, als Prozess der internationalen Rechtsangleichung bei der Kartellahndung über Unternehmensstrafen hinaus kartellförderndes Verhalten zu kriminalisieren.⁸⁷

(2) Due-Diligence

Im Bereich der Due-Diligence stehen gerade Einheiten wie die EU und die USA vor der Frage, wie mit ihrem internationalen Einfluss umgegangen werden soll. Viele aktuelle sich extraterritorial auswirkende Rechtsakte wie das LkSG oder die EU-Horizontalleitlinien 2023 zielen zumindest auch auf die Verbesserung von Umwelt- oder Arbeitsschutz in Drittstaaten ab, in der Literatur wird teilweise erörtert, ob der Umweltschutz Schutzgut des Art. 101 Abs. 1 AEUV sein könnte.⁸⁸ Es ist letztlich eine politische Wertungsfrage, ob zur Verfolgung dieser Interessen eine Wettbewerbsbeschränkung sinnvoll ist, wobei die Politisierung des Kartellrechts in Teilen kritisch gesehen wird.⁸⁹ Es sei an dieser Stelle noch angemerkt, dass noch vor Inkrafttreten des LkSG eine Nachhaltigkeitsinitiative der Deutschen Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit und der Arbeitsgruppe des deutschen Einzelhandels zur Förderung existenzsichernder Löhne im Bananensektor entlang der gesamten Lieferkette auf keine Bedenken des BKartA stieß, da es sich nicht um vertikale Preisempfehlungsbindung, sondern die Setzung eines Produktionsstandards handelt.⁹⁰ Ähnliche Selbstverpflichtungen bestehen bspw. im Kakaosektor seit Jahren. Es ist ersichtlich, dass in bestimmten Branchen auch ohne Regulierung aufgrund bestimmter Marktbedürfnisse Maßnahmen zur globalen Wohlfahrt ergriffen werden.

(3) Entwicklungssensibles Wettbewerbsrecht

⁸⁴ *Martyniszyn*, JCLE 2021, 686 (700 ff.).

⁸⁵ *Martyniszyn*, JCLE 2021, 686 (702).

⁸⁶ *Martyniszyn*, JCLE 2021, 686 (702 f.).

⁸⁷ *Connor*, CPI Antitrust Chronicle, 7/2015 (1), 1 (8 f.); *Martyniszyn*, JCLE 2021, 686 (704 f.).

⁸⁸ S. *Bär-Bouysyiere/Lau*, NZKart 2024, 258 ff.

⁸⁹ Vgl. *Wernicke*, EuZW 2017, 850 (861).

⁹⁰ BKartA, Fallbericht B2-90/21, Bonn 8.3.2022, S. 1.

Strunz sieht drei grundlegende Arten des Wettbewerbsrecht mit verschiedenen Zielrichtungen: Den effizienzbasierten, ein gesetztes Ziel wie bspw. den Verbraucherschutz verfolgenden Ansatz, wie er in den USA der Siebzigerjahre praktiziert wurde, den Open-Market-Ansatz, wie er ursprünglich in der EU verfolgt wurde, wenn auch hier der Verbraucherschutz an immer mehr Bedeutung gewinnt, und den entwicklungssensiblen Ansatz, der auf den egalitären und umverteilenden Imperativ des Wettbewerbs abzielt und ganzheitlich die Verteilung von Macht, Chancen und Einkommen verfolgt. Dieser nicht rein wirtschaftliche Ziele verfolgende Ansatz ist ideal für Entwicklungsländer, da hier oftmals zunächst die Grundlage für ein funktionierendes Wettbewerbssystem, wie bspw. eine Marktstruktur und somit der Abbau des informellen Sektors, gewährleistet werden muss. Zunächst soll die Marktteilhabe von Verbrauchern und kleinen Unternehmen ermöglicht werden, indem die Macht (ggf. staatlich geführter oder) Großunternehmen sowie der Kartelle und Monopole verringert wird. Die Ressourcen der Wettbewerbsbehörden müssen in Entwicklungsländern darüber hinaus zielgerichteter verteilt werden und zunächst den Sektoren Infrastruktur, Nahrung und Gesundheit zugutekommen.⁹¹

Da jedoch einige Schwellen- und Entwicklungsländer in der Euphorie der neuen Weltwirtschaftsordnung der Neunzigerjahre nach der ‚cut and paste‘-Methode ein nicht auf die Bedürfnisse ihrer Wirtschaft zugeschnittenes Wettbewerbsrecht etablierten und eine nachträgliche Anpassung kompliziert ist,⁹² ist abzuwarten, ob diese Staaten neben der regelmäßig funktionsfähigen extraterritorialen Komponente auch die sozioökonomischen Vorteile des Wettbewerbsrechts für sich nutzen lernen.

V. Zusammenfassung und Perspektive

Trotz global etablierter geeigneter wettbewerbsrechtlicher Instrumente bestehen weltweit nach wie vor Machtgefälle, die eine gleichberechtigte Marktteilnahme behindern. Ein einheitliches internationales Wettbewerbsrecht allein würde keine globale ökonomische Gerechtigkeit schaffen. Effektive Maßnahmen gegen Marktverzerrungen bleiben für Entwicklungs- und Schwellenländer schwierig, selbst bei gleichem rechtlichen Handwerkszeug.

⁹¹ Gesamter Absatz: *Strunz*, Interface of Competition Law, S. 53 ff.

⁹² *Strunz*, Interface of Competition Law, S. 18.

Verbesserungsvorschläge konzentrieren sich zunehmend auf bilaterale Zusammenarbeit.

Zurückkommend auf die Zielsetzung der globalen Gerechtigkeit, sowohl Industrie- als auch Entwicklungs- und Schwellenländer mehr in die gegenseitige Verantwortung zu nehmen, lässt sich folgender Appell formulieren:

Global Player wie die EU sollten ihre wirtschaftlichen und sozialen Ziele klar priorisieren. Zwar ist die Integration von Drittstaaten in die Wettbewerbsordnung wünschenswert, jedoch untergraben Industriestaaten durch Beihilfen und extraterritoriale Rechtsanwendung und -auswirkung den fairen Wettbewerb, dem sich Drittstaaten kaum entziehen können.

Entwicklungsländer müssen ihrerseits strukturelle und institutionelle Voraussetzungen für faire Marktteilnahme schaffen – mit funktionierendem Wettbewerbsrecht als Grundlage. Der Westen sollte sie dabei durch Erfahrungsaustausch statt Steuerung unterstützen.

Das Problem liegt im Ergebnis weniger in fehlenden Rechtsgrundlagen, sondern in strukturellen Ungleichheiten. Entscheidend ist daher echter Wettbewerb – sowohl auf Märkten als auch zwischen Wettbewerbsordnungen und bilateralen Abkommen.

Literaturverzeichnis

Bär-Bouyssiére/Lau, Christian, Umwelt im Kartellrecht – *nachhaltig* oder *nachrangig*?, NZKart 258–260.

Basedow, Jürgen, Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1998.

Bätge, Johanna, Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen? Überlegungen zum richtigen Grad von Dezentralität und Harmonisierung im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 2009.

Beck, Bernhard, Die extraterritoriale Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen, Eine rechtsvergleichende Studie, Baden-Baden 1986.

Berg, Joshua Niclas, Die Genese des Auswirkungsprinzips in der Rechtsprechung des EuGH – Eine Untersuchung unter Berücksichtigung des Intel-Urteils v. 06.09.2017, C-413/14P, WuW 2018, 557–561.

Bertelsmann Stiftung, The Extraterritorial Impact of EU Digital Regulations: How Can the EU Minimise Adverse Effects for the Neighbourhood?, Gütersloh 2024, <https://www.bertelsmann-stiftung.de/en/publications/publication/did/the-extra-territorial-impact-of-eu-digital-regulations-how-can-the-eu-minimise-adverse-effects-for-the-neighbourhood>.

Bundeskartellamt, Fallbericht Arbeitsgruppe des deutschen Einzelhandels – Nachhaltigkeitsinitiative zur Förderung existenzsichernder Löhne im Bananensektor (Living Wages), Bonn 8.3.2022, <https://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2022/B2-90-21.html>.

Connor, John M., The Rise of ROW Anti-Cartel Enforcement, CPI Antitrust Chronicle, September 2015 (1), 1–11.

Deutscher, Elias, Competition Law and Democracy: Markets as Institutions of Antipower, Cambridge/New York 2024.

Drewes, Helena/Kirk, Alexander, Extraterritorial Effects of the Digital Markets Act: The ‘elusive long arm’ of European digital regulation, World Comp. 2024, 473–494.

Ekkenga, Jens/Erlemann, Karl B., Lieferkettengesetz, Europäisches Kartellrecht und die Folgen: Effiziente Missbrauchsbekämpfung oder nutzlose Gängelung gesetzes-treuer Unternehmen?, ZIP 2022, 49–61.

Ernst, Tanja/Isidoro Losada, Ana María, Nord-Süd-Beziehungen: Globale Ungleichheit im Wandel?, APuZ 2010, 10–15.

Europäische Kommission, Mitteilung an den Rat auf dem Weg zu einem internationalen Wettbewerbsrecht, Brüssel 18.6.1996, KOM(96) 284 endg.

Europäische Kommission, Ein Kompass für eine wettbewerbsfähige EU, Brüssel 29.1.2025, COM(2025) 30 final.

Gerber, David J., Global Competition: Law, Markets, and Globalization, Oxford 2010.

Grabitz, Eberhard (Begr.)/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 84. Ergänzungslieferung, München 2025.

Guzman, Andrew T., Is International Antitrust Possible?, N. Y. Univ. Law Rev. 1998, 1501–1548.

Herbers, Björn, Der Digital Markets Act (DMA) kommt – neue Dos und Don'ts für Gatekeeper in der Digitalwirtschaft, RD 2022, 252–259.

Höffe, Otfried, Gerechtigkeit: I. Philosophie in: Oberreuter, Heinrich/Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon – Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, Band 2, 8. Auflage, Freiburg 2017, S. 1149–1163.

Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel (Hrsg.), Band 1, 7. Auflage, München 2025.

International Bar Association, Legal Practice Division, Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction, New York 2009, <https://www.ibanet.org/Media-Handler?id=ECF39839-A217-4B3D-8106-DAB716B34F1E>.

Kelsen, Hans, Was ist Gerechtigkeit?, Ditzingen, Ergolding 2024.

Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen/Podszun, Rupprecht (Hrsg.), Kartellrecht – Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht, 5. Auflage, München 2025.

Kleene, Hubertus/Aumüller, Alexander, Kartellrechtliche Risiken bei der Umsetzung des Lieferkettengesetzes, Hannover 24.10.2022, https://www.ey-law.de/de_de/rechtsberatung/kartellrechtliche-risiken-bei-der-umsetzung-des-lieferkettengesetzes.

Kornher, Lukas/Brandi, Clara/German Institute of Development and Sustainability (IDOS), Trumps Zölle als Risiko für den Globalen Süden und mögliche Optionen, Bonn 24.3.2025, <https://www.idos-research.de/die-aktuelle-kolumne/article/trumps-zoelle-als-risiko-fuer-den-globalen-sueden-und-moegliche-optionen/>.

Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 62. Ergänzungslieferung, München 2025.

Martyniszyn, Marek, Competitive Harm Crossing Borders: Regulatory Gaps And A Way Forward, JCLE 2021, 686–707.

Mateus, Abel M., Competition and Development: Towards an Institutional Foundation for Competition Enforcement, World Comp. 2010, 275–300.

Meessen, Karl M., Das Für und Wider eines Weltkartellrechts, WuW 2000, 5–16.

Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, Vom Geist der Gesetze, Ditzingen 2024.

Möschel, Wernhard, Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen, WuW 2005, 599–605.

Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, *Säcker, Franz Jürgen/Bien, Florian/Meier-Beck, Peter/Montag, Frank (Hrsg.)*, 4. Auflage, München 2023.

Schröter, Helmuth/Kotz, Robert/von Wendland, Bernhard (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2024.

Staudinger, Julius v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. BGB. Internationales Wirtschaftsrecht, Magnus, Ulrich (Hrsg.), Neubearbeitung 2023, Berlin 2023.

Strunz, Balthasar, The Interface of Competition Law, Industrial Policy and Development Concerns, The Case of South Africa, Berlin/Heidelberg 2018.

Sweeney, Brendan, Combating Foreign Anti-Competitive Conduct: What Role for Extraterritorialism?, Melb. J. Int. Law 2007, 35–85.

UNCTAD, UNCTAD Model Law on Competition, Substantive Possible Elements for a competition law, commentaries and alternative approaches in existing legislations, New York/Genf 2007, https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf5d7rev3_en.pdf.

UNCTAD, Developing Countries' Experience with Extraterritoriality in Competition Law, New York 2021, https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2021d3_en.pdf.

Veelken, Winfried, Interessenabwägung im Wirtschaftskollisionsrecht, Baden-Baden 1988.

Weck, Thomas, Wettbewerbsfähigkeit und Wettbewerbsschutz, EuZW 2025, 253–259.

Wernicke, Stephan, Anm. zu EuGH, Urt. v. 6.9.2017 – C-413/14P – Intel, EuZW 2017, 850–861.

Wurmnest, Wolfgang/Lund, Nils, Die internationale Reichweite der europäischen Wettbewerbsregeln nach dem Intel-Urteil des EuG, NZKart 2015, 73–78.

Zugang zu medizinischen Innovationen: Patentrecht und globale Gerechtigkeit

Eine Diskussion über die Legitimation und Beschränkungsbedürfnisse von Patenten am Beispiel der Covid-19-Impfstoffe

Paul Friedrich*

Ludwig-Maximilians-Universität München
p.friedrich@campus.lmu.de

Abstract

Patente, Innovationen und Gerechtigkeit – drei Begriffe, welche sich bedingen und gleichzeitig konfliktieren. Anhand der nicht vor allzu langer Zeit überstandenen Covid-19-Pandemie soll aufgezeigt werden, wie Patente einerseits Innovationen und Gerechtigkeit fördern, diese andererseits aber auch hemmen können und welche Instrumente deshalb für eine Aussetzung des Patentschutzes bestehen. Es wird die Frage aufgeworfen, ob diese Instrumente genügen oder gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

I. Problemaufriss: Die Covid-19-Pandemie und das Patentrecht

Die Covid-19-Pandemie führte global zu einem Stillstand des Wirtschafts- und Soziallebens. Während Maßnahmen wie Abstandhalten und das Tragen von Masken Infektionen verhinderten oder verlangsamten, so beseitigten sie nicht endgültig die Gefahr und konnten die Pandemie nicht beenden.¹ Heilsbringer waren vielmehr die lang ersehnten Impfstoffe. Erst durch ihre immunisierende Wirkung fanden die Gesellschaften langfristig einen praktikablen Weg zurück zur Normalität.²

* Der Verf. ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Engländer an der LMU München.

¹ Das Abflachen der Infektionskurve war gleichwohl zur Vermeidung der Überlastung kritischer Infrastruktur von Bedeutung, vgl. nur *Schirmer*, Kurven und Kosten in Corona Times, Verfassungsblog v. 21.3.2020.

² Vgl. nur Berlin Institute of Health v. 28.7.2023, Ist die Pandemie vorbei?, <https://www.bihealth.org/de/aktuell/ist-die-pandemie-vorbei>; *Wilderdmuth*, War die Maskenpflicht in der Pandemie sinnvoll oder nutzlos?,

Gleichwohl stand nicht von Anfang an für jeden genügend Impfstoff bereit. Dies gilt nicht nur global gesehen, sondern auch national. Notwendig wurden dadurch Priorisierungen, beispielsweise für vulnerable Gruppen.³ Diese Priorisierungen wurden nicht leichtfertig vorgenommen, es waren vielmehr ethisch komplexe Entscheidungen.⁴ Gesellschaftlicher Unmut und Versuche, sich Impfdosen frühzeitig zu sichern, waren die Folge.⁵ Auch global gesehen waren in einigen Ländern Impfdosen früher und umfassender zugänglich als anderen. Konkret profitierten insbesondere die G20-Staaten von einer frühen Zugänglichkeit. Während dies zu einem nicht unwesentlichen Teil auf begrenzten Produktionskapazitäten, welche ob der Komplexität der Impfstoffproduktion und des Transportes nicht vorschnell ausgeweitet werden konnten, sowie dem fehlenden technischen Know-how und Vorwissen in potentiellen Produktionsstätten beruhten,⁶ löste zum anderen auch die Tatsache, dass die Impfstoffe patentrechtlich⁷ geschützt waren bzw. sind, Unverständnis aus. Es sei nicht „gerecht“, wenn einzelne durch ihr verbrieftes Ausschließlichkeitsrecht über die Zugänglichkeit eines lebensrettenden Medikamentes entscheiden dürften.

Bisweilen war angesichts der globalen Trennlinie von Ländern, die Zugang zu Impfstoff hatten und denjenigen, denen dieser fehlte – konkret wurden bis Juni 2021 nur 0,3 % des Impfstoffvorkommens in den 29 ärmsten Ländern verimpft –, von einer neuen Dimension des Kolonialismus die Rede.⁸ Der 124. Deutsche Ärztetag forderte die Freigabe von geschützten Impfstoffen. Der UN-Generalsekretär Guterres machte deutlich: „A COVID-19 Vaccine must be seen as a global public

Deutschlandfunk v. 17.1.2025. Auch andere Technologien, auf welche genauso die hier zu führende Diskussion zutrifft, waren zur Pandemiebekämpfung wesentlich, so z.B. Beatmungsgeräte und diagnostische Tests. Siehe auch Stierle, JZ 2021, 71 (71 ff.).

³ Siehe Robert-Koch-Institut v. 4.2.2021, Grafisch gestalteter Stufenplan der STIKO zur Priorisierung der Covid-19-Impfung, <https://www.rki.de/DE/Themen/Infektionskrankheiten/Impfen/Impfungen-A-Z/COVID-19/Stufenplan.html>.

⁴ Vgl. nur Positionspapier der gemeinsamen Arbeitsgruppe aus Mitgliedern der Ständigen Impfkommision, des Deutschen Ethikrates und der Nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina, v. 9.11.2020, Wie soll der Zugang zu einem Covid-19-Impfstoff geregelt werden?, <https://www.ethikrat.org/presse/mitteilungen/empfehlungen-fuer-einen-gerechten-und-geregelten-zugang-zu-einem-covid-19-impfstoff/>.

⁵ Vgl. Tributh, Impfnied und Impfdrängler: „Der eine oder andere geht schimpfend aus der Praxis“, Deutschlandfunk v. 11.5.2021.

⁶ Vgl. Hilty, ifo Schnelldienst 8/2021, 12 (13).

⁷ Nach § 1 Abs. 1 PatG sind Erfindungen auf allen Gebieten der Technik schutzfähig. Dazu zählen nach § 9 S. 1 Nr. 1 und 2 PatG Erzeugnisse und Verfahren. Hierunter fallen auch Arzneimittel. Jedenfalls kommt die sog. zweite medizinische Indikation nach § 3 Abs. 4 PatG in Betracht. Beachte dabei auch § 16a PatG. Zu weiteren (arzneimittelrechtlichen) Schutzmöglichkeiten siehe Stierle, JZ 2021, 71 (73) mwN.

⁸ Deutsches Institut für Menschenrechte, Impfgerechtigkeit als menschliche Verpflichtung, <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/im-fokus/impfgerechtigkeit-als-menschenrechtliche-verpflichtung>; Dieterich, Corona-Impfung: Verheerende Folgen der globalen Ungerechtigkeit, Frankfurter Rundschau v. 20.9.2021; Richter-Kuhlmann, Deutsches Ärzteblatt 2022, 558 (558 ff.).

good, a people's vaccine.“ Das Europäische Parlament stimmte dafür, Verhandlungen über die zeitweise Aussetzung des TRIPS-Abkommen, welches globale patentrechtliche Standards formuliert, aufzunehmen, um Patentschutz aussetzen zu können.⁹

Unabhängig, ob man diesen Positionen Zuspruch verleihen möchte, zeigt sich allein durch diese breitgefächerte Kritik schon jetzt die grundsätzliche Legitimationsbedürftigkeit des Patentrechts. Gerade im pandemischen Kontext ist dies auch stets eine Frage danach, ob der Staat trotz begrenzten Zugriffs auf Medizinprodukte seiner aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgenden Schutzpflicht gerecht wird.¹⁰ Auf die unterschiedlichen Legitimationsmodelle soll deshalb nun eingegangen werden.¹¹

II. Legitimationsansätze von Patentsystemen

1. Klassische Ansätze

Die Debatte über die Legitimität von Patentrechtsschutz wird nicht nur in der Gegenwart geführt. Schon im 19. und vereinzelt im 17. und 18. Jahrhundert wurde intensiv nach der Notwendigkeit eines Patentsystems gefragt.¹² Aus der damaligen Diskussion entstanden vier Theorien, die versuchen das Ausschließlichkeitsrecht zu rechtfertigen. Während die ersten beiden deontologische Rechtfertigungsmuster bemühen, zeitigen die anderen deutliche utilitaristische Züge.¹³

a) Eigentumstheorie

John Locke als früher Verteidiger des Patents begründete die Notwendigkeit von Patenten *naturrechtlich*. Ein jeder hätte ein natürliches Recht, mithin Eigentum, am

⁹ Siehe hierzu Fn. 6 und *Budrich*, GWP 2021, 407 (408 ff.). Weiterführend Stierle, JZ 2021, 71 (72).

¹⁰ Hierauf weist auch *Bartels*, CR-online, 25.3.2020 hin.

¹¹ Bei der Debatte über patentrechtlichen Schutz von Medizinprodukten handelt es sich um eine Debatte, die während der Covid-19-Pandemie besonders intensiv, gleichwohl auch in anderen Feldern der Medizin diskutiert wird, z.B. im Rahmen einer Zwangslizenzentscheidung BGH, Urt. v. 11.7.2017, GRUR 2017, 1017 – Raltegravir.

¹² Exklusive Rechte, mithin Privilegien, gab es gleichwohl schon wesentlich länger. Seit 1474 wurden Monopolprivilegien auf Erfindungen in Venedig erteilt. Ausf. *Liebig*, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 1/2008, 26.

¹³ Ausführlich *Machlup*, An Economic Review of the Patent System; *Machlup*, GRUR Ausl. 1961, 373 ff.; 473 ff.; 524 ff. welcher als Begründer der Vierfaltigkeit der Patentrechtstheorien angesehen werden kann.

Ergebnis des eigenen Schaffens, unabhängig dinglicher oder geistiger Natur (*Eigentumstheorie*).¹⁴ Eine Übernahme des erfindungsgemäßen Gedankens sei werungsmäßig Diebstahl. Die Eigentumstheorie beeinflusste das französische Denken bei der Schaffung des Patentgesetzes von 1791 maßgeblich und findet sich daraus ableitend bis heute. Denn auf diese Theorie zurückzuführen scheint auch der Begriff des „Geistigen Eigentums“, welcher nicht nur heute zur Abgrenzung eben dieses Rechtsgebietes virulent ist, sondern mit seinem Titel gleichzeitig seine Legitimation darzulegen versucht.¹⁵ Gleichwohl weicht das heutige Patentsystem von dieser philosophischen Begründung deutlich ab, mithin entsteht der Patentschutz nicht, wie er bei naturrechtlich zugestandenem Eigentum entstehen müsste, von selbst, sondern durch Hoheitsakt und ist darüber hinaus zeitlich beschränkt.¹⁶

b) Belohnungstheorie

Nach der *Belohnungstheorie* bereichert ein Erfinder das Wissen der Allgemeinheit („Lehrer der Nation“¹⁷), müsse also von dieser im Gegenzug durch ein Ausschließlichkeitsrecht bereichert werden („doppelte Bereicherung“). Eine normative, gesellschaftliche Gerechtigkeitswertung erfordere die Belohnung. *Beier* bringt es gleichwohl auf die Kurzform „[g]erechter Lohn für nützliche Arbeit“ und zeigt damit gleichzeitig latente utilitaristische Einflüsse auf das Patentrecht durch diese Theorie auf, welche grundlegend für das frühe englische Patentsystem des Statute of Monopolies aus 1623/24 war.¹⁸ Die Belohnungstheorie speist damit ihre Gerechtigkeitsempfindung aus Nützlichkeitsabwägungen. Gleichzeitig scheint nach dieser Theorie die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten zu Belohnungszwecken nicht zwingend, sondern könnte beispielsweise auch durch Prämien oder wie in der DDR durch Erfinderscheine („Wirtschaftspatente“) erfolgen. Zuzugestehen ist jedoch, dass nur das Patentsystem eine marktgerechte Entlohnung ermöglicht und damit anderen Belohnungsinstrumenten deutlich überlegen ist.¹⁹

¹⁴ *Ann*, in: Patentrecht, § 3 Rn. 8; *Machlup*, An Economic Review of the Patent System, S. 20 ff. mwN. *Beier* verweist zudem auf eine sich daraus entwickelnde persönlichkeitsrechtliche Dimension des Patents, GRUR Int. 1970, 1 (2).

¹⁵ Art. 1 franz. Patentgesetz 1791: „Toute découverte ou nouvelle invention est la propriété de son auteur“. *Beier*, GRUR Int. 1979, 1 (2).

¹⁶ Siehe hierzu auch *Götting*, GRUR 2006, 353 mit Referenzen zu kritischen Stimmen des Begriffs „Geistiges Eigentum“ wegen angeblich mangelnder Vergleichbarkeit von Sachlichkeit und Geistigkeit sowie der unzureichenden Berücksichtigung der persönlichkeitsrechtlichen Dimension von Teilgebieten des „Geistigen Eigentums“, welche auch die Eigentumstheorie als solche angreifen, mwN.

¹⁷ *Baier*, GRUR Int. 1970, 1 (2).

¹⁸ *Ann*, in: Patentrecht, § 3 Rn. 9; *Beier*, GRUR Int. 1970, 1 (3).

¹⁹ Vgl. *Ann*, in: Patentrecht, § 3 Rn. 16 ff.; *Beier*, GRUR Int. 1970, 1 (3); siehe weiterführend auch *Ulmer*, GRUR Int. 1966, 253. *Stierle*, JZ 2021, 71 (74).

c) Offenbarungstheorie

Ein ähnliches, wenngleich auch anders gelagertes, Wechselspiel begründet die *Offenbarungstheorie*. Danach legt der Erfinder seine Erfindung offen, die Allgemeinheit wird dadurch an Wissen und nach Ablauf der Schutzfrist mit einer konkreten Erfindung bereichert. Nach den Maßgaben dieser Theorie kommt es (nur) Dank des Patentsystems zu einem institutionalisierten, gesellschaftlichen Wissenspool. Nachdem der Erfinder auf Geheimhaltung verzichtet, verdient er eine ausgleichende Gegenleistung.²⁰ Während die Belohnungstheorie in der Wissensmehrung per se die Rechtfertigung des Patents findet, so bedarf es nach der Offenbarungstheorie eines zusätzlichen, den Erfinder einschränkenden, Aktes des Öffentlichmachens. Hiernach kommt es also gewissermaßen zu einem vertragsmäßigen Austausch von Wissen gegen Schutz.²¹ Diese Theorie hat ihren Niederschlag in unserem Patentsystem dahingehend gefunden, als dass Patentanmeldungen frühzeitig veröffentlicht und Patente nur bei hinreichender Offenbarung des Erfindungsgedankens erteilt werden.²²

d) Anspornungstheorie

Die *Anspornungstheorie* geht dagegen von der Prämisse aus, dass Innovationen nur dann entwickelt werden, wenn sich der dafür notwendige Einsatz an Kapital und Arbeitsleistung lohnt, mithin die Erfindung nicht unmittelbar nachgeahmt werden kann.²³ Durch die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts könne dies sichergestellt werden, das Patentsystem ist damit Mittel zum Zweck des technischen Fortschritts der Allgemeinheit. Durch die Anspornungstheorie wandeln sich die Legitimationsversuche von einem Selbstzweck des Patents zu einem Mittel zum Zweck. Das Patent dient durch die in Aussicht gestellte Privilegierung gleichfalls dem individuellen Ansporn, technische Neuerungen zu entwickeln, also die innovative Schaffenskraft anzuregen. Zudem soll nach ihr die Verwertung von Inventionen sichergestellt werden, sodass wertvolle Inventionen nicht ungenützt bleiben. Lincoln bringt die Theorie auf den Punkt: „*The patent system adds the fuel to the fire of*

²⁰ Deshalb auch als „Vertragstheorie“ bezeichnet, vgl. *Ann*, in: Patentrecht, § 3 Rn. 11. *Machlup*, An Economic Review of the Patent System, S. 27 f.

²¹ Zudem führe der durch die Offenbarung auslösende Schutz durch ein Ausschließlichkeitsrecht dazu, dass Erfindungen zwar noch geschützt sein mögen, gleichwohl schon zum Offenbarungszeitpunkt das wissenschaftliche Wirken anderer bereichern und damit technischen Fortschritt beschleunigen können. Siehe hierzu auch *Ann*, in: Patentrecht, § 3 Rn. 11.

²² Siehe §§ 31 Abs. 2 Nr. 2, 32 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 PatG zur Offenlegung und § 34 Abs. 4 PatG zur hinreichenden Offenbarung.

²³ *Ann*, in: Patentrecht, § 3 Rn. 10; *Machlup*, An Economic Review of the Patent System, S. 44 mwN auch zur volkswirtschaftlichen Anerkennung der Theorie.

genius.“ Die Anspornungstheorie war dabei im Übrigen maßgeblich für die Begründung des US-amerikanischen Patentsystems.²⁴

2. Ökonomische Ansätze

Mit der Zeit haben sich weitere, weniger moralisch-wertenden, sondern auf ökonomischen Erwägungen beruhende Rechtfertigungsansätze entwickelt, welche als Weiterentwicklung der Offenbarungs- und Anspornungstheorie angesehen werden können.

a) Inventionsanreiz

Zum einen habe das Patent die Funktion, zu Erfindungen anzureizen. In einer Weiterentwicklung der Anspornungstheorie wird festgestellt, dass geistige Güter frei und unbegrenzt sind. Geheimhaltungsmöglichkeiten scheitern regelmäßig an den Möglichkeiten des „reverse engineering“. Geistige Güter sind mithin nicht knapp und damit einer Preisbildung nicht zugänglich. Damit drohen die Marktmechanismen zu versagen. In die Schaffung einer Erfindung würde also nicht investiert. Patente sind deshalb erforderlich, um den geistigen Gehalt künstlich zu verknappen. Auch wenn damit der Wettbewerb auf Ebene der konkreten Anwendung einer Erfindung begrenzt wird, was zu Zugangserschwernissen und Verteuerungen führen kann, schafft das Patent jedoch überhaupt Wettbewerb auf Ebene der Produktentwicklung. Patente bieten damit den Anreiz zur Erfindung (*Inventionsanreiz*).²⁵ Mit den Worten von *Stierle*²⁶ soll „statische Ineffizienz durch Nutzungsrestriktion“ durch „dynamische Effizienz“ überkompensiert werden.

b) Informationsanreiz

Nachdem die in Patenten enthaltenen Erfindungsgedanken veröffentlicht und damit der Allgemeinheit zugänglich werden, dient das Patentsystem auch der Bereicherung des Wissenstandes einer Gesellschaft. Das Patentrecht macht Gesellschaften klüger, indem individuelle Erkenntnisse sozialisiert werden. Es handelt sich mithin um eine Weiterentwicklung der Offenbarungstheorie. Der Impuls der Offenbarung liegt dabei darin, dass die Veröffentlichung des Erfindungsgedankens nicht schädlich ist, da dieser gerade geschützt ist. Erfinder und Gesellschaft tauschen

²⁴ Art. 1 Verfassung: „Förderung der nützlichen Künste“; *Beier*, GRUR Int. 1970, 1 (3). Vgl. auch *Neumeyer*, GRUR Ausl. 1956, 241 (251).

²⁵ *Kaufer*, Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt, S. 12 und *Lemley*, The University of Chicago Law Review 2004, 129

²⁶ *Stierle*, JZ 2021, 71 (72).

also Schutzrecht gegen Informationen. Nur dadurch gelingt es, weitere – auf eben diesen offenbaren Erkenntnissen beruhende – Innovationen zu entwickeln (*Informationsanreiz*).²⁷

c) Innovations- und Transaktionsanreiz

Zuletzt ist festzuhalten, dass Erfindungen per se nur das gesellschaftliche Wissen bereichern. Wenngleich auch darin, wie gezeigt, gesellschaftliche Vorteile liegen, so können sie unmittelbar nur nützlich gemacht werden durch eine konkrete Anwendung. Indem Patente durch ihre Ausschließlichkeitswirkung die Kommerzialisierung einer Erfindung ermöglichen, begünstigen sie die Produktentwicklung (*Innovationsanreiz*).²⁸ Dabei gilt zudem zu berücksichtigen, dass erst durch die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten Innovationen handelbar sind (*Transaktionsanreiz*), was für ein arbeitsteiliges Wirtschaften Voraussetzung ist.²⁹

3. Verfassungsrechtliche Dimension

Unabhängig der philosophischen und ökonomischen Legitimationsansätze des Patentsystems, ist überdies festzustellen, dass es sich beim Inhalt von Patenten um „Geistiges Eigentum“³⁰ handelt, welches zwar kein sachenrechtliches Eigentum im Sinne von § 903 BGB darstellt, gleichwohl aber neben diesem steht und jedenfalls vom verfassungsrechtlichen Begriff des Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfasst ist.³¹

4. Zwischenfazit

Es zeigt sich damit, dass es gute Gründe dafür gibt, ein Patentsystem zu installieren. Unabhängig davon, ob man ein Patentsystem für gerecht und von Natur aus geboten hält, ist jedenfalls festzustellen, dass ohne Patentsystem der Weg erstens überhaupt zur Erfindung, zweitens zur Offenbarung und drittens zur für den einzelnen nützlichen Kommerzialisierung mehr als schwer fiele. Es ist damit zu konstatieren, dass zwar aus unterschiedlichen Gründen, im Ergebnis aber einhellig, die Existenz von Patenten berechtigt und mithin dienlich ist. *Ann* fasst zusammen: „Der Patent-

²⁷ *Beier*, GRUR 1977, 282 (284); *Fromer*, Iowa Law Review 2009, 539.

²⁸ *Kieff*, Minnesota Law Review 2001, 697; *Scherer*, Industrial market structure and economic performance, S. 440.

²⁹ *Arrow*, in: The Rate and Direction of Inventive Activity, 1962, S. 609, 614ff.

³⁰ Siehe zum Begriff „Geistiges Eigentum“ *Götting*, GRUR 2006, 353 und *Ohly*, JZ 2003, 545.

³¹ BVerfG, Beschl. v. 10.06.1964, GRUR 1964, 554 – Künstliche Bräunung; BVerfG, Beschl. v. 15.01.1974, GRUR 1974, 142 – Offenlegung von Patent-Altanmeldungen.

schutz ist der einer Marktwirtschaft konformste Weg zu der auch verfassungsrechtlich gebotenen gerechten Belohnung des Erfinders bei gleichzeitiger Förderung des technischen Fortschritts.“³² *Beier* betont: „Die Geschichte lehrt, daß alle in Forschung und Industrie führenden Länder ein hochentwickeltes Patentrecht besitzen und daß sich mit Einführung des Patentschutzes das Tempo des technischen Fortschritts und der industriellen Entwicklung merklich beschleunigte.“³³

Gleichwohl trifft dies noch nicht des Pudels Kern, welcher gerade darin besteht, die Ausschließlichkeitswirkung richtig mit dem Allgemeininteresse der freien Nutzung auszutariieren. Mit anderen Worten kommt es nicht nur darauf an, die Existenz des Patentrechts zu rechtfertigen, sondern ihm den richtigen (sachlichen wie zeitlichen) Schutzzumfang beizumessen und mit dem öffentlichen Zugangsinteresse abzuwägen.³⁴ Im pandemischen Kontext gilt es, die Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG mit seiner Sozialbindung Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG und dem schon erwähnten Recht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in Einklang zu bringen. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt, weshalb auf die von ihm unterbreiteten Instrumente einzugehen ist.

III. Ausnahmen der Ausschließlichkeitswirkung von Patenten

Das Patent verbrieft seinem Inhaber die Ausschließlichkeit an seiner Erfindung. Die Ausschließlichkeit greift indes gem. § 16 PatG nur für 20 Jahre (temporale Begrenzung) und ist in sachlicher Hinsicht vielseitig beschneidbar. In der temporalen und den sogleich vorzustellenden sachlichen Begrenzungen ist dabei nicht von einer Ausnahme des Patentrechts in einer Weise auszugehen, dass „Fehler“ in der ursprünglichen Begründung des Patents auszubessern seien. Vielmehr sind auch sie Ausdruck der Patentlegitimation selbst, welche aber eben begrenzt ist.³⁵

Konkret sei dies kurz beispielhaft im Rahmen der Belohnungs- und Anspornungstheorie an der zeitlichen Begrenzung des Patents ausgeführt: Das Patent solle zur Erfindung anreizen und den Erfinder belohnen. Ein Anreiz kann schon dann bestehen, wenn nicht für immer, sondern für einen hinreichenden Zeitraum Ausschließlichkeit an der Erfindung garantiert ist. Gleichzeitig sei die innovative Schaffenskraft damit gebührend belohnt. Damit zeigt sich: Die Ausnahmen sind vielmehr als

³² *Ann*, in: Patentrecht § 3 Rn. 63.

³³ *Beier*, GRUR Int. 1970, 1 (3).

³⁴ *Liebig*, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 1/2008, 26 (27).

³⁵ Ausgenommen hiervon ist die Eigentumstheorie, mit welcher Begrenzungen der Ausschließlichkeitswirkung nur schwer begründet werden können. Siehe hierzu II.1.a.

originäre Ausprägung der Patentlegitimation und damit als Abrundung der Reichweite eines Patents zu verstehen.

1. Zwangslizenzierung, § 24 PatG

Dem Bundespatentgericht obliegt es auf Antrag ein einfaches, ausschließliches Nutzungsrecht an einer geschützten Erfindung Privaten zuzuweisen (Zwangslizenzierung). Dafür bedarf es nach § 24 Abs. 1 PatG des vorherigen Bemühens des privaten Lizenzsuchers um vertragliche Lizenzierung, welche angemessene Konditionen entsprechen muss (Nr. 1), und eines öffentlichen Interesses an der Lizenzierung (Nr. 2), welches in der öffentlichen Gesundheit und damit der Versorgung mit Impfstoffen liegen kann.³⁶ Alternativ haben Erfinder, die Inhaber eines Patents sind, das eine Erfindung patentiert, welche ohne ein Nutzungsrecht an einem älteren Patent nicht ausgeübt werden kann (abhängige Erfindung), einen *Anspruch* auf Erteilung einer Zwangslizenz gem. § 24 Abs. 2 PatG. Dies ist gerade für Impfstoffe, welche oftmals auf vorherigen Innovationen beruhen, relevant. Genauso kann in Pandemien und vergleichbaren Situationen § 24 Abs. 5 PatG von Bedeutung sein, wonach Zwangslizenzen erteilt werden können, sofern der Patentinhaber das Inland nur unzureichend mit dem durch die Erfindung ermöglichten Produkt versorgt. Bisher war die Zwangslizenzerteilung gleichwohl nur einmalig.³⁷

2. Staatliche Benutzungsanordnung, § 13 PatG (i.V.m. § 5 Abs. 2 Nr. 5 IfSG)

Mit dem Instrument einer Benutzungsanordnung gem. § 13 PatG obliegt es der Bundesregierung, die Wirkungen eines Patents, mithin dessen Ausschließlichkeitswirkung, zu suspendieren.³⁸ Damit soll die Möglichkeit eröffnet werden, Patente unmittelbar für das öffentliche Wohl zu nutzen. Dem Patentinhaber steht nach einer entsprechenden Anordnung nach § 13 Abs. 3 S. 1 PatG eine angemessene Vergütung zu. Die Voraussetzung der „öffentlichen Wohlfahrt“ ist dabei enger zu verstehen als das in § 24 PatG geforderte „öffentliche Interesse“. Deshalb und nachdem bei Erteilung einer Zwangslizenz einzelfallbedarfgerechter zu gestalten ist,

³⁶ Böttger, GRUR 2008, 881 (882); Stoll, Private Impfstoffentwicklung und öffentliches Interesse, Verfassungsblog v. 19.3.2020.

³⁷ BGH, Urt. v. 11.7.2017, GRUR 2017, 1017 – Raltegravir.

³⁸ Offen ist, wer durch die Benutzungsanordnung berechtigt zur Benutzung der Erfindung ist. Nach der wohl h.M. der Staat, welcher an Private delegieren kann. Überzeugender scheint jedoch eine generelle Aufhebung der Ausschließlichkeitswirkung, von der auch Private unmittelbar betroffen sind, Metzger/Zech, GRUR 2020, 561 (566); Stierle, JZ 2021, 71 (76) mwN.

wird die Benutzungsanordnung als ultima ratio des Ausschlusses der Ausschließlichkeitswirkung verstanden.³⁹ Auch wenn der Bundesgesetzgeber im Jahr 2020 mit § 5 Abs. 2 Nr. 5 IfSG das Bundesministerium für Gesundheit zur Anordnung ermächtigte,⁴⁰ so wurde trotzdem bisher nie eine Benutzungsanordnung erteilt.

3. Faktische Patentaussetzung („Patent Pledge“)

Nicht nur bei Impfstoffen, sondern auch anderen Technologien, die patentrechtliche geschützt sind bzw. waren, kam es im Rahmen der Pandemie zur Bereitschaft der Patentinhaber ihr Ausschließlichkeitsrecht entweder kostenfrei zu lizenzieren oder eine Verletzung schlicht nicht zu verfolgen. Dies wurde durch einen sog. „Patent Pledge“ kommuniziert. Der Vorteil einer solchen Gestaltung ist es, einer staatlichen Maßnahme nicht zu unterfallen und den Umfang der Gewährung eines Rechts selbst bestimmen zu können. Mit anderen Worten drängt schon das Risiko, unter eine Zwangsmaßnahme zu fallen, Patentinhaber dazu, freiwillig ihre Patente zugänglich zu machen.

Die rechtliche Gestaltung eines solchen „Patent Pledge“ hängt dabei gleichwohl vom Einzelfall ab, womit erhebliche Rechtsunsicherheit einhergeht. Möglich ist die Ausgestaltung als Antrag auf Abschluss eines Vertrages, einseitige Verzichtserklärung, widerrufliche Einwilligung oder Einrede nach § 242 BGB.⁴¹ Jüngst entschied das LG Düsseldorf, dass es sich bei dem im Verfahren zugrundeliegenden „Patent Pledge“ (bloß) um eine widerrufliche Einwilligung handle, die die Durchsetzbarkeit eines Unterlassungsanspruchs wegen Patentverletzung hemme. Nicht damit einher gehe ein dingliches Recht oder ein schuldrechtlicher Anspruch.⁴² Auch wenn es sich dabei um ein erstinstanzliches Urteil handelt und eine allgemeingültige Aussage aufgrund der recht individuellen Formulierung von „Patent Pledges“ schwerfällt, weist das LG Düsseldorf damit in eine erste Richtung, welche für die Benutzer einer geschützten Erfindung wenig erfreulich sein dürfte. „Patent Pledges“ sind damit wohl kein zukunftssträchtiges und rechtssicheres Element zur richtigen Bemessung des Umfangs von Patenten.

³⁹ *Lenz/Kieser*, NJW 2002, 401 (402); *Metzger/Zech*, GRUR 2020, 561 (565); *Stierle*, IZ 2021, 71 (75).

⁴⁰ Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BGBl. I. 2020, 587.

⁴¹ Näher *Metzger/Zech*, GRUR 2020, 561 (563).

⁴² LG Düsseldorf, Ur. v. 05.03.2025, GRUR-Prax 2025, 212 – Ribonucleinsäure.

4. Zwischenergebnis

Während also „Patent Pledges“ in der künftigen Würdigung wenig Beachtung finden sollten, stellen die Instrumente der Zwangslizenzierung und der staatlichen Benutzungsanordnung geeignete Mittel dar, um den sachlichen Schutzzumfang eines Patents richtig zu bemessen und damit sicherzustellen, dass die Ausschließlichkeitswirkung nicht ihres legitimatorischen Fundaments entzogen wird.

Nicht gesondert gewürdigt wird hierbei jedoch die oben dargestellte globale Dimension, auf welche folgend eingegangen wird. Diese ist von Bedeutung, da es in einem globalisierten Wirtschaftsraum nicht nur darauf ankommt, vor sich selbst sein Patentsystem zu legitimieren, sondern auch die Akzeptanz anderer Staaten bedarf, um dieses auf einem soliden, nicht angegriffenen Fundament zu wissen. Zudem gilt zu beachten, dass im Rahmen einer Pandemie die Unterversorgung mit Impfstoffen im „globalen Süden“ auch die Gesundheitssicherheit im Norden beeinflusst. Denn gerade dadurch mangelt es an der oftmals notwendigen „Herdennimmunität“, ohne welche Mutationen von Viren immer neue Gefahren produzieren.⁴³ Ihr Zugang zu Innovationen ist damit originäres Interesse des globalen Nordens.

IV. Globale Gerechtigkeit als Dimension der Ausnahmen von der Ausschließlichkeitswirkung

1. Territorialitätsprinzip und internationale Mindeststandards – Möglichkeiten der benachteiligten Staaten *selbst*

Zuerst ist festzustellen, dass Patente in ihrer Wirkung territorial begrenzt sind.⁴⁴ Wird demnach ein Patent für Deutschland erteilt, wirkt dessen Ausschließlichkeit auch nur in den Grenzen der Bundesrepublik. In anderen Staaten ist eine Benutzung der Erfindung grundsätzlich unbedenklich. Nach dem Territorialitätsprinzip wäre es *prima facie* für Staaten, die bei der Impfstoffversorgung benachteiligt sind (benachteiligte Staaten), möglich, für ihr Hoheitsgebiet die Ausschließlichkeit nicht wirken zu lassen. Gleichwohl setzt das TRIPS-Übereinkommen⁴⁵ wesentliche Mindeststandards für geistiges Eigentum und die Wettbewerbsordnung der beteiligten

⁴³ Vgl. Hilty, ifo Schnelldienst 8/2021, 12.

⁴⁴ Haupt, GRUR 2007, 187 (188); Koch/Froschmaier, GRUR Ausl. 1965, 121.

⁴⁵ Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights, zu Deutsch: Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums; WTO-Abkommens v. 15.4.1994 – BGBl. II 1994, 1625; Zustimmungsgesetz v. 30.8.1994 – BGBl. II 1994, 1438.

Staaten fest,⁴⁶ sodass völlig freischwebende nationale Sonderregelungen im Wesentlichen ausgeschlossen sind. Davon betroffen ist nach Abschnitt 5 TRIPS auch das Patentrecht. Die beteiligten Staaten sind damit zur Installation eines Patentsystems verpflichtet. Benachteiligten Ländern verbleibt die Begrenzung des Schutzzumfangs von Patenten im Rahmen der Vorgaben des TRIPS-Übereinkommens. Hierbei ermöglicht Art. 31 TRIPS die Erteilung von Zwangslizenzen.⁴⁷ Benachteiligte Staaten sind so fähig, im Rahmen ihres Hoheitsgebietes den sachlichen Schutzzumfang eines Patents zu begrenzen.

2. Zwangslizenzierung *zugunsten* benachteiligter Staaten

Das bisher Dargestellte vergisst jedoch, dass in den benachteiligten Staaten oftmals Produktionskapazitäten, allgemeines Know-how und konkretes Vorwissen fehlt.⁴⁸ Es nützt also wenig, es den benachteiligten Staaten freizustellen, für ihr Hoheitsgebiet die Patentwirkungen zu begrenzen. Vielmehr bedürfte es einer im Transfer wirkenden Begrenzung der Ausschließlichkeitwirkung. Dies hat die Europäische Union erkannt und die *Verordnung über Zwangslizenzen für Patente an der Herstellung von pharmazeutischen Erzeugnissen für die Ausfuhr in Länder mit Problemen im Bereich der öffentlichen Gesundheit*⁴⁹ („Ausfuhrzwangslizenz-VO“) erlassen. Die Verordnung beschränkt sich auf pharmazeutische Produkte (Art. 1 Ausfuhrzwangslizenz-VO). Danach kann eine Zwangslizenz erteilt werden, um Tätigkeiten für Herstellung und Verkauf zu Ausfuhrzwecken in die wenigsten entwickelten Länder und Entwicklungsländer (Art. 6 Ausfuhrzwangslizenz-VO) zu ermöglichen.⁵⁰ Eine etwaige Unterversorgung von bestimmten Staaten mit beispielsweise Impfstoffen kann damit *de lege lata* begegnet werden.

V. Ergebnis in Thesen

Es ist damit thesenhaft zu resümieren und weiter zu blicken:

- (1) Das Patentrechtssystem im Allgemeinen besteht aus guten Gründen. In Randbereichen, in denen dessen Wirkung zweifelhaft ist und damit die Legitimation wackelt, bestehen geeignete Maßnahmen zur Korrektur. Dies gilt insbesondere auch für etwaig entstehende globale Trennlinien im Patentsystem.

⁴⁶ Böttger, GRUR 2008, 881; Tochtermann, in: Benkard/Bacher, Patentgesetz: PatG – Internationaler Teil, Rn. 77 f.

⁴⁷ Tochtermann, in: Benkard/Bacher, Patentgesetz: PatG – Internationaler Teil, Rn. 78.

⁴⁸ Siehe hierzu I. und Fn. 6.

⁴⁹ VO (EG) 816/2006 v. 17.5.2006.

⁵⁰ Böttger, GRUR 2008, 881 (885). Siehe hierzu ausf. *Kampf*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, Zwangslizenz-VO.

- (2) Man muss feststellen, dass in einer technisch immer komplexer werdenden Welt schlecht zentral über die Nützlichkeit und damit Förderungswürdigkeit einer Erfindung geurteilt werden kann. Das Patentsystem aber schafft es, dass dies den Erfindern und Adressaten eines Patents, den Produzenten, überlassen bleibt. Das Patentrecht erleichtert den Umgang mit Ungewissheit. Es stärkt damit das marktwirtschaftliche Institut der spontanen Ordnung, in welcher Ökonomen einen effizienteren Weg der Ressourcenallokation und des technischen Fortschritts sehen als in einer zentralen Planung.⁵¹
- (3) Unabhängig etwaiger behaupteter Unzugänglichkeiten ist gerade die Pharmaforschung ein Teilbereich, der positive Effekte durch Ausschließlichkeitsrechte verzeichnet. *Stierle* beschreibt korrekt: „Ohne die ausschließkeitskonstituierte Anreizstruktur würden selbst nach Ansicht kritischer Stimmen in substantiellem Maße weder Arzneimittelforschung noch -entwicklung *ceteris paribus* realisiert werden. Umso mehr muss dies für die hochkomplexe Impfstoffforschung gelten, die aufgrund geringer Umsatzerwartungen im Vergleich zur Arbeit mit konventionellen Arzneimitteln als besonders risikoreich und wirtschaftlich unattraktiv gilt.“⁵² Dabei ist insbesondere auf die (häufige) Einmaligkeit der Impfstoffverabreichung, die extrem hohen Kosten für klinische Studien⁵³ und den sonst schnell entstehenden Generikamarkt hinzuweisen. Damit ist auch festzustellen, dass der Staat seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gerade durch die Etablierung eines Patentsystems gerecht wird.
- (4) Gleichzeitig gilt – weiterhin – Vorsicht bei der Anwendung etwaiger Begrenzungsmechanismen walten zu lassen. Denn es ist nochmals zu betonen, dass ohne den Anreiz eines Ausschließlichkeitsrechts an einer Erfindung in Form eines Patents und damit der Amortisierung von getätigten Forschungsinvestitionen zu einem späteren Zeitpunkt der Vermarktung der Erfindung, gerade Impfstoffentwickler wenig Veranlassung hätten, nach Impfstoffen zu forschen.⁵⁴ Gerade durch konkurrierende Unternehmen und ihre Anstrengungen, das „beste Produkt“ zu entwickeln, wurde ein erheblicher Beitrag zur Pandemiebekämpfung erbracht – und wird es auch bei zukünftigen Krisen. Auch wenn also das

⁵¹ Vgl. *Zech*, ifo Schnelldienst 8/2021, 3. Zustimmung *Stierle*, JZ 2021, 71 (74 mit Fn. 51).

⁵² *Stierle*, JZ 2021, 71 (72) mwN. Zustimmung *Bartels*, CR-online, 25.3.2020 und *Metzger/Zech*, GRUR 2020, 561 (562).

⁵³ *Light/Warburton*, BioSocieties 2011, 1; *Stierle*, JZ 2021, 71 (72).

⁵⁴ Vgl. hierzu *Bartels*, CR-online, 25.3.2020; *Metzger/Zech*, GRUR 2020, 561 (562). Zustimmung im Allgemeinen selbst patentkritische Ökonomen *Landes/Posner*, The Economic Structure of Intellectual Property Law, S. 312 ff.

Patentrecht die flächendeckende Versorgung mit Impfstoffen erschweren kann und damit die Weltgesundheit erschwert, gelang durch eben dieses Patentsystem erst die notwendigen Innovationen und damit überhaupt Möglichkeiten zum Gesundheitsschutz. Es steht zu befürchten, dass es ohne das Patentrecht mithin keinen Impfstoff gegeben hätte.

Es zeigt sich damit, dass die in der Debatte aufeinanderprallenden Positionen, insbesondere um die Impfstofffreigabe, zeitlich versetzt sind. Während erstere die Unzugänglichkeit zu medizinischen Innovationen in der Gegenwart aufgrund der Ausschließlichkeitwirkung kritisieren, betonen letztere, dass es zu eben diesen Innovationen ohne Patentsystem nie gekommen wäre. Zech bringt es auf den Punkt, wenn er fragt: *Patentschutz: Impulsgeber für Innovation oder Behinderung von Produktion?*⁵⁵ Damit gilt zu appellieren, in der Gegenwart nicht zu vergessen, welcher Vergangenheit man entstammt. Die temporale Wirkung des Patents zu missachten, so formuliert Bartels scharf, könnte in „weitere[n] menschliche[n] Opfer[n]“ enden – „zwar mit zeitlichen Abstand, spätestens jedoch in der nächsten Pandemie.“⁵⁶ Denn durch den Ausschluss der Ausschließlichkeitwirkung, welcher zu meist nach einer erfolgreichen, mithin dann aber auch kostenintensiven, Forschungsleistung eintritt, wird das Vertrauen in den Bestand des Patentrechts derart erschüttert, dass zukünftig weniger oder keine Anstrengungen geleistet werden. Überspitzt lässt sich also fragen, welcher Nutzen bei einer Aufweichung des Patentsystems im Zugang zu einer dann dunklen Leere im innovatorischen Raum besteht. Damit ist der eingeschränkte Zugang in der Gegenwart für die Wahrung grundrechtlicher Positionen und ökonomischer Innovationen in der Zukunft erforderlich und geboten (Überkompensation statischer Ineffizienz durch dynamische Effizienz). Gerade in und nicht trotz Krisenzeiten bedarf es deshalb eines klaren und verlässlichen Patentschutzes.

Literaturverzeichnis

Ann, Christoph (Hrsg.), Patentrecht, 8. Auflage, München 2022.

Arrow, Kenneth, Economic Welfare and the Allocation of Resources für Invention, in: National Bureau of Economic Research (NBER) (Hrsg.), The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors, 1962, 609-626.

⁵⁵ Bartels, CR-online, 25.3.2020; Zech, ifo Schnelldienst 8/2021, 3.

⁵⁶ Bartels, CR-online, 25.3.2020.

Bartels, Martin, Das Patentrecht und seine Zwangslizenz in der Coronakrise, CR-online, 25.3.2020, <https://www.cr-online.de/blog/2020/03/25/>.

Beier, Friedrich-Karl, Das Patentwesen und seine Informationsfunktion – gestern und heute, GRUR 1977, 282-289.

Beier, Friedrich-Karl, Die herkömmlichen Patentrechtstheorien und die sozialistische Konzeption des Erfinderrechts, GRUR Int. 1970, 1-6.

Benkard, Georg / Bacher, Klaus (Hrsg.), Patentgesetz, 12. Auflage, München 2023.

Böttger, Fabian, Zwangslizenzen im Patentrecht – Eine systematische Bewertung der neueren Praxis insbesondere im Bereich der öffentlichen Gesundheit, GRUR Int. 2008, 881-891.

Budrich, Edmund, Sollen die Covid-Impfstoffpatente freigegeben werden?, GWP 2021, 407-416.

Dieterich, Johannes, Corona-Impfung: Verheerende Folgen der globalen Ungerechtigkeit, Frankfurter Rundschau v. 20.9.2021, <https://www.fr.de/politik/globale-impf-ungerechtigkeit-90993173.html>.

Fromer, Jeanne, Patent Disclosure, Iowa Law Review 2009, 539-606.

Götting, Horst-Peter, Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, 353-358.

Haupt, Iris, Territorialitätsprinzip im Patent- und Gebrauchsmusterrecht bei grenzüberschreitenden Fallgestaltungen, GRUR 2007, 187-194.

Hilty, Reto, Covid-Impfstoffe für alle: Was Staaten tun können – und wieso das Aussetzen von Patenten nichts bringt, ifo Schnelldienst 8/2021, 12-15.

Kaufer, Erich, Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt, Bad Homburg 1970.

Kieff, F. Scott, Property Rights and Property Rules für Commercializing Inventions, Minnesota Law Review 2001, 697-754.

Koch, Norbert / Froschmaier, Franz, Patentgesetze und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt, GRUR Ausland 1965, 121-127.

Krenzler, Horst Günter / Herrmann, Christoph / Niestedt, Marian / Abel, Patrick (Hrsg.), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Band I, 25. Ergänzungslieferung, München 2025.

Landes, William/Posner, Richard, The Economic Structure of Intellectual Property Law, Cambridge 2003.

Lemley, Mark, Ex ante versus Ex post Justifications for Intellectual Property, The University of Chicago Law Review 2004, 129-149.

Lenz, Christofer / Kieser, Timo, Schutz vor Mitzbrandangriffen durch Angriffe auf den Patentschutz, NJW 2002, 401-403.

Liebig, Klaus, Internationales Patentrecht und das Menschenrecht auf Gesundheit: Ein Konflikt, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 1/2008, 26-30.

Light, Donald / Warburton, Rebecca, Demythologizing the High Costs of Pharmaceutical Research, BioSocieties 2011, 1-17.

Machlup, Fritz, An Economic Review of the Patent System, study No. 15 of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyright of the Committee on the Judiciary - United States Senate, 85th Congress, 2d Session, Washington 1958.

Machlup, Fritz, Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, GRUR Ausland 1961, 373-390, 473-482, 524-537.

Metzger, Axel/Zech, Herbert, COVID-19 als Herausforderung für das Patentrecht und die Innovationsförderung, GRUR 2020, 561-569.

Neumeyer, Fredrik, Die historischen Grundlagen der ersten modernen Patentgesetze in den USA und in Frankreich, GRUR Int. 1956, 241-252.

Ohly, Ansgar, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545-554.

Richter-Kuhlmann, Eva, Globale Impfstoffverteilung: Der neue Kolonialismus, Deutsches Ärzteblatt 2022, 558-560.

Scherer, Frederic, Industrial market structure and economic performance, 1980.

Schirmer, Jan-Erik, Kurven und Kosten in Corona Times, Verfassungsblog v. 21.3.2020, <https://verfassungsblog.de/kurven-und-kosten-in-corona-times/>.

Stierle, Martin, Ausschließlichkeit in der (Corona-)Krise – Über Alternativen und Zugangslösungen im pandemierelevanten Innovationsermöglichungsrecht, JZ 2021, 71-80.

Stoll, Peter-Tobias, Private Impfstoffentwicklung und öffentliches Interesse, Verfassungsblog v. 19.3.2020, <https://verfassungsblog.de/private-impfstoffentwicklung-und-oeffentliches-interesse/>.

Tributh, Astrid, Impfneid und Impfdrängler: „Der eine oder andere geht schimpfend aus der Praxis“, Deutschlandfunk v. 11.5.2021, <https://www.deutschlandfunk.de/impfneid-und-impfdraengler-der-eine-oder-andere-geht-100.html>.

Ulmer, Eugen, Die Entwicklung des gewerblichen Rechtsschutzes in internationaler Sicht, GRUR Ausland 1966, 253-258.

Wildermuth, Volkart, War die Maskenpflicht in der Pandemie sinnvoll oder nutzlos?, Deutschlandfunk v. 17.1.2025, <https://www.deutschlandfunk.de/coronapandemie-rueckblick-maskenpflicht-wirksamkeit-kritik-100.html>.

Zech, Herbert, Patentschutz: Impulsgeber für Innovation oder Behinderung von Produktion?, ifo Schnelldienst 8/2021, 3-6.

Ungleichheiten im Ehrschutz

Legal Tech und beleidigte Politiker als Prüfstein für die Rechtsordnung

Simon Busse*

flatexDEGIRO AG, FernUniversität in Hagen
simon.busse@proton.me

Abstract

Das Paper analysiert die Auswirkungen von Legal Tech auf den Schutz vor Beleidigungen und beleuchtet dabei historische, gegenwärtige sowie zukünftige Herausforderungen der bestehenden Systematik. Zu Beginn erfolgt eine knappe Bestandsaufnahme des gegenwärtigen Ehrschutzes (I.) mit den daraus entstehenden Ungleichheiten (II.). Im Folgenden wird auf Prozesskostenfinanzierung als Teil von Legal Tech und ihre Effekte im Ehrschutz eingegangen (III.). Danach werden die bestehenden sowie neue Probleme des Ehrschutzes unter dem Gesichtspunkt von Legal Tech analysiert (IV.), das erstmals konkrete Wege aufzeigen könnte, um bestehende strukturellen Ungleichheiten wirksam zu beheben. In der anschließenden Diskussion werden dann der gesellschaftliche Wandel und die Rechtsdogmatik als die beiden Hauptursachen der verbleibenden Probleme erörtert (V.). Zum Schluss folgt ein Fazit (VI.) mit der konkreten Forderung, strafrechtlichen Ehrschutz zu überdenken.

I. Aktuelles System des Ehrschutzes

Der Schutz der Ehre findet sich ausdrücklich in Art. 5 Abs. 2 Var. 3 GG als Schranke für Art. 5 Abs. 1 GG. Die Konkretisierung der gesetzlichen Normierung für Eingriffe (und damit dem Schutz der Ehre) findet sich in den §§ 185 ff. StGB i.V.m. den

* Der Autor ist als stellvertretender Datenschutzbeauftragter der im MDAX gelisteten flatexDEGIRO AG tätig und absolviert derzeit parallel ein Studium der Rechtswissenschaften und einen Master in Wirtschaftsinformatik an der FernUniversität in Hagen. Seine Interessenschwerpunkte liegen an den Schnittstellen von Wirtschaft, IT und Recht.

§§ 374 ff. StPO sowie den §§ 823 ff. BGB und dem Recht der Klage auf Unterlassung und Widerruf.¹ Der strafrechtliche Ehrschutz umfasst in mehreren Tatbeständen unterschiedliche Erscheinungsformen ehrverletzender Handlungen. § 185 StGB schützt die persönliche Ehre vor vorsätzlichen Kundgaben der Miss- oder Nichtachtung.² §§ 186, 187 StGB betreffen ehrenrührige Tatsachenbehauptungen gegenüber Dritten. Ergänzend schützt § 188 StGB im politischen Leben des Volkes stehende Personen besonders, wenn die Tat geeignet ist, deren öffentliches Wirken erheblich zu erschweren. § 189 StGB weitet den Ehrschutz über den Tod hinaus aus. Die Beleidigungsdelikte wurden 2022 um § 192a StGB ergänzt, der ehrverletzende Äußerungen unter Strafe stellt, wenn sie gegen bestimmte Gruppen oder Einzelpersonen wegen ihrer Zugehörigkeit zu diesen Gruppen gerichtet und dadurch geeignet sind die Menschenwürde anderer anzugreifen. Im Vergleich zum Strafrecht hat sich der zivilrechtliche Ehrschutz im Laufe der Jahre von einer vernachlässigten Materie zu einem zentralen Element des Ehrschutzes entwickelt. Im Jahr 1954 entwickelte der BGH das allgemeine Persönlichkeitsrecht zum Schutz der Ehre aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und den daraus entstehenden zivilrechtlichen Ansprüchen.³ Darüber hinaus brach der BGH mit seiner vorherigen Rechtsprechung⁴ als er 1955 dem Schmerzensgeld eine doppelte rechtliche Funktion zuwies: Schmerzensgeld solle zwar dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für Schäden bieten, aber zugleich auch dem Gedanken Rechnung tragen, dass der Schädiger dem Geschädigten für das, was er ihm angetan habe, *Genugtuung* schulde.⁵ Die Anwendung dieses Grundsatzes weitete der BGH dann in dem „Herrenreiter“-Urteil auch auf den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus, was im Wesentlichen bis heute der ständigen Rechtsprechung entspricht.⁶ Auch das BVerfG erkennt das allgemeine Persönlichkeitsrecht und den vom BGH etablierten Genugtuungscharakter der Ansprüche wegen immaterieller Schäden durchaus an.⁷ Heute ist insbesondere das Zivilrecht aus dem Ehrschutz nicht mehr wegzudenken.

¹ BVerfG, Beschl. v. 14.3.1972, BVerfGE 33, 1 (16 f.); BVerfG, Beschl. v. 13.4.1994, BVerfGE 90, 241 (251 ff.); BVerfG, Beschl. v. 25.10.2005, BVerfGE 114, 339 (346 ff.).

² BGH, Urt. v. 29.5.1951, BGHSt 1, 288 (289); RG, Urt. v. 18.3.1937, RGSt 71, 159 (160).

³ BGH, Urt. v. 25.5.1954, BGHZ 13, 334 (335 f.).

⁴ BGH, Urt. v. 29.9.1952, BGHZ 7, 223; BGH, Urt. v. 17.6.1953, BGHZ 10, 104.

⁵ BGH, Beschl. v. 6.7.1955, BGHZ 18, 149 (150 f.).

⁶ BGH, Urt. v. 14.2.1958, BGHZ 26, 349 (350 f.); BGH, Urt. 6.12.2005, BGHZ 165, 203; BGH, Urt. v. 5.10.2004, BGHZ 160, 298; BGH, Urt. v. 15.11.1994, BGHZ 128, 1.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973, BVerfGE 34, 269 (272 ff.); BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006, BVerfGE 116, 229 (240 ff.); BVerfG, Beschl. v. 16.3.2011, BVerfGE 118, 377 Rn. 51.

II. Ungleichheiten

Im Folgenden sollen die Ungleichheiten im straf- und zivilrechtlichen Ehrschutz analysiert werden, wobei insbesondere auch die prozessualen Ungleichheiten im Fokus stehen.

1. Strafrecht

Im vergangenen Jahr sorgte eine Hausdurchsuchung für mediale Aufmerksamkeit, die ausgelöst durch einen Strafantrag des Wirtschaftsministers Habeck bei einer Person durchgeführt wurde, die ein Bild von Habeck mit dem Titel „Schwachkopf PROFESSIONAL“ verbreitet hatte, das im Stil der bekannten Marke Schwarzkopf gestaltet war.⁸ Viel Beachtung fand auch ein Durchsuchungsbeschluss gegen einen Twitter-User wegen des Verdachts der Beleidigung, nachdem dieser auf die Ankündigung einer Verschärfung von Corona-Regeln durch den Hamburgischen Innensenator Andy Grote unter dessen Tweet kommentierte: „Du bist so 1 Pimmel“.⁹ Diese und ähnliche Fälle zogen starke gesellschaftliche Reaktionen nach sich, woraufhin neben der für die Schwere des Delikts unangemessen harten Reaktion der Strafverfolgungsbehörden insbesondere der Eindruck einer Ungleichheit von einfachen Bürger und den im politischen Leben des Volkes stehenden Personen kritisiert wurde.¹⁰ Letzteres ist insbesondere auf die zwei Punkte zurückführen: Zum einen ist die Strafandrohung höher als bei einfachen Bürgern, was auch dem Art. 10 EMRK in der Anwendungspraxis des EGMR widersprechen könnte.¹¹ Zum anderen handelt es sich bei den Beleidigungsdelikten um Privatklagedelikte im Sinne der §§ 374 ff. StPO, wonach die Verfolgung durch den Verletzten direkt erfolgen kann, was dazu führen kann, dass Strafverfahren von den Staatsanwaltschaften mit Verweis auf die Privatklage eingestellt werden. Die Entwicklung des

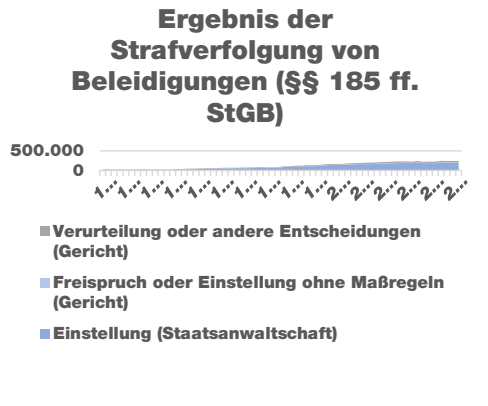
⁸ ZDF v. 15.11.2024, Nach Beleidigung: Habeck stellt Strafantrag, [zdfheute.de/politik/deutschland/habeck-beleidigung-plattform-x-ermittlungen-100.html](https://www.zdfheute.de/politik/deutschland/habeck-beleidigung-plattform-x-ermittlungen-100.html) (Stand: 18.7.2025).

⁹ LTO v. 8.8.2022, Durchsuchung absolut unverhältnismäßig, lto.de/recht/nachrichten/n/landgericht-hamburg-andy-grote-pimmelgate-durchsuchung-rechtswidrig-twitter (Stand 18.7.2025).

¹⁰ Kubicki, Im Zweifel für die Freiheit und nicht für den Strafantrag, Cicero v. 20.11.2024.

¹¹ Drygala, NJW 2025, 278 (282) Rn. 22.

Ergebnisse der Strafverfolgung von Beleidigungen (§§ 185 ff. StGB) in der Grafik lässt erkennen, dass der Großteil der Verfolgung entsprechend eingestellt wird.¹² Für Einstellungen ist das *öffentliche Interesse* im Sinne des § 376 StPO wesentlich, wofür ein Kriterium nach Nr. 86 Abs. 2 RiStBV auch die Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben ist. Diese öffentliches Interesse begründende Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben dürfte bei im politischen Leben des Volkes stehenden Personen regelmäßig vorliegen. Ist öffentliches Interesse gegeben, erhebt nach § 376 StPO die Staatsanwaltschaft die Klage. Für den Bürger bleibt mit der Privatklage dabei ein unpopuläres Werkzeug mit geringen Erfolgschancen



und Kostenrisiken. Bei einer Einstellung des Verfahrens führt zudem eventuell bereits im Zuge der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen geleisteter polizeilicher Ermittlungsaufwand im Zweifel zu nichts. Wenngleich strafprozessuale Maßnahmen freilich nicht als Konsequenz für eine Straftat dienen sollten, so bleiben eine Hausdurchsuchung oder Beschlagnahme von Geräten in solchen Fällen die einzige „Konsequenz“ aus einem Strafantrag wegen Beleidigungsdelikten. Dies ist für Täter sowie Opfer unzufriedenstellend: Das Opfer fühlt sich ob der Einstellung des Verfahrens nicht ernst genommen, der Täter durch eventuelle strafprozessuale Maßnahmen unfair benachteiligt, wurde das Verfahren doch eingestellt. Strafverfahren bei geringfügigen Ehrverletzungen, insbesondere im Internet, wirken demnach häufig unverhältnismäßig und ungleich.

2. Zivilrecht

Die wohl größte zivilprozessuale Ungleichheit besteht in der Frage nach den Kosten des Verfahrens. Für Bürger ist der Zugang zur zivilrechtlichen Geltendmachung von

¹² Eigene Berechnungen auf Basis der Daten des Statistischen Bundesamts (Statistischer Bericht Strafverfolgung: 1975–2021 Fachserie 10 Reihe 3, Tabelle 2.3; 2022–2023 EVAS-Nr. 24311, Tabelle 24311-04) sowie des BKA (Polizeiliche Kriminalstatistik: 1963–1986 „Erfasste Fälle“, Tabelle Gesamtüberblick; 1987–2023 Schlüssel 673000, Grundtabelle ohne Tatortverteilung), Lizenziert jeweils unter dl-de/by-2-0.

Ansprüchen insofern erschwert, als dass der Streitwert bei der Abwehr von Persönlichkeitsrechtsverletzungen schon je Äußerung regelmäßig mehr als 5.000€ beträgt,¹³ und damit gemäß § 1 ZPO i.V.m. §§ 23, 71 GVG die Landgerichte zuständig sind, was nach § 78 ZPO Anwaltszwang nach sich zieht und damit fast zwangsläufig auch höhere Kosten zur Folge hat. Zwar trägt in der Regel die Verliererseite nach § 91 ZPO die Kosten, aber gewisse Auslagen sind im Voraus trotzdem notwendig, zumindest für den eigenen Rechtsbeistand. Zudem ist man bekanntlich „vor Gericht und auf hoher See in Gottes Hand“, kann also nicht für einen positiven Prozessausgang garantieren, was ein nicht unbeträchtliches Kostenrisiko für den Betroffenen birgt. Zum anderen haftet man gegebenenfalls trotz eines Sieges vor Gericht als Zweitschuldner nach § 31 Abs. 2 i.V.m. § 22 Abs. 1 GVG, wenn die Gegenseite beispielsweise in Insolvenz geht und eine Zwangsvollstreckung erfolglos geblieben ist oder aussichtslos erscheint. Gerade diese Risiken schrecken Betroffene vom zivilrechtlichen Klageweg ab. In der Praxis führt dies zu einer faktischen Ungleichbehandlung im Zugang zum Recht, denn während vermögende Personen aufgrund ihrer finanziellen Situation dieselben Rechtsinstrumente mit weniger Zurückhaltung nutzen können, steht diese Möglichkeit Betroffenen mit weniger Einkommen oder Vermögen nicht in gleicher Art und Weise zur Verfügung.

III. Legal Tech als Brennglas

Der Begriff *Legal Tech* ist noch recht neu im Deutschen wurde erst 2016 zum populären Begriff.¹⁴ Schon beginnend um Jahrtausendwende etablierten sich mit Prozesskostenfinanzierern solche heute als Legal Tech bezeichneten Player in Deutschland, die Rechtsstreitigkeiten ermöglichten, ohne dass der Kläger finanzielle Mittel aufwenden muss, indem sie als Prozesskostenfinanzierer dabei die Prozesskosten übernahmen und dafür bei Erfolg eine Erlösbeteiligung vom Kläger erhalten würden.¹⁵ Die Dienstleister sind auch heute in der Regel auf bestimmte Sachverhalte wie die Durchsetzung von Fluggastrechten spezialisiert, die in einer Vielzahl auftreten und keiner zu komplexen rechtlichen Beurteilung bedürfen.¹⁶ Mittlerweile gibt es auch im Umgang mit Verletzungen des Persönlichkeitsrechts wie durch Beleidigungen Dienstleister, bei denen ein Betroffener digital relevante Äußerungen einreichen kann, die dann vom Prozesskostenfinanzierer geprüft wer-

¹³ *OLG Frankfurt.*, Beschl. v. 3.6.2024, GRUR-RS 2024, 20714.

¹⁴ *Herberger*, in: SWK Legal Tech, Legal Tech Rn 11.

¹⁵ *Riehm*, NJW 2024, 2713 Rn. 3.

¹⁶ *Yuan*, in: SWK Legal Tech, Künstliche Intelligenz Rn. 33.

den. Abzugrenzen sind Prozesskostenfinanzierer dabei deutlich von digitalen Meldestellen, die gemeldete Inhalte ausschließlich an Polizei oder LKA zur Prüfung weiterleiten und damit eher als eine „digitale Polizeiwache“ und nicht wie ein Rechtsdienstleister agieren. Betrieben werden Meldestellen in der Regel von Landesbehörden oder öffentlich-rechtlichen Stiftungen.¹⁷ Im Gegensatz dazu sind die vor einigen Jahren im Persönlichkeitsrechtsschutz aufgekommenen Prozesskostenfinanzierer¹⁸ bis heute ausschließlich Kapitalgesellschaften. Prozesskostenfinanzierer gehen dabei weiter als Meldestellen und streben neben dem strafrechtlichen zusätzlich auch den zivilrechtlichen Weg an. HateAid, ein Prozesskostenfinanzierer, erklärt Betroffenen den Unterschied von Straf- und Zivilrecht so, dass Strafrechtliche Verfahren zwar kostenfrei vom Staat geführt würden, die Betroffenen dafür aber im Erfolgsfall keine Geldentschädigung erhielten.¹⁹ Als Alternative dazu stellt HateAid ihre eigene Prozesskostenfinanzierung vor, deren Erträge zwar vollständig an HateAid und ebenso nicht an den Betroffenen gingen, dies beschreiben sie allerdings als „Solidarität für die ganze Gesellschaft“.²⁰ Im Gegensatz zu HateAid geht bei SO DONE die Geldentschädigung im Erfolgsfall zu 50% an den Geschädigten.²¹ Zudem bieten sie für Betroffene eine *dauerhafte Beauftragung* an, gegen Kommentare mit relevanten Äußerungen vorzugehen, so wirbt SO DONE damit, die Auftritte der beauftragenden Person in den Sozialen Medien und insbesondere die öffentlichen Kommentare mittels KI „im Blick zu behalten“.²² Mittelfristig könnte dies dazu führen, dass viele Bürger allein schon aus Gewinnerzielungsabsicht einen solchen Dienstleister beauftragen. Die Folge wäre, dass sämtliche digitale Äußerungen, die eine hinreichende Erfolgswahrscheinlichkeit bieten, auch angezeigt und verfolgt würden.

IV. Problemanalyse

Im Folgenden wird untersucht, welche neuen Ungleichheiten durch Legal Tech entstehen könnten und welchen Einfluss Legal Tech auf die bestehenden Ungleichheiten des Ehrschutzes hat.

¹⁷ Beispiele für Meldestellen: hessengegenhetze.de, bayern-gegen-hass.de oder meldestelle-respect.de.

¹⁸ Aktuell HateAid gGmbH und SO DONE GmbH.

¹⁹ HateAid, hateaid.org/prozesskostenfinanzierung (Abruf 1.8.2025).

²⁰ HateAid, hateaid.org/prozesskostenfinanzierung (Abruf 1.8.2025).

²¹ SO DONE, sodone.de/was-wir-tun (Abruf 1.8.2025).

²² SO DONE, sodone.de/was-wir-tun (Abruf 1.8.2025).

1. Kommerzialisierung und Rechtsmissbrauch

Dieser neuartige Weg der Rechtsdurchsetzung mittels Legal Tech ist freilich nicht unbeachtet geblieben, sondern hat allerlei Kritik ausgelöst, so gibt es Kampagnen, die sich explizit gegen SO DONE richten ebenso wie kritische Beiträge in Medien und rechtswissenschaftlichen Zeitschriften.²³ Besondere Relevanz kommt insbesondere den Vorwürfen zu, Prozesskostenfinanzierer würden durch die automatische Suche Beleidigungen kommerzialisieren und rechtsmissbräuchlich handeln. Durch die Firmenstruktur von SO DONE GmbH und der SO DONE legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH gibt es auch durchaus Argumente, dass zumindest die von der SO DONE GmbH ausgesprochenen Abmahnungen rechtsmissbräuchlich sind.²⁴ Rechtsmissbräuchlich sind Abmahnungen, deren Motivation in erster Linie das Generieren von Gebühreneinnahmen ist.²⁵ Dies gilt aber nur für Abmahnungen, nicht tatsächlich geführte Prozesse, die hier im Fokus stehen sollen. Auch bei den Zivilprozessen hinterfragt *Drygala* allerdings, ob wirklich jedes einzelne Verfahren einen eigenen Schmerzensgeldanspruch nach sich ziehen sollte, wenn die Suche nach Rechtsverletzungen durch KI automatisiert wird und derartige Verfahren massenhaft geführt werden.²⁶ Der Fehlschluss dieser Argumentation besteht darin, die problematischen Auswirkungen KI-gestützter Anzeigenerstellung primär der Technologie und den Prozesskostenfinanzierern selbst zuzuschreiben. Er verkennet, dass Prozesskostenfinanzierer mit KI lediglich die bereits bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen operationalisieren, mithin nur das geltende Recht zur Anwendung bringen. Normative Kritik sollte sich daher nicht gegen Prozesskostenfinanzierer richten, sondern gegen die materiellen und prozessualen Strukturen des gegenwärtigen Ehrschutzes. Es sind nicht Prozesskostenfinanzierer und KI, sondern das materielle Recht, das den Maßstab vorgibt, an dem sich die Akteure auf dem Markt orientieren. Unabhängig davon, ob das Vorgehen als rechtsmissbräuchlich einzustufen ist, darf die Auseinandersetzung mit den Herausforderungen von Legal Tech also nicht gegen einzelne Akteure gerichtet sein, vielmehr muss die Auseinandersetzung eine *rechtsdogmatische* sein.

²³ Beispielsweise *sodone-abschalten.de*, *Poschardt*, Dann ist die FDP tot, WELT v. 2.4.2025; *Drygala*, NJW 2025, 278 (283) Rn. 28.

²⁴ *Drygala*, NJW 2025, 278 (283) Rn. 28.

²⁵ BGH, Urt. v. 28.5.2020, GRUR 2020, 1089 Rn. 25.

²⁶ *Drygala*, NJW 2025, 278 (283) Rn. 30.

2. Ausnutzung des Strafprozesses

Zudem stellt sich die neuerliche Frage, ob Strafrecht bei Prozesskostenfinanzierern nicht nur noch Mittel zum Zweck des Zivilrechts ist. So rät SO DONE nach eigener Angabe den Mandanten Strafantrag zu stellen, um dann Einsicht in die Ermittlungsakten zu beantragen und mit den durch die Strafverfolgungsbehörden ermittelten Daten gegen den Tatverdächtigen Ansprüche auf Löschung, Unterlassung sowie Geldentschädigung zu stellen.²⁷ Wie oben herausgearbeitet, wird der Großteil dieser Strafverfahren allerdings eingestellt, womit Betroffenen nur noch die problematische Privatklage oder der zivilrechtliche Weg bleiben. Auch erscheint dieses bloße Nutzen der Strafverfolgungsbehörden zur Täterermittlung unter dem Gesichtspunkt unpassend, dass unlängst der Deutsche Richterbund vor einer fortschreitenden Überlastung der Strafjustiz warnte und als Grund dafür unter anderem die wachsende Zahl von Anzeigen wegen Hass und Hetze im Netz angab.²⁸ Auf der anderen Seite kommt eine Studie des BMJV zum Schluss, dass die Zahl von Zivilverfahren in den letzten fast 20 Jahren um rund 33% zurückging.²⁹ Während es also Kapazitätsmängel in der Strafjustiz gibt, fehlt der Ziviljustiz die Auslastung. Prozesskostenfinanzierer könnten hier dazu beitragen, mehr Verfahren auf zivilem Wege zu führen, dafür müssten aber die gesetzlichen Rahmenbedingungen angepasst werden, um die Zweckentfremdung des Strafrechts unnötig zu machen.

3. Zivilprozessuale Kostenrisiken

Das zuvor benannte Problem der Kosten eines zivilrechtlichen Verfahrens hingegen wird durch Prozesskostenfinanzierer für die Betroffenen gelöst. So wirbt auch HateAid damit, dass sie das Risiko für die Betroffenen, eigene Kosten, Gerichtskosten und Anwaltskosten der Gegenseite tragen zu müssen übernehmen.³⁰ Diese Möglichkeit besteht natürlich nur, wenn sich für den Fall auch ein Prozesskostenfinanzierer findet, der bereit ist diesen zu übernehmen. Kritisch könnte man anmerken, dass so eine Vorinstanz zur ordentlichen Gerichtsbarkeit entstehen würde, die schon aus Eigeninteresse die Erfolgswahrscheinlichkeit von Ansprüchen bewertet und so entscheidet, welche Ansprüche überhaupt weiterverfolgt werden. Mittelfristig mit der Etablierung weiterer Prozesskostenfinanzierer auf dem Markt müsste dies zu einem Wettbewerb zwischen den Dienstleistern führen, welcher

²⁷ SO DONE, sodone.de/was-wir-tun (Abruf 1.8.2025).

²⁸ Beck-Aktuell v. 20.11.2024, Richterbund warnt vor Überlastung der Strafjustiz, rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/drj-ueberlastung-der-justiz-straftsachen-personalmangel (Abruf 12.7.2025).

²⁹ Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Rückgang bei Zivilgerichten, S. 339.

³⁰ HateAid, hateaid.org/prozesskostenfinanzierung (Abruf 1.8.2025).

am besten einschätzen kann, welche Fälle Aussicht auf Erfolg haben, was zu einer erheblichen Entlastung der Gerichtsbarkeit führen dürfte. Dieser Gedanke ist auch dem Zivilrecht nicht fremd, führen doch jetzt schon die generellen Kostenrisiken eines Verfahrens beim potenziellen Kläger zu vergleichbaren Überlegungen. Prozesskostenfinanzierer dürften hier nur zu einer Verbesserung der Situation führen.

4. Strafrechtlicher Schutzzweck

Zur Auseinandersetzung mit dem Schutzzweck von Beleidigungsdelikten im Strafrecht bedarf es zunächst der Feststellung, dass der Gesetzgeber in dieser Frage weitgehend untätig geblieben ist. So entsprachen die noch bis April 2021 gültigen Fassungen der §§ 185–187 StGB im Wesentlichen wortgleich denen der §§ 185–187 des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom 31.5.1870. Herz des Beleidigungsstrafrechts ist der § 185 StGB, dessen unergiebigere Wortlaut schlicht die „Beleidigung“ bestraft, ohne dieser eine entsprechende Legaldefinition beizufügen. Bedeutung kommt damit insbesondere Rechtsprechung und Literatur zu, um diese seit mehr als 150 Jahren unangetastete Begriffshülse mit Bedeutung zu füllen. Richtungsweisend ist die Definition des Großen Senats des BGH von 1957, nach dem Angriffsobjekt der Beleidigung die dem Menschen als Träger geistiger und sittlicher Werte zukommende innere Ehre sei, welche durch Geburt unverlierbar Teil der Personenwürde des Menschen werde.³¹ Folglich entwickelten sich in den 1950er Jahren in der Literatur für die genaue Ausdefinition des Schutzzguts Ehre verschiedene Ehrbegriffe.³² Wenngleich die Frage nach der Bedeutung von Ehre diskutiert blieb, so wurde die Frage nach dem Schutzzgut der Beleidigungsdelikte mit der Ehre überwiegend als geklärt angesehen.³³ Mitunter wurden die Beleidigungsdelikte allerdings zweckentfremdet und strategisch genutzt zur Schaffung neuer Rechtsfiguren. So bekamen die Beleidigungsdelikte kurzzeitig einen neuen Schutzzweck, sozusagen als Lückenbüsser wurde eine „Geschlechtsehre“ angenommen, um eine sexuelle Handlung nicht straflos werden zu lassen, die vor der Einführung der sexuellen Belästigung in § 184i StGB noch nicht strafbar gewesen wäre.³⁴ Die §§ 185 ff. StGB wurden darauf kurzfristig auch als „kleines Sexualstrafrecht“ betitelt.³⁵ Als zweites neu geschaffenes Rechtsinstitut mit Lückenbüsserfunktion war teilweise vom „kleinen Staatsschutzrecht“ die Rede.³⁶ Insbesondere

³¹ BGH, Beschl. v. 18.11.1957, BGHSt 11, 67 (70).

³² Übersicht bei Tenckhoff, Bedeutung des Ehrbegriffs, S. 26 ff.

³³ Tenckhoff, Bedeutung des Ehrbegriffs, S. 25; Regge/Pegel, in: MüKoStGB, Vorb. § 185 Rn. 7.

³⁴ So unter anderem: BGH, Urt. v. 29.5.1951, BGHSt 1, 288; BGH, Urt. v. 16.12.1954, BGHSt 7, 129.

³⁵ Arzt, JuS 1982, 717 (725); Ritze, JZ 1980, 91 (92).

³⁶ Arzt, JuS 1982, 717 (727); Findeisen/Hoepner/Zünkler, ZfR 24 (1991), 245.

wurde kritisiert, dass verbale politische Äußerungen regelmäßig als Beleidigungen verfolgt würden, wenn sie nicht die Sonderstraftatbestände der Staatsschutzdelikte erfüllten.³⁷ Angesichts der Problematiken wurde der strafrechtliche Ehrschutz in seiner Allgemeinheit zwischenzeitlich als „verkümmert“³⁸ beschrieben. Teilweise wurde auch die Abschaffung des strafrechtlichen Ehrschutzes gefordert.³⁹ Diese Rufe kamen zu einer Zeit, in der das BVerfG mit den „Soldaten sind Mörder“-Beschlüssen gerade im Streit zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschatz eine deutliche Präferenz zugunsten der Meinungsfreiheit gezeigt hat.⁴⁰ Mit dieser Linie bracht das BVerfG allerdings 2021 mit dem Künast-Beschluss, der keinen Vorrang der Meinungsfreiheit mehr sieht und stets eine grundrechtlich angeleitete Abwägung fordert.⁴¹ Kritisch erscheint, dass die Rechtsprechungspraxis damit bei im Wesentlichen unveränderter Gesetzeslage deutlich strenger ausfiel als noch 2018, wo selbst schwere Herabwürdigungen von Politikern als zulässig galten.⁴² Insbesondere reicht ein hinreichender Bezug zur Sachdebatte reicht nicht mehr aus, wenn statt Inhalten die Person selbst zum Fokus der Äußerungen gerät.⁴³ Stimmen der Literatur hatten schon zuvor von einer Transformation des Schutzzwecks gesprochen und dass Ehrschutzdelikte nicht länger nur die personalen Ehre und das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützten, sondern Tatbestände zum Schutz der Integrität des öffentlichen politischen Meinungskampfes und der Funktionsfähigkeit des demokratischen Systems geworden wären.⁴⁴ Angesichts dieser neuerlichen „Hybridisierung der Tatbestände“⁴⁵ durch einen zweiten Telos sowie den schon historisch immer wieder aufgeworfenen Fragen des Schutzzwecks der §§ 185 ff. StGB steht durchaus die Frage im Raum, ob diese Renaissance noch innerhalb des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG stattfindet.⁴⁶ Generalkláuseln wie „Beleidigung“ können nur ohne Bedenken verwendet werden, wenn sich durch die Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer ge-

³⁷ *Findeisen/Hoepner/Zünkler*, ZfR 24 (1991), 245 (246).

³⁸ *Arzt*, JuS 1982, 717 (724).

³⁹ So etwa: *Kubiciel/Winter*, ZStW 113 (2001), 305 (333); *Frommel*, JZ 1995, 402 (411); *Bemann*, in: FS Wolff, S. 33 (38).

⁴⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.1995, BVerfGE 93, 266 (294); *BVerfG*, Beschl. v. 15.8.1994, NSTz 1994, 580.

⁴¹ *BVerfG*, Beschl. v. 19.12.2021, GRUR 2022, 337 Rn. 30.

⁴² *Drygala*, NJW 2025, 278 (279) Rn. 3 sowie der aufgehobene Beschl. des LG Berlin v. 9.9.2019, MMR 2019, 754.

⁴³ *BVerfG*, Beschl. v. 19.12.2021, GRUR 2022, 339 Rn. 42.

⁴⁴ *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 24/2019, Anm. 1.

⁴⁵ *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 24/2019, Anm. 1.

⁴⁶ *Ritze*, JZ 1980, 91 (92).

festigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt.⁴⁷ Angesichts des Wandels ist dies zumindest fraglich und sollte an anderer Stelle ausführlicher untersucht werden. Prozesskostenfinanzierer dürften hier nur in vernachlässigbaren Weise für eine Verschärfung des Problems sorgen, sie sind eher Nutznießer eines gewandelten gesellschaftlichen Klimas.

V. Diskussion

Während das Problem des Zugangs zum zivilen Rechtsweg also durch Prozesskostenfinanzierer gelöst wird, bleiben die anderen Probleme ungelöst und es tut sich zudem der neuerliche Vorwurf der Kommerzialisierung auf. Die zu den Problemen herausgearbeiteten Ursachen fußen zum einen auf dem gesellschaftlich gewandelten Schutzbedürfnis in Bezug auf Ehre und zum anderen auch in der aktuellen Rechtsordnung, die prozessuale Ineffizienzen schafft und den Anschein von Rechtsmissbräuchlichkeit ermöglicht. Im Folgenden sollen deshalb beide Punkte kurz thematisiert werden.

1. Gesellschaft

Zunächst die gesellschaftliche Ursache um die verringerte Bedeutung von Ehre sowie dem gewandelten Schutzzweck der Beleidigungsdelikte. In der Geschichte der frühen Neuzeit stellte die verbale Erniedrigung des Mitglieds eines Standes noch einen direkten Angriff auf die gesellschaftliche Hierarchie dar, in der jedem Menschen eine Rolle zugewiesen war, womit eine Abwehr auch im öffentlichen Interesse lag.⁴⁸ Schwieriger wurde die Definition des strafrechtlichen Ehrenschatzes allerdings mit dem Bedeutungsverlust der Standesordnung.⁴⁹ Mit dem Übergang in eine modernere Gesellschaft nahm auch die Standeszugehörigkeit an Bedeutung ab und wurde durch mehr Individualismus ersetzt und persönlich ausgelegt. In der heutigen Zeit ist es besonders digital an der Tagesordnung, beleidigt zu werden. Strafbar ist davon das wenigste, nicht weil es nicht als Formalbeleidigung oder Schmähkritik gewertet würde, im Gegenteil. Durch die vernetzte digitale Öffentlichkeit stammt schlicht und ergreifend ein großer Teil der Ehrverletzungen, die einem im Netz begegnen, aus dem Ausland. Insbesondere in den USA, wo zuletzt der in einer Reportage gezeigte deutsche Umgang mit Beleidigungen ein negatives

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 21.6.1977, BVerfGE 45, 363 (371 f.).

⁴⁸ Jakobs, in: FS Jescheck, S. 627 (635).

⁴⁹ Jakobs, in: FS Jescheck, S. 627 (635).

Echo nach sich zog, da das US-Amerikanische Verständnis von *Free Speech* ein anderes ist.⁵⁰ Nun könnte man es sich einfach machen und sagen, dass in Deutschland eben noch Manieren und Anstand herrschen. Dies wäre allerdings ein Augenver-schließen vor der Realität. Nicht zuletzt ist der deutsche Umgang ein Zustand der auch in der Literatur schon als *Strafbarkeitsinsel* beschrieben wurde.⁵¹ Es ist auch zukünftig nicht davon auszugehen, dass der Grad internationaler Vernetzung zu-rückgehen wird, deshalb ist es wichtig für die Gesellschaft auch mit den sich daraus ergebenden Folgen umgehen zu können. In einem Gutachten der Meinungsfrei-heitskommission des norwegischen Justiz- und Polizeiministeriums wurde *uner-wünschten Äußerungen eine notwendige Funktion in einer gesunden Gesellschaft* zugesprochen, da sie dazu zwingen würden, das eigene Selbst zu schärfen und dadurch erst ermöglichen den öffentlichen Dialog zu führen und zu beleben.⁵² Im Gutachten wurde von Eingriffen in die Äußerungsfreiheit zum Schutz des demokra-tischen Diskurses von einer Medizin gesprochen, die die Krankheit nicht bessern, sondern eher beschleunigen würde.⁵³ Ebenfalls wird der bekannte *chilling effect* be-kannt, der die Einschüchterungswirkung von einer Verfolgung von Äußerungen be-schreibt, die dazu führen würde, dass sich generell weniger am Diskurs beteiligt wird. Gerade in der vernetzten, digitalen Öffentlichkeit mit all ihren Chancen und Herausforderungen ist dies fatal. Es lassen sich kaum Argumente finden, die heute einer höheren Bedeutung der persönlichen Ehre beipflichten würden. Zumal mit dem Vormarsch von Prozesskostenfinanzierern zu erwarten ist, dass mittelfristig sämtliche unter den heutigen Tatbestand fallende Äußerungen angezeigt werden. Nur die Ausweitung des Schutzzwecks der §§ 185 ff. StGB auf den Diskurs und die Demokratie vermag in der Hinsicht zu überzeugen. Zweck des Ehrschutzes war es, auch die Menschlichkeit hinter und unterhalb der von der Gesellschaft auferlegten Rollen und Normen zu schützen.⁵⁴ Freilich war 1871 der Zweck der §§ 185 ff. StGB nicht der Schutz vor Diskriminierung beispielsweise aufgrund der Hautfarbe oder sexuellen Orientierung, doch hat diese Ausprägung der Menschlichkeit gerade in den jüngeren Jahren und dem Bedeutungsgewinn von Vielfalt für die eigene Iden-tität eine neue Ausprägung erfahren. Und wenn es heute noch eine Menschlichkeit strafrechtlich zu schützen gilt, dann ist es die der Identität. Dieser Gedanke, vor-mals Kern der §§ 185 ff. StGB, lebt heute in § 192a StGB fort, wenngleich dort die

⁵⁰ 60 Minutes v. 17.2.2025, Policing the internet in Germany, where insults are a crime, youtube.com/watch?v=-bMzFDpfDwc (Abruf 19.7.2025).

⁵¹ Kubiciel/Winter, ZStW 113 (2001), 305.

⁵² Meinungsfreiheitskommission Norwegen, Ytringsfrihed bør finde Sted, S. 192.

⁵³ Meinungsfreiheitskommission Norwegen, Ytringsfrihed bør finde Sted, S. 38.

⁵⁴ Jakobs, in: FS Jescheck, S. 627 (639).

Gruppen abschließend benannt sind, während der ursprüngliche Schutzzweck der §§ 185 ff. StGB dies noch offen ließ. Eine solche Präzisierung ist im Sinne *nulla poena sine lege certa* zu begrüßen, wirft aber zugleich die Frage auf, wozu es der anderen §§ 185 ff. StGB noch bedarf.

2. Rechtsordnung

Wie beschrieben ist zweifelhaft, ob dem Schutz der personalen Ehre in unserer heutigen Gesellschaft überhaupt noch eine derartige Wichtigkeit beikommt, die eine Strafbarkeit von Verletzungen dieser Ehre erfordert. Ein Blick ins Ausland hingegen zeigt keineswegs die Alternativlosigkeit der Strafbarkeit von Ehrverletzungen. So sind in Norwegen Ehrverletzungen wie Verleumdung oder Üble Nachrede nicht mehr strafbar und Beleidigungen nur wenn Beamte, besonders geschützte Gruppen oder bestimmte systemrelevante Berufsgruppen betroffen sind.⁵⁵ Grundlage dafür war insbesondere das zuvor angesprochene Gutachten der Meinungsfreiheitskommission des norwegischen Justiz- und Polizeiministeriums, das eine gesunde Gesellschaft mit einem legitimen Regierungssystem und einer funktionierenden Öffentlichkeit als beste Garantie gegen schädlichen Auswirkungen solcher Äußerungen sah.⁵⁶ Auch das Vereinigte Königreich hat nach einer medialen Kampagne⁵⁷ einfache Beleidigungen aus dem Strafrecht gestrichen.⁵⁸ In Deutschland ist Strafrecht bekanntlich das schärfste Machtinstrument des Staates und darf nicht willkürlich eingesetzt werden, sondern nur als *ultima ratio*.⁵⁹ Schon aus verfassungsrechtlicher Sicht ist damit die Anwendung des Strafrechts als solches an das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG gebunden.⁶⁰ Folglich sollte also Klarheit darüber bestehen, warum das Beleidigungsstrafrecht geeignet, erforderlich und angemessen sind. Insbesondere bleibt bei der Erforderlichkeit zu klären, ob die mittlerweile teils uneindeutige *ratio legis* tatsächlich die besonderen Dringlichkeit⁶¹ begründet, ein zudem noch in seiner Schutzwürdigkeit umstrittenes Rechtsgut ausgerechnet mit den Mitteln des Strafrechts zu sichern.⁶² Ebenso kann anhand der aufgezeigten strafprozessualen Folgen wie der „Überreaktion“ mit

⁵⁵ Der Ehrschutz war im norwegischen Strafgesetz aus 1902 noch in den §§ 246–248 geregelt, wurde bei der Bearbeitung 2005 aber durch Schutz für gewisse Gruppen (§§ 156, 185, 265) ersetzt: *Cornils/Husabø*, Das norwegische Strafgesetz, §§ 156 ff. Zivilrechtlicher Schutz besteht weiterhin.

⁵⁶ Meinungsfreiheitskommission Norwegen, *Ytringsfrihed bør finde Sted*, S. 191.

⁵⁷ Organisiert unter: reformsection5.org.uk.

⁵⁸ *UK Parliament*, Section 57 of Crime and Courts Act 2013.

⁵⁹ *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, BVerfGE 88, 203 (258).

⁶⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 9.7.1997, BVerfGE 96, 245 (249).

⁶¹ *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, BVerfGE 88, 203 (258).

⁶² *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 24/2019, Anm. 1.

Hausdurchsuchungen nach Politikerbeleidigungen auch an der Angemessenheit der Beleidigungsdelikte durchaus gezweifelt werden. Zur Geeignetheit festigt sich zuletzt zunehmend der Eindruck, dass Strafrecht unter dem Bedeutungsgewinn des zivilen Rechtsschutzes auch nicht mehr das geeignetste Mittel, sondern eher das medienwirksamste Mittel der Wahl ist.⁶³ Der BGH selbst nennt für den Persönlichkeitsschutz schon 1961 den immateriellen Schadensersatz das wirksamste und oft einzige Mittel, das geeignet sei, die Respektierung des Personenwerts des Einzelnen zu sichern.⁶⁴ Zudem ist es bereits so, dass das Zivilrecht faktisch mehr und mehr die Aufgabe des Strafrechts im Ehrschutz übernimmt.⁶⁵ Auch besteht im Zivilrecht gegenüber dem Strafrecht keine „Strafbarkeitslücke“ für Medien. Als Argument gegen eine Abschaffung verbleibt hingegen die Strafbarkeitslücke, die durch die dem Zivilrecht immanente höhere Schwelle für Genugtuung geschaffen wird.⁶⁶ In Anbetracht des zuvor beschriebenen Bedeutungsverlusts der Ehre muss man sich jedoch fragen, ob solch unbedeutende Beeinträchtigungen nicht tatsächlich ohne ungesühnt bleiben sollten. Zweifelsohne geht es auch nicht ganz ohne Strafrecht. So geht auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mittlerweile davon aus, dass die schwerwiegendsten Formen von *Hate Speech* unter Art. 17 EMRK fallen und damit nicht mehr von Art. 10 EMRK, der Freiheit der Meinungsäußerung gedeckt sind.⁶⁷ Eben dafür bietet sich der 2022 geschaffene § 192a StGB an, der die verhetzende Beleidigung unter Strafe stellt, um Betroffenen aus bestimmten Gruppen oder Minderheiten zu schützen und einen umfassenden Schutz vor Verletzung der Menschenwürde sicherzustellen.⁶⁸ Im Jahr 1998 zieht diesen Schluss auch *Bemmann*, als er sich dafür ausspricht, alle Beleidigungsdelikte abzuschaffen, mit Ausnahme eines Antragsdelikts für die Verfolgung von Äußerungen solch erheblicher Schwere, dass sie die Würde des Menschen beeinträchtigen.⁶⁹ Ein solches Antragsdelikt liegt nun mit dem § 192a StGB vor.

VI. Fazit und Ausblick

Die Frage, wie Ehre geschützt wird, ist immer auch Spiegel dessen, wie sich Staat und Gesellschaft selbst begreifen. Praktisch muss man festhalten, dass Ehre in ihrem ursprünglichen Sinne heutzutage nur noch eine untergeordnete Rolle spielt

⁶³ Heinze, Böhmermann, FC Bayern und eine Strafgesetzgebung auf Zuruf, LTO v. 12.12.2019.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 19.9.1961, BGHZ 35, 363 (364 f.).

⁶⁵ Frommel, JZ 1995, 402 (411).

⁶⁶ BGH, Urt. v. 19.9.1961, BGHZ 35, 363 (364).

⁶⁷ EGMR, Beschl. v. 11.6.2020, Lilliendahl v. Iceland, No. 29297/18.

⁶⁸ BT-Drs. 19/31115, S. 14.

⁶⁹ Bemmann, in: FS Wolff, S. 33 (39 f.).

und andere Schutzzwecke übernommen haben. Der Gesetzgeber hat sich seit 1871 zurückgehalten und die Weiterentwicklung der Rechtsprechung überlassen. Lediglich 2021 und 2022 kam eine moderate Verschärfung des Strafmaßes für gewisse Tatumstände und eine Ausweitung der Definition von politisch aktiven Personen und der neue § 192a StGB, die verhetzende Beleidigung. Eine Anpassung des zivilrechtlichen Ehrschutzes durch den Gesetzgeber scheint heute nahezu ausgeschlossen. In einem Klima, in dem medial zunehmend ständig von einer Verrohung der Debattenkultur sowie Hass und Hetze die Rede ist, muss der Eindruck entstehen, jede auch nur scheinbare Entschärfung des Ehrschutzes wäre unmittelbar zum Scheitern verurteilt. Einen Drang zum Rückbau bisheriger Regulierung gibt es für den Gesetzgeber höchstens unter dem Gesichtspunkt der vorherrschenden Überlastung der Strafjustiz. Ob der Gesetzgeber sich dadurch allerdings zum Abschneiden des strafrechtliche Wurmfortsatzes hinreißen ließe, bleibt ungewiss. Die Hoffnung fällt damit wohl dem BVerfG zu. Mit der neuerlichen Entwicklung um sowohl Art. 20 Abs. 3 GG als auch Art. 103 Abs. 2 GG gibt es Argumente, die, mit Ausnahme des § 192a StGB, durchaus für eine Unvereinbarkeit der §§ 185 ff. StGB mit dem Grundgesetz sprechen könnten. Zuletzt vermag gerade in angespannten Zeiten das Argument der Meinungsfreiheitskommission aus Norwegen zu überzeugen, die explizit den unerwünschten Äußerungen eine notwendige Funktion in einer gesunden Gesellschaft zusprachen.⁷⁰ Gerade in Zeiten scheinbar unbegrenzter Informationen ist eine gesellschaftliche Resilienz gegen Falschinformationen und Beleidigungen wichtig. Resilienz erreicht man aber nicht durch Strafantrag und Strafverfahren, sondern nur durch kritische Auseinandersetzung mit Inhalten aller Art. Das Recht sollte nicht der Reglementierung von Inhalten dienen, sondern faire Spielregeln für Auseinandersetzungen schaffen.⁷¹ Dazu sind Zivilrecht und der § 192a StGB heute in der Lage. Es ist Zeit, die anderen Beleidigungsdelikte abzuschaffen.

Literaturverzeichnis

Arzt, *Gunter*, Der strafrechtliche Ehrenschatz – Theorie und praktische Bedeutung, JuS 1982, 717–728.

⁷⁰ Meinungsfreiheitskommission Norwegen, Ytringsfrihed bør finde Sted, S. 38.

⁷¹ Stürner, JZ 1994, 865 (872).

Bemmann, Günter, Ehrverletzung und Strafbedürftigkeit, in: Zaczyk, Rainer/ Köhler, Michael/ Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag, Berlin 1998, S. 33–40.

Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Abschlussbericht „Erforschung der Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten“, Berlin 2023, [bmfv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_Eingangszahlen_Zivilgerichte.html](https://www.bmfv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_Eingangszahlen_Zivilgerichte.html).

Cornils, Karin/ Husabø, Erling Johannes, Das norwegische Strafrecht, Berlin 2014.

Drygala, Tim, Schwachkopf! – Die Massenverfahren wegen Politikerbeleidigung im Internet, NJW 2025, 278–284.

Findeisen, Michael/ Hoepner, Barbara/ Zücker, Martina, Der strafrechtlichen Ehrenschrift — ein Instrument zur Kriminalisierung politischer Meinungsäußerungen, ZfR 24 (1991), 245–249.

Frommel, Monika, Das Rechtsgut der Volksverhetzung – oder ein „Ablaßhandel“ in drei Akten, JZ 1995, 402–411.

Heinze, Alexander, Böhmermann, FC Bayern und eine Strafrechtsgebung auf Zuruf, LTO v. 12.12.2019, lto.de/recht/hintergruende/h/hate-speech-hass-kriminalitaet-netz-188-stgb-kommunalpolitiker-boehmermann (Stand: 7.7.2025).

Jakobs, Günther, Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschriftes, in: Vogler, Theo (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, S. 627–643.

Kubiciel, Michael, Die Renaissance der Ehrschutzdelikte – Das Maßnahmenpaket der Bundesregierung zur Bekämpfung von Hasskriminalität und die Initiativen der Bundesländer, jurisPR-StrafR 24/2019, Anmerkung 1.

Kubiciel, Michael/Winter, Thomas, Globalisierungsfluten und Strafbarkeitsinseln – Ein Plädoyer für die Abschaffung des strafrechtlichen Ehrenschriftes, ZStW 113 (2001), 305–333.

Kubicki, Wolfgang, Im Zweifel für die Freiheit und nicht für den Strafantrag, Cicero v. 20.11.2024, cicero.de/innenpolitik/schwachkopf-affare-grunes-klima-der-ein-schuchterung (Stand: 7.7.2025).

Meinungsfreiheitskommission des Justiz- und Polizeiministeriums Norwegen, Ytringsfrihed bør finde Sted, NOU 1999:27, Oslo 1999.

Münchener Kommentar zum StGB Band 4, Erb, Volker/ Schäfer, Jürgen (Hrsg.) 4. Aufl., München 2021.

Poschardt, Ulf, Dann ist die FDP tot, WELT v. 2.4.2025, [welt.de/debatte/plus255834534/FDP-Am-Nullpunkt-des-Liberalismus.html](https://www.welt.de/debatte/plus255834534/FDP-Am-Nullpunkt-des-Liberalismus.html) (Stand: 21.7.2025).

Riehm, Thomas, Effektive Rechtsdurchsetzung durch finanzierte Abtretungsmodelle, NJW 2024, 2713–2719.

Ritze, Klaus, Die „Sexualbeleidigung“ nach § 185 StGB und das Verfassungsgebot „nulla poena sine lege“, JZ 1980, 91–92.

StichwortKommentar Legal Tech, Ebers, Martin (Hrsg.), 1. Aufl., Baden–Baden 2023.

Stürner, Rolf, Die verlorene Ehre des Bundesbürgers – Bessere Spielregeln für die öffentliche Meinungsbildung, JZ 1994, 865–874.

Tenckhoff, Jörg, Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände, Berlin 1974.

Zur Rechtsnatur der Verbringung von Kulturgut und seiner möglichen Restitution am Beispiel des *Lufboats*

Yann Hohdorf*

Universitäten Heidelberg, Lausanne und Durham
Yann.hohdorf@gmail.com

Diogo Sasdelli*

Department für E-Governance, Universität für Weiterbildung Krems
Diogo.Sasdelli@donau-uni.ac.at

Abstract

Der vorliegende Beitrag untersucht die komplexe Rechtsnatur des Erwerbs und der möglichen Rückgabe von Kulturgut am Beispiel des *Lufboats*, eines aus der west-pazifischen Insel Luf im späten 19. bzw. frühen 20. Jhd. verbrachten Holzkanus. Nach einer Betrachtung der Bedingungen, unter denen das Boot erworben und nach Deutschland gebracht wurde, werden nationale und völkerrechtliche Rechtsgrundlagen analysiert, die einen potenziellen Restitutionsanspruch betreffend das *Lufboot* begründen könnten. Dabei wird gezeigt, dass solchen Ansprüchen insbesondere Rechtsinstitute und Prinzipien, die der Rechtssicherheit dienen – etwa das völkerrechtliche Intertemporalitätsprinzip sowie die Ersitzung oder die Verjährung im Privatrecht –, im Wege stehen. Abschließend wird diskutiert, ob in Anbetracht der damit verbundenen Ungerechtigkeit eine Aufhebung dieser Prinzipien bspw. im Sinne der Radbruchschen Formel gerechtfertigt wäre.

I. Einleitung

Die Aufarbeitung der eigenen Vergangenheit und das damit einhergehende Bewusstsein über die abscheulichen Verbrechen, auf die sich unsere Geschichte

* Yann Hohdorf ist Student der Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und verbringt aktuell einen Auslandsaufenthalt an der Durham University (Vereinigtes Königreich); Diogo Sasdelli ist Jurist und Philosoph und arbeitet aktuell als *Senior Researcher* am Department für E-Governance an der Universität für Weiterbildung Krems (Österreich).

stützt, führen unausweichlich zur Sehnsucht nach Möglichkeiten der Wiedergutmachung, was auch als besondere Form einer allgemeinen Sehnsucht nach Gerechtigkeit verstanden werden mag. Die deutsche Vergangenheitsbewältigung fokussiert sich aus verständlichen Gründen auf die Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus. Zunehmend rücken indes auch Verbrechen aus der Kolonialzeit in die öffentliche Wahrnehmung, was einerseits zu Initiativen wie etwa offiziellen Anerkennungen und Bitten um Entschuldigung,¹ andererseits aber auch zu Forderungen nach finanzieller Reparation für Kolonialverbrechen² sowie nach Rückgabe bzw. Restitution etwaiger verbrachter Gegenstände, insbesondere von sog. *Kulturgut* führt.

In Deutschland umfasst die Restitutionsdebatte um koloniale Sammlungsgegenstände nicht nur die prominenten *Benin-Bronzen* aus Westafrika, sondern auch zahlreiche Objekte aus den deutschen Südseekolonien.³ Diese Artefakte gelangten zwischen 1884 und 1914 auf verschiedenen Wegen in deutsche Museen und Sammlungen und von dort wiederum in die ganze Welt.⁴ Ein besonders exemplarisches Objekt dieser Erwerbsgeschichte ist das sogenannte *Lufboot*,⁵ das heute als zentrales Exponat der Ozeanischen Abteilung des Ethnologischen Museums des Humboldt-Forums in Berlin präsentiert wird und dessen Erwerbsumstände die rechtlichen und tatsächlichen Problemfelder kolonialer Objektübergabe verdeutlichen.

Der Umgang mit Restitutionsbestrebungen von Kulturgut erweist sich nicht nur aus ethischer und aus politischer Sicht als eine schwierige Angelegenheit. Auch die juristische Frage nach dem tatsächlichen Bestehen eines Rechtsanspruchs auf die Rückgabe eines Kulturguts stellt ob der Komplexität des Sachverhalts sowie der

¹ So etwa Steinmeiers offizielle Bitte um Entschuldigung für deutsche Kolonialverbrechen in Tansania. Vgl.: Sandner/Kroll/Mnette, Tansania: Steinmeiers Entschuldigung ein erster Schritt, Deutsche Welle v. 2.11.2023, <https://www.dw.com/de/tansania-steinmeiers-entschuldigung-ein-erster-schritt/a-67298090> (Stand: 9.8.2025).

² Bekannt sind in diesem Zusammenhang vor allem die Reparationsforderungen für den Völkermord an den Herero und Nama, die im Jahr 2021 in ein Abkommen zwischen Deutschland und Namibia mündeten, nach dem Deutschland 1,1 Milliarden Euro Wiederaufbauhilfe leisten soll. Vgl. Bundeszentrale für politische Bildung v. 22.6.2023, Völkermord an Herero und Nama: Abkommen zwischen Deutschland und Namibia, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/hintergrund-aktuell/335257/voelkermord-an-herero-und-nama-abkommen-zwischen-deutschland-und-namibia/> (Stand: 9.8.2025).

³ Südseekolonien sind die ehemaligen deutschen Schutzgebiete in der Südsee, also u.a. Deutsch-Neuguinea, Deutsch-Mikronesien und die Deutschen Samoainseln.

⁴ Aly, *Prachtboot*, S. 87ff.

⁵ Siehe zum *Lufboot* inkl. archäologischer Informationen und Abbildungen: Auslegerboot (1890-1895), <https://recherche.smb.museum/detail/610413> (Stand: 9.8.2025).

Vielfalt der potenziell anwendbaren Rechtsquellen eine beträchtliche Herausforderung dar. Der vorliegende Beitrag diskutiert die komplexe Rechtsnatur der Ausführung von Kulturgut und der potenziell darin begründeten Restitutionsansprüche am Beispiel des *Lufboots*. Hierzu wird in Abschnitt II zunächst eine rechtliche Bewertung des Falles in Anbetracht sowohl der einschlägigen nationalen und internationalen Rechtsinstrumente als auch der besonderen Umstände betreffend die Ausführung und potenzielle Rückgabe des *Lufboots* durchgeführt. Das Ergebnis dieser Bewertung wird sodann in Abschnitt III aus rechtspolitischer und ethischer Sicht sowie unter Berücksichtigung einschlägiger Menschenrechte diskutiert.

II. Rechtliche Bewertung

1. Sachlage

Das gegenständliche Boot stammt von der Insel Luf. Diese ist Teil des Bismarck-Archipels im westlichen Pazifik, welcher bis zu seiner britischen Besetzung im Jahr 1914 Teil des deutschen Kolonialreichs war.⁶ Heute ist die von ca. 200 Menschen bewohnte Insel Teil von Papua-Neuguinea, wobei sie allerdings abgeschieden ca. 900 km von der Hauptstadt Port Moresby entfernt liegt. Die deutsche Kolonialisierung dieses Gebietes war durch zahlreiche Rohstoffe motiviert, die der deutschen Industrie zugutekommen sollten. Zur Sicherstellung der Rohstoffversorgung erklärte sich das deutsche Militär bereit, sog. Strafexpedition durchzuführen. Diese wurden immer dann angestrebt, wenn sich die Einheimischen weigerten, den Anweisungen der Kolonialisten Folge zu leisten oder es sogar wagten, sich ihrer zu erwehren. Im Rahmen solcher Strafexpeditionen kam es regelmäßig zu Brandschatzungen und Rauben, seeseitig unterstützt von sog. kaiserlichen Kanonenbooten.⁷

Das *Lufboot* wurde 1903 von Max Thiel, einem deutschen Händler und Ethnologen,⁸ unter höchst zweifelhaften Umständen erworben.⁹ Auf Initiative eines anderen Kolonialhändlers führte die kaiserliche Marine eine solche Strafexpedition auf der Insel Luf durch, in welcher die kaiserlichen Soldaten die Insel in Brand steckten. Sie zertrümmerten darüber hinaus fast sämtliche Infrastruktur, also insb. Hütten

⁶ Aly, *Prachtboot*, S. 12f.

⁷ Aly, *Prachtboot*, S. 9ff.

⁸ Siehe dazu und zu seiner weiteren Biographie: *Ostasiatische Rundschau* Ausgabe Nr. 11 v. 1.6.1936, Konsul Max Thiel †, <https://d-nb.info/012814326> (Stand: 9.8.2025).

⁹ So die Objektbeschreibung durch das Ethnologische Museum: <https://www.smb.museum/museen-einrichtungen/ethnologisches-museum/sammeln-forschen/auslegerboot-von-der-insel-luf/> (Stand: 9.8.2025); Aly, *Prachtboot*, S. 36.

und Kanus. Ohne die hochseetauglichen Holzkanus, die zum Fischfang und zur Fortbewegung auf die Nachbarinseln zur Nahrungssuche unerlässlich waren, hatten die Lufbewohner keine Lebensgrundlage mehr. Die Bevölkerung der Lufinsel wurde lt. einigen Schätzungen um die Hälfte dezimiert. Auch Krankheiten und die Folgen von körperlicher Misshandlung spielten hier eine Rolle.

Das *Lufboot* wurde erst nach der Strafexpedition gebaut. Es wurde nie zu Wasser gelassen, da es zu wenig gesunde Männer gab, die dazu noch in der Lage gewesen wären. Die „Übergabe“ des Bootes an Thiel erfolgte also nach einer Phase intensiver militärischer Unterdrückung der Lufbevölkerung. Die Handlungs- und Geschäftsfähigkeit der Lufbevölkerung war durch diese einschneidenden Erlebnisse massiv eingeschränkt – wenn nicht gar ausgeschlossen.

Generell erfolgte der Erwerb von Objekten aus den deutschen Südseekolonien häufig ohne Anerkennung indigener Eigentumsrechte, ggf. also mittels Zwang oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen.¹⁰ Die deutschen Kolonialbehörden betrachteten sich als legitime Verwalter aller Güter auf kolonialem Territorium. Sie brachten faktisch deutsches (Vertrags-)Recht zur Anwendung, wodurch im deutschen Kolonialsystem vernetzte Unternehmer, Händler und Beamte diverse Kolonialgüter scheinbar legal erwerben konnten.

2. Rechtslage

Restitutionsansprüche von Kulturgut können grundsätzlich sowohl aus privat- als auch aus öffentlich-rechtlicher Sicht begründet sein. Die unterschiedlichen Regulierungsrahmen für die Rückgabe von Kulturgut in verschiedenen Kontexten werden hierbei in unterschiedlichen nationalen und internationalen Rechtsinstrumenten festgelegt, die im Folgenden des Näheren betrachtet werden.¹¹

a) Öffentlich-rechtliche Restitutionsansprüche im deutschen Nationalrecht

Öffentlich-rechtliche Ansprüche auf Rückgabe unrechtmäßig in Deutschland eingeführten Kulturgutes werden in §§ 49 ff. des Gesetzes zum Schutz von Kulturgut (KGSG) festgelegt. Insgesamt werden dabei vier verschiedene Kategorien von Restitutionsansprüchen definiert: (1) § 50 KGSG bezieht sich auf Restitutionsansprüche eines anderen EU-Mitgliedstaates; (2) § 51 KGSG betrifft Kulturgut, das bei

¹⁰ Deutscher Museumsbund, *Guidelines on Dealing with Collections from Colonial Contexts*, Berlin 2018, S. 39.

¹¹ Für einen allgemeinen Überblick vgl. Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, *Koloniale Raubkunst. Möglichkeiten der Rückgabe verbrachter Objekte aus kolonialem Kontext*, Berlin 2021; für eine Analyse völkerrechtlicher Grundlagen vgl. *Kaune, Völkerrechtliche Grundlagen*.

Verletzung eines unionalen Rechtsaktes zur Durchführung von Sanktionsmaßnahmen im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik verbracht wurde; (3) § 52 KGSG bezieht sich auf Restitutionsansprüche von Vertragsstaaten beim UNESCO-Übereinkommen über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der unzulässigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut von 1970 (fortan *UNESCO-Übereinkommen*); (4) § 53 KGSG regelt Ansprüche nach der Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten von 1954 (fortan *Haager Konvention*). Für die hiesige Analyse sind offenbar lediglich die letzten zwei von Belang.

Beide Vorschriften sind stark an den entsprechenden völkerrechtlichen Instrumenten angelehnt und bedingen die Begründung der jeweiligen Restitutionsansprüche durch vier Voraussetzungen:

1. Begriff: Obwohl das KGSG selbst in ihrem § 2 Abs. 1 Nr. 10 eine Definition von *Kulturgut* anführt, sind für die Ansprüche nach § 52 bzw. 53 KGSG die Begriffsbestimmungen der entsprechenden völkerrechtlichen Instrumente maßgeblich (vgl. § 52 Abs. 1 bzw. § 53 Abs. 1 KGSG). Insbesondere muss der Vertragsstaat nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 KGSG in Anlehnung am UNESCO-Übereinkommen den Gegenstand bereits vor der Ausfuhr als bedeutsam oder als unveräußerlich erklärt haben.
2. Zeitpunkt der Verbringung: Ansprüche nach § 52 und § 53 KGSG setzen voraus, dass die Verbringung jeweils nach dem 26.4.2007 bzw. nach dem 11.11.1967 erfolgten.
3. Unrechtmäßigkeit der Verbringung: Nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 bzw. 3 KGSG muss die Verbringung nationale Rechtsvorschriften des Vertragsstaates verletzt haben. Nach § 53 KGSG muss die Verbringung entgegen § 28 Nr. 3 KGSG aufgrund eines bewaffneten Konflikts erfolgt sein; § 28 Nr. 3 KGSG verweist wiederum ausdrücklich auf Abschnitt I Nr. 1 des Protokolls zur Haager Konvention, weswegen auch die in der Konvention angeführte Definition von *bewaffnetem Konflikt* maßgeblich ist.
4. Herkunft: Der ersuchende Staat muss der Herkunftsstaat des Kulturguts darstellen (vgl. § 52 Abs. 1 Nr. 4 bzw. § 53 Abs. 1 KGSG; vgl. auch § 2 Abs. 1 Nr. 8 KGSG).

Gemäß § 28 Nr. 1 KGSG sind Verbringungen von nationalem Kulturgut eines Vertragsstaates, das von diesem als solches eingestuft oder definiert wurde und unter Verstoß gegen dessen Rechtsvorschriften zum Kulturgutschutz nach dem

26.4.2007 verbracht wurde, verboten. Daraus lässt sich *e contrario* schließen, dass entsprechende Verbringungen vor diesem Zeitpunkt *ceteris paribus* nicht einmal als verboten gelten. Kein entsprechender Zeitpunkt wird in § 28 Nr. 3 KGSG für Verbringungen festgelegt, die Verstöße gegen die Haager Konvention darstellen, was theoretisch wichtige Folgen für etwaige privatrechtliche Restitutionsansprüche haben könnte, wie unten näher zu betrachten sein wird.

Aufgrund des starken völkerrechtlichen Einflusses auf das KGSG erweist sich als sinnvoll, die entsprechenden völkerrechtlichen Instrumente unter die Lupe zu nehmen.

b) Öffentlich-rechtliche Restitutionsansprüche im Völkerrecht

Die wohl wichtigsten völkerrechtlichen Instrumente betreffend Restitutionsansprüche von Kulturgut sind die bereits oben erwähnten Haager Konvention und das UNESCO-Übereinkommen.¹² Restitutionsansprüche nach diesen Verträgen könnten u. U. von Vertragsparteien direkt vor dem Internationalen Gerichtshof (IGH) in Den Haag geltend gemacht werden (Art. 36 Abs. 1 i. V. m. Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut). Als Parteien dürfen dabei nur Staaten auftreten, die gemäß Art. 35 Abs. 1 IGH-Statut das Statut angenommen haben oder die nach Art. 93 Abs. 1 der Charta der Vereinten Nationen UN-Mitglieder sind. Für eine allgemeine Verbindlichkeit der Gerichtsbarkeit des IGH ist zudem erforderlich, dass die Parteien gemäß Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut eine sog. Unterwerfungserklärung abgeben. Dies hat Deutschland erst im Jahre 2008 getan; Papua-Neuguinea hat hingegen noch keine Unterwerfungserklärung abgegeben, was im Ergebnis dazu führen wird, dass der IGH für die Klärung von Restitutionsansprüchen betreffend das *Lufboot* grundsätzlich nicht infrage kommt.

Die im Unionsrecht schlaggebende Richtlinie 2014/60/EU bezieht sich wiederum gemäß ihrem Art. 1 nur auf nationales Kulturgut eines Mitgliedstaates, das aus dem Hoheitsgebiet dieses Staates verbracht wurde, weswegen sie bei der hiesigen Analyse hintangestellt werden kann.

(1) Haager Konvention von 1954

Gemäß Abschnitt I Nr. 3 des ersten Protokolls zur Haager Konvention verpflichten sich die Vertragsparteien, bei Beendigung der Feindseligkeiten auf ihrem Gebiet

¹² In diesem Kontext erwähnenswert ist auch die UNIDROIT-Konvention über gestohlene oder rechtswidrig ausgeführte Kulturgüter von 1995, die allerdings von der Bundesrepublik Deutschland nicht ratifiziert wurde.

befindliches Kulturgut, das aus einem von ihnen während der Feindseligkeiten besetzten Gebiet ausgeführt wurde, den zuständigen Behörden des früher besetzten Gebiets zurückzugeben. Entsprechende Restitutionsansprüche sind somit durch die in der Konvention adoptierten Definitionen von *Kulturgut* und von *Feindseligkeiten* bedingt.

Die Definition von Kulturgut wird in Art. 1 lit. a Haager Konvention angeführt und umfasst bewegliches oder unbewegliches Gut, das für das kulturelle Erbe der Völker von großer Bedeutung ist. Diese Definition ist nicht nur wegen der Vagheit des Begriffs *große Bedeutung* (auf Englisch etwa *great importance*) problematisch, sondern erst recht wegen der Mehrdeutigkeit der Wendung „kulturelle Erbe der Völker“, die sowohl eine eher restriktive – etwa i. S. v. Gut, das für alle Völker gleichermaßen von großer Bedeutung ist – als auch eine eher extensive Auslegung – etwa i. S. v. Gut, das für ein gegebenes Volk von großer Bedeutung ist – zulässt. Die Haager Konvention wurde ursprünglich in Englisch, Französisch, Russisch und Spanisch verfasst und gilt gemäß ihrem Art. 29 gleichermaßen in allen Sprachfassungen. Die englische Fassung lautet in der einschlägigen Passage: „[...] *property of great importance to the cultural heritage of every people* [...]“. Die Verwendung des Pronomens *every* scheint auf eine restriktive Auslegung hinzudeuten. Die russische Fassung scheint wiederum aufgrund der Verwendung des Pronomens *каждый* („*каждого народа*“), der etwa als „jeder“ bzw. „jeder Nation“ übersetzt werden kann, eher auf die extensive Auslegung hinzudeuten. Demgegenüber wird in der spanischen („*patrimonio cultural de los pueblos*“) und in der französischen („*patrimoine culturel des peuples*“) Fassung kein Pronomen verwendet. Eine Betrachtung der Dokumentation zu den der Konvention zugrunde liegenden Verhandlungen¹³ zeigt, dass die verschiedenen Delegationen die Kulturgutdefinition mal eher restriktiv, mal eher extensiv verstanden haben.¹⁴ So bemängelt etwa die dänische Delegation, dass skandinavische Länder nur wenige Museen und keine Schlösser oder Kirchen haben, die aus internationaler Perspektive als Kulturerbe der ganzen Menschheit betrachtet werden könnten.¹⁵ Die italienische Delegation schlug wiederum vor, die Wendung *high importance* (eine frühere Fassung vom finalen *great*

¹³ Niederländische Regierung, Records of the Conference convened by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization held at the Hague from 21 April to 14 May 1954, Den Haag 1961.

¹⁴ Vgl. O’Keefe, Netherlands International Law Review 1999, 26 (35); vgl. auch Strebel, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1955, 35 (47 ff.).

¹⁵ Niederländische Regierung, Records of the Conference convened by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization held at the Hague from 21 April to 14 May 1954, Den Haag 1961, S. 201 (Rn. 869).

importance) durch *outstanding importance* zu ersetzen, da sonst alle Länder dazu neigen würden, Güter zu schützen, die keinen universellen Wert aufweisen.¹⁶ Die deutsche Delegation vertrat hingegen die These, dass traditionelle Auffassungen zum Nations- oder Eigentumsbegriff für die Zwecke der Konvention wahrscheinlich obsolet seien; es würde sich nämlich herausstellen, dass jedes Land, indem es das eigene Kulturgut schützen will, zugleich stets das Kulturgut aller Völker schützt.¹⁷

Die These der deutschen Delegation stellt eine Art rhetorische Dissoziation dar, die die Spannung zwischen der restriktiven und der extensiven Auslegung aufhebt: Kulturgut, das für eine Nation oder Volk von großer Bedeutung ist, ist zugleich für die ganze Menschheit von großer Bedeutung. Diese These wird im zweiten Absatz der Präambel der Konvention aufgenommen: „[...] *damage to cultural property belonging to any people whatsoever means damage to the cultural heritage of all mankind* [...]“; sie soll dementsprechend auch gemäß Art. 31 Abs. 2 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge von 1969 für die Auslegung der Konvention berücksichtigt werden. Im Ergebnis führt dies dazu, dass jede Vertragspartei maßgeblich über die *große Bedeutung* und *a fortiori* über eine Einstufung als Kulturgut i. S. der Konvention entscheiden kann, was sich auch als mit der in Art. 6 i. V. m. Art. 16 und insbesondere Art. 17 Abs. 4 Haager Konvention angeführten Kulturgutkennzeichnung konsistent erweist.¹⁸

Die Definition von *Feindseligkeit* i. S. v. Art. 1 Haager Konvention ist wiederum aus ihrem Anwendungsbereich zu entnehmen, der in den Art. 18 und Art. 19 der Konvention festgelegt wird. Er umfasst neben erklärten Kriegen auch andere (unerklärte) nationale oder internationale bewaffnete Konflikte sowie teilweise oder vollständige Besetzungen, unabhängig davon, ob der Kriegszustand von einer der Beteiligten nicht anerkannt wird oder ob die Besetzung auf bewaffneten Widerstand stößt.

Einer Begründung von Restitutionsansprüchen nach der Haager Konvention stehen indessen vier Punkte im Wege: Erstens ist Papua-Neuguinea anders als

¹⁶ Niederländische Regierung, Records of the Conference convened by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization held at the Hague from 21 April to 14 May 1954, Den Haag 1961, S. 127 (Rn. 165).

¹⁷ Niederländische Regierung, Records of the Conference convened by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization held at the Hague from 21 April to 14 May 1954, Den Haag 1961, S. 121 (Rn. 146).

¹⁸ So auch *Strebel*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1955, 35 (61 f.). Vgl. auch *Wooden*, Australian Yearbook of International Law 2017, 127 (138).

Deutschland keine Vertragspartei in der Haager Konvention; aufgrund des völkerrechtlichen Reziprozitätsprinzips könnte Papua-Neuguinea daher keine Ansprüche nach der Haager Konvention erheben. Zweitens müsste dies vor dem IGH erfolgen; wie aber bereits oben erwähnt hat Papua-Neuguinea keine Unterwerfungserklärung abgegeben. Drittens müsste die Konvention rückwirkend auf Ereignisse angewendet werden, die lange vor ihrer Entstehung stattgefunden haben, was eine Verletzung des völkerrechtlich weitestgehend anerkannten *Intertemporalitätsprinzips* darstellen würde. Viertens wurde das *Lufboot* auch lange vor der Entstehung des IGH überhaupt verbracht, was Probleme hinsichtlich des Prinzips des natürlichen Richters nach sich ziehen könnte.

(2) UNESCO-Übereinkommen von 1970

Gem. Art. 7 lit. b Nr. 2 UNESCO-Übereinkommen haben alle Vertragsparteien geeignete Maßnahmen zur Wiedererlangung und Rückgabe solchen Kulturguts zu ergreifen, das nach Inkrafttreten des Übereinkommens für beide Staaten eingeführt wurde.

Für einen solchen Anspruch bestehen grundsätzlich zwei Voraussetzungen:

1. Begriff: Art. 1 UNESCO-Übereinkommen listet verschiedene Kategorien auf, unter die das *Lufboot* subsumiert werden könnte. Insb. ist davon auszugehen, dass das Boot ein Gegenstand von ethnologischem (lit. f) und künstlerischem (lit. g Nr. 1, 2) Interesse ist. Allerdings ist laut Art. 1 UNESCO-Übereinkommen erforderlich, dass der Staat das Gut als *besonders wichtig* bezeichnen muss. Es ist also eine positive Deklaration erforderlich, um ein Gut mit besonderem Interesse zu einem Kulturgut im Sinne dieses Übereinkommens werden zu lassen. Eine solche deklarative Handlung ist vor der Ausfuhr nicht erfolgt und damit ist das *Lufboot* schon kein Kulturgut im Sinne des Übereinkommens.
2. Zeitpunkt der Verbringung: Ein Mitwirkungsanspruch nach Art. 7 lit. b Nr. 2 UNESCO-Übereinkommen setzt darüber hinaus die Einfuhr nach Inkrafttreten des Übereinkommens voraus. Deutschland hat das Übereinkommen zum 30.11.2007 ratifiziert, Papua-Neuguinea es nicht einmal unterzeichnet. Da Papua-Neuguinea, aus wessen heutigem Staatsgebiet das *Lufboot* entwendet wurde, keine Vertragspartei ist, kann es für

Deutschland keine Mitwirkungs- oder Rückführungspflicht geben. Diese Voraussetzung ist Ausfluss des völkerrechtlichen Prinzips der Reziprozität.¹⁹

Damit besteht ein Anspruch sowohl mangels der Kulturguteigenschaft des *Lufboots* nach Art. 1 UNESCO-Übereinkommen als auch mangels Reziprozität nicht. Hinzu kämen – wie im Falle der Haager Konvention – die Probleme betreffend die Zuständigkeit des IGH sowie das Intertemporalitätsprinzip.

(3) Zwischenergebnis

Es bestehen weder nationale öffentlich-rechtliche noch völkerrechtliche Restitutionsansprüche bezüglich des *Lufboots*.

c) Privatrechtliche Restitutionsansprüche

Neben den öffentlich-rechtlichen Restitutionsansprüchen sind auch solche privatrechtlicher Art denkbar. In Betracht kommen hier allen voran sachenrechtliche Ansprüche. Fraglich ist zuerst, welches Sachrecht anwendbar ist, schließlich weist das *Lufboot* einen Bezug zum heutigen Staat Papua-Neuguinea auf. Gem. § 43 Abs. 1 EGBGB ist der entscheidende Anknüpfungsmoment der Belegenheitsort der Sache.²⁰ Es kommt damit auf die *lex rei sitae*,²¹ also das Recht des Staates, in dem sich die Sache befindet, an. Auf die eigentumsrechtliche Lage des *Lufbootes* findet damit reguläres deutsches Sachrecht Anwendung. In Rede stehen also sachenrechtliche Herausgabeansprüche des Eigentümers gegen den aktuellen Besitzer nach § 985 BGB. Demnach kann der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe verlangen. Eigenbesitzer ist das Ethnologische Museum Berlin.

(1) Ursprüngliche Eigentümerstellung

Fraglich ist dann, wer der ursprüngliche Eigentümer des *Lufboots* ist. Es lässt sich heute nicht mehr nachweisen, für wen die Erbauer das *Lufboot* damals konkret gefertigt haben – ob für sich selbst oder für Dritte, wie z. B. die Gemeinschaft oder einen potentiellen von der Insel stammenden Auftraggeber. Es erscheint zulässig, anzunehmen, dass der oder die Eigentümer selbst Inselbewohner waren. Die Gesamtrechtsnachfolger dieses oder dieser ursprünglichen Eigentümer können den Herausgabeanspruch nur geltend machen, wenn sie weiterhin Eigentümer geblieben sind, also kein anderweitiger derivativer oder originärer Eigentumserwerb des *Lufboots* stattfand.

¹⁹ Vgl. Herdegen, Völkerrecht, § 1 Rn. 16.

²⁰ Brödermann/Rosengarten, IPR und IZPR, 2. Teil D. II Rn. 479.

²¹ Vgl. zum Grundsatz auch Rauscher, IPR, § 11 A II Rn. 1529f; Pfeiffer, IPrax 2000, 270 (278ff.).

(2) Derivativer und originärer Eigentumserwerb

Ob jemals eine wirksame rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung an Max Thiel bzw. die HERNSEIM & CO Handelsgesellschaft erfolgt ist, lässt sich heute nicht mit Sicherheit rekonstruieren. Bei einer rückwirkenden Anwendung der Maßstäbe des KGSG und der Haager Konvention wäre die Schlussfolgerung u. U. denkbar, dass das *Lufboot* unrechtmäßig in Besitz genommen und verbraucht wurde, was einem originären Eigentumserwerb des Boots durch Thiel bzw. die HERNSEIM & CO Handelsgesellschaft durch Ersitzung nach § 937 Abs. 2 BGB zuwiderliefe. In Ermangelung konkreter Erkenntnisse über die Provenienz des *Lufboots* bleiben diese Erwägungen allenfalls rein spekulativ.

Wahrscheinlicher erscheint jedoch, dass die Stiftung Preußischer Kulturbesitz das *Lufboot* gem. § 937 BGB ersessen hat. Unabhängig von den genauen Besitzverhältnissen unmittelbar nach der Einfuhr in Deutschland hat das Ethnologische Museum das Boot seit mindestens 1968 im Eigenbesitz und es erscheint grundsätzlich plausibel, dass dieser Besitz den Ersitzungsvoraussetzungen genügen dürfte. Gem. § 937 Abs. 2 BGB ist die Ersitzung nämlich ausgeschlossen, wenn der Erwerber nicht in gutem Glauben ist. Maßgeblich ist, dass der Erwerber (bzw. seine Organe im vorliegenden Fall der jur. Person) sich vorstellt, selbst Eigentümer zu sein.²² Eine so klare Vorstellung lässt sich zwar nicht sicher belegen. Eine Bösgläubigkeit seitens der Stiftung Preußischer Kulturbesitz ist indes auch nicht überliefert.

(3) Mögliche Nachforschungsobliegenheit

In der Literatur wird indessen die Auffassung vertreten, dass diese Annahme bzgl. der Gutgläubigkeit dem tatsächlichen nichtmonetären Gegenwert, also der realen Bedeutung von Kulturgütern nicht gerecht wird.²³ Außerdem sei der Handel mit bekanntem bzw. bedeutsamem Kulturgut häufig von öffentlichem Interesse und die Eigentumslage dieser Handelsgüter in besonderem Maße undurchsichtig.²⁴ Diesen Problemen sei durch erhöhte Anforderungen an den guten Glauben gem. § 937 Abs. 2 BGB Rechnung zu tragen. Konkret führen diese Anforderungen zu einer Art Nachforschungsobliegenheit, also der Pflicht, bei konkreten Verdachtsmomenten im Rahmen des Zumutbaren intensive Untersuchungen der vorherigen Eigentumsverhältnisse des in Frage stehenden Kulturguts anhand öffentlich zugänglicher Datenbanken und brancheninterner Informationsdienste durchzuführen. Die

²² BGH, NJW 2019, 3147 Rn. 44; Hamdorf, in: MÜKo BGB Bd. 8, § 937 Rn. 42.

²³ Armbrüster, NJW 2001, 3581 (3585).

²⁴ BGH NJW 2019, 3147 Rn. 47.

Nichtbefolgung einer solchen Nachforschungsobliegenheit würde dann für die grob fahrlässige Unkenntnis der wahren Eigentümerstellung sprechen und damit die Ersitzung gemäß § 937 Abs. 2 BGB ausschließen. Ausschlaggebend ist, ob aus einer *ex ante* Betrachtung der mit dem Besitz verknüpfte Rechtsschein (vgl. § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB) in seinem Kern erschüttert ist.²⁵ Es gibt keine genauen Überlieferungen, wie das *Lufboot* in den Besitz des Museums kam. Da es sich um eine Frage der tatrichterlichen Würdigung und nicht um eine Rechtsfrage handelt,²⁶ kann man aus den Umständen der Zeit allerdings ein recht klares Bild zeichnen. In der damaligen Zeit sprachen die Händler von einem Veräußerungsprozess. So ist bei vergleichbaren Objekten im Besitz der Stiftung Preußischer Kulturbesitz, die von Max Thiel gesammelt wurden, der Erwerbszusammenhang bzw. die Provenienz jeweils als „Ankauf von [...]“ oder „Gesammelt von [...]“ beschrieben.²⁷

Da die tatsächliche Lage nicht mehr rekonstruiert werden kann, erweist sich der Anschein, den die historischen Aufzeichnungen der Stiftung Preußischer Kulturbesitz erwecken, nämlich dass die Kulturobjekte erworben oder durch Schenkung erlangt wurden, als stark. Auch wenn diese Tatsache nicht definitiv ist, so gibt es doch nicht genügend Anhaltspunkte, von einer Erschütterung des Rechtsscheins in einem zur Nachforschungsobliegenheit führenden Ausmaß auszugehen. Mithin wäre kein böser Glaube anzunehmen und das *Lufboot* wäre wirksam ersessen worden – frühestens mit Ablauf der Zehnjahresfrist nach der gesicherten Ineigenbesitznahme des Boots durch das Museum im Jahr 1978.

Damit hätte das Museum das Eigentum des *Lufboats* originär erworben. Unabhängig von der ursprünglichen Eigentümerstellung des Boots hätten daher der oder die ursprünglichen Eigentümer bzw. deren Gesamtrechtsnachfolger keinen Anspruch mehr auf Herausgabe des Boots gem. § 985 BGB.

(4) Verjährung etwaiger Ansprüche gem. § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB

Selbst wenn man annehmen will, dass die Erwerber zum Zeitpunkt des Erwerbs möglicherweise bösgläubig gewesen wären und der Eigentumserwerb durch Ersitzung damit gesperrt sei, besteht kein Anspruch auf Herausgabe des Boots, weil die Verjährungseinrede gem. § 214 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden kann. Nach

²⁵ Vgl. Höpfner, in: Soergel BGB Bd. 22, § 932 Rn. 24.

²⁶ BGHZ 10, 14, 16.

²⁷ Fürs *Lufboot*: <https://sammlungenonline.humboldtforum.org/de/objektkatalog/112627-hochsee-segelboot-von-der-insel-luf> (Stand: 9.8.2025); für weitere 133 Gegenstände von Max Thiel gesammelt und teilweise angekauft, teilweise durch Schenkung in den Bestand gekommen: <https://sammlungenonline.humboldtforum.org/objektkatalog?query=Max+Thiel> (Stand: 9.8.2025).

§ 197 Abs 1 Nr. 2 BGB verjähren alle Herausgabeansprüche aus Eigentum nach 30 Jahren. Die Verjährungsfrist solcher Ansprüche beginnt gem. § 200 BGB mit Anspruchsentstehung. Es ist bekannt, dass das Museum spätestens 1968 im Besitz des Boots war. Damit wäre ein Anspruch (so er denn bestünde) ab diesem Zeitpunkt entstanden. Damit beginnt auch die Verjährungsfrist im Jahr 1968. Ein hypothetischer Anspruch wäre also im Jahr 1998 verfristet. Dies würde dazu führen, dass ein Gericht sich mit der tatsächlichen Eigentumslage nicht einmal mehr auseinandersetzen würde, diese also ungeklärt bleibt.²⁸ Dieser Zustand führte dazu, dass Eigentum und Besitz dauerhaft auseinanderfallen würden, da die Eigentumschutzrechte verfristet sind. Damit entstünde also eine Art *nacktes Recht*, ein Recht ohne Anspruch, mit dem es durchgesetzt werden kann, was aus rechtstheoretischer Sicht durchaus problematisch erscheint.²⁹

(5) Zwischenergebnis

Es bestehen keine privatrechtlichen Ansprüche.

III. Schlussbemerkungen: Kulturgutrestitution zwischen Sicherheit und Gerechtigkeit

Die obigen Erwägungen zeigen, dass das *Lufboot* betreffend weder öffentlich-rechtliche noch privatrechtliche Restitutionsansprüche begründet werden können. Gegen mögliche öffentliche-rechtliche Ansprüche spricht vor allem das völkerrechtliche Intertemporalitätsprinzip bzw. das damit einhergehende Rückwirkungsverbot. Privatrechtliche Ansprüche scheitern wiederum an Verjährungsfristen bzw. am originären Eigentumserwerb durch Ersitzung. Da diese Gründe recht allgemein sind, wären ähnliche Ergebnisse bei den meisten Fällen zu erwarten, die im Zusammenhang mit während der Kolonialzeit verbrachtem Kulturgut stehen.

Dieses Ergebnis dürfte gerade in Anbetracht der eingangs erwähnten *Sehnsucht nach Wiedergutmachung* bzw. nach Gerechtigkeit verständlicherweise etwas ernüchternd wirken. Daher erscheint die Frage nicht unberechtigt, ob es gerade im besonderen Fall der Restitution von Kulturgut prinzipiell rechtlich relevante Gründe dafür gäbe, das völkerrechtliche Intertemporalitätsprinzip oder die privatrechtliche Anspruchsverjährung bzw. die Ersitzung aufzuheben. In Frage kämen

²⁸ Vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 2018, 857 Rn. 37; *Stahl*, ZfPW 2024, 21 (25).

²⁹ Hierzu gibt es eine starke Reformbewegung, die einführend in *Stahl*, ZfPW 2024, 21 (25) nachgelesen werden kann; lohnenswert scheint auch ein rechtsvergleichender Blick in die §§ 1452 f. ABGB, in denen Verjährung und Ersitzung systematisch gemeinsam geregelt sind, wobei die Ersitzung als besondere Form der Verjährung definiert wird.

hierbei vor allem Menschenrechte, die das kulturelle Erbe oder die Teilhabe am kulturellen Leben zum Gegenstand haben. Art. 27 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) gewährt bspw. jedem Menschen das Recht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft teilzunehmen. Noch konkreter – obgleich nicht verbindlich – betont Art. 12 der UN-Deklaration der Rechte indigener Völker, dass diese Völker das Recht haben, ihre Kultur auszuleben. Insbesondere sollen Staaten den Zugang zu zeremoniellen Objekten und ggf. auch ihre Rückgabe ermöglichen.

Es erscheint durchaus plausibel, dass der Umstand, dass sich das *Lufboot* nicht auf Luf, sondern in Berlin befindet, einen nennenswerten Eingriff in diese Rechte darstellt. Aber erreicht dieser Eingriff das erforderliche Ausmaß, um eine Flexibilisierung des völkerrechtlichen Intertemporalitätsprinzips oder der privatrechtlichen Verjährungs- und Ersitzungsfristen sowie der damit einhergehenden Eingriffe in das Eigentumsrecht – das genauso den Status eines Menschenrechtes genießt (Art. 17 AEMR) – zu rechtfertigen? Diese Frage lässt sich freilich nicht leicht beantworten; ihre Beantwortung hängt von einer Prinzipienabwägung ab, dabei insbesondere davon, welche Bedeutung dem Luftboot als Kulturgut bzw. als kulturelles Erbe für das Volk von Luf zuzuordnen ist. Kurz vor der Eröffnung des Humboldt Forums im Jahre 2021 äußerte sich *Thomas Bockhold* – der Honorarkonsul von Papua-Neuguinea – in Bezug auf das *Lufboot*, dass das Land keinesfalls etwas zurück-erhalten möchte; das Boot würde vielmehr als Werbung für das Land dienen, was man positiv betrachte.³⁰ Man wäre in Anbetracht dieser Stellungnahme dazu geneigt, die Bedeutung des *Lufboots* im Hinblick auf Art. 17 AEMR bzw. Art. 12 der Deklaration der Rechte indigener Völker als relativ gering anzusehen. Dagegen könnte man aber einwenden, dass Papua-Neuguinea kein homogener Nationalstaat ist; vielmehr leben im Staat viele verschiedene ethnische Volksgruppen, mit unterschiedlichen historischen, kulturellen, religiösen usw. Hintergründen. Es wäre insofern fraglich, inwiefern die offizielle, zentrale Stellungnahme von Papua-Neuguinea auch die Sichtweise der kleinen, von gerade ca. 200 Menschen bewohnten Lufinsel widerspiegelt.

Darüber hinaus gilt es auch eine weitere, eher praktisch relevante Abwägung in die Bewertung miteinzubeziehen. Beide zivilrechtlich betrachteten Institute, nämlich die Ersitzung und die Verjährung, dienen ultimativ dem Rechtsfrieden bzw. der Rechtssicherheit, die als fundamentale Aspekte der Zweckbestimmung des

³⁰ *Bernau*, Götz Alys Buch über den Raub eines Prachtbootes, Berliner Zeitung v. 9.5.2021, <https://www.berliner-zeitung.de/kultur-vergnuegen/debatte/goetz-aly-buch-ueber-den-raub-eines-prachtbootes-li.157922> (Stand: 9.8.2025).

Rechts betrachtet werden können. Ähnliches gilt auch für das völkerrechtliche Intertemporalitätsprinzip. Es ist mit zunehmendem Zeitablauf immer schwieriger, die tatsächliche Sachlage herauszufinden oder gar zu beweisen: Im immer dichter werdenden Nebel der Vergangenheit lässt sich die Wirklichkeit rasch nicht mehr erkennen. Damit droht aber auch eine ebenso zunehmende Verdunkelung der Rechtslage. Aus dieser Perspektive scheinen Verjährung und Ersitzung genau ihre Bestimmung zu erfüllen: Sicherheit und Rechtsfrieden zu stiften.

Damit scheint die Frage nach dem Bestehen von Restitutionsansprüchen betreffend verbrachtes Kulturgut in die klassische Spannung zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit zu münden.³¹ In dem Zusammenhang wird mitunter auch die Radbruchsche Formel in Erwägung gezogen, um bspw. eine Aufhebung des Intertemporalitätsprinzips zu begründen,³² wobei ähnliche Argumente auch zugunsten einer Aufhebung der Ersitzung oder der Verjährung aufgestellt werden könnten. Dabei werden sowohl materielle als auch formelle Aspekte betreffend die Radbruchsche Formel übersehen. Materiell wird angenommen, dass das Intertemporalitätsprinzip, die Ersitzung und die Verjährung im Zusammenhang mit Kulturgut zu extrem ungerechten Ergebnissen führen, sodass ihre Aufhebung der Gerechtigkeit dienen würde. Nach den obigen Erwägungen wäre diese Annahme nur schwerlich zu begründen: Solange die Details über die Provenienz eines verbrachten Kulturguts nicht geklärt sind, bleibt ebenso unklar, ob eine etwaige Restitution (wer auch immer einen Anspruch erheben mag) gerecht ist. Selbst dann, wenn man die gesamte Provenienz eines Kulturguts klären könnte, wäre u. U. denkbar, dass verschiedene Personen oder Gruppen eine ähnlich starke kulturelle Bindung dazu begründen könnten, sodass es weiterhin unklar bliebe, an wen die Sache zurückgegeben werden soll. Formal wird übersehen, dass diese Prinzipien (anders als bspw. nationalsozialistisches Recht oder Schießbefehle bei den berühmten Mauer-schützenprozessen)³³ keinen direkten Zusammenhang zur jeweils als extrem betrachteten Ungerechtigkeit aufweisen, d. h. hier die Verbrechen der Kolonialzeit, bspw. die Strafexpedition gegen die Lufbewohner.

Da das Ideal der *Gerechtigkeit* in diesem Fall unerreichbar ist, wird man sich im Ergebnis mit dem der *Sicherheit* zufriedenstellen müssen. Aber während sich die Gerechtigkeit in die Vergangenheit verirrt, bietet die Sicherheit zumindest die Möglichkeit an, in die Zukunft zu schauen. Und auch wenn keine Gerechtigkeit auf

³¹ Vgl. *Radbruch*, in: Gesamtausgabe, 78 (79).

³² *Radbruch*, JZ 1946, 105; *Kaufmann*, NJW 1995, 81.

³³ Vgl. dabei *Neuhaus/Sasdeli*, in: *Mehr Fortschritt wagen*, 159.

persönlichere Ebene – d.h. durch Restitution verbrachten Guts an die kulturellen Erben derjenigen, denen es unrechtmäßig entwendet worden ist, realisierbar zu sein scheint, bieten die aktuellen nationalrechtlichen und völkerrechtlichen Institute ein durchaus beträchtliches Schutzniveau für Kulturgut auf einer abstrakteren Ebene – als gemeinsames Erbe der Menschheit.

Literaturverzeichnis

Aly, Götz, Das Prachtboot, Frankfurt am Main 2023.

Armbrüster, Christian, Privatrechtliche Ansprüche auf Rückführung von Kulturgütern ins Ausland, NJW 2001, 3581–3587.

Bernau, Nikolaus, Götz Alys Buch über den Raub eines Prachtbootes, Berliner Zeitung v. 9.5.2021, <https://www.berliner-zeitung.de/kultur-vergnuegen/debatte/goetz-aly-buch-ueber-den-raub-eines-prachtbootes-li.157922> (Stand: 9.8.2025).

Brödermann, Eckart/Rosengarten, Joachim, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 9. Auflage, München 2024.

Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Koloniale Raubkunst. Möglichkeiten der Rückgabe verbrachter Objekte aus kolonialem Kontext, Berlin 2021, <https://www.bundestag.de/re-source/blob/840018/7b372275e77697e8b631b5fdb968fce/WD-10-005-21-pdf-data.pdf>.

Deutscher Museumsbund, Guidelines on Dealing with Collections from Colonial Contexts, Berlin, Juli 2018, <https://www.museumsbund.de/wp-content/uploads/2019/10/dmb-guidelines-colonial-context.pdf>.

Herdegen, Matthias, Völkerrecht, 22. Auflage, München 2023.

Junker, Abbo, Internationales Privatrecht, 6. Auflage, München 2024.

Kaufmann, Arthur, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW 1995, 81–86

Kaune, Jessica, Völkerrechtliche Grundlagen für die Rückgabe von Kulturgut aus kolonialen Kontexten, Dresden 2024.

Neuhaus, Kilian/Sasdelli, Diogo, Die Radbruchsche Formel und das argumentum ad absurdum, in: Bange, Mirko; Kirner, Henri (Hrsg.): Mehr Fortschritt wagen, Tübingen 2022, S. 159–178.

Niederländische Regierung, Records of the Conference convened by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization held at the Hague from 21 April to 14 May 1954, Den Haag 1961, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000371936> (Stand: 9.8.2025).

O’Keefe, Roger, The Meaning of Cultural Property under the 1954 Hague Convention, Netherlands International Law Review 1999, 26–56.

Pfeiffer, Thomas, Der Stand des internationalen Sachenrechts nach seiner Kodifikation, IPrax 2000, 270–281.

Radbruch, Gustav, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, in: *Kaufmann, Arthus* (Hrsg.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe. Bd. 3, Rechtsphilosophie III, Heidelberg 1990, 78–79.

Radbruch, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, JZ 1946, 105–108.

Rauscher, Thomas, Internationales Privatrecht. 5. Auflage, Heidelberg 2017.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, 9. Auflage, München 2023.

Sandner, Philipp/Kroll, Katharina/Mnette, Sudi, Tansania: Steinmeiers Entschuldigung ein erster Schritt, Deutsche Welle v. 2.11.2023, <https://www.dw.com/de/tansania-steinmeiers-entschuldigung-ein-erster-schritt/a-67298090> (Stand: 9.8.2025).

Stahl, Gregor, Kulturgutrestitution durch Verjährungs- und Ersitzungsreform?, ZfPW 2024, 21 – 42.

Strebel, Helmut, Die Haager Konvention zum Schutze der Kulturgüter im Falle eines bewaffneten Konfliktes vom 14. Mai 1954, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1955, 35–75

von der Decken, Kerstin/Fechner, Frank/Weller, Matthias (Hrsg.), Kulturgutschutzgesetz, 1. Auflage, Baden-Baden 2021.

Soergel, Hans-Theodor (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 22, 14. Auflage, Stuttgart 2023.

Wooden, Thomas, The 1954 Hague Convention: Aboriginal and Torres Strait Islander Sacred Sites as Cultural Property, *Australian Yearbook of International Law* 2017, 127–148.

Künstliche Intelligenz in der Finanzverwaltung: Diskriminierungsfallen im Besteuerungsverfahren überwinden

Prof. Dr. iur. Christoph Schmidt*

Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg
dr.christoph.schmidt@gmx.de

Abstract

Der Einsatz Künstlicher Intelligenz in der Finanzverwaltung birgt große Potenziale zur Effizienzsteigerung, bringt jedoch erhebliche Herausforderungen mit sich, insbesondere die Gefahr algorithmischer Diskriminierung. Dieser Beitrag analysiert, wie Verzerrungen in Daten und Algorithmen bestehende Ungleichheiten verstärken können und welche rechtlichen Anforderungen an diskriminierungsfreie KI-Systeme gestellt werden müssen. Zudem werden Zielkonflikte, etwa zwischen Datenschutz und Präzision, beleuchtet und Lösungsansätze für eine rechtsstaatliche Integration von KI in das Besteuerungsverfahren vorgestellt. Abschließend werden offene Fragen und der Bedarf an interdisziplinärer Forschung identifiziert, um die Balance zwischen Innovation und Gerechtigkeit zu gewährleisten.

I. Einführung

Mit der fortschreitenden Digitalisierung hält Künstliche Intelligenz (KI) zunehmend Einzug in zentrale Bereiche der öffentlichen Verwaltung, darunter auch in die Finanzverwaltung.¹ Ihre Versprechen reichen von erheblichen Effizienzgewinnen über die Beschleunigung administrativer Abläufe bis hin zu einer datenbasierten Entscheidungsfindung, die menschliche Fehlentscheidungen minimieren soll. Angesichts dieser Potenziale erscheint der Einsatz von KI als unvermeidbarer Schritt,

* Professor Dr. iur. Christoph Schmidt ist Professor an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg. Weiterhin gründete er das Institut für digitale Transformation im Steuerrecht (IdT-StR) an der gleichen Hochschule und leitet dieses seit März des Jahres 2023

¹ Beispielsweise setzt Nordrhein-Westfalen als erstes Bundesland auf Künstliche Intelligenz in der Steuerveranlagung ein, <https://www.finanzeverwaltung.nrw.de/uebersicht-rubrik-aktuelles-und-presse/pressemitteilungen/nordrhein-westfalen-setzt-als-erstes>.

um den gestiegenen Anforderungen an ein dynamisches und komplexes steuerliches Umfeld gerecht zu werden. Doch die Einführung solcher Technologien bringt nicht nur Chancen, sondern auch gravierende Herausforderungen mit sich. Eine davon ist die Gefahr der algorithmischen Diskriminierung. KI-Systeme, die auf historischen Daten trainiert werden, laufen Gefahr, bestehende gesellschaftliche Ungleichheiten zu verstärken, statt diese zu korrigieren. Ebenso werfen technische und rechtliche Zielkonflikte – etwa zwischen Datenschutz und Präzision – fundamentale Fragen nach der rechtsstaatlichen Gestaltung des Besteuerungsverfahrens auf.

Dieser Beitrag untersucht die systemischen Diskriminierungsrisiken durch den Einsatz von KI in der deutschen Finanzverwaltung. Dabei wird analysiert, wie algorithmische Verzerrungen entstehen, welche rechtlichen Anforderungen an diskriminierungsfreie Systeme zu stellen sind und wie effektive Kontrollmechanismen implementiert werden können. Ziel ist es, das Spannungsfeld zwischen Effizienz, Gerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit in den Mittelpunkt zu rücken und Lösungsansätze für eine rechtskonforme KI-Nutzung im Besteuerungsverfahren zu entwickeln. Diese vertiefte Auseinandersetzung soll einerseits ein Bewusstsein für die Dringlichkeit der Problematik schaffen und andererseits die Grundlage für weiterführende Diskussionen sowie Forschung in diesem dynamischen Themenbereich liefern. Dieser Beitrag analysiert die grundlegenden Problematiken von KI in diesem Kontext und überträgt sie auf die Besonderheiten des deutschen Besteuerungsverfahrens, unterlegt mit praxisbezogenen Beispielen.

II. Vorbemerkung

Die vorliegende Untersuchung zur Diskriminierung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz (KI) im deutschen Besteuerungsverfahren wurde durch die wertvolle Arbeit aus der Schweiz inspiriert. Der Beitrag von Thouvenin et al., publiziert im Jusletter IT vom 4. Juli 2024,² diente als wesentlicher Anstoß und Grundlage, dieses hochaktuelle Thema im deutschen Kontext zu untersuchen. Die Vorarbeit des Nachbarstaats ermöglicht es, auf fundierten Erkenntnissen aufzubauen und so gezielt die spezifischen rechtlichen Gegebenheiten in Deutschland zu analysieren.

Aus Platzgründen erfolgt an dieser Stelle keine vertiefte Diskussion oder begriffliche Abgrenzung der Termini KI, KI-Systeme, KI-Entscheidungen, Algorithmen oder vergleichbarer Bezeichnungen. Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit der

² Thouvenin/Volz/Weiner/Heitz, Jusletter IT 4. Juli 2024, 1.

Definition und den Unterschieden dieser Begriffe sei exemplarisch auf eine vorherige Publikation verwiesen.³ Aus Gründen der Vereinfachung werden die genannten Begriffe in diesem Beitrag synonym verwendet, obwohl im technischen und rechtlichen Kontext mitunter erhebliche Unterschiede bestehen.

III. Chancen und Herausforderungen durch den Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der Finanzverwaltung

Die zunehmende Digitalisierung der Finanzverwaltung bringt erhebliche Veränderungen mit sich. Insbesondere der Einsatz Künstlicher Intelligenz eröffnet zahlreiche Möglichkeiten, administrative Prozesse effizienter und treffsicherer zu gestalten. Ein Vorteil von Künstlicher Intelligenz ist darin zu sehen, dass diese grundsätzlich diskriminierungsfrei entscheidet, soweit kein Input als Trainingsdatensatz berücksichtigt wird, der eine Diskriminierung beinhaltet, und/oder solange eine Ungleichbehandlung nicht explizit in den Programmcode implementiert wird. Da Künstliche Intelligenz nicht tagesformabhängig oder gar bestechlich ist, führt insoweit⁴ derselbe Input stets auch zu demselben Output. Ebenso beeinflussen weder Emotionen, Stimmungsschwankungen, Sympathie, Antipathie oder irrationale Willkür die Entscheidungsfindung.⁵ KI ist dadurch dem Grunde nach wertneutral ausgerichtet und somit objektiver als menschliche Entscheider,⁶ wobei dieser Aspekt nicht unumstritten ist. Darüber hinaus kann Künstliche Intelligenz einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, dem menschlichen Entscheider bisher unzugängliche Datenmengen zu entschlüsseln, sodass ihr eine Transparenzsteigernde Funktion zukommt. Ein zentrales Problemfeld ist mit der Diskriminierung gegeben, auf das im Folgenden ausführlich eingegangen werden soll.

IV. Diskriminierung im Überblick: Begriff und Erscheinungsformen

1. Terminologische Abgrenzung

Die Definition der Diskriminierung ist komplex und variabel. In verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen und Kontexten weist der Begriff unterschiedliche Bedeutungen auf. Für juristische Analysen steht insbesondere die die grund- und

³ Schmidt, KI-Einsatz in der Finanzverwaltung, Berlin 2023, S. 7 ff.

⁴ Diese Einschränkung ist notwendig, da der Entscheidungsinhalt oftmals nicht mehr hinreichend vorhersehbar ist, da die Algorithmen selbstlernend sind, sich also autonom weiterentwickeln.

⁵ Nink, Justiz und Algorithmen, S. 167.

⁶ Nink, Justiz und Algorithmen, S. 167.

menschenrechtliche Dimension Dimension im Fokus.⁷ Allgemein kann unter Diskriminierung eine Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen, die an ein geschütztes Merkmal anknüpft und nicht angemessen gerechtfertigt ist, verstanden werden. Der Diskriminierungsbegriff im rechtlichen Kontext kann mit den folgenden drei Kernmerkmalen beschrieben werden:

1. **Benachteiligende Ungleich- oder Gleichbehandlung** in vergleichbarer bzw. ungleicher Situation.
2. **Anknüpfung an ein geschütztes Merkmal**, das als unveränderlicher Bestandteil der Person gilt.
3. **Fehlende qualifizierte Rechtfertigung**, die eine Ungleichbehandlung legitimerweise stützen könnte.⁸

Nicht jede Form von *Ungleichbehandlung* stellt automatisch eine Diskriminierung dar. Entscheidend ist, dass die Handlung zu Benachteiligung, Herabwürdigung oder sozialer Stigmatisierung führt.⁹ Diskriminierung setzt keine absichtliche Benachteiligung voraus; es genügt, dass Betroffene im Ergebnis diskriminiert werden. Im Gegensatz dazu ist der Begriff Diskriminierung in technischen Disziplinen, wie der Informatik, oft wertneutral und als reine Differenzierung zu verstehen. *Geschützte Merkmale* sind Eigenschaften, die eine Person kaum ablegen kann und die in der Vergangenheit häufig Basis für Stigmatisierung waren. Beispiele sind Herkunft, Geschlecht, Alter oder Religion.¹⁰ Diese Merkmale unterliegen einem stetigen Wandel und ihre Auslegung kann sich mit gesellschaftlichen Entwicklungen ändern. In Deutschland ist Art. 3 Abs. 3 GG als schrankenloses Grundrecht gefasst. Eine *Rechtfertigung* der Ungleichbehandlungen, die in den Anwendungsbereich fallen, kommt daher nur ausnahmsweise und durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht.¹¹

Im Zusammenhang mit dem Einsatz Künstlicher Intelligenz entstehen besondere Herausforderungen. KI-Systeme können durch fehlerhafte Daten und Algorithmen ungewollte Diskriminierungen verfestigen oder erzeugen, oft ohne, dass eine Ab-

⁷ Huber/Voßkuhle/Wollenschläger, 8. Aufl. 2024, GG Art. 3 Rn. 64-65.

⁸ Zum gesamten Regelungsgehalt ausführlich Huber/Voßkuhle/Baer/Markard, 8. Aufl. 2024, GG Art. 3 Rn. 407-555b.

⁹ Zur Diskriminierung durch Benachteiligung oder Bevorzugung näher Huber/Voßkuhle/Baer/Markard, 8. Aufl. 2024, GG Art. 3, Rn. 418-425.

¹⁰ Zu den Merkmalen in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG Huber/Voßkuhle/Baer/Markard, 8. Aufl. 2024, GG Art. 3, Rn. 439-441.

¹¹ Dazu Huber/Voßkuhle/Baer/Markard, 8. Aufl. 2024, GG Art. 3 Rn. 432-436.

sicht seitens der Entwickelnden vorliegt. Dies machen eine klare Begriffsabgrenzung und die Festlegung, welche Merkmale als geschützt gelten, umso dringlicher. Gleichzeitig bedarf es präziser Kriterien für die Beurteilung der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen, um Diskriminierungen präventiv zu erkennen und zu vermeiden.

2. Erscheinungsformen

Diskriminierung kann in unterschiedlichen Erscheinungsformen auftreten, wobei jede Form spezifische rechtliche und technische Implikationen hat.¹² Insbesondere im Bereich der algorithmischen Systeme ergeben sich durch neuartige Phänomene wie die Proxy-Diskriminierung und den Einsatz von Fairnessmetriken zusätzliche Herausforderungen.

Eine *direkte Diskriminierung* liegt vor, wenn eine Ungleichbehandlung unmittelbar an ein geschütztes Merkmal anknüpft. Hierbei fehlt es an einer sachlichen Rechtfertigung, wodurch Betroffene benachteiligt werden. Diese Form der Diskriminierung ist im rechtlichen Kontext häufig gut nachvollziehbar und eindeutig identifizierbar. Auch eine *Gleichbehandlung* kann *diskriminierend* wirken, wenn sie die spezifischen Bedürfnisse einzelner Gruppen ignoriert. Diese Art der Diskriminierung tritt auf, wenn keine sachlichen Gründe für die Gleichbehandlung bestehen. Solche Fälle werfen Fragen nach der angemessenen Berücksichtigung individueller Unterschiede auf und werden teilweise als indirekte Diskriminierung eingeordnet.

Bei der *indirekten Diskriminierung* resultieren Benachteiligungen aus einer neutralen Regelung, die sich faktisch negativ auf Angehörige geschützter Gruppen auswirkt, ohne dass dies hinreichend gerechtfertigt wäre. Die Auswirkungen müssen erheblich sein, um rechtlich relevant zu sein. Dies offenbart, wie subtil Diskriminierungen auftreten können, selbst wenn keine direkte Absicht besteht.

Die *Proxy-Diskriminierung* ist ein Phänomen algorithmischer Systeme, bei dem scheinbar neutrale Merkmale als Stellvertreter für geschützte Merkmale fungieren. Dies kann unabsichtlich geschehen, etwa durch Algorithmen, die auf Daten basieren, die mit geschützten Merkmalen korrelieren. Aufgrund der Vielzahl an verfügbaren Korrelaten in großen Datensätzen (Big Data) ist es nahezu unmöglich, solche Effekte allein durch das Entfernen geschützter Merkmale zu verhindern.

¹² Die folgenden Erläuterungen gehen zurück auf *Thouvenin/Volz/Weiner/Heitz*, Jusletter IT 4. Juli 2024, 1 (11–23).

Vielmehr erfordert es explizite Berücksichtigung der geschützten Merkmale, um diskriminierende Effekte zu erkennen und gegenzusteuern.

In der Informatik werden die Begriffe *Bias* (Verzerrung) und *Fairness* häufig verwendet, um ethische und funktionale Probleme algorithmischer Systeme zu beschreiben. Bias ist nicht mit Diskriminierung gleichzusetzen, kann aber diskriminierende Effekte begünstigen. Algorithmische Fairness kann in verschiedenen Formen definiert, wie z. B.:

- **Gruppenfairness:** Statistische Parität zwischen verschiedenen Gruppen, z. B. gleiche Akzeptanzquoten für unterschiedliche Geschlechter.
- **Individuelle Fairness:** Vergleichbare Ergebnisse für Personen mit ähnlichen Eigenschaften (ohne Berücksichtigung geschützter Merkmale).

Die Konzepte sind jedoch weder einheitlich definiert noch frei von Widersprüchen. Während beispielsweise Gruppenfairness die statistische Gleichheit fokussiert, kann sie gleichzeitig auf individueller Ebene diskriminierende Effekte erzeugen.

Die oben beschriebenen Formen der Diskriminierung zeigen, dass rechtliche und technische Definitionen oft nicht deckungsgleich sind. Besonders im Bereich der Künstlichen Intelligenz erfordert die Identifikation und Vermeidung von Diskriminierung nicht nur fundierte rechtliche Analysen, sondern auch ein tiefes Verständnis für technische Zusammenhänge. Ansätze wie die Entwicklung nichtdiskriminierender Modelle müssen weiterentwickelt werden, um den rechtlichen Anforderungen gerecht zu werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass Fairness in algorithmischen Kontexten nicht mit dem rechtlichen Begriff der Nichtdiskriminierung gleichgesetzt werden kann, da Fairnesskonzepte über rechtliche Vorgaben hinausgehen.

V. Ausgewählte Problemfelder der Diskriminierung

1. Korrelationen

- a) Korrelationen versus Kausalität: Juristische Anforderungen und algorithmisches Denken

Ein grundlegendes Problem des Einsatzes von KI in der Finanzverwaltung ist die unterschiedliche Betrachtungsweise von Korrelationen und Kausalitäten. KI-Modelle sind darauf ausgelegt, statistische Muster und Korrelationen zu erkennen,

während juristische Entscheidungen auf kausalen Zusammenhängen beruhen müssen. Im Steuerrecht ist es notwendig, Entscheidungen rechtlich zu begründen und nachvollziehbar darzulegen, warum eine Maßnahme ergriffen wurde.

Beispiel

So könnte ein algorithmisches System eine hohe Korrelation zwischen bestimmten Betriebsausgaben und Unregelmäßigkeiten in Steuererklärungen erkennen. Es ist jedoch nicht automatisch gegeben, dass diese Korrelation auf einen kausalen Zusammenhang hinweist. Eine solche Diskrepanz kann zu problematischen Entscheidungen führen, beispielsweise wenn Freiberufler (§ 18 EStG) in kreativen Berufen aufgrund von Korrelationen überproportional häufig personell geprüft werden, obwohl sie korrekte Angaben machen. Fraglich ist, ob insoweit ein Anlass besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten (§ 155 Abs. 4 Satz 1 AO).

b) Direkte und Proxy-Diskriminierung durch KI

Diskriminierung durch KI kann in direkter oder indirekter Form auftreten. Eine direkte Diskriminierung liegt vor, wenn ein Algorithmus bewusst geschützte Merkmale wie Geschlecht, ethnische Herkunft oder Alter als Entscheidungsgrundlage verwendet.

Beispiel

Überträgt man dies auf die Finanzverwaltung, könnte ein Algorithmus beispielsweise bestimmte Prüfungsfrequenzen auf Basis demografischer Daten festlegen.

Weitaus häufiger treten jedoch indirekte oder Proxy-Diskriminierungen auf. Hierbei werden scheinbar neutrale Variablen verwendet, die jedoch eine enge Verbindung zu geschützten Merkmalen haben.

Beispiel

Ein Beispiel aus der Praxis könnte ein behördliches Risikomanagementsystem sein, das die Postleitzahl zur Risikobewertung heranzieht. Wenn bestimmte Postleitzahlengebiete vorwiegend von Menschen mit Migrationshintergrund bewohnt werden und diese Gebiete gleichzeitig häufiger als risikobehaftet gelten, entsteht ein diskriminierender Effekt, ohne dass die Herkunft direkt berücksichtigt wurde. Solche Auswirkungen sind schwer zu erkennen und stellen hohe Anforderungen an die Transparenz der KI-Systeme.

c) Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen: Möglichkeiten und Grenzen

Im deutschen Steuerrecht können Ungleichbehandlungen beispielsweise gerechtfertigt sein, wenn sie auf sachlichen Gründen beruhen und verhältnismäßig sind.

Beispiel

So wäre es durchaus zulässig, höhere Prüfungsraten bei Unternehmen anzusetzen, die einer speziellen Branche angehören und/oder komplizierte (gesellschafts-)rechtliche Strukturen aufweisen.

In diesem Zusammenhang ist die Regelung des § 88 Abs. 3 Satz 1 AO zu erwähnen. Demnach sind zur Gewährleistung eines zeitnahen und gleichmäßigen Vollzugs der Steuergesetze Weisungen der obersten Finanzbehörden für bestimmte oder bestimmbare Fallgruppen über Art und Umfang der Ermittlungen, d. h. für vergleichbare Steuerfälle,¹³ sowie über die Verarbeitung von erhobenen oder erfassten Daten, d. h. insbesondere für Daten i. S. d. § 93c AO,¹⁴ möglich. Während Abs. 1 und 2 des § 88 AO auf Einzelfallentscheidungen abzielen, beinhaltet Abs. 3 die Möglichkeit einer *gruppenbezogenen* Entscheidung¹⁵ für *abstrakt klassifizierte Fallkategorien*¹⁶ und steht damit komplementär zu den elektronischen Risikomanagementsystemen.¹⁷

Bei der Weisungsausgestaltung dürfen nach § 88 Abs. 3 Satz 2 AO die Aspekte der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sowie allgemeine Erfahrungen berücksichtigt werden. Soweit mehrere Einzelfälle oder sogar eine Vielzahl bekannt werden oder bestimmte steuerliche Phänomene auftreten, die das Eingreifen der Finanzverwaltung sachgerecht erscheinen lassen, sind die obersten Finanzbehörden berechtigt, entsprechende Vorgaben in Gestalt von Weisungen, die auf allgemeinen Erfahrungen basieren, zu erteilen.¹⁸ Eine solche gruppenbezogene Entscheidung kommt beispielsweise dann in Betracht, wenn sich bei einer Reihe von Steuerfällen die maßgeblichen Besteuerungsmerkmalen in einer Weise ähneln, dass sie als zu einer Gruppe gehörig angesehen werden und die steuerlichen Folgen bei allen Gruppenmitgliedern identisch sind.¹⁹ Für eine dem Wirtschaftlichkeitsgrund-

¹³ Baum, NWB 2016, 2636 (2639).

¹⁴ Baum, NWB 2016, 2636 (2639).

¹⁵ BT-Drs. 18/7457, 68.

¹⁶ Volquardsen, in: Schwarz/Pahlke, § 88 AO Rn. 5d.

¹⁷ Roser, in: Gosch/Beermann, § 88 AO Rn. 48.

¹⁸ Roser, in: Gosch/Beermann, § 88 AO Rn. 49.

¹⁹ Drüen, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 88 AO Rn. 377.

satz Geltung verschaffende Weisung kann beispielsweise die Ermittlungstiefe anhand *abstrakter Vorgaben* (z. B. Bagatellgrenzen, Nichtaufgriffsgrenzen oder Schwellenwerte) mit genereller, d. h. einzelfallunabhängiger, Wirkung vorgegeben werden.²⁰ Ebenso sind umfangreiche Pauschalierungen möglich.²¹

Problematisch ist es, wenn solche Ungleichbehandlungen auf verzerrten oder unsachlichen Grundlagen basieren.

Beispiel

Angenommen, ein behördliches KI-Risikomanagementsystem stuft Unternehmen der Plattformökonomie systematisch als risikoreicher ein, ohne dies rechtlich oder wirtschaftlich ausreichend zu begründen. In solchen Fällen könnte die Diskriminierung nicht nur juristische, sondern auch ethische Fragen aufwerfen.

d) Praktische Herausforderungen bei der Integration von KI

Die Integration von KI-Systemen in die Finanzverwaltung bringt praktische Herausforderungen mit sich. Ein zentraler Aspekt ist die Qualität der Datenbasis. Historische Steuerdaten könnten Diskriminierungen reproduzieren, etwa wenn frühere Regelungen Alleinerziehende oder bestimmte Berufsgruppen benachteiligt haben. Diese Verzerrungen könnten von KI-Systemen verstärkt werden, anstatt sie zu korrigieren. Zudem stehen die Steuerpflichtigen vor der Schwierigkeit, algorithmische Entscheidungen nachzuvollziehen. Wenn etwa ein System suggeriert, dass ein bestimmtes Geschäftsmodell besonders risikobehaftet sei, könnten Betroffene kaum erkennen, ob diese Einstufung rechtlich und faktisch korrekt ist. Um solchen Problemen entgegenzuwirken, sind transparente Prüfungsmechanismen und regelmäßige Audits unerlässlich.

e) Zwischenfazit: KI-Einsatz zwischen Effizienz und Gerechtigkeit

Der Einsatz von KI in der Finanzverwaltung bietet große Chancen zur Effizienzsteigerung und Optimierung von Prozessen, birgt jedoch zugleich erhebliche Risiken für Diskriminierung. Der Schlüssel liegt in der Entwicklung technischer und rechtlicher Kontrollmechanismen, die sicherstellen, dass Entscheidungen sowohl datenbasiert als auch rechtsstaatlich fundiert sind. Bereits an dieser Stelle wird deutlich, dass regelmäßige Überprüfungen, transparente Dokumentationsstandards und die interdisziplinäre Zusammenarbeit essenziell sind, um die Vorteile von KI zu nutzen

²⁰ Volquardsen, in: Schwarz/Pahlke, § 88 AO Rn. 5e.

²¹ Kaminski, AktStR 2016, 361 (365).

und ihre Gefahren zu minimieren. Nur so kann die Finanzverwaltung eine Balance zwischen Innovation und Gerechtigkeit wahren und das Vertrauen der Steuerpflichtigen in die Digitalisierung stärken.

2. Skalierung

a) Das Prinzip der Skalierung und seine Bedeutung für die Finanzverwaltung

Ein wesentliches Merkmal algorithmischer Systeme ist ihre Fähigkeit zur Skalierung, das heißt zur nahezu unbegrenzten Reproduzierbarkeit von Entscheidungen bei minimalen Kosten pro Anwendung. In der deutschen Finanzverwaltung, die jährlich Millionen von Steuerbescheiden erlässt und unzählige (Außen-)Prüfungen durchführt, ist die Skalierbarkeit von KI ein entscheidender Vorteil. So kann ein einmal trainiertes System nahezu unbegrenzt eingesetzt werden, um Steuererklärungen zu bewerten, Prüfungsfälle auszuwählen und/oder Anomalien in den Steuerdaten zu identifizieren.

b) Gefahren der Skalierung: Verstärkung diskriminierender Effekte

Doch die Skalierung bringt auch erhebliche Risiken mit sich, insbesondere wenn Diskriminierungen auf Basis algorithmischer Entscheidungen auftreten. Anders als bei menschlichen Fehlern, die sich auf Einzelentscheidungen beschränken, kann ein diskriminierendes KI-System systematisch Fehlentscheidungen in großem Umfang reproduzieren.

Beispiel

Wenn ein KI-Algorithmus systematisch Steuerpflichtige mit gewissen Einkünften in bestimmten Postleitzahlengebieten als steuerlich risikoreicher einstuft – etwa weil historische Daten diesen Zusammenhang nahelegen – könnten Hunderte oder sogar Tausende aus diesen Gebieten zu Unrecht überprüft und/oder benachteiligt werden. Solche Effekte können erhebliche gesellschaftliche und wirtschaftliche Folgen haben, da das Vertrauen in die Neutralität der Finanzverwaltung Schaden nehmen würde.

Beispiel

Ein weiteres Beispiel ist der Einsatz von KI zur Überprüfung von Umsatzsteuervoranmeldungen. Wenn ein System regelmäßig Unternehmen mit spezifischen Branchenkennzeichen als risikobehaftet markiert und dabei verzerrte oder diskriminie-

rende Parameter einbezieht, kann dies dazu führen, dass diese Unternehmen häufiger geprüft und/oder mit Sanktionen belegt werden, unabhängig von ihrem tatsächlichen Verhalten.

c) Potenziale der Skalierung: Diskriminierung sichtbar machen

Gleichzeitig birgt die Skalierung auch Chancen, diskriminierende Muster aufzudecken und zu korrigieren. Im Gegensatz zu menschlichen Entscheidern, deren Verhalten oft schwer quantifizierbar und selten überprüfbar ist, können algorithmische Systeme auf der Grundlage großer Datenmengen getestet und analysiert werden.

Beispiel

Ein Finanzamt könnte mithilfe eines KI-Systems analysieren, ob beispielsweise Einkommenerbescheide eines Veranlagungszeitraums wiederholt für bestimmte Gruppen zu Ungunsten ausfallen – etwa, ob Rentner im Vergleich zu Erwerbstätigen systematisch höhere Steuern nachzahlen müssen. Durch die systematische Skalierbarkeit der KI können diese Ungleichbehandlungen leichter sichtbar gemacht werden, was wiederum die Grundlage für gezielte Anpassungen und Verbesserungen bildet.

Beispiel

Ein ähnliches Szenario lässt sich für die Außenprüfung konstruieren. Wenn ein behördliches KI-System über mehrere Jahre hinweg Aufzeichnungen von Prüfungsergebnissen auswertet und dabei feststellt, dass bestimmte Unternehmensgruppen deutlich häufiger Prüfungen durchlaufen, ohne dass eine höhere Beanstandungsquote und damit einhergehende Mehrergebnisse vorliegen, könnte die Finanzverwaltung den Algorithmus anpassen und dadurch Diskriminierungen verhindern.

d) Die Notwendigkeit repräsentativer Daten

Ein entscheidender Faktor für den erfolgreichen Einsatz von KI-Systemen ist die Repräsentativität der Datensätze, die sowohl für die Entwicklung als auch für das Testen der Systeme herangezogen werden. Sind die Daten nicht ausgewogen oder enthalten sie Vorurteile – beispielsweise, indem sie eine spezifische Berufsgruppe oder Region überrepräsentieren –, können diese Verzerrungen auf die Algorithmen übertragen werden.

Beispiel

Im Rahmen der Veranlagung könnte dies bedeuten, dass ein System Steuerpflichtige mit komplexeren Einkünften – etwa solche, die neben Einkünften auch nicht-selbständiger Arbeit (§ 19 EStG) auch Kapitalerträge (§ 20 EStG) oder Mieteinkünfte erzielen (§ 21 EStG) – häufiger als auffällig einstuft. Ist dies nicht repräsentativ für die tatsächliche Fehlerquote in den Steuererklärungen, könnte dies zu einer systematischen Benachteiligung dieser Gruppe führen.

- e) Zwischenfazit: Die ambivalente Rolle der Skalierung im Besteuerungsverfahren

Die Skalierbarkeit von KI-Systemen ist ein zweiseitiges Schwert: Einerseits ermöglicht sie massive Effizienzgewinne und hilft, systematische Muster und Ungleichbehandlungen sichtbar zu machen. Andererseits bergen Skalierungseffekte das Risiko, Diskriminierungen in großem Umfang zu verstärken. Für eine fair und rechtsstaatlich agierende Finanzverwaltung ist es daher entscheidend, kontinuierliche Prüfmechanismen und transparente Testverfahren zu etablieren. Nur so können diskriminierende Muster frühzeitig erkannt und korrigiert werden, bevor sie sich durch die skalierenden Effekte der KI negativ auf die Steuerpflichtigen und die Gesellschaft auswirken.

3. Rückkoppelungseffekte (Feedback Loops)

- a) Das Konzept

Ein Rückkoppelungseffekt (Feedback Loop) entsteht, wenn der Output eines algorithmischen Systems in Form von Entscheidungen oder Empfehlungen wieder als Input verwendet wird, entweder direkt für das gleiche oder indirekt für ein anderes System. Solche Effekte bergen die Gefahr, bestehende Vorurteile und Diskriminierungen nicht nur fortzusetzen, sondern durch den zyklischen Verstärkungsprozess zu intensivieren. Ein Beispiel des Alltags sind Empfehlungsalgorithmen in digitalen Plattformen: Ein Algorithmus, der Filme für Nutzer basierend auf deren Sehverhalten empfiehlt, beeinflusst dieses Verhalten weiter und liefert neue Daten, die denselben Algorithmus in seinen voreingenommenen Schlussfolgerungen bestärken. Diese Dynamik zeigt sich auch in hoheitlichen Bereichen wie der Strafverfolgung, etwa bei Predictive Policing.

- b) Feedback Loops in der Finanzverwaltung

Im Kontext des deutschen Besteuerungsverfahrens könnten Rückkoppelungseffekte ebenfalls problematische Auswirkungen haben.

Beispiel

Werden KI-Systeme zur Auswahl von Außenprüfungen genutzt und solche Prüfungen häufiger bei bestimmten Gruppen von Steuerpflichtigen vorgenommen – etwa bei Gewinneinkünften (§§ 13 ff. EStG) oder Unternehmen in bestimmten Branchen –, können die Ergebnisse dieser Prüfungen zukünftige Entscheidungen des Systems beeinflussen. Stellt das System häufiger Verstöße in den kontrollierten Gruppen fest, erscheint es „bestätigt“, dass diese Gruppen risikoreicher sind, obwohl der vermeintliche Zusammenhang primär durch die Datenbasis verstärkt wurde. Dieser Mechanismus führt dazu, dass manche Steuerpflichtige systematisch benachteiligt werden, selbst wenn keine empirische Grundlage für die ursprüngliche Annahme existiert.

Beispiel

Ein weiteres Beispiel betrifft die potenzielle Nutzung von Machine-Learning-Systemen zur Erkennung von Anomalien in Steuererklärungen. Wenn ein Algorithmus aus historischen Daten Muster ableitet, die auf häufige Fehlangaben hindeuten – etwa bei Steuerpflichtigen bestimmter Berufsgruppen –, kann dieser Schluss zur Grundlage neuer Prüfungen werden. Werden diese Fälle intensiver überprüft, erscheinen sie vermehrt als auffällig, was wiederum die ursprüngliche Entscheidung des Systems validiert, ohne dass andere, womöglich fehleranfälligere Gruppen in vergleichbarem Ausmaß untersucht wurden.

c) Predictive Policing versus Predictive Tax Audits

Eine Parallele zur vorhersagenden Polizeiarbeit, dem Predictive Policing, liegt im Ansatz sogenannter Predictive Tax Audits. Hierbei sollen Steuerpflichtige durch prädiktive Modelle identifiziert werden, deren Steuererklärungen als potenziell fehlerhaft gelten.

d) Weitere Beispiele und Auswirkungen in der Praxis

1. **Branchenspezifische Diskriminierung:** Ein Prüfungsalgorithmus könnte durch historische Daten verzerrte Muster aufweisen, die beispielsweise bestimmte Betriebe häufiger prüfen, weil frühere Prüfungen dort hohe Beanstandungsquoten gezeigt haben. Diese Muster könnten jedoch auf einer intensiveren Prüffrequenz basieren, nicht auf einer tatsächlich erhöhten Fehlerquote hinsichtlich der eingereichten Steuererklärungen.

2. **Geografische Verzerrungen:** Wenn Postleitzahlgebiete mit spezifischen demografischen oder wirtschaftlichen Merkmalen häufiger überprüft werden und diese Daten in zukünftige Trainingsdatensätze einfließen, entstehen Verzerrungen, die die Steuerpflichtigen in diesen Gebieten potenziell in nicht gerechtfertigter Weise benachteiligen.

e) **Strategien zur Vermeidung von Rückkoppelungseffekten**

Zur Verhinderung diskriminierender Rückkoppelungseffekte sollte die Finanzverwaltung auf folgende Maßnahmen setzen:

1. **Transparente Datennutzung:** Der Einfluss des Outputs eines KI-Systems auf seine zukünftige Funktionsweise muss klar nachvollziehbar sein und Datensätze sollten so aufbereitet werden, dass Feedback Loops idealerweise offengelegt und gemildert werden können.

2. **Zusätzliche Kontrollmechanismen:** Menschliche Überprüfungen der Entscheidungen von Algorithmen sowie unabhängige Kontrollsysteme können helfen, algorithmische Verzerrungen zu identifizieren und zu korrigieren.

3. **Vielfältige und ausgewogene Datensätze:** Algorithmen müssen auf repräsentativen Daten trainiert werden, die verzerrungsfrei und divers sind.

f) **Zwischenfazit: Gefahren erkennen und Potenziale nutzen**

Rückkoppelungseffekte stellen eine erhebliche Herausforderung für den Einsatz von KI in der deutschen Finanzverwaltung dar. Diese Effekte können bestehende Ungleichbehandlungen intensivieren und die wahrgenommene Neutralität des Besteuerungsverfahrens beschädigen. Zugleich bieten die dabei gesammelten Daten auch Potenziale zur Verbesserung und Feinjustierung algorithmischer Systeme. Entscheidend ist eine bewusste und kritische Steuerung des Einsatzes, die sowohl die Gefahr selbst verstärkender Diskriminierungen minimiert als auch die effizienten Entscheidungsprozesse der KI optimal nutzt.

4. **Zielkonflikte von Datenschutz und Genauigkeit**

a) **Das Spannungsfeld zwischen Datenschutz und Proxy-Diskriminierung**

Algorithmische Systeme stoßen beim Umgang mit sensiblen Daten auf einen zentralen Zielkonflikt: Auf der einen Seite ist es aufgrund datenschutzrechtlicher

Vorgaben grundsätzlich geboten, persönliche und geschützte Merkmale wie ethnische Herkunft, Religion oder sexuelle Orientierung nicht zu erfassen. Auf der anderen Seite erschwert das Fehlen dieser Informationen die Identifikation und Korrektur diskriminierender Systementscheidungen, insbesondere wenn indirekte (Proxy-)Diskriminierungen vorliegen. Proxy-Diskriminierung tritt auf, wenn nicht erfasste geschützte Merkmale durch korrelierende Daten repräsentiert werden.

Beispiel

Im Besteuerungskontext kann beispielsweise die Erfassung von Wohnorten oder Berufskategorien zu benachteiligenden Entscheidungen führen, da sie unbeabsichtigt mit dem sozioökonomischen Status, der ethnischen Herkunft oder anderen geschützten Merkmalen verknüpft sein könnten.

b) Rechtliche Vorgaben

Im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung und den damit einhergehenden KI-Einsatz ist der Datenschutz von steigender Bedeutung für die Steuerpflichtigen. Dieser beinhaltet zum einen den Schutz der Steuerpflichtigen davor, dass die Finanzverwaltungen Informationen auf unzulässigen Wegen zu erhalten, und zum anderen, dass die aufgrund der umfassenden Offenlegungs-, Wahrheits- und Anzeigepflichten gemachten Angaben nicht unbefugt an andere Behörden oder private Institutionen weitergegeben werden sollen. Gleichwohl hat auch die Finanzverwaltung ein Interesse an der Sicherung des Datenschutzes, da anderenfalls ohne das nötige Vertrauen womöglich ein erhöhter Widerstand seitens der Steuerpflichtigen bei der Erfüllung ihrer Pflichten resultiert.

Aufgrund des vereinfachten Zugriffs auf elektronische Daten bestehen für die Finanzverwaltung leistungsfähige Einsatz- und Kontrollmöglichkeiten. Um das Besteuerungsverfahren und dabei vor allem den Einsatz der elektronischen Risikomanagementsysteme zu effektivieren und Datenabgleiche vorzunehmen, können die Informationsbestände für eine Vielzahl von Zwecken genutzt oder miteinander verknüpft werden.

Die Datenschutz-Grundverordnung wird von verschiedenen Grundprinzipien getragen (Art. 5 DSGVO). Im Hinblick auf die zunehmende Automatisierung der Datenübermittlung, des Datenaustauschs und des KI-Einsatzes sind insbesondere die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung (Art. 6 DSGVO) und die klare Zweckbindung bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 5 Abs. 1 Buchst. b und c DSGVO) von besonderer Bedeutung. Besonders strenge Vorgaben gelten zudem

für besonders schützenswerte Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 und 22 DSGVO, die zumeist nicht in algorithmische Systeme eingebracht werden dürfen.

Die Rechtsgrundlagen des steuerlichen Datenschutzes auf nationaler Ebene ergeben sich nunmehr aus der Datenschutz-Grundverordnung *und* der Abgabenordnung (§ 2a Abs. 3 AO).²² Dem Bundesdatenschutzgesetz kommt entsprechend § 2a Abs. 1 Satz 2 AO nur eine ganz untergeordnete Rolle zu. Im Ergebnis gilt für die Steuerpflichtigen bezüglich der Verwaltung von bundesgesetzlich geregelten Steuern ein einheitliches Datenschutzrecht.²³ Die Anzahl der Rechtsgrundlagen und deren Ausgestaltung ist komplex. Die verschiedenen Vorgaben (§§ 29b ff. AO und §§ 88 ff. AO) stehen mitunter in Konflikt mit dem Wunsch nach erhöhter Transparenz und Kontrolle bei der Verhinderung diskriminierender Systementscheidungen.

c) Beispiele und Auswirkungen in der Praxis

1. **Indirekte Diskriminierung durch Postleitzahlen:** Ein Algorithmus könnte darauf trainiert sein, Steuerpflichtige mit hohen Kontrollwahrscheinlichkeiten in bestimmten geografischen Regionen zu identifizieren. Wohnorte, die tendenziell mit benachteiligten Gruppen korrelieren, z. B. geringem Einkommen oder hohem Anteil von Einwandernden, könnten ungewollt höhere Prüfungsquoten aufweisen. Da die Herkunft dieser Verzerrung nicht auf einem direkten Merkmal wie ethnische Zugehörigkeit basiert, sondern aus der Proxy-Korrelation, bleibt dies oft unbemerkt.

2. **Ausbildungsstatus und Steuerabzüge:** Wenn algorithmische Systeme die berufliche Qualifikation oder den Ausbildungsstatus eines Steuerpflichtigen bewerten, könnten sie akademische Abschlüsse höher bewerten, ohne zu berücksichtigen, dass bestimmte Gruppen weniger häufig über solche Qualifikationen verfügen. Auch hier entsteht Diskriminierung über Umwege, ohne dass sie direkt auf geschützte Merkmale verweist.

3. **Berufsspezifische Algorithmen:** Ein KI-System, das Gewerbesteuern prüft, könnte spezifische Branchen oder Berufszweige verstärkt überprüfen, ohne zu berücksichtigen, dass diese möglicherweise durch historische Daten verzerrt beurteilt werden. Etwa könnten Daten aus der Vergangenheit implizieren, dass in handwerklichen Berufen Fehler bei der

²² Die nationale Umsetzung erfolgte durch das Gesetz zur Änderung des Bundesversorgungsgesetzes und anderer Vorschriften v. 24.07.2017, BGBl. I 2541.

²³ *Myßen/Kraus*, DB 2017, 1860 (1863).

elektronischen Übermittlung der Steuererklärung häufiger vorkommen, obwohl diese Annahme lediglich auf einer selektiven Erfassung basiert.

d) **Datenschutzanforderungen versus Algorithmen Genauigkeit**

Der Wunsch, diskriminierungsfreie und zugleich präzise Ergebnisse zu generieren, führt unweigerlich zu Spannungen mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben, beispielsweise mit Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO. Einerseits kann die Aufnahme zusätzlicher Daten über geschützte Merkmale helfen, Diskriminierung besser zu erkennen und zu verhindern. Andererseits widerspricht dies den Grundprinzipien des Datenschutzrechts, die sicherstellen sollen, dass solche Merkmale nicht unzulässig verarbeitet werden.

e) **Strategien für den Ausgleich**

Als ausgleichende Strategien könnte die Finanzverwaltung auf folgende Maßnahmen setzen:

1. **Einsatz simulierter Daten für Testphasen:** Um datenschutzrechtliche Einschränkungen zu respektieren, könnten simulierte Datensätze eingesetzt werden, die geschützte Merkmale enthalten, ohne tatsächliche Personen zu betreffen. Diese Daten könnten helfen, Proxy-Diskriminierungen aufzudecken, ohne gegen Datenschutzgesetze zu verstoßen.

2. **Transparente Algorithmen mit erklärbarer KI:** Algorithmen, deren Entscheidungsprozesse klar und überprüfbar sind, können dazu beitragen, diskussionswürdige Zusammenhänge zwischen Eingaben und Ergebnissen zu identifizieren und idealerweise auszuräumen.

3. **Schaffung klarer rechtlicher Rahmenbedingungen:** Denkbar ist es, dass die Verarbeitung sensibler Daten in begrenztem Umfang erlaubt wird, wenn diese der Überprüfung oder Korrektur von diskriminierenden KI-Systemen dient.

f) **Zwischenfazit: Die Gratwanderung zwischen Datenschutz und Präzision**

Die Zielkonflikte zwischen Datenschutz und Präzision algorithmischer Entscheidungen stellen eine der größten Herausforderungen für die Einführung rechtmäßig agierender KI-Systeme in der Finanzverwaltung dar. Die Kunst besteht darin, einen Weg zu finden, der sowohl die verfassungsrechtlich garantierte informationelle Selbstbestimmung der Steuerpflichtigen respektiert als auch den effizienten und

diskriminierungsfreien Einsatz von KI ermöglicht. Während strikte Datenschutzbestimmungen den Schutz vor Missbrauch gewährleisten, dürfen sie nicht zur unbewussten Festigung diskriminierender Muster führen. Ein ausgewogener Rahmen könnte es erlauben, beide Interessen bestmöglich in Einklang zu bringen.

VI. Resümee und Ausblick

Anhand des vorliegenden Beitrags wurde deutlich, dass die zunehmende Verbreitung von Künstlicher Intelligenz mit vielfältigen Chancen und Herausforderungen durch den Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der Finanzverwaltung einhergeht. Vor allem erhöht sich das Risiko der Diskriminierung von Menschen durch solche Systeme. Zugleich wirft sie eine Reihe rechtlicher und vor allem auch praktischer Fragen auf, die hier identifiziert sowie eingehend erörtert wurden. In diesem abschließenden Kapitel werden daher zunächst die zentralen Erkenntnisse in Thesenform zusammengefasst, um so die notwendigen Diskussionen um die Diskriminierung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz zu vertiefen. Anschließend wird ein Ausblick auf weiterführende Forschungsfragen und mögliche Entwicklungen gegeben.

1. Zusammenfassung in Thesen und offene Fragen

Die folgenden Thesen und aufgeworfenen Fragen zielen darauf ab, die Komplexität der Herausforderungen, die mit Diskriminierung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz einhergehen, pointiert zusammenzufassen und kritisch zu reflektieren. Sie sollen nicht nur den erreichten Stand der Diskussion dokumentieren, sondern ebenso gezielt neue Denkansätze und Forschungsperspektiven eröffnen. Sie verstehen sich als Einladung zum anwendungs- und praxisbezogenen sowie zum wissenschaftlichen Dialog über die Zukunft der Digitalisierung im Steuerrecht. Als zentrale Thesen können formuliert werden:

(1) Objektivität von KI ist eine Illusion.

Obwohl KI-Systeme als objektiv wahrgenommen werden, zeigen sich bei näherer Betrachtung die tiefen Einflüsse von Datengrundlagen und algorithmischen Verzerrungen. Eine neutrale KI ist im aktuellen technischen Kontext nicht immer erreichbar.

(2) Diskriminierung wird durch KI nicht nur reproduziert, sondern verstärkt.

Skalierungseffekte und Rückkopplungsschleifen können bestehende Ungleichbehandlungen systematisieren und verstärken, anstatt sie zu beseitigen.

(3) Datenschutz steht im Spannungsfeld mit Fairness.

Die strikte Begrenzung von Daten zur Wahrung der Privatsphäre schränkt die Möglichkeiten ein, algorithmische Diskriminierung sichtbar zu machen und gezielt zu adressieren.

(4) Nachvollziehbarkeit ist ein zentraler Aspekt für Vertrauen in die Verwaltung.

Ohne nachvollziehbare Entscheidungsmechanismen droht ein Vertrauensverlust in die Verwaltung und die Wahrnehmung von Gerechtigkeit im Besteuerungsverfahren.

Zudem stellen sich vor allem folgende Fragen:

- (1) Wie kann eine Balance zwischen Datenschutz und der Bekämpfung von algorithmischer Diskriminierung erreicht werden?
- (2) Welche Maßnahmen können Rückkopplungseffekte nachhaltig verhindern?
- (3) Ob und ggf. in welchem Umfang ist es rechtlich vertretbar, geschützte Merkmale in KI-Systemen zu berücksichtigen, um Diskriminierungen zu erkennen?
- (4) Welche Haftungsregelungen sollten gelten, wenn behördliche KI-Systeme fehlerhafte oder diskriminierende Entscheidungen treffen?

2. Weiterführender Forschungsbedarf und potenzielle Entwicklungen

Der Einsatz von Künstlicher Intelligenz hat die Weichen für eine zunehmend digitale Finanzverwaltung gestellt, wirft jedoch zahlreiche Fragen auf, die zukünftige Forschung erfordern. Neben den zuvor erwähnten aufgeworfenen Fragen erfordern die fortschreitende Digitalisierung und die steigenden Anforderungen an die öffentliche Verwaltung eine intensivere Auseinandersetzung mit den folgenden Themen:

- (1) **Interdisziplinäre Studien zu Bias-Erkennung und -Korrektur**
 - Forschung an der Schnittstelle von Informatik, Recht und Ethik sollte neue Ansätze entwickeln, um Verzerrungen in Daten und Algorithmen frühzeitig zu identifizieren und zu korrigieren.
- (2) **Entwicklung von Erklärbarer KI (Explainable AI)**

- Es bedarf erheblicher Fortschritte bei der Entwicklung von Systemen, deren Entscheidungsprozesse für Nutzer und Auditoren transparent und nachvollziehbar sind.
- (3) **Schaffung regulatorischer Rahmenbedingungen**
- Nationale und internationale Regelungen müssen entwickelt werden, um den Einsatz von KI in der (Finanz-)Verwaltung rechtsstaatlich zu gestalten.
- (4) **Pilotprojekte mit repräsentativen Datensätzen**
- Die Einführung von Pilotprogrammen kann dazu beitragen, die Auswirkungen neuer KI-Ansätze in kontrollierten Umfeldern zu analysieren und zu bewerten.
- (5) **Ethik und Governance für KI in der Finanzverwaltung**
- Die Entwicklung ethischer Leitlinien und unabhängiger Kontrollmechanismen sollte ein integraler Bestandteil der zukünftigen Forschung und Implementierung sein.

Die weitere Entwicklung ist daher mit Spannung und zugleich kritisch zu verfolgen.

Literaturverzeichnis

Baum, Michael, Modernisierung des Besteuerungsverfahrens – Teil 1: Untersuchungsgrundsatz, Risikomanagement, Steuererklärungen und „vollautomatische“ Bescheide, NWB 2016, 2636–2645.

Gosch, Dietmar (Hrsg.), Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung – Kommentar, Bonn.

Huber, Peter/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 8. Auflage, München 2024.

Hübschmann, Walter/Hepp, Ernst/Spitaler, Armin (Hrsg.), Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung – Kommentar, Köln.

Kaminski, Bert, Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, AktStR 2016, 361–379.

Myßen, Michael/Kraus, Fabian, Steuerliches Datenschutzrecht – Verfahrensrechtsanpassung an die Datenschutz-Grundverordnung, DB 2017, 1860–1871.

Nink, David, Justiz und Algorithmen – Über die Schwächen menschlicher Entscheidungsfindung und die Möglichkeiten neuer Technologien in der Rechtsprechung, Berlin 2021.

Schmidt, Christoph, KI-Einsatz in der Finanzverwaltung – Chancen und Herausforderungen des technologischen Wandels: NEGZ-Kurzstudie 31, Berlin 2023, https://negz.org/wp-content/uploads/2024/02/31_Kurzstudie_KI-Einsatz-in-der-Finanzverwaltung_2023.pdf.

Schwarz, Bernard/Pahlke, Armin/Keß, Thomas (Hrsg.), Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung – Kommentar, Freiburg.

Thouvenin, Florent/Volz, Stephanie/Weiner, Soraya/Heitz, Christoph, Diskriminierung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz (KI), Jusletter IT 4. Juli 2024, 1–99.

Von Flat Tax zu Umverteilung: Spielräume in der Steuergestaltung und das Leistungsfähigkeitsprinzip

Emilia Krause, LL.B.*

Universität Hamburg, TEPPE Rechtsanwälte
emilia.krause02@gmail.com

Abstract

Der vorliegende Beitrag stellt zunächst die zugrundeliegenden Prinzipien des Einkommensteuersystems dar und beleuchtet die geltende progressive Besteuerung kritisch. Anschließend werden verschiedene Reformmodelle diskutiert mit dem einheitlichen Steuersatz der Flat Tax im Zentrum. Mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Rahmen und die steuerrechtliche Entwicklung wird versucht, die sachgerechteste Lösung herauszuarbeiten. Schlussendlich soll die Frage beantwortet werden, wie viel Umverteilung eine moderne Steuerpolitik in Deutschland braucht, um aktuelle Herausforderungen zu meistern.

I. Einleitung

Aus politischer Sicht stehen vor allem die Höhe der zu zahlenden Steuern sowie die Lenkungswirkungen im Mittelpunkt. Das aktuell geltende deutsche progressive Einkommensteuersystem ist mit der mittelbaren Besteuerung von faktisch steuerfreien Einkünften im Rahmen des Progressionsvorbehalts als zentrales Element zu recht kritisierbar. Insbesondere aufgrund zunehmenden Drucks durch globalen Steuerwettbewerb müssen neue Systeme des Einkommensteuertarifs gedacht werden. In anderen Staaten wie bspw. Rumänien, Estland, Bulgarien und Schweden ist eine einheitliche Besteuerung des Einkommens durch eine Flat Tax bereits de lege lata.¹ Für den einzelnen Steuerpflichtigen sind die Höhe der Steuern sowie die Umsetzung bei der Steuergestaltung und Steuererklärung relevant. An dieser

* Emilia Krause, LL.B. ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg und wissenschaftliche Mitarbeiterin der Kanzlei TEPPE Rechtsanwälte.

¹ BMF, Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich, S. 21.

Stelle lassen sich die Fragen der steuerlichen Gerechtigkeit in Verbindung mit der Gleichbehandlung diskutieren.

II. Funktion und Prinzipien der Steuer

Das Grundprinzip der Besteuerung ist die Ertragserbringung für den Staat, denn Steuern sind die Hauptfinanzierungsquelle des staatlichen Haushalts und notwendig, um die öffentlichen Aufgaben zu erfüllen.² Die Steuer und die Ausgestaltung des Steuersystems nimmt darüber hinaus Einfluss auf das wirtschaftliche Verhalten des Steuerpflichtigen sowie das Wirtschaftswachstum.³ Deshalb ist eine optimale Steuergestaltung von großer Bedeutung, denn es folgt eine Lenkungswirkung aus der Besteuerung.

Aus ökonomischer Sicht soll ein Steuersystem auf folgenden vier Prinzipien beruhen: die Grundsätze der Steuergleichheit, Bestimmtheit, Bequemlichkeit und Effizienz.⁴ Die Gleichheit der Besteuerung hat oberste Priorität, steht aber für eine funktionierende Steuerrechtsordnung und zur Erreichung wirtschaftlichen Aufschwungs in einem Zielkonflikt. Die Besteuerung legt auf rechtlicher Ebene weitere Prinzipien zur Wahrung des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungssatzes zugrunde.

1. Das Nettoprinzip

Das deutsche Einkommensteuersystem legt das Nettoprinzip der Besteuerung zugrunde. Nach diesem soll lediglich der Saldo aus Erwerbseinnahmen und Erwerbsaufwendungen besteuert werden (objektives Nettoprinzip) sowie das Existenzminimum bzw. einkommensmindernde und existenzsichernde Aufwendungen des Steuerpflichtigen und seiner unterhaltsberechtigten Familie steuerlich verschont werden (subjektives Nettoprinzip).⁵ Aus Art. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG folgt die Notwendigkeit eines Existenzminimums für ein menschenwürdiges Dasein, welches sich aus dem erforderlichen Einkommen zur Schaffung solcher Mindestvoraussetzungen ergibt und demnach auch nicht besteuert werden darf.⁶ In der Diskussion um eine gerechte steuerliche Lastenverteilung stehen zwei Prinzipien für einen möglichen Besteuerungsmaßstab, das Leistungsfähigkeits- und das Äquivalenzprinzip.

² Vgl. *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, Rn. 28; *Tappe/Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, Rn. 28 f.

³ Vgl. *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, Rn. 28.

⁴ *Smith*, Der Wohlstand der Nationen, S. 703 f.

⁵ BVerfGE 87, 153 (169).

⁶ Vgl. BStBl. II 1999, 174 (179).

2. Das Leistungsfähigkeitsprinzip

Nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip soll jeder Steuerpflichtige nach seiner individuellen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit besteuert werden.⁷ Daraus folgt der Grundsatz der Steuergerechtigkeit, welcher eine ungleiche Besteuerung der verschiedenen Einkommen voraussetzt. Die Leistungsfähigkeit ist dabei der Umfang der privaten Bedürfnisbefriedigung, den der Steuerpflichtige zu erreichen in der Lage ist, wonach die Besteuerung beim Einzelnen die Bedürfnisbefriedigung im gleichen Maße einschränkt.⁸ Aus dem Prinzip folgt die Anschlussfrage, wie denn die unterschiedliche Besteuerung ausgestaltet werden muss, um gerecht zu sein. Nach ökonomischen Opfertheorien⁹ besagt die Grenznutzentheorie, dass mit steigendem Einkommen zwar der Nutzen zunimmt, aber die Höhe des Nutzenzuwachses fällt¹⁰. Aber auch aus dieser Theorie ergibt sich noch kein eindeutiger Tarifverlauf.

3. Das Äquivalenzprinzip und die Umverteilung

Im Gegensatz zum Leistungsfähigkeitsprinzip steht das Äquivalenzprinzip. Dies besagt im Kern, dass die Abgabenlast dem individuellen Nutzen des Steuerpflichtigen entsprechen soll, welchen er aus einer staatlichen Leistung zieht.¹¹ Daraus folgt, dass derjenige, der einen größeren Vorteil aus einer öffentlichen Leistung oder Einrichtung zieht, dafür auch mehr zahlen soll. Diesem Verteilungsprinzip liegt der Maßstab zugrunde, den Marktmechanismus auch auf Abgabensachverhalte anzuwenden.¹² Bei einer Besteuerung nach diesem Prinzip müssten Bürger nur Steuern zahlen, soweit ihnen öffentliche Leistungen zugutekommen und die entsprechenden Steuern damit zweckgebunden für die öffentlichen Ausgaben verwendet werden.¹³ Bei einem Sozialstaat würden sich die Sozialleistungen und die Besteuerung nach diesem Prinzip jedoch aufheben, sodass dieses Prinzip keinen tauglichen Maßstab für die Verteilung steuerlicher Lasten darstellt.¹⁴ Die Erhebung der Steuern erfolgt aber ohne eine Gegenleistung und Steuern sind nicht zweckgebunden

⁷ Birk, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, S. 167.

⁸ Haller, Die Steuern, S. 42.

⁹ Birk, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, S. 24 f., 32 f.

¹⁰ Haller, Die Steuern, S. 74–86.

¹¹ Vgl. Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, Rn. 32.

¹² Haller, Die Steuern, S. 16 f.; Schmehl, das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung, S. 14 f.

¹³ Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, Rn. 33.

¹⁴ Birk/Eckhoff, in: Sacksofsky/Wieland, Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat, S. 54 f.; Marquardsen, StuW 2022, 293 (296).

(§ 3 Abs. 1 AO). Das Äquivalenzprinzip hat allerdings die Vorteile, dass es dem Bürger die einzelnen öffentlichen Leistungen bewusst macht und eine solche leistungsgerechte Bezahlung die staatlichen Ressourcen schont.¹⁵ Somit ist der Anwendungsbereich des Äquivalenzprinzips nicht der Bereich der Steuern, sondern der Gebühren, Beiträge und Abgaben.¹⁶

III. Das geltende deutsche Einkommensteuersystem

Das zu versteuernde Einkommen bildet nach § 2 Abs. 5 S. 1 EStG die Bemessungsgrundlage, auf welche der progressive Einkommensteuertarif aus § 32a Abs. 1 EStG angewendet wird. Das zu versteuernde Einkommen eines Steuerpflichtigen wird zunächst nach den Einkunftsarten aus § 2 Abs. 1 EStG qualifiziert, sodann die Einkünfte nach § 2 Abs. 2 EStG ermittelt und anschließend die Summe der Einkünfte nach § 2 Abs. 3 EStG gebildet. Bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens nach § 2 Abs. 4, Abs. 5 EStG werden Freibeträge, Sonderausgaben und Steuerbegünstigungen abgezogen und am Ende steht die Bemessungsgrundlage.

1. Der Steuertarif, § 32a EStG

In Deutschland gilt ein linear-progressiver Formeltarif mit linear verlaufender Grenzbelastung.¹⁷ Nach einem solchen Tarif wird die Einkommensteuerlast in Abhängigkeit vom zu versteuernden Einkommen berechnet und der Steuertarif wächst kontinuierlich ansteigend, ohne Sprünge. Der Steuersatz steigt grundsätzlich linear mit dem Einkommen.

2. Der Progressionsvorbehalt, § 32b EStG

Der Progressionsvorbehalt ist in § 32b EStG geregelt und stellt neben dem Steuertarif aus § 32a EStG einen besonderen Steuersatz für unbeschränkt und beschränkt Steuerpflichtige dar.

Aus dem Progressionsvorbehalt ergibt sich, dass bestimmte steuerfreie Einnahmen wie bspw. Kurzarbeitergeld und andere Sozialleistungen dergestalt Berücksichtigung finden, als dass diese Einnahmen bzw. Leistungen in der Berechnung des Steuersatzes einbezogen werden und damit trotz Steuerfreiheit mittelbar besteuert werden.¹⁸ Der besondere Steuersatz ist der, welcher sich bei Berücksichtigung

¹⁵ Grossekketter, in: Sacksofsky/Wieland, Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat, S. 24 f.; Reding/Müller, Einführung in die Allgemeine Steuerlehre, S. 42 f.

¹⁶ Vgl. Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, Rn. 34, 105 f.

¹⁷ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.800.

¹⁸ Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht Rn. 649; Frenz, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 32b Rn. C 26.

dieser Leistungen bei der Einkommensermittlung ergibt. Die steuerfreien Einnahmen werden somit als steuerpflichtige Einkünfte fingiert und der Durchschnittssteuersatz nach § 32a EStG berechnet, welcher anschließend jedoch nur auf die steuerbaren Einkünfte angewendet wird. Daraus folgt, dass die steuerfreien Lohnersatzzahlungen den persönlichen Steuersatz erhöhen.

Dieser Progressionsvorbehalt schränkt die progressive Entlastungswirkung somit ein, denn die Steuerschuld erhöht sich sowohl dadurch, dass die Bemessungsgrundlage steigt als auch durch den ansteigenden Steuersatz.¹⁹

Begründet wird der Progressionsvorbehalt und dessen Wirkung heute mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip als eine Ausgestaltung von Art. 3 Abs. 1 GG.²⁰ Dieser soll der Umverteilung in Verbindung mit dem Ziel der sozialen Gerechtigkeit dienen.²¹

Eine Bevorzugung der Steuerpflichtigen, welche zusätzlich steuerfreie Sozialleistungen erhalten gegenüber denjenigen, welche steuerpflichtige Einkünfte derselben Höhe erhalten, wird mit dem Progressionsvorbehalt umgangen.²² Die Gleichmäßigkeit der Besteuerung stellt die horizontale Steuergerechtigkeit dar und gewährleistet die rechtlich und tatsächlich gleichmäßige Besteuerung der Steuerpflichtigen.²³

§ 32b EStG wird ebenso auf negative Einkünfte wie Verluste angewendet.²⁴ Der Progressionsvorbehalt ist zudem auch auf die unter dem Grundfreibetrag liegenden Einkünfte anwendbar.²⁵ Der Katalog aus § 32b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG nennt abschließend die steuerfreien Sozialleistungen wie Arbeitslosengeld, Krankengeld und Mutterschaftsgeld.

Eine progressive Besteuerung war nicht immer *de lege lata*. Zur Zeit des Kaiserreichs waren Kopfsteuern und später lineare Tarife üblich.²⁶ Progressive Tarife kamen erst spät auf, so enthielt das Preußische Einkommensteuergesetz von 1891 einen Stufentarif (0,67 bis 4 %) und das deutsche Einkommensteuergesetz von 1920 bis 1945 einen Anstoßtarif.²⁷ Die progressive Besteuerung wurde jedoch

¹⁹ BStBl. II 2015, 182 (183); *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, Rn. 649.

²⁰ BFH, BStBl. 1976, 662 (662); 1987, 856 (856 f.); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 3 Rn. 57.

²¹ *Hey*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, Rz. 8.802.

²² BStBl. II 1995, 758 (758); *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, Rn. 649.

²³ *Kischel*, in: *BeckOK*, GG, Art. 3 Rn. 147; *Hey* in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, Rz. 3.40.

²⁴ Aber unter Berücksichtigung des § 2a Abs. 1, 2 EStG, BStBl. II 1970, 660 (662); BFH/NV 1991, 820 (821 f.); *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, Rn. 649.

²⁵ BStBl. II 1986, 902 (904); BStBl. II 2001, 778 (779).

²⁶ *Mayer*, in: *Neumark*, Handbuch der Finanzwissenschaft, S. 268.

²⁷ *Wied*, in: *Blümich*, EStG, § 32a Rn. 4.

nicht aufgrund sozialer Gesichtspunkte eingeführt, sondern zur Deckung eines erhöhten Finanzbedarfs.²⁸ Dieser Grund zur Neugestaltung des Steuersystems ist im Hinblick auf die aktuelle Rechtfertigung der progressiven Tarife mit der entlastenden Wirkung für die einkommensschwächeren Schichten fragwürdig.

3. Kritische Auseinandersetzung

Neben den sozialen Vorteilen, die durch eine progressive Besteuerung verfolgt werden, ist der deutsche progressive Steuertarif auch kritisierbar.

a) Leistungsfähigkeit vs. Wirtschaftlichkeit

Es kann mit guten Gründen auch gerade ein Widerspruch zum Leistungsfähigkeitsprinzip gesehen werden. Schließlich werden durch die komplexe Zusammenstellung der Bemessungsgrundlagen im aktuellen System nicht alle Steuerpflichtigen nach ihrem Einkommen gleich besteuert.

Ein progressiver Steuertarif in Verbindung mit der Einkommensentwicklung und der Inflation führt zu einer stetigen Steuererhöhung, da immer mehr Steuerpflichtige „in die Spitzensteuersätze hineinwachsen“²⁹. So müsste sich der Tarif für eine leistungsgerechte Besteuerung auch der wirtschaftlichen Entwicklung anpassen. Die Steuerbelastung verschiebt sich somit immer weiter, sodass geringere Einkommen stärker belastet werden.

Kritisch an der Steuerprogression zu betrachten ist vor allem die leistungshemmende Wirkung, die Verfälschung der Lohn- und Preisgerechtigkeit sowie der Umstand, dass das Einkommensteuerrecht verkompliziert wird, wodurch die Gefahr einer Kompensation durch Durchlöcherung der Bemessungsgrundlage entsteht.³⁰ Der hohe Spitzensteuersatz insbesondere in Verbindung mit der Inflation dämpft vielmehr die Arbeitsanreize und führt daher gerade zu einer schwächeren Wirtschaftslage. Weiterhin wird mit einem unattraktiven Einkommensteuersystem die Steuerflucht in Niedrigsteuerländer provoziert.

²⁸ P. Kirchhof, Einkommensteuergesetzbuch, S. 45.

²⁹ P. Kirchhof, Einkommensteuergesetzbuch, S. 46; Elicker, Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, S. 268 f.

³⁰ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.802.

Eine Steuerprogression führt aus der Systematik heraus schon dazu, dass durch die Erhöhung persönlicher Freibeträge die Spitzenverdiener stärker entlastet werden als Geringverdiener.³¹ Durch den indirekten Einbezug von Lohnersatzleistungen werden bedürftige Gruppen überproportional belastet. Insgesamt schafft der aktuelle Progressionsvorbehalt vielmehr einen negativen Arbeitsanreiz.

Der Tatbestand des § 32b EStG erweitert sich stetig durch den vermehrten Einbezug steuerfreier Leistungen, i. d. R. nach § 3 EStG. Weiterhin besteht eine Ungleichbehandlung der einzelnen Sozialhilfeempfänger, denn in dem abschließenden Tatbestand des § 32b EStG sind nicht alle Lohnersatzzahlungen aufgenommen und Leistungen wie Arbeitslosengeld II (Bürgergeld), Grundsicherung oder Wohngeld sind ausgenommen.

Das System der leistungsgerechten Einkommenbesteuerung kann nicht bedeuten, dass automatisch bei mehr Geld auch mehr gezahlt wird, ohne dass subjektive Elemente im Leistungsfähigkeitsprinzip berücksichtigt werden.

b) Intransparenz und Bürokratie

Das aktuelle progressive Steuersystem ist nicht transparent für den Steuerpflichtigen. Eine Steuerprogression trifft den durchschnittlichen unkundigen und ortsgebundenen besserverdienenden Arbeitnehmer am härtesten und am wenigsten die, von denen sie eigentlich getragen werden soll.³²

Insbesondere in Kombination mit anderen steuerlichen Effekten wie bspw. dem Kinderfreibetrag oder dem Splittingtarif ist das errechnete zu versteuernde Einkommen kaum noch nachvollziehbar. Daraus folgen Unsicherheiten für den Steuerpflichtigen und die Gefahr von Nachzahlungen. Auch für Arbeitgeber ergeben sich aufgrund der Intransparenz Schwierigkeiten im Lohnsteuerabzug.³³

Um zumindest die Transparenz des Einkommensteuersystems für den Steuerpflichtigen zu erhöhen, muss die Finanzverwaltung das Einreichen sowie die Bearbeitung der Steuererklärungen vereinfachen und transparenter gestalten. Hier setzen bereits private Anbieter an. Zudem muss eine bessere Aufklärung gewährleistet sein, sodass bspw. Vorabscheinschätzungen der Lohnsteuer durch die Finanzbehörden mehr Verständnis beim Steuerpflichtigen hervorrufen.

³¹ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.802.

³² Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.803.

³³ Frenz, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 32b Rn. 62.

4. Steuerwettbewerb

Durch internationalen Druck des Steuerwettbewerbs diskutieren viele Staaten einen Umbau ihres nationalen Steuersystems. Die Strategie der niedrigeren Steuersätze und breiten Bemessungsgrundlagen greift dabei allein zu kurz, um die Wettbewerbsfähigkeit langfristig zu gewährleisten.³⁴ An dieser Stelle wird zum Mithalten beim internationalen Steuerwettbewerb primär der Körperschaftsteuersatz gesenkt.³⁵ Beim dualen System der Einkommensteuer wird nur das Arbeitseinkommen progressiv besteuert, während Kapitaleinkommen mit einem Proportionalsteuersatz endbesteuert werden. Der Steuersatz bei Kapitaleinkommen muss dabei mit dem Ziel der Steuerwettbewerbsfähigkeit wesentlich unter dem Spitzensatz des Arbeitseinkommensteuersatzes liegen.³⁶

Allerdings wird auch eine Mäßigung der Progression allein noch nicht die Steuerwettbewerbsfähigkeit gewährleisten.³⁷

Ein Ausgangspunkt zum Behaupten im globalen Steuerwettbewerb ist der, investierte Unternehmensgewinne durch einen niedrigen Körperschaftsteuersatz partiell nachgelagert zu besteuern³⁸ und auch private Kapitaleinkünfte dort mit einzubeziehen³⁹.

Allerdings geht dadurch die Schere zwischen Körperschaftsteuersatz und Spitzensatz der Einkommensteuer weiter auseinander.⁴⁰ Durch diesen Druck ist der Körperschaftsteuersatz von 56 % im Jahr 1977 auf 15 % ab 2008 abgesenkt worden, sodass die gegenwärtige Spreizung 30 Prozentpunkt beträgt.⁴¹

Die Debatte um das Anheben des Einkommensteuerspitzensatzes und um eine „Reichensteuer“ verkennt die faktische Ausgangslage. Nach der BMF-Datensammlung zur Steuerpolitik 2023 tragen die obersten 5 % der Einkommensbezieher mit

³⁴ Weltweit angestoßen durch amerikanische Steuerreform 1986; Hey in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 7.74.

³⁵ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 7.74.

³⁶ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 7.75.

³⁷ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 7.87.

³⁸ Schön, in: Hüttemann/Schön, Unternehmenssteuerrecht, Rz. 1.314.

³⁹ Lang, DSUG 24, 49 (109).

⁴⁰ Dorenkamp, Spreizung zwischen Körperschaftsteuer- und Spitzensatz der Einkommensteuer, in Pelka, Unternehmenssteuerreform 2001, 61, Rz. 3.77.

⁴¹ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Fn. 1348.

Einkünften ab 136.272 Euro 26,3 % des Einkommensteueraufkommens und die untere Hälfte der Steuerpflichtigen nur 17 %.⁴² Eine Verschärfung der Besteuerung an dieser Stelle ist somit nicht sachdienlich.

Aufgrund des erheblichen Drucks durch internationalen Steuerwettbewerb wurde der Spitzensatz der deutschen Einkommensteuer seit Beginn der 1990er Jahre von 56 % auf 42 % abgesenkt.⁴³

Es kann angeführt werden, dass der Sondertarif aus § 34a EStG und die Option zur Körperschaftsteuer nach § 1a KStG den Druck auf den Einkommensteuertarif für unternehmerisches Einkommen mindern würden, aber im internationalen Wettbewerb um qualifizierte Arbeitskräfte kommt wiederum die Tarifbelastung für Arbeitseinkommen unter Druck.⁴⁴

IV. Gestaltungsspielräume der Einkommensteuer - Reformvorschläge

1. Die Flat Tax

Im Gegensatz zum aktuellen dualen Einkommensteuersystem würde in einem synthetischen System eine für natürliche Personen und Unternehmen gleichermaßen geltende Einheitssteuer angewendet werden, nach welchem für eine optimale Wettbewerbsfähigkeit ein flacher Steuersatz (Flat Tax) angewendet würde.⁴⁵ Danach wird der Gedanke der Steuergerechtigkeit durch Gleichbehandlung verfolgt. Diese Besteuerung ist einfacher und transparenter in der Anwendung, bringt damit weniger Verwaltungsaufwand mit sich und setzt einen Anreiz zum Mehrverdienen.⁴⁶

Auf der anderen Seite wird die soziale Gerechtigkeit kontrovers diskutiert, da so hohe Einkommen stärker profitieren und die persönliche sowie wirtschaftliche Leistungsfähigkeit weniger Berücksichtigung findet. Unter diesem Gesichtspunkt ist zum Progressionsvorbehalt und dem Leistungsfähigkeitsprinzip zu diskutieren, ob nicht vielmehr eine steuerliche Bevorzugung von Mehrarbeit leistungsgerechter ist. Zudem würde ein solches System die Wirtschaft fördern und entsprechende Anreize für Überstunden oder Besserverdienst schaffen.⁴⁷

⁴² Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.804.

⁴³ Steuerreformgesetz 1990 v. 25.7.1988, BGBl. I 1988, 1093; Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.804.

⁴⁴ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.804.

⁴⁵ P. Kirchhof, Bundessteuergesetzbuch, S. 14 f.; Seer, BB 2004, 2272 (2272); Wiss. Beirat beim BMF, Flat Tax oder Duale Einkommensteuer?, BMF-Schriftenreihe, Bd. 76, 2004.

⁴⁶ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 7.85.

⁴⁷ Zu Forderungen nach Wirtschaftsförderung im Besteuerungssystem: Wachstumschancengesetz v. 27.3.2024, BGBl. I 2024 Nr. 108.

Nach einem solchen System gibt es kaum einen Umverteilungseffekt der Steuern. Es stellt sich die Frage, ob bei einer Flat Tax anderweitig ein Umverteilungseffekt erzielt werden muss oder ob ein solcher notwendig ist.

Mit einer Flat Tax würde auch das Problem auf gesellschaftsrechtlicher Ebene gelöst, welche Rechtsform aus Steuergründen gewählt wird. Denn die Rechtsformabhängigkeit aufgrund des Nebeneinanders von progressivem Einkommensteuertarif und proportionalem Körperschaftsteuersatz wird damit gelöst.⁴⁸

Die Abgeltungssteuer auf Kapitalerträge stellt somit eine Art der Flat Tax dar. Diese ist meist niedriger als die reguläre Einkommensteuer eines Arbeitnehmers, sodass bei diesem Nebeneinander der Gedanke des Gleichheitssatzes zurecht in Frage steht.

Weitere Kritik an einer Absenkung zu einem niedrigen Einheitssteuersatz im Sinne einer Flat Tax ist die, dass eine Verlagerung der Steuerkraft auf indirekte Steuern vorliegt, welche sozialstaatlich fehlgeleitet ist.⁴⁹ Ein Ansatz ist eine Schedulingstrategie, nach welcher die Tarifbelastungen gezielt dort abgesenkt werden, wo durch den Steuerwettbewerb der größte Druck herrscht.⁵⁰

Allerdings ist ein niedriger Proportionalsteuersatz wegen einhergehender Steuerausfälle haushaltspolitisch unrealistisch.⁵¹

2. Reform der Bemessungsgrundlage

Zurecht zu kritisieren ist die durch das dualistische Besteuerungssystem bestehende unterschiedliche Steuerbelastung bei der Besteuerung bspw. von Dividenden an einer Personengesellschaft.⁵²

Ein progressiver Einkommensteuertarif entspricht nur dann dem Leistungsfähigkeitsprinzip, wenn diese zunächst richtig gemessen wird.⁵³ Das bedeutet, dass zuerst bei der Bemessungsgrundlage angesetzt werden muss.⁵⁴ Diese darf für sich betrachtet nicht noch breiter werden, denn dann wird das Nettoprinzip schon untergraben.⁵⁵ Wenn durch Abschaffung steuerlicher Verschonungssubventionen

⁴⁸ Elicker, Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, S. 261 ff.

⁴⁹ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.804.

⁵⁰ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.804.

⁵¹ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 7.85.

⁵² P. Kirchhof, Einkommensteuergesetzbuch, S. 44.

⁵³ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 7.82.

⁵⁴ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 7.83; Lang, StuW 2006, 22 (31 f.).

⁵⁵ Hey in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 7.83, 8.54.

oder durch Kürzung der beruflich veranlassten Aufwendungen die Bemessungsgrundlage noch breiter ausgestaltet ist, wirkt sich derselbe Steuersatz für die Steuerpflichtigen noch belastender aus.⁵⁶

Die Bemessungsgrundlage muss für mehr Leistungsfähigkeitsgerechtigkeit vereinfacht werden und dafür von Steuerprivilegien befreit werden.⁵⁷

Ein Reformvorschlag führt einen einheitlichen Tatbestand zur Bestimmung des Steuerobjekts an und hat das Herstellen der Gleichheit unter allen Einkünften sowie der Aufwands- und Ausgabentatbestände über die Vereinheitlichung zum Ziel.⁵⁸ Nach einem solchen Reformvorschlag wird die steuerjuristische Person als weiteres Steuersubjekt eingeführt und damit ein eigenes Körperschaftsteuerrecht überflüssig gemacht.⁵⁹ Dieser Ansatz beseitigt einige strukturelle Defizite des umfassenden Einkommensteuergesetzes.

Die mit wachsendem Einkommen überproportional steigende Steuerlast wird vielmehr durch eine gestufte Bemessungsgrundlage erreicht und nicht durch den gestuften Tarif als solchen.⁶⁰

Der Vorschlag, die Einkommensarten der Einkommen- und Körperschaftsteuer auf der Ebene der Einkünftequalifikation anzupassen und zu vereinheitlichen, greift hinsichtlich des Steuerwettbewerbs jedoch zu kurz. Es müsste zusätzlich eine niedrige Flat Tax eingeführt werden.⁶¹

Bei einem weiteren Reformmodell des Einkommensteuertatbestandes soll es nur noch vier Bundessteuern geben (Ertragsteuer, Erbschaftsteuer, allgemeine Umsatzsteuer und spezielle Verbrauchsteuer).⁶² Dieses Modell verfolgt den Gedanken des Markteinkommens, sodass alle Erwerbseinnahmen berücksichtigt werden und erwerbs- sowie existenzsichernde Aufwendungen abgezogen werden.⁶³ Ausnahmetatbestände und Steuerbefreiungen oder -vergünstigungen sollen wegfallen.⁶⁴ Schlussendlich wird auf die breitere Bemessungsgrundlage eine Flat Tax von einheitlich 25 % erhoben.

⁵⁶ BVerfGE 115, 97 Rn. 47.

⁵⁷ Seer, BB 2004, 2272 (2275).

⁵⁸ P. Kirchhof, Einkommensteuergesetzbuch, S. 34; Kirchhof u.a., Karlsruher Entwurf zur Reform des Einkommensteuergesetzes, S. 28.

⁵⁹ P. Kirchhof, Einkommensteuergesetzbuch, S. 44.

⁶⁰ P. Kirchhof, Einkommensteuergesetzbuch, S. 47.

⁶¹ P. Kirchhof, Einkommensteuergesetzbuch, S. 44 ff., 202 ff.; Bundessteuergesetzbuch, S. 459 f.

⁶² P. Kirchhof, Bundessteuergesetzbuch.

⁶³ Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, Rn. 85.

⁶⁴ Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, Rn. 85.

Auch bei der Flat Tax stellt sich die Frage der zugehörigen Bemessungsgrundlagen. Für einen gleichbleibenden Steuersatz sind schmalere Bemessungsgrundlagen erforderlich, um weniger Belastung zu bewirken.⁶⁵

3. Der Sozialausgleich

Ein weiterer Ansatz ist, die über dem steuerfreien Existenzminimum liegenden sozialen und kulturellen Grundbedürfnisse des Steuerpflichtigen durch einen nach Einkommen gestaffelten Sozialausgleich von der Einkommensteuerbelastung freizustellen.⁶⁶ Diese Form der Progression berücksichtigt die relativ höhere Belastung relativ niedrigeren Einkommen durch indirekte Steuern.⁶⁷

Dann würde § 32b EStG erst später greifen und die Steuerpflichtigen mit Sozialleistungen wären von einer Einbeziehung der Einkünfte im Progressionsvorbehalt befreit. Kleinere Unterstützungsleistungen werden damit geschützt und es erfolgt keine umgehende Erhöhung des Tarifs. Durch die gestaffelte Anrechnung der Leistungen und Einkünfte wird eine Glättung der Progression und das Abmildern von Härtefällen erreicht.

4. Tariformen

Es gibt verschiedene Tariformen im Steuerrecht. Bei Stufentarifen wird die Bemessungsgrundlage zunächst in Teilmengen zerlegt und dann ansteigenden Tarifprozentsätzen zugeordnet.⁶⁸

Für einen linearen Einkommensteuertarif sprechen die Transparenz sowie die einfache Anwendung und Sondertarife wie der Splittingtarif sind damit obsolet.⁶⁹ Die Lohnsteuer könnte weitgehend pauschaliert erhoben werden, da die existenzsichernden Aufwendungen und die Sozialausgleichsbeträge durch entsprechende Steuerfreistellung berücksichtigt werden.⁷⁰

Die Pauschalierung im Einkommensteuerrecht, beispielsweise der Werbungskostenpauschbetrag, soll für mehr Einzelfallgerechtigkeit sorgen. Allerdings ist das deutsche Einkommensteuerrecht mit so vielen Pauschalen und Einfallstoren für

⁶⁵ BVerfGE 115, 97 Rn. 47.

⁶⁶ P. Kirchhof, Einkommensteuergesetzbuch, S. 47.

⁶⁷ Neumark, Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, S. 177; Moebus, Die verfassungsrechtliche Begründung der progressiven Einkommensteuer und ihre systemgerechte Durchführung, S. 71 ff.

⁶⁸ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.800.

⁶⁹ P. Kirchhof, Einkommensteuergesetzbuch, S. 48.

⁷⁰ P. Kirchhof, Einkommensteuergesetzbuch, S. 48 f.

den findigen Steueroptimierer versehen, dass die Leistungsgerechtigkeit zurecht infrage gestellt werden darf. Der Sinn und Zweck der gleichmäßigen Besteuerung und der Entlastung an der richtigen Stelle für die arbeitende Mittelschicht gerät so immer mehr in den Hintergrund. Auch das Anheben der sozialstaatlichen Leistungen bringt aufgrund der progressiven Besteuerung nicht mehr den gewünschten Erfolg.

Der Steuerpflichtige, der mehr Einkommen erzielt und mehr Leistung erbringt, muss dies auch merken dürfen, sodass für jeden Steuerpflichtigen der Anreiz besteht, mehr Einkommen zu erzielen, wenn er dies auch behalten darf. Dies würde die Wirtschaft positiv beeinflussen.

Nach einem Reformentwurf der Einkommensteuer wird streng zwischen Erwerbs- und privater Konsumsphäre getrennt und es sind fünf Tarifstufen mit gestaffeltem Grundfreibetrag vorgesehen.⁷¹ Dabei wird der progressive Tarif beibehalten und die bisher sieben Einkunftsarten auf vier reduziert.

Wird das über den notwendigen Grundfreibetrag hinausgehende Einkommen mit einem einheitlichen Steuersatz besteuert, welcher auf die unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen angewendet wird, so folgt eine sachgerechte Differenzierung mit der Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁷²

Aus Sicht des Steuerzahlers ist ein proportionaler Tarif mit einem einheitlichen Steuersatz gerechter.⁷³

Wenn der Steuertarif bzw. ein niedriger einheitlicher Steuersatz kommt, darf nicht an anderer Stelle wie mit der Stromsteuer, EEG oder bei Sozialversicherungsbeiträgen dergestalt nachgeschärft werden, dass die Belastung gleichbleibt und insbesondere die Mittelschicht der Arbeitnehmer trifft.

Zudem sind Subventionen generell zu streichen. Bevor eine Sache subventioniert wird, muss der andere Teil besser höher besteuert werden.

Die Gefahr einer Aushöhlung des Sozialstaats geht nicht zweifellos damit einher, schließlich erreichen die Ausgaben jedes Jahr neue Höhen.

⁷¹ Lang, Kölner Entwurf eines Einkommensteuergesetzes.

⁷² Elicker, Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, S. 267.

⁷³ Elicker, Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, S. 267.

V. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Durch die Einbeziehung des Existenzminimums in den Progressionsvorbehalt ist die Verfassungsmäßigkeit der progressiven Besteuerung und ein Bruch mit dem Sozialstaatsprinzip zu diskutieren.

Aus dem Wortlaut und Telos der §§ 32a und 32b EStG ergibt sich, dass der Progressionsvorbehalt auch auf die Einkünfte unterhalb des Grundfreibetrages anzuwenden ist, denn dieses zählt nach § 32a Abs. 1 S. 2 EStG zum zu versteuernden Einkommen. Der Grundfreibetrag wird bereits im Rahmen der Tarifiermittlung nach § 32a EStG berücksichtigt.⁷⁴ Zutreffend ist, dass aus dem Zweck des Progressionsvorbehalts die Leistungsfähigkeit zu erfassen ist, sodass sich konsequenterweise der Einbezug der unter dem Grundfreibetrag liegenden Einkünfte ergibt. Diese dürfen jedoch nicht unmittelbar besteuert werden.

Der Progressionsvorbehalt besteuert nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und verwirklicht daher gerade den Art. 3 Abs. 1 GG mit Vermeidung von ungerechtfertigten Vorteilen.⁷⁵

Auch ein Verstoß gegen Art. 14 GG kommt nicht in Betracht, denn die Betroffenen werden durch § 32b EStG nicht im Sinne einer erdrosselnden Wirkung übermäßig belastet.⁷⁶

Die indirekte Progression, welche durch die Freistellung des Existenzminimums entsteht, ist durch das subjektive Nettoprinzip verfassungsrechtlich vorgegeben und wahrt durch die entsprechende Besteuerung die Gleichheit in vertikaler sowie horizontaler Hinsicht.⁷⁷ Somit berücksichtigt der Progressionsvorbehalt das Leistungsvermögen der Steuerpflichtigen in verfassungsrechtlich gebotener Weise.

Im Kern steht weiter die Frage, ob eine Flat Tax mit dem verfassungsrechtlich erforderlichen Leistungsfähigkeitsprinzip vereinbar ist und wo mögliche Grenzen in der Ausgestaltung liegen.

⁷⁴ BStBl. II 2001, 778 (778); *Egner/Gries*, in: Kanzler/Kraft/Bäumli, EStG, § 32b Rn. 49.

⁷⁵ BStBl. II 1988, 674 (677); 1995, 758 (759); *Wagner*, in: Brandis/Heuermann, EStG, § 32b Rn. 26.

⁷⁶ BStBl. II 1995, 758 (760); *Kuhn/Hagena*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 23b EStG Rn. 3.

⁷⁷ *Elicker*, Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, S. 266; *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.800.

Bei einer gleichmäßigen Anwendung des Leistungsfähigkeitsprinzips folgt ein Proportionaltarif und keine Progression, wobei die verfassungsrechtlich notwendigen Freibeträge zur gebotenen Verschonung des Existenzminimums indirekt noch für eine Progression sorgen.⁷⁸

Das BVerfG hat im Parteispendenurteil vom 24.6.1958 noch entschieden, dass eine formale Gleichbehandlung mit demselben Steuersatz dem Gleichheitssatz widerspreche und die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit im Sinne der verhältnismäßigen Gleichheit erfolgen müsse.⁷⁹

Mit Beschluss vom 18.1.2006 äußerte sich das BVerfG zur Ausgestaltung der Besteuerung nun dergestalt, dass verfassungsrechtlich geboten lediglich eine „Lástengleichheit“⁸⁰ ist. Daraus folgen die sich daran orientierenden unterschiedlichen Steuersätze in Form eines Tarifs, welche aber auch in vertikale Richtung zu messen sind.⁸¹ Somit ist die Besteuerung höherer Einkommen im Vergleich zur Besteuerung niedrigerer Einkommen „angemessen auszugestalten“⁸². Die genaue Ausgestaltung, um dies in angemessener Form zu gewährleisten, ist nicht weiter von verfassungsgerichtlicher Seite vorgegeben und es gibt verschiedene Modelle, die dies gewährleisten. Es müssen lediglich das Gebot vertikaler Steuergerechtigkeit (Art. 3 Abs. 1 GG) und das Verbot übermäßiger Steuerbelastung (Art. 14 GG) eingehalten werden.⁸³ Dadurch hat die Gesetzgebung in diesem verfassungsrechtlichen Rahmen einen Spielraum zur Tariffestsetzung, ob linear, progressiv oder flach.

Hinsichtlich sehr hoher Einkommen und einer etwaigen Vermögenssteuer ist verfassungsrechtlich lediglich zu beachten, dass noch immer ein relativ hohes frei verfügbares Einkommen zur Privatnützigkeit verbleiben muss und die steuerliche Belastung nicht so weit geht, dass der wirtschaftliche Erfolg grundlegend beeinträchtigt wird.⁸⁴ Diese Belastungsobergrenze folgt aus dem Halbteilungsgrundsatz, nach welchem der Staat dem Bürger grundsätzlich nicht wesentlich mehr als die Hälfte seines Einkommens durch Steuern und Abgaben entziehen darf.⁸⁵ Allerdings

⁷⁸ *Tipke*, Steuergerechtigkeit in Theorie und Praxis, Rz. 3.212, 8.802.

⁷⁹ BVerfGE 8, 51 (68 f.).

⁸⁰ BVerfGE 115, 97 Rn. 48.

⁸¹ Vgl. BVerfGE 84, 239 (268).

⁸² BVerfGE 115, 97 Rn. 48; vgl. BVerfGE 82, 60 (89); 99, 236 (260); 107, 27 (47); 112, 268 (279).

⁸³ BVerfGE 115, 97 Rn. 48.

⁸⁴ BVerfGE 115, 97 Rn. 48; vgl. BVerfGE 14, 221 (241); 82, 159 (190); 93, 121 (137).

⁸⁵ BVerfGE 93, 121 (138) (Vermögensteuerurteil); Urteil vom 9.3.2004 (Pendlerpauschale).

stellt dies keine starre Grenze von 50 % dar und bezieht sich lediglich auf eine Vermögenssteuer.⁸⁶

VI. Fazit

Die konkrete Steuerbelastung des Einzelnen ist nicht allein abhängig vom Steuersatz bzw. Steuertarif. Es erfolgt immer ein Zusammenspiel mit der Ausgestaltung der Bemessungsgrundlage sowie der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens. Eine effektive und zielgerichtete Umverteilung von Geldern in der Gesellschaft entsteht durch das Zusammenspiel von Steuern und Sozialstaat, denn neben den Steuern sind auch Transfers wie Sozialleistungen oder Kindergeld notwendig.

Im Ergebnis und nach Abwägung von sozialstaatlichen Verpflichtungen sowie dem Druck des Steuerwettbewerbs ist eine Mäßigung der Progression zumindest erforderlich. Eine Glättung des Einkommensteuertarifs allein reicht allerdings nicht aus. Insgesamt muss schon unbedingt eine flachere Besteuerung und Verschlan-
kung des gesamten Steuersystems umgesetzt werden.

Es muss ein einfaches, niedriges und gerechtes Steuersystem etabliert werden. Es darf sich aber keine indirekte Besteuerung anschließen. Diese belastet den Bürger unsachgerecht und verstößt gegen die zugrundeliegenden Besteuerungsprinzipien.

Progressive Systeme sind zentral für eine solidarische Gesellschaft, aber brauchen eine sorgfältige Ausbalancierung zwischen Gerechtigkeit und Leistungsanreizen. Durch die verfassungsrechtliche Vorgabe des Verschonens vom Existenzminimum ist somit zumindest eine indirekte Progression gesichert.

Die Bemessungsgrundlage muss jedenfalls von Steuersubventionen befreit werden und schmaler ausgestaltet werden. Daran schließt sich eine Glättung der Progression an.

In der Konsequenz ist am sachgerechtesten und wirksamstes für die Wirtschaft sowie den einzelnen Steuerpflichtigen, nach einem Grundfreibetrag mit anschließendem proportionalem Tarif auf niedrigem Niveau für erfolgreichen Steuerwettbewerb fortzufahren.

Die Schwierigkeit, in erster Linie die Mittelschicht zu entlasten aber auch Anreize zur Mehrarbeit und damit Wirtschaftsförderung zu erreichen, wird weitestgehend

⁸⁶ Vgl. BVerfGE 115, 97.

durch eine Flat Tax erreicht. Schlussendlich sorgt eine Flat Tax auch für größtmögliche Transparenz sowie Verständnis und ein Gerechtigkeitsempfinden in der Gesellschaft.

Literaturverzeichnis

Birk, Dieter, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, Köln 1983.

Birk, Dieter (Begr.) / Desens, Marc / Tappe, Henning, Steuerrecht, 26. Auflage, Heidelberg 2023.

Birk, Dieter / Eckhoff, Rolf, Staatsfinanzierung durch Gebühren und Steuern, in: Sacksofsky, Ute / Wieland, Joachim (Hrsg.), Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat, Baden-Baden 2000, S. 54—67.

Blümich, Walter (Begr.) / Heuermann, Bernd (Hrsg.) / Brandis, Peter, EStG, KStG, GewStG Kommentar, Band 3, München 2014.

Brandis, Peter (Hrsg.) / Heuermann, Bernd (Hrsg.), Ertragsteuerrecht, Band 3, 174. Auflage, München 2024.

Bundesministerium der Finanzen, Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich, Berlin 2024.

Dorenkamp, Christian, Spreizung zwischen Körperschaftsteuer- und Spitzensatz der Einkommensteuer, in Pelka, Jürgen, Unternehmenssteuerreform, Köln 2001, S. 61—102.

Elicker, Michael, Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, Köln 2004.

Epping, Volker (Hrsg.) / Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, 60. Edition, Stand 28.12.2024.

Grosseckettler, Heinz, Steuerstaat versus Gebührenstaat: Vor- und Nachteile, in: Sacksofsky, Ute / Wieland, Joachim (Hrsg.), Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat, Baden-Baden 2000, S. 24—45.

Haller, Heinz, Die Steuern – Grundlinien eines Rationalen Systems Öffentlicher Abgaben, 3. Auflage, Tübingen 1981.

Herrmann, Carl (Hrsg.) / Heuer, Gerhard (Hrsg.) / Raupach, Arndt (Hrsg.), EStG / KStG Kommentar, 330. Aktualisierung, Köln 2024.

Hüttemann, Rainer / Schön, Wolfgang, Unternehmenssteuerrecht, Köln 2023.

Jarass, Hans (Begr.) / Pieroth, Bodo (Begr.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 18. Auflage, München 2024.

Kanzler, Hans-Joachim (Hrsg.) / Kraft, Gerhard (Hrsg.) / Bäuml, Swen Oliver (Hrsg.) / Marx, Franz Jürgen (Hrsg.) / Hechtner, Frank (Hrsg.), Einkommensteuergesetz Kommentar, 5. Auflage, Herne 2020.

Kirchhof, Paul, Einkommensteuergesetzbuch – Ein Vorschlag zur Reform der Einkommen- und Körperschaftsteuer, Heidelberg 2003.

Kirchhof, Paul, Bundessteuergesetzbuch – Ein Reformentwurf zur Erneuerung des Steuerrechts, Heidelberg 2011.

Kirchhof, Paul (Hrsg.) / Seer, Roman (Hrsg.), Einkommensteuergesetz Kommentar, 23. Auflage, Köln 2024.

Kirchhof, Paul (Hrsg.) / Söhn, Hartmut (Hrsg.) / Mellinghoff, Rudolf (Hrsg.), Einkommensteuergesetz Kommentar, 332. Aktualisierung, Heidelberg 2024.

Lang, Joachim, Prinzipien und Systeme der Besteuerung von Einkommen, DStJG 24 (2001), S. 49–133.

Lang, Joachim, Kölner Entwurf eines Einkommensteuergesetzes, Köln 2005.

Lang, Joachim, Die gleichheitsrechtliche Verwirklichung der Steuerrechtsordnung, StuW 2006, 22–33.

Marquardsen, Maria, Abgabengerechtigkeit – Gedanken zum Verhältnis steuerlicher und nichtsteuerlicher Abgaben, StuW 2022, S. 293–299.

Moebus, Ulrich, Die Verfassungsrechtliche Begründung der progressiven Einkommensteuer und ihre systemgerechte Durchführung, Lausanne 1974.

Neumark, Fritz, Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, Tübingen 1970.

Neumark, Fritz (Hrsg.) / Andel, Norbert / Haller, Heinz, Handbuch der Finanzwirtschaft, Band 1, Tübingen 1977.

Reding, Kurt / Müller, Walter, Einführung in die Allgemeine Steuerlehre, München 1999.

Schmehl, Arndt, Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung, Tübingen 2004.

Seer, Roman, BB-Forum: Einkommensteuerreform – Flat Tax oder Dual Income Tax?, BB, S. 2272—2278.

Smith, Adam, Wohlstand der Nationen, 5. Auflage 1789, Neudruck 1978.

Tappe, Henning / Wernsmann, Rainer, Öffentliches Finanzrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2023.

Tipke, Klaus, Steuergerechtigkeit in Theorie und Praxis, Köln 1981.

Tipke, Klaus (Begr.) / Lang, Joachim (Begr.), Steuerrecht, 25. Auflage, Köln 2024.

Die rechtliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs – ein „Kompromiss“?

Louisa Margarethe Scholz*

Philipps-Universität Marburg
louisascholz@icloud.com

Abstract

Im Sommer 2024 hat die Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin in ihrem Abschlussbericht eine Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs in Form einer Liberalisierung des geltenden Rechts nahegelegt. In der Debatte um eine Neufassung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Schwangerschaftsabbruchs sind aber im Grundsatz drei Positionen in unterschiedlichen Nuancierungen vertretbar: Eine Restriktion, eine Liberalisierung oder eine Beibehaltung der geltenden Rechtslage. Die Antagonismen der Liberalisierung oder Restriktion treffen jeweils unterschiedliche Gewichtungen zu beachtender Rechtsgüter der Schwangeren und des Nasciturus. Vor diesem Hintergrund könnte die Beibehaltung des geltenden Rechts als Ausgleich zwischen den betreffenden Rechtsgütern oder gleichsam als „Kompromiss“ erscheinen. Ausgehend von dieser Überlegung muss untersucht werden, inwiefern die geltende Rechtslage diesen Rechtsgütern jeweils gerecht werden soll und inwiefern sie es tatsächlich kann. Das Ergebnis dieser Betrachtung legt nahe, dass die geltende Rechtslage ihren rechtlichen Anspruch in der Praxis nicht verwirklicht. Vielmehr könnte womöglich eine graduelle Liberalisierung sogar kompromisshafter erscheinen als die geltende Rechtslage selbst.

I. Einführung in die rechtspolitische Debatte

In der letzten Legislaturperiode hielt die Ampelkoalition fest, eine Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin¹ einzusetzen, die unter anderem Regulierungen des Schwangerschaftsabbruchs außerhalb des StGB prüfen solle.²

Aktuell sind die rechtlichen Rahmenbedingungen des Schwangerschaftsabbruchs zum einen im StGB und zum anderen im SchKG sowie im SGB V normiert.

Im StGB finden sich die entsprechenden Regelungen in §§ 218 ff. StGB, systematisch sind sie im 16. Abschnitt, den Straftaten gegen das Leben, eingeordnet. Gem. §§ 218 ff. StGB ist der Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich strafbar, wobei eine Privilegierung der Schwangeren³ und besonders schwere Fälle bedacht werden. Gerechtfertigt ist der Schwangerschaftsabbruch in den Fällen des § 218a Abs. 2 und Abs. 3 StGB, die eine medizinisch-soziale und eine kriminologische Indikation enthalten. Die Tatbestandsmäßigkeit des § 218 StGB entfällt unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 StGB, wenn der Schwangerschaftsabbruch in den ersten zwölf Wochen ärztlich durchgeführt wird, nachdem die Schwangere sich vorher einer Schwangerschaftskonfliktberatung unterzogen und mindestens eine dreitägige Frist zwischen Beratung und Abbruch eingehalten hat. Der Schwangerschaftsabbruch ist unter diesen Voraussetzungen zwar tatbestandslos und bleibt straffrei, ist allerdings dennoch rechtswidrig.⁴

In ihrem Abschlussbericht empfiehlt die Kommission, den Schwangerschaftsabbruch mit Einwilligung der Schwangeren in der Frühphase für rechtmäßig und straffrei zu erklären. In der mittleren Phase habe der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum und in der Spätphase solle der Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich nicht erlaubt werden, wobei der Gesetzgeber wie bisher verpflichtet sein müsse, Ausnahmen zuzulassen.⁵

* Louisa Margarethe Scholz ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität Marburg.

¹ Im Folgenden: Kommission.

² SPD/die Grünen/FDP, Koalitionsvertrag 2021-2025, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Berlin 2021, S. 92.

³ Männer und nichtbinäre Personen können schwanger sein, diese sind im Folgenden in der Verwendung der weiblichen Form inkludiert.

⁴ BVerfGE 88, 203 (273).

⁵ Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Jülich 2024, S. 335 ff.

Hierbei geht die Kommission im Unterschied zur Rechtsprechung des BVerfG⁶ von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Regelung und in der Frühphase der Schwangerschaft sogar von einer Verpflichtung des Gesetzgebers zur Neuregelung aus.⁷

Auf Grundlage dieses Ergebnisses entstanden im Herbst 2024 zwei Gesetzentwürfe zur Reform der rechtlichen Rahmenbedingungen des Schwangerschaftsabbruchs. Zunächst entstand ein Entwurf unterschiedlicher Verbände⁸, der eine außerstrafrechtliche Regelung und Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs ohne Beratungspflicht innerhalb der ersten 22 Wochen vorsah.⁹ In den parlamentarischen Prozess eingebracht wurde dieser nicht. Stattdessen brachte eine fraktionsübergreifende Gruppe Abgeordneter einen Entwurf ein, der eine außerstrafrechtliche Regelung und Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs mit Beratungspflicht innerhalb der ersten zwölf Wochen, aber ohne dreitägige Wartefrist zwischen Beratung und Abbruch forderte und außerdem eine Erhöhung der Frist bei der kriminologischen Indikation auf 15 Wochen vorsah.¹⁰ Auch lag ein Antrag vor, der Verbesserungen hinsichtlich der Versorgungslage und eine Kostenübernahme durch die Krankenkassen forderte.¹¹ Diese Anträge wurden im Bundestag nicht abschließend behandelt.¹²

Das Ergebnis der Kommission hat – auch wenn die konkreten Reformvorschläge in der letzten Legislatur „scheiterten“ – die rechtspolitische Debatte um eine Neuregelung eröffnet.

II. Potentielle Reform

Die nicht umgesetzten Reformbestrebungen hätten in Einklang mit dem Ergebnis der Kommission zu einer Liberalisierung der Rechtslage geführt, also einer Verringerung der staatlichen Regelungsintensität. Grundsätzlich sind Änderungen einer Rechtslage aber aus zwei Perspektiven denkbar – einer Liberalisierung oder einer

⁶ BVerfGE 39, 1; BVerfGE 88, 203.

⁷ Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Jülich 2024, S. 204 ff.

⁸ Vgl. zur Liste der 26 unterzeichnenden Verbände: Pro familia Bundesverband, Deutscher Juristinnenbund, e.V., Deutscher Frauenrat et al., Verbändebrief Gesetzesentwurf Schwangerschaftsabbruch.

⁹ Wapler/Wersing/Wörner, Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs Zivilgesellschaft, 17.8.2024.

¹⁰ BT-Drs. 20/13775.

¹¹ BT-Drs. 20/13776.

¹² Behandelt wurden die Anträge noch im Rechtsausschuss vgl. Stenografisches Protokoll 20/133.

restriktiveren Fassung der Normen, also einer verstärkten Regelungsintensität durch den Staat.

1. Restriktion

a) Möglichkeiten

Die restriktivste Reform, die vorstellbar ist, wäre ein vollständiges Verbot des Schwangerschaftsabbruchs ohne jegliche Frist oder Ausnahmen.

Diese Forderung lässt sich auch stellenweise finden. So erklärt beispielsweise die Aktion Lebensrecht für Alle (AlfA e.V.), die derzeitige gesetzliche Regelung gewährleiste den Schutz des ungeborenen Lebens nicht, zeigt sich ablehnend gegen Fristen- und Indikationslösungen und erklärt den Lebensschutz zum obersten Ziel.¹³

Vergleichbar weitreichende Forderungen sind im parteipolitischen Raum in Deutschland aktuell aber nicht erkennbar.

In diesem Spektrum weist die AfD die restriktivsten Ansätze vor. Sie forderte in Ihrem Entwurf zum Bundestagswahlprogramm, dass Schwangerschaftsabbrüche zur absoluten Ausnahme z.B. nach kriminologischer und nach medizinischer Indikation werden sollten.¹⁴

Im beschlossenen Wahlprogramm findet sich dann aber die Aussage, eine Beibehaltung der aktuellen Rechtslage im StGB werde angestrebt, wobei allerdings die Möglichkeit einer Wiedereinführung des § 219a StGB anklingt und eine verstärkte Ausrichtung der Beratung am Lebensschutz gefordert wird, indem dort beispielsweise Ultraschallbilder gezeigt werden müssten.¹⁵ Dies kann nicht als Forderung nach einer umfassend restriktiveren Regelung verstanden werden, sondern richtet sich im Grundsatz daran aus, die aktuelle Regelung beizubehalten.

¹³ Vgl. AlfA, Grundsätze und Ziele unserer Arbeit, Köln 2000; AlfA „Über Uns“, <https://www.alfa-ev.de/ueber-uns/> (Stand: 3.7.2025); ähnlich auch: CDL, Grundsatzprogramm, Nordwalde 2022, S. 15 ff., vgl. zudem S. 21 f. hinsichtlich der kritischen Haltung zur „Pille danach“.

¹⁴ AfD, Leitantrag der Bundesprogrammkommission zum 16. Bundesparteitag der AfD in Riesa 11. bis 12. Januar 2025 „Programm der Alternative für Deutschland für die Wahl zum 21. Deutschen Bundestag“, Berlin 2024, S. 73.

¹⁵ AfD, Zeit für Deutschland, Programm der Alternative für Deutschland für die Wahl zum 21. Deutschen Bundestag, Berlin 2025, S. 148 ff.

b) Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der Forderungen nach restriktiveren Regelungen ist der Lebensschutz.¹⁶ Gemeint ist hiermit der Schutz des Lebens des Nasciturus. Grundrechtlich lassen sich die zu schützenden Rechtspositionen oder Interessen des Nasciturus in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verankern, dem Recht auf Leben.¹⁷ Hierbei werden Schutzabstufungen diskutiert, sodass teils ein voller, teils ein anwachsender Schutz des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG für den Nasciturus angenommen wird.¹⁸ Dem Recht auf Leben kommt zwar ein besonderes grundrechtliches Gewicht zu, es ist aber, auch im Falle der Annahme eines vollen Lebensschutzes, einer Abwägung mit anderen Rechtsgütern zugänglich.¹⁹ Insofern lässt sich allein aus dem Argument, dass das Lebensrecht des Nasciturus grundrechtlich garantiert sei, noch keine Restriktion begründen. Wenn das Recht auf Leben also als schützenswerte Position argumentativ dafür angeführt wird, restriktivere Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch zu treffen oder aufrecht zu erhalten, ist damit formal korrekt gemeint, dass das Recht auf Leben des Nasciturus in einer Abwägungsentscheidung höher gewichtet wird als Grundrechtspositionen der Schwangeren.

Zudem wird auch die Menschenwürde des Nasciturus als zu schützende Rechtsposition angeführt, indem dem Nasciturus entweder der volle Schutz der Menschenwürde zugestanden,²⁰ oder ein anwachsender Schutz der Menschenwürde angenommen wird,²¹ welcher dann je nach Phase der Schwangerschaft als unterschiedlich stark zu gewichtende Rechtsposition auf Seiten des Nasciturus berücksichtigt werden müsste.

¹⁶ Vgl. bspw. Alfa Grundsätze und Ziele unserer Arbeit, Köln 2000; Alfa „Über Uns“, <https://www.alfa-ev.de/ueber-uns/> (Stand: 3.7.2025); CDL, Grundsatzprogramm, Nordwalde 2022.

¹⁷ BVerfGE 39, 1 (36); BVerfGE 88, 203 (251); Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Jülich 2024, S. 186 f. m.w.N.

¹⁸ Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Jülich 2024, S. 186 ff. m.w.N.

¹⁹ BVerfGE 88, 203 (253 f.); *Stepanek-Bühringer*, in: Huber/Voßkuhle, GG, Art. 2 Rn. 400.

²⁰ BVerfGE 39, 1 (41); BVerfGE 88, 203 (251); *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 56; *Hillgruber*, in: BeckOK, GG, Art. 1 Rn. 4; *Hillgruber*, in: Stern/Sodan/Möstl StaatsR, § 100 Rn. 80 ff; *Augsberg*, in: Huber/Voßkuhle GG, Art. 1 Rn. 47 f.; Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Jülich 2024, S. 180 m.w.N.

²¹ *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 69 ff.

2. Liberalisierung

a) Möglichkeiten

Ausgehend von einer Liberalisierung der strafrechtlichen Erfassung des Schwangerschaftsabbruchs mit dem Willen der Schwangeren, könnte als weitestgehende Forderung aufgestellt werden, dass dieser Schwangerschaftsabbruch bis zur Geburt strafrechtlich in keiner Weise mehr erfasst werden sollte. Diese Forderung fand sich beispielsweise in einem Antrag der Linken aus dem September 2024.²²

Die Gesetzentwürfe, die der Empfehlung der Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin dahingehend folgten, jedenfalls in der Spätphase der Schwangerschaft eine strafrechtliche Regelung beizubehalten, forderten hinsichtlich des indikationslosen Schwangerschaftsabbruchs vielmehr eine Änderung innerhalb der bisher geltenden Fristen,²³ oder zogen eine Verschiebung der Fristen bis maximal vor dem Zeitpunkt der Lebensfähigkeit, der 22. Woche, in Betracht.²⁴ Letztgenannte Ansätze sind somit klare Forderungen nach Liberalisierungen der Rechtslage, allerdings keine denkbaren „Maximalforderungen“.

b) Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der Forderungen nach einer Liberalisierung ist die Stärkung der Selbstbestimmung der Frau.²⁵ Grundrechtlich verankern lässt sich dieser Ansatz jedenfalls in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.²⁶ Wohl jedenfalls bei medizinischer Indikation könnten auch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und bei kriminologischer Indikation womöglich auch Art. 1 Abs. 1 GG als grundrechtlich geschützte Positionen denkbar sein.²⁷ Teils wird die Forderung nach einer Liberalisierung auch aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG hergeleitet.²⁸

²² BT-Drs. 20/12984.

²³ BT-Drs. 20/13775.

²⁴ Wapler/Wersing/Wörner, Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs Zivilgesellschaft, 17.8.2024.; BT-Drs. 20/13775 hinsichtlich der kriminologischen Indikation.

²⁵ Z.B. Wapler/Wersing/Wörner, Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs Zivilgesellschaft, 17.8.2024, S. 3.

²⁶ BVerfGE 39, 1 (43); BVerfGE 88, 203 (254); Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Jülich 2024, S. 195 m.w.N.

²⁷ Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Jülich 2024, S. 195 f. m.w.N.

²⁸ Chiofalo, KJ 2023, 18 (18 ff.)

Wenn aber vertreten wird, dass den Rechtspositionen der Schwangeren die Menschenwürde des Nasciturus gegenübersteht, die nach herrschender Meinung nicht abwägungsfähig ist,²⁹ könnte ein Schwangerschaftsabbruch nicht als zulässig bewertet werden, weil dieser eine Abwägung mit der Menschenwürde darstellte.³⁰ Wenn eine Liberalisierung gefordert wird, muss folglich davon ausgegangen werden, dass auch die Menschenwürde des Nasciturus nicht durch den Schwangerschaftsabbruch verletzt ist, weil sie ihm entweder gar nicht zukommt,³¹ sie ihm anwachsend zukommt,³² sodass sie jedenfalls in der frühen oder mittleren Phase der Schwangerschaft noch hinter den Interessen der Schwangeren zurücksteht, oder, selbst wenn der Nasciturus Menschenwürde hat, ihr Schutzbereich durch den Schwangerschaftsabbruch nicht eröffnet ist.³³ Diese Ansätze können wie dargestellt vertreten werden, stehen aber im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes.³⁴

Diesen Ansätzen folgend stünde dem Selbstbestimmungsrecht der Frau das Recht auf Leben des Nasciturus gegenüber. Auch hier kann somit nicht aus dem reinen Bestehen des Selbstbestimmungsrechtes der Frau die Zulässigkeit einer Liberalisierung begründet werden, sondern gemeint ist, dass dieses in einer Abwägung im Verhältnis zu dem Recht des Nasciturus auf Leben höher als bisher in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung gewichtet wird.³⁵

3. Beibehaltung des geltenden Rechts

Festzuhalten bleibt aber, dass sich im politischen Diskurs um eine Gesetzesreform, ausgehend von den Gesetzentwürfen, die in Einklang mit dem Ergebnis der Kommission eine Strafbarkeit in der Spätphase beibehalten, nicht die dargestellten denkbaren „Extrempositionen“ der weitestgehenden Liberalisierung und der Restriktion gegenüberstehen. Vielmehr stehen Forderungen nach einer graduellen

²⁹ BVerfGE 34, 238 (245); BVerfGE 75, 369 (380); BVerfGE 93, 266 (293); BVerfGE 109, 279 (314); Höfling, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 10 ff.; Kunig/Kotzur, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 17 f.; Hillgruber, in: BeckOK, GG, Art. 1 Rn. 10, welcher aber eine Abwägung Menschenwürde gegen Menschenwürde in Betracht zieht.

³⁰ Diese Problematik besteht auch schon hinsichtlich der geltenden Rechtslage, hierzu: Dreier, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 68 ff.; Wapler, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Abs. 1 Rn. 96, welche von einer faktischen Abwägung der Menschenwürde durch das BVerfG ausgeht.

³¹ Dreier, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 68 ff.

³² Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 69 ff.

³³ So im Ergebnis: Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Jülich 2024, S. 185 f.

³⁴ BVerfGE 39, 1; BVerfGE 88, 203.

³⁵ Zur Widersprüchlichkeit des Bundesverfassungsgerichts bei der Einbeziehung des Lebensschutzes: Chiofalo, KJ 2023, 18 (27).

Liberalisierung³⁶ der Beibehaltung der geltenden Rechtslage gegenüber. Wenn es nun im gesellschaftlichen Spektrum aber Stimmen für eine Liberalisierung³⁷ gibt und Stimmen für ein deutlich restriktiveres Recht,³⁸ könnte die Idee sachgerecht erscheinen, einen Mittelweg zu wählen. Dies könnte ein Argument für die Beibehaltung der geltenden Rechtslage sein. Insofern ist auch die Nicht-Änderung eine denkbare – dritte – Perspektive auf die Frage nach einer Reform.

III. Die aktuelle Rechtslage als „Kompromiss“

Die geltende Rechtslage wird im rechtlichen³⁹ sowie im politischen⁴⁰ Diskurs von Befürworter:innen einer Beibehaltung der aktuellen Rechtslage regelmäßig als „Kompromiss“ bezeichnet.

Die Bezeichnung als „Kompromiss“ kann vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der §§ 218 ff. StGB nach der Wiedervereinigung, in der die ehemaligen Rechtslagen der DDR⁴¹ und der BRD⁴² zueinander geführt werden mussten,⁴³ nachvollziehbar sein. So stellen die §§ 218 ff. StGB durchaus einen „Kompromiss“ zwischen unterschiedlichen Regelungsmodellen, dem der Legalität in der DDR und dem des Verbots mit indikationsbedingten Ausnahmen in der BRD, dar. Hierbei bleibt allerdings festzuhalten, dass die ursprüngliche, vom Bundestags beschlossene Regelung zur einheitlichen Rechtslage keine Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs innerhalb der ersten zwölf Wochen und nach Beratung vorsah.⁴⁴

³⁶ Hierbei ist festzuhalten, dass *Wapler/Wersing/Wörner*, Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs Zivilgesellschaft, 17.8.2024 deutlich weitergehende Liberalisierungsforderungen enthält als BT-Drs. 20/13775.

³⁷ *Wapler/Wersing/Wörner*, Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs Zivilgesellschaft, 17.8.2024.

³⁸ Vgl. ALfA, Grundsätze und Ziele unserer Arbeit, Köln 2000; ALfA „Über Uns“, <https://www.alfa-ev.de/ueber-uns/> (Stand: 3.7.2025); ähnlich auch: CDL, Grundsatzprogramm, Nordwalde 2022, S. 15 ff., vgl. zudem S. 21 f. hinsichtlich der kritischen Haltung zur „Pille danach“.

³⁹ Z.B. *Kubicziel*, Monitor Gesellschaftlicher Zusammenhalt Konrad-Adenauer-Stiftung, welcher den Begriff „Kompromiss“ auf 7 Seiten genau 17 Mal verwendet.

⁴⁰ So z.B. CDU/CSU, Politikwechsel für Deutschland – Wahlprogramm von CDU und CSU, Berlin 2024, S. 62; Friedrich Merz vgl. *Peter, Tobias*, Friedrich Merz: „Man kann den Menschen durchaus etwas zumuten“, Stuttgarter Zeitung v. 30.11.2024; *Alexander Dobrindt* vgl. <https://www.zeit.de/news/2024-04/09/dobrindt-wirft-ampel-polarisierung-bei-paragraf-218-vor> (Stand: 4.7.25); *Beatrix von Storch* im Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vgl. Stenografisches Protokoll 20/133, S. 25.

⁴¹ In der DDR war der Schwangerschaftsabbruch in den ersten zwölf Wochen rechtmäßig und straffrei, BGBl der DDR I, 1972, S. 89.

⁴² In der BRD war der Schwangerschaftsabbruch rechtswidrig und strafbar, außer bei Vorliegen einer Indikation, BGBl I, 1976, S. 1213 ff.

⁴³ Zunächst galten die jeweiligen Rechtsvorschriften fort, Einigungsvertrag, Anlage I Kap. III C I.

⁴⁴ BGBl I, 1992, S. 1398.

Dies ist nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung mit dem Grundgesetz nicht vereinbar,⁴⁵ sodass sich der Bundestag in der Folge auf die heute geltende Regelung einigte, die insofern einen „Kompromiss“ zwischen den unterschiedlichen Regelungsmodellen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG bildet.

Die Kompromisshaftigkeit der Regelung sollte sich aber nicht daran orientieren, dass rechtliche Regelungsmodelle in einen Ausgleich zueinander gebracht werden, sondern daran, ob die Grundlagen der unterschiedlichen Standpunkte in einen Ausgleich zueinander gebracht werden.

Die aktuelle Rechtslage könnte also einen „Kompromiss“ in substantieller Sicht darstellen, wenn sowohl der Ausgangspunkt des Liberalisierungsstandpunktes, also die freie Entscheidung der Betroffenen, als auch der Ausgangspunkt des Restriktionsstandpunktes, also der staatlich zu gewährende Schutz des Nasciturus, berücksichtigt und in einen Ausgleich zueinander gebracht würden.

Ob die Interessen von Liberalisierungs- und Restriktionsstandpunkt jeweils berücksichtigt werden können, soll im Folgenden insbesondere anhand der Beratungslösung des § 218a Abs. 1 StGB diskutiert werden, da hiernach im Jahr 2024 ungefähr 96 % der erfassten Schwangerschaftsabbrüche erfolgten.⁴⁶ Entsprechend diesem statistischen Bild enthielten die vorgelegten Gesetzentwürfe auch insbesondere Reformvorschläge hinsichtlich des indikationslosen Schwangerschaftsabbruchs.⁴⁷

1. Die fraglichen Punkte innerhalb der Beratungslösung

Die Beratungslösung des § 218a Abs. 1 StGB zeichnet sich im Wesentlichen durch die Zwölfwochenfrist, die Konstruktion der Tat als rechtswidrig, aber straflos und die Beratungspflicht aus. Diese Elemente müssen insofern dahingehend geprüft werden, inwiefern sie jeweils die Interessen der Schwangeren sowie des Nasciturus berücksichtigen.

⁴⁵ BVerfGE 88, 203.

⁴⁶ Statistisches Bundesamt, https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/04/PD25_128_233.html (Stand: 17.5.2025).

⁴⁷ Wapler/Wersing/Wörner, Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs Zivilgesellschafter, 17.8.2024; BT-Drs. 20/13775.

a) Straflosigkeit

Dass die Schwangere unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 StGB straflos bleibt, kann als Berücksichtigung ihrer Interessen gewertet werden. Gleichzeitig ergibt sich aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, dass der Verzicht auf eine Strafandrohung insofern zweckgerichtet zugunsten des Nasciturus wirken soll, dass die Straflosigkeit die Schwangere zur Beratung bewegt, die lebensschützend wirken soll und der die Schwangere bei einer Strafandrohung nicht zugänglich sein könnte.⁴⁸ Auch wenn dies womöglich nicht die benannte Absicht war, wirkt sich ein Verzicht auf die Strafandrohung letztendlich aber zu Gunsten der Wahrnehmung der Interessen der Frau aus.

Umkehrschluss hieraus könnte sein, dass die Straflosigkeit einen Eingriff in Interessen des Nasciturus bedeutet. Nun deutet aber die Studienlage darauf hin, dass in Ländern, in denen eine restriktive Rechtslage gilt, nicht weniger Schwangerschaftsabbrüche erfolgen als in Ländern, in denen eine liberalere Rechtslage gilt.⁴⁹ Allein aufgrund eines statistischen Bildes der Gesamtheit kann kein Rückschluss auf den individuellen Schutz des einzelnen Nasciturus gezogen werden. Allerdings dürfen vor dem statistischen Hintergrund zumindest Zweifel an dem Gedanken aufkommen, dass eine Straffreiheit in der Frühphase der Schwangerschaft eine Schutzlücke hinsichtlich eines Nasciturus auf tut, die durch eine Strafandrohung geschlossen würde.

Die statistische Lage könnte insofern andeuten, dass die Straffreiheit zwar den Interessen der Schwangeren dient, sich aber nicht zu Lasten des Schutzes des ungeborenen Lebens im Allgemeinen auswirkt.

b) Frist von zwölf Wochen

Die Frist von zwölf Wochen soll einerseits einer Reduzierung des Eingriffsrisikos für die Schwangere und andererseits der Reduzierung von Leid des Nasciturus dienen.⁵⁰

⁴⁸ BVerfGE 88, 203 (264 ff.; 270).

⁴⁹ Vgl. *Bearak et. Al*, Unintended pregnancy and abortion by income, region, and the legal status of abortion: estimates from a comprehensive model for 1990-2019, *Lancet Global Health* 2020; *Bearak et. Al.*, Country-specific estimates of unintended pregnancy and abortion incidence: a global comparative analysis of levels in 2015-2019, *BMJ Global Health* 2022; diese Feststellung z.B. auch bei: *Chiofalo* KJ 2023, 18 (23).

⁵⁰ BT-Drs. VI, 3434, 26; *Gropp/Wörner*, in: MÜKo StGB, § 218a Rn. 17; *Eser/Weißer*, in: TK StGB § 218a Rn. 11.

Unter diesem Gesichtspunkt wären sowohl Interessen der Schwangeren als auch des Nasciturus durch die Frist geschützt.

Der Schutz der Schwangeren kann aber durchaus als unter medizinischen Aspekten fehlerhaft angesehen werden, sodass sich dies sachlich nicht als haltbares Argument für die rechtliche Regelung erschließt.⁵¹ Vermutet werden könnte stattdessen, dass der eigentlich vom Gesetzgeber verfolgte Grund nicht im Schutz der Schwangeren, sondern in einer ethisch moralischen Wertung zugunsten des Nasciturus liegt, was sich im gesetzgeberischen Argument der Reduzierung des Leides des Nasciturus andeute.⁵²

c) Beratungspflicht

Die Beratungspflicht nach § 219 StGB soll – nach dem Wortlaut der Norm – dem Schutz des ungeborenen Lebens dienen, die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft ermutigen und ihr bewusst machen, dass das Ungeborene ihr gegenüber ein Recht auf Leben hat. Erst im vierten Satz des ersten Absatzes wird eingeräumt, die Beratung solle auch der Schwangeren Rat und Hilfe bieten. Die notlagenorientierte Beratung soll also lebensschützend wirken.⁵³

Der Wortlaut des § 5 SchKG, der die nähere Ausgestaltung der Beratung in Verbindung mit § 219 StGB regeln soll,⁵⁴ liest sich gegenläufig: Die Beratung gehe von der Verantwortung der Frau aus, sei ergebnisoffen, solle ermutigen, nicht belehren und bevormunden. Erst im letzten Satz des ersten Absatzes wird ihr lebensschützender Charakter zum Ausdruck gebracht. Dieser Widerspruch wird zwar gesehen und teilweise auch kritisiert,⁵⁵ aber versucht, aufzulösen, indem § 219 StGB und § 5 SchKG als Einheit in einem Gesamtkonzept der Beratung gelesen werden sollen.⁵⁶ Dieses Gesamtkonzept hätte dann wohl das Ziel, sowohl den Interessen der Schwangeren als auch den Interessen des Nasciturus zu dienen.

⁵¹ *Merkel*, in: NK-StGB, § 218a Rn. 75.

⁵² *Merkel*, in: NK-StGB, § 218a Rn. 75.

⁵³ *Gropp/Wörner*, in: MüKo StGB, § 219 Rn. 7.

⁵⁴ BT-Drs. 13/1850, 20.

⁵⁵ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 219 Rn. 1.

⁵⁶ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB § 219 Rn. 1; *Eser/Weißer*, in: TK StGB, § 219 Rn. 1.

In praktischer Hinsicht gibt es keine ausschlaggebenden Belege dafür, dass durch die Beratung die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche verringert wird.⁵⁷ Schwangere empfinden die Beratung unterschiedlich.⁵⁸

Den Interessen der Schwangeren könnte die Beratung auch dienen, wenn davon ausgegangen wird, dass durch die Beratung auch der Schutz der Schwangeren vor Druck und äußeren Einflüssen, die sie womöglich gegen ihren inneren Willen zu einem Schwangerschaftsabbruch bewegen, gewährleistet werden könnte.

Insofern kann hier keine eindeutige Wertung getroffen dahingehend getroffen werden, ob und ggf. wessen Interessen durch eine Beratungspflicht geschützt werden.

d) Rechtswidrigkeit

Die Fälle der Beratungslösung des § 218a Abs. 1 StGB unterscheiden sich von den Fällen der Indikationen der § 218a Abs. 2 und 3 StGB nun rechtlich dadurch, dass die letzteren nicht den Tatbestand entfallen lassen, sondern die Rechtswidrigkeit, während in Fällen des § 218a Abs. 1 StGB zwar der Tatbestand entfällt, die Rechtswidrigkeit aber bestehen bleibt.

(1) Praktische Konsequenzen – Zugangshindernisse zum Schutz des Nasciturus?

Diese rechtliche Wertung hat praktisch für die Schwangere unmittelbar die Konsequenz, dass die Fälle der medizinisch-sozialen und der kriminologischen Indikation den Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen unterfallen, während der Schwangerschaftsabbruch nach der Beratungslösung – außer unter den Voraussetzungen der Kostenübernahme des § 19 Abs. 2 SchKG – selbst finanziert werden muss, da die Krankenkassen keine rechtswidrigen Taten finanzieren könnten.⁵⁹

Durch die Kostenübernahmeregelung des SchKG kann zumindest formal festgehalten werden, dass die Kosten für den Schwangerschaftsabbruch keinen absoluten Hinderungsgrund darstellen sollen. Die Einkommensgrenze für die Kostenübernahme liegt seit 1.7.2025 bei 1500 Euro im Monat.⁶⁰ Die Kosten für einen Schwangerschaftsabbruch liegen im mittleren dreistelligen Bereich,⁶¹ was in Verbindung

⁵⁷ Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Jülich 2024, S. 161 f.

⁵⁸ Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Jülich 2024, S. 154 ff. m.w.N.

⁵⁹ BVerfGE 88, 203 (315 ff.).

⁶⁰ BAnz AT 20.6.2025 B1.

⁶¹ Vgl. z.B. <https://www.aok.de/pk/leistungen/verhuetung-schwangerschaftsabbruch/schwangerschaftsabbruch/> (Stand: 15.7.2024).

mit der geltenden Einkommensgrenze von 1500 Euro für die Kostenübernahme zu einer hohen finanziellen Belastung führen kann. Dies könnte als Zugangshindernis für die Schwangere verstanden werden.

Zudem wird teils angenommen, die Rechtswidrigkeit und Regelung innerhalb des Strafrechts führe zu einer Stigmatisierung Schwangeren und Ärzt:innen, welche auch für eine verschlechterte Versorgungslage verantwortlich gemacht werden könne.⁶²

Dass diese Aspekte Zugangshindernisse für die Schwangere darstellen können, könnte wiederum als den Rechtspositionen des Nasciturus zuträgliche Wertung benannt werden. Wie aber bereits dargestellt, führt ein erschwerter Zugang wohl nicht zu weniger, sondern lediglich zu weniger sicheren Schwangerschaftsabbrüchen.⁶³ Dieser Aspekt dient also in der Praxis nicht den Interessen der Schwangeren, wohl aber auch nicht dem Schutz des Nasciturus.

(2) Dogmatisch stimmige Lösung des Grundrechtskonflikts

An der praktischen Wirkung der Rechtswidrigkeit zugunsten des Nasciturus kann also wie dargestellt gezweifelt werden. Losgelöst von einer praktischen Auswirkung, kann die Konstruktion der Rechtswidrigkeit aber dafür angeführt werden, dass das Unwerturteil und die dadurch rechtlich ausgedrückte Missbilligung des Schwangerschaftsabbruchs zur Lösung des Grundrechtskonfliktes beitragen.⁶⁴ Bei der Betrachtung der Rechtsprechung des BVerfG muss letztendlich von einer solchen Überzeugung des Gerichts ausgegangen werden, wenn es im Ergebnis einen straffreien Schwangerschaftsabbruch zulässt, solange er als rechtswidrig gilt,⁶⁵ aber dennoch die Menschenwürde als Grundrecht des Nasciturus einbezieht.⁶⁶ Das Gericht scheint also davon auszugehen, dass die Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs den Konflikt mit der Menschenwürde löst.

Hierbei fragt sich, ob die rechtstheoretische Ebene sich nicht so weit von der praktischen Ebene entfernt, dass die Rechtsdogmatik gleichermaßen zu einem Selbstzweck verkommt. Denn in der Praxis möchte auch die Rechtsprechung des

⁶² DJB, Policy Paper: Neues Regelungsmodell für den Schwangerschaftsabbruch, Berlin 2022, S. 3 f.

⁶³ Vgl. *Bearak et. Al*, Unintended pregnancy and abortion by income, region, and the legal status of abortion: estimates from a comprehensive model for 1990-2019, *Lancet Global Health* 2020; *Bearak et. Al.*, Country-specific estimates of unintended pregnancy and abortion incidence: a global comparative analysis of levels in 2015-2019, *BMJ Global Health* 2022; diese Feststellung z.B. auch bei: *Chiofalo* KJ 2023, 18 (23); WHO, Abortion care guideline, Genf 2022, S. 2.

⁶⁴ Vgl. die insgesamt Argumentationslinie in BVerfG 88, 203.

⁶⁵ BVerfGE 88, 203.

⁶⁶ BVerfGE 39, 1 (41); BVerfG 88, 203 (251).

BVerfG die Durchführung sicherer Schwangerschaftsabbrüche ermöglichen, indem sie ein wesentliches, mit der Rechtswidrigkeit einer Handlung üblicherweise einhergehendes strafrechtliches Element ausschließt: Das Notwehrrecht bzw. genauer die Nothilfe zugunsten des Nasciturus.⁶⁷ Der Gesetzgeber geht bei der Umsetzung im StGB anscheinend davon aus, dass der Tatbestandsausschluss bereits eine Nothilfe ausschließt,⁶⁸ was strafrechtswissenschaftlich nicht stimmig ist.⁶⁹ Bei einer ihrerseits gerechtfertigten Tat ist ein Notwehrrecht nicht gegeben.⁷⁰ Wenn die Tat aber, wie beim nicht gerechtfertigten, aber nicht tatbestandlichen Schwangerschaftsabbruch, rechtswidrig ist, müsste dieses Notwehrrecht grundsätzlich bestehen.⁷¹ Insofern müsste es durch die Konstruktion der Rechtswidrigkeit bei Abbrüchen nach § 218a Abs. 1 StGB rein dogmatisch zur Möglichkeit der Nothilfe zugunsten des Nasciturus kommen.⁷² Zwar kann versucht werden, die Nothilfe aufgrund fehlender Gebotenheit zu verneinen,⁷³ was sich unter anderem aus der Teleologie des Notwehrrechtes ergeben könnte,⁷⁴ die Unsicherheiten bestehen dennoch.

Zudem betont das BVerfG, der Behandlungsvertrag müsse trotz Rechtswidrigkeit zivilrechtlich wirksam sein, was im Widerspruch zu § 134 BGB steht.⁷⁵

Dass das BVerfG selbst doch mit der Rechtswidrigkeit wesentlich einhergehende Elemente ausschließt, um sichere Schwangerschaftsabbrüche zu ermöglichen, lässt Zweifel daran aufkommen, dass die Bezeichnung als rechtswidrig tatsächlich mehr ist als eine Bezeichnung. Teilweise wird sogar vertreten, der Schwangerschaftsabbruch sei bereits in der geltenden Rechtslage faktisch gerechtfertigt.⁷⁶

Zudem kann angeführt werden, dass das BVerfG faktisch eine Abwägung mit der Menschenwürde vornehme, was vor dem Hintergrund seiner eigenen Unabwägbarkeitsdogmatik unzulässig sei, zeige, dass es selbst in seiner Rechtsprechungspraxis nicht mit seiner Theorie übereinstimmt.⁷⁷ Diese faktische Abwägung kann

⁶⁷ BVerfGE 88, 203 (279).

⁶⁸ BT-Drs. 13/1850, S. 25.

⁶⁹ Satzger, JuS 1997, 800 (802).

⁷⁰ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 32 Rn. 5.

⁷¹ Merkel, in: NK-StGB § 218a, Rn. 65.

⁷² Satzger, JuS 1997, 800 (800 ff.).

⁷³ Gropp/Wörner, in: MüKo StGB, § 218a, Rn. 12; Satzger, Jura 2008, 424 (432).

⁷⁴ Satzger, JuS 1997, 800 (803).

⁷⁵ BVerfGE 88, 203 (279, 295).

⁷⁶ Merkel, in: NK-StGB § 218a, Rn. 63 f.; dagegen: Eschelbach, in: BeckOK, StGB, § 218a Rn. 12.

⁷⁷ So Wapler, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Abs. Rn. 96; vgl. zu der Inkonsistenz des BVerfG hinsichtlich seiner eigenen Annahme der Menschenwürde: Dreier, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 68 ff.

nicht durch die Bezeichnung als nicht rechtswidrig aufgelöst werden. Denn die Unabwägbarkeitsdogmatik konsequent anwendend müsste man zu dem Ergebnis gelangen, dass Schwangerschaftsabbrüche weitgehend verfassungswidrig sein müssten.⁷⁸ Die faktische Ermöglichung von Schwangerschaftsabbrüchen könnte in konsequenter Anwendung der bundesverfassungsgerichtlichen Dogmatik auch nicht dadurch verfassungsmäßig sein, dass durch die Rechtswidrigkeit ein Unwerturteil zum Ausdruck gebracht würde.

2. Zusammenfassung und Bewertung

Bei der Untersuchung der praktischen Wirkung der rechtlichen Regelung des § 218a Abs. 1 StGB ergibt sich ein deutliches Bild, das in aller Kürze vorliegend zusammengefasst werden soll: Den Interessen des Nasciturus soll die Straflosigkeit dienen, indem sie Voraussetzung für die Umsetzung einer Beratung mit dem Zweck des Lebensschutzes bildet, wobei die lebensschützende Wirkung der Beratung weder rechtlich konsequent gefasst noch praktisch eindeutig erwiesen ist. Gleichzeitig liegt die Straflosigkeit aber auch im Interesse der Schwangeren, die sich so für einen indikationslosen Schwangerschaftsabbruch innerhalb von zwölf Wochen entscheiden kann, ohne bestraft zu werden. Ein stärkerer Schutz des Nasciturus wäre durch eine Strafandrohung zugleich nicht zwangsläufig zu erwarten.⁷⁹

Die Frist ist auch eine Einschränkung der Interessen der Schwangeren, hier muss allerdings aus ethisch-moralischer Sicht entschieden werden, inwieweit diese Einschränkung im Anbetracht der Rechtsgüter des Nasciturus gerechtfertigt erscheint.⁸⁰ Bei der Beratung kann nicht eindeutig festgestellt werden, ob sie sich zu Gunsten des Nasciturus auswirkt, allerdings auch nicht eindeutig, ob sie sich zu Lasten oder zu Gunsten der Schwangeren auswirkt.⁸¹ Frist und Beratung wurden dementsprechend unterschiedlich in den Gesetzentwürfen von Verbänden und Parlamentarier:innen bewertet.

In rechtlicher Hinsicht könnte die Rechtswidrigkeit als formale Berücksichtigung der Rechtspositionen des Nasciturus herangezogen werden, was dem BVerfG allerdings auch dogmatisch nicht stichhaltig gelingt.⁸² In praktischer Hinsicht hat sie aber jedenfalls keine quantifizierbaren Auswirkungen zum Schutz des Nasciturus

⁷⁸ Dreier, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 71 m.w.N.

⁷⁹ Vgl. III. 1. a) zur Straflosigkeit; vgl. III. 1. c) zur Beratungspflicht.

⁸⁰ Vgl. III. 1. b).

⁸¹ Vgl. III. 1. c).

⁸² Vgl. III. 1. d) (2).

und das ist auch nicht ihr Zweck, denn das BVerfG schließt alle wesentlichen praktischen Wirkungen der Rechtswidrigkeit, außer hinsichtlich der Finanzierung, aus. Selbst wenn die durch sie potentiell entstehende Zugangshindernisse als Zweck zugunsten des Nasciturus verstanden würden, wären sie praktisch nicht geeignet sie zu erfüllen.⁸³ In der Terminologie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gesprochen, wäre damit bereits die Geeignetheit als erste Stufe der Verhältnismäßigkeit in Zweifel zu ziehen.

Die Rechtswidrigkeit kann den ihrem Zweck nach beabsichtigten Schutz des Nasciturus praktisch nicht erfüllen, während sie sich aber auf die Schwangere belastend auswirkt. Ein „Kompromiss“ kann bei Bestehen der Rechtswidrigkeit somit nicht vorliegen.

IV. Folge hinsichtlich einer potentiellen Reform

Die aktuelle Rechtslage stellt nicht den viel gelobten „Kompromiss“ zwischen restriktiver und liberaler Regelung dar. Eine stark restriktivere Regelung wird einerseits im politisch-parlamentarischen Reformdiskurs nicht gefordert. Andererseits wäre die Wirkung einer restriktiveren Regelung zugunsten des Lebensschutzes des Nasciturus mit derselben Argumentation, die anhand der lebensschützenden Wirkung der restriktiven Elemente in der aktuell geltenden Rechtslage dargestellt wurde, zu bezweifeln. Insofern ist nun eine Liberalisierung in Betracht zu ziehen.

Jedenfalls in einer graduellen Liberalisierungsforderung⁸⁴ könnte hinsichtlich der vorgeschlagenen Neuregelung gleichsam ein deutlicherer „Kompromiss“ sichtbar werden als in der bisherigen Rechtslage: Denn mit Aufhebung der Rechtswidrigkeit und durch eine außerstrafrechtliche Regelung würde ein korrigierter Interessenausgleich im Verhältnis zur aktuellen Rechtslage erfolgen, indem Interessen der Frau (lediglich) soweit berücksichtigt würden wie sie mit Interessen des Nasciturus in praktischer Hinsicht nicht in Konflikt gerieten.

Eine Liberalisierung wäre selbstverständlich nur unter der Prämisse ihrer Verfassungsmäßigkeit zulässig, die im Widerspruch zur bisherigen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung stünde, aber rechtlich durch die bereits dargestellten Ansätze begründet und hergeleitet werden kann.

Verfassungsrechtlich ließe sich dies – festhaltend an der Unabwägbarkeitsdogmatik der Menschenwürde – auf zwei Wegen schlüssig begründen. Entweder

⁸³ Vgl. III. 1. d) (1).

⁸⁴ Z.B. BT-Drs. 20/13775.

könnte davon ausgegangen würde, dass dem Nasciturus keine Menschenwürde zukommt.⁸⁵ Dies widerspricht dem zunächst verständlichen Impuls, die Menschenwürde auch dem Nasciturus zuzusprechen, muss aber im Sinne einer dogmatisch schlüssigen Lösung gewählt werden, wenn eine Liberalisierung erfolgen soll. Alternativ könnte davon ausgegangen werden, dass dem Nasciturus Menschenwürde zukommt, deren Schutzbereich durch einen Schwangerschaftsabbruch nicht eröffnet wäre.⁸⁶

Die verfassungsrechtliche Auslegung, darf sich selbstverständlich nicht danach richten, welches materiell-rechtliche Ergebnis sie ermöglichen soll, sondern das materiell-rechtliche Ergebnis muss sich danach richten, was verfassungsrechtlich zulässig ist. Vorliegend soll die verfassungsrechtliche Lage nicht detailliert diskutiert und entschieden werden. Vielmehr bleibt aber festzuhalten, dass die materiell-rechtliche Lösung einer außerstrafrechtlichen Regelung und die Rechtmäßigkeit nur dann verfassungsrechtlich als zulässig angesehen werden können, wenn eine der genannten Lösungen verfassungsrechtlich gewählt würde. Eine solche Lösung müsste allerdings konsequenterweise auch in der bereits geltenden Rechtslage gewählt werden, denn diese führt – vor dem Hintergrund der für ihre Geltung herangezogenen Begründung – gleichermaßen zu verfassungsrechtlichen Inkonsistenzen.⁸⁷

V. Abschließende Einordnung

Nun hat sich herausgestellt, dass die außerstrafrechtliche Regelung des indikationslosen Schwangerschaftsabbruchs, unter der die Rechtswidrigkeit entfielen, zur Stärkung der Rechte der Schwangeren notwendig erscheint, weil im Gegensatz keine tatsächliche Verschlechterung der Interessen des Nasciturus zu erwarten wäre.

Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, wurde vorliegend eine nascituruszentrierte Perspektive eingenommen, indem vertreten wird, eine graduelle Liberalisierung sei jedenfalls so weit zu vertreten, wie die Stärkung der Rechte der Schwangeren keine tatsächliche Belastung der Rechte des Nasciturus bedeutet.

Die nascituruszentrierte Perspektive entspricht der Herangehensweise des Bundesverfassungsgerichts und kann aus gleichstellungspolitischer Perspektive zu

⁸⁵ Dreier, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 68 ff.

⁸⁶ So im Ergebnis: Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Jülich 2024, S. 185 f.

⁸⁷ Dreier, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 68 ff; Wapler, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Abs. 1 Rn. 96.

Recht kritisiert werden.⁸⁸ Vorliegend dient die Einnahme dieser Perspektive der Erkenntnis, dass ein Liberalisierungsstandpunkt auch aus einer „gemäßigten Lebensschutzperspektive“ nicht als nachteilig zu beurteilen sein muss.

Literaturverzeichnis

Alternative für Deutschland (AfD), Leitantrag der Bundesprogrammkommission zum 16. Bundesparteitag der AfD in Riesa 11. bis 12. Januar 2025 „Programm der Alternative für Deutschland für die Wahl zum 21. Deutschen Bundestag“, Berlin 2024, <https://www.afd.de/wp-content/uploads/2024/11/Leitantrag-Bundestagswahlprogramm-2025.pdf>

Alternative für Deutschland (AfD), Zeit für Deutschland, Programm der Alternative für Deutschland für die Wahl zum 21. Deutschen Bundestag, Berlin 2025, https://www.afd.de/wp-content/uploads/2025/02/AfD_Bundestagswahlprogramm2025_web.pdf

Aktion Lebensrecht für Alle e.V. (ALfA), Grundsätze und Ziele unserer Arbeit, Köln 2000, <https://www.alfa-ev.de/wp-content/uploads/2019/09/Grundsatzprogramm-AlfA.pdf>

Bearak, Jonathan/Popinchalk, Anna/Ganatra, Bela/Moller, Ann-Beth/Tunçalp, Özge/Beavin, Cynthia/Kwok, Lorraine/Alkema, Leontine, Unintended pregnancy and abortion by income, region, and the legal status of abortion: estimates from a comprehensive model for 1990-2019, *Lancet Global Health* 2020, [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/langlo/PIIS2214-109X\(20\)30315-6.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/langlo/PIIS2214-109X(20)30315-6.pdf)

Bearak, Jonathan/Popinchalk, Anna/Beavin, Cynthia/Ganatra, Bela/Moller, Ann-Beth/Tunçalp, Özge/Alkema, Leontine, Country-specific estimates of unintended pregnancy and abortion incidence: a global comparative analysis of levels in 2015-2019, *BMJ Global Health* 2022, <https://gh.bmj.com/content/bmjgh/7/3/e007151.full.pdf>

Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), 61. Edition (Stand: 15.3.2025), München 2025.

⁸⁸ Zur Kritik: Sacksofsky, in: Regulierungen des Intimen, S. 97 (103 ff.) m.w.N.

Beck'scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch, Heintschel-Heinegg, Bernd von/Kudlich, Hans (Hrsg.), 65. Edition (Stand: 1.5.2025), München 2025.

Chiofalo, Valentina, Mutterschaft als Norm? Der Schwangerschaftsabbruch aus gleichheitsrechtlicher Perspektive, Kritische Justiz 2023, S. 18–28.

Christlich Demokratische Union (CDU)/ Christlich Soziale Union (CSU), Politikwechsel für Deutschland – Wahlprogramm von CDU und CSU, Berlin 2024, https://www.cdu.de/app/uploads/2025/01/km_btw_2025_wahlprogramm_langfassung_ansicht.pdf

Christdemokraten für das Leben (CDL), Grundsatzprogramm, Nordwalde 2022, https://cdl-online.net/uploads/pdf/cdl_grundsatzprogramm.pdf

Deutscher Juristinnen Bund (DJB), Policy Paper: Neues Regelungsmodell für den Schwangerschaftsabbruch, Berlin 2022, https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/presse/stellungnahmen/st22-26_Policy_Paper_Schwangerschaftsabbruch.pdf

Dreier Grundgesetz-Kommentar, Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.); 4. Auflage, Tübingen 2023.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage, Tübingen 2013.

Dürig/Herzog/Scholz Grundgesetz Kommentar, Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans (Hrsg.), 106. Ergänzungslieferung (Stand: Oktober 2024), München 2024.

Huber, Peter/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Auflage, München 2024.

Kindhäuser, Urs/ Neumann, Ulfried/ Paeffgen, Hans-Ullrich/ Salinger, Frank (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 6. Auflage, Baden-Baden 2023.

Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Jülich 2024 https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Daten/3_Downloads/K/Kom-rSF/Abschlussbericht_Kom-rSF.pdf

Kubicel, Michael, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform der §§ 218 ff. StGB, Monitio Gesellschaftlicher Zusammenhalt, Konrad Adenauer Stiftung, Berlin 2024, <https://www.kas.de/documents/252038/29391852/24-04-12+Rechtliche+Impulse+zu+§218.pdf/5d602687-ee79-8320-f984-11f8f286f550?version=1.1&t=1713171949699>

Lackner/Kühl/Heger Strafgesetzbuch Kommentar, Kühl, Kristian/Heger, Martin (Hrsg.), 30. Auflage, München 2023.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), 4. Auflage, München 2021.

Von Münch/Kunig Grundgesetz Kommentar, Kämmerer, Jörn-Axel/Kotzur, Markus (Hrsg.), 7. Auflage, München 2021.

Peter, Tobias, Friedrich Merz: „Man kann den Menschen durchaus etwas zumuten“, Stuttgarter Zeitung v. 30.11.2024 *Friederich Merz* vgl. <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.kanzlerkandidat-der-union-friedrich-merz-man-kann-den-menschen-durchaus-etwas-zumuten.c3fcbf20-5f1a-42cd-bad2-30622b0f6d27.html> (Stand: 4.7.25).

Pro familia Bundesverband, Deutscher Juristinnenbund e.V.; Deutscher Frauenrat et al., Verbändebrief Gesetzentwurf Schwangerschaftsabbruch, 2024, <https://www.amnesty.de/sites/default/files/2024-10/Brief-zivilgesellschaftliche-Organisationen-Bundesregierung-Bundestag-Schwangerschaftsabbruch-Gesetzentwurf-Neuregelung-Oktober-2024.pdf>

Sachs Grundgesetz Kommentar, Coelln, Christian von/Mann, Thomas (Hrsg.). 10. Auflage, München 2024.

Sacksofsky, Ute, „Produktive Sexualität“: Bevölkerungspolitik durch Recht, in: Lembke, Ulrike (Hrsg.), Regulierungen des Intimen – Sexualität und Recht im modernen Staat, Wiesbaden 2017, S. 97–116.

Satzger, Helmut, Der Schutz ungeborenen Lebens durch Rettungshandlungen Dritter, Juristische Schulung 1997, S. 800–805.

Satzger, Helmut, Der Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 ff. StGB), Juristische Ausbildung 2008, S. 424–434.

Sozialdemokratische Partei Deutschland (SPD)/ Bündnis 90/Die Grünen (Die Grünen)/Freie Demokratische Partei (FDP), Koalitionsvertrag 2021-2025, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Berlin 2021 https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf

Stern, Klaus/Sondan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Auflage, München 2022.

Tübinger Kommentar Strafgesetzbuch, 31. Auflage, München 2025.

Wapler, Friederike/Wersing, Maria/Wörner, Liane, Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs Zivilgesellschaft, 17.8.2024, <https://www.amnesty.de/sites/default/files/2024-10/Deutschland-Schwangerschaftsabbruch-Gesetzentwurf-Neuregelung-Oktober-2024.pdf>

World Health Organization (WHO), Abortion care guideline, Genf 2022, <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/349316/9789240039483-eng.pdf?sequence=1>

Das BVerfG als Verfassungshüter oder verkappeter Gesetzgeber?

Die staatliche Pflicht zum Schutz des ungeborenen Lebens als Grenze gesetzgeberischer Freiheit

Carlo Hörmandinger*

Universität de Lausanne
carlo.hormandinger@unil.ch

Abstract

Der § 218 StGB bildet seit über fünf Jahrzehnten den juristischen Kristallisationspunkt eines Spannungsfelds zwischen der Selbstbestimmung der Frau, staatlicher Schutzpflicht und gesetzgeberischer Gestaltungshoheit. Zwei Grundsatzentscheidungen des BVerfG – von 1975 sowie 1993 – setzen hier die wichtigsten Ecksteine: Erstens billigte Karlsruhe dem ungeborenen Leben von der Nidation an Menschenwürde und das Recht auf Leben zu; zweitens ließ das BVerfG zwar ein beratungsorientiertes Modell zu, band es aber an die fortbestehende Rechtswidrigkeit aller nicht-indizierten Abbrüche und erkannte dem Strafrecht eine zentrale Sicherungsfunktion zu.

Der Aufsatz geht der Frage nach, ob diese verfassungsgerichtliche Konzeption mit dem Selbstverständnis des Grundgesetzes als „offene Rahmenordnung“ vereinbar ist. Ausgehend von rechtstheoretischen Fragen, Argumenten und Erkenntnissen werden die interpretatorischen Spielräume aufgezeigt, die unserer Verfassung innewohnen. Sodann wird analysiert, wie eng das BVerfG den gesetzgeberischen Spielraum faktisch zieht, wenn es den Vorrang des Lebensschutzes in einen strafrechtlich geschützten Zwangskorridor überführt.

Im Ergebnis argumentiert der Beitrag, dass der vom BVerfG konstruierte Schutzkorridor, der den Gesetzgeber zu umfassender Fürsorge verpflichtet, weitreichende kriminal- und sozialpolitische Abwägungen und Entscheidungen vorgibt, die dem parlamentarischen Verfahren vorbehalten sein sollten. Es soll sich der Grenze zwischen legitimer verfassungsgerichtlicher Konkretisierung und unzulässig-

ger Vorwegnahme demokratischer Willensbildung angenähert werden – und deutlich gemacht werden, weshalb die Diskussion um § 218 StGB letztlich auch eine Debatte über die Juridifizierung der Politik ist.

I. Einführung in die Thematik

Kaum eine Strafnorm hat so nachhaltig juristische und gesellschaftliche Grundsatzdebatten ausgelöst wie der § 218 StGB. Mit der Auseinandersetzung dieser Norm geraten verschiedene Verfassungsprinzipien und Grundrechte miteinander in Konflikt: Das Selbstbestimmungsrecht und Recht auf körperliche Unversehrtheit der Schwangeren, die Pflicht des Staates, menschliches Leben zu schützen sowie das demokratische Gebot, dass innerhalb der Verfassungsordnung der direkt legitimierte Gesetzgeber wesentliche politische Entscheidung zu treffen hat.

Besonders prägnant traten diese Konfliktlinien in zwei Entscheidungen des BVerfG zutage: Im sogenannten Fristen-Urteil vom 25.2.1975 verwarf Karlsruhe die damals vom Bundestag eingeführte Straffreiheit eines Abbruchs in der Frühphase der Schwangerschaft. Das Gericht stellte ungeborenes Leben von der Nidation an unter die Menschenwürdegarantie sowie das Grundrecht auf Leben und verlangte vom Gesetzgeber wirksame Vorkehrungen, das Leben des Ungeborenen zu schützen.¹ Die Strafandrohung erschien dabei – so die Diktion des Urteils – als starkes, weil besonders wirkmächtiges Schutzinstrument.²

Nach der Wiedervereinigung musste der Gesetzgeber ein westdeutsches Indikationsmodell mit der liberaleren DDR-Fristenregelung zusammenführen. Der 1992 verabschiedete Kompromiss setzte auf eine Beratungspflicht, soziale Hilfen und die Absicht, unter diesen Bedingungen den Frühabbruch für rechtmäßig zu erklären. Doch am 28.5.1993 „kassierte“ das BVerfG zentrale Bestandteile des Gesetzes. Zwar akzeptierte das Gericht erstmals eine beratungszentrierte Schutzkonzeption; es macht jedoch unmissverständlich klar, dass der nicht indizierte Abbruch auch künftig rechtswidrig bleiben müsse.³

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Universität Bonn und befindet sich derzeit im Auslandsstudium am Chair de droit allemand an der Université de Lausanne.

¹ BVerfG, Urt. v. 25.2.1975, NJW 1975, 573 (575).

² BVerfG, Urt. v. 25.2.1975, NJW 1975, 573 (577).

³ BVerfG, Urt. v. 28.5.1993, NJW 1993, 1751 (1755 f.).

Gerade diese Vorgaben werfen eine methodische wie institutionelle Schlüsselfrage auf, der sich der vorliegende Aufsatz widmet: In welchem Verhältnis stehen richterliche Schutzvorgaben und parlamentarische Gestaltungshoheit?

Um diese Frage zu beantworten, verfährt die Untersuchung in zwei Schritten. Zunächst wird das Grundgesetz in seiner Struktur als Rahmenordnung rekonstruiert: Was will unsere Verfassung eigentlich sein? Darauf aufbauend analysiert der Aufsatz die beiden Schwangerschaftsabbruchs-Urteile. Dabei liegt der Fokus nicht auf der Auslegung und Abwägung von Grundrechten, sondern auf den juristischen Argumentationsfiguren, mit denen Karlsruhe aus den in Rede stehenden Grundrechten eine eng gebundene staatliche Schutzpflicht herleitet.

Die Untersuchung will damit weder die juristische Abwägung zwischen Leben, Autonomie und körperlicher Unversehrtheit neu justieren noch ein vollständiges Reformprogramm skizzieren. Sie verfolgt ein begrenztes, aber grundlegendes Ziel: Herauszuarbeiten, wo der verfassungsrichterliche Schutzauftrag endet und wo parlamentarische Verantwortung beginnt. Denn nur wenn beide Sphären sauber getrennt bleiben, kann der § 218 StGB als Gradmesser einer lebendigen, pluralen Demokratie dienen – statt zum Symbol einer kompetenzüberschreitenden Justiz oder einer überforderten Gesetzgebung zu werden.

II. Das Grundgesetz als offene Verfassung – eine theoretische Grundlage

Um die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit zu untersuchen soll im ersten Schritt der Frage nachgegangen werden, welches Verständnis von Verfassung wir eigentlich haben, was für eine Bedeutung sie für unsere einfache Gesetzesordnung hat. Ohne ein solches Vorverständnis, droht das Pendel ihrer Interpretation auszu-schlagen: Vom Verlust des normativen Geltungsanspruches bis hin zu einer völligen Verrechtlichung der Politik.

1. Die Hierarchie der Normen

Das Recht, das heißt das System von Rechtsnormen, beschreibt *Hans Kelsen* als „eine bestimmte Ordnung (oder Organisation) der Macht“⁴, die „nicht ein System von gleichgeordneten, gleichsam nebeneinander stehenden Rechtsnormen, sondern eine Stufenordnung verschiedener Schichten von Rechtsnormen“⁵ sei. Ohne dabei in eine Diskussion über Kelsens sogenannte Grundnorm oder gar den Rechtspositivismus an sich zu verfallen, wird als Grundlage für die weitere Untersuchung

⁴ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 81.

⁵ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 84 f.

vorausgesetzt, dass es eine Normenhierarchie, also ein Über-Unter-Verhältnis zwischen den unterschiedlichen Rechtssätzen, gibt. Das Über-Unter-Verhältnis ist dabei kein Zweck an sich, sondern die „Übernormen“ bestimmen entweder Erzeugung oder Inhalt der „Unternormen“ und stechen diese bei (festgestellten) Widersprüchen.⁶

Nun beschäftigen wir uns in concreto mit den Verfassungsnormen des Grundgesetzes. Diese bestimmen also, nach dem oben dargestellten Hierarchieprinzip, die Erzeugung oder den Inhalt von einfachgesetzlichen deutschen Normen. Unser Interesse liegt hierbei nicht auf dem Erzeugungs-, sondern dem Inhaltsaspekt: Das Über bestimmt den Inhalt des Unter. Wenn jedoch das Über den Inhalt des Unter exakt bestimmt, so wird das Unter gegenstandslos. Deshalb müssen wir uns folglich die Frage stellen: *Inwieweit* bestimmen die Verfassungsnormen des Grundgesetzes den Inhalt der einfachen Gesetze? In einem hohem oder einem niedrigem Maße?

2. Das Grundgesetz als Rahmenordnung?

Zur (ersten) Annäherung einer solchen Frage, muss ermittelt werden, in welchem Verhältnis die Verfassungs- zu den einfach gesetzlichen Normen stehen. Hierzu *Ernst-Wolfgang Böckenförde* These: „Entweder ist die Verfassung sozusagen schon die Rechtsordnung in nuce; dann ist der Grundgehalt schon in ihr enthalten und wird durch Gesetzgebung und rechtliche Ausgestaltung nur ausgefaltet. Oder die Verfassung ist eine Rahmenordnung, die der Politik durch Grundrechte und andere Verbürgungen Grenzen setzt und eine gewisse Richtung vorgibt, im Übrigen aber dem politischen Prozeß Raum läßt. Das ist meine Auffassung. Nur soweit es strikte Verbürgungen gibt, schreitet sie ein [...].“⁷ Das Grundgesetz soll also eine offene Verfassung sein, die der Politik in ihrer gesetzgeberischen Gestaltung viel Luft zum Atmen lässt. Heißt genauer: Verfassungsnormen determinieren das einfache Gesetz grundsätzlich nur schemenhaft. Woraus speist sich diese Auffassung?

a) Die relative Unbestimmtheit von Verfassungsnormen

Fest steht zuerst einmal: Einen Zusammenhang, eine Hierarchie, eine gewisse Bestimmung von Verfassungs- gegenüber einfachen Normen gibt es. „Diese Bestimmung ist aber niemals eine vollständige. Die Norm höherer Stufe, kann den Akt,

⁶ Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 85 ff.

⁷ Böckenförde, Wissenschaft Politik Verfassungsgericht, S. 437.

durch den sie vollzogen wird, nicht nach allen Richtungen hin binden“, betont Kelsen.⁸ In seiner sogenannten Interpretationstheorie würde diese relative Unbestimmtheit – die teilweise aufgrund ihres Wesens intendiert, teilweise aufgrund der Mehrdeutigkeit von Worten, dem Willen des Normgebers oder systematischen Widersprüchen nicht intendiert ist – jederzeit zu alternativen Möglichkeiten bei der Vollziehung führen. Das heißt: Die Übernorm kann nur einen Rahmen für ihre Vollziehung bieten. Dies bedeutet in der Folge, dass die Aufgabe der Interpretation logischerweise nur in der „Erkenntnis mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens gegeben sind“, liegen kann, nicht aber in der Erkenntnis der *einen* richtigen Entscheidung im Sinne positivrechtlicher „Richtigkeit“. ⁹

b) Der Kompromisscharakter von Verfassungsnormen

Was bei Kelsen die „Ordnung der Macht“ ist, heißt bei *Dieter Grimm* die „Verrechtlichung der politischen Machtausübung“¹⁰, die Zweck einer Verfassung sei. Sie bilde nicht die soziale Wirklichkeit ab, sondern richte Erwartungen an sie – als Sammlung von Grundprinzipien der Sozialordnung. Ihre Grundvoraussetzung sei der gesellschaftliche und politische Konsens über Geltung und Einhaltung, ohne den die Verfassung ihre Wirksamkeit verlieren würde.¹¹ Dieser verfassungsbegründende Konsens stelle jedoch gleichzeitig auch die Grenzen der Verrechtlichung der Politik dar: „Lücken und Formelkompromisse sind [...] oft Bedingung ihres Zustandekommens.“¹² Deshalb könne die Verfassung nur eine Rahmenordnung sein – für die Ermöglichung von Politik, nicht ihre Erübrigung.¹³

c) Der Doppelcharakter von Verfassungsnormen

Robert Alexy leitet die hier festgestellte Offenheit des Grundgesetzes anhand der Auseinandersetzung mit dem grundlegenden Charakter von Grundrechtsnormen her – und begrenzt sie dadurch auch wieder. Er differenziert hierzu im ersten Schritt zwischen Regeln und Prinzipien. Regeln seien nach Alexy ein absoluter Imperativ, denn „wenn eine Regel gilt, dann ist es geboten, genau das zu tun, was sie

⁸ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 101.

⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 102 ff.

¹⁰ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, S. 14.

¹¹ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, S. 15 f.

¹² Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, S. 17.

¹³ Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, S. 17: Grimm stützt sich hierbei weiter darauf, dass die Verfassung strukturelle Offenheit verlange, weil der Konsens stets historisch sei und er für folgende Generationen im Wandel der Zeit adaptierbar bleiben müsse – was bei einer geschlossenen Verfassung schwieriger sei. Zudem sei das Recht im Kontext seiner Umstände immer auch im Wandel. „Eine lückenlos gedachte Verfassung [würde] die Politik auf Vollzug festlegen und damit letztlich in Verwaltung auflösen.“

verlangt, nicht mehr und nicht weniger. Regeln enthalten damit Festsetzungen im Raum des tatsächlich rechtlichen Möglichen.¹⁴ Prinzipien seien dagegen kein absoluter, sondern ein relativierter Imperativ, der einen möglichst hohen Erfüllungsgrad verlange – im Sinne eines „Optimierungsgebots“.¹⁵ Sie seien – im Gegensatz zu Regeln – keine „definitiven, sondern nur prima-facie-Gebote“, denen also dem ersten Blick nach zu folgen sei, diese aber durch (im Einzelfall gewichtigere) entgegenstehende Prinzipien ihren Vorrang verlieren könnten, ohne dabei ihre grundsätzliche Gültigkeit einzubüßen.¹⁶ Prinzipien schwelgen also im Allgemeinen und bedürfen der offenen Abwägung, während Regeln, ausgehend von einem Tatbestand (bzw. einer Festsetzung), die definitive Rechtsfolge befehlen.

Sind unsere Grundrechte nun Prinzipien? Sind sie Regeln? Beides, laut Alexy: „Es ist weder hinreichend, die Grundrechtsnormen nur als Regeln, noch hinreichend, sie nur als Prinzipien aufzufassen.“¹⁷ Zwar seien die Grundrechtsbestimmungen eine tatbestandliche Positivierung von gewissen Prinzipien, jedoch seien diese von Schrankenklauseln – die ihren Grund in der Existenz anderer Prinzipien finden würden – nicht mehr abwägungsfrei anwendbar.¹⁸ Wo die Abwägung existiert, fehle das (vollständige) definitive Element. So erhielten Grundrechte ihren „Doppelcharakter“.¹⁹

d) Zwischenfazit

Die Relative Unbestimmtheit der Verfassungsnormen, ihr Doppelcharakter sowie der verfassungsbegründende Konsens lassen den Schluss zu, dass es sich bei dem Grundgesetz um eine offene Verfassungsordnung handelt. Offen in dem Sinne,

¹⁴ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 76: Eine Festsetzung könnte man auch Tatbestand nennen.

¹⁵ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 75 f.

¹⁶ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 88 ff.: Diese Differenzierung wird von Alexy weiter differenziert. Auch Regeln können ihren strikt-definitiven Charakter einbüßen, sei es zum Beispiel durch eine Ausnahmeklausel, und dadurch einen prima-facie-Charakter erhalten. Dieser prima-facie-Charakter sei aber grundlegend anders als der eines Prinzips. Grund ist, dass ein Prinzip zurücksteht, „wenn dem gegenläufigen Prinzip im zu entscheidenden Fall ein größeres Gewicht zukommt“. Regeln seien „nicht schon dann überspielt, wenn das gegenläufige Prinzip im konkreten Fall ein größeres Gewicht hat als das die Regel stützende Prinzip“. Es sei gewissermaßen eine härtere Norm. Andersherum: Auch wenn ein Prinzip einen stärkeren prima-facie-Charakter habe – zum Beispiel durch die Einführung einer Argumentationslast zu Gunsten oder zum Nachteil gewisser Prinzipien – sei dieser immer grundsätzlich anders und schwächer, weil sich der prima-facie-Charakter einer Regel „auf die Tatsache einer bereits getroffenen autoritativen oder tradierten Festsetzung“ stütze. „Damit ist festzuhalten, daß Regeln und Prinzipien sich hinsichtlich ihres prima-facie-Charakters auch im Lichte der gebotenen Differenzierung deutlich unterscheiden.“

¹⁷ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 125.

¹⁸ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 121.

¹⁹ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 122 f.

dass sie „Handlungsziele und Gestaltungsprinzipien“ bietet, dem politischen Spieler jedoch die Konkretisierung überlässt.²⁰

III. Die staatliche Schutzpflicht

Gerade haben wir die weiten Konturen des Grundgesetzes als offene Rahmenordnung freigelegt – eine „Architektur“, die bewusst Spielräume für demokratische Gestaltung lässt. Doch eine Rahmenordnung besteht nicht bloß aus einem leeren „Rohbau“: In ihr müssen schon vor jeder politischen „Inneneinrichtung“ jene „tragenden Wände“ angelegt sein, die den Handlungsspielraum strukturieren. Diese Wände ziehen die Grundrechte, sie bestimmen, aus welchem „Material“ die Verfassungsarchitektur gebaut ist. Worin besteht dieses Material? Dienen Grundrechte lediglich als Schutzschilde individueller Freiheit – dünn, aber tragend – oder formen sie zugleich objektive Wert- und Handlungsmaßstäbe, die den Staat aktiv verpflichten, Freiheitsprinzipien zu sichern und zu fördern? Diese Frage gewinnt insbesondere durch – und nun kommen wir mit dem konkreten Fallbeispiel in Berührung – die Schwangerschaftsabbruchs-Urteile von 1975 sowie 1993 an hoher Relevanz. Das BVerfG leitete hier aus gewissen Grundrechten nicht nur eine staatliche Schutzpflicht ab; diese staatliche Schutzpflicht sollte unter anderem darin bestehen, Verfassungswerte mit dem „scharfen Schwert“ des Strafrechts durchzusetzen und damit möglichst weitgreifend in die Freiheitssphäre der Bürgerin einzugreifen.²¹ Darauf im Weiteren genauer eingehend, wollen wir zuerst einmal untersuchen, woher diese Schutzpflicht eigentlich rührt. Dazu soll zunächst das Profil der Grundrechte innerhalb der offenen Rahmenordnung nachgezeichnet werden.

1. Welche Funktion sollen Grundrechte haben?

„Der Staat soll nicht alles tun können, was ihm gerade bequem ist, wenn er nur einen willfährigen Gesetzgeber findet, sondern der Mensch soll Rechte haben, über die auch der Staat nicht soll verfügen können. [...] Diese Grundrechte sollen nicht bloße Deklamationen, Deklarationen oder Direktiven sein, [...] sondern unmittelbar geltendes Bundesrecht, auf Grund dessen jeder einzelne Deutsche, jeder einzelne Bewohner unseres Landes vor den Gerichten soll Klage erheben können.“²² Carlo Schmid's eindringliche Worte, die er am 8.9.1948 im Parlamentarischen Rat hielt, bringen den Kern der verfassungsgebenden Intention auf den

²⁰ Böckenförde, *Wissenschaft Politik Verfassungsgericht*, S. 152 f.

²¹ BVerfG, Urt. v. 25.2.1975, NJW 1975, 571 (577).

²² Schmid in: *Protokolle Parlamentarischer Rat* Bd. 9, S. 21.

Punkt: Die Grundrechte sollen – nach den Erfahrungen totalitärer Willkürherrschaft im Nationalsozialismus – unüberwindbare Bollwerk individueller Freiheit sein, keine bloßen Programme für den Gesetzgeber. Das BVerfG selbst bezeichnet dies als die „Sinntiefe“ der Grundrechte.²³ Wenn aber die Grundrechte ihren primären Zweck in der Abwehr von Staatshandeln haben, wie kommt dann ein Verfassungsgericht auf die Idee, den Gesetzgeber dazu zu verpflichten, in die Grundrechte Einzelner einzugreifen?

a) Liberale Grundrechtstheorie und ihre Erweiterung

Das Grundgesetz „versteht Freiheit als dem Staat vorausliegend und sieht die Funktion der Grundrechte darin, staatliche Eingriffe von den grundrechtlich geschützten Freiheitsbereichen abzuwehren und dem Staat, der dem Freiheitsgebrauch der Bürger Schranken zieht, Maßstäbe vorzugeben.“²⁴ *Bernhard Schlink* ist überzeugt: Nur mit den Prinzipien des Gesetzesvorbehalts und der Verhältnismäßigkeit ließen sich Eingriffe in diese vorgelagerte Freiheit rechtfertigen, nicht anders.²⁵ Weiteren Grundrechtsfunktionen steht er ablehnend gegenüber. Aufgrund der vorstaatlichen Freiheitssphäre sei nicht der Ist-Zustand rechtfertigungsbedürftig, sondern die Absicht, den gesellschaftlichen Status quo zu verändern.²⁶ Würde man diesen Grundsatz umdrehen, könne „in dieser Weise [...] das Eingriffs- und Schrankendenken politisch instrumentalisiert werden, es kann ideologisch geraten und die gesellschaftlichen Vermittlungen und staatlichen Vorkehrungen, ohne Freiheit des Einzelnen nicht möglich ist, verschleiern.“²⁷

Bockenförde schließt sich zwar (unter anderem) dem Argument der vorstaatlichen Freiheitssphäre an, sieht jedoch bei dieser sogenannten liberalen Grundrechtstheorie einen blinden Fleck: „Es [das Grundgesetz] hat vielmehr das zentrale Problem der liberalen Grundrechtstheorie und der hinter ihr stehenden liberalen Staatsauffassung, [nämlich] die relative Blindheit gegenüber den sozialen Voraussetzungen der Realisierung grundrechtlicher Freiheit, aufgenommen und durch die Festlegung des Sozialstaatsauftrags als eines verbindlichen, dem Rechtsstaat nebengeordneten Verfassungsprinzips einer Lösung zugeführt.“²⁸ Hierbei rekurriert

²³ BVerfG, Urt. v. 8.7.1982, BVerfGE 61, 82 (101).

²⁴ *Schlink*, EuGRZ 1984, 457.

²⁵ *Schlink*, EuGRZ 1984, 457 (458 f.).

²⁶ *Schlink*, EuGRZ 1984, 457 (463).

²⁷ *Schlink*, EuGRZ 1984, 457 (463).

²⁸ *Böckenförde*, Wissenschaft Politik Verfassungsgericht, S. 186.

Böckenförde auf das in Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip: Nicht jeder habe Autarkie bzw. einen – von der liberalen Grundrechtstheorie geschützten – „Freiheitsbestand“ und deshalb müsse der Einzelne in gewissen Fällen erst (vom Staat) in die Lage versetzt werden, seine Grundrechte ausüben zu können.²⁹

b) Grundrechte als objektive Werte

Unabhängig davon, ob man sich, ausgehend von der subjektiv-abwehrrechtlichen Intention des historischen Verfassungsgebers, nun eher in der Lesart Schlinks, der Böckenfördes wiederfindet; das BVerfG hat sich 1957 entschieden: „Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. [...] Ebenso richtig ist aber, daß das GG, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat [...].“³⁰ Das BVerfG bleibt hierbei in seiner Begründung recht vage, macht aber soweit deutlich, dass der Ausgangspunkt der objektiven Werteordnung das mit Würde ausgestattete, sich „innerhalb der sozialen Gemeinschaft [...] frei entfaltende“ Individuum sei.³¹ Eine Formulierung, die Böckenfördes Interpretation sehr nahe kommt. Grimm leitet hieraus das Konstrukt der staatlichen Schutzpflicht ab: „Auf der Annahme fußend, dass gleiche individuelle Freiheit das Ziel der Grundrechte, Staatsbegrenzung lediglich ein Mittel sei, kulminiert es mittlerweile im Begriff der Schutzpflicht, die der Staat gegenüber allen Gefährdungen grundrechtlich gesicherter Freiheiten hat, die nicht ihm selbst zugerechnet werden können, sondern aus Handlungen Dritter oder gesellschaftlichen Entwicklungen folgen.“³²

2. Die Reichweite einer grundrechtlichen Schutzpflicht

Eine Schutzpflicht gegenüber potenziell *allen* Gefährdungen grundrechtlich gesicherter Freiheiten? Geht das nicht etwas weit? Wir müssen im Hinterkopf behalten: Macht der Bürger von der grundrechtlichen Abwehrfunktion Gebrauch, so beansprucht er lediglich ein Unterlassen des Staates. Soll dagegen ein Bürger vor Handlungen Dritter geschützt werden, so schränkt der Staat zwangsläufig die Grundrechtsausübung dieser Dritten ein. Auf der Folgenseite wirkt die Auferlegung

²⁹ Böckenförde, Wissenschaft Politik Verfassungsgericht, S. 165.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 15.1.1958, NJW 1958, 257.

³¹ BVerfG, Urt. v. 15.1.1958, NJW 1958, 257.

³² Grimm, Die Zukunft der Verfassung II, S. 23.

einer staatlichen Schutzpflicht insgesamt also deutlich schwerer als die Abwehr vor staatlichem Handeln. Zumal: Der Schutzpflicht wird staatlicherseits durch Gesetz nachgegangen, der Grundrechtseingriff Dritter lediglich durch den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt gerechtfertigt, ohne dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfindet.³³ Damit zusammenhängend: Wenn ein Verfassungsgericht bestimmt, *ob* eine staatliche Schutzpflicht besteht, dann stellt sich zwangsläufig die Frage, *wie* geschützt werden soll. Diese Frage kann man weitestgehend nur politisch beantworten, nicht juristisch. Des Weiteren beleuchtet dieses demokratisch-legitimatorische Problem *Christoph Möllers* noch einmal von einer anderen, grundsätzlicheren Ebene: „Die Definition eines subjektiven Rechts bedarf der demokratischen Legitimation, denn mit ihr verbindet sich eine Entscheidung über die gesellschaftliche Freiheitsverteilung aller.“³⁴ Jedoch würden mit weitergehendem Rechteverständnis immer „mehr Anliegen von aktuell und potenziell Betroffenen [...] in die Entscheidung einbezogen, die im Verfahren aber gar nicht repräsentiert werden.“³⁵ Je weiter sich also das BVerfG von dem subjektiven Rechtecharakter entfernt und Grundrechte objektiviert, desto fragwürdiger wird grundsätzlich seine demokratische Legitimation.

All diese Argumente sprechen eine klare Sprache: Vorsicht an der Bahnsteigkante! Das erkennt auch das BVerfG und übt sich in Zurückhaltung: „Aus einer grundrechtlichen Schutzpflicht folgt in der Regel indessen keine bestimmte Handlungsvorgabe. Die zuständigen staatlichen Organe, insbesondere der Gesetzgeber, haben vielmehr zunächst in eigener Verantwortung zu entscheiden, wie sie ihre Schutzpflichten erfüllen. Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, ein Schutzkonzept aufzustellen und normativ umzusetzen. Dabei kommt ihm ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das BVerfG kann grundsätzlich die Verletzung einer solchen Schutzpflicht nur feststellen, wenn Schutzvorkehrungen entweder *überhaupt nicht getroffen* sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen *offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich* sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie *erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben*.“³⁶

³³ *Sauer* in: Dreier GG Bd. I, GG, Vorb. Rn. 116.

³⁴ *Möllers* in: Das entgrenzte Gericht, S. 281 (348).

³⁵ *Möllers* in: Das entgrenzte Gericht, S. 281 (348).

³⁶ BVerfG, Urt. v. 1.12.2009, NVwZ 2010, 570 (572).

3. Der Schutz des ungeborenen Lebens

Jedoch erweitert das BVerfG seinen Kontrollmaßstab – in Bezug auf den vorliegenden Fall – ins Diffuse: Weil mit dem Recht auf Leben besonders wertvolle Rechtsgüter im Feuer stünden, werde nunmehr geprüft, ob der Gesetzgeber seine Einschätzungsprärogative „*in vertretbarer Weise gehandhabt*“ habe.³⁷

a) Wie der Gesetzgeber auf die Schutzpflicht blickte

Und am 25.6.1992³⁸, als der Bundestag dem „Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs“³⁹ eine Mehrheit gab und den Schwangerschaftsabbruch neu regelte? Als er diesen innerhalb der ersten zwölf Wochen, nach einer verpflichtenden Beratung, als gerechtfertigt ansah, hat er dort in vertretbarer Weise seinen Einschätzungsspielraum dafür genutzt, um die staatliche Schutzpflicht nicht zu unterlaufen? Die Abgeordnete Uta Wüfel (FDP), welche das Gesetz mitinitiierte, buchstabiert den Schutzauftrag des Staates für das werdende Leben in der dritten Aussprache wie folgt aus: „Wir wollen Hilfe statt Strafe! Meine Damen und Herren, wir nehmen das ungeborene Leben als ein eigenständiges und vorrangiges Rechtsgut ernst. Wir wollen es schützen, zusammen mit der Frau, nicht gegen sie. Deshalb ist der Dreh- und Angelpunkt des FDP-Gesetzesentwurfs – und ebenso des Antrags der Initiatoren des Gruppenantrags – die Beratung. Unser Denkansatz ist die Beratung, denn wir glauben, daß ungewollt schwangere Frauen am ehesten von einem Schwangerschaftsabbruch absehen und unter Umständen zu einer alternativen Entscheidung kommen, wenn ihnen eine gute Beratung gewährt wird und ihnen massive Hilfen angeboten werden, unter denen sie sich überhaupt ein Leben als Mutter mit einem Kind vorstellen können.“⁴⁰ Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP), damals amtierende Bundesjustizministerin, schloss sich dem an und ergänzte: „Maßstäbe [der Beratung] sind Lebensschutz und der hohe Wert des ungeborenen Lebens. Es werden alle Voraussetzungen dafür geschaffen, daß die für den Erfolg des Beratungsgesprächs erforderliche vertrauensvolle Atmosphäre entste-

³⁷ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1756).

³⁸ Die Abstimmung über den erfolgreichen Gesetzesentwurf erfolgte tatsächlich nach einer langen Plenardebatte am 26.6.1992 um 00:32 Uhr.

³⁹ BT-Drs. 12/2605.

⁴⁰ BT-Plenarprot. 12/99, S. 8232.

hen kann. In der Beratung geht es darum, eine Alternative zum Schwangerschaftsabbruch aufzuzeigen.“⁴¹ Die Mehrheit⁴² der *gewählten* politischen Vertretung wollte den Schutz des werdenden Lebens im Endergebnis durch Prävention erreichen: Beratung, besserer Zugang zu Verhütungsmitteln, eine kinder- und familienfreundliche Umgebung. Der erst kürzlich im Februar 2025 verstorbene ehemalige Bundesinnenminister Gerhart Baum (FDP) brachte die Zweifel am Strafrecht als zielführendes Schutzmittel auf den Punkt: „Meine Kolleginnen und Kollegen von der CDU/CSU, die Lösung, die heute noch gilt, die gesetzliche Regelung, die Indikationsregelung – will man überhaupt auf das Strafrecht setzen – ist nicht erfolgreich. Sie trägt zum Lebensschutz, zur Reduzierung von Schwangerschaftsabbrüchen eben nicht erfolgreich bei; sonst wären ja alle Ihre berechtigten Klagen über die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche völlig ungerechtfertigt.“⁴³ Es lässt sich zusammenfassen: Der Gesetzgeber machte es sich nicht einfach. Er diskutierte eingehend, wie man den Schutz des werdenden Lebens am besten vollziehen könne – und kam zu dem oben beschriebenen Schluss.

b) Wie das Bundesverfassungsgericht auf die Schutzpflicht blickte

Das beeindruckte das BVerfG am 28.5.1993 nicht wirklich. In seiner (mit zwei Sondervoten flankierten) Entscheidung, korrigierte es das verabschiedete Gesetz empfindlich. Das werdende Leben falle mit der Nidation unter den Schutzbereich sowohl der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG als auch des Grundrechts auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.⁴⁴ Die Menschenwürde des ungeborenen Lebens gebiete es dem Staat, sich schützend vor dessen Leben zu stellen; das Recht auf Leben konkretisiere diese Schutzpflicht.⁴⁵ Auch betont das Gericht zu Anfang, dass „Art und Umfang des Schutzes im Einzelnen zu bestimmen, [...] Aufgabe des Gesetzgebers [ist].“⁴⁶ Um dann aber im Folgenden die staatliche Schutzpflicht ziemlich fest zu zurren und insofern den Spielraum des Gesetzgebers stark einzuschränken.

Aber eins nach dem anderen. Das BVerfG öffnet sich zuerst einmal dem anvisierten Beratungsmodell: „Dem Gesetzgeber ist es verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht verwehrt, zu einem Konzept für den Schutz des ungeborenen Lebens

⁴¹ BT-Plenarprot. 12/99, S. 8281.

⁴² Abgegebene Stimmen: 657, davon ungültig: keine. Mit Ja haben gestimmt: 356, mit Nein haben gestimmt: 283, Enthaltungen: 18. Die Nein-Stimmen kamen fast ausschließlich aus der CDU/CSU-Fraktion.

⁴³ BT-Plenarprot. 12/99, S. 8248.

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1753).

⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1753).

⁴⁶ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1754).

überzugehen, das in der Frühphase der Schwangerschaft in Schwangerschaftskonflikten den Schwerpunkt auf die Beratung der schwangeren Frau legt, um sie für das Austragen des Kindes zu gewinnen, und dabei auf eine indikationsbestimmte Strafdrohung und die Feststellung von Indikationstatbeständen durch einen Dritten verzichtet.“⁴⁷ Aha! Zu diesem Schluss kommt das BVerfG, weil es – wie der Gesetzgeber – erkannte, dass der Schutz des ungeborenen Lebens nur *mit* der Frau gelingen kann und nicht *gegen* sie, dass Repressionsdrohungen sich in der Vergangenheit als kontraproduktiv herausgestellt haben.⁴⁸ Diesen Ansatz des Gesetzgebers – Prävention statt Repression – schränken die Karlsruher Richter dann aber ein. Erstens: Die Beratung erfordere „Rahmenbedingungen, die positive Voraussetzungen für ein Handeln der Frau zugunsten des ungeborenen Lebens schaffen“.⁴⁹ Eine befangene Beratung sozusagen. Und zweitens, der *Knackpunkt*: Der (nicht indizierte) Schwangerschaftsabbruch bleibt illegal. Genauer gesagt: Der nach einer Beratung erfolgte Schwangerschaftsabbruch ist nicht gerechtfertigt (im Gegensatz zu dem indizierten), muss aber nicht mit Strafe bedroht werden, indem er aus dem Tatbestand des § 218 StGB ausgenommen wird.⁵⁰

4. Die Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs

Wir wollen nun einmal verstehen, wieso das BVerfG davon überzeugt ist, dass ein solcher Schwangerschaftsabbruch – mit Blick auf die staatliche Schutzpflicht – zwingend normativ verboten sein muss.

a) Verfassungsrechtliche Grundlage und Rolle des Strafrechts

Ausgangspunkt der Argumentation ist der besondere Schutzanspruch des ungeborenen Lebens, aus dem das BVerfG ableitet, dass auch „die Rechtsordnung das verfassungsrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs bestätigen und verdeutlichen“⁵¹ müsse. Insbesondere das Strafrecht habe hierbei eine entscheidende Rolle, da es nicht nur besonders bedeutende Rechtsgüter schützt, sondern auch „das allgemeine Bewußtsein von Recht und Unrecht am deutlichsten prägt“.⁵² Und die Tötung von grundrechtlich stark geschütztem Leben, unter das eben auch das

⁴⁷ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1756).

⁴⁸ Vgl. BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1756 f.): Das BVerfG erkennt diesen Argumentationsansatz an (gleichwohl es diese Frage als wissenschaftlich umstritten darstellt) und erlegt dem Gesetzgeber im Weiteren eine „Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht“ auf, um die Wirkung der Beratungspraxis zu kontrollieren und ggf. anzupassen.

⁴⁹ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1757).

⁵⁰ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1758).

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1758).

⁵² BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1758).

ungeborene schon falle, sei eben *immer Unrecht*.⁵³ Vom Strafrecht soll also eine *Signalwirkung in die Gesellschaft* ausgehen, dass das werdende Leben ab Zeitpunkt der Nidation schützenswert ist und seine in Rede stehenden Rechtsgüter die der Frau überwiegen. Zudem komme dem Strafrecht durch seine „Durchschlagskraft“ eine Wirkung zu, die sich nicht allein auf das Strafrecht beschränken ließe, sondern vielmehr die gesamte Rechtsordnung beeinflussen würde: Die Rechtswidrigkeit würde *in andere Rechtsgebiete ausstrahlen*, was für den umfassenden Schutz des werdenden Lebens sehr wichtig sei.⁵⁴

b) Notwendigkeit einer objektiven Indikationsprüfung

In dieser Absolutheit stimmt das aber natürlich nicht: Es gibt anerkannte Ausnahmen, nämlich Indikationsgründe, die den Schwangerschaftsabbruch rechtfertigen. Was spricht dann dagegen, dass die Schwangere sich in der Frühphase der Schwangerschaft nach einer Beratung selbst indiziert, wohlwissend dass sie höchstpersönlich eine enorme Konfliktsituation bewältigen muss? Hiergegen führt das BVerfG an, dass Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs zwingend einer *objektiven Feststellung ihrer Voraussetzungen* bedürfen: Diese Prüfung müsse durch staatliche Organe, etwa Gerichte, erfolgen, denn „die Frauen würden sonst in eigener Sache über Recht und Unrecht befinden. Das läßt der Rechtsstaat auch und gerade in der besonderen Situation der Zweiheit in Einheit nicht zu.“⁵⁵ Gerade wegen der besonderen Beziehung von Mutter und ungeborenem Kind, die sowohl Schutz als auch Gefährdung mit sich bringe, dürfe die Feststellung einer rechtfertigenden Notlage nicht allein der Mutter überlassen werden, da sonst „ein Mindestmaß an rechtlichem Schutz nicht mehr gewährt“ sei.⁵⁶

c) Ablehnung genereller Erfahrungsgrundsätze zur Notlage

Dass die Beratung und das ärztliche Gespräch regelmäßig sicherstelle, dass Frauen nur bei Vorliegen einer unzumutbaren Notlage einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen würden, verneint das BVerfG. Ein solcher Erfahrungssatz bestehe nicht; vielmehr spräche die anhaltend hohe Zahl von Schwangerschaftsabbrüchen dagegen, dass Frauen ausschließlich bei unzumutbaren Belastungen abtreiben.⁵⁷ Ohne die *individuelle Feststellung einer konkreten Notlage* würde dem

⁵³ BVerfG, Urt. v. 25.2.1975, NJW 1975, 573 (576).

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1758).

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1758 f.).

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1758 f.).

⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1759).

Lebensschutz somit nicht ausreichend Rechnung getragen, da die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Abbruch nicht pauschal angenommen werden könnten.⁵⁸

d) Erfolgswirkung der Beratung durch die Illegalität

Das BVerfG zeigt sich überzeugt, dass der Erfolg der Beratung nicht dann am größten sei, wenn im Anschluss der Schwangerschaftsabbruch automatisch gerechtfertigt werden würde, vielmehr würde es „einer auf den Schutz des ungeborenen Lebens zielenden Beratung eher abträglich sein, wenn die Rechtsordnung ohnehin jedes Abbruchverlangen nach Beratung erlaube“.⁵⁹ Die Klarheit eines prinzipiellen Verbots, verbunden mit der Möglichkeit einer strafffreien, aber nicht erlaubten Durchführung des Abbruchs nach Beratung, sei *vielmehr geeignet, das Rechtsbewusstsein und die Verantwortung der Frau zu stärken*. Eine gegenteilige Regelung würde hingegen das notwendige Bewusstsein für den Wert des ungeborenen Lebens nachhaltig schwächen.⁶⁰

e) Zwischenfazit

Zusammenfassend: Jede Tötung müsse zu jedem Zeitpunkt des Lebens grundsätzlich verboten sein. Dies habe Signalwirkung an die Bevölkerung sowie Ausstrahlungswirkung auf die anderen Rechtsgebiete. Ausnahmen dürfe es nur nach engen Maßstäben geben, die objektiv und staatlich legitimiert festgestellt werden müssten. Diese Feststellung dürfe deshalb nicht von der Frau selbst getroffen oder durch allgemeine Erfahrungssätze substituiert werden. Zudem erlangt erst durch das Verbot die Beratung ihren Wirkungserfolg.

5. Kritik an der vom BVerfG definierten staatlichen Schutzpflicht für das ungeborene Leben

Die Herleitung der zwangsläufigen Illegalität des Schwangerschaftsabbruchs erscheint auf den ersten Blick als kohärentes Gebäude, dessen tragende Wände aus Menschenwürde, Lebensschutzpflicht und Beratungsprinzip errichtet wurden. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass etliche Vorgaben weniger zwingend verfassungsrechtlich geboten sind, als vielmehr politisch akzentuierte Wertentscheidungen darstellen – Entscheidungen also, die eigentlich dem unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber zufallen.

⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1759).

⁵⁹ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1759 f.).

⁶⁰ BVerfG, Urt. v. 29.5.1993, NJW 1993, 1751 (1759 f.).

Zunächst die behauptete „Durchschlagskraft“ des Strafrechts. Das BVerfG setzt darauf, dass eine fortbestehende Illegalität des nicht-indizierten Frühabbruchs ein unmissverständliches gesellschaftliches Signal aussendet und so den Lebensschutz faktisch stärkt. Doch ob Strafandrohung tatsächlich Abschreckungs- oder Präventionswirkung entfaltet, ist in erster Linie eine empirisch-kriminalpolitische Frage. Die seit Jahrzehnten relativ konstanten Abbruchzahlen und die äußerst geringe Zahl einschlägiger Strafverfahren legen nahe, dass die normative Strahlkraft des § 218 StGB eher symbolischer Natur ist. Ob man Lebensschutz besser über sozialpolitische Förderungen, flächendeckende Beratungsangebote oder über das Strafrecht realisiert, ist letztlich eine politische Kosten-Nutzen-Abwägung – keine aus der Verfassung zwingend ableitbare Antwort.

Auch bei der Objektivierung der Indikation überschreitet das Gericht die Schwelle vom verfassungsrechtlich Notwendigen zum politisch Gewollten. Gewiss ist es legitim, in extremem Konfliktlagen eine externe Prüfung vorzusehen; aber ob jede Frau in der Frühphase zwingend eine Fremdbestätigung ihrer Notlage benötigt, berührt die Grundfrage, wie weit der Staat in den höchstpersönlichen Entscheidungsraum eingreifen darf. Das Gericht stützt seine Forderungen auf rechtsstaatliche Grundsätze, bleibt indes die praktische Handhabe schuldig: Wer soll, mit welchen Kriterien, in welcher Tiefe prüfen, ob eine seelische oder soziale Ausnahmesituation „unzumutbar“ ist? Ohne klare verfassungsrechtliche Standards droht ein Scheinkonsens, der letztlich doch auf die Selbsteinschätzung der Betroffenen hinausläuft. Auch hier wäre Raum für differenzierte gesetzgeberische Modelle – etwa eine ärztlich begleitete Selbstverantwortungslösung –, ohne den verfassungsrechtlichen Kernschutz preiszugeben.

Besonders deutlich wird der politische Charakter der Entscheidung im Passus zur Beratung. Das Gericht behauptet, der Erfolg des Beratungsmodells setze voraus, dass der folgende Abbruch illegal bleibt; nur dann könne die Beratung „positive Voraussetzungen“ schaffen. Diese These ist – man muss es so sagen – eine reine Hypothese. Erfahrungen aus Ländern mit liberaleren Regelungen zeigen, dass freiwillige bzw. ergebnisoffene Beratung bei voller Legalität hohe Akzeptanz und beachtliche Erfolgsquoten erzielt. Ob Illegalität die Verantwortungsbereitschaft steigert oder vielmehr Scham, Schuld und Verheimlichung begünstigt, lässt sich sachlich diskutieren – normativ jedoch sollte der Gesetzgeber entscheiden, welchen Weg er für wirkungsvoller hält.

Schließlich die Schutzpflicht-Dogmatik: Karlsruhe spannt sie so eng, dass der Spielraum des Gesetzgebers, eigene Prioritäten zu setzen, faktisch auf ein Minimum schrumpft. Dabei erkennt das Gericht selbst an, dass „Art und Umfang des Schutzes im Einzelnen zu bestimmen“ Aufgabe des Gesetzgebers ist. Wenn es kurz darauf detailliert vorgibt, dass ein Rechtfertigungsgrund für den Frühabbruch verfassungswidrig sei, während ein Tatbestandsausschluss zulässig bleibe, ersetzt er eine politische Abwägung durch eine richterliche Feinkonstruktion. Gerade weil die Abwägung tragende Verfassungsgüter berührt, müsste sie demokratietheoretisch beim parlamentarischen Gesetzgeber liegen, der in einem offenen Diskurs Mehrheiten organisieren und Regelungen fortlaufend an neue medizinische, soziale oder kulturelle Erkenntnisse anpassen kann.

Kurzum: Das BVerfG hat mit seinem Urteil einen klar umrissenen Schutzrahmen gezogen. Doch die Mauersteine dieses Rahmens tragen deutlich die Handschrift politischer Präferenzen. Nur es selbst weiß, wann der Gesetzgeber nicht mehr „in vertretbarer Weise“ schützt. Eine fundierte juristische Überprüfung dieses Maßstabs ist kaum möglich, sodass dieser Gegenstand der (politisch abzuwägenden) Empirie wird.

Wo das Gericht normativ enger wird, als das Grundgesetz es erzwingt, verengt es zugleich den Raum, in dem demokratische Politik evidenzbasierte, pluralitätsfähige Lösungen entwickeln kann. Wenn eine Veränderung des Schwangerschaftsabbruchsrechts politisch gewünscht ist, sollte der Gesetzgeber deshalb nicht davor zurückschrecken, die Karlsruher Vorgaben kritisch daraufhin zu prüfen, welche von den Schutzvorgaben tatsächlich verfassungsrechtliche Sockel sind – und ob der Schutz des ungeborenen Lebens nicht durch alternative Konzepte noch besser erreicht werden kann als durch die strafrechtliche Missbilligung der Frau.

Literaturverzeichnis

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Berlin 2020.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Wissenschaft Politik Verfassungsgericht, Berlin 2019.

Dreier Grundgesetz Kommentar Bd. I Artikel 1–19, Dreier, Horst (Begr.)/Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.), 4. Auflage, Tübingen 2023.

Grimm, Dieter, Die Zukunft der Verfassung II, Berlin 2023.

Grimm, Dieter, Die Zukunft der Verfassung, Berlin 2020.

Kelsen, Hans/Jestaedt, Matthias (Hrsg.), Reine Rechtslehre Studienausgabe der 1. Auflage 1934, Tübingen 2008.

Möllers, Christoph, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht Eine kritische Bilanz nach 60 Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2019, 281–422.

Schlink, Bernhard, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, 457–468.

Schmid, Carlo, Was heißt eigentlich: Grundgesetz? in: Wagner, Johannes Volker (Bearb.)/Wernicke, Kurt Georg, Der Parlamentarische Rat 1948–1949; Akten und Protokolle 9 Plenum, Boldt 1996, S. 21–45.

Reformbedarf in der Lebendorganspende? – Eine Neubewertung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG

Vivienne Essig*

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
vivienne.essig@gmx.de

Abstract

Durch den weltweit expandierenden Organbedarf besteht schon seit langer Zeit keine Möglichkeit, die Transplantationsnachfrage durch postmortal gespendete Organe zu decken.¹ Die Lebendorganspende – bei der Spender ihre Organe zu Lebzeiten zur Verfügung stellen – bietet daher aus medizinischer Sicht einen vielversprechenden Ansatz, um der Organknappheit entgegenzuwirken.² Um größtmögliche Rechtssicherheit zu schaffen und das Individuum zu schützen, hat der Gesetzgeber die Organtransplantation durch das am 01.12.1997 in Kraft getretene Transplantationsgesetz (TPG) normiert und dadurch die Lebendorganspende reguliert.³ In diesem Beitrag findet eine kritische Auseinandersetzung mit § 8 Abs. 1 S. 2 TPG statt, der die Lebendorganspende auf Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, eingetragene Lebenspartner, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender⁴ in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen, begrenzt.

* Vivienne Essig ist studentische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Privat- und Verfahrensrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Gedankt wird Gesa Schlömer für ihre Unterstützung.

¹ *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 3 f.; *Schulz/Kröncke*, in: May et al. (Hrsg.), Patientenverfügungen, S. 413 (414).

² *Frei*, Stellungnahme zum Fragenkatalog der öffentlichen Anhörung „Organlebendspende“ der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages am 1. März 2004, Berlin 2004, S. 3; *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 3 f.

³ BT-Drs. 13/4355, S. 2; BT-Drs. 15/5050, S. 7.

⁴ Zur besseren Lesbarkeit wird das generische Maskulinum verwendet. Die verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich dabei auf alle Geschlechter.

I. Einleitung

Seit Inkrafttreten des TPG haben sich die medizinischen Möglichkeiten rasant weiterentwickelt. Doch obwohl die Lebendorganspende mittlerweile ein klinisch anerkanntes Verfahren ist, durch das in Deutschland hauptsächlich Nieren sowie Teile der Leber transplantiert werden,⁵ birgt sie als chirurgischer Eingriff operative Risiken.⁶ Trotz dieser Risiken ist zu betonen, dass zwei Drittel der postmortal gespendeten Organe durch medizinische Maßnahmen oder Verletzungen vor Todeseintritt geschädigt werden,⁷ während die Lebendorganspende durch ihre Planbarkeit im Voraus einen optimalen Transplantationserfolg sicherstellt.⁸ Dadurch drängt sich immer mehr die Frage auf, ob die Beschränkungen des Gesetzgebers im TPG noch zeitgemäß sind oder eine Anpassung dringend geboten ist.

II. Auslegung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG

Beim Lesen des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG dürfte man schnell über die Möglichkeit der Lebendspende an Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen, stolpern. Dieser Auffangtatbestand dient dem Gesetzgeber als Öffnungsklausel,⁹ um moderne Formen des Zusammenlebens sowie emotionale Verwandtschaft unter die Lebendspende zu fassen.¹⁰

1. Die besondere persönliche Verbundenheit

Eine allgemeine Definition des besonderen persönlichen Näheverhältnisses zwischen Spender und Empfänger findet sich nicht. Als klassischen Fall einer besonderen persönlichen Nähebeziehung führt der Gesetzgeber Partner einer auf Dauer angelegten, also nicht nur befristeten oder zufälligen, häuslichen Lebensgemeinschaft an.¹¹ Dahinter steht die Vermutung, dass eine solche Verbindung in der Regel auf eine gemeinsame Lebensplanung gerichtet ist.¹²

⁵ Schulz/Kröncke, in: May et al. (Hrsg.), *Patientenverfügungen*, S. 413 (414); Opper, *Die gerechte und rechtmäßige Verteilung knapper Organe*, S. 99; Seidenath, *MedR* 1998, 253.

⁶ BT-Drs. 15/5050, S. 7; Lopp, *Regulations Regarding Living Organ Donation in Europe*, S. 6; Schulz/Kröncke, in: May et al. (Hrsg.), *Patientenverfügungen*, S. 413 (416); Wittke, *VersR* 2017, 1181.

⁷ Ludwig, *Die Notwendigkeit der rechtlichen Harmonisierung der Lebendorganspende*, S. 26.

⁸ Baumann, *Ethik Med* 1998, 43; Hamza/Fornara, in: Lilie et al. (Hrsg.), *Organtransplantation*, S. 97 (100); Oduncu, in: Schroth et al. (Hrsg.), *TPG, Einleitung Rn. 41*, § 8 Rn. 12.

⁹ Ulsenheimer/Gaede, *Arztstrafrecht in der Praxis*, § 4 Rn. 302.

¹⁰ Augsberg, in: Höfling, *TPG*, § 8 Rn. 62; Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, in: *TPG*, § 8 Rn. 14.

¹¹ vgl. BT-Drs. 13/4355, S. 14; Hagen, *Die rechtlichen und ethischen Probleme der Cross-over-Lebendspende*, 189 f.

¹² Heuer/Conrads, *MedR* 1997, 195 (201); Schroth, *MedR* 1999, 67 (68).

Zugleich hat der Gesetzgeber eingesehen, dass eine häusliche Gemeinschaft kein zwingender Indikator für ein Näheverhältnis ist – so beispielsweise bei einer Zweckwohngemeinschaft unter Studenten. Aufgrund dessen bezieht er den Begriff auch auf Personen, die in räumlicher Trennung leben.¹³ Als Beispiel dazu führt er die enge Beziehung von Freunden mit häufigem Kontakt über einen langen Zeitraum an. Der persönliche Charakter der Beziehung steht dabei im Vordergrund. Verpflichtungen aus ökonomischen Gründen und ein gesellschaftlicher Umgang, der lediglich auf einen bestimmten Lebensbereich beschränkt ist, werden dabei ausgeschlossen. Lose Freundschaften oder ein freundschaftliches Verhältnis zwischen Arbeitskollegen genügen demnach nicht. Vielmehr ist ähnlich wie bei der Garantenpflicht auf eine Einstellungs- und Beistandspflicht abzustellen, die sich aus dem Gefühl der Zusammengehörigkeit und Verantwortung ergibt.¹⁴

2. Die Offenkundigkeit

Für den Gesetzgeber dient der häufige Kontakt dabei als Indiz für die Offenkundigkeit des Näheverhältnisses. Sicherlich kann mangelnder Kontakt in vielen Fällen als Anhaltspunkt für ein fehlendes Näheverhältnis gedeutet werden, allerdings kann auch nicht jeder häufig bestehende Kontakt als Ausdruck von Freundschaft verstanden werden. Vielmehr ist festzuhalten, dass die Offenkundigkeit eines Näheverhältnisses und die dahinterstehende Motivation in den seltensten Fällen aussagekräftig ist.¹⁵

Die Gesetzesformulierung überzeugt an dieser Stelle kaum. Der Gesetzgeber hat bei der häuslichen Lebensgemeinschaft selbst gesehen, dass äußerlich sichtbare Tatsachen kein Näheverhältnis begründen, diese Kritik jedoch für die Bestimmung der Offenkundigkeit nicht umgesetzt. Folglich wird man aus der Norm des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG nur ableiten können, dass der Gesetzgeber strenge Anforderungen an das Vorliegen einer besonderen persönlichen Verbundenheit stellt und diese nach Möglichkeit so offensichtlich sein sollte, dass sie für Außenstehende sichtbar ist.¹⁶

¹³ BT-Drs. 13/4355, S. 21.

¹⁴ BT-Drs. 13/4355, S. 21.

¹⁵ Gutmann/Schroth, Organlebenspende in Europa, S. 16; Hoyer, in: Kreß/Kaatsch (Hrsg.), Ethische und sozialpolitische Aspekte der Lebenspende von Organen, S. 129 (134).

¹⁶ Schreiber, Die gesetzliche Regelung der Lebenspende, S. 126.

III. Der Ausschluss von Crossover-Spenden durch § 8 Abs. 1 S. 2 TPG

Durch die Restriktion des Spenderkreises in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, die Freiwilligkeit der Organspende zu sichern und den Spender vor Gefahren, wie dem Organhandel oder widerwilligen Entscheidungen in Drucksituationen, zu schützen.¹⁷ Dahinter steht der Gedanke, dass eine Spende an eine nahestehende Person stets altruistisch und damit unentgeltlich und freiwillig erfolgt.¹⁸ Allerdings führt die Begrenzung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG durch die häufige Blutgruppen- und Antigeninkompatibilität innerhalb von Familien zu einer umfassenden Eingrenzung des Spenderkreises bei der Lebendspende.¹⁹

Insbesondere die Crossover-Spende wird dadurch ausgeschlossen. Dabei handelt es sich um eine direkte Lebendspende, bei der die Spende an eine nahestehende Person aufgrund von Organinkompatibilität nicht möglich ist. Das Organ wird daher vom Spender auf einen passenden Empfänger eines zweiten Spenderpaares übertragen, das untereinander ebenfalls nicht kompatibel ist. Im Gegenzug gibt der Spender des zweiten Paares sein Organ dem Empfänger des ersten Paares. In der Praxis wird die Crossover-Spende meistens zwischen Ehegatten durchgeführt.²⁰ Im Regelfall werden die Ehepartner einander unbekannt sein und sich erst über die Suche nach einem passenden Spenderorgan kennenlernen. Es besteht demnach lediglich ein zweckgerichteter Kontakt zwischen den Ehepaaren, bei dem der Zweck die Erreichung der Spende für den eigenen Ehepartner darstellt und bei dem ein persönliches Näheverhältnis zwischen Spender und Empfänger nicht intendiert ist.²¹

Allerdings dürfte ein Ausschluss der Crossover-Spende nicht der Zielrichtung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG entsprechen. Die Freiwilligkeit der Organspende ist hier grundsätzlich genauso wie bei einer unmittelbaren Spende für den eigenen Ehepartner einzuschätzen. In beiden Fällen erfolgt die Spende aufgrund des Wunsches der nahestehenden Person eine Chance auf Heilung zu ermöglichen. Die auf den Spender

¹⁷ BT-Drs. 13/4355, S. 20 f.; *Bachmann/Bachmann*, MedR 2007, 94 (95); *Müller*, in: Settmacher/Rauchfuß (Hrsg.), Organtransplantation mit Lebendspende, S. 14.

¹⁸ BVerfG, NJW 1999, 3999 (3402); vgl. *Augsberg*, in: Höfling (Hrsg.), TPG, § 8 Rn. 51.

¹⁹ *Bachmann/Bachmann*, MedR 2007, 94 (95); *Neft*, NZS 2004, 519 (520); *Oppel*, Die gerechte und rechtmäßige Verteilung knapper Organe, S. 298.

²⁰ aerzteblatt.de v. 27.4.2023, Crossover-Lebendnierenspende könnte Transplantationszahl deutlich erhöhen, www.aerzteblatt.de/nachrichten/142712 (Stand: 27.4.2023); *Kübler/Ockenfels*, MedR 2020, 89 (90); *Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften*, Lebendspende von soliden Organen, Bern 1.6.2023, S. 11.

²¹ *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende, S. 129.

einwirkenden Einflüsse und Zwänge sind dabei nicht größer als bei der direkten Spende. Dennoch ist die Crossover-Spende bislang verboten.²²

In der Literatur gibt es vereinzelte Ansätze, die Crossover-Spende unter den Wortlaut des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG zu fassen. Zum Teil wird eine teleologische Reduktion des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG vorgenommen, nach der jeweils das besondere persönliche Näheverhältnis zwischen den Ehegatten untereinander als Näheverhältnis i.S.d. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG genügt und auf das Verhältnis zwischen den Ehepaaren ausgeweitet wird.²³ Eine andere Ansicht stellt auf das Bestehen einer sogenannten „Schicksalsgemeinschaft“ der Ehepaare ab. Dahinter steht die Überlegung, dass sie durch ihre Suche nach einem Organ verbunden sind und im übertragenen Sinn dasselbe Schicksal teilen.²⁴

Beide Ansätze verstoßen allerdings ausdrücklich gegen den Wortlaut des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG, der ein bestehendes Näheverhältnis zwischen Spender und Empfänger fordert.

IV. Rechtsprechung und parlamentarische Debatten

1. Entscheidung des BVerfG vom 11.8.1999

Das BVerfG wies die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 8 Abs. 1 S. 2 TPG durch die Nichtannahme der Verfassungsbeschwerden vom 11.8.1999 ab.²⁵ Ein in absehbarer Zeit nicht weiter dialysierbarer Patient wurde mithilfe eines Computerprogramms als Empfänger einer Spenderniere ausgewählt. Dem Spender der Niere war der Empfänger bis dahin unbekannt. Im Kern ging es um die Frage, ob die Beschränkung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG gegen das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 1 GG des Empfängers sowie die allgemeine Handlungsfreiheit des potentiellen Spenders aus Art. 2 Abs. 1 GG verstößt.²⁶ Der bloße Nichtannahmebeschluss entfaltet nach § 31 Abs. 1 BVerfGG keine Bindungswirkung, wodurch die Verfassungsmäßigkeit des § 8 TPG mit der Entscheidung nicht festgestellt wurde. Dennoch stieß die inhaltliche Auseinandersetzung der Entscheidung mit § 8 Abs. 1 S. 2 TPG in der Literatur auf Kritik.²⁷

²² Ach/Anderheiden/Quante, Ethik der Organtransplantation, S. 196; Hagen, Die rechtlichen und ethischen Probleme der Cross-over-Lebendspende, S. 379.

²³ Edelmann, VersR 1999, 1065 (1067).

²⁴ Seidennath, MedR 1998, 253 (256).

²⁵ BVerfG, Urt. v. 11.8.1999, NJW 1999, 3399.

²⁶ BVerfG, Urt. v. 11.8.1999, NJW 1999, 3399.

²⁷ Gutmann, NJW 1999, 3387; Gutmann/Schroth, Organlebenspende in Europa, S. 24.

Zum einen verneinte die Kammer in ihrer Entscheidung die Selbstbetroffenheit des Empfängers, da die Einschränkung in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG den potentiellen Organempfänger nur aus Reflexwirkung berühre. Sinn und Zweck der Einschränkung des Spenderkreises sei die Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen, um mögliche Unsicherheiten zu kompensieren, die einer Lebendspende entgegenstehen.²⁸ Hinsichtlich einer Grundrechtsverletzung genüge zwar die mittelbar hervorgerufene Verletzung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, ein Eingriff könne jedoch ebenfalls durch die staatliche Schutzpflicht gerechtfertigt werden.²⁹ Darüber hinaus bestätigte das BVerfG, dass durch § 8 Abs. 1 S. 2 TPG weder ein Verstoß gegen das Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG, noch ein Verstoß gegen das Bestimmtheitserfordernis des Art. 103 Abs. 2 GG vorläge.³⁰

2. Ein Schritt Richtung Liberalisierung – Die Entscheidung des BSG vom 10.12.2003

Während eine aktuellere Entscheidung des Sozialgerichts Berlin aus dem Jahr 2019 zu § 8 Abs. 1 S. 2 TPG rund 20 Jahre später noch immer die Entscheidung des BVerfG bestätigt,³¹ lässt eine Entscheidung des 9. Senats des Bundessozialgerichts (BSG) aus dem Jahr 2003 Spielraum für eine Legalisierung der Crossover-Spende.

Der Entscheidung des BSG ging eine Entscheidung des Landessozialgerichts NRW (LSG NRW) zu der Frage der Zulässigkeit der Crossover-Spende voraus. Das LSG NRW hatte über einen Sachverhalt zu entscheiden, in der ein Ehepaar eine Crossover-Spende in der Schweiz durchführen ließ und ihre Krankenversicherung auf eine Verpflichtung zur Kostenübernahme verklagte.³² Das LSG NRW lehnte die Klage mit Verweis auf die Unzulässigkeit der Crossover-Spende nach § 8 Abs. 1 S. 2 TPG ab. Das BSG stimmte dem LSG NRW im Ergebnis zu und lehnte eine Zulässigkeit der Crossover-Spende im konkreten Fall ab, legte den Tatbestand des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG jedoch weit aus.³³ Die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG sollen bei der Crossover-Spende nicht schon deswegen ausgeschlossen sein, weil sich die Paare erst durch die Suche nach einem geeigneten Organspender kennengelernt haben

²⁸ BVerfG, Urt. v. 11.8.1999, NJW, 1999, 3399 (3400).

²⁹ Gutmann, NJW 1999, 3387 (3388); Kauch/Flach/Merkel, Sondervotum BT-Drs. 15/5050, S. 78 f.; Seidenath, MedR 2000, 33 (34); Stark, ZJS 2016, 43 (46 f.).

³⁰ BVerfG, Urt. v. 11.8.1999, NJW 1999, 3399 (3400).

³¹ SG Berlin, Urt. v. 12.3.2019, BeckRS 2019, Rn. 21.

³² BSG, Urt. v. 10.12.2003, NZS 2004, 531; Vorinstanz: LSG NRW, Urt. v. 9.4.2003, MedR 2003, 469.

³³ Gutmann/Schroth, Lebendorganspende, S. 7; Nobra, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin, S. 227; Richter, Strafbarkeit der Beteiligten bei einem Verstoß gegen die Beschränkung des Spenderkreises bei der Lebendorganspende, S. 138.

und das Näheverhältnis nicht schon im Vorfeld besteht. Die Beziehung müsse allerdings darauf angelegt sein, über die Transplantation hinauszugehen. Zwar genüge ein bloßes Kennen nicht, aber das Verhältnis ist nicht zwingend so weit zu fassen, dass von einer gemeinsamen Lebensplanung die Rede ist.³⁴

3. Der rechtspolitische Diskurs im Bundestag

In den vergangenen Jahren gab es immer wieder seitens verschiedener Fraktionen Versuche, eine Liberalisierung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG anzustoßen.³⁵ Zuletzt rückte die AfD die Streitfrage um eine Änderung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG mit einem Antrag vom 26.4.2023 wieder ins Zentrum der rechtspolitischen Diskussion. Ziel des Antrags ist es, die Crossover-Spende von Nieren zu ermöglichen und eine Kostenübernahme durch die gesetzliche Krankenversicherung sicherzustellen.³⁶ Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt.³⁷

V. Lösungswege aus Nachbarländern

Um den Gefahren der Lebendspende gerecht zu werden, haben nahezu alle europäischen Staaten Regelungen zur gesetzlichen Lage erlassen.³⁸ Mittlerweile ist eine generelle Liberalisierungstendenz in den Mitgliedsstaaten zu erkennen.³⁹ Beispiele für europäische Länder, die durch Liberalisierung ihres TPG ein höheres Organaufkommen als bei uns in Deutschland vorzuweisen haben, sind die Schweiz und Österreich.⁴⁰

1. Schweiz

In der Schweiz wird die anonyme Lebendspende praktiziert. Dabei wird bewusst auf eine Beschränkung des Spenderkreises verzichtet. Gespendete Organe werden zunächst anonym in den Pool der Wartenden geleitet⁴¹ und anschließend durch

³⁴ BSG, Urt. v. 10.12.2003, NZS 2004, 531 (534, 536); *Ludwig*, Die Notwendigkeit der rechtlichen Harmonisierung der Lebendorganspende, S.109.

³⁵ BT-Drs. 13/8017; vgl. *Gutmann*, MedR 1997, 147 (148).

³⁶ BT-Drs. 19/7719.

³⁷ BT-Drs. 19/26623, S. 1.

³⁸ *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 41.

³⁹ vgl. *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 10 ff.

⁴⁰ *Bruckmüller*, MedR 2022, 809.

⁴¹ *Gutmann*, MedR 1997, 150; *Ludwig*, Die Notwendigkeit der rechtlichen Harmonisierung der Lebendorganspende, S. 101.

eine Vermittlungsstelle an einen kompatiblen Empfänger auf der Warteliste verteilt.⁴² Zugelassen sind dadurch sowohl Crossover-Spenden,⁴³ die durch eine „Überkreuz-Lebendspende-Verordnung“ ergänzt werden, als auch altruistische Fremdspenden⁴⁴ an unbekannte Empfänger. Durch ein Aufklärungsgespräch wird sichergestellt, dass sich der Spender den Risiken der Spende bewusst ist.⁴⁵

Ein Vorteil der anonymen Lebendspende ist, dass sich Spender und Empfänger nicht in einem Verhältnis von Dankbarkeitserwartung und -verpflichtung gegenüberstehen. Gleichzeitig kann von vorneherein ausgeschlossen werden, dass der Spender seine Entscheidung aus einer Drucksituation heraus trifft. Ihm genügt das Bewusstsein, dass er das Leben eines kranken Menschen durch seine Spende positiv beeinflusst.⁴⁶

2. Österreich

Das öTPG wird im Bereich der Lebendspende an vielen Stellen durch die Regelungen des öStGB als Rahmenbedingungen sowie Verfahrensanweisungen zu den Phasen der Transplantation und generellen medizinischen Leitlinien ergänzt, um maximale Rechtssicherheit zu schaffen und zugleich eine Überregulierung des öTPG zu vermeiden.⁴⁷ § 83 i.V.m. § 84 öStGB regelt dabei die Einwilligung des Spenders in die Körperverletzung, wodurch der Spender vor einer eigenmächtigen aber *lege artis* durchgeführten Heilbehandlungen geschützt wird. Die Einbeziehung des öStGB dient somit vor allem dem Schutz des Spenders.⁴⁸ Entsprechende verfahrensrechtliche Anweisungen verhindern dabei eine gesetzliche Unterregulierung.⁴⁹ Durch den bewussten Verzicht auf ein Näheverhältnis zwischen Spender und Empfänger im Gesetzeswortlaut, ist sowohl die Lebendspende unter Unbekannten als auch die Crossover-Spende möglich. Ein Näheverhältnis wird bei der Crossover-Spende nur zu dem eigenen Partner gefordert und durch ein psychologisches Gut-

⁴² Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 260 f.

⁴³ BT-Drs. 15/5050, S. 83; Dufková, MedR 2000, 408; Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 260 f.; Gutmann/Schroth, Organlebendspende in Europa, S. 73.

⁴⁴ vgl. Artikel 16 Abs. 1, 22 Abs. 2 TPG-CH.

⁴⁵ Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Lebendspende von soliden Organen, Bern 1.6.2023, S. 19.

⁴⁶ Schutzzechel, Das begehrte Gut Organ, S. 146.

⁴⁷ Bruckmüller, MedR 2022, 809 (813, 816).

⁴⁸ Bruckmüller, MedR 2022, 809 (813).

⁴⁹ Bruckmüller, MedR 2022, 809 (816).

achten geprüft. Grund für diese Einschränkung ist die Überlegung, dass die Hemmschwelle für Spender ihre Einwilligung zu widerrufen, durch das Verpflichtungsgefühl dem eigenen Partner gegenüber größer ist.⁵⁰

VI. Warum eine Einschränkung auch in Deutschland (nicht) notwendig ist

1. Sicht des Gesetzgebers

Wie bereits angeschnitten, verfolgt der Gesetzgeber durch die Restriktion des Spenderkreises in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG das Ziel, die Freiwilligkeit der Organspende zu sichern und den Spender vor Gefahren, wie dem Organhandel oder widerwilligen Entscheidungen in Drucksituationen, zu schützen.⁵¹

Die besondere Problematik der Lebendspende ergibt sich daraus, dass sie in die körperliche Unversehrtheit des Spenders nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eingreift und gesundheitliche Risiken birgt, ohne dass ein operativer Eingriff für ihn medizinisch indiziert ist. Das ist insbesondere problematisch, da nur der Empfänger von der Spende profitiert.⁵² Zugleich wird die Handlungsfreiheit des Spenders nach Art. 2 Abs. 1 GG eingeschränkt, indem ihm die Entscheidung genommen wird, selbstbestimmt darüber zu entscheiden, ob er das Risiko einer Lebendspende eingehen möchte. Selbstgefährdendes Handeln schließt grundrechtlichen Schutz schließlich nicht aus.⁵³ Auf der anderen Seite wird dem Empfänger durch ein Verbot der Spende die Möglichkeit auf Heilung und damit das Recht der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verwehrt.⁵⁴

§ 8 Abs. 1 S. 2 TPG ist somit der Kompromiss des Gesetzgebers die Interessen des Spenders und Empfängers mit seinen Schutzpflichten in Einklang zu bringen. Gegen eine Ausweitung der geltenden Regeln wird vielfach das Argument gebraucht, dass die Crossover-Spende im Endeffekt nur eine versteckte Form des Organhandels ist. Denn selbst wenn in diesen Fällen kein Geld fließt, wird eine prototypische Marktsituation geschaffen.⁵⁵

⁵⁰ Bruckmüller, MedR 2022, 809 (815).

⁵¹ BT-Drs. 13/4355, S. 14.

⁵² BT-Drs. 13/4355, S. 20; Besold/Rittner, MedR 2005, 502 (503); Schulz/Kröncke, in: May et al., 413 (415); Spickhoff, NJW 2006, 2075.

⁵³ BVerfG NJW 1999, 3399 (3401); Gutmann, ZPR 1994, 111 (114).

⁵⁴ Richter, Strafbarkeit der Beteiligten bei einem Verstoß gegen die Beschränkung des Spenderkreises bei der Lebendorganspende, S. 42; Schroth, JZ 1997, 1149 (1152).

⁵⁵ Hagen, Die rechtlichen und ethischen Probleme der Cross-over-Lebendspende, S. 377 ff.

2. Sicht der Reformbefürworter

Gegen eine derart weitreichende Schutzpflicht des Staates spricht, dass gefährliche Handlungen im medizinischen Bereich und Alltag nicht grundsätzlich verboten sind. Beispielsweise sind der Konsum von Alkohol oder das Ausüben von Extremsportarten erlaubt.⁵⁶ Auch der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit wird bei einem Suizidversuch oder bei einem Arzt, der eine passive oder indirekte Sterbehilfe durchführt, nicht mehr strafrechtlich belangt.⁵⁷

Auch das Argument, es würde sich bei einer Crossover-Spende um eine Form des Organhandels handeln, überzeugt nicht.⁵⁸ Das Verbot des Organhandels ist explizit in § 17 TPG geregelt. Voraussetzung dafür ist, dass Handel getrieben wird. Im Gesetzesentwurf wird Handel treiben als jede eigennützige und auf Güterumsatz gerichtete Tätigkeit verstanden. Als eigennützig wird dabei jedes Verhalten ausgelegt, das nicht ausschließlich altruistisch motiviert ist.⁵⁹ Im Ergebnis ist die Crossover-Spende mit dem Ziel, die Gesundheit des eigenen Partners zu verbessern, eigennützig.⁶⁰ Die Gefährlichkeit eines Organhandels resultiert jedoch gerade durch ein Ungleichgewicht in der Machtverteilung, durch die eine Freiwilligkeit der Parteien nicht sichergestellt werden kann, und ist daher nur dann gegeben, wenn sich die Paare in einem Subordinationsverhältnis gegenüberstehen.⁶¹

Beide Ehepaare stehen sich bei der Crossover-Spende in der gleichen Situation gegenüber. Jeweils der eine Ehegatte benötigt dringend ein transplantiertes Organ, das der jeweils andere Ehepartner der anderen Ehe spenden kann. Damit sind die Machtverhältnisse auf beiden Seiten gleich verteilt. Die Paare begegnen sich viel mehr als gleichberechtigte Geschäftspartner und die Spenden kompensieren sich gegenseitig vollständig. Die Gefahr einer Ausnutzung der schwächeren Partei und somit auch die Gefahr eines Organhandels kann vollständig ausgeschlossen werden.⁶²

⁵⁶ Hoyer in: Kreß/Kaatsch, Menschenwürde, Medizin und Bioethik, 128 (135).

⁵⁷ Kreß, ethica 8, 179 (182).

⁵⁸ Gutmann, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 16; Nickel/Preisigke, MedR 2004, 307 (308).

⁵⁹ BT-Drs. 13/4355, S. 30.

⁶⁰ Eibach, ZfME 1999, 217 (224); Gragert, Strafrechtliche Aspekte des Organhandels, S. 66; Schroth, in: Gutmann et al. (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, S. 115, (128); Bernsmann/Sickor, in: Höfling (Hrsg.), TPG, § 18 Rn. 3.

⁶¹ Hagen, Die rechtlichen und ethischen Probleme der Cross-over-Lebendspende, S. 379.

⁶² BT-Drs. 15/5050, S. 82; Ach/Anderheiden/Quante, Ethik der Organtransplantation, S. 196; Hagen, Die rechtlichen und ethischen Probleme der Cross-over-Lebendspende, S. 379.

3. Der bioethische Standpunkt

Damit bleibt der Dreh- und Angelpunkt der Diskussion, wie die angesprochenen Rechtsgüter in optimalen Einklang gebracht werden können, weiterhin ungeklärt. Diese Fragestellung berührt in besonderem Maße auch ethische Grundprinzipien, für deren Erläuterung auf die vier integrativen Prinzipien in der Medizinethik, welche in den 1970er Jahren von Beauchamp und Childress entwickelt wurden, zurückgegriffen wird.⁶³ Da Prinzipien keinen absoluten Charakter haben, sind sie durch individuelle Vorrangregelungen so ins Verhältnis zu setzen, dass alle Prinzipien in möglichst hohem Maße realisiert werden können.⁶⁴

a) Die Selbstbestimmung

Beauchamp definiert Selbstbestimmung als Freiheit von äußerem Zwang und das Vorhandensein von kritischen geistigen Fähigkeiten, sich freiwillig zu entscheiden.⁶⁵ Es gibt keine offiziellen Studien, die eine Kausalität zwischen der Freiwilligkeit der Spende und einer persönlichen Verbundenheit zum Empfänger belegen.⁶⁶ Viel eher ist anzunehmen, dass die meisten Spender einen höheren psychosozialen Druck und Loyalitätskonflikte verspüren, wenn sie einer nahestehenden Person ein lebensrettendes Organ versagen und dabei mit einem Zerwürfnis rechnen müssen.⁶⁷ Es ist belegt, dass die tägliche Konfrontation mit der Krankheit einer nahestehenden Person und das Verantwortungsgefühl ihr gegenüber letztlich entscheidende Beweggründe für die Lebendorganspende darstellen.⁶⁸ Das Gefühl der Verantwortlichkeit steigt proportional zur Nähe der Beziehung.⁶⁹ Seitens des Empfängers kann es durch die Annahme der Spende zu einem Abhängigkeitsverhältnis oder Schuldgefühlen kommen.⁷⁰

Dagegen kann angebracht werden, dass aufgrund der Komplexität von sozialen Beziehungen Freiwilligkeit als solche nahezu ausgeschlossen ist und es dem Gesetzgeber daher maßgeblich um die Gewährleistung der von außen kontrollierbaren Unterscheidung zwischen altruistischen Motiven in Abgrenzung zum Organhandel

⁶³ *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, S. 12 f., 15, 23.

⁶⁴ *Hoyer*, in: *Kreß/Kaatsch* (Hrsg.), Menschenwürde, Medizin und Bioethik, S. 129 (129 f.); *Schroth*, in: *Schroth et al.* (Hrsg.), Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, S. 79 (81).

⁶⁵ *Beauchamp*, in: *Biller-Andorno et. al.* (Hrsg.), Medizinethik, S. 71 (74).

⁶⁶ *Kreß*, *ethica* 8, 179 (180).

⁶⁷ *Breyer*, *ZfME* 2002, 111 (120); *Gutmann*, *ZRP* 1994 111 (112); *Heuer/Conrads*, *MedR* 1997, 195 (201); *Neft*, *NZS* 2010, 16 (22).

⁶⁸ *Wöhlke*, *Geschenkte Organe?*, S. 162 f.; *Wöhlke/Motakef*, in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 401 f.

⁶⁹ *Schutzzeichel*, *Das begehrte Gut Organ*, S. 89.

⁷⁰ *Kreß*, *ethica* 8, 179 (180); *Schutzzeichel*, *Das begehrte Gut Organ*, S. 89.

geht.⁷¹ Auch dieser Einwand überzeugt nicht vollständig. Es kann schließlich auch im familiären Bereich kaum kontrolliert werden, ob der Spender eine Zuwendung durch Zahlung oder die Aufnahme in das Testament des Empfängers erhält.⁷²

b) Das Schadensverbot und die Fürsorge

Das Schädigungsverbot findet sich vor allem im Grundsatz *primum nihil nocere* des hippokratischen Eides, der dem Arzt schädigende Handlungen am Patienten verbietet. Dieses wird durch das Gebot des Patientenwohls *salus aegroti suprema lex* ergänzt, in dem die Fürsorge für den Patienten normiert wird.⁷³ Daher sind beide Prinzipien gemeinsam zu betrachten.

Nach heutiger Auffassung lässt sich das Recht auf körperliche Integrität in körperbezogene und wertbezogene Interessen unterteilen, die in ihrer Gesamtheit die Lebensvorstellung eines Individuums begründen.⁷⁴ Heute gilt der allgemeine Grundsatz, die Autonomie des Spenders zu respektieren und sein Recht zu erhalten, über die wertbezogenen Interessen seiner körperlichen Integrität eigenverantwortlich zu entscheiden.⁷⁵ Dies gilt umso mehr, wenn das Gesundheitsrisiko für den Spender nur minimal ist und diese im Verhältnis zum Wohl des Empfängers nicht allzu schwerwiegend betroffen ist.⁷⁶ Hinzu kommt der psychologische Mehrwert für den Spender durch das Wissen, zur Heilung eines anderen Menschen beigetragen zu haben.⁷⁷ Es ist somit legitim, der Autonomie des Spenders einen möglichst hohen Wert zuzumessen und ihm eine Entscheidung über das eigene Gesundheitsrisiko einer Spende zuzumuten.

c) Die Gerechtigkeit

Im Rahmen des Prinzips der Gerechtigkeit soll erreicht werden, dass vergleichbare Fälle gleich behandelt werden. Als Vergleichspaar dienen dazu Organempfänger, die Angehörige nach § 8 Abs. 1 S. 2 TPG haben, und Organempfänger, die keine entsprechenden Voraussetzungen erfüllen.⁷⁸ Bei Ungleichbehandlungen in der ju-

⁷¹ Hagen, Die rechtlichen und ethischen Probleme der Cross-over-Lebendspende, S. 190.

⁷² Baumann, Ethik Med 1998, 43 (44).

⁷³ Gutmann, ZRP 1994, 111 (113); Icaigic, Die Autonomie des einwilligungsunfähigen Patienten, S. 16; Kreß, ethica 8, 179 (181); Schroth, JRE 2007, 395 (397).

⁷⁴ Schroth, JRE 2007, 395 (397 f.).

⁷⁵ Hoyer, in: Kreß/Kaatsch (Hrsg.), S. 129 (130); Schroth, JRE 2007, 395 (397).

⁷⁶ Beckmann, ZfME 200, 3 (6); Schutzzeichel, Das begehrte Gut Organ, S. 71.

⁷⁷ Schroth, in: Lilie et al. (Hrsg.), Organtransplantation, S. 121; Schutzzeichel, Das begehrte Gut Organ, S. 71 f.

⁷⁸ Schreiber, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende, S. 155.

ristischen Abwägung des Art. 3 Abs. 1 GG hat der Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum. Nicht kontrolliert werden kann daher, ob er die jeweils gerechteste oder zweckmäßigste Regelung getroffen hat.⁷⁹ Da der Gesetzgeber mit der Ungleichbehandlung legitime Ziele verfolgt – nämlich den Organhandel einzudämmen und die Freiwilligkeit der Spende zu gewährleisten –, kann rechtlich nicht von einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gesprochen werden.⁸⁰

Der Ansatz von Beauchamp und Childress unterscheidet sich jedoch maßgeblich von dem juristischen Ansatz, indem er dazu die Theorien des Utilitarismus – größtmöglicher Nutzen für möglichst viele – und des Egalitarismus – bei dem der gleiche Wert aller Menschen und die Chancengleichheit im Vordergrund stehen – kombiniert.⁸¹ Ob eine Person Verwandte hat oder isoliert lebt, ist bis zu einem gewissen Grad von äußeren Faktoren abhängig, wodurch die Wahrscheinlichkeit, eine Spende zu erhalten, prädestiniert ist.⁸² Eine vollständige Angleichung medizinischer Erfolgsaussichten und äußerer Bedingungen für die Lebendspende wird praktisch kaum umsetzbar sein. Allerdings ist es zwingend notwendig eindeutige Rahmenvoraussetzungen für die Lebendspende zu setzen,⁸³ wozu auch eine eindeutige Auslegungsmöglichkeit des Spenderkreises in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG zählen dürfte.

VII. Ein abschließendes Plädoyer für eine Ausweitung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG

Auch wenn sich die Crossover-Spende bislang nicht unter § 8 Abs. 1 S. 2 TPG subsumieren lässt und die Rechtmäßigkeit ihres Verbotes im Hinblick auf den Wortlaut des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG nicht bestritten werden kann, ist eine Liberalisierung des TPG zur Legalisierung der Crossover-Spende erstrebenswert. Zusätzlich wird durch die nur unzureichend ausgearbeitete Bestimmbarkeit des besonderen persönlichen Näheverhältnisses ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit geschaffen. Die Modelle in Österreich oder der Schweiz können als Beispiel herangezogen werden, wie eine Legalisierung der Crossover-Spende – bei gleichzeitigem Ausschluss der Gefahren des Organhandels und einer Gewährleistung der Freiwilligkeit der Spende – aussehen könnte. Letztlich wird dem Empfänger, bei dem eine Spende nach § 8

⁷⁹ BVerfGE 110, 412 (436); *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende, S. 156.

⁸⁰ *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende, S. 156.

⁸¹ *Beauchamp*, in: Biller-Andorno et. al. (Hrsg.), Medizinethik, S. 71 (79 f.); *Schutzzeichel*, Das begehrte Gut Organ, S. 43 f.

⁸² *Oppen*, Die gerechte und rechtmäßige Verteilung knapper Organe, S. 301.

⁸³ *Schutzzeichel*, Das begehrte Gut Organ, S. 226.

Abs. 1 S. 2 TPG ausgeschlossen ist, die Möglichkeit einer Behandlung verwehrt. Dabei handelt es sich bei der Frage, ob nahe Angehörige als Spender in Frage kommen, um einen äußeren Faktor, auf den der Empfänger keinen Einfluss hat. Ganz eindeutig überwiegen die Individualinteressen des Spenders und Empfängers den Nutzen der Beschränkung durch § 8 Abs. 1 S. 2 TPG.

Literaturverzeichnis

Ach, Johann S./Anderheiden, Michael/Quante, Michael, Ethik der Organtransplantation, Erlangen 2000.

Bachmann, Dirk/Bachmann, Kai, Aspekte zu Crossover-Transplantationen, MedR 2007, 94–98.

Baumann, Eva, Organspende unter Lebenden: Über den Vorrang der Missbrauchsverhütung, Ethik Med 1998, 43 f.

Beauchamp, Tom L., Der ‚Vier-Prinzipien‘-Ansatz in der Medizinethik, in: Nikola Biller-Andorno u.a. (Hrsg.), Medizinethik, Wiesbaden 2021, 71–89.

Beauchamp, Tom L./Childress, James F., Principles of Biomedical Ethics, 5. Auflage, New York 2001.

Beckmann, Jan P., Zur Lebendspende menschlicher Organe aus ethischer Sicht, ZfME 2007, 3–16.

Besold, Andrea/Rittner, Christian, Über die Alternativen zur Lebendspende im Transplantationsgesetz: Die Überkreuz-Lebendspende – warum nicht auch in Deutschland?, MedR 2005, 502–510.

Bruckmüller, Karin, **Transplantationsrecht in Österreich: Weder über- noch unter-reguliert im Raum für die medizinische Praxis**, MedR 2022, 809–817.

Dufková, Jarmila, Zur Frage der Zulässigkeit von sog. Cross-Spenden bei Nierentransplantationen lebender Organspender unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11.8.1999 zur altruistischen fremdnützigen Lebendspende, MedR 2000, 408–412.

Edelmann, Hervé, Ausgewählte Probleme bei der Organspende unter Lebenden, VersR 1999, 1065–1069.

Eibach, Ulrich, Organspende von Lebenden: Auch unter Fremden ein Akt der „Nächstenliebe“?, ZfME 1999, 217–231.

Fateh-Moghadam, Bijan, Die Einwilligung in die Lebendorganspende: Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands, München 2008.

Frei, Ulrich, Stellungnahme zum Fragenkatalog der öffentlichen Anhörung „Organlebenspende“ der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages am 1. März 2004, Berlin 2004, www.transplantation-information.de/organspende_organspender/lebendorganspende/kommission_recht_ethik_in_der_medizin/stellungnahme_frei.pdf.

Gragert, Jörg, Strafrechtliche Aspekte des Organhandels, Hamburg 1997.

Gutmann, Thomas/Schroth, Ulrich, Organlebenspende in Europa – Rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, Berlin/ Heidelberg 2002.

Gutmann, Thomas, Lebenspende von Organen – nur unter Verwandten?, ZRP 1994, 111–114.

Gutmann, Thomas, Probleme der gesetzlichen Regelung der Lebendorganspende von Organen, MedR 1997, 147–155.

Gutmann, Thomas, Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen? – Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Lebenspende von Organen, NJW 1999, 3387–3389.

Gutmann, Thomas, Für ein neues Transplantationsgesetz, Heidelberg 2006.

Hagen, Lars, Die rechtlichen und ethischen Probleme der Cross-over-Lebenspende, Hamburg 2013.

Hamza, Amir/Fornara, Paolo, Neue Entwicklungen in der Organspende, in: Lilie, Hans/Rosenau, Henning/Hakeri, Hakan (Hrsg.), Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen: Beiträge des 6. Deutsch-Türkischen Symposiums zum Medizin- und Biorecht, Baden-Baden 2011, 97–116.

Höfling, Wolfram (Hrsg.), Kommentar zum Transplantationsgesetz TPG, 2. Auflage, Berlin 2013.

Hoyer, Jochem, Ethische und sozialpolitische Aspekte der Lebendspende von Organen, in: Kreß, Hartmut/Kaatsch, Hans-Jürgen (Hrsg.), Menschenwürde, Medizin und Bioethik, Münster 2000, 128–137.

lcagic, Yenilee, Die Autonomie des einwilligungsunfähigen Patienten – Ein Rechtsvergleich des deutschen mit dem US-amerikanischen Recht, Frankfurt am Main 2016.

Kreß, Hartmut, Die Lebendspende von Organen: Zulässig nur unter nahen Angehörigen?, *ethica* 8 (2000), 179–183.

Kübler, Dorothea/Ockenfels, Axel, Überkreuznierenspenden in Deutschland?, *MedR* 2020, 89–94.

Lopp, Leonie, Regulations Regarding Living Organ Donation in Europe – Possibilities in Harmonisation, Berlin/Heidelberg 2012.

Ludwig, Katharina, Die Notwendigkeit der rechtlichen Harmonisierung der Lebendorganspende auf europäischer und internationaler Ebene, Baden-Baden 2013.

Neft, Hans, Die Überkreuz-Lebendspende im Lichte der Restriktion des Transplantationsgesetzes, *NZS* 2004, 519–522.

Neft, Hans, Novellierung des Transplantationsgesetzes – eine herkulische Aufgabe?, *NZS* 2010, 16–22.

Nickel, Lars Chirstoph/Schmidt-Preisigke, Angelika/Sengler, Helmut, Transplantationsgesetz: Kommentar mit einer umfassenden Einführung, Stuttgart 2001.

Nobra, Daniela, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, Berlin 2009.

Opper, Ingmar A., Die gerechte und rechtmäßige Verteilung knapper Organe, Göttingen 2008.

Resch, Martina, Die empfängergerichtete Organspende – Im Kontext der bedingten Einwilligung in der Organspende, Frankfurt am Main 2013.

Richter, Maren, Strafbarkeit der Beteiligten bei einem Verstoß gegen die Beschränkung des Spenderkreises bei der Lebendorganspende: Untersucht anhand § 19 I Nr. 2 und § 8 I 2 TPG, Baden-Baden 2020.

Rittner, Christian/Besold, Andrea/Wandel, Evelyn, Die anonymisierte Lebendspende nach § 9 Satz 1 TPG geeigneter Organe (§ 8 I 2 TPG lege ferenda) – ein Plädoyer pro vita und gegen ärztlichen und staatlichen Paternalismus, MedR 2001, 118–123.

Schreiber, Markus, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt am Main 2004.

Schroth, Ulrich/König, Peter/Gutmann, Thomas/Oduncu, Fuat (Hrsg.), Transplantationsgesetz: Kommentar, München 2005.

Schroth, Ulrich, Stellungnahme zu dem Artikel von Bernhard Seidenath: „Lebendspende von Organen – Zur Auslegung des § 8 I 2 TPG“, MedR 1998, 253, MedR 1999, 67 f.

Schroth, Ulrich, Das strafbewehrte Organhandelsverbot des Transplantationsgesetzes. Ein internationales Problem und seine deutsche Lösung, in: Gutmann, Thomas/Schneewind, Klaus A./Schroth, Ulrich/Schmidt, Volker H./Elsässer, Antonellus/Land, Walter/Hillebrand, Günther F. (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, Berlin/ Heidelberg 2003, 115–142.

Schroth, Ulrich, Die rechtliche Absicherung der autonomen Entscheidung des Lebendspenders, in: Schroth, Ulrich/Schneewind, Klaus A./Gutmann, Thomas/Fateh-Moghdam, Bijan (Hrsg.), Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, Göttingen 2006, 79–118.

Schroth, Ulrich, Ethik und Recht der Nierenlebendspende, in: JRE 2007, 395–412.

Schulz, Karl-Heinz/Kröncke, Silvia, Psychologische Evaluation und Beratung im Vorfeld einer Organ-Lebendspende, in: May, Arnd T./Kreß, Hartmut/Verrel, Thorsten/Wagner, Till (Hrsg.), *Patientenverfügungen: Handbuch für Berater, Ärzte und Betreuer*, Berlin 2016, 413–424.

Schutzzeichel, Corinna Iris, Geschenk oder Ware? Das begehrte Gut Organ – Nierentransplantation in einem hochregulierten Markt, Münster 2002.

Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Lebendspende von soliden Organen, Bern 1.6.2023, <https://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html>.

Seidenath, Bernhard, Lebendspende von Organen – Zur Auslegung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG, MedR 1998, 253–256.

Seidenath, Bernhard, Anmerkung: Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung der Organentnahme bei Lebenden im Transplantationsgesetz, MedR 2000, 33–35.

Settmacher, Utz/Rauchfuß, Falk (Hrsg.), *Organtransplantation mit Lebendspende*, Heidelberg 2022.

Spickhoff, Andreas, Die ärztliche Aufklärung vor der altruistisch motivierten Einwilligung in medizinische Eingriffe, NJW 2006, 2075–2076.

Stark, David Georg, Die Begrenzung des Spenderkreises im Rahmen der Lebendspende gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG auf verfassungsrechtlichem Prüfstand, ZJS 2016, 43–51.

Taupitz, Jochen, Das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile: Lässt es sich rational begründen? – Zugleich Einführung in das Tagungsthema in: Taupitz, Jochen (Hrsg.), *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlin/ Heidelberg 2007, 1–6.

Teubner, Andreas, Aufgaben und Umfang der Tätigkeit der Lebendspendekommission nach § 8 Abs. 3 TPG, Jena 2006.

Ulsenheimer, Klaus (Begr.)/*Gaede, Karsten* (fortg.), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6. Auflage, Heidelberg 2021.

Wittke, Martin, Haftungsfall Nierenlebendspende – Zugleich Anmerkung zu den Urteilen des OLG Düsseldorf vom 25.8.2016 (I-8 U 115/12) VersR 2016, 1567 und des OLG Hamm vom 7.9.2016 (3 U 6/16) VersR 2016, 1572, VersR 2017, 1181–1188.

Wöhlke, Sabine, Geschenkte Organe? Ethische und kulturelle Herausforderungen bei der familiären Lebendnierenspende, Frankfurt am Main 2015.

Wöhlke, Sabine/Motakef, Mona, Selbstbestimmung und die Rolle der Familie in der Lebendorganspende, in: Wiesemann, Claudia/Simon, Alfred (Hrsg.), Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen – Praktische Anwendungen, Münster 2013, 396–410.

Die unmittelbare Drittwirkung des Art. 21 GRC in der Rechtsprechung des EuGH

Franziska Elisabeth Seitz*

Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
franziska.seitz@uni-bonn.de

Abstract

Der Aufsatz untersucht die Frage der sog. unmittelbaren Drittwirkung des in Art. 21 der Charta der Grundrechte der EU (GRC) verankerten Diskriminierungsverbots. Zunächst wird Art. 21 GRC in seiner historischen Entwicklung dargestellt. Anschließend wird eine Problemeingrenzung vorgenommen und der Begriff unmittelbare Drittwirkung erläutert. Die Rechtsprechung des EuGH wird vorgestellt, die klargestellt, dass Art. 21 GRC unmittelbar ein individuelles Recht verleiht, das auch in Streitigkeiten zwischen Privaten geltend gemacht werden kann. Abschließend wird die Rezeption der Rechtsprechung kurz beleuchtet.

I. Einleitung

Art. 21 der Grundrechtecharta der EU (GRC) enthält ein weitreichendes Diskriminierungsverbot, dessen Ursprünge bis in die frühen Jahre der Europäischen Gemeinschaft zurückreichen. Unbestritten ist dabei die sog. Vertikalwirkung (Bindung staatlicher Stellen gegenüber Privatpersonen) der Charta, wie sie in Art. 51 Abs. 1 GRC zum Ausdruck kommt. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat jedoch mehrfach geurteilt, dass Art. 21 GRC im Rahmen des Unionsrechts auch zwischen Privaten wirken kann. In Urteilen wie Egenberger¹ und Chefarzt² stellte der EuGH zum Beispiel klar, dass nationale Gerichte bei unionsrechtswidriger Diskriminierung entgegenstehendes nationales Recht nicht nur unangewendet lassen müssen, son-

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung bei Prof. Dr. Dr. h.c. Birke Häcker, M.A. (Oxon), Schlegel-Professur für Bürgerliches Recht, Common Law und Rechtsvergleichung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, franziska.seitz@uni-bonn.de.

¹ EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – Egenberger, NJW 2018, 1869.

² EuGH, Urt. v. 11.9.2018 – Chefarzt, NJW 2018, 3086.

dern „das in Art. 21 Abs. 1 der GRC niedergelegte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters [...] schon für sich allein dem Einzelnen ein subjektives Recht verleiht, das er als solches geltend machen kann.“³ Damit entfaltet das Diskriminierungsverbot wohl faktisch eine *Horizontalwirkung*, teilweise auch als *unmittelbare Drittwirkung* bezeichnet.⁴

Der Aufsatz soll die Entstehung und Ausgestaltung von Art. 21 GRC skizzieren, sowie die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH und die Rezeption hinsichtlich der Horizontalwirkung bzw. unmittelbaren Drittwirkung des Grundrechts darstellen. Nicht Gegenstand des Aufsatzes ist die Frage einer unmittelbaren Drittwirkung weiterer, anderer Grundrechte der GRC, dies würde den Rahmen sprengen.

II. Geschichte und Inhalt des Artikel 21 GRCh

Der Grundsatz der Gleichbehandlung galt nach Art. 119 im EG-Vertrag von Rom 1957 zunächst nur im Hinblick auf gleiche Entlohnung von Männern und Frauen für gleiche Arbeit (gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit).⁵ Dies ist nicht zwangsläufig als Indikator für eine progressive Natur der jungen europäischen Gemeinschaft zu verstehen. Unter anderem ist die Auffassung verbreitet, dass es sich hierbei um eine strategisch durchdachte Maßnahme der französischen Seite handelte, mit dem Ziel, potenzielle Wettbewerbsnachteile innerhalb der Europäischen Gemeinschaft (EG) zu vermeiden.⁶ Denn Frankreich hatte das Prinzip „gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit“ bereits länger in seiner Verfassung verankert. Der Grundstein für die umfassende Gleichbehandlungspolitik der EU war wohl weniger aus egalitären Bestrebungen, als vielmehr aus rationalen ökonomischen Überlegungen gelegt worden.

Der EuGH war hingegen gleichwohl nicht (alleine) von ökonomischen Motiven bei seiner Rechtsprechung geleitet und stellte in der Grundsatzentscheidung Defrenne III fest, dass die Gleichbehandlung von Männern und Frauen als Grundrecht

³ EuGH, Urt. v. 15.1.2014 – AMS, NZA 2014, 193 (195, Rn. 47); EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – Egenberger, NJW 2018, 1869 (1872 f., Rn. 76, 78); EuGH, Urt. v. 11.9.2018 – Chefarzt, NJW 2018, 3086 (3090, Rn. 69).

⁴ Für das Phänomen werden unterschiedliche Begrifflichkeiten verwendet, siehe dazu auch die Erörterungen unten.

⁵ Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, Gleichstellung von Frauen und Männern, EUR-Lex – Glossar, <https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/glossary/equality-between-women-and-men.html>, abgerufen am 2. Juli 2025.

⁶ New JNCHEs Equality Working Group, The Gender Pay Gap – A Literature Review, London 2013, S. 7 mit Verweis auf: Townsend-Smith, Sex Discrimination in Employment, London: Sweet and Maxwell, 1989.

gilt und zu den allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts gehört, deren Einhaltung durch den EuGH gewährleistet werden muss.⁷

Mit dieser schon eher generellen Feststellung stand der Art. 119 EG-Vertrag in Konflikt, denn die EG hatte nur sektoral das Recht diskriminierende Regelungen zu beseitigen. Das änderte sich erst mit dem Vertrag von Amsterdam (1997). Art. 13 EG (nunmehr Art. 19 AEUV) verlieh der Union erstmals eine ausdrückliche Kompetenz zur Bekämpfung von Diskriminierungen „aus Gründen des Geschlechts, der Rasse oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“.⁸

In Mangold⁹ entwickelte der EuGH zudem einen sog. ungeschriebenen Unionsrechtsgrundsatz, der eine Altersdiskriminierung verbietet.¹⁰ In Absenz eines geeigneten Primärrechts, welches durch die streitgegenständliche Richtlinie hätte konkretisiert werden können, war ein rechtlicher Kunstgriff notwendig geworden, um das Problem der nicht vollständigen Richtlinienumsetzung, bei zu gleichem Nichtablauf der Umsetzungsfrist, zu lösen. Hierzu entwickelte der EuGH besagten ungeschriebenen Rechtsgrundsatz, um auf Umwegen sein zuvor aufgestelltes Dogma, dass Richtlinien keine Horizontalwirkung zukommt, zu überwinden.¹¹ Denn nach Auffassung des EuGH gilt der ungeschriebene Rechtsgrundsatz unmittelbar und hat Vorrang vor nationalem Recht.¹² Das unionale Diskriminierungsverbot ist nicht durch die (streitgegenständliche) Richtlinie geschaffen, sondern vielmehr in ihr näher definiert, beziehungsweise konkretisiert, worden.¹³ Einem nationalen Gericht obliegt es daher, „im Rahmen seiner Zuständigkeit den *rechtlichen Schutz*, der sich für den *Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht* ergibt, zu gewährleisten und die volle *Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu garantieren*, indem es jede möglicherweise *entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt*.“¹⁴ Dadurch wird die nicht umgesetzte Richtlinie dennoch effektiviert. Die „Entdeckung“ eines ungeschriebenen Unionsrechtsgrundsatzes wurde unter ande-

⁷ EuGH, Urt. v. 15.6.1978 – Defrenne III, NJW 1978, 2445.

⁸ Lemke, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, GRG, Art. 21 Rn. 2.

⁹ EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – Mangold, NJW 2005, 3695; Kadelbach, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht-HB, § 8 Rn. 27.

¹⁰ Kadelbach, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht-HB, § 8 Rn. 27.

¹¹ Kadelbach, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht-HB, § 8 Rn. 27.

¹² Kadelbach, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht-HB, § 8 Rn. 27.

¹³ Kadelbach, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht-HB, § 8 Rn. 27.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – Mangold, NJW 2005, 3695 (3698, Rn. 77) (eigene Hervorhebungen).

rem wegen der Unbestimmtheit und damit verbundenen Rechtsunsicherheit kritisiert, schließlich folgte das Höchste Gericht in Dänemark deshalb der EuGH-Entscheidung unter anderem aus diesen Gründen nicht.¹⁵

Mit dem Vertrag von Lissabon (2009) wurde die Charta rechtsverbindlich,¹⁶ so dass Art. 21 GRC seitdem über Primärrechtsrang verfügt.¹⁷ Sie gilt gemäß Art. 51 Abs. 1 GRC für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie für die Mitgliedstaaten, soweit sie Unionsrecht durchführen (Vertikalwirkung). Auch wegen dieser wörtlichen Festlegung ist die Bindung Privater untereinander umstritten.¹⁸

Im Fall *Kücükdeveci*¹⁹ zog sich der EuGH zur Beantwortung der Vorlagefrage primär auf den ungeschriebenen primärrechtlichen Rechtsgrundsatz, der Altersdiskriminierung verbietet (unter Verweis auf Mangold), zurück, der durch die Richtlinie 2000/78/EG, dessen Umsetzungsfrist bereits abgelaufen war, konkretisiert wird.²⁰ Art. 21 GRC wird hingegen, obwohl zu diesem Zeitpunkt bereits verbindlich, nur einmal und in einem Beisatz erwähnt und zwar, als dass auch nach dieser Bestimmung Diskriminierungen wegen des Alters verboten seien.²¹ Aus diesem Grund erfolgt die Darstellung des Falles bereits in diesem Abschnitt. Die zunächst eher beiläufige Erwähnung von Art. 21 GRC entwickelte sich in den Fällen *AMS*, *Egenberger* und *Chefarzt* (siehe unten) zu einer vorrangigen Bezugnahme auf das Grundrecht. Nach Ansicht von Kilpatrick und Eklund verdeutlicht dies einen Wandel in der Rechtsprechung des EuGH bezüglich der unmittelbaren horizontalen Wirkung des Grundrechts.²²

§ 622 Abs. 2 BGB a.F. verstieß zu diesem Zeitpunkt gegen die RL 2000/78/EG.²³ Der Ablauf der Umsetzungsfrist bewirkt, laut dem EuGH, dass die nationale Regelung hinsichtlich und wegen des Inhaltes, der von der Richtlinie geregelt wird, in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, obwohl die nationale Regelung älter als die Richtlinie ist und logischerweise auch nicht ihrer Umsetzung diene.²⁴

¹⁵ Kilpatrick/Eklund, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Rn. 21.59.

¹⁶ Jarass, in: Jarass, GRCh, vor Art. 1 Rn. 5.

¹⁷ Jarass, in: Jarass, GRCh, vor Art. 1 Rn. 10.

¹⁸ Dazu später noch ausführlich.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 19.1.2010 – *Kücükdeveci*, NJW 2010, 427.

²⁰ EuGH, Urt. v. 19.1.2010 – *Kücükdeveci*, NJW 2010, 427 (427 ff., Rn. 21, 50).

²¹ EuGH, Urt. v. 19.1.2010 – *Kücükdeveci*, NJW 2010, 427 (428, Rn. 22).

²² Kilpatrick/Eklund, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward(Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Rn. 21.58.

²³ EuGH, Urt. v. 19.1.2010 – *Kücükdeveci*, NJW 2010, 427 (429, Rn. 43).

²⁴ EuGH, Urt. v. 19.1.2010 – *Kücükdeveci*, NJW 2010, 427 (428, Rn. 25 f.).

Der Richtlinie kommt also eine „Türöffnerfunktion“ für rein nationales Recht zu.²⁵ Der EuGH betonte nochmals, dass nach ständiger Rechtsprechung „eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist.“²⁶ Nach Ausführungen über die Pflicht der Mitgliedsstaaten für die Zielerreichung der Richtlinie alle „geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen“²⁷, darunter die richtlinienkonforme Auslegung, postulierte der EuGH unter Verweis auf Mangold nun erneut die Pflicht, jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen.²⁸

Art. 21 GRC listet gegenüber Art. 19 AEUV weitere Diskriminierungsmerkmale auf, wobei diese Aufzählung nicht abschließend ist.²⁹ Er erweitert dabei nicht die Gesetzgebungsbefugnisse aus Art. 19 AEUV; sondern regelt lediglich die Diskriminierungsfreiheit innerhalb der Zuständigkeiten von EU-Organen und bei der Umsetzung des Unionsrechts durch Mitgliedstaaten.³⁰

Auch Antidiskriminierungsrechtsakte der europäischen Union sind selbst an Art. 21 GRC zu messen. Gedacht sei an den Fall *Test-Achats*³¹, in dem der EuGH auf Unrechtmäßigkeit einer Ausnahmeregelung in einer EU-Richtlinie erkannte, weil in dieser die Berücksichtigung des Geschlechts als Faktor bei der Berechnung von Prämien und Leistungen in der Versicherungsbranche für zulässig erklärt wurde.³² Der EuGH stellte fest, dass diese Ausnahme nicht mit Art. 21 und Art. 23 GRC vereinbar ist.³³ Die Unionsgrundrechte erlangen also auch Wirksamkeit durch Ungültigkeit privatrechtlicher Unionsnormen.³⁴

Die Entstehung des Art. 21 GRC ist jedenfalls das Ergebnis einer schrittweisen Erweiterung des Gleichbehandlungsgebots im Unionsrecht, die sowohl von sozio-politischen Entwicklungen als auch vom integrationsrechtlichen Fortschreiten der Union getragen war. Art. 21 GRC ist überdies eine Reflexion des neuen Selbstverständnisses der Union als Wertegemeinschaft.

²⁵ Mörsdorf, NJW 2010, 1046 (1048).

²⁶ EuGH, UrI v. 19.1.2010 – Küçükdevici, NJW 2010, 427 (429, Rn. 46) .

²⁷ EuGH, UrI v. 19.1.2010 – Küçükdevici, NJW 2010, 427 (429, Rn. 47).

²⁸ EuGH, UrI v. 19.1.2010 – Küçükdevici, NJW 2010, 427 (429, Rn. 51).

²⁹ Bell, in: Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier, CFREU, Art. 21 Rn. 2.

³⁰ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. C 303 vom 14.12.2007, S. 17–35.

³¹ EuGH, UrI v. 1.3.2011 – Test-Achats, NJW 2011, 907.

³² Bell, in: Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier, CFREU, Art. 21 Rn. 5.

³³ Bell, in: Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier, CFREU, Art. 21 Rn. 5.

³⁴ Jarass, in: EU-GR und Privatrecht, S. 31 (38).

III. Unmittelbare Horizontal- oder unmittelbare Drittwirkung – Eine Heranführung an den Begriff und den Problemkreis des Untersuchungsgegenstands

Zunächst werden zentrale Aspekte dargelegt, die zur Einführung dienen und zur präzisen Einordnung sowie Abgrenzung des thematisch relevanten Problemfeldes beitragen. Die folgenden Erläuterungen zeigen, dass die Relevanz dieses Themas dann gegeben ist, wenn die vom EuGH entwickelten Lösungswege zur Effektivierung des Unionsrechts nicht mehr hinreichend greifen.

Die GRC ist unionales Primärrecht. Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung geht einer unmittelbaren Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte grundsätzlich vor.³⁵ Im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung einer nationalen Bestimmung nimmt die Richtlinie mittelbar auch in einem Streit zwischen zwei Privatpersonen (Horizontalverhältnis) Einfluss,³⁶ was von einer unmittelbaren Anwendbarkeit der einzelnen Richtlinienbestimmung strikt zu unterscheiden ist. In von Colson und Karman hat der EuGH festgestellt, dass nationale Gerichte dazu verpflichtet sind, innerhalb der Grenzen ihrer nationalen Rechtsordnung und eigenen nationalen Auslegungsmethoden alle der zur Verfügung stehende Methoden auszuschöpfen, um der Richtlinie zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen,³⁷ wobei die Grenze eine Auslegung contra legem ist.³⁸

Möglich ist auch die unmittelbare Anwendbarkeit einer einzelnen Richtlinienbestimmung, soweit eine richtlinienkonforme Auslegung keine Option darstellt. Hierbei handelt es sich nicht um die Anwendbarkeit der vollständigen Richtlinie als Ganzes in einem Rechtsstreit. Die unmittelbare Anwendbarkeit einer einzelnen Bestimmung ist auch nur unter engen Voraussetzungen möglich.³⁹ Zusätzlich besteht der Grundsatz, dass Richtlinienbestimmungen zwar im Vertikalverhältnis, nicht aber im Horizontalverhältnis unmittelbar anwendbar sind.⁴⁰ Im Horizontalverhältnis ist also allein eine richtlinienkonforme Auslegung möglich.

Folglich entsteht eine Schutzlücke, wenn beispielsweise ein Arbeitnehmer nicht im öffentlichen Dienst, sondern für eine Privatperson tätig ist und der nationale

³⁵ Schwabedissen bezeichnet deshalb die unmittelbare Anwendbarkeit von Unionsgrundrechten als „ultima-ratio Prinzip im Fall einer unauflösbaren Kollision zwischen Unions- und mitgliedstaatlichem Recht“, siehe Schwabedissen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 23.

³⁶ Schwabedissen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 23.

³⁷ EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – von Colson und Kamann, NJW 1984, 2021 (2022).

³⁸ EuGH, Urt. v. 12.5.2022 – Luso Temp, EU:C:2022:373 (Rn. 56 f.).

³⁹ Höpfner, in: Franzen/Gallner/Oetker, EuArbRK, AEUV, Art. 288 Rn. 29.

⁴⁰ Schwabedissen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 18–23.

Gesetzgeber die Umsetzung einer Richtlinie unterlassen hat. In der ersten Konstellation (Vertikalverhältnis) kommt, soweit die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit gegeben sind, die Richtlinienbestimmung unmittelbar zur Anwendung. In der zweiten Konstellation stellt sich das Problem, dass die Richtlinienbestimmung wegen des Horizontalverhältnisses von Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht unmittelbar zur Anwendung gelangen darf. Der Arbeitnehmer ist in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis also dem Schutze und in seinen Rechten nach schlechter gestellt, als ein Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst. Zwangsläufig muss wegen der Rechtsprechung des EuGH, hinsichtlich der Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen im Vertikal- aber nicht Horizontalverhältnisses und dem damit einhergehenden uneinheitlichen Rechtsschutz, welcher maßgeblich vom Zufall (im obigen Beispiel die Art des Arbeitgebers) abhängt, eine Gerechtigkeitsdiskussion aufkommen.⁴¹

Der EuGH setzte sich mit der Problematik auseinander, entschied jedoch, dass eine Lösung weiterhin nicht über die unmittelbare horizontale Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen zu suchen sei. Statt von ihrem eigenen Dogma abzuweichen, wählte der EuGH zunächst den Weg über ungeschriebene primärrechtliche Grundsätze, wie im Fall Mangold und sodann (nach Inkrafttreten der Charta) die unmittelbare Anwendbarkeit einzelner Unionsgrundrechte um die Schutzlücke zu schließen.⁴² Indiz für die Motivation, unter anderem Gerechtigkeitsasymmetrien zu beseitigen, ist, dass die unmittelbare Geltung von einigen Grundrechten der GRCh vom EuGH bislang zu Lasten von Arbeitgebern und nicht bei Freiheitsgrundrechten angenommen wurde.⁴³

Um die direkte Einwirkung des Art. 21 GRCh auf Privatrechtsverhältnisse zu umschreiben, bedient sich der Aufsatz eingangs, so auch schon in der Überschrift, an dem Begriff (*unmittelbare*) *Drittwirkung*.⁴⁴ Der EuGH vermeidet bei Urteilen zu der GRCh, genauso wie bei den Grundfreiheiten, den Gebrauch der Begriffe mittelbare

⁴¹ Schwabedissen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 22.

⁴² So auch Bell, in: Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier, CFREU, Art. 21 Rn. 9: "it does provide an alternative source of legal protection in those situations that fall within the scope of EU law, but where EU anti-discrimination legislation cannot provide a remedy [...] such [situation] as that found in HK Danmark v Experian where individuals are prevented from relying upon legislation due to the lack of horizontal direct effect of Directives".

⁴³ Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 51 Rn. 42.

⁴⁴ Es ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Bedeutung des Begriffs „Drittwirkung“ auf nationaler Ebene nicht ohne Weiteres mit seiner Bedeutung auf europäischer Ebene gleichgesetzt werden kann. Eine europäische Betrachtung soll autonom erfolgen, siehe dazu auch Schwabedissen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 28.

und unmittelbare Drittwirkung.⁴⁵ In der Rechtswissenschaft auch gebräuchlich ist der Terminus (*unmittelbare*) *Horizontalwirkung*.⁴⁶ Hier ein kurzer Überblick über die aktuelle Begriffsdebatte:

Schwabedißen und Perner vertreten etwa auch, dass die Begriffe nicht beliebig austauschbar sind.⁴⁷ So ordnet Schwabedißen den Begriff der *unmittelbaren Drittwirkung* als eine von insgesamt zwei Untergruppen dem übergeordneten Begriff der *unmittelbaren Horizontalwirkung* zu, welche allgemein die direkte Einwirkung von EU-Grundrechten auf das Horizontalverhältnis beschreibt.⁴⁸ Dabei bezeichnet die erste Untergruppe der *unmittelbaren Horizontalwirkung* die unmittelbare Horizontalwirkung in ihrer negativen Ausprägung (negative Horizontalwirkung), also eine „verdrängende/ausschließende Einwirkung.“⁴⁹ Sie beschreibt die Verdrängung des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten aufgrund dessen Unanwendbarkeit infolge des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts. Bestimmungen des Unionsrechts, selbst wenn sie Rechtsverhältnisse zwischen Privatpersonen regeln, sind ungültig, sofern sie gegen ein Grundrecht verstoßen.⁵⁰ Ebenso finden privatrechtliche Vorschriften des nationalen Rechts, die mit einem Grundrecht unvereinbar sind, keine Anwendung.⁵¹ Die *unmittelbare Drittwirkung* nach Schwabedißen hat indes eine „verdrängende und ersetzende Wirkung“ und geht damit über die negative Horizontalwirkung hinaus.⁵² Nicht nur ersetzt oder ergänzt das Unionsrecht (defizitäres) mitgliedstaatliches Recht, sondern das Privatrechtssubjekt wird darüber hinaus als Adressat verpflichtet.⁵³ Hierin läge der maßgebliche Unterschied zu der negativen Horizontalwirkung.

Jarass als auch Bell bezeichnen hingegen die Verdrängung des Rechts (negative Horizontalwirkung nach Schwabedißen) als *mittelbare Horizontal- oder Drittwirkung*.⁵⁴ Dem liegt die Argumentation zugrunde, dass das Chartagrundrecht in solchen Fallkonstellationen vordergründig seine Schutzwirkung entfaltet und daher

⁴⁵ Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 51 Rn. 36.

⁴⁶ Schwabedißen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 26 m.w.N.; Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 51 Rn. 36; Nowak nutzt auch den Begriff (un)mittelbare Privatwirkung, siehe Nowak, in: Heselhaus/Nowak, EU-Grundrechte-HdB, § 9 Rn. 22.

⁴⁷ Schwabedißen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 26 m.w.N.

⁴⁸ Schwabedißen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 29.

⁴⁹ Schwabedißen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 29.

⁵⁰ Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 51 Rn. 40.

⁵¹ Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 51 Rn. 40; Schwerdtfeger, in: Meyer/Hölscheidt, GRC, Art. 51 Rn. 58.

⁵² Schwabedißen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 30.

⁵³ Schwabedißen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 30.

⁵⁴ Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 51 Rn. 36, 40; Bell, in: Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier, CFREU, Art. 21 Rn. 10; Schwerdtfeger bezeichnet dies als negative Drittwirkung, siehe Schwerdtfeger, in: Meyer/Hölscheidt, GRC, Art. 51 Rn. 63.

den Gesetzgeber zu Schutzmaßnahmen zugunsten Privater (in Gestalt der Unanwendbarkeit der nationalen Regeln) verpflichtet.⁵⁵ Die negative Grundrechtswirkung sei im Kern Ausdruck und Folge der Normenhierarchie,⁵⁶ es geht dabei nicht um Grundrechtsbindung von Privaten.⁵⁷ Demgegenüber liegt eine unmittelbare Horizontal- oder Drittwirkung vor, wenn Privatpersonen „unmittelbar zur Einhaltung einzelner Bestimmungen der Charta verpflichtet“ sind.⁵⁸ Grundrechtsträger können sich im Streit mit anderen Privatpersonen direkt auf ein Grundrecht berufen. Dadurch werden auch Private unmittelbar an Grundrechte gebunden.

Im Folgenden werden die Begriffe *unmittelbare Horizontalwirkung* und *unmittelbare Drittwirkung* den Begriffsbestimmungen nach Jarass und Bell verwendet, wobei sie das gleiche Phänomen umschreiben.

IV. Die unmittelbare Drittwirkung des Art. 21 GRC nach der Rechtsprechung des EuGH

Die wohl relevanteste Kernaussage der EuGH-Richter zu einer unmittelbaren Horizontalwirkung des Art. 21 GRC versteckt sich in der Entscheidung AMS.⁵⁹ Die Vorlagefrage betraf zwar die unmittelbare Drittwirkung des Art. 27 GRC (was vom EuGH abgelehnt wurde), allerdings ließen die Richter fast schon beiläufig die Bemerkung fallen, dass im Unterschied zu Art. 27 GRC „das in Art. 21 Abs. 1 der Charta niedergelegte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters [...] schon für sich allein dem Einzelnen ein subjektives Recht verleiht, das er als solches geltend machen kann.“⁶⁰ Art. 21 GRC gewährleistet dem beiläufigen Kommentar nach ein einklagbares Recht.

Mit explizitem Verweis auf Rn. 47 in AMS, bestätigte 2016 der EuGH in Dansk Industri,⁶¹ dass das Verbot der Altersdiskriminierung aus Art. 21 GRC „dem Einzelnen ein subjektives Recht verleiht, das er als solches geltend machen kann und das die nationalen Gerichte auch in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen ver-

⁵⁵ Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 51 Rn. 40.

⁵⁶ Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 51 Rn. 40.

⁵⁷ Schwerdtfeger, in: Meyer/Hölscheidt, GRC, Art. 51 Rn. 63.

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – Bauer, NJW 2019, 499 (505, Rn. 87); EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – Max-Planck-Gesellschaft, EU:C:2018:874 (Rn. 76); Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 51 Rn. 41.

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 15.1.2014 – AMS, NZA 2014, 193.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 15.1.2014 – AMS, NZA 2014, 193 (195, Rn. 47).

⁶¹ EuGH, Urt. v. 19.4.2016 – Dansk Industri, NZA 2016, 537.

pflichtet, von der Anwendung mit diesem Verbot nicht im Einklang stehender nationaler Vorschriften abzusehen.⁶² Zudem sei der in der Entscheidung Mangold entwickelte ungeschriebene Rechtsgrundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung inzwischen in Art. 21 GRC verankert und gilt als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts.⁶³ Nun ließ sich der EuGH auch nochmals zur Funktionsweise der Charta und ihr Zusammenspiel mit Richtlinien ein. So komme der Richtlinie eine das Grundrecht konkretisierende Rolle zu.⁶⁴ Logischerweise kann also die Richtlinie nicht ein Mehr an Schutz einräumen, als durch das in Art. 21 GRC verankerte Verbot.⁶⁵ Zweck des Gesetzgebers der europäischen Union sei es „durch den Erlass der Richtlinie einen genaueren Rahmen [zu] definieren, um die konkrete Umsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu fördern und insbesondere verschiedene Möglichkeiten für eine Abweichung von diesem Grundsatz festzulegen, die mittels einer klareren Definition ihres Anwendungsbereichs eingegrenzt werden.“⁶⁶

Das Konzept einer das Unionschartagrundrecht (welches zugleich für sich dem Einzelnen ein subjektives Recht vermittelt) konkretisierenden Richtlinie, ist insofern hervorzuheben, als dass der EuGH in der AMS-Entscheidung feststellte, dass Art. 27 GRC keine unmittelbare Wirkung entfaltet, weil dieser eben zunächst der weiteren Konkretisierung bedarf und für sich genommen nicht unbedingt und hinreichend bestimmt ist. Diese Feststellung steht jedoch nicht zwingend im Widerspruch zu dem oberen Abschnitt, sofern angenommen wird, dass Art. 21 GRC sowohl unbedingt, als auch hinreichend bestimmt ist, zugleich aber auch durch eine Richtlinie weiter konkretisiert werden kann, ohne dass eine solche Konkretisierung zwingend erforderlich wäre, wie es in Art. 27 GRC der Fall ist.

Im Fall Egenberger⁶⁷ ließ sich der EuGH dann weiter zu den Grundvoraussetzungen für eine unmittelbare Horizontalwirkung ein. Er bestätigte zum einen das Grundprinzip aus AMS, dass ein Grundrecht dem Einzelnen nur ein Recht verleihen kann, wenn es nicht durch Sekundärrecht oder nationales Recht konkretisiert werden muss.⁶⁸ Dies sei bei Art. 21 GRC der Fall.⁶⁹ Zudem erklärte der EuGH unter Bezug auf die Urteile zu den Grundfreiheiten in Angonese und Defrenne, dass Art. 21 GRC „sich in seiner Bindungswirkung grundsätzlich nicht von den verschiedenen

⁶² EuGH, Urt. v. 19.4.2016 – Dansk Industri, NZA 2016, 537 (539, Rn. 36).

⁶³ EuGH, Urt. v. 19.4.2016 – Dansk Industri, NZA 2016, 537 (538, Rn. 22).

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 19.4.2016 – Dansk Industri, NZA 2016, 537 (538, Rn. 23).

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 19.4.2016 – Dansk Industri, NZA 2016, 537 (538, Rn. 23).

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 19.4.2016 – Dansk Industri, NZA 2016, 537 (538, Rn. 23).

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – Egenberger, NJW 2018, 1869.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – Egenberger, NJW 2018, 1869 (1873, Rn. 78).

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – Egenberger, NJW 2018, 1869 (1872 f., Rn. 76, 78).

Bestimmungen der Gründungsverträge [unterscheidet], die verschiedene Formen der Diskriminierung auch dann verbieten, wenn sie aus Verträgen zwischen Privatpersonen resultieren.“⁷⁰ Damit kann der Hinweis des EuGH so verstanden werden, dass einzelne Chartagrundrechte nach ähnlichen Voraussetzungen, wie die bei Grundfreiheiten (unbedingt, rechtlich vollkommen und inhaltlich bestimmt, so dass es keiner weiteren Ausführungsakte bedarf), einer Direktwirkung zugänglich sind.⁷¹

Auch der sog. Chefarzt-Fall⁷² beschäftigt sich mit dem unionalen Diskriminierungsverbot aus Art. 21 GRC. Die Frage, ob eine nationale Rechtsvorschrift, die nicht im Einklang mit der Richtlinie ausgelegt werden kann, von den nationalen Gerichten unangewendet bleiben muss, bejahte der EuGH und iterierte erneut, dass das in „Art. 21 der Charta niedergelegte Verbot jeder Art von Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung [...] zwingenden Charakter [hat]“⁷³ und „für sich allein dem Einzelnen ein Recht [verleiht], das er in einem Rechtsstreit, der einen vom Unionsrecht erfassten Bereich betrifft, als solches geltend machen kann.“⁷⁴

Im Fall einer gekündigten Hebamme, welche vor Arbeitsaufnahme aus der Kirche austrat, die Kirche aber die Konfessionszugehörigkeit als Erfordernis aufstellte, erging ein Anerkenntnisurteil.⁷⁵ Der zuvor ergangene Vorlagebeschluss des BAG-Senats⁷⁶ an den EuGH wurde damit gegenstandslos.

Der Fall Küçükdevici wurde schon aus den bereits oben erläuterten Gründen in aller Kürze dargelegt, es sei an dieser Stelle nochmals darauf verwiesen. Der Chronologie nach wäre er vor AMS einzuordnen. Bei Küçükdevici fehlt noch der in den anderen Urteilen folgende Standardsatz, dass Art. 21 GRC „für sich allein dem Einzelnen ein Recht verleiht.“ Irgendwann zwischen Küçükdevici im Jahr 2010 und AMS im Jahr 2018 muss der EuGH also die Idee entwickelt haben, dass nicht nur gegenstehendes nationales Recht wegen Unionsrechtswidrigkeit im Rechtsstreit zwischen Privaten bei Durchführung von Unionsrecht unangewendet bleiben muss

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – Egenberger, NJW 2018, 1869 (1872, Rn. 77).

⁷¹ So auch *Seiwerth*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 3 Rn. 3.81.

⁷² EuGH, Urt. v. 11.9.2018 – Chefarzt, NJW 2018, 3086.

⁷³ EuGH, Urt. v. 11.9.2018 – Chefarzt, NJW 2018, 3086 (3090, Rn. 69).

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 11.9.2018 – Chefarzt, NJW 2018, 3086 (3090, Rn. 69).

⁷⁵ BAG, Anerkenntnisurteil v. 14.12.2023, BeckRS 2023, 47423.

⁷⁶ BAG, Aussetzungs- und Vorlagebeschluss v. 21.07.2022, NZA 2022, 1674.

(mittelbare Dritt- oder Horizontalwirkung), sondern Art. 21 GRC dem Einzelnen auch ein Recht verleiht.

Schließlich scheinen sich wohl noch folgende Tendenzen hinsichtlich der Voraussetzungen für eine unmittelbare Einwirkung der GRC in Privatrechtsverhältnisse festhalten zu lassen:

1. Der sachliche Anwendungsbereich der GRC muss eröffnet sein.⁷⁷ Dies ist der Fall bei der Durchführung des Unionsrechts (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC). Der Begriff der „Durchführung“ ist hierbei eher weit zu verstehen, die Privatrechtsnormen der Mitgliedstaaten fallen in den Anwendungsbereich, sofern eine unionsrechtliche Regelung besteht – unabhängig davon, ob diese auf einer Richtlinie, Verordnung oder sonstigen unionsrechtlichen Bestimmungen, einschließlich des Primärrechts, beruht.⁷⁸ Dies inkludiert auch nationale Normen, welche auf Grund ihres Alters keinen Umsetzungsgesetzgebungsakt selbst darstellen, aber wegen der Existenz einer Richtlinie den Tatbestand der „Durchführung von Unionsrecht“ erfüllt.⁷⁹
2. Das Unionsgrundrecht muss dem Einzelnen ein subjektives Recht gewährleisten, das für sich geltend gemacht werden kann.⁸⁰ Die betreffende Vorschrift muss für eine unmittelbaren Anwendbarkeit hierzu inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt sein.⁸¹ Dazu bedarf es der Auslegung. Ist das Grundrecht konkretisierungsbedürftig, so entfaltet es keine unmittelbare Wirkung.⁸² Gewährt sie dem Einzelnen ein subjektives Recht, dann verpflichtet sie auch den privaten Adressaten.⁸³

V. Rezeption & Kritik

Die Rechtsprechung des EuGH hat zu Abwehrreaktionen und Kritik geführt. Das Dänische Oberste Gericht verweigerte auch im Fall Dansk Industri dem EuGH auf dessen Vorlageentscheidung die Gefolgschaft.⁸⁴

⁷⁷ Schwabedissen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 79; Jarass, in: EU-GR und Privatrecht, S. 31 (37).

⁷⁸ Jarass, in: EU-GR und Privatrecht, S. 31 (37–38).

⁷⁹ Siehe schon Fall Küçükdevici.

⁸⁰ Schwabedissen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 79.

⁸¹ Schwabedissen, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 79; Stein, Drittwirkung im Unionsrecht, S. 91; Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 51 Rn. 42.

⁸² Jarass, ZEuP 2017, 310 (333); Schwerdtfeger, in: Meyer/Hölscheidt, GRC, Art. 51 Rn. 63.

⁸³ Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 51 Rn. 41.

⁸⁴ Kadelbach, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht-HB, § 8 Rn. 27.

Es wird argumentiert, es seien erhebliche Beschränkungen der Privatautonomie zu befürchten.⁸⁵ Auch systematisch würde sich eine „unmittelbare Anwendung der Grundrechte der Charta zwischen Privaten verbieten, da eine Eingriffsrechtfertigung auf Grundlage der festgelegten Gesetzesvorbehalte zwischen Privaten nicht möglich [sei].“⁸⁶ Der Wortlaut des Art. 51 GRC führt Unionsbürger nicht ausdrücklich als Adressaten auf. Deshalb lehnen auch einige aus diesem Grund eine direkte horizontale Wirkung des Art. 21 GRC kategorisch ab.⁸⁷ Auch wird argumentiert, dass Private als Grundrechtsträger gerade nicht durch die Charta verpflichtet werden sollten.⁸⁸ Der EuGH befindet hingegen, dass es nicht kategorisch ausgeschlossen ist, dass Privatpersonen *unmittelbar* zur Einhaltung *einzelner* Bestimmungen der Charta *verpflichtet* sein können.⁸⁹

Andere sperren sich gegen eine allgemeine Lesart über Art. 51 GRC und begründen dies damit, dass es Grundrechte gibt, welche explizit auf Private zugeschnitten sind, dabei ist insbesondere das Recht des Kindes aus Art. 24 GRC hervorzuheben.⁹⁰ In der Präambel der GRC wird festgestellt, dass die Rechte der Charta mit Verantwortung und Pflichten gegenüber anderen Menschen, der menschlichen Gemeinschaft sowie zukünftigen Generationen verbunden sind.⁹¹ Die Präambel kann als Auslegungshilfe bei der Interpretation und Anwendung einzelner Bestimmungen der GRC herangezogen werden.⁹² Der Konvent ließ die Frage nach einer unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit ebenso bewusst offen und legte damit auch keine Präferenz für oder gegen eine Horizontalwirkung fest.⁹³

Welchen Grundrechten für sich im Einzelnen letztlich eine unmittelbare Horizontalwirkung zukommt, ist jedenfalls auslegungsbedürftig, es kann nicht pauschal auf eine unmittelbare horizontale Wirkung aller Grundrechte der Charta befunden

⁸⁵ *Pache*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, GRC, Art. 51 Rn. 38 m.w.N.; *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, EU-Grundrechte-HdB, § 9 Rn. 47; dagegen *Sauer*, der von einem reflexartigen Verweis auf die Privatautonomie spricht, *Sauer*, JURA - Juristische Ausbildung 2021, 387 (399).

⁸⁶ *Pache*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, GRC, Art. 51 Rn. 38.

⁸⁷ *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, GRC, Art. 51 Rn. 62 m.w.N.

⁸⁸ *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, GRC, Art. 51 Rn. 62.

⁸⁹ *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, GRC, Art. 51 Rn. 62.

⁹⁰ *Jarass*, in: EU-GR und Privatrecht, S. 31 (37); *Stein*, Drittwirkung im Unionsrecht, S. 85 ff. ausführlich zur Debatte hinsichtlich einzelner Grundrechte.

⁹¹ *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, EU-Grundrechte-HdB, § 9 Rn. 43.

⁹² *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, EU-Grundrechte-HdB, § 9 Rn. 43.

⁹³ *Stein*, Drittwirkung im Unionsrecht, S. 85; *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, EU-Grundrechte-HdB, § 9 Rn. 43.

werden.⁹⁴ Die Ablehnung einer unmittelbaren Wirkung in Horizontalverhältnisse alleine auf Grund von Art. 51 GRC erscheint nicht überzeugend.

Trotz aller Kritik und offenen Fragen spricht auch vieles für den vom EuGH gewählten Ansatz. Er stellt einen effektiven Ansatz zur Schließung der vorhin beschriebenen Schutzlücke und zur Effektivierung des Unionsrechts dar. Es stellt sich dennoch die grundsätzliche Frage, weshalb der EuGH nicht bei einer mittelbaren Horizontal- oder Drittwirkung verblieben ist, sondern nach dem Urteil Küçükdevici im Fall Egenberger und Chefarzt entschieden hat, dem Einzelnen ein unmittelbares Recht aus Art. 21 der GRC einzuräumen. Der EuGH wollte mit dem Konstrukt m.E.n im besonderen Umfang sicherstellen, dass Mitgliedsstaaten die „Lücke“, die durch die mangelnde unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen in Horizontalverhältnissen entsteht, nicht als wünschenswert hinnehmen. Die vom EuGH entwickelte Konstruktion einer doppelten Absicherung – einerseits die Verpflichtung des Gerichts, entgegenstehendes Recht unangewendet zu lassen, andererseits die Zuerkennung subjektiver Rechte an das Individuum – motiviert die Mitgliedstaaten dazu, eindeutige Rechtsverhältnisse auch zwischen Privatpersonen zu schaffen. Defizite können dann durch Anpassungen in den Umsetzungsgesetzen behoben werden, sodass die Rechtsklarheit erhöht wird.

Den Kritikern ist aber Recht zu geben, dass der EuGH sich bedauerlicherweise wenig mit der Herleitung der Dogmatik zur Horizontal- oder Drittwirkung befasst.⁹⁵ Gebetsmühlenartig werden die Feststellungen von Fall zu Fall wiederholt ohne sich um weitere Erklärungen zu bemühen.

Dabei ist zu beachten, dass der EuGH in Bezug auf rechtliche Fragestellungen eher keine allgemeinen Grundsatzentscheidungen trifft, sondern bevorzugt eine fallbezogene Lösung anstrebt. Damit ist der EuGH dem fallbezogenen englischen common-law-System weitaus nahe stehender, als zu unserem auf Systematisierung und Generalisierung der Rechtsprechung in allgemein gültige Prinzipien bedachten System. Dies erklärt auch einen Teil der Schwierigkeiten, die die deutsche Rechtswissenschaft mit dem *EuGH-Systemkomplex der unmittelbaren Horizontalwirkung bzw. unmittelbaren Drittwirkung* hat.

⁹⁴ Stein, Drittwirkung im Unionsrecht, S. 87.

⁹⁵ Pache, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, GRC, Art. 51 Rn. 38; Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker, EuArbRK, GRC, Art. 21 Rn. 119.

Die Vielzahl der Streitfragen im Europarecht lässt sich besonders eindrücklich am Beispiel des Art. 21 GRC darstellen. Hierzu zählt die Debatte um den zutreffenden Begriff zur Beschreibung der Wirkung des Unionsrechts auf horizontale Privatrechtsverhältnisse, die Diskussion hinsichtlich der Existenz einer unmittelbaren Drittwirkung, deren Bestehen teilweise strikt abgelehnt wird. Es wird immer noch grundlegend diskutiert, ob Art. 21 GRC tatsächlich eine Schutzpflicht begründet⁹⁶ und ob Art. 51 GRC abschließend sämtliche Adressaten regelt.⁹⁷ Letztendlich ist nicht gänzlich abstreitbar, dass zum Teil auch andere Motive hinter der Kritik an den Urteilen Egenberger und Chefarzt-Fall stecken, diese jedoch in der Debatte mit anderer Kritik vermischt werden.⁹⁸ Jede dieser Fragestellungen bietet jedenfalls umfangreichen Diskussionsstoff.

Unterdessen ist eine Existenz der unmittelbaren Horizontal- bzw. Drittwirkung von Art. 21 GRC nicht mehr zu leugnen – unabhängig davon, ob dies als „bedauerlich“⁹⁹ empfunden wird oder nicht. Erfahrungswerte zeigen, dass der EuGH von einmal aufgestellten Grundsätzen in der Regel nicht mehr abrückt (vgl. fehlende horizontale Anwendbarkeit von Richtlinien). Daher bleibt im Wesentlichen nur eine kritische, aber konstruktive Begleitung durch Literatur und Rechtsprechung.

Literaturverzeichnis

Ales, Eduardo/Bell, Mark/Deinert, Olaf/Robin-Olivier, Sophie (Hrsg.), *International and European Labour Law*, 1. Auflage, Baden-Baden 2018.

Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Harmut (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 5. Auflage, München 2024.

Jarass, Hans (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Auflage, München 2021.

Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 6. Auflage, Baden-Baden 2024.

Peers, Steve/Hervey, Tamara/Kenner, Jeff/Ward, Angela (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2. Auflage, Baden-Baden 2022.

⁹⁶ Ablehnend Hölscheidt, in: Meyer/Hölscheidt, GRC, Art. 21 Rn. 60; a.A. u.a. Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 21 Rn. 18.

⁹⁷ Siehe oben.

⁹⁸ So auch Sauer, JURA - Juristische Ausbildung 2021, 387 (399).

⁹⁹ Hölscheidt, in: Meyer/Hölscheidt, GRC, Art. 21 Rn 35.

Von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht (Vertrag über die europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union), 7. Auflage, Baden-Baden 2015.

Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich (Hrsg.), 2. Auflage, Tübingen 2023.

Heselhaus, Sebastian M./Nowak, Carsten (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Auflage, München 2020.

Preis, Ulrich/Sagan, Adam (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, Köln 2024.

Schulze, Reiner/Janssen, André/Kadelbach, Stefan (Hrsg.), Europarecht Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Auflage, Baden-Baden 2020.

Jarass, Hans, EU-Grundrechte und Privatrecht, in: Heiderhoff, Bettina/Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner (Hrsg.), EU-Grundrechte und Privatrecht, Baden-Baden 2016, S. 31—58.

Jarass, Hans, Die Bedeutung der Unionsgrundrechte unter Privaten, ZEuP 2017, 310—334.

Mörsdorf, Oliver, Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer: Unanwendbarkeit von § 622 Absatz II 2 BGB wegen Verstoßes gegen das Unionsrecht, NJW 2010, 1046—1049.

Sauer, Heiko, Horizontalwirkung von Richtlinien und Unionsgrundrechten, JURA - Juristische Ausbildung 2021, 387—400.

Schwabedißen, Maïke, Die unmittelbare Drittwirkung der Charta-Grundrechte in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH eine Untersuchung der Rechtsprechungsentwicklung anhand der einschlägigen Entscheidungen zu Art. 21 Abs. 1 GRC und Art. 31 Abs. 2 GRC, Berlin 2024.

Stein, Sarah K., Drittwirkung im Unionsrecht, Baden-Baden 2016.

New JNCES Equality Working Group, The Gender Pay Gap – A Literature Review, London 2013, <https://www.ucea.ac.uk/library/publications/Gender-Pay-Gap-Literature-Review/>.

„In Vielfalt geeint“ – Pluralismus, Nichtdiskriminierung und Toleranz in der europäischen Gesellschaft

Johanna Kramer*

Universität Hamburg
kramer-johanna@gmx.de

Abstract

Ganz im Sinne des Tagungsmottos „Vielfalt und Gleichheit – Liberale Perspektiven auf eine gerechte Gesellschaft“ beschäftigt sich der Beitrag mit eben diesen Prinzipien im Recht der Europäischen Union (EU). Die EU versteht sich als werteorientierte Rechtsgemeinschaft, die sich dem Schutz der Menschenrechte sowie den Werten der Freiheit, Gleichheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit verpflichtet fühlt. Ihr fortwährender Integrationsprozess wird von dem Leitbild einer Gesellschaft getragen, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung und Toleranz auszeichnet. Das Zusammenspiel dieser Prinzipien formt ein freiheitliches Gesellschaftsmodell, das Raum für die Entfaltung individueller und kollektiver Vielfalt in einer europäischen Gesellschaft bietet. Was zunächst nach werteideologischen Träumereien von Unionsenthusiasten klingen mag, findet im geltenden Unionsrecht vor allem in gleichheitsrechtlichen Garantien Ausdruck. So wird gesellschaftliche Vielfalt durch die rechtliche Gleichheit der Gesellschaftsmitglieder ermöglicht. In diesem Sinne beleuchtet der Beitrag die konkrete Ausgestaltung von Vielfalt und Pluralismus in der Gesellschaft der Europäischen Union mit besonderem Augenmerk auf dem Zusammenspiel von Vielfalt und Gleichheit.

* Johanna Kramer hat Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen mit Schwerpunkt im internationalen und europäischen öffentlichen Recht studiert und zählt seit April 2020 zu den Stipendiatinnen der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit. Seit Sommer 2025 ist sie Doktorandin an der Universität Hamburg. Im Rahmen ihres Promotionsvorhabens beschäftigt sie sich mit der Resilienz des Rechts der Europäischen Union in Zeiten innen- und außenpolitischer Herausforderungen.

I. Einführung

„In Vielfalt geeint“ – so lautet seit dem Jahr 2000 das Motto der Europäischen Union.¹ In ihr vereinen sich 27 Mitgliedstaaten und knapp 450 Millionen Unionsbürgerinnen und Unionsbürger² zu einer politischen, wirtschaftlichen und sozialen Union. Das Motto bringt zum Ausdruck, „dass sich die Europäer in der Europäischen Union zusammengeschlossen haben, um sich gemeinsam für Frieden und Wohlstand einzusetzen, und dass gleichzeitig die vielen verschiedenen europäischen Kulturen, Traditionen und Sprachen den gesamten Kontinent bereichern“.³ Mit dieser Interpretation des eigenen Mottos hebt die Europäische Union ihre reiche Vielfalt vor allem im Bereich von Kultur, Tradition und Sprache hervor. Doch die Rolle von Vielfalt innerhalb der Europäischen Union erschöpft sich nicht schon in diesen soziokulturellen Dimensionen. Vielfalt innerhalb der Europäischen Union ist in vielen weiteren Dimensionen denkbar. So lässt sich Vielfalt auch als ein rechtliches Phänomen begreifen. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird *Vielfalt* oder auch *Pluralismus* in der Europäischen Union oft als strukturelle Vielfalt in Bezug auf die Rechtsordnungen und Institutionen und unter den Stichwörtern des Rechtspluralismus, speziell des Grundrechtepluralismus, oder auch des Organisationspluralismus betrachtet.⁴ Vorliegend soll nun eine weitere Dimension europäischer Vielfalt beleuchtet werden, die bislang nicht zuletzt aufgrund ihrer inhaltlichen Unschärfe vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit erfahren hat: Die Vielfalt in der Gesellschaft der Europäischen Union.⁵ Diese findet gleich zu Beginn der Verträge in der Werteklausel des Art. 2 EUV Erwähnung: Gemäß Art. 2 S. 1 EUV gründet sich die Europäische Union auf Werte wie „die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschen-

¹ Ursprünglich vorgesehen als Verfassungsmotto, siehe die Präambel des Vertrags über eine Verfassung für Europa, Entwurf, veröffentlicht am 18.7.2003, ABl. C 169/1.

² Statistisches Bundesamt (Destatis), Europa. Bevölkerung. Wichtige Bevölkerungsindikatoren zu den EU-Staaten, 6.5.2025, <https://www.destatis.de/Europa/DE/Thema/Basistabelle/Bevoelkerung.html> (Stand: 3.9.2025).

³ Europäische Union, Das Motto der EU, https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/symbols/eu-motto_de (Stand: 1.8.2025), vgl. in diesem Sinne auch Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV.

⁴ Siehe für einen Überblick die Beiträge in Avbelj/Komárek (Hrsg.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*; zum Grundrechtepluralismus *Wendel*, in: *Unionsverfassungsrecht*, S. 607.

⁵ Unklarheiten verbleiben vor allem in Bezug auf das Bezugsobjekt der *Gesellschaft* sowie hinsichtlich der zugrundeliegenden Norm des Art. 2 EUV, vgl. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EU-Vertrag* (Lissabon), Art. 2 Rn. 31.

rechte, einschließlich der Rechte von Minderheiten“. Art. 2 S. 2 EUV erklärt anschließend, dass diese Werte allen Mitgliedsstaaten in einer⁶ Gesellschaft gemeinsam sind, die sich „durch *Pluralismus*, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet“. Mit dieser Formulierung bekennt sich die Europäische Union zu einer wertegetragenen und *pluralistischen* Gesellschaft. Vielfalt in der Europäischen Union wird also auch in Bezug auf ihre Gesellschaft gedacht. Klärungsbedürftig bleibt dabei, was genau sich hinter dieser ausfüllungsbedürftigen Formulierung der „durch *Pluralismus* geprägten Gesellschaft“ verbirgt und auf welchem Wege sie Eingang in das Recht und Handeln der EU findet.

II. Begriffsarbeit: Vielfalt – Pluralismus – Diversität

Vorab bedarf es zunächst noch einer kurzen Einordnung der in diesem Zusammenhang verwendeten Begriffe. „Vielfalt“, „Pluralismus“, aber auch „Diversität“ werden im rechtswissenschaftlichen Diskurs nicht einheitlich verwendet und sind kaum trennscharf voneinander abgrenzbar. In der Konsequenz werden die drei Begriffe oft als Synonyme und ohne dogmatische Systematisierung gebraucht.⁷ Bei dem Begriff der „Vielfalt“ handelt es sich um einen allgeingebräuchlichen Begriff für einen Zustand der Mannigfaltigkeit.⁸ Im Unionsrecht wird „Vielfalt“ stets im soziokulturellen Kontext verwendet, etwa in Art. 22 GRCh, der die EU zur Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen verpflichtet. Auch „Pluralismus“ ist kein rechtstechnischer, sondern ein politikwissenschaftlich geprägter Begriff. In Bezug auf eine Gesellschaft bezeichnet er ein freies Nebeneinander geistiger und politischer Strömungen.⁹ Pluralismus enthält dabei eine (regelmäßig positive) normative Wertung zur Anerkennung und Förderung gesellschaftlicher Pluralität, also der sozialen Realität vielfältiger Identitäten, Weltanschauungen und Lebensentwürfe.¹⁰ Neben den Begriffen „Vielfalt“ und „Pluralismus“ wird teilweise auch der Begriff „Diversität“ zur Beschreibung unterschiedlicher Identitäten und Persönlichkeitsmerkmale gebraucht.¹¹ Alle drei Begriffe durchziehen das Recht

⁶ Grundlegend zum Bezugsobjekt der Gesellschaft i.S.d. Art. 2 S. 2 EUV: von Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, S. 16 ff., der ein Verständnis einer „europäischen“ Gesellschaft vertritt.

⁷ Leisner-Egensperger, Vielfalt – ein Begriff des Öffentlichen Rechts, S. 29.

⁸ Leisner-Egensperger, Vielfalt – ein Begriff des Öffentlichen Rechts, S. 21.

⁹ Weber in: Rechtswörterbuch. Pluralismus.

¹⁰ Vgl. Mandry, in: Religionen in Nachbarschaft, S. 29 (31); Schuppert, Governance of diversity, S. 23; Woyke, in: Andersen/Woyke (Hrsg.), Handwörterbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, „Pluralismus“.

¹¹ Lembke, Rechtswissenschaft 2012, 46 (47).

und Handeln der Europäischen Union.¹² Sie überschneiden sich in ihrem Bedeutungsgehalt und kennen als Rechtsbegriffe keine einheitliche Verwendung. Im Kontext der EU als wertegeleitetes „normatives Projekt“¹³ ist auf den normativen Begriff des Pluralismus abzustellen, wie er auch in Art. 2 S. 2 EUV ausdrücklich erwähnt ist. Die Begriffe *Pluralismus*, *Vielfalt* und *Diversität* werden entsprechend auch hier in einer normativen Konzeption synonym verwendet.

III. Die pluralistische Gesellschaft der EU: Vielfalt durch Gleichheit

Art. 2 S. 2 EUV verankert also die vielfältige oder auch plurale Gesellschaft der Europäischen Union im Primärrecht. Während rechtliche Qualität und Durchsetzbarkeit dieser Norm seit jeher umstritten sind,¹⁴ besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass Art. 2 S. 2 EUV mit seinem Bekenntnis zu einer wertgetragenen und pluralistischen Gesellschaft jedenfalls als *Leitmotiv* des europäischen Integrationsprozesses zu verstehen ist.¹⁵ Dieses illustriert das Ziel der Integration und stärkt so die innere Zusammengehörigkeit der EU.¹⁶ Art. 2 EUV verpflichtet dabei gleichermaßen die Union und ihre Mitgliedsstaaten und wirkt nach seinem umfassenden Wortlaut und integrationsfördernden Zweck auch auf dasjenige Handeln der Mitgliedsstaaten, das außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der EU liegt.¹⁷ Für die Mitgliedsstaaten enthält Art. 2 EUV demnach eine völkerrechtliche Pflicht zur verfassungsrechtlichen Ausgestaltung ihrer staatlichen Ordnung in Übereinstimmung mit den europäischen Werten und Prinzipien.¹⁸ Konkrete Vorgaben, wie die innere Ordnung im Einzelnen ausgestaltet werden muss, können hieraus jedoch nicht hergeleitet werden.¹⁹ Insofern erschöpft sich die Regelung des Art. 2 S. 2 EUV in einer negativen Vorgabe, die lediglich die Wahl eines Gesellschaftsmodells ausschließt, das die Freiheit und Vielfalt des Einzelnen nicht respektiert.²⁰ Im Übrigen verbleibt

¹² Siehe unter anderem etwa Art. 2 S. 2 EUV, Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV, Protokoll Nr. 29 zum AEUV über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedsstaaten; Präambel und Art. 22 GRCh.

¹³ Schuppert, Governance of diversity, S. 25 f.

¹⁴ Zur Diskussion um die in S. 2 genannten Maßstäbe als Rechtsprinzipien von Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, S. 154 ff.; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EU-Vertrag (Lissabon), Art. 2 Rn. 31; zur hochaktuellen Frage der eigenständigen Justiziabilität Riedl, Keine allgemeine Verfassungsaufsicht über die Unionswerte, Verfassungsblog, 26.11.2024.

¹⁵ Vgl. etwa Heintschel von Heinegg, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), EUV, Art. 2 Rn. 12; „Rechtsprinzipien“, von Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, S. 158; „Idealbild“, Pechstein, in: Streinz (Hrsg.), EUV, Art. 2 Rn. 8.

¹⁶ Schwarze/Wunderlich, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EUV, Art. 2 Rn. 3; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EU-Vertrag (Lissabon), Art. 2 Rn. 30.

¹⁷ Hilf/Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, EUV, Art. 2 Rn. 18.

¹⁸ Hilf/Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, EUV, Art. 2 Rn. 18.

¹⁹ Hatje/Schwarze, EuR 2019, 153 (156).

²⁰ Hatje/Schwarze, EuR 2019, 153 (156).

den Mitgliedsstaaten ein weitreichender Gestaltungsspielraum in ihrer Innen- und Gesellschaftspolitik, der mit dem Anspruch auf Achtung der nationalen Identität der Mitgliedsstaaten aus Art. 4 Abs. 2 EUV korrespondiert.²¹

Ebenso wie die Mitgliedsstaaten legt auch die Union das gesellschaftliche Leitbild des Art. 2 S. 2 EUV ihrem Handeln zugrunde.²² Art. 2 S. 2 EUV lässt mit seiner ausfüllungsbedürftigen Formulierung jedoch offen, wie genau das Leitbild einer pluralistischen Gesellschaft im Unionsrecht auszugestalten ist. Ein rechtsverbindlicher Auftrag zur Verwirklichung einer umfassenden Gesellschaftspolitik durch die EU lässt sich aus der Norm jedenfalls nicht ableiten.²³ Insofern kann die Aufgabe der EU allein darin bestehen, den grundlegenden Rahmen für die Umsetzung des gesellschaftlichen Leitmotives zu schaffen. Anstatt eine eigene gesellschaftspolitische Agenda zu betreiben, stellt die Union also nur die notwendigen Voraussetzungen und Funktionsbedingungen für die Entfaltung einer vielfältigen Gesellschaft sicher. Dies tut sie vor allem, indem sie auf die Achtung und Umsetzung der übrigen Werte des Art. 2 EUV hinwirkt.²⁴ Diese sind ihrerseits untrennbar mit dem Leitbild der freiheitlich-pluralistischen Gesellschaft verknüpft und beeinflussen sich wechselseitig.²⁵ Eine besonders hervorzuhebende Rolle für die Entfaltung einer vielfältigen Gesellschaft in der Europäischen Union kommt dabei dem Wert der Gleichheit zu. Vielfalt ist ohne Gleichheit nicht denkbar.²⁶ Zwar mag dieser Konnex von Vielfalt und Gleichheit zunächst nach einem denklolgischen Widerspruch klingen.²⁷ Bei genauerem Hinsehen zeigt sich aber: Zur Entfaltung von Vielfalt in einer Gesellschaft bedarf es gerade die Gleichheit ihrer Gesellschaftsmitglieder. Erst *die Freiheit, gleich zu sein*, ermöglicht und stützt die Vielfalt an Hintergründen und Lebensformen in einer Gesellschaft.²⁸ Gleichheit wird insofern zur notwendigen Bedin-

²¹ Hatje/Schwarze, EuR 2019, 153 (156); vgl. auch Schwarze/Wunderlich, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EUV, Art. 2 Rn. 4.

²² Schwarze/Wunderlich, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EUV, Art. 2 Rn. 2.

²³ Schwarze/Wunderlich, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EUV, Art. 2 Rn. 3.

²⁴ In diesem Sinne erklärt Art. 3 Abs. 1 EUV die Förderung der Werte zum ausdrücklichen Ziel der Union.

²⁵ So bilden zum Beispiel Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit den grundlegenden Rahmen für die Entfaltung von Vielfalt, vgl. Scholz, in: Politische Streitkultur, S. 304; Leisner-Egensperger, Vielfalt – ein Begriff des Öffentlichen Rechts, S. 21.

²⁶ Ebenso ist Gleichheit nicht ohne Vielfalt denkbar, da die Gleichheit zweier Bezugsgegenstände stets die Unterschiedlichkeit (Vielfalt) der übrigen Bezugsgegenstände voraussetzt, vgl. Thiele, DVBl 2018, 1112 (1114).

²⁷ Leisner-Egensperger, Vielfalt – ein Begriff des Öffentlichen Rechts, S. 21.

²⁸ Herzog, in: Transformation und Emanzipation, S. 79.

gung für die Entfaltung vielfältiger Identitäten in einer pluralen Gesellschaft. Vielfalt und Gleichheit sind somit keine Gegenbegriffe, sondern stehen in einem Verhältnis wechselseitiger Bedingtheit.²⁹

Indem die Union für Gleichheit innerhalb der EU eintritt, stellt sie also zugleich die grundlegende Voraussetzung für gesellschaftliche Vielfalt sicher. Dazu enthält das Unionsrecht ein umfassendes System verschiedener Gleichheitsgarantien und Diskriminierungsverbote. Diese werden nun mit Blick auf ihren Regelungsgehalt, ihre Funktionsweise und ihren Anwendungsbereich untersucht, bevor anschließend künftige Entwicklungen und Herausforderungen für den Schutz von Gleichheit und Vielfalt in der EU erörtert werden.

1. Das System des unionalen Gleichheitsschutzes

Die Gleichheit vor dem Gesetz, auch als allgemeiner Gleichheitssatz bekannt, gehört zu den tragenden Grundsätzen des Unionsrechts.³⁰ Seine ideengeschichtlichen Wurzeln finden sich in den menschenrechtlichen Ideen der Aufklärung, die zunächst im universellen Völkerrecht Beachtung fanden und später Einzug in zahlreiche nationale Rechtsordnungen sowie die Unionsrechtsordnung hielten.³¹ Aufgrund der anfänglich stark wirtschaftsliberal geprägten Ausrichtung der Europäischen Gemeinschaften beschränkten sich unionsrechtliche Garantien zur Gleichheit zunächst auf wirtschaftliche Zusammenhänge, wie etwa den diskriminierungsfreien Zugang zum gemeinsamen Binnenmarkt.³² Erst im Laufe des fortschreitenden Integrationsprozesses gewannen zunehmend auch politische und grundrechtliche Aspekte an Bedeutung für die heranwachsenden Europäischen Gemeinschaften.³³ Ausdruck dieser Entwicklung ist die schrittweise Entwicklung eines europäischen Grundrechtsschutzes durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung. In dessen Zuge leitete der EuGH einen allgemeinen Gleichheitssatz her, der rechtliche Gleichheit vor der legislativen, exekutiven und judikativen Gewalt gewährleistet.³⁴ In späteren Stadien der Integration

²⁹ Thiele, DVBl 2018, 1112 (1114).

³⁰ EuGH, Urt. v. 5.10.1994, Rs. C-280/93 – Deutschland/Rat, Slg. 1994, I-4973, Rn. 67; Urt. v. 14.10.1999, Rs. C-104/97 – Atlanta/Europäische Gemeinschaft, Slg. 1999, I-6983 Rn. 46.

³¹ Peters/Altwicker in: Dörr/Grote/Marauh (Hrsg.), Kap. 21 Rn. 1; Schmahl, in: Europäischer Grundrechtsschutz, § 20 Rn. 19.

³² Art. 7 Abs. 1 EWG-Vertrag (heute Art. 18 AEUV); Art. 119 EWG (heute Art. 157 AEUV); Art. 40 Abs. 3 S. 2 EWG-Vertrag (heute Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV).

³³ Zum historischen Kontext Schmahl, in: Europäischer Grundrechtsschutz, § 20 Rn. 7 ff.

³⁴ Besonders prägend insofern EuGH, Urt. v. 19.10.1977 – Ruckdeschel u. a./Hauptzollamt Hamburg-St. Annen, verb. Rs. C-117/76 u. C-16/77, Slg. 1977, 1753 Rn. 7; Urt. v. 13.11.1984 – Racke, Rs. C-283/83, Slg. 1984,

wurde dieser richterliche Gleichheitssatz sodann positivrechtlich ausgestaltet, was in der feierlichen Proklamation der Europäischen Charta der Grundrechte (GRCh) im Jahre 2000 gipfelte.³⁵ Das Produkt dieser Entwicklungen ist eine Reihe von Gleichheitssätzen und Diskriminierungsverboten im geltenden Recht, wobei Diskriminierungsverbote regelungstechnisch gesehen spezielle Ausprägungen von Gleichheitsgeboten sind.³⁶ Indem Diskriminierungsverbote unzulässige Unterscheidungsmerkmale definieren, füllen sie den unbestimmten Maßstab des Gleichheitssatzes, genauer das „wesentlich Gleiche“ aus und können somit als negative Konkretisierung des Gleichheitsgebots verstanden werden.³⁷ Relevante Regelungen finden sich auf den verschiedenen normhierarchischen Ebenen des Unionsrechts.

a) Gleichheitsgarantien im Primärrecht

Auf der Ebene des Primärrechts finden die Prinzipien der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung zunächst in der genannten Werteklausel des Art. 2 EUV Erwähnung. Die dort normierten Prinzipien strahlen in die übrige Rechtsordnung aus, ihre Verwirklichung ist Handlungsdirektive der Unionsorgane.³⁸ Dies wird für die Beseitigung von Ungleichheiten zwischen Männern und Frauen speziell in Art. 8 AEUV festgeschrieben. Ebenso enthält Art. 10 AEUV ein allgemein gefassteres Gebot zur Bekämpfung von Diskriminierung. Aus beiden Normen folgt ein konkreter Handlungsauftrag mit weitem Gestaltungsspielraum der Unionsorgane.³⁹ Subjektive Rechte der Betroffenen können hieraus hingegen nicht abgeleitet werden.⁴⁰ Dennoch wird beiden Normen eine hochrangige Rolle zugesprochen: Art. 8 und 10 AEUV zählen zu den sogenannten „Querschnittsklauseln“⁴¹ der Art. 7–13 AEUV, die

3791; Urt. v. 17.4.1997 – Kerlast, Rs. C-15/95, Slg.1997, I-1961; *Schmahl*, in: Europäischer Grundrechtsschutz, § 20 Rn. 8, 18 f.; *Heselhaus*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, GRC, Art. 20 Rn. 16.

³⁵ *Schmahl*, in: Europäischer Grundrechtsschutz, § 20 Rn. 13.

³⁶ EuGH, Urt. v. 5.10.1994 – Deutschland/Rat, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rn. 67.

³⁷ *Schmahl*, in: Europäischer Grundrechtsschutz, § 20 Rn. 22.

³⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 1 EUV, Art. 7 AEUV.

³⁹ *Rossi*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), AEUV, Art. 10 Rn. 5.

⁴⁰ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung im AEUV, Titel II Allgemein geltende Bestimmungen, vgl. *Rossi*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), AEUV, Art. 10 Rn. 6.

⁴¹ *Kocher*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, AEUV, Art. 10 Rn. 4.

sämtliches Handeln der Union prägen. Sie sind Ausdruck einer europäischen Sozialpolitik, die der Gewährleistung von Gleichheit und Nichtdiskriminierung allgegenwärtige Bedeutung in der Unionspolitik zumisst.⁴²

Zur Umsetzung dieser Politik vermittelt Art. 19 Abs. 1 AEUV eine Kompetenz zum Erlass konkreter Antidiskriminierungsmaßnahmen. Im Wege eines besonderen Gesetzgebungsverfahrens können Rat und Parlament „geeignete Vorkehrungen“ treffen. Mit dieser weiten Formulierung eröffnet Art. 19 Abs. 1 AEUV ein weitreichendes Spektrum an Handlungsformen, das neben den rechtsförmigen Rechtsakten des Art. 288 AEUV auch unverbindliche Maßnahmen wie finanzielle Förderprogramme oder die Schaffung von Forschungseinrichtungen umfasst.⁴³

Neben diesen formalen Bestimmungen findet sich im Primärrecht zudem das Herz des europäischen Gleichheitsschutzes: die materiellen Gleichheitssätze und Diskriminierungsverbote in Form subjektiver Rechte. Zentrale Norm ist die positivrechtliche Verankerung des allgemeinen Gleichheitssatzes in Art. 20 GRCh. Anknüpfend daran enthalten die Art. 21–26 GRCh verschiedene Konkretisierungen und Ergänzungen.⁴⁴ Dabei sticht besonders Art. 21 GRCh durch seinen sehr umfassenden Katalog verpönter Diskriminierungsmerkmale hervor. Abseits der GRCh finden sich auf Ebene des Primärrechts zudem (sektoren-) spezifische Gleichheitsgarantien. Elementar ist hier das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit gem. Art. 18 AEUV und das Gebot zur Gleichstellung von Mann und Frau im Erwerbsleben gem. Art. 157 AEUV.⁴⁵

Im System des unionalen Gleichheitsschutzes dienen die Bestimmungen des Primärrechts als Fundament einer proaktiven Unionspolitik zur Bekämpfung von Diskriminierung, welche weiterführend auf Ebene des Sekundärrechts ausgestaltet wird.

⁴² Sogenanntes „Mainstreaming des Diskriminierungsschutzes“, *Kocher*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, AEUV, Art. 10 Rn. 4.

⁴³ *Michl*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, AEUV, Art. 19 Rn. 33.

⁴⁴ *Schmahl*, in: Europäischer Grundrechtsschutz, § 20 Rn. 16.

⁴⁵ Darüber hinaus finden sich weitere Diskriminierungsverbote in Art. 34, Art. 29, Art. 35 Abs. 1, Art. 45 Abs. 2, Art. 49, Art. 57 Abs. 3, Art. 65 Abs. 3 AEUV, im Agrarbereich in Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV, in der Verkehrspolitik in Art. 92 AEUV und im Wettbewerbsrecht in Art. 107 Abs. 2 lit. a, Art. 110 AEUV, vgl. *Rossi*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), GRCh, Art. 20 Rn. 18.

b) Gleichheitsgarantien im Sekundärrecht

Zur Effektuierung des primärrechtlichen Gleichheitsschutzes haben die Unionsorgane verschiedene Sekundärrechtsakte erlassen. Wesentlich sind dabei drei konkretisierende Richtlinien, die auf Grundlage des Art. 19 Abs. 1 AEUV erlassen wurden. Hierzu gehört erstens die RL 2000/43/EG⁴⁶ zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft („Rassismusbekämpfungsrichtlinie“), zweitens die RL 2000/78/EG⁴⁷ zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf („Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie“) und drittens die RL 2004/113/EG⁴⁸ zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen („Dienstleistungen-Gleichbehandlungs-RL“). Die Richtlinien decken unterschiedliche Schutzrichtungen ab und ergänzen sich gegenseitig. Inhaltlich füllen sie die primärrechtlichen Diskriminierungsverbote aus, indem sie Begrifflichkeiten definieren, positive Maßnahmen erwähnen und entsprechende Rechtsschutzverfahren und Sanktionen vorsehen.⁴⁹ Ihre wesentliche Errungenschaft liegt in der Übertragung von Gleichheitsgarantien auf die Rechtsverhältnisse zwischen Privaten.⁵⁰ Zwar entfalten die Richtlinien selbst keine direkte Horizontalwirkung, da Private mittels sekundärrechtlicher Richtlinien nicht als unmittelbare Adressaten verpflichtet werden können.⁵¹ Indem die Mitgliedsstaaten die Richtlinien aber in nationales Recht umsetzen, werden Private sodann aus den nationalen Umsetzungsgesetzen zu Verpflichtungsadressaten.⁵² Aufgrund der damit einhergehenden Einschränkung grundrechtlich geschützter Freiheitsrechte Dritter, sind die Antidiskriminierungsrichtlinien in der Vergangenheit vielfach Gegenstand kontroverser Diskussionen gewesen. Kritisiert werden vor allem unverhältnismäßige Eingriffe in die Handlungsfreiheit – die umfassenden Gleichheitsgebote würden die

⁴⁶ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180 vom 19.7.2000, S. 22–26.

⁴⁷ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. Nr. L 303 vom 02/12/2000 S. 16–22.

⁴⁸ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. L 373 vom 21.12.2004, S. 37–43.

⁴⁹ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), AEUV, Art. 19 Rn. 16; *Schmahl*, in: Grabenwarter (Hrsg.), § 20 Rn. 26.

⁵⁰ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), AEUV, Art. 19 Rn. 17.

⁵¹ *Schmahl*, in: Europäischer Grundrechtsschutz, § 20 Rn. 26.

⁵² *Schmahl*, in: Europäischer Grundrechtsschutz, § 20 Rn. 26.

Privatautonomie des Rechtsverkehrs zu stark einschränken.⁵³ Der deutsche Gesetzgeber hat die europäischen Richtlinien im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) mit Wirkung zum 18.8.2006 (überschießend) umgesetzt. Mit seiner umfassenden Ausgestaltung von Gleichheitsgarantien zu Lasten der Privatautonomie war auch das AGG vielfach Kritik ausgesetzt.⁵⁴ *Zur Bekämpfung von Diskriminierung* wird das AGG dennoch überwiegend positiv bewertet.⁵⁵ Laut der Evaluation der Antidiskriminierungsstelle des Bundes hat das AGG eine rechtspolitische Zäsur erbracht, indem der gleichheitsrechtliche Schutz im deutschen Recht erstmals vollumfänglich ausgestaltet wurde.⁵⁶ Zugleich entstand eine sensibilisierende und generalpräventive Wirkung.⁵⁷ Weniger enthusiastisch fällt hingegen die Evaluation der Europäische Kommission zur Umsetzung der zugrundeliegenden Richtlinien aus. So bemängelt die Kommission gravierende Umsetzungsprobleme in der Rechtsdurchsetzung und der effektiven Sanktionierung von Verstößen gegen die Gleichheitssätze.⁵⁸

c) Sonstige gleichheitsfördernde Maßnahmen

Ergänzend zu den primär- und sekundärrechtlichen Regelungen haben die Unionsorgane eine Reihe sonstiger „geeigneter Vorkehrung“ gem. Art. 19 Abs. 1 AEUV getroffen. Darunter fällt etwa die Gründung eines Europäischen Instituts für Gleichstellungsfragen⁵⁹ sowie eine Reihe von Beschlüssen und realpolitischen Maßnahmen. Zu letzteren gehören sogenannte Aktionsprogramme, wie etwa das Programm „Bürgerinnen und Bürger, Gleichstellung, Rechte und Werte“ (2021–2027),⁶⁰ oder die Einsetzung verschiedener Expertengruppen wie die Hochrangige Gruppe für Nichtdiskriminierung, Gleichstellung und Vielfalt.⁶¹

Im institutionellen Gefüge der Unionsorgane übernimmt besonders die Europäische Kommission hier eine zentrale Rolle. So erstellt die Kommission umfassende

⁵³ Prüfend dazu *Mahlmann*, Gleichheitsschutz und Privatautonomie, ZEuS 2002, 407.

⁵⁴ „Tod der Privatautonomie“, vgl. *Gather*, in: *Disruptionen im Privatrecht*, S. 157.

⁵⁵ *Berghahn/Klapp/Tischbirek u.a.*, Evaluation des AGG, 2016.

⁵⁶ *Berghahn/Klapp/Tischbirek u.a.*, Evaluation des AGG, 2016, S. 13.

⁵⁷ *Berghahn/Klapp/Tischbirek u.a.*, Evaluation des AGG, 2016, S. 16.

⁵⁸ Europäische Kommission, Bericht über die Anwendung der Rassismusbekämpfungsrichtlinie und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie, COM(2021) 139 final, S. 2, 8, 10, 12.

⁵⁹ Verordnung (EG) Nr. 1922/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 zur Errichtung eines Europäischen Instituts für Gleichstellungsfragen, ABl. 2006 L 403, S. 9.

⁶⁰ Verordnung (EU) 2021/692 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. April 2021 zur Einrichtung des Programms „Bürgerinnen und Bürger, Gleichstellung, Rechte und Werte“, ABl. 2021/L 156.

⁶¹ Europäische Kommission, Register of Commission Expert Groups, High Level Group on Non-Discrimination, Equality and Diversity (E03328), <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?lang=en&groupID=3328> (Stand 4.8.2025).

Berichte über die Umsetzung der sekundärrechtlichen Richtlinien, pflegt die Zusammenarbeit mit verschiedenen Bürgergesellschaften und gründet Netzwerke zum Austausch von Experten.⁶² Zudem beschäftigt sich die Kommission eingehend mit einzelnen, von Diskriminierung betroffenen Gruppen, wie die Gruppe der Roma,⁶³ der LGBTIQ-Personen⁶⁴ sowie der Menschen mit Behinderungen.⁶⁵ Sie erarbeitet konkrete „Strategien“ zu deren Gleichstellung und gesellschaftlicher Integration, deren Umsetzung sie in regelmäßigen Abständen evaluiert. Mit diesen Maßnahmen wird die Kommission zum „höchst aktive[n] Motor bei der Bekämpfung der Diskriminierung“. ⁶⁶ Sie gewährleistet eine konsequente und durchaus kritische Begleitung der mitgliedstaatlichen Umsetzung des unionalen Antidiskriminierungsrechts.

d) Gesamtbild: Ein ausdifferenziertes System unionaler Gleichheitsgarantien

Im Gesamtbild ergibt sich ein ausdifferenziertes System des unionalen Gleichheitsschutzes. Die grundlegenden Regelungen des Primärrechts bieten der Union Raum für eine entschlossene Politik zur proaktiven Bekämpfung von Diskriminierung. Die materiellen Ge- und Verbote der Grundrechtecharta und des AEUV-Vertrags vermitteln den Betroffenen einklagbare subjektive Rechte, deren Schutz vor den Unionsgerichten durchgesetzt werden kann. Auch auf Ebene des Sekundärrechts finden sich differenzierte Regelungen zu Diskriminierungsverboten, die zwischen Privaten Anwendung finden. Flankiert werden diese Rechtsnormen von einer sehr aktiven Antidiskriminierungspolitik der Kommission, die sich verschiedener Maßnahmen und Strategien zur effektiven Umsetzung der Gleichheitsgarantien bedient. Das hieraus entstehende System eines unionalen Gleichheitsschutzes sichert insofern die Gleichheit der Gesellschaftsmitglieder als notwendige Bedingung für die Entfaltung gesellschaftlicher Vielfalt. Damit verleiht es dem in Art. 2 S. 2 AEUV festgeschriebenen Leitmotiv einer durch Pluralismus geprägten Gesellschaft Ausdruck.⁶⁷

⁶² Khan/Schäffer, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair (Hrsg.), AEUV, Art. 19 Rn. 15.

⁶³ Europäische Kommission, Union der Gleichheit: Strategischer Rahmen der EU zur Gleichstellung, Inklusion und Teilhabe der Roma, COM(2020) 620 final.

⁶⁴ Europäische Kommission, Union der Gleichheit: Strategie für die Gleichstellung von LGBTIQ-Personen 2020–2025, COM(2020) 698 final.

⁶⁵ Europäische Kommission, Union der Gleichheit: Strategie für die Rechte von Menschen mit Behinderungen 2021–2030, COM(2021) 101 final.

⁶⁶ Khan/Schäffer, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair (Hrsg.), AEUV, Art. 19 Rn. 15.

⁶⁷ Vgl. ähnlich Wendel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), AEUV, Art. 18 Rn. 128 mit Blick auf Art. 18 AEUV; ähnlich Kotzur/Valentiner, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair (Hrsg.), AEUV, Art. 157 Rn. 2 mit Bezug auf Art. 157 AEUV.

2. Künftige Ausgestaltung und aktuelle Herausforderungen für den unionalen Gleichheitsschutz

Im Anschluss an die vorangegangenen Erwägungen stellt sich nun die Frage nach künftigen (Weiter-) Entwicklungen und aktuellen Herausforderungen für den Schutz von Vielfalt und Gleichheit in der EU. Potential für Verbesserung besteht vor allem mit Blick auf verbleibende Regelungslücken. Die bestehenden Regelungen konzentrieren sich besonders auf den Bereich der Erwerbstätigkeit als Schlüsselbereich der Diskriminierungsbekämpfung.⁶⁸ Dieser sektorale Schwerpunkt mag sich vor dem Hintergrund der einstigen wirtschaftlichen Prägung der Union erklären, wird dem heutigen Selbstverständnis einer politischen und sozialen Union aber nicht mehr gerecht. Mit diesen Erwägungen hält auch die Kommission einen umfassenden Schutz vor Diskriminierung für nicht ausreichend gewährleistet. Eine künftige Ausweitung des Schutzes vor Diskriminierung auf sämtliche Zuständigkeitsbereiche bleibt dennoch unwahrscheinlich. Bereits 2008 hatte die Kommission einen entsprechenden Vorschlag für eine weitere Antidiskriminierungsrichtlinie vorgelegt,⁶⁹ über deren Erlass bis heute im Rat keine Einigkeit erzielt werden konnte.⁷⁰ Insofern scheint die Bereitschaft zur weiteren Ausgestaltung des Gleichheitsschutzes erschöpft und die frühere Euphorie der Antidiskriminierungsrichtlinien ermattet.

Das nachlassende Interesse am Schutz von Gleichheit und der Bekämpfung von Diskriminierung verdeutlicht sich darüber hinaus in zunehmenden populistischen und anti-pluralen Strömungen in einigen Mitgliedsstaaten der EU.⁷¹ Ein aktuelles Beispiel findet sich in der LGBTQI-feindlichen Gesetzgebung der ungarischen Regierung von Viktor Orbán. Mit verschiedenen Gesetzen „zum Schutz Minderjähriger“⁷² werden LGBTQI-Menschen gezielt diskriminiert, vom gesellschaftlichen Leben ausgeschlossen und mit Pädophilie in Verbindung gebracht.⁷³ Was Orbán als Politik zum Schutz traditioneller ungarischer Werte verkauft,⁷⁴ ist nichts anderes

⁶⁸ Vgl. *Möhle*, Europäische Sozialpolitik, S. 108.

⁶⁹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung; Brüssel, 2.7.2008, KOM(2008) 426 endgültig.

⁷⁰ Siehe zuletzt: Rat der Europäischen Union, Fortschrittsbericht, 23. 11. 2021, 2008/0140(CNS).

⁷¹ *Donders*, in: *European Populism and Human Rights*, S. 55 f.

⁷² In der Gesetzesbegründung wird der Schutz der körperlichen, geistigen und moralischen Entwicklung von Kindern als Regelungsmotiv genannt, vgl. *Bauer*, Novelle des ungarischen Kinderschutzgesetzes sorgt für Streit in Europa, *Die Tagesschau - Deutsch-Ungarisches Institut* v. 1.7.2021.

⁷³ Tagesschau v. 5.6.2025, Gutachten wertet Ungarns LGBTQ-Gesetz als rechtswidrig, <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/lgbtq-gesetz-ungarn-eugh-justiz-100.html> (Stand: 1.8.2025).

⁷⁴ Vgl. *Ciesielska*, Ungarn will traditionelle Werte in der Verfassung stärken, *DailyWrap* v. 12.3.2025.

als ein eklatanter Angriff auf die Vielfalt sexueller Identitäten. Diese Politik *traditioneller ungarischer Werte* ließe vermuten, dass Orbán hier bloß den von Art. 4 Abs. 2 EUV gewährleisteten Anspruch auf Achtung der *nationalen Identität* Ungarns verfolgt. Hierin kann jedoch keine Rechtfertigung für einen derart schwerwiegenden Verstoß gegen die Werte und Prinzipien der Union liegen.⁷⁵ So hat auch die Europäische Kommission diesbezüglich ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH eingeleitet,⁷⁶ was maßgeblich zur Behauptung des unionalen Bekenntnisses zu Gleichheit, Menschenrechten und Minderheitenrechten beitragen könnte. Anti-plurale und illiberale Entwicklungen bedürfen einer klaren Positionierung, die sich sicherlich auch in der Entscheidung des EuGH im Verfahren gegen Ungarn finden wird.

IV. Fazit

Die vorangegangenen Untersuchungen zeigen das Bild eines ausdifferenzierten Gleichheitsschutzes innerhalb der Europäischen Union. Damit verwirklicht die EU auf rechtlicher Ebene ihr Leitbild des Art. 2 S. 2 EUV von einer durch Pluralismus, Toleranz und Nichtdiskriminierung geprägten Gesellschaft. Die bestehenden Regelungen setzen dabei an zwei Ansatzpunkten an: Einerseits zielen Gleichheitsgebote und Diskriminierungsverbote darauf, jegliche Negation und Versagung von Vielfalt durch Diskriminierung zu bekämpfen. Andererseits werden Vielfalt und Diversität durch verschiedene Maßnahmen und Strategien zur Gleichstellung diskriminierter Gruppen proaktiv gefördert und gestärkt. Damit die EU auch künftig ihrem Anspruch und Leitmotiv einer pluralistischen Gesellschaft gerecht werden kann, sollte sie sich allerdings nicht auf den bestehenden Regelungen und Errungenschaften ausruhen. Verbleibende Regelungslücken beim Schutz von Gleichheit und der Bekämpfung von Diskriminierung verdeutlichen weiteren Handlungsbedarf. Zugleich illustrieren anti-plurale und illiberale Entwicklungen, dass ein konsequentes Entstehen für Gleichheit und Diskriminierungsschutz fortwährend erforderlich ist. Nur so kann das Leitbild einer pluralistischen und toleranten Gesellschaft auch künftig mehr als nur eine leere Worthülse bleiben.

Literaturverzeichnis

⁷⁵ Franzius, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, EUV, Art. 4 Rn. 32.

⁷⁶ Klage eingereicht am 19. Dezember 2022 – Europäische Kommission/Ungarn, Rs. C-769/22, ABl. 2023/C 54/19.

Andersen, Uwe/Woyke, Wichard (Hrsg.), Handwörterbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, 8. Auflage, Wiesbaden 2021.

Avbelj, Matej/Komárek, Jan (Hrsg.), Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond, Oxford 2012.

Bauer, Bence, Novelle des ungarischen Kinderschutzgesetzes sorgt für Streit in Europa, Die Tagesschau - Deutsch-Ungarisches Institut v. 1.7.2021, <https://magyar-nemetintezet.hu/de/forschung/ungarn-geht-es-um-den-schutz-der-kinder-1> (Stand: 1.9.2025).

Berghahn, Sabine / Egenberger, Vera/ Klapp, Micha u.a. (Hrsg.), Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, 2016, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/forschungsprojekte/DE/AGG_Evaluation.html (Stand: 1.8.2025).

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage, München 2022.

Ciesielska, Paulina, Ungarn will traditionelle Werte in der Verfassung stärken, in DailyWrap v. 12.3.2025, <https://dailywrap.net/de-de/ungarn-will-traditionelle-werte-in-der-verfassung-starken,7134393841002625a> (Stand: 2.9.2025).

Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauch, Thilo (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 3. Auflage, Tübingen 2022.

Donders, Yvonne, Diversity in Europe: From Pluralism to Populism? in: Vidmar, Jure (Hrsg.), European Populism and Human Rights, International Studies in Human Rights, Cambridge 2020, S. 52–71.

Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich (Hrsg.), 2. Auflage, Tübingen 2023.

Gather, Selma, Tod der Privatautonomie?, in: Wöbbeking, Maren/Gerdemann, Simon/Büning, Felix u.a. (Hrsg.), Disruptionen im Privatrecht, Göttingen 2024, S. 157–184.

Geiger, Rudolf/Khan, Daniel-Erasmus/Kotzur, Markus/Kirchmair, Lando (Hrsg.), EUV / AEUV, 7. Auflage, München 2023.

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der EU, 85. Auflage, München 2025.

Hatje, Armin/Schwarze, Jürgen, Der Zusammenhalt der Europäischen Union, Europarecht 2019, 153–190.

Herzog, Lisa, Freiheit oder Gleichheit? Gleiche Freiheit!, in: Legrand, Jupp/Linde, Benedikt/Arlt, Hans-Jürgen (Hrsg.), Transformation und Emanzipation, Wiesbaden 2023, S. 79–88.

Leisner-Egenseperger, Anna, Vielfalt – ein Begriff des Öffentlichen Rechts, Berlin 2004.

Lembke, Ulrike, Diversity als Rechtsbegriff. Eine Einführung, Rechtswissenschaft 2012, 46–76.

Mahlmann, Matthias, Gleichheitsschutz und Privatautonomie. Probleme und Perspektiven der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG gegen Diskriminierungen aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft, Zeitschrift für europarechtliche Studien 2002, 407–425.

Mandry, Christof, Pluralismus als Problem und Pluralismus als Wert – theologisch-ethische Überlegungen, in: Bultmann, Christoph/Rüpke, Jörg/Schmolinsky, Sabine (Hrsg.), Religionen in Nachbarschaft, Münster 2012, S. 29–46.

Möhle, Marion, Europäische Sozialpolitik, Wiesbaden 2020.

Riedl, Benedikt, Keine allgemeine Verfassungsaufsicht über die Unionswerte im Vertragsverletzungsverfahren, Verfassungsblog, 26.11.2024, <https://verfassungsblog.de/eugh-lgbtqi-ungarn-werte/>.

Schmahl, Stefanie, § 20 Gleichheitsgarantien, in: Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, 2. Auflage, Baden-Baden 2022.

Scholz, Rupert, Demokratie und freiheitlicher Rechtsstaat, in: Sarcinelli, Ulrich (Hrsg.), Politische Streitkultur, Wiesbaden 1990, S. 304–310.

Schuppert, Gunnar Folge, Governance of diversity. Zum Umgang mit kultureller und religiöser Pluralität in säkularen Gesellschaften, Frankfurt 2017.

Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2019.

Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, München 2018.

Thiele, Alexander, Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und juristischen Diskurses, Deutsches Verwaltungsblatt 2018, 1112–1119.

Vedder, Christoph Wilhelm/Heintschel von Heinegg, Wolff (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2018.

Von Bogdandy, Armin, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Berlin 2022.

Weber, Klaus (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 34. Edition, München 1.4.2025.

Wendel, Mattias, Das pluralistische System des Grundrechtsschutzes, in: Bast, Jürgen/von Bogdandy, Armin (Hrsg.), Unionsverfassungsrecht, Baden-Baden 2025, S. 607–669.

Die Gleichheit der Mitgliedstaaten – ein tragfähiges Fundament für den Vorrang des Unionsrechts?

Dr. Benedikt Riedl*

Ludwig-Maximilians-Universität München
benedikt.riedl@riedls.de

Abstract

Der Beitrag untersucht die jüngste Argumentationslinie des EuGH, den absoluten Anwendungsvorrang des Unionsrechts aus dem Gleichheitssatz des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 Var. 1 EUV herzuleiten. Ausgangspunkt ist der langjährige Konflikt zwischen EuGH und nationalen Verfassungsgerichten über Reichweite und Geltungsgrund des Vorrangs, insbesondere in Grenzbereichen wie der Ultra-vires- und Identitätskontrolle. Nach einer Darstellung der traditionellen Begründungen des Vorrangs und der unterschiedlichen Auffassungen in Luxemburg und den Mitgliedstaaten analysiert der Beitrag die neue „Gleichheitsdogmatik“, die den Vorrang als notwendige Voraussetzung für die Gleichheit der Mitgliedstaaten versteht. Die Untersuchung zeigt, dass diese Begründung methodisch nicht trägt: Sie isoliert die Gleichheitsverpflichtung vom Schutz der nationalen Verfassungsidentität, verkennet die Funktionsweise des Gleichheitssatzes und stützt sich auf ein Zirkelschluss-Argument. Der absolute Vorrang ist weder vom Wortlaut noch von der Systematik des Art. 4 Abs. 2 EUV gedeckt und lässt sich auch gleichheitsrechtlich nicht zwingend begründen. Die „Gleichheitsdogmatik“ erweist sich damit als rhetorische Neubegründung einer alten Forderung, ohne den grundlegenden verfassungsrechtlichen Dissens zu lösen.

* Dr. Benedikt Riedl, MJur (Oxford) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Postdoc am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie (Prof. Dr. Peter M. Huber, Bundesverfassungsrichter a.D., Minister a.D.) der Ludwig-Maximilians-Universität München. E-Mail: benedikt.riedl@riedls.de.

I. Einleitung

Der Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht ist ein Grundpfeiler der Europäischen Union. Doch seine exakte Reichweite und dogmatische Begründung sind seit jeher Gegenstand von Konflikten zwischen dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) und den nationalen Verfassungsgerichten. Insbesondere in Bereichen wie der Ultra-vires-Kontrolle und dem Schutz der nationalen Verfassungsidentität stößt das traditionelle Argument des EuGH – die Notwendigkeit, die Einheitlichkeit und Wirksamkeit des Unionsrechts zu sichern – an seine Grenzen. Dieser ungelöste Konflikt bildet den Kern der verfassungsrechtlichen Debatte um die europäische Integration.

Vor dem Hintergrund dieses Konflikts hat der EuGH in jüngeren Entscheidungen und Schlussanträgen, namentlich in den Rechtssachen Euro Box Promotion¹, RS² und Kommission/Ungarn³, eine neue, bemerkenswerte Begründungslinie entwickelt. Er versucht nun, den absoluten Vorrang des Unionsrechts aus dem Gleichheitssatz des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV herzuleiten. Die Kernthese lautet: Nur ein ausnahmsloser, von nationalem Verfassungsrecht unbeschränkter Anwendungsvorrang könne die Gleichheit der Mitgliedstaaten untereinander wahren. Der Vorrang wird so selbst zum Garanten dieser Gleichheit und soll damit auch die Letztentscheidungsbefugnis nationaler Gerichte in Ultra-vires- und Identitätsfragen ausschließen.

Der vorliegende Beitrag unterzieht diese neue „Gleichheitsdogmatik“ einer kritischen Prüfung. Dazu werden zunächst der grundlegende Dissens über die Reichweite des Vorrangs sowie das unterschiedliche Verständnis von dessen Geltungsgrund zwischen dem EuGH und den mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten nachgezeichnet. Auf dieser Basis wird die neue, auf dem Gleichheitssatz basierende Argumentationsfigur des EuGH vorgestellt und im Hauptteil einer eingehenden Bewertung unterzogen. Die zentrale These lautet, dass dieser Ansatz dogmatisch nicht zu überzeugen vermag. Der Beitrag wird aufzeigen, dass die Argumentation des EuGH den Gleichheitssatz selektiv und funktionswidrig einsetzt und die grundlegenden Konflikte um die Grenzen der Hoheitsrechtsübertragung damit

¹ Urt. v. 21.12.2021, verb. Rs. C-357/19, Rs. C-379/19, Rs. C-547/19, Rs. C-811/19FQ, Rs. C-840/19NC, ECLI:EU:C:2021:1034 – *Euro Box Promotion*.

² Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 53 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

³ Generalanwältin *Ćapeta*, Schlussanträge vom 5.6.2025, Rs. C-769/22, ECLI:EU:C:2025:408 – *Kommission/Ungarn*.

nicht löst, sondern lediglich eine neue argumentative Fassade für eine alte Forderung nach absolutem Vorrang errichtet.

II. Das zugrundeliegende Problem: Reichweite des Vorrangs des Unionsrechts

Während die nationalen Gerichte den Geltungsgrund des Unionsrechts in Abhängigkeit vom Anwendungsbefehl sehen, ist er nach Auffassung des EuGH autonom. Darauf aufbauend begreift der EuGH den bis heute unionsrechtlich nicht normierten Anwendungsvorrang absolut, wohingegen er auf mitgliedstaatlicher Ebene relativ verstanden wird.

1. Keine Regelung in den Unionsverträgen

Der einzige Versuch, den Anwendungsvorrang des Unionsrechts explizit primärrechtlich als Kollisionsnorm festzuschreiben, wurde im Rahmen des Vertrags über eine Verfassung für Europa, der am 29.10.2004 von den Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten unterzeichnet wurde, vorgenommen.⁴ In Art. I-6 VVE sollte normiert werden: „Die Verfassung und das von den Organen der Union in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten gesetzte Recht haben Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten.“⁵ Nach den ablehnenden Referenden in Frankreich und den Niederlanden scheiterte der Vertrag über eine Verfassung für Europa, sodass die Norm niemals Teil des europäischen Primärrechts wurde.⁶

Jedoch enthält die 17. Erklärung zur Schlussakte der Regierungskonferenz zum Vertrag von Lissabon Ausführungen zum Vorrang des Unionsrechts.⁷ Darin weist die Regierungskonferenz darauf hin, „dass die Verträge und das von der Union auf

⁴ Vertrag über eine Verfassung für Europa, 2004/C 310/01, ABl Nr. C 310 v. 16.12.2004, S. 1; dazu *Berger*, Anwendungsvorrang, S. 35–37; *Kruis*, Anwendungsvorrang, S. 74–76; *Streinz*, in: Streinz, EUV, Art. 4, Rn. 35; kritisch auch *Huber*, EuR 2003, 574 (589 f.).

⁵ Der spanische Verfassungsgerichtshof und der französische Conseil constitutionnel bejahten die Verfassungsmäßigkeit; vgl. Tribunal Constitucional, Erkl. v. 13.12.2004, DTC 1/2004, dt. Übers. in: EuR 2005, 339 – *Verfassungsvertrag*; Conseil constitutionnel, Entsch. v. 19.11.2004, Nr. 2004-505 DC, Rec. S. 173, dt. Übers. in: EuGRZ 2005, 45 – *Verfassungsvertrag*; aus dem Schrifttum statt vieler *Berger*, Anwendungsvorrang, S. 35 f.; *Fischer*, Der Europäische Verfassungsvertrag, S. 129 f.; *Kruis*, Anwendungsvorrang, S. 74.

⁶ Dazu auch *Kirchhof*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 1009 (1009 f.); *Skouris*, EuR 2021, 3.

⁷ Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den am 13.12.2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat, ABl Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 346.

der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben.“⁸

Darüber hinaus wurde der vollständige Wortlaut des Gutachtens des Juristischen Diensts des Rates zum Vorrang in der Fassung des Dokuments 11197/07 (JUR 260) vom 22.7.2007 dem Text der Erklärung zum Vorrang des Unionsrechts beigelegt. Darin heißt es:

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Vorrang des EG-Rechts einer der Grundpfeiler des Gemeinschaftsrechts. Dem Gerichtshof zufolge ergibt sich dieser Grundsatz aus der Besonderheit der Europäischen Gemeinschaft. Zum Zeitpunkt des ersten Urteils im Rahmen dieser ständigen Rechtsprechung (Rechtssache 6/64, Costa gegen ENEL, 15. Juli 1964: ‚Aus [...] folgt, dass dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.‘) war dieser Vorrang im Vertrag nicht erwähnt. Dies ist auch heute noch der Fall. Die Tatsache, dass der Grundsatz dieses Vorrangs nicht in den künftigen Vertrag aufgenommen wird, ändert nichts an seiner Existenz und an der bestehenden Rechtsprechung des Gerichtshofs.“⁹

Die Vertragsparteien waren sich darüber einig, den Vorrang des Unionsrechts weiterhin so zu akzeptieren, wie er bis dahin praktiziert worden war.¹⁰ Dafür spricht die Formulierung in der Erklärung Nr. 17, dass der Vorrang „unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten *Bedingungen*“ gelte.¹¹ Die genannten „Bedingungen“ deuten auf die Grenzen des Anwendungsvorrangs hin.¹² Gleichzeitig wird durch die Tatsache, dass dies nicht im eigentlichen Vertragsrecht festgehalten wurde, die defensive Vorgehensweise ersichtlich.

⁸ Dazu auch *Berger*, Anwendungsvorrang, S. 37 f.; *Kruis*, Anwendungsvorrang, S. 76; *Skouris*, EuR, 2021, 3 (3 f.).

⁹ Gutachten des Juristischen Diensts des Rates zum Vorrang in der Fassung des Dokuments 11197/07 (JUR 260) v. 22.6.2007; vgl. ABI Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 346, Erklärung Nr. 17 (Fn. 167).

¹⁰ *Craig*, The Lisbon Treaty, S. 148; *Kruis*, Anwendungsvorrang, S. 77 f.; *Streinz*, in: Streinz, EUV, Art. 4, Rn. 35 f.; *Huber*, in: IPE II, § 26, Rn. 34 ff.

¹¹ Hervorhebung nur hier.

¹² *Streinz*, Europarecht, § 3, Rn. 224.

Wichtig ist auch die Frage nach der rechtlichen Qualität der Erklärung Nr. 17.¹³ Gemäß Art. 51 EUV sind Protokolle und Anhänge Bestandteil der Verträge und damit Primärrecht.¹⁴ Erklärungen sind im Gegensatz dazu nicht Bestandteil des europäischen Primärrechts und damit rechtlich nicht unmittelbar bindend.¹⁵ Die Erklärung Nr. 17 ist auch nicht als Anhang zu qualifizieren. Sollten aufgrund der systematischen Stellung der Erklärung unter Punkt „III. Anhang zum Vertrag von Lissabon“ Zweifel aufkommen, so werden diese durch den Wortlaut des beigefügten Gutachtens des Juristischen Diensts aufgelöst, in dem es ausdrücklich heißt, „dass der Grundsatz dieses Vorrangs nicht in den künftigen Vertrag aufgenommen wird.“¹⁶

Die Erklärung Nr. 17 führt also nicht zu einem absoluten, hierarchischen Vorrang des Unionsrechts gegenüber den nationalen Rechtsordnungen. In Bezug auf den Geltungsgrund des Unionsrechts bleibt es grundsätzlich bei der vorherigen Rechtslage.¹⁷ Insbesondere der Schwebezustand im Verhältnis zum mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht bleibt bestehen.

¹³ Dazu vertieft auch *Berger*, Anwendungsvorrang, S. 38–40; *Schwarze*, Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit II, S. 35.

¹⁴ Vgl. auch *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, § 34, Rn. 6.; *Seeger*, in: Große Hüttmann/Wehling, Das Europalexikon, S. 277, Stichwort: Protokolle (Anhang zu den Verträgen).

¹⁵ *Becker*, in: *Schwarze*, EUV, Vorb. Art. 52, Rn. 9 f.; *Berger*, Anwendungsvorrang, S. 39; *Seeger*, in: Große Hüttmann/Wehling, Das Europalexikon, S. 277, Stichwort: Protokolle (Anhang zu den Verträgen); *Schwarze*, Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit II, S. 35; allgemein zu interinstitutionellen Vereinbarungen *Hummer*, in: *Hummer*, Paradigmenwechsel im Europarecht zur Jahrtausendwende, S. 116; vgl. selbst EuGH, Urt. v. 2.3.2010, Rs. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104, Rn. 40 – *Rottmann*, wonach Erklärungen eine bloße Auslegungshilfe darstellen; vgl. auch BVerfGE 123, 267 (401 f.) – *Lissabon*; ungenau dagegen *Skouris*, EuR 2021, 3 (4) und *Skouris*, AnwBl 2021, 147.

¹⁶ So auch *Berger*, Anwendungsvorrang, S. 39; *Schwarze*, Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit II, S. 35; vgl. auch *Weller*, in: Mickel/Bergmann, Handlexikon der EU, S. 789, Stichwort: Protokolle/Erklärungen.

¹⁷ So auch BVerfGE 123, 267 (401 f.) – *Lissabon*; 158, 210 (Rn. 76) – *Einheitliches Patentgericht II*; aus dem Schrifttum statt vieler *Craig*, The Lisbon Treaty, S. 148; *Grabenwarter*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 135; *Kruis*, Anwendungsvorrang, S. 77 f.; *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV, Art. 19, Rn. 37; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 1, Rn. 18; *Schwarze*, Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit II, S. 35; treffend *Halter*, AöR 2021, 195 (220) zur Erklärung Nr. 17: „Sie signalisiert immerhin die Unterstützung der Costa/E.N.E.L.- und Internationale Handelsgesellschaft-Rechtsprechung durch die Regierungen der Mitgliedstaaten und durch die Parlamente, die den Vertrag von Lissabon ratifiziert haben. Doch liegt der autorisierende und legitimierende Wert einer Erklärung weit unter demjenigen einer Vertragsnorm. [...] Der Kontext, in dem Erklärung 17 gelesen und verstanden werden muss, ist insofern einer von herabgestufter Zustimmung zum Vorrangprinzip und einer (zumindest in Teilen) Offenhaltung der Vorrangfrage – und daran wird auch die jahrzehntelange Rechtsprechung der nationalen Gerichte in praktisch allen Mitgliedstaaten nicht unschuldig gewesen sein.“

2. Verständnis des EuGH vom Vorrang des Unionsrechts

Ungeachtet der gescheiterten Normierung eines Vorrangs hat die Rechtsprechung des EuGH zu einer zunehmenden materiellrechtlichen Hierarchisierung des Unionsrechts gegenüber mitgliedstaatlichem Recht geführt, die im Folgenden beleuchtet werden soll.

Der Ursprung eines Verständnisses des Unionsrechts als autonome und vorrangige Rechtsordnung liegt außerhalb der Unionsverträge – und zwar in der Rechtsprechung des EuGH, beginnend mit dem Van-Gend-&-Loos-Urteil.¹⁸ In dieser Entscheidung wurde zwar der Begriff der Autonomie noch nicht verwendet, jedoch konstatierte der EuGH, dass „die Gemeinschaft eine *neue Rechtsordnung des Völkerrechts* darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind.“¹⁹ Damit postulierte der EuGH die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Unionsrechtsordnung vom Einfluss der Mitgliedstaaten sowie den Unterschied zum allgemeinen Völkerrecht.²⁰ Er bezeichnete das Europarecht zwar noch als besonderes Völkerrecht. Als solches habe es allerdings eine andere Qualität als gewöhnliche völkerrechtliche Abkommen, deren Geltung auf die zwischenstaatliche Ebene beschränkt sei. Die europäische Rechtsordnung sollte aus der Abhängigkeit von den nationalen Rechtsordnungen herausgelöst werden. Das Europarecht sei, sofern die Bedingungen der unmittelbaren Anwendbarkeit vorlägen, nicht mehr erst dann Bestandteil des jeweiligen nationalen Rechts, wenn es umgesetzt werde, sondern gelte unmittelbar in der jeweiligen Rechtsordnung gegenüber den einzelnen Bürgern.²¹

¹⁸ EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 1 – *Van Gend & Loos*.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 1 (25) – *Van Gend & Loos*; Hervorhebung nur hier; nunmehr ständige Rechtsprechung vgl. nur EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1259 (1269) – *Costa/E.N.E.L.*; Gutachten v. 8.3.2011, Rs. 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 65 – *Europäisches Patentgericht*; Gutachten v. 18.12.2014, Rs. 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 157 – *EMRK-Beitritt II*; aus dem Schrifttum statt vieler *Haltern*, Europarecht II, Rn. 596 ff.

²⁰ Vgl. aus dem Schrifttum statt vieler *Lenaerts/Corthaut*, ELRev 2006, 287; *Schroeder*, in: Streinz, AEUV, Art. 288, Rn. 88; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 9, Rn. 3; von *Danwitz*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B. II., Rn. 4.

²¹ EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 1 (25, 27) – *Van Gend & Loos*; zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Verordnungen EuGH, Urt. v. 7.2.1973, Rs. C-39/72, ECLI:EU:C:1973:13, Rn. 17–20 – *Kommission/Italien*; zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien EuGH, Urt. v. 4.12.1974, Rs. C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133, Rn. 12 – *van Duyn*; zur terminologischen Unterscheidung zwischen unmittelbarer Geltung und unmittelbarer Anwendbarkeit *Berger*, Anwendungsvorrang, S. 11 f.; *Wyatt/Dashwood*, European Union Law, S. 244; auch *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 9, Rn. 14 f.

Diese Loslösung von den nationalen Rechtsordnungen ermöglicht dem europäischen Recht eine Unabhängigkeit von nationalen Kollisionsregeln. So unterliegt eine eigenständige Rechtsordnung weder dem Vorrang der nationalen Verfassung vor einfachem Recht noch den Kollisionsregeln „*lex specialis derogat legi generali*“ und „*lex posterior derogat legi priori*“.²² Damit war der Grundstein dafür gelegt, die Geltung des europäischen Rechts im Unterschied zum Völkerrecht²³ nicht aus den nationalen Rechtsordnungen, sondern aus sich selbst heraus zu begründen. Darauf aufbauend konnte der EuGH in späteren Urteilen den Anwendungsvorrang des Europarechts entwickeln und die Supranationalisierung der EU vorantreiben.²⁴

Im *Costa/E.N.E.L.*-Urteil und in folgenden Entscheidungen konkretisierte der EuGH, dass die neu geschaffene europäische Rechtsordnung als eigenständige Rechtsordnung *sui generis* den Gründungsverträgen und damit einer autonomen Quelle entspringe, weshalb sie über die unmittelbare Anwendbarkeit hinaus auch Vorrang vor mitgliedstaatlichem Recht habe.²⁵

²² Explizit dazu dann EuGH, Urt. v. 9.3.1978, Rs. C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 17/18 – *Simmenthal II*; zur zeitlich umgekehrten Situation schon EuGH, Urt. v. 13.2.1969, Rs. C-14/68, Rn. 6 – *Walt Wilhelm*.

²³ Die Wirkung des gewöhnlichen Völkerrechts ist dagegen in seiner Geltung von der jeweiligen nationalen Rechtsordnung abhängig, genauer davon, ob sich die nationale Rechtsordnung in ihrer theoretischen Grundkonzeption für den Monismus, den Dualismus oder eine Mischform entschieden hat. Beim Monismus hängt der Rang des Völkerrechts von den nationalen Kollisionsregeln ab, die folglich bestimmen, ob das Primat des Völkerrechts oder des nationalen Rechts gilt; vgl. *Kelsen*, Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 110; *Björkvinsson*, The Intersection of International Law and Domestic Law, S. 20–30. Folgt ein Staat dagegen dem Dualismus, sind die nationale und die völkerrechtliche Rechtsordnung grundsätzlich getrennt und das Völkerrecht bedarf eines Umsetzungsakts in die nationale Rechtsordnung; vgl. *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, S. 111; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 1158; *Schweitzer/Dederer*, Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, Rn. 47–50. Sehr scharf stellt *Lang*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 140 fest: „Diese vor mehr als hundert Jahren entwickelten Konzeptionen werden den Strukturen und Prozessen der vernetzten Weltordnung nicht mehr gerecht. Sie sind ‚intellectual zombies of another time‘, die durch eine pluralistisch-heterarchische Konzeption des Verhältnisses unterschiedlicher Rechtsordnungen ersetzt werden sollten. Zum einen ist die dualistische Konzeption der strikten Getrenntheit der Rechtsordnungen nur schwer mit der zu beobachtenden Verschränkung, Verzahnung und Verflechtung zwischen nationalem und inter- und supranationalem Recht vereinbar. Zum anderen entspricht die monistische Konstruktion der Abhängigkeit der Geltung der einen von der anderen Rechtsmasse nicht der tatsächlichen rechtlichen Praxis.“

²⁴ Statt vieler *Berger*, Anwendungsvorrang, S. 129; *Haltern*, Europarecht II, Rn. 641, 997; *Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, S. 44–46; *Scheffler*, ZaöRV 2007, 43 (54).

²⁵ EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1259 (1269 f.) – *Costa/E.N.E.L.*; seitdem ständige Rechtsprechung; vgl. nur EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 – *Internationale Handelsgesellschaft*; Gutachten v. 14.12.1991, Rs. 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, Rn. 21 – *EWRI*; Gutachten v. 8.3.2011, Rs. 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 65 – *Europäisches Patentgericht*; Gutachten v. 18.12.2014, Rs. 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 166 – *EMRK-Beitritt II*; dazu umfassend *Haltern*, Europarecht II, Rn. 994 ff.

Ebenso wie in der Van-Gend-&-Loos-Entscheidung ist die Begründung vom Sinn und Zweck des Europarechts geleitet. Die Mitgliedstaaten haben ihre Souveränitätsrechte zumindest teilweise auf die europäische Ebene übertragen. Durch diese Selbstbeschränkung sei eine neue, auf unbegrenzte Zeit angelegte autonome Rechtsordnung entstanden. Der Einzelne selbst und nicht nur die Mitgliedstaaten seien gegenüber der supranationalen Einrichtung zum Rechtssubjekt geworden. Daraus leitete der EuGH nun ab, dass „es den Staaten unmöglich ist, gegen eine von ihnen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommene Rechtsordnung nachträgliche einseitige Maßnahmen ins Feld zu führen.“ Solche staatlichen Maßnahmen stünden der Anwendbarkeit des Europarechts jedenfalls nicht entgegen.²⁶

Der EuGH ging aber noch über seine Rechtsprechung in Van Gend & Loos und Costa/E.N.E.L. hinaus. In seiner Folgerechtsprechung Internationale Handelsgesellschaft vom 17.12.1970,²⁷ bis heute fortgeführt in ständiger Rechtsprechung, stellte er den Anwendungsvorrang jeglichen europäischen Rechts vor jeglichem nationalen Recht – auch Verfassungsrecht – fest. Zur Begründung wiederholte er explizit, dass „dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen“ können, da ansonsten „sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt“ und „die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt“ würde.²⁸

In seinem Simmenthal-II-Urteil vom 9.3.1978 entschied der EuGH im Sinne der Logik der Costa/E.N.E.L.-Entscheidung unter anderem, dass der Lex-posterior-Grundsatz gegenüber Gemeinschaftsrecht wegen dessen Anwendungsvorrangs

²⁶ EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1259 (1269 f.) – *Costa/E.N.E.L.*

²⁷ EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 – *Internationale Handelsgesellschaft*.

²⁸ EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 – *Internationale Handelsgesellschaft*; seitdem ständige Rechtsprechung, siehe nur EuGH, Urt. v. 9.3.1978, Rs. C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 17 – *Simmenthal II*; Urt. v. 19.6.1990, Rs. C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257, Rn. 18 – *Factortame*, Urt. v. 8.9.2010, Rs. C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503, Rn. 53 – *Winner Wetten*; Urt. v. 14.6.2012, Rs. C-606/10, ECLI:EU:C:2012:348, Rn. 73 – *ANAFE*; Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 59 ff. – *Meloni*; Urt. v. 8.9.2015, Rs. C-105/14, Rn. 52 – *Taricco*. Schon in EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1259 (1269 f.) – *Costa/E.N.E.L.* klang der Absolutheitsanspruch an, wenn der EuGH davon sprach, dass dem Europarecht keine „wie auch immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften“ vorgehen können. Aus dem Schrifttum dazu statt vieler *Claes*, in: Chalmers/Arnulf, Oxford Handbook of European Union Law, S. 178 (179 f.); *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Art. 288, Rn. 51; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 1, Rn. 19; *Zuleeg*, Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Union, S. 104 ff.; *Sauer*, Staatsrecht III, § 9, Rn. 5.

nicht greife.²⁹ Zudem stellte er fest, dass jedes mitgliedstaatliche Gericht zuständig sei, nationales Recht für unanwendbar zu erklären, wenn es gegen Europarecht verstoße. Damit wurde die Verwerfungskompetenz für europarechtswidriges nationales Recht dezentralisiert.³⁰

Das entscheidende Urteil des EuGH zur prozeduralen Durchsetzung des absoluten Anwendungsvorrangs stellt die Foto-Frost-Entscheidung vom 22.10.1987 dar.³¹ Gegen den eindeutigen Wortlaut des Art. 267 Abs. 2 AEUV („können“ nicht „müssen“) entschied der EuGH, dass alle – auch unterinstanzliche – Gerichte vorlegen müssen, wenn es um die Frage der Gültigkeit des Handelns von Unionsorganen

²⁹ EuGH, Urt. v. 9.3.1978, Rs. C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 17/18 – *Simmenthal II*; seitdem ständige Rechtsprechung, siehe nur EuGH, Urt. v. 19.6.1990, Rs. C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257, Rn. 20 – *Factortame*; Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 – *Kücükdeveci*. Für *Haltern*, Europarecht II, Rn. 1011, 1021 f. ist dieses zeitliche Element die „zweite Dimension“ des Vorrangs des Unionsrechts. Dazu statt vieler auch *Dougan*, CMLR 2019, 1459 ff.; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 1, Rn. 21; *Skouris*, EuR 2021, 3 (5 f.) vernachlässigt die mitgliedstaatliche Perspektive und europäische Verbunddogmatik völlig, wenn er aus der Entscheidung *Simmenthal II* ableiten zu können glaubt, dass mitgliedstaatliche Verfassungsvorbehalte unzulässig seien: „Drittens sind die im Rahmen ihrer Zuständigkeit angerufenen nationalen Richter gehalten, das Unionsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es dem Einzelnen gewährt, zu schützen. Das erreichen sie damit, dass sie jede womöglich entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts, gleichgültig, ob sie früher oder später als die Unionsrechtsnorm ergangen ist, auf eigene Initiative, d. h. von Amts wegen, unangewendet lassen, und zwar ohne die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Weg abzuwarten oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren zu beantragen. Gerade dieser letzte Punkt ist besonders wichtig, weil er bekräftigt, dass das Unionsrecht von den nationalen Gerichten unter allen Bedingungen und ohne Rücksicht auf etwaige im innerstaatlichen Recht beheimatete (verfassungs)gerichtliche Verfahren – eben vorrangig – anzuwenden ist.“

³⁰ Aus der unmittelbaren Anwendbarkeit des Europarechts folge auch für jedes mitgliedstaatliche Gericht im Rahmen seiner Zuständigkeit die Aufgabe, die von der europäischen Rechtsordnung jedem Einzelnen verliehenen Rechte zu schützen. EuGH, Urt. v. 9.3.1978, Rs. C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 14/16, 21/23, 24 – *Simmenthal II*; seitdem ständige Rechtsprechung, siehe aktuell nur EuGH, Urt. v. 5.4.2016, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, Rn. 39 – *PFE*; Urt. v. 24.6.2019, Rs. C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, Rn. 61 f. – *Popławski*; Urt. v. 21.12.2021, verb. Rs. C-357/19, Rs. C-379/19, Rs. C-547/19, Rs. C-811/19FQ, Rs. C-840/19NC, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 252, 255 – *Euro Box Promotion*; Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 53 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*. *Haltern*, Europarecht II, Rn. 1012–1014 und 1023–1029 bezeichnet diese jurisdiktionelle Frage der dezentralisierten Kontrollkompetenz als dritte Dimension des Vorrangs. Vgl. auch zum Konflikt mit der Rechtsprechung des BVerfG *Voßkuhle*, in: Huber/Voßkuhle, GG, Art. 93, Rn. 82–82c; *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 93, Rn. 26–31; *Lenaerts*, EuR 2015, 3 (12 ff.).

³¹ EuGH, Urt. v. 22.10.1987, Rs. C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452, Rn. 13–20 – *Foto-Frost*; seitdem ständige Rechtsprechung; vgl. nur EuGH, Urt. v. 6.12.2005, Rs. C-461/03, ECLI:EU:C:2005:742, Rn. 15–25 – *Gaston Schul*; Urt. v. 3.10.2013, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, Rn. 96 – *Inuit Tapiriit Kanatami*; dazu auch *Haltern*, Europarecht II, Rn. 254 ff.; *Haltern*, NVWZ 2020, 817 (818); *Skouris*, EuR 2021, 3 (25 f.); *Skouris*, AnwBl 2021, 147 (149); *Pracht*, Residualkompetenzen, S. 94 f.; *Herrmann*, EuZW 2006, 231.

geht.³² Den Wortlaut übergang der EuGH mit dem teleologischen Argument, andernfalls sei die einheitliche Anwendbarkeit des Unionsrechts infrage gestellt.³³ In keinem Fall seien mitgliedstaatliche Gerichte selbst befugt, die Ungültigkeit von Unionsrechtsakten festzustellen – auch dann nicht, wenn die Ungültigkeit Folge einer vertikalen Kompetenzüberschreitung von Unionsorganen sei. Im Begriff des absoluten Anwendungsvorrangs ist für den EuGH, aufgrund seines Autonomieverständnis und um die einheitliche Anwendbarkeit sicherzustellen, die Frage nach der Reichweite der Geltung – und damit potenziell auch die Kompetenzfrage – umfasst.³⁴

Im Urteil RS vom 22.2.2022 befasste sich der EuGH mit der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen bei Konflikten mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor dem Hintergrund der rumänischen Verfassungsrechtsprechung.³⁵ Der rumänische Verfassungsgerichtshof hatte zuvor Vorlagen an den EuGH in Fällen untersagt, in denen er selbst innerstaatliche Normen bereits als verfassungskonform beurteilt hatte. Der EuGH erklärte diese Rechtsprechung wegen Verstößen gegen Art. 19 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 EUV und gegen Art. 4 Abs. 2 EUV sowie Art. 267 AEUV für unionsrechtswidrig.³⁶ Eine solche Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Urteile könne nur unter drei Voraussetzungen³⁷ unionsrechtskonform sein:

- Das Urteil müsse von einem Verfassungsgericht gesprochen werden, das die Voraussetzungen richterlicher Unabhängigkeit gemäß Art. 19 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 EUV einhält.³⁸
- Den ordentlichen nationalen Gerichten dürfe ihr Vorlagerecht an den EuGH nicht entzogen bzw. verkürzt werden.³⁹

³² EuGH, Urt. v. 22.10.1987, Rs. C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452, Rn. 13 – *Foto-Frost. Haltern*, Europarecht II, Rn. 258–260 spricht von einer „Interpretation contra legem“ bei der Auslegung des damaligen Art. 177 AEUV.

³³ EuGH, Urt. v. 22.10.1987, Rs. C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452, Rn. 15 – *Foto-Frost*.

³⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 22.10.1987, Rs. C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452, Rn. 16–18 – *Foto-Frost*.

³⁵ EuGH, Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*; dazu auch *Preßlein*, EuR 2022, 688; *Spieker*, EuZW 2022, 305; vgl. auch EuGH, Urt. v. 21.12.2021, verb. Rs. C-357/19, Rs. C-379/19, Rs. C-547/19, Rs. C-811/19FQ, Rs. C-840/19NC, ECLI:EU:C:2021:1034 – *Euro Box Promotion*.

³⁶ EuGH, Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 78 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

³⁷ Vgl. auch *Spieker*, EuZW 2022, 305 (307 f.).

³⁸ EuGH, Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 44 f. – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

³⁹ EuGH, Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 46 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

- Das Urteil des Verfassungsgerichts dürfe den Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht unterlaufen – auch nicht im Rahmen einer Identitäts- oder Ultra-vires-Kontrolle.⁴⁰

Erstmals nahm der EuGH direkt zur Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle Stellung und verneinte deren unionsrechtliche Zulässigkeit. Nach Ansicht des EuGH können Entscheidungen nationaler Verfassungsgerichte in einer Situation keine Bindungswirkung entfalten,

„in der das Verfassungsgericht des betreffenden Mitgliedstaats es in einem Urteil ablehnt, einem in einem Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteil des Gerichtshofs nachzukommen, und sich dabei u. a. auf die Verfassungsidentität des betreffenden Mitgliedstaats und auf die Erwägung stützt, dass der Gerichtshof seine Zuständigkeit überschritten habe.“⁴¹

Der EuGH betonte seine Pflicht zur Prüfung von Konflikten zwischen Unionsrecht und nationaler Verfassungsidentität nach Art. 4 Abs. 2 EUV,⁴² stellte aber fest:

„Diese Bestimmung hat jedoch weder zum Ziel noch zur Folge, dass ein Verfassungsgericht eines Mitgliedstaats unter Missachtung der Verpflichtungen, die sich insbesondere aus Art. 4 Abs. 2 und 3 sowie Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV ergeben, die Anwendung einer Norm des Unionsrechts mit der Begründung ausschließen kann, dass diese Norm die von ihm definierte nationale Identität des betreffenden Mitgliedstaats missachte.“⁴³

Die Formulierung „von ihm definierte Identität“ ließe sich sogar dahingehend deuten, dass der EuGH die Definitionshoheit der Mitgliedstaaten über ihre natio-

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 68 – *RS (Effet des arrêts d’une cour constitutionnelle)*. Diese drei Voraussetzungen zeigen, dass der EuGH im Rahmen des Urteils RS die Gelegenheit nutzte, nicht nur den rechtsstaatlichen Problemen in Rumänien zu begegnen, sondern allgemein seine Rechtsprechung zum absoluten Anwendungsvorrang mit seiner wertekonkretisierenden Rechtsprechung zu einer Einheit zu verknüpfen; vgl. dazu schon EuGH, Urt. v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – *Portugiesische Richter*.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 68 – *RS (Effet des arrêts d’une cour constitutionnelle)*.

⁴² EuGH, Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 69 – *RS (Effet des arrêts d’une cour constitutionnelle)*.

⁴³ EuGH, Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 70 – *RS (Effet des arrêts d’une cour constitutionnelle)*.

nale Identität anerkennt. In prozeduraler Hinsicht behält er sich jedoch das Monopol zur Entscheidung über die Ungültigkeit von Unionshandlungen vor.⁴⁴ Ausdrücklich betonte er für die Ultra-vires-Situation: Aufgrund des Auslegungsmonopols des EuGH könne ein mitgliedstaatliches Gericht

„nicht auf der Grundlage seiner eigenen Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen, darunter Art. 267 AEUV, wirksam entscheiden, dass der Gerichtshof ein Urteil erlassen habe, das über seinen Zuständigkeitsbereich hinausgehe, und es somit ablehnen, einem in einem Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteil des Gerichtshofs nachzukommen.“⁴⁵

Der EuGH unterstrich die Verbindlichkeit seiner Urteile für nationale Gerichte und zog dabei das Weiss-Urteil als Referenz heran.⁴⁶ Es sei für nationale Gerichte zwingend, von verfassungsgerichtlichen Urteilen abzuweichen, die einem Urteil des EuGH widersprechen.⁴⁷ Damit macht der EuGH den absoluten Vorrang des Unionsrechts zu einem integralen Bestandteil richterlicher Unabhängigkeit gemäß Art. 19 EUV, indem er nationale Gerichte anhält, entgegenstehendes nationales Recht zu übergehen.⁴⁸ Dieses Postulat leitet er aus der Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte als funktionale Unionsgerichte ab, die die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten haben.⁴⁹ In dieser Funktion seien sie nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, jede unmittelbar wirkende Vorschrift des Unionsrechts gegenüber nationalem Verfassungsrecht durchzusetzen und entgegenstehendes nationales Verfassungsrecht einschließlich Verfassungsgerichtsurteilen zu ignorieren.⁵⁰ Die ordentlichen Gerichte der Mitgliedstaaten werden damit zum Instrument des EuGH, um den Vorrang des Unionsrechts institutionell zu verankern.⁵¹

⁴⁴ EuGH, Urte. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 71 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

⁴⁵ EuGH, Urte. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 72 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

⁴⁶ EuGH, Urte. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 74 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

⁴⁷ EuGH, Urte. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 75–77 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

⁴⁸ Zu dieser Einschätzung insbesondere *Preßlein*, EuR 2022, 688 (692); vgl. auch *Weber*, JZ 2022, 292 (299) und *Spieker*, EuZW 2022, 305 (310).

⁴⁹ EuGH, Urte. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 39 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

⁵⁰ EuGH, Urte. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 54, 62 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

⁵¹ Wenn der EuGH jedoch festlegt, dass sich nationale Fachgerichte jedenfalls dann über die Entscheidungen ihrer eigenen Verfassungsgerichte hinwegsetzen müssen, wenn diese möglicherweise gegen EU-Recht verstoßen, wird auch die in Deutschland in § 31 Abs. 1 BVerfGG verankerte Bindung an Verfassungsgerichtsentscheidungen ausgehöhlt; vgl. *Hillgruber/Strickrodt*, FAZ Einspruch v. 2.2.2022.

Es entsteht damit der Eindruck, der EuGH versuche den absoluten Anwendungsvorrang mit seiner angenommenen judikativen Kompetenz-Kompetenz zu begründen und damit „das Pferd von hinten aufzuzäumen“. ⁵² So argumentiert er gestützt auf Art. 19 Abs. 1 EUV, es sei

„seine Sache, in Ausübung dieser Zuständigkeit die Tragweite des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts im Hinblick auf die einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts zu präzisieren, so dass diese Tragweite weder von einer Auslegung von Bestimmungen des nationalen Rechts noch von einer Auslegung von Bestimmungen des Unionsrechts durch ein nationales Gericht, die nicht der Auslegung durch den Gerichtshof entspricht, abhängen darf.“ ⁵³

Deutlich wird dieser Ansatz, von der institutionellen Gerichtsfunktion auf den materiellrechtlichen Anwendungsvorrang zu schließen, in den Schlussanträgen von Generalanwalt *Anthony Michael Collins*, der erklärte: „Mit Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV wird [...] dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts im Vertrag über die EU konkreter Ausdruck gegeben.“ ⁵⁴

Der EuGH hat also den Vorrang des Unionsrechts – ungeachtet seiner fehlenden ausdrücklichen Normierung – schrittweise zu einem absoluten, auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht durchsetzbaren Grundsatz entwickelt, dessen Reichweite er aus einem autonomen Verständnis der Unionsrechtsordnung und dem institutionellen Monopol zur verbindlichen Auslegung des Unionsrechts herleitet.

3. Verständnis der Mitgliedstaaten vom Vorrang des Unionsrechts

Während der EuGH den Vorrang des Unionsrechts als absoluten, aus der Autonomie der Unionsrechtsordnung folgenden Grundsatz begreift und ihn institutionell durchsetzt, knüpfen die Mitgliedstaaten seine Geltung an ihre verfassungsrechtliche Öffnung und den nationalen Rechtsanwendungsbefehl. Das folgende Kapitel

⁵² So interpretiert insbesondere *Spieker*, EuZW 2022, 305 (310) die jüngste Rechtsprechung des EuGH in EuGH, Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

⁵³ EuGH, Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 52 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*; fast wortlautgleich schon EuGH, Urt. v. 21.12.2021, verb. Rs. C-357/19, Rs. C-379/19, Rs. C-547/19, Rs. C-811/19FQ, Rs. C-840/19NC, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 254 – *Euro Box Promotion*.

⁵⁴ GA *Collins*, Schlussanträge v. 20.1.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:44, Rn. 80 und Fn. 51 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

beleuchtet dieses Verständnis der Mitgliedstaaten und zeigt, wie daraus materielle und prozedurale Vorbehalte – bis hin zur Ultra-vires-Kontrolle – abgeleitet werden.

Nach Ansicht der Mitgliedstaaten wurden die Institutionen der EU durch völkerrechtliche Abkommen mit vertraglich festgelegten Zuständigkeiten und Befugnissen geschaffen. Die Unionsverträge wurden nach der Zustimmung der jeweiligen Parlamente durch Ratifikationsgesetze in die nationalen Rechtsordnungen überführt.⁵⁵ Voraussetzung für die Geltung des Unionsrechts in der eigenen Rechtsordnung ist nach der Rechtsprechung aller Verfassungs- und Höchstgerichte die verfassungsrechtliche Öffnung und das nationale Zustimmungs- bzw. Transformationsgesetz.⁵⁶ Selbst diejenigen Länder und Verfassungsgerichte, bei denen der Anwendungsvorrang des Unionsrechts vorbehaltlos bzw. sehr weitreichend anerkannt wird, führen dies auf den mitgliedstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl zurück.⁵⁷ Folglich betrachten die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten die EU nicht als autonome Rechtsordnung, sondern als eine auf völkerrechtlichen Gründungs- und Änderungsverträgen beruhende (supranationale) Organisation abgeleiteten Rechts.⁵⁸

⁵⁵ Anschaulich bei *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2013, 309 (310 ff.); vgl. auch die Interpretation bei *Tischendorf*, EuR 2018, 695 (699 ff.).

⁵⁶ Exemplarisch zu den verfassungsrechtlichen Öffnungsklauseln: Dänemark: § 20 Abs. 1 DänGG; Højesteret, Entsch. v. 6.4.1998, I 361/1997, Ufr 1998, 800, dt. Übers. in: ZaöRV 1998, 879 (902, Rn. 9.2) – *Carlsen v. Rasmussen*; Deutschland: Art. 23 Abs. 1 Satz 2; BVerfGE 75, 223 (242) – *Kloppenburger*; 89, 155 (190) – *Maastricht*; 123, 267 (348 f., 381 ff.) – *Lissabon*; 126, 286 (302 f.) – *Honeywell*; 134, 366 (384, Rn. 26) – OMT-Vorlage; 142, 123 (196, Rn. 140) – OMT; Frankreich: Art. 88-1 CF; sehr deutlich in Conseil d'État, Urt. v. 21.4.2021, verb. Rs. Nr. 393099, 394922, 397844, 397851, 424717, 424718, Rn. 4 – *French Data Network*; Conseil constitutionnel, Entsch. v. 27.7.2006, Nr. 2006-540 DC, Rn. 17 – *Urheberrechtsrichtlinie*; Polen: Art. 90 Abs. 1 PolnVerf; polnischer Verfassungsgerichtshof, Urt. v. 11.5.2005, K 18/04, engl. Übers., S. 7, Rn. 2, 7 – *Beitrittsvertrag*; Tschechien: Art. 10a TschVerf; tschechisches Verfassungsgericht, Urt. v. 8.3.2006, Pl. ÚS 50/04, engl. Übers., S. 35 f., Abschn. VI.B – *Zuckerquoten III*; Urt. v. 3.5.2006, Pl. ÚS 66/04, engl. Übers., Abschn. VIII, Rn. 82 – *Europäischer Haftbefehl*; Urt. v. 26.11.2008, Pl. ÚS 19/08, Abschn. XI, Rn. 97, 109 f., 113, 120 – *Lissabon I*; Urt. v. 31.1.2012, Pl. ÚS 5/12, engl. Übers., S. 13 (Abschn. VII) – *Holubec*; Belgien: Art. 34 BelgVerf; Cour constitutionnelle, Entsch. v. 28.4.2016, Nr. 62/2016, B.8.7.; Estland: § 2 des Ergänzungsgesetzes zum estnischen Grundgesetz; Riigikohus, Stellungnahme v. 11.5.2006, Nr. 3-4-1-3-06, engl. Übers., Rn. 15 – *Stellungnahme Währungsunion*; Italien: Art. 11 ItVerf; seit Corte Costituzionale, Entsch. v. 16.12.1965, Nr. 98/1965, dt. Übers. in: EuR 1966, 146 (147) – *San Michele*; Lettland: Art. 68 LettGG; vgl. *Grabenwarter/Huber/Knez/Ziemele*, EPL 2021, 43 (52 f.); Litauen: § 2 des Verfassungsgesetzes „Über die Mitgliedschaft der Republik Litauen in der Europäischen Union“; litauisches Verfassungsgericht, Entsch. v. 14.3.2006, Nr. 17/02-24/02-06/03-22/04, engl. Übers., Abschn. III, Rn. 9.4 – *Grundeigentumsrechte*; Spanien: Art. 93 SpVerf; Tribunal Constitucional, Erkl. v. 13.12.2004, DTC 1/2004, dt. Übers. in: EuR 2005, 339 (342 f., Rn. 2 f.) – *Verfassungsvertrag*; Griechenland: Art. 28 Abs. 2 und 3 GriechVerf; *Iliopoulos-Strangas*, in: IPE II, § 16 Griechenland, Rn. 39; Portugal: Art. 8 Abs. 4 der portugiesischen Verfassung; portugiesisches Verfassungsgericht, Entsch. v. 15.8.2014, Nr. 575/2014, Rn. 25.

⁵⁷ Vgl. statt vieler *de Witte*, in: Craig/de Búrca, The Evolution of EU Law, S. 187 (216 ff.); *Haltern*, Europarecht II, Rn. 1064; *Huber*, in: IPE II, § 26, Rn. 34.

⁵⁸ Vgl. sogar der belgische Cour constitutionnelle, Entsch. v. 28.4.2016, Nr. 62/2016. Lediglich in den Niederlanden wird die Geltung des Unionsrechts aus den Unionsverträgen selbst begründet, wobei diese wiederum gemäß Art. 92 NVerf ihre Geltung auf innerstaatliches Recht zurückführen.

Auch die Reichweite des Unionsrechts innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung richtet sich nach der nationalen Geltungsanordnung und kann nicht über deren (verfassungsrechtliche) Grenzen hinausgehen. Es besteht die gemeinsame Rechtsüberzeugung der Mitgliedstaaten, dass Unionsrecht in der innerstaatlichen Rechtsordnung nur Anwendung findet, wenn und soweit eine innerstaatliche Ermächtigung vorliegt.⁵⁹ Der Rechtsanwendungsbefehl (Grundnorm) ist damit dem Anwendungsvorrang (nachgelagertes Prinzip zur Effektuierung des Unionsrechts) logisch vorgelagert; es handelt sich um zwei unterschiedliche Kategorien. Dadurch, dass die Geltungsanordnung innerstaatlich erfolgt, kann ein Unionsrechtsakt die Grenzen des Zustimmungsgesetzes und der Verfassung überschreiten.

Dabei wird der Anwendungsvorrang des Unionsrechts von allen mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten im Grundsatz als relativer Vorrang anerkannt.⁶⁰ Relativ meint dabei im Gegensatz zu absolut, dass das Unionsrecht weder die Grenzen der Hoheitsrechtsübertragung noch unabänderliche oder besonders geschützte Verfassungsprinzipien überschreiten kann. Die deutliche Mehrheit der Mitgliedstaaten akzeptiert keinen absoluten Anwendungsvorrang des Europarechts über die mitgliedstaatliche Verfassung, sondern stellt, ausgehend von der nationalen Geltungsanordnung, materielle Verfassungs- und prozedurale Kontrollvorbehalte auf.⁶¹ Ein vorbehaltloser Anwendungsvorrang des Unionsrechts wird nur in zwei Mitgliedstaaten (Niederlande, Zypern) vertreten.⁶² Für die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte als Hüter ihrer Verfassungs- und Kompetenzordnungen folgt dabei ihre Kontrollfunktion aus der Verfassungslogik: Die gerichtliche Kontrollfunktion ist der prozedurale Annex zu ihrem materiellrechtlichen Verständnis des Rechtsanwendungsbefehls als Geltungs- und Gelingensbedingung der europäischen Rechtsordnung.⁶³

⁵⁹ Unabhängig von einem monistischen oder dualistischen Inkorporationsverständnis der jeweiligen Rechtsordnung.

⁶⁰ Vgl. aus dem Schrifttum statt vieler *Craig/de Búrca*, EU Law, S. 313 f.; *Huber*, in: IPE II, § 26, Rn. 34; *Kruis*, Anwendungsvorrang, S. 57; zur möglichen rückläufigen Entwicklung in Polen und Ungarn: polnischer Verfassungsgerichtshof, Entsch. v. 7.10.2021, K 3/21; ungarisches Verfassungsgericht, Ur. v. 30.11.2016, Nr. 22/2016 (XII. 5.) – *Identitätskontrolle*.

⁶¹ Vgl. nur Deutschland, Frankreich, Dänemark, Tschechien, Polen, Ungarn, Belgien, Estland, Griechenland, Irland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Spanien, Rumänien, Portugal. Ähnlich auch BVerfGE 134, 366 (387 f., Rn. 30) – OMT-Vorlage; 142, 123 (197 f., Rn. 142) – OMT; 158, 210 (Rn. 74) – *Einheitliches Patentgericht II*; aus dem Schrifttum statt vieler *Burchardt*, Rangfrage, S. 101 ff.; *Craig/de Búrca*, EU Law, S. 278 ff.; *Haltern*, Europarecht II, Rn. 1066; *Huber*, in: IPE II, § 26 Vergleich, Rn. 35; *Huber*, in: Möllers/Zeitler, Europa als Rechtsgemeinschaft, S. 229 (232); *Kruis*, Anwendungsvorrang, S. 57 ff.

⁶² Wobei selbst in diesen der mitgliedstaatliche Rechtsanwendungsbefehl die Geltungsgrundlage bildet.

⁶³ Vgl. *Huber*, in: HdGR VI/2, § 172, Rn. 71; *Huber*, Integration, § 21, Rn. 63.

Hinsichtlich der Kompetenzübertragung von Mitgliedstaaten auf die Europäische Union ist in den meisten EU-Mitgliedstaaten die Übertragungskontrolle, also die Überprüfung der nationalen Zustimmungsgesetze zu den Unionsverträgen nach nationalem Verfassungsrecht, üblich. Die Übertragungskontrolle, deren Adressat das mitgliedstaatliche Parlament ist, das die Hoheitsrechte überträgt, hat noch nie dazu geführt, dass die Ratifikation eines Gründungs- oder Änderungsvertrages der EU verhindert worden wäre.

Mit Blick auf die Ausübung einmal übertragener Kompetenzen folgt die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in vielen Mitgliedstaaten einem Verständnis, das den Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht als absolut, sondern als aus dem nationalen Rechtsanwendungsbefehl abgeleitet begreift. Daraus ergibt sich, dass die Geltung des Unionsrechts innerhalb der innerstaatlichen Rechtsordnung nicht grenzenlos ist, sondern an die Reichweite der zuvor übertragenen Hoheitsrechte gebunden bleibt. In der Folge behalten sich die Verfassungsgerichte vor, die Wahrung dieser Grenzen zu prüfen und so sicherzustellen, dass die Ausübung unionsrechtlicher Befugnisse im Rahmen der verfassungsrechtlich eröffneten Zuständigkeiten verbleibt. Dieses Verständnis findet sich – in unterschiedlicher dogmatischer Ausprägung – in der überwiegenden Mehrheit der Mitgliedstaaten und prägt das Bild eines relativen, von der nationalen Grundnorm (Rechtsanwendungsbefehl) getragenen Vorrangs. Die verbreitete gerichtliche Praxis, die Reichweite der Unionsrechtsgeltung im Lichte der jeweiligen Verfassung zu bestimmen, unterstreicht den strukturellen Unterschied zum vom EuGH angenommenen absoluten Vorrang.⁶⁴

III. Der neue Lösungsansatz: Gleichheitsdogmatik zur Vorrangbegründung

Seit Neuestem versucht der EuGH erstmals den absolut verstandenen Anwendungsvorrang und die judikative Kompetenz-Kompetenz inhaltlich zu begründen.⁶⁵ Vorbereitet wurde diese Argumentationslinie in der Literatur bereits nach dem

⁶⁴ Vgl. dazu insbesondere Frankreich (Conseil d'État, Urt. v. 22.12.1978 – *Cohn-Bendit*); Tschechien (tschechisches Verfassungsgericht, Urt. v. 31.1.2012, Pl. ÚS 5/12 – *Holubec*); Dänemark (Højesteret, Urt. v. 6.12.2016, Nr. 15/2014 – *Ajos*); Deutschland (BVerfGE 154, 17 – *PSPP*); missbräuchliche Entwicklung in Ungarn, ungarisches Verfassungsgericht, Urt. v. 30.11.2016, Nr. 22/2016 (XII. 5.) – *Identitätskontrolle* und Polen, polnischer Verfassungsgerichtshof, Entsch. v. 7.10.2021, K 3/21.

⁶⁵ Vgl. insbesondere EuGH, Urt. v. 21.12.2021, verb. Rs. C-357/19, Rs. C-379/19, Rs. C-547/19, Rs. C-811/19FQ, Rs. C-840/19NC, ECLI:EU:C:2021:1034 – *Euro Box Promotion*; Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.

OMT-Fall durch *Frederico Fabbrini*⁶⁶ und erneut aufgegriffen von *Koen Lenaerts*,⁶⁷ unterstützt von weiteren Stimmen.⁶⁸ Dabei werden die Rechtsunion und die diskriminierende Wirkung, die von einer uneinheitlichen Anwendung des Unionsrechts im multilateralen Verhältnis ausgingen, betont.⁶⁹

Schon früh argumentierte der EuGH zur Begründung des (absoluten) Vorrangs mit der Gleichheit der Unionsbürger.⁷⁰ In seinem Urteil *Costa/E.N.E.L.* wies er ausdrücklich auf die diskriminierenden Folgen hin, die sich ergeben, wenn das Gemeinschaftsrecht in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich angewandt werde.⁷¹

Neuerdings argumentiert der EuGH, die Fragmentierung des Unionsrechts könne neben der Gefährdung der Einheitlichkeit und praktischen Wirksamkeit auch eine Ungleichbehandlung der Mitgliedstaaten entgegen Art. 4 Abs. 2 Satz 1 Var. 1 EUV nach sich ziehen.⁷² Die EU könne die Gleichheit der Mitgliedstaaten nur achten, wenn der Anwendungsvorrang des Unionsrechts absolut verstanden und in keinem Fall vom nationalen Verfassungsrecht oder der nationalen Verfassungsrechtsprechung unterlaufen werde. Der absolute Vorrang wird so zum Garanten für die Gleichheit aller EU-Mitgliedstaaten.

Diese Argumentationsline hat ihren Ursprung in *Hans Kelsens* Völkerrechtslehre.⁷³ Der absolute Vorrang wird nun als Mechanismus beschrieben, um die Balance wechselseitiger Hoheitsrechtsdelegation unter den Mitgliedstaaten sicherzustellen. Das unilaterale Ignorieren dieses Vorrangs durch einen Mitgliedstaat

⁶⁶ *Fabbrini*, GLJ 2015, 1003.

⁶⁷ *Lenaerts*, VerfBlog v. 8.10.2020; *Lenaerts/Gutiérrez-Fons/Adam*, ZaöRV 2021, 47; *Lenaerts/van Nuffel*, EU Constitutional Law, Rn. 1.027, 5.041.

⁶⁸ Insbesondere *Claes*, in: Ziegler/Neuvonen/Moreno-Lax, Research Handbook on General Principles in EU Law, S. 99, 113; *Hwang*, Der Staat 2017, 107 (125); *Perju*, GLJ 2020, 1006 (1021); *Tuominen*, Eurocrisis and Constitutional Pluralism, S. 153 ff.

⁶⁹ Zu den Schwächen der Argumentation siehe auch *Preßlein*, EuR 2022, 688.

⁷⁰ Vgl. dazu aus dem Schrifttum *Klamert*, VerfBlog v. 18.10.2021; *Mayer*, in: Hönnige/Kneip, Verfassungswandel im Mehrebenensystem, S. 272 (277 f.); *Spieker*, EuZW 2022, 305 (310 f.); *Weber*, JZ 2022, 292 (298 f.).

⁷¹ EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1259 (1269) – *Costa/E.N.E.L.*; vgl. aktuell auch EuGH, Urt. v. 21.12.2021, verb. Rs. C-357/19, Rs. C-379/19, Rs. C-547/19, Rs. C-811/19FQ, Rs. C-840/19NC, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 246 – *Euro Box Promotion*.

⁷² Vgl. EuGH, Urt. v. 21.12.2021, verb. Rs. C-357/19, Rs. C-379/19, Rs. C-547/19, Rs. C-811/19FQ, Rs. C-840/19NC, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 249 – *Euro Box Promotion*; Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 55 – *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*; *Pracht*, Residualkompetenzen, S. 100; *Nguyen*, VerfBlog v. 11.6.2021; dazu aus dem Schrifttum zustimmend *Lenaerts/Gutiérrez-Fons/Adam*, ZaöRV 2021, 47 (70); *Spieker*, EuZW 2022, 305 (310); kritisch *Weber*, JZ 2022, 292 (298 f.); umfassend und zustimmend schon *Fabbrini*, GLJ 2015, 1003 (1014 ff.); umfassend und kritisch *Lindeboom*, GLJ 2020, 1032.

⁷³ *Kelsen*, General Theory of Law and State, S. 387; vgl. dazu auch *Preßlein*, EuR 2022, 688 (693 f.).

würde zu einer Asymmetrie und Ungleichbehandlung führen, den Pacta-sunt-servanda-Grundsatz erschüttern und das Fundament der EU als Rechtsunion infrage stellen.⁷⁴

IV. Bewertung: Dogmatische „Rosinenpickerei“

Die neue Argumentationslinie, einen absoluten Vorrang und ein umfassendes Rechtsprechungsmonopol über den Gleichheitssatz des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV zu begründen, leidet an mehreren grundlegenden Methodenfehlern und vermag daher nicht im Ansatz zu überzeugen.⁷⁵ Die Argumentation wird weder Wortlaut noch Systematik noch Telos des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV gerecht. Sie beruht zudem auf einem grundlegenden Missverständnis der Funktionsweise des Gleichheitssatzes.

1. Pacta sunt servanda

Das Pacta-sunt-servanda-Argument wirkt auf den ersten Blick noch am tragfähigsten.⁷⁶ Doch schon auf den zweiten Blick ist klar: Der Grundsatz *pacta sunt servanda* legt nur fest, dass die Parteien ihre vereinbarten Pflichten erfüllen müssen, sagt jedoch nichts über deren Inhalt aus. Einseitige Entscheidungen sind zulässig, falls der Vertrag diese erlaubt (Art. 4 Abs. 2 Satz 1 Var. 2 EUV) oder eine entgegenstehende Regelung unwirksam ist (Grenzen des Zustimmungsgesetzes). Das EU-Primärrecht selbst, insbesondere das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die Pflicht zur Achtung der Verfassungsidentität, setzt der Kompetenzausübung durch EU-Institutionen Grenzen. In Fällen ohne völkerrechtliche Verpflichtungen ist Art. 27 WVK irrelevant, und ein Abweichen der Mitgliedstaaten verletzt den Grundsatz *pacta sunt servanda* nicht, vielmehr fehlt es sogar an einem Vertrag, der einzuhalten wäre.⁷⁷ Mit anderen Worten: Wird ein Sachverhalt nicht vom Unionsrecht erfasst, findet der aus diesem abgeleitete Gleichheitssatz von vornherein keine Anwendung. Das Argument des EuGH läuft daher auf einen Zirkelschluss hinaus, da die Ultra-vires-Kontrolle gerade Fälle betrifft, in denen kein anwendbares Unionsrecht gegeben ist.

⁷⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.12.2021, verb. Rs. C-357/19, Rs. C-379/19, Rs. C-547/19, Rs. C-811/19FQ, Rs. C-840/19NC, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 249 – *Euro Box Promotion*; Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 55 – *RS (Effet des arrêts d’une cour constitutionnelle)*; *Lenaerts/Gutiérrez-Fons/Adam*, ZaöRV 2021, 47 (70); *Hellwig*, NJW 2020, 2497 (2502); *Skouris*, EuR 2021, 3 (10 f.); *Spieker*, EuZW 2022, 305 (310); umfassend dazu *Preßlein*, EuR 2022, 688 (693 ff.).

⁷⁵ Ebenso *Preßlein*, EuR 2022, 688 (697 ff.).

⁷⁶ Insbesondere bei *Fabbrini*, GLJ 2015, 1003 (1017 f.).

⁷⁷ *Preßlein*, EuR 2022, 688 (697 f.).

2. Missachtung von Wortlaut und Systematik von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV

Es ist zudem methodisch unzureichend, den zweiten Halbsatz von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 Var. 2 EUV zu ignorieren und allein auf die Gleichheit der Mitgliedstaaten abzustellen. Denn die Union ist nicht nur zur Wahrung dieser Gleichheit, sondern ebenso zur Achtung der jeweiligen Verfassungsidentität verpflichtet.. Generell wird bei dieser Argumentation der Charakter des Art. 4 Abs. 2 EUV, insbesondere dessen Satz 1 Var. 2, als Schutzvorschrift zugunsten der Mitgliedstaaten verkannt.⁷⁸ Die Argumentation des EuGH erweist sich als selektiv, da er sich nur mit Satz 1 Var. 1 befasst, während er die identitätsschützende Komponente (Satz 1 Var. 2) außer Acht lässt. Damit verweigert er eine systematische Auslegung, die den Wortlaut der Norm vollständig erfassen und beide Varianten in ihrem Zusammenspiel deuten müsste. Doch selbst der isolierte Rückgriff auf den Wortlaut der ersten Variante überzeugt nicht. Denn Art. 4 Abs. 2 Satz 1 Var. 1 EUV bindet ausweislich seines Wortlauts ausschließlich die Unionsorgane, nicht die Mitgliedstaaten selbst. Die vom EuGH gezogene Folgerung verliert damit ihre tragende Grundlage.⁷⁹

3. Verknennung der Funktionsweise des Gleichheitssatzes

Der größte methodische Fehler der Argumentationslinie liegt aber im Verkennen der Funktionsweise des Gleichheitssatzes. Die gleichheitsrechtliche Argumentation eignet sich allenfalls, um den grundsätzlichen (relativen) Vorrang des Unionsrechts vor mitgliedstaatlichem Recht zu begründen⁸⁰ – der aber allgemein akzeptiert wird.

Der Gleichheitssatz lässt sich allerdings nicht absolut anwenden. Zum einen werden nur gleichgelagerte Sachverhalte gleich behandelt, ungleichartige (grundsätzlicher Vorrang vor nationalem Recht vs. absoluter Vorrang vor der Verfassungsidentität) dagegen gerade nicht. Zum anderen kann es Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung geben. Eine absolute Anwendung würde bedeuten, dass unterschiedliche Fälle – wie hier die Grenzfälle des Verbundsystems (Kompetenzgrenzen und Verfassungsidentität) und „gewöhnliche“ Kollisionen von Unions- und nationalem Recht – gleichbehandelt werden müssten. Für diese Grenzfälle gibt es allerdings im Primärrecht mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 und Art. 4 Abs. 2 Satz

⁷⁸ Vgl. auch *Kirchhoff*, NJW 2022, 1049 (1052).

⁷⁹ Vgl. auch die Kritik bei *Weber* JZ 2022, 292 (298 f.).

⁸⁰ So auch *Preßlein*, EuR 2022, 688 (702 f.).

1 Var. 2 EUV spezielle Regelungen und mithin sachlich gerechtfertigte Differenzierungen.

Schließlich macht der Gleichheitssatz keine inhaltlichen Vorgaben. Vielmehr eröffnet er verschiedene Wege zur Beseitigung einer Ungleichbehandlung. Der absolute Vorrang des Unionsrechts ist nicht die einzige Lösung für eine vermeintliche Ungleichbehandlung. Die Wahl der Erfüllungsalternative bleibt offen und wird durch die gesamte Rechtsordnung der Union (in systematischer Hinsicht insbesondere durch Art. 4 Abs. 2 Satz 1 Var. 2 EUV) beeinflusst. Ein absoluter Anwendungsvorrang und eine Kompetenz-Kompetenz des EuGH lassen sich aus dieser Argumentation nicht schlüssig ableiten.⁸¹

V. Schlussbefund

Die im Titel aufgeworfene Frage, ob die Gleichheit der Mitgliedstaaten als dogmatische Grundlage für den Vorrang des Unionsrechts dienen kann, ist nach der vorliegenden Untersuchung zu verneinen. Der jüngste Versuch des EuGH, den fundamentalen Konflikt über die Reichweite des Vorrangs durch eine neue „Gleichheitsdogmatik“ zu lösen, überzeugt nicht und ist nicht geeignet, die Auseinandersetzung um die Letztentscheidungskompetenz in Grenzfragen wie der Ultra-vires- oder Identitätskontrolle zu befrieden.

Die Begründung des Gerichtshofs erweist sich bei näherer Betrachtung als methodisch brüchig. Der Verweis auf den Grundsatz *pacta sunt servanda* läuft auf einen Zirkelschluss hinaus, da er die Streitige Frage nach den Grenzen der vertraglichen Verpflichtung ignoriert. Zudem deutet der Gerichtshof Art. 4 Abs. 2 EUV selektiv, indem er die Gleichheitsverpflichtung von der ebenfalls dort verankerten Achtung der nationalen Verfassungsidentität isoliert und so eine Schutznorm für die Mitgliedstaaten in ihr Gegenteil verkehrt. Der gravierendste Einwand betrifft jedoch die Funktionsweise des Gleichheitssatzes selbst: Dieser fordert keine schematische Gleichbehandlung für ungleiche Sachverhalte wie die alltägliche Normenkollision und die verfassungsrechtlichen Grenzfragen der Integration. Er schreibt überdies keine zwingende Rechtsfolge wie den absoluten Vorrang vor.

Die „Gleichheitsdogmatik“ stellt somit keinen tragfähigen dogmatischen Lösungsansatz dar. Sie erweist sich vielmehr als rhetorischer Versuch, die langjährige Forderung nach einem unbedingten Vorrang mit einer neuen Begründung zu ver-

⁸¹ Preßlein, EuR 2022, 688 (702 f.).

sehen, ohne die substanziellen verfassungsrechtlichen Einwände der Mitgliedstaaten zu entkräften. Der grundlegende Konflikt zwischen der Union als autonomer Rechtsordnung und den Mitgliedstaaten als den „Herren der Verträge“ bleibt damit ungelöst.

Literaturverzeichnis

Becker Ulrich, Vorb. Art. 52, in: Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2019, Rn. 9 f.

Berger, Alina, Anwendungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte. Ein Vergleich der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in Deutschland, Frankreich und Spanien im Hinblick auf die Effektivität des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs, Tübingen 2015.

Björgvinsson, David Thor, The Intersection of International Law and Domestic Law. A Theoretical and Practical Analysis, Cheltenham, Gloucestershire 2015.

Burchardt, Dana, Die Rangfrage im europäischen Normenverbund. Theoretische Grundlagen und dogmatische Grundzüge des Verhältnisses von Unionsrecht und nationalem Recht, Tübingen 2015.

Claes, Monica, The equality of the Member States, in: Katja S. Ziegler/Paivi J. Neuvonen/Violeta Moreno-Lax (Hrsg.), Research Handbook on General Principles in EU Law, Cheltenham 2022, S. 99–117.

Claes, Monica, The Primacy of EU Law in European and National Law, in: Damian Chalmers/Anthony Arnall (Hrsg.), The Oxford Handbook of European Union Law, Oxford 2015, S. 178–211.

Craig, Paul, The Lisbon Treaty – Law, Politics, and Treaty Reform, Oxford 2013.

Craig, Paul/Búrca, Gráinne de, EU Law. Text, Cases, and Materials, Oxford, 7. Aufl., Oxford 2020.

Danwitz, Rechtsetzung und Rechtsangleichung, in: Manfred Albert Daus/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band II, München 55. EL 2022, Rn. 4.

Dogan, Michael, Primacy and the Remedy of Disapplication, CMLR 56 (2019), S. 1459–1508.

Ellerbrok, Torben/Pracht, Robert, Das Bundesverfassungsgericht als Taktgeber im horizontalen Verfassungsgerichtsverbund – Ausstrahlungswirkungen der Rechtsprechung zum Integrationsverfassungsrecht in Europa, EuR 56 (2021), S. 188–209.

Fabbrini, Federico, After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States, GLJ 16 (2015), S. 1003–1024.

Fischer, Klemens H., Der Europäische Verfassungsvertrag, Baden-Baden 2005.

Gärditz, Klaus Ferdinand, Europäisches Unionsrecht als Gegenstand des nationalen Rechtsschutzes, Primärrecht, in: Hans-Werner Rengeling/Andreas Middeke/Martin Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2014, § 34, S. 601–632.

Grabenwarter, Christoph, Souveränität und Übertragung von Hoheitsrechten. Inhalte des Unionsverfassungsrechts der Mitgliedstaaten, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Heidelberg, London u. a. 2009, S. 135–167.

Grabenwarter, Christoph/Huber, Peter Michael/Knez, Rajko/Ziemele, Ineta, The Role of the Constitutional Courts In the European Judicial Network, EPL 27 (2021), S. 43–62.

Halter, Ulrich, Europarecht: Dogmatik im Kontext, Band II: Rule of law, Verbunddogmatik, Grundrechte, 3. Aufl., Tübingen 2017.

Halter, Ulrich, Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie, NVwZ 39 (2020), S. 817–823.

Halter, Ulrich, Wirkliche Widersprüche und die Methode, wodurch sie sich lösen. Zum europäischen Verfassungsgerichtsverbund, AöR 146 (2021), S. 195–252.

Hellwig, Hans-Jürgen, Die Verhältnismäßigkeit als Hebel gegen die Union, NJW 73 (2020), S. 2497–2503.

Herrmann, Christoph, Die Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Vorlagepflicht in der neueren Rechtsprechung des EuGH, EuZW 17 (2006), S. 231–235.

Hillgruber, Christian/Goos, Christoph, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2020.

Hillgruber, Christian/Strickrodt, Simon, Unter der Kuratel des Europäischen Gerichtshofs, FAZ Einspruch Exklusiv v. 2.2.2022, abrufbar unter: <https://www.faz.net/einspruch/eugh-legt-den-begriff-der-rechtsstaatlichkeit-in-den-europaeischen-vertraegen-aus-17773765.html>.

Huber, Peter Michael, Das institutionelle Gleichgewicht zwischen Rat und Europäischem Parlament in der künftigen Verfassung für Europa, EuR 38 (2003), S. 574–599.

Huber, Peter Michael, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofes zu den nationalen Gerichten, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Europäische Grundrechte II, Band VI/2, Heidelberg 2009, § 172, S. 151–190.

Huber, Peter Michael, Offene Staatlichkeit: Vergleich, in: Armin von Bogdandy/Peter Michael Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum (IPE), Band II, Heidelberg 2007, § 26, S. 403–462.

Huber, Peter Michael, Recht der europäischen Integration, 2. Aufl., München 2002.

Huber, Peter Michael, Verständnis des Bundesverfassungsgerichts vom Kompetenzgefüge zwischen der EU und den Mitgliedstaaten. Konsequenzen für die Bewältigung der Finanzkrise, in: Thomas M. J. Möllers/Franz-Christoph Zeitler (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft – Währungsunion und Schuldenkrise, 2013, S. 229–244.

Hummer, Waldemar, Interinstitutionelle Vereinbarungen und „institutionelles Gleichgewicht“, in: Waldemar Hummer (Hrsg.), Paradigmenwechsel im Europarecht zur Jahrtausendwende. Ansichten österreichischer Integrationsexperten zu aktuellen Problemlagen. Forschung und Lehre im Europarecht in Österreich, Wien 2004, S. 111–180.

Hwang, Shu-Perng, Berichte und Kritik. Vorrang der Verfassungsidentität als Herausforderung für die Rechtsordnung der Europäischen Union? Der Staat 56 (2017), S. 107–132.

Iliopoulos-Strangas, Julia, Offene Staatlichkeit: Griechenland, in: Armin von Bogdandy/Peter Michael Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum (IPE), Band II, Heidelberg 2007, § 16, S. 71–106.

Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, 3. Aufl., Cambridge 1949.

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit. (Studienausgabe der 2. Aufl. 1960), Tübingen 2017.

Kirchhof, Paul, Der europäische Staatenverbund, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Dordrecht, Heidelberg, London u. a. 2009, S. 1009–1043.

Kirchhof, Paul, Vorrang des Rechts. Zu den Grenzen eines Anwendungsvorrangs, NJW 75 (2022), S. 1049–1054.

Klamert, Marcus, Supremacy, effectiveness, and two standards of equality in EU law, VerfBlog v. 18.10.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/rationalizing-supremacy/>, DOI: 10.17176/20211018-182946-0.

Kruis, Tobias, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis. Seine Durchsetzung in Deutschland. Eine theoretische und empirische Untersuchung anhand der Finanz- und Verwaltungsgerichte und Behörden, Tübingen 2013.

Lang, Andrej, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der vernetzten Weltordnung. Rechtsprechungskoordination in rechtsordnungsübergreifenden Richternetzwerken, Berlin 2020.

Lenaerts, Koen, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 50 (2015), S. 3–28.

Lenaerts, Koen, The Primacy of EU law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties. No Member State is More Equal than Others, VerfBlog v. 8.10.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/no-member-state-is-more-equal-than-others/>, DOI: 10.17176/20201008-113323-0.

Lenaerts, Koen/Corthaut, Tim, Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law, ELRev 31 (2006), S. 287–315.

Lenaerts, Koen/Gutiérrez-Fons, José A., To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, EUI Working Papers AEL 2013/9.

Lenaerts, Koen/van Nuffel, Piet/Corthaut, Tim, EU Constitutional Law, Oxford 2021.

Lindeboom, Justin, Is the Primacy of EU Law Based on the Equality of the Member States? A Comment on the CJEU's Press Release Following the PSPP Judgment, GLJ 21 (2020), S. 1032–1044.

Mayer, Franz Christian, Art. 19, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin, (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/AEUV, München 80. EL 2023, Rn. 37.

Mayer, Franz Christian, Verfassungswandel durch Annäherung? Der Europäische Gerichtshof, das Bundesverfassungsgericht und das Grundgesetz, in: Christoph Hönnige/Sascha Kneip/Astrid Lorenz (Hrsg.), Verfassungswandel im Mehrebenensystem, Wiesbaden 2011, S. 272–296.

Nettesheim, Martin, Art. 288, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin, (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/AEUV, München 80. EL 2023, Rn. 51.

Nettesheim, Martin, Rechtsquellen des Europäischen Unionsrechts, in: Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim, (Hrsg.), Europarecht, 9. Aufl., München 2021, § 9, S. 109–153.

Nettesheim, Martin/Perju, Vlad, Against Bidimensional Supremacy in EU Constitutionalism, GLJ 21 (2020), S. 1006–1022.

Nguyen, Thu, The Commission's Decision to Bring an Infringement Procedure against Germany. A Matter of Principle, VerfBlog v. 11.6.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/a-matter-of-principle/>, DOI: 10.17176/20210611-193244-0.

Pracht, Robert, Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts. ultra vires, Solange II, Verfassungsidentität, Tübingen 2022.

Preßlein, David, Der absolute Anwendungsvorrang des Unionsrechts als Garantie der Gleichheit der Mitgliedstaaten in der Europäischen Union?, EuR 57 (2022), S. 688–711.

Ruffert, Matthias, Art. 1, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Aufl., München 2022, Rn. 18.

Sauer, Heiko, Staatsrecht III. Auswärtige Gewalt, Bezüge des Grundgesetzes zu Völker- und Europarecht. Offene Verfassungsstaatlichkeit, 7. Aufl., München 2022.

Scheffler, Jan, Das französische Verfassungsverständnis angesichts der Anforderungen des EG/EU-Rechts, ZaöRV 67 (2007), S. 43–88.

Schroeder, Werner, Handlungsformen gemäß Art. 288 AEUV, Unmittelbare Geltung, in: Streinz, Rudolf, (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union, 3. Aufl., München 2018, Rn. 88.

Schwarze, Jürgen, Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit, Band II, Baden-Baden 2013.

Schweitzer, Michael/Dederer, Hans-Georg, Staatsrecht III: Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, 12. Aufl., Heidelberg 2020.

Seeger, Sarah, Protokolle, in: Martin Große Hüttmann/Hans-Georg Wehling (Hrsg.), Das Europalexikon, 2. Aufl., 2013, S. 277.

Skouris, Vassilios, Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Unionsrecht bricht nationales Recht, EuR 56 (2021), S. 3–28.

Skouris, Vassilios, Der Vorrang des Unionsrechts und die Ultra Vires-Theorie. Die umstrittene Ultra Vires-Kontrolle des BVerfG vom Standpunkt des Unionsrechts aus betrachtet, AnwBl 2021, S. 147–149.

Spieker, Luke Dimitrios, Werte, Vorrang, Identität: Der Dreiklang europäischer Justizkonflikte vor dem EuGH. Zugleich Bespr. von EuGH 22.2.2022 – RS (EUGH Aktenzeichen C43021 C-430/21), EuZW 33 (2022), S. 305–313.

Streinz, Rudolf, Europarecht, 12. Aufl., Heidelberg 2023.

Streinz, Rudolf, EUV, Art. 4, in: Streinz, Rudolf, (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union, 3. Aufl., München 2018, Rn. 35 f.

Tischendorf, Michael, Europa unter deutscher Supervision. Die Verantwortung der Verfassungsorgane des Bundes für die Geld- und Außenhandelspolitik der Europäischen Union, EuR 53 (2018), S. 695–724.

Triepel, Heinrich, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, Leipzig, Hirschfeld 1899.

Tuominen, Tomi, The Euro Crisis and constitutional pluralism, Celtenham, Northampton 2021.

Voßkuhle, Andreas, Art. 93, in: Huber, Peter Michael/Voßkuhle, Andreas, (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl., München 2024, Rn. 82–82c.

Voßkuhle, Andreas/Kaufhold, Ann-Katrin, Grundwissen – Öffentliches Recht: Offene Staatlichkeit, JuS 53 (2013), S. 309–311.

Weber, Ferdinand, Die Identität des Unionsrechts im Vorrang, JZ 77 (2022), S. 292–301.

Weller, Johanna Delia, Protokolle/Erklärungen (als Anhänge zu Verträgen), in: Jan Bergmann/Wolfgang W. Mickel/Claus D. Grupp (Hrsg.), Handlexikon der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2015.

Wieland, Joachim, Art. 93, in: Dreier, Horst, (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, Band III, 3. Aufl., Tübingen 2018, Rn. 26–31.

Witte, Bruno de, Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order, in: Paul Craig/Búrca Gráinne de (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 3. Aufl., Oxford 2021, S. 187–227.

Wyatt, Derrick/Dashwood, Alan/Dougan, Michael/Rodger, Barry/Spaventa, Eleanor, Wyatt and Dashwood's European Union Law, 6. Aufl., Oxford 2011.

Zuleeg, Manfred, Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Union, Baden-Baden 2004.

Die Bindung Privater an Art. 3 Abs. 1 GG im Licht der Rechtsprechung des BVerfG

Dr. Ansgar Kalle*

Universität Bonn
akalle1@uni-bonn.de

Abstract

Beansprucht der allgemeine Gleichheitssatz des Grundgesetzes Geltung unter Privaten? Über diese Frage besteht auch Jahrzehnte nach der Anerkennung der mittelbaren Drittwirkung durch die Lüth-Entscheidung Streit. Über lange Zeit wurde die Anwendung des Art. 3 GG auf Privatrechtsverhältnisse in Rechtsprechung und Lehre weitgehend abgelehnt. Zu systemfremd schien die Annahme, Private seien im Grundsatz dazu verpflichtet, ihre Rechtsverhältnisse gleichheitsgerecht zu gestalten. Das BVerfG gab der Diskussion jedoch neue Impulse, indem es sich in zwei Entscheidungen für eine differenzierte Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG aussprach. Dieser Beitrag zeichnet die Entwicklung der jüngsten Rechtsprechung nach und plädiert für die Verknüpfung privatrechtlicher Gleichbehandlungsgebote mit der Verfassung, jedoch gegen deren Rückführung auf verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebote.

I. Einführung

Grundrechte beanspruchen auch unter Privaten Geltung. Sie konstituieren eine Werteordnung, die für die Interpretation privatrechtlicher Normen wichtige Beurteilungsmaßstäbe bietet. Etabliert hat sich die Horizontalwirkung der Grundrechte bei Freiheitsrechten. Deren Schutzgüter, etwa die Meinung oder die Persönlichkeit, lassen sich als Parameter zur Präzisierung wertungsabhängiger Begriffe wie „Treu und Glauben“, „sonstiges Recht“ oder „Sittenwidrigkeit“ nutzen.¹ Schwieriger gestaltet sich die Konstruktion einer Horizontalwirkung der Gleichheitssätze, insbesondere des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG. Anstelle eines Schutzguts enthält dieser die Verhaltensanweisung, Gleiches gleich und Ungleiches

*Der Autor ist Habilitand am Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Universität Bonn (Prof. Dr. Stefan Greiner).

¹ Grdl. BVerfG, Urt. v. 15.1.1958, BVerfGE 7, 198 (205 f.).

ungleich zu behandeln. Ihm fehlt damit eine Wertung, die sich als Parameter in privatrechtliche Begriffe implementieren ließe.² Dies ist ein Grund dafür, dass die Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes über lange Zeit abgelehnt wurde. Ein weiterer Grund besteht darin, dass das Privatrecht auf der durch Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Privatautonomie fußt. Diese verbürgt das Recht, frei zu entscheiden, mit wem welche Verträge abgeschlossen werden sollen. Mithin enthält sie ein Recht zur Ungleichbehandlung.³ Ein allgemeines privatrechtliches Gleichbehandlungsgebot stünde hierzu in einem nur schwer aufzulösenden Widerspruch.

Gleichwohl hat sich das BVerfG kürzlich in seinen Entscheidungen zu Stadionverboten und Nachtarbeitszuschlägen für die Geltung des Art. 3 Abs. 1 GG unter Privaten ausgesprochen.⁴ In beiden Entscheidungen bemühte es sich um einen differenzierten Ausgleich von Privatautonomie und Gleichbehandlungsgebot. Diesen herzustellen fiel dem BVerfG jedoch nicht leicht. So machte es in der Stadionverbotsentscheidung die Stärke gleichheitsrechtlicher Bindungen Privater vom Kriterium der „spezifischen Konstellation“ abhängig; ein Merkmal, das vielfach für seine Vagheit und Konturlosigkeit kritisiert wurde.⁵ In seiner Entscheidung zu Nachtarbeitszuschlägen schien das Gericht für eine der Grundrechtsdogmatik weitgehend fremden unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater zu plädieren, was bereits im dortigen Sondervotum als dogmatischer Bruch gerügt wurde.⁶ Insgesamt offenbarten die Entscheidungen des BVerfG, dass große Ungewissheit darüber besteht, inwiefern der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz das Privatrecht beeinflusst. Dieser Beitrag nimmt sich der Problematik an und analysiert Notwendigkeit und Grenzen verfassungsrechtlich fundierter Gleichbehandlungsgebote im Privatrecht.

II. Gleichbehandlung im Privatrecht – eine etablierte Zielsetzung

Bereits vor der Stadionverbotsentscheidung hat der Gesetzgeber zahlreiche privatrechtliche Gleichbehandlungsgebote konstruiert. So gebietet beispielsweise § 1

² BAG, Urt. v. 27.5.2004, BAGE 111, 8 (17); Greiner/Kalle, JZ 2022, 542 (549); Greiner/Kalle, NJW 2025, 1289 Rn. 2; Jacobs/Frieling, SR 2019, 108 (112 f.); Thiele, in: Dreier, GG Art. 3 Rn. 87 f.

³ Adomeit, NJW 2002, 1622 (1623); Ruffert, JuS 2020, 1 (3 f.); Barczak, in: Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 91 (97 f.); Busche, in: MK-BGB, Vor §§ 145 ff. Rn. 16; Thüsing, in: MK-BGB, AGG, Einl. Rn. 38.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018, BVerfGE 148, 267; BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024, NJW 2025, 1323.

⁵ Greiner/Kalle, JZ 2022, 542; Heintz, jM 2018, 474 (475 f.); Hellgardt, JZ 2018, 901 (909); Michl, JZ 2018, 910 (916).

⁶ Sondervotum Wolff, NJW 2025, 1323 Rn. 1; ebenso Muckel, JA 2025, 518 (521).

InsO als Leitnorm des Insolvenzrechts, die Gläubiger des Insolvenzschuldners gemeinschaftlich zu gleichen Anteilen zu befriedigen. Weitere gesetzliche Gleichbehandlungsgebote existieren etwa zugunsten von Arbeitnehmern (§ 7 AGG), Parteien von Massengeschäften (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG), Aktionären (§ 53a AktG) und Wertpapierinhabern (§ 48 Abs. 1 Nr. 1 WpHG). Hinzu kommen die von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätze, etwa im Arbeits-⁷ und im Verbandsrecht⁸. Diese gesetzlichen und richterrechtlichen Gebote wurden bislang allerdings nur selten auf Art. 3 Abs. 1 GG zurückgeführt.⁹ In aller Regel wurden sie durch eigenständige, fachbereichsspezifische Wertungen legitimiert. So fuße etwa § 1 InsO auf der Überlegung, dass das allgemeine vollstreckungsrechtliche Prioritätsprinzip in der Insolvenz keinen adäquaten Mechanismus zur Verteilung des Schuldnervermögens bietet.¹⁰ Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wird auf die wechselseitige Treue unter den Gesellschaftern,¹¹ auf die Notwendigkeit des Schutzes einzelner Gesellschafter vor Mehrheitsmacht¹² und auf den Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit¹³ zurückgeführt. Als Wurzeln des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes identifiziert ein großer Teil der Lehre schließlich die Gestaltungs- und die Verteilungsmacht des Arbeitgebers.¹⁴

III. Reichweite des allgemeinen Gleichheitssatzes nach der Rechtsprechung des BVerfG

1. Gleichbehandlungsgebot in „spezifischen Konstellationen“

Eine Rückführung der verstreuten privatrechtlichen Gleichbehandlungsgebote auf Art. 3 Abs. 1 GG als gemeinsame dogmatische Grundlage legte das BVerfG in seiner Stadionverbotsentscheidung nahe. Dort setzte es sich mit der Verfassungsbeschwerde eines Stadionbesuchers auseinander, der gegen den Ausspruch eines bundesweiten Stadionverbots vorging, das ein Stadionbetreiber namens des DFB

⁷ BAG, Urt. v. 9.9.1981, BAGE 36, 187; BAG, Urt. v. 14.11.2017, BAGE 161, 47 Rn. 21; *Creutzfeldt*, JbArbR 2015, S. 25 ff.; monografisch *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote.

⁸ BGH, Urt. v. 14.5.1956, BGHZ 20, 363 (369); BGH, Urt. v. 10.1.2017, NZG 2017, 390 Rn. 42; monografisch *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz.

⁹ Ausführliche Aufarbeitung des Diskurses bei *Grünberger*, Gleichheit, S. 231 ff., der sich für die Rückführung dieser Gebote auf Art. 3 Abs. 1 GG ausspricht.

¹⁰ *Guski*, Gläubigerbenachteiligung, S. 129 f.; *Prütting*, in: KBP, 104 EL., Köln 2025, InsO § 5 Rn. 65; *Stürner*, in: MK-InsO, Einl. Rn. 86; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 2.23.

¹¹ OLG Stuttgart, Urt. v. 12.5.1999, NZG 2000, 159 (161 f.); *Seibt*, in: Scholz, GmbHG § 14 Rn. 52.

¹² *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75 (84); *Meyer-Cording*, FS Nipperdey, 1965, S. 537 (544 f.); *Koch*, § 53a Rn. 1; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 462 f.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, S. 428 f.

¹³ *Metzger*, RabelsZ 75 (2011), 845 (876 f.); *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 76 ff.

¹⁴ *Hanau*, FS Konzen, S. 233 (239 ff.); *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, S. 17 f.

ausgesprochen hatte. Das BVerfG hielt das Stadionverbot für rechtfertigungsbedürftig, weil es erstmals vertrat, dass Private im Wege der mittelbaren Drittwirkung in „spezifischen Konstellationen“ an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden seien. Das Gericht führte nicht abstrakt aus, wodurch sich solche Konstellationen auszeichnen, sondern stellte sogleich fest, dass sich jedenfalls der beklagte Stadionbetreiber bei der Entscheidung über den Ausspruch eines Stadionverbots in einer solchen befand. Hierfür stützte es sich im Wesentlichen auf zwei Gründe: Zum einen habe der Betreiber sein Stadion der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person geöffnet. Zum anderen besitze der Besuch von Fußballstadien eine hohe gesellschaftliche Relevanz.¹⁵ In der Konsequenz untersuchte das BVerfG, ob die im Stadionverbot liegende Ungleichbehandlung des Betroffenen gegenüber den übrigen Stadionbesuchern durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt war. Dies bejahte es, weil der Stadionbetreiber Grund zur Annahme gehabt habe, der Beschwerdeführer werde die Sicherheit des Stadionbetriebs gefährden.¹⁶

Dem BVerfG war bewusst, dass die Anerkennung eines verfassungsrechtlich fundierten Gleichbehandlungsgebots im Privatrecht in einem Konflikt zur gleichfalls verfassungsrechtlich fundierten Privatautonomie stand. Diesen Konflikt wollte es im Sinne der praktischen Konkordanz¹⁷ durch einen Ausgleich der widerstreitenden Gewährleistungen auflösen. Die Leitsätze der Entscheidung bringen das Konzept des BVerfG prägnant zum Ausdruck:

„1. Art. 3 Abs. 1 GG lässt sich auch nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung kein objektives Verfassungsprinzip entnehmen, wonach die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten von diesen prinzipiell gleichheitsgerecht zu gestalten wären. Grundsätzlich gehört es zur Freiheit jeder Person, nach eigenen Präferenzen darüber zu bestimmen, mit wem sie unter welchen Bedingungen Verträge abschließen will.

2. Gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten können sich aus Art. 3 Abs. 1 GG jedoch für spezifische Konstellationen ergeben [...]“¹⁸

Ohne dass das BVerfG dies aussprach, lassen sich diese Leitsätze auf eine Interessenabwägung zurückführen: Im Grundsatz beansprucht die Privatautonomie als

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018, BVerfGE 148, 267 Rn. 41.

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018, BVerfGE 148, 267 Rn. 52 ff.

¹⁷ Grdl. Hesse, Grundzüge, Rn. 72.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018, BVerfGE 148, 267.

zentrale Säule des Privatrechts Vorrang vor dem Gleichheitssatz, sodass Ungleichbehandlungen unter Privaten keiner Rechtfertigung bedürfen. Diese Abwägung verkehrt sich allerdings in „spezifischen Konstellationen“ in ihr Gegenteil, sodass dort Ungleichbehandlungen nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig sind. Als „spezifisch“ bezeichnet das BVerfG also Konstellationen, in denen das Gleichbehandlungsinteresse ausnahmsweise höher zu gewichten ist als die Privatautonomie.

Das BVerfG beschrieb am Beispiel der Stadionverbote mehrere Umstände, die auf ein Überwiegen des Gleichbehandlungsinteresses hinweisen können: Dass der Stadionbetreiber die Stadien der Allgemeinheit ohne Ansehung der Person bereitgestellt hatte, zeigte, dass er im Grundsatz zum Vertragsschluss mit jedermann bereit war, mithin seinem Recht zur freien Vertragspartnerwahl ein geringes Gewicht beimaß. Die hohe gesellschaftliche Relevanz des Fußballsports vermittelte demgegenüber dem Interesse am Schutz vor einer willkürlichen Verweigerung des Vertragsschlusses ein gesteigertes Gewicht. Beide Argumente sind unbestimmt und lassen einen erheblichen Interpretationsspielraum.¹⁹ Gleichwohl sind sie zumindest im Ansatz plausibel. Dementsprechend stieß das vom BVerfG erzielte Abwägungsergebnis – das Verbot eines willkürlich ausgesprochenen Stadionverbots – weitgehend auf Zustimmung.²⁰

Die Kernbotschaft der Entscheidung, dass Art. 3 Abs. 1 GG unter Privaten anzuwenden sein kann, wurde rasch von den Fachgerichten aufgegriffen und auf weitere Fälle übertragen. Dies hat dabei geholfen, zu ergründen, wie Konstellationen beschaffen sein müssen, um als „spezifisch“ zu gelten. Die Fachgerichte bejahten dies etwa im Verhältnis zwischen Facebook und dessen Nutzern bei der Entscheidung über Nutzersperren,²¹ zwischen Verwertungsgesellschaften und Vergütungsschuldnern bei der Geltendmachung von Vergütungsansprüchen²² sowie zwischen Tarifvertragsparteien und Tarifunterworfenen bei der Setzung von Tarifnormen.²³ Die Argumentationen, mit denen die spezifischen Konstellationen begründet wurden, ähnelten sich, wiesen allerdings im Detail Unterschiede auf. So argumentierte

¹⁹ Zur Kritik an der mangelnden Bestimmtheit der vom BVerfG genannten Umstände siehe sogleich unter IV. 1.

²⁰ Heldt, NVwZ 2018, 818 (819); Wienbracke, EWIR 2018, 495 (496); in diese Richtung auch Michl, JZ 2018, 910 (916); krit. Hellgardt, JZ 2018, 901 (909).

²¹ BGH, Urt. v. 29.7.2021, JZ 2022, 251 Rn. 65.

²² BGH, Urt. v. 10.9.2020, GRUR 2021, 600 Rn. 28.

²³ BAG, Urt. v. 9.12.2020, NZA 2021, 1110 Rn. 38.

der BGH bei den Verwertungsgesellschaften mit deren marktbeherrschender Stellung, aus der eine besondere gleichheitsrechtliche Verantwortung folge.²⁴ Im Facebook-Fall stützte sich der BGH ebenfalls auf die Marktmacht des sozialen Netzwerks. Ferner argumentierte er mit der hohen gesellschaftlichen Bedeutung Facebooks als Kommunikationsplattform sowie deren Möglichkeit, eine Nutzersperre einseitig durchzusetzen. Beide Umstände verschafften Facebook eine strukturelle Überlegenheit gegenüber seinen Nutzen.²⁵

2. Insbesondere: Gleichbehandlungsgebot der Tarifvertragsparteien beim Abschluss von Tarifverträgen

a) Bindung der Tarifvertragsparteien an Art. 3 Abs. 1 GG

Die zweite Leitentscheidung des BVerfG zur Geltung des Art. 3 Abs. 1 GG unter Privaten bezieht sich auf die bereits erwähnte Fallgruppe der Tarifnormen. Anlass zur Entscheidung gaben Fälle, in denen das BAG eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG darin erkannt hatte, dass Tarifverträge unterschiedlich hohe Zuschläge für Nachtarbeit und Nachtschichtarbeit vorsahen. Das BAG hatte diese Differenzierung einer Kontrolle anhand des Art. 3 Abs. 1 GG unterzogen, hierfür nach eingehender Analyse der Charakteristika von Nachtarbeit und Nachtschichtarbeit keinen rechtfertigenden Grund gesehen und den Nachtschichtarbeitern, die den geringeren Zuschlag erhalten hatten, eine Anhebung ihrer Zuschläge auf das Nachtarbeiterniveau zugesprochen.²⁶

Das BVerfG sah sowohl in der hohen Kontrolldichte als auch in der gerichtlichen Anhebung der Zuschläge eine Verletzung des Art. 9 Abs. 3 GG. Im Ausgangspunkt pflichtete es dem BAG darin bei, dass die Gestaltungsmacht der Tarifvertragsparteien durch Art. 3 Abs. 1 GG beschränkt sei, weil die Tarifunterworfenen ein legitimes Interesse am Schutz vor Ungleichbehandlungen durch die Tarifvertragsparteien hätten. Dieses folge daraus, dass die Tarifvertragsparteien bei der Tarifnormsetzung über eine Vielzahl unterschiedlicher, z.T. widerstreitender Interessen ihrer Mitglieder verhandeln. Dies berge das Risiko, dass die Tarifvertragsparteien die Interessen einzelner Mitglieder zugunsten anderer Mitglieder in den Verhandlungen preisgeben. Effektiven Schutz vor einer übermäßigen Benachteiligung einzelner

²⁴ BGH, Urt. v. 10.9.2020, GRUR 2021, 600 Rn. 28.

²⁵ BGH, Urt. v. 29.7.2021, JZ 2022, 251 Rn. 65.

²⁶ BAG, Urt. v. 21.3.2018, BAGE 162, 230 Rn. 58 f.; BAG, Urt. v. 9.12.2020, BeckRS 2020, 45444 Rn. 50 ff.; BAG, Urt. v. 22.3.2023, BeckRS 2023, 14105.

Mitglieder biete in dieser Situation einzig eine Überprüfung der Tarifnormen anhand des Art. 3 Abs. 1 GG, weil sich die Tarifunterworfenen selbst nicht anderweitig effektiv schützen könnten. Zwar steht es ihnen frei, aus ihrem am Tarifvertrag beteiligten Verband auszutreten, jedoch seien die Folgen eines Austritts in Summe so unattraktiv, dass er nicht als adäquater Willkürschutz in Frage kommt.²⁷

Allerdings konstatierte das BVerfG, dass die Bindung der Tarifvertragsparteien an Art. 3 Abs. 1 GG mit der Koalitionsfreiheit als eine Form kollektiv ausgeübter Vertragsfreiheit²⁸ kollidierte. Diese Kollision löste das BVerfG auf, indem es den Tarifvertragsparteien einen Gestaltungsspielraum zubilligte, der umso größer sei, je näher eine Tarifnorm dem Kernbereich der Koalitionsfreiheit komme. In diesem Bereich sei lediglich eine Willkürkontrolle statthaft, die Klauseln darauf überprüfte, ob sie auf einem einleuchtenden Grund fußen. Diese Grenze habe das BAG überschritten, indem es die von den Tarifvertragsparteien angeführten Rechtfertigungsgründe einer eingehenden Überprüfung auf ihre inhaltliche Richtigkeit unterzogen hatte.²⁹

Inhaltlich fällt im Vergleich zur Stadionverbotsentscheidung auf, dass das BVerfG deutlich ausführlicher und stichhaltiger darlegte, warum es die Ungleichbehandlung durch Tarifnormen als rechtfertigungsbedürftig ansah. Hatte die Inpflichtnahme des Stadionbetreibers noch auf vagen Annahmen gefußt, argumentierte das BVerfG bei Nachtarbeitszuschlägen mit einer präzisen und zutreffenden³⁰ Analyse der Situation, in der sich die Tarifunterworfenen befinden.

b) Dogmatische Basis der Ausführungen des BVerfG

Die überzeugende inhaltliche Positionierung des BVerfG steht jedoch auf einem unsicheren dogmatischen Fundament, das in Widerspruch zu den Aussagen der Stadionverbotsentscheidung steht. Dort hatte sich das BVerfG darum bemüht, den Art. 3 Abs. 1 GG mithilfe der mittelbaren Drittwirkung im Privatrecht zur Anwendung zu bringen. In seiner Nachtarbeitszuschlags-Entscheidung wurden demge-

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024, NJW 2025, 1323 Rn. 142–151.

²⁸ Zum Streit über die dogmatische Einordnung der Tarifautonomie und deren Bedeutung für die tarifliche Normsetzung im Überblick *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 30; monografisch *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 169 ff.

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024, NJW 2025, 1323 Rn. 183 ff.

³⁰ Dem BVerfG im Hinblick auf den Bedarf nach einem Willkürschutz zustimmend *Greiner/Kalle*, NJW 2025, 1289 Rn. 20; *Ulber*, NZA 2025, 918 (922); eine Willkürkontrolle befürworteten bereits vor der Entscheidung des BVerfG ebenfalls *Kolbe*, RdA 2024, 296 (301); *Lobinger*, RdA 2024, 69 (76 f.); *Höpfner*, FS Henssler, 2023, 251 (259 ff.).

genüber weder die mittelbare Drittwirkung noch das Merkmal der spezifischen Koalition erwähnt. Stattdessen bezeichnete das BVerfG den allgemeinen Gleichheitssatz als verfassungsunmittelbare Schranke der Koalitionsfreiheit.³¹ Folgerichtig erreichte es sein Postulat einer Willkürkontrolle durch eine unmittelbare Abwägung zwischen beiden Grundrechten. Damit erweckte es den Anschein, Tarifvertragsparteien seien wie Hoheitsträger unmittelbar an die Grundrechte gebunden.³² Ein ähnlicher Ansatz findet sich in der Rechtsprechung des EuGH, der Private, insb. Verbände, unmittelbar an die Grundfreiheiten bindet.³³ Der deutschen Grundrechtsdogmatik ist dieser Ansatz jedoch fremd. Zwar hatte das BAG bereits vor einiger Zeit unter dem Stichwort der Delegationstheorie eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien vertreten, schlussendlich gab es dies jedoch mit Zustimmung weiter Teile des Schrifttums auf.³⁴ Ob das BVerfG so weit gehen wollte, die bislang auf Art. 9 Abs. 3 GG beschränkte unmittelbare Drittwirkung im Allgemeinen anzuerkennen, geht aus seiner Entscheidung nicht hervor. Hätte es dies gewollt, hätte es indes angesichts der dogmatischen Tragweite dieser Aussage nahegelegen, unter Bezugnahme auf den umfangreichen arbeitsrechtlichen Diskurs ausdrücklich und eindeutig Position zu beziehen. Seine Positionierung war jedoch weder klar formuliert noch setzte sie sich mit der Kontroverse um die Delegationstheorie auseinander.³⁵

Möglicherweise lässt sich diese Zurückhaltung damit erklären, dass das BVerfG nicht so weit gehen wollte, Tarifvertragsparteien umfassend an die Grundrechte zu binden. Vielleicht wollte es ihnen lediglich eine partielle, auf Art. 3 GG beschränkte unmittelbare Grundrechtsbindung auferlegen, weil es erkannte, dass sich der allgemeine Gleichheitssatz lediglich auf diesem Weg im Privatrecht zur Geltung bringen ließ.³⁶ Schließlich lässt sich eine mittelbare Drittwirkung für Art. 3 Abs. 1 GG

³¹ BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024, NJW 2025, 1323 Rn. 153.

³² Für diese Lesart *Gallner*, NZA 2025, 877; *Spelge*, ZTR 2025, 227 ff.; *Ulber*, NZA 2025, 449 (455).

³³ EuGH, Urte. v. 12.12.1974 – Walrave und Koch, Slg. 1974, 1405 Rn. 17 f.; EuGH, Urte. v. 15.12.1995 – Bosman, Slg. 1995 I-4921 Rn. 69 ff.; EuGH, Urte. v. 16.3.2010 – Olympique Lyonnais, Slg. 2010, I-2177 Rn. 30 ff.; EuGH, Urte. v. 6.6.2000 – Angonese, Slg. 2000 I-4139 Rn. 36; EuGH, Urte. v. 11.12.2007 – Viking, Slg. 2007 I-10806, Rn. 33; EuGH, Urte. v. 17.7.2008 – Raccanelli, Slg. 2008 I-5939 Rn. 46; EuGH, Urte. v. 12.7.2012 – Fra.bo, EuZW 2012, 797 Rn. 27–32; EuGH, Urte. v. 4.10.2024 – Diarra, GRUR-RS 2024, 26361 Rn. 75 ff.; hierzu *Canaris*, Drittwirkung, S. 29 (37 ff.).

³⁴ Aufbereitung des Meinungsstands bei *Jacobs*, RdA 2023, 9 (10 f.) und *Lobinger*, RdA 2024, 69 (70 f.).

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024, NJW 2025, 1323 Rn. 152 beschränkt sich auf die Aussage, dass Art. 1 Abs. 3 GG eine Bindung der Tarifvertragsparteien an Art. 3 Abs. 1 GG nicht ausschließt. BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024, NJW 2025, 1323 Rn. 154 f. hält lediglich fest, dass sich die Grundrechtsbindung auch ohne einfachgesetzliche Umsetzungsnorm im Wege der Rechtsfortbildung konstruieren ließe. Dies schöpft die im Schrifttum vorgebrachten Einwände gegen eine staatsähnliche Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien bei weitem nicht aus.

³⁶ In diese Richtung BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024, NJW 2025, 1323 Rn. 218.

nicht konstruieren. Bereits in Bezug auf die Stadionverbotsentscheidung wurde vielfach darauf hingewiesen, dass das BVerfG entgegen seiner Selbsteinschätzung den allgemeinen Gleichheitssatz nicht mittelbar unter Privaten angewandt hatte, sondern unmittelbar. Schließlich maß es das streitgegenständliche Hausverbot ohne Rückgriff auf privatrechtliche Vermittlernormen direkt an Art. 3 Abs. 1 GG.³⁷ Ursache dieser Vorgehensweise war, dass die mittelbare Drittwirkung auf die Struktur der Freiheitsrechte zugeschnitten ist. Ihr methodischer Ansatz besteht darin, das grundrechtliche Schutzgut als Wertungsparameter auf die Interpretation zivilrechtlicher Tatbestandsmerkmale zu übertragen – dies ist der Effekt, den das BVerfG in der Lüth-Entscheidung metaphorisch als Ausstrahlungswirkung der Grundrechte bezeichnet hat.³⁸ Bei Art. 3 Abs. 1 GG lässt sich dieser Effekt in Ermangelung eines eigenen Schutzguts nicht erzeugen. Das Verhaltensgebot, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, bietet keinen Spielraum für eine Differenzierung zwischen verschiedenen Arten der Drittwirkung – es gilt entweder unmittelbar oder gar nicht. Demnach setzte eine unmittelbare Bindung der Tarifvertragsparteien an den allgemeinen Gleichheitssatz den durch die Stadionverbotsentscheidung eingeschlagenen Kurs konsequent fort.

3. Zwischenfazit

Als gemeinsamer Nenner beider Entscheidungen lässt sich festhalten, dass Private in Fällen unmittelbar an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden sind, in denen aufgrund besonderer Einzelfallumstände ein Gleichbehandlungsinteresse besteht, das die gegenläufige individuelle oder kollektive Privatautonomie überwiegt. Ein solches Überwiegen kann sich aus unterschiedlichen Umständen ergeben. Das BVerfG stellte in seinen beiden Entscheidungen auf das Bestehen von Mehrheitsmacht, auf das Anbieten von Leistungen von wesentlicher Bedeutung und auf die grundsätzliche Bereitschaft zum Vertragsschluss mit jedermann ab. Ferner deutete es an, dass das Bestehen eines Monopols oder einer strukturellen Überlegenheit gleichheitsrechtliche Bindungen auslösen können.³⁹

Ist ein Privater im Einzelfall an die Grundrechte gebunden, bedarf er für die ungleiche Behandlung wesentlich gleicher Sachverhalte eines rechtfertigenden

³⁷ Greiner/Kalle, JZ 2018, 542 (549); Hellgardt, JZ 2018, 901 (909); Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 355; Michl, JZ 2018, 910 (915); Schmitt, ZfPW 2021, 414 (426); Smets, NVwZ 2019, 34 (37).

³⁸ BVerfG, Urt. v. 15.1.1958, BVerfGE 7, 198 (207); zivilrechtsdogmatische Rekonstruktion bei Canaris, Grundrechte, S. 23 ff.

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018, BVerfGE 148, 267 Rn. 41; BVerfG, Beschl. v. 22.5.2019, NJW 2019, 1935 Rn. 15.

Grunds. Weil die Privatautonomie ein Recht zur Ungleichbehandlung vermittelt, sind die Anforderungen an die Rechtfertigung niedriger anzulegen als bei der Ungleichbehandlung durch Hoheitsträger. Grundsätzlich ist lediglich eine Willkürkontrolle geboten, der genüge getan ist, wenn ein „einleuchtender Grund“⁴⁰ für die Ungleichbehandlung gegeben ist.

IV. Probleme einer Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG

1. Unklarer Anwendungsbereich der Drittwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes

Dieses Zwischenfazit ist unbefriedigend, weil es offenbart, dass die Rechtsprechung einige Schwächen aufweist. Aus praktischer Sicht sticht vor allem ihre bereits angesprochene Konturlosigkeit ins Auge. Trotz der Konturierungsversuche des BVerfG ist weitgehend unklar, wodurch genau sich Fälle auszeichnen, in denen Art. 3 Abs. 1 GG zur Anwendung kommen soll.⁴¹ Die Grundlage für diese Kritik legte der Stadionverbotsbeschluss, indem er die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG vom Kriterium der „spezifischen Konstellation“ abhängig machte. Dieses Kriterium ist zu vage, um praxistauglich zu sein. Dies spiegelt sich in der Subsumtion der Stadionverbotsentscheidung wider, die das Spezifische der dortigen Konstellation auf zwei Begründungsstränge zurückführte, von denen für sich genommen keiner zu überzeugen vermag. Dass eine Veranstaltung einem großen Publikum geöffnet wird, kann zur Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG nicht genügen, weil dies auf das Angebot der meisten unternehmerischen Anbieter zutrifft.⁴² Stellt man hierauf ab, wäre die Drittwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG entgegen der Intention des BVerfG und den Wertungen der Privatautonomie keine Ausnahme, sondern der Regelfall. Das Kriterium der erheblichen gesellschaftlichen Relevanz der angebotenen Leistung ist inhaltlich zu stark von subjektiven Einschätzungen geprägt, um eine praxistaugliche Abgrenzung zu gewährleisten.⁴³ Damit blieb letztlich weitgehend im Dunkeln, wodurch genau sich die gleichheitsrechtliche Inpflichtnahme des Stadionbetreibers rechtfertigte und welche Schlussfolgerungen hieraus für andere privaten Verbände zu ziehen sind.⁴⁴

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024, NJW 2025, 1323 Rn. 164.

⁴¹ Hellgardt, JZ 2018, 901 (909).

⁴² Hellgardt, JZ 2018, 901 (909).

⁴³ Hellgardt, JZ 2018, 901 (909).

⁴⁴ Vgl. Michl, JZ 2018, 910 (916 f.).

Die tarifrechtliche Entscheidung ist insoweit gelungener, weil sie ausführlich und nachvollziehbar herausarbeitet, warum sie Tarifvertragsparteien an den Gleichheitssatz bindet. Nichtsdestotrotz sucht man auch dort präzise abstrakte Kriterien für das Bestehen der Grundrechtsbindung vergebens. Dort schien das BVerfG einem kasuistischen Ansatz zu folgen, der die Grundrechtsbindung einzelfallabhängig bzw. durch Bildung von Fallgruppen beurteilt. Die Frage, welche Privaten an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden sind, lässt sich daher nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung nur schwer beantworten. Ein ähnliches Problem zeigt sich bei der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten, die eine gleichheitsrechtliche Komponente enthalten: Seit deren Anerkennung in der Walrave-Entscheidung von 1974⁴⁵ besteht nach wie vor Unklarheit darüber, unter welchen Voraussetzungen Private an die Grundfreiheiten gebunden sind.⁴⁶

Eine wesentliche Ursache für die große Unschärfe der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung liegt darin, dass die Verfassung für den Ansatz des BVerfG, ausgewählte Private wie Hoheitsträger an den allgemeinen Gleichheitssatz zu binden, kein belastbares Fundament bietet. Am ehesten ließe sich erwägen, die Grundrechtsbindung auf eine Analogie zu Art. 1 Abs. 3 GG zu stützen. Argumentativer Ansatzpunkt wäre hiernach, dass Private in bestimmten Situationen eine staatsähnliche Entscheidungs- bzw. Regulierungsmacht aufweisen können. Eine solche Parallele deuteten einige Stimmen im Anschluss an die Stadionverbotsentscheidung an.⁴⁷ Vor allem beim Stadionbetreiber und bei den Tarifvertragsparteien erscheint diese Parallele jedenfalls auf den ersten Blick tragfähig, weil beide dazu imstande sind, Regulierungen mit Wirkung für Dritte (Tarifunterworfenen/Stadionbesucher) zu treffen. Diese Rechtsmacht ist für Hoheitsträger charakteristisch. Gleichwohl weist dieser Ansatz in die falsche Richtung, weil sich Private von Hoheitsträgern grundlegend unterscheiden, mögen sie auch eine gewisse Regulierungsmacht besitzen. Anders als Hoheitsträger können sie Personen nicht einseitig gegen deren Willen ihren Regeln unterwerfen. Die Normsetzungsmacht Privater beruht auf einer privatautonomen Zustimmung zur Geltung ihrer Normen. Auch können Private

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 12.12.1974 – Walrave, Slg. 1974, 1405 Rn. 17 f.

⁴⁶ Der EuGH hat bislang auf abstrakte Erklärungsansätze verzichtet und sich auf einzelfallbezogene Ausführungen beschränkt. Daher wird seine Rechtsprechung unterschiedlich gedeutet, siehe *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424 (473–479); *Lengauer*, Drittwirkung, S. 388–412; *Stein*, Drittwirkung, S. 26–47; *Roth*, in: FS Medicus, 2009, 393 (403 ff.); dass der EuGH die Bindung Privater häufig ungenau begründet, kritisieren *Heuschmidt*, in: Däubler, HB Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 85 und *Kocher*, in: Gesellschaftsverfassung, S. 161 (176).

⁴⁷ BAG, Beschl. v. 9.12.2020, AP ArbZG § 6 Nr. 20 Rn. 55; *Schmitt*, ZfPW 2021, 414 (430); *Wiater*, JZ 2020, 379 (382); *Wienbracke*, EWIR 2018, 495 (496); abl. *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 354.

aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols keinen staatsähnlichen Zwang zur Befolgung ihrer Regeln ausüben.⁴⁸ Überdies weist die hypothetische Staatsähnlichkeit Privater argumentativ in die falsche Richtung, weil sie nicht erklären kann, warum andere Private ein gesteigertes Interesse an einer willkürfreien Behandlung haben sollen. Dies lässt sich überzeugender begründen, wenn man – wie im Ansatz auch das BVerfG – schwerpunktmäßig auf die begehrte Leistung, sei es der Zugang zum Fußballstadion oder die gewissenhafte Verfolgung der Mitgliederinteressen, abstellt.⁴⁹

2. Zu große Pauschalität des allgemeinen Gleichheitssatzes

Ein weiteres Problem besteht darin, dass der allgemeine Gleichheitssatz inhaltlich zu pauschal formuliert ist, um sich stimmig in das Privatrecht, insbesondere in den etablierten Kanon der dortigen Gleichbehandlungsgebote, einzufügen. Sein Gebot, generell Gleiches gleich zu behandeln, ist auf Hoheitsträger zugeschnitten, die mangels eigener grundrechtlich geschützter Positionen jegliche Differenzierung rechtfertigen müssen. Im Privatrecht ist jedoch die Ungleichbehandlung im Regelfall das Produkt legitimer Grundrechtsausübung.⁵⁰ Gleichbehandlungsgebote stellen dort dementsprechend eine Ausnahmeerscheinung dar, die nur in Bereichen bestehen können, in denen ein besonderes Gleichbehandlungsinteresse vorliegt.

Entsprechende Interessen fußen auf höchst heterogenen Überlegungen, die außerhalb des Art. 3 Abs. 1 GG wurzeln, was das eingangs geschilderte Spektrum an zivilrechtlichen Gleichbehandlungsgeboten⁵¹ und die unterschiedlichen Argumentationsstränge des BVerfG⁵² gezeigt haben. Die Regeln der Insolvenzordnung, des Kartellrechts oder des AGG sind auf bestimmte Situationen zugeschnitten, weshalb sie deutlich feinere Regelungsstrukturen aufweisen als der vergleichsweise grobschlächtige allgemeine Gleichheitssatz. Sie umschreiben präzise, unter welchen Voraussetzungen eine Gleichbehandlung geboten ist und welche Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen anzulegen sind. Umgekehrt stellen sie klar, in welchen Fällen eine Gleichbehandlung entbehrlich ist. Es wäre mit einem großen Aufwand verbunden, den allgemeinen Gleichheitssatz in ein stimmiges Verhältnis zu diesen Vorschriften zu bringen.⁵³

⁴⁸ *Canaris*, Drittwirkung, S. 29 (37); *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (550).

⁴⁹ Hierzu sogleich unter V.

⁵⁰ S.o. I.

⁵¹ S.o. II.

⁵² S.o. III. 1. zur Stadionverbotsentscheidung und III. 2. a) zur Nachtarbeitsentscheidung.

⁵³ Vgl. *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (551).

V. Neuausrichtung der Drittwirkungsproblematik durch ein freiheitsrechtlich fundiertes Alternativkonzept

1. Gebotenheit einer Rückführung privatrechtlicher Gleichbehandlungsgebote auf die Verfassung

Die für Generalklauseln entwickelte Dogmatik⁵⁴ ist vermutlich leistungsfähig genug, um dem generalklauselhaften Art. 3 Abs. 1 GG langfristig einen eigenständigen Platz im System des Zivilrechts vermitteln zu können.⁵⁵ Da hiermit jedoch eine deutliche Verkomplizierung der Grundrechtsdogmatik und eine erhebliche Verunsicherung der Praxis einhergingen, stellt sich die Frage, ob es zweckmäßig wäre, diesen Weg weiter zu verfolgen.

Die Antwort auf diese Frage beginnt bei einer Bedarfsanalyse: Welcher Fortschritt könnte erzielt werden, wenn man das ausdifferenzierte System privatrechtlicher Gleichheitssätze auf vergleichsweise unbestimmte verfassungsrechtliche Normen zurückführt? Zunächst ließen sich hierdurch Zusammenhänge zwischen beiden Rechtsebenen transparenter machen, die das dogmatische und praktische Verständnis der Rechtsordnung verbessern. Zwischen privatrechtlichen Gleichbehandlungsgeboten und der Verfassung bestehen Zusammenhänge, weil letztere das Fundament der gesamten deutschen Rechtsordnung bildet. Mithilfe der Rückführung des einfachen Rechts auf die Verfassung ließe sich zudem ein lückenschließendes Instrument konstruieren, das Abhilfe in Fällen bietet, die der Zivilgesetzgeber keiner Regelung zugeführt hat. Die Verknüpfung privatrechtlicher Gleichheitssätze mit dem Verfassungsrecht böte damit sowohl dogmatischen als auch praktischen Fortschritt, weshalb sie weiter verfolgt werden sollte.

2. Freiheitsrechte als stimmigeres Fundament privatrechtlicher Gleichbehandlungsgebote

Nicht weiter verfolgt werden sollte jedoch der Ansatz, Art. 3 Abs. 1 GG unter Privaten zur Geltung zu bringen. Diese Vorschrift sollte auf ihren originären Anwendungsbereich, das öffentliche Recht, beschränkt werden, weil sie in ihrer Pauschalität auf die dortige Interessenlage zugeschnitten ist. Im Privatrecht stellen Gleichbehandlungsgebote das Produkt einer komplexen Güterabwägung dar, die sich mit den Freiheitsrechten und deren gut konturierten Schutzgütern besser abbilden

⁵⁴ Hierzu im Überblick *Kalle*, Rechtsmissbrauchsverbot, S. 55 ff.

⁵⁵ Entsprechender Vorstoß bei *Grünberger*, Gleichheit, S. 749 ff.

ließe. So lassen sich ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen als Kollision unterschiedlicher Freiheitssphären rekonstruieren, weil ein gesteigerter Bedarf nach Schutz vor Willkür vor allem in Fällen besteht, in denen die Gleichbehandlung der effektiven Ausübung von Freiheit dient. So begründete das BVerfG das Gleichbehandlungsinteresse der Tarifunterworfenen damit, dass diese ihre Interessen den Tarifvertragsparteien zur Durchsetzung anvertrauen. Das Vertrauen darauf, dass sich die Tarifvertragsparteien um die möglichst gleichmäßige Durchsetzung der Interessen aller ihrer Mitglieder bemühen, ist Grundvoraussetzung des Tarifsystems. Müssten die Mitglieder einen willkürlichen Umgang mit ihren individuellen Interessen befürchten, wäre es für sie wesentlich weniger attraktiv, sich einer Koalition anzuschließen und von ihrer Koalitionsfreiheit Gebrauch zu machen. Damit schützt die Beschränkung der Koalitionsfreiheit der Tarifvertragsparteien durch ein Willkürverbot die Koalitionsfreiheit der Tarifunterworfenen. Das Gleichbehandlungsinteresse, welches das BVerfG zutreffend identifiziert hat, wurzelt also schwerpunktmäßig in Art. 9 Abs. 3 GG. Daher drängt es sich auf, das Willkürverbot ohne Umweg über Art. 3 Abs. 1 GG im dortigen Schutzbereich zu verorten.⁵⁶

Auch aus anderen Freiheitsrechten können Gleichbehandlungsinteressen folgen. So lässt sich etwa die Regulierung von Nutzersperren durch marktmächtige soziale Netzwerke wie Facebook damit rechtfertigen, dass der Ausschluss von solchen Netzwerken den effektiven Gebrauch der durch Art. 5 Abs. 1 GG verbürgten Meinungsfreiheit erheblich verkürzt.⁵⁷

Im Stadionverbotsfall lässt sich das Gleichbehandlungsinteresse des Stadionbesuchers als Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts begreifen. Das Stadionverbot bewirkt eine Stigmatisierung seines Adressaten, weil es die Reaktion auf ein vermeintliches Fehlverhalten darstellt. Stadionbetreiber haben ein wirtschaftliches Interesse an einer möglichst großen Besucherzahl, weshalb sie Stadionverbote nur im Fall eines (unterstellten) Fehlverhaltens von einigem Gewicht aussprechen. Der Ausspruch eines Stadionverbots impliziert also ein solches Fehlverhalten, weshalb es dem öffentlichen Ruf des Betroffenen schadet. Es kommt also zu einem rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das APR.⁵⁸ Alternativ ließe sich darauf abstellen, dass der Zugang zum Fußballspiel als gesellschaftlich angesehenes Ereignis für die Persönlichkeitsentfaltung von hoher Bedeutung ist.⁵⁹

⁵⁶ Preis/Greiner, Arbeitsrecht, Rn. 951a.

⁵⁷ Greiner/Kalle, JZ 2022, 542 (548).

⁵⁸ Greiner/Kalle, JZ 2022, 542 (548 f.).

⁵⁹ Greiner/Kalle, JZ 2022, 542 (549); Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 355.

Steht im Einzelfall fest, dass die Ungleichbehandlung die Ausübung eines Freiheitsrechts erschwert, sind die widerstreitenden Rechtspositionen sodann durch Abwägung in ein Verhältnis praktischer Konkordanz zu bringen. Erweist sich die Ungleichbehandlung bzw. Benachteiligung in einer Abwägung der Interessen aller Beteiligten als angemessen, ist sie zulässig.⁶⁰

Der freiheitsrechtliche Ansatz weist gegenüber dem Weg des Art. 3 Abs. 1 GG den Vorteil auf, dass er sich in den erprobten Bahnen der Horizontalwirkung von Freiheitsrechten bewegt. Diese bietet der Praxis größere Rechtssicherheit. So bindet sie die Private unmittelbar einzig an die Normen und Figuren des Privatrechts, was die komplizierte Frage des Bestehens einer unmittelbaren Grundrechtsbindung hinfällig macht. Ferner zwingt der freiheitsrechtliche Ansatz dazu, das im jeweiligen Fall relevante Freiheitsinteresse desjenigen, der eine Willkürkontrolle begehrt, herauszuarbeiten und auf eine grundrechtlich ausgeformte Freiheitssphäre zurückzuführen. Dies beugt unscharfen Argumentationen wie der des Stadionverbotsbeschlusses vor. Schließlich bietet der freiheitsrechtliche Ansatz eine präzisere Prüfungsstruktur, weil er den wertenden Ausgleich der widerstreitenden Positionen in einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bündelt. Anders verhält es sich bei Art. 3 Abs. 1 GG, dessen Prüfung aus einer Vielzahl separater Wertungsentscheidungen (Identifizierung eines Vergleichsmaßstabs, Beurteilung der Vergleichbarkeit der Fälle, Feststellung der Ungleichbehandlung, Prüfung der Rechtfertigung) besteht.⁶¹

VI. Fazit

Gleichbehandlungsgebote haben sich im Privatrecht etabliert, weil ein Willkürschutz in vielen Bereichen notwendig ist, um die persönlichen Freiheiten effektiv nutzen zu können. Dies betrifft insbesondere Verbände, Monopolisten und Tarifvertragsparteien, die durch Willkür die Freiheitsausübung einer Vielzahl von Grundrechtsträgern in nicht unerheblichem Umfang beeinträchtigen könnten.

Der vom BVerfG verfolgte Ansatz, den Willkürschutz mithilfe des Art. 3 Abs. 1 GG zu gewährleisten, weist jedoch in die falsche Richtung. Diese Vorschrift ist auf die Staatsgewalt zugeschnitten, die jegliche Differenzierung zwischen Bürgern rechtfertigen muss. Im Privatrecht verhält es sich aufgrund der verfassungsrechtlichen Verbürgung der Privatautonomie grundlegend anders, weshalb Art. 3 Abs. 1

⁶⁰ Speziell in Bezug auf Stadionverbote *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (549); zur Güterabwägung im Allgemeinen *Augsberg/Viellechner*, JuS 2008, 406 ff.; *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, Rn. 91–102, 355; *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 67, 194–199, 367.

⁶¹ *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (550); *Preis/Greiner*, Arbeitsrecht, Rn. 951a.

GG für die dortigen Zwecke zu pauschal gefasst ist. Damit sich diese Norm bruchfrei in das Privatrecht einfügen könnte, müsste sie im Wege einer aufwändigen Rechtsfortbildung auf einen sachgerechten Anwendungsbereich beschränkt werden. Wie schwierig dies ist, spiegelt sich in den Versuchen des BVerfG wider, eine Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes zu konstruieren. Diese leiden unter erheblichen Unschärfen, welche die Praxis verunsichern und sich allenfalls unter hohem Aufwand reduzieren ließen. Ein rechtssicheres Fundament für privatrechtliche Gleichbehandlungsgebote bieten die Freiheitsrechte, die Willkür einer Kontrolle unterwerfen, sofern diese sich als Eingriff in eine verfassungsrechtlich geschützte Freiheit darstellt. Dieser Ansatz bietet den Vorteil größerer dogmatischer Kontinuität, Transparenz und argumentativer Genauigkeit. Die Schutzgüter der Freiheitsrechte stellen Wertungsmaßstäbe bereit, anhand derer sich vergleichsweise präzise beurteilen lässt, ob gleichheitsrechtliche Anforderungen im Einzelfall zu beachten sind und welche Rechtfertigungsanforderungen aus ihnen erwachsen.

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus, Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, NJW 2002, 1622–1623.

Augsberg, Ino/Viellechner, Lars, Die Drittwirkung der Grundrechte als Aufbauproblem, JuS 2008, 406–414.

Bachmann, Gregor, Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten, AcP 210 (2010), 424–488.

Barczak, Tristan, Konstitutionalisierung der Privatrechtsordnung, in: Scheffczyk, Fabian/Wolter, Kathleen (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 4, Berlin/Boston 2017, S. 91–122.

Bayreuther, Frank, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2005.

Canaris, Claus-Wilhelm, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Bauer, Hartmut/Czybulka, Detlef/Kahl, Wolfgang/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen 2002, S. 29–67.

Canaris, Claus-Wilhelm, Grundrechte und Privatrecht, Berlin/New York 1999.

Creutzfeldt, Malte, Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Arbeitsvertrag und Tarifvertrag, JbArbR 52 (2015), S. 25–50.

Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2018.

Dreier, Grundgesetz Kommentar, Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.), 4. Aufl., Tübingen 2023.

Epping, Volker/Lenz, Sebastian/Leydecker, Philipp, Grundrechte, 10. Aufl., Berlin 2024.

Gallner, Inken, Gleichheitsrecht in Deutschland und Europa, NZA 2025, 877–880.

Greiner, Stefan/Kalle, Ansgar, Gleichbehandlung als Produkt der Freiheits- oder der Gleichheitsrechte? Zur Drittwirkung nach der Stadionverbotsentscheidung, JZ 2022, 542–551.

Greiner, Stefan/Kalle, Ansgar, Zulässigkeit und Grenzen der gleichheitsrechtlichen Kontrolle von Tarifverträgen, NJW 2025, 1289–1295.

Grünberger, Michael, Personale Gleichheit, Baden-Baden 2013.

Guski, Roman, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, Berlin 2007.

Hanau, Hans, Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Privatautonomie und Kontrahierungszwang, in: Dauner-Lieb, Barbara/Hommelhoff, Peter/Jacobs, Matthias/Kaiser, Dagmar/Weber, Christoph (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, München 2006, S. 233–248.

Häsemeyer, Ludwig, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Köln/München 2007.

Heintz, Veris-Pascal, Reichweite und Wirkkraft der Grundrechte im Privatrechtsverkehr, jM 2018, 474–476.

Hellgardt, Alexander, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, 901–910.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999.

Höpfner, Clemens, Willkürkontrolle von Tarifverträgen, in: Deckenbrock, Christian/Höpfner, Clemens/Kilian, Matthias et al. (Hrsg.), Festschrift für Martin Henssler, S. 251–266.

Jacobs, Matthias/Frieling, Tino, Die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien – eine dogmatische Kritik an einem verfassungsrechtlichen Sonderweg im Tarifrecht, SR 2019, 108–117.

Jacobs, Matthias, Zur Grundrechtskontrolle von Tarifverträgen, RdA 2023, 9–20.

Kalle, Ansgar, Das Rechtsmissbrauchsverbot in Dogmatik und Praxis, Tübingen 2024.

- Koch, Jens*, Aktiengesetz, 19. Aufl., München 2025.
- Kocher, Eva*, Stoppt den EuGH? – Zum Ort der Politik in einer europäischen Arbeitsverfassung, in: Fischer-Lescano, Andreas/Rödl, Florian/Schmid, Christoph Ulrich (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, Baden-Baden 2009, S. 161–181.
- Kolbe, Sebastian*, Nachtarbeitszuschläge vor dem Zehnten Senat des Bundesarbeitsgerichts, RdA 2024, 296–304.
- KPB, Prütting, Hanns/Bork, Reinhard/Jacoby, Florian (Hrsg.), 104. EL, Köln 2025.
- Lengauer, Alina*, Drittwirkung von Grundfreiheiten, Wien, 2011.
- Lobinger, Thomas*, Tarifautonomie und Gleichheitsgrundrecht, RdA 2024, 69–80.
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017.
- Metzger, Axel*, Allgemeine Rechtsgrundsätze in Europa – dargestellt am Beispiel des Gleichbehandlungsgrundsatzes, RabelsZ Bd. 75 (2011), 845–880.
- Meyer-Cording, Ulrich*, Der Gleichheitssatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht, in: Dietz, Rolf/Hübner, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München 1965, S. 537–551.
- Michael, Lothar/Morlok, Martin*, Grundrechte, 9. Aufl., Baden-Baden 2025.
- Michl, Fabian*, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, 910–918.
- Muckel, Stefan*, Bindung der Tarifvertragsparteien an den allgemeinen Gleichheitssatz, JA 2025, 518–521.
- Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina/Schubert, Claudia (Hrsg.), 10. Aufl., München 2025.
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 1, Stürner, Rolf/Eidenmüller, Horst/Schoppmeyer, Heinrich/Madaus, Stephan (Hrsg.), 5. Aufl., München 2025.
- Preis, Ulrich/Greiner, Stefan*, Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht, 6. Aufl., Köln 2024.
- Raiser, Ludwig*, Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR 111 (1948), 75–101.
- Roth, Wulf-Henning*, Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, in: Beuthien, Volker et al. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, Köln 2009, S. 393–422.

Ruffert, Matthias, Privatrechtswirkung der Grundrechte, JuS 2020, 1–6.

Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002.

Schmitt, Laura, Das private Hausrecht in den Schranken von Vertrag und Verfassung – Überlegungen zur Grenzziehung anlässlich des Thermalbad-Urteils des BGH, ZfPW 2021, 414–433.

Scholz, GmbHG, Bd. I, §§ 1–34, Bitter, Georg/Bochmann, Christian/Cramer Carsten et al. (Bearb.), 13. Aufl., Köln 2022.

Smets, Christoph, Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NVwZ 2019, 34–37.

Spelge, Karin, Der Beschluss des BVerfG vom 11. Dezember 2024 – Stärkung der Tarifautonomie oder mehr Fragen als Antworten?, ZTR 2025, 227–243.

Stein, Sarah Katharina, Drittwirkung im Unionsrecht, Baden-Baden 2016.

Ulber, Daniel, Die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien vor dem BVerfG, NZA 2025, 449–455.

Ulber, Daniel, Die grundrechtliche Architektur der Tarifautonomie, NZA 2025, 918–923.

Verse, Dirk Axel, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, Tübingen 2006.

Wiater, Patricia, Verwaltungsverfahren durch Private?, JZ 2020, 379–388.

Wiedemann, Herbert, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, München 1980.

Wiedemann, Herbert, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, Tübingen 2001.

Wienbracke, Mike, Zur Ausstrahlung des allgemeinen Gleichheitssatzes in das Zivilrecht, EWir 2018, 495–496.

Staatliche Demokratieförderung im Lichte des Grundgesetzes

Til Teitscheid*

Universität zu Köln
tteitsc1@uni-koeln.de

Abstract

Der Beitrag beleuchtet gegenwärtige und zukünftige Entwicklungen der Förderung zivilgesellschaftlicher Demokratieprojekte durch den Staat. Er nimmt die anhaltende Debatte um die Verabschiedung eines Demokratiefördergesetzes zum Anlass, die verfassungsrechtlichen Anforderungen herauszuarbeiten, die das Grundgesetz an die Vergabe öffentlicher Finanzmittel an Private zur Stärkung der demokratischen Teilhabe stellt. Im Zentrum der Betrachtung stehen das Gebot staatlicher Neutralität und der Grundsatz des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes. Dabei stellt sich heraus, dass entsprechende Vorhaben aus dem Blickwinkel des Verfassungsrechts auf mehr Hindernisse stoßen als gedacht und dass der Mobilisierung von Demokraten durch das Recht selbst Grenzen gesetzt sind. Schließlich soll der Versuch unternommen werden, einen liberalen Standpunkt in der Debatte zu entwickeln.

I. Status quo der Demokratieförderung in Deutschland

Die Praxis der Demokratieförderung vollzieht sich im Wesentlichen auf zwei Ebenen, einerseits auf der Ebene des Gemeinnützigkeitsrechts über Steuerverschonungen für Körperschaften¹ und andererseits auf der Ebene des Zuwendungsrechts in Form der Vergabe öffentlicher Finanzmittel an zivilgesellschaftliche Organisationen zum Zwecke der Durchführung von Projekten, Veranstaltungen und

* Til Teitscheid ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln und als Studentische Hilfskraft am Institut für Steuerrecht (Direktorin: Prof. Dr. Johanna Hey) beschäftigt. Seit September 2023 ist er Mitglied der Vereinigung Liberaler Juristen e.V.

¹ Deyda, in: Zukunftsverfassungsrecht, S. 331 (338 f.); zur politischen Betätigung gemeinnütziger Körperschaften s. Böttner, DVBl 2025, 617; Harding/Meyer, DStR 2025, 1440.

weiteren Maßnahmen zur Stärkung von Vielfalt, Toleranz und Demokratie. Allein letztere Ebene ist Gegenstand dieser Untersuchung.

Zuwendungen, die im Rahmen der Demokratieförderung an zivilgesellschaftliche Organisationen getätigt werden, stammen aus vom Haushaltsgesetzgeber mit Haushaltsmitteln ausgestatteten staatlichen Förderprogrammen des Bundes und der Länder.² Verfahren und Voraussetzungen der Förderung sind nicht parlamentsgesetzlich geregelt, sondern werden auf Grundlage der §§ 23, 44 BHO bzw. der Landeshaushaltsordnungen mittels Förderrichtlinien festgesetzt, die die vom Haushaltsgesetzgeber zugrunde gelegten allgemeinen Zweckbestimmungen ausfüllen.³

Das finanzstärkste Förderprogramm auf Bundesebene ist das Programm „Demokratie leben!“ des Bundesministeriums für Bildung, Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMBFSFJ). Ziel von „Demokratie leben!“ ist es, „zur Stärkung der Demokratie und eines friedlichen, respektvollen Zusammenlebens beizutragen, Teilhabe zu fördern und die Arbeit gegen jede Form von gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit und Demokratiefeindlichkeit zu ermöglichen“⁴. Dazu werden zivilgesellschaftliche Projekte auf allen Ebenen des Staates in zeitlich begrenztem Umfang finanziell unterstützt. Die vom Gesetzgeber hierfür bereitgestellten Haushaltsansätze sind seit der Entstehung des Programms kontinuierlich angestiegen: Standen zu Beginn der ersten Förderperiode im Jahr 2015 noch 40,5 Mio. Euro zur Verfügung, so hat sich die Summe bis zum Beginn der zweiten Förderperiode im Jahr 2020 fast verdreifacht. In den Jahren 2023 und 2024 wurden schließlich jeweils 182 Mio. Euro für die Förderung veranschlagt.⁵ Das gleiche jährliche Volumen ist für die dritte Förderperiode (2025 bis 2032) vorgesehen.⁶

II. Anläufe für eine gesetzliche Regelung

Die bisherige Förderpraxis ist wiederholt auf Kritik gestoßen, und dies aus ganz unterschiedlichen Gründen. Zuwendungsempfänger beklagen insbesondere die begrenzten Laufzeiten und die starre Projektbezogenheit der Förderung. Andere sehen die Gefahr einer Vereinnahmung der Zivilgesellschaft sowie einer Lenkung des

² Ausf. zur historischen Entwicklung der Förderung der Zivilgesellschaft *Kleist/Weinberg*, FJSB 2022, 186 (189 ff.); *dies.*, in: Konflikte um Vielfalt, S. 21 (24 ff.).

³ *Deyda*, in: Zukunftsverfassungsrecht, S. 331 (339).

⁴ GMBI. 2024, S. 1166 (1170).

⁵ BT-Drs. 20/14188, S. 107.

⁶ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Infopapier „Demokratie leben!“: Start der 3. Förderperiode, Berlin 2024, S. 2.

freien Meinungs- und Willensbildungsprozesses durch den Staat.⁷ In der Folge haben es sich mehrere Bundesregierungen zur Aufgabe gemacht, die Demokratieförderung in einem Bundesgesetz abzusichern. Entsprechende Initiativen sind jedoch bislang allesamt gescheitert. Bereits in der 19. Legislaturperiode sprach man sich in der „Großen Koalition“ für ein Demokratiefördergesetz aus. Der Vorschlag ist letztlich im Streit um die sog. Extremismusklausel untergegangen. Die Parteien SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP einigten sich daraufhin in ihrem gemeinsamen Koalitionsvertrag aus dem Jahr 2021 ausdrücklich auf die Einbringung eines Demokratiefördergesetzes zur verbindlich und langfristig angelegten Stärkung der Zivilgesellschaft.⁸ Der Gesetzentwurf⁹ (im Folgenden: DFördG-E) hat das parlamentarische Verfahren aufgrund von Meinungsverschiedenheiten über seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz nicht mehr durchlaufen. Besonders streitig, aus Platzgründen allerdings hier nicht zu behandeln, war und ist bis heute die Frage, ob der Bund überhaupt über die nötige Gesetzgebungskompetenz für ein Demokratiefördergesetz verfügt.¹⁰

Es werden die Fehlschläge vergangener Legislaturperioden gewesen sein, die die derzeitige Bundesregierung zu einem zurückhaltenderen Vorgehen in Sachen Demokratieförderung motiviert haben dürften: Zwar erkennen die regierungstragenden Parteien der CDU/CSU und SPD die Bedeutung zivilgesellschaftlicher Organisationen für die Wehrhaftigkeit der Demokratie ausdrücklich an, von einem Demokratiefördergesetz ist dagegen nicht die Rede. Stattdessen wolle man die Unterstützung von Projekten zur demokratischen Teilhabe im Rahmen von „Demokratie leben!“ fortführen. Einzig auf der Basis einer unabhängigen Überprüfung dieses Programms auf seine Wirkung und seinen Beitrag zur Zielerreichung hin sollen „weitere Maßnahmen für rechtssichere, altersunabhängige Arbeit gegen Extremismus und gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit“ geprüft werden.¹¹

⁷ Aus dem Schrifttum *Kruschke*, NJOZ 2022, 1249 (1253); *Degenhart*, in: GS Sachs, S. 359 (372); *Froese*, in: *Zeiten der Bewährung*, S. 337 (351); *Paulus*, in: VVDStRL 84 (2025), S. 9 (44); *Waldhoff*, in: *Zeiten der Bewährung*, S. 639 (642).

⁸ SPD, BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN, FDP, Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 2021, S. 93; zu den Hintergründen *Bahr/Döring/Fäscher/v. Malottki*, FJSB 2022, 66 (72 f.).

⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Stärkung von Maßnahmen zur Demokratieförderung, Vielfaltgestaltung, Extremismusprävention und politischen Bildung (Demokratiefördergesetz – DFördG), BT-Drs. 20/5823.

¹⁰ Vgl. Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes für ein Demokratiefördergesetz, WD 3 – 3000 – 019/24, 2024, S. 4 ff.; *Gersdorf*, NJW 2024, 3275 (3280), jeweils m.w.N. zum Meinungsstand.

¹¹ CDU/CSU/SPD, Verantwortung für Deutschland, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 21. Legislaturperiode, 2025, S. 104.

III. Verfassungsrechtliche Grenzen der Demokratieförderung

Wie weit der Staat bei der Aktivierung zivilgesellschaftlichen Engagements gehen kann, ohne sich zum Akteur im politischen Meinungskampf zu machen, ist bislang nicht richterlich geklärt. Dies bietet auch vor dem Hintergrund der ungebrochenen Aktualität der entsprechenden rechtlichen Fragestellungen¹² Anlass, sich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Demokratieförderung zu vergewissern. Ihr ziehen insbesondere das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb und das damit korrespondierende Gebot staatlicher Neutralität (1.) sowie der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes (2.) Grenzen.

1. Das Recht der Parteien auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb

Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG garantiert den politischen Parteien über die Freiheit ihrer Gründung hinaus, dass sie auf der Grundlage gleicher Rechte und gleicher Chancen an der politischen Willensbildung mitwirken können.¹³ Diese hat nach dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes „von unten nach oben“, also vom Volk zu den Staatsorganen zu erfolgen.¹⁴ Das Recht der Parteien auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb schützt die verfassungsrechtlich gebotene Freiheit und Offenheit des Meinungs- und Willensbildungsprozesses vor staatlicher Intervention und sichert damit die legitimationsvermittelnde Wirkung von Wahlen und Abstimmungen (Art. 20 Abs. 2 GG).¹⁵ Die Kehrseite der Chancengleichheit der Parteien bildet das Gebot staatlicher Neutralität, welches vom BVerfG in seiner Entscheidung zur Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung aus dem Jahre 1977¹⁶ aufgegriffen und in einer Reihe von Judikaten zu den Äußerungsbefugnissen staatlicher Organe ausdifferenziert worden ist.¹⁷ Staatsorgane sind danach gehalten, allen zu dienen und sich im politischen Wettbewerb neutral zu verhalten, d. h. nicht zugunsten

¹² Probleme der NGO-Förderung stellten sich kürzlich auch auf Ebene der Europäischen Union, vgl. beck-aktuell v. 13.6.2025, Förderung von NGO's: „Das muss endlich gesetzlich geregelt werden“, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/foerderung-ngos-eu-kommission-demokratieprinzip> (Stand: 5.8.2025).

¹³ BVerfG, Urt. v. 27.2.2018, BVerfGE 148, 11 (24, Rn. 42); BVerfG, Urt. v. 9.6.2020, BVerfGE 154, 320 (334 f., Rn. 46).

¹⁴ BVerfG, Urt. v. 2.3.1977, BVerfGE 44, 125 (149); BVerfG, Urt. v. 17.1.2017, BVerfGE 144, 20 (209, Rn. 544).

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 27.2.2018, BVerfGE 148, 11 (23, Rn. 40); BVerfG, Urt. v. 9.6.2020, BVerfGE 154, 320 (334, Rn. 44); BVerfG, Urt. v. 22.2.2023, BVerfGE 166, 93 (155 f., Rn. 169).

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 2.3.1977, BVerfGE 44, 125.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 10.6.2014, BVerfGE 136, 323; BVerfG, Urt. v. 16.12.2014, BVerfGE 138, 102; BVerfG, Urt. v. 27.2.2018, BVerfGE 148, 11; BVerfG, Urt. v. 9.6.2020, BVerfGE 154, 320; BVerfG, Urt. 15.6.2022, BVerfGE 162, 207.

oder zulasten einer Partei oder von Wahlbewerbern auf den Wahlkampf einzuwirken.¹⁸ Da der politische Willensbildungsprozess fortlaufend stattfindet, entfaltet das Gebot staatlicher Neutralität seine Wirkung auch über Wahlkampfzeiten hinaus.¹⁹

a) Mittelbar-faktischer Eingriff durch die Zuweisung staatlicher Mittel an Dritte

Das BVerfG hat in seinem zweiten Urteil zur Finanzierung parteinaher Stiftungen deutlich gemacht, dass das von Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Wettbewerbsverhältnis nicht nur in direkter Weise durch die unmittelbare Zuweisung staatlicher Finanzmittel an politische Parteien verzerrt werden kann, sondern auch mittelbar-faktisch durch die Zuweisung solcher Mittel an Dritte.²⁰ Hierin sei allerdings – auch wenn der vorgesehene Verwendungszweck dieser Mittel politische Bezüge aufweist – nicht ohne Weiteres ein Eingriff in das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit zu sehen, insbesondere dann nicht, wenn es sich um Institutionen handelt, „die von den Parteien rechtlich und tatsächlich unabhängig sind, ihre Aufgaben selbstständig und eigenverantwortlich wahrnehmen und auch in der Praxis Distanz zu den jeweiligen Parteien wahren“²¹, wie dies bei zivilgesellschaftlichen Organisationen grundsätzlich der Fall ist.²²

Was bleibt also vom Gebot staatlicher Neutralität übrig? An einen Eingriff durch mittelbar-faktische Beeinträchtigungen der Wettbewerbslage hat das BVerfG jedenfalls hohe Anforderungen gestellt. Ein solcher komme nur dann in Betracht, wenn die Zuweisung staatlicher Mittel an Dritte in ihren Wirkungen unmittelbaren und zielgerichteten Eingriffen gleichkommt und ihre Folgen nicht bloße Reflexe eines nicht entsprechend ausgerichteten staatlichen Handelns sind.²³ Werden staatliche Mittel mit Zweckbestimmungen verbunden, die typischerweise dazu führen, dass ihre Verwendung Parteien in unterschiedlicher Weise nützt oder schadet, könne darin eine Einflussnahme auf den politischen Wettbewerb zu sehen sein, die

¹⁸ BVerfG, Urt. v. 2.3.1977, BVerfGE 44, 125 (144); vgl. ferner BVerfG, Urt. v. 27.2.2018, BVerfGE 148, 11 (25, Rn. 44 f.); BVerfG, Urt. v. 9.6.2020, BVerfGE 154, 320 (335 f., Rn. 47); BVerfG, Urt. v. 15.6.2022, BVerfGE 162, 207 (229, Rn. 73).

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 15.6.2022, BVerfGE 162, 207 (230, Rn. 74).

²⁰ BVerfG, Urt. v. 22.2.2023, BVerfGE 166, 93 (158 f., Rn. 176 f.).

²¹ BVerfG, Urt. v. 22.2.2023, BVerfGE 166, 93 (159, Rn. 177).

²² Zust. *Eisentraut*, Politische Neutralität und zivilgesellschaftliches Engagement, JuWissBlog Nr. 30/2025 v. 12.3.2025.

²³ BVerfG, Urt. v. 22.2.2023, BVerfGE 166, 93 (158, Rn. 176).

die Eingriffsschwelle des Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG überschreitet.²⁴ Die staatlichen Stellen haben gesondert und anhand aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls festzustellen, ob die Dritten erteilten Zuwendungen die tatsächliche Wettbewerbslage zwischen den politischen Parteien „in einer ernsthaft ins Gewicht fallenden Weise“ verändern können.²⁵ Im Rahmen dieser Überprüfung werden sie die Zielsetzungen, die durchgeführten Projekte und sonstigen Aktivitäten und Veranstaltungen der geförderten Organisationen zu berücksichtigen haben. Indem das BVerfG mittelbar-faktische Eingriffe in die Chancengleichheit durch die Finanzierung auch parteiunabhängiger Dritter nicht kategorisch ausschließt, sondern Raum für eine Einzelfallprüfung belässt, trägt es der Gefahr Rechnung, dass der Staat durch das Vorschieben scheinbar neutraler Förderzweckbestimmungen verdeckt Einfluss auf den Parteienwettbewerb zu nehmen versuchen könnte. Ein Beispiel hierfür ist der Zuwendungszweck der „Extremismusprävention“, der sowohl als eigenes Handlungsfeld in das Programm „Demokratie leben!“²⁶ als auch in den Entwurf für ein Demokratiefördergesetz (vgl. § 1 Abs. 2, § 2 Nr. 4, § 3 Abs. 2 DFördG-E) Einzug gefunden hat, dort aber nicht näher definiert wird. Lässt der Gesetzgeber hier die nötige Genauigkeit vermissen und nicht erkennen, dass verfassungsfeindliche Parteien aufgrund seiner Bindung an Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG von diesem Begriff nicht umfasst sein können, könnte dies (potentielle) Zuwendungsempfänger dazu verleiten, sich in ihrer Programmatik gegen solche Parteien zu stemmen, die sie oder sogar staatliche Behörden selbst als extremistisch einordnen.²⁷ Man denke nur an die kürzlich erfolgte Einstufung der AfD als „gesichert rechtsextremistische Bestrebung“ durch das Bundesamt für Verfassungsschutz.²⁸

Dass die Zuweisung staatlicher Gelder an Dritte trotz der rechtlichen Unabhängigkeit von Parteien durchaus zu einem Ungleichgewicht im politischen Wettbewerb führen kann, ließ sich zuletzt anhand mehrerer Stellungnahmen im Zusammenhang mit dem Abstimmungsverhalten der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag beobachten. Diese hatte in der Sitzung vom 31.1.2025 in Kauf genom-

²⁴ BVerfG, Urt. v. 22.2.2023, BVerfGE 166, 93 (158, Rn. 176).

²⁵ BVerfG, Urt. v. 22.2.2023, BVerfGE 166, 93 (159, Rn. 177).

²⁶ Vgl. GMBI. 2024, S. 1166 (1167, 1175 f.).

²⁷ Deyda, in: Zukunftsverfassungsrecht, S. 331 (345 f.).

²⁸ Beck-aktuell v. 2.5.2025, Verfassungsschutz stuft AfD als gesichert rechtsextremistisch ein, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/verfassungsschutz-gutachten-afd-gesichert-rechtsextremistisch> (Stand: 3.9.2025). Eine gegen die Einstufung gerichtete Klage ist beim VG Köln unter dem Az. 13 K 3859/25 anhängig.

men, dass eine Mehrheit für den von ihr eingebrachten Entwurf für ein „Zustrombegrenzungs-gesetz“²⁹ mit den Stimmen der AfD-Fraktion zustande kommt. Zeigen sich Projektmittelempfänger über die Einbringung eines Gesetzentwurfs „entsetzt“, werten das Verhalten einer im Bundestag vertretenen Partei als „Angriff auf die grundlegenden Werte von Demokratie und Menschenrechten“, werfen ihr eine „gefährliche Normalisierung rechtsextremer Positionen“ vor³⁰ und beziehen gleichwohl Geld aus den öffentlichen Haushalten,³¹ ist darin ein Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien zu sehen.

Das Gebot staatlicher Neutralität wird nach der Rechtsprechung des BVerfG durch die Vergabe öffentlicher Finanzmittel an Dritte ohne Näheverhältnis zu einer Partei *per se* nicht verletzt. Dies gilt aber nur, solange die Bundesregierung die Auswirkungen der Förderung kontrolliert, die tatsächliche Wettbewerbslage im Auge behält und der Gesetzgeber nicht nur auf dem Papier, sondern auch im Ergebnis neutrale Förderzwecke festsetzt.

b) Keine parteipolitische Neutralitätspflicht für die geförderte Zivilgesellschaft

Im Zentrum des Diskurses um die Reichweite des Gebots staatlicher Neutralität bei der Demokratieförderung stand bislang die Frage, ob zivilgesellschaftliche Organisationen an den Neutralitätsgrundsatz gebunden sind, wenn und weil ihnen Mittel aus den öffentlichen Haushalten zugewendet werden. Dagegen spricht, dass sich der Neutralitätsgrundsatz schon seiner Bezeichnung nach allein an die staatlichen Organe richtet, und zwar in erster Linie an die mit der politischen Staatsleitung betraute Bundesregierung.³² Während Private sich auf ihre Freiheitsgrundrechte, insbesondere die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) und die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG), berufen können, ist der Staat umfassend an diese gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG).³³ Geförderten Vereinigungen, etwa als Inhalt einer Nebenbestimmung zum Zuwendungsbescheid (§ 36 (L)VwVfG), einen Neutralitätszwang

²⁹ BT-Drs. 20/12804.

³⁰ So etwa die Stellungnahme der Amadeu Antonio Stiftung v. *Blumenthaler*, Brandbeschleuniger statt Brandmauer: Demokratie und Menschenrechte sind keine Verhandlungsmasse, 29.1.2025.

³¹ Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben, Bundesprogramm „Demokratie leben!“, Informationen zur Förderung aller Projekte für das Förderjahr 2025, Köln 2025, S. 29 (36).

³² *Gersdorf*, NJW 2024, 3275 (3280).

³³ Prägnant BVerfG, Urt. v. 22.2.2011, BVerfGE 128, 226 (244): „Während der Bürger prinzipiell frei ist, ist der Staat prinzipiell gebunden“.

aufzuerlegen, hieße, ihnen die Ausübung dieser grundrechtlichen Freiheiten vorübergehend unmöglich zu machen.³⁴ Auch unter den Kritikern der bisherigen Förderpraxis besteht daher – soweit ersichtlich – weitgehende Einigkeit darüber, dass das Handeln Privater nicht am Grundsatz parteipolitischer Neutralität zu messen ist.³⁵

Es allein bei dieser Feststellung zu belassen, greift allerdings zu kurz. Im Vordergrund muss die Frage stehen, was *der Staat* tun (oder besser: unterlassen) muss, um den Anforderungen der Neutralitätspflicht gerecht zu werden. Diese würde leerlaufen, wenn bestimmte Organisationen mit staatlich finanzierten Projekten in einer Weise an der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung mitwirken könnten, wie es dem Staat von Verfassungs wegen verwehrt ist. Das Ergebnis wäre ein parteipolitisches Äußerungsrecht der Bundesregierung durch die Hintertür. Um dieser Umgehungs- bzw. Missbrauchsgefahr Rechnung zu tragen, muss sich der Staat die Äußerungen der Zuwendungsempfänger im konkreten Fall zurechnen lassen.³⁶ Kann also eine Neutralitätspflicht weder zur Bedingung für eine Förderung noch zum Gegenstand eines Zuwendungsbescheides gemacht werden, so muss der Staat bereits im Vorhinein sicherstellen, dass Zuwendungen an solche Antragsteller unterbleiben, die sich in ihrer Programmatik explizit gegen oder für eine oder mehrere Parteien aussprechen. Lässt sich eine solche Positionierung erst nachträglich beobachten, ist die Förderung einzustellen und bereits Geleistetes zurückzufordern.³⁷ Der Einsatz für die Demokratie als Grundwert der Verfassung und die Stärkung bürgerschaftlichen Engagements können und müssen ohne parteipolitische Färbung auskommen.

³⁴ Deutlich insoweit auch die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU, vgl. BT-Drs. 20/15101, S. 2.

³⁵ Gersdorf, Warum die bisherige NGO-Förderpraxis verfassungswidrig ist, FAZ Einspruch v. 28.2.2025; anders noch ders., NJW 2024, 3275 (3281): „Grund für die Geltung des Neutralitätsgebots ist insoweit die Gewährung staatlicher Fördermittel.“; für eine weite Äußerungsautonomie der Zivilgesellschaft Deyda, in: Zukunftsverfassungsrecht, S. 331 (350 f.).

³⁶ VGH München, Urt. v. 14.11.2024, NVwZ 2025, 611 (613, Rn. 35) zur Mitgliedschaft einer Kommune in einer mehrheitlich von Privaten gebildeten „Allianz gegen Rechtsextremismus“; zust. Jacobsen, Ein Bär und der Gartenfreund: Ein Beitrag zum Verhältnis von parteipolitischem Neutralitätsgebot und staatlicher Verfassungsverteidigung, JuWiss Blog Nr. 36/2025 v. 10.4.2025: keine „äußerungsrechtliche Flucht ins Privatrecht“.

³⁷ So auch im Ergebnis, aber mit anderer Begründung Gersdorf, NJW 2024, 3275 (3281).

c) Keine Rechtfertigung durch den Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung

Wenn die Bundesregierung in der Vergangenheit bürgerschaftliches Engagement aktiv durch Zuwendungen oder passiv durch Steuerbegünstigungen förderte, nahm sie für sich in Anspruch, „im Rahmen einer wehrhaften Demokratie für den Erhalt der freiheitlichen demokratischen Grundordnung einzutreten“.³⁸ In der Tat hat das BVerfG in seinem Urteil zu den Äußerungsbefugnissen der Bundeskanzlerin konstatiert, dass das Gebot staatlicher Neutralität und die Pflicht der Bundesregierung, für die Grundsätze und Werte der Verfassung einzutreten,³⁹ mitunter kollidieren können.⁴⁰ Den Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung vor verfassungsfeindlichen Bestrebungen erkennt es folglich als einen Rechtfertigungsgrund für eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit der Parteien an. Sein Anwendungsbereich scheint sich jedoch auf solche äußerungsrechtlichen Konstellationen zu beschränken, in denen die Bundesregierung eine Partei – etwa im Rahmen einer Debatte um ein mögliches Parteiverbotsverfahren – als verfassungsfeindlich bezeichnet und letztere sich dagegen mit den Mitteln des öffentlichen Meinungskampfes zur Wehr setzt. Eine solche Konstellation ist im Bereich der Demokratieförderung ohnehin nicht gegeben. Mit der finanziellen Unterstützung von Demokratieprojekten ist keine Stellungnahme der Bundesregierung dahingehend verbunden, man halte eine Partei für verfassungsfeindlich. In der Auslegung des BVerfG tritt der Staat mit der Förderung der Zivilgesellschaft nicht für den Erhalt der freiheitlich-demokratischen Grundordnung ein, zumindest nicht in einer Weise, die einen Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien zu rechtfertigen vermag.

Im Zuge der Debatte um das Demokratiefördergesetz leben auch solche Stimmen wieder auf, die Demokratie nicht nur als ein Staatsstrukturprinzip, sondern auch als ein Staatsziel ansehen, das der Verwirklichung und Förderung bedarf.⁴¹ Im Wege einer „dynamischen“ Interpretation des Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG und eines offenen Verständnisses des Prinzips der wehrhaften Demokratie soll ein Auftrag

³⁸ BT-Drs. 20/15101, S. 2 unter Bezugnahme auf BVerfG, Urt. 15.6.2022, BVerfGE 162, 207 (246 f., Rn. 116).

³⁹ Dazu BVerfG, Urt. v. 29.10.1975, BVerfGE 40, 287 (291 f.); BVerfG, Beschl. v. 24.5.2005, BVerfGE 113, 63 (78).

⁴⁰ BVerfG, Urt. 15.6.2022, BVerfGE 162, 207 (246 f., Rn. 116; 265, Rn. 173).

⁴¹ Vgl. *Volkman*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Rn. 37. Ein ähnlicher Sinn von Finalität lässt sich auch § 5 Abs. 2 Nr. 1 DFördG-E entnehmen, der statuiert, dass juristische Personen des privaten Rechts als eine Voraussetzung der Förderung die „Ziele“ des Grundgesetzes achten müssen. Auf die Frage, was darunter zu verstehen ist, bleibt der Entwurf eine Antwort schuldig.

bzw. eine Verpflichtung des Staates begründet werden, auf aktuelle Bedrohungen der Demokratie zu reagieren und grundrechtliche Freiheiten der Staatsbürger zu garantieren und zu fördern.⁴² Letzteres folgt jedoch bereits aus der objektiven Dimension der Grundrechte in ihrer Ausprägung als Schutzpflichten. Die zusätzliche Verankerung eines Demokratieschutzes in Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG übersteigt die Ordnungsfunktion des Staatsstrukturprinzips, das den organisations- und verfahrensrechtlichen Grundstein für die Verwirklichung politischer Ziele festlegen soll, bei weitem und mündet letztlich in ein rein selbstzweckhaftes Verständnis von ergebnisoffenen, demokratischen Entscheidungsfindungsprozessen.⁴³ Es ist die Verfassung selbst, die in Form der wehrhaften Demokratie institutionelle Schutzmechanismen vorsieht, um die von ihr errichtete Ordnung zu erhalten (vgl. u. a. Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 21 Abs. 2 GG). Der Gesetzgeber ist weitgehend frei darin, solche einfachgesetzlichen Maßnahmen zum Gegenstand des öffentlichen Diskurses zu machen, von denen er sich eine gesteigerte demokratische Teilhabe verspricht. Auf ein verfassungsrechtliches Staatsziel „Demokratie“ kann er sich jedoch nicht berufen, denn das Grundgesetz gibt kein verbindlich zu erreichendes Niveau der „Demokratisierung“ vor. An dieser Stelle sei an das vielzitierte, dadurch aber nicht an Aussagekraft verlierende *Böckenförde*-Diktum erinnert, wonach der freiheitliche, säkularisierte Staat von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann.⁴⁴

Alle Versuche, die demokratiefördernde Tätigkeit des Staates als eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit für den Erhalt der freiheitlichen demokratischen Grundordnung darzustellen oder sonst auf einen grundgesetzlichen Auftrag zu stützen, führen ins Leere. Demokratie ist zuvörderst Strukturprinzip und nicht auf das Erreichen eines von der Regierung definierten Verwirklichungsgrades angelegt.

2. Der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes

Die Vergabe von Geldern an zivilgesellschaftliche Vereinigungen aus Bundesprogrammen wie „Demokratie leben!“ ist in der Vergangenheit schon mangels einer das Verfahren und die Voraussetzungen der Förderung regelnden parlamentsgesetzlichen Grundlage dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit ausgesetzt gewesen.⁴⁵ Wann eine Materie gesetzlicher Regelung bedarf, folgt aus dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt gemäß Art. 20 Abs. 3 GG. Hiernach trifft den Gesetzgeber die

⁴² Hölzen/Marandi, MIP 2024, 214 (216).

⁴³ Sommermann, in: Huber/Voßkuhle, GG, Art. 20 Rn. 92.

⁴⁴ Böckenförde, in: Säkularisation und Utopie, S. 75 (93).

⁴⁵ Gersdorf, Warum die bisherige NGO-Förderpraxis verfassungswidrig ist, FAZ Einspruch v. 28.2.2025.

Verpflichtung, die wesentlichen Entscheidungen in grundlegenden normativen Bereichen selbst zu treffen (sog. Wesentlichkeitslehre).⁴⁶ Dass es sich bei der Demokratieförderung um einen solchen Bereich handelt, ergibt sich sowohl aus ihrer Bedeutung für die Rechte des Einzelnen als auch für den Prozess der politischen Willensbildung.

a) Auswirkungen der Demokratieförderung auf grundrechtliche Freiheiten

Fördert der Staat bestimmte private Vereinigungen, können damit Grundrechtseingriffe verbunden sein.⁴⁷ Insbesondere ist mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG auf eine gleichheitsgerechte und diskriminierungsfreie Ausgestaltung des Vergabeverfahrens zu achten.⁴⁸ Zu berücksichtigen ist auch, dass der Staat vermittels der Finanzierung grundrechtsberechtigter Privater auf die Kommunikationsordnung und Meinungsbildung Einfluss nimmt. Um einer Verengung des Meinungskorridors entgegenzuwirken, wird daher vereinzelt vorgeschlagen, die Beteiligung einer regierungsunabhängigen Kommission an der Vergabe gesetzlich vorzusehen.⁴⁹ In jedem Fall ist sicherzustellen, dass Äußerungen, die sich zwar nicht mit den politischen und weltanschaulichen Positionen der Geförderten decken, aber zweifelsohne vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst sind, nicht diskriminiert werden.⁵⁰ Allein, um den beschriebenen grundrechtlichen Positionen zu einem angemessenen Ausgleich zu verhelfen, bedarf es bereits einer gesetzlichen Regelung.⁵¹

b) Auswirkungen der Demokratieförderung auf die Chancengleichheit der Parteien

Auch für Beeinträchtigungen des Rechts der politischen Parteien auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb hat das BVerfG in seinem zweiten Stiftungsfinanzierungsurteil über die Haushaltsgesetze hinaus eine besondere Ermächtigungsgrundlage für erforderlich gehalten: „Wirken sich staatliche Leistungen – un-

⁴⁶ BVerfG, Urt. v. 8.8.1978, BVerfGE 49, 89 (126 f.); BVerfG, Beschl. v. 26.6.1991, BVerfGE 84, 212 (226); BVerfG, Urt. v. 11.12.2024, NJW 2025, 1323 (1331, Rn. 154).

⁴⁷ Vgl. aus der Rechtsprechung die bekannte Osho-Entscheidung des BVerwG, Urt. v. 27.3.1992, BVerwGE 90, 112 (118 ff.) zu einer Verletzung von Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG.

⁴⁸ Paulus, in: VVDStRL 84 (2025), S. 9 (45).

⁴⁹ Eine Parallele zur Staatsfreiheit der Presse und Medien ziehen Kirchhof, NJW 2023, 1922 (1924) und Gersdorf, NJW 2024, 3275 (3282).

⁵⁰ Degenhart, in: GS Sachs, S. 359 (372) am Beispiel der „Meldestelle Antifeminismus“; ferner Paulus, in: VVDStRL 84 (2025), S. 9 (45).

⁵¹ Kalscheuer, Warum die staatliche Förderung von Nichtregierungsorganisationen parlamentsgesetzlich zu regeln ist, VerfBlog v. 1.3.2025.

mittelbar oder mittelbar – auf die Stellung und die Handlungsspielräume der Parteien im politischen Wettbewerb aus, ist es wegen ihrer zentralen Rolle bei der Ausfüllung des grundgesetzlichen Demokratiegebots Sache des Gesetzgebers, selbst unter Beachtung des Grundsatzes der Chancengleichheit die Anspruchsvoraussetzungen und Verteilungskriterien solcher Leistungen zu bestimmen“.⁵² Damit ist nicht nur die Frage des „Ob“ einer gesetzlichen Regelung, sondern zugleich auch die Frage angesprochen, was ein Demokratiefördergesetz im Einzelnen regeln soll. Dem DFördG-E lässt sich sowohl in quantitativer – er enthält nur neun Paragraphen –, vor allem aber in qualitativer Hinsicht eine gewisse „Regelungsarmut“ nicht absprechen, beschränkt er sich doch im Wesentlichen auf die bloße Schaffung eines „Auftrags“ zur Demokratieförderung und im Übrigen auf die Wiedergabe der bisherigen Förderpraxis. So sollten insbesondere die Einzelheiten der Förderungen weiter in Förderrichtlinien geregelt bleiben (§ 4 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 DFördG-E),⁵³ obgleich hier der Gesetzgeber zur Verfahrensgestaltung aufgerufen wäre.⁵⁴ Dass der Gesetzentwurf das Gebot staatlicher Neutralität, die Grundrechte und die Offenheit des politischen Kommunikationsprozesses nicht einmal erwähnt, zeugt davon, dass man sich der Implikationen der Gewährung staatlicher Leistungen für die Rechte des Einzelnen und der Parteien nicht bewusst war.⁵⁵ Welche Vereinigungen unter welchen Voraussetzungen und institutionellen Sicherungen gefördert werden sollen, gehört daher in den Fokus des gesellschaftlichen Diskurses und muss Gegenstand eines öffentlichen parlamentarischen Beratungsverfahrens sein.

IV. Zusammenfassung

Vorbehaltlich eines entsprechenden politischen Willens ist der Staat im Ausgangspunkt frei darin, Projekte gesellschaftlicher Organisationen zu finanzieren, wenn er sich davon eine Förderung bürgerschaftlichen Engagements im Kampf gegen die Gegner der Demokratie verspricht. Dabei stößt er allerdings auf eine Reihe von Hindernissen. Der angestrebte Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung entbindet ihn nicht davon, die verfassungsrechtlichen Grenzen zu beachten, die sie ihm selbst zieht, insbesondere in Form der Chancengleichheit politischer Parteien bzw. des Gebots staatlicher Neutralität, der Grundrechte Dritter

⁵² BVerfG, Urt. v. 22.2.2023, BVerfGE 166, 93 (163, Rn. 186).

⁵³ Krit. *Hufeld*, npoR 2024, 45 (48 f.).

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 22.2.2023, BVerfGE 166, 93 (162 f., Rn. 185).

⁵⁵ Krit. zu diesem mangelnden „Unrechtsbewusstsein“ *Gersdorf*, Warum die bisherige NGO-Förderpraxis verfassungswidrig ist, FAZ Einspruch v. 28.2.2025.

und des Vorbehalts des Gesetzes. Letzterer macht eine parlamentsgesetzliche Regelung der Demokratieförderung zwingend erforderlich.

Eine liberale Perspektive auf die pluralistische Gesellschaft zeichnet sich durch die klare Unterscheidbarkeit von staatlicher und gesellschaftlicher Sphäre, die Freiheit des öffentlichen Meinungs- und Willensbildungsprozesses vor staatlicher Beeinflussung und die Achtung des selbstbestimmten Lebensentwurfs eines jeden Einzelnen aus. Deshalb müssen Liberale aufhorchen, wenn der Staat meint, er könne Demokratie von oben herab verordnen oder müsse die gesellschaftliche Vielfalt aktiv „gestalten“. Seine Pflicht besteht vielmehr darin, diejenige Vielfalt zu respektieren und zu schützen, die er vorfindet. Wer ins Gedächtnis ruft, dass sich der Staat parteipolitisch neutral zu verhalten und für ein *level playing field* auf dem Markt der Ideen zu sorgen hat, versteht das Grundgesetz weder als ein reines „Staatsorganisationsgesetz“⁵⁶ noch ist er ein Feind der Zivilgesellschaft, sondern macht sich für *alle* Facetten derjenigen Demokratie stark, die das Grundgesetz meint. Liberale wissen, dass ihre Wehrhaftigkeit von mehr abhängt als von einem Demokratiefördergesetz. Es darf nicht der Eindruck entstehen, Gesetzgeber und Bundesregierung duckten sich durch die Auslagerung des Verfassungsschutzes an die Gesellschaft vor ihrer Kernaufgabe hinweg: Eine Politik zu machen, die diejenigen Missstände in Angriff nimmt, von denen extremistische, demokratiegefährdende Strömungen am linken wie rechten Rand und darüber hinaus politisches Kapital schlagen. Nur auf diese Weise lässt sich verloren gegangenes Vertrauen in die staatlichen Institutionen dauerhaft wiederherstellen. Liberale haben hier auch in Zukunft ihren Beitrag in der Sache zu leisten.

Literaturverzeichnis

Bahr, Ulrike/Döring, Felix/Fäscher, Ariane/von Malottki, Erik, Gedanken zur Engagementpolitik in der 20. Wahlperiode, FJSB 2022, 66–76.

Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Friauf, Karl Heinrich/Höfling, Wolfram, 76. Erg.-Lfg. I/25 (Stand: Februar 2025), Berlin 2000.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Buve, Sergius (Hrsg.), Säkularisation und Utopie, Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1967, S. 75–94.

⁵⁶ Diese Gefahr sieht *Hufeld*, npoR 2024, 45.

Böttner, Eric, Im Spannungsfeld zwischen politischer Neutralität und demokratischer Teilhabe – die politische Betätigung gemeinnütziger Körperschaften, DVBl 2025, 617–624.

Blumenthaler, Lorenz, Brandbeschleuniger statt Brandmauer: Demokratie und Menschenrechte sind keine Verhandlungsmasse, 29.1.2025, <https://www.amadeu-antonio-stiftung.de/brandbeschleuniger-statt-brandmauer-demokratie-und-menschenrechte-sind-keine-verhandlungsmasse-132275/> (Stand: 5.8.2025).

Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben, Bundesprogramm „Demokratie leben!“, Informationen zur Förderung aller Projekte für das Förderjahr 2025, Köln 2025, <https://www.demokratie-leben.de/resource/blob/266888/efb796910e1a4fe0067d02824ade448f/250701-uebersicht-bewilligte-projekte-fp3-nicht-barrierefrei-data.pdf>.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Infopapier „Demokratie leben!“, Start der 3. Förderperiode, Berlin 2024, <https://www.bmbfsfj.bund.de/resource/blob/254622/c0f9da0d567aa4bf0dc32aa019c69b33/infopapier-bundesfo-rderprogramm-demokratie-leben-dritte-fo-rderperiode-data.pdf>.

Christlich Demokratische Union Deutschlands/Christlich-Soziale Union in Bayern e.V./Sozialdemokratische Partei Deutschlands, Verantwortung für Deutschland, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 21. Legislaturperiode, 2025, https://www.koalitionsvertrag2025.de/sites/www.koalitionsvertrag2025.de/files/koav_2025.pdf.

Degenhart, Christoph, Verfassungsrecht vs. Verfassungswirklichkeit: zum Stand der Meinungsfreiheit in Staat und Gesellschaft, in: von Coelln, Christian/Kempen, Bernhard/Nußberger, Angelika/Windthorst, Kay (Hrsg.), Konsistenz und Dogmatik des Rechts, Gedächtnisschrift für Michael Sachs, München 2024, S. 359–372.

Deyda, Jonas, Neutralisierte statt wehrhafte Zivilgesellschaft?, Zum Verhältnis staatlicher Neutralität und der Äußerungsautonomie der staatlich geförderten Zivilgesellschaft, in: Brade, Alexander/Hübers, Anna-Katharina/Hussing, Anton u.a. (Hrsg.), Zukunftsverfassungsrecht, Baden-Baden 2025, S. 331–351.

Eisentraut, Nikolas, Politische Neutralität und zivilgesellschaftliches Engagement, JuWiss-Blog Nr. 30/2025 v. 12.3.2025, <https://www.juwiss.de/30-2025> (Stand: 5.8.2025).

Froese, Judith, „Verfassungsfreundschaft“: Überlegungen zu einer Verfassungsvoraussetzung und ihren Gelingensbedingungen in „Zeiten der Bewährung“, in: Hofmann, Hans (Hrsg.), Zeiten der Bewährung, Festschrift 75 Jahre Grundgesetz, Köln 2024, S. 337–355.

Gersdorf, Hubertus, Schutz der Kommunikationsordnung durch den Staat und vor dem Staat – zwischen „Fake News“ und Demokratiefördergesetz, NJW 2024, 3275–3282.

Ders., Warum die bisherige NGO-Förderpraxis verfassungswidrig ist, FAZ Einspruch v. 28.2.2025, <https://www.faz.net/einspruch/warum-die-bisherige-ngo-foerderpraxis-verfassungswidrig-ist-110325753.html> (Stand: 5.8.2025).

Harding, Nicolas/Meyer, Simon Diethelm, Das Äußerungsrecht gemeinnütziger Organisationen, DStR 2025, 1440–1446.

Hölzen, Katharina/Alizadeh Marandi, Nina, Die Pflicht zum Demokratieschutz, MIP 2024, 214–222.

Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 8. Auflage, München 2024.

Hufeld, Ulrich, Staat und Zivilgesellschaft – wo stehen wir?, npoR 2024, 45–50.

Jacobsen, Annika, Der Bär und der Gartenfreund: Ein Beitrag zum Verhältnis von parteipolitischem Neutralitätsgebot und staatlicher Verfassungsverteidigung, JuWissBlog Nr. 36/2025 v. 10.4.2025, <https://www.juwiss.de/36-2025> (Stand: 5.8.2025).

Kalscheuer, Fiete, Warum die staatliche Förderung von Nichtregierungsorganisationen parlamentsgesetzlich zu regeln ist, Verfassungsblog v. 1.3.2025, <https://verfassungsblog.de/staatliche-forderung-nichtregierungsorganisationen> (Stand: 5.8.2025).

Kirchhof, Ferdinand, Der Wirkungsbereich des Grundrechts auf Meinungsfreiheit, NJW 2023, 1922–1928.

Kleist, J. Olaf/Weiberg, Mirjam, Konflikte um Teilhabe in der staatlichen Demokratieförderung, in: Bostanci, Seyran/Ramadan, Ebtisam/Albrecht, Yvonne (Hrsg.), Konflikte um Vielfalt?, Demokratieförderung und Antidiskriminierungspolitik in der postmigrantischen Gesellschaft, Frankfurt 2024, S. 21–54.

Dies., Demokratieförderung zwischen Staat und Zivilgesellschaft, Zur Entwicklung des Bundesprogramms „Demokratie leben!“, FJSB 2022, 186–202.

Kruschke, André, Das Demokratiefördergesetz – Fluch oder Segen für die demokratische Grundordnung?, NJOZ 2022, 1249–1254.

Paulus, Andreas, Zukunftsfestigkeit des politischen Systems, in: Verfassungsrecht und Politik, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), Bd. 84, Berlin 2025, S. 9–54.

Sozialdemokratische Partei Deutschlands/BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN/Freie Demokratische Partei, Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 2021, https://www.fdp.de/sites/default/files/2021-11/Koalitionsvertrag%202021-2025_0.pdf.

Waldhoff, Christian, Verfassungsdidaktik – Überlegungen zu Chancen und Grenzen der Vermittlung des Grundgesetzes, in: Hofmann, Hans (Hrsg.), Zeiten der Bewährung, Festschrift 75 Jahre Grundgesetz, Köln 2024, S. 639–660.

Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes für ein Demokratiefördergesetz, WD 3 – 3000 – 019/24, 2024, <https://www.bundestag.de/resource/blob/992270/a00ffe9f5484644d8a089d3230348fd7/WD-3-019-24-pdf.pdf>.

Zufall statt Quote?

Ein Gedankenexperiment zu Parität, Parlament und Pluralismus

Simon Schlicksupp*

Universität Tübingen
Simon.schlicksupp@gmx.net

Abstract

Die deskriptive Repräsentation der Bevölkerung in den Parlamenten wird seit Längerem insbesondere hinsichtlich des Geschlechterverhältnisses diskutiert. Im Beitrag wird vor diesem Hintergrund auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung und das verfassungspolitische Für und Wider von quotiertem Wahlrecht eingegangen. Im Anschluss wird die Einführung aleatorisch-demokratischer Elemente zur Steigerung der deskriptiven Repräsentativität der Legislative erörtert.

I. Zur Einführung: Vielfalt und Gleichheit im pluralen Parlamentarismus

Die 8. Liberale Rechtstagung 2025 steht unter dem Titel „Vielfalt und Gleichheit – Liberale Perspektiven auf eine gerechte Gesellschaft“, und damit sind gleich mehrere große Wertbegriffe gefallen, die vor allem in der zentralen politischen Institution unserer Demokratie eine Rolle spielen – dem Parlament. Die westlichen Gesellschaften haben sich seit dem Zweiten Weltkrieg enorm diversifiziert – aus der „nivellierten Mittelstandsgesellschaft“¹ der Nachkriegszeit wurde die multiethnisch-multireligiöse, in Filterblasen und Identitätsgruppen fragmentierte Gesellschaft der Gegenwart. Mit diesem Prozess der Pluralisierung wächst das Bedürfnis, die neue Vielfalt auch in der parlamentarischen Repräsentation der Gesellschaft

* Simon Schlicksupp ist Doktorand bei Prof. Dr. Jörg Kinzig, Tübingen, sowie Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Oppenländer Rechtsanwälte, Stuttgart. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder.

¹ Vgl. *Schelsky*, Wandlungen, 1954.

voll zur Geltung zu bringen, in denen noch immer nichtmigrantisch-männliche Hintergründe dominieren.² Ein zentrales Thema ist in diesem Zusammenhang die geschlechterparitätische Zusammensetzung der Legislative, d.h. ein Frauenanteil unter Abgeordneten von mindestens 50%, der durch ein quotiertes Wahlrecht erreicht werden soll.

Neben fanatischer Zustimmung stößt die Idee des Quotenwahlrechts aber auch auf entschiedenen Widerspruch. Gegner verweisen auf verfassungsrechtliche und politologische Einwände. BefürworterInnen duplizieren hierauf nicht selten, indem sie Kritik an der Frauenquote als Kritik an der Frau in der Politik umdeuten. Die Debatte scheint insgesamt festgefahren und emotional-symbolisch überformt.

In diesem Beitrag soll ein Gedankenexperiment gewagt werden, das auf die Thematik neue Perspektiven eröffnet. Dazu wird zunächst ein kurzer Blick auf die politische Theorie und Empirie zur geschlechterparitätischen Repräsentation geworfen, die in der Forderung nach quotiertem Wahlrecht gipfeln (II.). Sodann wird ein Blick auf die jüngere Verfassungsrechtsprechung zum Quotenwahlrecht geworfen (III.). Darauf aufbauend schließt sich eine verfassungspolitische Abwägung an (IV.), an deren Ende eine Alternative zur Erhöhung der Parität in Parlamenten betrachtet wird, die auf den ersten Blick erstaunen könnte (V.). Wenig überraschend hingegen werden die wesentlichen Erkenntnisse dieses Aufsatzes am Schluss zusammengefasst und ein Ausblick gewagt (VI.).

II. Zur politischen Theorie und Empirie paritätischer Repräsentation

Zunächst also zur Frage, weshalb man überhaupt ein geschlechterparitätisches Parlament anstreben soll. Hierbei wird meist auf eine der zentralen Theorien zur politischen Repräsentation in Demokratien zurückgegriffen, namentlich Hanna Pitkins in den 1960er Jahren veröffentlichtes Modell der vier Dimensionen politischer Repräsentation.³ Demnach gebe es eine formale Repräsentation, bei der die Autorisierung der Repräsentanten durch freie Wahlen ausschlaggebend ist,⁴ daneben aber auch eine deskriptive Repräsentation,⁵ bei der die Repräsentanten aufgrund bestimmter Eigenschaften für eine gesellschaftliche Gruppe stehen, etwa Geschlecht, Herkunft, Religion usw. Drittens gebe es eine substantielle Repräsentation

² Die mangelnde Repräsentativität des Parlaments erstreckt sich aber auch etwa auf die Sozialstruktur, vgl. Bender/Graßl, APuZ 2014, 31 (32).

³ Vgl. Pitkin, Representation, 1967.

⁴ Pitkin, Representation, S. 38ff.

⁵ Pitkin, Representation, S. 60ff.

tion, bei der das Wirken der Repräsentanten im Sinne der Anliegen der Repräsentierten im Vordergrund stehe und zuletzt die symbolische Repräsentation,⁶ worunter eine Bedienung der „ideellen“ Bedürfnisse der Repräsentierten zu verstehen sei.

Die Forderung nach parlamentarischer Geschlechterparität stützt sich heute oft, verkürzt gesagt, auf den Aspekt der deskriptiven Repräsentation.⁷ Und in der Tat, unter diesem Aspekt der Deskriptivität des Geschlechterverhältnisses weist der Deutsche Bundestag ein deutliches Repräsentationsdefizit auf: Während die Zahl der weiblichen Abgeordneten in den 1980er und 1990er Jahren auf an die 30% anstieg, stagniert der Anteil seither zwischen 30 und 35% – ein auch international zu beobachtender Befund.⁸

Entsprechend wird eine Erhöhung des parlamentarischen Frauenanteils und damit eine Verbesserung der deskriptiven Repräsentation gefordert. Neben dem auf den ersten Blick eingängigen Argument, das Parlament solle die Bevölkerung möglichst genau abbilden,⁹ werden hierfür auch Gerechtigkeitsgesichtspunkte angeführt, denn die Geschlechterungleichheit im Parlament belege eine „strukturelle und mittelbare“ Diskriminierung von Frauen in der Politik.¹⁰ Hinzu treten funktionelle Argumente, die die positiven Auswirkungen von Geschlechterparität auf die Qualität politischer Entscheidungen betonen.¹¹ In Kürze: Parität sei notwendig, weil es die demokratische Repräsentation verbessere, eine vorhandene politische Diskriminierung von Frauen beende und weibliche Eigenschaften der Politik gut täten.

Zur Erhöhung des Frauenanteils wird sodann auf ein quotiertes Wahlrecht gesetzt.¹² Konkret bedeutet dies, dass beispielsweise bei einer Listenwahl (wie sie im

⁶ Pitkin, *Representation*, S. 92ff.

⁷ Vgl. dazu Röhner, djbZ 2019 126 (128); Laskowski, djbZ 2014, 93 (97).

⁸ Vgl. Abels et al., APuZ 42/2018, 28 (30f). Der niedrige Frauenanteil in den einzelnen Fraktionen im Deutschen Bundestag scheint indes nicht mehr so unverhältnismäßig, wenn man ihn nicht mit der Gesamtbevölkerung, sondern – in der Sache naheliegender – mit dem Frauenanteil bei den Parteimitgliedern vergleicht. Im 2017 gewählten Deutschen Bundestag kamen die Grünen auf 58% weibliche Abgeordnete (mit 39% weiblichen Mitgliedern), die Linke auf 54% ((37% der Mitglieder), die SPD auf 42% (ca. 33% der Mitglieder), die FDP auf 22,5% (23% der Mitglieder), die Union auf 20% (25% der Mitglieder) und die AfD auf 11% (16% der Mitglieder), vgl. Abels et al., APuZ 42/2018, 28 (30ff.); Morlok/Hobusch, NVwZ 2019, 1734 (1736ff.).

⁹ Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 9.

¹⁰ Vgl. etwa die Argumentation der Beschwerdeführerinnen in BVerfG, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 8; Bemühen um „gerechte Staatlichkeit“ bei Röhner, djbZ 2019, 125 (126ff.).

¹¹ Vgl. Laskowski, djbZ 2014, 93 (96).

¹² Zu Alternativen, etwa durch „offene“, d.h. in der Reihenfolge nicht vorgegebene Listen vgl. etwa Clasen, ZRP 2021, 50 (53); zu sog. Tandem-Lösungen vgl. Brosius-Gersdorf, djbZ 2019, 57.

Rahmen der personalisierten Verhältniswahlen zum Deutschen Bundestag mittels der Zweitstimme stattfindet) eine Pflicht der Parteien normiert wird, die Listen abwechselnd mit Männern und Frauen zu besetzen („Reißverschlussverfahren“).¹³ Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob derartige Regelungen verfassungsgemäß sind.

III. Rechtsprechung

Diese Frage hat die Verfassungsgerichte in Bund und Ländern Ende der 2010er Jahre zuletzt beschäftigt. Anlass waren Paritätsgesetze in Brandenburg und Thüringen sowie eine Beschwerde gegen die Bundestagswahl 2017.

1. ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20

2019 klagte die AfD-Landtagsfraktion gegen das von der Thüringer Regierungskoalition beschlossene Paritätsgesetz, das eine Parität der Wahllisten bei Landtagswahlen vorschrieb. Der Verfassungsgerichtshof hob das Gesetz daraufhin auf. Das Gesetz beeinträchtigte das Recht auf Freiheit und Gleichheit der Wahl (Art. 46 Abs. 1 ThürVerf.) sowie das Recht der politischen Parteien auf Betätigungsfreiheit, Programmfreiheit und Chancengleichheit (Art. 21 Abs. 1 GG).¹⁴ Die Freiheit der Wahl erstreckte sich auch auf Vorbereitungsakte wie die Listenaufstellung; hier werde die Freiheit der Parteimitglieder eingeschränkt, auf den jeweiligen Listenplatz, der aufgrund des Paritätsgesetzes für das eine Geschlecht vorgesehen ist, einen Vertreter des anderen Geschlechts zu wählen.¹⁵ Auch die passive Wahlrechtsgleichheit sei verletzt, weil für Kandidaten, gleich ob Mann oder Frau, jeweils die Hälfte der Listenplätze wegfielen, auf die sie sich bewerben könnten, wenn es das Paritätsgesetz nicht gäbe.¹⁶ Auch werde die Parteienfreiheit, Art. 21 Abs. 2 GG, beeinträchtigt, die eine freie Gründung und Ausgestaltung sowie eine freie Wahl des Personals einer Partei garantiere; so dürfe man durchaus auch eine reine Männer- oder Frauenpartei gründen.¹⁷

Diese Eingriffe in gewichtige grundrechtliche Positionen ließen sich in der Sache nicht rechtfertigen. Zunächst scheide das Demokratieprinzip aus, denn dieses baue auf einen formalen Begriff der Repräsentation und stütze daher per se keine Forderung nach Parität.¹⁸ Auch das Gleichstellungsgebot aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2

¹³ Vgl. etwa DFR 2020, 6ff.; Thüringer Paritätsgesetz vom 5.7.2019, vgl. NVwZ 2020, 1266.

¹⁴ ThürVerfGH, Urteil vom 15.7.2020, NVwZ 2020, 1266 Rn. 75ff.

¹⁵ ThürVerfGH, Urteil vom 15.7.2020, NVwZ 2020, 1266 Rn. 79.

¹⁶ ThürVerfGH, Urteil vom 15.7.2020, NVwZ 2020, 1266 Rn. 86.

¹⁷ ThürVerfGH, Urteil vom 15.7.2020, NVwZ 2020, 1266 Rn. 88; 92.

¹⁸ ThürVerfGH, Urteil vom 15.7.2020, NVwZ 2020, 1266 Rn. 102f.

ThürVerf komme nicht als Rechtfertigungsgrund in Betracht, denn dies habe der Verfassungsgeber nicht intendiert.¹⁹

2. BbgVerfG, Urteil vom 23.10.2020 – VfGBbg 9/19

In einer ähnlichen Konstellation griff der Landesverband der NPD das Brandenburgische Paritätsgesetz erfolgreich an, das ebenfalls zu einer abwechselnden Listenbesetzung verpflichtete. Das Gesetz beeinträchtige die Organisations- und Programmfreiheit sowie die Wahlvorschlagsfreiheit der Parteien, die nicht verpflichtet seien, Gleichberechtigung oder Gleichstellung zu befürworten.²⁰ Dies könne nicht durch das Demokratieprinzip gerechtfertigt werden, das keine „spiegelbildliche“ Repräsentation verlange.²¹ Darüber hinaus sei die NPD auch in ihrem Recht auf Chancengleichheit der Parteien verletzt, da sie nur wenige weibliche Mitglieder habe und deshalb die Wahllisten ggf. nicht gesetzeskonform einreichen könne.²²

3. BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19

Das Bundesverfassungsgericht hat sich schließlich 2020 ebenfalls zum quotierten Wahlrecht geäußert. Anlass war eine Wahlprüfungsbeschwerde, mit der die Beschwerdeführerinnen sich mit dem Argument fehlender Parität des Parlaments gegen die Bundestagswahl 2017 bzw. das damals geltende Bundeswahlgesetz wandten.²³ Das BVerfG erklärte die Beschwerde für unzulässig, setzte sich aber doch vertieft mit dem inhaltlichen Anliegen auseinander.²⁴ Die grundgesetzliche Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG garantiere jedem Individuum die gleiche Chance auf einen Parlamentssitz, weshalb Paritätsgesetze gerade hiergegen verstoßen könnten.²⁵ Es entspreche dem „strengen und formalen Verständnis der Wahlrechtsgleichheit“ des BVerfG, dass dieses Chancengleichheit und nicht Ergebnislsgleichheit garantiere.²⁶ Auch das dem grundgesetzlichen Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG zugrundeliegende Verständnis der Gesamtrepräsentation des

¹⁹ *ThürVerfGH*, Urteil vom 15.7.2020, NVwZ 2020, 1266 Rn. 129ff.

²⁰ *VfGBbg*, Urteil vom 23.10.2020, NJW 2020, 3579 Rn. 87ff.

²¹ *VfGBbg*, Urteil vom 23.10.2020, NJW 2020, 3579 Rn. 130.

²² *VfGBbg*, Urteil vom 23.10.2020, NJW 2020, 3579 Rn. 174ff. Vgl. zu dieser Problematik auch *Brosius-Gersdorf*, djbZ 2019, 57 (58).

²³ Vgl. *BVerfG*, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 1ff.; 47.

²⁴ Vgl. *BVerfG*, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 35. Insbesondere die Konstellation des gesetzgeberischen Unterlassens begründe einen erhöhten Substantiierungsaufwand, *BVerfG*, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 40ff.

²⁵ *BVerfG*, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 58.

²⁶ *BVerfG*, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 62; so auch *Brosius-Gersdorf*, djbZ 2019, 57 (58). Im Gegensatz zur formalen Wahlrechtsgleichheit steht die „materiale“ Wahlrechtsgleichheit etwa im Sinne *Röhners*, djbZ 2019, 125 (126f.).

Volkes (vgl. auch Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) stehe einer Repräsentation bestimmter Subgruppen im Weg; es komme „für die Vertretung des Volkes gerade nicht darauf an, dass sich das Parlament als verkleinertes Abbild des Elektorats darstellt“.²⁷

Auch der Verweis der Beschwerdeführer auf das Gleichstellungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG trage nicht. Allein vom zurückbleibenden prozentualen Anteil von Frauen könne nicht ohne Weiteres auf eine Ungleichbehandlung im politischen Betrieb geschlossen werden; man müsse sich jedenfalls damit auseinandersetzen, „dass Frauen im Vergleich zu ihrem Mitgliederanteil in den Parteien zum Teil überproportional auf Wahllisten und im Deutschen Bundestag vertreten sind.“²⁸ Auch stelle Art. 3 GG auf Gleichberechtigung und nicht Gleichstellung, mithin Chancen- und nicht Ergebnisgleichheit ab.²⁹ Auch in den Grundsatz der Freiheit der Wahl sowie der Parteienfreiheit (Art. 21 Abs. 1 GG) werde eingegriffen, wenn kein freies Wahlvorschlagsrecht mehr bestehe.³⁰

Das Bundesverfassungsgericht erteilt damit unter Verweis auf Art. 20, 38 GG dem Gedanken der konstitutionellen Verbindlichkeit einer „deskriptiven Repräsentation“ der Bevölkerung eine deutliche Absage.³¹ Verbindlich ist demnach allein die formale Repräsentation im Sinne Pitkins (s.o. II.). Ob der Gesetzgeber quotiertes Wahlrecht einführen dürfe, könne offenbleiben; er müsse es jedenfalls nicht.³²

4. Zwischenergebnis

Die Rechtsprechung beantwortet derzeit sowohl die Frage, ob der Gesetzgeber nach geltender Verfassungslage zur Einführung quotierten Wahlrechts verpflichtet (BVerfG 2020), als auch die, ob er dazu befugt sei (VerfGBbg und ThürVerfGH), mit einem mehr oder minder deutlichen Nein. Zwar kommt es hierbei – auch an künftige Rechtsstreite gedacht – immer auf das länderspezifische verfassungsrechtliche Rahmenwerk an, insbesondere auf die Formulierung der Geschlechtergleichheit („Gleichberechtigung“ oder „Gleichstellung“). Aber selbst dann dürfte nach der

²⁷ BVerfG, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 66; vgl. auch Butzer, in: BeckOK GG, Art. 38 Rn. 81.3. Gegenteilig hatte noch Laskowski, djbZ 2014, 93 die Rspr. des BVerfG aufgefasst.

²⁸ BVerfG, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 90. So aber beispielsweise Röhner djbZ 2019, 125.

²⁹ BVerfG, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 94.

³⁰ BVerfG, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 103ff. Vgl. auch Classen, ZRP 2021, 50.

³¹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 66; 72. Vgl. auch Hecker, NVwZ 2021, 469 (479).

³² Vgl. BVerfG, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 83; 110. aA. u.a. Meyer, NVwZ 2019, 1245ff.

etablierten Linie der Rechtsprechung nirgendwo in Bund und Ländern eine Möglichkeit, geschweige denn eine Pflicht zur Einführung quotierten Wahlrechts bestehen. Wesentliche Erwägungen sind hierbei der hiermit verbundene Eingriff in die aktive und passive Wahlfreiheit sowie die passive Wahlgleichheit,³³ außerdem die Parteienfreiheit, die sowohl deren Personal als auch Programm betrifft.³⁴

Diese Eingriffe können de constitutione lata nicht mit anderen Rechtsgesichtspunkten gerechtfertigt werden. Insbesondere ein Rekurs auf das allgemeine Geschlechtergleichheitsrecht, mag es auch noch so weitgehend in Richtung einer Gleichstellung formuliert sein, trägt nicht, solange nicht erstens eine Diskriminierung von Frauen tatsächlich nachgewiesen (und nicht nur aus einer Ungleichverteilung geschlossen) wird und zweitens dargelegt wird, wieso der Gesetzgeber zur Behebung des etwaigen Gleichheitsverstoßes nur ein Mittel, eben ein Quotenwahlrecht, habe.³⁵ Auch das Demokratieprinzip kann nicht rechtfertigend angeführt werden, denn dieses versteht Repräsentation im rein formalen Sinn. Die Rechtsprechung erteilt dabei dem Gedanken einer „deskriptiven Repräsentation“ im Sinne Pitkins eine klare Absage (auch wenn der Begriff nicht fällt).³⁶

IV. Verfassungspolitische Abwägung

Nun wäre es denkbar, das Grundgesetz und die Länderverfassungen so zu ändern, dass die von der Rechtsprechung angeführten Argumente nicht mehr zögen,³⁷ frei nach dem Motto: Was nicht ist, kann ja noch werden. Insofern genügt der Verweis auf die aktuelle Rechtsprechung kaum, um das Quotenwahlrecht ad acta zu legen. Erforderlich ist vielmehr eine verfassungspolitische Auseinandersetzung, die dessen Für und Wider abwägt. Sie soll in diesem Abschnitt skizziert werden.

³³ Vgl. Hecker, NVwZ 2021, 469, 479f. aA. u.a. Meyer, NVwZ 2019, 1245ff.

³⁴ Vgl. Hecker, NVwZ 2021, 469, 480. Die Verpflichtung der Parteien auf Parität würde, ähnlich der Verfassungsentwicklung in Frankreich, deshalb wohl eine größere „Verstaatlichung“ der Parteien im Verfassungsgefüge bedeuten, vgl. dazu auch Laskowski, djBZ 2014, 93 (97f.).

³⁵ Vgl. Hecker, NVwZ 2021, 469 (480). Zur Erforderlichkeit zwingender Quoten im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung vgl. auch Laskowski, djBZ 2014, 93 (100).

³⁶ Vgl. Hecker, NVwZ 2021, 469 (479).

³⁷ Problematisch wäre vor dem Hintergrund der Ewigkeitsklausel (Art. 79 Abs. 3 GG) lediglich das Demokratieprinzip, das in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG niedergelegt und insofern unabänderlich ist. Dies gilt jedoch lediglich für den Wortlaut der Norm; auf judikativem Wege umdeuten ließe sich das Demokratieprinzip allemal, indem das bislang dort hineingelesene formale Repräsentationsverständnis durch ein deskriptives im Sinne Pitkins ersetzt wird, vgl. etwa Röhrner, djBZ 2019, 125 (128): „Weiterentwicklung“ des Demokratiebegriffs.

1. Grundsatz: Nützlichkeit deskriptiver Repräsentation

Einleitend sollte vermerkt werden, dass ein hohes Maß an deskriptiver Repräsentation einer Volksvertretung jedenfalls nicht schaden kann.³⁸ Denn sowohl das funktionelle Argument, dass Weiblichkeit politischen Prozessen gut tut, als auch die erwartbar größere Akzeptanz von Entscheidungen eines Parlaments, das schon rein äußerlich „aussieht“ wie die Gesellschaft, der es vorsteht, lassen sich hören und können ernstlich kaum in Zweifel gezogen werden. In diesem Sinne ist es freilich wünschenswert, dass Frauen (mindestens) die Hälfte der Abgeordneten stellen; das Endziel des Quotenwahlrechts kann mithin verfassungspolitisch durchaus überzeugen.

2. Konflikt zwischen formaler und deskriptiver Repräsentation

Problematisch wird es gleichwohl dann, wenn formale und deskriptive Repräsentation in Frontstellung gebracht werden. Dies geschieht wenn die deskriptive Repräsentation zwangsweise auf Kosten der formellen Repräsentation durchgesetzt werden soll – so im Fall des Quotenwahlrechts: Durch eine Einschränkung der Wahlrechtsgrundsätze, insbesondere der aktiven und passiven Wahlfreiheit und der passiven Wahlgleichheit, die mit dem Quotenwahlrecht verbunden ist, erleidet die formale Repräsentation eine empfindliche Einbuße. Im Konfliktfall muss aber der formalen Repräsentation klar der Vorrang eingeräumt werden. Denn nur sie genügt einem aufklärerischen, individualistischen Menschenbild, das in Art. 1 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommt. Nimmt man dem Wähler als Individuum mit dem Argument, man berücksichtige ja sein Kollektiv, die Möglichkeit, frei seine Repräsentanten zu wählen, verfällt man einem gegenaufklärerischen Tribalismus, der im schlimmsten Fall einem identitären Autoritarismus Vorschub leisten kann; einer „sortierten Gesellschaft“³⁹ der toxischen Identitätspolitik, in der schon vom Ansatz her nur noch das Trennende gesucht und nicht mehr das Gemeinsame gefunden wird. Insofern gilt: Deskriptive Repräsentation darf niemals zulasten der formalen Repräsentation zwangsweise durchgesetzt werden, was das Quotenwahlrecht als taugliches Mittel ausscheiden lässt.

³⁸ Wenig überzeugen dagegen Positionen, die das Fehlen deskriptiver Repräsentation für schädlich halten, etwa die von *Laskowski*, djbZ 2014, 93 (95) aufgestellte Behauptung, die sinkende Wahlbeteiligung sei auf die mangelnde Parität im Parlament zurückzuführen; die Wahlbeteiligung stieg zuletzt wieder, der Frauenanteil aber nicht.

³⁹ Vgl. *Richardt*, Sortierte Gesellschaft, passim.

3. Quotenwahlrecht sichert nur partielle Parität

Auch in eine andere Richtung gedacht disqualifiziert sich das Quotenwahlrecht als verfassungspolitische Maßnahme, um die deskriptive Repräsentativität des Parlaments zu erhöhen. Wenn man, wie hier geschehen (s. soeben IV.1.) anerkennt, dass die deskriptive Repräsentation jedenfalls nicht schaden kann und aus prinzipiellen Erwägungen wünschenswert erscheint, stellt sich die – auch von der Rechtsprechung aufgeworfene⁴⁰ – Frage, wieso sich dies nur hinsichtlich der Geschlechterparität auswirken soll.⁴¹ Die Pluralität der Gesellschaft hat nämlich mehr als nur eine Dimension. Es gibt unzählige Merkmale, nach denen Menschen gruppiert und kategorisiert werden können, von denen nicht wenige soziopolitisch äußerst relevant sind.⁴² Neben Geschlechterquoten werden schon heute auch Quoten für Migrationshintergründe gefordert.⁴³ Bräuchte es dann nicht aber auch Quoten für Berufs- und Altersgruppen? Für Singles und Mütter? Für Religionsgruppen und Atheisten? Alle Dimensionen gesellschaftlicher Vielfalt mit Wahlquoten einzufangen scheint vor diesem Hintergrund praktisch nicht umsetzbar. Deskriptive Repräsentativität hängt im Rahmen von Quotenpolitik mithin davon ab, welche Identitätsgruppe ein politisches Bewusstsein entwickelt hat und genug politische Ressourcen mobilisieren kann, um sich ein gesetzliches Quotenprivileg zu verschaffen. Das bringt zunächst ein Fairness-Problem mit sich, weil gerade besonders kleine, „leise“ oder schwache Minderheiten kaum die Chance haben werden, sich Gehör zu verschaffen.⁴⁴ Andererseits gibt es aber auch Merkmale, die am einzelnen Menschen schwierig feststellbar und deshalb für eine Quotenregelung von vornherein unzugänglich sind, aber dennoch einen großen Teil der Bevölkerung betreffen und für die Qualität politischer Entscheidungsprozesse relevant sind, etwa Persönlich-

⁴⁰ Etwa *BVerfG*, Beschluss vom 15.12.2020, BeckRS 2020, 40316, Rn. 73, ebenso *Hecker*, NVwZ 2021, 469 (479). Ebenso andeutungsweise *BayVerfGH*, Entscheidung vom 26.3.2018, NVwZ-RR 2018, 457 Rn. 83.

⁴¹ *Röhner*, djbZ 2019, 125 (127f.) argumentiert, es gehe nicht um eine Deskription gesellschaftlicher Vielfalt, sondern um die Umkehr historischer Exklusion; d.h. Anspruch auf ein Quotenprivileg habe nur die Gruppe, die historisch besonders unterdrückt worden sei. Dieses Argument kapriziert sich dabei zum Einen völlig auf den diffusen und subjektiv-wertenden Begriff der „historischen Unterdrückung“ und ist damit andererseits in seiner retributiven Rückwärtsgewandtheit kaum als Leitlinie zukunftsorientierter, nicht ihrerseits Spaltungen vertiefender Verfassungspolitik geeignet. Drittens kommt hinzu, dass dem eine kollektivierende, das Individuum nicht berücksichtigende Sichtweise zugrunde liegt, die sozialetisch nicht haltbar ist, vgl. dazu oben IV.2.

⁴² In dieser Richtung auch *Brosius-Gersdorf*, djbZ 2019, 57 (59).

⁴³ Vgl. *Wüst*, APuZ 38-39/2024, 40.

⁴⁴ Vgl. dazu *Bender/Graßl*, APuZ 38-39/2014, 31 (35).

keitsmerkmale wie die Extraversion-Introversion-Skala. Quotiertes Wahlrecht sichert immer nur partielle Parität, namentlich im Hinblick auf eben das Merkmal, auf das die Quote abstellt.

4. Zwischenergebnis

Am Ende dieses Abschnitts steht mithin die Erkenntnis, dass die deskriptive Dimension politischer Repräsentation wünschenswert, jedenfalls nicht schädlich für die Akzeptanz des politischen Systems in der Bevölkerung ist, die Umsetzung durch ein quotiertes Wahlrecht aber nicht überzeugt, auch, weil hierdurch immer nur eine Teilparität des Parlaments eben hinsichtlich der Eigenschaft hergestellt werden kann, auf die die Quote abstellt. Hier stellt sich nun die Frage, ob es alternative Umsetzungsmöglichkeiten gibt, um den deskriptiven Repräsentationsgrad im Parlament zu erhöhen und so die gesellschaftliche Pluralität der Gegenwart einzufangen.

V. Deskriptive Repräsentation durch aleatorische Demokratie?

Die gibt es, und sie hat sogar eine zwar zuletzt eingeschlafene, an sich aber bis zu den Wurzeln der Demokratie in der griechischen Antike zurückreichende Tradition.⁴⁵ Die Rede ist vom Losentscheid bei der Besetzung von öffentlichen Ämtern, bei der durch den Zufall eine deskriptive Repräsentation der Grundmenge (d.h. der Gesamtbevölkerung) sozusagen mathematisch garantiert ist, denn jede gesellschaftliche Subgruppe der Wählerschaft – auch die, die kein politisches Bewusstsein entwickelt und nicht genug Ressourcen haben, um sich ein Quotenprivileg zu verschaffen – wird sozusagen durch den Zwang der Stochastik mittel- bis langfristig proportional zu ihrem Bevölkerungsanteil berücksichtigt werden.⁴⁶

Losdemokratische – oder „aleatorische“, von Lateinisch *alea* = Würfel – Elemente scheinen auf den ersten Blick als Ausdruck irrationaler Willkür,⁴⁷ haben aber tatsächlich eine lange Tradition. Im antiken Athen wurden einige politische Ämter nicht gewählt, sondern unter allen Vollbürgern ausgelost. Eine ähnliche Praxis findet sich in einigen Stadtstaaten der Renaissance.⁴⁸ Und auch unsere Staatsordnung kennt den Losentscheid, vor allem im Fall der Stimmengleichheit bei Ämterwahlen,

⁴⁵ Vgl. *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (173); *Buchstein*, ZParl 2013, 384 (386); *Bender/Graßl*, APuZ 38-39/2014, 31 (35).

⁴⁶ Das hierbei auftretende „Problem der kleinen Zahl“ (vgl. dazu auch *Katholnigg*, NStZ 1992, 73f.) dürfte bei der Auslosung von 60 Abgeordneten alle vier Jahre (dazu sogleich) im Wesentlichen gelöst sein. So ist davon auszugehen, dass bei $n=60$ bereits ziemlich genau die Hälfte der Ausgelosten weiblich sein werden.

⁴⁷ Vgl. *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (174); *Buchstein*, ZParl 2013, 384 (391).

⁴⁸ Vgl. *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (173).

etwa bei der Bundestagswahl (§ 6 Abs. 3 BWG), bei der Wahl der Verfassungsrichter in Baden-Württemberg (§ 2 Abs. 1 S. 2 VerfGHG-BW) oder des Präsidiums des Deutschen Bundestags (§ 2 Abs. 2 GOBT).⁴⁹ Auch wurden Schöffen, die pro forma zu wählen sind (§§ 36ff. GVG), häufig durch Los unter der Bevölkerung ausgewählt.⁵⁰

1. Bürgerräte als losdemokratische Parallelstruktur

Ein weiteres, in der gegenwärtigen Diskussion um die Fortentwicklung der Demokratie häufig auftauchendes losdemokratisches Phänomen sind die sogenannten Bürgerräte, bei denen zufällig ausgewählte⁵¹ Bürger zu bestimmten Themen beraten und mit den repräsentativ-demokratischen Organen in Dialog treten sollen – „jenseits von Meinungsumfragen und Lobbyismus“.⁵² So gab es auf Bundesebene 2023/24 einen Bürgerrat „Ernährung im Wandel“.⁵³ Die Bürgerräte sind aber dadurch gekennzeichnet, dass ihre Ergebnisse und Empfehlungen für das Parlament keinerlei Bindungswirkung entfalten, was ihnen auch regelmäßig die Kritik als reine Inszenierung direkter Bürgerbeteiligung einbringt.

Die Bürgerräte mit realem Einfluss auszustatten, etwa durch eine echte Entscheidungsbefugnis hinsichtlich bestimmter Themen und Sachfragen,⁵⁴ findet gleichwohl ein starkes verfassungspolitisches Gegenargument, das auch für direkt-demokratische Elemente wie Volksentscheide gilt: neben den repräsentativ-demokratischen Institutionen würde eine zweite, anders (und womöglich unter Blickwinkel der direkten Beteiligung des Demos stärker) legitimierte Parallelstruktur aufgebaut, was zu Verfassungskonflikten und Unklarheiten zwischen direkten und repräsentativen Verfassungselementen führen könnte;⁵⁵ eine übrigens ebenfalls schon aus den antiken Anfängen der Demokratie bekannte Problematik.

⁴⁹ Vgl. auch *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (173).

⁵⁰ Der BGH erklärte diese Praxis 1992 für unzulässig (BGH, Urteil vom 30.7.1991, NSTZ 1992, 92), vgl. *Katholnigg*, NSTZ 1992, 73ff.

⁵¹ Vgl. BT-Drs. 20/6709, 2. Zu verfassungsrechtlichen Aspekten sogenannter Bürgerräte vgl. jüngst *Bollmann*, Demokratie und Zufall, 2025.

⁵² <https://www.bundestag.de/buergerraete>, abgerufen am 9.7.2025.

⁵³ <https://www.bundestag.de/parlament/buergerraete/erster-buergerrat-inhalt-990148>, abgerufen am 9.7.2025.

⁵⁴ Vgl. Bundestag 2022 passim.

⁵⁵ In diese Richtung *Degenhart*, in: Dahmer, Tagesspiegel vom 11.5.2023; Friehe FAZ Einspruch vom 4.6.2023; mit vielen weiteren Nachweisen, im Ergebnis aber nicht zustimmend *Zieckow*, 2021, 19ff.; 31ff.

2. Auslosung eines Teils der Parlamentsabgeordneten

Scheint es daher unklug, eine losdemokratische Parallelstruktur zur wahldemokratischen Komponente aufzubauen, liegt die Lösung nahe, aleatorische Elemente in das bestehende legislative Institutionengefüge zu integrieren, sprich: einen Teil der Abgeordneten der Parlamente – z.B. 10%, d.h. etwa 60 Abgeordnete – auszulosen, statt sie zu wählen.⁵⁶ Als solche wären die gelosten Abgeordneten den gewählten wegen der formalen Gleichheit aller Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG gleichgestellt.⁵⁷ Sie könnten sich dann entweder einer der anderen Fraktionen anschließen, fraktionsfrei bleiben oder eine eigene „Fraktion der Gelosten“ bilden, sich dementsprechend an Regierungskoalitionen beteiligen kann usw. Die Geschäftsordnung und praktischen Abläufe des Parlaments müssten nicht geändert werden, und den Gelosten stünden dieselben Ressourcen, insbesondere ein Mitarbeiterstab zur Verfügung, der ihnen als politikunerfahrenen Bürgern zur Seite steht.

Praktisch umsetzen ließe sich ein solches Losverfahren ebenfalls problemlos. Zur Bundestagswahl ist Deutschland in 299 Wahlkreise eingeteilt. Wenn man beispielsweise 60 (zusätzliche) Abgeordnete des zu wählenden Deutschen Bundestags auslosen möchte, müssten lediglich in einem ersten Schritt aus den 299 Wahlkreisen 60 zufällig gezogen werden, in einem zweiten Schritt dann innerhalb der gezogenen Wahlkreise ebenso ein Wahlbezirk bzw. -lokal ausgelost werden, und in einem dritten Schritt dann im Wählerverzeichnis des Wahlbezirks, das den Wahlämtern zur Bundestagswahl ohnehin vorliegt, eine Person zufällig ausgewählt. Der ganze Vorgang könnte ohne jeden bürokratischen Neuaufwand problemlos durchgeführt werden, als öffentliche Ziehung noch dazu mit maximaler Transparenz und Nachvollziehbarkeit. Parallel zur Wahlsendung würde an Wahltagen ab 18 Uhr dann die offizielle Ziehung der gelosten Abgeordneten übertragen – Einschaltquoten wären garantiert.⁵⁸

3. Demokratiepolitische Sinnhaftigkeit

Aber wäre eine solche Beifügung losdemokratischer Elemente in die bestehenden Legislativorgane auch demokratiepolitisch sinnvoll und wünschenswert? Dafür

⁵⁶ Vgl. *Buchstein*, ZParl 2013, 384 (395).

⁵⁷ Vgl. dazu *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG Art. 38 Rn. 53f. Anders der Vorschlag von *Bender/Graßl*, gelosten Abgeordneten nach dem historischen Vorbild der Berliner MdBs bis 1990 kein Stimmrecht zuzugestehen, vgl. *dies*. APuZ 38-39/2014, 31 (36f.).

⁵⁸ Vgl. *Buchstein*, ZParl 2013, 384 (396). Eine andere Methode, die Zuteilung von Losen beim Wahlakt, schlagen *Bender/Graßl*, APuZ 38-39/2014, 31 (36) vor.

spricht zunächst – um den Bogen zum ersten Teil dieses Aufsatzes zu schlagen –, dass durch eine Losung jedenfalls ein Teil der Parlamente die deskriptive Repräsentation der pluralen Gesellschaft der Gegenwart deutlich verbessern würde, jedenfalls dann, wenn man tatsächlich nur das Los zu Werke gehen lässt und nicht – wie bei Bürgerräten⁵⁹ und der Schöffenliste⁶⁰ diskutiert – noch „Korrekturen“ zur Sicherung der Repräsentativität vornimmt. Es gibt keine verlässlichere Methode zur Sicherung deskriptiver Repräsentativität als den blanken Zufall. Vermieden werden gleichzeitig all die beschriebenen Probleme, die mit einem quotierten Wahlrecht verbunden sind, insbesondere der Kampf organisierter Interessengruppen um Quotenprivilegien.

Darüber hinaus handelt es sich auch um ein direktdemokratisches Element, weil eine unmittelbare Beteiligung der Bürgerschaft stattfindet, und würde damit einen Hauptangriffspunkt autoritärer Populisten gegen liberaldemokratische Systeme, dass eine abgehobene Elite ohne Beteiligung des Volkes vor sich hin regiere („die da oben“), zumindest teilweise die Grundlage entziehen.⁶¹ Auch sind wohltuend-disruptive Auswirkungen auf den doch zuweilen recht selbstreferentiellen „Politikbetrieb“ zu erwarten: Das Zufallslos brächte eine Durchmischung, vielleicht auch Erdung des politisch-medialen Establishments, indem plötzlich Menschen mit am Tisch sitzen – und nicht nur, wie im Fall der Bürgerräte, am Kindertisch nebenan –, die bisher keine Chance haben, dort einen Platz zu finden.⁶² Die Gelosten wären darüber hinaus faktisch nur ihrem Gewissen verpflichtet: denn um eine Wiederwahl müssen sie sich keine Gedanken machen.

Natürlich gibt es auch Gesichtspunkte, die gegen losdemokratisch bestimmte Abgeordnete sprechen. Ein sich geradezu aufdrängendes Argument gegen losdemokratische Ämterbesetzung lautet, dass dadurch auch bzw. vor allem ungeeignete Personen an Ämter kämen, die von Politik schließlich keinerlei Ahnung hätten. Das lässt sich durchaus hören – nur: auch eine Wahl garantiert nicht, dass nur fähige Amtsträger ausgesucht werden, im Gegenteil. Die Geschichte ist reich an Bei-

⁵⁹ „Stratifizierendes Verfahren“, um „eine ausgewogene Beteiligung mit Blick auf die soziodemografischen Kriterien Alter, Geschlecht, regionale Herkunft, Gemeindegröße und Bildungshintergrund“ sicherzustellen, vgl. BT-Drs. Drucksache 20/6709, 2; dazu auch *Friehe*, FAZ-Einspruch vom 4.6.2023.

⁶⁰ Vgl. *Katholnigg*, NStZ 1992, 73.

⁶¹ So werden etwa im US-Bundesstaat Washington (State) die Gehälter von Politikern durch eine teilweise aus der Bürgerschaft ausgeloste Kommission bestimmt, mit der Folge, dass dieser klassische Topos populistischer Elitenkritik deutlich verblasst ist, vgl. *Buchstein*, ZParl 2013, 384 (399f.).

⁶² Vgl. dazu auch *Bender/Graßl*, APuZ 38-39/2014, 31 (33).

spielen von gewählten Staatsmännern (und –frauen), die ihren Aufgaben nicht gewachsen waren oder dem repräsentierten Volk sogar enormen Schaden zugefügt haben. Das wahl demokratische System belohnt eben in erster Linie Personen, die die Spielregeln des Politikbusiness beherrschen, die sich innerhalb der Parteien durchsetzen und später Wahlen gewinnen können – die dazu erforderlichen Qualitäten sind aber keineswegs immer mit denen identisch, die das zu besetzende Amt erfordert. Das Argument fehlender Bestenauslese ist deshalb in Wirklichkeit kein Argument gegen die Losdemokratie, sondern gegen die Demokratie überhaupt, und wurde auch von Anfang an gegen sie ins Feld geführt (in der attischen Demokratie etwa von Platon, der stattdessen eine expertokratische Herrschaft der Klügsten propagierte⁶³). Und es kann leicht entkräftet werden, denn welche objektive Instanz sollte denn die Bestqualifizierten nach welchen Kriterien auswählen? Die „Herrschaft der Besten“ ist eine Utopie mit autoritärem Kern, die schon dadurch an der Realität zerschellt, dass absolute Macht auf Kurz oder Lang stets absolut korrumpiert (Lord Acton), weshalb „wohlmeinende Diktatoren“ höchstens ephemere Randbemerkungen der Geschichte darstellen.

Alles in allem lassen sich demnach einer Teilauslosung der Parlamentssitze (erstaunlich) positive Gesichtspunkte abgewinnen. Entscheidend ist aber auch, ob sich eine solche denn auch verfassungs- und rechtskonform durchsetzen ließe. Davon soll der letzte Abschnitt dieses Aufsatzes handeln.

4. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit aleatorischer Elemente

Wollte man eine Auslosung eines Teils der Bundestagsabgeordneten wie eben beschrieben einführen, ist zunächst evident, dass dafür zahlreiche Vorschriften des einfachen Rechts, vor allem das Bundeswahlgesetz, geändert werden müssten. Die eigentliche Frage lautet, ob derartige losdemokratische Elemente auch verfassungsrechtlich zulässig wären.

Dabei ist zunächst Art. 38 GG relevant, der die verfassungsrechtliche Grundnorm des Wahlrechts darstellt.⁶⁴ Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG bestimmt: „Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt.“ Durch diesen klaren Wortlaut – verbunden mit der über siebenzigjährigen staatsrechtlichen Übung – ist eine Auslosung der Abgeordneten

⁶³ So etwa in Platons *Steuermann-Gleichnis* in seinem Werk „*Politeia*“, vgl. *Platon*, Staat, S. 491ff.

⁶⁴ Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG Art. 38 Rn. 1ff. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit allgemein vgl. *Berger*, *Aleatorische Demokratie*, 2024.

praktisch ausgeschlossen. Die Norm müsste entsprechend durch den verfassungsändernden Gesetzgeber geändert werden (etwa durch Einfügung „oder durch das Los bestimmt“ am Ende).

Eine ungleich größere Hürde stellt aber das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 und 2 GG dar, denn dieses ist nach der sogenannten Ewigkeitsklausel aus Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlich.⁶⁵ Verstieße das Losverfahren also gegen das Demokratieprinzip, kann diese Barriere – anders als Art. 38 GG – auch nicht mit einer Verfassungsänderung überwunden werden.⁶⁶ Ob das der Fall ist, ist eine Frage der Auslegung.

In der historischen Argumentation (im weiteren, d.h. nicht nur auf den Willen des Verfassungsgebers abzielenden Sinne) ließe sich die dargelegte Tradition des Losentscheids in den früheren Demokratien anführen. Schon die attische Demokratie der griechischen Antike und nach ihr andere historische demokratische Ordnungen kannten das Ämterlos und verstanden es als Teil einer demokratischen Ordnung.⁶⁷ Eine (weite) historische Auslegung legt insoweit die Zulässigkeit aleatorisch-demokratischer Prinzipien nahe. Mit Blick auf teleologische Argumente ließe sich der Sinn und Zweck des grundgesetzlichen Demokratieprinzips zunächst als die Sicherstellung einer politischen Ordnung auffassen, in der die Freiheit und Gleichheit aller Staatsbürger weitestgehend verwirklicht sind.⁶⁸ Das Losverfahren genügt jedenfalls der Gleichheit,⁶⁹ denn durch den Zufall ist jedem Bürger dieselbe Chance auf das Amt gesichert. Die Freiheit als zweiter demokratischer Grundwert kommt zwar nicht zum Tragen, sie kann es aber auch gar nicht, denn beim Losverfahren findet ja gerade kein menschlicher Willensakt statt.⁷⁰ In gewissem Sinn schließt sich auch hier der Kreis zu den verschiedenen Formen der demokratischen Repräsentation, von der zu Anfang in Bezug auf Pitkin die Rede war. Die Frage, ob der Losentscheid dem Demokratieprinzip im Sinne des Grundgesetzes entspricht,

⁶⁵ Vgl. *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 79 Rn. 60ff.

⁶⁶ Möglich wäre allenfalls eine Ergänzung des Art. 20 um eine Klarstellung, dass das Demokratieprinzip auch das Losverfahren umfasst, vgl. *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG Art. 79 Rn. 79.

⁶⁷ Vgl. *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (173).

⁶⁸ Vgl. etwa die Definition der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch das BVerfG: Eine Ordnung „unter Ausschluss jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt“, BVerfG NJW 1952, 1407 (1410) (SRP-Verbot).

⁶⁹ Dazu *Depenheuer*, JZ 1993, 171 (176f.); *Buchstein*, ZParl 2013, 384 (388f.).

⁷⁰ Vgl. dazu auch *Zieckow*, 2021, 33f.

lässt sich nämlich in vielerlei Hinsicht auf die Frage zuspitzen, ob er eine ausreichende demokratische Legitimation vermitteln kann.⁷¹

Ein Hauptproblem besteht aber in der grammatischen Auslegung des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG, der lautet: „Sie [die Staatsgewalt, SiS] wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“ Die Erwähnung der „Wahlen und Abstimmungen“ scheint auf den ersten Blick abschließend und keinen Raum für aleatorische Elemente zu lassen. Entscheidend ist aber dabei der syntaktische Bezugspunkt des zweiten „und“: bezieht man es auf das Volk und versteht den Satz dementsprechend so, dass das Volk in drei Modi Staatsgewalt ausübt (eben durch Wahlen, Abstimmungen und besondere Organe der Gesetzgebung usw.), trifft die Norm keine Aussage über die Konstitution der „Organe der Gesetzgebung“, sodass auch eine losdemokratische Besetzung möglich bleibt.⁷² Diese Lesart hat sich auch das Bundesverfassungsgericht zu eigen gemacht und ist wohl herrschend.⁷³

Unter diesen Umständen scheint es vertretbar, das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 und 2 GG so auszulegen, dass es neben dem Mehrheits- auch das Zufallsprinzip als Methode der Ämterbesetzung zulässt. Insofern stünde der offene Wortlaut des Grundgesetzes an dieser Stelle der Implementation aleatorisch-demokratischer Elemente nicht entgegen. Die Auslosung eines Teils der Bundestagsabgeordneten scheint damit – eine Änderung des Art. 38 GG unterstellt – verfassungsrechtlich zulässig.

VI. Schluss

Dass eine verfassungsrechtliche Umsetzungsmöglichkeit freilich nicht bedeutet, dass ein Vorhaben auch tatsächlich umgesetzt wird, liegt gleichwohl auf der Hand. Die Wahrscheinlichkeit, dass alsbald Bundestagsabgeordnete unter der Wahlbevölkerung gelost werden, ist zugegebenermaßen auch recht gering. Als „Gedankenexperiment“ lohnt es sich aber dennoch, dieses Szenario durchzuspielen, gerade vor dem Hintergrund der parlamentarischen Abbildung gesellschaftlicher

⁷¹ Vgl. Bundestag 2023; gegen die legitimatorische Kraft aleatorischer Verfahren Zieckow, 2021, 31ff. Ob das Los den Anforderungen der „formalen Repräsentation“ im Sinne Pitkins, die nach dem vorhin Gesagte (oben III.2.) stets Vorrang haben muss, genügt, hängt indes wiederum davon ab, wie man diesen Begriff auffasst. Stellt man auf die Verwirklichung der Prinzipien der Freiheit und Gleichheit aller Bürger ab (dazu soeben), genügt das Los jedenfalls der Gleichheit.

⁷² Vgl. Buchstein, ZParl 2013, 384 (399); aA. etwa Bender/Graßl, APuZ 38-39/2014, 31 (36).

⁷³ Vgl. BVerfG NJW 1991, 159 (159f.). Vgl. dazu auch Rux, in: BeckOK GG, Art. 20 Rn. 64; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Art. 20 Rn. 7; Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 Rn. 109.

Vielfalt. Der Demokratie wird heute vielfach eine Krise bescheinigt. Zu ihrer Lösung gehört sicher auch „Disruption“, weshalb auch ungewöhnliche, ja kreative Ansätze erörtert werden dürfen und sollten.

Was ist das Fazit der hier angestellten Überlegungen? Das Anliegen, die gesellschaftliche Pluralität auch in den Parlamenten abzubilden („deskriptiv zu repräsentieren“), ist legitim und wünschenswert, seine Umsetzung mittels quotiertem Wahlrecht kann dies allerdings nur in Teilen und um einen zu hohen Preis hinsichtlich der Grundsätze der Freiheit und Gleichheit der Wahl sowie der Parteienfreiheit bewerkstelligen. In diese Richtung argumentiert auch die jüngere Rechtsprechung. Ohne diese Nachteile und sozusagen vollständig könnte dagegen der Losentscheid die deskriptive Repräsentation der Bevölkerung in der Legislative verbessern. Verfassungspolitisch klug und verfassungsrechtlich zulässig scheint es dabei, diese aleatorisch-demokratischen Elemente in die bestehenden Legislativorgane zu integrieren.

Literaturverzeichnis

Abels, Gabriele/Ahrens, Petra/Blome, Agnes, Geschlechtergerechte Repräsentation in historischer und internationaler Perspektive, APuZ 42/2018, 28–36.

Bender, Christiane/Graß, Hans, Losverfahren: Ein Beitrag zur Stärkung der Demokratie? APuZ 38-39/2014, 31–37.

Berger, Philip, Grundgesetz und aleatorische Demokratie. Zur Vereinbarkeit von Losverfahren mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes, Berlin 2025.

Bollmann, Florian Max, Demokratie und Zufall. Demokratische Legitimation von losbasierten Bürgerräten, Baden-Baden 2025.

Brosius-Gersdorf, Frauke, Auf dem Tandem ins Parlament. Zu Sinn und Unsinn von Quoten für Wahlen, djbZ 2019, 57–60.

Classen, Claus Dieter, Parité-Gesetze: Frauen sollen Frauen wählen können, ZRP 2021, 50–53.

Dahmer, Laura, „Eine scheindemokratische Veranstaltung“: Schadet der Bürgerrat der Demokratie? Tagesspiegel (online) vom 11.5.2023, <https://www.tagesspiegel.de/politik/eine-scheindemokratische-veranstaltung-schadet-der-burgerrat-der-demokratie-9801749.html> (abgerufen am 29.8.2025).

Deppenheuer, Otto, Zufall als Rechtsprinzip? Der Losentscheid im Rechtsstaat, JZ 1993, 171–180.

Deutscher Frauenrat (Hrsg.), Handout „Drei Wege zur Parität“, o.O. 2020.

Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.), GG-Kommentar, München, 106. EL Oktober 2024.

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOK GG, München, 61. Ed. 15.3.2025.

Friehe, Matthias, Bürgerrat der Ampel verstößt gegen das Grundgesetz, FAZ-Einpruch vom 4.6.2023.

Hecker, Wolfgang, Anmerkung zu BVerfG: Fehlen gesetzlicher Regelungen zur paritätischen Ausgestaltung des Wahlvorschlagsrechts bei Bundestagswahl, NVwZ 2021, 469–480.

Jarass, Hans/Piero, Bodo (Hrsg.), GG-Kommentar, München 18. Aufl. 2024.

Katholnigg, Oskar, Wie müssen Vorschlagslisten für Schöffen aufgestellt werden? NSTZ 1992, 73–75.

Laskowski, Silke Ruth, Pro Parité! Ohne gleichberechtigte Parlamente keine gleichberechtigten Gesetze und keine gleichberechtigte Gesellschaft! djBZ 2014, 93–103.

Meyer, Hans, Verbieta das Grundgesetz eine paritätische Frauenquote bei Listenvahlen zu Parlamenten? NVwZ 2019, 1245–1250.

Morlok, Martin/Hobusch, Alexander, Sinnvoll heißt nicht verfassungsgemäß – zu Meyers Kritik an der Paritätskritik, NVwZ 2019, 1734–1738.

Pitkin, Hanna, The concept of representation, Berkeley 1967.

Platon/Szlezák, Thomas (Hrsg.), Der Staat – Politeia, Griechisch-deutsch, Düsseldorf-Zürich 2000.

Richardt, Johannes (Hrsg.), Die Sortierte Gesellschaft. Zur Kritik der Identitätspolitik, Frankfurt aM. 2018.

Röhner, Cara, Gerechte Staatlichkeit. Zur politischen Gleichheit von Frauen in der Demokratie und dem Bedarf eines Paritätsgesetzes, djBZ 2019, 125–128.

Schelsky, Helmut, Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart. Darstellung und Deutung einer empirisch-soziologischen Tatbestandsaufnahme, 2. Auflage, Stuttgart 1954.

Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Ausarbeit „Zum Bürgerrat Ernährung im Wandel. Verfassungsrechtliche Einordnung einzelner Kritikpunkte“, 2023.

Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Sachstand „Bürgerräte und Gesetzgebungsverfahren“, o.O. 2022.

Wüst, Andreas, Gut vertreten? Parlamentarische Repräsentation im Einwanderungsland, APuZ 38-39/2024, 40–45.

Zieckow, Jan, Rechtsgutachten zu den rechtlichen Rahmenbedingungen des Tätigwerdens von losbasierten Bürgerräten in ergänzender Funktion zur Beschlussfassung durch den Deutschen Bundestag, Freisbach 2021.

Ralf Dahrendorf und die Suche nach dem liberalen Argument in der Weimarer Verfassungsgerichtsbarkeitsdebatte

Nikolai Ott*

TU Dresden

nikolai.ott@mailbox.tu-dresden.de

Abstract

Der Beitrag beleuchtet die Demokratietopologien Carl Schmitts und Hans Kelsens in der Weimarer Verfassungsgerichtsbarkeitsdebatte. Schmitts „identitär-unmittelbare“ Demokratietheorie privilegiert den plebiszitär legitimierten Reichspräsidenten gegenüber einem abstrakten Gericht, während Kelsen die Verfassung als juristisches Koordinatensystem pluraler Interessen versteht und ein Gericht als „negativen Gesetzgeber“ fordert. Mit Rückgriff auf Ralf Dahrendorf wird das liberale Argument in der Debatte reflektiert, wonach eine liberale Verfassungsgerichtsbarkeit Mehrheitsdynamik und Minderheitenschutz integrieren muss, um sowohl gesellschaftlichen Wandel als auch politischen Pluralismus zu sichern.

I. Die Rückkehr der Verfassungsgerichtsbarkeitsdebatte

Über Umwege ist die Verfassungsgerichtsbarkeitsdebatte, also die Frage um die Grenzen der gerichtlichen Kontrollrechte, nach Deutschland zurückgekehrt. Unter dem Leitmotiv „It’s the constitutionalization, stupid!“¹ hat der Politikwissenschaftler Philip Manow mit seiner Veröffentlichung „Unter Beobachtung“² die viel beschworene Krise der Demokratie als Krise einer bestimmten Form der *liberalen* Demokratie rationalisiert, die auf die zunehmende Konstitutionalisierung zurückzuführen sei. Der liberale Sieg in den 90ern, so postuliert Manow, sei die Verbreitung

* Nikolai Ott, B.A. Internationale Beziehungen (Jan. 2025), Studentische Hilfskraft Professur für Völkerrecht, Europarecht und Öffentliches Recht der TU Dresden (Prof. Dr. Steiger). E-Mail: nikolai.ott@mailbox.tu-dresden.de.

¹ Buchstein und Müller, It’s the constitutionalization, stupid!, soziopolis, <https://www.sozopolis.de/its-the-constitutionalization-stupid.html> (Stand 7.6.2025).

² Manow, Unter Beobachtung.

von Verfassungsgerichten mit umfassenden Kontrollrechten und diese bedingen nun „die politische Erscheinungsform ihrer gegenwärtigen Krise“.³

Schon vor Philip Manow hatte in den USA der linke Rechtsprofessor Samuel Moyn erklärt: „the Court is Not Your Friend“.⁴ Von rechter Seite hatte der Verfassungsrechtler Adrian Vermeule den „Common Good Constitutionalism“ ausgerufen, dessen Ziel die Garantie des „gute Regierens des Anführers“ sei.⁵ Es sollte nicht verwundern, dass bei dieser Fundamentalkritik die gegenwärtige Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Liberalismus gleichgesetzt wird. Wer den Liberalismus besiegen will, so scheint die Prämisse, muss erst die Verfassungsgerichte entmachten.

Auf den ersten Blick ist dies naheliegend, ist das liberale System doch eng mit dem Begriff der Gewaltenteilung verknüpft. Die vielfach beschworene „Verfassung der Freiheit“⁶ ist ohne einen starken Rechtsstaat nicht denkbar. Gleichmaßen ist eine Kritik an der Reichweite der verfassungsgerichtlichen Kompetenzen auch abseits der politischen Ränder denkbar. Der Rechtswissenschaftler John Hart Ely hatte mit seiner „Theory of Judicial Review“ eine Kritik des Supreme Court vorgelegt.⁷ In Deutschland waren es wiederum die Verfassungsrechtler um Matthias Jestaedt et al., die 2011 der Frage nach dem „entgrenzten Verfassungsgericht“ nachgingen.⁸ Kritik an dem rechten Ausmaß der verfassungsrechtlichen Kontrollrechte ist demnach nicht nur eine Herausforderung von außen, sondern eine Selbstvergewisserung von innen.

Allerdings gibt es einen zweiten – historischen – Grund, warum der Liberalismus mit der Verfassungsgerichtsbarkeit gleichgesetzt wird. Die Archetypen dieser Debatte entstanden in der Weimarer Republik rund um die Verfassungsgerichtsbarkeits-Debatte zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen. Während der konservative Staatsrechtler Schmitt, in einem zu starken Verfassungsgericht eine dem Volkswillen entfremdete Instanz fürchtete, plädierte der österreichische Verfassungsrechtler Kelsen für ein unabhängiges Verfassungsgericht, das den Pluralismus der Gesellschaft absicherte. Dass der „liberale“ Intellektuelle Hans Kelsen auch heute der

³ Manow, Unter Beobachtung, S. 12.

⁴ Moyn, The Supreme Court Is Not Your Friend, Dissent Magazine, <https://www.dissentmagazine.org/article/the-court-is-not-your-friend/> (Stand 3.7.2025).

⁵ Vermeule, Beyond Originalism, The Atlantic, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/> (Stand 6.6.2025).

⁶ Hayek, Die Verfassung der Freiheit.

⁷ Hart Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review.

⁸ Jestaedt et al., Das entgrenzte Gericht.

Archetyp der Verfassungsverteidiger gilt, erklärt die Gleichsetzung zwischen Liberalismus und starken Verfassungsgerichten.

Der folgende Aufsatz soll diese implizierte Symmetrie kritisch einordnen. Wie am Beispiel der Positionierung von Schmitt und Kelsen (II) gezeigt werden soll, reflektieren sich in der Stellung der Verfassungsgerichte stets ihre jeweiligen Demokratietopologien (III). Hierauf aufbauend, soll im Rückgriff auf Ralf Dahrendorf gezeigt werden, wie die *kelsianische* Betonung des Minderheitenschutzes mit der *dahrendorfschen* Konflikttheorie kollidiert (IV). In einem Fazit (V) wird zuletzt die Rolle der Liberalen in dieser neuen „Systemfrage“ kritisch reflektiert und Elemente einer liberalen Verfassungsgerichtsbarkeit skizziert.

II. Die Archetypen der Verfassungsgerichtsbarkeitsdebatte

Rund zehn Jahre nachdem Thomas Mann in seinen *Bekenntnissen eines Unpolitischen* den Gegensatz zwischen „Kultur“ und „Politik“ zur Leitfrage im Ersten Weltkrieg erklärt hatte, wurde in der Kelsen-Schmitt-Kontroverse der vermeintliche Widerspruch zwischen „Recht“ und „Politik“ zum Ausgangspunkt⁹. Diese Kontroverse meint dabei kein konkretes Zusammentreffen beider Juristen, sondern eine fortlaufende Diskussion, die sich von der Wiener Staatsrechtslehrertagung (1928) ausgehend entfachte. Ein Jahr nach Kelsens Positionierung auf ebendieser Tagung, positionierte sich Carl Schmitt erst durch einen Aufsatz¹⁰ und noch ein Jahr später durch sein Buch „Der Hüter der Verfassung“¹¹, auf das Hans Kelsen wenige Monate danach in seinem Aufsatz „Wer soll der Hüter der Verfassung sein“¹² prompt antwortete. Das Netz an Beiträgen, die in der Weimarer Republik zu diesem Thema veröffentlicht wurden¹³, spannt in sich gewisser Weise an den zwei Polen von Schmitt bis Kelsen auf.

1. Hans Kelsen und die Verteidigung der Demokratie

Wie bereits erwähnt, findet die Kelsen-Schmitt-Kontroverse ihren Ursprung in der Wiener Staatsrechtslehrertagung von 1928. In gewisser Weise nimmt die Debatte

⁹ So zuletzt umfassend: *Grimm*, Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage, S. 29.

¹⁰ *Schmitt*, 55 Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR) 1929, 161.

¹¹ *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung.

¹² *Kelsen*, Die Justiz VI 1930/31, 576.

¹³ *Grimm*, Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage, S. 10.

aber ihren Ursprung im österreichischen Bundes-Verfassungsgesetz von 1919, dessen „Co-Architekt“¹⁴ Hans Kelsen war und dessen Positionierung von 1928 sich somit als *ex-post* Rationalisierung seines eigenen Modells verstehen lässt.

Seiner rechtsdogmatischen Stufenbauordnung folgend, hatte Kelsen schon in seiner „Reinen Rechtslehre“¹⁵ verkündet, dass sich das Recht in seiner Erzeugung insofern regelt, als dass die „Erzeugung der einzelnen Norm der Grundnorm entsprechend vor sich gegangen ist“.¹⁶ Auf einem Stufenbau angesiedelt, muss sich jede Rechtsquelle durch die tieferliegende Rechtsquelle legitimieren. Hieraus folgt logischerweise, dass sich jeder staatliche Gesetzgebungsakt durch die Autorisierung aus der Verfassung legitimiert. Weil sich staatliches Handeln an diesem verfassungsrechtlichen Kompetenzrahmen ausrichtet, betont Kelsen die Notwendigkeit einer starken Verfassung, die sich weniger einfach als „normale“ Gesetze aufheben lässt.

Rechtsanwendung und Rechtssetzung fallen zusammen und lassen sich nicht als „absolute Gegensätze“¹⁷ klassifizieren, da sie durch die Notwendigkeit der gegenseitigen Bezugnahme einer „Wesensgleichheit“¹⁸ unterliegen. Aus der stufenbaulogischen Autorisierung folgt dabei, dass es eine Kontrollinstanz braucht, die den Rückbezug der Politik auf die Verfassung sichert. Diese kann nicht politisch sein, sondern muss durch die höhere Rechtsquelle als unabhängige Instanz¹⁹ legitimiert sein. Die Frage des „wer kontrolliert den Kontrolleur“ wird auf eine höhere Ebene verschoben. Dieses Gericht wird dabei also insofern Teil der Exekutive, als dass es als „negativer Gesetzgeber“²⁰ an der Gesetzgebung partizipiert. Im Gegensatz zum staatlichen Akt, sei der richterliche Entschluss durch Rechtspraxis und den ständigen Rückbezug auf die Verfassung zumindest limitiert.²¹

Ziel ist es, die Verfassung zu mehr als einem „unverbindlichen Wunsch“ zu machen. Gesetzgebung und Gesetzanwendung hätten beide somit einen politischen

¹⁴ Olechowski, *Austrian Law Journal* 9 2022, 28 (30).

¹⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre*: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik.

¹⁶ Kelsen, *Reine Rechtslehre*: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, S. 75.

¹⁷ Grimm, *Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*, 15.

¹⁸ Kelsen, *Die Justiz* VI 1930/31, 576 (593).

¹⁹ Kelsen, *VVDStRL* 5 1929, 30 (35ff.).

²⁰ Kelsen, *VVDStRL* 5 1929, 30 (56).

²¹ Ott, *Recht und Politik* 2025 (2), 181 (189).

Charakter, der sich nur eine „quantitative“ und keine „qualitative Differenz“²² unterscheide. Von einem Ende der Gewaltenteilung könne nicht gesprochen werden, vielmehr würde der partielle Eingriff der Verfassungsgerichte zu einer Verschränkung der Macht führen, die Machtkonzentration verhindere und damit „im Gegenteil“ die „Bestätigung“²³ des Prinzips der Gewaltenteilung zementiere.

2. Carl Schmitt und das Recht zur Politik

Während Carl Schmitt die *kelsenianische* Prämisse teilt, dass der Rechtsanwendung ein politisches Element inhärent ist, folgt hieraus eine gänzlich andere Schlussfolgerung. „Verfassungsstreitigkeiten“ seien „immer auch politische Streitigkeiten“, hatte der Jurist schon in seiner „Verfassungslehre“²⁴ erklärt und hieraus einige Jahre später zugespitzt abgeleitet, dass es im Extremfall eine solche Verfassungsgerichtsbarkeit nicht geben dürfe. Wo bei Kelsen die notwendige Verschränkung aus Staat und Rechtsordnung durch eine unabhängige Rechtsinstanz gesichert werden musste, folgt bei Schmitt, dass die Verfassung als Folge der Politik, am Ende nur durch eben diese Politik gesichert werden könnte.²⁵ Am Ende steht der Staat, nicht die Verfassung.

Das von Carl Schmitt vielfach bemühte *Bonmot* des „Primat des Politischen“²⁶ ist gemeinhin bekannt, bedeutete im Falle der Verfassungsgerichtsbarkeitsdebatte aber, dass die von Kelsen ausgerufene Wesensgleichheit zwischen „Rechtsetzung“ und „Rechtsanwendung“ abzulehnen sei. Ein Richterspruch, der auf Kosten der Politik urteilt, lässt sich mit diesem Postulat nicht vereinbaren. Die Jurisdiktion ist nicht gänzlich abzulehnen, aber müsse stets auf der Grundlage eines präzisen Gesetzes klar subsumiert werden, wonach das Urteil keine Interpretation, sondern eine Entscheidung ist.²⁷ Die Präzision der Norm ist die Voraussetzung für eine „unpolitische“ Justiz und die akzeptable Grundlage für Gerichtsbarkeit.

In dem Moment, wo aus einem Mangel an Präzision verschiedene Rechtsauffassungen konkurrieren und das Verfassungsgericht eine inhaltliche Auseinandersetzung vornimmt, betritt es die Bühne der Politik.²⁸ Ein solcher Schritt sei allerdings wesensuntypisch für Gerichte, die eigentlich Normen auf Sachverhalte anwenden

²² Kelsen, Die Justiz VI 1930/31, 586.

²³ Kelsen, VVDStRL 5 1929, 30 (55).

²⁴ Schmitt, Verfassungslehre.

²⁵ Ott, Recht und Politik 2025 (2), 181 (190), gefunden in: Zanon, 5 Annuaire international de justice constitutionnelle 1991, 177 (178).

²⁶ Vgl. Schmitt, Begriff des Politischen.

²⁷ Schmitt, Verfassungslehre, S. 137.

²⁸ Ott, Recht und Politik 2025 (2), 181 (184).

sollten. Kommt es zu Unklarheiten der divergierenden Rechtsauffassungen, muss deswegen der Gesetzgeber einspringen, um eine politische Lösung für unklare Normen zu finden. Die Grundlage der Verfassungsgerichte wird – *au contraire* zu Kelsen – politisiert und als genuine Aufgabe des Gesetzgebers postuliert.

Im Gegensatz zur „konkreten Normenkontrolle“²⁹ durch Fachgerichte, die Schmitt nicht gänzlich verhindern möchte, ist der verfassungsrechtlichen Normenkontrolle ein „viel stärker(es) und wesensbestimmenderes“³⁰ dezisionistisches Element inne. Konkrete Normenkontrolle von Fachgerichten würde per „überwältigender Argumentation“³¹ entschieden, während der Sinn der Verfassungsgerichtsbarkeit in der „autoritären Beseitigung des Zweifels“³² liegen. Fachgerichte subsumieren auf Grundlage von Gesetzen, während sich Verfassungsgerichte im Zweifel über die Exekutive setzen. Eine Stufenordnung, die sich mit Schmitts „Primat des Politischen“³³ nicht vereinbaren lässt.

III. Die Demokratietopologien der Verfassungsgerichtsbarkeitsdebatte: Majorität oder Pluralismus?

Wie bereits in der Einleitung angedeutet, ist die Verfassungsgerichtsbarkeitsdebatte zwischen Hans Kelsen und Carl Schmitt nicht nur wegen ihrer konträren Konzeptualisierungen bemerkenswert, sondern auch, weil diese als Reflexion ihrer Demokratietopologien gedeutet werden sollten.³⁴ In der Weimarer Republik zumindest, muss die Positionierung der beiden Juristen auch als Positionierung zur politischen Ordnung gedeutet werden, wonach Hans Kelsen eine liberale Demokratie verteidigte, die von Carl Schmitt immer offener angegriffen wurde.

Bei Carl Schmitt zeigt sich diese demokratietheoretische Reflexion explizit in seinem Wunsch, das Verfassungsgericht durch einen Reichspräsidenten zu ersetzen,

²⁹ Ott, *Recht und Politik* 2025 (2), 181 (191), siehe auch: Grimm, *Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*, S. 22.

³⁰ Grimm, *Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*, S. 22.

³¹ Kelsen, *Die Justiz* VI 1930/31, 576 (46).

³² Kelsen, *Die Justiz* VI 1930/31, 576 (46).

³³ So auch schon Grimm, *Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*, S. 46.

³⁴ Vgl. Van Ooyen, in: Möllers/van Ooyen, *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, S. 1-23.

um einen plebiszitär legitimierten „Hüter der Verfassung“³⁵ an die Spitze des Staates zu setzen. „Der Gesamtwille des deutschen Volkes“³⁶ ist einer abstrakten Stufenbauordnung vorzuziehen, die sich nur einmalig durch das Volk legitimieren muss. Der Reichspräsident würde bei umstrittenen Verfassungsfragen, weiterhin Volksentscheide ermöglichen. Dezisionismus und Volkswille fallen in der *schmittianischen* Demokratietopologie auch bei Verfassungsfragen zusammen, und geben der rechtlichen Debatte so eine majoritäre Hoheit vor.

Hierbei wird in Form eines „voluntaristischen Demokratieverständnisses“³⁷ eine tagtägliche Identifikation des Volkes mit der eigenen Verfassung vorausgesetzt, da aus der Verfassung eine plebiszitäre Kontinuität erwachse, die diese politische Einheit der ständigen Rückversicherung aussetzt. Demokratie, so hatte Schmitt schon Mitte der 20er Jahre festgestellt, setze „erstens Homogenität“ und zweitens „nötigenfalls – die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen“³⁸ voraus. Einer solchen „identitär-unmittelbaren“³⁹ Demokratiekonzeption, würden dann schließlich auch die Verfassungsgerichtsbarkeit zum Opfern fallen. Weil der Wille des Volkes dem Politischen sein Primat verpasse, darf dieses nicht durch rechtliche Diktate verwässert werden.

Bei Hans Kelsen, so deutet sich dies hier schon an, findet sich eine dezidiert gegenteilige Demokratietheorie. Der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichtes Andreas Voßkuhle hatte vor 10 Jahren nicht ohne Grund betont, dass Kelsen der „wohl größte Demokratietheoretiker des 20. Jahrhunderts sei.“⁴⁰ Dass Kelsens Demokratie-Studie vom „Wesen und Wert der Demokratie“⁴¹ noch heute breit rezipiert wird, hat wohl auch damit zu tun, dass sie eine „der großen Demokratiebegründungsschriften überhaupt“⁴² ist. Etwas präziser müsste man ergänzen, dass sie eine der *liberalen* Demokratiebegründungen schlechthin ist, wonach die Freiheit des Einzelnen der „zentrale Basiswert“⁴³ der Demokratie im *kelsianischen* Sinne ist.

³⁵ Vgl. Kelsen, Die Justiz VI 1930/31, 576.

³⁶ Schmitt, Der Hüter der Verfassung, S. 159.

³⁷ Mehring, 38 Zeitschrift Für Politik 1991, 200 (211).

³⁸ Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 14.

³⁹ Böckenförde, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, S. 368ff.

⁴⁰ Voßkuhle, Der Spiegel Nr. 47/2015, 26 (37).

⁴¹ Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie.

⁴² Boldt, in: Kaase, FS Rudolf Wildenmann, S. 217.

⁴³ Dreier, ad Hans Kelsen: Rechtspositivist und Demokrat, S. 80.

Wo Carl Schmitt die Homogenität des Volkswillens demokratietheoretisch voraussetzt, negiert Kelsen eine solche. Eine „Einheit ist das „Volk“ gar nicht, (...) sondern nur ein System von einzelmenschlichen Akten, die durch die staatliche Rechtsordnung bestimmt sind.“⁴⁴ Im Staat kann der Mehrheitswillen nur insofern aufgehen, als dass er durch den Parlamentarismus und das dazugehörige Parteiensystem kanalisiert wird. Die „Fiktion eines „organischen“ Gemeinwillens“,⁴⁵ die sich in der freien Hand der Exekutive verwirklicht, müssen verworfen werden. An seine Stelle rückt der Parlamentarismus, der durch regelmäßige Wahlen eine funktionale Identifikation von Regierung und Volk ermöglicht. In diesem liberalen Institutionengefüge kann folglich auch das Verfassungsgericht seinen Platz einnehmen.

Aber ganz abseits dieser institutionellen Grundüberlegungen, hat das Verfassungsgericht in einem weiteren Sinne eine fundamentale Rolle. Weil sich Demokratie aus dem *kelsenianischen* Freiheitsbegriff ableitet, muss das Majoritätsprinzip der Demokratie durch die gleichzeitige Garantie von Minderheitsrechten komplementiert werden. Die Majorität, so schreibt Kelsen, setzt nach „ihrem Begriff die Existenz einer Minorität“ und somit ihre „Existenzberechtigung“ voraus.⁴⁶ Hieraus folgt einerseits, dass eine alte *Minorität* jederzeit zu einer neuen *Mehrheit* werden kann – ergo, die prozessuale Dimension der Demokratie. Durch den Minderheitenschutz soll der „demokratische Funktionsmodus der Kompromissfindung“ langfristig garantiert werden.⁴⁷ Als „Vereinssatzung“⁴⁸ soll der demokratische Ablauf kanalisiert werden.

Weil im Ursprung eines freiheitlichen Staates die Verfassung als „zwischen den Gruppen ausgehandelter Grundkonsens“⁴⁹ geschaffen wurde, ist das diesbezügliche Verfassungsgericht als Kontrollinstanz bemächtigt oder gerade dazu verpflichtet, diesen Grundkonsens zu garantieren. Der Modus der Kompromissfindung hat dabei eine materialistische Komponente, da nur durch den Grundrechtsschutz eben dieser Minderheit, die *langfristige* Kompromissfindung im Staate gesichert werden kann.⁵⁰ Im Zweifel muss das Verfassungsgericht sogar den Kompromiss

⁴⁴ Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 15.

⁴⁵ Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 23.

⁴⁶ Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 53.

⁴⁷ Matern, ZPTH 2020 (11-2), 225 (233).

⁴⁸ Van Ooyen, in: Möllers/van Ooyen, Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, S. 5.

⁴⁹ Van Ooyen, in: Möllers/van Ooyen, Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, S. 6.

⁵⁰ Matern, ZPTH 2020 (11-2), 225 (233).

zwischen den innerstaatlichen Gruppen sichern, in dem sie diesen Grundkonsens verfassungsrechtlich interpretiert.

IV. Reflexionen einer liberalen Verfassungsgerichtsbarkeitskritik

Auch wenn Kelsen politisch ein (liberaler) Sozialdemokrat⁵¹ war, sollte es nicht überraschen, dass seine Positionierung in der Verfassungsgerichtsbarkeitsdebatte regelmäßig als die *liberale* Position gelesen wird. Als Fremd- und Feindzuschreibung hatte schon Carl Schmitt mit dieser Beschreibung für Kelsen operiert.⁵² Mit Blick auf seine Demokratietheorie lässt sich davon sprechen, dass Kelsen Vertreter eines „kritischen Liberalismus“⁵³ ist. Noch im amerikanischen Exil hatte Hans Kelsen davon gesprochen, dass sich die „moderne Demokratie nicht vom politischen Liberalismus trennen lasse.“⁵⁴ Dass Philip Manow in der umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit ein Symptom der Verabsolutierung der *liberalen* Demokratietheorien sieht, ist konsequent. Auch Liberale hatten das Institutionengefüge der „liberalen Demokratie“, das in seiner Metamorphose mit dem Konzept der „wehrhaften Demokratie“⁵⁵ in den Befugnissen der Verfassungsgerichte noch weitgehender war, weitgehend übernommen.

Auch das ist zunächst keine Überraschung, brauchten die „Verfassungen der Freiheit“ doch eine Kontrollinstanz, die eine gewisse Distanz zur Exekutive zeigten. Zuletzt hatte Quinn Slobodian (schon vor Philip Manow) in seinem Buch „Globalists“ den Vorwurf aufgebracht, dass das liberale Programm nach dem Zweiten Weltkrieg eines der globalen „Verrechtlichung“ war.⁵⁶ Der globale Liberalismus sollte durch transnationale Normen geschützt werden. Eine Gleichsetzung des Liberalismus mit umfassender Verfassungsgerichtsbarkeit ist allerdings nur die halbe Wahrheit. Das liberale Verhältnis zur staatlichen Wechselwirkung von Mehrheit und Minderheit ist komplexer, als die plumpe Gleichsetzung von Manow impliziert. Im Folgenden soll auf der Grundlage von Ralf Dahrendorfs Werk „Gesellschaft und Demokratie in Deutschland,“⁵⁷ die Grundüberlegungen einer liberalen Kritik an einer umgreifenden Verfassungsgerichtsbarkeit erläutert.

⁵¹ Hacke, Wehrhafte Demokratie, Bundeszentrale für Politische Bildung, <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/inguterverfassung-2024/545648/wehrhafte-demokratie/> (Stand: 4.8.2025).

⁵² Hacke, Existenzkrise der Demokratie: zur politischen Theorie des Liberalismus in der Zwischenkriegszeit, S. 220f.

⁵³ Matern, ZPTH 2020 (11-2).

⁵⁴ Kelsen, Ethics 1955 (66), 1 (25).

⁵⁵ Siehe Loewenstein, Apologie des Liberalen Staatsdenkens.

⁵⁶ Slobodian, Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism.

⁵⁷ Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland.

1. Ralf Dahrendorf und die Hemmnisse der liberalen Demokratie in Deutschland

Vor genau 70 Jahren und damit 20 Jahre nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges, hatte der deutsche Soziologe Ralf Dahrendorf in seinem Buch „Gesellschaft und Demokratie in Deutschland“ die „deutsche Frage“⁵⁸ neu aufgeworfen. Wobei diese Frage die Frage nach den „Hemmnissen der liberalen Demokratie“⁵⁹ in Deutschland implizierte. Wieso, so der Ausgangspunkt von Dahrendorfs Untersuchung, hatte die liberale Demokratie in Deutschland nur zaghaft Fuß fassen können und durch ihre verspätete Institutionalisierung den Nationalsozialisten den Weg für ihre totalitäre Übernahme geebnet?

Dahrendorf folgte Helmut Plessner, um die Bundesrepublik als „verspätete Nation“⁶⁰ zu charakterisieren. Mehrere Gründe seien hierfür ausschlaggebend gewesen, aber allen voran war es die prämoderne Aversion der Deutschen gegenüber dem Konflikt. Während sich in erwachsenen Demokratien eine Auffassung der Freiheit durchsetzte, die „experimentelle Gesinnung, konkurrierende soziale Kräfte und liberale politische Institutionen“ verband, konnte eine solche „in Deutschland nie recht Fuß fassen.“⁶¹ Die *fichteartige* Sehnsucht nach nationaler Einheit und der preußische Staatsdirigismus hatten schon während des 19. Jahrhunderts gewirkt und so die deutsche Nation mit einiger Verspätung auf den Weg der Industrialisierung gebracht.⁶² Während von konservativer Seite die Angst vor einem freien Klassenkampf in den Sozialistengesetzen mündete, hatte sich vor linker Seite die Sorge vor der freien Marktkräften in eine Verteidigungsposition gegenüber der Moderne transformiert.

Ganz abseits der wirtschaftlichen Ebene, konnte Dahrendorf die konfliktaversive Disposition in den deutschen Institutionen nachverfolgen. In den Familien, wo die Väter – so wie die Lehrer in der Schule – als „Richter und Staatsanwalt“ zugleich mögliche Konflikte bereits im Entstehen unterdrückten.⁶³ Im deutschen Strafverfahren hatten sich Staatsanwälte als „objektivste Behörde der Welt“⁶⁴ etabliert,

⁵⁸ Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, S. 14.

⁵⁹ Meifort, Ralf Dahrendorf: Eine Biographie, S. 119f.

⁶⁰ Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, S. 16.

⁶¹ Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, S. 25.

⁶² Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, S. 184.

⁶³ Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, S. 74.

⁶⁴ Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, S. 152.

die mit weitaus mehr Befugnissen als die Verteidiger ausgestattet, durch das Zusammentragen von allen Indizien schon vor dem Richter eine *Lösung* des Konfliktes herbeiführen sollte. In den Universitäten hatte es eine „anti-experimentelle Wissenschaftsgesinnung“⁶⁵ leicht. In der Suche nach einer größeren Ordnung, die sich – etwas überspitzt – von Hegel bis Heidegger erstreckte, wurde eine synthetische Formation der Dinge erstrebt, wonach der Konflikt als Störung der geordneten Gesellschaft verhindert werden musste. Von der Kindheit bis in den beruflichen Alltag; eine konfliktaversive Sozialisierung grassierte und konnte erst durch die „Kulturrevolutionen“⁶⁶ der 60er Jahre zaghafte aufgebrochen werden.

2. Ralf Dahrendorf und eine liberale Kritik des Bundesverfassungsgerichtes?

In der Auflistung aller exemplarischen Institutionen, durfte auch das Bundesverfassungsgericht nicht fehlen. Schon in der Exegese der deutschen Konfliktaversion hatte Dahrendorf auf den Begriff des Rechtsstaates hingewiesen, der von „Robert von Mohl bis zum Grundgesetz“ stets „einer der Fetische der deutschen Politik“⁶⁷ schlechthin war. Während ein verfassungsrechtlicher Boden für die „Verfassung der Freiheit“ zwar unabdingbar sei, sprach aus der deutschen Überhöhung der Verfassung gleichermaßen eine Aversion gegenüber dem Konflikt. Wenn die Demokratie zu scheitern drohte, weil Konflikte die „moralische Substanz“⁶⁸ zerstörten, musste sich die Gesellschaft nicht etwa selbst regulieren – sondern eine übergeordnete Instanz im Zweifel Abhilfe schaffen. Die Liberalität, die sich stets durch eine gewisse Planlosigkeit auszeichnete, würde hier durch einen zweiten Leviathan gebändigt werden, der als moralische Instanz den Bürger darüber hinaus eine – gewissermaßen – *verfassungsrechtliche Leitkultur* vorlebte.

Ralf Dahrendorf überzeugte eine solch *legalistische*⁶⁹ *Herrschaftsweise* nicht. Etwas lakonisch sollte er anmerken, dass für die „Verfassung der Freiheit“ die „Herrschaft des Rechtes weniger wichtig als die Lebendigkeit des Konfliktes“ sei.⁷⁰ Diese Feststellung soll keineswegs implizieren, dass es eine Verfassung nicht brauche, sondern ein gesundes Erwartungsmanagement nahelegen. Ja, ohne eine rechtsstaatliche Basis könne ein freiheitlicher Staat nicht existieren, aber nur eine rechtsstaatliche Basis könnte den freiheitlichen Staat eben auch nicht gewährleisten.⁷¹

⁶⁵ Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, S. 179.

⁶⁶ Marwick, The Sixties: Cultural Revolution in Britain, France, Italy, and the United States 1958-74.

⁶⁷ Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, S. 223.

⁶⁸ Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 112.

⁶⁹ Shklar, Legalism: law, morals, and political trials.

⁷⁰ Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, S. 224-225

⁷¹ Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, S. 225.

Dem Schicksal der Bürokratie ähnelnd, die zum Schutze der Freiheit geschaffen wurde, könnten auch Verfassungen schnell zu einem *Gehäuse der Hörigkeit* verkommen.

Insbesondere in Großbritannien erblickte Dahrendorf eine rechte Balance, die durch eine „gemischte Verfassung“⁷² ein gutes Maß an Freiheit erlaubte. In Deutschland wiederum griff das Recht „tief in die Prozesse der politischen Auseinandersetzung ein.“⁷³ Weil Fragen der Staatsverschuldung oder der politischen Mitbestimmung zum Spielball der Verfassungsgerichte wurden, hatte sich das Recht zum „Element politischer Unbeweglichkeit“ transformiert.⁷⁴ 45 Jahre vor Manow, sollte Dahrendorf mit einer Warnung vor einer weitergehenden „Verrechtlichung“⁷⁵ schließen.

3. Ralf Dahrendorf vis-à-vis Hans Kelsen

Im Gegensatz zu anderen Liberalen wie Judith Shklar⁷⁶ oder Friedrich August von Hayek⁷⁷ hatte sich Ralf Dahrendorf nie dezidiert mit den verfassungsrechtlichen Theorien von Hans Kelsen auseinandergesetzt. Und doch lässt sich im Rückgriff auf Dahrendorf, eine weitere⁷⁸ liberale Kritik an der liberalen Verfassungsgerichtsbarkeitstheorie von Kelsen herausarbeiten.

Zunächst sollte es nicht verwundern, dass die Verfassungsgerichtsbarkeitsdebatte in ihrem Ursprung eine deutschsprachige Debatte ist. Während in Kelsen und Schmitt die zwei Protagonisten auf einen ersten Blick die gegenteiligen Archetypen⁷⁹ der Kontroverse repräsentierten, muss auf einen zweiten Blick festgestellt werden, dass sich in beiden eine konfliktaversive Disposition zeigte, die sich jeweils unterschiedlich ausprägt. In der *schmittianischen* Überhöhung der Majorität, musste sich das Homogene auf Kosten des Heterogenen durchsetzen. Hier grassierte das romantische Ideal eines einheitlichen Volkskörpers, der sich – bestenfalls – durch einen politischen Führer verwirklichen konnte. In seiner Romantisierung

⁷² Dahrendorf, *Der moderne soziale Konflikt*, S. 96-97.

⁷³ Dahrendorf, *Die Chancen der Krise*, 1983, S. 64.

⁷⁴ Dahrendorf, *Die Chancen der Krise*, 1983, S. 64.

⁷⁵ Dahrendorf, *Die Chancen der Krise*, 1983, S. 64.

⁷⁶ Siehe: Shklar, *Legalism: law, morals, and political trials*.

⁷⁷ Nientiedt, CHOPE Working Paper 2020-07.

⁷⁸ Schon Shklar und Hayek hatten, nicht immer mit direkten Bezug auf seine verfassungsrechtlichen Schriften, den *kelsianischen* Rechtspositivismus kritisiert.

⁷⁹ Ott, *Recht und Politik* 2025 (2), 181 (183).

der majoritären Vernunft und der Suche nach einer nationalen Einheit ohne Minderheiten, ist Carl Schmitt bis heute Teil des liberalen Anti-Kanons. Kein Wunder sollte ausgerechnet er den, wie Ralf Dahrendorf es später nennen sollte, „Versuchungen der Unfreiheit“⁸⁰ in seiner Unterstützung der Nationalsozialisten ganz freiwillig nachgeben.

Ralf Dahrendorf wäre dem „kritischen Liberalen“ Hans Kelsen nähergestanden, und doch hätte er auch in ihm eine kontinentalphilosophische Konfliktaversion kritisiert. Zwar hatte Kelsen den *schmittianischen* Majoritätsfetischismus verworfen und die zentrale Rolle von (politischen) Minderheiten in modernen Demokratien anerkannt, aber konnte dabei nicht auf die Romantik einer – nun eben – *verfassungsrechtlichen Leitkultur* verzichten. Während die Idee der Verfassung als „Basis zwischen den Gruppen ausgehandelten Grundkonsens“⁸¹ noch dem liberalen Kanon folgte, sollten die Verfassungsgerichte plötzlich überall als kompromissfindende Instanz erhalten. Bei Kelsen sollte eine Einheit über Umwege sichergestellt werden. Statt (temporäre) Konflikte auszuhalten, musste stets ein Kompromiss gefunden werden – der durch das Verfassungsgericht – als letzte Instanz – garantiert werde.

Dass eine solche funktionale Überfrachtung des Verfassungsgerichtes irgendwann zur Versäulung des Politischen führen könne, wurde bei Kelsen entweder nicht hinreichend bedacht – oder bewusst ignoriert. Wie Ralf Dahrendorf 1982 feststellen sollte, hatte sich in Deutschland weitgehend ein „verfehelter Begriff des Pluralismus (...) eingenistet.“⁸² Pluralismus implizierte hier keine Minimaldefinition mehr, sondern „daß alle überall vertreten sein müssen.“⁸³ Unter diesem „falschen Begriff von Ausgewogenheit“⁸⁴ wurde eine Gesellschaft wieder in genau in eine solche Unbeweglichkeit hineingeführt, die in majoritären Staatsformen grassierte. Weil Hans Kelsen, historisch und geographisch⁸⁵ bedingt, einen ungezügelten *Kampf aller gegen alle* fürchtete, blieb auch seine Demokratiekonzeption weitestgehend paternalistisch und erlaubte keinen Übergang zu einer erwachsenen Demokratie.

⁸⁰ Dahrendorf, *Versuchungen der Unfreiheit*.

⁸¹ Van Ooyen, in: Möllers/van Ooyen, *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, S. 6.

⁸² Dahrendorf, *Die Chancen der Krise*, 1983, S. 64.

⁸³ Dahrendorf, *Die Chancen der Krise*, 1983, S. 64.

⁸⁴ Dahrendorf, *Die Chancen der Krise*, 1983, S. 64.

⁸⁵ Hans Kelsen wurde stark durch das Habsburgerreich als Vielvölkerstaat geprägt, siehe: Fillafer, *Modern Intellectual History* 19-2 2022, 441.

V. Auf der Suche nach dem liberalen Argument

Wie im Rückgriff auf Ralf Dahrendorf gezeigt werden sollte, kann die kelsenianische Positionierung in der Verfassungsgerichtsbarkeitsdebatte nicht als liberaler Archetyp begriffen werden. Zweifelsohne trägt sie ein liberales Element in sich, das sich im Schutz von Minderheiten durch Grundfreiheitsrechte reflektiert. Auch Kelsen selbst, muss als Teil des liberalen Kanons begriffen werden. Gleichmaßen sollte vermieden werden, sich auf eine Überidentifikation mit dem kelsenianischen Argument einzulassen, wonach jede Kritik an umgreifender Verfassungsgerichtsbarkeit als Kritik am liberalen Staat verstanden wird. Eine solche Verbindung von Liberalismus und jeglicher Verfassungsgerichtsbarkeit ist weder von der einen Seite – wie bei Philip Manow – noch von der anderen Seite – wie bei manch Liberalen – produktiv.

Sinnvoller wäre es – wie bei Schmitt und Kelsen – die Positionierung in der Verfassungsgerichtsbarkeitsdebatte als Reflektion der eigenen Demokratietopologie zu begreifen. Eine solche Verbindung zu schaffen, ermöglicht einen *Benchmark* zu skizzieren, um sich zwischen legitimen Grundrechtsschutz und dem Vorwurf eines „entgrenzten Gerichtes“ entsprechend zu positionieren. Dahrendorf selbst hatte mit seiner Konflikttheorie das *Passepartout* für eine liberale Demokratiekonzeption geschaffen, die im Kern den Schutz eines „geregelten Konfliktes“ zentriert. Eine solche Haltung erkennt in der politisch agierenden Majorität per se kein Problem, solange das produktive Potenzial der Meinungsverschiedenheit durch klare Richtlinien festgelegt wird. Die Liberalität des gesellschaftlichen Zusammenlebens ist hier ein Wert für sich und überhaupt erst die Voraussetzung, dass die – für die Demokratie notwendige – moralische Substanz aufrechterhalten wird.

Eine solche Prämisse, die in der liberalen Demokratie eine gewisse Selbstregulation der Bevölkerung voraussetzt, impliziert keine Negation des Rechtsstaates. Um auf eine Metapher von Ralf Dahrendorf zurückzugreifen, muss es darum gehen, im Haus der Freiheit das Verhältnis von Boden und Decke neuzuordnen. Die Grundrechte „sind der Schlüssel zur modernen Welt“⁸⁶ und dabei der unerlässliche Fußboden jedes Staatsbürgers. Ohne einen gleichen Boden, der neben justiziellen

⁸⁶ Dahrendorf, Der moderne soziale Konflikt, S. 63.

Grundrechten⁸⁷ auch Menschenrechte⁸⁸ und gewisse materielle Rechte beinhaltet, kann das Versprechen des universalistischen liberalen Staates nicht erfüllt werden. Gleichmaßen muss verhindert werden, dass eine abgesenkte Decke die Luft des politischen Atmens erschwert. Verfassungsgerichte teilen das Schicksal von Bürokratien, ihre Existenz ist für den Schutz der Freiheit elementar, aber ist der Geist einmal aus der Flasche, ist er schwerlich wieder einzufangen.

“Der moderne gewaltenteilende Verfassungsstaat ist ein Haus mit vielen Wohnungen”, wie auch Matthias Herdegen feststellt, „das dem verfassungsrichterlichen *pouvoir neutre* ganz unterschiedlichen Raum zur Entfaltung bietet.“⁸⁹ Aus liberaler Sicht gilt es neu zu identifizieren, wo ein solcher „Raum zur Entfaltung“ zu einer Bürde der Freiheit wird und der Politik dabei die Entscheidung abnimmt, politische Entscheidungen zu treffen. Eine liberale Verfassungstheorie muss einige Zimmer vor den majoritären Willkürlichkeit der Politik beschützen, aber zumindest im Garten das kreative Chaos der Politik erblühen lassen. In der deutschen Angst vor Konflikten, sollte der Rückgriff auf den verfassungsrechtlichen Hilfssheriff zur Ausnahme und nicht zur Regel werden. Gesellschaftliche Konflikte, so warnte Ralf Dahrendorf vor genau 70 Jahren, lassen sich politisch nur temporär unterdrücken – und schlagen im Zweifel umso radikaler zurück.⁹⁰ Im Zweifel kommt es auf die Selbsterhaltungskräfte der Gesellschaft an – die gilt es ernster denn je zu nehmen.

Literaturverzeichnis

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt am Main 2021.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang/Gosewinkel, Dieter, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Berlin 2019.

Boldt, Hans, Demokratietheorie zwischen Rousseau und Schumpeter, in: Kaase, Max (Hrsg.): Politische Wissenschaft und politische Ordnung: Analysen zu Theorie und Empirie demokratischer Regierungsweise, Wiesbaden 1986, 217–232.

⁸⁷ *Dahrendorf*, Der moderne soziale Konflikt, S. 63.

⁸⁸ *Dahrendorf*, Der moderne soziale Konflikt, S. 164ff.

⁸⁹ *Herdegen*, ZaöRV 69 2009, 257 (265).

⁹⁰ *Dahrendorf*, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, S. 163.

Dahrendorf, Ralf, Versuchungen der Unfreiheit: die Intellektuellen in Zeiten der Prüfung, München 2006.

Dahrendorf, Ralf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, München 1972.

Dahrendorf, Ralf, Die Chancen der Krise: über die Zukunft des Liberalismus, Stuttgart 1983.

Dahrendorf, Ralf, Der moderne soziale Konflikt: Essay zur Politik der Freiheit, Stuttgart 1992.

Dreier, Horst, ad Hans Kelsen: Rechtspositivist und Demokrat, Hamburg 2021.

Ely, John Hart, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Cambridge Mass. 1980.

Fillafer, Franz Leander, Imperial Diversity, Fractured Sovereignty, and Legal Universals: Hans Kelsen and Eugen Ehrlich in their Habsburg Context, Modern Intellectual History 2022, 421–443.

Grimm, Dieter, Recht oder Politik? die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage, Carl-Schmitt-Vorlesungen, Berlin 2020.

Hacke, Jens, Existenzkrise der Demokratie: zur politischen Theorie des Liberalismus in der Zwischenkriegszeit, Berlin 2018.

Hayek, Friedrich A. von, Die Verfassung der Freiheit, Tübingen 1991.

Herdegen, Matthias, Verfassungsgerichtsbarkeit als pouvoir neutre, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2009 (69), 257–266.

Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph, Das entgrenzte Gericht: eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011.

Kelsen, Hans, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 1929, 30–88.

Kelsen, Hans, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie, Tübingen 2019.

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Studienausgabe der 1. Auflage 1934), Tübingen 2020.

Kelsen, Hans, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Die Justiz VI 1930/31, 576-628.

Kelsen, Hans/Zeleny, Klaus, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Ditzingen 2018.

Loewenstein, Karl, Apologie des Liberalen Staatsdenkens, Klostermann Rote Reihe, Frankfurt am Main 2024.

Manow, Philip, Unter Beobachtung: die Bestimmung der liberalen Demokratie und ihrer Freunde, Berlin 2024.

Marwick, Arthur, The Sixties, Cultural Revolution in Britain, France, Italy, and the United States, New York 1998.

Matern, Stefan, Hans Kelsens kritischer Liberalismus. Freiheit, Rechtsstaatlichkeit und Volkssouveränität, ZPTh – Zeitschrift für Politische Theorie 2/2020, 225-239.

Mehring, Reinhard, Carl Schmitts Lehre von der Auflösung des Liberalismus: Das Sinngefüge der »Verfassungslehre« als historisches Urteil, Zeitschrift für Politik 1991, 200–216.

Meifort, Franziska, Ralf Dahrendorf: Eine Biographie, München 2017.

Daniel Nientiedt, Hayek's treatment of legal positivism, CHOPE Working Paper, 2020

Olechowski, Thomas, Hans Kelsen und die Bundesverfassung, Austrian Law Journal 2022 (3), 28-38.

Ott, Nikolai: Carl Schmitt durch die Hintertür?, Recht und Politik 2025 (2), 181–198.

Schmitt, Carl, Verfassungslehre, 11. Auflage, Berlin 2019.

Schmitt, Carl, Positionen und Begriffe, im Kampf mit Weimar Genf Versailles, 4. Auflage, 2014.

Schmitt, Carl, Der Hüter der Verfassung, 4. Auflage, Berlin 2012.

Schmitt, Carl, Der Hüter der Verfassung, Archiv des öffentlichen Rechts 1929, 161–237.

Shklar, Judith N., Legalism: law, morals, and political trials, Cambridge 2006.

Slobodian, Quinn, Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism, Cambridge 2018.

Van Ooyen, Robert Chr., „Wer soll der Hüter der Verfassung sein?“ Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse aus demokratietheoretischer Sicht, in: *Van Ooyen/Möllers* (Hrsg.): Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 1. Auflage, Wiesbaden 2023, 1–23.

Zanon, Nicolò, La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle, Annuaire international de justice constitutionnelle 1991, 177–189.

Parlamentarisierung als Gleichheitsgarant? Eine Untersuchung anhand der Ministererlaubnis in Fusionskontrollverfahren

Kai Fackler, Stefan Edenharder*

LMU München, Universität Augsburg

kai.fackler@campus.lmu.de, stefan.edenharder@gmail.com

Abstract

Die Ministererlaubnis nach § 42 GWB steht im Spannungsverhältnis zwischen Chancengleichheit im Wettbewerb und wirtschaftlicher Macht. Angesichts wiederholter Kritik wegen ihrer Anfälligkeit für Willkür und unsachliche Einflussnahme wird mitunter eine stärkere Beteiligung des Bundestages als Gleichheitsgarant gefordert. Der Beitrag analysiert, inwiefern der Bundestag für die Aufgabe des Gleichheitsschutzes geeignet ist. Nach Herausarbeitung möglicher Missbrauchsanreize für den Minister wird die Möglichkeit der Beteiligung des Bundestages verfassungsrechtlich eingeordnet. Dabei werden verschiedene mögliche Spielarten des Schutzes der Wettbewerbsgleichheit durch das Parlament einer Analyse und Bewertung unterzogen.

I. Einleitung

Tragende Säule der sozialen Marktwirtschaft ist das Versprechen gleicher Chancen auf ökonomischen Erfolg.¹ Dies setzt fairen Leistungswettbewerb voraus, der nur in Abwesenheit marktbeherrschender Strukturen floriert und klar von unproduktiven und behindernden Formen des Wettbewerbs inklusive Monopolbildung abzugrenzen ist.²

Im Spannungsfeld von Chancengleichheit im Wettbewerb und Marktmachtkonzentration steht wie kaum ein anderes Instrument die Ministererlaubnis (§ 42 Abs.

* Cand. iur. Kai Fackler ist Student der Rechtswissenschaft an der LMU München. Dipl.-Jur. Univ. Stefan Edenharder ist externer Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanzrecht und Steuerrecht an der Universität Augsburg.

¹ Raddatz, Chancengerechtigkeit, Bildung und soziale Marktwirtschaft, Berlin 2012, S. 4.

² Vgl. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 42 f., 247.

1 GWB). Sie erlaubt dem Bundeswirtschaftsminister, einen durch das Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss ausnahmsweise unter Gemeinwohlerwägungen zu genehmigen.³

Mit erstaunlicher Regelmäßigkeit ergehen dabei Entscheidungen, die von der (Fach-)Öffentlichkeit höchst kritisch gesehen werden.⁴ Entsprechend oft war das Instrument Gegenstand von Reformvorschlägen, die häufig eine stärkere parlamentarische Einbettung fordern.⁵ Auch der Koalitionsvertrag für die 20. Legislaturperiode und die Wettbewerbspolitische Agenda des BMWK aus dem Jahr 2022 sahen eine (nicht näher konkretisierte) Beteiligung des Bundestages vor.⁶ Diese Überlegungen finden auch in der Rechtswissenschaft Anklang.⁷

Die Idee eines besseren Schutzes vor Willkür durch Einbindung des Bundestages ist keineswegs neu.⁸ Ihre Renaissance ist Ausdruck eines „Parlamentarisierungsreflexes“, der verfassungs- und wettbewerbsrechtliche Fragen aufwirft. Dies nehmen die Autoren zum Anlass, das Konzept „Parlamentarisierung als Gleichheitsgarant“ kritisch zu analysieren.

II. Die Ministererlaubnis nach § 42 GWB – Regelung, Funktion, Kritik

1. Entstehung und Ratio

Bei Einführung der Fusionskontrolle waren deren Auswirkungen noch ungewiss.⁹ So schuf der Gesetzgeber mit der Ministererlaubnis ein politisches Instrument, um im Einzelfall ungewollte Folgen technokratischer Entscheidungen im Interesse des Gemeinwohls zu korrigieren.¹⁰ Als Ausnahmeinstrument war sie ein Kompromiss zwischen Befürwortern und Gegnern der Fusionskontrolle.¹¹ Teils wird sie zudem

³ BT-Drs. 6/2520, S. 31.

⁴ *Bien*, NZKart 2016, 445, vgl. die Bundestagsdebatte im Kontext von E.ON/Ruhrgas mit Formulierungen wie „korruptes Verhalten“, „moralische Katastrophe“, „Klüngelwirtschaft“, Deutscher Bundestag, BT-Prot. 15/40, S. 3288.

⁵ Beispielhaft BT-Drs. 18/10240 zur Ersetzung der Minister- durch eine Parlamentserlaubnis, BT-Drs. 18/11455 zur Einführung eines suspensiven Vetorechts.

⁶ Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 25; Wettbewerbspolitische Agenda des BMWK bis 2025, S. 2.

⁷ Vgl. etwa *Bien*, NZKart 2016, 445 (446); *Konrad*, in: Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 281 (283 ff.).

⁸ Vgl. *Kartte*, BB 1969, 1405, 1408.

⁹ *Mattes*, Ministererlaubnis, S. 44 ff.

¹⁰ *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 42 Rn. 5.

¹¹ *Noll*, Wettbewerbs- und ordnungspolitische Probleme der Konzentration, S. 192.

als Schutzschild gegen politische Einflussnahme gesehen: Die Auslagerung von Gemeinwohlinteressen schärfe den Fokus des BKartA auf wettbewerbliche Gesichtspunkte und sichere dessen Unabhängigkeit.¹²

Trotz ihrer Rechtsnatur als Verwaltungsakt¹³ ist die Ministererlaubnis somit politisch aufgeladen, teils wird sogar die Zuständigkeit des Ministers über politische Legitimation begründet.¹⁴ Der „Einbruch der Politik“ in die behördliche Kartellrechtsanwendung mag berechtigte Kritik auslösen,¹⁵ wird aber vom Gesetzgeber und dem wohl (noch) überwiegenden Schrifttum toleriert.¹⁶ Das Wesen der Ministererlaubnis steht einer Beteiligung des Parlaments damit nicht grundsätzlich entgegen.

2. Schwierigkeiten bei der Ermittlung von Auswirkungen eines Zusammenschlusses

Im Rahmen der Ministererlaubnis ist zu prüfen, ob die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen oder durch überragende Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt wird.

Die unbestimmten Rechtsbegriffe „gesamtwirtschaftliche Vorteile“, „Interessen der Allgemeinheit“, „aufwiegen“ und „rechtfertigen“ eröffnen dem Minister erheblichen Beurteilungsspielraum;¹⁷ zunächst bei der Auswahl relevanter Gemeinwohlbelange¹⁸, sodann bei der Abwägung mit nachteiligen Wettbewerbsauswirkungen (und damit einer Beschränkung der Chancengleichheit am Markt).

3. Ex-Post-Analyse und Missbrauchsgefahr

Die Ex-post-Analyse bisheriger Ministererlaubnisse zeigt: Die erhofften Gemeinwohleffekte blieben meist aus.¹⁹ Stattdessen sieht die Ministererlaubnis sich dem Vorwurf ausgesetzt, Einfallstor für Lobbyismus und Partikularinteressen zu sein – mit schädlichen Folgen für Wettbewerb und Gemeinwohl.²⁰

¹² Studienvereinigung Kartellrecht, Stellungnahme zur öffentlichen Konsultation zur Modernisierung des Wettbewerbsrechts, Düsseldorf 2023, S. 9, Basedow, EuZW 2002, 417, kritisch Podszun, NJW 2016, 617 (619).

¹³ Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 42 Rn. 97.

¹⁴ Kühling/Wambach, WuW 2017, 1.

¹⁵ Vgl. Podszun, NJW 2016, 617.

¹⁶ Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 42 Fn. 32 m.w.N.

¹⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.07.2002, WuW 2002, 980 – E.ON/Ruhrgas.

¹⁸ Zu bisher diskutierten Gemeinwohlerwägungen Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 42 Rn. 64 ff.

¹⁹ Stöhr/Budzinski, WuW 2019, 505 (514 f.).

²⁰ Budzinski/Stöhr, in: ORDO Vol. 69, 216 (242).

Tatsächlich entsteht durch den weiten Beurteilungsspielraum ein nur schwerlich überprüfbares Konglomerat von Wertungen.²¹ Auch die begriffliche Unschärfe des Tatbestands birgt die Gefahr politischer Willkür.²² Die Problematik zeigt sich besonders deutlich in den Fällen E.ON/Ruhrgas und Edeka/Tengelmann: In Ersterem wechselten Minister und Staatssekretär kurz nach der Erlaubnis zu Verfahrensbeteiligten.²³ *Basedow* warf seinerzeit die Frage auf, wie weit entfernt die Bundesrepublik noch von einer „Bananenrepublik“ sei.²⁴ In Zweiterem trat der Vorsitzende der Monopolkommission infolge einer Ministererlaubnis entgegen deren Votum aus Protest zurück und bezeichnete die Entscheidung als „schlechteste aller Lösungen“ in einem „eindeutigen Fall“.²⁵

Ohne diese Fälle einzeln bewerten, wollen die Autoren aus institutionentheoretischer Perspektive der Ministererlaubnis inhärente Missbrauchsrisiken aufzeigen, denen es zu begegnen gilt.²⁶

Bei seiner Entscheidung kann der Minister komplexe Gemeinwohlabwägungen vornehmen.²⁷ Er unterliegt dabei keiner institutionellen Mitentscheidung, die Stärkung der Monopolkommission durch die 9. GWB-Novelle bleibt im Ergebnis symbolisch.²⁸

Nach der „rent seeking theory“ werden Akteure, die eine „rent“ (vorliegend in Form von Marktmacht) erlangen können, versuchen, Einfluss auf die relevanten Entscheidungsträger auszuüben und dabei ihr Partikularinteresse als Interesse der Allgemeinheit darzustellen.²⁹ Der Minister könnte geneigt sein, dem nachzugeben: Während er von der Gruppe, die auf ihn einzuwirken versucht, konkret „belohnt“ wird (sei es durch bloße Zustimmung, Wählerstimmen oder gar Zahlungen), wird der gesamtwirtschaftliche Nachteil, auf die Masse an Betroffenen verteilt, meist

²¹ *Greiffenberg*, in: FS Immenga, S. 173 (195 f.).

²² *Greiffenberg*, in: FS Immenga, S. 173 (198).

²³ *Podszun*, NJW 2016, 617.

²⁴ *Basedow*, in: Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, S. 7.

²⁵ Monopolkommission, Persönliche Presseerklärung von Daniel Zimmer vom 17.03.2016.

²⁶ Die Analyse ist in Anbetracht des Beitragsumfangs knapp gehalten. Näher bei *Konrad*, Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis, S. 32 ff.

²⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.7.2016, NZKart 2016, 380 (385) – EDEKA/Tengelmann: „keine strikt gebundene Verwaltungsentscheidung“.

²⁸ *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 42 Rn. 5.

²⁹ *Congleton/Hillman/Konrad*, in: 40 Years of Research on Rent Seeking, S. 1 ff.

nicht so spürbar, dass er politische Konsequenzen zu befürchten hat („public choice theory“).³⁰

4. Zwischenfazit

Die Ministererlaubnis birgt durch ihren weiten Tatbestand und mangelnde Kontrolle erhebliche Missbrauchspotenziale und kann so die Chancengleichheit im Markt gefährden.

Je vager die Abwägungsfaktoren sind, desto entscheidender wird die Frage, wer das Gemeinwohl definiert – oder ob eine Kontrolle dieser Definitionskompetenz im Verfahren verankert werden kann.³¹ Konsequenter weitergedacht mag es naheliegender erscheinen, dem Bundestag als einziges direkt vom Volk legitimierte Verfassungsorgan mehr Kompetenzen zuzuweisen.³²

III. Parlamentarisierung der Einzelfallentscheidung als Lösung?

Zur Bewertung der Möglichkeit einer Einbindung des Bundestages in die Entscheidungsfindung bei der Fusionskontrolle ist zunächst dessen Stellung im Verfassungsgefüge zu klären.

Seine Kernaufgabe ist die Vertretung des deutschen Volkes.³³ Nur mit dieser profanen Feststellung ist für die Untersuchung freilich nichts gewonnen. Ausgangspunkt des Versuchs weiterer Annäherung sind die grundlegenden Rahmenbedingungen demokratischer Legitimation und die anerkannten Parlamentsfunktionen.

Im Modell der Legitimationsketten³⁴, von dem auch das BVerfG ausgeht³⁵, ist der Bundestag das zentrale Organ. Neben der Vermittlung funktionell-institutioneller Legitimation direkt aus der Verfassung³⁶ vermittelt er sie personell durch Organkreation bzw. die darauf beruhende Bestellung von Amtsträgern³⁷ und sachlich-inhaltlich durch Programmierung staatlichen Handelns, insbesondere im Wege der Gesetzgebung³⁸. Erforderlich ist insgesamt die Erreichung eines bestimmten

³⁰ *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, § 6 Rn. 356.

³¹ *Mattes*, Ministererlaubnis, S. 291.

³² *Konrad*, in: Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 281 (284).

³³ Vgl. *Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 30.

³⁴ Siehe hierzu *Böckenförde*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR II, § 24 Rn. 12 ff.

³⁵ Exemplarisch BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87) m.w.N.

³⁶ Vgl. kritisch *Möllers*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, HdB VerfR, § 5 Rn. 41 m.w.N.

³⁷ Vgl. hierzu nur *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 267 ff.

³⁸ Vgl. hierzu nur *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 90 ff.

Legitimationsniveaus³⁹, wobei die wechselseitige Substitution der einzelnen Legitimationsformen möglich ist⁴⁰. Dem Parlament obliegt es somit, über die Medien der sachlichen Regelung und (mittelbaren) Personalauswahl die Staatsgewalt zu steuern.⁴¹ Nicht missverstanden werden darf das Erfordernis der demokratischen Legitimation von Entscheidungen indes als Vorgabe eines Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts.⁴²

Ergänzend werden dem Parlament im modernen demokratischen Verfassungsstaat in Anlehnung an Bagehot⁴³ die Kontrolle der Regierung und die Herstellung von Öffentlichkeit als Funktionen zugeschrieben.⁴⁴ Diese vier Funktionen sollen im Weiteren als Leitlinie der Betrachtung dienen.

1. Verfassungsrechtliche Bindungen

Wirtschaftliche Regulierung, zu der das Wettbewerbsrecht gehört, findet in einem grundrechtlichen Spannungsfeld statt. Als maßgeblich erweisen sich hier neben der Eigentumsgarantie⁴⁵ insbesondere die Berufsfreiheit, aber auch der allgemeine Gleichheitssatz. Belange der Teilnahme am Wettbewerb – und damit dessen Regulierung – sind maßgeblich im Schutzbereich der Berufsfreiheit angesiedelt.⁴⁶ Die Ausgestaltung der Regulierung betrifft gleichwohl wegen der selbstverständlichen Bindung an Art. 3 GG auch die Frage der Gleichheit.⁴⁷

Diese Bindungen sind zunächst unabhängig von der gewählten Handlungsform. Indes besteht eine besondere Verbindung zum Gesetz als Handlungsform. Dessen grundlegende Idee ist die Allgemeinheit.⁴⁸ Das bedeutet vordergründig, dass es dazu dient, eine nicht abschließend bestimmbare Vielzahl von Fällen zu regeln.⁴⁹

³⁹ Repräsentativ für die stRspr BVerfGE 83, 60 (72).

⁴⁰ *Sommermann*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 170 m.w.N. Teils wird angenommen, dass eine vollständige Substitution möglich ist, siehe *Voßkuhle*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR III, § 43 Rn. 58.

⁴¹ *Möllers*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, HdB VerFR, § 5 Rn. 34.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978, BVerfGE 49, 89 (125).

⁴³ Vgl. *Bagehot*, The English Constitution, insb. S. 117 ff..

⁴⁴ *Leisner*, in: Stern/Sodan/Mörtl, Staatsrecht, § 36 Rn. 40 f.

⁴⁵ Siehe hierzu exemplarisch *Becker*, ZRP 2010, 105 (106 f.).

⁴⁶ Vgl. *Sodan*, in: Stern/Sodan/Mörtl, Staatsrecht, § 125 Rn. 42 f.

⁴⁷ Vgl. *Wollenschläger*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, 8. Auflage 2024, Art. 3 Rn. 258.

⁴⁸ *G. Kirchhof*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, 2014, § 4 Rn. 1.

⁴⁹ Siehe hierzu BVerfG, Urt. v. 17.12.2013, BVerfGE 134, 312 (365) m.w.N.

Damit ist das Gesetz legislatives Gegenstück zur Gleichheit vor dem Gesetz und gewährleistet sie mittelbar.⁵⁰ Im Lichte der notwendigen Berücksichtigung von Gleichheitsaspekten ist damit das Gesetz die sich aufdrängende Handlungsform.

2. Wesentlichkeitstheorie und Einzelfallgesetz

Indes steht im Fokus vorliegenden Betrachtung gerade nicht die allgemeine Regelung, sondern die Einbindung des Parlaments in Einzelfallentscheidungen. Auch für deren Regelung ist das Gesetz zwar nicht grundsätzlich abzulehnen⁵¹, geeigneter erscheint indes einfach ein entsprechender Beschluss. Fremd ist dem Parlament die Einzelfallentscheidung auf diesem Weg nicht, so befindet es dergestalt etwa über bewaffnete Auslandseinsätze der Bundeswehr.⁵² Grund für die Ansiedlung dieser Einzelfallentscheidung beim Parlament ist neben entsprechender Verfassungstradition die Anwendung der Wesentlichkeitslehre⁵³, denn Entscheidungen über Krieg und Frieden zählen zu den grundlegenden gesellschaftlichen Fragen.⁵⁴

Mit Blick auf die Fusionskontrolle erscheint aber – anerkennend, dass die Genehmigung oder Versagung einzelner Fusionen erhebliche Auswirkungen auf das volkswirtschaftliche Gefüge haben können – zweifelhaft, ob die Bedeutung der Entscheidung auch nur im Ansatz vergleichbar ist; ob also die Fusionskontrolle Entscheidungen „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung“⁵⁵ erfordert, die ein Delegationsverbot⁵⁶ für den Gesetzgeber auslösen. Zu konstatieren ist deshalb, dass eine Ansiedlung der Einzelfallentscheidung beim Parlament keineswegs geboten erscheint, sondern eine Delegation auf die Exekutive naheliegt.

3. Gewaltenteilungsgrundsatz

Die Entscheidungsdelegation an die Exekutive wegen fehlender Wesentlichkeit ist nicht notwendiges Übel, sondern im Gewaltenteilungsgrundsatz angelegt. Nach der Idee funktionsgerechter Organstruktur tritt neben den Aspekt der Machtbe-

⁵⁰ *Kau*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, § 41 Rn. 60; vgl. auch *G. Kirchhof*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, 2014, § 4 Rn. 44.

⁵¹ Kritisch zur Rspr. des BVerfG in dieser Hinsicht *Lepsius*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, HdB VerfR, 2021, § 12 Rn. 80 m.w.N.

⁵² Ausführlich hierzu *Wiefelspütz*, ZaöRV 2004, 363 (372 f.).

⁵³ Zu Entwicklung und Gehalt der Wesentlichkeitslehre statt vieler nur *Ossenbühl*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR V, § 101 insb. Rn. 14, 43 ff. m.w.N.

⁵⁴ Instruktiv hierzu *Aust*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 8. Auflage 2025, Art. 87a Rn. 52.

⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978, BVerfGE 49, 89 (126); stRspr.

⁵⁶ Hierzu deutlich *Erichsen*, DVBl. 1985, 22 (27).

grenzung auch die Gewährleistung von Richtigkeit und Objektivität durch sachgerechte Zuordnung als Zweck der Gewaltenteilung; jede Entscheidung ist demnach der Gewalt zuzuordnen, die die strukturell beste Eignung aufweist, sie zu treffen.⁵⁷ Die Ablehnung eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts erfährt darin eine Erweiterung dergestalt, dass es dem Parlament gar verboten ist, jede Entscheidung sachgrundlos nach eigenem Gutdünken an sich zu ziehen. Es bedarf des Verbleibs eines Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung.⁵⁸

Zwar mag es naheliegen, dem Parlament als größeres Kollegialorgan zu attestieren, weniger anfällig für Einflussnahme zu sein.⁵⁹ Das allein indiziert indes keinen Verbleib einer Entscheidung beim Parlament, denn das Argument ließe sich auf ausnahmslos jede Entscheidung anwenden. Auch der Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz weist damit nicht auf den Bundestag, sondern auf die Exekutive als geeigneter Träger der Einzelfallentscheidung.

4. Öffentlichkeit vs. Geheimnisschutz

Entscheidender Antrieb des Rufs nach Parlamentarisierung ist eine stärkere Einbindung der Öffentlichkeit.⁶⁰ Damit erscheint zunächst konsistent, dass das parlamentarische Verfahren auf Öffentlichkeit ausgelegt ist. Ihm wird gerade deswegen ein hohes Potenzial zum Interessensausgleich, zur Stärkung bürgerschaftlicher Kontrolle und zur Sicherstellung von Rationalität zugeschrieben.⁶¹ Dieser Anspruch kollidiert mit Blick auf die Fusionskontrolle indes stark mit dem Interesse der Beteiligten an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse, die ihrerseits verfassungsrechtlichen Schutz genießen.⁶² Soweit sie entscheidungserheblich sind, könnten solche Informationen dem Entscheidungsträger nicht vorenthalten werden, ohne seine Willensbildung zu beeinträchtigen.

Solche Zielkonflikte zwischen Öffentlichkeit und Geheimnisschutz löst das Parlament regelmäßig durch plenareretzende Tätigkeit geheim (oder zumindest nicht öffentlich) tagender Gremien und Ausschüsse.⁶³ Ob das Ziel der gesteigerten Öffentlichkeit der Entscheidung also erreicht würde, scheint höchst fraglich. Auch aus

⁵⁷ *Di Fabio*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR II, § 27 Rn. 10.

⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 17.7.1984, BVerfGE 67, 100 (139) mit Verweis auf *Scholz*, AöR (1980), 564 (598).

⁵⁹ Vgl. *Konrad*, in: Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 281 (283 ff.).

⁶⁰ Vgl. etwa BT-Drs. 18/8078, passim.

⁶¹ *Schliesky*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2016, § 5 Rn. 35 ff.

⁶² Siehe hierzu nur *Helbach*, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, 2012, S. 41 ff.

⁶³ Siehe hierzu §§ 2a, 7 der Geheimschutzordnung des Bundestages.

dieser Sicht ist damit eine Parlamentarisierung der Einzelfallentscheidung nicht geboten.

5. Politisierung des Verfahrens

Es bleibt zuletzt der Aspekt der Politisierung des Entscheidungsverfahrens. Während der zumeist negativ konnotierte Begriff eigentlich nur einen demokratischen Grundzustand beschreibt – nämlich, anstehende Entscheidungen gezielt dem öffentlich geführten Diskurs auszusetzen – kann daraus bei Einzelfallentscheidungen ein tatsächliches Problem erwachsen. Denn ist Politisierung gewollt, um die Entscheidung zu politischer Verhandlungsmasse zu machen, erfordert das als Kehrseite ihre weitreichende Ungebundenheit. Nur dort, wo mangels Bindung Entscheidungsspielraum ist, kann politischer Diskurs zum Treiber einer Entscheidung werden.

Ungeachtet der Frage einer Möglichkeit des Gesetzgebers, sich zur Verhinderung dieses Zustandes selbst zu binden,⁶⁴ fragt es sich, welcher Sinn in einer solchen Bindung liegen soll, wenn die gleiche Mehrheit, die die Entscheidung zu treffen hat, auch die Entscheidungsgrundlage verändern könnte. Daraus folgt: Die Parlamentarisierung der Einzelfallentscheidung ist der Verzicht auf Abstrahierung, auf Allgemeinheit und letztlich auf demokratische Steuerung. Darin manifestiert sich auf Dauer auch ein Gleichheitsproblem, denn dort, wo auf den Maßstab verzichtet wird, wird Opportunität zum Prinzip.

6. Zwischenfazit: Der Bundestag als untauglicher Entscheidungsträger

Es ist nach alledem zu konstatieren, dass die Parlamentarisierung von Einzelfallentscheidungen im Fusionskontrollverfahren den avisierten Gewinn demokratischer Qualität nicht zu leisten geeignet ist, weil dem der grundlegende Fehlschluss automatischer demokratischer Höherwertigkeit einer Legislativ- gegenüber einer Exekutiventscheidung zu Grunde liegt. Die Übertragung solcher Einzelfallentscheidungen auf das Parlament wäre zudem schlicht systemwidrig – sie würde der Rolle des Parlaments im Verfassungsgefüge nicht gerecht, die Entscheidung wäre in seinen Strukturen ein regelrechter Fremdkörper. Einzelfallentscheidungen obliegen nach dem Maßstab der Wesentlichkeitslehre dem Parlament. Fusionskontrollverfahren gehören nicht in diese Kategorie, sie sind klassisches Verwaltungshandeln.⁶⁵ Dem

⁶⁴ Ablehnend etwa *Kischel*, AöR 1999, 174 (203 ff.); ausführlich *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 8. Auflage 2025, Art. 3 Rn. 85 ff.

⁶⁵ Siehe hierzu bereits unter II.1.

Parlament verbleibt als Rolle stattdessen die Wahrnehmung seiner vornehmsten Aufgabe, nämlich Programmierung durch das allgemeine Gesetz.

IV. Alternative Ausgestaltung von Verfahren und Kontrolle

Da eine originäre Entscheidungskompetenz des Bundestages kaum als Gleichheitsgarant in Betracht kommt, müssen andere Reformideen in den Fokus rücken – vorliegend vor allem solche mit stärkerer parlamentarischer Beteiligung.⁶⁶

1. Gesetzgeberische Konkretisierung des § 42 GWB

Erster Anknüpfungspunkt ist die Gesetzgebungsfunktion als zentrale Funktion des Bundestages.⁶⁷ Er darf bei gebotener Berücksichtigung der Gewaltenteilung⁶⁸ nicht konkret-individuell entscheiden, sondern kann abstrakt-generelle Regelungen schaffen, um Unklarheiten und Willkürspielräume zu begrenzen.

Der Tatbestand des § 42 Abs. 1 GWB ließe sich durch einen Katalog anerkannter Gemeinwohlgründe auf Basis anerkannter Fallgruppen eingrenzen.⁶⁹ Das löst nicht das Problem, dass der Minister Gemeinwohlgründe stark subjektiv auslegt,⁷⁰ der Gesetzgeber kann jedoch über Legaldefinitionen verbindliche Leitlinien schaffen. Zugleich ermöglicht die inhaltliche Präzisierung eine effektivere gerichtliche Kontrolle.⁷¹ Je klarer ein Gemeinwohlziel bestimmt ist, desto besser kann überprüft werden, ob nachvollziehbar dargelegt ist, wieso dieses im Einzelfall Vorrang vor dem Wettbewerb erhalten soll.⁷²

Die Berücksichtigung neuer Gemeinwohlbelange ist allein über eine Generalklausel möglich.⁷³ Deren Anwendungsbereich würde aber erheblich eingeschränkt und ihr Ausnahmecharakter weiter hervorgehoben, sodass Missbrauchspotenziale zumindest eingedämmt werden.

⁶⁶ Allgemeine Darstellung etwa bei *Fries*, Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen in der Fusionskontrolle, S. 236 ff.

⁶⁷ *Müller/Drossel*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 34.

⁶⁸ Siehe hierzu bereits oben, III.3.

⁶⁹ *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 42 Rn. 64 ff.

⁷⁰ *Mattes*, Ministererlaubnis, S. 288.

⁷¹ *Meyer-Lindemann*, in: Kartellrecht in der Zeitenwende S. 275 (279).

⁷² Ebenda; ähnlich *Budzinski/Stöhr*, in: ORDO Vol. 69, 216 (244).

⁷³ vgl. *Mattes*, Ministererlaubnis, S. 288 f.

2. Formelle Beteiligung des Bundestages

a) Verfahrenseinbindung

Mehr Transparenz und öffentliche Debatte, angestoßen und institutionalisiert durch den Bundestag, können politische Fehlentscheidungen sichtbar machen und disziplinierend wirken. So ließe sich auch den Anreizen begegnen, welche die Public-Choice-Theorie beschreibt.⁷⁴ Allerdings bestehen bereits umfangreiche parlamentarische Kontrollmechanismen⁷⁵, insbesondere das Fragerecht der Abgeordneten⁷⁶, die Plenardebatte (insbesondere im Rahmen einer aktuellen Stunde, § 106 Abs. 1 iVm Anlage 5 GOBT)⁷⁷ und das Zitierrecht (Art. 43 Abs. 1 GG).⁷⁸

Wie mancher Fußballspieler mit Leichtigkeit durch Gegenspieler dribbelt, haben Bundeswirtschaftsminister in der Vergangenheit Kompetenz darin bewiesen, ihre Entscheidungen an den Empfehlungen der Monopolkommission vorbei zu treffen.⁷⁹ Kritik des Bundestages und der Öffentlichkeit ohne Rechtserheblichkeit dürfte im Konfliktfall zu ähnlich wenig Umdenken führen, exemplarisch hierfür steht das öffentlichkeitswirksame Verfahren EDEKA/Tengelmann.⁸⁰

b) Suspensives Vetorecht des Bundestages

Diese Rechtserheblichkeit hätte ein Vetorecht, das nur durch die Bundesregierung überstimmt werden kann.⁸¹ Die Letztentscheidung verbliebe aber bei der Regierung – einem Gremium, dem der Bundeswirtschaftsminister selbst angehört. Neben folglich zweifelhafter Effektivität steht das Veto im Konflikt mit dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung, das vor allem im Zuge der 9. GWB-Novelle betont wurde.⁸²

Vor allem ignoriert der Vorschlag aber politische Realitäten: Es erscheint kaum plausibel, dass der Koalitionsfrieden wegen einer Ministererlaubnis riskiert würde.

⁷⁴ siehe bereits oben, II.3.

⁷⁵ Vgl. *Müller/Drossel*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 38 ff.

⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 18.07.1961, BVerfGE 13, 123; *Morlok*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Art. 38 Rn. 158.

⁷⁷ *Kersten*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, HdB VerfR, § 11 Rn. 30.

⁷⁸ *Kloepfer*, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, § 2 Rn. 96.

⁷⁹ *Konrad*, in: Kartellrecht in der Zeitenwende, S. 281 (282).

⁸⁰ *Immenga*, ZWeR 2015, 333 (336).

⁸¹ Vgl. BT-Drs. 18/8078.

⁸² *Fries*, Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen in der Fusionskontrolle, S. 259; *Kühling/Wambach*, WuW 2017, 1.

3. Gerichtliche Überprüfung der Ministererlaubnis

Aus der Untauglichkeit vorgelagerter Kontrollmechanismen folgt das Bedürfnis nachträglicher Kontrolle. § 73 GWB eröffnet hierfür die Möglichkeit der Beschwerde. Das Gericht kann zwar nicht die gesamtwirtschaftliche Lage und Entwicklung würdigen (§ 76 Abs. 5 S. 2 GWB) wohl aber Rechtsfragen wie die Auslegung der Gemeinwohlbelange oder das Anstellen sachfremder Erwägungen überprüfen.⁸³

a) „Abkaufen von Wettbewerb“ als Problem

Im Grundsatz besteht auch die Möglichkeit zur Drittanfechtung (§ 73 Abs. 2 S. 2 GWB).

Früher genügte hierfür eine unmittelbare und individuelle wirtschaftliche Betroffenheit des Dritten aus.⁸⁴ Dies führte jedoch zum sog. „Abkaufen von Wettbewerb“: Beschwerden (teils nur zu diesem Zweck eingelegt) wurden zurückgezogen, nachdem dem Beschwerdeführer Zugeständnisse oder Leistungen gewährt wurden.⁸⁵ Hierauf reagierte die 9. GWB-Novelle, Dritte müssen nunmehr geltend machen, in ihren subjektiven Rechten verletzt zu sein.⁸⁶

Mangels subjektiver Ausgestaltung der Wettbewerbsgleichheit⁸⁷ ist Drittschutz und damit auch die effektive Kontrolle der Ministerentscheidung faktisch ausgeschlossen.⁸⁸

Eine angestrebte Verstärkung der gerichtlichen Kontrolle darf nicht in den status quo ante münden. Vorschläge, opportunistische Beschwerden über qualifizierte Anforderungen an die materielle Beschwerde⁸⁹ oder die Einführung eines Missbrauchsverbots⁹⁰ zu verhindern, greifen zu kurz. Ein Beschwerdeführer kann seine

⁸³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.7.2016, NZKart 2016, 380 (386) – EDEKA/Tengelmann; KG, Beschl. v. 07.02.1978, WuW 1978, 487 – Thyssen/Hüller.

⁸⁴ BGH, Beschl. v. 25.09.2007, WuW 2008, 62 (64) – Anteilsveräußerung; Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 42 Rn. 124.

⁸⁵ Vgl. *Bechthold*, NZKart 2016, 553.

⁸⁶ BT-Drs. 18/11446, 30.

⁸⁷ *Podszun/Kreifels*, in: Die 9. GWB-Novelle, S. 331 (347).

⁸⁸ Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 42 Rn. 124, offener *Bremer/Scheffczyk*, NZKart 2017, 464 (466 ff.).

⁸⁹ *Studienvereinigung Kartellrecht*, Stellungnahme zur öffentlichen Konsultation zur Modernisierung des Wettbewerbsrechts, Düsseldorf 2023, S. 7.

⁹⁰ *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme 66/23. Modernisierung Wettbewerbsrecht, Berlin 2023, S. 8.

Absichten auch im Verfahren ändern, zudem dürfte es kaum möglich sein, die Ernsthaftigkeit der Beschwerde ex ante zu erkennen.

b) Effektive gerichtliche Überprüfung durch Aktivlegitimation nicht betroffener Wettbewerbsrüter

Anstelle der Einschränkung der Klagebefugnis ist an der Wurzel des Problems anzusetzen: Fusionierende Unternehmen wollen für sie nachteilige Sachentscheidungen verhindern. Der Anreiz zum Abkaufen von Wettbewerb – und damit opportunistischen Beschwerden – entfielen, wenn unter Umständen unabhängig vom Verhalten der Wettbewerber eine Entscheidung in der Sache erfolgte.

Aufgrund der Dispositionsmaxime ist es nicht möglich, Beschwerdeführern die Rücknahme der Beschwerde zu untersagen.⁹¹ Es würde das Abkaufen von Wettbewerb auch nur in den vorgerichtlichen Bereich verlagern. Stattdessen ist zu erörtern, inwieweit weitere Institutionen hinzutreten können, um im Interesse des Wettbewerbs eine Sachentscheidung herbeizuführen.

(1) Monopolkommission

Durch die Erstellung ihres Sondergutachtens gemäß § 42 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 GWB kennt die Monopolkommission die relevante Materie inklusive der Gemeinwohlbelange.⁹² Eine aktive Beteiligung der Monopolkommission kollidiert jedoch mit deren Stellung als unabhängiges Beratungsgremium.⁹³ Möchte man sie indes grundsätzlich in eine Rolle als Hüterin des Wettbewerbs rücken⁹⁴, stünden auch einer eigenen Aktivlegitimation keine durchgreifenden Bedenken entgegen. Dann würde sich jedoch die grundsätzliche Frage stellen, inwieweit ein Gremium, das auf Vorschlag der Regierung berufen wird (§ 45 Abs. 2 GWB) diese effektiv zu kontrollieren vermag. In Betracht käme stattdessen – in Parallele zum BVerfG – eine Wahl durch den Bundestag, die ebenfalls nicht frei von Problemen ist.⁹⁵

(2) Bundestag

⁹¹ von Wangenheim/Dose, WuW 2017, 182 (188).

⁹² BT-Drs. 16/2460, S. 57: „Die Monopolkommission kann ihren gesetzlichen Auftrag, auch im Rahmen eines Verfahrens nach § 42 GWB, nur dann angemessen erfüllen, wenn sie sich gründlich und umfassend über alle relevanten Aspekte des Sachverhalts informiert.“

⁹³ Vgl. Haucap, in: Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun, GWB, § 47 Rn. 4 f., Thomas, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 44 Rn. 10.

⁹⁴ So schlug etwa Podszun vor seiner Tätigkeit in der Monopolkommission vor, dieser die Entscheidungskompetenz im Verfahren nach § 42 Abs. 1 GWB gänzlich zu übertragen, BMWK (Hrsg.), Stellungnahme Prof. Dr. Podszun zur öffentlichen Konsultation zur Modernisierung des Wettbewerbsrechts, Berlin 2023, S. 7.

⁹⁵ Zur Wahl der Richter am BVerfG Voßkuhle, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Art. 94 Rn. 15.

Legt man den Wunsch zugrunde, das Parlament stärker zu beteiligen, wäre auch an eine Beschwerdebefugnis des Bundestages zu denken – ausgestaltet als Minderheitenrecht, um eine Blockade durch Regierungsfractionen zu verhindern. Vor dem Hintergrund obiger Ausführungen steht die Beteiligung des Parlaments an der Kontrolle eines Einzelfalls, dessen Entscheidung aus guten Gründen nicht in seine Kompetenz fallen soll, nicht über jedem Zweifel. Doch folgt aus der fehlenden Entscheidungszuständigkeit nicht, dass auch der Weg zur gerichtlichen Überprüfung versperrt sein muss.

Die bloße politische Kontrolle des Ministers durch den Bundestag ist nicht ausreichend: Politische Konsequenzen für den Minister beheben wettbewerbliche Nachteile nicht. Es liegt dann ein auf Grundlage der Ministererlaubnis vollzogener Zusammenschluss vor, der auch praktisch (mitunter Jahre später) kaum entflochten werden kann. Dem Bundestag daher eine eigene Beschwerdebefugnis zu gewähren, trüge dem Charakter der Ministererlaubnis als Entscheidung im Kartellverfahren Rechnung, ließe ihre unzweifelhaft bestehende politische Dimension jedoch nicht außen vor. Gerade bei offensichtlichen Widersprüchen zur Stellungnahme der Monopolkommission dürfte der Bundestag ein starkes Interesse an einer gerichtlichen Klärung haben, auch um seine Definitionskompetenz hinsichtlich der Gemeinwohlerwägungen zu verteidigen. Dieses Interesse an der Sachentscheidung kann zudem dem Abkaufen von Wettbewerb vorbeugen.

Mögliche Bedenken, das Beschwerderecht könne als politisches Druckmittel missbraucht werden, sind im Ergebnis nicht durchgreifend. Auch andere Minderheitenrechte, etwa die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses, bergen solche Risiken, ohne dass es bislang zu missbräuchlicher Anwendung in relevantem Ausmaß gekommen wäre. Auch dürfte die Sachkenntnis des Parlaments trotz im Zweifel mangelnder Einarbeitung in Detailfragen genügen, um potenzielle Rechtsverstöße zu erkennen und der gerichtlichen Überprüfung zuzuführen.

V. Zusammenfassung und Stellungnahme

Vorbehaltlich ihrer ersatzlosen Streichung ist anzuerkennen, dass der Ministererlaubnis das Risiko von Willkür und sachfremden Erwägungen inhärent ist. Auf den Ruf nach einer stärker Einbindung des Bundestages als Gleichheitsgarant bleibt dieser eine überzeugende Antwort schuldig.

Die verfassungsrechtliche Analyse macht deutlich: Der Bundestag kann Kernaufgaben der Exekutive, mögen diese auch politisch aufgeladen sein, nicht beliebig an

sich ziehen. Es obliegt ihm vielmehr, Gleichheitsschutz über allgemeine Regelungen zu betreiben und Missbrauchspotentiale einzudämmen.

Auch ein Gleichheitsschutz durch parlamentarische Beteiligung im Verwaltungsverfahren verfehlt sein Ziel. Dadurch wird strukturelle Kontrolle durch symbolische Beteiligung ersetzt, ohne zu einer Befriedung in der Sache zu führen. Bereits jetzt stehen dem Bundestag wirksame Kontrollinstrumente zur Verfügung.

Angesichts des Ausnahmecharakters der Ministererlaubnis als politisch aufgeladener Verwaltungsakt überzeugt es, einer qualifizierten Bundestagsminderheit eine gerichtliche Überprüfung der Entscheidung zu ermöglichen. Diese Form der nachgelagerten Kontrolle wahrt die Gewaltenteilung, respektiert die Zuständigkeit der Exekutive und begegnet zugleich dem Problem des Abkaufens von Wettbewerb. Dieser Gedanke ist allerdings nicht über § 42 GWB hinaus verallgemeinerungsfähig.

In der Gesamtschau ist bezogen auf die Ausgangsfrage zu konstatieren: Parlamentarisierung kann ein demokratischer Gewinn sein und gleichheitsschützend wirken, wenn sie maßvoll in das komplizierte verfassungsrechtliche Geflecht, in dem sich die Fusionskontrolle bewegt, eingewoben wird. Sie ist gleichwohl kein Allheilmittel – weder in Bezug auf die Gewährleistung von Gleichheit noch in Bezug auf die demokratische Qualität von Prozessen und Entscheidungen. Sie trotzdem in Bezug auf beide Ziele nach dem Leitmotiv „Viel hilft viel“ zu fordern, ist nicht mehr als eine fast gauklerische Banalisierung hochkomplexer Strukturfragen.

Literaturverzeichnis

Bagehot, Walter, The English Constitution, 2. Auflage, London 1873.

Basedow, Jürgen, Die Ministererlaubnis muss bleiben, EuZW 2002, 417.

Basedow, Jürgen, Eröffnung: 30 Jahre Monopolkommission, in: Monopolkommission (Hrsg.), Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik. Colloquium anlässlich des 30-jährigen Bestehens der Monopolkommission am 5. November 2004 in der Humboldt-Universität zu Berlin, Baden-Baden 2005, S. 7–10.

Bechthold, Rainer, Ministererlaubnis – ja, aber nicht so, NZKart 2016, 553–554.

Becker, Florian, Entflechtung im Wettbewerbsrecht und Eigentumsgrundrecht, ZRP 2010, 105–110.

Bien, Florian, Die Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Aspekte in der Fusionskontrolle – Gibt es Alternativen zur Ministererlaubnis?, NZKart 2016, 445–446.

Bremer, Eckhardt/Scheffczyk, Fabian, Die Ministererlaubnis nach der 9. GWB-Novelle – Verfahren und Drittrechtsschutz, NZKart 2017, 464–469.

Budzinski, Oliver/Stöhr, Annika, Die Ministererlaubnis als Element der deutschen Wettbewerbsordnung: eine theoretische und empirische Analyse, in: Eucken, Walter/Böhm, Franz (Begr.), ORDO. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Volume 69, Berlin/Boston 2019, S. 216–258.

Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (Hrsg.), Wettbewerbspolitische Agenda des BMWK bis 2025. 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozialökologischen Marktwirtschaft, https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/0-9/10-punkte-papier-wettbewerbs-recht.pdf?__blob=publicationFile&v=8.

Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (Hrsg.), Stellungnahme Prof. Dr. Podszun zur öffentlichen Konsultation zur Modernisierung des Wettbewerbsrechts, Berlin 2023, <https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/stellungnahmen-reform-kartellrecht-2023.html>.

Bundesrechtsanwaltskammer (Hrsg.), Stellungnahme 66/2023 zur öffentlichen Konsultation zur Modernisierung des Wettbewerbsrechts, Berlin 2023, https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2023/stellungnahme-der-brak-2023-66.pdf.

Congleton, Roger/Hillman, Arye/Konrad, Kai, Forty Years of Research on Rent Seeking: An Overview, in: Congleton, Roger/Hillman, Arye/Konrad, Kai (Hrsg.), 40 Years of Research on Rent Seeking 1. Theory of Rent Seeking, Berlin/Heidelberg 2008, S. 1–42.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 3. Auflage, Tübingen 2015.

Dürig, Günter (Begr.) / *Herzog, Roman / Scholz, Rupert* (Hrsg.), Grundgesetz, Werkstand 106. EL, München 2024.

Erichsen, Hans-Uwe, Die sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßgaben, DVBl. 1985, 22–34.

Eucken, Walter, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Auflage, Tübingen 1990.

Fries, Lukas, Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen in der Fusionskontrolle. Überlegungen zur Reformbedürftigkeit der Ministererlaubnis nach § 42 GWB, Baden-Baden 2020.

Greiffenberg, Horst, Die Gemeinwohlabwägung im Ministererlaubnisverfahren – Der Beitrag der Monopolkommission, in: Fuchs, Andreas/Schwintowski, Hans-Peter/Zimmer, Daniel (Hrsg.), Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung. Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 173–199.

Helbach, Clemens, Der gestufte Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vor Parlament, Presse und jedermann, Berlin 2012.

Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021.

Huber, Peter/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band 1, 8. Auflage, München 2024.

Huber, Peter/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band 2, 8. Auflage, München 2024.

Immenga, Ulrich, Minister als Akteure der Fusionskontrolle, ZWeR 2015, 333–341.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 3, 7. Auflage, München 2025.

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 2, 3. Auflage, Heidelberg 2004.

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 3, 3. Auflage, Heidelberg 2005.

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 5, 3. Auflage, Heidelberg 2007.

Jestaedt, Matthias, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung – Entscheidungsteilhaber Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, Berlin 1993.

Kartte, Wolfgang, Fusionskontrolle, BB 1969, 1405–1408.

Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen/Podszun, Rupprecht (Hrsg.), Kartellrecht, 5. Auflage, 2025.

Kirchhof, Gregor, Die Funktion des allgemeinen Gesetzes, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung – Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg 2014, § 4.

Kischel, Uwe, Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz, AöR 1999, 174-211.

Kloepfer, Michael, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022.

Konrad, Maximilian, Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis, Berlin 2019.

Konrad, Maximilian, Von der Ministererlaubnis zur Parlamentserlaubnis?, in: Kirk, Alexander/Offergeld, Philipp/Rohner, Tristan (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende. Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, Baden-Baden 2023, S. 281–286.

Kühling, Jürgen/Wambach, Achim, Ministererlaubnisverfahren – Kein Anlass zu grundlegenden Reformen, WuW 2017, 1.

Mattes, Friederike, Die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle, München 2004.

Meyer-Lindermann, Hans Jürgen, Das Ministererlaubnisverfahren: „Wichtiges Element“ im „Zentrum der Wirtschaftspolitik“, in: Kirk, Alexander/Offergeld, Philipp/Rohner, Tristan (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende. Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, Baden-Baden 2023, S. 275–280.

Monopolkommission (Hrsg.), Persönliche Presseerklärung von Professor Dr. Daniel Zimmer vom 17. März 2016, <https://www.monopolkommission.de/de/pressemitteilungen/37-ruecktritt-des-vorsitzenden-der-monopolkommission-wegen-ministererlaubnis-fuer-edeka-kaiser-s-tengelmann.html> (Stand 05.08.2025).

Morlok, Martin/Schliesky, Utz/Wiefelspütz, Dieter (Hrsg.), Parlamentsrecht – Praxishandbuch, Baden Baden 2016.

Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Säcker, Franz Jürgen/Meier-Beck, Peter (Hrsg.), Band 2, 4. Auflage, München 2022.

Noll, Bernd, Wettbewerbs- und ordnungspolitische Probleme der Konzentration, Spardorf 1986.

Podszun, Rupprecht, Die Ministererlaubnis – Einbruch der Politik ins Recht der Wirtschaft, NJW 2016, 617–619.

Podszun, Rupprecht/Kreifels, Stephan, Ministererlaubnis und Verfahrensrecht, in: Kersting, Christian/Podszun, Rupprecht (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, München 2017, S. 331–349.

Raddatz, Guido, Chancengerechtigkeit, Bildung und Soziale Marktwirtschaft, Berlin 2012, https://www.stiftung-marktwirtschaft.de/wp-content/uploads/2024/08/Argument_118_Chancengerechtigkeit_2012_11.pdf.

Sozialdemokratische Partei Deutschlands/ BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/Freie Demokratische Partei (Hrsg.), MEHR FORTSCHRITT WAGEN. Koalitionsvertrag 2021–2025, Berlin 2021.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin 2006.

Scholz, Rupert, Parlamentarischer Untersuchungsausschuß und Steuergeheimnis, AöR 1980, 564–622.

Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band 2, 2. Auflage, München 2022.

Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band 4, 2. Auflage, München 2022.

Stöhr, Annika/Budzinski, Oliver, Gemeinwohl durch Marktmacht? Eine Ex-Post-Analyse der Ministererlaubnis-Fälle, WuW 2019, 508–515.

Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (Hrsg.), Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zur öffentlichen Konsultation zur Modernisierung des Wettbewerbsrechts, Düsseldorf 2023, https://www.studienvereinigung.de/sites/default/files/fields/paragraphs/listitem_download/download/Konsultation%20BMW%20-%20Studienvereinigung_231204.pdf.

Towfigh, Emanuel/Petersen, Niels, Ökonomische Methoden im Recht. Eine Einführung für Juristen, 3. Auflage, Tübingen 2023

Von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Begr.), Grundgesetz, Band 1, 8. Auflage, München 2025.

Von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Begr.), Grundgesetz, Band 2, 8. Auflage, München 2025.

von Wangenheim, Georg/Dose, Michael, Die Ministererlaubnis im GWB als strategisches Instrument. Zur Verhandelbarkeit der gerichtlichen Kontrolle der Ministererlaubnis, WuW 2017, 182–189.

Wiefelspütz, Dieter, Die militärische Integration der Bundeswehr und der konstitutive Parlamentsvorbehalt, ZaöRV 2004, 363–389.

