

Hamburger Rechtsnotizen

Ausgabe
2023
13. Jahrgang



AUS DEM INHALT

Lauritz Wilde

Feminist Approaches to
International Law – an Overview

Jennifer Grafe

Zu den Reformbestrebungen
am Gesetz zum Schutz vor
Konversionsbehandlungen

Yannick Häntzschel

Real Time Bidding –
Die Vermarktung von
Werbeflächen im Internet

Johannes Schurian

In Griechenland international
Schutzberechtigte –
eine Rechtsprechungsgenese

Hamburger Rechtsnotizen

Call for Papers

Die Redaktion plant laufend die Inhalte des nächsten Hefts der HRN, welche die Gebiete **Zivilrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht und Grundlagen des Rechts** behandeln sollen, und bittet um die Einreichung interessanter Beiträge in Form von **Aufsätzen**. Nach Rücksprache mit der Redaktion ist ebenfalls die Wahl eines **anderen Formats möglich**, beispielsweise eine Reportage oder ein Interview.

**Beiträge von
Studierenden
ausdrücklich
willkommen!**

Mehr Informationen gibt es hier:

hamburger-rechtsnotizen.de



Oder auf Instagram:

@hamburger_rechtsnotizen

Editorial

Liebe Leser:innen,

was haben feministische Perspektiven im Völkerrecht, die Vermarktung von Werbeflächen im Internet (sogenanntes Real-Time-Bidding) und die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland gemeinsam? Richtig, es handelt sich um Themen von aktueller gesellschaftspolitischer Relevanz, mit denen viele noch offene Rechtsfragen einhergehen. Und um Themen, die dem Öffentlichen Recht entspringen. Dieser Schwerpunkt war nicht vorgegeben, sondern entwickelte sich dynamisch – und zeigt die Vielfalt dieses Rechtsgebietes auf. In seiner Funktion, primär die Beziehungen zwischen Bürger:innen und Staat zu regeln, berührt es unser aller Leben in vielzähligen Bereichen. Das Öffentliche Recht setzt den Rahmen der staatlichen Machtausübung, es ermächtigt und begrenzt den Staat zugunsten der Interessen und Bedürfnisse der Bürger:innen. Die Beiträge dieser Ausgabe nehmen erfrischend klare und zuweilen kritische Perspektiven ein. Die Beiträge beleuchten die staatlichen Möglichkeiten zum Schutz der sexuellen Orientierung besonders vulnerabler Gruppen vor dem Hintergrund durchgeführter Konversionbehandlungen und hinterfragen bestehende patriarchale Machtstrukturen, die dem (Völker-)Recht inhärent sind und noch fortauern. Sie analy-

sieren unterschiedliche gesellschaftliche Verständnisse von Behinderungen, die rechtlichen Definitionen zugrunde liegen und einer finalen Verwirklichung von tatsächlich gleichen Möglichkeiten auf gesellschaftliche Teilhabe entgegenstehen. Und sie stellen die Umsetzung (menschen-)rechtlicher Mindestgarantien zur Sicherung eines würdevollen Lebens auch marginalisierter Gruppen auf den Prüfstand und veranschaulichen die vielen bestehenden Diskrepanzen zwischen Recht und Realität bezüglich des Schutzes Geflüchteter. Die Beiträge dieser Ausgabe zeigen Defizite auf und fordern die tatsächliche Umsetzung rechtlicher Zusicherungen konsequent ein; sie benennen durch strukturelle und systemische Analysen konkrete Handlungsfelder.

Schließlich veranschaulichen die Beiträge dieser Ausgabe auch, dass ein juristischer Aufsatz nicht immer einem klassischen Muster folgen muss, um spannend und aufschlussreich zu sein. Innovative Darstellungsmethoden können hilfreich sein, sich einem Thema, das besonderes fachliches Vorwissen voraussetzt, in einer juristischen Analyse zu nähern. Dies zeigt der Beitrag zu Real-Time-Bidding in eindrucksvoller Weise auf. Seien es zunächst überraschende stichpunktartige Aufzählungen und kompliziert anmutende Beschreibungen technischer Prozesse, sind sie doch die beste Form, um einem breiten

Editorial

Publikum das zum Nachvollziehen der rechtswissenschaftlichen Ausführungen nötige Hintergrundwissen an die Hand zu geben. Es wäre ein Leichtes gewesen, diese Informationen in einen Fließtext einzuweben und so überlieferten – und vielleicht sogar überkommenden – Ansprüchen zu entsprechen. Doch wäre der Erkenntnisgewinn womöglich sogar geringer, da Wichtiges in der Fülle des Textes untergeht. Das Überdenken von Methoden, Darstellungs- und Erklärungsweisen ist eine wichtige Voraussetzung für die Weiterentwicklung unserer wissenschaftlichen Arbeit.

Diese kritischen und innovativen Ansätze der Beiträge sind nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass diese Ausgabe viele studentische Beiträge enthält. Häufig sind es Studierende, die den rechtswissenschaftlichen Diskurs um frische - vielleicht sogar disruptive - Perspektiven bereichern. Eine Möglichkeit, kritisches Denken zu erlernen und ganz nebenbei neue Freundschaften zu schließen, zeigen die Berichte über den Philip C. Jessup sowie den Willem C. Vis Moot Court auf. Wer sich über

Wochen und Monate intensiv mit einem Fall beschäftigt und für die Interessen einer Seite streiten muss, lernt die eigenen Grenzen kennen und findet Wege für sich und als Team, diese zu überwinden.

Die kritische Analyse des Rechts ist ein essentieller Bestandteil der juristischen Ausbildung, der leider im Curriculum – immer noch – nicht ausreichend Beachtung findet. Deshalb möchten wir noch einmal explizit alle Studierenden ermutigen, sich intensiv mit einem Thema aus dem Straf-, Zivil- und Öffentlichem Recht sowie den Grundlagen des Rechts auseinanderzusetzen und uns eure Ausarbeitungen für weitere spannende und innovative Ausgaben der Hamburger Rechtsnotizen zukommen zu lassen!

Louisa Sophia Hadadi Awal Bajestani und
Paul Ole Gasthuber
Redakteur:innen für öffentliches Recht

Inhalt

Aufsätze

Lauritz Wilde

Feminist Approaches to International Law – an Overview 2

Jennifer Grafe

**Zu den Reformbestrebungen am Gesetz zum Schutz vor
Konversionsbehandlungen** 10

Yannick Häntzschel

Real Time Bidding – Die Vermarktung von Werbeflächen im Internet 19

Johannes Schurian

**In Griechenland international Schutzberechtigte –
eine Rechtsprechungsgenese** 29

Antonia Gillhaus

**Der aktuelle Stand der (legislativen) Umsetzung der
UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland – eine Bestandsaufnahme** 40

Fiete Schacht

Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit rückwirkender Gesetze im Steuerrecht 51

Erfahrungsberichte

Judith Geerken, Maximilian Leste, Felix Roßa

“Council, the floor is yours...” 62

Ein Erfahrungsbericht über die Teilnahme am 30. Willem C. Vis Moot

Paul Enders, Laura Freiburger, Anna Guo, Jennifer Pham

“May it please the court.” 65

Ein Erfahrungsbericht des Philip C. Jessup Moot Courts 2022/2023

Aufsätze

Feminist Approaches to International Law – an Overview

In recent decades, feminism has developed from a niche topic to one that is discussed in the political and social mainstream. In the process, the term is often used as a buzzword, both by proponents and opponents. But feminism has also found its way into academic discourse, including in the field of law. The last two decades of the 20th century then saw the development of a feminist approach to international law. Based on the various currents of feminism, the article offers an introduction to feminist perspectives on public international law and presents a selection of criticisms of existing norms.

I. Introduction

Although feminist debates in general and feminists' engagement with law began in the 17th and 18th centuries, there were only sporadic approaches to transfer feminist criticism to the level of international law. Therefore, the article named "Feminist Approaches to International Law" by the international legal scholars Hilary Charlesworth, Christine Chinkin and Shelley Wright published in 1991 was seminal.¹ Building on this article, a decade of intensive engagement with the issue began. The present work starts with an overview of the main feminist approaches in general and continues with their transmission to international law. Since the original primary literature assumes a binary understanding of gender roles, this article does not go beyond that. In the meantime, however, international law is also being considered from a queer perspective.²

Due to the large body of feminist theory dealing with a wide variety of topics in international law,

1 Charlesworth et al., *Feminist Approaches to International Law*, *AJIL* 85 (1991), p. 613 ff.

2 See e.g. the *AJIL Unbound Symposium on Queering International Law*.

only a few examples of feminist critique can be highlighted here. I chose the critiques that seemed to me to be the most considerable, but feminist approaches are much more far-reaching than described here and could also be analysed against the background of intersectional discrimination³. For instance, the criticism of the international economic order,⁴ the concept of the state and state sovereignty⁵ or a debate on women and environmental justice⁶ could not be addressed.

Before examining feminist approaches to international law, I should remark that I am not perceived as a woman. My engagement with the topic is therefore based exclusively on literature and discussions and not on experience.

II. Theoretical Base

The starting point of this article must be the question of what specifically constitutes feminist approaches to international law. The guiding concept of this approach is feminism, so that a theoretical base must be created starting from it. The political scientist Nancy Hartsock wrote that "[...] feminism is a mode of analysis, a method of approaching life and politics, a way of asking questions and searching for answers, rather than a set of politi-

3 Intersectional discrimination refers to a situation in which several grounds of discrimination operate and interact with each other.

4 E.g. Beveridge, *Feminist Perspectives in International Economic Law*, in: Buss/Manji (ed.), *International Law: Modern Feminist Approaches*, 2005, p. 173 ff.; Pahuja, *Trading Spaces: Locating Sites for Challenge within International Trade Law*, *AFLW* 14 (2000), p. 38 ff.

5 E.g. Knop, *Re/Statements: Feminism and State Sovereignty in International Law*, *TLCP* 3 (1993), p. 293 ff.

6 E.g. Verchick, *In a Greener Voice: Feminist Theory and Environmental Justice*, *HWLJ* 19 (1996), p. 23 ff.

cal conclusions about the oppression of women”⁷. This quote illustrates well how the method of feminist scrutinising should be understood: rather as questioning and exposing the limits of international law and its claim of objectivity and impartiality than as the fabrication of a single overarching theory of feminist international law.⁸ Therefore, feminist approaches cannot be pinpoint to a common point of view or methodological procedure but rather are linked by a shared concern – the domination of women by men – and a shared goal – the challenge of the structures that permit this dominance.⁹ Regarding the multiple approaches, Charlesworth notes the following: “When confronted with a concrete issue, no theoretical approach or method seems adequate. A range of feminist theories and methods are necessary to excavate the issues.”¹⁰ This understanding is supported by the context-dependent experiences and demands of women.¹¹ Feminist approaches have to cover such a wide range of experiences which is why a variety of approaches is necessary.¹² Although the individual theories clearly were useful and necessary to advance the feminist goal, the bigger picture will only be received by not pinning oneself down to one approach concerning the male dominance and its mechanisms in society.¹³

1. Schools of Thought

Since women around the world make diverse experiences and the understanding of gender equality changed over time, different schools of thought of feminist (legal) theory have emerged. The first one being liberal feminism which arose out of the liberal dogma that all men are created equal.¹⁴ This

7 Hartsock, *Feminist Theory and the Development of Revolutionary Strategy*, in: Eisenstein (ed.), *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminism*, 1979, p. 56 (58 f.).

8 Charlesworth, *Feminist Methods in International Law*, *AJIL* 93 (1999), p. 379 (379).

9 Charlesworth et al., *AJIL* 85 (1991), p. 613 (621).

10 Charlesworth, *AJIL* 93 (1999), p. 379 (381).

11 Which is why one must be careful using “women” as an analytical category, cf. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, *HLR* 103 (1990), p. 829 (834). Nevertheless, for convenience I will use the term “women”.

12 Cf. Buss/Manji, *Introduction*, in: Buss/Manji (ed.), *Modern Feminist Approaches*, 2005, p. 1 (6 f.).

13 Cf. Charlesworth/Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, 1. Edition 2000, p. 50.

14 Williams, *Feminism and Post-Structuralism*, *MLR* 88 (1990), p. 1776 (1783).

approach aims to ensure women the same rights, opportunities, and treatment as men. Therefore, it is also called equal treatment theory.¹⁵ It has been criticised that this theory is gender-blind as its supporters attempt to lift women up to the status of men, but do not question the underlying system of norms or engage with potential differences between the genders.

Building on the demand of gender-neutral laws, difference or special treatment theorists nevertheless identify fundamental differences between women and men that allow different treatment in areas like pregnancy or childbearing/rearing.¹⁶ Difference theorists were influenced by psychologist Carol Gilligan, whose research indicates that, when confronted with moral problems, young boys rely on an “ethic of rights” and base their decision-making on abstract logic and objectivity whereas young girls, who rely on an “ethic of care”, are concerned with values of caring and relationships.¹⁷ Therefore, they state that women and men have different methods of acquiring knowledge and making decisions.¹⁸ With regard to law, they criticize that the language of law and the base it operates on privilege the attributes ascribed to men over the ones ascribed to women, thereby failing to account for differences.¹⁹ The theory itself is criticised for constructing a strong dichotomy between male and female thus neglecting people who do not fit in either category²⁰ and for appearing to promote the idea that men cannot be included in feminism.²¹

Radical feminists stop asking whether women are like men or not and deem the determining aspect of social relations between women and men to be domination and subjugation.²² Catharine MacKinnon, who is one of the most prominent exponents of this approach, criticises that the above-mentioned

15 Charlesworth/Chinkin, *Boundaries*, 1. Edition 2000, p. 38 f.

16 Levit, *Feminism for Men: Legal Ideology and the Construction of Maleness*, *UCLA Law Review* 43 (1996), p. 1037 (1044 ff.).

17 Gilligan, *In A Different Voice: Psychological Theory and Women’s Development*, 1982, p. 9-23, 164, 174.

18 Levit, *UCLA Law Review* 43 (1996), p. 1037 (1045).

19 Charlesworth/Chinkin, *Boundaries*, 1. Edition 2000, p. 40 f.

20 Levit, *UCLA Law Review* 43 (1996), p. 1037 (1046).

21 E.g. West, *Economic Man and Literary Woman: One Contrast*, *MLR* 39 (1988), p. 867 (869).

22 MacKinnon, *Feminism Unmodified*, 1994, p. 3.

theories accept a male benchmark.²³ She calls attention to social institutions and practices such as sexual harassment, prostitution, restrictions on abortions and inadequate responses to violence against women that promote gender inequality and the oppression of women.²⁴ Radical feminists argue that gender coincides with power, which is why gender equality can only develop through a shift in power.²⁵ Radical feminism is criticised for considering men as a unitary collective: “none are better, some are worse, and all are guilty.”²⁶

Postmodern feminism is sceptical of all universal explanations of the oppression by men made by the modern feminist theories²⁷ since there is no universal experience of women. Instead, realities vary based on the women’s class, religion or culture.²⁸ It shoves aside the sameness/difference-debate regarding men and centres the differences between women. The knowledge of women is contextual and partial. Hence there are multiple points of view.²⁹ Absolute knowledge about e.g. “the female” is questioned and, in contrast to essentialism,³⁰ the category “woman” is seen as constituted through the social context rather than determined by a core identity.³¹ Language, especially legal language, plays an important role constructing and reconstructing categories like “female” and “male”.³² Postmodern feminists, therefore, advocate applying different approaches to eliminate gender inequalities.³³

The last school of thought I would like to introduce is Third World feminism³⁴ which is critical of the blanket transfer of western/white/northern feminist theories to realities of women in the Global South.³⁵ Third World feminists argue that there is more to the oppression of women than sex or gender. Aspects as race, colonialism, or global capitalism typically do not play a role in western feminist theory. Therefore, they focus on topics like the eradication of poverty and the ways the global economy maintains poverty.³⁶ Essentialism is, just as it is by postmodern feminists, rejected and a more complex analysis of the oppression of women is demanded.³⁷

2. Transmission of Feminist Ideas to International Law

An innocent observer might ask whether there is a need for a feminist approach to international law since international law governs the relations between states, regardless of the gender of their citizens. But the idea of an unbiased, objective (international) law is outdated, which can e.g., be seen in the law adapting to social developments.³⁸ Feminism as a way of analysing life by following academic principles can help to identify and illuminate inequities. Just as the New Haven school, that analyses public international law through a policy-oriented perspective, or Critical Legal Studies, that analyse law with the understanding that it cannot be entirely separated from politics and often serves the powerful and wealthy, a feminist perspective on international law contributes to understanding law and its influence on society. What follows from the discoveries has to be deter-

.....

23 MacKinnon, *Feminism Unmodified*, 1994, p. 33 f.
 24 See e.g. MacKinnon, *Not a Moral Issue*, YLPR 2 (1984), p. 321 (325 ff.).
 25 Levit, *UCLA Law Review* 43 (1996), p. 1037 (1049).
 26 Levit, *UCLA Law Review* 43 (1996), p. 1037 (1049).
 27 Modern meaning the second wave of feminism beginning in the 1960s.
 28 Frug, *Sexual Equality and Sexual Difference in American Law*, NELR 26 (1992), p. 665 (674).
 29 Charlesworth/Chinkin, *Boundaries*, 1. Edition 2000, p. 44 f.
 30 Frug, *NELR* 26 (1992), p. 665 (672).
 31 Bartlett, *Feminist Legal Methods*, HLR 103 (1990), p. 829 (877 f.).
 32 Charlesworth/Chinkin, *Boundaries*, 1. Edition 2000, p. 45.
 33 E.g. Radin, *The Pragmatist and the Feminist*, SCLR 63 (1990), p. 1699 (1718 f.).

34 Although the use of the phrase “third world” is critically viewed, the authors of Third World feminist literature frequently and deliberately use it to describe their scholarship (cf. inter alia Mohanty, “Under Western Eyes” Revisited: Feminist Solidarity through Anticapitalist Struggles, *Signs* 28 (2003), p. 499 (505 f.)) Therefore, I chose to follow their handling.
 35 Johnson-Odim, *Common Themes, Different Contexts: Third World Women and Feminism*, in: Mohanty et al. (ed.), *Third World Women and the Politics of Feminism*, 1991, p. 314 (314 f.).
 36 Charlesworth/Chinkin, *Boundaries*, 1. Edition 2000, p. 47; for a critical overview of the economic world order cf. inter alia Anghie, *Legal Aspects of the New International Economic Order*, *Humanity* 6 (2015), p. 145 ff.
 37 Mohanty, *Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourse*, *boundary 2* 12 (1984), p. 333 (344).
 38 In the context of international law the transformation of the right of colonizing states into a (human) right to development is an examples of this.

mined by a debate in the community. But taking the academic path and analysing the power structures women and men (and everyone else) live in is indispensable.

Whether one calls it patriarchy or not, there is a male pre-eminence in our daily lives, in politics as well as in international law. To illustrate this, I will now turn to the critique that follows from a feminist approach to international law.

III. Critique Based on Feminist Approaches

The critique of international law from a feminist perspective is comprehensive and evolving, as are the life circumstances that international law addresses. I decided to consider the critique on (1.) international institutions and organisations, (2.) the public/private distinction, (3.) human rights and (4.) the law of armed conflict. The following discussion is of course only an overview of the topics.

1. Institutions and Organisations

The first glance is directed at a few institutions and organisations within international law, the common feminist question in mind: “Where are all the women?”³⁹ Until 1995, when Rosalyn Higgins was elected, the bench of the International Court of Justice (ICJ) was entirely male. By 2021, the bench consists of three women and eleven men. In this regard it is interesting, and perhaps questionable, that the international community minds an equitable geographic distribution of the members of the court,⁴⁰ but not an equitable distribution of gender.⁴¹ In contrast, the Statute of the International Criminal Court (ICC) holds that the need for a fair representation of female and male judges should be considered in the selection of the judges.⁴² It was drafted in the 1990s, decades later than that for the ICJ, and thus after the

.....

39 Cf. *Buss/Manji*, Introduction, in: Buss/Manji (ed.), *Modern Feminist Approaches*, 2005, p. 1 (8); *Chinkin* et al., *Feminist Approaches to International Law: Reflections from Another Century*, in: Buss/Manji (ed.), *Modern Feminist Approaches*, 2005, p. 17 (19 f.).

40 Art. 9 ICJ-Statute.

41 *Chinkin* et al., in: Buss/Manji (ed.), *Modern Feminist Approaches*, 2005, p. 17 (21).

42 Art. 36 VIII lit. a) no. (iii) ICC-Statute.

international community had had its first experience with the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and Rwanda, where the differences were visible that exist when women judges are present.⁴³ Due to this, the court started with seven female judges out of 18 and, by now, has reached gender equality on the bench. Concerning the treaty-based bodies of the United Nations (UN), considerably more men than women are members,⁴⁴ except for the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW Committee), which is composed of only one man and 22 women. Similarly, in 2017 only 23.7 percent of the seats in national parliaments were held by women⁴⁵ and in 2023 only 31 out of 193 UN member states have a female head of state and/or government.⁴⁶ The composition of international institutions reflects the composition in national parliaments and governments, thus women are usually underrepresented. This is the case despite the recognition that the equal participation of women and men in all spheres of society is necessary for the development of a country, the achievement of lasting peace and the well-being of the world in general.⁴⁷ According to the CEDAW Committee, the exclusion of women in political and public life also creates a democratic deficit.⁴⁸ It states that for women to have real influence and to counterbalance the effects of male numerical superiority, a participation rate of 30-35% is required.⁴⁹ Since this is often not the case, the conclusion of some feminist scholars is: because men are long-term represented in international institutions, their concerns become seen as human concerns which leads to negligence of the experiences of women.⁵⁰

.....

43 For further insights into the drafting process and significance of Art. 36 see *Rwelamira*, *Composition and Administration of the Court*, p. 153 (166 f.) and *Steains*, *Gender Issues*, p. 357 ff., both in: Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, 1999.

44 The Committee against Torture comprises three women and seven men and the Human Rights Committee comprises seven women and eleven men.

45 *UN Women*, *Turning Promises into Action: Gender Equality in the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 2018, p. 95.

46 *UN Women*, *Women’s Leadership and Political Participation* (11 May 2023).

47 Preamble of the Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations against Women (adopted 18 December 1979, entered into force 03 September 1981) 1249 UNTS 13 (CEDAW).

48 CEDAW Committee, General Recommendation No. 23, *Political and Public Life*, 16th session (1997), para. 14.

49 CEDAW Committee, General Recommendation No. 23, *Political and Public Life*, 16th session (1997), para. 16.

50 *Charlesworth* et al., *AJIL* 85 (1991), p. 613 (625).

2. The Public/Private Distinction

A common feminist critique, based on cultural and radical feminism, is the supposed distinction between a public and a private sphere. The public realm being the workplace, the law, economics or politics and the private realm of the home, family, and care work. One of the functions of the distinction is the demarcation between areas appropriate for legal regulation and those who are not. It is argued that this distinction is gendered and a means to preserve the male dominance, since the private sphere is regarded as the domain of women whereas the public sphere is regarded as the province of men.⁵¹ As a consequence of this division, “the privacy of domestic life makes women’s concerns invisible and ensures the preservation of the status quo”⁵². Furthermore, it makes women economically invisible, because work at home or in the community is not reflected in the Gross Domestic Product and therefore regarded as less valuable or non-work.⁵³

In international law the distinction between matters of international concern and matters private to the nation states is made in order to define which areas of life are open for regulation by international law and which are left within the sovereignty of the nation states.⁵⁴ Thus, the UN Charter speaks of “matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state”⁵⁵, with the consequence that the UN may not intervene in these areas.

a. The CAT and the ASR as Examples

One example in international law where the distinction is thought to work to the detriment of women is the protection against torture, codified by the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT) and being a norm of customary law and jus cogens as well.⁵⁶ The preamble of the

51 For the derivation of the argumentation see *Charlesworth*, AYBIL 12 (1992), p. 190 (192).

52 *Charlesworth*, AYBIL 12 (1992), p. 190 (192).

53 *Charlesworth et al.*, AJIL 85 (1991), p. 613 (640 f.).

54 *Charlesworth*, AYBIL 12 (1992), p. 190 (194).

55 Art. 2 VII.

56 *Van der Berg*, Folter, unmenschliche und erniedrigende Behandlung in der Rechtsprechung des EGMR und die strafprozessualen Konsequenzen, 2019, p. 28 f.

Convention traces the foundation of the right to the “inherent dignity of the human person”. However, the definition of torture in art. 1 I CAT only comprises actions by, at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or a person acting in an official capacity. The Convention distinguishes between public and private conduct and is therefore criticised for disguising violence that is usually experienced by women,⁵⁷ namely domestic violence by private individuals.⁵⁸

With regard to international responsibility of states it is also argued that the distinction between public and private leads to unsatisfying results concerning women’s rights. According to the Articles on State Responsibility (ASR) a state can only be held accountable, if a violation of international law can be linked to it. In other words: States can only be called to account for “public” actions, but not for conduct of persons not acting on the state’s behalf.⁵⁹ Since a lot of violence women are subjected to is domestic violence,⁶⁰ the norms of state responsibility are countered as being gender-blind and not offering women sufficient protection.

Therefore, feminists demand the renunciation of the notion of the public/private distinction. This should, inter alia, result in the expansion of the term “torture” in the CAT and the same legal consequences for violence against women as for violence by state officials against people e.g. because of their political beliefs.⁶¹

b. Comment

Against this criticism it can be objected that international law regulates the relations between states and deals with behaviour that can be attributed to them, not with solely private conduct. Against this background, it could be argued that the feminist critique fails to recognize the typical structure of international law. Historically, conventions such

57 A 2018 WHO analysis of prevalence data from 2000-2018 from 161 countries and territories found that globally, nearly one in three women have experienced physical and/or sexual violence by an intimate partner or sexual violence by a non-partner, or both (*WHO*, Violence Against Women Prevalence Estimates, 2018, p. XVI).

58 Cf. *Charlesworth et al.*, AJIL 85 (1991), p. 613 (627 ff.).

59 *Charlesworth/Chinkin*, Boundaries, 1. Edition 2000, p. 148.

60 *UN Women*, Gender Equality, 2018, p. 86, 188; *Charlesworth/Chinkin*, Boundaries, 1. Edition 2000, p. 148.

61 *Charlesworth et al.*, AJIL 85 (1991), p. 613 (629).

as the one against torture were intended to protect citizens from violations of their rights by the state.⁶² It is not objectionable that a convention was concluded specifically for this area of protection. Above all, the prohibition of torture by public officials does not mean the impunity of private torturers. On the contrary, the Convention requires Member States to legislate to prevent torture within their jurisdiction.

On the other hand, it is also reasonable to ask whether international law would have been constructed to better capture violations of women’s rights had female perspectives had more influence in the development of international law.

The paradox remains that states are held responsible if their officials treat someone in a way that is covered by the definition of torture under the CAT, but are not held equally responsible, if they “maintain a legal and social system in which violations of physical and mental health are”⁶³ inherent. Since the distinction between private and public is unlikely to leave international law anytime soon, a more practical approach to making women’s rights more effective would be to focus more on states’ obligations to protect, the violation of which could also trigger state responsibility.

3. Human Rights

The development of human rights in the second half of the 20th century changed the boundaries of the public/private divide to some extent. It allowed violations of individuals to be addressed within the context of international law. At first sight one would think that the development of human rights has a lot to offer for the protection of women. But following a more thorough analyses, criticism surfaces.

The basic contention regarding women and human rights is whether human rights can be of use for the feminist objective.⁶⁴ Historically, they were

.....

62 *Tesón*, *Feminism and International Law: A Reply*, VJIL 33 (1993), p. 6 (662 f.).

63 *Charlesworth et al.*, *AJIL* 85 (1991), p. 613 (629).

64 *Palmer*, *Feminism and the Promise of Human Rights: Possibilities and Paradoxes*, in: *James/Palmer (ed.)*, *Visible Women: Essays on Feminist Legal Theory and Political Theory*, 2002, p. 91 (93 ff.).

designed to regulate the relation between men and the state and only gradually women were given access to them, although to a world of rights already constituted and made for men.⁶⁵

Main human rights instruments such as the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the European Convention on Human Rights (ECHR) or the aforementioned CAT are mainly concerned with civil and political rights. In theory, these rights can be held by all citizens regardless of their gender. However, assuming a traditional – and rejectable, but nevertheless persistent – distribution of roles, women spend more time in the private sphere and are therefore less often in the scope of civil and political rights. It is argued that the male hegemony establishes a system of subordination that organises the economic and social distribution of resources to the detriment of women. This is reinforced by the “socially constructed dependency of women on men, the socialization attaching their self-esteem to men, their underpaid labour, their lack of education, and the commodification of their sexuality”⁶⁶. Therefore, they need some kind of protection that serves them within the social and economic sphere. Economic, social, and cultural rights are indeed recognized by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). Yet, a brief look at the individual complaint mechanisms of the Covenants illustrates that the international community ascribes a differing level of importance to these two categories of human rights.⁶⁷ The mechanism for the ICCPR entered into force in 1978 and has 116 state parties by now.⁶⁸ The mechanism for the ICESCR, on the other hand, entered into force in 2013 and only has 26 state parties.⁶⁹ There is a clear discrepancy between the issues and the behaviour protected by existing human rights law and the reality of women’s lives.

.....

65 *Palmer*, *Feminism and the Promise of Human Rights*, in: *James/Palmer (ed.)*, *Visible Women*, 2002, p. 91 (93 f.); *Cook*, *Women’s International Human Rights Law: The Way Forward*, in: *Cook (ed.)*, *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, 1994, p. 3 (10).

66 *Romany*, *Women as Aliens: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law*, *HHRJ* 6 (1993), p. 87 (123).

67 Cf. *Edwards*, *Violence Against Women under International Human Rights Law*, 2013, p. 59 ff.

68 *UN Treaty Collection*, *Optional Protocol to the ICCPR* (11. May 2023).

69 *UN Treaty Collection*, *Optional Protocol to the ICESCR* (11. May 2023).

This and the limited scope of the CAT are just two examples that illustrate the neglect of women’s issues by human rights law.⁷⁰ Nevertheless, a lot of feminists argue in favour of engaging with human rights to enhance them for the benefit of women. First, the enactment of law and the recognition of rights have a symbolic power that can influence discourse and change social behaviour. The power of law in society makes it a potential medium for change that should not be sidelined.⁷¹ Besides, the recognition of rights affords opportunities to introduce perspectives and experiences of women to the courts and committees that have been excluded so far.⁷² In this context, the CEDAW is an important instrument against gender discrimination, although the same applies to it as to other human rights treaties, namely that there is hardly any leverage to achieve its implementation.⁷³ Furthermore, “rights talk” in general could lead to an invigoration of the effects rights have on women, since they are defined by the people talking about them.⁷⁴ Thus, human rights have an empowering function that allows women to become visible.⁷⁵

However, it is warned of the imposition of a system of human rights and a blunt transfer from western to non-western societies from a post-modern and Third World perspective. Ilumoka argues that a rights discourse is not the right way to improve the socioeconomic situation of women in countries undergoing structural adjustments.⁷⁶ Coomaraswamy accounts for two barriers for the implementation of human rights in South Asia. On the one hand the lack of a proper implemen-

70 For more, see *Charlesworth/Chinkin*, *Boundaries*, 1. Edition 2000, p. 218 ff.

71 *Palmer*, *Feminism and the Promise of Human Rights*, in: James/Palmer (ed.), *Visible Women*, 2002, p. 91 (97); *Charlesworth/Chinkin*, *Boundaries*, 1. Edition 2000, p. 218.

72 *Palmer*, *Feminism and the Promise of Human Rights*, in: James/Palmer (ed.), *Visible Women*, 2002, p. 91 (97); See *Charlesworth/Chinkin*, *Boundaries*, 1. Edition 2000, p. 149 f. for examples of regional human rights courts.

73 *Bunch*, *Women’s Rights as Human Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights*, HRQ 12 (1990), p. 486 (495 f.).

74 *Romany*, *State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction on international Human Rights Law*, in: Cook (ed.), *Human Rights of Women*, 1994, p. 85 (85, 106 f.).

75 *Charlesworth/Chinkin*, *Boundaries*, 1. Edition 2000, p. 210 f.; *Williams*, *Alchemical Notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights*, HCRCLR 22 (1987), p. 401 (431).

76 *Ilumoka*, *African Women’s Economic, Social, and Cultural Rights – Toward a Relevant Theory and Practice*, in: Cook (ed.), *Human Rights of Women*, 1994, p. 307 (317 ff.).

tation machinery that would make women’s rights effective and on the other hand the refusal to accept the values themselves while holding on to traditional ideologies like the sanctity of the family.⁷⁷ An-Na’im contradicts the rejection of conversation about rights and advocates for “internal discourse” as well as “cross-cultural dialogue” to establish cultural legitimacy for human rights.⁷⁸

Overall, the development of human rights had a positive impact for men as well as for women. The very fact that private individuals obtained a stage in international law was seminal and the potential of a recharacterization of human rights⁷⁹ is large. Nevertheless, the existing system of human rights does not take women’s problems sufficiently into account, and caution is needed when the western understanding of human rights and non-western cultures converge.

4. Law of Armed Conflict

Although women are predominantly not members of the armed forces and therefore not directly involved in warfare, they are arguably the primary victims of it. The biggest issue is sexual violence, especially rape or forced prostitution, that “has appeared in virtually every conflict in history”.⁸⁰ It happens during and after the conflict and has been well documented.⁸¹ Besides, women and other civilians have been subjected to air bombardments and other methods of mass destruction since the First World War, whereas before they were isolated from the battlefield.⁸² In addition, women are mainly responsible for the wellbeing of the family

77 *Coomaraswamy*, *To Bellow like a Cow: Women, Ethnicity, and the Discourse of Rights*, in: Cook (ed.), *Human Rights of Women*, 1994, p. 3 (39 ff.).

78 *An-Na’im*, *State Responsibility Under International Human Rights Law to Change Religious and Customary Law*, in: Cook (ed.), *Human Rights of Women*, 1994, p. 167 (171-175).

79 *Cook*, in: Cook (ed.), *Human Rights of Women*, 1994, p. 3 (5 f., 10 ff.).

80 *Hear et al.*, *Former Combatants on Sexual Violence During Warfare: A Comparative Study of the Perspective of Perpetrators, Victims, and Witnesses*, HRQ 37 (2015), p. 609 (610).

81 E.g. *Human Rights Watch*, *Central African Republic: Sexual Violence as a Weapon of War* (11. May 2023); *Hear et al.*, *Former Combatants on Sexual Violence During Warfare: A Comparative Study of the Perspective of Perpetrators, Victims, and Witnesses*, HRQ 37 (2015), p. 609 (610 ff.).

82 *Gardam*, *Women and the Law of Armed Conflict: Why the Silence?*, ICLQ 46 (1997), p. 55 (60).

and community by gathering food, water and other resources. To fulfil their responsibilities in times of conflict, they must take great risks such as leaving the shelter of their homes.⁸³

The main legal documents governing the law of armed conflict are the Geneva Conventions (GC) and their Additional Protocols (AP). From a feminist perspective it is argued that the Conventions and Protocols fail to take the realities of women in armed conflict into account. First, it is incomprehensible why the norms covering the protection of women are drafted in a different language. Art. 27 GC IV and Art. 76 AP II stipulate that women should be protected, inter alia, against rape and “shall be object of special respect”. Although the Conventions and Protocols usually prohibit undesired conduct,⁸⁴ the norms specifically concerning women, only urge to protect them.⁸⁵ Secondly, the wording of Art. 27 II GC IV holds that women shall be “protected against any attack on their honour, in particular against rape [...]”, making sexual abuse an impairment of honour rather than of bodily integrity. The norm fails to recognise what abuse means for women and thus exposes the male view of the authors.⁸⁶ Against the background that the idea of honour protection in armed conflicts was/is to protect the honour of combatants,⁸⁷ it twists the logic of protecting women. Thirdly, although (sexual) violence against women is a common and major problem in armed conflicts, the provisions on the protection of women are not included in the category of grave breaches of international law. All four Geneva Conventions contain this category⁸⁸ which imposes obligations on contracting parties to enact legislation to suppress such breaches.⁸⁹ Although some jurists argue that rape is implicitly included in the category of grave breaches, e.g. as “torture or inhuman treatment” or “wilfully

causing great suffering or serious injury to body or health”,⁹⁰ the omission to explicitly include rape in the category of grave breaches demonstrates the weight given to the protection of women by the state parties.

Women experience armed conflict differently from men, but the laws that govern it deal almost exclusively with the concerns of men.

IV. Conclusion

The illustrated criticism shows that the experiences and actualities of women were not incorporated sufficiently when the respective sections of international law were drafted. International law is neither objective nor neutral but made for men’s needs and interests. This is partially due to the time in which the treaties were concluded. The Geneva Conventions for example were drafted in the second half of the 19th century and, after several updates, are as they stood in 1949. But international law, as any other field of law, should adapt to scientific progress and the changing realities of society. Feminist approaches are therefore indispensable for identifying, changing, and preventing gender injustices in international law.

• **Der Autor** studiert Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg.

83 *Charlesworth*, AJIL 93 (1999), p. 379 (385); *Gardam*, ICLQ 46 (1997), p. 55 (60 f.).

84 E.g. common art. 3 of the GC, art. 11 AP I.

85 *Gardam*, ICLQ 46 (1997), p. 55 (57, 74).

86 *Charlesworth*, AJIL 93 (1999), p. 379 (386); *Gardam*, ICLQ 46 (1997), p. 55 (57, 68, 74).

87 *Department of Defense*, Law of War Manual 2015, p. 66 ff. (11. May 2023); *Charlesworth*, AJIL 93 (1999), p. 379 (386); *Gardam*, ICLQ 46 (1997), p. 55 (68, 74).

88 Art. 50 GC I, art. 51 GC II, art. 130 GC III, art. 147 GC IV.

89 *Charlesworth*, AJIL 93 (1999), p. 379 (386 f.); *Gardam*, ICLQ 46 (1997), p. 55 (75 f.).

90 E.g. *Gardam*, ICLQ 46 (1997), p. 55 (75 f.); *Meron*, Rape as a Crime under International Humanitarian Law, AJIL 87 (1993), p. 424 (426 f.).

Zu den Reformbestrebungen am Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen

Das Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen verbietet strafbewehrt die Veränderung oder Unterdrückung der sexuellen Orientierung oder der selbstempfundene[n] geschlechtlichen Identität an Personen unter 18 Jahre und Einwilligenden, die an einem Willensmangel leiden; sofern Fürsorge- und Erziehungsberechtigte ihre Fürsorge- oder Erziehungspflicht nicht gröblich verletzen, genießen sie hingegen Straffreiheit. Der Gesetzgeber stellt die Altersgrenze auf den Prüfstand und möchte ein umfassendes Verbot von Konversionsmaßnahmen etablieren und die Strafausnahme streichen. Während letzteres vor dem Hintergrund der Systemfremdheit und seiner praktischen Unanwendbarkeit nur zu begrüßen ist, ist eine umfassende Bestrafung erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken vor dem Hintergrund etwa der Religionsfreiheit ausgesetzt. Demgegenüber ist ein Anheben der Schutzaltersgrenze auf 21 Jahre zu bevorzugen.

Das am 12. Juni 2020 in Kraft getretene Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen (KonvBehSchG)¹ darf angesichts seiner bisher fehlenden Rezension in Rechtsprechung² und Schrifttum³ als durchaus neu, zumindest aber insoweit als aktuell bezeichnet werden, als dass sich um seine Regelungen einige Reformbestrebungen ranken, die durch den soeben im Bundeskabinett

.....

1 BGBl. I S. 1285.
 2 Gerichtsentscheidungen sind zum Zeitpunkt der Veröffentlichung nicht bekannt.
 3 Die einzigen Veröffentlichungen bilden der noch im Gesetzgebungsverfahren veröffentlichte Aufsatz *Burgi*, MedR 2020, 81 und die den Referentenentwurf zusammenfassenden Ausführungen bei *Di Bella*, RDG 2019, 326 sowie die nach Inkrafttreten publizierten Überlegungen bei *Lemmer*, MedR 2020, 824; außerdem die von der Verfasserin veröffentlichten ausführlichen Erwägungen zur Strafbarkeit von Konversionsmaßnahmen im Allgemeinen *Grafe*, Zur Strafbarkeit von Konversionsmaßnahmen unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zum Schutz vor Konversionsbehandlungen, 2022.

verabschiedeten Aktionsplan „Queer leben“⁴ neuen Aufwind erfahren haben. Kernüberlegungen sind die Streichung der Schutzaltersgrenze von 18 Jahren (§ 2 I KonvBehSchG) sowie der Strafausnahme für Fürsorge- und Erziehungsberechtigte (§ 5 II KonvBehSchG).⁵ Berücksichtigt man die bisherige Bedeutung des Gesetzes, die sich wohl in einer abschreckenden Wirkung erschöpfen dürfte und bedenkt man die Reichweite einer solchen Gesetzesänderung, die zu einem vollständigen Verbot von Konversionsmaßnahmen in Deutschland und damit einer nicht unerheblichen Einschränkung unter anderem der Religionsfreiheit führen würde, sind die Reformbemühungen nicht unbeachtlich und verdienen einen genaueren Blick.

I. Status quo

Konversionsmaßnahmen oder, wie das Gesetz sie nennt, Konversionsbehandlungen,⁶ sind nach § 1 I KonvBehSchG am Menschen durchgeführte Behandlungen, die auf die Veränderung oder Unterdrückung der sexuellen Orientierung oder der selbstempfundene[n] geschlechtlichen Identität gerichtet sind. Diese umgangssprachlich häufig als „Heilung Homosexueller“ bezeichneten Vorgehensweisen begegnen einem meist im religiösen Kontext; mediale Bekanntheit erlangt haben die sogenannten „Ex Gays“ in den USA und der mittlerweile aufgelöste Verein „Wüstenstrom“ in Deutschland. Obwohl es an Untersuchungen zur Prävalenz von Konversionsmaßnahmen fehlt,

.....

4 „Queer leben“ Aktionsplan der Bundesregierung für Akzeptanz und Schutz sexueller und geschlechtlicher Vielfalt, BT-Drucks. 20/4573.
 5 Koalitionsvertrag von SPD/Grüne/FPD, 20. Legislaturperiode, Zeile 4059 f.; BT-Drucks. 20/4573, 13.
 6 Der Begriff ist kritikwürdig, weil er einen behandlungsbedürftigen Zustand suggeriert, vgl. ausführlich *Grafe*, Zur Strafbarkeit von Konversionsmaßnahmen, 2022, S. 121 f.

gaben die Methoden (die von Gesprächsrunden und „Therapiesitzungen“, in denen unter anderem homosexuelle Gedanken verbannt und gender- und heteronormatives Verhalten gestärkt werden sollen, bis hin zu physischen Eingriffen wie Elektroschocktherapie und Hysterektomie reichen) und ihre physischen und psychischen Auswirkungen Anlass zur Schaffung des Gesetzes zum Schutz vor Konversionsbehandlungen. In seinem § 2 verbietet dieses Gesetz die Vornahme von Konversionsmaßnahmen an Personen unter 18 Jahre und Einwilligenden, die an einem Willensmangel leiden. § 5 I bedroht einen Verstoß hiergegen mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Für Fürsorge- und Erziehungsberechtigte sieht § 5 II KonvBehSchG die Straffreiheit vor, wenn sie durch die Tat „nicht ihre Fürsorge- oder Erziehungspflicht gröblich verletzen“. Flankiert wird das strafbewehrte Verbot von einem bußgeldbewehrten Werbe-, Anbieters- sowie Vermittlungsverbot (§ 3 in Verbindung mit § 6 KonvBehSchG) und der Einrichtung von Beratungsangeboten (§ 4 KonvBehSchG).

II. Reformüberlegungen

Eine erste Überarbeitungsbedürftigkeit lässt der Koalitionsvertrag der 20. Legislaturperiode anklingen: Danach solle die Strafausnahme für Fürsorge- und Erziehungsberechtigte in § 5 II KonvBehSchG aufgehoben und ein vollständiges Verbot von Konversionsmaßnahmen auch an Erwachsenen geprüft werden.⁷ Nachdem das erste Jahr der Legislaturperiode verstrichen ist, scheinen diese Reformüberlegungen nicht verklungen zu sein; der am 21. November 2022 beschlossene Aktionsplan „Queer leben“ sieht neben einer Evaluation des Gesetzes und der ggf. bestehenden Umgehungsmöglichkeiten sowie ein Vorantreiben der Aufklärungsarbeit, weiterhin die Abschaffung der Schutzaltersgrenze und eine Streichung der Strafausnahme vor.⁸

III. Streichung der Strafausnahme für Fürsorge- und Erziehungsberechtigte in § 5 II KonvBehSchG

Bevor die geplante Streichung näher in den Blick genommen werden kann, bietet sich eine Untersuchung des bestehenden Anwendungsbereichs der Strafausnahme an. § 5 II KonvBehSchG bestimmt, dass die Strafandrohung des Absatzes 1 nicht auf Personen anzuwenden ist, die als Fürsorge- oder Erziehungsberechtigte handeln, sofern sie durch die Tat nicht ihre Fürsorge- oder Erziehungspflicht gröblich verletzen. Die Formulierung ist dabei an den § 171 StGB angelehnt, der die Strafbarkeit der Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht regelt. Wer diese Pflicht gegenüber einer Person unter 16 Jahren gröblich verletzt und dadurch den Schutzbefohlenen in die Gefahr bringt in seiner körperlichen oder psychischen Entwicklung erheblich geschädigt zu werden, einen kriminellen Lebenswandel zu führen oder der Prostitution nachzugehen, dem droht eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Da es äußerst selten vorkommen wird, dass der Personenkreis der Fürsorge- und Erziehungsberechtigten die Konversionsmaßnahme selbst vornimmt, bezieht sie sich insbesondere auf die Beihilfestrafbarkeit durch Herstellung des Kontakts zu der behandelnden Person.

1. Auslegung des Begriffs der Gröblichkeit

Eine gröbliche Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht liegt vor, „wenn die Handlung in besonders deutlichem Widerspruch zu den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Erziehung steht und in subjektiver Hinsicht mit einem erhöhten Maß an Verantwortungslosigkeit korrespondiert.“⁹ Zur Definition verweist der Gesetzgeber auf § 171 StGB,¹⁰ der ebenfalls die Gröblichkeit der Pflichtverletzung verlangt und in dem nach ganz überwiegender Ansicht der Gröblichkeit der Verletzung ein objektives und ein subjektives Moment zukommt. Körperliche Gewalt, der Entzug finanzieller Unterstützung oder Ausschluss aus

7 Koalitionsvertrag von SPD/Grüne/FPD, 20. Legislaturperiode, Zeile 4059 f.

8 BT-Drucks. 20/4573, 13.

9 BT-Drucks. 19/17278, 20.

10 BT-Drucks. 19/17278, 20.

der Familie sollen darunter fallen.¹¹ Das subjektive Element verlangt ein erhöhtes Maß an Verantwortungslosigkeit.¹² Selbstredend erlangt in subjektiver Hinsicht die soziale Prägung der Fürsorge- oder Erziehungspersonen Berücksichtigung; wenn diese nicht in der Lage sind, aufgrund ihrer eigenen Prägung ihre Pflichtverletzung zu erkennen, handeln sie nicht gröblich im Wortsinne.¹³ Eine religiös abwegige Anschauung weiterzugeben stellt allein noch keine gröbliche Pflichtverletzung dar.¹⁴ Konkrete, einzelne Formen der Religionsausübung hingegen können ihr dann unterfallen, wenn sich die Pflichtverletzung aufdrängen muss; das gebietet die Vermeidung von Gesinnungsstrafrecht.¹⁵ Für die objektive Seite werden wiederholte Verstöße verlangt, nur bei besonderer Folgeschwere kann eine einmalige Verfehlung ausreichen.¹⁶ Es ist anerkannt, dass die Schwere der Pflichtverletzung und die Dauer und Häufigkeit derselben in jener Weise in Wechselwirkung zueinanderstehen, dass die Wiederholung einer an und für sich noch nicht gröblichen Pflichtverletzung ebenso tatbestandsmäßig sein kann, wie eine einmalige, schwerwiegende Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht.¹⁷ Aufgrund der erheblichen drohenden Schäden durch Konversionsmaßnahmen, insbesondere bei Minderjährigen und deren damit in besonders hohem Maße negativ beeinflussten sexuellen Entwicklung, ist eine solch gröbliche Verletzung zumindest immer dann anzunehmen, wenn es sich entweder um eine lang andauernde Konversionsmaßnahme handelt (etwa das Entsenden in spezielle „Camps“ oder „Ferienfreizeiten“) oder um eine wiederkehrende Maßnahme (etwa wöchentliche Meetings, regelmäßige Seminare, Gesprächsrunden), was bei genauerer Betrachtung wohl auf einen Großteil der angebotenen Formate zutreffen dürfte. Zieht

11 BT-Drucks. 19/17278, 20.

12 *Frommel*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 171 Rn. 7 ff. mit weiteren Nachweisen.

13 *Wolters*, in: SK-StGB, 9. Aufl. 2019, § 171 Rn. 11.

14 *Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 171 Rn. 8.

15 Eingehend *Heuchemer*, in: BeckOK StGB, 51. Ed. 2021, § 171 Rn. 71.

16 *Frommel*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 171 Rn. 7 ff. mit weiteren Nachweisen.

17 BGHSt 8, 92 (95); BGH, NStZ 1982, 328; *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 171 Rn. 4; *Ritscher*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2021, § 171 Rn. 10; *Schröder*, JZ 1972, 651 (652).

man das subjektive Element hinzu, muss eine Betrachtung im Angesicht der umfassenden rechtlichen Anerkennung von Homo- und Transsexualität in der Gesellschaft den Gedanken aufdrängen, dass eine Veränderung der Sexualität des eigenen Kindes oder dessen geschlechtliche Identität nicht möglich, eine solche Bemühung also schädlich ist. Es sind demnach kaum Fälle denkbar, in denen die Tathandlung keine gröbliche Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht begründet.

2. Kritik

Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnis verblüfft die Aufnahme dieser Strafausnahme in den § 5 KonvBehSchG. Den Gesetzgeber bewegte zweierlei: Mit der Strafausnahme soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass vor dem Hintergrund des Art. 6 II GG strafbewehrte Verfehlungen in der Ausübung des Sorge- und Erziehungsrechts nur äußerst selten und in besonderen Härtefällen verfassungsrechtlich zulässig sind.¹⁸ Außerdem soll sie bewirken, dass Betroffene nicht deswegen von einer Strafanzeige abgehalten werden,¹⁹ weil sie ihre Bezugspersonen schützen möchten.

In praxi ist das wenig überzeugend, denn diese Umstände hätten dann schon einmal im Rahmen von § 171 StGB Auswirkungen gezeigt und scheinen sich auch nicht in Erhebungen zum Anzeigeverhalten wiederzufinden.²⁰ Ein geeigneteres Instrument wäre es dann, Fürsorge- und Erziehungsberechtigte vollständig aus dem Tatbestand auszunehmen,²¹ wobei auch das nur wenig die Realität widerspiegelt, in der Strafanzeigen selten von Betroffenen und häufiger von etwa Schulen, Kindertagesstätten und Kinderarztpraxen²² kommen dürften.

Systematisch trägt auch der Vergleich mit § 171 StGB nicht. Er ist ein Auffangtatbestand und greift zum Schutz des Kindes ein, wenn kein anderer Straftatbestand, aber eine gröbliche Verletzung vorliegt. Liegt aber ein anderer Straftatbestand vor, führt er andersherum nicht zur

18 Vgl. etwa §§ 174, 176 ff., 180, 182, 184 StGB.

19 BT-Drucks. 19/17278, S. 29.

20 Ausführlich dazu *Lemmert*, MedR 2020, 824 (828).

21 *Lemmert*, MedR 2020, 824 (828).

22 *Lemmert*, MedR 2020, 824 (828).

Straflosigkeit, wenn keine gröbliche Verletzung vorliegt, der Tatbestand also erfüllt ist.²³ § 171 StGB kann die Strafbarkeit derselben Handlung nach anderen Strafbestimmungen weder hindern noch einschränken. Warum nun aber diese Regelungen vom Gesetzgeber gerade verglichen werden, leuchtet angesichts ihrer unterschiedlichen Zielrichtungen nicht ein.²⁴

Darüber hinaus ist das Konkurrenzverhältnis von § 171 StGB zu § 5 I KonvBehSchG in den Fällen der Anwendbarkeit beider Normen, also vereinfacht dann, wenn Eltern an ihren minderjährigen Kindern eine Konversionsmaßnahme durchführen lassen, problematisch. Privilegiert der Gesetzgeber die Eltern einerseits, müssen bei Nichtgreifen der Privilegierung (unabhängig davon, ob dieser Fall überhaupt eintreten kann) beide Normen zeitgleich erfüllt sein.²⁵ Die Konversionsmaßnahme stellt dann einen speziellen Fall der Gefährdung der psychischen Entwicklung des Kindes dar. Dann würde in Folge des Absorptionsprinzips (§ 52 II 1 StGB) lediglich der Strafraum des § 171 StGB zum Tragen kommen.²⁶

Zumindest wäre eine Einschränkung dieser Art hinsichtlich Art. 6 II GG auch nicht erforderlich. Das Verbot von Konversionsmaßnahmen beruht auf der Idee, dass Kinder und Jugendliche in einem Umfeld aufwachsen, das ihnen suggeriert, ihre Homo- oder Transsexualität sei falsch und ein umkehrbarer Zustand. Es sind kaum Konstellationen denkbar, in denen dieses Umfeld nicht primär auch von den Fürsorge- und Erziehungsberechtigten beherrscht wird. In diesem Kontext können die Kinder und Jugendlichen, die sich einer Konversionsmaßnahme unterzogen haben, an psychischen Belastungsreaktionen erkranken bzw. suizidal werden.²⁷ Diese so vulnerablen Personen können sich gegen Konversionsmaßnahmen kaum wehren. Damit besteht erst einmal ein grundsätzliches Misstrauen gegenüber denjenigen Eltern, denen die Werteordnung des Grundgesetzes ansonsten mit der Annahme begegnet, dass sie nur das Beste für ihr Kind wollen. Aus objektiv-psycholo-

gischer Sicht ist das hier eindeutig nicht der Fall, womit das Wächteramt des Staates ein Eingreifen erfordert. Einen vergleichbaren Fall bietet etwa § 1631c BGB: Das Verbot der Eltern, in eine Sterilisation einzuwilligen. Eine (unwirksame) Einwilligung der Eltern dürfte regelmäßig eine Beihilfestrafbarkeit nach § 226 I Nr. 1 Var. 5 StGB begründen, ohne dass sie an eine gröbliche Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht geknüpft ist.

3. Resümee

Ist nahezu jede Konversionsmaßnahme eine gröbliche Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht und ist die Ausgestaltung der Strafausnahme systemfremd, ist es im Ergebnis nur richtig und zu begrüßen, dass der Gesetzgeber plant, § 5 II KonvBehSchG ersatzlos zu streichen. Die Gedanken, die § 5 II KonvBehSchG auch mitgetragen haben mag, dass Fürsorge- und Erziehungsberechtigten nicht bewusst sei, dass sie ihren Kindern Schaden zufügen, selbst überfordert und hilflos seien²⁸ und unbillige Härte entstehen könnte, kann mit vorhandenen Instrumenten (§§ 153 ff. StPO, Strafzumessungserwägungen) begegnet werden.

IV. Anhebung bzw. Aufhebung der Schutzaltersgrenze

Die Frage danach, ob sich eine Anpassung bzw. Aufhebung der Schutzaltersgrenze als dienlich erweist, ist weniger eine systematische noch logische, sondern vielmehr eine verfassungsrechtliche. Der/dem aufmerksamen Leser:in wird nicht entgangen sein, dass auch der Gesetzgeber in seinen Reformbestrebungen (anders als bei der Streichung der Strafausnahme) mit äußerster Vorsicht formuliert, eine Ausweitung der Strafbarkeit auch auf Erwachsene werde „geprüft“²⁹. Dies dürfte auch darauf beruhen, dass noch vor Erlass des Gesetzes in seiner jetzigen Form ein Gutachten zu

.....

28 Zur familienpolitischen Perspektive *Blomeyer*, in: Abschlussbericht der Bundesstiftung Magnus Hirschfeld: Wissenschaftliche Bestandsaufnahme der tatsächlichen und rechtlichen Aspekte von Handlungsoptionen unter Einbeziehung internationaler Erfahrungen zum geplanten „Verbot sogenannter Konversionstherapien“ in Deutschland zum Schutz homosexueller Männer, Frauen, Jugendlicher und junger Erwachsener vor Pathologisierung und Diskriminierung, 2019, S. 166 (168 f.).

29 BT-Drucks. 20/4573, 13.

23 BT-Drucks. 19/18768, 19.

24 Vgl. zur Kritik auch BT-Drucks. 19/18768, 19.

25 *Lemmert*, MedR 2020, 824 (828).

26 *Lemmert*, MedR 2020, 824 (828).

27 *Plöderl/Fartacek*, Archives of Sexual Behavior 38 (3), 400.

der Erkenntnis kam, eine Strafbarkeit von Konversionsmaßnahmen auch an Erwachsenen sei verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.³⁰ Die Frage danach, wie weit der geltende Straftatbestand vor dem Hintergrund des § 2 II KonvBehSchG (Person, die das 18. Lebensjahr zwar vollendet hat, deren Einwilligung zur Durchführung der Konversionsbehandlung aber auf einem Willensmangel beruht) wirkt, beeinflusst die Debatte um die Streichung der Schutzaltersgrenze (derzeit 18 Jahre) nur am Rande. Insofern sei lediglich der Hinweis erlaubt, dass bis jetzt nicht vollständig geklärt ist, ob jeder Willensmangel den Tatbestand erfüllt, was die Strafbarkeit schon jetzt stark über die bestehende Schutzaltersgrenze hinaus ausweiten würde.³¹

1. Verfassungsrechtliche Vorüberlegungen zum bestehenden Verbotstatbestand

Durch ein Verbot von Konversionsmaßnahmen an Personen unter 18 Jahren sind das Elternrecht (Art. 6 II GG) mittelbar, sowie die Religionsfreiheit (Art. 4 I GG) und das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG) des Kindes unmittelbar betroffen. Daneben liegt ein Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) derjenigen Person vor, welche Konversionsmaßnahmen dauerhaft zur Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage anbietet. Demgegenüber besteht ein grundrechtlicher Anspruch auf den Schutz durch den Staat, wenn die Eltern ihrer Pflege- und Erziehungsverantwortung nicht gerecht werden oder wenn sie ihrem Kind den erforderlichen Schutz und die notwendige Hilfe aus anderen Gründen nicht bieten können.³² In diesem Fall greift das staatliche Wächteramt ein, das dem Staat eine Kontroll- und Sicherungsverantwortung dahingehend überträgt, dass sich ein Kind in der Obhut seiner Eltern tatsächlich zu einer eigen-

30 *Burgi*, in: Abschlussbericht der Bundesstiftung Magnus Hirschfeld: Wissenschaftliche Bestandsaufnahme der tatsächlichen und rechtlichen Aspekte von Handlungsoptionen unter Einbeziehung internationaler Erfahrungen zum geplanten „Verbot sogenannter Konversionstherapien“ in Deutschland zum Schutz homosexueller Männer, Frauen, Jugendlicher und junger Erwachsener vor Pathologisierung und Diskriminierung, 2019, S. 40.

31 Vgl. dazu ausführlich *Grafe*, Zur Strafbarkeit von Konversionsmaßnahmen, 2022, S. 137 ff.

32 BVerfGE 24, 119 (144); BVerfGE 60, 79 (88); BVerfGE 107, 104 (117); BVerfG, NJW 2017, 1295 (1296 f.).

verantwortlichen Persönlichkeit entwickeln und gesund aufwachsen kann.³³ Schutzpflichten ergeben sich außerdem aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II GG) und wiederum aus dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG). Auf der Grundlage psychologischer Erkenntnisse geht der Gesetzgeber davon aus, dass Kinder und Jugendliche die fehlende Wirksamkeit und die Schädlichkeit der Konversionsmaßnahmen sowie die damit verbundenen Verletzungen ihrer sexuellen und geschlechtlichen Entwicklung und Selbstbestimmung nicht angemessen beurteilen können.³⁴ Sie sind besonders anfällig für eine Beeinflussung durch ihr Umfeld, etwa den eigenen Eltern, einer Religion oder anderen Peer-Groups. Die Fähigkeit, selbst für den Schutz der eigenen psychischen oder physischen Integrität sorgen zu können, entwickeln Menschen erst spät. Jene Minderjährigen, die in Einzelfällen aufgrund ihrer Entwicklung und Reife dazu in der Lage sind im Vollbesitz ihrer Einsichtsfähigkeit eine überlegte und unter Abwägung der drohenden Schädigungen gegenüber dem angestrebten Zwecke gewollte Entscheidung für eine Konversionsmaßnahme zu treffen, erbringen ein verhältnismäßiges Sonderopfer. Denn nur durch ein vollständiges Verbot kann erreicht werden, dass die mehrheitlichen Kinder und Jugendlichen, die über diese Einsichtsfähigkeit nicht verfügen, gegenüber Konversionsmaßnahmen nicht schutzlos gestellt werden. In Bezug auf das Elternrecht ist regelmäßig davon auszugehen, dass ihre Zustimmung zur Teilnahme an einer Konversionsmaßnahme eine nachhaltige Gefährdung für das Kind oder die:den Jugendliche:n bedeutet. Denn psychische Störungen, Depressionen und eine erhöhte Selbstmordgefahr sind ständige Begleiter einer solchen Maßnahme die die Eltern durch ihre Einwilligung zumindest billigend in Kauf nehmen. Ein Eingreifen des Staates ist nach dieser Abwägung aller Belange verhältnismäßig und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

33 BVerfGE 133, 59 (73 f.).

34 BT-Drucks. 19/17278, 16.

2. Ausweitung der Strafbarkeit auf Erwachsene

Die im Aktionsplan sowie im Koalitionsvertrag geplante Ausweitung auf alle Personen begegnet verfassungsrechtlichen Einwänden, da die abwägungserheblichen Aspekte sich zugunsten der Autonomie verschieben. Insbesondere entfällt bei Konversionsmaßnahmen an Personen über 18 Jahre der äußerst bedeutende Jugendschutz. Es ließe sich zwar anführen, dass ein umfassendes Verbot dazu führt, dass das Phänomen Konversionsmaßnahme vollständig aus der Gesellschaft als Angebot verschwände, Kinder und Jugendlichen mit ihm folglich auch nicht in Berührung kämen. Diese Vermeidung der Konfrontation lässt sich aber bereits durch ein weniger einschneidendes Verbot erreichen, namentlich das Werbe-, Anbieters- und Vermittlungsverbot, das bereits in das Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen Einzug gefunden hat (§ 3 KonvBehSchG). Ein nur zu diesem Zwecke ergangenes Verbot lastet den einwilligungsfähigen Erwachsenen ein Sonderopfer auf, das vor dem Hintergrund ihrer Freiheitsrechte nicht tragbar ist – deren Recht auf sexuelle Selbstbestimmung wirkt stärker. Anders als bei Kindern und Jugendlichen unter 18 Jahren, bei denen die sexuelle Selbstbestimmung auch beeinflusst wird von einer noch nicht abgeschlossenen Entwicklung, sodass negative Interventionen besonders gravierend und schädigend wirken können, sind Erwachsene in ihrer Sexualität gefestigt und können gewissenhafter Abwägungsentscheidungen treffen. Der Einfluss von Peer-Groups und Vertrauenspersonen wie etwa Eltern, nimmt mit fortschreitendem Alter ab, so dass die Entscheidungsfindung freier von externen Einflüssen wird. Auch die Religionsfreiheit wird nicht mehr durch das Elternrecht überlagert. Dabei bleibt nicht unberücksichtigt, dass Konversionsmaßnahmen zu tiefst unethische Handlungen sind, denen teilweise Missbrauchscharakter zukommt.³⁵ Dem Grundgesetz liegt jedoch als Werteordnung zugrunde, dass der Mensch als Ausfluss seiner eigenen Würde selbstbestimmte Entscheidungen treffen darf, also auch in ihn schädigende Handlungen einwilligen darf. Die Verfassung räumt dem Menschen ein, autonom Abwägungsentscheidungen treffen zu

35 BR-Drucks. 5/1/20, 3.

können und dabei Argumente nach den eigenen Vorstellungen zu gewichten. Dabei ist natürlich zu berücksichtigen, dass es sich meist um besonders vulnerable Personen handelt, die von derartigen Konversionsangeboten angesprochen werden. Die Vulnerabilität allein beseitigt aber nicht das eigene Selbstbestimmungsrecht, wie die aktuelle Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Selbsttötung noch einmal bestätigt hat.³⁶ Es wäre eine zu starke Verallgemeinerung davon auszugehen, dass jede Person, die sich Konversionsmaßnahmen unterzieht, in der Weise verletztlich ist, dass sie unter Beseitigung ihres Selbstbestimmungsrechts vor sich selbst zu schützen ist. Anders als *Burgi* annimmt,³⁷ ist es nämlich durchaus möglich, dass die negativen Folgen zumindest bekannt sind (wenn es sich auch vom Wortsinn her kaum um eine Selbst„schädigung“ handeln dürfte), sie aber als kleineres Übel gegenüber dem Istzustand empfunden werden. Ein umfassendes Verbot läuft dem klar herrschenden antipaternalistischen Verständnis der Grundrechte entgegen – denn das durch Art. 2 II 1 GG vermittelte Recht, bei Entscheidung über die leibliche, seelische Integrität die eigenen Maßstäbe zu wählen, schließt auch das Recht ein, von der Freiheit Gebrauch zu machen, die in den Augen Dritter (und gegebenenfalls sogar in der Wahrnehmung des Grundrechtsträgers selbst) den eigenen, wohlverstandenen Interessen zuwiderläuft.³⁸ Die grundrechtlich geschützte Freiheit umfasst deshalb auch eine „Freiheit zur Krankheit“³⁹, mithin auch, sich einer Maßnahme zu unterziehen, die zur Krankheit führt. Ein umfassendes Verbot ist daher abzulehnen.

3. Aufhebung jeder Schutzaltersgrenze und Anknüpfung an die Einwilligungsfähigkeit

Um der verfassungsrechtlich verankerten Autonomie gerecht zu werden und gleichzeitig vor den negativen Auswirkungen von Konversionsmaßnahmen zu schützen, bedarf es daher im Konkreten Schutz für all jene Personen, die für den Schutz der genannten Rechtsgüter nicht selbst sorgen

36 BVerfGE 153, 182.

37 *Burgi*, in: Abschlussbericht der Bundesstiftung Magnus Hirschfeld, 2019, S. 40 (74).

38 BVerfGE 128, 282; 142, 313.

39 BVerfGE 128, 282; 142, 313.

können. Dann ist ein Verbotsgesetz obligatorisch, denn die fehlende Fähigkeit, sich selbst zu schützen, löst die staatliche Schutzpflicht der Grundrechte aus. Naheliegender wäre es im Ergebnis also nicht nach einer Altersgrenze, sondern einzig zwischen einwilligungsfähigen und einwilligungsunfähigen Personen zu differenzieren – die strafrechtlich etablierten Grundsätze für die rechtfertigende Einwilligung wären insoweit zu übertragen. Im Hinblick auf die Einwilligung, die durch Täuschung entstanden ist, wird der Gesetzgeber dem in § 2 II KonvBehSchG bereits gerecht – im Übrigen aber muss zeitgleich dem Jugendschutz Sorge getragen werden, weswegen sich eine derartige Regelung (auch) für Minderjährige nicht eignet. Dass dennoch eine feste Altersgrenze und nicht eine flexible Grenze der Einwilligungsfähigkeit angesetzt werden kann, liegt an den Argumenten des Jugendschutzes sowie dem Abbau von Diskriminierung und Stigmatisierung. Beides dient einem gesamtgesellschaftlichen und nicht individuellen Schutz, verlässt also den Rahmen strafrechtlichen Paternalismus. Durch das Ziehen einer Altersgrenze gewährleistet der Gesetzgeber unabhängig von einer Individualbetrachtung die freie Entfaltung der Sexualität und der Entwicklung – im Übrigen ohne den Einfluss der Option einer Konversionsmaßnahme. Schon diese Option nämlich und nicht erst die Konversionsmaßnahme selbst bewirkt eine Behinderung der Entwicklung, indem sie aufzeigt, dass eine Veränderung oder Unterdrückung der selbstempfundenen geschlechtlichen Identität oder sexuellen Orientierung überhaupt möglich wäre. Die Entscheidungsfindung alleine, also die Frage danach, ob eine Person unter 18 Jahren die Urteils- und Einsichtsfähigkeit besitzt, in eine Konversionsmaßnahme einzuwilligen, kann die Person nachhaltig und eindrücklich in ihrer Entwicklung behindern. Es ist daher nicht möglich, einen solchen (im verfassungsrechtlichen Gefüge der menschlichen Autonomie vielleicht wünschenswerten) Maßstab anzulegen, ohne dabei zeitgleich die Schäden für die Entwicklung zu manifestieren. Schließlich dient die feste Altersgrenze der Rechtsklarheit.⁴⁰

.....
40 BT-Drucks. 19/17278, 17.

4. Anhebung der Schutzaltersgrenze auf Personen unter 27 Jahren

Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass mit Erreichen der Volljährigkeit eine entsprechende Unabhängigkeit und Selbstständigkeit bei der Entscheidungsfindung noch nicht gewährleistet sei.⁴¹ Viele Jugendliche outen sich erst nach dem 18. Lebensjahr und können damit auch erst danach in eine Behandlung gedrängt werden, weil ihre emotionale und finanzielle Abhängigkeit (insbesondere aufgrund längerer Schul- und Ausbildungszeiten) noch nicht beendet sei.⁴² Die Vermutung der Einsichts- und damit der Einwilligung- als auch Geschäftsfähigkeit in Bezug auf risikoreiche, finanzielle Entscheidungen erfasse nicht die Besonderheiten einer Situation, die zur Inanspruchnahme einer Konversionsmaßnahme führe.⁴³ Diesen Argumenten ist auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive unbedingt zu begegnen. Denn Art. 3 I GG verlangt, dass wesentlich Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Da sich also die Vulnerabilität etwa von 16- und 20-Jährigen aus den oben genannten Argumenten gleicht, stellt es einen Verstoß gegen Art. 3 I GG dar, wenn diese nicht auch den gleichen Verboten unterliegen.⁴⁴

Vorgeschlagen wird eine Altersgrenze angelehnt an § 7 SGB VIII für die Wahrnehmung der Angebote der Kinder- und Jugendhilfe.⁴⁵ § 7 SGB VIII bestimmt, dass ein junger Mensch ist, wer zwar volljährig, also 18 Jahre alt ist, aber noch nicht 27 Jahre. Für diese jungen Menschen sieht das Achte Buch des Sozialgesetzbuches spezielle Angebote vor, die sich primär daran orientieren, sie zur Selbstbestimmung zu befähigen und zu gesellschaftlicher Mitverantwortung und zu sozialem Engagement anzuregen und hinzuführen (vgl. § 11 SGB VIII). Mit der Altersgrenze von 27 Jahren würde zwar den soeben benannten Problemen einer Altersgrenze von 18 Jahren begegnet, gleichzeitig mangelt es dem § 7 SGB VIII aber an einem der hiesigen Situation vergleichbaren Abgrenzungskriterium. Das Willkürverbot aus Art. 3 I GG verlangt, dass für eine Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte

.....
41 BT-Drucks. 19/18768, 16.

42 BT-Drucks. 19/18768, 16.

43 Lemmert, MedR 2020, 824 (827).

44 Abweichend Lemmert, MedR 2020, 824 (827).

45 BT-Drucks. 19/18768, S.16; BR-Drucks. 5/1/20, 3.

Sachgründe gegeben sein müssen, die in ihrem Ziel und Ausmaß gegenüber der Ungleichbehandlung angemessen sind.⁴⁶ Bei Unauffindbarkeit des sachlichen einleuchtenden Grundes scheidet eine Regelung am Gleichheitserfordernis.⁴⁷ § 7 SGB VIII gilt für freiwillig wahrnehmbare Ansprüche der jungen Erwachsenen auf Nutzung von Angeboten. Eine Beurteilung der geistigen und seelischen Reife liegt dem genauso wenig zugrunde wie eine Bestimmung eines Altersrahmens, in dem der junge Erwachsene vor sich selbst und damit unter Einschränkung seines Selbstbestimmungsrechts zu schützen ist. Psychologisch oder medizinisch ist die Grenze nicht zu begründen und nicht übertragbar.

5. Anhebung der Schutzaltersgrenze auf Personen unter 21 Jahren

Um eine auf der Schutzbedürftigkeit beruhende Altersgrenze zu ziehen und dem Untermaßverbot sowie den besonderen Umständen der Konversionsmaßnahmen gerecht zu werden, lässt sich die Altersgrenze des Heranwachsenden (§ 1 II Var. 2 JGG) von 21 Jahren heranziehen. Anders als die Regelungen im Sozialgesetzbuch begründet sich diese Grenzziehung anhand psychologischer Faktoren, die einbeziehen, dass der Erziehungsgedanke des Jugendgerichtsgesetzes noch greift – namentlich, dass die Entwicklung des Jugendlichen noch nicht abgeschlossen, er also noch positiv (und *e contrario* auch negativ) beeinflusst werden kann. Dem steht auch nicht § 105 JGG entgegen. Denn die dort geforderte positive Feststellung einer sittlichen und geistigen Reife basiert darauf, dass das JGG als Verfahrensrecht auf alle Straftatbestände Anwendung findet und daher unterschiedlich zu beurteilen ist, inwieweit bzgl. eines konkreten Tatbestands diese Reife gegeben ist. Demgegenüber erfasst das Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen immer vergleichbare Situationen und Umstände, für die hinsichtlich der Reife eine verbindliche Aussage getroffen werden kann. Das Argument, es ginge hier um einen Ausdruck des Verhältnismäßigkeits- und Schuldprinzips greift nicht, da es um die Vergleichbarkeit der gezogenen Konsequenzen und nicht um die Auswirkungen

.....

46 BVerfGE 75, 108 (157); 93, 319 (348 f.).

47 BVerfGE 12, 326 (333); 52, 277 (281).

der Ausgangslage geht.⁴⁸ Das Jugendgerichtsgesetz dient dem Schutz des Jugendlichen, da dieser die erforderliche Reife zur Einsicht der Tatumstände nicht erkennt. Genauso dient das Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen dem Schutz des Jugendlichen, der die erforderliche Reife nicht besitzt, die negativen Folgen einer Konversionsmaßnahme sowie die Bedeutung der eigenen Sexualität umfassend zu erkennen und einzuschätzen. Dafür streitet auch die in § 182 III StGB für den sexuellen Missbrauch von Jugendlichen gezogene Altersgrenze (21 Jahre), die sich darin begründet, dass bei Personen über 21 Jahre höhere Lebenserfahrungen und materielle Ressourcen sowie höhere psycho-sexuelle Reife und gefestigtere soziale Beziehungen erwartet werden.⁴⁹ Damit ergibt sich eine gesetzgeberische Wertung einer Altersgrenze in Bezug auf psychische und geistige Reife bei 21 Jahren, die für das vorliegende Verbot übernommen werden sollte.

6. Resümee

Die politisch durchaus begrüßenswerte, starke Symbolwirkung eines absoluten Verbots darf den Blick nicht versperren auf die Autonomie und Freiheit des Menschen als Kerngedanke grundrechtlicher Garantien. Auch ein starkes politisches Signal ist regelmäßig daraufhin zu untersuchen, ob es die betroffenen Rechte in ein angemessenes Verhältnis setzt. Eine Ausweitung des Tatbestands auf alle Menschen ist daher nicht zu begrüßen. Die besondere Vulnerabilität von Personen im Übergang der Pubertät in das Erwachsenenalter, die das 18. Lebensjahr noch nicht beendet haben und die Ausgestaltung des deutschen Bildungssystems, in welchem Personen zwischen 18 und 21 Jahren noch häufig von der Unterstützung der Eltern abhängig sind, begründen in verfassungsmäßiger Weise eine Anhebung des Schutzalters auf 21 Jahre.

.....

48 Lemmert, MedR 2020, 824 (827).

49 Zusammenfassend Renzikowski, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2021, § 182 Rn. 8.

V. Fazit und Ausblick

Ein Aktionsplan ist eine Selbstverpflichtung der Bundesregierung – nicht mehr, aber auch nicht weniger. Er wurde nicht nur begrüßt, sondern war auch Nährboden einiger Kritik. Kritiker:innen sahen in ihm den Nachweis dafür erbracht, dass im ersten Jahr der Legislaturperiode die großen Ziele, die im Bereich „Queeres Leben“ im Koalitionsvertrag⁵⁰ festgehalten worden waren, nicht erreicht, sondern größtenteils wortgleich in den Aktionsplan überführt wurden. Nun ist wahrlich die Überarbeitung des Gesetzes zum Schutz vor Konversionsbehandlung nicht dringend (zumindest vor dem Hintergrund des zu reformierenden Transsexuellengesetzes, dessen Ersetzung durch das Selbstbestimmungsgesetzes sich derzeit noch verzögert), aber – wie aufgezeigt – notwendig. Die Streichung der Strafausnahme für Fürsorge- und Erziehungsberechtigte gründet sich auf der Systemfremdheit genauso wie auf der praktischen Bedeutungslosigkeit. Besondere Vorsicht und Sensibilität sollten walten, wenn die Schutzaltersgrenze zur Debatte steht. Sie nämlich bringt die verfassungsrechtlichen Belange zwischen Autonomie des Menschen und Schutzpflicht des Staates in einen angemessenen Ausgleich und ist unter Berücksichtigung des grundsätzlichen Ablöseprozesses eines Nachkommen von seinen Fürsorge- und Erziehungspersonen und der damit einhergehenden Fähigkeit zu eigenständigen Entscheidungen zu ziehen. Eine Schutzaltersgrenze von 21 Jahren wird diesen Anforderungen gerecht.

• **Dr. Jennifer Grafe, LL.M.** ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Internationales Strafrecht von Prof. Dr. Gereon Wolters an der Ruhr-Universität Bochum.

.....

50 Koalitionsvertrag von SPD/Grüne/FPD, 20. Legislaturperiode, Zeile 4059 f.

Real-Time-Bidding – Die Vermarktung von Werbeflächen im Internet

„Alle akzeptieren“ – ein Button, den wohl die meisten von uns regelmäßig betätigen, um störende Pop-Ups loszuwerden. Doch was akzeptieren wir da eigentlich? Dieser Beitrag beschäftigt sich mit einem Vertriebssystem für Werbeflächen, das in der breiten Bevölkerung kaum bekannt ist und doch nahezu jeden von uns betrifft: dem Real-Time-Bidding. Im Zentrum steht eine Entscheidung der belgischen Datenschutzaufsicht, die im Februar 2022 für Aufruhr in der Branche gesorgt hat. Sie wirft grundsätzliche Rechtsfragen zur Zulässigkeit von Datenverarbeitungen in Real-Time-Bidding Systemen auf – Rechtsfragen, die aktuell auf eine Beantwortung durch den EuGH warten. Neben einer grundlegenden Erläuterung, wie das Real-Time-Bidding funktioniert, soll dieser Beitrag in erster Linie ein Verständnis dafür schaffen, warum diese Rechtsfragen elementar für Nutzer:innen und Industrie sind und sich mit den Ausführungen der belgischen Behörde kritisch auseinandersetzen.

Entscheidungsbesprechung Autorité de protection des données vom 2. Februar 2022, DOS-2019-01377

I. Einleitung

Personalisierte Werbung ist ein Geschäftsmodell, das immer wieder wegen massenhafter Verarbeitung von personenbezogenen Daten in Kritik gerät. Als besonders problematisch wird das „Tracking“ gesehen: das Erstellen von detaillierten Nutzerprofilen, die genutzt werden, um Nutzer:innen maßgeschneiderte Werbeanzeigen zu präsentieren.¹ Bei vielen Nutzer:innen führt der Gedanke, dass Unternehmen umfangreiche Datensätze über das eigene Verhalten im Internet anlegen, zu einem gewissen Unwohlsein. Doch wird damit auch

gegen geltendes Recht verstoßen? Im Folgenden soll ein besonders kontroverses Vermarktungssystem betrachtet werden: das Real-Time-Bidding (RTB).

1. Werbepplatzierung in Medien

Um eine Bewertung von RTB-Systemen aus rechtlicher Sicht vorzunehmen, sollen zunächst die teilnehmenden Parteien und Prozesse in RTB-Systemen erläutert werden.

a. Parteien

Folgende Parteien nehmen an RTB-Systemen typischerweise teil:

- a) Nutzer:innen: Die Endnutzer:innen, die das Ziel der Werbeanzeigen sind.
- b) Publisher: Die Betreiber:innen der Medien, die von Nutzer:innen genutzt werden und deren Werbeflächen verkauft werden.
- c) Werbetreibende (engl. „advertisers“): Akteure, die ihre Werbung einer möglichst relevanten Zielgruppe (z.B. von möglichen Kund:innen) präsentieren wollen.
- d) Sell-Side-Plattform (SSP): Plattformen, die Publisher bei der Vermarktung ihrer Werbeflächen unterstützen und eine Aufforderung auf diesen Platz zu bieten (Bid-Request) senden.
- e) Demand-Side-Plattform (DSP): Plattformen, die den Kauf von Werbeflächen für Werbetreibende unterstützen.
- f) AdExchange: Eine Plattform, die zwischen Demand-Side und Supply-Side vermittelt und als Schnittstelle eine Kommunikation erlaubt.
- g) Data-Management-Plattform (DMP): Plattformen, die aus zahlreichen Quellen große Mengen an Nutzer-Daten sammeln, kategorisieren, verwalten und zu Nutzerprofilen zusammenfassen, um Werbetreibenden eine noch zielgerichtete

1 Vgl. etwa die „Tracking-Free Ads Coalition“ des EU-Parlaments (1. Mai 2023).

Werbung zu ermöglichen.

- h) Vendors: SSPs, DSPs, Ad Exchanges, Werbetreibende und DMPs.²

Bei der gehandelten Ware in RTB-Systemen handelt es sich nicht um die Werbung (oder das beworbene Produkt), sondern um die Werbefläche. Der Publisher ist damit ebenso wie die SSP der „Supply-Side“ der Anbieterseite zuzuordnen, während DSP und Werbetreibende die „Demand-Side“ also die Nachfrageseite bilden.

b. Abläufe

Der Vorgang kann folgendermaßen beschrieben werden:³

1. Ein:e Nutzer:in ruft die Website des Publishers auf. Dabei werden vorhandene Cookie-Daten (siehe A.III.) und weitere beim Aufrufen übermittelte Daten (siehe A.II.) der:des Nutzer:in vom Publisher ausgelesen.
2. Die vorhandenen Daten der:des Nutzer:in werden vom Publisher an die SSP übermittelt.
3. Die SSP fasst die vorhandenen Daten zu einem Bid-Request für diese:n konkrete:n Nutzer:in zusammen. Über die Ad-Exchange wird der Bid-Request mit kooperierenden DSPs geteilt.
4. Über die Ad-Exchange kann der DSP die Möglichkeit eingeräumt werden, die im Bid-Request vorhandenen Daten mit Daten anzureichern, die eine DMP bereits über die:den Nutzer:in hält.
5. Die durch die DSP vertretenen Werbetreibenden geben in Echtzeit Gebote für das Nutzerprofil ab. Die Höhe des Gebotes ist u.a. dadurch bestimmt, wie gut das Nutzerprofil der Zielgruppe des Werbetreibenden entspricht.
6. Der Werbetreibende mit dem höchsten Gebot erhält den Zuschlag und übermittelt dem Publisher die gewünschte Werbeanzeige, um sie der:dem Nutzer:in anzuzeigen (etwa ein Bild oder Video).

.....

2 Entscheidung der belgischen Datenschutzaufsicht APD v. 2. Februar 2022, DOS-2019-01377, nichtoffizielle englische Übersetzung aus niederländischer Sprache (1. Mai 2023, folgend: APD-Entscheidung) Rn. 24 ff. Die in der Entscheidung referierten Erkenntnisse zu technischen Hintergründen von RTB-System stützen sich auf den „Technical Analysis Report of the Inspection Service“ vom 6. Januar 2020.

3 Vereinfachte Darstellung in Anlehnung an Darstellungen des Investigation Service, APD-Entscheidung Rn. 27.

2. Der Bid-Request

Im Zentrum dieser Vorgänge steht der sogenannte „Bid-Request“, also die Aufforderung Gebote abzugeben. Neben allgemeinen Informationen über den angebotenen Werbeplatz können Bid-Requests auch ein breites Portfolio an Daten über Nutzer:innen enthalten, denen die Werbung angezeigt werden soll. Beispiele für im Bid-Request enthaltene Daten sind: URL/Kategorie der Website; Betriebssystem/Hersteller des Endgeräts; Geographiedaten (z.B. PLZ); Geburtsjahr/Geschlecht der:des Nutzer:in; Interessen der:des Nutzer:in (basierend auf dem Online-Verhalten); Nutzer:in-spezifischer Identifier.⁴

3. Cookies

In diesem Zusammenhang wird ebenfalls die Nutzung von „Cookies“ relevant. Hinter diesem Begriff verbirgt sich eine Datei, die auf dem Endgerät der:s Nutzer:in gespeichert wird. Welche Informationen im Cookie gespeichert sind, wer es schreibt und wer es wieder auslesen kann, ist von der Art des Cookies abhängig. Unterschieden wird hier zwischen First-Party-Cookies und Third-Party-Cookies.⁵

a. First-Party-Cookies

Wie der Name suggeriert, ist bei First-Party-Cookies neben den Nutzer:innen, auf deren Endgerät das Cookie gespeichert wird, eine weitere Partei involviert. Dies ist in der Regel der Publisher, der eine Website oder App betreibt, die die Nutzer:innen besuchen bzw. nutzen. Sobald Nutzer:innen die Website aufrufen, senden sie ebenfalls Daten an den Publisher, die es diesem ermöglichen, die Website ordnungsgemäß darzustellen. Dazu gehören etwa Bildschirmgröße, Betriebssystem und Standort (insbesondere bei mehrsprachigen Angeboten). Zur Vereinfachung dieser Prozesse speichert der Publisher die ihm übermittelten Daten in einer Datei auf dem Endgerät des Nutzers – dem Cookie. Die dort gespeicherten Daten kann er beim nächsten Aufruf der Seite wieder auslesen und nutzen. Allgemein dienen First-Party-Cookies

.....

4 APD-Entscheidung Rn. 29.

5 *Specht*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 9 Rn. 63.

in erster Linie dazu, das Nutzer:innenerlebnis zu optimieren und Informationen, die Nutzer:innen einmal senden, bei zukünftigen Besuchen wieder verwenden zu können. Weitere Beispiele sind ein Einkaufskorb bei Online-Shops, Benutzer:innenamen/Passwörter und allgemeine Website-Einstellungen.

b. Third-Party-Cookies

Deutlich interessanter für AdTech⁶ Anbieter:innen sind Third-Party-Cookies. Hier wird das Cookie nicht vom Publisher gesetzt, sondern von einer dritten Partei – regelmäßig einem Akteur in RTB-Prozessen. Entscheidend ist, dass dieser Dritte das Cookie nicht nur setzt, sondern es auch später wieder auslesen kann. Da er die Cookies nicht nur für einen Publisher setzt, sondern für ein ganzes Portfolio an Websites und anderen Medien, ermöglichen es Third-Party-Cookies, umfangreiche Profile über das Nutzer:innenverhalten zu erstellen. Diese Profile können anschließend genutzt werden, um eine gezielte Platzierung von Werbung bei diesen Nutzer:innen an Werbetreibende zu vermarkten.⁷

II. Marktstandards: TCF & OpenRTB

Bereits jetzt wird ersichtlich, dass RTB-Systeme umfangreiche Datenverarbeitungsprozesse mit tausenden von Beteiligten beinhalten. Es stellt sich also die Frage, wie diese Prozesse nicht nur technisch ermöglicht werden können, sondern darüber hinaus auch die Einhaltung einschlägiger Regulatorik sichergestellt werden kann. Die Antwort der Industrie auf diese Frage lautet: Standards.

Standards sind in industriellen Anwendungen insbesondere dort allgegenwärtig, wo viele Parteien zusammenarbeiten müssen. Anstelle von aufwändiger Individualkommunikation wird ein gemein-

samer Nenner entwickelt, der für alle nutzbar ist. Ein prominentes Beispiel ist etwa der Bluetooth-Standard, der eine kabellose Verbindung von Geräten zahlreicher Hersteller ermöglicht.⁸

Derartige Standards existieren auch für RTB-Prozesse. Neben dem Authorized Buyers Protokoll, herausgegeben von Google⁹, sind dies etwa das OpenRTB Protokoll, herausgegeben durch das IAB Technology Lab¹⁰, und das Transparency & Consent Framework (TCF), herausgegeben durch IAB Europe¹¹. Im Folgenden sollen sich die Ausführungen auf die beiden letztgenannten Standards beschränken.

1. Unterschiede

Wichtig ist dabei zunächst eine Abgrenzung beider Standards voneinander. Das OpenRTB Protokoll ist ein technischer Standard, der eine Kommunikation zwischen unterschiedlichen Akteur:innen im RTB-System ermöglichen und damit die Funktionalität sicherstellen soll. Dafür bedient er sich unter anderem technischer Spezifikationen, wie einem Application Programming Interface (API): einer Schnittstelle, die es Programmier:innen ermöglicht an ein fremdes System anzuknüpfen.¹²

2. Transparency & Consent Framework

Demgegenüber soll das TCF den Teilnehmenden die Einhaltung der einschlägigen Regulatorik ermöglichen, namentlich der Verordnung (EU) 2016/679 (DSGVO). Problematisch sind im Kontext von RTB-Systemen regelmäßig die Rechtsgrundlage für eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten (Art. 6 I DSGVO) und die Erfüllung von Transparenzpflichten (Art. 12 ff. DSGVO). Um diesen Anforderungen zu genügen, stellt das TCF einheitliche Vorgaben zu Verarbeitungszwecken auf und setzt sogenannte Consent Management Platforms (CMP) ein, die einen vorgelagerten Zertifizierungsprozess durchlaufen müssen. Die teilnehmenden „Vendoren“ (ein Begriff mit dem in

6 Der Begriff AdTech leitet sich von dem englischen Begriff „Advertising Technology“ ab und bezeichnet allgemein Technologie (z.B. Software oder Analysewerkzeuge), die für Werbezwecke eingesetzt wird.

7 Difference Between First-Party and Third-Party Cookies (1. Mai 2023).

8 Bluetooth Technologie-Übersicht (1. Mai 2023).

9 Authorized Buyers-Übersicht (1. Mai 2023).

10 IAB Technology Laboratory, Real Time Bidding (RTB) Project (1. Mai 2023).

11 TCF – Transparency & Consent Framework v2.0 (1. Mai 2023).

12 TCF – Transparency & Consent Framework (1. Mai 2023).

Rahmen des TCF die Werbetreibenden, SSP, DSP, Ad Exchange und DMP zusammengefasst werden) sind darüber hinaus in einer „Global Vendors List“ öffentlich einsehbar (aktuell 818 Unternehmen).¹³ Die Publisher können dabei wählen, welche Verwendungszwecke sie den Vendoren anbieten möchten.

3. Consent Management Platforms

Eine besondere Rolle für die DSGVO-Compliance kommt dabei den CMP zu. Sie sind dafür verantwortlich, Nutzer:innen über die Datenverarbeitungen mit allen verbundenen Transparenzpflichten aufzuklären und eine notwendige Einwilligung einzuholen. Der dahinterliegende Prozess kann folgendermaßen beschrieben werden:

1. Sobald ein:e Nutzer:in das Medium (bspw. die Website) aufruft, sendet die CMP ein Pop-Up (z.B. in Form eines Cookie-Banners), das der:dem Nutzer:in in die Website eingebettet präsentiert wird.
2. In diesem Pop-Up werden der:dem Nutzer:in Informationen über die beteiligten Vendoren und die gewählten Verarbeitungszwecke dargestellt.
3. Die:Der Nutzer:in kann nun Einstellungen vornehmen und für die einzelnen Vendoren und Verarbeitungszwecke ihre:seine Einwilligung erteilen oder verweigern und bei berechtigtem Interesse als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von ihrem:seinem Widerspruchsrecht Gebrauch machen. Üblicherweise steht der:dem Nutzer:in auch die Option zur Verfügung, pauschal allen Zwecken und Vendoren zuzustimmen.
4. Die von der:dem Nutzer:in gewählten Einstellungen – also die erteilen Zustimmungen und Widersprüche (im Folgenden „Nutzer:in-Präferenzen“) – werden in einer Datei zusammengefasst: dem TC-String. Dabei handelt es sich um eine Textdatei, deren konkrete Zusammensetzung durch den standardisierten Aufbau den teilnehmenden Vendoren die Nutzer:in-Präferenzen mitteilt.
5. Der TC-String wird im Anschluss als Cookie auf dem Endgerät der:des Nutzer:in gespeichert und kann bei zukünftigen Besuchen des Mediums weiterverwendet werden.¹⁴

.....

¹³ Vendor List TCF 2.0 (1. Mai 2023).

¹⁴ APD-Entscheidung Rn. 41 ff.

III. Die Entscheidung der belgischen Aufsichtsbehörde vom 2. Februar 2022

Kritik an diesem System wurde kürzlich an die zuständige belgische Datenschutzaufsicht Autorité de protection des données (APD) herangetragen, deren Litigation Chamber (die Streitbeilegungsstelle der APD, folgend: Kammer) am 2. Februar 2022 eine Entscheidung zu den Beschwerden veröffentlichte. Gegenstand der Entscheidung ist die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen des TCF. Diese Abgrenzung hat entscheidende Auswirkungen auf die Reichweite der Entscheidung. Wie bereits dargestellt, ist das TCF dazu gedacht, DSGVO-Compliance herzustellen, indem Nutzer aufgeklärt werden und deren Einwilligung als Rechtsgrundlage eingeholt wird. Explizit nicht von der Entscheidung erfasst sei daher der RTB-Prozess selbst und damit auch das OpenRTB-Protokoll.¹⁵ Klar ist allerdings, dass die enge Verflechtung erhebliche Auswirkungen auf angeschlossene RTB-Systeme haben wird.

Im Folgenden sollen vier Kernaussagen der Entscheidung herausgestellt und kritisch besprochen werden.

1. Der TC-String als personenbezogenes Datum

Durch die Eingrenzung auf das TCF stellt sich die Frage, welche personenbezogenen Daten in diesem Rahmen verarbeitet werden, die den Anwendungsbereich der DSGVO überhaupt erst eröffnen. Nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO sind personenbezogene Daten *„alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen“*.

Anders als IAB Europe selbst ist die Kammer der Ansicht, dass der TC-String, in dem die Nutzer:in-Präferenzen festgehalten sind, ein solches personenbezogenes Datum darstellt. Aus Sicht der Kammer sind hierfür zwei Faktoren maßgeblich:

.....

¹⁵ APD-Entscheidung Rn. 289.

a. IP-Adresse

Zum einen erlaube die Verknüpfung des TC-Strings mit der IP-Adresse von Nutzer:innen die Aussonderung einer spezifischen natürlichen Person. Dabei stellt auch die Kammer fest, dass der TC-String allein keine Zuordnung zu einer natürlichen Person erlaubt.¹⁶ Diese Bewertung kann überzeugen, denn auch wenn der TC-String individuelle Nutzer:innenpräferenzen enthält (und damit nahe liegt ihn als „unique identifier“ zu bewerten) ist er nicht einzigartig. Sobald mehr als eine Person die gleichen Präferenzen wählt, ist eine eindeutige Zuordnung nicht mehr möglich. Sobald eine CMP aber einer:inem Nutzer:in das Consent-Pop-Up sendet, verarbeitet sie automatisch auch ihre:seine IP-Adresse. Bei Speicherung oder dem späteren Auslesen des TC-String in einem Cookie ist also die Verknüpfung mit der IP-Adresse der:des Nutzer:in durch die CMP möglich. Die Kammer klassifiziert die IP-Adresse auch als personenbezogenes Datum und beruft sich dabei auf Erwägungsgrund 30 der DSGVO.¹⁷ Dieser muss allerdings zwingend in Verbindung mit der Rechtsprechung des EuGH zu der Klassifizierung von IP-Adressen gelesen werden, der lediglich einen relativen Personenbezug feststellt. Voraussetzung ist demnach, dass für mutmaßliche Verantwortliche Möglichkeiten bestehen, diese IP-Adresse einer natürlichen Person zuzuordnen. Dies ist bei IP-Adressen von Privatpersonen nicht ganz unproblematisch. Es handelt sich hier überwiegend um dynamische IP-Adressen. Anders als etwa eine postalische Anschrift ist eine dynamische IP-Adresse nicht dauerhaft einem einzelnen Anschluss zugeordnet. Vielmehr wird die IP-Adresse einem Anschluss lediglich temporär zugeordnet und nach einer gewissen Zeit oder bei neuer Verbindung mit dem Netzwerk (etwa bei Router-Neustart) wieder freigegeben und einem neuen Anschluss zugewiesen.¹⁸ Dass IAB Europe über rechtliche oder tatsächliche Mittel verfügt, um diese Verbindung herzustellen, ist also alles andere als selbstverständlich. Um einen Personenbezug des TC-String über seine Verknüpfung mit der IP-Adresse zu etablieren, bedürfte es also einer tiefergehenden Bewertung, ob bzw. in-

.....

16 APD-Entscheidung Rn. 300.
 17 APD-Entscheidung Rn. 303 f.
 18 EuGH vom 19.10.2016, Rs. C-582/14 – Breyer, Rn. 36-49.

wieweit IAB Europe über Mittel verfügt, die einen Personenbezug der IP-Adresse begründen würden. Zumindest der Entscheidungsbegründung ist diese Auseinandersetzung jedoch nicht zu entnehmen.

b. Zweck des TC-Strings

Darüber hinaus begründet die Kammer ihre Einordnung mit dem Zweck des TC-Strings. Er dient dazu, die von Nutzer:innen gespeicherten Präferenzen zu einem späteren Zeitpunkt wieder diesen spezifischen Nutzer:innen zuzuordnen. Damit der TC-String diese Funktion erfüllen kann, müsse es also a priori eine Möglichkeit zur Zuordnung zu einer natürlichen Person geben, ergo einen Personenbezug im Sinne der DSGVO.¹⁹ Diese Argumentationslinie wird grundsätzlich auch von der Artikel 29 Arbeitsgruppe geteilt. Bei der Artikel 29 Arbeitsgruppe handelte es sich um ein unabhängiges Expertengremium der Europäischen Kommission, das sich mit Fragen des Schutzes der Privatsphäre und personenbezogener Daten auseinandersetzte. Seit 1997 veröffentlichte die Gruppe regelmäßig unverbindliche Stellungnahmen zu diesen Fragen.²⁰ Mit Inkrafttreten der DSGVO am 25. Mai 2018 wurde sie durch den Europäischen Datenschutzausschuss (EDSA) abgelöst.²¹

In der Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“ äußert sich die Artikel 29 Arbeitsgruppe folgendermaßen:

*„In these cases, where the purpose of the processing implies the identification of individuals, it can be assumed that the controller or any other person involved have or will have the means „likely reasonably to be used“ to identify the data subject. In fact, to argue that individuals are not identifiable, where the purpose of the processing is precisely to identify them, would be a sheer contradiction in terms“.*²²

Es bestehen allerdings Zweifel, ob diese Logik auf den Fall des TCF übertragen werden kann. In dem zitierten Beispiel wird die Identifikation durch Videoaufzeichnungen behandelt. Klar ist, dass

.....

19 APD-Entscheidung Rn. 310 ff.
 20 Opinions and recommendations (9. Juni 2023).
 21 Vermächtnis: Artikel 29 der Datenschutzgruppe (9. Juni 2023).
 22 Artikel 29 Gruppe, WP 136 – Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, S. 16.

diese auch ein personenbezogenes Datum darstellen, wenn keine direkte Identifikation stattfindet. Denn der grundsätzliche Zweck der Aufzeichnung ist es, wenn nötig, eine Identifikation zu ermöglichen. Die Natur dieser Identifikation unterscheidet sich aber grundlegend von der Zuordnung des TC-String zu spezifischen Nutzer:innen. Die Identifikation einer Person anhand von Videoaufzeichnungen ist permanent. Der TC-String wird Nutzer:innen jedoch nur punktuell zugeordnet. Dies bedeutet zwar nicht, dass die Handreichung der Arbeitsgruppe nicht übertragbar ist. Nach hier vertretener Ansicht wäre allerdings eine differenziertere Auseinandersetzung mit den exakten Modalitäten der Zuordnung und Identifizierung erforderlich.

2. Verantwortung

Eine weitere zentrale Feststellung trifft die Kammer mit Blick auf die Verantwortung für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten innerhalb des TCF. Um keine regulatorischen Lücken zu erzeugen und Betroffenen eine eindeutige Partei zur Durchsetzung ihrer Rechte zuzuweisen, besteht für jede Datenverarbeitung ein:e Verantwortliche:r (engl. „Controller“), vgl. dazu Erwägungsgrund 74 DSGVO. Andere an der Verarbeitung beteiligte Personen sind regelmäßig lediglich Auftragsverarbeiter, vgl. Art. 28 DSGVO. Angesichts der oft komplexen Fallgestaltungen bei industriellen Datenverarbeitungsprozessen gibt es jedoch eine Ausnahme: Art. 26 DSGVO etabliert die Rechtsfigur der gemeinsamen Verantwortung. Manche Verarbeitungsprozesse mit mehreren Beteiligten sind organisatorisch so aufgebaut, dass die Verantwortung nicht einem einzelnen Controller zugewiesen werden kann. In diesen Fällen sind die Parteien gemeinsam verantwortlich (Joint Controller). Erforderlich ist aber auch hier eine klare Aufteilung der Verantwortung unter den Controllern, Art. 26 I 2 DSGVO.

Da sich die Rechtsposition von Auftragsverarbeiter und Controller grundsätzlich unterscheiden, ist ein Abgrenzungsmaßstab erforderlich. Art. 4 Nr. 7 DSGVO sagt hierzu aus: wer über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheidet, ist nicht nur Auftragsverarbeiter, sondern selbst Controller. Präzisere Abgrenzungskriterien hat der EDSA entwickelt. Demnach muss gefragt werden:

„Warum findet diese Verarbeitung statt?“ und „Wer hat beschlossen, dass die Verarbeitung für einen bestimmten Zweck erfolgen sollte?“²³

Diese Abgrenzung wird durch die Kammer auch in der genannten Entscheidung durchgeführt. Erforderlich ist sie, weil selbst bei einer Einordnung des TC-String als personenbezogenes Datum IAB Europe diesen selbst nicht direkt verarbeitet, sondern die CMPs und später die Vendors. Damit die mit der Controller-Stellung verbundenen Pflichten auch auf IAB Europe Anwendung finden, muss etabliert werden, dass IAB Europe über Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheidet.

a. Zwecke

Es ist also eine Bewertung erforderlich, inwiefern IAB Europe durch die Herausgabe und Entwicklung des TCF, Einfluss auf die Zwecke der in diesem Kontext durchgeführten Datenverarbeitungen hat. Spezifisch ist dies die Verarbeitung der Nutzer:innen-Präferenzen in Form des TC-Strings. Neben den festgelegten Verarbeitungszwecken, für die diese Präferenzen abgefragt werden, enthält das TCF auch Vorschriften für die teilnehmenden Organisationen: die „IAB Europe Transparency & Consent Framework Policies“ (TCF Policies). In diesen Vorschriften wird auch der Zweck des Netzwerks festgehalten – die Compliance mit einschlägiger Regulatorik, unter anderem durch Information der Nutzer:innen über Verarbeitungszwecke und die Weitergabe der Nutzer:innen-Präferenzen.²⁴ In diesem Kontext referiert die Kammer auf Aussagen von IAB Europe selbst über die Aufgabe des TC-Strings:

“A TC-String’s primary purpose is to encapsulate and encode all the information disclosed to a user and the expression of their preferences for their personal data processing under the GDPR. [...] Vendors decode a TC String to determine whether they have the necessary legal bases to process a user’s personal data for their purposes.”²⁵

.....
 23 EDSA, Leitlinien 07/2020 Rn. 20 ff.
 24 APD-Entscheidung Rn. 334.
 25 APD-Entscheidung Rn. 335.

Daraus schließt die Kammer, dass der Zweck des TC-Strings maßgeblich durch IAB Europe bestimmt wird. Darüber hinaus sieht die Kammer auch einen Einfluss auf die nachgelagerte Verarbeitung des TC-Strings in RTB-Systemen. Zwar sei hier zwischen den Zwecken der Verarbeitung des TC-Strings und den Zwecken der Verarbeitung außerhalb des TCF (etwa als Bid-Request) zu differenzieren. Doch werde das TCF angeboten, um das OpenRTB-Protokoll indirekt zu fördern und IAB Europe nehme hier eine Scharnierfunktion ein. Diese Funktion drücke sich auch in der abschließenden Liste an möglichen Verarbeitungszwecken aus, die Vendoren im TCF nutzen können. Hieraus schließt die Kammer einen Einfluss auf Zwecke der Verarbeitung des TC-Strings im Kontext des TCF.²⁶

b. Mittel

Bei den Mitteln der Verarbeitung verweist die Kammer in erster Linie auf die technischen Vorgaben, die durch IAB Europe für das TCF vorgegeben werden. Unter anderem nennt die Kammer die CMP API und Vorgaben zur Generierung des TC-Strings.²⁷ Rechtlich stützt sich die Kammer dabei auf die Wirtschaftsakademie-Rechtsprechung des EuGH.²⁸ Hier wurde entschieden, dass der Betreiber einer Facebook-Fanpage zusammen mit Facebook Joint Controller ist, wenn er *„durch die von ihm vorgenommene Parametrierung u. a. entsprechend seinem Zielpublikum sowie den Zielen der Steuerung oder Förderung seiner Tätigkeiten an der Entscheidung über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Besucher seiner Fanpage beteiligt ist“*.²⁹

c. Joint Controller: Vendoren

Mit der Einstufung von IAB Europe als Controller stellt sich ebenfalls die Frage nach der Rolle der übrigen Beteiligten, der Vendoren. Wie bereits ausgeführt, ist es möglich, dass es für eine Verarbeitung mehrere Controller gibt. Der EDSA führt hierzu aus, dass Zwecke und Mittel sowohl

durch gemeinsame Entscheidungen der in Frage stehenden Parteien bestimmt werden können als auch durch unterschiedliche aber sich ergänzende Entscheidungen.³⁰ Hierzu stellt die Kammer zum einen fest, dass die teilnehmenden Organisationen (CMPs, Publishers und AdTech Vendoren) aufgrund ihrer jeweiligen Rollen zu unterschiedlichen Zeitpunkten der Verarbeitung des TC-String auch Joint Controller für diese Datenverarbeitungen sind. Die Kammer geht jedoch noch weiter. Zwar seien TCF und OpenRTB-Protokoll laut IAB Europe unabhängige Systeme. Doch kommt die Bewertung der Kammer zu dem Ergebnis, dass die Systeme so eng aufeinander ausgerichtet seien, dass die Entscheidungen, die IAB Europe durch seine TCF-Policies und technische Spezifikationen getroffen hat auf der einen Seite und die Entscheidungen bezüglich Zweck und Mittel der anschließenden Verarbeitung von personenbezogene Daten durch die teilnehmenden Organisationen in OpenRTB-Protokoll auf der anderen Seite als sich ergänzende Entscheidungen zu sehen sind. Im Ergebnis führe dies dazu, dass IAB Europe zusammen mit den teilnehmenden Organisationen nicht nur für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten im TC-String gemeinsam verantwortlich sei, sondern auch für die nachgelagerte Verarbeitung von personenbezogenen Daten (etwa in einem Bid Request).³¹

3. Rechtsgrundlage für Verarbeitung des TC-Strings

Mit der Einstufung des TC-String als personenbezogenes Datum stellt sich ebenfalls die Frage nach der Rechtsgrundlage für dessen Verarbeitung. Gemäß Art. 6 I DSGVO sind mögliche Rechtsgrundlagen: die Einwilligung der betroffenen Person, die Erfüllung eines Vertrages, eine rechtliche Verpflichtung, der Schutz lebenswichtiger Interessen, die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und ein berechtigtes Interesse. In Frage kommen hier grundsätzlich zwei: Einwilligung und berechtigtes Interesse.

26 APD-Entscheidung Rn. 337 f.

27 APD-Entscheidung Rn. 360.

28 APD-Entscheidung Rn. 346.

29 EuGH vom 5.06.2018, Rs. C-210/16 – Wirtschaftsakademie Rn. 39.

30 EDSA, Leitlinien 7/2020, Rn. 54.

31 APD-Entscheidung Rn. 370 f.

a. Einwilligung

Die Prüfung, ob eine Einwilligung nach Art. 6 I lit. a DSGVO als Rechtsgrundlage in Frage kommt, kommt zu einem schnellen Ende. Denn angesichts der Tatsache, dass der TC-String bislang nicht als personenbezogenes Datum behandelt wurde, wurde auch keine Einwilligung für dessen Verarbeitung eingeholt – vielmehr wurden die Nutzer:innen nicht einmal über die Verarbeitung informiert.³²

b. Berechtigtes Interesse

Mögliche Rechtsgrundlage für eine Verarbeitung des TC-String bleibt also nur das berechtigte Interesse nach Art. 6 I lit. f DSGVO. Um sich auf berechtigtes Interesse berufen zu können, muss die Verarbeitung gemäß dem EuGH einer dreistufigen Prüfung standhalten:

1. Die:Der Verantwortliche muss mit der Verarbeitung einen legitimen Zweck verfolgen;
2. die Verarbeitung der personenbezogenen Daten muss für den legitimen Zweck erforderlich sein und
3. die grundlegenden Rechte und Freiheiten der betroffenen Person dürfen nicht verletzt werden (Abwägung).³³ Die ersten beiden Bedingungen sieht die Kammer als erfüllt an. Das Ziel der Verarbeitung des TC-Strings und der darin enthaltenen Nutzer:innen-Präferenzen, ist die Einhaltung von gesetzlichen Vorschriften und es werden auch nicht mehr Daten verarbeitet als notwendig. Schwerpunkt der Prüfung ist daher die dritte Bedingung. Hier müssen die Interessen der:des Verantwortlichen und die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person gegenübergestellt werden. Mit Blick auf Erwägungsgrund 47 DSGVO ist dabei insbesondere zu beachten, ob die betroffene Person zur betreffenden Zeit im Kontext der Datenverarbeitung vernünftigerweise annehmen konnte, dass die Verarbeitung der Daten zu diesem Zweck stattfinden würde. Hierbei falle besonders ins Gewicht, dass die:der Nutzer:in weder über die Verarbeitung ihrer:seiner Daten in Form des TC-Strings, noch über den zur Speicherung des TC-Strings gesetzten Cookie, noch über

.....

32 APD-Entscheidung Rn. 407.
 33 EuGH vom 4.05.2017, Rs. C-13/16 – Rigas, Rn. 28-31.

Rechte in Hinblick auf die Verarbeitung, insbesondere das Widerspruchsrecht, aufgeklärt wird. Auch die große Zahl an Empfänger:innen wird von der Kammer betont. Die Abwägung führt dazu, dass die Kammer die dritte Bedingung als nicht erfüllt ansieht und im Ergebnis ein berechtigtes Interesse als Rechtsgrundlage ausschließt. Damit erfolgte die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im TC-String ohne Rechtsgrundlage.³⁴

4. Rechtsgrundlage für Verarbeitung von personenbezogenen Daten in RTB-Systemen

IAB Europe trifft nach den Ausführungen der Kammer auch für die nachgelagerte Verarbeitung von personenbezogenen Daten innerhalb von RTB-Systemen eine gemeinsame Verantwortung. Daher stellt sich auch hier die Frage, ob die Verarbeitung gemäß Artikel 6 I DSGVO rechtmäßig erfolgt. Als Rechtsgrundlagen kommen ebenfalls Einwilligung und berechtigtes Interesse in Frage.

a. Einwilligung

Das Einholen von Einwilligungen für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten in RTB-Systemen ist Kernfunktion des TCF und letztlich einer der Zwecke, zu denen es entwickelt wurde. Dennoch stellt die Kammer erhebliche Mängel an einer freien und informierten Einwilligung fest.³⁵ Neben technischen Mängeln an dem vorgeschriebenen CMP-Interface und der nicht ausreichend klaren Beschreibung der Verarbeitungszwecke, kritisiert sie insbesondere zwei Aspekte:

Zum einen können Nutzer:innen unmöglich ausreichend informiert sein, da sie keine Möglichkeit haben, nachzuvollziehen, welche Daten die Ad-Tech-Vendoren und DMPs möglicherweise bereits über sie halten.³⁶

Zum anderen merkt die Kammer an, dass die Zahl der möglichen Empfänger:innen der Daten so zahlreich ist, dass Nutzer:innen unverhältnis-

.....

34 APD-Entscheidung Rn. 413-425.
 35 Zu den Anforderungen an ein solches: EDSA, Leitlinien 05/2020 V1.1.
 36 APD-Entscheidung Rn. 437.

mäßig viel Zeit benötigen würden, um diese Information zu lesen – eine Einwilligung könne daher kaum informiert sein.³⁷

Diese Feststellungen sind bemerkenswert, weil sie das Geschäftsmodell von RTB-Systemen treffen. Die Anzahl an Teilnehmenden zu reduzieren widerspricht dem Konzept, einen möglichst großen Adressat:innenkreis anzusprechen. Immerhin stellt das TCF ein Netzwerk dar, das gerade durch seine Größe und die daraus resultierende Kompatibilität mit vielen anderen Akteur:innen so interessant ist. Es ist auch fraglich, wie diesbezüglich eine Auswahl getroffen werden soll – aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten wird die Entscheidung wohl auf die größten und lukrativsten Teilnehmenden fallen. Ein Ergebnis, das aus marktregulatorischen Gründen alles andere als wünschenswert erscheint und zu monopolartigen Strukturen führen könnte.

b. Berechtigtes Interesse

Ähnliche Erwägungen leiten die Bewertung, ob ein berechtigtes Interesse in Frage kommt. Wenig überraschend kommt die Kammer auch hier zu dem Schluss, dass ein berechtigtes Interesse keine Rechtsgrundlage für die Verarbeitungen im Rahmen des OpenRTB-Protokolls darstellt. Bereits das Erfordernis des legitimen Zweckes wird von der Kammer aufgrund von mangelnder Bestimmtheit als nicht erfüllt angesehen. Auch der Grundsatz der Datenminimierung werde nicht befolgt, sodass auch keine Erforderlichkeit vorliegt.

Bei der Interessenabwägung im dritten und letzten Prüfungsschritt wird die Kammer noch deutlicher: in Anlehnung an den EDSA komme berechtigtes Interesse bei Direktmarketing, das verhaltensorientierte Marketingstrategien nutzt, grundsätzlich nicht in Frage.³⁸

c. Auswirkungen

Ein weiterer Satz sticht aus dem Volltext der Entscheidung heraus. Es ist ein Satz, dessen Inhalt den Ton der Entscheidung von Anfang an zu prägen scheint:

„The Litigation Chamber notes, for the record, that it is uncertain whether, in view of its current architecture and support of the OpenRTB protocol, the TCF can be reconciled with the GDPR“.

In der Tat äußert die Kammer an einigen Stellen fundamentale Kritik an dem Modell des „Datenhandels“ im Rahmen von RTB-Systemen, in denen Verhaltensprofile von Nutzer:innen an tausende von Empfänger:innen zum höchsten Preis versteigert werden.

Und es ist Kritik, die sich Betreibende dieser Systeme in den Augen von Datenschutzaktivisten gefallen lassen müssen. Nach Aussagen des Irish Council for Civil Liberties werden die Daten von US-Bürger:innen im Durchschnitt 747-mal am Tag durch RTB-Systeme offengelegt, die Daten von EU-Bürger:innen im Durchschnitt 376-mal am Tag. Das Online-Verhalten und der Standort von Nutzer:innen werde in den USA und Europa 178 Billionen mal im Jahr festgehalten.³⁹ Angesichts dieser Zahlen scheint es in der Tat schwer vorstellbar, dass Nutzer:innen der Umfang der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten innerhalb der kurzen Zeit bewusst werden kann, die sie vernünftigerweise auf ein entsprechendes Pop-Up verwenden werden. Der Konflikt zwischen umfassender und gleichzeitig überschaubarer Information ist älter als die DSGVO selbst.⁴⁰ Offen bleibt also die Frage, ob es überhaupt möglich sein kann, die vom EDSA geforderten Mindestinformationen auf eine Art und Weise darzustellen, die durch Nutzer:innen in zumutbarer Weise aufgenommen und verstanden werden kann. Anzumerken sei aber auch, dass es fraglich bleibt, ob IAB Europe als Standardgeber wirklich der richtige Ansprechpartner für diese Form von Compliance ist – die Einordnung als Controller führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und Risiken für die Herausgeber:innen von Standards,

37 APD-Entscheidung Rn. 435.

38 APD-Entscheidung Rn. 460; *Information Commissioner's Office*, Update report into adtech and real time bidding 20. Juni 2019 (1. Mai 2023).

39 *Irish Council for Civil Liberties*, RTB online ad auctions (1. Mai 2023).

40 *Menzel*, Datenschutzrechtliche Einwilligungen: Plädoyer für eine Rückkehr zur Selbstbestimmung, DuD 2008, 400 (408).

die demnach für eine unüberschaubare Anzahl an Verarbeitungsprozessen verantwortlich sein könnten, ohne davon zu wissen.

5. Berufungsentscheidung des Market Courts vom 07. September 2022

Dies ist jedoch eine Frage, die nicht mehr die APD beantworten wird, sondern der EuGH. Mit Beschluss vom 07. September 2022 wurden die Fragen nach der Qualifikation des TC-Strings als personenbezogenes Datum und der gemeinsamen Verantwortung von standardgebenden Organisationen durch das Berufungsgericht, den Market Court, als Vorlagefrage an den EuGH gestellt.⁴¹

IV. Real-Time-Bidding: Ein Auslaufmodell?

Während die Entscheidung des EuGH in Bezug auf das TCF noch abzuwarten ist, müssen sich AdTech-Anbieter:innen allgemein wohl auf veränderte Bedingungen einstellen.⁴² Die Entscheidung des APD liest sich als klare Absage an ein Geschäftsmodell, das personenbezogene Daten zum Zwecke personalisierter Werbung an eine nahezu unüberschaubar große Menge an Empfänger:innen übermittelt. Auch die weiteren Datenschutzaufsichten der Mitgliedsländer, denen die Entscheidung durch die APD vorab übermittelt wurde, teilen diese Ansicht oder widersprechen ihr zumindest nicht.⁴³ Nun ist die Industrie gefragt, innovative Lösungen zu entwickeln, die AdTech mit bestehender und zukünftiger Regulatorik in Einklang bringen. Eine elegante Lösung wäre es sicherlich, Datenanonymität zu schaffen und somit gar nicht erst in den Anwendungsbereich der DSGVO zu fallen. Mit Blick auf die hohen Anforderungen an Anonymität ist dies sicherlich eine Herausforderung, zumal die Daten auch weiterhin sinnvoll nutzbar sein müssten. Es könnte einem Unternehmen aber auch einen entscheidenden Vorteil bringen – in einem Markt, der derzeit auf über 117 Milliarden \$ geschätzt wird.⁴⁴

.....
⁴¹ *Hof van beroep Brussel vom 07.09.2022*, Market Court Document 2022/AR/292 – 2022/S7600, (1. Mai 2023).

⁴² So auch *Baumgartner/Hansch*, Onlinewerbung und Real-Time-Bidding, ZD 2020, 435 (439).

⁴³ APD-Entscheidung Rn. 281.

⁴⁴ *Irish Council for Civil Liberties*, RTB online ad auctions (1. Mai 2023).

• **Der Autor** studiert Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer im Seminar zum Datenschutzrecht bei Prof. Dr. Johannes Caspar eingereichten Seminararbeit.

In Griechenland international Schutzberechtigte – eine Rechtsprechungsgenese

In Griechenland wurde seit 2017 sukzessive vielen Schutzsuchenden ein Schutzstatus zuerkannt. Dies führt paradoxerweise dazu, dass sie dadurch nicht mehr in der Lage sind, ihre elementarsten Bedürfnisse zu befriedigen, sodass zahlreiche Schutzberechtigte in andere EU-Mitgliedsstaaten weitermigrierten.

Grundsätzlich ist bei bereits erfolgter Anerkennung durch einen EU-Staat kein erneuter Asylantrag in einem anderen EU-Staat zulässig. Von diesem Grundsatz kann jedoch abgewichen werden, insoweit sich aus den allgemeinen Lebensumständen im Staat der Anerkennung eine extreme materielle Not ergibt, die als unmenschliche Behandlung i.S.d. Art. 4 GRCh bzw. Art. 3 EMRK zu werten ist.

In Bezug auf Griechenland haben der EGMR, der EuGH und deutsche Verwaltungsgerichte eine solche unmenschliche Behandlung sukzessive anerkannt.

Dieser Beitrag entwickelt zunächst einen differenzier-ten Blick auf die Situation von Schutzberechtigten in Griechenland und beleuchtet die einschlägigen Rechtsvorschriften. Darauf aufbauend werden die Reaktionen in der europäischen und nationalen Rechtsprechung chronologisch nachgezeichnet und die zugrundeliegen- den juristisch-dogmatischen Entwicklungen freigelegt werden.

I. Ausgangssituation

Seit 1999 arbeitet die EU an einem gemeinsamen europäischen Asylsystem (GEAS). In den 2010er Jahren wurden dazu zentrale Rechtsakte wie die Dublin-III-Verordnung erlassen.¹ Bereits völkerrechtlich trifft Staaten eine Pflicht, Asylanträge inhaltlich zu prüfen.² Um mehrfache Prüfungen und Unklarheiten innerhalb der EU zu vermeiden, bestimmt die Dublin-III-VO die Zuständigkeit für

.....

1 Erwägungsgrund 2 VO (EU) 604/2013.
2 Dies ergibt sich unter anderem aus Art. 33 I der Genfer Flüchtlingskonvention.

die materielle Prüfung. Diese liegt in der Regel bei dem Staat, in dem Asylsuchende als erstes ankommen. Dies hat zu einer stark disproportionalen Belastung der an den EU-Außengrenzen liegenden Mitgliedstaaten, wie Griechenland, geführt.³ Dadurch wurde jene Rechtssetzung während der letzten Dekade auf eine Belastungsprobe gestellt.

1. Tatsächliche Gegebenheiten

Die Zahl der erstinstanzlich abgeschlossenen Asylverfahren hat sich in Griechenland seit 2017 in Relation zu den vier Jahren zuvor verzehnfacht.⁴ Mitursächlich dafür sind beschleunigte Asylverfahren in Kombination mit der Eindämmung der Balkanroute, welche zu einer Erhöhung ankommender Schutzsuchender in Griechenland führte.⁵ Die politische Reaktion Griechenlands auf einen starken Zuwachs international Schutzberechtigter im Land bestand insbesondere ab 2019 darin, den Zugang zu staatlichen Versorgungsleistungen für Anerkannte drastisch einzuschränken.⁶

a) Sozialleistungsverlust durch Anerkennung

Dies brachte die widersprüchliche Situation hervor, dass die Anerkennung im Asylverfahren, also eine staatlich geprüfte und festgestellte Schutzbedürftigkeit, eine tatsächliche Verschlechterung der Lebenssituation zur Folge hatte.

Seit einer Gesetzesänderung zum 01.06.2020 müssen Asylsuchende die Wohnungen des „ESTIA“-Programmes (Emergency Support to

.....

3 Papoutsis, Aktuelle Entwicklungen der griechischen. Flüchtlings- und Asylpolitik, (26.06.2023).
4 74.975 (von 2017 bis 2021) zu 7.597 Verfahren (von 2013 bis 2016), Eurostat TPS00192 (26.06.2023).
5 RSA, Zur aktuellen Situation von international Schutzberechtigten in Griechenland (26.06.2023), S.4; Papoutsis (26.06.2023).
6 RSA, (26.06.2023), S.4.

Integration and Accomodation) innerhalb von 30 Tagen nach ihrer Anerkennung verlassen.⁷ Davor wurden sie *de facto* nach maximal sechs Monaten aus den Unterkünften gedrängt.⁸ Allein in der zweiten Jahreshälfte 2020 mussten 4.957 Personen die Unterkünfte von „ESTIA“ verlassen, u.a. weil sie internationalen Schutz erhalten hatten.⁹ Ein zwischenzeitlich von der International Organization for Migration (IOM) für international Schutzberechtigte gestartetes Unterwohnprogramm namens FILOXENIA (gr. Freund der Fremden) wurde 2021 wieder eingestellt.¹⁰ Auf unterstützende Geldleistungen des sog. Cash-Card-Systems des UNHCR haben Asylbewerber:innen nach der Zuerkennung von internationalem Schutz keinen Anspruch mehr.¹¹ Im Jahr 2020 trat ein neues griechisches Gesetz in Kraft, welches Geld- oder Sachleistungen für international Schutzberechtigte direkt nach ihrer Anerkennung drastisch einschränkt.¹²

Somit bieten weder internationale Organisationen noch der griechische Staat selbst ausreichend Sozialleistungen nach Anerkennung der Schutzbedürftigkeit.

b) Juristische Voraussetzungen

Die Einschränkungen für anerkannte Flüchtlinge ergeben sich zum Teil aus spezifischen Tatbestandsmerkmalen für den Erhalt von staatlichen Leistungen. Zwar wird formal die Inländergleichbehandlung gewahrt, welche verlangt, dass anerkannt Schutzberechtigte unter den gleichen Voraussetzungen wie Staatsbürger:innen Zugang zu staatlichen Leistungen erhalten müssen.¹³

Allerdings werden Sozialleistungen an Schutzberechtigte dadurch erschwert, dass sachlich nicht nachvollziehbare Fristen gesetzt werden.

Um beispielsweise am Wohnungsprogramm

7 MIT, The living conditions of applicants and beneficiaries of international protection (26.06.2023), S. 8.
 8 Pro Asyl Anerkannte raus! In Griechenland müssen Geflüchtete ihre Wohnungen zwangsräumen (26.06.2023).
 9 AIDA u.a., Country Report: Greece, 2020 update, S.247.
 10 RSA, (26.06.2023), S.6.
 11 MIT (26.06.2023), S. 16.
 12 EASO Asylum Report 2021: Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union, S.144.
 13 Meyerhöfer, Aktuelle Rechtsprechung zu in Griechenland „Anerkannten“, Asylmagazin 6/2021, 200 ff. (204).

„HELIOS-2“ (Hellenic Integration Support for Beneficiaries of international Protection; gr. Sonne) teilnehmen zu können, wird eine Anerkennung ab dem 01.01.2018 und eine Meldung in einer Asylunterkunft zum Zeitpunkt der Anerkennung vorausgesetzt.¹⁴ Staatliche Mietzulagen z.B. setzen hingegen einen mindestens fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalt in Griechenland durch Vorlage der Einkommenssteuererklärung oder andere geeignete Belege, voraus.¹⁵

Für das staatliche Mindesteinkommen werden ein Mietvertrag und eine Nebenkostenabrechnung für eine Wohnung, die mindestens sechs Monate vor Einreichung des Antrags angemietet wurde, oder eine Bescheinigung der Obdachlosigkeit, welche äußerst schwierig zu bekommen ist, verlangt. Damit sind international Schutzberechtigte mehrheitlich davon ausgeschlossen.¹⁶

Zum anderen werden für eine Vielzahl von Leistungen hohe Dokumentenanforderungen gestellt. So wird etwa für den Zugang zu einer staatlichen Obdachlosenunterkunft,¹⁷ für die Berechtigung für HELIOS-2¹⁸ – worunter auch ein Unterstützungsprogramm zur Arbeitsaufnahme gefasst wird –¹⁹ für die Aufnahme einer legalen Tätigkeit,²⁰ staatliche medizinische Versorgung²¹ und den Erhalt des Mindesteinkommens²² eine gültige Aufenthaltserlaubnis (ADET), eine Steueridentifikationsnummer (AFM), eine Sozialversicherungsnummer (AMKA) sowie ein Bankkonto benötigt. Für diese vier letztgenannten zentralen juristischen Erfordernisse muss wiederum ein Wohnsitz nachgewiesen werden.²³

c) Faktische Umstände

Neben die juristischen Voraussetzungen treten faktische Umstände erschwerend hinzu.

.....
 14 ACCORD, Griechenland: Versorgungslage und Unterstützungsleistungen für (nach Griechenland zurückkehrende) Personen mit internationalem Schutzstatus [a-11601] (26.06.2023), S.14.
 15 Art. 17 Gesetz 4659/2020; RSA (26.06.2023), S. 19.
 16 ACCORD (26.06.2023), S.12.
 17 ACCORD (26.06.2023), S.19.
 18 MIT (26.06.2023), S. 18.
 19 ACCORD (26.06.2023), S.24 f.
 20 RSA (26.06.2023), S. 14.
 21 Griechenland Ministerialerlass 25132/2016, 4. April 2016, Art. 2; AIDA u.a. (26.06.2023), S. 186.
 22 MIT (26.06.2023), S. 19.
 23 AIDA u.a. (26.06.2023), S. 249.

Durch stark steigende Mieten ist es selbst bei Mietzuschüssen kaum möglich, eine Wohnung zu unterhalten.²⁴ Zudem wird es Geflüchteten in Griechenland zusätzlich durch Vetternwirtschaft und diskriminierende Vorurteile erschwert, überhaupt eine Wohnung zu finden.²⁵ Grundsätzlich kann als Wohnsitz auch eine Obdachlosenunterkunft ausreichen.²⁶ Die staatlichen Obdachlosenunterkünfte erfordern zirkelschlüssig wieder die oben genannten vier Identifikationsnummern (s.o.). Für nichtstaatliche Unterbringungen stellen mangelnde Übersetzer:innen sowie des Öfteren bestehende psychische Erkrankungen eine große Hürde dar.²⁷

Der Erhalt eines ADET-Aufenthaltsbescheids, welcher für den Erhalt von Sozialleistungen notwendig ist (s.o.) wurde durch den aufgrund wiederholter Kompetenzverschiebung zwischen der griechischen Polizei und dem Ministerium für Migration und Asyl entstandenen Stau in den Verwaltungsprozessen faktisch eingeschränkt.²⁸

Die Möglichkeit Arbeit zu finden, wird durch sprachliche Hürden, eine hohe allgemeine Arbeitslosenquote von 12,6%,²⁹ mangelnde Ressourcen der staatliche Arbeitsagentur OAED und einen starken wirtschaftlichen Einbruch infolge der Coronapandemie für Menschen mit internationaler Anerkennung erschwert.³⁰ Auch die Nostrifizierung (Anerkennung ausländischer Abschlüsse und akademischen Graden) wird ebenfalls unter formeller Wahrung der Inländergleichheit durch mangelnde Berücksichtigung von Beschaffungs- und Übersetzungshürden bezüglich Dokumenten des Herkunftsstaats tatsächlich stark behindert.³¹ In der Praxis stößt das griechische Gesundheitssystem, trotz einiger Bemühungen seitens des griechischen Ministeriums, auf signifikante Engpässe.³² Auch die Sprachbarriere kann hier durch

24 RSA (26.06.2023), S. 9.

25 Vgl. Auskünfte des Auswärtigen Amtes vom 26. September 2018 an das VG Schwerin, S. 5; vom 11. Oktober 2017 an das VG Berlin, S. 5; vom 22. August 2017 an das VG Hamburg, S. 5.

26 ACCORD (26.06.2023), S.9.

27 ACCORD (26.06.2023), S.19.

28 ACCORD (26.06.2023), S.7.

29 Für 2022, Arbeitslosenquote in Griechenland (26.06.2023).

30 ACCORD (26.06.2023), S.24.

31 ACCORD (26.06.2023), S.26 f.

32 EASO (26.06.2023), S. 191.

einen Mangel an Übersetzenden nicht überwunden werden.³³

Insgesamt tritt zu den hohen rechtlichen Voraussetzungen eine generell prekäre Lage der Versorgungssituation in Griechenland hinzu. Dabei können Schutzberechtigte jedoch nicht auf die traditionelle Substitution staatlicher Unterstützung innerhalb von Familien zurückgreifen.

d) Resultierende Lebensrealität

Anerkannte Flüchtlinge sind im Ergebnis einer prekären Situation ausgesetzt, in der sie ihre grundlegendsten Bedürfnisse nicht befriedigen können.

Unter international Geschützten in Griechenland ist Obdachlosigkeit ein weit verbreitetes Phänomen, welches durch die Vielzahl von Anerkennungen verschärft und 2019 am Viktoriaplatz in Athen symptomatisch sichtbar wurde. Dort lebten über einen längeren Zeitraum obdachlos gewordene Geflüchtete ohne Hygieneinfrastruktur, medizinische Versorgung oder staatliche Unterstützung.³⁴ Die einzige Möglichkeit für Anerkannte in Griechenland zu arbeiten, sind kriminalisierte Tätigkeiten, z.B. als Hausierer:in, worauf Haft- und Geldstrafen stehen.³⁵ Arbeitslosigkeit wirkt sich dabei negativ auf die soziale Sicherheit, die Integration und das Ausbeutungsrisiko aus, was die ohnehin schon prekäre Lage weiterhin verschärft.³⁶ Zwar erhalten einige international Schutzberechtigte in einem gewissen Umfang Sozialleistungen, wie z.B. seit 2018 die Arbeitslosenkarte, welche an vergleichsweise niedrigere Voraussetzungen geknüpft ist. Diese berechtigt zu Leistungen wie beispielsweise kostenlosem ÖPNV, Ermäßigungen für einige Fastfoods-Restaurants und kostenfreie Museumsbesuche.³⁷ Eine Umfrage zeigte jedoch, dass darüber hinaus weniger als ein Prozent der anerkannten Flüchtlinge in Griechenland staatliche Unterstützungsleistung erhielten.³⁸

33 Griechenland Ministerialerlass 25132/2016, 4. April 2016, Art. 2; AIDA u.a. (26.06.2023), S. 186.

34 BT-Drs. 19/25036, S.6 f.

35 ACCORD (26.06.2023), S.25.

36 AIDA u.a. (26.06.2023), S.248 f.

37 BFA Länderinformationsblatt der Staatendokumentation Griechenland vom 19. März 2020, S. 31.

38 ACCORD (26.06.2023), S.11.

2. Zugrundeliegende Normen

Ferner sollen nun die einschlägigen migrationsrechtlichen Vorschriften beleuchtet und die grundlegende Systematik dargelegt werden.

a) Nationales Recht

Das Asylverfahren wird wie jedes andere Verfahren im öffentlichen Recht in Zulässigkeit und Begründetheit unterteilt. Die Zulässigkeit umfasst dabei immer die Prüfung der Zuständigkeit.

Anknüpfend an die Regelungen der Dublin-III-VO, wonach der Mitgliedstaat für die Prüfung des Asylantrags zuständig ist, in dem der/die Bewerber:in zuerst angekommen ist, wurde die Asylverfahrensrichtlinie – RL 2013/32/EU (VerfRL) erlassen.³⁹ Neben einer Standardisierung des Verfahrens, wird in Art. 33 lit. a) VerfRL die Möglichkeit gegeben, einen erneuten Antrag im Falle einer bereits erfolgten Entscheidung über einen Asylantrag durch einen anderen Mitgliedstaat als unzulässig anzusehen. Diese Möglichkeit setze Deutschland mit § 29 I Nr. 2 AsylG um.⁴⁰ Damit wird die Dublin-III-VO logisch national fortgebildet.

Die Unzulässigkeit eines erneuten Asylantrags in einem anderen EU-Staat kann sich seit der VerfRL bei alternativer Zuerkennung einer der Formen des internationalen Schutzes, der Flüchtlingseigenschaft i.s.d. §§ 3 ff. AsylG und dem subsidiären Schutz gem. § 4 AsylG, ergeben.⁴¹

Die zuständige Behörde in Deutschland, das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF), kann sich daher bei Anträgen von Personen, denen in Griechenland internationaler Schutz gewährt wurde, bei einem erneuten Asylantrag für unzuständig erklären. Sonach erfolgt keine erneute materiell-rechtliche Prüfung der Fluchtgründe bezüglich des Herkunftslandes.

Neben den asylrechtlichen Vorschriften sind für die untersuchte Fallkonstellation auch allgemeine aufenthaltsrechtliche Normen relevant. Dazu zählen die Abschiebungsverbote gem. § 60 V, VII AufenthG. Diese untersagen eine Abschiebung,

.....

39 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 99. EL 2022, Art. 16a Rn. 143.

40 Göbel-Zimmermann u.a., Asyl- und Flüchtlingsrecht, Rn. 519.

41 Bergmann, in: ders./Dienelt, AuslR, 14. Aufl. 2022, AsylG § 29 Rn. 10.

insoweit Grundrechte durch die Abschiebung verletzt werden. Abschiebungsverbote können inlandsbezogen, beispielsweise krankheitsbedingt, vgl. Art. 2 II GG, oder auslandsbezogen sein.⁴² Im Falle einer Feststellung eines solchen Abschiebverbots durch die zuständige Behörde kann ein Anspruch auf einen Aufenthaltstitel nach § 25 III AufenthG entstehen.⁴³ Inhaber:innen eines solchen Aufenthaltstitel stehen jedoch weniger Rechte zu als Menschen mit internationalem Schutzstatus. Beispielsweise darf bei der Feststellung eines Abschiebungsverbots im Unterschied zur Flüchtlingseigenschaft und dem subsidiären Schutz keine Erwerbstätigkeit ausgeübt werden, § 25 II 2 i.V.m. I 4 AufenthG.

b) Internationales Recht

Der in der Praxis häufigste Fall von Abschiebungsverbotten, gem. § 60 V AufenthG, liegt in einem Verstoß gegen die in der Charta der Grundrechte der EU (GRCh) bzw. in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) des Europarates kodifizierten Menschenrechte.

Beide Grundrechtskataloge (GRCh und EMRK) binden deutsche Staatsgewalt bei potenziellen Abschiebungen auch unabhängig vom AufenthG. So nach ist der § 60 V AufenthG rein deklaratorisch.⁴⁴ Besonders relevant sind die wortgleichen Art. 4 GRCh und Art. 3 EMRK, die beide ein Folterverbot beinhalten und zusätzlich „unmenschliche oder erniedrigende [...] Behandlung“ untersagen. Aufgrund des wesentlich früheren Inkrafttretens der EMRK (1953)⁴⁵ verglichen mit der GRCh (2009)⁴⁶ hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) für das Folterverbot in der EMRK deutlich mehr zu der Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffes „unmenschlicher oder erniedrigender [...] Behandlung“ beigetragen.⁴⁷

.....

42 Bruns u.a., in: Hofmann, AuslR, 3. Aufl. 2023, AufenthG § 60a Rn. 25.

43 Im Einzelnen: Zimmerer, in: BeckOK MigR, 14. Ed. 15.01.2023, AufenthG § 25 Rn. 16.

44 Koch, in: BeckOK AuslR, 36. Ed. 01.07.2020, AufenthG § 60 Rn. 34.

45 Meyer-Ladewig u.a. in: Handkommentar-EMRK, Einleitung Rn. 6.

46 Jarass, in: ders., GrCh, Vor Art. 1 Rn. 6.

47 Van der Berg, Folter, unmenschliche und erniedrigende Behandlung in der Rechtsprechung des EGMR und die strafprozessualen Konsequenzen, Schriften zum internationalen und europäischen Strafrecht, Band 37, S. 72.

Nach seiner Judikatur ist dazu ein „*minimum level of severity*“ notwendig.⁴⁸ Damit soll im Sinne einer Erheblichkeitsschwelle von geringfügigen Fällen abgegrenzt und dem absoluten Charakter des Verbots Rechnung getragen werden.⁴⁹

Art. 52 III GRCh sieht vor, dass wortgleiche Artikel der GRCh mit der EMRK in „Bedeutung und Tragweite“ denen der EMRK entsprechen. Daher konnte sich der EuGH bei der Auslegung der unmenschlichen Behandlung in Art. 4 GRCh maßgeblich auf die Entwicklung des EGMR stützen.⁵⁰

Beiden Grundrechtskataloge sind individuell unmittelbar einklagbar⁵¹ und werden damit in ihrer Bedeutung aufgewertet.⁵²

Insoweit die Mitgliedstaaten Unionsrecht durchführen, wie bei Asylverfahren z.B., können die Garantien der GRCh unmittelbar bei den jeweiligen nationalen Gerichten, jedoch nur mittelbar gem. Art. 267 AEUV im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens beim Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) geltend gemacht werden.⁵³ Die Konventionsgrundrechte können auch unmittelbar vor nationalen Gerichten eingeklagt werden.⁵⁴ Im Unterschied zur GRCh können die Grundrechte der EMRK lediglich nach der Erschöpfung des nationalen Rechtsweges – in Deutschland einschließlich einer Verfassungsbeschwerde – direkt vor dem EGMR gem. Art. 34 EMRK geltend gemacht werden.⁵⁵

II. Juristische Verfahren

In zahlreichen Entscheidungen haben deutsche Gerichte, der EGMR und der EuGH das Verbot der unmenschlichen Behandlung im Zusammenhang mit der Situation Geflüchteter immer wieder aufgegriffen. Im Folgenden wird nun erläutert, wie *landmark cases* dazu beigetragen haben, die anfangs geschilderte Situation Schutzberechtigter in

48 U.a. EGMR vom 29.04.2002 – 2346/02, Rn. 52.

49 Meyer-Ladewig u.a. in: HK-EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 3, Rn. 19.

50 Augsberg, in: von der Groeben/Schwarze GRCh, 7. Aufl. 2015, Art. 4 Rn. 1, m.w.N.

51 Blanke, in: Calliess/Ruffert GRCh, 6. Aufl. 2022, Art. 47 Rn. 10.

52 Pabel, in: Grabenwarter/ EMRK 7. Auflage 2021, § 9. Die Individualbeschwerde Rn. 1.

53 Blanke, in: Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, GRCh Art. 47 Rn. 10.

54 Sauer, Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV 2005, 35 (38 f.).

55 Koch, in: Kluth/Hornung/Koch ZuwanderungsR-HdB, § 9 Rechtsschutz Rn. 287.

Griechenland juristisch greifbar zu machen.

1. Verfahren vor dem EGMR

Einen wichtigen Schritt in der Konkretisierung der unmenschlichen Behandlung und in der Reaktion auf die Mängel des griechische Asylsystems stellt ein Urteil des EGMR von 2011 dar.⁵⁶

In diesem Fall war einer Zurückführung aus Belgien nach Griechenland ein noch anhängiges Asylverfahren in Griechenland vorangegangen. Damit lag ein Dublin-Verfahren vor und ein erneuter Asylantrag in Belgien war unzulässig. In einer Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK wurde indes geltend gemacht, durch die griechischen Behörden in Art. 3 EMRK verletzt worden zu sein.

a) Juristische Argumentation

In seinem Urteil führt der EGMR zu dem absoluten Charakter der Norm des Art. 3 EMRK aus, wobei er die damit verbundene Menschenwürde bei seiner Entscheidung heranzieht.⁵⁷ Zudem erkennt er die großen Belastungen der geographisch-äußersten Mitgliedstaaten an und konstatiert, dass auch durch die Dublin-Verfahren die Verwaltungslast vergrößert wird.⁵⁸

Dogmatisch werden in diesem Urteil zwei entscheidende Hürden genommen: Zum einen stellt das Gericht fest, dass unter Art. 3 EMRK auch extreme materielle Not fallen kann.⁵⁹ Diese kann laut dem EGMR unter Umständen das Tatbestandsmerkmal der Folter erfüllen. Damit legt der EGMR Art. 1 I des UN-Übereinkommens gegen Folter,⁶⁰ der vorsätzliche unmenschliche Behandlung umfasst, die sehr schwere und grausame Leiden verursacht, bei der Beurteilung zugrunde.⁶¹ Dies sorgt dafür, dass die Abgrenzung zwischen den beiden Alternativen des Art. 3 EMRK graduell ist.⁶²

56 EGMR vom 21.01.2011, no. 30696/09 – M.S.S. v. BELGIUM AND GREECE.

57 EGMR vom 21.01.2011, Rn. 218.

58 EGMR vom 21.01.2011, Rn. 223.

59 EGMR vom 21.01.2011, Rn. 252.

60 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.1984, (BGBl. 1990 II S. 246).

61 Vgl. EGMR 18.12.1996 – 21987/93, Slg 96-IV– Aksoy/Türkei, Rn. 64.

62 Meyer-Ladewig u.a. in: HK-EMRK, Art. 3 Rn. 20.

Zum anderen argumentiert das Gericht, dass dieser Zustand der Verelendung, der mit der Menschenwürde unvereinbar ist, auch durch Vernachlässigen durch einen Mitgliedsstaat entstehen,⁶³ und damit gegen aus Art. 3 EMRK abgeleitete Garantien verstoßen könne.⁶⁴

Neben diesen beiden wichtigen Schritten definiert der EGMR die extreme materielle Not sowie die Grundbedürfnisse, deren Befriedigung durch Art. 3 EMRK garantiert sein müsse. Dazu zählt er insbesondere die eigene Ernährung, Obdach und die physische und psychische Gesundheit.⁶⁵ Ein weiterer Aspekt der extremen materiellen Not sei, dass diese willensunabhängig vorliegen muss.⁶⁶ Damit greift er zumindest partiell das von der griechischen Regierung vorgebrachte Argument auf, Asylbewerber:innen hätten selbstverantwortlich ihre Bedürfnisse zu befriedigen.⁶⁷

Fallbezogen argumentiert der EGMR darauf aufbauend, dass Asylbewerber:innen wie der Kläger nach der Wertung der Genfer Konventionen besonders vulnerabel seien und mithin einen besonderen Schutz benötigten.⁶⁸ Tatsächlich tritt er damit dem Vortrag der griechischen Regierung entgegen und stellt im konkreten Fall fest, dass der Kläger unabhängig von seinem eigenen Willen einer behördlichen Gleichgültigkeit gegenüberstehe und sich in einer Situation extremer materieller Not befände.⁶⁹ Damit sei die Erheblichkeitsschwelle⁷⁰ überschritten und die Garantien des Art. 3 EMRK verletzt, sowohl durch den überstellenden Konventionsstaat Belgien als auch den empfangenden Staat Griechenland.⁷¹

Auch darin verbirgt sich eine wichtige Feststellung: Durch die menschenunwürdigen Bedingungen für Asylbewerber:innen in Griechenland würden im Falle einer Rückführung dorthin auch Konventionsstaaten wie Deutschland,

.....

63 EGMR vom 21.01.2011, Rn. 253.

64 EGMR vom 21.01.2011, Rn. 263.

65 In a „state of the most extreme poverty, [a person is] unable to cater for his most basic needs: food, hygiene and a place to live“, EGMR vom 21.01.2011, Rn. 254.

66 EGMR vom 21.01.2011, Rn. 258 – 261.

67 EGMR vom 21.01.2011, Rn. 256.

68 EGMR vom 21.01.2011, Rn. 251.

69 WD 3 – 3000 – 008/19, S. 5.

70 EGMR vom 21.01.2011, Rn. 219.

71 EGMR vom 21.01.2011, Rn. 263 f.

die lediglich überstellten, die Rechte der EMRK verletzt.⁷²

b) Rechtsdogmatische Konsequenzen

Die Urteile des EGMR binden gem. Art. 46 I EMRK zunächst die beklagten Konventionsstaaten. Darüber hinaus hat die Judikatur des EGMR in Deutschland eine Orientierungswirkung. Diese wird aus dem Grundsatz der menschenrechtsfreundlichen Auslegungen in einer Gesamtschau des Art. 1 II i.V.m. 59 II 1 i.V.m. 20 III GG abgeleitet.⁷³ Die Berücksichtigungspflicht besteht darin, dass sich ein Gericht im gegebenen Fall „gebührend [mit der Auslegung des EGMR] auseinandersetzen“ muss.⁷⁴ Das beinhaltet, einschlägige Urteile zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen Verfassungsrecht verstößt. Bei Abweichung von einer Argumentation des EGMR trifft das Gericht eine Darlegungspflicht zur Argumentation mit besonderen Verfassungsgütern, die das Abweichen hinreichend begründen.⁷⁵

2. Verfahren vor dem EuGH

Bevor die dargelegte Judikatur in Bezug auf die Fallgruppe der in Griechenland anerkannten Schutzbedürftigen vor den deutschen Verwaltungsgerichten Anwendung fand, befasste sich der EuGH in wegweisenden Urteilen über die Verfahren u.a. von Abubacarr Jawo, Familie Ibrahim, Adel Hamed und Amar Omar mit der Frage der Rückführungen innerhalb des gemeinsamen Asylsystems.

Im ersten dieser drei Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV handelt es sich um eine Vorlagefrage bezüglich des Dublin-Verfahren von Jawo, der zum damaligen Zeitpunkt ein laufendes Asylverfahren in Italien hatte.⁷⁶ Am gleichen Tag erließ der EuGH die Entscheidung zu Familie Ibrahim, welche bereits in Bulgarien subsidiären

.....

72 In Reaktion darauf wurden Überstellungen nach dem Dublin-Prinzip ausgesetzt, bis zur Empfehlung der EU-Kommission 2016 diese ab März 2017 wieder aufzunehmen, WD 3 – 3000 008/19, S. 4.

73 BVerfGE 128, 326, 367 ff.

74 BVerfGE 111, 307, 329.

75 BVerfGE 111, 307, 329.

76 EuGH vom 19.03.2019 – C-163/17 – Jawo, Rn. 27.

Schutz erhalten hatte und im Rahmen eines Dublin-Verfahrens nach Bulgarien überstellt werden sollte.⁷⁷ Einige Monate später urteilte der EuGH im Verfahren von Hamed und Omar, welchen in Bulgarien die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt worden war, bevor sie in Deutschland einen weiteren Asylantrag stellten.⁷⁸

a) Juristische Argumentation

Der EuGH⁷⁹ bezieht sich in seinen Überlegungen, wie bereits dargelegt, stark auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK, was er dogmatisch mit Art. 52 III GRCh untermauert.⁸⁰ Im Rahmen dessen unterstreicht der EuGH den absoluten Charakter des in Art. 4 GRCh kodifizierten Verbots der unmenschlichen Behandlung. Im Unterschied zur EMRK weist die GRCh jedoch in Art. 1 einen ausdrücklichen Bezug auf die Menschenwürde auf. Diesen nutzt auch der EuGH, um den Absolutheitsanspruch des Art. 4 GRCh zu verdeutlichen.⁸¹ Danach muss diese Norm ausnahmslos beachtet werden.

Darüber hinaus präzisiert der EuGH die Judikatur des EGMR. Er konkretisiert sie durch Erweiterungen und Einschränkungen, generalisiert und wendet sie auf Unionsrechtsakte an. Dazu konstatiert er zunächst, dass ein solches Überstellungshindernis durch einen Verstoß gegen Art. 4 GRCh nicht nur in Dublin-Konstellationen gilt, wofür in der Dublin-III-VO in Art. 3 II U2 und 3 ein expliziter Ausnahmetatbestand kodifiziert wurde.⁸² Auch für international anerkannte Schutzberechtigte, für die Art. 33 lit. a) VerfRL anstelle der Dublin-III-VO anzuwenden ist,⁸³ greift unter Umständen das Überstellungshindernis.⁸⁴

Dies begründet der EuGH mit der Vermeidung einer sonstigen Widersprüchlichkeit.⁸⁵

Aufgrund des absoluten Rechtscharakters des Verbots der unmenschlichen Behandlungen komme es nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt des Vorliegens der extremen materiellen Not an.⁸⁶ Art. 33 II lit. a) VerfRL und damit auch die die Richtlinie umsetzenden nationalen Gesetze müssten europarechtskonform unter Beachtung der GRCh ausgelegt werden.⁸⁷ Zudem argumentiert er, dass der Umfang der Teilhaberechte, die nach der deutschen gesetzlichen Ausgestaltung aus einem Aufenthaltstitel aufgrund von Abschiebungsverboten gem. § 25 III i.V.m. § 60 AufenthG bestehen (s.o.), nicht ausreichen, einem anerkannten ein weiteres Asylverfahren zu verweigern.⁸⁸ Damit schließt er sich indirekt der Argumentation des VGH Hessen im vorangegangenen Verfahren und dessen Argument der Systemwidrigkeit an.⁸⁹

Dem gegenüber macht der EuGH jedoch auch einschränkende Präzisierungen. Wegen des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens, der sich aus gemeinsamen Werten nach Art. 2 AEUV ergebe,⁹⁰ und fundamental für einen Raum ohne Binnengrenzen sei, gäbe es die Vermutung eines rechtmäßigen Zustandes.⁹¹ Dennoch beruhe dieser Grundsatz auch auf der Zusicherung, dass es keine Verstöße gegen Art. 4 GRCh gäbe.⁹² Im Zusammenspiel mit dem absoluten Charakter des Art. 4 GRCh ergibt sich nach Ansicht des EuGH daher, dass diese Vermutung im Einzelfall widerlegbar sei. Dazu ist es notwendig, dass die jeweilige Person das Risiko einer Verletzung von Art. 4 GRCh nachweist, woraufhin staatliche Ermittlungen angestellt werden müssten.⁹³ Dieser Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens sei zudem in

77 EuGH vom 19.03.2019 – C-297/17, C-318/17, C-319/17 und C-438/17 – Ibrahim, Rn. 37 f.

78 EuGH vom 13.11.2019 – C-540/17 und C-541/17 – Hamed und Omar, Rn. 22 f.

79 Es wird sich in den Urteilangaben auf die jeweiligen Erstnennung eines Arguments durch den EuGH bezogen.

80 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 91; *Hönlinger*, in: BeckOK MigR, 14. Ed., Dublin III-VO Art. 3 Rn. 13.

81 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 78.

82 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 87.

83 EuGH vom 19.03.2019 - Ibrahim, Rn. 85; *Bülou* u.a., Die Rechtsprechung Hamed und Omar des EuGH und ihre Folgen für die Abweisung eines Asylantrages als unzulässig, ZAR 2020, 72 (73).

84 EuGH vom 19.03.2019 - Ibrahim, Rn. 80.

85 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 89.

86 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 87 f; *Bülou* u.a., ZAR 2020, 72 (72).

87 EuGH vom 19.03.2019 - Ibrahim, Rn. 82 ff.

88 EuGH vom 13.11.2019 – Hamed und Omar, Rn. 40; *Dörig*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Asylrecht im Jahr 2019, ZAR 2020, 58. S. 62 f.

89 EuGH vom 13.11.2019 – Hamed und Omar, Rn. 25.

90 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 80; *Hönlinger*, in: BeckOK MigR, 14. Ed., Dublin III-VO Art. 3 Rn. 15.

91 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 81.

92 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 89; *Bülou* u.a., ZAR 2020, 72 (74).

93 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 90; *Hönlinger*, in: BeckOK MigR 14. Ed., Dublin III-VO Art. 3 Rn. 15.

Art. 33 II lit. a) VerfRL konkret ausgeformt, womit sich diese Überlegungen auch dahingehend erweitern lassen.⁹⁴ Gegen eine Verletzung der Garantien des Art. 4 GRCh spräche grundsätzlich auch die Wahrung der Inländergleichbehandlung, selbst in dem Falle, dass international Geschützte nur in geringem Maße existenzsichernde Leistungen erhalten.⁹⁵ Zudem reiche allein große Armut nicht aus, um die Tatbestandsmerkmale des Art. 4 GRCh zu erfüllen.⁹⁶ Genauso wenig genüge mangelnde familiäre Solidarität, welche normalerweise Mängel im Sozialsystem ausgleichen kann.⁹⁷ Zudem stellt der EuGH fest, dass auch ein Verstoß gegen die in Kapitel VII der Anerkennungsrichtlinie festgelegten Mindeststandards für die Behandlung von international Geschützten nicht ausreicht, um die Gefahr der Verletzung des in Art. 4 GRCh kodifizierten Verbots der unmenschlichen Behandlung zu begründen und damit zur Zulässigkeit eines neuen Asylantrages zu führen.⁹⁸

Beim Maßstab zur Feststellung einer Verletzung des Verbots der unmenschlichen Behandlung zitiert der EuGH in weiten Teilen den EGMR und nimmt auf dessen Kriterien Bezug.⁹⁹ Auch erwähnt er dessen Erheblichkeitsschwelle, nennt diese jedoch nicht „*minimum level of severity*“, wie der EGMR, sondern eine „besonders hohe Schwelle“.¹⁰⁰ Es ist also beim Maßstab eine semantische Verschiebung zu beobachten, trotz einer *de jure* gleichen Reichweite und Bedeutung, gem. Art. 52 III GRCh. In seiner Definition dieser Erheblichkeitsschwelle bezieht er sich wieder vergleichend auf den EGMR,¹⁰¹ wobei auch die Unabhängigkeit des Willens der Schutzberechtigten erneut eine Rolle spielt.¹⁰² Dabei abstrahiert und generalisiert er die Überlegungen des EGMR. Beachtlich ist zudem, dass der EuGH von systematischen, allgemeinen oder bestimmte Personengruppen betreffenden Benachteiligungen spricht,

.....

94 EuGH vom 13.11.2019 – Hamed und Omar, Rn. 41.
 95 EuGH vom 19.03.2019 - Ibrahim, Rn. 93.
 96 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 93; Bergmann, in: ders./Dienelt, AuslR, 14. Aufl. 2022, AsylG § 29 Rn. 11.
 97 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 94.
 98 EuGH vom 13.11.2019 – Hamed und Omar, Rn. 36; Dörig, ZAR 2020, 58 (62).
 99 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 91 f.
 100 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 92.
 101 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 93.
 102 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 98.

die zu extremer materieller Not führen können, welche dann in einer Einzelfallprognose eine Verletzung von Art. 4 GRCh begründen können.¹⁰³ Auch stellt er eine solche Situation einer unmenschlichen Behandlung lediglich gleich, während der EGMR explizit von einer unmenschlichen Behandlung spricht.¹⁰⁴

b) Dogmatische Konsequenzen

Da es sich bei § 29 I Nr. 2 AsylG, welcher den Art. 33 II lit. a) VerfRL) umsetzt, um Durchführung von Unionsrecht handelt, ist Art. 4 GRCh verbindlich zu beachten und zur Auslegung dessen die Rechtsprechung des EuGHs heranzuziehen, Art. 51 I GRCh.¹⁰⁵ Somit besteht *de jure* eine engere Bindung an die Urteile des EuGH im Vergleich zur Berücksichtigungspflicht bei Urteilen des EGMR. Wichtig ist jedoch hervorzuheben, dass der EuGH in den genannten Urteilen keine tatsächliche Feststellung von systemischen Mängeln hinsichtlich der vorlegenden Ländern trifft, sondern nur abstrakt die Maßstäbe zur Beurteilung solcher Mängel aufstellt. Dies entspricht den Charakteristika des Vorabentscheidungsverfahrens, durch welches lediglich abstrakte Rechtsfragen des EU-Rechts geklärt, jedoch keine konkreten Fälle entschieden werden. Primär entwickelt er die Rechtsfigur um das Verbots der unmenschlichen Behandlung aus Art. 4 GRCh / Art. 3 EMRK so weiter, dass deutsche Verwaltungsgerichte die konkreten Umstände vereinfacht subsumieren können.

3. Verfahren vor den Verwaltungsgerichten

a) Subsumtion der tatsächlichen Lage

Basierend auf den judikativen Entwicklungen des Verbots der unmenschlichen Behandlung durch EGMR und EuGH befassten sich deutsche Verwaltungsgerichte mit der juristischen Subsumtion der tatsächlichen Lage in den jeweiligen äußeren Mitgliedstaaten unter jene Konstruktion.

.....

103 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 93; Bergmann, in: ders./Dienelt, AuslR, 14. Aufl. 2022, AsylG § 29 Rn. 10.
 104 EuGH vom 19.03.2019 - Jawo, Rn. 92.
 105 BVerwG vom 31.01.2013 – 10 C 15/12, Rn 22.

In Hinblick auf die Lage anerkannt Schutzberechtigter in Griechenland ließ die erdrückende Sachlage kaum einen anderen Schluss zu als die Feststellung, dass diese sich willensunabhängig in extremer materieller Not befinden.¹⁰⁶

In Bezug auf Obdachlosigkeit wird dabei zunächst die Möglichkeit der Verweisung auf „informelle Möglichkeiten“ zur Wohnungsnahme diskutiert. Dies wird jedoch mit dem Verweis auf Illegalität und menschenunwürdigen Umstände abgelehnt.¹⁰⁷ Zudem werden die verschiedenen rechtlichen Hürden beim Wohnraumzugang anerkannt,¹⁰⁸ die auch durch die formelle Wahrung der Inländergleichbehandlung nicht ausgeräumt werden.¹⁰⁹ Somit sei bei Rückkehrern regelmäßig anzunehmen, dass diese keinen Wohnraum erhalten würden.¹¹⁰

Die deutschen Verwaltungsgerichte stellen auch bezüglich des Arbeitsmarktes fest, dass unter formeller Wahrung der Inländergleichbehandlung,¹¹¹ unabhängig von der Eigeninitiative,¹¹² für international Geschützte in Griechenland oft nur prekäre, informelle Arbeitstätigkeiten offenstehen.¹¹³ Die Gerichte erkennen auf Basis verschiedener Dokumentation an, dass der Zugang zu Sozialleistungen schwierig ist.¹¹⁴ Sonach wird konkludiert, dass aufgrund der zahlreichen Barrieren für Drittstaatsangehörige Sozialleistungen zu erhalten mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen sei, dass international anerkannte Flüchtlinge bei einer Rückführung nach Griechenland keine staatliche Unterstützung erhalten würden.¹¹⁵ Somit können elementare Bedürfnisse insgesamt weder von staatlicher noch von nichtstaatlicher

106 Hierbei wird sich auf die Urteile des VG Ansbach vom 25.05.2020, VG Aachen vom 15.06.2020, OVG Münster vom 21.01.2021 und OVG Lüneburg vom 19.04.2021 fokussiert; vgl. *Meyerhöfer*, Asylmagazin 6/2021, 200 (203).
 107 VG Aachen vom 15.06.2020 – 10 K 1855/19.A, Rn.118 f.
 108 OVG Münster am 21.01.2021 – 11 A 1564/20, Rn. 37.
 109 VG Ansbach vom 25.05.2020 – 17 K 18.50729, Rn.53; *Meyerhöfer*, Asylmagazin 6/2021, 200 (204).
 110 OVG Münster vom 21.01.2021 – 11 A 1564/20.A, Rn. 34; So auch: OVG Lüneburg vom 19.04.2019 – 10 LB 244/20, Rn. 23; VG Stuttgart vom 21.2.2022 – A 7 K 3174/21, Rn. 42; VG Ansbach vom 30.06.2021 – 17 K 18.550441, Rn. 48; VG Aachen vom 16.03.2020 – 10 K 157/19.A, Rn. 195.
 111 OVG Münster vom 21.01.2021, Rn. 66, 69, 74; VG Ansbach vom 25.05.2020, Rn. 53.
 112 VG Aachen vom 16.03.2020 – 10 K 157/19.A, Rn. 154.
 113 OVG Lüneburg vom 19.04.2021, Rn. 54.
 114 OVG Münster vom 21.01.2021, Rn. 80, 82, 86.
 115 VG Aachen vom 06.05.2020, Rn. 152.

Seite befriedigt werden, sodass bei international anerkannt Schutzberechtigten von einer Verelendung nach Rückführung auszugehen sei.¹¹⁶

b) Juristische Argumentation

In primär juristischer Hinsicht werden mehrere Aspekte diskutiert. Eine dogmatische Weiterentwicklung des Verbots der unmenschlichen Behandlung nimmt dabei das BVerwG im Jahr 2021 vor. Dabei stellt es fest, dass die Wahrung des Existenzminimums, Art. 4 GRCh, ergebnisbezogen vorliegen muss.¹¹⁷ Dies leite er unmittelbar aus den EuGH-Urteilen her, wonach die extreme materielle Notsituation das Resultat sein muss.¹¹⁸ Das BVerwG folgert daraus, dass auch NGOs materielle Not beseitigen könnten.

Innerhalb der deutschen Verwaltungsgerichte ist umstritten, ob eine tatsächliche Unterfallgruppe für junge, gesunde, arbeitsfähige Männer gebildet werden kann, da diese keine extreme materielle Not in Griechenland erwarten würde.¹¹⁹

Dies wurde vom OVG Schleswig im Jahr 2019 bejaht,¹²⁰ und 2021 erneut bestätigt.¹²¹ Damit bietet es auch die Grundlage für das VG Schwerin Ende 2021, eine solche Ausnahmefallgruppe, bewusst entgegen der inzwischen ergangenen Rechtsprechung der OVG Nordrhein-Westfalens und Niedersachsens, die auch für junge, gesunde, arbeitsfähige Männer die extreme materielle Notsituation bejahen,¹²² anzunehmen.¹²³ Auch das VG Ansbach schließt sich der Argumentation Anfang 2022 noch an und entschied, dass der Kläger nicht von extremer materieller Not betroffen sein würde und somit sein erneuter Asylantrag in Deutschland unzulässig ist.¹²⁴ Der VGH München geht trotz divergierender Judikatur der bayrischen Verwaltungsgerichte nicht davon aus, dass eine solche Frage abstrakt geklärt werden könne und

116 OVG Lüneburg vom 19.04.2021, Rn. 66.
 117 BVerwG vom 7.9.2021 – 1 C 3.21, Rn. 25; so auch: OVG Bremen vom 16.11.2021 – 1 LB 371/21.
 118 EuGH vom 19.03.2019 – Jawo, Rn. 92.
 119 *Meyerhöfer*, Asylmagazin 6/2021, 200 (202).
 120 OVG Schleswig vom 06.09.2019 – 4 LB 17/18, Rn. 147.
 121 OVG Schleswig vom 16.02.2021 – 4 LA 259/19, Rn. 11.
 122 OVG Lüneburg vom 19.04.2021 – 10 LB 244/20; OVG Münster vom 21.01.2021 – 11 A 1564/20.A.
 123 VG Schwerin vom 09.11.2021 – 5 A 2083/20 SN, Rn. 17.
 124 VG Ansbach vom 04.02.2022 – AN 17 K 20.50343, Rn. 43.

entzieht sich damit dieser Diskussion.¹²⁵ Mittlerweise ist die Annahme einer solchen Ausnahme für die Fallgruppe der jungen, arbeitsfähigen Männer stark in der Mindermeinung. Spätestens ab 2022 sprechen sich alle OVG und VGH dagegen aus und argumentieren teilweise, dass die Rechtsprechung des OVG Schleswig noch auf einer anderen Tatsachengrundlage beruhe.¹²⁶

Über diesen Streitstand hinaus wird rechtsdogmatisch die europarechtskonforme Auslegung des § 29 I Nr. 2 AsylG als teleologische Reduktion bzw. ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal aufgefasst.¹²⁷ Die beiden Rechtsfiguren divergieren vorliegend jedoch nicht im Ergebnis.

c) Praktische Konsequenzen

Abgesehen von kleineren Ergänzungen zum dogmatischen Überbau, wie der Ergebnisorientiertheit oder die Rechtsnatur der Ausnahme bei einem Verstoß gegen Art. 4 GRCh, bewegen sich die Urteile der Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte überwiegend auf einer tatsächlicher Ebene.

Insbesondere zu Beginn des Rechtsprechungswandels zu einer Ausnahme zu § 29 I Nr. 2 AsylG bei einem Verstoß gegen Art. 4 GRCh bzw. Art. 3 EMRK werden umfangreiche Dokumentationen herangezogen, um eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung festzustellen.

Dies wirkte sich mit einiger Verzögerung auch auf die Praxis des BAMF aus. Dieses stellte vom 21.01.2021 bis zum 01.04.2022 44.000 erneute Asylanträge von in Griechenland Schutzberechtigten zurück, um der Bundesregierung die Möglichkeit zu geben, auf die Lebensumstände in Griechenland politisch einzuwirken. Ab April 2022 hat das BAMF wieder seine Entscheidungstätigkeiten aufgenommen. Entgegen der überwiegenden Rechtsprechung will es aber weiter in einer Einzelfallbetrachtung für Ausnahmen beispielsweise für junge,

.....

125 VGH München vom 17.03.2020 – 23 ZB 18.33356, Rn. 15.
 126 OVG Saarlouis vom 15.11.2022 – 2 A 81/22 Rn. 21; OVG Bautzen vom 27.04.2022 – 5 A 492/21.A, Rn. 8; OVG Münster vom 05.04.2022 – 11 A 314/22.A Rn. 31; VGH Mannheim vom 27.01.2022 – A 4 S 2443/21; Rn. 24; OVG Berlin-Brandenburg vom 23.11.2021 – 3 B 54.19, Rn. 48; OVG Bremen vom 16.11.2021 Rn. 32 f.
 127 VG Stuttgart vom 21.2.2022 – A 7 K 3174/21, Rn. 42.

gesunde, arbeitsfähige Männer argumentieren.¹²⁸ Somit findet eine Entwicklung der Judikatur in einem Zeitraum von über einer Dekade bei der deutschen Exekutive Eingang.

III. Fazit

Beachtlich ist zunächst das notwendige Zusammenspiel verschiedener Gerichte in Weiterentwicklung und Anwendung von abstrakten Normen wie Art. 4 GRCh bzw. Art. 3 EMRK. Dabei gibt der EGMR sehr fallbezogen einen ersten Anstoß, der EuGH bettet diese Rechtsprechung dogmatisch ein und bildet sie fort. Die deutschen Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte subsumieren die komplexe tatsächliche Lage der international Anerkannten in Griechenland unter die dogmatische Konstruktion, um insgesamt zum Schluss zu kommen, dass international Schutzberechtigte in Deutschland zulässigerweise einen weiteren Asylantrag stellen können.

Interessant ist dabei, wie ein institutionalisierter und menschenrechtsorientierter Rechtsraum mit drastischen humanitären Missständen umgeht und diese juristisch verarbeitet. Dabei tritt dabei ein tief verankertes einzelfallbezogenes Denken hervor, welches sich mit der Anerkennung von systemischen Rechtsverstößen schwertut, diesen entgegensteht und ihnen schlussendlich faktisch weichen muss. Die Judikatur legt hierzu oft ein vergleichendes Regel-Ausnahme-Denken zugrunde, welches davon ausgeht, dass sich Unterschiede von Alter, Geschlecht, Arbeitsfähigkeit *et cetera* im Ergebnis, also bei der Bewertung der Über- oder Unterschreitung der Schwelle der unmenschlichen Behandlung, niederschlagen müssten. Auch fällt es den Gerichten schwer, rechtliche Ausnahmetatbestände als tatsächlichen Normalzustand zu akzeptieren.

Verstärkt wird dies dadurch, dass sich die EU als menschenrechtsorientiertes Rechtssystem versteht und die Prämisse der Beachtung der Menschenrechte gibt. Damit ist eine Reflexion nur erschwert möglich. Trotz der zahlreichen gerichtlich festgestellten Verletzung des Verbots der unmenschlichen Behandlung wird immer noch

.....

128 BAMF vom 01.04.2022 Wiederaufnahme Entscheidungstätigkeit Griechenland – 61D- 7600/71-2022.

gemäß des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens von einer rechtmäßigen Behandlung ausgegangen. In der Folge ist es immer noch notwendig, dass der/die Kläger:in den Beweis des Gegenteils führt.

Es kann auch der Umgang mit einer absoluten Norm beobachtet werden, welche nichtsdestotrotz in Relation zu grundlegenden Prinzipien in der Unionsrechtsordnung oder einer Willensunabhängigkeit gesetzt wird. Dennoch vermag allein dieser absolute Charakter durchzuschlagen, damit die juristische Duldung der Rechtsverstöße in Griechenland zu beenden. Dieser Text soll darüber hinaus zur Reflexion jenseits der Norm anregen und aufzeigen, welche Schwierigkeiten bei der elementarsten Begriffen, wie dem der Menschlichkeit, entstehen können.

IV. Ausblick

Zurzeit liegt dem EuGH ein weiteres Vorlageverfahren des BVerwG vor, welches klären soll, inwieweit deutsche Behörden an Erstentscheidungen im GEAS gebunden sind.¹²⁹ Bisher geht die Rechtsprechung davon aus, dass es keine Bindung der deutschen Behörden an Asylentscheidungen anderer Mitgliedsstaaten gibt.¹³⁰ In diesem Zusammenhang spielt das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens erneut eine wichtige Rolle spielen. Politisch birgt eine solche Bindung hohe Sprengkraft, da einzelne Mitgliedstaaten in schnellen Verfahren Asylsuchende anerkennen und dann in Länder mit höheren sozialen Standards weitermigrieren lassen könnten.

Zudem wird die Annahme von Verstößen gegen Art. 4 GRCh bzw. Art. 3 EMRK aufgrund der Situation international Schutzberechtigter für andere Länder wie Ungarn,¹³¹ Rumänien,¹³² Bulgarien¹³³ und Italien¹³⁴ fortlaufend diskutiert. Hierbei kann auf die bestehende rechtliche Ausarbeitung am Beispiel in Griechenland Anerkannter zurückgegriffen werden. Die Subsumtion der jeweils

129 BVerwG vom 07.09.2022 – 1 C 26.21; Dörig, ZAR 2023, 124 (128).

130 VG Karlsruhe vom 18.10.2022 – A 8 K 2210/22, Rn. 22.

131 VGH Hessen vom 24.8.2017 – 4 A 2986/16.A.

132 VG Weimar vom 8.3.2022 – 6 K 1405/18 We.

133 OVG Sachsen, vom 15.6.2020 – 5 A 384/18.A.

134 VG Aachen vom 18.1.2023 – 9 L 22/23.A.

konkreten Lebensbedingungen bedarf jedoch immer noch eines immensen Aufwandes und gestaltet sich in der Praxis der Rechtsprechung schwierig.

Es kann also davon ausgegangen werden, dass die Rechtsprechung in Bezug auf international Anerkannte rechtlich und tatsächlich weiter in Bewegung bleiben wird.

Der Themenkomplex des Schutzes Geflüchteter ist zudem hochpolitisch. Seit langem wird diskutiert, inwieweit das Prinzip des Dublin-III-VO weiterhin tragfähig ist bzw. durch ein Quotensystem zur Verteilung von Geflüchteten ersetzt werden sollte. Daneben bieten stark unterschiedliche nationale Sozialstandards für Schutzberechtigte weiterhin viel Spannungspotenzial. Einheitliche EU-finanzierte Leistungen für Schutzberechtigte sind zurzeit nicht absehbar.

Die juristische Diskussion dürfte mangels einer langfristigen politischen Lösung sonach anhalten.

• **Der Autor** studiert Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Kanzlei Taheri mit dem Schwerpunkt Migrationsrecht und arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für internationales Seerecht und Umweltrecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht von Prof. Dr. Proelß.

Antonia Gillhaus

Der aktuelle Stand der (legislativen) Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland – eine Bestandsaufnahme

Die UN-Behindertenrechtskonvention verpflichtet den deutschen Gesetzgeber Maßnahmen zum Schutz von Menschen mit Behinderungen zu treffen. Nicht zuletzt die Diskussionen um die sog. Triage in der Covid-19 Pandemie haben gezeigt, dass dies auch rund 14 Jahre nach der Ratifikation der Konvention schwierig bleibt. Dieser Beitrag gibt anhand ausgewählter Beispiele einen Überblick über den Stand der legislativen Umsetzung der UN-BRK in Deutschland. Zunächst wird eine Konzeption des Begriffs der Behinderung entworfen, bevor anhand des Phänomens segregierter Sonderwelten im Bereich Bildung und Arbeit exemplarisch die Umsetzung der Vorgaben der Konvention untersucht wird. Zuletzt wird ein Erklärungsansatz dafür herausgearbeitet, warum die legislative Umsetzung in Deutschland den von der UN-BRK geforderten Paradigmenwechsel bisher nur in Ansätzen nachvollzogen hat.

I. Einleitung

In Krisensituationen zeigt sich, welche Gruppen in der Gesellschaft am vulnerabelsten sind. Eine Reihe von Krisen hat dies über die letzten drei Jahre sichtbar gemacht. In der Corona-Pandemie, beim sog. Jahrhunderthochwasser in Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen und beim andauernden Ukraine-Krieg muss sich Deutschland die Frage stellen, ob und warum Menschen mit Behinderungen¹ diejenigen sind, die wiederholt als Letzte gerettet werden. In der Corona-Pandemie hielt das BVerfG ein Einschreiten für notwendig. Es verpflichtete den Gesetzgeber zu einer Regelung der Triage-Situation, um zu verhindern, dass behinderte Menschen bei einer Entscheidung über Leben und Tod aufgrund ihrer Behinderungen be-

nachteiligt werden.² In einem Wohnheim im Ahrtal ertranken trotz aller Warnungen vor der Flut im Sommer 2021 zwölf Menschen mit Behinderungen.³ Und auch die Flucht vor dem Krieg in der Ukraine gestaltet sich für behinderte Menschen schwierig – ihre Aufnahme stellt Ehrenamtliche in Deutschland vor Herausforderungen.⁴

Die aktuellen Geschehnisse sind Ausdruck eines schon seit Langem bestehenden Problems, dem die UN mit der Konvention über Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, UN-BRK)⁵ entgegenwirken wollte. Deutschland zählt zu den Vertragsstaaten und hat sich dadurch bereits 2009 verpflichtet, die Lebenssituation von Menschen mit Behinderungen zu verbessern. Zum Zeitpunkt der Ratifikation ging die deutsche Bundesregierung noch davon aus, dass die Implementierung der UN-BRK in die deutsche Rechtsordnung weder Gesetzesreformen erfordern noch mit besonderen Kosten verbunden sein würde.⁶ Dies stellte sich schnell als Fehleinschätzung heraus. Seit Inkrafttreten der Konvention wurden in Deutschland zahlreiche Gesetzesreformen vollzogen, um den Vorgaben der UN-BRK nachzukommen. Dennoch kann bisher von einem Erreichen der Umsetzungsziele – Inklusion und Nicht-Diskriminierung – noch keine

1 Kritisch zur Bezeichnung „Mensch mit Behinderung“; Lachwitz, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, UN-BRK, 2013, Art. 1 Rn. 4; in dieser Arbeit wird daher „behinderter Mensch“ bzw. „Mensch mit Behinderungen“ genutzt.

2 BVerfG, vom 16.12.2021 - 1 BvR 1541/20, Rz. 110.
 3 Seggern, taz (27.07.2021).
 4 Smolenski, taz (06.04.2022).
 5 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, GA Res. 61/106 (2007).
 6 Denkschrift der Bundesregierung zum Entwurf des Ratifikationsgesetzes, BT-Drs. 16/10808, 45 ff.; BR-Drs. 760/08, 2; vgl. Degener, Welche legislativen Herausforderungen bestehen in Bezug auf die nationale Implementierung der UN Behindertenrechtskonvention in Bund und Ländern?, behindertenrecht 2009, 34 (35).

Rede sein.⁷ Nach über zehn Jahren drängt sich die Frage auf, welche Faktoren dazu führen, dass Deutschland in einigen Bereichen so weit hinter den Anforderungen der Konvention zurückbleibt. Dieser Beitrag gibt anhand ausgewählter Beispiele einen Überblick über den Stand der legislativen Umsetzung der UN-BRK in Deutschland. Zunächst wird eine Konzeption des Begriffs der Behinderung entworfen, bevor anhand des Phänomens segregierter Sonderwelten im Bereich Bildung und Arbeit exemplarisch die Umsetzung der Vorgaben der Konvention untersucht wird. Zuletzt wird ein Erklärungsansatz dafür herausgearbeitet, warum die legislative Umsetzung in Deutschland den von der UN-BRK geforderten Paradigmenwechsel bisher nur in Ansätzen nachvollzogen hat.

II. Begriff der Behinderung

Für den Begriff der Behinderung existiert weder in der Rechtswissenschaft noch in anderen Wissenschaften eine allgemein anerkannte Definition. Das mag vor allem an den vielfältigen körperlichen und geistigen Zuständen liegen, die unter den Begriff fallen sollten.⁸ Trotz der Uneinheitlichkeit der Begriffsdefinition lässt sich aber über die letzten Jahrzehnte ein erheblicher Bedeutungswandel ausmachen.⁹

1. Vom defizitorientierten zum sozialen Modell

Das defizitorientierte oder auch medizinische Modell ist der traditionelle Ansatz, um Behinderung zu beschreiben. Im Vordergrund steht die körperliche, psychische oder kognitive Schädigung der einzelnen Person, auf die mit Diagnose, Therapie und Förderung reagiert wird.¹⁰ Ziel ist die Heilung oder „Verbesserung“ der Betroffenen, sodass diese sich möglichst an die gesellschaftliche „Norm“

anpassen.¹¹ Behinderung wird als medizinisches Problem und individuelles Schicksal verstanden, das es zu beheben gilt.¹² Hierdurch werden behinderte Menschen ausschließlich zum Gegenstand staatlicher Fürsorge und Sozialpolitik gemacht.¹³ Zugrunde liegt die Vorstellung, Sonderräume für behinderte Menschen seien notwendig, weil diese zur allgemeinen, gleichberechtigten gesellschaftlichen Teilhabe grundsätzlich nicht in der Lage seien.¹⁴ Kausal für die unzureichende Teilhabemöglichkeit behinderter Menschen ist in diesem Verständnis somit allein deren individuelle Beeinträchtigung.¹⁵

Als Gegenentwurf einer Behindertenpolitik, die auf dem medizinischen Modell basierte, entstand das soziale Modell des Behinderungs-Begriffs.¹⁶ Im Rahmen eines neuen Forschungsfeldes, den Disability Studies, bildeten sich mehrere alternative Ansätze heraus, die den Begriff der Behinderung anders konstruieren. Die unzureichende Teilhabemöglichkeit behinderter Menschen ist danach gerade keine logische Folge von gesundheitlichen Schäden, sondern vielmehr eine von politischen und individuellen Entscheidungen, die durch falsche Annahmen über Behinderung beeinflusst wurden.¹⁷ Dies bedeutete eine Abkehr von dem rein individuellen Verständnis von Behinderung und einen Fokus auf den gesellschaftlichen Umgang mit Differenz.¹⁸ Das soziale Modell unterscheidet zwischen der Beeinträchtigung (impairment), d.h. dem gesundheitlichen Zustand der Person, und der Behinderung (disability), die erst durch gesellschaftlich konstruierte Benachteiligung

11 Vgl. *Kayess/French*, Human Rights Law Review 2008, S. 1 (5).
 12 Vgl. *Bernot*, Menschenrechte, 2018, S. 20; *Traustadóttir*, Disability Studies, the Social Model and Legal Developments, in: *Arnardóttir/Quinn* (Hg.), The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, European and Scandinavian Perspectives, 2009, S. 3 (8).
 13 *Bernhard*, Anforderungen an ein inklusives Bildungssystem nach der UN-Behindertenrechtskonvention, 2015, S. 35; *Rothfritz*, Konvention, 2010, S. 156.
 14 Vgl. *Bernot*, Menschenrechte, 2018, S. 20; *Degener*, Antidiskriminierungsrechte für Behinderte. Ein globaler Überblick, ZaöRV 65 (2005), S. 887 (889).
 15 *McCallum*, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Some Reflections. Legal Studies Research Paper No. 10/30, 2010, S. 3.
 16 *Degener*, in: Die UN-Behindertenrechtskonvention - ein neues Verständnis von Behinderung, in: *Dies./Diehl, Elke* (Hg.), Handbuch Behindertenrechtskonvention, 2015, S. 55 (63).
 17 *Degener*, ZaöRV 2005, S. 887 (889).
 18 Ebd.

7 Vgl. Einschätzung der Monitoring-Stelle: *Aichele* u.a., Wer Inklusion will, sucht Wege. Zehn Jahre UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland, 2019, S. 12.
 8 *Degener*, The Definition of Disability in German and Foreign Discrimination Law, DSQ 26 (2006).
 9 *Bernot*, Menschenrechte in der sozialgerichtlichen Praxis. Die UN-Behindertenrechtskonvention, 2018, S. 20; s. ausführlich zur historischen Entwicklung: *Buch*, Das Grundrecht der Behinderten (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), 2001, S. 28 ff.
 10 *Degener*, Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, RdJB 57 (2009), 200 (200).

gung verursacht wird.¹⁹ Die Behinderung ist nicht Eigenschaft eines Menschen, sondern entsteht erst durch die Wechselwirkung mit äußeren Barrieren.²⁰

2. Der Begriff in der UN-BRK

Während der Verhandlungen um die UN-BRK war die Frage der Definition eine der umstrittensten.²¹ Der Vertragstext enthält letztlich keine Definition des Behinderungsbegriffs im engeren Sinne, „in der Erkenntnis, dass das Verständnis von Behinderung sich ständig weiterentwickelt“ (Präambel lit. e). Die Konvention erfasst unter der Überschrift „Zweck“ (Art. 1) Menschen mit Behinderungen als: „Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können“. Der Wortlaut „Zu den Menschen mit Behinderungen zählen [...]“ lässt erkennen, dass sich keine abschließende Definition ergeben soll. Vielmehr handelt es sich um ein dynamisches und entwicklungsoffenes Konzept von Behinderung.²² Die Wiederholung der Wechselwirkungs-Formulierung aus lit. e der Präambel betont die Abkehr von einem rein medizinischen Verständnis von Behinderung. Dennoch bleibt auch hier das Basiselement des defizitorientierten Modells, die Anknüpfung an eine „körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigung“, erhalten. Dies beruht v.a. auf der antidiskriminierungsrechtlichen Dimension der UN-BRK,²³ denn das soziale Modell allein kann für ein Antidiskriminierungsrecht keine geeignete Definition aufbieten.²⁴ Im sozialen Modell konstruiert gerade erst die diskriminierende Handlung das diskriminierende Merkmal der

19 *Banafsche*, Mehrdimensionale Diskriminierung in der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: Lembke (Hg.), Menschenrechte und Geschlecht, 2015, S. 77 (82); *Degener*, RdJB 57 (2009), 200 (200).

20 *Bernot*, Menschenrechte, 2018, S. 20.

21 Vgl. *Kayess/French*, Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Human Rights Law Review 8 (2008), 1 (23).

22 *Aichele/Althoff*, Nicht-Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen in der UN-Behindertenrechtskonvention, in: Welke (Hg.), UN-Behindertenrechtskonvention, Mit rechtlichen Erläuterungen, 2012, Rn. 12.

23 *Fuerst*, in: Deinert/Welti, SWK-BehindertenR, 2. Aufl., 2018, Gleichheit Rn. 16.

24 *Degener*, ZaöRV 65 (2005), 887 (907).

Behinderung. Das eine existiert also nicht ohne das andere. Für das Antidiskriminierungsrecht muss jedoch zwischen der diskriminierenden Handlung einerseits und dem Opfer der Diskriminierung andererseits unterschieden werden können. Nur die Diskriminierung selbst soll schließlich verboten werden. Problematisch ist also, Behinderung ausschließlich als Wechselwirkung zwischen diskriminierender Handlung und gesundheitlicher Beeinträchtigung zu definieren.²⁵ Praktisch könnte eine Diskriminierung so immer erst im Nachhinein festgestellt werden, weil durch sie die Behinderung erst entsteht.²⁶ Die UN-BRK löst dieses Problem in Art. 1 II durch die Formulierung „können“. Schon die grundsätzliche Möglichkeit, dass die Wechselwirkung mit einer Beeinträchtigung durch externe Barrieren zu einer Einschränkung der Teilhabe führt, ist somit ausreichend, um die Behinderung festzustellen.²⁷

Die Herangehensweise der UN-BRK erinnert dabei an die durch die WHO entwickelte International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF). Die gegensätzlichen Definitionsansätze (defizitorientiert und sozial) werden durch die daran anschließende Bedingung einer Einschränkung der sozialen Teilhabe in einem bio-psycho-sozialen Modell verbunden.²⁸ Maßgeblicher Unterschied zum ICF ist jedoch der Verzicht auf eine kausale Verknüpfung. Diese wird in der UN-BRK durch das Bild der Wechselwirkung ersetzt.²⁹ Hierdurch kann Behinderung als Produkt der Interaktion von Menschen mit Beeinträchtigungen und umweltbedingten Barrieren erfasst werden. Deutlich wird diese Konzeptualisierung in dem besonderen Fokus, den die UN-BRK auf den Abbau gerade solcher Barrieren und die Bereitstellung von Anpassungen legt, die die gesellschaftliche Teilhabe von behinderten Menschen ermöglichen sollen.³⁰ Dieses Verständnis von Wechselwirkungen als Verknüpfung zwischen den gegensätzlichen Ansätzen hebt den Aspekt des sozialen Modells besonders hervor.³¹ Der Konvention gelingt es

25 Ebd., 908.

26 *Bernhard*, Anforderungen, 2015, S. 43.

27 Ebd.

28 *Banafsche*, in: Lembke (Hg.), Menschenrechte, 2015, S. 77 (81).

29 *Bernhard*, Anforderungen, 2015, S. 42; *Kayess/French*, Human Rights Law Review 8 (2008), 1 (21).

30 *Kayess/French*, Human Rights Law Review 8 (2008), 1 (24).

31 *Rothfritz*, Konvention, 2010, S. 174 f.

damit, einen Kompromiss zu finden, der einen antidiskriminierungsrechtlich nutzbaren Begriff mit der Kernidee des sozialen Modells in Einklang bringt.

III. Herausforderungen bei der Umsetzung – Segregation und Sonderwelten

Im Jahr 2015 veröffentlichte der UN-Fachauschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Ausschuss) die Ergebnisse seiner ersten Prüfung der Umsetzung der UN-BRK in Deutschland im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens. Art. 35, 36 UN-BRK verpflichten die Vertragsstaaten dazu, in regelmäßigen Abständen (ca. 4 Jahre) einen Staatenbericht als Antwort auf einen Fragenkatalog des UN-Ausschusses einzureichen. Anhand dieses Berichts bewertet der UN-Ausschuss den Fortschritt der Umsetzung der UN-BRK im jeweiligen Land. Während viel dafür spricht, dass sich die deutsche Behindertenpolitik seit Ratifikation der Konvention zum Positiven verändert hat, benennt der UN-Ausschuss in seinen Ergebnissen der ersten Prüfung noch eine ganze Reihe von Problembereichen und zeigt sich besorgt, was den Umsetzungsfortschritt in Deutschland betrifft.³² Auch sieben Jahre später, während der zweite Staatenbericht gerade durch den UN-Ausschuss geprüft wird,³³ besteht in vielen Bereichen weiter ein großer Regelungsbedarf. Anhand eines ausgewählten Querschnittsbereichs (Bildung und Arbeit) wird im Folgenden analysiert, welche Faktoren dazu beitragen, dass der Stand der legislativen Umsetzung in Deutschland hinter dem von der UN-BRK geforderten Niveau zurückbleibt.

1. Maßstab: Inklusion statt Integration

Deutschland ist zur inklusiven, nicht nur – wie der deutsche Wortlaut in der UN-BRK nahelegt – zur integrativen Ausgestaltung der Rechte in Art. 24 (Bildung) und Art. 27 (Arbeit und Beschäftigung)

.....

32 *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, Concluding observations on Germany, UN-Doc. CRPD/C/DEU/CO/1 v. 13.5.2015, Ziff. 5 ff.

33 Zweiter und Dritter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BT-Drucksachen 19/11745; vgl. zum aktuellen Stand den Nachtrag in Fn. 101.

verpflichtet. Inklusion und Integration bilden zunächst einen Widerspruch zur Segregation, also der Schaffung separater, abgeschlossener Einrichtungen und Systeme für behinderte Menschen.³⁴ Inklusion wird dabei jedoch als konzeptionelle Weiterentwicklung der Integration verstanden.³⁵ Während das Prinzip der Inklusion auf die Überwindung exkludierender gesellschaftlicher Verhältnisse abzielt, geht die Integration von einer vorgegebenen Gesellschaft aus, in die der Mensch mit Behinderungen, soweit es seine individuellen Umstände zulassen, integriert werden soll.³⁶ Der Anspruch des Inklusionsansatzes besteht somit darin, die Gesellschaft so zu gestalten, dass Menschen mit Behinderungen von vornherein selbstverständlich zugehörig sind und nicht erst im Sinne der Integration eingegliedert werden müssen.³⁷

2. (Fehlende) Umsetzung in den Bereichen Bildung und Arbeit

Das Recht auf Bildung und das Recht auf Arbeit sind traditionell geprägt durch Sonderstrukturen, die für behinderte Menschen ein beschütztes Leben im gesellschaftlichen Abseits ermöglichen sollten. Diese finden ihre Ausprägung in Sonder-/Förderschulen und Werkstätten für behinderte Menschen (WfbM), die bis zum Zeitpunkt der Konvention als besondere Errungenschaft der deutschen Sozial- und Wohlfahrtspolitik galten.³⁸ Fraglich ist, ob sie auch mit den Vorgaben der UN-BRK vereinbar sind. Den Einrichtungen kommt insgesamt ein ambivalenter Charakter „zwischen Schutzraum und Integration einerseits und struktureller Ausgrenzung andererseits“³⁹ zu. Folgt man jedoch der Grundidee der Inklusion i.S.d. UN-BRK, wird klar, dass die darin geforderte Ermöglichung der gesellschaftlichen Teilhabe für alle Menschen in allen Lebensbereichen auf der Basis gleicher

.....

34 *Krajewski*, Ein Menschenrecht auf integrativen Schulunterricht. Zur innerstaatlichen Wirkung von Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention, JZ 65 (2010), 120 (122).

35 *Krajewski*, JZ 65 (2010), 120 (121); *Wansing*, in: Welke (Hg.), UN-BRK, 2012, Rn. 14.

36 *Kronauer*, Inklusion - Exklusion, Eine historische und begriffliche Annäherung an die soziale Frage der Gegenwart, in: Ders. (Hg.), Inklusion und Weiterbildung, 2010, S. 24 (56).

37 *Bernhard*, Anforderungen, 2015, S. 67 f.; *Bielefeldt*, Innovationspotential, 2009, S. 11.

38 *Aichele*, Eine Dekade UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland, APuZ 69 (2019), 4 (4).

39 Ebd., 5.

Rechte nicht mit der strukturellen Ausgrenzung in Sondereinrichtungen vereinbar ist.⁴⁰ Abgeschlossene Schutzräume behalten Menschen mit Behinderungen in einer Position als Objekte staatlicher Fürsorge, die für eine Teilnahme in allgemeinen Lebensbereichen nicht geeignet sind. Die UN-BRK verlangt stattdessen strukturelle Anpassungen, um eben diese Teilnahme zu ermöglichen. Was bedeutet das konkret für die rechtliche Regelung der erwähnten Lebensbereiche?

a) Das Recht auf inklusive Bildung, Art. 24 UN-BRK

Im Bildungsbereich lässt sich festhalten, dass Sonderschulen durch Art. 24 wohl nicht kategorisch verboten werden, „die systematische Aussonderung behinderter Personen aus dem allgemeinen Bildungssystem“ dennoch eine Vertragsverletzung darstellt.⁴¹ Zielvorgabe der Konvention ist eine Transformation des gesamten Systems hin zu Inklusion. Ressourcen müssen für diese Veränderung eingesetzt werden, was nicht möglich ist, wenn diese weiterhin dafür genutzt werden, ein Parallelsystem von Förderschulen aufrecht zu erhalten.⁴² Deutschland und v.a. die deutschen Bundesländer, denen gem. Art. 70 GG die ausschließliche Kompetenz für den Bildungsbereich zusteht, müssen das System der Förderschulen somit langsam abbauen. Außer Bremen haben alle Länder Förderschulen und die Möglichkeit einer staatlichen Zuweisung unter dem Verweis auf fehlende Ressourcen beibehalten.⁴³ Besonders die Zwangszuweisung an eine segregierte Schule stellt gem. Art. 24 UN-BRK jedoch eine Diskriminierung des

behinderten Kindes dar.⁴⁴ Während ein Großteil der Schulgesetze nach Reformen zumindest formal einen Vorrang der integrativen bzw. inklusiven Beschulung an einer Regelschule vorsehen,⁴⁵ sieht die Praxis noch ganz anders aus. Die Exklusionsquote⁴⁶ ist seit 2008 von 4,9% auf 4,2% im Schuljahr 2019/20 zwar minimal gesunken. Diesem positiven Trend auf Bundesebene läuft jedoch die Entwicklung in Ländern wie Baden-Württemberg, Bayern und Rheinland-Pfalz komplett entgegen, wo der Prozentsatz von Schüler:innen, die an Förderschulen unterrichtet werden, in den letzten Jahren gestiegen ist.⁴⁷ Verantwortlich dafür scheint vor allem ein grundlegend falsches Verständnis der Verpflichtungen aus der UN-BRK und ein damit verbundener fehlender politischer Wille zu struktureller Veränderung zu sein.⁴⁸ Solange der Anspruch auf Beschulung an einer Regelschule unter dem Vorbehalt ausreichender Ressourcen steht, besteht zudem kein Druck eben solche Ressourcen zu schaffen. Prognosen zufolge ist so auch in Zukunft keine Besserung in Sicht: 2030/31 ist mit einer Exklusionsquote von weiterhin 4,2 % zu rechnen.⁴⁹ Zudem lässt sich feststellen, dass die Zahl der behinderten Menschen an Regelinstitutionen mit steigendem Bildungsgrad

44 Vgl. *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, General comment No. 4 on Article 24, UN-Doc. CRPD/C/GC/4 v. 25.11.2016, Ziff. 13: „The right to non-discrimination includes the right not to be segregated“; Näher zur damit verbundenen unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 24 als Konkretisierung des Diskriminierungsverbots in Art. 5 II vgl. *Siehr/Wrase*, Das Recht auf inklusive Schulbildung als Strukturfrage des deutschen Schulrechts-Anforderungen aus Art. 24 BRK und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, RdJB 62 (2014), 161 (172 ff.).

45 § 3 III SchulG BW, Art. 41 V BayEUG, § 36 II 3 SchulG Bln, § 3 IV BbgSchulG, §§ 3 IV, 4 V BremSchulG, § 12 I 1 HmbSG, § 12 Abs. 1 HessSchG, § 4 I 1, II NSchG, § 2 VSchulG NRW, § 4 SchoG SL, § 4c VSächsSchulG, § 1 IIIa SchulG LSA, § 5 II SchulG SH, § 1 II ThürSchulG. Davon ohne Vorbehalt nur Bremen und Hamburg.

46 Der Anteil der Schüler:innen mit sonderpädagogischem Förderbedarf an Förderschulen an allen Schüler:innen in Deutschland, vgl. *Wrase*, Auflösung der Förderschulen, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB) 33, 2016, S. 2.

47 Vgl. Statistische Veröffentlichungen der Kultusministerkonferenz, Sonderpädagogische Förderung in Förderschulen (Sonderschulen) 2019/2020, verfügbar unter https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/pdf/Statistik/Dokumentationen/Aus_Sopae_2019.pdf, zuletzt abgerufen am 29.05.2022.

48 Vgl. z.B. die damalige Bundesfamilienministerin Giffey zur Schließung von Förderschulen: „Und dann kommt das wahre Leben. Und man sieht eben, dass Förderschulen an ganz vielen Stellen etwas ermöglichen, das an der normalen Schule nicht möglich ist.“, dpa (25.02.2020).

49 *Sekretariat der Kultusministerkonferenz*, Statistische Veröffentlichungen der Kultusministerkonferenz Nr. 222: Vorausberechnung der Schüler- und Absolventenzahlen 2018 bis 2030, 2019, S. 50 f.

40 *Degener/Diehl*, Vorwort, in: Dies. (Hg.), Handbuch BRK, 2015, S. 18 (18).

41 *Degener*, RdJB 57 (2009), 200 (216 f.).

42 Vgl. auch *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, Concluding observations on Germany, UN-Doc. CRPD/C/DEU/CO/1 v. 13.5.2015, Ziff. 45 f.

43 im Schuljahr 21/22 waren es 2.792 Förderschulen bundesweit, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/235854/umfrage/foerderschulen-in-deutschland/>; vgl. auch *Welti*, Die UN-BRK und ihre Umsetzung in Deutschland, in: Ganner, u.a. (Hg.), Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Österreich und Deutschland, 2021, S. 27 (37).

stetig abnimmt.⁵⁰ Gerade die inklusive Bildung an Hochschulen kommt erst langsam in den Blick der Diskussion,⁵¹ was möglicherweise auch daran liegt, dass in diesem Bereich keine Schulpflicht mehr besteht, die zu einer Beschäftigung mit dem Thema zwingt. Hochschulbildung kann in Hinblick auch auf den für Menschen mit Behinderung exklusiven Arbeitsmarkt als verzichtbar abgetan werden.

b) Das Recht auf Arbeit, Art. 27 UN-BRK

Bezüglich der Entwicklung auf dem Arbeitsmarkt ist noch weniger Fortschritt zu erkennen. Die Zahl der WfbM stieg von 668 im Jahr 2002 auf 736 im Jahr 2020, in denen insgesamt knapp 300.000 Menschen beschäftigt sind.⁵² Art. 27 UN-BRK garantiert jedoch das Recht, „ohne staatliche Intervention die Arbeit frei zu wählen und anzunehmen“. Das Recht auf freie Wahl betont dabei vor allem den persönlichen Aspekt der Arbeit, „die nicht nur einen wirtschaftlichen, sondern auch einen eigenständigen Lebenszweck hat“⁵³. Um dies zu verwirklichen, bezweckt die Norm den gesamten („allgemeinen“) Arbeitsmarkt für behinderte Menschen zu öffnen, unabhängig von der Schwere ihrer Behinderung.⁵⁴ Zuständig für eine entsprechende Umsetzung sind im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72 I, 74 I Nr. 11, Nr. 12 GG) sowohl Bund als auch Länder. Art. 27 lässt dabei sowohl „marktkonforme Maßnahmen“ zu, in Form z.B. finanzieller Anreize für Unternehmen, als auch weit darüber hinausgehende Eingriffe in den Arbeitsmarkt zu dessen struktureller Veränderung. Dazu zählen bspw. Quotenregelungen, weiterführende Mitbestimmungsmöglichkeiten von Menschen mit Behinderungen und vor allem die konsequente Durchsetzung und Erweiterung des bereits bestehenden Anspruchs auf „angemessene Vorkehrungen“

.....

50 Vgl. *Statistisches Bundesamt (Destatis)*, Schüler mit sonderpädagogischer Förderung, Schuljahr 2019/20 und 2020/21, Stand 02.04.2022.

51 Vgl. *BAMS*, „Unser Weg in eine inklusive Gesellschaft“, Nationaler Aktionsplan 2.0 der BReg zur UN-BRK, S. 51.

52 Vgl. Zahlen des BAG WfbM verfügbar unter <https://www.bagwfbm.de/page/25>, zuletzt abgerufen am 29.04.2023.

53 *Trenk-Hinterberger*, Arbeit, Beschäftigung und Ausbildung. Teilhabe am Arbeitsleben nach Artikel 27 UN-BRK, in: Degner/Diehl (Hg.), *Handbuch BRK*, 2015, S. 105 (107).

54 *Trenk-Hinterberger*, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, *UN-BRK*, 2013, Art. 27 Rn. 2.

(§ 81 IV SGB IX – hier beschränkt auf Menschen, denen eine „Schwerbehinderung“ bescheinigt wurde).⁵⁵ Vor allem die in Art. 27 UN-BRK gewährleistete Möglichkeit den „Lebensunterhalt durch Arbeit zu verdienen“ kann in der bestehenden WfbM- Struktur nicht verwirklicht werden. Werkstattbeschäftigte gelten gem. § 221 SGB IX nur als „arbeitnehmerähnlich“ und sind dadurch weiterhin vom Mindestlohn ausgeschlossen.⁵⁶ Der Verdienst liegt so durchschnittlich bei 220 € im Monat – ein Stundenlohn von ca. 1,46 €. ⁵⁷ Ein selbstbestimmtes Leben auf der Grundlage von selbst verdientem Geld, wie die UN-BRK es verlangt,⁵⁸ ist so kaum möglich und auch der eigentlich gewünschte Übergang in den „regulären“ Arbeitsmarkt wird erschwert.

3. Anforderungen an die legislative Umsetzung

Die parallelen Systeme in den Bereichen Bildung und Arbeit sind dauerhaft nicht mit den Vorgaben der UN-BRK zu vereinbaren. Die Rechte aus Art. 17 und Art. 24 fallen unter die wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Rechte, die dem Progressionsvorbehalt des Art. 4 II UN-BRK unterliegen, soweit ihre Versagung nicht eine Diskriminierung i.S.d. Art. 5 UN-BRK darstellt. Der Progressionsvorbehalt ermöglicht die schrittweise Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte unter Berücksichtigung der verfügbaren Mittel eines Vertragsstaates. Dies würdigt die Tatsache, dass nicht alle Staaten die gleichen Möglichkeiten haben und bezweckt letztendlich einen dynamischen Veränderungsprozess.⁵⁹ Während die Rechte auf inklusive Bildung und einen inklusiven Arbeitsmarkt folglich nicht sofort anwendbar sind, besteht grundsätzlich ein unmittelbarer Anspruch darauf, dass

.....

55 Vgl. *Trenk-Hinterberger*, in: Degner/Diehl (Hg.), *Handbuch BRK*, 2015, S. 105 (113).

56 Vgl. *Ricker*, taz (30.10.2021); Vu, ZEIT ONLINE (23.10.2021).

57 *Schumacher*, Der Stundenlohn in Behindertenwerkstätten – Bloß moralisch bedenklich oder sogar verfassungsrechtlich problematisch?, *JuWissBlog* Nr. 67/2022 (29.11.2022).

58 Vgl. *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, General Comment No. 8 on Art. 27, UN-Doc. CRPD/C/GC/8 v. 22.09.2022, Ziff. 12.

59 Vgl. *Dörschner*, *Rechtswirkungen*, S. 93; *Valta/Opel*, *RdJB* 2017, S. 134 (138).

angemessene Vorkehrungen getroffen werden.⁶⁰ Wie oben beschrieben bedeutet jedoch auch die Einordnung als nach und nach zu erreichendes Ziel nicht, dass den Vertragsstaaten gar keine Pflichten auferlegt werden. Auch bei der schrittweisen Umsetzung sind die Vertragsstaaten nicht frei zu entscheiden, wann sie Handlungen zur Umsetzung einer Verpflichtung tätigen. Der Progressionsvorbehalt bezieht sich insofern nur auf die vollständige Erfüllung der Pflicht, d.h. Schritte zur Verwirklichung der Pflicht sind bereits unmittelbar ab Inkrafttreten der Konvention zu unternehmen.⁶¹ Dabei sind die Staaten zu einem „maximum use of available resources“⁶² verpflichtet. Deutschland ist als Vertragsstaat somit unmittelbar dazu verpflichtet, ein inklusives System in den Bereichen Bildung und Arbeit als Ziel auszurufen und konkrete Schritte zu dessen Verwirklichung zu ergreifen.⁶³ Auch darüber hinaus lässt sich Inklusion als Wertentscheidung der UN-BRK verstehen, die in alle staatlichen Entscheidungen bezüglich dieser Lebensbereiche einfließen sollte.⁶⁴ Während eine sofortige Abschaffung der Sondereinrichtungen aus der UN-BRK nicht abgeleitet werden kann und zudem weder sinnvoll noch umsetzbar wäre,⁶⁵ ist Deutschland dennoch verpflichtet, diese schrittweise abzubauen und letztendlich überflüssig zu machen.⁶⁶

Für den Lebensbereich Bildung bedeutet dies, dass das Schulsystem in Zukunft einmal so strukturiert sein sollte, dass es keinen Bedarf für eine

60 Das Versagen angemessener Vorkehrungen stellt gem. Art. 2 UN-BRK eine Diskriminierung dar. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots in Art. 5 II vgl.: BSGE 110, 194 (199 f.), BSG vom 10.05.2012 – B B 1 KR 78 / 11, Rz. 9; vgl. insg. zu angemessenen Vorkehrungen: *Bernhard*, Anforderungen, 2015, S. 289.

61 *Dörschner*, Rechtswirkungen, S. 96; *Valta/Opel*, RdJB 2017, S. 134 (139).

62 *European Committee of Social Rights*, *Autism-Europe v. France*, Complaint No. 13/2002 v. 4.11.2003, Rn. 53.

63 *Dörschner*, Rechtswirkungen, 2014, 95 ff; für konkretere Vorgaben vgl. *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, General Comment No. 4 on Art. 24, UN-Doc. CRPD/C/GC/4 v. 25.11.2016 und General Comment No. 8 on Art. 27, UN-Doc. CRPD/C/GC/8 v. 22.09.2022.

64 Ebd., S. 128.

65 Vgl. z.B. die Einschätzung von *Wernstedt*, Zehn Punkte, in: *Ders./John-Ohnesorg* (Hg.), *Inklusive Bildung. Die UN-Konvention und ihre Folgen*, 2010, S. 11 (15).

66 Vgl. die Forderungen des UN-Ausschusses, *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, *Concluding observations on Germany*, U.N. Doc. CRPD/C/DEU/CO/1 vom 13.5.2015, Ziff. 41, f., 45 f., 49 f.

parallele Sonderbeschulung gibt, sondern alle Schüler:innen unter Berücksichtigung ihrer Bedürfnisse gemeinsam unterrichtet werden können (s. bereits oben unter III. 2 b) zu möglichen Umsetzungsmaßnahmen im Bereich Arbeit). Die Praxis zeigt, dass die bisherigen Gesetze – z.B. die Schulgesetze der Länder, SGB IX – nicht ausreichen, um die inklusive Gestaltung dieses Lebensbereichs zu sichern. Dabei darf sich der Bundesgesetzgeber nicht durch einen Verweis auf die Zuständigkeit der Länder seiner Verantwortung entziehen, sondern muss konkrete Maßnahmen ergreifen, um seinen Verpflichtungen aus der UN-BRK nachzukommen.⁶⁷ Die von der UN-BRK geforderte legislative Umsetzung verlangt Anpassungen der Ausbildungsstruktur im Berufsbildungsgesetz bzw. der Handwerksordnung und eine gesamtstaatliche Strategie, die im föderalen System eine einheitlichere Verwirklichung des Rechts auf inklusive Bildung ermöglicht.⁶⁸ Im Hinblick auf die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bildungsbereich werden in diesem Zusammenhang verschiedene Lösungsansätze diskutiert. In Betracht käme zunächst die Schaffung einer ergänzenden Zuständigkeit des Bundes in Art. 74 I GG für bestimmte Elemente eines inklusiven Schulsystems, die außerhalb eines pädagogischen Kernbereichs liegen. Zudem ließe sich die Schaffung eines inklusiven Schulwesens als Gemeinschaftsaufgabe in Art. 91b GG einführen. Aber auch ein Staatsvertrag zwischen Bund und Ländern als „Pakt für Inklusion“ erscheint möglich.⁶⁹

IV. Bleibendes Fehlverständnis als Ursprung der bestehenden Defizite

Um den gemeinsamen Hintergrund der oben aufgeführten Defizite herauszuarbeiten, wird

67 Vgl. bspw. die Vorschläge der Monitoringstelle UN-BRK des Deutschen Institut für Menschenrecht: *DIMR*, *Entwicklung der Menschenrechtssituation in Deutschland Juli 2021 – Juni 2022*, Bericht an den Deutschen Bundestag gemäß § 2 Absatz 5 DIMRG, 2022, S. 45.

68 Vgl. die Forderungen in *DIMR*, *Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention*, *Empfehlungen zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in der 20. Wahlperiode (2021-2025)*, 11 Eckpunkte, 2021, S. 9 ff.

69 Vgl. weiterführend zu diesen Vorschlägen: *Kroworsch*, *Analyse*, *DIMR*, 2023, S. 32 ff.

analysiert, inwiefern das deutsche Rechtssystem auf dem gleichen sozialen Modell von Behinderung aufgebaut ist wie die UN-BRK.

1. Rolle der einfachen Gesetze

Auf verfassungsrechtlicher Ebene besagt das seit 1994 in Art. 3 III 2 GG enthaltene grundrechtliche Benachteiligungsverbot: „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“. Wer dabei in den geschützten Personenkreis fällt, wird nicht weiter definiert und ist auch nicht allein anhand der Gesetzesmaterialien festzustellen.⁷⁰ Ursprünglich orientierten sich Literatur⁷¹ und Rechtsprechung⁷² bei der Auslegung des grundrechtlichen Behinderungsbegriffs am Wortlaut des § 3 Schwerbehindertengesetz (Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft – SchwbG): „Behinderung im Sinne dieses Gesetzes ist die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht. Regelwidrig ist der Zustand, der von dem für das Lebensalter typischen abweicht“. Diese Definition lässt die Beeinträchtigung der sozialen Teilhabe gänzlich unbeachtet und basiert ausschließlich auf der medizinischen Sichtweise. Diese klassische Definition von Behinderung folgt einem dreigliedrigen Aufbau, basierend auf dem Vorgänger der ICF der WHO, der „International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps“ (ICIDH-1)⁷³ von 1980. Der Behinderungsbegriff ist danach in Form einer kausalen Kette aus Regelwidrigkeit (impairment), Funktionsbeeinträchtigung (disability) und sozialen Auswirkungen (handicap) aufgebaut.⁷⁴ Wie für das medizinische Modell typisch, ist ein individueller gesundheitlicher Defekt der Ausgangspunkt dieser Definition.⁷⁵ Auf einfachgesetzlicher

.....

70 Vgl. BT-Drs. 12/6000, 52 f.; 12/6323, 11 f.; 12/8165, 28 f.; s. näher zur Rolle des Begriffs in der Gesetzesentstehung: *Buch*, Grundrecht der Behinderten, 2001, S. 49 f.

71 Vgl. *Buch*, Grundrecht der Behinderten, 2001, S. 47, m.w.N.

72 BVerfGE 96, 288 (301); BVerfGE 99, 341 (356 f.); BVerfG NJW 2000, 2658 (2659).

73 Vgl. *Kingreen*, in: BK-GG, Art. 3 Rn. 563, Stand: Februar 2020.

74 *Neumann*, Der verfassungsrechtliche Begriff der Behinderung, NVwZ 2003, 897 (897 ff.); *Rothfritz*, Konvention, 2010, S. 178; *Straßmair*, Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, 2002, S. 168.

75 *Kingreen*, in: BK-GG, Art. 3 Rn. 563, Stand: Februar 2020.

Ebene wurde der Nachfolger des § 3 SchwbG durch eine Neufassung des § 3 I 1 SGB IX inzwischen an internationales Recht angepasst. Im Rahmen der Änderungen durch das Bundesteilhabegesetz (BTHG) wurde 2018 der Wortlaut des Art. 1 II UN-BRK übernommen.⁷⁶ Bereits 2016 wurde diese Änderung in die Neuregelung des § 3 Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (BGG) integriert.⁷⁷ Auch für den Behinderungsbegriff in § 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) soll die Auslegung des § 2 I 1 SGB IX maßgeblich sein.⁷⁸ Die Landesgleichstellungsgesetze sind größtenteils ebenfalls diesem Trend gefolgt.⁷⁹

2. (Fehlende) Entwicklung des verfassungsrechtlichen Begriffs

Während sich die Definition auf einfachgesetzlicher Ebene somit in Anlehnung an die internationale Entwicklung weg vom medizinischen und hin zu einem sozialen Verständnis von Behinderung entwickelt hat, hängt die Auslegung des Art. 3 III 2 GG dem hinterher. Beim BVerfG halten sich trotz großer Verbesserungen in seiner jüngsten Rechtsprechung scheinbar weiter Reste einer personalen Konzeption von Behinderung.⁸⁰ Auch ein Teil der Kommentarliteratur ist weiterhin dieser Meinung.⁸¹ An anderer Stelle wird jedoch die Bedeutung der UN-BRK für die Auslegung des Art. 3 III 2 GG – im Rahmen der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG⁸² – aufgegriffen und für eine Auslegung

76 *Jabben*, in: NPGWJ, SGB IX, 7. Aufl., 2021, § 2 Rn. 7; *Kainz*, Wesentliche Änderungen durch das neue Bundesteilhabegesetz, NZS 2017, 649 (651).

77 Vgl. Art. 1 Gesetz zur Weiterentwicklung des Behindertengleichstellungsrechts, BGBl. I S. 1757.

78 BT-Drs. 16/1780, 31; dem folgend BAG vom 13.10.2011 - 8 AZR 608/10, juris Rn. 33; BAG vom 14.01.2015 - 7 AZR 880/13, juris Rn. 42; *Roetteken*, in: *v. Roetteken*, AGG, 80. Aufl., 2022, § 1 Rn. 506 f.

79 § 3 I L-BGG BW, Art. 2 S. 1 BayBGG, § 3 S. 1 LBG B, § 3 I BbgBGG, § 4 BremBGG, § 3 S. 1 HmbBGG, § 2 S. 1 HessBGG, § 2 I 1 NBGG, § 3 LGG BehM Rlp, § 3 S. 1 SBGG, § 2 S. 1 SächsInklusG, § 2 S. 1 BGG LSA, § 3 S. 1 LBGG SH, § 3 S. 1 ThürGIG (dagegen noch defizitorientiert: § 3 LBGG M-V, ohne Definition und uneinheitliche Bezeichnung als Menschen mit Behinderung/Behinderungen: BGG NRW).

80 BVerfGE 151, 1 (23 f.); BVerfG vom 16.12.2021 - 1 BvR 1541/20, Rz. 90: „Eine Behinderung im Sinne des Art. 3 III 2 GG liegt vor, wenn eine Person in der Fähigkeit zur individuellen und selbstständigen Lebensführung längerfristig beeinträchtigt ist“.

81 *Heun*, in: *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 136; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl., 2020, Art. 3 Rn. 164; *Kischel*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 233.

82 Vgl. BVerfGE 111, 307 (315 f.); speziell zur UN-BRK als Auslegungshilfe: BVerfGE 128, 282 (306).

parallel zu den einfachgesetzlichen Definitionen plädiert.⁸³ Aufgrund dieser Uneinheitlichkeit ist eine „verfassungsrechtliche Konkretisierung des Begriffs der Behinderung in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG dringend vonnöten“⁸⁴. Im Interesse einer kohärenten Rechtsordnung spricht auch die doppelte Normierung des Behinderungsbegriff in § 2 I SGB IX und § 3 BGG dafür, die darin enthaltene völkerrechtskonforme Definition für die gesamte Rechtsordnung zu nutzen.⁸⁵

3. Überbleibsel eines veralteten Begriffsverständnisses

Der bleibende Überrest des medizinischen Verständnisses von Behinderung hat einen folgenreichen Einfluss auch auf die Umsetzungsbemühungen der Gesetzgeber von Bund und Ländern. Besonders deutlich wird dieses überholte Verständnis am oben behandelten Rückstand im Bereich der inklusiven Bildung und Arbeitswelt. Die segregierten Sonderwelten haben eine lange Tradition in Deutschland und haben so inzwischen institutionelle Pfadabhängigkeiten und Reproduktionsmechanismen entwickelt, die deren Überwindung heute erschweren.⁸⁶ Im Jahr 1997 fällte der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts ein wegweisendes Urteil,⁸⁷ das zu einer weiteren Verfestigung dieser Situation führte. Während das Gericht nur über den Status der Sonderschulen entschied,⁸⁸ lässt die darin enthaltene Grundannahme auf ein größeres Problem hinter der Beständigkeit institutioneller Sonderwelten in Deutschland schließen. Der Erste Senat verneint einen diskriminierenden Charakter der Praxis der Sonderschulzuweisung und begründet

.....

83 *Baer/Markard*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 532; *Boysen*, in: v.Münch/Kunig, GG, 7. Aufl., 2021, Art. 3 Rn. 197 f.; *Kingreen*, in: BK-GG, Art. 3 Rn. 564, Stand: Februar 2020; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Rn. 110, Stand: August 2019; *Nußberger*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 314.

84 *Boysen*, in: v.Münch/Kunig, GG, 7. Aufl., 2021, Art. 3 Rn. 198.

85 *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, 2020, S. 111.

86 In Bezug auf Sonderschulen vgl. *Blanck/Edelstein/Powell*, Persistente schulische Segregation oder Wandel zur inklusiven Bildung? Die Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention für Reformprozesse in den deutschen Bundesländern, *Swiss Journal of Sociology* 39 (2013), 267 (275 ff.).

87 BVerfGE 96, 288.

88 Vgl. BVerfGE 96, 288 (306): „Sonderschulen [...], deren Fortbestand als eigenständige Schulform im gegliederten Schulwesen des Landes damit zu Recht nicht in Frage gestellt wird“.

dies mit dem Verweis auf die dort geleistete sonderpädagogische Förderung der Kinder.⁸⁹ Zwar liege in der gesonderten Beschulung durchaus eine Ungleichbehandlung der Schulkinder gerade ‚wegen‘ ihrer attestierten Behinderung, jedoch sei Art. 3 III 2 GG im Gegensatz zum S. 1 kein absolutes Differenzierungs-/ Anknüpfungsverbot.⁹⁰ Daraus folgert es, dass eine Benachteiligung wegen einer Behinderung nur vorliegt, wenn ein „Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt [...] nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Förderungsmaßnahme hinlänglich kompensiert wird“⁹¹. Eine Benachteiligung i.S.d Art. 3 III 2 GG ist demzufolge nur gegeben, wenn eine Zuweisung erfolgt, obwohl auch ein Besuch der Regelschule mit geringem Aufwand hätte ermöglicht werden können.⁹² Damit verkennt das BVerfG die nachteiligen Effekte der segregierten Beschulung in Förder-/Sonderschulen⁹³ und kommt zu einem paradoxen Ergebnis, indem „[g]erade die Sondereinrichtungen, die wesentlich zur Isolation und Aussonderung behinderter Menschen beitragen [...] als Kompensationsmaßnahmen zur Vermeidung einer Benachteiligung gewertet“⁹⁴ werden. Dies verdeutlicht, dass die Entscheidung auf einem Verständnis von Behinderung basiert, das mit der UN-BRK nicht vereinbar ist. Während diese Ansicht lange Zeit in der Rechtsprechung des BVerfG Bestand hatte,⁹⁵ zeigen sich in den letzten Jahren Zeichen der Besserung. So wird auch das Kriterium der sozialen Teilhabe für die Beurteilung von Behinderung herangezogen. Jedoch wird gleichzeitig weiterhin an einem grundsätzlich personalen Verständnis von Behinderung festgehalten.⁹⁶ Es zeigt sich, dass sich in dieser Hinsicht noch nicht der erforderliche Bewusstseinswandel vollzogen hat. Das soziale Verständnis von Behinderung dagegen geht mit dem Prinzip der Inklusion einher, welches für eine gleichberechtigte Einbeziehung in gesellschaftli-

.....

89 BVerfGE 96, 288 (303).

90 BVerfGE 96, 288 (302).

91 BVerfGE 96, 288 (302).

92 BVerfGE 96, 288 (307).

93 Vgl. *Siehr/Wrase*, RdJB 62 (2014), 161 (164 ff.).

94 *Degener*, Verfassungsrechtliche Probleme mit der Behindertendiskriminierung in Deutschland, KJ 33 (2000), 425 (428).

95 So z.B.: BVerfGE 99, 341 (357); E128, 138 (156).

96 BVerfG vom 30.01.2020 - 2 BvR 1005/18, Rz. 36; vom 16.12.2021 - 1 BvR 1541/20, Rz. 90 f; E151, 1 (24); vgl. *Boysen*, in: v.Münch/Kunig, GG, 7. Aufl., 2021, Art. 3 Rn. 197 f.

che Strukturen steht. Um das Recht auf inklusive Bildung und einen inklusiven Arbeitsmarkt realisieren zu können, ist es notwendig, die mit dem Kompensationsgedanken implizit einhergehende Annahme zu behebender persönlicher Defizite – und damit eines medizinischen Behinderungsbegriffs – zu überwinden.

Insgesamt wird deutlich, dass der Paradigmenwechsel von einem medizinischen zu einem sozialen Verständnis von Behinderung im deutschen Rechtssystem noch nicht vollständig vollzogen ist.⁹⁷ Auch andere Grundprinzipien der UN-BRK werden in diesem Zusammenhang im deutschen Recht insgesamt weiterhin missverstanden. Die Gesetzesbegründung zur Einbeziehung der „angemessenen Vorkehrungen“ in § 7 II BGG lässt ein Verständnis der Nicht-Diskriminierung erkennen, welches nicht den Grundsätzen des Behinderungs begriffs der UN-BRK entspricht. Der Gesetzgeber sieht die angemessenen Vorkehrungen v.a. als sozialen Nachteilsausgleich bzw. besonderes Förderungsinstrument und nicht als antidiskriminierungsrechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung.⁹⁸ Dies mag auch der Tatsache geschuldet sein, dass ein antidiskriminierungsrechtlich orientiertes Gleichheitsdenken beim Merkmal Behinderung der deutschen Rechtsordnung in verfassungsrechtlicher Hinsicht noch weitgehend fremd ist.⁹⁹ Dadurch werden angemessene Vorkehrungen entgegen dem menschenrechtlichen Verständnis der UN-BRK als „sozialrechtlich motivierte Bevorzugung einer rechtlich privilegierten Gruppe begriffen“¹⁰⁰.

In Bezug auf eine inklusive Gestaltung der Gesellschaft ist in vielen Bereichen ein Systemwandel notwendig, der nur durch ein in dieser Hinsicht aktualisiertes Verständnis von Behinderung und Nicht-Diskriminierung möglich ist. Die Gesetzgeber auf Bundes- und Landesebenen müssen das hartnäckige Überbleibsel des medizinischen

Behinderungsmodells überwinden, um mit zukünftigen Gesetzesreformen den hohen Ansprüchen der UN-BRK tatsächlich gerecht werden zu können.

V. Fazit

Die UN-BRK stellt hohe rechtliche Ansprüche an die Vertragsstaaten, v.a. im legislativen Bereich. Entgegen der Annahme der Bundesregierung zum Zeitpunkt der Ratifikation waren dafür bisher auch eine Reihe an Gesetzesreformen notwendig. Während in Deutschland einige Fortschritte zu verzeichnen sind, wurden noch lange nicht alle gesetzgeberischen Möglichkeiten ausgeschöpft, um den völkerrechtlichen Verpflichtungen zu genügen. Die Ausgestaltung der Grundsätze der Nicht-Diskriminierung und der Inklusion bleiben weit hinter den Anforderungen zurück. Obwohl es bereits Gesetzesreformen gegeben hat, konnte die beispielhafte Untersuchung des Rechts auf inklusive Bildung bzw. einen inklusiven Arbeitsmarkt zeigen, dass diese noch nicht den Leitprinzipien der UN-BRK entsprechen. Interessant wird in diesem Zusammenhang, wie die UN-Kommission im neuen Länderbericht im August diesen Jahres den Fortschritt Deutschlands seit 2015 bewertet.¹⁰¹ Aus den hier untersuchten Beispielen wird deutlich, dass ein Zusammenspiel aus dem sozialen Verständnis des Behinderungsbegriffs mit juristischen Konzeptualisierungen von Gleichheit notwendig ist, um die Kernkonzepte der UN-BRK richtig einordnen zu können. Für eine effektive Umsetzung der Konvention ist somit eine gewisse interdisziplinäre Offenheit für bzw. Informiertheit über dessen sozialwissenschaftliche Hintergründe notwendig. Ein gewisses Maß an juristischer Kreativität wird weiterhin nötig sein, um das deutsche Rechtssystem erfolgreich nach diesen Prinzipien umzugestalten. Dafür ist besonders die Sensibilisierung der Personen wichtig, die die Gesetze anwenden. Die Bewusstseinsbildung für die Anliegen von behinderten Menschen als Menschenrechte in

97 Vgl. Einschätzung der Monitoring-Stelle: *DIMR*, Empfehlungen, 2021, S. 3.

98 BR-Drucksachen 18/16, 30 f.; vgl. *Fuerst*, in: Deinert/Welti, *SWK-BehindertenR*, 2. Aufl., 2018, Angemessene Vorkehrungen Rn. 12.

99 *Fuerst*, in: Deinert/Welti, *SWK-BehindertenR*, 2. Aufl., 2018, Gleichheit Rn. 13.

100 *Fuerst*, in: Deinert/Welti, *SWK-BehindertenR*, 2. Aufl., 2018, Angemessene Vorkehrungen Rn. 12.

101 Nachtrag: In dem inzwischen veröffentlichten Bericht zur Staatenprüfung (Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on Germany, U.N. Doc. CRPD/C/DEU/CO/2-3 vom 03.10.2023) macht der UN-Ausschuss erneut deutlich, dass Deutschland die Vorgaben der UN-BRK nicht erfüllt. Bemängelt werden vor allem der Gebrauch eines medizinischen Begriffs der Behinderung im Recht (Ziff. 5 ff.) sowie die weiterhin bestehenden Sondereinrichtungen in den Bereichen Schule und Arbeit (Ziff. 53 ff., 61 ff.).

Gerichten, der Verwaltung und beteiligten Institutionen, wie sie auch Art. 8 der Konvention betont, entscheidet letztlich über das Gelingen der Umsetzungsbemühungen.

- **Die Autorin** studiert Rechtswissenschaft an der Humboldt Universität zu Berlin.

Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit rückwirkender Gesetze im Steuerrecht

Eine kritische Erörterung unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

Gesetzgeberisches Handeln tangiert regelmäßig das Vertrauen in das bisher geltende Recht. Die Bestimmung verfassungsrechtlicher Grenzen hinsichtlich der zeitlichen Dimension von Gesetzgebung ist hierbei, insbesondere im Bereich des Steuerrechts, Gegenstand einer langwierigen Kontroverse in Rechtsprechung und Literatur. Dieser Beitrag erarbeitet daher die verfassungsrechtlichen Grenzen rückwirkender Gesetze im Steuerrecht. Besondere Aufmerksamkeit erhält eine kritische Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

I. Zeitreisen des Gesetzgebers

„Gesetze erlasse der Staat, weil sie ihm nützlich erscheinen, aber für die Zukunft“, sagte bereits Platon vor mehr als 2000 Jahren.¹ Doch was gilt, wenn der Gesetzgeber Gesetze erlässt, die ihm nützlich erscheinen, aber für die Vergangenheit?

Diese Frage ist Ausdruck einer Fülle gesetzlicher Beispiele², bei denen Sachverhalte, die zumindest Anknüpfungsmomente der Vergangenheit aufweisen, in der Zukunft veränderten gesetzlichen Rahmenbedingungen unterworfen wurden. Vor dem Hintergrund eines potenziell grenzenlosen staatlichen Finanzierungsbedarfs³ drängt sich daher insbesondere im Steuerrecht die Frage auf, ob dem staatlichen Zugriff auf das Steuersubst-

rat in zeitlicher Dimension verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind. Die Ermittlung dieser Grenzen bewegt sich im Spannungsfeld zwischen dem Vertrauensschutz der Bürger:innen in das bisherige Recht und dem öffentlichen Interesse, das Recht anzupassen und fortzubilden.⁴ Dazu befasst sich der erste Teil des Beitrags mit der Frage, was grundsätzlich unter einer Rückwirkung zu verstehen ist. Im zweiten Abschnitt erfolgt eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Zulässigkeit rückwirkender Gesetze im Steuerrecht. Der Schwerpunkt liegt auf der bisherigen Unterscheidung des Verfassungsgerichts zwischen „echter“ und „unechter“ Rückwirkung. Zum Schluss erfolgt eine Würdigung der verfassungsgerichtlichen Rückwirkungsdogmatik und eine abschließende Beurteilung der in der Arbeit gewonnenen Ergebnisse.

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Grundsätzlich wird von einer Rückwirkung gesprochen, sofern eine später getroffene Regelung Rechtswirkung für die Vergangenheit entfalten soll.⁵ Von verfassungsrechtlicher Bedeutung sind in diesem Zusammenhang nur solche Rechtsänderungen, die die Normadressat:innen belasten.⁶ Zur Bestimmung, ob sich die Rechtswirkung eines Gesetzes für die Vergangenheit oder Zukunft

1 Zitiert nach: *Heidinger*, Rechtsstaat und Rückwirkungsverbot im Steuerrecht, ÖStZ 1995, 92 (92).

2 Vgl. hierzu u.a.: BVerfG, NJW 2018, 1379 ff.; BVerfG, DStR 2010, 1727 ff.; BVerfG, NJW 1974, 1751 ff.; BVerfG, NJW 1962, 291 ff.

3 *Kloepfer*, Finanzverfassungsrecht mit Haushaltsverfassungsrecht, 2014, § 2 Rn. 74.

4 *Pieroth*, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981, S. 19.

5 *Melchior*, in: Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Rückwirkung Rn. 1, Stand: Jan. 2022; *Vogel*, in: Festschrift für Martin Heckel zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 875 (876).

6 *Spindler*, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Rückwirkung von Steuergesetzen, DStR 1998, 953 (954).

belastend auswirkt, bedarf es zunächst der Ermittlung eines maßgeblichen Bezugspunktes, von dem aus sich die Vergangenheit oder Zukunft bestimmen lässt.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) sieht die Existenz eines Gesetzes, nicht aber das Inkrafttreten, als den maßgeblichen Bezugspunkt.⁷ Das Gesetz existiert ab dem Zeitpunkt der ordnungsgemäßen Verkündung⁸, die zugleich den abschließenden Teil des Gesetzgebungsverfahrens darstellt, vgl. Art. 82 I GG.⁹

Hiervon zu unterscheiden ist die Wirksamkeit eines Gesetzes, die sich nach dessen Inkrafttreten richtet. Der Gesetzgeber kann den Zeitpunkt des Inkrafttretens eines Gesetzes selbst bestimmen, vgl. Art. 82 II 1 GG.¹⁰ Es ist damit grundsätzlich möglich, dass der durch den Gesetzgeber bestimmte Zeitpunkt des Inkrafttretens vor dem Zeitpunkt der Verkündung liegt.¹¹

In solch einem Fall ist die Rückwirkung von Gesetzen anzunehmen.¹²

III. Rückwirkungsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts

Das Grundgesetz enthält lediglich für den Bereich des Strafrechts in Art. 103 II GG ein ausdrückliches Rückwirkungsverbot.¹³ Eine analoge Anwendung dieses Rückwirkungsverbots auf das dem öffentlichen Recht zugehörige Steuerrecht wird nach allgemeiner Auffassung jedenfalls mangels vergleichbarer Interessenlage abgelehnt.¹⁴

Die normative Anknüpfung eines prinzipiellen Rückwirkungsverbotes leitet das BVerfG teils aus

.....

7 BVerfG, NJW 1983, 2757 (2757).
 8 Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu, GG, 15. Aufl.2022, Art. 82 Rn. 39.
 9 Bauer, in: Dreier, GG, 3. Aufl.2015, Art. 82 Rn. 18.
 10 Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu, GG, 15. Aufl.2022, Art. 82 Rn. 39.
 11 Coelln, in: Studienkommentar, GG, 5. Aufl.2022, Art. 82 Rn. 16; Inwieweit dies auf verfassungsrechtliche Grenzen stößt, gilt es in dieser Arbeit zu ermitteln.
 12 BVerfG, NJW 2013, 145 (146); BVerfG, NJW 1983, 2757 (2757, 2758).
 13 BVerfG, NJW 1957, 1395 (1396).
 14 BVerfG, NJW 1957, 1395 (1396); Huster/Rux, in: BeckOK GG, Art. 20 Rn. 184.1, Stand: Aug. 2022; Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 VII. B. Rn. 72, Stand: Jan. 2022.

dem Art. 20 III GG immanenten Rechtsstaatsprinzip ab, welches insbesondere Ausdruck in den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit findet.¹⁵ In einigen Fällen knüpft das Gericht auch unmittelbar an die betroffenen Grundrechte unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsstaatsprinzips an.¹⁶

Um die verfassungsrechtlichen Grenzen dieses prinzipiellen Rückwirkungsverbotes präziser zu konturieren, entwickelte das BVerfG in den 1960er Jahren eine Rückwirkungsdogmatik, die fortan zwischen der echten (retroaktiven) und unechten (retrospektiven) Rückwirkung differenziert.¹⁷

In der ursprünglichen Hoffnung, dem Phänomen der Rückwirkung treffender zu entgegen, wandte sich der Zweite Senat Mitte der 1980er Jahre von der einheitlichen Dogmatik ab.¹⁸ Anstelle der echten Rückwirkung wählte er nunmehr die Figur der „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“ und anstelle der unechten Rückwirkung die „tatbestandliche Rückanknüpfung“.¹⁹ Diese unterschiedlichen Ansätze führten jedoch nicht zu der erhofften Trennschärfe und bewirkten letztlich nur äußerst geringfügige Unterschiede in der Sache.²⁰ Auch die Senate verwenden die Begrifflichkeiten deshalb nunmehr synonym.²¹ Im Folgenden wird daher auf die Begriffe der echten (1.) und unechten (2.) Rückwirkung zurückgegriffen .

.....

15 BVerfG, NJW 1998, 1547 (1548); Zur Herleitung des BVerfG: Schön, in: Gestaltung der Steuerrechtsordnung, Festschrift für Joachim Lang, 2010, 221 (223).
 16 BVerfG, NJW 1998, 1547 (1548); BVerfG, NJW 1991, 743 (745); Zur Kritik an der teils inkonsequenten dogmatischen Begründung: Hey, Vom Eintreten des Bundesfinanzhofs für mehr Steuerplanungssicherheit, DStR 2007, 1 (3); Werder, Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen, 2005 S. 32f.
 17 BVerfG, NJW 1960, 1563; Hey, DStR, 2007, 1 (3); Zur Kritik an den Begrifflichkeiten: Fiedler, Neuorientierung der Verfassungsrechtsprechung zum Rückwirkungsverbot und zum Vertrauensschutz?, NJW 1988, 1624 (1626- 1629).
 18 BVerfG, NJW 1987, 1749 (1750); Fiedler, NJW 1988, 1624 (1624).
 19 BVerfG, NJW 1987, 1749 (1750); In ersten Ansätzen: BVerfG, NJW 1983, 2757 (2758).
 20 Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl.2021, Rn. 3.261.
 21 BVerfG, DStR 2010, 1727 (1728); Robbers, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 20 Rn. 2441, Stand: 211. Lief.; Hey, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002, S. 207, 208.

1. Echte Rückwirkung

Nach der Rechtsprechung des BVerfG entfaltet ein Gesetz echte Rückwirkung, wenn es in Sachverhalte, die im Zeitpunkt der Verkündung des Gesetzes bereits abgeschlossen sind, ändernd eingreift.²² Dies gilt insbesondere, wenn eine Rechtsnorm belastende Rechtsfolgen für im Zeitpunkt der Verkündung abgeschlossene Tatbestände vorsieht.²³ Die echte Rückwirkung verstößt hierbei regelmäßig gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes und ist damit grundsätzlich unzulässig.²⁴ Das Rückwirkungsverbot findet im rechtsstaatlich gewährten Vertrauensschutz jedoch nicht nur seine Begründung, sondern entsprechend auch seine Grenzen.²⁵ So erkennt das BVerfG die ausnahmsweise Zulässigkeit einer echten Rückwirkung für Fälle an, in denen die:der Betroffene entweder kein schutzwürdiges Vertrauen bilden durfte oder im Einzelfall das Allgemeinwohlinteresse dem Individualinteresse überwiegt.²⁶ Das Gericht entwickelte hierzu einen Katalog von Ausnahmetatbeständen, die typisierend darstellen sollen, wann die ausnahmsweise Zulässigkeit gegeben ist.²⁷ Diese typisierenden Fallgruppen sind nach Ansicht des BVerfG jedoch nicht abschließender Natur.²⁸

Ein schutzwürdiges Vertrauen soll insbesondere nicht vorliegen, wenn zuvor eine unklare und verworrene Rechtslage bestand, eine Neuregelung der Rechtslage für die:den Bürger:innen absehbar war oder sofern eine Norm berechtigte Zweifel an ihrer Gültigkeit begründet.²⁹

Der Ausnahmekatalog sieht überdies zwei Fallgruppen vor, bei denen trotz Vertrauens der Bürger:innen kein Schutz gewährt wird. Hierbei handelt es sich um die „zwingenden Gründe des Allgemeinwohls“ sowie den „Bagatellvorbehalt“.

.....

22 BVerfG, NJW 2013, 145 (146); *Robbers* in: Bonner Kommentar, GG, Art. 20 Rn. 2379, Stand: Okt. 2009.
 23 BVerfG, DStR 2010, 1727 (1728).
 24 BVerfG, NJW 2010, 3629 (3631); *Sachs*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 133.
 25 BVerfG, DtZ 1993, 275 (276).
 26 *Huster/Rux*, in: BeckOK GG, Art. 20 Rn. 186, Stand: Aug. 2022.
 27 Vgl. BVerfG, NJW 1962, 291 (291).
 28 BVerfG, NJW 1987, 1749 (1751).
 29 *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 88; *Kotzur*, in: Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 160.

Die Fallgruppe einer unklaren und verworrenen Rechtslage kann hierbei nicht jede auslegungsbedürftige Norm erfassen.³⁰ Dies führte dazu, dass im Ergebnis die Vielzahl aller Normen kein Vertrauen erzeugen dürften und es dem Gesetzgeber damit freistünde, sie rückwirkend zu ändern.³¹ Die Rechtslage muss vielmehr derart verworren und unklar sein, dass auch unter Berücksichtigung der anerkannten Auslegungsregeln keine Bedeutung der Norm ermittelt werden kann.³² Die Absehbarkeit einer Neuregelung und damit das Entfallen des Vertrauensschutzes tritt in der Regel mit dem Gesetzesbeschluss des Parlaments ein.³³

Auch die Fallgruppe der „berechtigten Zweifel an der Gültigkeit einer Norm“ bedarf einer weitergehenden Eingrenzung. Regelmäßig ist hier eine Beanstandung durch das BVerfG erforderlich, um das Vertrauen in die Gültigkeit einer Norm entfallen zu lassen.³⁴

Ein wesentliches Problem der dargestellten Fallgruppen besteht darin, dass anhand objektiver Kriterien kaum bestimmbar ist, wann im konkreten Fall tatsächlich kein schutzwürdiges Vertrauen gebildet werden durfte. Die durch die Fallgruppen entwickelten Anforderungen, also die verfassungsrechtliche Bewertung einer Norm, Verfolgung von Gesetzesbeschlüssen oder auch die Bestimmung einer tatsächlich verworrenen Rechtslage, dürften bereits vorgebildete Juristen:innen beanspruchen, Durchschnittsbürger:innen aber mit Sicherheit überfordern.³⁵

Man könnte also erwägen, die Unzulässigkeit echter Rückwirkungen zu einer ausnahmslosen Regel umzugestalten, sodass echte Rückwirkungen stets unzulässig wären.³⁶ Doch in diesem Falle bestünde

.....

30 Im Ergebnis auch: *Kirchhoff*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 I Rn. 361, Stand: Sept. 2015.
 31 BVerfG, NVwZ 2014, 577 (582).
 32 BVerfG, NVwZ 2014, 577 (582).
 33 BVerfG, NJW 2013, 145 (146); BVerfG, NJW 1987, 1749 (1753); Zur Kritik an der uneinheitlichen Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunktes durch das BVerfG: *Hummel*, Maßgeblicher Zeitpunkt der Beendigung des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei rückwirkenden Gesetzen, DStR 2003, 1 (1f.); Weinheimer, Steuerliche Rückwirkung, Diss., Univ. Augsburg 1991, S. 22f.
 34 Zu weiteren Ausnahmen und Einzelfragen: *Kirchhoff*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 I Rn. 362, Stand: Sept. 2015.
 35 So auch: *Roth-Stielow*, Die verfassungswidrige Rückwirkung des § 1708 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. durch Art. 9 II Ziff. 2 FamRÄndG, NJW 63, 571 (572).
 36 In Ansätzen, allerdings mit Vorbehalt für „zwingende Gründe“: *Spindler*, in: Vertrauensschutz im Steuerrecht, DStJG 27, 2004, S. 86 (87).

die Gefahr, dass Akteure:innen, die kein Vertrauen in eine derartige Rechtslage bilden durften, diese zulasten der Allgemeinheit ausnutzen. Auch dies stünde in einem eklatanten Widerspruch zur dogmatischen Grundlage des Vertrauensschutzes.

Auch die völlige Abkehr von typisierenden Fallgruppen hin zu einer einheitlichen Gesamtabwägung vermag dieses Problem nicht zu lösen. Dies würde schlicht zu mehr Konturlosigkeit und damit größerer Rechtsunsicherheit im Bereich der echten Rückwirkung führen.³⁷

Dem Problem könnte dadurch begegnet werden, dass diese objektivierbaren Fallgruppen als notwendiges Indiz für das Entfallen eines schutzwürdigen Vertrauens verstanden werden. Ergänzend hierzu müsste im Einzelfall eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ergeben, dass die gesetzgeberischen Interessen an der rückwirkenden Änderung überwiegen. So ließe sich das hohe Schutzniveau der Fallgruppen aufrechterhalten und dennoch könnten die Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigt werden.

Die Fallgruppe der zwingenden Gründe des Allgemeinwohls lässt sich indes nicht mit einem fehlenden schutzwürdigen Vertrauen der:des Bürger:innen in die Rechtslage begründen. Sie muss daher als „Hintertür“ der Rechtsprechung für besonders schwerwiegende und zwingende Gründe, die dem Vertrauensschutz übergeordnet sein sollen³⁸, verstanden werden. Den Hauptanwendungsbereich dieses Ausnahmetatbestandes bildet die Vermeidung von sogenannten Ankündigungseffekten.³⁹ Gemeint sind Konstellationen, in denen Steuerpflichtige nach Ankündigung der Neuregelung ein Geschäft tätigen, um der beabsichtigten Wirkung zuvorzukommen. So hat das BVerfG eine echte Rückwirkung für zulässig erklärt, nachdem die Bundesregierung ankündigte, Sonderabschreibungen für Handelsschiffe künftig entfallen zu lassen und Reedereien entsprechende Verträge abzuschließen, um die Sonderabschreibung vor Entfallen der

.....

37 Wernsmann, Grundfälle zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit rückwirkender Gesetze, JuS 2000, 39 (42f.).
 38 So das BVerfG: BVerfG, NJW 1953, 1137 (1138).
 39 Zum Begriff: Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 VII. B. (Stand: 01/2022) Rn. 82.

Subvention zu nutzen.⁴⁰

Problematisch ist hierbei, dass sich diese Fallgruppe nicht mehr mit dem Gedanken des Vertrauensschutzes begründen lässt und damit von der dogmatischen Grundlage abkoppelt. Begriffe wie „zwingende Gründe des Allgemeinwohls“ sind derart unbestimmt und subjektiv geprägt, dass sie drohen, die Konturen der grundsätzlichen Unzulässigkeit durch eine Gesamtabwägung der Interessen zu verwischen.⁴¹ Ferner liegt die Gefahr des Missbrauchs einer solchen Ausnahme zu beispielsweise fiskalpolitischen Zwecken auf der Hand.⁴² Das Ziel des Ausnahmekataloges sollte darin bestehen, möglichst objektivierbare Tatbestände zu schaffen, die sich politischen Einflüssen weitestgehend entziehen, um dem rechtsstaatlichen Gedanken des Vertrauensschutzes Rechnung zu tragen.⁴³ Somit vermag dieser Ausnahmetatbestand nicht zu überzeugen.

Die zweite Fallgruppe, die trotz Vertrauens des Bürgers keinen Schutz gewährt, ist der sogenannte Bagatellvorbehalt. Dieser löst sich letztlich gänzlich von den vorig genannten Begründungsansätzen ab. Hier soll einzig der geringe Schaden der:des Bürger:innen eine echte Rückwirkung rechtfertigen.⁴⁴ Dass rechtsökonomische Erwägungen einen im Rechtsstaatsprinzip begründeten Grundsatz überwinden sollen, überzeugt ebenfalls nicht.

Die Idee eines typisierenden Kataloges ist aus Perspektive der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes grundsätzlich überzeugend. Insoweit erscheint es jedoch wenig sinnvoll, einen Ausnahmetatbestand zu schaffen, der dann wiederum eine Gesamtabwägung ermöglicht. Begrüßenswert wäre somit eine tatsächliche Rückorientierung zum Vertrauensschutz und damit die Aufgabe der Fallgruppen, bei denen trotz Vertrauen kein Schutz gewährt wird.

.....

40 BVerfG, NJW 1998, 1547 (1549).
 41 Im Ergebnis auch: Haas, Vertrauensschutz im Steuerrecht, Diss., Univ. Saarland 1988, S. 43f.
 42 Sondervotum Schlabrendorff: BVerfG, NJW 1974, 1751(1760); Zur Gefahr des Missbrauchs: Roth-Stielow, NJW 63, 571 (572); Zur Anwendung bei Haushaltsnotlagen: Spindler, DStJG 2007, 2004, S. 86, 87.
 43 Im Ergebnis auch Sondervotum Schlabrendorff: BVerfG, NJW 1974, 1751(1760, 1761).
 44 BVerfG, NJW 1987, 1749 (1752); BVerfG, BeckRS 1971, 103660; Weinheimer, Steuerliche Rückwirkung, 1991, S. 25.

2. Unechte Rückwirkung

Einen weiteren Grundstein der Rückwirkungsdogmatik bildet die unechte Rückwirkung. Nach der Rechtsprechung des BVerfG liegt eine unechte Rückwirkung vor, wenn die belastenden Rechtsfolgen eines Gesetzes erst nach dessen Verkündung eintreten, jedoch tatbestandlich von bereits ins Werk gesetzten Sachverhalten ausgelöst werden.⁴⁵ Hinsichtlich der Zulässigkeit von unechten Rückwirkungen kam es im Jahr 2010 zu einer Änderung der Rechtsprechung, die insbesondere für den Bereich des Steuerrechts von grundlegender Bedeutung ist.⁴⁶

In langjähriger Rechtsprechung galt die unechte Rückwirkung von (Steuer-) Gesetzen als grundsätzlich zulässig.⁴⁷ Bei einer Abwägung zwischen dem Vertrauensschutz der:des Bürger:innen und dem gesetzgeberischen Anliegen für das Allgemeinwohl war das gesetzgeberische Anliegen grundsätzlich vorrangig.⁴⁸ Dies äußerte sich im Bereich der steuerrechtlichen Normen dahingehend, dass in sechzig Jahren Verfassungsgerichtsrechtsprechung nicht ein einziger Fall der unechten Rückwirkung für verfassungswidrig erklärt wurde.⁴⁹ Diese Rechtsprechungspraxis hatte zur Folge, dass der Unterscheidung zwischen echter und unechter Rückwirkung präjudizielle Wirkung zukam, sodass gerade im Steuerrecht die Annahme einer unechten Rückwirkung faktisch auch ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit bedeutete.⁵⁰ Die Zulässigkeit der unechten Rückwirkung glich damit mehr einer Regel als einem Grundsatz.⁵¹

In drei Beschlüssen im Jahr 2010 wandte sich das BVerfG dann gegen den bisherigen „Grundsatz“ der Zulässigkeit von unechten Rückwirkungen

.....

45 BVerfG, DStR 2010, 1727 ff.

46 So auch: *Desens*, Die neue Vertrauensschutzdogmatik des Bundesverfassungsgerichts für das Steuerrecht, *StuW* 2011, 113 (113).

47 BVerfG, NJW 1971, 1211; *Selmer*, Rechtsstaatlicher Vertrauensschutz: Echte und unechte Rückwirkung von Gesetzen, *JuS* 2011, 189 (189).

48 *Birk*, Der Schutz vermögenswerter Positionen bei der Änderung von Steuergesetzen, *FR* 2011, 1 (5).

49 *Hey*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 3.263.

50 *Hey*, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002, S. 209f.

51 So auch: *Hey*, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002, S. 210.

und erklärte in allen drei vorgelegten Fällen die unechte Rückwirkung der Steuergesetze für verfassungswidrig.⁵² Diese Beschlüsse stellen damit einen Wendepunkt in der bisherigen Rückwirkungsrechtsprechung des BVerfG dar. Unechte Rückwirkungen sind seither nicht grundsätzlich zulässig, sondern „nicht grundsätzlich unzulässig“⁵³. Dieser vermeintlich kleinen sprachlichen Differenzierung kommt in der Sache allerdings fundamentale Bedeutung zu.

Die Gründe des Gesetzgebers, auch bereits ins Werk gesetzte Sachverhalte zu erfassen, werden nunmehr einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen.⁵⁴ Die unechte Rückwirkung muss somit zur Förderung des Gesetzeszwecks geeignet sowie erforderlich sein und eine Gesamtabwägung zwischen dem enttäuschten Vertrauen der:des Bürger:innen und der Dringlichkeit der Rechtsänderung muss die Grenze der Zumutbarkeit wahren.⁵⁵ Erst kürzlich stellte das BVerfG erneut klar, dass gerade im Bereich des Steuerrechts, aufgrund möglicher Dispositionen des Steuerpflichtigen, besonders hohe Anforderungen an die Abwägung zu stellen sind.⁵⁶

Auch die in der Gesamtabwägung gegenüberzustellenden Interessen wurden grundlegend überdacht. Nunmehr soll nicht lediglich das allgemeine öffentliche Interesse dem Vertrauensschutz entgegengestellt werden können. Vielmehr bedarf die Rückwirkung als solche einer besonderen Rechtfertigung.⁵⁷

Eine abschließende Kategorisierung von Aspekten, denen im Rahmen dieser Gesamtabwägung Bedeutung zukommt, ist aufgrund der Einzelfallbezogenheit nicht möglich.⁵⁸ Das BVerfG lieferte in seinen Beschlüssen jedoch einige, teils typi-

.....

52 Vgl.: BVerfG, DStR 2010, 1727; BVerfG, DStR 2010, 1733; BVerfG, DStR 2010, 1736.

53 So zumindest der 2. Senat: BVerfG, DStR 2010, 1727 (1728); *Selmer*, *JuS* 2011, 189 (190).

54 BVerfG, DStR 2010, 1727 (1729); BVerfG, NJW 1987, 1749 (1750).

55 BVerfG, DStR 2010, 1727 (1729).

56 BVerfG, NJW 2018, 1379 (1384).

57 *Desens*, Echter Vertrauensschutz bei „unechten“ Rückwirkungen im Steuerrecht, *FR* 2013, 148 (155).

58 So auch: *Schönfeld/Häck*, DStR 2012, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit „unecht“ rückwirkender Steuergesetze, 1725 (1730).

sierende Aspekte, die geeignet sind, im Rahmen der Abwägung Berücksichtigung zu finden.

Nach Ansicht des BVerfG fallen insbesondere verbindliche Dispositionen, verfestigte Vermögenspositionen und die Verwirklichung eines Einkünftebestands zugunsten der Normadressat:innen im Rahmen einer Gesamtabwägung der widerstreitenden Interessen ins Gewicht.⁵⁹ Eine Disposition, beispielsweise eine Veräußerung, ist verbindlich, wenn sie aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unumkehrbar ist.⁶⁰ Allerdings ist auch hier eine Abstufung der Schutzwürdigkeit je nach Zeitpunkt der Disposition zu berücksichtigen.⁶¹ Als ausdrückliches Beispiel für eine bereits verfestigte Vermögensposition nennt das BVerfG steuerfreie Wertzuwächse, also beispielsweise Wertsteigerungen einer Immobilie außerhalb der Spekulationsfrist, die im Zeitpunkt der Verkündung zumindest realisierbar waren.⁶² Bloße Erwartungen auf künftig steuerfreie Einnahmen sollen hingegen nicht erfasst sein.⁶³ Auch die Verwirklichung eines Einkünftebestands soll Berücksichtigung finden. Wenn also das letzte Tatbestandsmerkmal eines Einkünfteerzielungstatbestandes⁶⁴ vor der Verkündung des Gesetzes verwirklicht wird, ist dies im Rahmen der Gesamtabwägung zugunsten des Vertrauensschutzes zu werten.⁶⁵

Hingegen vermögen es insbesondere Übergangsregelungen die Auswirkungen auf das enttäuschte Vertrauen abzumildern und wirken sich so zugunsten der Zulässigkeit der unechten Rückwirkung aus.⁶⁶

Das BVerfG stellte jedoch auch klar, welche Gründe grundsätzlich nicht geeignet sein sollen, um in der Abwägungsentscheidung zugunsten der Gesetzgebung berücksichtigt zu werden. Hierbei nannte es insbesondere gesetzgeberische Erwägungen, die Rechtslage zu verbessern und staatliche Mehreinnahmen zu generieren. Diese Erwägungen sind

59 Vgl.: BVerfG, DStR 2010, 1727 (1727).

60 Spindler, DStR 1998, 953 (953).

61 BVerfG, DStR 2010, 1727 (1730); *Desens*, FR 2013, 148 (151).

62 BVerfG, DStR 2010, 1727 (1727).

63 Schönfeld/Häck, DStR 2012, 1725 (1727).

64 Bspw. die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 23 I Nr. 2 EStG (privates Veräußerungsgeschäft) durch Veräußerung eines Gemäldes.

65 BVerfG, DStR 2010, 1727 (1730); *Schwarz*, Rückwirkung von Gesetzen, JA 2013, 683 (686).

66 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 VII. B. Rn. 93, Stand: Jan. 2022; *Schwarz*, JA 2013, 683 (686).

lediglich Ausdruck des allgemeinen Änderungsinteresses, begründen jedoch nicht ein besonderes Interesse an der Rückwirkung.⁶⁷ Auch Missbrauchsbekämpfung soll jedenfalls in den Fällen, die dem Gesetzgeber seit längerer Zeit bekannt sind, keine besondere Dringlichkeit einer rückwirkenden Regelung begründen.⁶⁸

Die teils typisierenden Abwägungskriterien verleihen der Gesamtabwägung eine gewisse Kontur. Folgerichtig ist die Entscheidung des Gerichts, dass die Rückwirkung als solche besonderer Rechtfertigungsgründe bedarf und keine allgemeine Abwägung mit öffentlichen Interessen stattfindet.

IV. Abgrenzung bei Steuergesetzen

Ein grundlegendes Problem, das dem dualen Rückwirkungsbegriff des BVerfG innewohnt, ist die kaum trennscharf durchführbare Abgrenzung zwischen der echten und unechten Rückwirkung.⁶⁹ Das BVerfG geht davon aus, dass im Steuerrecht anhand des Entstehens der Rechtsfolge, also der Steuerschuld, festzustellen ist, wann ein Sachverhalt abgeschlossen ist.⁷⁰ Wie bereits dargestellt, bildet der Abschluss des Sachverhaltes das wesentliche Abgrenzungsmerkmal zwischen echter und unechter Rückwirkung, sodass diese Unterscheidung von großer praktischer Bedeutung ist. Eine echte Rückwirkung liegt im Steuerrecht demnach vor, wenn eine bereits entstandene Steuerschuld⁷¹ durch den Gesetzgeber abgeändert wird.⁷² So deutlich die Abgrenzung durch das BVerfG zunächst scheinen mag, zeigen sich bei näherer Betrachtung grundlegende Probleme. Zur Näherung dieser Probleme bedarf es der Differenzierung zwischen periodischen und aperiodischen Steuern.

67 BVerfG, DStR 2010, 1727 (1731).

68 *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 3.272.

69 So auch: *Werder*, Dispositionsschutz, 2005, S. 76; *Pieroth*, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981, S. 79f.

70 BVerfG, DStR 2010, 1727 (1729).

71 Meint die Verpflichtung eine bestimmte Steuer (bspw. Einkommensteuer) zu entrichten.

72 BVerfG, DStR 2010, 1727 (1729); BVerfG, NJW 1987, 1749 (1755).

1. Abgrenzung bei periodischen Steuern

Der Begriff „periodische Steuern“ ist ein Sammelbegriff für Steuern, die zu einem bestimmten Zeitpunkt nach Ablauf einer gesetzlich bestimmten Periode erhoben werden.⁷³ Hierzu zählen beispielsweise die Einkommensteuer, Körperschaftsteuer und Umsatzsteuer.⁷⁴

Die verfassungsgerichtliche Abgrenzung anhand des Entstehens der Steuerschuld führte im Bereich des Einkommensteuerrechts zur sogenannten Veranlagungszeitraumrechtsprechung. Die Folgen dieser Rechtsprechung beschränken sich indes nicht nur auf das Einkommensteuerrecht, sondern lassen sich auch auf die übrigen periodischen Steuern übertragen.⁷⁵

Gemäß § 38 Abgabenordnung (AO) entsteht eine Steuerschuld erst mit Verwirklichung des Tatbestandes, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Bei periodischen Steuern entsteht die Steuerschuld damit regelmäßig erst mit Ablauf des Veranlagungszeitraums.⁷⁶ Maßgeblicher Bezugspunkt für die Abgrenzung zwischen echter und unechter Rückwirkung ist bei periodischen Steuern damit das Ende des Veranlagungszeitraums, also häufig der Abschluss des Kalenderjahres.⁷⁷ Nach diesen Grundsätzen liegt eine echte Rückwirkung bei periodischen Steuern vor, wenn eine Norm nach Ablauf des Veranlagungszeitraums verkündet wird und belastende Rechtsfolgen an den abgeschlossenen Veranlagungszeitraum knüpft.⁷⁸ Eine unechte Rückwirkung liegt hingegen vor, wenn eine Norm noch vor Ablauf des Veranlagungszeitraums verkündet wird und die Rechtsfolgen des laufenden Veranlagungszeitraums belastend ändert.⁷⁹

73 *Grashoff/Mach*, Steuerrecht, 15. Aufl. 2021, Kap. 1 Rn. 28; *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 164.

74 *Hey*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 3.262.

75 So auch der BFH zur Anwendung bei GewSt und Solidaritätsbeitrag: BFH, DStR 2004, 1787 (1788); BFH, DStR 1992, 1089 (1090).

76 Vgl. bspw.: §§ 14 S. 2, 18 GewStG; §§ 25 I, 36 I EstG; „Veranlagungszeitraum“ meint die zeitliche Periode, die für die Berechnung der Steuer zugrundegelegt wird.

77 BVerfG, DStR 2010, 1727 (1729).

78 *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20 VII. B. Rn. 80, Stand: Jan. 2022; *Hey*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 3.262.

79 *Huster/Rux*, in: *BeckOK*, GG, Art. 20 Rn. 187.1, Stand: Aug. 2022.

Die Veranlagungszeitraumrechtsprechung des BVerfG ist in der Literatur und teils auch der Rechtsprechung selbst seit geraumer Zeit auf Kritik gestoßen.⁸⁰ Den Kern der Kritik bildet die Ansicht, dass das Entstehen der Steuerschuld einen rein formellen Hintergrund habe und somit nicht den Abschluss des Lebenssachverhaltes darstellen könne.⁸¹ Daraus folgt, dass die unterschiedliche Schutzintensität, die echte und unechte Rückwirkung vermitteln, nicht die Schutzwürdigkeit des zugrundeliegenden Vertrauens der Normadressat:innen abbildet. Der Veranlagungszeitraumrechtsprechung ist insbesondere entgegenzuhalten, dass sich die Höhe der Steuerpflicht bei periodischen Steuern auf eine Vielzahl von Einzelhandlungen, die die Steuerpflichtigen innerhalb des Veranlagungszeitraumes vornehmen, bezieht.⁸² Diese Einzelhandlungen sind richtigerweise bei der Abgrenzung zwischen echter und unechter Rückwirkung getrennt zu betrachten. Für den Abschluss eines Sachverhaltes kann es nicht darauf ankommen, dass der Gesetzgeber die Einzelhandlungen zu Erhebungszwecken in einem von ihm vorbestimmten Zeitraum zusammenfasst.

Veräußert die:der Steuerpflichtige beispielsweise einen Oldtimer innerhalb eines Jahres nach dessen Anschaffung zu Beginn des Kalenderjahres und schließt Kausal- und Verfügungsgeschäft zu diesem Zeitpunkt ab, so trifft sie:er eine aus rechtlichen Gründen unumkehrbare Disposition. Die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 22 Nr. 2, 23 I 1 Nr. 2 Einkommenssteuergesetz (EStG) sind erfüllt, sodass die Steuerpflicht „dem Grunde nach“ bereits feststeht.⁸³ Bei lebensnaher Betrachtung ist der Sachverhalt der Veräußerung hiermit abgeschlossen. Dass die Steuerschuld erst mit Ende des Kalenderjahres entsteht, kann an diesem Ergebnis nichts ändern.

80 Etwa: Sondervotum *Steinberg*: BVerfG, NJW 1987, 1749 (1757); BFH, BeckRS 1982, 22006293; *Hey*, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002, S. 232f.; *Vogel*, in: *FS Heckel*, 1999, S. 875 (879f.); *Pieroth*, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981, S. 79f.

81 *Desens*, FR 2013, 148 (150); *Hey*, Die rückwirkende Abschaffung der Sonderabschreibungen auf Schiffsbeteiligungen, BB 1998, 1444 (1446).

82 BFH, BeckRS 1982, 22006293; *Vogel*, in: *FS Heckel*, 1999, S. 875 (884).

83 Im Ergebnis auch: BFH, BeckRS 1982, 22006293.

Im Ergebnis vermengt das BVerfG durch seine Rechtsprechung die formal abgeschlossene Verwirklichung eines Steuerschuldtatbestandes mit dem für die Rückwirkungsdogmatik relevanten Abschluss des Lebenssachverhaltes.⁸⁴ Es erscheint realitätsfern und formalistisch zu glauben, das Vertrauen der Bürger:innen manifestiere sich durch den Ablauf eines zu Erhebungszwecken gesetzten Veranlagungszeitraums.⁸⁵ Das Vertrauen in den Fortbestand der Rechtslage manifestiert sich vielmehr in dem Moment, in dem eine aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen unumkehrbare steuerrechtlich relevante Disposition getroffen wird.⁸⁶

Die besondere Bedeutung der Veranlagungszeitraumrechtsprechung folgte insbesondere aus dem Umstand, dass nach der ursprünglichen Rechtsprechung des BVerfG im Bereich der unechten Rückwirkung praktisch kein verfassungsrechtlicher Schutz bestand. Der Zuordnung kam faktisch präjudizielle Wirkung zu.⁸⁷ Dispositionen waren gesetzgeberischen Änderungen damit während des laufenden Veranlagungszeitraums schutzlos ausgeliefert.⁸⁸ Insoweit dürften jedoch aufgrund der Rechtsprechungsänderung hinsichtlich der Zulässigkeit unechter Rückwirkung die praktischen Auswirkungen nicht mehr von derselben immensen Tragweite sein. Die Rechtsprechungsänderung lässt die Veranlagungszeitraumrechtsprechung damit zwar nicht richtig erscheinen, führt allerdings dazu, dass ihre Fehlerhaftigkeit weniger gravierend für die Steuerpflichtigen ist. Das BVerfG erkennt inzwischen an, dass Gesetzesänderungen, die einen bereits laufenden Veranlagungszeitraum betreffen, einer echten Rückwirkung nahestehen und somit besonders hohe Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen sind.⁸⁹ Dennoch besteht aufgrund dieser Zuordnung eine unterschiedliche Schutzintensität, die durch dogmatische Erwägungen nicht zu rechtfertigen ist.

.....

84 Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 15. Aufl. 1996, § 4 Rn. 175.
 85 So auch: Hey, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002, S. 213f.
 86 So auch: Spindler, DStR 1998, 953 (953,954); Hey, BB 1998, 1444 (1449).
 87 Birk, FR 2011, 1 (5).
 88 So auch: Desens, FR 2013, 148 (149); Birk, FR 2011, 1 (5).
 89 BVerfG, DStR 2012, 2322 (2325); Desens, FR 2013, 148 (150).

Die Darstellungen zeigen, dass die Abgrenzung zwischen echter und unechter Rückwirkung im Bereich der periodischen Steuern bisher nicht gelungen ist. Zwar hat die Bedeutung der Abgrenzung durch die Neuorientierung der Rechtsprechung im Bereich der unechten Rückwirkung abgenommen, dies ändert jedoch nichts an der verfehlten Zuordnung durch das BVerfG.

2. Abgrenzung bei aperiodischen Steuern

Ferner ist auf die Abgrenzung zwischen echter und unechter Rückwirkung im Bereich der aperiodischen Steuern einzugehen. Aperiodische Steuern fallen üblicherweise unregelmäßig mit der Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes an.⁹⁰ Beispielhaft zu nennen sind die Erbschaft⁹¹ - oder Grunderwerbsteuer⁹². Maßgeblich für das Entstehen der Steuerschuld ist ein bestimmtes Ereignis, zum Beispiel der Tod des Erblassers.⁹³ Bei aperiodischen Steuern werden einzelne Vorgänge mithin nicht innerhalb eines gesetzlich festgesetzten Zeitraumes zusammengefasst, sondern entstehen punktuell. Insoweit korrespondiert der Abschluss des Sachverhaltes unmittelbar mit dem Entstehen der Steuerschuld, § 38 AO.⁹⁴ Im Bereich der aperiodischen Steuern gelten damit nicht die Besonderheiten der Veranlagungszeitraumrechtsprechung. Die Abgrenzung zwischen echter und unechter Rückwirkung anhand des Entstehens der Steuerschuld führt bei aperiodischen Steuern daher nicht zu unbilligen Ergebnissen.

Die Untersuchungen verdeutlichen, dass eine Abgrenzung zwischen echter und unechter Rückwirkung kaum trennscharf durchführbar ist. Im Bereich des Steuerrechts zeigt sich dieses Problem insbesondere bei periodischen Steuern. Die Abgrenzung des BVerfG anhand der Steuerschuld führt hier zu strukturell unbilligen Ergebnissen, die mit dem Gedanken des Vertrauensschutzes nicht vereinbar sind. Insoweit gilt es, sich von dem

.....

90 Grashoff/Mach, Steuerrecht, 15. Aufl. 2021, Kap. 1 Rn. 28.
 91 Vgl.: § 9 ErbStG.
 92 Vgl.: § 14 GrEStG bzw. § 38 AO i.V.m. § 1 GrEStG.
 93 Vgl.: § 9 I Nr. 1 ErbStG.
 94 Hey, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002, S. 213.

formalistischen Merkmal der Steuerschuld als Abgrenzungskriterium zu lösen und stattdessen die tatsächlich zugrundeliegenden Lebenssachverhalte heranzuziehen. Zwar verblieben auch hier im Einzelfall Abgrenzungsschwierigkeiten, diese ließen sich jedoch im Rahmen der Gesamtabwägung berücksichtigen.

Das Gericht geht durch die in den Entscheidungen⁹⁵ ausdrücklich genannten Abwägungskriterien einen vermittelnden Weg hin zu einer dispositionsschutzorientierten Rückwirkungsdogmatik, ohne dabei das hohe Schutzniveau der echten Rückwirkung aufgeben zu müssen.⁹⁶

Trotz den positiv zu bewertenden Rechtsprechungsänderungen verbleiben auch in der heutigen Rückwirkungsdogmatik des BVerfG die bereits dargestellten Defizite, derer es sich anzunehmen gilt. Es erscheint jedoch grundsätzlich sinnvoll, die bisherige Unterscheidung zwischen echter und unechter Rückwirkung beizubehalten, um der Rechtfertigungsprüfung Konturen zu geben. Eben diese Konturen gilt es nun weiter zu präzisieren.⁹⁷

V. Resümee

Dem staatlichen Zugriff auf das Steuersubstrat sind in zeitlicher Dimension verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt. Eine trennscharfe Bestimmung dieser Grenzen erscheint im Einzelfall schwierig. Dies ist jedoch nicht als grundlegendes Problem der Rückwirkung zu verstehen, sondern als allgemeine Herausforderung, widerstreitende Interessen in Ausgleich zu bringen.

Die Vielzahl literarischer Beiträge und Sondervoten unterstreicht allerdings, dass insbesondere im Steuerrecht ein interessengerechter Ausgleich zwischen Vertrauensschutz und öffentlichem Änderungsinteresse in der Vergangenheit oft nicht gelungen ist. Dieser Beitrag zeigt jedoch, dass das BVerfG in jüngeren Entscheidungen die Bereitschaft gezeigt hat, der gesetzgeberischen Praxis im Interesse des Vertrauensschutzes zugunsten der Steuerpflichtigen entgegenzutreten.

.....

95 BVerfG, DStR 2010, 1727; BVerfG, DStR 2010, 1733; BVerfG, DStR 2010, 1736.

96 Im Ergebnis auch: Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 3.268.

97 So auch: Schönfeld/Häck, DStR 2012, 1725 (1730).

Dies führt im Bereich des Steuerrechts zu einem deutlich erhöhten Schutzniveau. Wenngleich auch im Steuerrecht weiterhin Vertrauensschutzdefizite durch die bisherige Rechtsprechung verbleiben, ist die allgemeine Entwicklung aus Perspektive des Vertrauensschutzes durchaus positiv zu bewerten. Insofern bleibt zu hoffen, dass das BVerfG den bisherigen Trend fortsetzt und die aufgezeigten Defizite in künftigen Entscheidungen überdenkt.

• **Der Autor** ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer Schwerpunktthausarbeit im Schwerpunktbereich IX (Steuerrecht und Finanzverfassung).

Erfahrungsbereichte

Judith Geerken, Maximilian Leste, Felix Roßa

“Council, the floor is yours...”

Ein Erfahrungsbericht über die Teilnahme am 30. Willem C. Vis Moot

Wien. Kongresszentrum. 19:00 Uhr. Für mehr als 2.500 Studierende steht ein halbes Jahr Arbeit auf dem Spiel. 378 Universitäten aus aller Welt warten auf die Entscheidung. Wer schafft es in die Knockout-Runden des 30. Willem C. Vis Moot? In die Runde der besten 64? Die ersten Universitäten werden aufgezählt... Cambridge, Rio de Janeiro, Paris, Queensland, Singapur und dann... „University of Hamburg“. Doch wie kam es dazu?

Schriftliche Phase

07.10.2022 – Universität Hamburg, Johnsallee, 09:00 Uhr

Zehn Studierende, bestehend aus sechs „Mooties“ und vier Coaches, lesen zum ersten Mal den Fall des diesjährigen Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. Der Vis Moot ist der größte zivilrechtliche, internationale Wettbewerb für Jurastudierende. Über eine Zeitspanne von sechs Monaten gilt es, sowohl Kläger als auch Beklagte in einem fiktiven Fall auf Englisch schriftlich und mündlich zu vertreten. Streitgegenstand sind Probleme des internationalen Schiedsrechts und des UN-Kaufrechts. Aufgabe für uns ist es nun zunächst, sich in die Beweismittel des Falles, englischsprachige Kommentare zum UN-Kaufrecht und unzählige Schiedssprüche aus aller Welt einzulesen und Argumentationsstrukturen zu entwickeln. Bei unserer Arbeit werden wir unterstützt durch die Expertise von unseren Coaches, ehemaligen Moot Court-Teilnehmenden, Rechtsanwält:innen und Professor:innen, mit denen wir wöchentlich über unsere Entwürfe diskutieren. Über die nächsten zwei Monate wächst ein Kläger-Schriftsatz. Nach Abgabe dessen erhalten wir den Schriftsatz einer anderen Universität, auf den wir dann als Beklagter antworten.

24.01.2023 – Universität Hamburg, Johnsallee, 02:10 Uhr

Es ist die letzte Woche vor Abgabe des Beklagten-Schriftsatzes. In der „Abgabewoche“ wird nun noch einmal jedes Wort der 35 Seiten Text auf die Goldwaage gelegt. Was widerspricht sich? Welches Argument überzeugt? Welche Formulierung trifft den Nagel auf den Kopf? Mitten in der Nacht werden Argumente umgeschrieben oder hinterfragt. Nicht immer läuft dabei alles nach Plan. Leicht wächst einem die Situation auch mal über den Kopf. Trotzdem können wir uns immer auf gelegentliche Besuche bei den Jessup-Mooties, aufbauende Gespräche mit Teammitgliedern oder einen ausgedehnten Mittagsspaziergang um die Alster verlassen. Auch stehen uns unsere Coaches mit organisatorischer und inhaltlicher Hilfe zur Seite. Nach vier Monaten liegt das Ergebnis langer Nächte, harter Arbeit, tiefgehender Recherche und enger Zusammenarbeit dann endlich vor uns auf dem Tisch. Gemeinsam haben wir im Namen der Universität Hamburg zwei Schriftsätze geschrieben, die nun mit Schriftsätzen anderer Universitäten aus aller Welt verglichen und bewertet werden. Die schriftliche Phase des Vis Moot ist damit abgeschlossen.

Mündliche Phase

09.02.2023 – Hamburg, Innenstadt, 16:00 Uhr

Wir befinden uns im Büro einer deutschen Großkanzlei mit Blick auf die Alster und verhandeln den Fall – jetzt mündlich – gegen eine andere Universität. In der mündlichen Phase des Vis Moot stehen wir nun vor der Herausforderung, die Argumente der Parteien vor einem dreiköpfigen Schiedsge-

richt zu präsentieren. In 2er-Teams, bestehend aus jeweils einem oder einer Vortragenden für den prozessrechtlichen und den materiellrechtlichen Teil der Argumentation, treten wir gegen Teams anderer Universitäten an. In diesen Probe-Pleadings lernen wir frei zu sprechen, unter Zeitdruck Argumente darzustellen und das Schiedsgericht von unserer Rechtsauffassung zu überzeugen. Durch das Feedback von renommierten Rechtsanwält:innen des Schieds- und UN-Kaufrechts, Rhetorik-Expert:innen und unseren Coaches verbessern wir uns stetig.

17.02.2023 – New York City, Broadway, 07:30 Uhr

Nach Online-Pleadings aus Hamburg gegen Universitäten aus Vietnam, Australien und Indien, sind wir nun auf dem Weg zu einem Pleading im Chrysler-Building. Über zwei Wochen nehmen wir in New York an mehreren Pre-Moots teil; Probesturnieren für das Finale des Vis Moot in Wien. Hier treffen wir Teams aus aller Welt, knüpfen Kontakte zu New Yorker Rechtsanwält:innen und Professor:innen und schließen neue Freundschaften mit anderen Studierenden. Vor und zwischen den Pleadings feilen wir an unserer Präsentation und nehmen Argumente anderer Universitäten auf. So entstehen teilweise hitzige Pleadings auf dem Bürgersteig, in der U-Bahn oder im Central Park. Nach den Pleadings feiern wir mit den anderen Teams, erkunden die Stadt und bestaunen New Yorks Skyline bei Nacht.

26.03.2023 – Warschauer Flughafen, 19:20 Uhr

Wir sind auf dem Rückweg von einem Kurztrip nach Belgrad, wo wir an einem weiteren Pre-Moot teilgenommen haben. Noch eine Woche bis zum Finale in Wien. Während mal wieder an den Pleadings gearbeitet wird, läuft parallel in Hongkong der Vis East; der Schwester-Moot des Vis Moot in Wien. Wir verfolgen gespannt die Ergebnisse und fiebern mit den teilnehmenden deutschen Teams mit. Unsere Vorfreude auf Wien wächst stetig. In einer Stunde kommt der Flieger. In 15 Stunden ist das nächste Probe-Pleading in Hamburg.

01.04.2023 – Wien, Juridicum der Universität Wien, 09:00 Uhr

Nach Probe-Pleadings und Pre-Moots in Aarhus, New York, München, Kopenhagen, Belgrad und Hamburg wird es jetzt ernst. Nachdem wir dem Finale lange entgegengefeibert haben, steht es uns nun in Wien bevor. Auf dem Programm stehen vier Gruppenphasen-Pleadings. Danach entscheidet sich, welche der 378 Teams es in die K.O.-Phase schaffen. Das Warten auf den Aufruf „University of Hamburg“ im Wiener Kongresszentrum stellt sich als sehr nervenaufreibend heraus. In der K.O.-Phase erleben wir spektakuläre Pleadings zwischen den besten Teams der Welt, spannende Entscheidungsverkündungen im Dachgeschoss des Juridicums und erfahren Unterstützung von zahlreichen Alumni und neu gewonnenen Freund:innen. Beim abschließenden Awards Bankett werden die harte Arbeit der Teams geehrt und die besten Teams ausgezeichnet. Im Anschluss bringen wir das halbe Jahr mit allen Teilnehmenden auf einer gebührenden Party zu einem glorreichen Abschluss.

06.04.2023 - Hamburger Flughafen, 20 Uhr

Erschöpft, aber überaus zufrieden landen wir, die sechs Mooties mit unseren vier Coaches, am Flughafen in Hamburg. Wir können zurückblicken auf ein intensives Semester voller neuer Erfahrungen und persönlicher Weiterentwicklung. Nicht zu vergessen, wir beenden den Vis Moot Court alle mit neun engen Freund:innen mehr als vor Beginn des Semesters.

Fazit

Fassen wir das Ganze mal zusammen: Auf der einen Seite schafft einem die Teilnahme am Vis Moot ein halbes Jahr voller harter Arbeit und herausfordernder Momente. Auf der anderen Seite haben wir gelernt, im Team zu arbeiten, wissenschaftlich zu recherchieren, Schriftsätze zu verfassen, auf englisch überzeugend zu argumentieren und über unsere Grenzen hinauszuwachsen. Sollte einem dies als persönliche Erfahrung noch nicht genügen, belohnt die Universität die Teilnahme am Vis Moot mit einem Schlüsselqualifikations-, Fremdsprachen- und Seminarschein. Zu guter Letzt wird das Vis-Moot-Semester auch nicht auf die Freischussfrist angerechnet.

Haben unsere Erfahrungen und die Vorteile einer Teilnahme Dein Interesse geweckt? Dann möchten wir Dich ermutigen, Dich in der nächsten Bewerbungsphase für den Vis Moot Court zu bewerben und die Universität Hamburg international zu repräsentieren – es lohnt sich.

Und vielleicht hörst Du dann auch bald die Worte: „Council, the floor is yours...“.

Website: uhh-vismoot.de

Instagram: [vismootteamuhh](https://www.instagram.com/vismootteamuhh)

- **Judith Geerken, Maximilian Leste und Felix Roßa** sind Studierende der Universität Hamburg und haben gemeinsam für die Universität Hamburg am 30. Willem C. Vis Moot teilgenommen.

“May it please the court.”

Ein Erfahrungsbericht des Philip C. Jessup Moot Courts 2022/2023

Teamwork, enge Zusammenarbeit und das Verhandeln vor Gericht zu erlernen, sind kaum Bestandteil der deutschen juristischen Ausbildung. Moot Courts bieten die Möglichkeiten, diese Fähigkeiten zu erlernen. Der Phillip C. Jessup Moot Court, benannt nach Phillip C. Jessup, einem ehemaligen IGH-Richter, ist der größte und älteste seiner Art. Teams von etwa 600 Universitäten weltweit bereiten sich sieben Monate lang darauf vor Vertreter:innen eines fiktiven Staates und Expert:innen für rechtlich noch ungelöste Probleme im Völkerrecht zu werden.

Allgemein

Der Durchgang 2022/2023 war das 11. Jahr, in dem die Universität Hamburg am Phillip C. Jessup Moot Court (Jessup) teilgenommen hat. Beim Jessup wird ein völkerrechtlicher Fall vor dem Internationalen Gerichtshof simuliert. Die meist vierköpfigen Teams, unterstützt von Coaches und einem starken Netzwerk aus Alumni und Professor:innen, werden in zwei Zweiertteams eingeteilt, den Applicants (Klagenden) und Respondents (Beklagten). Applicants und Respondents treten nach der Ausarbeitung ihrer Schriftsätze als Vertreter:innen ihrer Staaten in einer mündlichen Verhandlung vor den IGH. All dies auf englisch.

Die Schriftsatzphase

Die schriftliche Phase erstreckte sich von Mitte September 2022 bis Mitte Januar 2023 mit dem Ziel am Ende zwei Klageschriftsätze (Memorials) einzureichen. Mitte September wurde ein etwa 25-seitiger Sachverhalt mit aktuellen, ungelösten völkerrechtlichen Problemen veröffentlicht. Zunächst überfordert von der Menge an Namen, Daten und Informationen schien es unmöglich, einen guten Überblick zu bekommen. Doch obwohl

wir es unseren Coachinnen anfangs nicht glaubten: am Ende kannten wir den Sachverhalt fast auswendig und die Protagonist:innen haben uns bis in unsere Träume begleitet.

Von September bis Dezember ging es nun darum, die rechtlichen Probleme nach Relevanz zu ordnen und zu versuchen im Interesse der jeweils vertretenen Partei zu lösen. Bis diese Informationen sich zu insgesamt zwei Memorials zusammensetzen, ist es ein langer Weg, der von viel Recherche, Frustration aber auch Durchbrüchen und Erfolgserlebnissen geprägt ist. Dabei im Vordergrund: das Beweisen von Ausdauervermögen und Eigenmotivation.

Ein besonderer Höhepunkt gegen Ende der schriftlichen Phase war die Möglichkeit, im Rahmen eines Kurztrips nach Den Haag vor Ort in der Peace Palace Library recherchieren zu können. Dort konnten wir einen Tag im Friedenspalast mit zugehöriger Bibliothek verbringen und hatten endlich Zugriff auf Literatur, an die wir sonst nicht kamen. Als Abschluss bekamen wir am Abend eine Führung durch den Internationalen Gerichtshof.

Zurück in Hamburg konnten wir uns auf die Zielgerade für unsere Memorials begeben. Die letzten Zeilen wurden ausformuliert, und es musste fast die Hälfte weggekürzt werden. Es bestand nun die Gefahr, dass es nicht alle identifizierten Probleme am Ende in den Schriftsatz schaffen, was sich im Grunde danach richtete, wie stark das Argument für die jeweilige Seite ist. Das bedeutet, dass lieb gewonnene Argumente schweren Herzens anderen weichen mussten.

Die letzten Tage Anfang Januar vor der Abgabe vergingen wie im Flug ohne, dass die To-Do Listen kürzer wurden. Ein halbes Jahr hatten wir auf diesen Moment hingearbeitet und jetzt war er doch beängstigend schnell gekommen.

Mit der Abgabe an einem Mittwoch Mitte Januar um 23:59 Uhr – nur Sekunden vor Ablauf der Frist – fiel von allen eine große Last ab und eine knappe Woche Erholung wurde mit dem einen oder anderen Gläschen eingeleitet.

Die mündliche Phase

Die mündliche Phase von ca. sechs Wochen ist die direkte Vorbereitung auf den Wettbewerb. War die Erarbeitung der Schriftsätze auf die Inhalte des Falls gerichtet, ging es nun darum, eben diese überzeugend zu präsentieren. Herausforderungen gibt es viele. Zunächst steht man während seines Pleadings allein vor der Richter:innenbank (der „Bench“) und versucht diese innerhalb von jeweils ca. 20 Minuten von der eigenen Position zu überzeugen. Die Besonderheit liegt darin, dass einem je nach Bench manchmal mehrfach innerhalb einer Minute ins Wort gefallen wird und rechtliche, inhaltliche oder hypothetische Zwischenfragen gestellt werden. Hierbei ist zu bedenken, dass es sich meist um rechtlich noch ungelöste Probleme handelt und eine kurze klare Antwort, unter Berufung auf eine spezifische Rechtsprechung, oft nicht möglich ist. Es geht also um den Balanceakt zwischen dem „Lesen der Bench“, dem souveränen Umgang mit spontanen, rechtlichen Fragestellungen und dem Einhalten des eigenen Argumentationsplans in der vorgegebenen Zeit.

Solche Pleadings, die insgesamt 90 Minuten dauern, hatten wir bis zu dreimal am Tag. So begannen wir den Tag oft morgens um 9 Uhr mit dem ersten Pleading in unserem Büro vor Professor:innen, dann zur Mittagszeit vor Alumni und abends standen wir gegen 19 Uhr in einem großen Konferenzraum einer Hamburger Kanzlei. Nach den Letzteren gab es oft Getränke und Snacks und wir konnten mit Praktiker:innen persönlich ins Gespräch kommen. Wir waren erstaunt, wie oft sie selbst Moot Court Alumni waren und wie prägend und wertvoll ihre eigenen Erfahrungen noch heute für sie sind. Die Abende in den Kanzleien dauerten meist bis nach 22 Uhr und so

mussten in der Nacht, früh am nächsten Morgen und zwischen den Pleadings Kritik, Hinweise und Verbesserungen eingearbeitet werden.

Die National Rounds

Nach diesen immer längeren Tagen und kürzeren Nächten, stand der nationale Wettbewerb in Berlin an. Am Mittwochabend begann dieser mit einer Willkommensrede und endete damit, dass wir gegen 22 Uhr erstmals gegnerische Schriftsätze zur Vorbereitung auf die Verhandlung am nächsten Morgen bekamen. Zum ersten Mal lasen wir gegnerische Argumente und die Nacht bestand dementsprechend aus Recherche. Am nächsten Morgen saßen wir nun nicht mehr zu viert vor der Bench, die aus drei Richter:innen bestand, sondern nur noch in unseren Zweiertteams. Es war nervenzehrend und das nicht nur für diejenigen, die verhandeln mussten, sondern auch für die, die gewissermaßen nur machtlos zuschauen konnten. Nach zwei Tagen solcher Pleading erwarteten wir am Freitagabend den Richter:innenspruch, ob wir ins Viertelfinale aufrücken dürfen oder nicht. Der Freitagabend mit einer Rede des Bundesjustizministers Marco Buschmann und Häppchen stellte für die Teams, die nach den Vorrunden ausschieden, die erste Möglichkeit dar, ihre Leistungen der letzten Monate zu feiern. Für unser Team ging es Samstag früh weiter. Erschöpft, aber auch stolz und natürlich aufgeregt, erschienen wir zum Viertelfinale und unsere Respondents absolvierten die Verhandlung vor nun fünf Richter:innen. Die knappe Niederlage war im ersten Moment herb, aber die harte Verhandlung setzte nicht nur unserer Jessup-Reise ein Ende, sondern läutete nach dem Gala-Dinner mit anschließender Party am Samstagabend zugleich eine Phase der Entspannung und des Nachholens von Schlafes ein.

Fazit

Nun, mit wieder geladenen Batterien, blicken wir zurück auf eine Zeit, die uns sehr gefordert, aber auch wertvolle Erfahrungen beschert hat. Der Jessup ist mehr als die Summe seiner Scheine (Fremdsprachennachweis, Seminarschein und Schlüsselqualifikation). Nicht umsonst gibt es ein Freisemester, denn eine Teilnahme verlangt viel Zeit, Aufwand und insbesondere eine hohe Belastbarkeit. Wer bereit ist, den Sprung ins kalte Wasser zu wagen, wird jenseits

des im universitären Kontext Messbaren belohnt. Ganz besonderer Dank gilt unseren drei Coaches, die nicht von unserer Seite wichen, uns unermüdlich unterstützten und von denen wir so viel lernen konnten. Unser eigenes Jessup Kapitel ist hiermit abgeschlossen, aber wie jedes Jahr beginnt im September ein Neues.

- **Die Autor:innen** studieren Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg und haben im Durchgang 2022/2023 am Jessup Moot Court für die Universität Hamburg teilgenommen.

Impressum

Hamburger Rechtsnotizen

13. Jahrgang (2023)

ISSN (Print) 2191-6543 – ISSN (Online) 2699-2299

www.hamburger-rechtsnotizen.de

Redaktion

Larissa Creydt (Chefredaktion)

Alisha Thomas (Chefredaktion)

Maria Tsantis (Chefredaktion)

Laura Freiberger

Paul Ole Gasthuber

Keri Grammes

Daniel Gravanis

Louisa Sophia Hadadi Awal Bajestani

Yannick Häntzschel

Sarah Hoppe

Tim Melhardt

Felicitas Pook

Tim Wissemann

E-Mail: redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de

Vertrieb und Abonnements

Professor Dr. Aziz Epik

E-Mail: vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de

Layout

Simon Schmitz

simon@nomisschmitz.com

[linkedin.com/in/nomisschmitz](https://www.linkedin.com/in/nomisschmitz)

Website

Paul Ole Gasthuber

Herausgeber

Hamburger Rechtsnotizen e.V.

Einzelvertretungsberechtigt sind:

Professor Dr. Aziz Epik (Erster Vorsitzender)

Professor Dr. Dr. Milan Kuhli (Zweiter Vorsitzender)

E-Mail: verein@hamburger-rechtsnotizen.de

Hamburger Rechtsnotizen e.V. ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Hamburg unter der Registernummer VR1030 eingetragen.

Sitz und Postanschrift von Herausgeber und Redaktion

Universität Hamburg Fakultät für Rechtswissenschaft

Rothenbaumchaussee 33

20148 Hamburg

Manuskripteinreichung

Die Redaktion freut sich über die Einreichung von Beiträgen in digitaler Form für die nächsten Ausgaben. Der Herausgeber haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingesandt werden. Die Annahme zur Veröffentlichung muss in Textform erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die:der Autor:in dem Herausgeber das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts.

Satz und Druck

Buch- & Offsetdruckerei Stubbemann GmbH

„Unidruck.eu“

Bundesstraße 10

20146 Hamburg

hamburger-rechtsnotizen.de

ISSN (Print) 2191-6543
ISSN (online) 2699-2299

Hamburger Rechtsnotizen

