

# Hamburger Rechtsnotizen

Ausgabe  
2024/1  
14. Jahrgang



## AUS DEM INHALT

*Ein Interview mit Dr. Philipp Plog*  
Legal Tech und Digitalisierung –  
Aktuelle Entwicklungen in  
Rechtsberatung und Justiz

*Toni Meiswinkel*  
Human Rights for (almost) everyone!

*Peer Jensen*  
Therapie statt Strafe?  
§§ 35 ff. BtMG – Voraussetzungen,  
Praxis, Bewertung

*Charlotte Thams*  
Kultur als Staatsziel – Notwendig  
oder nutzlos?

**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](http://hamburger-rechtsnotizen.de)**



Oder auf Instagram:

**@hamburger\_rechtsnotizen**

# Editorial

## Liebe Leser:innen,

keine gesellschaftliche Herausforderung, keine politische Debatte und keine Innovation ist denkbar, die nicht auch entsprechende rechtliche Fragen mit sich bringt. Die Legalisierung von Cannabis – aber wie? Wie können wir neue technische Möglichkeiten gleichermaßen nutzen und regulieren? Wie zeigt sich Fortschritt in der deutschen Justiz? Wie weit reicht menschenrechtlicher Schutz wirklich?

Wir danken unseren Autor:innen, die sich auch in unserer neuen Ausgabe die Beantwortung von Fragen zur Aufgabe gemacht haben, die unsere gesellschaftliche Gegenwart bestimmen.

Ein zentraler Faktor für gesellschaftlichen Wandel ist die immer weiter voranschreitende Digitalisierung. Längst haben auch die rechtsberatenden Berufe verstaubte Aktenberge hinter sich gelassen und finden immer neue Wege, sich technologischen Fortschritt zunutze zu machen. Spätestens seit dem Siegeszug von ChatGPT kann sich kaum noch jemand dem Sog von künstlicher Intelligenz entziehen. Doch gerade diese immer effizienteren Prozesse auf Seiten der Privatwirtschaft stellen die Justiz vor Herausforderungen. Nicht umsonst ist ein zentrales Anliegen des Gesetzgebers die Entlastung der Justiz bei Massenverfahren.

Mit Dr. Philipp Plog haben wir für diese Ausgabe eine Schlüsselfigur in der deutschen Legal Tech-Landschaft als Interviewpartner gewonnen. Wir haben ihn nicht nur gefragt, welche Auswirkungen die Digitalisierung national und international auf Justiz und Rechtsberatung hat, sondern auch worauf sich die Berufsanfänger:innen von morgen einstellen müssen. Und ganz nach dem Schwerpunkt dieser Ausgabe haben wir uns auch den tieferliegenden gesellschaftlichen Fragestellungen gewidmet – was sind Grundsätze menschlichen Zusammenlebens, die man im Lichte aktueller Entwicklungen hinterfragen sollte, und welchen Prinzipien müssen wir trotz neuer Rahmenbedingungen treu bleiben?

Die angestrebte Cannabislegalisierung ist spätestens seit ihrem Niederschlag im Koalitionsvertrag der Bundesregierung Ursache zahlreicher Kontroversen. Dies erstaunt nicht, handelt es sich hier doch um eine Thematik, welcher das Potential einer bedeutenden gesellschaftlichen Neuausrichtung innewohnt. Seit vielen Jahren lautet die Antwort auf die allgegenwärtige Drogenproblematik: Repression. Seit nahezu ebenso vielen Jahren werden Gegenstimmen laut, die eine andere, eine liberale und präventive Praxis fordern. In seinem Beitrag zu „Therapie statt Strafe?“ stellt Peer Jensen eindrücklich dar,

# Editorial

warum auch eine einst innovative Regelung mal der Aktualisierung bedarf und warum Fortschritt so wertvoll ist.

In Zeiten sozialen Umbruchs orientieren wir uns an dem, was wir kennen. Kultur wird so wichtig wie nie. Als Grundpfeiler einer jeden Gesellschaft bietet sie Halt und vereint Menschen. Sie schafft ebenso Raum für Diskurs und Veränderung. Nicht verwunderlich, dass sich die Enquete-Kommission bereits im Jahre 2005 dafür aussprach, Kultur als Staatsziel zu verankern, wie Charlotte Thams in ihrem Beitrag schildert. Im Lichte der Corona-Pandemie zeigte sich zuletzt eindrücklich, wie vulnerabel Kultur sein kann.

Auch in den Gerichtssälen macht sich Veränderung breit, die Digitalisierung schreckt auch vor der deutschen Justiz nicht zurück. Unweigerlich wird dort, wo digital kommuniziert wird, wo Austausch und Handel stattfindet, auch die Begehung von Straftaten möglich. Die Delikte sind vielschichtig und die Spannweite reicht von Cybercrime bis hin

zu Drogen- und Waffenhandel. Das große Problem, welches diese Verlagerung birgt: die digitalen Beweismittel befinden sich nicht auf deutschen Servern, sondern auf denen der meist amerikanischen Anbieter. Wie die Beweiserhebung trotzdem funktionieren kann und welche Lösungsansätze derzeit ausgearbeitet werden stellt Hila Willand in ihrem Beitrag umfassend dar.

Dies soll nur ein kleiner Vorgeschmack sein auf die Beiträge der neuen Ausgabe. Wie immer sind diese thematisch vielfältig, blicken weit über den Tellerrand des Studiums hinaus und beweisen einmal mehr: Recht ist überall.

Alisha Thomas, Maria Tsantis, Larissa Creydt und Yannick Häntzschel

# Inhalt

## Interview

*Yannick Häntzschel, Keri Grammes*

**Legal Tech und Digitalisierung – Aktuelle Entwicklungen in Rechtsberatung und Justiz** **2**

Ein Interview mit Dr. Philipp Plog

## Aufsätze

*Toni Meiswinkel*

**Human Rights for (almost) everyone!** **12**

*Peer Jensen*

**Therapie statt Strafe?**

§§ 35 ff. BtMG – Voraussetzungen, Praxis, Bewertung **20**

*Lukas Bracht*

**Eine Rechtsfigur gegen das Gemeinwohl**

Ein rechtsvergleichender Beitrag zu aktuellen Entscheidungen des US-Supreme Court und der sogenannten Major Questions Doctrine **30**

*Hila Willand*

**Möglichkeiten und Grenzen der Gewinnung sich auf US-amerikanischen Servern befindlicher digitaler Beweismittel** **39**

*Charlotte Thams*

**Kultur als Staatsziel – Notwendig oder nutzlos?** **47**

*Florentine Wiethoff*

**Die AGB-Kontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen** **56**



# Interview

Yannick Häntzschel, Keri Grammes

# Legal Tech und Digitalisierung – Aktuelle Entwicklungen in Rechtsberatung und Justiz

Ein Interview mit Dr. Philipp Plog vom 04. September 2023

• **Dr. Philipp Plog** ist Managing Partner Deutschland der Kanzlei Fieldfisher und berät als Rechtsanwalt in den Bereichen gewerblicher Rechtsschutz, Technologie, digitale Geschäftsmodelle und Legal Tech. Er ist zum Zeitpunkt des Interviews Vorstandsvorsitzender im Legal Tech Verband Deutschland. In dieser Funktion nimmt er regelmäßig an Anhörungen im Rechtsausschuss des Bundestages teil, zuletzt etwa zur Entlastung der Justiz bei Massenverfahren.

**Redaktion:** *Du bist nicht nur als Rechtsanwalt tätig, sondern auch Vorstandsvorsitzender und Gründungsmitglied im Legal Tech Verband Deutschland. Kannst du kurz vorstellen, wie der Verband entstanden ist und welche Interessen der Verband verfolgt?*

**Dr. Philipp Plog:** Die Gründung des Legal Tech Verbands wurde auch durch die Mandatsarbeit ausgelöst. Wir haben schon früh Unternehmen wie Flightright vertreten, die Pioniere im Bereich Legal Tech in Deutschland waren. Sie haben angefangen, kleine Ansprüche zu bündeln und dann in großer Masse durchzusetzen, oft kombiniert mit Prozessfinanzierung und Kostenübernahme. Wir haben festgestellt, dass diese Geschäftsmodelle oft keine rechtliche Klarheit, vor allem keine Rechtssicherheit hatten. Häufig wurden sie gar nicht von Kanzleien angeboten oder enthielten bestimmte Vergütungselemente, Erfolgshonorare oder Prozessfinanzierung, die für Anwälte:innen nicht vorgesehen oder teilweise sogar verboten sind. Gleichzeitig hat sich der Markt aber stark in diese Richtung bewegt. Leute fingen an, ihre Ansprüche an Unternehmen wie wenigermiete, Flightright oder geblitzt.de abzutreten, weil diese Geschäftsmodelle ihnen Risiken abnahmen. Plötzlich gab es Risiken wie bei myRight, dass Forderungen zu Tausenden verjähren, weil das

rechtliche Regime eigentlich gar nicht klar war. Und da haben wir gespürt, dass wir eine politische Interessenvertretung schaffen müssen. Das wurde auch dadurch beschleunigt, dass die klassischen Akteure im politischen Betrieb, im Rechtsmarkt und bei der rechtlichen Beratung sehr restriktiv und ablehnend gegenüber solchen neuen Geschäftsmodellen und überhaupt im Umgang mit Technologie waren. Man hat gemerkt, dass beispielsweise die Bundesrechtsanwaltskammer und der Deutsche Anwaltsverband die Interessen der innovativen Geschäftsmodelle nicht fördern wollten – vielleicht, weil sie Angst hatten, dass Marktanteile verloren gehen. Stattdessen, und das ist meine Interpretation, wollte man neue, niedrigschwellige Beratungsangebote über Regulierung möglichst klein halten. Es war Zeit, eine Interessenvertretung zu organisieren, die stärker nach vorne schaut. Und das haben wir dann mit sechs, sieben Unternehmen gestartet. Eines davon war Fieldfisher, aber es waren auch Flightright und andere dabei – heute sind es 150 Unternehmen. Das Besondere daran ist, dass es kein Spartenverband ist. Er vertritt nicht nur die Anwälte:innen, Rechtsschutzversicherer oder Softwareanbieter, sondern alle Akteure, die sich für eine Auflockerung des Regulierungsrahmens einsetzen.

Wir haben schnell Einfluss auf die Gesetzgebung genommen. In der letzten Legislaturperiode, vor etwa zwei Jahren, wurde das sogenannte Legal Tech-Gesetz verabschiedet.<sup>1</sup> Damit wurde Rechtssicherheit für die Abtretungsmodelle wie myright oder Financial Right erreicht, mit denen im Diesel-Komplex oder im Zusammenhang mit dem

.....

<sup>1</sup> Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt, BGBl. Jg. 2021 Teil I Nr. 53, 3415.



LKW-Kartell Forderungen durchgesetzt wurden. Das hat auch der BGH durch verschiedene Leitentscheidungen unterstützt. Er hat entschieden, dass erfolgsabhängige Modelle, bei denen Mandant:innen Kostenrisiken abgenommen werden, mit dem Status des Inkassodienstleisters vereinbar sind. Wir waren als Expert:innen im Bundestag geladen und die Gesetzgebung hat sich schnell entwickelt.

***Mit dem Sammelklage-Inkasso hast du schon einen großen Anwendungsbereich für Legal Tech genannt. Trotzdem ist der Begriff etwas unbestimmt. Deswegen würden wir gerne einmal fragen, was der Begriff für dich bedeutet und was du mit Legal Tech verbindest. Was macht Legal Tech für dich aus?***

Aus meiner Sicht ist Legal Tech die Beschleunigung der rechtlichen Arbeit durch den Einsatz von Technologie. Das kann verschiedene Grade und Prozesse umfassen. Es kann bedeuten, dass man bestimmte Analysen digital durchführt. Es kann aber auch bedeuten, dass man die Erstellung von Schriftsätzen automatisiert oder dass man ein bestimmtes Personal-Modell zur Beratung einsetzt. Bei Fieldfisher X in Berlin kommen zum Beispiel auf eine:n Anwält:in zehn Nicht-Anwält:innen, wie Datenspezialist:innen, System-Architekt:innen, Programmierer:innen und so weiter. Wir zerlegen den Arbeitsprozess in verschiedene Bestandteile. Das ist für mich Legal Tech.

Was Legal Tech noch nicht ist, ist eine vollautomatische Rechtsberatung. Es gibt noch keine Subsumtions-Maschinen und keinen „Robo Judge“.

***Angebote wie Flightright oder wenigermiete richten sich an Verbraucher:innen mit verhältnismäßig geringen Schäden. Nach einer aktuellen Umfrage würden nur 4 von 10 Bürger:innen für Schadenssummen von 600 € vor Gericht gehen.<sup>2</sup> Die Beweggründe sind in erster Linie der große Aufwand und die Angst vor Prozesskosten. Der Bereich bis 600 € bildet aber den Großteil der Alltagsgeschäfte vieler Verbraucher:innen ab. Glaubst du, dass das rationale Desinteresse in diesem Bereich zu einer Art rechtsfreien Raum für kleine Schadenssummen führt?***

.....

2 Roland Rechtsreport 2023, S. 23.

Es gibt eine gewisse Abwanderung von den Gerichten. Das Bundesjustizministerium hat vor wenigen Monaten eine Studie über die Inanspruchnahme der Gerichte veröffentlicht. Diese Studie ergab, dass sich die Eingänge in den letzten 15 Jahren bei den Amtsgerichten um ca. 36% und bei den Landgerichten um ca. 21% reduziert haben.<sup>3</sup> Tatsächlich gibt es offenbar weniger Vertrauen in die Problemlösungskompetenz der Justiz, und andere Felder, wo sie in extremer Weise in Anspruch genommen wird. Beides muss man austarieren und auch auf verschiedene Weise adressieren. Aber um zu deiner Ausgangsfrage zurückzukommen: Warum ist es so, dass die Leute vor 15 Jahren auch kleine Forderungen noch stärker an die Amtsgerichte getragen haben? Meine Vermutung ist, dass die Leute realisieren, dass das Kostenrisiko bei kleinen Forderungen hoch ist. Unser Vergütungssystem, das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, ist bei diesen kleinen Forderungen nicht vorteilhaft – auch wenn es immer noch sehr viel besser ist als viele Regelungen im Ausland. Wenn man in Deutschland 250 € einklagen will, hat man ein Kostenrisiko von ungefähr 500 €, sollte man verlieren. Denn in diesem Fall muss man auch Gericht und gegnerische Anwält:innen bezahlen. Und das ist der Bereich, wo neue Geschäftsmodelle entstehen, die den Betroffenen das Kostenrisiko abnehmen. Außerdem gibt es heute konkurrierende Konfliktlösungssysteme, die vor 15 Jahren noch nicht in dieser Form zur Verfügung standen. Damit meine ich Paypal oder AirBnB, die eigene Systeme haben, mit denen sie zivilrechtliche Konflikte lösen. Und offenbar auch ziemlich erfolgreich. Aber das sind Regeln, die mit unserem Zivilrecht oft nicht viel zu tun haben. Und das ist das eigentlich Interessante daran – dass die einfache Bedienbarkeit und die User Experience dazu führen, dass das Recht verschwindet und aus den staatlich verbürgten Institutionen herauswandert, welche die Gerichte sind. Und das ist gefährlich.

***Wo siehst du dort das Risiko?***

Das Risiko liegt aus meiner Sicht im politisch-gesellschaftlichen Bereich. Wenn man an einen

.....

3 Meller-Hannich et al., Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben „Erforschung der Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten“, 2023, S. 24 f.

Punkt kommt, an dem Konflikte nicht mehr in transparenter Weise nach bestimmten gemeinsamen Regeln gelöst werden, ist das riskant. Auch weil die Gesellschaft nicht mehr darauf einwirken kann, wie das passiert und was dort geregelt wird. Man kann aber die gemeinsamen Regeln für kleinere Ansprüche anpassen. In Kanada gibt es ein umfassendes System für Online-Schlichtung ohne gerichtliche Entscheidungen, und erleichterte Beweisregeln, bei denen zum Beispiel Handy-Fotos Berücksichtigung finden. Es werden eine ganze Menge Verfahrensregeln vereinfacht, um es weniger kompliziert zu machen. Das ist ein legitimer Weg auf veränderte Konfliktlösungserwartungen einzugehen, weil er von Gesetzgebung geprägt ist.

***Legal Tech-Modelle schaffen es trotzdem, auch in Deutschland viele dieser kleinen Klagesummen gerichtlich durchzusetzen. Wie sind diese Geschäftsmodelle aufgebaut, dass sie die Kosten auf ein rentables Level senken können?***

Ansprüche unter 600 € können nicht in allen Rechtsbereichen skaliert werden. Es gibt Bereiche, wo es funktionieren kann, zum Beispiel bei Geschwindigkeitsübertretungen. Und andere Bereiche wie Fluggastrechteentschädigungen, da kommt man schon in den Bereich. Es hängt ein Stück weit vom Rechtsgebiet ab. Und wie schaffen die Anbieter es? Indem sie viele gleichartige Fälle akquirieren und damit den relativen Aufwand reduzieren. Wenn man 100 oder 1.000 Fälle hat, die sehr ähnlich gelagert sind, kann man die Effizienz enorm erhöhen. Aber das ist nicht der einzige Faktor, es gibt auch noch andere Effekte. Zum Beispiel, dass enorme Expertise aufgebaut werden kann, wenn man sich auf bestimmte Fallgruppen fokussiert. Auf diese Weise kann man auch sehr schnell die Rechtsprechung beeinflussen. Man kann sehen, wo die echten Knackpunkte sind, die ungeklärten Fragen, und sie gezielt durch die Instanzen führen, häufig auch zum EuGH. Man kann auch Pakete von Fällen sammeln und parken, um zu sehen, was passiert und wie sich die Rechtsprechung entwickelt – und die Fallvolumen zum idealen Zeitpunkt, innerhalb der Verjährungszeiträume, aktivieren. Man kann auch Texterkennungsoftware einsetzen, um Schemata im Parteivortrag herauszufiltern und Verfahren

vorab zu sortieren. Typischerweise hat man in jedem Rechtsgebiet eine überschaubare Zahl von Fallkonstellationen. Die kann man kategorisieren, ordnen und beim Eingang und Ausgang Bearbeiter:innen zuführen. Es gibt also verschiedene Mechanismen, wie man Fallbearbeitung durch Technologie beschleunigen und verbessern kann, bis hin zu einer gewissen Prognosefähigkeit. Wenn man weiß, dass 100 oder 500 Fälle in München in einer bestimmten Rechtsfrage so entschieden wurden, kann man eine gewisse Wahrscheinlichkeit damit verbinden, dass wieder so entschieden wird. Und dann kann man natürlich je nach örtlicher Zuständigkeit Fälle in bestimmte Richtungen lenken.

***Aktuell sind wir in Deutschland noch nicht an dem Punkt, an dem die Hürden für kleine Ansprüche heruntergestuft werden. Um die Expertise für diese Fälle aufzubauen, müssen sie dennoch an Anwäl:innen herangetragen und nicht über alternative Systeme gelöst werden. Kannst du hier eine Prognose geben?***

Ich glaube, die Fälle sind schon da. Sie müssen nur aufgesammelt werden. Bestimmte rechtliche Fälle passen für Anwäl:innen oder klassische Kanzleien sehr gut, andere aber eben nicht. Es gibt ein paar Beispiele, die ich vorhin genannt habe, wie Mietrecht, Geschwindigkeitsübertretungen, überhöhte WLAN-Tarife oder arbeitsrechtliche Vertretung in bestimmten Bereichen, die sich für eine massenhafte Bearbeitung anbieten. Es gibt auch sehr „nischige“ Rechtsgebiete wie Fluggastrechte, die wurden vor dem Einsatz von Legal Tech kaum durchgesetzt. Diese Ansprüche wurden von Fluglinien häufig blockiert, die gesagt haben: Das bedienen wir nicht. Du kannst uns verklagen, viel Spaß für 600 €. Damit entsteht eine David-Goliath-Situation. Ein Konzern mit 20, 30 oder 100 Jurist:innen gegen eine einzelne Figur – wer macht das schon? Wenn man aber plötzlich auf der Gegenseite jemanden mit dem Wissen aus vielen einzelnen Fällen hat, der:die natürlich mehr Verhandlungsmacht aufbauen kann, weil hunderte oder tausende Verbraucher:innen dahinterstehen – dann entsteht plötzlich eine andere Situation. Und das kann man auch für andere Bereiche sehen. Also ich denke, der Markt ist da. Er muss natürlich gehoben werden, aber

das ist eine unternehmerische Frage, eine Frage der Initiative.

***Glaubst du, dass Legal Tech vor diesem Hintergrund im Ergebnis zu einem besseren Zugang zum Recht führt?***

Ja, absolut. Ich glaube, bestimmte Modelle passen für bestimmte Rechtsgebiete sehr gut. Aber sie sind eine Ergänzung der Expertise, die Anwälte:innen haben. Ein besonderer Reiz liegt eben darin, dass man in diesen Modellen das gesamte Kostenrisiko abgeben kann. Im Gegenzug zahlt man natürlich auch eine Beteiligung an die Anbieter, wenn sie gewinnen. Das ist die Provision. Die Höhe ist abhängig ist von dem konkreten Anbieter und vom Geschäftsmodell, das ist der Deal. Man muss etwas abgeben, wenn man gewinnt, aber eben auch nur einen Teil. Dafür bekommt man die Absicherung nach unten, falls es nicht läuft.

***Trotz rückläufiger Fallzahlen beklagt der Deutsche Richterbund eine Überlastung der Gerichte, unter anderem wegen Fluggastrechteklagen.<sup>4</sup> Bei manchen Gerichten machen diese über 60% aller Fälle aus. Glaubst du, dass der Einsatz von Legal Tech zu einer Überlastung der Justiz und erschwerter Rechtsdurchsetzung führt?***

Es gibt eine Überlastung bei bestimmten Gerichten. Bei Fluggastentschädigungen sind es die Gerichte an den Sitzen von bestimmten Fluglinien, an denen sie verklagt werden. Das führt dazu, dass bestimmte Kammern mit Ansprüchen völlig überflutet sind. Die Frage ist, warum so viele Ansprüche ungeklärt sind und nicht selbstverständlicher beglichen werden. Aber insgesamt muss das Problem der Belastung der Justiz nicht nur anhand von einzelnen Rechtsgebieten analysiert werden. Die Vorschläge des Richterbunds wurden von der CDU-Fraktion im Bundestag aufgegriffen und in eine Sachverständigenanhörung überführt, an der wir teilgenommen haben. Die Idee ist, dass man bestimmte Mechanismen in der ZPO verändert, um die Entscheidung in sogenannten Massenverfahren zu vereinfachen, egal in welchem Lebensbereich sie sich abspielen. Zum Beispiel, dass man

.....

<sup>4</sup> Richterbund meldet massiven Anstieg von Klagen gegen Airlines (02.01.2024).

sehr schnell Beweismittel aus einem bestimmten Verfahren auf andere Verfahren übertragen kann, weil sie ähnlich gelagert sind. Oder bestimmte Verfahren auszusetzen, bis eine höchstrichterliche Klärung da ist. Und eine ganze Reihe weiterer Maßnahmen, die aber im Prinzip alle darauf abzielen, Möglichkeiten für Betroffene, ihre Rechte durchzusetzen, erstmal zu reduzieren, um die Gerichte zu entlasten. Im Kern lautet die Position: Die Justiz ist so unter Druck, dass wir Prozessrechte und Prozessgarantien einschränken wollen. Das kann ich aus der Perspektive der Richter:innen verstehen, die genau dieses Problem auf dem Tisch haben. Aber das löst noch nicht das übergreifende Problem: Wie geht die Justiz mit ihrem Effizienzproblem um? Denn es ist doch interessant, dass wir ein enormes Absinken der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten haben, ohne dass in der Justiz aufgefangen werden konnte, was jetzt an Fällen in bestimmten Rechtsgebieten reinkommt. Es gibt ein Allokationsproblem in der Justiz.

Die Justiz arbeitet nach unserer Überzeugung zu analog. Sie braucht ein Prozessmanagement, das auf digitales Arbeiten ausgerichtet ist. Das ist die eigentliche Herausforderung, wie man die ZPO an einzelnen Punkten anpassen kann. Eine solche Anpassung kommt jetzt übrigens in sehr eingeschränkter Weise. Es liegt ein Referentenentwurf aus dem Kabinett für ein sogenanntes Leitescheidungsverfahren vor. Dieser soll ermöglichen, dass der BGH auch dort, wo eine Revision zurückgenommen wurde, bestimmte Maßstäbe vorgeben kann. An diesen können sich dann wiederum die Untergerichte orientieren. Das ist aber nur ein Element aus einem großen Paket von Ideen, die gefordert werden. Wie gesagt, ich meine, das ist zu wenig. Man kann nicht nur auf der Ebene des Prozessrechts und des materiellen Rechts operieren, sondern muss die Justiz als System denken, das einfach neu aufgestellt und digitalisiert werden muss.

Im Moment kommen die deutschen Gerichte an ihre Grenzen. Es gibt zum Beispiel vom Amtsgericht Hamburg eine Mitteilung von vor einigen Wochen. Dort wurde gesagt, dass sich das Gericht jetzt auf Eilverfahren konzentriert, Hauptsacheverfahren können nur noch eingeschränkt bearbeitet werden. In Berlin hat das Kammergericht gesagt, es

könne keine Auskunft mehr zum Verfahrensstand geben, es möchte nicht mehr angerufen werden. Das ist dramatisch, weil die Rechtsprechung an einzelnen Gerichten wirklich an die Grenzen des normalen Gerichtsbetriebes kommt.

***Der Legal Tech Verband war an einer internationalen Studie zur Zukunft der digitalen Justiz beteiligt, die im Jahr 2022 veröffentlicht wurde. Kannst du den Hintergrund und die Ergebnisse dieser Studie vorstellen?***

Es gibt eine Reihe von Problemen bei der internen Organisation, die es den Gerichten schwer machen. Bei der Studie haben wir zusammen mit Boston Consulting und der Bucerius Law School geschaut, wie es die Länder angehen, die fortschrittlich bei der Digitalisierung der Justiz sind und einen hohen Digitalisierungsgrad haben. Die Länder, die wir uns dazu angeschaut haben, sind Kanada, Großbritannien, Singapur und Österreich. Das Interessante daran ist, dass Kanada, Großbritannien und Österreich Länder sind, die uns auch kulturell nahe sind. Bei Kanada kommt hinzu, dass es ebenfalls föderalistisch organisiert ist. Was wir gesehen haben, ist dass diese Länder unterschiedliche Stärken haben, aber es ganz konkrete Gründe gibt, warum sie schneller und effizienter bei der Bewältigung von rechtlichen Auseinandersetzungen sind.

Besonders spannend ist das kanadische Beispiel. Dort wurde vor einigen Jahren das „Civil Resolution Tribunal“ gebildet. Sie haben angefangen, eine Oberfläche zu bauen, die auf Streitschlichtung ausgerichtet ist und die ein maximal optimiertes User Interface hat. Das heißt, es wurden Nicht-Jurist:innen gefragt und zusammen mit diesen besprochen, was es aus ihrer Sicht einfach macht, Probleme zu lösen. Sie haben sich zum Start auch nur einen bestimmten Bereich im Recht vorgenommen: „Condominium Law“, also im Grunde WEG-Recht. Das wurde als besonders nervig und kleinteilig betrachtet. Und es führt zu vielen, zum Teil emotionalen Streitigkeiten. Sie haben es geschafft, dort innerhalb von ein paar Jahren rund 50.000 Konflikte zu lösen, und ein Großteil wurde gar nicht durch eine Entscheidung gelöst, sondern durch intelligente Schlichtungsmechanismen. Aber sie haben auch in Fällen, die einer

richterlichen Entscheidung zugeführt wurden, zudem erreicht, dass sie sehr pragmatisch und schnell abgewickelt werden. Das heißt aber auch umgekehrt, dass sie nicht gleich ihr gesamtes Prozessrecht digitalisiert haben, sondern sehr fokussiert und experimentell gearbeitet haben. Das ist etwas, worüber auch im Bundesjustizministerium nachgedacht wird, dass man kleine zivilrechtliche Forderungen anders behandelt als den Standardfall.

Und dann gab es das Beispiel von Österreich, das wiederum ganz anders gelagert ist. Dort wurde vor vielen Jahren eine Online-Identität für alle Bürger:innen angelegt, mit der sie sich in der Justiz bewegen können. Das führt dazu, dass Fragen, bei denen die Identität eine Rolle spielt, für Rechtssubjekte auch digital abgewickelt werden können. Das hat zu einer enormen Beschleunigung geführt. Also wieder ein völlig anderer Punkt, aber eben einer, wo ein anderes Land weit vorne ist. Deutschland hat dieses Problem noch nicht gelöst. Es ist bei uns immer noch so, dass man im Prozessumfeld analog agieren und oft auch als Person selbst auftauchen muss.

Singapur wiederum hat etwas ganz anderes gemacht. Dort wurde eine Oberfläche gebaut, auf der sich alle Akteure bewegen, die im Rechtsstreit eine Rolle spielen. Auch das hat Deutschland nicht. Wir haben Teilsysteme, die sich lediglich berühren. Wir haben das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) und etwas Ähnliches für die Notare – es ist aber ein getrenntes System. Und dann gibt es die E-Akte. Das ist ein digitales System, das innerhalb der Justiz eine Rolle spielt. Davon gibt es mehrere Spielarten innerhalb der unterschiedlichen Bundesländer, die auch nicht alle kompatibel und unterschiedlich weit ausgerollt sind. Und so gibt es in Deutschland im Grunde einen Flickenteppich. Auch das war eine zentrale Erkenntnis – dass das österreichische System holistisch gedacht wurde, so wie wir es von anderen Plattformen kennen. Da haben wir Rückstand.

In Großbritannien war es so, dass sehr früh Nutzungsdaten darüber gesammelt wurden, welche Konflikte wie am besten gelöst werden. Diese Informationen wurden zur Entwicklung des Rechtssystems zurückgespeist. Auch das Berufsrecht

der Anwält:innen wurde stark geöffnet. Dort ist zum Beispiel die Beteiligung an Anwaltskanzleien erlaubt, was hier noch nicht der Fall ist.

Es gibt also sehr unterschiedliche Herangehensweisen, aber jedes Land hatte konkrete Gründe dafür, dass es sich beschleunigen konnte. Diese Länder haben nicht nur auf der Ebene des materiellen Rechts und Prozessrechts reformiert, sondern sie haben auch zwei Ebenen darunter einbezogen. Die erste Ebene ist, welche Anwendungssysteme, welche Software, welche Programme es gibt, die unsere Probleme lösen können. Und wiederum eine Ebene darunter ist, wie eigentlich die Gesellschaft technologisch aufgestellt ist – also zum Beispiel “Connectivity”, wie viele Leute sind an Systeme angeschlossen, wo ist WLAN verfügbar etc. Wenn man diese drei Stufen zusammen denkt, dann hat man einen besseren Zugang, um ein Justizsystem zu reformieren. Und das haben wir hier im Moment noch nicht.

***Glaubst du, dass die gute User Experience und einfache Bedienbarkeit auch Gründe für den Erfolg von Legal Tech-Modellen sind?***

Ja, auf jeden Fall. Die Produkte sind stark aus der Nutzer:innenperspektive gedacht und konzipiert. Ich glaube, dass dieses Phänomen manchmal wiederum zu anderen Problemen führt, die den Staat überfordern. Diese Probleme müssen gar nicht unbedingt mit Legal Tech zu tun haben, sind aber auch Ausdruck einer bestimmten Nutzererwartung. Ich habe zum Beispiel gelesen, dass in Nordrhein-Westfalen 700.000 Personen Widerspruch gegen die neuen Grundsteuerbescheide eingelegt haben. Das ist kaum zu bewältigen – es sei denn, man löst es zumindest teilweise mit künstlicher Intelligenz. Das zeigt zum einen, wie einfach es für Betroffene geworden ist, sich zu wehren. Aber es zeigt eben auch noch ein darunter liegendes politisches und gesellschaftliches Problem. Offenbar ist die Politik teilweise nicht in der Lage, Akzeptanz für bestimmte gesetzliche Maßnahmen herzustellen. Das führt noch weit über unsere Diskussion hinaus. Aber ich finde, es gehört mit zur Antwort auf die Frage nach der Perspektive der Betroffenen. Die Betroffenen wollen nicht wissen, wie die rechtliche Antwort ist – sie wollen einfach nur ein Problem gelöst haben. In der Psychologie nennt

man das „Need for Closure“.

Jurist:innen denken oft, dass der Weg dahin für diese Gruppe interessant ist, aber das ist ein Irrtum. Das ist interessant für die Perspektive derer, die mit Jura zu tun haben, aber nicht für die Betroffenen.

***Was wären aus deiner Perspektive als Rechtsanwalt, der Mandant:innen zu diesen Lösungen hilft, Punkte, die die deutsche Justiz umsetzen könnte, um den Beispielen, die du genannt hast, ein wenig näher zu kommen?***

Ich glaube, wir müssen uns für bestimmte Rechtsbereiche entscheiden, die wir in der Abwicklung schnell und komplett digital erfassen. Wir müssen auch akzeptieren, dass es keine perfekten Systeme sind, sondern dass man damit herumspielt und immer besser wird. Und man müsste sich Leute in die Verwaltung reinholen, die ein hohes Verständnis von Technologie haben. Man müsste gemischte Teams aufstellen und nicht nur Jurist:innen oder Leute, die mit Haushaltsfragen zu tun haben, sondern Leute, die umsetzen und Systeme bauen können. Wir müssen sicherlich auch dafür sorgen, dass die Schnittstelle zwischen dem Bund und den Ländern geschmeidiger wird. Das ist ein Faktor, der manchmal zu Verzögerungen führt. Sicher müssen wir auch bestimmte Bundesländer identifizieren, um dort für das gesamte Bundesgebiet Experimente durchzuführen, und das ist mit dem digitalen Pakt für den Rechtsstaat von 2023 angestoßen worden. Wir müssen auch viel mehr Budget für die Justiz bereitstellen. Im Moment bewegt sie sich auch finanziell an der Existenzgrenze. Es gibt viele Indikatoren dafür, dass die Ausstattung der Justiz unzureichend ist. Aber man sollte nicht nur auf die Personalausstattung schauen, sondern Systeme einführen, die wiederum die Abwicklung erleichtern.

***Gerade die personelle Ausstattung wird durch mangelnden juristischen Nachwuchs im gesamten Markt immer mehr zum Problem, auch in der Justiz. Glaubst du, dass die Justiz auch digitaler werden muss, um im „War for Talents“ attraktiv zu bleiben?***

Ja, auf jeden Fall. Es ist aber auch ein Problem der Vergütung – die deutschen Richter:innen werden einfach nicht gut vergütet. Ich habe eine

Übersicht gesehen, in der standen wir unter allen europäischen Mitgliedstaaten an zweitletzter Position.<sup>5</sup> Auf der anderen Seite gibt es die enorme Beschleunigung der Gehälter in den Kanzleien. Die sind sehr stark durch den Mangel an Nachwuchs getrieben, aber auch durch die ständig steigende Zahl und Dimension von rechtlichen Problemen und Herausforderungen, vor denen die Unternehmen stehen. Das Ausmaß an Rechtsmaterie im Land steigt seit vielen Jahren überproportional und damit die Anforderungen an Unternehmen. Das macht das Leben komplizierter und schafft mehr Arbeit in rechtlicher Hinsicht. Ob die Gehaltsentwicklung so wie bisher weitergeht, ist aber offen. Die Entwicklung von künstlicher Intelligenz könnte Veränderungen im Gehaltsgefüge treiben. Wir kommen in eine Phase, in der rechtliche Fragen zu einem erheblichen Anteil durch Software beantwortet werden können. Wir haben uns Produkte angeschaut, die eher auf den amerikanischen Markt ausgerichtet sind und auf GPT 4 und ähnlichen Produkten aufbauen. Wir sehen jetzt, dass diese Software-Produkte innerhalb von wenigen Monaten besser werden. Das wirft die Frage auf, was das Alleinstellungsmerkmal von juristischen Absolvent:innen ist. Der Bedarf an Leuten, die mit einer gewissen Erfahrung strategisch beraten, wird bleiben. Aber die Kanzleien müssen jetzt darüber nachdenken, wie sie andere Beratungsprodukte anbieten – Produkte, die nicht nur in der Beantwortung der Frage „Wie ist die Rechtslage?“ bestehen. Denn das Monopol über diese Frage verlieren die Kanzleien. Man kann aber andere Beratungsprodukte entwickeln, die Mandant:innen ein Problem abnehmen, zum Beispiel Auseinandersetzungen oder Transaktionen. Bei den Berufsanfänger:innen wird es eine stärkere Auswahl geben.

***Glaubst du, dass sich auch die Ausbildung von Jurist:innen ändern muss, um diesen neuen Anforderungen gerecht zu werden?***

Ja, auf jeden Fall. Die Fähigkeit, rechtliche Herausforderungen mit Software-Produkten zu ordnen und zu bewältigen, wird immer wichtiger. Im

.....  
<sup>5</sup> Vgl. CEPEJ, Evaluation Report – 2022 Evaluation cycle (2020 data), S. 80 Abbildung 3.46. Nach aktuellen Daten befindet sich die Vergütung von Richter:innen in Deutschland in Relation zum Durchschnittseinkommen an letzter Stelle.

Moment probieren die Universitäten herum, manche sind ein bisschen weiter und manche ein bisschen hinterher. Aber aus meiner Sicht wird sich das jetzt beschleunigen. Man muss überlegen, wo Mehrwert herkommt und was man machen kann, um Mandant:innen Beschleunigung und Problemlösungen zu bieten.

***Glaubst du, dass die in Deutschland verbreitete Abrechnung nach Stunden vor dem Hintergrund von künstlicher Intelligenz, technologischem Fortschritt und Skalierung noch zeitgemäß ist?***

Ich glaube, das Stundenhonorar wird seltener auftreten als bisher, aber auch nicht verschwinden. Es gibt immer noch einen Teil an strategischer Beratung, die entweder sehr menschliche Komponenten umfasst, also etwa wie sich Gegner:innen oder Richter:innen verhalten, oder besonders komplexe Fragestellungen, die intuitive Entscheidungen voraussetzen. Da wird immer ein Stück strategische „Top-Leistung“ drinstecken, die man auch zu Stundensätzen abrechnen kann. Dazu werden andere Elemente kommen, die wir jetzt auch schon bei Legal-Operations-Beratung sehen. Zum Beispiel Festpreise für bestimmte Leistungen und andere Preiselemente für die Bereitstellung von operativer Beratung oder der Bereitstellung von Systemen. Manchmal auch Erfolgselemente, die sehr stark darauf abzielen, was erreicht werden kann. Es wird ein Mix sein. Aber generell stimme ich der These schon zu, dass die abrechenbare Stunde an Relevanz einbüßen wird. Denn die Grundidee, dass man anwaltliche Zeit als das zentrale Maß ansetzt, macht nur noch eingeschränkt Sinn, wenn bestimmte Softwareprodukte innerhalb von Sekunden Ergebnisse auswerfen können.

***Rechtspolitisch wurde in letzter Zeit auch eine erfolgsbasierte Vergütung für Rechtsanwält:innen immer wieder thematisiert, bislang aber nur begrenzt liberalisiert. Für Inkassodienstleister oder zum Beispiel in den USA ist diese Vergütung deutlich verbreiteter. Glaubst du, eine erfolgsbasierte Vergütung sollte auch für deutsche Rechtsanwält:innen weiter ermöglicht werden?***

Ja, weil wir in Deutschland im Moment eine Schieflage haben. Die Anwält:innen haben im Grunde schlechtere Voraussetzungen als

Nicht-Anwält:innen, und viele digitale Geschäftsmodelle operieren deshalb als Inkassodienstleister. Das muss man vielleicht erklären, weil es oft weit über klassisches Inkasso hinausgeht. Man kann sagen, dass es eine Art Ausweichlösung ist. Inkassodienstleister sind eine der wenigen Ausnahmen vom Anwaltsmonopol in Deutschland. Normalerweise ist die Rechtsberatung und die Subsumtion die exklusive Domäne der Anwält:innen. Es gibt aber ein paar Ausnahmen und dazu gehören Inkassodienstleister und zum Beispiel Rentenberater:innen. Sie dürfen für einen eng abgesteckten Bereich rechtlich beraten, weil sie dort Expertise haben. Das ist zuletzt immer stärker ausgeweitet worden und auch von der Rechtsprechung gedehnt worden. Inzwischen ist auch vom Gesetzgeber anerkannt, dass diesen Anbietern Beratung im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Forderungen erlaubt ist. Und jetzt wird in den nächsten Jahren geklärt werden, was sie darüber hinaus noch alles dürfen. Und das ist jetzt die Schieflage: Inkassodienstleister dürfen Investor:innen aufnehmen, Erfolgshonorare vereinbaren und ihren Mandant:innen Kosten abnehmen. Sie dürfen fast alles und müssen natürlich aufpassen, dass sie dabei keine Interessenkonflikte haben. Die Kanzleien dagegen dürfen keine Erfolgshonorare oberhalb von 2000 € vereinbaren<sup>6</sup>, sie dürfen ihren Mandant:innen überhaupt keine Kostenrisiken abnehmen, sie dürfen weder Provisionen für Mandate zahlen noch entgegennehmen. Sie haben also eine Menge Restriktionen, die sich an ihrem Berufsbild festmachen.

Das macht keinen Sinn mehr, weil diese zwei Strukturen im deutschen Markt jetzt direkt miteinander konkurrieren. Da ist eine Schieflage, die man nur korrigieren kann, indem man die Anwält:innen freier macht. Indem sie z.B. auch Erfolgshonorare und Kostenübernahmen anbieten können, also das, was wir „No Win, no Fee“ nennen. Das macht mehr Sinn und nicht diese 2000 € Grenze, die willkürlich gewählt ist, um das Phänomen erst einmal ein bisschen zuzulassen und auszuprobieren.

***Du hast gerade die Aufnahme von Investor:innen angesprochen. In Deutschland gilt für Rechtsanwaltskanzleien das „Fremdbesitzverbot“. Danach***

.....

6 § 4a I Nr. 1 RVG.

***ist Rechtsanwaltsgesellschaften eine Kapitalbeteiligung von externen, berufsfremden Investor:innen untersagt. Das macht es für Kanzleien schwierig, das notwendige Kapital für Innovationen aufzubringen. Rechtspolitisch wird das Fremdbesitzverbot aktuell heftig diskutiert. In der letzten Legal Tech-Gesetzgebung wurde es leicht modifiziert, im Kern aber beibehalten. Vor kurzem hat der OLG München das Fremdbesitzverbot dem EuGH zur Prüfung vorgelegt<sup>7</sup> und auch Marco Buschmann hat angedeutet, dass es innerhalb des Bundesjustizministeriums auf dem Prüfstand steht.<sup>8</sup> Befürworter:innen des Verbots sehen mit einer Aufhebung die anwaltliche Unabhängigkeit gefährdet. Wie stehst du zu einer möglichen Liberalisierung?***

Ja, ich denke, dass man das Fremdbesitzverbot überprüfen sollte. Das Thema ist im Koalitionsvertrag angelegt. Weil jetzt ein konkreter Fall beim EuGH liegt, ist es beschleunigt worden. Und es ist eine sehr spannende Frage. Auch deshalb, weil sie sehr sensibel ist und auch ein bisschen tabuisiert. Bisher kann in Deutschland in einer Kanzlei nur Gesellschafter:in sein, wer Anwält:in ist und dort auch als Anwält:in arbeitet. Also man muss nicht nur einen bestimmten Status haben, sondern auch aktiver Berater sein. Das ist vor etwa zwei Jahren ein wenig geöffnet worden. Man kann nun auch andere selbständige Berufe in eine Anwaltskanzlei aufnehmen, die dazu passen – zum Beispiel Ärzt:innen. Es muss kein verkammerter Beruf sein, aber es bedarf einer Selbstständigkeit, die sich mit dem Selbstverständnis der anwaltlichen Arbeit vereinbaren lässt.

Deswegen ist die Frage aufgekommen, wieso man nicht auch Investor:innen aufnehmen kann. Dass es dafür sinnvolle Einsatzfelder gibt, ist aus meiner Sicht klar. Investitionen in Technologie sind immer aufwendig. Und wenn jetzt schon Software-Unternehmen oder aber Legal Tech-Anbieter diese Investitionen akquirieren dürfen, stellt sich erst recht die Frage, warum nicht die Kanzleien. Zumal sie eine gewaltige juristische Expertise haben.

Bei der Antwort muss man zwischen der .....

7 Lührig, AGH legt EuGH vor: Fremdbesitzverbot an Kanzleien unionsrechtswidrig? (02.01.2024).

8 Römermann, Buschmann riskiert Konflikt mit BRAK und DAV (02.01.2024).

berufsrechtlichen und der gesellschaftsrechtlichen Ebene unterscheiden. Bisher gibt es in Deutschland weder auf der Handlungsebene noch auf der Gesellschaftsebene Raum für Kompromisse. Denn es war nicht gewünscht, dass jemand mit am Tisch sitzt, der:die indirekt oder direkt auf die Auswahl von Mandant:innen oder auf die Art und Weise der Beratung Einfluss nehmen könnte. Oder jemand, der:die dafür sorgen kann, dass bestimmte Mandate zwar angenommen, aber später aufgegeben werden, weil sie nicht lukrativ genug sind. Aus meiner Sicht kann man das aber sehr gut auf der berufsrechtlichen Ebene lösen, indem man statuiert, dass die Führung der Geschäfte einem:einer Anwalt:in obliegt. Oder man schützt die Unabhängigkeit des Mandats, indem man dafür sorgt, dass nicht-anwaltliche Gesellschafter:innen die Aufgabe von Mandaten nicht erzwingen können. Das sind alles Fragen, die in der Bundesrechtsanwaltsordnung bereits in erheblichem Umfang gelöst sind, und man kann sie zusätzlich in der Satzung verfeinern. Ich finde es vernünftig, Investor:innen für Kanzleien zuzulassen, weil wir auf diese Weise mit Geschäftsmodellen innerhalb der Anwaltschaft experimentieren können. Das ist gerade in dem Bereich der Verbraucher:innenberatung ein Thema. Denn das sind häufig Strukturen, die eine technologische Plattform aufbauen müssen, um schlagkräftig zu sein und gegen finanzstarke Gegner vorgehen zu können.

Es gibt in anderen Ländern noch sehr viel weitergehende Maßnahmen. Zum Beispiel die Schweiz, die es Nicht-Kanzleien erlaubt, Rechtsberatung durchzuführen. Dort gibt es Rechtsschutzversicherer, die Rechtsfälle ihrer Kund:innen lösen. Das ist in Deutschland nicht möglich. Das wäre aus meiner Sicht aber der sehr viel weitergehende Schritt als die Öffnung für Investor:innen, weil es den Markt der Kanzleien stärker angreifen würde. Dagegen wäre die Öffnung für fremdes Kapital ein verhältnismäßiger Weg. Würde das im Anwaltsmarkt zu einem Goldtausch führen? Anwaltliche Arbeit ist im Vergleich zu anderen Industrien sehr lukrativ. Auf der anderen Seite hängt gerade das Geschäft in wirtschaftsrechtlichen Kanzleien oft auch an bestimmten Personen und nicht so sehr an den eigentlichen Kanzleistrukturen. Ich glaube, deswegen werden Investitionen eher in Strukturen eine Rolle spielen, die sich gezielt auf die Beratung

von Verbraucher:innen fokussieren.

***Im Zusammenhang mit dem Fremdbesitzverbot wird auch die Frage aufgeworfen, ob es eine originär anwaltliche Aufgabe sei, Legal Tech-Lösungen zu entwickeln.<sup>9</sup> Aber kann sich die Anwaltschaft dem überhaupt verschließen? Oder müssen gerade Anwalt:innen sich dieser Aufgabe annehmen?***

Ja, auf jeden Fall. Daran kommen wir nicht vorbei. Die Mandant:innen wollen auf eine bestimmte Weise beraten werden und sie erwarten eine bestimmte Art der Kommunikation und der Abwicklung. Ich finde es erstaunlich, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass Anwalt:innen nicht technologieaffin sind und deswegen eine Liberalisierung dort nicht stattfinden soll. Das ist schon dadurch widerlegt, dass fast alle Legal Tech-Gründer Anwalt:innen sind, und zwar gerade außerhalb von Kanzleien. Das sind Leute, die andere Wege gefunden haben, weil sie mehr Bewegungsspielraum wollten. Und ich finde, die Anwaltschaft kann an der Stelle einfach selbstbewusster sein. Es gibt bei uns verschiedene Modelle – es gibt die Strukturen, die sehr fokussiert Einzelfälle bearbeiten und es gibt wieder andere, die auch Massenbearbeitung perfektioniert haben. Und manchmal wird sich das miteinander ergänzen. Ich finde wir sollten das sportlich sehen und zuversichtlich sein.

***Vielen Dank, dass du dir die Zeit genommen hast und auch vielen Dank für die interessanten neuen Perspektiven.***

• **Yannick Häntzschel** studiert an der Universität Hamburg und hat den Schwerpunktbereich VI: Ökonomische Analyse des Rechts besucht. Er arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Kanzlei Fieldfisher in Hamburg.

• **Keri Grammes** studiert an der Universität Hamburg und besucht den Schwerpunktbereich XII: Maritimes Wirtschaftsrecht. Sie arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für internationales Seerecht und Umweltrecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht an der Universität Hamburg.

.....

<sup>9</sup> Wessels, Zukunft des Anwaltsmarktes auf dem Prüfstand, BRAK-Mitteilungen 4/2023, 203 (203).



# Aufsätze

*Toni Meiswinkel*

# Righting Wrongs - Human Rights for (almost) everyone!

*Are Human Rights as universal as the Universal Declarations of Human Rights proclaims them to be? The following text reconstructs Gayatri Chakravorty Spivak's essay „Righting Wrongs” as one of the key texts in post-colonial theory that highly criticize the unequal distributions of power and its consequences and takes a stand on the critique expressed in it.*

## A. Introduction

The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) grants *all* Human Rights to *all* human beings.<sup>1</sup> Yet, violations of those rights as well as their (partial) non-enforcement in the first place give evidence for the unjust current state of the global society. Gayatri Chakravorty Spivak's essay „Righting Wrongs”<sup>2</sup> is one of the key papers in post-colonial theory. It analyzes the drawbacks and circumstances which lead to the acceptance of non-enforcement and violations and asks about the terms of advocacy when it comes to Human Rights, especially focusing on the social relationship between the global North and the global South.

Against the backdrop of the postcolonial debate, it is argued that regarding Human Rights two difficulties must be considered: Not only the issue of claiming them but also the issue of their dispensation. Leading to the question: Who is in charge and in fact even able to distribute Human Rights and why?

In a manifold argumentation, Spivak discusses how a new postcolonial classism emerges through the exclusion of the subaltern of the global South in regard to the distribution of Human Rights. Due to a lack of education<sup>3</sup> respectively critical engagement, the Northern elite's demand of the subaltern to 'just claim their rights', can never be satisfied.

.....

1 Cf. Art. 1, 2 UDHR.

2 Spivak, Righting Wrongs, SAQ 2004, pp. 523-581.

3 Education is understood as the process of training and developing knowledge, skill, mind, etc., especially by schooling, cf. UNESCO, TVETipedia Glossary. Education here is used in the sense of learning rather than teaching.

This leads to an ultimate unjust system that mirrors – even in time of decolonialization – colonial structures. Therefore, it is thought through how a change in education could reduce the (neo)colonial structures that have arisen and might lead to an equal dispensation of Human Rights.

The following paper reconstructs Spivak's essay „Righting Wrongs” through identifying the rights and duties that come along with Human Rights (I.) and takes the participants of the discussion of Human Rights into account (II.). This is followed by analyzing the rethinking of education that is required for a fair distribution of Human Rights according to the author (III.). Finally, a stand on Spivak's exposition will be taken (IV.).

## B. Righting Wrongs – a Reconstruction

Spivak offers an intricate work of research that opens, due to its complexity and diversity of argumentation, a wide range of controversies in different contexts. She states several arguments and examples that only when being puzzled together result in a whole picture of an unjust, colonial distribution of Human Rights.<sup>4</sup> It is attempted to solve such drawback by sketching an approach of solution based on an altered academic and educational system for all participants.

### I. Human Rights – Rights and Duties

The author opens with the statement that Human Rights can not only be claimed and possessed by people but also have to be distributed and guaranteed by them.<sup>5</sup> Therefore, fundamental rights are assigned with *dual features*, which however are not

.....

4 At this point it should be said that a *comprehensive* objective reconstruction of Spivak's work cannot be done within the scope of this paper. Rather, the significant arguments from a subjective perspective will be analyzed.

5 Spivak, SAQ 2004, 523 (523).

accessible to all people in the same manner. Rather, Human Rights would also be a concession of the ruling class to the oppressed.<sup>6</sup> Spivak argues, that the role of the oppressor belongs to the global North: Still being a hegemonial power, the global North, with its liberal values and moral conceptions, serves even after the end of the imperial era, as the one who is in charge. As the entity to dispense Human Rights.<sup>7</sup> As the only one who is able to right the wrong.<sup>8</sup> Spivak is giving the example of “justified” interventions of the global North in Southern countries to *dispense* Human Rights on multiple costs.<sup>9</sup> What appears to be thoroughly unfair by unintended Universalism<sup>10</sup>, is - following the author - the fundamental problem in the omnipresent discourse of Human Rights.

To illustrate her argument, Spivak draws an analogy to an exaggerated form of social Darwinism in which “[...] the fittest must shoulder the burden of righting the wrongs of the unfit [...]”.<sup>11</sup> Resulting in the consequence that those who are considered “unfit” are neither able to help themselves nor can they react or change their situation. “Unfit” being here those people who are located in the global South.<sup>12</sup>

Such interpretation of Human Rights is constituting a striking paradox to the Western – and therefore prevailing norm-conform – universal understanding of Human Rights in the ongoing debate. This is constituted *prima facie*, when considering their universal claim of validity. Consequently, to understand Spivak thoroughly, one needs to keep in mind her interpretation of Human Rights as a sort of fluid construct with different consequences for its participants, rather than understanding Human Rights as universal and globally legitimate in theory *and* practice. Even though, when following the wording and teleology of the UDHR, every single human being is supposed to be a subject qua meaning - due to them being human with the same

outcome for everyone.<sup>13</sup> And yet, the assumption results in an unequal participation in Human Rights, which is in line with further research that identifies different levels of implementation of those in domestic practices.<sup>14</sup>

Spivak relates her findings largely on the work of Non-Governmental Organizations which, funded by the North, take over the majority of tasks of advocacy for Human Rights in the global South.<sup>15</sup> Such construction of the commitment to Human Rights illustrates the dependency of the global South, which is largely based on the benevolence of the North.<sup>16</sup>

## II. The Human Being as a Stakeholder?

Against this backdrop and in the dealing with Spivak’s work, it is inevitable to look at (her understanding of) the nature of Human Rights in order to be able to constructively classify the various (non-)forms of participation. The classical debate between Human Rights as natural or civil rights is naturally part of her argumentation.<sup>17</sup> She increasingly expresses her displeasure with a natural law approach to Human Rights:<sup>18</sup> The idea that Human Rights are granted to people per se is in too great contradiction to reality. Rather, the groups that are able

*“[...] to grant Human Rights would have to recognize that, just as the natural rights of man depended on the historical of the French Revolution and the Universal Declaration of Human Rights depended on the historical events that led to World War II, so too the current emergence of the Human Rights model as a global dominant is dependent on the turbulence in the wake of the dissolution of imperial formations and global economic restructuring”.*<sup>19</sup>

The embedding of Human Rights in such a context is further complemented by considering its participants.

6 Ibid.

7 Spivak, SAQ 2004, 523 (523 ff.).

8 Spivak, SAQ 2004, 523 (523, 524).

9 Cf. Spivak, SAQ 2004, 523 (525).

10 On the discussion about the universalistic claim of Human Rights cf. e.g. Janz/Risse, Menschenrechte - Globale Dimensionen eines universellen Anspruchs, 2007; Skogly, Beyond National Borders: States’ Obligations in International Cooperation, 2006.

11 Spivak, SAQ 2004, 523 (524).

12 Ibid.

13 Cf. Art. 1, 2 UDHR.

14 Risse et al., The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change, 1999, p. 2.

15 Spivak, SAQ 2004, 523 (524).

16 Spivak, SAQ 2004, 523 (525, 527).

17 Cf. Spivak, SAQ 2004, 523 (527 ff.).

18 Spivak, SAQ 2004, 523 (527).

19 Spivak, SAQ 2004, 523 (530).

## 1. The Global North

When following a post-colonial approach three groups of possible participants can be identified. Those will be referenced as stakeholders in the following.<sup>20</sup> First, there is the global North as Group A, which, with a white, western education system, produces an elite that is able to claim Human Rights for itself and is able to distribute them. In her essay, Spivak names the US universities as representatives of this privileged Group.<sup>21</sup> The global North symbolizes hegemonial power as the (post-)colonial ruler and up until today rarely fails to demonstrate such. After the colonialization of the global South in the past, the most prominent example for such power demonstration (or even abuse) is the North's ability to intervene under the cloak of Human Rights into several (internal state) conflicts, to dispense Human Rights through enforcement,<sup>22</sup> while relativizing the damages done as a result.

## 2. The Colonial Subject

Contrary to that, Group B constitutes the colonial subject of the South. This Group that is a subject of colonialism, is nowadays representing the middle class of the global South.<sup>23</sup> Raised and educated by the global North this Group B is now stepping in as Human Rights advocates of the global South,<sup>24</sup> and by that reproducing the indoctrination of the North. Forming a vicious circle.

Spivak uses *Doctors without Frontiers* as an example to demonstrate such phenomena:<sup>25</sup>

Medical Doctors of the global North appear when urgent medical issues arise in the global South. Once arrived, they are able to solve numerous health issues. This is done with the help of local interpreters who take over the communication at place. Such visits being a short-term measure, since a long-term stay that could initiate long-term changes, is not possible due to a lack of time (and

.....

20 Stakeholders meaning persons, groups or organizations that are affected by or can influence the implementation or outcome of a project, project being here the implementation of Human Rights.

21 Spivak, SAQ 2004, 523 (526).

22 Spivak, SAQ 2004, 523 (524).

23 Ibid.

24 Ibid.

25 Spivak, SAQ 2004, 523 (524).

money). Those interpreters then get left behind after being educated in a sort of second-class system – yet not able to reproduce the results of the Northern doctors' efforts due to a lack of resources.

The same applies to the advocacy of Human Rights. Meaning, interpreters can show up as advocates for Human Rights after being taught by the Northern elite how Human Rights culture is to be practiced. This constellation of participants leads to the often-assumed dichotomy between the global North and global South that is supposed to include all human beings in their different context. However, this is wrong: There *is* a third Group C, whose exclusion out of such duality makes it exactly what it is.

## 3. The Subaltern

Spivak is referring to the subaltern as the rural poor - those who are excluded from any sort of social mobility.<sup>26</sup> It is tempting to constitute them as Group C. And yet this is not the case. In fact, the subaltern do not constitute any class, because in discourse and context they do not exist: "Subalternity cannot be generalized according to hegemonic logic. That is what makes it subaltern."<sup>27</sup> Consequently, subalternity does not take place. It rather resembles a neglected empty space, which is nevertheless filled with people. Those, however, do not (and cannot) perceive themselves as the inhabitants of this vacuum.<sup>28</sup> It is almost self-explanatory that such a 'Group C'<sup>29</sup> is automatically excluded from the education that is mandatory to engage in the discourse of Human Rights – because they seem not to exist.

.....

26 For a more distinguished definition: Spivak, *A Critique of postcolonial reason: Toward a history of a vanishing present*, 1999, pp. 269-274.

27 Spivak, *Scattered speculations on the subaltern and the popular*, *Postcolonial Studies* 2005, 475 (475).

28 For the sake of completeness, it should be said here that a further hierarchization of people is also taking place within the already cut-off grouping of the subaltern. In particular, the brown woman as a sexed subaltern subject described by Spivak, who experiences an intersectional disadvantage. This occurs not only through economic exploitation as a result of imperialism but also through forced subordination within patriarchal structures. Making the brown woman the least included stakeholder in regard to their own rights, cf. *Varela/Dhawanm*, *Postkoloniale Theorie: Eine kritische Einführung*, 2015, pp. 153 ff.

29 The word group is here used for the sake of simplicity. It shall not imply that the people in the position of the subaltern identify themselves as such.

And yet, according to Spivak, they must endure the expectation by the global North to stand up for their rights as the colonial subject does of Group B.<sup>30</sup> Despite the fact that the Subaltern are unable to do so, which the North is unable to see - unaware of their existence. Such an approach is mirroring the ignorance of the Northern elite's display.

The question of why the subaltern is captured in the position of inability, cannot be blamed on the subaltern themselves, since "subalternity is a position without identity."<sup>31</sup> The reason for this lies rather in the history of colonialism and the incapacity or even unwillingness of the North, who is slow to come to terms with its own past.

Consequently, a privileged Group of the global South (Group B) can stand up for its Human Rights within its limits, but it is not representative of the entire global South since they do not include the subaltern ("Group" C). However even Group B can only do so, to the extent the North has taught them to do.

The subaltern are ultimately excluded because they have not been allowed or even in case of allowance would have had no chance to enjoy appropriate (or rather any) education.<sup>32</sup> Proving that any advancement in the enforcement of Human Rights highly depends on the goodwill of the oppressors.<sup>33</sup> The claim of the global North that the global South should stand up for its Human Rights therefore simply cannot be fulfilled. Ultimately, even this brief analysis of participation gives evidence that Human Rights are not as simply enforced and universally spread as the global North claims them to be.

### III. Rethinking Education

Spivak's analysis of those circumstances screams for change with every letter. And it does so for good reason, when considering the reality, that Human Rights are in fact not accessible for everyone in the same manner. Therefore, a rather theoretical attempt of solution is presented to induce the rethinking of education for change.

30 Spivak, SAQ 2004, 523 (535).

31 Spivak, Postcolonial Studies 2005, 475 (476).

32 Meaning any education at all, not only the western education that is taught in US Universities and prevailing the global North.

33 Spivak, SAQ 2004, 523 (525 ff.).

### 1. The Necessity to Rethink Education

In 1872 the German politician Wilhelm Liebknecht gave a speech titled: "Knowledge is power, power is knowledge",<sup>34</sup> showing off the undeniable tie between the constructs of power and knowledge. And when connecting the knowledge of the North with its hegemonial position in the global context, those words seem to be as fitting as they were 150 years ago. There is a lack of equitable distribution of power, and since power and knowledge are indispensably linked, an equitable distribution of knowledge is needed to redress the imbalance of power that attributes the hegemonial stand to the North. This is in line with Michel Foucault who outlines that knowledge and power are always mutually interdependent.<sup>35</sup>

Such an imbalance can then both constitute and foster the unequal distribution of participation in Human Rights: If *all* stakeholders of the South would have more (access to) knowledge, they could gain more power and therefore have a bigger influence on the participation on Human Rights. Does that mean that the global North must lose respectively reduce its power?

Spivak herself is highlighting the importance of the acquisition of knowledge throughout her text as it is the implied basis for the required change. With her critique on the imbalance of knowledge, she underlines her position as a post-colonial theorist, since the critique of the process of knowledge reproduction about the other is fundamental for such theoretical flow.<sup>36</sup>

To solve the consequential arising problem of classism, Spivak promotes comprehensive changes in the system of education.<sup>37</sup> To give those in need, namely the subaltern, a *seat at the table*, they need to learn that they can, have to and how to sit down at such and in what manner. In addition, those who are already present need to reflect and unlearn their behavior. Thus, there is a need for change (unlearning/learning) that both the learner and

34 Cf. Liebknecht, Wissen ist Macht – Macht ist Wissen: Festrede gehalten zum Stiftungsfest des Dresdner Bildungs-Vereins am 05.02.1872, 1904, p. 1, freely translated.

35 Foucault, Mikrophysik der Macht – Über Strafjustiz, Psychiatrie und Medizin, 1976, p. 45.

36 Williams/Chrisman, Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader, 1994, p. 8.

37 Spivak, SAQ 2004, 523 (526).

the “teacher” are subject to. In this regard Spivak is referring to Karl Marx’ education of the educator and opens a fine resemblance to his Feuerbach-Thesis.<sup>38</sup> As early as 1845, Marx urged that circumstances themselves are changed by people and that this is precisely why the education of the educator is needed: There would be an interaction on both sides, for which the teacher would also have to be sensitized.<sup>39</sup> In the context of that time, such training was related to the education about capital, to educate the victim (the proletariat) to become an agent.<sup>40</sup> Spivak’s position wants to expand on this position “to include the “ground condition” (Grundbedingung) of the continued reproduction of class apartheid in ancient and/or disenfranchised societies in modernity.”<sup>41</sup> She thus interprets Marx’ thesis as a form of hope of transforming the subaltern into an agent, by organizing themselves to cancel class apartheid instead of falling victim to it.<sup>42</sup>

This approach impliedly supports the previously explained different positions of participation in Human Rights: If it is assumed that there are educators as well as students, then the presupposed dichotomy is inevitable. However, it is lacking the “group” of the subaltern. Consequently, when facing reality, the postcolonial researcher is confronted with a Northern elite as an educator, that consistently tries to force its understanding of Human Rights (and also every other belief) onto others. This mindset serves as an excuse to even intervene in inner-state conflicts under the cloak of dispensing Human Rights with little respect to possible collateral damages. On the other hand, the colonial subject that is repeating what is learned from the global North with no connection to the rural poor.

Having arrived here it can be summarized that the knowledge of the North conditions its power and its hegemonial position in the international context. Yet, to overcome the *status quo* it does not

.....

38 Marx, Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte, in: *Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED*, Vol. 3, 1960, pp. 5,6; translation in: *Marx/ [Coletti]*, Early Writings, 1975, p. 422.

39 Bayer, *Tragödie des Rechts*, 2021, p. 96 ff.

40 Ibid.

41 Spivak, SAQ 2004, 523 (533).

42 Spivak, SAQ 2004, 523 (536); Cited as: *Marx*, Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte, in: *Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED*, Vol. 8, 1960, p. 198.

suffice to solely rely on the wish of participation in Human Rights for all people and to promote some sort of education for the South. Rather there is a need for a takedown and reconstruction of awareness, knowledge, education, and Human Rights themselves in their respective context.

## 2. The issue of (Non-)Education

Adequate education is needed to provide a sufficient level of knowledge through which power can then be seized to participate in the claiming and distribution of Human Rights. And yet, this is not only the burden of the subaltern to finally start learning but rather the duty of the North to educate themselves further.

The current state of the education system(s) in the world is continuously ensuring that the hegemonial power stays in the North. This is reasoned with a shortage of critical engagement of the Northern elites with their own history and behavior. Instead of focusing on an appraisal of the past, the North rather wallows itself in the idea of doing good in the South. Such behavior, as well as the ignorance that accompanies it, shows the absolutist attitude of the North.<sup>43</sup> It illustrates how the lack of self-reflection in its education system justifies the claim to universality that the North relies on heavily, since it does only have little room for self-interrogation. According to Spivak, to enable such learning of critical self-reflection, an orientation toward Humanities in teaching is required.<sup>44</sup> Dull repetition and memorization must give way to genuine engagement. Thus, regarding the postcolonial debate the North’s education system seems to be at a crossroad and must decide whether it wants to pursue its universal claim in a progressive and future-oriented way within the framework of self-reflection, or whether to turn towards neo-colonialism by stagnating in old structures.<sup>45</sup> Consequently, knowledge reproduction requires a different approach. Spivak sees such in the teaching of the Humanities.<sup>46</sup>

.....

43 Cf. Spivak, SAQ 2004, 523 (532).

44 Cf. Spivak, SAQ 2004, 523 (532 ff.).

45 And even though Spivak formulated the analyzed text almost 20 years ago, such decision appears to be still pending.

46 Cf. Spivak, SAQ 2004, 523 (532 ff.).

### 3. The Understanding of Identity

Nevertheless, the education of the subalterns is still necessary. Yet it cannot be characterized by the indoctrination of the prevailing knowledge of the North. If the subaltern is a position without identity,<sup>47</sup> it is inevitable that the awareness of an identity as a Human Rights subject is inserted into the curriculum for the subaltern. Spivak's conviction is to build such an education based on literacy competencies that allow the worker to learn the foreign without focusing on one's own self-image.<sup>48</sup> By learning the appropriate skills, Spivak predicts, it will be possible for the subalterns to perceive their own Human Rights subjectivity. Until now, they have been objectified by others. The problem with such objectification is that control can be exercised over the resulting entities. Precisely this circumstance reflects the hegemonic position of the North *vis-à-vis* the South. This concept of *Othering* has its origin in several philosophical and theoretical traditions.<sup>49</sup> Being for example, used by Simone de Beauvoir in her book "The Second Sex" to describe men as the norm while women constituting the other.<sup>50</sup> Or Edward Said when writing of imagined geography to construct the Orient as the other.<sup>51</sup> Such *Othering* exposes the power imbalance at the expense of the global South. Consequently, it is observable that such understanding of *us* and *the other* needs to be overcome. Through the realignment of the educational system, the subaltern is to be enabled to become part of the system in order to be capable of constituting itself through demarcation. It can only become a subject of Human Rights if it understands itself as such.<sup>52</sup> From this it can be derived, that the universal claim of Human Rights, as currently postulated by the North, protects the own European/Western identity as a subject, while the subaltern is deprived not only of its rights, but also of its sovereignty as a Human Rights subject.<sup>53</sup>

47 Spivak, Postcolonial Studies 2005, 475 (476).

48 Cf. Spivak, SAQ 2004, 523 (532).

49 Jensen, Othering, identity formation and agency, Qualitative Studies 2011, 63 (64).

50 De Beauvoir, The Second Sex, 1956.

51 Said, Orientalism, 1995.

52 Spivak speaks here of the felicitous subject of universal Human Rights, Spivak, SAQ 2004, 523 (563).

53 Williams/Chrisman, Colonial Discourse and Post-Colonial Theory, 1994, p 89.

The demand of the North to the South to claim its Human Rights, stated at the beginning of the paper, can therefore not be pacified at all and yet is consistently reproduced. Finally, the bottom line is that there is a need for a doctrine of Humanities that enables not only - as now - the dispensers of Human Rights, but also the oppressed, to develop a collective perception.<sup>54</sup>

### 4. Responsibility to Protect?

Finally, these reflections are supplemented by a reference to the culture of responsibility resulting from these structures.<sup>55</sup> To this day, the global North intervenes in conflicts of the South.<sup>56</sup> The concept of "*Responsibility to Protect*" has become an integral part of the discourse in International Law.<sup>57</sup> The North assumes a responsibility to protect the Human Rights of people in the South, which it justifies with its own understanding of Human Rights. And yet, the perceived responsibility towards the South is diametrically opposed to the claim to universality postulated by the North. Real universalism would grant the same opportunities to all human beings qua meaning rather than enable some to claim and distribute Human Rights while others do not even understand themselves as a subject to those. It is ultimately only reasonable to state that the universal understanding of the global North protects a white-western subject of Human Rights. Leading to the result that the North is rather using the resulting opportunity to demonstrate to the South (possibly also subconsciously), through its self-imposed responsibility, the dependence in which the South finds itself under these circumstances. Needless to say, the South has not once authorized the global North to exercise such function. Thus, this side of Human Rights ultimately functions as another mechanism to deprive the global South of its voice, to indoctrinate an image under which a Southern subject can never find itself.

In order to overcome such a dominance gap, which shows itself through self-imposed responsibility, knowledge of such is required in the first place.

54 Cf. Spivak, SAQ 2004, 523 (537).

55 Spivak, SAQ 2004, 523 (545).

56 E.g. the Intervention in Libya in 2011.

57 Cf. Lorenz, Exterritoriale Selbstverteidigung im unwilligen oder unfähigen Staat, 2022.

This knowledge, however, is not limited to the subalterns' knowledge of their own subjectivity, but also to the North's knowledge to recognize and compensate for this dominance gap. Thus, it is the education of all human beings that should pave the way to overcome the marginalization of the subaltern.<sup>58</sup>

#### IV. A possible beginning for Change? – A Resumé

Spivak offers in the frame of a very splintered argumentation how the world could change according to her conception, when following the presented approach of solution. And the motivation behind it seems not only to be endorsed, it is even desirable as the advocacy for neo-colonial structures is nothing but absurd.

The development of the last twenty years (since the publication of the text) shows that the gap between rich and poor is increasing permanently.<sup>59</sup> Thus, at the end of 2020, 1.2 percent of the world's population owned about 47.8 % of the world's wealth.<sup>60</sup> By contrast, around 53 % of the world's population owned just 1.1 % of global wealth.<sup>61</sup> The unequal distribution of such wealth primarily affects people living in economically disadvantaged countries or in the global South. In other words, in places where the distribution of Human Rights is largely dependent on the benevolence of the North. Placed in the capitalist context of world affairs, this means that where there is power, there is knowledge and resources for its reproduction. While poverty is accompanied by little power and little education. Referring to Spivak's initial analogy of Social Darwinism,<sup>62</sup> one could go so far as to correct it to emphasize the "survival of the richest". In this context, it is difficult to see the one chosen approach by Spivak as able and fully inclusive to provide for the change she aspires.

The basic idea that education brings change is not to be contradicted. And the call for the education

.....

58 Spivak, SAQ 2004, 523 (561).

59 Mäurer, Schere zwischen Arm und Reich wird größer (21.01.2019); Brückner/Hauschild, Unfassbarer Reichtum und seine Kehrseite (2022).

60 Reichtumspyramide: Verteilung des Reichtums auf der Welt im Jahr 2021 (05.01.2023).

61 Ibid.

62 Spivak, SAQ 2004, 523 (524).

of the educator is also to be fully agreed with. And yet, the question arises as to how far this is sufficient. There is certainly a need for the global North to learn from the South. What is missing in Spivak's remarks, however, to a certain extent, is a further-thinking rationale.

An equal distribution of Human Rights would enable a peaceful coexistence under the premise that all are adhering to it. Unfortunately, this is not the case considering the permanent (para)military conflicts that we encounter every day in the news. Most recently, the Russian war of aggression on Ukraine<sup>63</sup> shows how thin the ice is, even in areas that cannot be assigned to the global South. Nevertheless, humanity faces problems that can only be solved as a global community. Problems everyone must be protected from. Climate change is a prime example of this.

The climate issue has now found its place in the debate on Human Rights. For example, the right to a healthy environment is being discussed.<sup>64</sup>

As climate change progresses, however, the question of how to deal with the now unavoidable consequences becomes much more relevant. Thus, it is not unlikely that climate change will also deprive human beings of the rights they are entitled to. Since the consequences of climate change primarily affect the global South, those who fall victim to it should (understand that they) have a say. Yet, the question that arises in this regard is among others, if the understanding of the global South, including the subaltern, can happen quickly enough before nature revolts against when following the approach recommended by Spivak. On the other hand, the majority of the global North does (currently) not suffer from the consequences of climate change. They do not really have a need to change their behavior at the moment or engage any differently with Human Rights norms.

Education is needed. Yes, but to an extent the North understands *why* it is so mandatory for its own future. The past and even current events show that based on the moral idea to include the South and

.....

63 Tagesschau, Russland hat den Krieg begonnen (24.03.2023).

64 Cf. E.g. Sachs/Santarius, Ein Menschenrecht auf Klimaschutz, in: Politische Ökologie 2007, p. 14-11.; Wegener, Menschenrecht auf Klimaschutz?: Grenzengrundrechtsgestützter Klimaklagen gegen Staat und Private, NJW 2022, 425 ff.



change education (and therefore also in the enforcement of Human Rights) is and will not happen. Rather the education of the educator needs to be widened to an extent where the North understands why excluding others will be to the disadvantage of their own wealth. Even though such a statement appears to be rather pessimistic as well as negative connoted, it cannot be denied that overcoming the North-South disparity requires more than Spivak envisages, because the North is based on previous experience unlikely to change on its own out of altruistic motivation.

Finally, one may not forget that captured in capitalism a change from the bottom to up, is theoretical a desirable idea and yet, simply not linked to the practice when considering that those at the bottom do not even acknowledge themselves there.

## C. Conclusion

Spivak as one of the co-founders of post-colonial theory is unquestionably one of, if not the most important voice in postcolonial theory. The deconstruction of the power-political relations in the current period of time identifies the gaping chasm between the theoretical universal claim of Human Rights and their practical implementation. Spivak is right to a large extent in terms of argumentation, yet the question remains to what dimension her text is conducive to the actual proposed goals. Spivak's essay is filled with complexity and requires a great understanding of coherence and philosophical principles. For the educated elite of the global North, such approaches *may be* accessible. And yet for such an elite itself it appears to be difficult to grasp the straws she is offering for change. Whether this is sufficient to educate the educator, who appears to be so comfortable in its position remains questionable. For a sustainable change, it is ultimately inevitable that the global North understands the complexity of the problem in its entirety and not only acknowledges and questions its own privileges of power, but much more actively begins to discard them. Therefore, it seems like more concrete step-by-step guidance is needed. However, a realizable policy cannot be derived from Spivak per se. One does not want to go as far as to label Spivak an oppressor herself, since such a critique would be too excessive. However, it is almost self-explanatory, that the subaltern will not change its own self-perception based on such

an essay. Spivak is offering an overview of the current state of Human Rights violations by mapping arguments and situations from a post-colonial perspective. Yet she fails to provide further steps for a change. A memorandum that guides not only the global North but also the rural poor to escort all participants out of their position that was assigned to them by being a victim of their own (non-)education.

- **Toni Meiswinkel** studiert nach einem Studium der Politikwissenschaft, Jura an der Universität Hamburg.

# Therapie statt Strafe?

## §§ 35 ff. BtMG – Voraussetzungen, Praxis, Bewertung

*Mit der Debatte um das am 01.04.2024 in Kraft getretene Cannabisgesetz (CanG) ist das Recht der berauschenden Substanzen erneut in den Fokus der breiten Öffentlichkeit geraten. Die mit dem CanG einhergehende grundsätzliche Entkriminalisierung Cannabiskonsumierender zum Anlass nehmend, wird in diesem Beitrag die früheste Durchbrechung des repressiven Konzepts des BtMG erörtert: Die Therapievorschriften der §§ 35 ff. BtMG werden anhand ihrer Voraussetzungen und praktischer Bewährung dargestellt und abschließend einer kritischen Bewertung unterzogen, inwieweit sie in ihrer gegenwärtigen Fassung ausreichen, um die verfolgten Ziele zu erreichen.*

### A. Einleitung

Über den richtigen Umgang mit Drogenkonsumierenden wird international und in Deutschland seit über 100 Jahren heftig gestritten. Mit Verabschiedung des Opiumgesetzes im Jahre 1920<sup>1</sup> war der Grundstein für die Kriminalisierung des Umgangs mit Drogen gesetzt. Im Kontext des 1971 von US-Präsident Nixon ausgerufenen „War on Drugs“, setzte sich auch international die Überzeugung durch, dass Drogenkonsum vor allem eine zu bestrafende kriminelle Handlung sei.<sup>2</sup> Ziel war die absolute Eindämmung des Umgangs mit illegalen Drogen durch strafrechtliche Repression.<sup>3</sup> Dieses repressive Konzept des Betäubungsmittelrechts drückt sich einerseits im Umfang der Strafandrohungen aus. So sind in den §§ 29 ff. BtMG<sup>4</sup> eine Vielzahl von verschiedenen Handlungsweisen mit Strafe bedroht. Mit der Ablösung des Opiumgesetzes durch das BtMG wurden auch

konsumnahe Straftatbestände geschaffen, insbesondere der bloße Besitz von Betäubungsmitteln (§ 29 I 1 Nr. 3).<sup>5</sup> Durch die Normierung einer möglichst lückenlosen Strafbarkeit jedweden Umgangs mit Drogen, versprach sich der damalige Gesetzgeber „Drogensucht und Drogenhandel wirksam bekämpfen und besiegen zu können“.<sup>6</sup>

Neben dem Umfang ist auch das Ausmaß der Repression bemerkenswert. Denn das BtMG sieht teilweise besonders hohe Strafraumen vor. So wird bspw. das bandenmäßige Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 30a I im Mindestmaß mit fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht. Dies entspricht dem Strafraumen des Totschlags gem. § 212 StGB. Aber auch der einfache Besitz einer nicht geringen Menge Betäubungsmittel wird gem. § 29a I Nr. 2 im Mindestmaß mit 1 Jahr Freiheitsstrafe bedroht und ist damit ein Verbrechen i.S.d. § 12 I StGB.

Die Erkenntnis, dass die Verhängung von Strafen als alleinige Antwort auf die Drogenproblematik untauglich ist, fand zu Beginn der 80er Jahre Einzug in die parlamentarische Debatte im Bundestag.<sup>7</sup> Der von der damaligen Regierung verfolgte Ansatz eines grundsätzlichen Therapievorrangs vor Strafe,<sup>8</sup> musste wegen der versagten Zustimmung durch den Bundesrat aufgegeben werden.<sup>9</sup> Als Kompromisslösung fanden 1982 die §§ 35 ff. schließlich Einzug ins BtMG.<sup>10</sup>

Erklärte Zielbestimmung dieses neuen Siebenten Abschnitts war die Herbeiführung gesundheitlicher Verbesserungen und Resozialisierungen von abhängigen Straftäter:innen und damit eine

.....

.....

1 RGL. 1921, I, S. 2 ff.

2 Payan, The Many Labyrinths of Illegal Drug Policy, in: Payan u.a. (Hrsg.), A war that can't be won: Binational perspectives on the war on drugs, 2013, S. 3 (6).

3 Krumdiek, Die national- und internationalrechtliche Grundlage der Cannabisprohibition in Deutschland, 2006, S. 84.

4 Alle nicht näher bezeichneten Paragraphen, sind solche des BtMG.

5 Krumdiek, Cannabisprohibition, 2006, S. 84.

6 Fabricius, in: Patzak u.a. (Hrsg.), 10. Aufl. 2022, Einleitung, Rn. 29.

7 Plenarprotokoll 8/200 vom 25.01.1980, S. 15937 ff.

8 Plenarprotokoll 8/200 vom 25.01.1980, S. 15940.

9 Schröder, Drogentherapie nach den §§ 93a JGG, 35 ff. BtMG, 1986, S. 167.

10 Fabricius, in: Patzak u.a., § 35 BtMG Rn. 21.

effektive Kriminalitätsprophylaxe.<sup>11</sup> Ob dieses Ziel mit den normierten Anwendungsvoraussetzungen in der Praxis erreicht wird, ist Gegenstand der folgenden Untersuchung.

## B. Vorbemerkung zu Cannabis

Mit Inkrafttreten des CanG ist Cannabis seit dem 01.04.2024 kein Betäubungsmittel mehr<sup>12</sup> und unterfällt nicht länger den Bestimmungen des BtMG. Der Gesetzgeber hat allerdings Regelungen zur entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 35 ff. auf cannabisbezogene Abhängigkeitserkrankungen geschaffen. Danach sind die Therapievorschriften des BtMG bei Abhängigkeiten von „Konsumcannabis“ gem. § 39 Konsumcannabisgesetz (KCanG) und von Medizincannabis gem. § 30 Medizinal-Cannabisgesetz (MedCanG) anwendbar. Sofern im Folgenden also von Betäubungsmitteln und Betäubungsmittelabhängigkeiten gesprochen wird, so lassen sich die Ausführungen auch auf cannabisbezogene Abhängigkeitserkrankungen übertragen.

## C. Voraussetzungen

Zunächst ist in §§ 35, 36 ein strafvollstreckungsrechtlicher Ansatz geregelt, der sich sinnvoll als „Therapie statt Strafvollstreckung“ beschreiben lässt.<sup>13</sup>

§ 36 eröffnet hierzu betäubungsmittelabhängigen Verurteilten die Möglichkeit, dass eine Therapie auf die Freiheitsstrafe angerechnet werden kann, was ggf. die Aussetzung der (Rest-) Freiheitsstrafe zur Bewährung bewirken kann. Grundsätzlich ist dafür zunächst erforderlich, dass die Strafvollstreckung gem. § 35 I zurückgestellt wurde. Die Zurückstellung darf nicht als Beendigung der Vollstreckung missverstanden werden, sondern führt lediglich zur „Ausnahme [des/der Verurteilten] aus dem Vollzug“.<sup>14</sup> „Therapie statt Strafe“ im eigentlichen Sinne ist nur in § 37 normiert.

11 Baumgart, *Illegale Drogen – Strafjustiz – Therapie*, 1994, S. 27.

12 Vgl. Art. 3 Nr. 6, 8 CanG.

13 Patzak/Bohnen, *Betäubungsmittelrecht*, 5. Auflage, 2022, S. 177 Rn. 1.

14 Bohnen, in: BeckOK BtMG, 17. Edition, Stand: Dezember 2022, Vorbemerkung zu §§ 35 bis 38 BtMG Rn. 8.

## I. Zurückstellung der Strafverfolgung, § 35 BtMG

### 1. Zurückstellungsfähige, rechtskräftige Verurteilung

Da §§ 35, 36 vollstreckungsrechtliche Regelungen sind, kommt eine Anwendung erst in Betracht, wenn der/die Täter:in wegen einer Straftat rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde.<sup>15</sup> § 35 I 1 verlangt, dass die ausgeurteilte Freiheitsstrafe 2 Jahre nicht übersteigen darf, dies gilt gem. § 35 III auch im Falle einer Gesamtstrafenbildung bzw. bei einer noch zu vollstreckenden Restfreiheitsstrafe.

### 2. Betäubungsmittelabhängigkeit

Maßgeblich ist, dass die Straftat kausal auf eine Betäubungsmittelabhängigkeit zurückzuführen ist.<sup>16</sup>

Der Begriff der Abhängigkeit von Drogen wird von der World Health Organization (WHO) beschrieben als „psychische[r] und zuweilen auch physische[r] Zustand, der sich aus der Wechselwirkung zwischen einem lebenden Organismus und einer Droge ergibt und sich äußert im Verhalten und in anderen Reaktionen, die stets den Zwang einschließen, die Droge dauernd oder in Abständen zu nehmen, um deren psychische Wirkungen zu erleben und das durch ihr Fehlen mitunter auftretende Unbehagen zu vermeiden“.<sup>17</sup> Allerdings ist § 35 I 1 nicht auf jede Abhängigkeit von Drogen anwendbar, sondern lediglich auf Abhängigkeiten von Betäubungsmitteln i.S.d. Anlagen I-III des BtMG,<sup>18</sup> sowie gem. §§ 39 KCanG, 30 MedCanG auf cannabisbezogene Abhängigkeitserkrankungen.

### 3. Kausalität

Hinsichtlich der Kausalitätsfrage besteht Einigkeit dahingehend, dass bei solchen Taten, für die die Betäubungsmittelabhängigkeit *conditio sine qua*

15 Malek, *Betäubungsmittelstrafrecht*, 4. Auflage, 2015, S. 273 Rn. 7; Kornprobst, in: MüKoStGB, 4. Auflage, 2022, § 35 BtMG Rn. 24.

16 Malek, BtMR, S. 273 Rn. 8.

17 WHO Technical Report Series, No. 407, S. 6, zit. nach: Kornprobst, in: MüKoStGB, § 35 BtMG Rn. 38.

18 Kornprobst, in: MüKoStGB, § 35 BtMG Rn. 41.

non war, die erforderliche Ursächlichkeit anzunehmen ist.<sup>19</sup>

Dieser Kausalzusammenhang soll nach einer Ansicht nur bei solchen Taten anzunehmen sein, „die der Beschaffung von Drogen zur Befriedigung der Sucht dienen sollten oder die der Täter ohne die Betäubungsmittelabhängigkeit nicht begangen hätte“.<sup>20</sup> Erfasst sei also nur „mittelbar[e] oder unmittelbar[e]“ Beschaffungskriminalität.<sup>21</sup>

Dieser Ansicht steht aber, wie oben bereits ausgeführt, zunächst der Wortlaut des § 35 I 1 („Straftat“) entgegen.<sup>22</sup> Natürlich ist es Grundvoraussetzung für den Konsum einer Droge, dass diese zunächst beschafft wird. Alle dem Konsum von Betäubungsmitteln unmittelbar vorgelagerten Handlungen sind in § 29 I 1 mit Strafe bedroht; ebenfalls sind noch einige auf den Cannabiskonsum bezogene Handlungen gem. § 34 I KCanG kriminalisiert. Auch enden die Gesetze der Marktwirtschaft nicht an der Grenze zur Illegalität, sodass eine Finanzierung der Droge sichergestellt sein muss. Insoweit herrscht zutreffend Übereinstimmung, dass für solche Beschaffungshandlungen in der Regel die Betäubungsmittelabhängigkeit als kausal anzusehen ist. Diese Ansicht lässt aber die vielfältigen Begleiterscheinungen einer Abhängigkeit außer Acht. Wenn bspw. der Zwang zum Drogenkonsum, wie er von der WHO als Voraussetzung einer Abhängigkeit definiert ist, nicht befriedigt werden kann, sind irrationale und kriminelle Handlungen von Abhängigen als kausale Folge dessen wohl nicht grundsätzlich auszuschließen.

Somit ist es unzweckmäßig, den § 35 I 1 über den Wortlaut hinaus einzuschränken.<sup>23</sup>

#### 4. Die der Rehabilitation dienende Behandlung

Wegen dieser Abhängigkeit müssen sich Verurteilte gem. § 35 I 1 eine „der Rehabilitation dienenden Behandlung“ unterziehen, wobei gem. § 35 I 2 „der Aufenthalt in einer staatlich anerkannten Einrichtung, die dazu dient, die Abhängigkeit zu beheben oder einer erneuten

.....

19 Malek, BtMR, S. 277 Rn. 25; Kornprobst, in: MüKoStGB, § 35 BtMG Rn. 44.

20 KG Berlin, NStZ-RR 2008, 185; Weber, in: Weber u.a., Betäubungsmittelgesetz, 6. Auflage, 2021, § 35 BtMG Rn. 33.

21 KG Berlin, BeckRS 2014, 10841 Rn. 5.

22 Vgl. Malek, BtMR, S. 277 Rn. 25.

23 Vgl. Holzinger, Die Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG, StRR 10/2009, 368 (370); vgl. Malek, S. 277 Rn. 25.

Abhängigkeit entgegenzuwirken“, als Behandlung zu verstehen ist.

Um den unterschiedlichen Therapieansätzen in der suchtmmedizinischen Praxis gerecht zu werden, ist eine weite Auslegung des Begriffes der Behandlung erforderlich.<sup>24</sup> In Betracht kommen sowohl stationäre<sup>25</sup> als auch ambulante<sup>26</sup> Behandlungen oder auch im Falle des S. 2 Selbsthilfegruppen ohne direkte medizinische Begleitung<sup>27</sup>.

Rehabilitation lässt sich grundsätzlich definieren als „die möglichst umfassende Wiederherstellung der Lebenstüchtigkeit des Menschen“.<sup>28</sup>

Als Grundvoraussetzung für eine Rehabilitationsbehandlung wird das Therapieziel der absoluten Abstinenz von Betäubungsmitteln formuliert.<sup>29</sup> Problematisch sind hierbei Substitutionsbehandlungen bei Heroinabhängigen. Bei einer solchen Behandlung wird entweder das Heroin unter medizinischer Supervision durch ein Ersatzopioide ersetzt (vgl. § 5 VI BtMVV), oder in schweren Fällen die Versorgung mit pharmazeutisch hergestelltem Heroin (Diamorphin) veranlasst (vgl. § 5a I BtMVV). Hierbei haben sich insbesondere Langzeitbehandlungen bei Schwerstabhängigen bewährt, sodass diese Menschen wieder ein geregeltes Leben führen konnten, ohne abstinent zu sein.<sup>30</sup> Solche Substitutionsbehandlungen können gegenwärtig nicht als Rehabilitationsbehandlung i.S.d. § 35 anerkannt werden, wenn sie nicht mit dem Ziel der Abstinenz durchgeführt werden.<sup>31</sup>

#### 5. Bereits begonnene Behandlung oder Zusage zum Behandlungsbeginn

Weitere besondere Anforderungen werden an Verurteilte gestellt, wenn sie sich noch nicht in einer Rehabilitationsbehandlung befinden, sondern lediglich zusagen, sich einer solchen zu unterziehen. Hier ist neben der ausdrücklichen

.....

24 Fabricius, in: Patzak u.a., § 35 BtMG Rn. 134.

25 Kornprobst, in: MüKoStGB, § 35 BtMG Rn. 62, 63 ff.

26 Kornprobst, in: MüKoStGB, § 35 BtMG Rn. 71 ff.

27 Fabricius, in: Patzak u.a., § 35 BtMG Rn. 136.

28 Brockhaus Enzyklopädie, 1992, Bd. 18, S. 209, zit. nach: Fabricius, in: Patzak u.a., § 35 BtMG Rn. 134.

29 Weber, in: Weber u.a., § 35 BtMG Rn. 62; Kornprobst, in: MüKoStGB, § 35 BtMG Rn. 64; Fabricius, in: Patzak u.a., § 35 BtMG Rn. 134.

30 Busch u.a., Langzeitsubstitutionsbehandlung Opioidabhängiger, Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information, 2007, S. 5, 6.

31 Fabricius, in: Patzak u.a., § 35 BtMG Rn. 167.

und auf bestimmte Therapieeinrichtungen und Behandlungszeiträume konkretisierte Zusageerklärung erforderlich,<sup>32</sup> dass auch tatsächlich die Bereitschaft zur Therapie besteht.<sup>33</sup> Damit soll verhindert werden, dass eigentlich nicht Behandlungsbedürftige durch Vortäuschen einer Abhängigkeit einen Therapieplatz wahrnehmen, der dadurch wirklich Abhängigen nicht mehr zur Verfügung steht.<sup>34</sup> An die Beurteilung der Therapiebereitschaft dürfen „keine übersteigerten Anforderungen“ gestellt werden.<sup>35</sup> Jedenfalls steht der Vollstreckungsbehörde hierbei ein Ermessensspielraum zu.<sup>36</sup>

## 6. Gewährleisteter Therapiebeginn

Im Falle der noch nicht begonnenen, sondern erst zugesagten Therapie ist ebenfalls erforderlich, dass der Beginn einer solchen Therapie gewährleistet sein muss. Neben einem gesicherten Therapieplatz<sup>37</sup> muss vor allem eine Zusage des Kostenträgers vorliegen.<sup>38</sup>

## 7. Antrag und gerichtliche Zustimmung

Sind die materiellen Voraussetzungen erfüllt und ist ein entsprechender Antrag<sup>39</sup> gestellt worden, so kann die Vollstreckungsbehörde mit Zustimmung des erstinstanzlichen Gerichts die Vollstreckung zurückstellen.<sup>40</sup>

## II. Anrechnung und Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 36 BtMG

### 1. Anrechnung

Ist eine Zurückstellung der Vollstreckung nach § 35 erfolgt und „hat sich der Verurteilte in einer staatlich anerkannten Einrichtung behandeln lassen“, so ist die nachgewiesene Aufenthaltszeit gem. § 36 I 1 zwingend auf die Strafe anzurechnen,

32 *Bohnen*, in: BeckOK BtMG, § 35 Rn. 136.

33 *Fabricius*, in: Patzak u.a., § 35 BtMG Rn. 204.

34 *Weber*, in: Weber u.a., § 35 BtMG Rn. 111.

35 KG Berlin, BeckRS 2014, 19169, Rn. 14; OLG München, BeckRS 2008, 21662.

36 OLG Frankfurt a. M., BeckRS 2013, 16472.

37 *Weber*, in: Weber u.a., § 35 BtMG Rn. 127.

38 *Fabricius*, in: Patzak u.a., § 35 BtMG Rn. 232.

39 *Kornprobst*, in: MüKoStGB, § 35 BtMG Rn. 110.

40 *Kornprobst*, in: MüKoStGB, § 35 BtMG Rn. 112 f.

„bis infolge der Anrechnung zwei Drittel der Strafe erledigt sind“.

Als anrechenbare Zeit wird bei einer stationären Therapie „der tatsächliche Aufenthalt im räumlichen Bereich vom Aufnahmetag bis zur Entlassung“ verstanden.<sup>41</sup> Auch ist es unerheblich, wenn die Therapie erfolglos verlief oder abgebrochen wurde;<sup>42</sup> eine Anrechnung der Zeiten hat dennoch zu erfolgen.

Bei ambulanten Behandlungen gibt es keine festen Vorgaben, sodass die Gerichte im eigenen Ermessen die anrechenbare Zeit einzelfallabhängig bestimmen müssen.<sup>43</sup>

Dass auch bei Anrechnung einer Therapie noch ein Strafrest von einem Drittel offenbleiben soll, wird damit begründet, dass dadurch ein „Motivationsdruck“ erzeugt wird, der Verurteilte auch zum tatsächlichen ordnungsgemäßen Abschluss der Therapie bewegen soll.<sup>44</sup>

Sind die Voraussetzungen der obligatorischen Anrechnung nach § 36 I 1 nicht erfüllt, kann das Gericht auf den fakultativen „Auffangtatbestand für Ausnahme- und Härtefälle“ des § 36 III zurückgreifen und damit ggf. dennoch eine Anrechnung der Therapie auf die Strafe veranlassen.<sup>45</sup>

### 2. Aussetzung zur Bewährung

Wenn das Gericht die Anrechnung der Therapie auf die Strafe gem. § 36 I oder III beschlossen hat, so kann es den verbleibenden Strafrest gem. § 36 I 3 oder gem. § 36 II zur Bewährung aussetzen. Hierbei ist eine günstige Legalprognose Bedingung der Aussetzung.<sup>46</sup> Die Kriterien der Prognosestellung entsprechen dabei einem BtMG-spezifischen Maßstab: Das Vorleben und die Tatumstände werden höchstens nachrangig ins Gewicht fallen; maßgeblich sind vielmehr die Modalitäten „der vorausgegangenen Behandlung“, die „Persönlichkeit des Verurteilten“, das „Verhalten während der Therapie“ und das „aufgrund der Therapie zu erwartenden Verhalten des Verurteilten“.<sup>47</sup>

41 *Bohnen*, in: BeckOK BtMG, § 36 Rn. 17.

42 *Fabricius*, in: Patzak u.a., § 36 BtMG Rn. 17; *Weber*, in: Weber u.a., § 36 BtMG Rn. 31; *Malek*, BtMR, S. 297 Rn. 110.

43 *Bohnen*, in: BeckOK BtMG, § 36 Rn. 36.

44 *Weber*, in: Weber u.a., § 36 BtMG Rn. 36.

45 *Kornprobst*, in: MüKoStGB, § 36 BtMG Rn. 61.

46 *Ostmeyer*, Therapie statt Strafe – die Anwendung des § 35 Abs. 1 BtMG, NJ 2020, 490 (493).

47 *Fabricius*, in: Patzak u.a., § 36 BtMG Rn. 70.

### III. Voraussetzungen des § 37 BtMG: „Therapie statt Strafe“

Das Prinzip „Therapie statt Strafe“ ist tatsächlich nur in der Verfahrenseinstellung nach § 37 zu finden.

Neben einem hinreichenden Tatverdacht i.S.d. §§ 170 I, 203 StPO,<sup>48</sup> ähneln die Voraussetzungen denen der Zurückstellung gem. § 35: Erforderlich ist eine Straftat, die kausal auf eine Betäubungsmittelabhängigkeit zurückzuführen ist<sup>49</sup> und die Straferwartung darf 2 Jahre Freiheitsstrafe nicht überschreiten.<sup>50</sup>

Eine Einstellung kommt gem. § 37 I 1 nur in Betracht, wenn die oder der Beschuldigte nachweist, dass gegenwärtig eine Behandlung i.S.d. § 35 I (vgl. oben) absolviert wird oder eine solche erfolgreich abgeschlossen wurde.<sup>51</sup> Eine bloße Zusage zum Therapiebeginn reicht hier im Gegensatz zur Zurückstellung nach § 35 nicht aus. Auch muss die Resozialisierung zu erwarten sein. Unter „Resozialisierung“ ist hier „die Überwindung der Drogenabhängigkeit und Beseitigung der aus der Abhängigkeit resultierenden Gefahr erneuter Straffälligkeit“ zu verstehen.<sup>52</sup> Die Resozialisierung muss prognostizierbar sein, sprich „die realistische Chance, dass der Beschuldigte durch die Behandlung die Drogenfreiheit und Wiedereingliederung in die Gesellschaft erreichen wird“, muss bestehen.<sup>53</sup>

## D. Praxis

### I. Anwendung durch die Justiz

Ob die Voraussetzungen der §§ 35, 36 vorliegen, wird in der Vollstreckungsbehörde seit 2004 durch Rechtspfleger:innen geprüft.<sup>54</sup> Hierzu grundsätzlich hilfreiche Kenntnisse über Betäubungsmittel und Abhängigkeiten werden wenigstens teilweise, aber nicht flächendeckend über Fortbildungen

.....

48 Volkmer/Fabricius, in: Patzak u.a., § 37 BtMG Rn. 5.  
 49 Volkmer/Fabricius, in: Patzak u.a., § 37 BtMG Rn. 7-9.  
 50 Volkmer/Fabricius, in: Patzak u.a., § 37 BtMG Rn. 11.  
 51 Volkmer/Fabricius, in: Patzak u.a., § 37 BtMG Rn. 12 f.  
 52 Kornprobst, in: MüKoStGB, § 37 BtMG Rn. 25.  
 53 Kornprobst, in: MüKoStGB, § 37 BtMG Rn. 26.  
 54 Gerasch, Die Vollstreckungsvorschriften der §§ 35, 36 BtMG und Probleme in der Praxis bei deren Anwendung, FPPK 2009, 302 (303).

vermittelt.<sup>55</sup>

Erhebliche Probleme bereitet seit einiger Zeit das Erfordernis einer Kostenzusage. Grundsätzlich sind gem. § 9 I 1 SGB VI die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung, gem. § 11 I Nr. 4 SGB V i.V.m. § 40 SGB V die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung oder auch gem. §§ 47 ff. SGB XII die Sozialhilfeträger für die Übernahme der Behandlungskosten zuständig.<sup>56</sup> Daneben konnten bisher Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II bezogen werden.<sup>57</sup>

Nun hat das Bundessozialgericht 2021 entschieden, dass ein „Aufenthalt in einer Einrichtung zum Vollzug einer richterlich angeordneten Freiheitsentziehung auch vor[liegt], wenn die Vollstreckung der Freiheitsstrafe wegen der Behandlung eines Betäubungsmittelabhängigen in einer stationären Therapieeinrichtung unter Anrechnung auf die Strafe mit richterlicher Zustimmung zurückgestellt wird“.<sup>58</sup> Damit greift nunmehr die Leistungsausschlussregelung des § 7 IV 2 SGB II. Dies hat zur Konsequenz, „dass ein Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II nicht besteht“.<sup>59</sup>

Darüber hinaus lehnen nunmehr die Sozialhilfeträger i.S.d. SGB XII unter Berufung auf das BSG-Urteil auch die Übernahme der Behandlungskosten ab.<sup>60</sup> Die gesetzlichen Krankenversicherungsträger gehen seither sogar von einem Ruhen des Anspruches auf die Übernahme der Therapiekosten gem. § 16 I 1 Nr. 4 SGB V aus und sehen die Justizkassen als zuständig an.<sup>61</sup>

Im Hinblick auf die gegenwärtige Ablehnung von Sozialhilfeträgern und gesetzlichen Krankenversicherungen, die Kosten einer Therapie im Sinne des § 35 zu übernehmen, stellt der Bundesrat fest, dass „§ 35 BtMG kaum mehr genutzt werden kann“ und drängt auf eine klare Regelung der Zuständigkeit für die Kostentragung.<sup>62</sup> Ein entsprechender Gesetzesentwurf des Bundesrates wurde kürzlich

.....

55 Zurhold u.a., Medizinische Rehabilitation Drogenkranke gemäß § 35 BtMG („Therapie statt Strafe“): Wirksamkeit und Trends – Abschlussbericht, Bundesgesundheitsministerium, 2013, S. 107.  
 56 BR-Drs. 687/22, S. 1.  
 57 BR-Drs. 687/22, S. 2.  
 58 BSG vom 05.08.2021 – B 4 AS 58/20 R.  
 59 BR-Drs. 687/22, S. 2.  
 60 BR-Drs. 687/22, S. 2.  
 61 BR-Drs. 687/22, S. 2.  
 62 BR-Drs. 687/22, S. 1 f.

im Bundestag eingebracht.<sup>63</sup> Danach soll vom Leistungsausschluss des § 7 IV SGB II eine Ausnahme zugunsten von Therapien nach §§ 35 ff. geregelt werden.<sup>64</sup> Die Bundesregierung hat hiergegen eine ablehnende Stellungnahme formuliert.<sup>65</sup> Ob die Abgeordneten der Koalitionsfraktionen im Bundestag entgegen der Auffassung der Bundesregierung abstimmen werden, erscheint zweifelhaft. Das Problem besteht also zunächst fort.

## 1. Verfahren nach §§ 35, 36 BtMG

Es stellt sich nun die Frage, wie oft die hier thematisierten Vorschriften überhaupt Anwendung finden. Die Suche nach aussagekräftigen statistischen Daten gestaltet sich zumindest bei § 35 und § 36 schwierig.

Einblicke in einen gewissen Trend der Anwendungspraxis können die Abgänge aus den deutschen Justizvollzugsanstalten wegen Zurückstellungen der Strafe gem. § 35 geben. Diese wurden ab 2003 bis 2018 nur dreimal jährlich für den entsprechenden Kalendermonat veröffentlicht. Die Gesamtzahl aller Abgänge ist erst seit 2019 ersichtlich.

Die Entwicklung der Abgangszahlen für den Kalendermonat März von 2003-2022 ist bis auf einige anfängliche Schwankungen konstant rückläufig; während 2003 noch 425 Abgänge verzeichnet wurden, waren es 2022 bloß noch 231.<sup>66</sup>

Bei Beachtung der durch die statistischen Erfassungsmodalitäten gebotenen Vorsicht bei der Interpretation der Daten kann in dem erkennbaren Rückgang über den dargestellten 20-Jahres-Zeitraum wohl ein Indiz für eine seltenere praktische Anwendung des § 35 gesehen werden.

Über erfolgte Anrechnungen der Therapiezeiten gem. § 36 I, III wird keine Statistik geführt. Gleiches gilt für Bewährungsaussetzungen gem. § 36 II.

63 BT-Drs. 20/10749.

64 BT-Drs. 20/10749, S. 7.

65 BT-Drs. 20/10749, S. 12.

66 Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätze des geschlossenen und offenen Vollzuges, Statistisches Bundesamt, 2003-2022.

## 2. Verfahren nach § 37 BtMG

Im Gegensatz zu den §§ 35, 36 ist die Datenlage bei Verfahrenseinstellungen gem. § 37 zumindest seit 2002 sehr gut. Hier werden die Einstellungen durch die Staatsanwaltschaften gem. § 37 I 1 und die Einstellungen durch Amtsgerichte gem. § 37 II 1 für den Zeitraum 2002-2021 betrachtet. Auf eine Einbeziehung der Einstellungen durch Gerichte höherer Ordnungen wird hier aufgrund der praktischen Irrelevanz verzichtet. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass es im Jahre 2021 nicht eine Einstellung gem. § 37 II 1 durch ein Landgericht oder Oberlandesgericht gab.<sup>67</sup>

Bei der Betrachtung der Daten fällt zunächst auf, dass im gesamten 20-Jahres-Zeitraum lediglich 865 Einstellungen durch die Staatsanwaltschaften gem. § 37 I 1 erfolgt sind.<sup>68</sup> Während von 2002 bis 2010 bereits ein kontinuierlicher Rückgang ersichtlich ist, in diesem Zeitraum aber durchschnittlich ca. 73 Einstellungen pro Jahr erfolgt sind, zeigt der Verlauf ab 2011 bis 2021 eine noch stärkere Abnahme auf durchschnittlich ca. 23 Einstellungen pro Jahr. Dies ist ein Rückgang um knapp 70 % im Vergleich zu den Vorjahren.

Noch drastischer stellt sich die Entwicklung der Einstellungen gem. § 37 II 1 durch die Amtsgerichte dar:<sup>69</sup> Insgesamt ist die Anzahl auch hier von 2002 bis 2021 deutlich zurückgegangen. Nach einem anfänglichen Anstieg von 2003 bis 2004 um ca. 89 % auf den Höchstwert von 539 Einstellungen pro Jahr folgte ein stetiger Rückgang. Besonders signifikant ist die Entwicklung zwischen 2010 und 2011. Während 2010 noch 323 Verfahren eingestellt wurden, verringerte sich der Wert 2011 um ca. 46 % auf nur noch 174 Einstellungen. Anschließend setzte sich der Abwärtstrend bis 2016 fort. Seitdem ist die Anzahl relativ stabil auf niedrigem Niveau.

Insgesamt lässt sich für die letzten 20 Jahre also ein signifikanter Rückgang der Einstellungspraxis nach § 37 feststellen. Die bereits 2002 kaum angewandte Vorschrift erfährt heute beinahe keine Berücksichtigung mehr.

67 Fachserie 10 – Rechtspflege, Reihe 2.3 – Strafgerichte, Statistisches Bundesamt, 2021, S. 70, Lfd. Nr. 15, S. 86, Lfd. Nr. 11, S. 114, Lfd. Nr. 6.

68 Fachserie 10 – Rechtspflege, Reihe 2.6 – Staatsanwaltschaften, Statistisches Bundesamt, 2002-2021.

69 Fachserie 10 – Rechtspflege, Reihe 2.3 – Strafgerichte, 2002-2021.

Das nur in § 37 verankerte Konzept „Therapie statt Strafe“ ist damit praktisch bedeutungslos.

## II. Der Behandlungsprozess

Auch im Hinblick auf die Therapiepraxis ergeben sich Probleme.

Obwohl die Therapie nach § 35 ursprünglich als Langzeittherapie angelegt war,<sup>70</sup> hat sich die durchschnittliche Therapiedauer in den letzten Jahren erheblich verkürzt<sup>71</sup>.

Hinzu kommt, dass Verurteilte gelegentlich Abhängigkeiten vortäuschen, um die Erleichterungen der §§ 35 ff. in Anspruch zu nehmen.<sup>72</sup> In Verbindung mit der von Therapieeinrichtungen befürchteten Gefährdung des Behandlungsklimas durch straffällige Patient:innen,<sup>73</sup> wird versucht, die Zahl der wegen § 35 Behandelten bewusst auf niedrigem Niveau zu halten<sup>74</sup>.

Andererseits deuten Untersuchungen zur planmäßigen Beendigung von Abhängigkeitstherapien an, dass der drohende Widerruf der Zurückstellung gem. § 35 V 1 dabei wie gesetzgeberisch intendiert<sup>75</sup> als motivierender Faktor zum Durchstehen der Behandlung fungiert. Denn Behandlungen „mit § 35“ werden ca. 7 % häufiger planmäßig beendet als solche „ohne § 35“.<sup>76</sup> Jedoch konnte auch beobachtet werden, dass Behandelte „mit § 35“ deutlich seltener eine Nachsorgebehandlung in Anspruch nehmen als Behandelte „ohne § 35“.<sup>77</sup>

## III. Legalbewährung der Behandelten

Aber auch eine erfolgreich absolvierte Therapie bedeutet noch nicht, dass Abhängige einerseits weiterhin abstinent leben und andererseits keine weiteren Straftaten begehen. Die Legalbewährung Verurteilter als erklärtes legislatorisches Ziel ist dabei ein entscheidendes Kriterium bei der Beurteilung der Effektivität der §§ 35 ff.

70 Becker/van Lück, Die Therapievorschriften des Betäubungsmittelgesetzes, 1990, S. 93-97.

71 Zurhold u.a., Med. Rehabilitation, S. 101.

72 Gerasch, FPPK 2009, 302 (305 f.).

73 Stöver, Healthy Prisons: Strategien der Gesundheitsförderung im Justizvollzug, 2000, S. 128.

74 Zurhold u.a., Med. Rehabilitation, S. 124.

75 Berghof, Therapie und Strafe im Betäubungsmittelrecht, 1995, S. 211 f.

76 Zurhold u.a., Med. Rehabilitation, S. 99.

77 Zurhold u.a., Med. Rehabilitation, S. 101 f.

Trotz dieser praktischen Relevanz gibt es nur wenige Untersuchungen dazu. Kurze bezifferte 1993 die „Wiederverurteilungsquote“ in einem „dreijährigen Legalbewährungszeitraum“ auf 45-63 %.<sup>78</sup> Für einen nicht fest bestimmten Zeitraum, mindestens aber zwei Jahre und einen Monat nach Therapiebeginn,<sup>79</sup> ermittelten Boldt et al. eine „Quote erneuter Straffälligkeit“ von 59 %.<sup>80</sup>

## E. Bewertung

Nachdem nun einerseits dargestellt wurde, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit verurteilte Abhängige eine Therapie statt Strafvollstreckung bzw. in seltenen Fällen auch statt Strafe durchführen können und andererseits, wie dieses Konzept in der Praxis angewandt wird und welchen Bedeutungsverlust es in den letzten Jahren erfuhr, ist nun noch die eingangs gestellte Fragestellung angesichts dieser Erkenntnisse zu beantworten. Sind die §§ 35 ff. in ihrer gegenwärtigen Fassung ausreichend, um die verfolgten Ziele zu erreichen? Dafür soll der Fokus auf drei der materiellen Voraussetzungen gelenkt werden, die den Anwendungsbereich besonders einschränken.

### I. Beschränkung des Anwendungsbereichs auf (Rest-) Freiheitsstrafen von max. 2 Jahren

Abhängige stehen in dem dauernden Zwang, sich der berausenden Wirkung ihrer Substanz auszusetzen. Um die Abhängigkeit zu finanzieren, kommt es dabei nicht selten vor, dass sie als sog. „Konsumdealer“ auch mit Betäubungsmitteln Handel treiben.<sup>81</sup> Da Abhängigkeiten meist langwierig sind, werden wiederholte Handelsgeschäfte wahrscheinlich, sodass schnell der Tatbestand des gewerbsmäßigen Handelns gem. § 29 I 1 Nr. 1 Var. 3, III 1, 2 Nr. 1 erfüllt wird. Der gesetzliche Strafrahmen ist mit 1-15 Jahren

78 Kurze, Strafrechtspraxis und Drogentherapie, 2. Auflage, 1994, S. 237.

79 Boldt u.a., Legalbewährung nach Entlassungen aus Haft zu stationärer Entwöhnungsbehandlung – eine Rückfalluntersuchung, BewHi 2017/1, 56 (59).

80 Boldt u.a., BewHi 2017/1, 56 (61).

81 Endriß, Ausdehnung des Anwendungsbereichs der §§ 35, 37 BtMG, §§ 56, 57 StGB, § 22 JGG, 20. Strafverteidigertag – Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 1996, S. 203 (205 f.).



Freiheitsstrafe besonders hoch angesetzt. Noch härter wird bestraft, wer seine Ware im Ausland beschafft. Die Einfuhr nicht geringer Mengen Betäubungsmittel wird gem. § 30 I Nr. 4 mit mindestens 2 Jahren Freiheitsstrafe bestraft. Selbst stark ausgeprägte Abhängigkeiten führen nicht grundsätzlich zur Annahme eines minder schweren Falles.<sup>82</sup> Insbesondere liegt es in der Natur einer Abhängigkeit, dass Suchtstoffe immer wieder konsumiert und dafür erneut finanziert werden müssen, sodass es zu Wiederholungstaten kommt, die in der Strafzumessung berücksichtigt werden müssen.

In solchen Fällen ist regelmäßig eine höhere Freiheitsstrafe als 2 Jahre zu erwarten. Dennoch handelt es sich bei den Täter:innen selbstverständlich auch um Suchtkranke, deren Krankheit primär einer Behandlung bedarf.<sup>83</sup>

Nichtsdestominder hat der Gesetzgeber gleichzeitig mit der Einführung der §§ 35 ff. die Strafrahmen für oben beschriebene Handlungsweisen massiv verschärft.<sup>84</sup> Dass es eindeutig nicht gewollt war, auch Konsumdealer:innen frühzeitig eine Therapie zu ermöglichen, widerspricht dem eigentlich verfolgten Ziel.

In Gefängnissen ist Drogenkonsum weit verbreitet.<sup>85</sup> Ob es nun sinnvoll ist, Abhängige therapielos in eine Justizvollzugsanstalt zu überführen, wo weiterhin ein Markt zur Befriedigung der Sucht besteht und wirksame Behandlungsangebote nicht gewährleistet sind,<sup>86</sup> muss hier deutlich in Abrede gestellt werden. Stattdessen sollte die starre 2-Jahres-Grenze mindestens für solche Fälle gelockert werden.

In Anbetracht dessen ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber nunmehr in § 34 KCanG die Strafrahmen zumindest für Cannabisdelikte etwas entschärft hat. Inwieweit sich dies auf eine Therapiemöglichkeit für Cannabisdealer:innen auswirken wird, bleibt im Hinblick auf zukünftige Rechtsprechung abzuwarten.

82 Endriß, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 1996, S. 203 (206).

83 Endriß, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 1996, S. 203 (206).

84 Becker/van Lück, Therapievorschriften d. BtMG, S. 24.

85 Bäumlér u.a., Drogen im Strafvollzug, NK 2019, 301 (307 f.); Stöver, Healthy Prisons, S. 64 f.

86 Stöver, Healthy Prisons, S. 52 f.; Krebs u.a., Suchtmedizin unter kustodialen Bedingungen am Beispiel des Berliner Justizvollzuges, FPPK 2020, 85 (89); Bäumlér u.a., NK 2019, 301 (312-314).

## II. Ungleichbehandlung von Drogenabhängigen

§ 35 I 1 und § 37 I 1 setzen das Bestehen einer „Betäubungsmittelabhängigkeit“ voraus. Wie oben beschrieben, finden §§ 35 ff. nur Anwendung bei Abhängigkeiten von Betäubungsmitteln im Sinne der Anlagen I-III<sup>87</sup> und gem. §§ 39 KCanG, 30 MedCanG bei cannabisbezogenen Abhängigkeiten. Nicht aber bei vollständig legalen Drogen wie Alkohol und bei zwar in den Anlagen aufgeführten Stoffen, die in entsprechender Darreichungsform aber ausgenommen sind,<sup>88</sup> wie verordnungsfähige Benzodiazepine oder Opioide. Auch Abhängigkeiten von Stoffen im Sinne des Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetzes (NpSG) sind nicht vom Anwendungsbereich erfasst.

Diese Beschränkung erscheint aus systematischer und wörtlicher Erwägung zunächst sinnvoll, schließlich sind die Therapievorschriften im BtMG verortet und in § 1 I ist das Betäubungsmittel mit Verweis auf die Anlagen I-III eindeutig legaldefiniert. Auch bei historischer Betrachtung lässt sich erkennen, dass der Gesetzgeber mit dem BtMG nur den Umgang mit ganz bestimmten Stoffen für strafwürdig erachtete.

Führt man sich nun erneut den Sinn und Zweck der §§ 35 ff. vor Augen, ist eine differenzierte Betrachtung vonnöten. Zunächst muss gesagt werden, dass die Suche nach einem medizinisch-sachlichen Grund für die Unterscheidung zwischen legalen und illegalen Drogen erfolglos bleibt.<sup>89</sup> Auch aus strafrechtlicher Perspektive gibt es kaum Unterschiede bei Abhängigkeiten von legalen oder illegalen Drogen. Mag für Alkohol noch gelten, dass die Beschaffung stets legal ist, so tritt spätestens bei Schwerstabhängigen, die bereits erhebliche soziale Konsequenzen ihrer Abhängigkeit erleben, wie bspw. Obdachlosigkeit, auch das Problem der Finanzierung auf. Beschaffungskriminalität im weiten Sinne liegt dort nicht mehr fern.

Aber auch vom BtMG ausgenommene Drogen, wie stark abhängig machende Benzodiazepine oder Opioide, müssen von Abhängigen meist illegal beschafft werden. Wenn nicht durch

87 Weber, in: Weber u.a., § 35 BtMG Rn. 26.

88 Weber, in: Weber u.a., § 35 BtMG Rn. 26.

89 Wilms, Drogenabhängigkeit und Kriminalität, 2005, S. 16 f. m.w.N.

Rezepterschleichungen, dann auf dem Schwarzmarkt.

Bemerkenswert ist auch die Tatsache, dass die Abhängigkeit von Drogen im Sinne des NpSG nicht erfasst sein soll. Der Gesetzgeber hatte 2016 mit der Implementierung dieses Gesetzes erkannt, dass er nicht mehr in der Lage ist, alle möglichen Stoffe namentlich in den Anlagen zum BtMG aufzuführen.<sup>90</sup> Stattdessen wurde im NpSG der „Umgang mit ganzen Stoffgruppen“ verboten.<sup>91</sup> Dadurch kommt diesem Gesetz eine Art „Lückenfüllerfunktion“ zu, die, rückbezogen auf §§ 35 ff., dort nunmehr eine Regelungslücke kreiert.

Viele dieser Drogen haben je nach Art und Weise ihrer Wirkung das Potential, eine Abhängigkeit zu erzeugen. Infolge dieser Abhängigkeiten werden darauf kausal zurückführbare Straftaten begangen. An dieser Stelle sollen zwei Lösungsvorschläge gemacht werden:

Auf Abhängigkeiten von Stoffen im Sinne des NpSG sollten wegen der bestehenden planwidrigen Regelungslücke die §§ 35 ff. bereits de lege lata analog anwendbar sein. Die Planwidrigkeit ergibt sich aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber bei Normierung der §§ 35 ff. im Jahre 1982 noch nicht die Entwicklungen des Derivatehandels im Jahre 2016 im Blick hatte. Da es sich sowohl bei neuen psychoaktiven Stoffen als auch bei Betäubungsmitteln um Drogen mit Abhängigkeitspotential handelt, ist auch die Interessenlage vergleichbar. Weitergehend sollte die Voraussetzung der Betäubungsmittelabhängigkeit grundsätzlich durch eine allgemeinere wie bspw. „Suchtstoffabhängigkeit“ ersetzt werden, sodass der Anwendungsbereich auf alle Drogen erstreckt wäre. Im Sinne eines effektiven Gesundheitsschutzes in Form des Vorrangs einer Therapie vor Strafvollstreckung und Strafe könnte damit auch der tatsächlichen Drogenpräferenz der Bevölkerung in der Realität begegnet werden.

### III. Begriff der „Rehabilitation“

Rehabilitation beschreibt „die möglichst umfassende Wiederherstellung der Lebenstüchtigkeit des Menschen“<sup>92</sup>. Nach bisherigen Ansichten in

90 *Bohnen*, in: BeckOK BtMG, § 1 NpSG Rn. 11.

91 *Bohnen*, in: BeckOK BtMG, § 1 NpSG Rn. 20.

92 Brockhaus Enzyklopädie, 1992, Bd. 18, S. 209, zit. nach: *Fabricius*, in: Patzak u.a., § 35 BtMG Rn. 134.

Rechtsprechung und Literatur wird dabei die grundsätzliche Abstinenz zumindest als Endziel der Therapie stets vorausgesetzt.<sup>93</sup> Die Abstinenz wird als notwendige Bedingung einer Rehabilitation angesehen.<sup>94</sup> Zumindest für Opioidsubstitutionen ist das Ziel der Abstinenz in § 5 II 1 BtMVV auch gesetzlich vorgeschrieben.

Die Abstinenz wurde auch in der Medizin lange Zeit als „oberstes und höchstes erreichbares Ziel“ angesehen.<sup>95</sup> Denn – und das gilt heute genauso wie damals – die erreichte Drogenabstinenz geht mit einer Vielzahl von Verbesserungen im Sinne einer Rehabilitation für das Leben der Abhängigen einher.<sup>96</sup> Doch leider stellt sich in der Realität vieler Langzeitabhängiger das Ziel der Abstinenz als unerreichbar dar.<sup>97</sup> Ähnliches gilt auch für Polytoxikomane, die möglicherweise willens und imstande sind, von einigen Drogen abstinent zu leben, aber auf andere mangels physischer oder psychischer Kapazitäten schlicht nicht verzichten können. Es gibt dahingehend „akzeptierende“ Behandlungskonzepte, bei denen Abstinenz als Option und nicht als Kondition verstanden wird.<sup>98</sup> Insbesondere psychosozial begleitete Reduktionen der Dosis haben sich als „mindestens so effektiv wie abstinenzorientierte Behandlungen“ erwiesen.<sup>99</sup> Wenn ein:e Polytoxikoman:e, der/die jahrelang täglich Heroin, Kokain und Cannabis konsumiert, im Zuge einer solchen Therapie auf Heroin und Kokain verzichtet, und eine „Wiederherstellung der Lebenstüchtigkeit“ unter dem beibehaltenen Cannabiskonsum gelingt, so kann dies sicherlich nicht als Misserfolg einer Rehabilitation im Wortsinne gewertet werden.

Um dieser suchtmmedizinischen Realität gerecht zu werden, sollten auch solche akzeptierenden Behandlungen als der Rehabilitation dienend im Sinne des § 35 I 1 anerkannt werden. Unvermeidlich wäre damit allerdings auch eine Revision der Vorschriften für die Substitutionstherapie in der BtMVV verbunden.

93 *Weber*, in: Weber u.a., § 35 BtMG Rn. 62, 65.

94 *Kornprobst*, in: MüKoStGB, § 35 BtMG Rn. 64.

95 *Madlung*, Therapie der Opiatabhängigkeit: Die Abstinenz ist zum Hindernis in der Suchttherapie geworden, *Psychiatrie und Psychotherapie* 2006, 97 (98).

96 *Körkel/Nanz*, Das Paradigma Zieloffener Suchtarbeit, in: 3. Alternativer Drogen- und Suchtbericht, 2016, S. 196.

97 *Körkel/Nanz*, 3. Alt. Drogen- u. Suchtbericht, S. 197.

98 *Madlung*, *Psychiatrie und Psychotherapie* 2006, 97 (99).

99 *Körkel/Nanz*, 3. Alt. Drogen- u. Suchtbericht, S. 198 m.w.N.

Damit könnten gerade durch die Anreize, die §§ 35 ff. schaffen, auch solchen Menschen mit „chronischem Therapieversagen“ neue Chancen zur Teilhabe am gemeinschaftlichen Leben eröffnet werden. Durch eine ärztlich sichergestellte Versorgung der Abhängigen mit den entsprechenden Stoffen, wäre eine Beschaffung vom Schwarzmarkt und die damit verbundene Beschaffungskriminalität uninteressant. Dadurch würde man sich dem Ziel der Kriminalitätsprophylaxe erheblich nähern können.

## F. Fazit

Seit nunmehr 40 Jahren sind die Therapieregelungen der §§ 35 ff. im BtMG normiert. Sie sind zu einem Zeitpunkt entstanden, als noch eine ganz andere gesellschaftliche Sicht auf Drogen herrschte. Oskar Katholnigg, seinerzeit federführend an der Einführung dieser Vorschriften als Ministerialbeamter im Bundesjustizministerium beteiligt, führte einst aus: „Strafe muß sein. Sie darf aber bei betäubungsmittelabhängigen Straftätern einer Therapie nicht entgegenstehen [...]“.<sup>100</sup>

Die Prämisse einer unverzichtbaren Strafe resultiert in zu engen Anwendungsvoraussetzungen und beschränkt dadurch die Wirksamkeit eines grundsätzlichen Therapievorzugs auf den Gesundheitsschutz im Übermaß. Die §§ 35 ff. in der aktuellen Fassung sind Ausdruck eines drogenpolitischen Ansatzes, der das Potential zur realen Ursachenbekämpfung haben kann. Mit der gegenwärtigen Rechtslage werden die Ziele der Verbesserung des Gesundheitsschutzes und der Kriminalitätsprophylaxe durch Behandlung der Abhängigkeit als Ursache jedenfalls noch nicht vollständig erreicht. Eine Anpassung an den mittlerweile entwickelten medizinischen Forschungsstand unter Einbeziehung des Wissens über die Konsequenzen der Strafverfolgung für Menschen, die wegen ihrer Abhängigkeit primär Kranke sind, ist überfällig.

• **Peer Jensen** studiert Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg.

.....

100 *Katholnigg*, Betäubungsmittelabhängige Straftäter – Gesetzgeberische Absicht und Realität, in: Egg, (Hrsg.), Drogentherapie und Strafe, 1988, S. 81.

## Eine Rechtsfigur gegen das Gemeinwohl

Ein rechtsvergleichender Beitrag zu aktuellen Entscheidungen des US-Supreme Court und der sogenannten Major Questions Doctrine

*Spätestens seitdem der Supreme Court der USA in der Entscheidung *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* die verfassungsrechtliche Verbürgung reproduktiver Rechte in Frage stellte, blicken Jurist:innen hierzulande mit Interesse (und in Sorge) auf die Rechtsprechung eines der weltweit wohl einflussreichsten Gerichte. Der Supreme Court urteilte im Juni 2023 mithilfe einer umstrittenen Rechtsfigur – der sogenannten Major Questions Doctrine – in *Biden v. Nebraska et al.* gegen ein prestigeträchtiges Projekt der Biden-Administration zum Erlass von Studienkrediten. Es folgen Darstellung, Kontext und Vergleich mit dem Agieren des Bundesverfassungsgerichts im Falle hochpolitischer Entscheidungen. Abschließend weitert der Aufsatz seinen Blick wieder und geht den politischen Implikationen und möglichen Entwicklungen am Supreme Court nach.*

### I. *Biden v. Nebraska et al.* und die sogenannte Major Questions Doctrine

Mit einer Sechs-zu-Drei-Entscheidung erklärte der Supreme Court ein umfangreiches Programm der Regierung von Präsident Biden zum Erlass von Studienkreditschulden für rechtswidrig.<sup>1</sup> Die sechs von Republikanischen Präsidenten ernannten Richter:innen bildeten die Mehrheit – die drei von Demokratischen Präsidenten ernannten Richterinnen die Minderheit. Da die vom Gericht entschiedene Frage auch politisch explosiv ist, waren alle Augen auf das Gericht gerichtet. So wurden klassische Diskussionen in der US-amerikanischen Rechtswelt neu entfacht: Macht der Supreme Court mit seinen Urteilen Politik? Mischt er sich in die Angelegenheiten der politischen Gewalten ein? Welche Rolle darf ein anpackender

1 *Biden v. Nebraska*, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023), 1 ff.

Leistungs- und Regulierungsstaat unter der US-Verfassung spielen?

Im Zentrum dieser Themen steht eine Rechtsfigur, die zwar eine gewisse Geschichte in der Rechtsprechung des Supreme Courts hat, der aber im vorletzten Jahr durch die sechs erzkonservativen Richter:innen (die sogenannte *Conservative Supermajority*) neues Leben eingehaucht wurde: die *Major Questions Doctrine*.

Schon semantisch fällt die Ähnlichkeit zur sogenannten Wesentlichkeitstheorie des BVerfG auf. Das gibt Anlass, die Rechtsfiguren, die größeren Linien und die (vermeintlich) technischen Details sowie deren Rolle für die Bedeutung der Gerichte im Staatengefüge vergleichend zu betrachten.

Nach einer Skizze der politischen Rolle des Supreme Court (II.) stellt der Beitrag die streitentscheidende *Major Questions Doctrine* vor (III.). Darauf folgt ein Bericht über das Urteil in der Sache *Biden v. Nebraska et al.* (IV.): Hier wird zunächst der Streitgegenstand und dessen politische Bedeutung (IV.1.), dann die aussagekräftige prozessrechtliche Seite (IV.2.) und drittens der materiellrechtliche Schwerpunkt des Urteils (IV.3.) mit allen drei richterlichen Voten dargestellt. Anschließend wendet sich der Blick vergleichend dem BVerfG und dessen Wesentlichkeitstheorie zu (V.). Der Schluss widmet sich – nach einem kurzen Resümee – dem politischen Echo auf das Urteil und wagt einen Blick in die Zukunft des Supreme Courts (VI.).

### II. Die politische Rolle des Supreme Court

Politisierung der Nominierung, Pressespektakel bei der Anhörung vor dem Kongress, Personenkult um Richter:innen: Diese Entwicklungen gehen nicht spurlos an dem Supreme Court als Institution

und seiner folgenreichen Rechtsprechung vorbei und sind Grund genug für eine eigenständige Betrachtung. Tieferliegend sind aber Strukturen, Akteur:innen und Dynamiken freizulegen, die den Supreme Court und seine Judikatur umfassender erklären können.

Anzufangen ist bei der politischen Struktur der USA. Das gegenwärtige System wird aus der Perspektive der Republikanischen Partei (GOP) immer mehr zur Zumutung.<sup>2</sup> Es ist unwahrscheinlich, dass die GOP auf nationaler Ebene die Mehrheit der Bürger:innen für ihre Sache gewinnen kann.<sup>3</sup> Diese Aussichtslosigkeit macht sich die Partei seit geraumer Zeit zu Nutze und damit aus der Not eine Tugend: Sie gestaltet das politische System dergestalt, dass eine Minderheit des Wahlvolks ausreicht, um Entscheidungen über alle Bürger:innen treffen zu können.

Neben dem manipulativen Zuschneiden von Wahlkreisen (sogenanntes *Gerrymandering*) und dem *Filibuster* im Senat mit seiner (aus dem EU-Parlament bekannten) degressiven Proportionalität kam der Republikanischen Partei hierfür vor allem ein Instrument in den Sinn: die strategische Besetzung von Posten am Supreme Court und anderen Gerichten in Partnerschaft mit dem sogenannten *Conservative Legal Movement* – einem Netzwerk, das sich seit den 1970er Jahren zum Ziel setzt, politischen und sozialen Wandel durch juristischen Aktivismus herbeizuführen.<sup>4</sup>

Der ehemalige Präsident Trump konnte in der Wahlnacht am 8. November 2016 ungefähr drei Millionen Stimmen weniger hinter sich vereinen als Hillary Clinton. Dass er trotzdem Präsident wurde, ist bereits erster Ausdruck dieser sogenannten *Minority Rule*<sup>5</sup> in den USA. Dass er in seiner Amtszeit dann noch drei (der insgesamt neun) Posten am Supreme Court neu besetzen konnte, ist der eigentliche Coup seiner Präsidentschaft. Auch wenn Trump nicht alle Wahlkampfversprechen habe einlösen können – so eine geläufige Bilanz seiner Präsidentschaft –, habe er seiner Wähler:innenschaft doch immerhin eine rekordverdächtige

2 Robin, Republicans Are Moving Rapidly to Cement Minority Rule. Blame the Constitution (12.10.2023).

3 Siehe die Ergebnisse des nationalen popular vote der Präsidentschaftswahlen (12.10.2023).

4 Teles, The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law, 2008.

5 Sinngemäß übersetzt: die Herrschaft einer Minderheit.

Anzahl neuer Richter:innen geliefert.<sup>6</sup> Und damit wohl für die nächsten Jahrzehnte eine Mehrheit am Supreme Court zementiert.

Die Speerspitze des *Conservative Legal Movement* ist die *Federalist Society*.<sup>7</sup> Die Kontakte reichen bis in den Supreme Court, an dem mit den Richtern Thomas<sup>8</sup> und Alito<sup>9</sup> zwei Richter sitzen, die durch Verwicklungen mit finanzstarken Sponsoren den Unmut weiter Teile der Öffentlichkeit auf sich und das gesamte Gericht zogen.

Dass viele Mäzene ihr Geld in dem *Conservative Legal Movement* gut angelegt sehen, hängt mit einem Ziel zusammen, hinter dem sich wohl alle ihre Anhänger:innen vereinen können: die Aushöhlung des gemeinwohlorientierten Wohlfahrtsstaats.<sup>10</sup>

Nun hat diese Bewegung sich eine gesicherte Mehrheit am Supreme Court verschafft – die sogenannte *Conservative Supermajority*<sup>11</sup>. Auch wenn die sechs Richter:innen nicht in allem übereinstimmen, so sind die Reihen gegen anpackendes Verwaltungshandeln im Sinne der Daseinsfürsorge geschlossen.

### III. Die Vorgeschichte der *Major Questions Doctrine*

Im vorletzten Sommer kippte der Supreme Court mit dem Urteil in der Sache *West Virginia v. EPA* klimaschützendes Handeln der Umweltbehörde (*Environmental Protection Agency, EPA*). Die *Conservative Supermajority* am Gericht machte dafür erstmals ausdrücklich von der *Major Questions Doctrine* Gebrauch. Im Urteil heißt es: „Under the doctrine’s terms, administrative agencies must be able to point to ‘clear congressional authorization’ when they claim the power to make decisions of vast economic and political significance”.<sup>12</sup>

6 McCarthy, Why has Trump appointed so many judges – and how did he do it? (12.10.2023).

7 Teles, Conservative Legal Movement, 2008, S. 179.

8 McCarthy, Why has Trump appointed so many judges – and how did he do it? (12.10.2023).

9 Liptak, Justice Alito Defends Private Jet Travel to Luxury Fishing Trip (12.10.2023).

10 Zu den finanziellen Verstrickungen und dem prägenden Kopf dahinter: Kröll u.a., We Don’t Talk About Leonard: The Man Behind the Right’s Supreme Court Supermajority (12.10.2023).

11 Das ist die qualifizierte Mehrheit der konservativen Richter:innen. Da sie sechs der insgesamt neun Richter:innen stellen, haben sie selbst bei einem abweichenden Votum die Mehrheit inne.

12 *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. \_\_\_\_ (Gorsuch concurring), 1.

Vor dieser Entscheidung fristete die *Major Questions Doctrine* ein Schattendasein. Der Supreme Court nahm nie ausdrücklich auf sie Bezug und wendete sie – wenn überhaupt – nur in abgemilderter Form behutsam an. Der ikonische konservative Richter Scalia drückte das Verständnis der Rechtsfigur pointiert aus: „[...]the Congress] does not, one might say, hide elephants in mouseholes.“<sup>13</sup> Hiermit bringt Richter Scalia eine Auslegungsregel auf den Punkt, nach der unscheinbare gesetzliche Regelungen eher nicht zu umfassender Regulierung ermächtigen. Ihr liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vermutung, der Kongress statte die Behörden mit einem gewissen Handlungsspielraum aus, in Fragen von wesentlicher Bedeutung widerlegt sei, wenn der Kongress keine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage bereitstellt. Vielmehr sei davon auszugehen, dass randständige und vage formulierte Vorschriften keine geeignete Grundlage für behördliches Handeln bilden, um Entscheidungen von besonderer Tragweite zu treffen.<sup>14</sup>

Seitdem die von Republikanischen Präsidenten ernannten Richter:innen eine Sechs-zu-Drei-Mehrheit am Gericht haben, ist die *Major Questions Doctrine* aus dem Schatten in das gleißende Licht der Verfassungsdiskussion gerückt. Entscheidungen, die einen pandemiebedingten Stopp für Zwangsräumungen<sup>15</sup> und eine Impf- und Testpflicht für Mitarbeitende größerer Unternehmen<sup>16</sup> für nichtig erklärten, waren hier ein erster Vorgeschmack. Zur Begründung der Rechtsfigur wird über rechtsstaatliche Argumente der Gewaltenteilung und demokratische Argumente der Verantwortung hinaus vor allem die originalistische Beobachtung kommuniziert: Der seit dem *New Deal* herangewachsene sogenannte *Administrative State* habe eine Machtfülle akkumuliert, die von den Gründungsvätern nicht beabsichtigt gewesen sein könne.<sup>17</sup>

.....

13 *Whitman v. Am. Trucking Assoc., Inc.*, 531 U.S. 457, 468 (2001).

14 So der spätere (Demokratische) Justice Breyer: *Mayburg v. Sec’y of Health & Human Servs.*, 740 F.2d 100, 106 (1<sup>st</sup> Circuit, 1984).

15 *Alabama Assoc. of Realtors v. Department of Health and Human Services*, 594 U.S. \_\_\_\_ (2021).

16 *National Federation of Independent Businesses v. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*, 595 U.S. \_\_\_\_ (2022).

17 *City of Arlington v. FCC*, 569 U.S.290, 313 (2013) (Roberts dissenting).

Der gegenwärtige Zustand, in dem (bis zur Entscheidung in Sachen *West Virginia v. EPA*) die einflussreiche Rolle der Behörden gebilligt worden sei, komme daher einer „bloodless constitutional revolution“<sup>18</sup> gleich.<sup>19</sup>

Die kritischen Stimmen in der Literatur und die progressiv-liberalen Richter:innen am Gericht entgegenen wie folgt: In methodischer Hinsicht wird vorgebracht, dass die Verfassung und ihr (ideen-)geschichtlicher Hintergrund gegenüber einer kraftvollen Verwaltung gar nicht so skeptisch waren und auch die Erzählung von dem unkontrollierten Wachstum des Verwaltungsstaats seit dem *New Deal* nicht zutrefte.<sup>20</sup> Da die Rechtsfigur auch ohne textliche Grundlage in der Verfassung sei, würde die von den konservativen Richtern sonst gern bemühte Auslegungsschule des sogenannten *Textualism*<sup>21</sup> keine tragfähige Basis liefern.<sup>22</sup> Selbst wenn die Diagnose, die Behörden würden faktisch eine zu dominante Rolle im Verfassungssystem einnehmen, zuträfe, so sei die Lösung – nämlich die Stärkung der Judikative – weitaus problematischer;<sup>23</sup> die Judikative sei schließlich diejenige Gewalt mit der geringsten demokratischen Legitimation.<sup>24</sup> Zu dem *Judicial Activism*<sup>25</sup> der konservativen Mehrheit, die sich durch die EPA-Entscheidung zum Entscheider in Sachen Klimaschutz aufschwinge, bemerkte Richterin Kagan: „I cannot think of many things more frightening“.<sup>26</sup>

In weiten Teilen der Literatur wurde dem Gericht ein Urteil wie *West Virginia v. EPA* nicht zugetraut.<sup>27</sup> Mit der Entscheidung mischte das Gericht in disruptiver Weise die Karten im Spiel der Staatsgewalten neu.

.....

18 Sinngemäß übersetzt: ein Umsturz der Verfassung ohne Blutvergießen.

19 *Lawson*, *The Rise and Rise of the Administrative State*, *Harvard Law Review* 107 (1994), 1231 (1231).

20 *Mortenson/Bagley*, *Delegation at the Founding*, *Columbia Law Review* 121 (2021), 277 (366).

21 Eine stark am Wortlaut (der Verfassung) orientierte Auslegungsschule.

22 *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. \_\_\_\_ (Kagan dissenting), 33.

23 *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. \_\_\_\_ (Kagan dissenting), 33.

24 *Richardson*, *Keeping Big Cases from Making Bad Law: The Resurgent “Major Questions” Doctrine*, *Connecticut Law Review* 49 (2016), 355 (401).

25 Sinngemäß übersetzt: (politischer) Aktivismus durch Richter:innen.

26 *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. \_\_\_\_ (Kagan dissenting), 33.

27 *Metzger*, *Harvard Law Review* 131 (2017), 1 (89) (“Justice Thomas aside, little support exists on the Courts for invalidating delegations to the executive branch on constitutional grounds.”).

## IV. Das Urteil *Biden v. Nebraska et al.*

In *Biden v. Nebraska et al.* konnte der Supreme Court die *Major Questions Doctrine* nun ein weiteres Mal nutzen, um Wahlkampfversprechen eines Demokratischen Präsidenten zu kippen. Die Rechtssache *Biden v. Nebraska et al.* initiierten sechs Republikanisch regierte Bundesstaaten (Nebraska, Missouri, Arkansas, Iowa, Kansas und South Carolina). Inhaltlich ging es im Wesentlichen um zwei Fragen: das sogenannte *Standing* der Klagenden<sup>28</sup> und die passende Ermächtigungsgrundlage für das Studienkreditentlastungsprogramm namens *Student Debt Relief Plan*.

### 1. Der Streitgegenstand

1,62 Billionen \$ – so hoch sind die Studienkreditschulden der insgesamt 43 Millionen Schuldner:innen in den USA. Die Biden-Regierung entschloss sich, den belasteten Personen jeweils Schulden in Höhe von bis zu 10.000 bzw. 20.000 \$ zu erlassen – zusammengerechnet sind das etwa 430 Milliarden \$.

Die Debatte darum, was universitäre Bildung kosten und wie weit finanzielle Entlastung hier reichen soll, ist in den USA aus der politischen Arena nicht mehr wegzudenken.<sup>29</sup> Während progressive Demokrat:innen für einen umfassenden Schuldenerlass und ein Recht auf kostenlose Bildung streiten, sind solche Programme in den Augen der meisten Republikaner:innen ein Geschenk an die universitäre Bildungselite auf Kosten der einfachen Steuerzahler:innen. Kein Wunder also, dass diese Diskussion von der politischen in die juristische Arena getragen wurde.

### 2. Der prozessrechtliche Streitpunkt

Ein selbst in US-amerikanischen Besprechungen wenig beleuchteter Aspekt, ist die prozessrechtliche Seite der Urteile.

Nach Art. III, §2 der US-Verfassung sind Bundesgerichte nur für „cases and controversies“ zuständig. Kläger:innen müssen zeigen, dass sie erstens konkret und unmittelbar betroffen sind, dies zweitens  
.....

28 Das *Standing* ähnelt der Klagebefugnis und dem Rechtsschutzbedürfnis nach deutschem Recht.

29 *Krugman*, Why Student Debt Relief Isn't Elitist (12.10.2023).

der:dem Beklagten zurechenbar ist und drittens das angestrebte Urteil tatsächlich Abhilfe schaffen würde. Nur dann haben sie *Standing*.

Auf den ersten Blick ist nicht ganz klar, inwiefern ein Programm zugunsten von Privatpersonen einen gesamten Bundesstaat betreffen könnte. Hier kommt es auf den Mechanismus zur Abwicklung der Studienkredite an. Der Staat Missouri hat dazu die Higher Education Loan Authority of the State of Missouri (MOHELA) gegründet. MOHELA erhält für jeden betreuten Studienkredit eine Gebühr von der Regierung in Washington. Je weniger Kredite die Behörde also administrierte, so der Bundesstaat Missouri, desto weniger Gebühren könne sie einstreichen.<sup>30</sup>

Die Biden-Regierung sah keine hinreichend enge Verbindung zwischen Missouri und MOHELA.<sup>31</sup> Aus ihrer eigenen Rechtspersönlichkeit folge eine rechtliche Eigenständigkeit und MOHELA habe eigenständig beschlossen, nicht gegen das Programm vorzugehen. Den Kläger:innen bleibe daher nur übrig, die Rechte von MOHELA (im Wege einer Prozessstandschaft) für sie geltend zu machen; ein solches Vorgehen widerspreche aber der geltenden Dogmatik zum *Standing*.

Der vorsitzende Richter John Roberts teilt jedoch die Argumentation der Kläger:innen: MOHELA sei funktional und rechtlich Missouris Werkzeug, das der Aufsicht und Kontrolle des Bundesstaats unterliege. Und weil MOHELA mit geringeren Einnahmen zu rechnen habe, sei der dahinterstehende Bundesstaat durch das Programm betroffen.<sup>32</sup>

### 3. Der materiellrechtliche Kern

Materiellrechtlich geht es darum, ob der Biden-Plan von einer gesetzlichen Ermächtigung gedeckt ist und welche Rolle die *Major Questions Doctrine* hierbei spielt.

Die Biden-Administration beruft sich auf eine Regelung aus dem HEROES-Act<sup>33</sup>. In 20  
.....

30 Die Argumentation der Bundesstaaten zum *Standing*: Response to application from respondents, S.13 ff. (26.11.2023).

31 Die Argumentation der Biden-Regierung zum *Standing*: Application to vacate injunction, S.15 ff (12.10.2023).

32 *Biden v. Nebraska*, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023), 8 f.

33 Higher Education Relief Opportunities For Students (HEROES) Act vom 15. Januar 2002.

U.S.C.<sup>34</sup> § 1098bb (a) (1) heißt es: „[...] the Secretary of Education [...] may waive or modify any statutory or regulatory provision applicable to the student financial assistance programs [...] as the Secretary deems necessary in connection with a war or other military operation or national emergency [...]”.

### a. Die Entscheidung der Mehrheit

Im ersten Abschnitt der Entscheidung geht es dem vorsitzenden Richter John Roberts um die Bedeutung zweier Wörter der Ermächtigungsgrundlage: *wave or modify*<sup>35</sup>. *Modify* könne nur moderate und graduelle Veränderungen an einem bestehenden Programm meinen, das Biden-Programm aber schreibe die bestehenden Regelungen um und setze so letztlich ein ganz neues Gesetz in die Welt.<sup>36</sup> Ebenso müsse ein *waver* eine konkrete Vorschrift betreffen, die außer Kraft gesetzt werde.<sup>37</sup> Der Biden-Plan gehe weit darüber hinaus: Er entferne nämlich einfach einen ganzen Abschnitt aus dem HEROES-Act, um die Lücke dann nach Belieben zu füllen.<sup>38</sup>

Diese Bedenken, die den Wortlaut betreffen, könne der Zweck der Vorschrift nicht beiseiteschieben.<sup>39</sup> Auch wenn die Ratio hinter der gesetzlichen Grundlage eine schnelle Antwort auf Notlagen von nationaler Tragweite sei, so beantworte diese Einsicht nicht die entscheidende Frage. Es komme bei der Auslegung des Gesetzes nämlich nicht so sehr darauf an, was gemacht werden sollte; vielmehr sei entscheidend, in wessen Zuständigkeit die erforderlichen Maßnahmen fallen würden.<sup>40</sup> Maßnahmen von einschneidender wirtschaftlicher und politischer Tragweite – mit anderen Worten: *Major Questions* – seien dabei die Sache des Gesetzgebers und nicht der Regierung.<sup>41</sup>

34 Im United States Code (U.S.C.) sind alle Bundesgesetze gesammelt. Der HEROES-Act ist im 20. Titel des U.S.C. untergebracht.

35 Sinngemäß übersetzt: „verzichten oder ändern“.

36 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023), 13 f.

37 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023), 15.

38 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023), 17.

39 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023), 19.

40 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023), 19 f.

41 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023), 20.

### b. Eine ergänzende Begründung von Richterin Barrett

Richterin Barrett möchte in ihrem Votum, welches der Mehrheit im Ergebnis folgt, aber noch einen eigenen inhaltlichen Akzent setzt (sogenannte *Concurring Opinion*), die hitzige Diskussion um die *Major Questions Doctrine* ein wenig herunterkühlen. Die Rechtsfigur sei nicht dazu da, anpackende Regierungsprogramme jederzeit kippen zu können.<sup>42</sup> Sie sei lediglich ein Hebel, um zur bestmöglichen Auslegung eines Gesetzes zu gelangen. Bei großen, in der Bevölkerung umstrittenen Fragen entspräche es eben dem gesunden Menschenverstand<sup>43</sup>, dass das Parlament seine Entscheidung hierzu klar ausdrücken würde.<sup>44</sup> Ob die Entscheidung hinreichend deutlich sei, hänge dann nicht nur vom Wortlaut, sondern vor allem von der Regelungssystematik ab.<sup>45</sup>

Richterin Kagan drückt in der dritten Fußnote des Sondervotums (sogenannte *Dissenting Opinion*) ihre Sympathie für dieses kontextuale Verständnis der *Major Questions Doctrine* aus. Hätte Richterin Barrett in diesem Fall ihren eigenen Ansatz ernstgenommen, so Richterin Kagan, hätte die konservative Richterin Barrett sich allerdings dem Sondervotum anschließen müssen.<sup>46</sup>

### c. Das Sondervotum

Die progressiv-liberalen, von Demokratischen Präsidenten ernannten, drei Richterinnen zeigen sich im abweichenden Votum skeptisch bis entsetzt und identifizieren einen mehrfachen sogenannten *Judicial Overreach*<sup>47, 48</sup>

Augenscheinlich habe Missouri ein rein politisches Interesse an dem Gerichtsverfahren; die Gerichtsmehrheit mache das Gericht daher unter Zuhilfenahme von unbrauchbaren Präzedenzfällen zu einem Forum, in das ideologischer Groll getragen werden dürfe.<sup>49</sup> Gerichte seien für *cases*

42 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Barrett, concurring), 4.

43 Im Urteil gebraucht Richterin Barrett die Wendung „common sense“.

44 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Barrett, concurring), 5.

45 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Barrett, concurring), 8 f.

46 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Kagan, dissenting), 23.

47 Sinngemäß übersetzt: ein Übergriff der Gerichtsbarkeit in die Zuständigkeit anderer Staatsgewalten.

48 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Kagan, dissenting), 1.

49 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Kagan, dissenting), 8.



*and controversies*, nicht für allgemein-politische Diskussionen zuständig. Verliere ein Gericht diese prozessuale Selbstbegrenzung aus den Augen, verlasse es seinen angemessenen Platz im Verfassungsgefüge – und höre letztlich damit auf, ein Gericht zu sein.<sup>50</sup>

Materiellrechtlich wirft Richterin Kagan der Mehrheit vor, sich in allzu gekünstelter und isolierter Wortlaut-Analyse einzelner Tatbestandmerkmale zu versteifen, ohne die Ermächtigungsgrundlage als Ganzes in den Blick zu nehmen.<sup>51</sup> So würde die Mehrheit die Augen vor dem Offensichtlichen verschließen: dass nämlich bei einem umfassenden Blick in das Gesetz eine außerordentliche Ermächtigung der Regierung vom Gesetzgeber gewollt war.<sup>52</sup> Die Ermächtigungsgrundlage im HEROES-Act sei bereits durch Tatbestandsmerkmale wie *necessary* und *national emergency* eng umgrenzt.<sup>53</sup> Innerhalb dieser Grenzen habe das Parlament der Regierung aber einen erheblichen Spielraum zugestanden.<sup>54</sup> Diesen Spielraum könne die Mehrheit nur deshalb leugnen, weil es ihr anscheinend nicht mehr auf die Rechtslage nach dem Gesetz ankomme. Mit der *Major Questions Doctrine* habe die Mehrheit am Gericht ein Instrument zur Hand, mit dem es „on extra statutory grounds<sup>55</sup>“ unliebsames (weil anpackendes) Verwaltungshandeln mit einem Federstrich aus der Welt schaffen könne.<sup>56</sup> Indem die Mehrheit den klaren Wortlaut des Gesetzes und den Spielraum der Regierung ignoriere, setze es sich an die Stelle des Parlaments und der Regierung. Nur weil die Mehrheit das Programm (politisch) für zu weitreichend halte, gingen 43 Millionen Schuldner:innen leer aus.<sup>57</sup>

## V. Der Blick nach Übersee

Hören Jurist:innen hierzulande erstmals etwas von der *Major Questions Doctrine*, kommt ihnen wahrscheinlich die Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts in den Sinn. Kanonisch heißt

50 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Kagan, dissenting), 9.  
 51 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Kagan, dissenting), 18.  
 52 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Kagan, dissenting), 14.  
 53 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Kagan, dissenting), 13.  
 54 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Kagan, dissenting), 13.  
 55 Sinngemäß übersetzt: mit einer Begründung außerhalb des eigentlichen Gesetzestextes.  
 56 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Kagan, dissenting), 14.  
 57 Biden v. Nebraska, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Kagan, dissenting), 14.

es etwa in einer der jüngeren Entscheidungen des BVerfG:

„Demokratie- (Art. 20 I und II GG) und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) gebieten, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Fragen selbst regelt. ‚Wesentlich‘ bedeutet zum einen ‚wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte‘. [...] Der Gesetzgeber ist zum anderen zur Regelung der Fragen verpflichtet, die für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind. [...] Allerdings kennt das Grundgesetz keinen Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts. Unter Wahrung der Voraussetzungen von Art. 80 I GG kann der Ordnungsgeber in die Regelungsaufgabe einbezogen werden, wobei die wesentlichen Fragen aber durch den Gesetzgeber zu klären sind [...]“<sup>58</sup>

Der Maßstab des BVerfG scheint sich nicht stark von demjenigen des Supreme Court zu unterscheiden. Beiden Gerichten geht es darum, Antworten auf die grundlegenden Fragen des Gemeinwesens dem Parlament zu überlassen. Demokratie, Rechtsstaat und der Freiheitsanspruch der Bürger:innen spielen – mit anderer Betonung und Gewichtung – hier wie dort für die Begründung der jeweiligen Rechtsfigur eine Rolle. Außerdem: Das Vorhaben der Biden-Regierung ist finanziell wie politisch tatsächlich weitreichend.

Wenn wir das alles (auf den ersten Blick) schon lange aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung kennen, warum sind dann weite Teile der US-amerikanischen (Fach-)Öffentlichkeit so in Aufruhr? Zumal ein ähnliches Handeln der Bunderegierung wohl auch in der Bundesrepublik hitzige Diskussionen zur Folge hätte.

Ist die Aufregung um das Urteil nicht ein typisches Zeichen der Polarisierung in den USA? Und überhaupt: Spricht das BVerfG nicht ebenfalls kontroverse Urteile? Schließlich ist es die Aufgabe eines Höchstgerichts, die Verfassung auch gegenüber populären Programmen der Regierung durchzusetzen.

Ein vergleichender Blick nach Übersee zeigt: Grund zur Gelassenheit besteht keinesfalls, der Supreme Court sucht geradezu die Konfrontation und hat es auf eine bestimmte Art von Regierungshandeln abgesehen.

58 BVerfGE 162, 378 (410) – Impfnachweis Masern.

## 1. Betreiben das BVerfG und der Supreme Court Politik?

Höchst- und Verfassungsgerichte sind politische Gerichte. Dass sie Recht sprechen und (verfassungs-)rechtsgebunden Einzelfälle entscheiden, verbindet sie mit den einfachen Gerichten. Dass sie Verfassungsorgan sind und sich mit Streitfragen aus dem politischen Raum beschäftigen, verbindet sie mit den übrigen politischen Organen (etwa dem Bundestag und der Bundesregierung).<sup>59</sup> Sie bewegen sich demnach ständig in Zwischenräumen und machen sich von beiden Seiten aus angreifbar.

Wo sind aber die Unterschiede zwischen dem Supreme Court und dem Bundesverfassungsgericht, die uns Sorge bereiten sollten? An dieser Stelle soll es vor allem um aktuelle Streitpunkte rund um den Supreme Court und seine spezifische Agenda gehen, die er mit der *Major Questions Doctrine* vorantreibt.<sup>60</sup>

Zunächst ist an die Bewegungen hinter den Richter:innen zu erinnern: Die von Republikanischen Präsidenten ernannten Richter:innen vergessen nicht, wer sie an den Supreme Court gebracht hat. Sie bleiben den genannten Netzwerken gegenüber verbunden. Gerade weil sich das *Conservative Legal Movement* eine solche Loyalität versprochen hat, ist die Wahl ja auf die ernannten Richter:innen gefallen. Die Nominierung verlässlicher Richter:innen ist Teil eines mit langem Atem durchgezogenen (rechts-)politischen Programms. Einen ebenso langen Atem beweisen die Richter:innen dann nach Nominierung durch den Präsidenten, Anhörung im Justizausschuss des Senats und Wahl durch den Senat – schließlich sind sie auf Lebenszeit gewählt.

Zwar ist die Wahl der Bundesverfassungsrichter:innen ebenfalls parteipolitisch geprägt. Ihre Wahl ist aber das Ergebnis eines Kompromisses unter den Parteien.<sup>61</sup> Das vermittelt den Richter:innen zum einen demokratische Legitimation und verschafft dem Gericht als solchem zum anderen eine breite

59 Schönberger, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt u.a. (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage 2019, 9. (50 ff.).

60 Einen vergleichenden Blick auf die institutionellen Eigenheiten bietet Lübbe-Wolff, Beratungskulturen, 2022.

61 Voßkuhle/Schemmel, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Verfassungsgerichtsbarkeit, JuS 2021, 1137 (1139).

Akzeptanz in den politischen Gewalten. Für eine vergleichbare Bewegung mit klarer ideologischer Ausrichtung, die als Hauptpreis die Besetzung des BVerfG auserkoren hat, ist in Deutschland daher schlicht kein Raum. Schließlich sind Richter:innen am BVerfG maximal zwölf Jahre bzw. bis zur Vollendung des 68. Lebensjahres tätig, § 4 BVerfGG. Das BVerfG wäre als Preis in Deutschland auch nicht so viel wert wie der Supreme Court in den USA. Schafft man es einmal in das Präsidentenamt, kann man durch die ernannten Richter:innen gewissermaßen für deren Amtszeit weiterhin regieren. Dass die Nominierung der Richter:innen mehrere Dekaden hält, steigert ihren Wert.

Die Judikative ist Spiegel der allgemeinen politischen Lage in den USA und zugleich der verlängerte, starke Arm einer Bewegung, der ein modernes Staatswesen ein Dorn im Auge ist. Die rechtliche Übersetzung dieses erzkonservativ-libertären politischen Programms, ist eine juristische Schule, die in einer verklärten Vergangenheit verhaftet ist. Dieser sogenannte Originalismus lässt Jurist:innen zu (dilettantischen) Historiker:innen werden: So begründete der Supreme Court sowohl die Verteidigung eines nahezu grenzenlosen Rechts auf Waffenbesitz<sup>62</sup> und die Abschaffung reproduktiver Rechte<sup>63</sup> mit einem Geschichtsbild, das Historiker:innen entsetze. In Bezug auf Fragen des gemeinwohlorientierten Verwaltungsrechts pflegt das *Conservative Legal Movement* – wie die Diskussion um die *Major Questions Doctrine* zeigt – einen dezidiert radikal-libertären Originalismus. Das Gericht sieht sich also mehrheitlich als Agent einer bestimmten staatsphilosophischen Doktrin.

Dass auch das BVerfG in der Bevölkerung umstrittene Urteile fällt, gehört zu seiner Natur als Verfassungsgericht. Zum Teil entspringt sogar eine ganze Rechtsprechungslinie des BVerfG einem politisch wie rechtlich kontroversen Staatsverständnis. Die Rechtsprechung etwa zu den Kontrollvorbehalten gegenüber der Europäischen Union, die insbesondere die Politiken der EZB zum Gegenstand hatte und in der PSPP-Entscheidung<sup>64</sup> mündete, ent-

62 Cornell, Cherry-picked history and ideology-driven outcomes: Bruen's originalist distortions (12.10.2023).

63 Zum Originalismus der Dobbs-Entscheidung: Sacksofsky, Verfassungsgerichtlicher Backlash: die Dobbs-Entscheidung des U.S. Supreme Court, KJ 2023, 80 (82 ff.).

64 BVerfGE 154, 17 ff. – PSPP (Public Sector Purchase Program).

springt einem national-introvertierten und ordo-liberalen Ansatz des Zweiten Senats des BVerfG. Eine Konfrontation mit den Institutionen der EU provozierte das Gericht auf diese Weise geradezu.

Was bei einem Vergleich mit der hier besprochenen Entscheidung des Supreme Court ferner auffällt, ist die Bedeutung des (Verfassungs-) Prozessrechts: Dass MOHELA in den Augen des Gerichts *Standing* hat, ist rechtlich wohl nur unter großen Verrenkungen vertretbar. Die Konstruktion des BVerfG zur Beschwerdebefugnis in den EZB-Urteilen über Art. 38 I 1 GG, ist – positiv gesprochen – aber vergleichbar kreativ.<sup>65</sup> Keines der Gerichte hätte den jeweiligen Fall entscheiden müssen; sie wollten aber in der Sache entscheiden und mussten den Beschwerdeführenden daher über die Zulässigkeitschwelle helfen. Das BVerfG stellt sich aber nicht insgesamt in den Dienst einer bestimmten staatsphilosophischen Ideologie, die dazu noch klar parteipolitisch gefärbt ist.

Gerade diese offensichtliche Parteilichkeit in politisch salienten Fällen ist daher wohl der bedeutendste Unterschied zwischen dem BVerfG und dem Supreme Court. Der Fall *Biden v. Nebraska et al.* steht hierfür exemplarisch: Während gegenüber einem umfangreichen Programm der Trump-Administration zur Entlastung Studierender verfassungsrechtlich keinerlei Zweifel aufkam, brach ausgehend vom *Conservative Legal Movement* über das Biden-Programm ein Sturm der Entrüstung ein, der bis zum Supreme Court reichte.<sup>66</sup>

Wer also meint, der Supreme Court unterscheide sich gegenwärtig allenfalls graduell von anderen Höchstgerichten, hat (noch) nicht genau genug hingesehen. Den Zwischenraum hat das Gericht längst verlassen und sich politisch klar positioniert.

## 2. Wesentliche Fragen und *Major Questions*

Für das Verständnis der Rechtsfiguren sind die Faktoren maßgeblich, mit denen sie jeweils aktiviert werden: Während der Supreme Court

eine weitreichende ökonomische und politische Bedeutung verlangt, orientiert sich das BVerfG hier an der Grundrechtsdogmatik und an der Bedeutung für Staat und Gesellschaft.

Dass die *Major Questions Doctrine* an der ökonomischen und politischen Tragweite haftet, hat vor allem zwei Folgen. Indem sie erstens die wirtschaftlichen Folgen in den Blick nimmt, entwickelt die Rechtsfigur konzeptionell eine Skepsis gegenüber staatlicher Regulierung. Zweitens konzentriert sich die Doktrin auf politisch umstrittene Fragen. Dieser Indikator öffnet Tür und Tor für die Mobilisierung gegen ein politisch missliebiges Vorhaben, das dann nur durch ebendiese politische Mobilisierung zu einer rechtlich heiklen Angelegenheit wird.<sup>67</sup> Allein die politische Kontroverse um eine Frage ist für die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG hingegen nicht von Interesse.<sup>68</sup> Nicht nur sind die Faktoren für die Wesentlichkeitstheorie damit insgesamt weniger anfällig für eine parteipolitische Kaperung; die Rechtsfigur ist insgesamt ausbalancierter und voraussetzungsreicher. So ist seit der Kalkar-Entscheidung fester Bestandteil des Maßstabs, die verfassungsrechtliche Legitimation der Verwaltung herauszuarbeiten.<sup>69</sup> Schnelles, mutiges Verwaltungshandeln kann laut BVerfG dem Grundrechtsschutz im Wege eines dynamischen Grundrechtsschutzes sogar zuträglich sein.<sup>70</sup> Die Tonlage innerhalb des *Conservative Legal Movement* gegenüber dem Zusammenhang von Verwaltungshandeln und Grundrechtsschutz ist eine ganz andere; die Legitimation des modernen Staatswesens wird hier ja gerade angezweifelt.

Ein weiterer Aspekt, der bei einem Vergleich nicht unterschlagen werden darf, ist der Platz und die potenzielle Wirkung der *Major Questions Doctrine* im Rechtssystem der USA. Während die verschiedenen Delegationsverbote unter dem Grundgesetz entweder explizit im Verfassungstext stehen oder seit langem zum gesicherten verfassungsrechtlichen Bestand gehören, ist die *Major Questions Doctrine* gewissermaßen revolutionär.

65 Siehe dazu das Sondervotum von Bundesverfassungsrichterin Lübke-Wolff zum OMT-Beschluss (Outright Monetary Transactions), BVerfGE 134, 366 ff.

66 Siehe den Schriftsatz der Biden-Regierung: Application to vacate injunction, S.8, 19 (12.10.2023).

67 *Deacon/Litman*, The New Major Questions Doctrine, Virginia Law Review 109 (erscheint 2023), 33ff.

68 BVerfGE 98, 218 (251) – Rechtschreibreform.

69 BVerfGE 49, 89 (125f.) – Kalkar.

70 BVerfGE 49, 89 (137) – Kalkar.

Gefährlich ist sie für das Staatswesen der USA als solches deshalb, da – wie die von den progressiv-liberalen Richter:innen angeführte Mehrheitsmeinung in *Gundy v. United States* feststellte – bei rigoros anti-regulatorischer Verfassungsinterpretation wohl ein Großteil der Verwaltungstätigkeit verfassungswidrig wäre.<sup>71</sup>

Wie das Urteil zeigt, geht es in *Major Questions Cases* in der Regel um die richtige Auslegung einer Rechtsnorm. Das BVerfG pflegt bei der Wahl seiner Auslegungsmethode einen pragmatischen Zugriff: Gewählt wird derjenige methodische Ansatz, der zur Lösung des Falls am besten passt.<sup>72</sup> In den USA hingegen ist die Wahl der Methode eine Sache der (politischen) Überzeugung. Und die herrschende Auslegungsschule am Supreme Court ist der Originalismus. Ob das – wenig überzeugende<sup>73</sup> – abgemilderte Verständnis von Richter:innen Barrett hieran etwas ändern wird, darf bezweifelt werden. Schließlich bekennt auch sie sich zu dieser Auslegungsschule.<sup>74</sup>

Demnach weist die *Major Questions Doctrine* zwar semantisch und funktionell durchaus Ähnlichkeit mit der Wesentlichkeitstheorie auf, ihre Einsatzvoraussetzungen und Folgen sind aber an entscheidenden Stellen verschieden. Der Vergleich der Rechtsfiguren passt folglich zum Vergleich der Institutionen: Während die Wesentlichkeitstheorie für das BVerfG hauptsächlich ein Instrument des Grundrechtsschutzes ist, dient die *Major Questions Doctrine* dem Supreme Court dazu, seine (partei-)politische Agenda auch gegenüber missliebigen Programmen der Exekutive durchzusetzen.

## VI. Resümee und Ausblick

Eine Rechtsfigur reicht den sechs Richter:innen der Mehrheit im Zusammenspiel mit prozessrechtlichen Verrenkungen, um 43 Millionen Schuldner:innen zu enttäuschen – und die Republikanische Partei jubeln zu lassen.

71 *Gundy v. United States*, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019), 17.

72 *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: *Jestaedt u.a. (Hg.), Das entgrenzte Gericht*, 3. Auflage 2019, 77 (141 f.).

73 *Baumann*, Let's talk about that Barrett concurrence (on the "contextual major questions doctrine") (12.10.2023).

74 *Naylor*, Barrett, An Originalist, Says Meaning Of Constitution 'Doesn't Change Over Time' (12.10.2023).

Für weitere Siege des *Conservative Legal Movement* gegen eine leistungsfähige Verwaltung bietet die aktuelle Sitzungsperiode genügend Gelegenheit.<sup>75</sup> Entscheidungen hierzu wird es im Juni 2024 und damit in der heißen Phase des Präsidentschaftswahlkampfes geben. Die Ideen, wie der Supreme Court reformiert werden könnte – etwa durch strengere Verhaltensregeln oder eine Erweiterung des Gerichts um Demokratische Richter:innen – werden dann voraussichtlich Teil der politischen Diskussionen sein. Auch Präsident Biden wird sich dann positionieren müssen.

"This is not a normal court."<sup>76</sup> So reagierte er jedenfalls, als in einer Pressekonferenz gefragt wurde, ob der Supreme Court ein sogenannter *Rogue Court*<sup>77</sup> sei.

Joe Biden sieht sich gern in einer Linie mit Franklin D. Roosevelt.<sup>78</sup> Er möchte in der Bevölkerung das Vertrauen wiedererwecken, dass die Regierung Großes schaffen kann (etwa in Form des *Inflation Reduction Act*). Der *Administrative State* soll also mehr Raum in Anspruch nehmen. Eine Kampfansage an den Supreme Court. Demgegenüber wird ohne eine grundlegende Reform des Gerichts die *Conservative Supermajority* die nächsten Jahrzehnte den Ton angeben. Was eine Reform des Gerichts angeht, zeigt sich Präsident Biden – im Gegensatz zu seinem Vorbild Franklin D. Roosevelt – bislang aber zögerlich.

- **Lukas Bracht** ist Doktorand am Lehrstuhl für Europa- und Völkerrecht von Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke Univ.) an der Universität Hamburg.

75 Einen Überblick bieten *Liptak/VanSickle*, A Battered Supreme Court Returns to Confront a Challenging Docket (12.10.2023).

76 Garrity, 'This is not a normal court': Biden blasts affirmative action ruling (12.10.2023).

77 Sinngemäß übersetzt: eine Art „freidrehendes“, undiszipliniertes Gericht.

78 *Medina*, Biden Wanted an F.D.R. Presidency. How's He Doing So Far? (12.10.2023).

# Möglichkeiten und Grenzen der Gewinnung sich auf US-amerikanischen Servern befindlicher digitaler Beweismittel

*Da das Internet aus unserem Alltag nicht mehr wegzudenken ist, sind digitale Beweismittel für Ermittlungen und Strafprozesse wichtiger als je zuvor. Dieser Beitrag hebt die Problematik der Gewinnung digitaler Beweismittel aus den USA hervor und stellt die wichtige Rolle der USA für europäische Ermittlungsbehörden dar.*

## A. Einführung

In den letzten Jahren hat die Verwendung von digitalen Beweismitteln im Strafprozess weltweit erheblich zugenommen. Aufgrund der Digitalisierung werden nicht nur Straftaten im Internet begangen, sondern auch die Kommunikation der Menschen erfolgt digital. Für die Strafverfolgung bietet die Digitalisierung zahlreiche Chancen. Es entwickeln sich jedoch auch neue rechtliche Fragestellungen – wie zum Beispiel bei der Erhebung von Daten als Beweismittel über nationale Grenzen hinweg. Die Situation bei digitalen Beweismitteln ist komplexer als bei physischen Beweismitteln, die sich tatsächlich auf dem Territorium eines Staates befinden. Die Dienstanbieter im Internet sind meistens weltweit tätig. Während ihre Hauptniederlassung in einem Staat ist, bieten sie ihre Dienste weltweit an. Einige der größten Internet-Dienstanbieter haben ihre Hauptniederlassung in den USA.<sup>1</sup> Die folgende Arbeit befasst sich daher mit den Möglichkeiten und Grenzen der Gewinnung sich auf US-amerikanischen Servern befindlicher digitaler Beweismittel.

## B. Digitale Beweismittel

Digitale Beweismittel sind digitale Daten, die bei der Ermittlung und Verfolgung von Straftaten verwendet werden. Die Daten werden auf einem elektronischen Gerät gespeichert, empfangen oder übertragen.<sup>2</sup> Die meisten Daten befinden sich auf den persönlichen Computersystemen von Verdächtigen und Zeug:innen. Zu den Geräten zählen PCs, Laptops, Tablets und vor allem Smartphones. Daten lassen sich beispielsweise in digitalen Kalendern, Accounts von sozialen Medien und Messenger-Diensten, E-Mail-Postfächern und Navigationssystemen finden. Auch Fotos und Videos werden als Beweismittel verwendet.<sup>3</sup> Das Feld der digitalen Beweismittel ist groß. Neben klassischen digitalen Geräten wie Überwachungskameras und elektronischen Lesegeräten, lassen sich Beweismittel auch auf sprachgesteuerten Assistenzsystemen und Fitness-Armbändern finden.<sup>4</sup>

## I. Delikte in Verbindung mit digitalen Beweismitteln

Die digitalen Beweismittel können bei allen Delikten von Bedeutung sein und als wichtige Hinweise im Ermittlungsverfahren dienen. Digitale Beweismittel werden nicht nur bei Cybercrime-Ermittlungen erhoben. Als Cybercrime-Delikt kann jede Straftat gewertet werden, die unter Benutzung

.....  
<sup>1</sup> Hamel, Schnellerer grenzüberschreitender Zugriff auf elektronische Beweismittel: die E-Evidence Vorschläge der Europäischen Kommission, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 105.

.....  
<sup>2</sup> Goodison/Davis/Jackson, Digital Evidence and the U.S. Criminal Justice System, 2015, S. 3.

<sup>3</sup> Rückert, Herausforderung der Digitalisierung für das Strafverfahren, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 12.

<sup>4</sup> Rückert, Herausforderung der Digitalisierung für das Strafverfahren, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 12.

eines Computers, oder eines Datennetzes begangen wird.<sup>5</sup> Der Computer oder das Netzwerk kann sowohl als Ziel als auch als Mittel der Tat verwendet werden.<sup>6</sup> Der Deliktskreis von Cybercrime umfasst nicht nur das Hacking gemäß §§ 202a ff., 303a StGB, sondern auch Straftaten im Zusammenhang mit Kinderpornographie, Drogen- und Waffenhandel und der Wirtschaftskriminalität.<sup>7</sup> Dadurch, dass die Kommunikation heutzutage in großen Teilen online stattfindet und jegliche Handlungen von Menschen durch Smartphones dokumentiert werden, sind auch Hinweise bezüglich der Straftaten, die offline durchgeführt werden, auf den Geräten der Täter:innen auffindbar.<sup>8</sup>

## II. Technische Aspekte der Gewinnung digitaler Beweismittel

Aufgrund der Vielzahl an gespeicherten Daten, entsteht eine unüberschaubare Menge an digitalen Beweismitteln. Besonders das sogenannte „Internet of things“ erzeugt Unmengen von Daten. Die Vernetzung zwischen virtuellen und physischen Gegenständen wird als „Internet of things“ bezeichnet. Beispielfähig lässt sich das Multimedia-system in einem Pkw anführen.<sup>9</sup> Für die Gewinnung der digitalen Beweismittel sind grundsätzlich Expert:innen einzubeziehen. Diese können mithilfe der Computer- und Internet-Forensik eine entsprechende Auswertung der Daten vornehmen. Lediglich bei Beweismitteln, die einfach zugänglich sind, wie Bilddateien oder Dokumente auf einem USB-Stick, ist eine Hinzuziehung von Experten meistens nicht erforderlich. Besonders kompliziert ist die Gewinnung von Daten, die durch Passwörter, oder andere Verschlüsselungen gesichert sind.<sup>10</sup>

.....  
 5 Kochheim, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, 2. Aufl. 2018, Rn. 34.

6 Cornelius, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 10 Rn. 27.

7 Müller, Internetermittlungen und der Umgang mit digitalen Beweismitteln im (Wirtschafts-)Strafverfahren, NZWiSt 2020, 96.

8 Möllers/Salemi/Schliwinski, Digitale Beweise im Straf- und Zivilprozess, Jusletter IT 2022, S. 169.

9 Müller, Internetermittlungen und der Umgang mit digitalen Beweismitteln im (Wirtschafts-)Strafverfahren, NZWiSt 2020, 96.

10 Müller, Internetermittlungen und der Umgang mit digitalen Beweismitteln im (Wirtschafts-)Strafverfahren, NZWiSt 2020, 96.

## C. Gewinnung US-amerikanischer digitaler Beweismittel aus Deutschland im Kontext der Europäischen Union

### I. Regelungen in der Strafprozessordnung

Für den direkten offenen Zugriff auf online gespeicherte Daten gelten in Deutschland die allgemeinen Regelungen zur Durchsuchung gemäß §§ 102, 103 StPO und Beschlagnahme nach den §§ 94, 98 StPO.<sup>11</sup> Der durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung vom 25.06.2021<sup>12</sup> neu geschaffene § 95a StPO bietet erstmals die Möglichkeit einer verdeckten Beschlagnahme, löst jedoch nicht das Problem der Ungewissheit über die konkrete Örtlichkeit einer Speicherung und vor allem nicht die Frage, ob ein Zugriff auf einen Server im Ausland von den Vorschriften des nationalen Rechts gedeckt ist.<sup>13</sup>

Ob abgesehen von öffentlich zugänglichen Daten die von § 110 III StPO gestattete Durchsicht von elektronischen Speichermedien bei dem von einer Durchsuchung Betroffenen unter Erstreckung „auf hiervon räumlich getrennte Speichermedien, soweit auf sie von dem elektronischen Speichermedium aus zugegriffen werden kann“, einen von der Durchsuchung im Inland ausgehenden grenzüberschreitenden Zugriff erlaubt, ist umstritten.<sup>14</sup>

Aufgrund der in der Praxis nicht mit hinreichender Sicherheit zu bewerkstelligen Analyse, auf welchem staatlichen Hoheitsgebiet ein Datenzugriff stattfinden würde, könnte einerseits das Internet als ein einheitliches, weltumspannendes Netzwerk und damit selbständiger, nicht an das Prinzip der Territorialität gebundener Raum, angesehen werden, der von der aufgeworfenen

.....  
 11 BVerfGE 124, 43 (58) = NJW 2009, 2431 (2433); Basar, Die strafprozessuale Datenbeschlagnahme im Zeitalter der Digitalisierung, in: Digitalisierung im Europäischen Recht, 2022, S. 22.

12 BGBl. I S. 2099.

13 Esser, E-Evidence, in: Digitalisierung im Europäischen Recht, 2022, S. 33.

14 Esser, E-Evidence, in: Digitalisierung im Europäischen Recht, 2022, S. 34.

Frage gänzlich ausgenommen wäre.<sup>15</sup> Dieses Ergebnis ließe sich aus dem Wortlaut des § 110 III StPO ableiten, der einen Standort des „räumlich getrennten“ Speichermediums nicht erwähnt.<sup>16</sup>

Demgegenüber geht die überwiegende Ansicht unter Hinweis auf das Regelungskonzept der Art. 31, 32 der Cybercrime-Konvention überzeugend davon aus, dass die Vorschriften der deutschen Strafprozessordnung, namentlich § 110 III StPO, keine Möglichkeit bieten, um von deutschem Territorium aus unmittelbar ohne Rechtshilfeersuchen auf im Ausland gespeicherte Daten zugreifen zu können.<sup>17</sup> Zur Wahrung der Souveränität des Staates, der von einem grenzüberschreitenden Zugriff auf einen auf seinem Territorium befindlichen Datenserver betroffen ist, bedarf es einer völkerrechtlichen Ermächtigung.<sup>18</sup> Grundsätzlich dürfen deutsche Strafverfolgungsbehörden also keine Ermittlungsmaßnahmen auf fremdem Hoheitsgebiet durchführen.<sup>19</sup> Wenn festgestellt wird, dass sich ein betreffendes Speichermedium im Ausland befindet, ist zunächst zwischen öffentlich zugänglichen gespeicherten Computerdaten und Zugangsgeschützten Computerdaten zu unterscheiden.<sup>20</sup>

## II. Die Cybercrime-Konvention und die Möglichkeit der Rechtshilfe

Ein grenzüberschreitender Zugriff auf offene Quellen ist nach Art. 32 lit. a der Cybercrime-Konvention beziehungsweise nach internationalem Gewohnheitsrecht ohne Genehmigung des anderen Vertragsstaates möglich.<sup>21</sup> Auch die USA haben die Cybercrime-Konvention unterzeichnet

und ratifiziert.<sup>22</sup> Bei offenen Quellen sind alle Daten erfasst, die einem unbestimmten Kreis von Nutzern zugänglich gemacht werden, ohne dass es einer gesonderten Zugangsberechtigung bedarf.<sup>23</sup> Der grenzüberschreitende Zugriff stellt bezüglich Zugangsgeschützter Computerdaten einen Eingriff in die Hoheitssphäre des ausländischen Staates dar.

Gemäß Art. 32 lit. b der Cybercrime-Konvention ist ein Zugriff und die Sicherung der Daten ohne Zustimmung des Vertragsstaates nur mit einer freiwilligen Zustimmung des Verfügungsberechtigten möglich, da es sonst an einer Rechtsgrundlage fehlt.<sup>24</sup> In dem Fall ist ein förmliches Rechtshilfeersuchen an den Vertragsstaat notwendig.<sup>25</sup> Danach kann der Vertragsstaat ohne vorheriges Rechtshilfeersuchen um Anordnung oder anderweitige Bewirkung der unverzüglichen Sicherung von Daten ersucht werden (vgl. Art. 16 und 17 der Cybercrime-Konvention). Das Rechtshilfeersuchen kann formlos durch Kommunikationsmittel wie Telefax oder elektronische Post gemäß Art. 25 III der Cybercrime-Konvention übermittelt werden.<sup>26</sup> Die vorläufige Sicherung ohne oder erst nach anschließender Beteiligung des ausländischen Vertragsstaates ist unzulässig.<sup>27</sup> Außerhalb des Anwendungsbereichs der Cybercrime-Konvention richtet sich der Zugriff auf öffentlich zugänglich gespeicherte Computerdaten nach internationalem Gewohnheitsrecht.<sup>28</sup> Wenn gegen das Souveränitätsrecht eines fremden Staates verstoßen wird und das Gebot der Stellung eines Rechtshilfeersuchens keine Beachtung findet, kann dies zu der Annahme eines Beweisverwertungsverbots führen.<sup>29</sup>

15 *Esser*, E-Evidence, in: Digitalisierung im Europäischen Recht, 2022, S. 34.

16 *Liebig*, Der Zugriff auf Computerinhaltsdaten im Ermittlungsverfahren, 1. Aufl. 2015, S. 54.

17 *Gercke*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner, StPO, 6. Aufl. 2019, § 110 Rn. 27 f.; *Hauschild*, in: MüKo, StPO, 2. Aufl. 2023, § 110 Rn. 18; *Wohlers/Jäger*, in: Systematischer Kommentar, StPO, 5. Aufl. 2016, § 110 Rn. 9 f., *Dalby*, Grundlagen der Strafverfolgung im Internet und in der Cloud, 2015, S. 215.

18 *Esser*, E-Evidence, in: Digitalisierung im Europäischen Recht, 2022, S. 34.

19 *Hauschild*, in: MüKo, StPO, 2. Aufl. 2023, § 110 Rn. 18.

20 *Hauschild*, in: MüKo, StPO, 2. Aufl. 2023, § 110 Rn. 18.

21 *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 6. Aufl. 2023, § 110 Rn. 7a.

22 *Rückert*, Herausforderungen der Digitalisierung für das Strafverfahren, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 22.

23 *Hauschild*, in: MüKo, StPO, 2. Aufl. 2023, § 110 Rn. 18.

24 *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 6. Aufl. 2023, § 110 Rn. 7; *Bär*, Zugriff auf Computerdaten, ZIS 2011, 53 (54).

25 *Singelstein*, Möglichkeiten und Grenzen neuer strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen, NStZ 2012, 593 (598).

26 *Hauschild*, in: MüKo, StPO, 2. Aufl. 2023, § 110 Rn. 18.

27 *Gercke*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner, StPO, 6. Aufl. 2019, § 110 Rn. 28.

28 *Hadamitzky*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 5. Aufl. 2022, § 110 Rn. 27.

29 *Hauschild*, in: MüKo, StPO, 2. Aufl. 2023, § 110 Rn. 19.

Die bisher existierenden Möglichkeiten grenzüberschreitender Zusammenarbeit im europäischen und internationalen Kontext werden von den Strafverfolgungsbehörden jedoch als nicht ausreichend empfunden.<sup>30</sup> Die Rechtshilfeersuchen werden meistens an den Staat gerichtet, in dem der Dienstanbieter seine Hauptniederlassung hat. Oft ist nämlich nicht bekannt, wo die Daten tatsächlich gespeichert sind, da sich dies fortlaufend ändern kann, oder die angefragte Niederlassung des Dienstanbieters an den Hauptsitz für die Bearbeitung der Anfragen verweist.<sup>31</sup> Da sich der Hauptsitz von Unternehmen wie Google, WhatsApp, Instagram und Facebook in den USA befindet, kommen an die USA gerichtete Rechtshilfeersuchen besonders häufig vor.<sup>32</sup> Ein rein nationaler Fall kann so eine internationale Dimension erhalten, obwohl die USA sonst keinerlei Verbindung zu dem Fall haben.

Wenn beispielsweise deutsche Strafverfolgungsbehörden einen in Deutschland wohnhaften Tatverdächtigen identifizieren, der an ein ebenfalls in Deutschland ansässiges Opfer Droh-E-Mails geschrieben hat und wollen die Ermittler die Daten von dem E-Mail-Account des Tatverdächtigen erhalten, auf den er von Deutschland aus zugegriffen hat, der jedoch von einem US-Anbieter betrieben wird, müssen sich die Ermittler:innen für die Anfrage an die Niederlassung des Dienstanbieters in den USA wenden. Das gilt selbst, wenn der Datenspeicherort und damit die Beweismittel in Deutschland sein könnten.<sup>33</sup>

Das Unternehmen Microsoft veröffentlichte, dass bereits im Jahr 2018 94 % der aus EU-Mitgliedstaaten an die USA stammenden Anfragen von Teilnehmer:innendaten, Personen betrafen, die sich in dem jeweiligen EU-Mitgliedstaat befanden, dessen Ermittler:innen die Daten angefordert

.....

30 Rückert, Herausforderungen der Digitalisierung für das Strafverfahren, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 22.  
 31 Hamel, Schnellerer grenzüberschreitender Zugriff auf elektronische Beweismittel, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 106.  
 32 Hamel, Schnellerer grenzüberschreitender Zugriff auf elektronische Beweismittel, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 105.  
 33 Hamel, Schnellerer grenzüberschreitender Zugriff auf elektronische Beweismittel, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 107.

haben.<sup>34</sup> Mit der zunehmenden Digitalisierung und der dadurch wachsenden Bedeutung von digitalen Beweismitteln in Strafverfahren, erscheint es sehr wahrscheinlich, dass sich die Zahl vergrößert hat. Aufgrund der zunehmenden Nachfrage ist anzunehmen, dass die Strafverfolgungsbehörden länger auf die angeforderten Daten warten müssen, was nachteilig für die Geschwindigkeit der Ermittlungen ist.

Zudem ist problematisch, dass die großen Dienstanbieter in den USA gleichzeitig auch Niederlassungen in Europa haben. Für die Strafverfolgungsbehörden stellt sich dann die Frage, an wen sie ihre Anfragen und Rechtshilfeersuchen richten müssen. Oft kommt es vor, dass die Niederlassung in der EU an den Hauptsitz in den USA verweist oder umgekehrt. Dieser Vorgang führt zu erheblichen Zeitverlusten.<sup>35</sup> Es lässt sich schlussfolgern, dass die Gewinnung von digitalen Beweismitteln über die Rechtshilfe oft zu langsam ist oder nicht zum Erfolg führt.<sup>36</sup> Bis ein Rechtshilfeersuchen beantwortet wird, dauert es durchschnittlich zehn Monate und der Vollzug einer Europäischen Ermittlungsanordnung bis zu 120 Tage.<sup>37</sup> Will beispielsweise ein deutsches Landeskriminalamt (LKA) im Zusammenhang mit einer Straftat Informationen über einen verdächtigen US-Bürger haben, der sich in den Vereinigten Staaten aufhält, muss zuerst ein Staatsanwalt oder Richter sein Ersuchen zeichnen, welches dann an das Federal Bureau of Investigation (FBI) geht, von wo aus es an die zuständige Behörde weitergeleitet wird, die dann eine Anfrage an den Provider stellt, der möglicherweise Widerspruch einlegt. Auf diese Weise können Monate vergehen, bis eine Auskunft bei dem LKA eingeht. Das gilt selbst für kooperationswillige Partner wie die Vereinigten Staaten.<sup>38</sup>

.....

34 Hamel, Schnellerer grenzüberschreitender Zugriff auf elektronische Beweismittel, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 106.  
 35 Hamel, Schnellerer grenzüberschreitender Zugriff auf elektronische Beweismittel, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 105.  
 36 Gogor/Stock, Cybercrime – Herausforderung für die internationale Zusammenarbeit, ZRP 2017, 10 (12 f.).  
 37 Hamel, Schnellerer grenzüberschreitender Zugriff auf elektronische Beweismittel, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 108.  
 38 Thomae, Die E-Evidence-Verordnung, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 140.



### III. Die Alternative zu Rechtshilfeersuchen in den USA

Die Beschaffenheit der digitalen Welt ruft hervor, dass mit der derzeitigen rechtlichen Lage, Anfragen an Staaten erfolgen, die ansonsten keinen Bezug zu den involvierten Personen oder Beweismitteln haben und auf deren Territorium die Daten nicht gespeichert sind. Nicht förderlich für die Strafverfolgung ist, dass die USA möglicherweise kein eigenes Interesse an der Bearbeitung der Anfragen haben, da für sie keine Verbindung zu der möglichen Straftat besteht.<sup>39</sup> Die USA bevorzugen bei Anfragen bezüglich Nicht-Inhaltsdaten, dass die ermittelnden Behörden der anderen Staaten auf die Möglichkeit der freiwilligen Zusammenarbeit mit den bei ihnen ansässigen US-Providern zurückgreifen, ohne dass die eigenen Behörden darin involviert werden.<sup>40</sup> Diese Vorgehensweise basiert darauf, dass aufgrund der Bedeutung von US-Diensteanbietern und der dadurch erhöhten Menge an Anfragen, die USA den Weg über die freiwillige Zusammenarbeit mit den Diensteanbietern als eine bessere Alternative ansehen.<sup>41</sup>

Das US-amerikanische Gesetz, das in den USA ansässigen Diensteanbietern die direkte Zusammenarbeit mit europäischen Behörden in Bezug auf Nicht-Inhaltsdaten ermöglicht, ist Abschnitt 2701(2) des Electronic Communications and Privacy Act. Die Zusammenarbeit erfolgt freiwillig. Aus diesem Grund haben Diensteanbieter eigene Richtlinien erstellt oder entscheiden im Einzelfall, ob und wie sie kooperieren.<sup>42</sup> Auch diese Möglichkeit, die digitalen Beweismittel zu gewinnen, stellt keine zufriedenstellende Lösung dar. Einerseits aus Sicht der Personen, deren Daten herausverlangt werden, da ihre Rechte und Rechtsmittel nicht festgeschrieben sind. Andererseits ist für die Ermittler:innen eine hohe Rechtsunsicherheit gegeben, da das Antwortverhalten der Diensteanbieter von deren internen Regeln und je nach anfragendem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder auch je

.....

39 *Hamel*, Schnellerer grenzüberschreitender Zugriff auf elektronische Beweismittel, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 107.

40 SWD (2018) 118, S. 26.

41 SWD (2018) 118, S. 13 ff.

42 SWD (2018) 118, S. 27.

nach angefragtem Unternehmen variieren kann.<sup>43</sup>

Die Strafverfolgungsbehörden benötigen die Kopie eines jeweiligen Datensatzes jedoch möglichst schnell, da die Gefahr der Zerstörung von digitalen Beweismitteln höher ist als bei physisch verfügbaren Beweismitteln.<sup>44</sup> Bestimmte Daten, wie Verbindungsdaten, werden meistens nur kurz bei den Diensteanbietern vorrätig gehalten, da sie diese nicht weiter benötigen und die Daten oft auch Löschungspflichten unterliegen.<sup>45</sup> Elektronische Daten stehen daher als potenzielle Beweismittel oft nur eine begrenzte Zeit zur Verfügung. Für die Lösung des Problems gab es in der letzten Zeit zahlreiche Gesetzgebungsvorhaben und völkerrechtliche Abkommen.

### IV. Gesetzgebungsvorhaben und völkerrechtliche Abkommen

#### 1. Der Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD-Act)

Das US-amerikanische "Clarifying Lawful Overseas Use of Data" - Gesetz (CLOUD-Act) ist bereits 2018 in Kraft getreten. Das Gesetz verpflichtet Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste und sogenannte Remote-Computing-Dienste, die amerikanischem Recht unterfallen, Daten über ihre Kund:innen und deren Kommunikation auch dann an Strafverfolger in den USA herauszugeben, wenn die betreffenden Daten im Ausland gespeichert sind.<sup>46</sup>

#### 2. Die E-Evidence-Verordnung

Die Europäische Union hat Anfang des Jahres 2023 in Anlehnung an den CLOUD Act eine Einigung bezüglich der E-Evidence-Verordnung erreicht, die innerhalb der EU, und im Verhältnis zu Drittstaaten die Gewinnung von digitalen

.....

43 *Hamel*, Schnellerer grenzüberschreitender Zugriff auf elektronische Beweismittel, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 108.

44 *Rückert*, Herausforderungen der Digitalisierung für das Strafverfahren, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 22.

45 SWD (2018) 118, S. 20.

46 *Gausling*, Offenlegung von Daten auf Basis des CLOUD Act, MMR 2018, 578.

Beweismitteln beschleunigen soll.<sup>47</sup> Durch die Verordnung werden nationale Ermittlungsbehörden ermächtigt, Anordnungen zur Herausgabe oder Sicherstellung von beweiserheblichen Daten direkt an die Dienstanbieter zu erlassen. Auf den Speicherort der Daten kommt es dabei nicht mehr an. Die Voraussetzung ist lediglich, dass das adressierte Unternehmen seine Internet- oder Kommunikationsdienste auch innerhalb der EU anbietet und seine Niederlassung oder einen Vertreter in der EU hat.<sup>48</sup>

Die Verordnung wird zusätzlich durch eine Richtlinie ergänzt, die Dienstanbieter außerhalb der EU, die ihre Dienste innerhalb der EU anbieten, verpflichtet, einen Vertreter in der EU zu bestellen. Der Vertreter soll für die Entgegennahme und Durchsetzung der Anordnung zuständig sein.<sup>49</sup> Auf diese Weise können Ermittler:innen sich direkt an die Dienstanbieter wenden.

Unter Androhung empfindlicher Strafen von bis zu 2 % des globalen Jahresumsatzes sollen Dienstanbieter den Justiz- und Polizeibehörden die entsprechenden digitalen Beweismittel innerhalb von zehn Tagen bereitstellen. In Eilfällen soll dies innerhalb von sechs Stunden möglich sein. Die Dienstanbieter können auch über eine europäische Sicherungsanordnung dazu verpflichtet werden, im Hinblick auf ein mögliches späteres Rechtshilfeersuchen elektronische Beweismittel nach dem Quick-Freeze-Modell zehn Tage lang zu sichern. Die E-Evidence-Verordnung erfasst die Offenlegung von Teilnehmerinformationen und Verkehrsdaten (Art. 8 ZP-E). Inhaltsdaten sind jedoch nicht von der Verordnung umfasst.<sup>50</sup>

### 3. Die Erweiterung der Cybercrime-Konvention

Die Mitglieder des Europarats sowie die USA sind außerdem an der Erweiterung der Cybercrime-Konvention beteiligt. Neben Deutschland und den

.....  
47 *Basar*, Beweissammlung ausgearbeitet, Handelsblatt, 2023, S. 36.

48 *Thomae*, Die E-Evidence-Verordnung, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 141.

49 *Hamel*, Schnellerer grenzüberschreitender Zugriff auf elektronischer Beweismittel, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 110.

50 *Rojszcak*, CLOUD act agreements from an EU perspective, Computer law & Security review, 2020, S. 38.

USA haben 35 andere Staaten das Protokoll unterzeichnet. Damit wird der Anwendungsbereich weiter reichen als bei der EU-Verordnung.<sup>51</sup>

Bisher durften Konventionsstaaten nur ausnahmsweise direkt auf elektronische Beweismittel im Ausland zugreifen. Andernfalls waren sie auf den Weg der Rechtshilfe angewiesen. Nun sollen die Konventionsstaaten verpflichtet sein, die gesetzlichen Voraussetzungen für einen direkten, grenzüberschreitenden Zugriff auf Bestandsdaten zu schaffen. Das Zweite Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Computerkriminalität über eine verstärkte Zusammenarbeit von Strafverfolgungsbehörden und die Offenlegung elektronischer Beweismittel sieht im Kern eine direkte Zusammenarbeit von Strafverfolgungsbehörden eines Vertragsstaates mit in anderen Vertragsstaaten ansässigen Dienstanbietern vor. Der Zweck des zweiten Zusatzprotokolls ist die Offenlegung von Informationen zum Zwecke der Identifizierung einer Straftat verdächtigen Person.<sup>52</sup> Der Anwendungsbereich des zweiten Zusatzprotokolls ist „auf bestimmte strafrechtliche Ermittlungen oder Verfahren wegen Straftaten im Zusammenhang mit Computersystemen und Daten und zur Sammlung von Beweismitteln in elektronischer Form einer Straftat“ ausgerichtet (Art. 2 lit. a ZP-E).

Das Zusatzprotokoll beinhaltet ausführliche Bestimmungen bezüglich des Datenschutzes (Art. 14 ZP-E). Betreffend die rechtsstaatlichen Grundsätze ist in dem Zusatzprotokoll lediglich ein Satz zu finden (Conditions and safeguards; Art. 13 ZP-E). Es wird auf Art. 15 I, II CyC verwiesen und damit auf die Garantien der EMRK und IPBPR. Es handelt sich dabei um andere anwendbare völkerrechtliche Übereinkünfte auf dem Gebiet der Menschenrechte sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit neben dem Gebot einer gerichtlichen oder unabhängigen Kontrolle. Allerdings sind die damit verbundenen konkreten Grenzen und Verpflichtungen unklar.<sup>53</sup>

.....  
51 *Basar*, Beweissammlung ausgeweitet, Handelsblatt 2023, 36.

52 *Esser*, E-Evidence, in: Digitalisierung im Europäischen Recht, 2022, S. 40.

53 *Esser*, E-Evidence, in: Digitalisierung im Europäischen Recht, 2022, S. 41.

Sowohl die Erweiterung der Cybercrime-Konvention als auch die E-Evidence-Verordnung werden bezüglich des schwach ausgeprägten Rechtsschutzes kritisiert. Die betroffenen Nutzer:innen werden über die Anfrage an den Dienstleister zunächst nicht informiert, sodass sie den Zugriff auf ihre Daten nicht verhindern können. Der Dienstleister soll nur dann ein Verfahren zur Überprüfung durchführen können, wenn offensichtliche Fehler vorliegen. Aus diesem Grund wird eine Verteidigung gegen fehlerhafte Anordnungen nur selten möglich sein,<sup>54</sup> was als höchst problematisch anzusehen ist.

#### 4. Das völkerrechtliche Abkommen zwischen der EU und den USA

Im Zusammenhang mit der E-Evidence-Verordnung und dem CLOUD-Act wird zudem über ein völkerrechtliches Abkommen zwischen der EU und den USA verhandelt, das den Strafverfolgungsbehörden wechselseitigen Zugriff auf Daten ermöglichen soll.<sup>55</sup> Es gibt zwar bereits den Electronic Communications and Privacy Act, der in den USA ansässigen Dienstleistern die direkte Zusammenarbeit mit europäischen Behörden ermöglicht, jedoch ist die direkte Zusammenarbeit auf Nicht-Inhaltsdaten beschränkt.<sup>56</sup> Das nach dem Recht der Vereinigten Staaten bestehende Verbot, Inhaltsdaten an ausländische Behörden herauszugeben, stellt ein Hindernis für die Behörden der EU dar.

Mit dem CLOUD Act haben die USA ein Gesetz verabschiedet, das der Regierung der USA eine Rechtsgrundlage für den Abschluss von Abkommen mit ausländischen Regierungen über den Zugang zu Daten bietet, die sich im Besitz amerikanischer Dienstleister befinden, und umgekehrt. Nach der Auffassung der Europäischen Kommission könnte ein Abkommen zwischen der EU und den USA dazu beitragen, einer Kollision der Pflichten von Dienstleistern entgegenzuwirken. Darüber hinaus würde ihnen ermöglicht, Inhaltsdaten direkt den Strafverfolgungs- und Justizbehörden in der EU beziehungsweise in den Vereinigten

Staaten zur Verfügung zu stellen.<sup>57</sup>

Ein Abkommen zwischen der EU und den USA würde die Verfahren erheblich beschleunigen und eine effiziente Verfolgung von Straftätern im digitalen Zeitalter gewährleisten. Die Beschaffung elektronischer Beweismittel soll durch das Abkommen lediglich zehn Tage dauern.<sup>58</sup>

Es ist von Bedeutung, dass der Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten einschließlich der Privatsphäre und des Datenschutzes beachtet wird. Das neue Abkommen soll im Einklang mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, den allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts und der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs stehen. Die Vorschläge bezüglich elektronischer Beweismittel sehen bereits ein hohes Schutzniveau für die Grundrechte vor und sollen als Ausgangspunkt für die Verhandlungen der Kommission über die notwendigen Garantien fungieren.

Nach der Auffassung der Kommission sind personenbezogene Daten, die unter das Abkommen fallen, geschützt und dürfen nur übereinstimmend mit der Datenschutz-Grundverordnung, der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation und – bezüglich der Behörden in der Europäischen Union – der Richtlinie für den Datenschutz bei Polizei und Strafjustiz verarbeitet werden. Das neue Abkommen soll das im Jahr 2017 in Kraft getretene Datenschutzabkommen zwischen der EU und den USA und den U.S. Judicial Redress Act, mit dem die Vorteile des U.S. Privacy Act auf Europäer:innen ausgedehnt werden, ergänzen. Es sollen zudem zusätzliche Garantien hinzukommen, die sich auf die Sensibilität der betroffenen Datenkategorien und den Anforderungen an die direkte Übermittlung elektronischer Beweismittel durch Dienstleister beziehen.<sup>59</sup> Das Abkommen soll auch weitere Grundrechte, Grundfreiheiten und allgemeine Grundsätze des EU-Rechts, wie sie in den Verträgen und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind, beachten.

57 Europäische Kommission, Factsheet elektronische Beweismittel, 2019.

58 Europäische Kommission, Factsheet elektronische Beweismittel, 2019.

59 Europäische Kommission, Factsheet elektronische Beweismittel, 2019.

54 Basar, Beweissammlung ausgeweitet, Handelsblatt 2023, 36.

55 Rückert, Herausforderungen der Digitalisierung für das Strafverfahren, in: Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 23.

56 SWD (2018) 118, S. 27.

Darunter befinden sich Verfahrensrechte wie das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht, die Unschuldsvermutung und die Verteidigungsrechte sowie die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen und alle diesbezüglichen Pflichten der Justiz- und Strafverfolgungsbehörden.<sup>60</sup>

## D. Fazit

Zusammenfassend wird deutlich, welche wichtige Stellung die Vereinigten Staaten bezüglich der Gewinnung digitaler Beweismittel haben. Dadurch, dass die meisten Internetdienstleister in den USA ansässig sind, ist es im heutigen digitalen Zeitalter von großer Bedeutung, dass es effiziente Möglichkeiten bezüglich der Gewinnung digitaler Beweismittel von US-amerikanischen Servern gibt.

Angesichts der hohen Relevanz der digitalen Beweismittel in Strafverfahren, sind die momentan verfügbaren Möglichkeiten zu begrenzt, sodass die Strafverfolgungsbehörden nicht effizient ermitteln können. Es verzögert die Ermittlungen, dass die Verfahren zur Gewinnung der Beweismittel über die Rechtshilfe zu viel Zeit in Anspruch nehmen. Auch die Alternative über die direkte Zusammenarbeit mit den Dienstleistern in den USA stellt aufgrund der Rechtsunsicherheit für die Ermittler:innen keine ideale Lösung dar. Zudem ist problematisch, dass die Rechte und Rechtsmittel der betroffenen Personen nicht festgeschrieben sind. Aus diesen Gründen sind Regelungen notwendig, die diese Probleme beheben.

Mit der E-Evidence-Verordnung, dem Zweiten Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Computerkriminalität, dem CLOUD-Act und den Verhandlungen über ein völkerrechtliches Abkommen zwischen der EU und den USA wird jedoch deutlich, dass sowohl die EU als auch die USA die Erforderlichkeit von neuen Regelungen erkannt haben.

Es ist zu erwarten, dass in naher Zukunft die

.....

<sup>60</sup> Europäische Kommission, Factsheet elektronische Beweismittel, 2019.

Gewinnung von digitalen Beweismitteln von US-amerikanischen Servern für die Strafverfolgungsbehörden deutlich vereinfacht wird. Trotz der dadurch entstehenden Vorteile für die Strafverfolgungsbehörden, besteht die Gefahr, dass die Rechte der betroffenen Personen, in deren Privatsphäre in hohem Maße eingegriffen wird, nicht ausreichend geschützt werden. Aufgrund der sich laufend fortentwickelnden digitalen Welt, ist davon auszugehen, dass sich die Möglichkeiten der Gewinnung digitaler Beweismittel stetig entwickeln werden.

- **Hila Willand** studiert Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg und ist studentische Hilfskraft in einer Hamburger Strafrechtskanzlei. Dieser Beitrag beruht auf einer im Seminar zum Internationalen Strafrecht bei Prof. Dr. Kai Cornelius eingereichten Seminararbeit.

# Kultur als Staatsziel – Notwendig oder nutzlos

*Mit dem Koalitionsvertrag der derzeitigen Bundesregierung wurde erneut die Frage nach der Einführung einer Staatszielbestimmung Kultur aufgeworfen. SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP wollen „Kultur in ihrer Vielfalt“ als Staatsziel verankern. Die nachfolgende wissenschaftliche Ausarbeitung befasst sich mit den Auswirkungen eines kulturellen Staatszieles für Politik sowie Justiz und zeigt, warum die Unfassbarkeit des Kulturbegriffs das Vorhaben gefährden könnte.*

## I. Einleitung

Kultur als Staatsziel ins Grundgesetz aufzunehmen ist keine neue Idee. Schon in den 1980er Jahren gab es die Empfehlung der „Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen/ Gesetzgebungsaufträge“, eine Staatszielbestimmung für den kulturellen Bereich zu etablieren.<sup>1</sup> Die Kommission aus sieben Experten der Rechtswissenschaft wurde vom Bundesinnenministerium eingesetzt und prüfte die Notwendigkeit einer Ergänzung des Grundgesetzes im Bereich der Staatsaufgaben. Die Verankerung von Kultur als Staatsziel wurde jedoch erst im Jahr 2006 in einem Gesetzesentwurf der FDP konkret gefordert. Alternativen gebe es keine. Kultur präge das gesellschaftliche Leben und trage außerdem zum Diskurs in einem demokratischen Gemeinwesen bei.<sup>2</sup> Ähnlich argumentierte bereits die Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“<sup>3</sup> im Jahr 2005,<sup>4</sup> die die

Einführung eines neuen Artikels 20b ins Grundgesetz anregte. Dieser sollte mit der Formulierung: „Der Staat schützt und fördert die Kultur“ die kulturelle Staatszielbestimmung normieren.<sup>5</sup> Dennoch kommt dem Schutz und der Förderung von Kultur bis heute kein Verfassungsrang zu.

Dabei hat Förderung von Kulturschaffenden in der Bundesrepublik in den letzten Jahren nur an Bedeutung gewonnen, denn insbesondere der Lebensbereich Kultur wurde während der Corona-Pandemie nachrangig behandelt.<sup>6</sup> Viele kulturelle Einrichtungen mussten aufgrund der Pandemie ihren Betrieb einstellen.<sup>7</sup> Bis heute leidet die Branche unter den Folgen dieser massiven Schließungen.<sup>8</sup>

Die Bundesregierung schlägt nun erneut die Verankerung von Kultur als Staatsziel vor. Dabei solle die Sicherung ihrer Vielfalt und Freiheit im Mittelpunkt stehen.<sup>9</sup> Dieser Beitrag untersucht mögliche Folgen dieses Vorhabens für Politik und Justiz in Deutschland. Dafür werden zunächst die Bedeutung von Staatszielbestimmungen und die Besonderheiten des Kulturbegriffs erläutert. Abschließend wird das konkrete Vorhaben, Kultur als Staatsziel zu integrieren, analysiert und bewertet.

1 Bundesminister des Innern, Bundesminister der Justiz, Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge: Bericht der Sachverständigenkommission, 1983, Rn. 169.

2 BR-Drs. 646/08, 1.

3 Aufgabe der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“ war die Erarbeitung von Schutzmaßnahmen sowie Verbesserungsvorschlägen zur Gestaltung der deutschen Kulturlandschaft. Die Frage nach der Notwendigkeit einer kulturellen Staatszielbestimmung wurde insb. in einer öffentlichen Anhörung am 20. September 2004 aufgegriffen. Dort äußerten sich die Verfassungsrechtler Prof. Dr. Peter Badura, Prof. Dr. Max-Emanuel Geis, Prof. Dr. Friedhelm Hufen, Prof. Dr. Ulrich Karpen und Prof. Dr. Bodo Pieroth. Prof. Dr. Peter Häberle und Prof. Dr. Ernst Gottfried Mahrenholz bezogen schriftlich Stellung, BT-Drs. 15/5560, 2.

4 BT-Drs. 15/5560, 8.

5 BT-Drs. 15/5560, 12.

6 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2021, S. 190 f.

7 Kingreen, Ist das Kunst? Dann kann das weg! (10.08.2023).

8 Kompetenzzentrum Kultur- und Kreativwirtschaft des Bundes, Betroffenheit der Kultur- und Kreativwirtschaft von der Corona-Pandemie - Ökonomische Auswirkungen 2020, 2021 & 2022 anhand einer Szenarioanalyse, 2022, S. 8 ff.

9 Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN, Freie Demokraten (FDP), Mehr Fortschritt wagen - Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), 20. Legislaturperiode, 2021, S. 121.

## II. Staatszielbestimmungen

Staatszielbestimmungen bilden einen festen Bestandteil des deutschen Verfassungsrechts. Dennoch scheint sowohl ihre inhaltliche als auch rechtliche Bedeutung oft schwer bestimmbar.<sup>10</sup>

### 1. Rechtsnatur und Adressat:innen

Staatszielbestimmungen sind Grundsätze und Richtlinien mit verfassungsrechtlich bindendem, wenngleich nicht einklagbarem, Charakter.<sup>11</sup> Sie legen den Staat auf die Verfolgung bestimmter Ziele fest.<sup>12</sup> Dabei müssen sich zwar alle drei Staatsgewalten für ihre Verwirklichung einsetzen,<sup>13</sup> Staatszielbestimmungen verpflichten jedoch insbesondere die Legislative, die Gesetze nach ihnen auszurichten.<sup>14</sup> Da die Staatsziele abstrakt formuliert sind, müssen sie regelmäßig durch den Gesetzgeber konkretisiert werden.<sup>15</sup> Zudem dienen sie Gerichten bei der Auslegung von Gesetzen als Maßstab, unterliegen allerdings dem Vorbehalt des finanziell Realisierbarem.<sup>16</sup>

Obwohl Staatszielbestimmungen – wie Grundrechte – die staatlichen Organe verpflichten, stellen sie keine Abwehrrechte gegen den Staat dar. Somit können sich einzelne Bürger:innen auch nicht auf Staatsziele berufen und staatliche Eingriffe nicht im Klageweg abwehren.<sup>17</sup>

Eine explizite Definition findet sich im Grundgesetz zwar nicht, in den Landesverfassungen einiger Bundesländer wurde allerdings der Versuch unternommen, den Begriff näher zu bestimmen und so für mehr Rechtssicherheit zu sorgen. Dabei fand die Begriffsdefinition des Art. 3 III der Landesverfassung Sachsen-Anhalts große Zustimmung. Danach „verpflichten [Staatsziele] das Land, sie nach Kräften anzustreben und sein Handeln danach auszurichten.“ Klar zu erkennen ist damit die Abgrenzung von den

10 Schladebach, Staatszielbestimmungen im Verfassungsrecht, JuS 2018, 118 (118).

11 Schladebach, JuS 2018, 118 (119).

12 Von Coelln, in: Gröpl/Windhorst/Von Coelln, GG, 5. Aufl. 2022, Art. 20a Rn. 4.

13 Fischer, Staatszielbestimmungen in den Verfassungen und Verfassungsentwürfen der neuen Bundesländer, 1994, S. 5.

14 Gröpl, Staatsrecht I, 14. Aufl. 2022, § 6 Rn. 245.

15 Gröpl, StaatsR I, 14. Aufl. 2022, § 6 Rn. 245.

16 Deutscher Bundestag, Sachstand: Kultur als Staatsziel im Grundgesetz, 2020, S. 3 f.

17 Schladebach, JuS 2018, 118 (121).

Grundrechten und die Begrenzung der Verpflichtung des Landes auf das staatlich Machbare („nach Kräften“).<sup>18</sup>

### 2. Existierende Staatszielbestimmungen

Im Grundgesetz sind derzeit bereits einige Staatszielbestimmungen aufgeführt. Diese umfassen u.a. den Umwelt- und Tierschutz (Art. 20a GG), die Idee der offenen Staatlichkeit in einem vereinten Europa (Art. 23 bis 25 GG) und das Friedensgebot (Art. 24 II und Art. 26 GG). Die Integration der Staatszielbestimmung Kultur wird nun seit Jahrzehnten diskutiert.<sup>19</sup> In vielen Bundesländern wurden weitere Staatsziele in den Verfassungen verankert und insbesondere Kunst und Kultur des Öfteren explizit erwähnt.<sup>20</sup>

### 3. Abgrenzung zu anderen Verfassungsrechtsinstrumentarien

Obwohl Staatszielbestimmungen einen zentralen Begriff im deutschen Verfassungsrecht bilden, ist ihre Abgrenzung zu Staatszwecken, -grundsätzen und -aufgaben oft nicht eindeutig.

Staatszwecke sind trotz ihrer zentralen Bedeutung für einen Staat im Regelfall nicht in der Verfassung zu finden. Stattdessen legen sie den Sinn hinter der Existenz eines Staates – die Rechtfertigung seines Daseins – fest<sup>21</sup> und können so als „der Verfassung vorgelagerte Begründung von Herrschaft“<sup>22</sup> definiert werden. Sie sind damit vielmehr ein Begriff der Staatsphilosophie und umfassen abstrakte Konzepte wie Frieden oder Freiheit.<sup>23</sup> Oft verfolgen Staaten zwar die gleichen Staatszwecke, können sich allerdings voneinander abweichende Staatsziele setzen.<sup>24</sup>

Die Bezeichnung von Staatsgrundsätzen variiert insbesondere in der Literatur. Sie werden u.a. als verfassungsrechtliche Grundentscheidung,

18 Schladebach, JuS 2018, 118 (122).

19 Bundesminister des Innern, Bundesminister der Justiz, Staatszielbestimmungen, Rn. 169.

20 Z.B. Baden-Württemberg (Art. 3c Abs. 1 LVerf) und Bremen (Art. 11 LVerf).

21 Beaucamp, NordÖR 2009, 492 (492).

22 Schwind, Zukunftsgestaltende Elemente im deutschen und europäischen Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 5 S. 184.

23 Bull, Staatszwecke im Verfassungsstaat, NVwZ 1989, 801 (801); Schwind, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 5 S. 184 ff.

24 Vgl. Bull, NVwZ 1989, 801 (802).

Verfassungsprinzip, Staatsfundamentalnorm, Staatsstrukturnorm, Leitprinzip oder ähnlich bezeichnet.<sup>25</sup> Sie sind im Gegensatz zu Staatszielen unabänderlich (Art. 79 III GG)<sup>26</sup> und erfassen insbesondere die Wertentscheidungen der Art. 1 bis 20 GG wie bspw. den Schutz der Menschenwürde sowie das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip.<sup>27</sup> Die Staatsgrundsätze prägen den deutschen Staat also grundlegend – nicht zuletzt, weil sie als Bezugspunkt anderer Verfassungsbestimmungen fungieren.<sup>28</sup> Da die Staatsgrundsätze in der Homogenitätsklausel des Art. 28 I GG genannt werden („Grundsätze[...] des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes“), sind sie bspw. auch für die Bundesländer maßgeblich, deren verfassungsmäßige Ordnungen diesen Grundsätzen entsprechen müssen.<sup>29</sup>

Die Staatsaufgaben der Verfassung hingegen bestimmen den Handlungsbereich des Staates.<sup>30</sup> Sie können sich aus den Staatszielen ergeben<sup>31</sup> und müssen im öffentlichen Interesse liegen.<sup>32</sup> So kann bspw. das Staatsziel des „Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen“ in konkretere Aufgaben wie Schutz von Wasser, Luft oder des Bodens aufgliedert werden. Wie und welche Aufgaben explizit verfolgt werden, ist dabei allerdings dem Staat selbst überlassen.<sup>33</sup>

#### 4. Wirkung von Staatszielbestimmungen

Staatszielbestimmungen wirken sich sowohl auf die politische als auch die juristische Sphäre aus.

##### a) Politische Wirkung

Im Rahmen möglicher politischer Effekte von Staatszielen erhoffen sich die Verfassungsgebenden oft eine erzieherische Wirkung auf die

25 Gröpl, StaatsR I, 14. Aufl. 2022, § 6 Rn. 221.

26 *Beaucamp*, Sollten Kultur- und Sportförderung als Staatsziele in das Grundgesetz aufgenommen werden?, NordÖR 2009, 492 (492).

27 *Schwarz*, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR, Band I, 2. Aufl. 2022, § 20 Rn. 10.

28 *Schwarz*, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR, Band I, 2. Aufl. 2022, § 20 Rn. 11.

29 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 28 Rn. 5.

30 *Fischer*, Staatszielbestimmungen, 1994, S. 27.

31 *Bull*, NVwZ 1989, 801 (802).

32 *Schwind*, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 7 S. 291.

33 *Beaucamp*, NordÖR 2009, 492 (493).

Staatsbürger:innen.<sup>34</sup> Hierbei wird davon ausgegangen, dass diesen die aktuellen Staatsziele des Grundgesetzes bekannt sind und sie sich so anschließend für das gemeinsame Ziel einsetzen können.<sup>35</sup> Das kann allerdings zumindest angezweifelt werden. Vielmehr wirkt es, als würden solche Staatszielbestimmungen ins Grundgesetz aufgenommen werden, die sich in der Vergangenheit als wichtiges Anliegen von Bürger:innen herausgestellt haben, wie es bspw. beim Umwelt- und Tierschutz (Art. 20a GG) der Fall war.<sup>36</sup> Daraus ergibt sich wiederum der Effekt der Anerkennung durch den Staat,<sup>37</sup> wenn eine langjährige Forderung schließlich auch in der Verfassung verankert wird.

Zuletzt wohnt den Staatszielen eine integrative Wirkung inne.<sup>38</sup> Es ist z.B. davon auszugehen, dass sich im Fall einer Staatszielbestimmung „Kultur“ Kulturschaffende eher mit einem Staat identifizieren könnten, der ihre Interessen aktiv anerkennt und fördert.

##### b) Juristische Wirkung

Wird ein politisches Ziel als Staatszielbestimmung im Grundgesetz verankert, erhält die Sachmaterie Verfassungsrang.<sup>39</sup> Konkrete rechtliche Wirkung entfaltet dies sowohl in Hinblick auf die Güterabwägung im Rahmen der Prüfung eines Grundrechtseingriffs als auch bezüglich der Ermessensentscheidung im Verwaltungsrecht.

Bürger:innen können sich zwar nicht auf Staatszielbestimmungen berufen, ihre Beschränkung muss aber dennoch durch die Berufung auf andere Verfassungsgüter gerechtfertigt werden.<sup>40</sup> Insbesondere wenn ein Staatsziel bestimmte Pflichten des Staates konkretisiert, kann ein Verstoß hiergegen auch die Verletzung anderer Freiheitsrechte nach sich ziehen, deren Verwirklichung wiederum gerichtlich durchzusetzen wäre.<sup>41</sup> Damit käme dem Staatsziel auch eine grundrechtserweiternde Wirkung zu, indem Grundrechte durch ein

34 *Beaucamp*, NordÖR 2009, 492 (493).

35 *Fischer*, Staatszielbestimmungen, 1994, S. 195 f.

36 *Beaucamp*, NordÖR 2009, 492 (493).

37 *Kloepfer*, in: Klaus Grupp/ Ulrich Hufeld (Hg.), FS Reinhard Mußgnug, 2005, S. 16.

38 *Fischer*, Staatszielbestimmungen, 1994, S. 192 ff.

39 *Beaucamp*, NordÖR 2009, 492 (494).

40 *Beaucamp*, NordÖR 2009, 492 (494).

41 Vgl. BVerfG NJW 2021, 1723 (1727).

Staatsziel gestärkt sowie legitimiert werden.<sup>42</sup> In grundrechtlichen Konstellationen kann der Staat Staatszielbestimmungen außerdem als kollidierendes Verfassungsrecht zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen heranziehen. Das einschränkende Gesetz wird dann in der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch eine einschlägige Staatszielbestimmung aufgewertet.<sup>43</sup>

Grundrechte ohne einfachgesetzliche Schranke können ebenfalls durch eine Staatszielbestimmung aufgrund des Grundsatzes der Einheit der Verfassung als verfassungsimmanente Schranke eingeschränkt werden.<sup>44</sup> Dabei kommt den Staatszielbestimmungen allerdings kein genereller Vorrang gegenüber den Grundrechten zu und es bedarf stattdessen im konkreten Entscheidungsfall einer entsprechenden Güterabwägung.<sup>45</sup>

Auch im verwaltungsrechtlichen Kontext kommt Staatszielen eine rechtliche Wirkung bei der Auslegung von Gesetzen und gesetzlichen Entscheidungsspielräumen zu.<sup>46</sup> Im Rahmen der Überprüfung der Einhaltung von Ermessensgrenzen auf der Rechtsfolgenseite können Staatszielbestimmungen eine ermessenslenkende Wirkung haben, weshalb bei mehreren gleichwertigen Alternativen diejenige gewählt werden muss, die das entsprechende Staatsziel bestmöglich realisieren kann.<sup>47</sup>

### III. Kulturbegriff

Aufgrund der Wandelbarkeit des Kulturbegriffs besteht bis heute kein einheitliches Verständnis darüber, wie Kultur zu definieren ist.<sup>48</sup> Selbst im Rahmen einer bereichsbezogenen Betrachtung finden sich so zahlreiche Unstimmigkeiten. Einerseits wird „Kultur“ im Rahmen des engen Kulturbegriffs als das „Wahre, Gute und Schöne“ verstanden. Damit werden insbesondere die Bereiche der Kunst, Bildung und Wissenschaft abgedeckt, wodurch aber modernere Formen des kulturellen

Schaffens möglicherweise gänzlich ignoriert werden könnten.<sup>49</sup> Der daraufhin entwickelte weite Kulturbegriff umfasst nahezu jede menschliche Kommunikation.<sup>50</sup> Dies birgt wiederum die Gefahr, dass sämtliche vorhandene Lebensweisen unter den Begriff fallen, Kultur damit unbestimmbar<sup>51</sup> und ihre Definition unmöglich wird.

Der Begriff der Kultur ist auch verfassungsrechtlich kaum eindeutig zu beschreiben. Obwohl sich im Rahmen einer rechtlichen Normierung auf die obigen Ausführungen bezogen werden kann, muss der rechtliche Kulturbegriff selbst ein Rechtsbegriff sein,<sup>52</sup> der praktisch verwendbar ist.<sup>53</sup> Da nur definierten Schutzobjekten auch Schutz gewährleistet werden kann, ist eine Definition also unerlässlich. Allerdings ist Kultur auf Entwicklung in Selbstregulierung gerichtet, die eine Offenheit für zukünftige kulturelle Phänomene bewahren muss und vom Staat daher nur eingeschränkt zu regeln ist. Damit kann das Recht den Begriff der Kultur nicht selbst definieren<sup>54</sup> und hat dies bisher vermieden. Auch die Politik hat sich bis heute um eine konkrete Ausgestaltung des Begriffs gedrückt, der somit auch im Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung nicht näher erläutert wird.

Der Staat ist aufgrund ihres selbstregulierenden und entwicklungsoffenen Charakters also lediglich in der Lage, einen weiten Rahmen für Kultur und ihre Entwicklung zu gestalten.<sup>55</sup> Dennoch will die Bundesregierung nun Kultur als Staatszielbestimmung integrieren und sich damit für „Kultur in ihrer Vielfalt“ einsetzen.<sup>56</sup>

.....

42 Kloepfer, in: Klaus Grupp/ Ulrich Hufeld (Hg.), FS Reinhard Mußgnug, 2005, S. 12.

43 Schladebach, JuS 2018, 118 (121).

44 Schladebach, JuS 2018, 118 (121).

45 Kloepfer, in: Klaus Grupp/ Ulrich Hufeld (Hg.), FS Reinhard Mußgnug, 2005, S. 12.

46 BR-Drs. 646/08, Begründung, 2.

47 Schladebach, JuS 2018, 118 (121).

48 Lenski, Öffentliches Kulturrecht – Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung, 2013, S. 17.

.....

49 Germelmann, in: Jus Publicum 223, 2013, S. 5 f.

50 Vgl. Heinz, Kultur – Kulturbegriff – Kulturdenkmalbegriff: eine rechtliche und methodische Analyse des Kulturdenkmalbegriffs und seiner Auswirkungen auf die Unterschutzstellung von Teilen, 1. Aufl. 1993, S. 123 ff.

51 Köstlin, Die Kulturhoheit des Bundes, 1989, S. 21.

52 Oppermann, Kulturverwaltungsrecht: Bildung - Wissenschaft – Kunst, 1969, S. 6.

53 Geis, Kulturstaat und kulturelle Freiheit – Eine Untersuchung des Kulturstaatskonzepts von Ernst Rudolf Huber aus verfassungsrechtlicher Sicht, 1. Aufl., 1990, S. 183.

54 Germelmann, in: Jus Publicum 223, 2013, S. 24.

55 Germelmann, in: Jus Publicum 223, 2013, S. 24.

56 SPD, Bündnis 90/Die Grünen, FDP, Koalitionsvertrag 2021 – 2025, 20. Legislaturperiode, 2021, S. 121.



## IV. Kultur als Staatsziel

Im Koalitionsvertrag für die Jahre 2021 bis 2025 kündigten die Regierungsparteien an, Kultur als Staatsziel im Grundgesetz verankern zu wollen.<sup>57</sup>

### 1. Pläne der Bundesregierung

Konkrete Pläne haben sich seither jedoch nicht ergeben. Eine öffentliche Anhörung des Kulturausschusses im September 2023 verdeutlichte lediglich die Uneinigkeit der geladenen Sachverständigen.<sup>58</sup> Insbesondere bezüglich einer möglichen Formulierung des Staatsziels Kultur besteht derzeit kein Konsens. Im Raum steht jedoch noch immer der Vorschlag der Enquete-Kommission, das Grundgesetz um einen Artikel 20b mit der Formulierung „Der Staat schützt und fördert die Kultur“ zu ergänzen.<sup>59</sup> Hierfür sprach sich jüngst auch der Deutsche Kulturrat, der Spitzenverband der Bundeskulturverbände, aus.<sup>60</sup> Unklar ist aber weiterhin, welche Änderungen eine solche Klausel *de facto* nach sich ziehen würde. Während der Deutsche Kulturrat für eine Aufnahme des Staatsziels appelliert,<sup>61</sup> äußert sich vor allem die Unionsfraktion kritisch gegenüber dem Vorschlag der Ampelkoalition.<sup>62</sup>

### 2. Verankerung des Staatsziels Kultur durch das Bundesverfassungsgericht

Oft wird darauf verwiesen, Deutschland würde sich bereits als „Kulturstaat“ verstehen,<sup>63</sup> woraus sich die Aufgabe ergebe, „ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern.“<sup>64</sup> Diese Annahme basiert auf der Deutung des Art. 5 III 1 GG als sog. Kulturstaatsklausel.<sup>65</sup> Die darin normierte

Kunstfreiheit stellt die einzige wirkmächtige Norm in der Beziehung zwischen Kultur und Staat auf grundgesetzlicher Ebene dar<sup>66</sup> und schützt als Abwehrrecht vor „jeglicher Ingerenz öffentlicher Gewalt“.<sup>67</sup> Dieser umfangreiche Schutz der Kunst – als bedeutsames Element von Kultur – führte dazu, dass auch das Bundesverfassungsgericht 1973 folgerte, Deutschland würde sich als „Kulturstaat“ verstehen:<sup>68</sup>

*„Diese Wertentscheidung bedeutet nicht nur die Absage an staatliche Eingriffe in den zuvor gekennzeichneten Eigenbereich der Wissenschaft; sie schließt vielmehr das Entstehen des Staates, der sich als Kulturstaat versteht, für die Idee einer freien Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung ein und verpflichtet ihn, sein Handeln positiv danach einzurichten.“*

Im darauffolgenden Jahr las das Bundesverfassungsgericht sogar explizit eine Staatszielbestimmung in Art. 5 III 1 GG hinein:<sup>69</sup>

*„Als objektive Wertentscheidung für die Freiheit der Kunst stellt sie dem modernen Staat, der sich im Sinne einer Staatszielbestimmung auch als Kulturstaat versteht, zugleich die Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern.“*

Diese Entscheidung stieß jedoch insbesondere in der Literatur auf Kritik.<sup>70</sup> Es heißt, der Begriff Staatszielbestimmung sei in diesem Zusammenhang terminologisch unpassend.<sup>71</sup> Das Gericht versuche, ohne textlichen Befund im Grundgesetz ein Verfassungsziel zu begründen. Eine Staatszielbestimmung könne aber nicht ungeschrieben existieren.<sup>72</sup> Vielmehr sei jede Gesellschaft kulturalisiert und damit jeder Staat auch „Kulturstaat“, der Begriff folglich eine reine Leerformel.<sup>73</sup> Deshalb ziehe er auch keinerlei rechtliche Konsequenzen nach sich.<sup>74</sup> Das bedeutet, dass die Bundesregierung die Staatszielbestimmung Kultur weiterhin schriftlich in die Verfassung integrieren müsste, um ihr Vorhaben aus dem Koalitionsvertrag realisieren zu können.

57 SPD, Bündnis 90/Die Grünen, FDP, Koalitionsvertrag 2021 – 2025, 20. Legislaturperiode, 2021, S. 121.

58 Deutscher Bundestag – Ausschuss für Kultur und Medien, Protokoll-Nr. 20/41, S. 4 ff.

59 BT-Drs. 20/2121, 4; BT-Drs. 15/5560, 12.

60 Zimmermann/Schulz, Staatsziel Kultur: Never ending story, Politik & Kultur 10/2023, 3 (3).

61 Zimmermann/Schulz, Politik & Kultur 10/2023, 3 (3).

62 Ausschuss für Kultur und Medien, Protokoll-Nr. 20/41, S. 4 ff.

63 Z.B. BT-Drs. 20/2121, 4; Knoblich, Warum Kultur als Staatsziel ins Grundgesetz gehört, Kulturpolitische Mitteilung 172, 2021, 6 (7).

64 BVerfGE 36, 321 (331).

65 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 99. Ersatzlieferung, München 2022, Art. 5 Abs. 3 Rn. 33.

.....

66 Schwind, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 15, S. 557.

67 BVerfGE 30, 173 (190).

68 BVerfGE 35, 79 (114).

69 BVerfGE 36, 321 (331).

70 Z.B. Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 99. Ersatzlieferung, München 2022, Art. 5 Abs. 3 Rn. 33; Schwind, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 15, S. 559.

71 Schwind, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 15, S. 559.

72 Schwind, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 6, S. 260 f.

73 Geis, Kulturstaat und kulturelle Freiheit, 1. Aufl., 1990, S. 260.

74 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 99. Ersatzlieferung, München 2022, Art. 5 Abs. 3 Rn. 33.

### 3. Sinnhaftigkeit eines Staatsziel Kultur

Vor diesem Hintergrund muss nun endgültig die Notwendigkeit einer kulturellen Staatszielbestimmung geklärt werden.

#### a) Symbolkraft

Ein Staatsziel Kultur könnte ein deutliches Symbol der Politik setzen und als Zeichen der Verfassungsgebenden gegen die „dominierende Ökonomisierung“<sup>75</sup> gesehen werden.

So könne ein allgemeines Bewusstsein für Kultur geschaffen<sup>76</sup> und die Bedeutung von Kultur für die deutsche Gesellschaft klargestellt werden. Da die Corona-Maßnahmen der Politik den kulturellen Bereich besonders hart trafen und mithin auch umfangreiche Kritik hervorriefen,<sup>77</sup> wäre dies ein klares Symbol, die Kulturschaffenden in der Bundesrepublik zukünftig umfangreicher zu unterstützen. Diese könnten sich so wiederum besser mit dem deutschen Staat und seiner Politik identifizieren, da ihre Interessen aktiv anerkannt und gefördert würden. Gerade da die Bundesregierung das Vorhaben bereits in ihren Koalitionsvertrag aufgenommen hat,<sup>78</sup> könnte eine Abkehr davon zum jetzigen Zeitpunkt das Vertrauen in die Koalition schmälern.

Gleichzeitig wird befürchtet, dass die Aufnahme eines Staatsziels Kultur unerfüllbare Erwartungen wecken und die abstrakte Formulierung zu unrealistischen Interpretationen verleiten könnte. So könnte Enttäuschung und Frustration gegenüber der Politik entstehen, bspw. da sich aus der Staatszielbestimmung kein konkreter finanzieller Förderanspruch für Kultur ergibt, für den weiterhin keine öffentlichen Mittel zur Verfügung stehen.<sup>79</sup> Darüber hinaus könnte die Einführung eines Staatsziels Kultur ihren geringen Stellenwert in der bisherigen Politik suggerieren.<sup>80</sup> Insbesondere in Bezug auf schwer erfüllbare Staatsziele ist deshalb mit einer langfristig desintegrierenden Wirkung zu rechnen.<sup>81</sup> Aus politischer Sicht ist die

75 *Schwind*, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 15, S. 562.

76 *Schwind*, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 15, S. 562.

77 *Kingreen* (10.08.2023).

78 *SPD, Bündnis 90/Die Grünen, FDP*, Koalitionsvertrag 2021 – 2025, 20. Legislaturperiode, 2021, S. 121.

79 *Schwind*, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 15, S. 564.

80 *Schwind*, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 15, S. 564.

81 *Fischer*, Staatszielbestimmungen, 1994, S. 207.

Aufnahme eines Staatszielen also nur zu rechtfertigen, wenn sie tatsächlich notwendig ist und deren Vorteile diese Risiken ausgleichen können.

#### b) Verschiebung der Länderkompetenz

Die Einführung eines kulturellen Staatsziels auf Bundesebene könnte die grundgesetzlich vorgesehene Kompetenz der Länder verschieben. Die Kompetenzordnung des Grundgesetzes gewährt dem Bund weitestgehend keine Kompetenzen für Kultur. Die „Kulturhoheit“ steht in der Bundesrepublik vielmehr den Ländern zu.<sup>82</sup> Vor diesem Hintergrund wird teilweise eine Kompetenzverschiebung zwischen Bund und Ländern befürchtet, durch die die Kulturhoheit der Länder weiter ausgehöhlt werden könnte.<sup>83</sup> Hierzu stellte die Enquete-Kommission jedoch klar: „Grundgesetzliche Staatszielbestimmungen stellen keine Kompetenzbestimmungen dar; sie begründen also auch keine Kompetenzen des Bundes.“<sup>84</sup>

Im Bereich der horizontalen Gewaltenteilung wird vor einer Machtverschiebung von der Legislative zur Judikative gewarnt.<sup>85</sup> So könnte die Entscheidungsfreiheit der parlamentarischen Mehrheit eingeschränkt werden, indem die Judikative Gesetze – konträr zur parlamentarischen Intention – staatszielkonform auslegen und die künftige Gesetzesgestaltung beeinflussen könnte.<sup>86</sup> Der Bundestag bindet sich allerdings vielmehr selbst an die Staatszielbestimmungen, so ist doch die Legislative an der Einführung des Staatszieles beteiligt. Weiterhin kann eingewendet werden, der Sinn der Aufnahme eines Staatszieles ins Grundgesetz sei gerade die Begrenzung staatlicher Macht und damit Ausprägung des modernen demokratischen Verfassungsstaates. Das Bundesverfassungsgericht stellt also lediglich die Einhaltung der Verfassung sicher.<sup>87</sup>

82 Z.B. BVerfGE 37, 314 (322).

83 *Schwind*, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 15, S. 565.

84 BT-Drs. 20/2121, 3.

85 Vgl. *Beaucamp*, NordÖR 2009, 492 (495).

86 *Beaucamp*, NordÖR 2009, 492 (495).

87 *Bundesverfassungsgericht*, Aufgaben (13.12.2023).

### c) „Verwässerung“ der Verfassung

Die Verankerung weiterer Staatszielbestimmungen könnte außerdem mit einer Schwächung der Normativkraft der Verfassung einhergehen. In das Grundgesetz wurden bewusst nur wenige Staatszielbestimmungen aufgenommen,<sup>88</sup> damit es mehrheitlich streng justiziable Rechtsgarantien umfasst.<sup>89</sup> Dementsprechend wird eine Überladung des Grundgesetzes durch das Hinzufügen nicht aussagekräftiger Staatszielbestimmungen befürchtet.<sup>90</sup> Insbesondere da sich aus einem Kulturartikel keine subjektiv einklagbaren Rechte ergeben, würde das Grundgesetz dadurch lediglich dazu „erniedrigt“, etwas Offensichtliches zu erläutern.<sup>91</sup>

Dagegen kann allerdings eingewandt werden, dass Staatszielbestimmungen Gerichten dennoch als Anwendungsmaßstab sowie Auslegungskriterien für das einfache Recht dienen. Durch die Einführung eines kulturellen Staatszieles wird sich zudem erhofft, die Kultur könnte auch im Rahmen der Grundrechtsabwägung stärker gewichtet werden.<sup>92</sup> Dagegen wird jedoch wiederum argumentiert, das Bundesverfassungsgericht wäre in so geringem Umfang an das Staatsziel gebunden, dass es kaum Einfluss auf künftige Grundrechtsabwägungen nehmen könnte.<sup>93</sup> Der Verstoß gegen ein Staatsziel kann jedoch die Verletzung weiterer Freiheitsrechte zur Folge haben und somit grundrechtserweiternd wirken.<sup>94</sup> Jüngst hat sich auch gezeigt, dass zumindest das Umweltschutzgebot des Art. 20a GG umfassend vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gegen das Klimaschutzgesetz berücksichtigt wurde und somit unmittelbaren Einfluss auf den Erfolg des Rechtsmittels hatte.<sup>95</sup>

Dennoch sollte die Anzahl der im Grundgesetz verankerten Staatziele limitiert bleiben. Eine Vielzahl könnte im Rahmen der Abwägung mit anderen Staatszielen oder Grundrechten zu Unsicherheiten führen könnte.<sup>96</sup>

### d) Komplexität des Kulturbegriffs

Kultur als Elementarbegriff ist sehr weit gefasst.<sup>97</sup> Dadurch könnten nicht nur falsche Erwartungen geweckt werden,<sup>98</sup> auch wird die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen sowie die Auslegung von Gesetzen vor dem Hintergrund einer so vagen Definition erschwert. Teilweise wird argumentiert, der Begriff sei zu komplex, um für ein einzelnes Staatsziel gegenständlich zu sein.<sup>99</sup> Die Bundesregierung beabsichtigt derzeit dennoch die Förderung von Kultur „in ihrer Vielfalt“. Die daraus folgende begriffliche Konfusion könnte jedoch Rechtsunsicherheit nach sich ziehen, was wiederum Justiziabilität der Norm erschweren könnte und letztlich einen Mehraufwand für Justiz und Politik bedeuten würde. Die Enquete-Kommission behauptet zwar ausdrücklich, eine kulturelle Staatszielbestimmung sei als Verfassungsnorm ebenso justizierbar wie andere Normen,<sup>100</sup> verkennt dabei jedoch, dass vielmehr die Unbestimmbarkeit des Kulturbegriffs für diese Argumentation ausschlaggebend ist. So ist zwar korrekt, dass die vage Formulierung von Staatszielen generell nicht ihre Verbindlichkeit als Verfassungsnorm beeinflusst.<sup>101</sup> Damit die Norm Gerichten als Auslegungs- und Anwendungsmaßstab dienen kann, ist jedoch zumindest ein einheitliches Verständnis des Zieles unerlässlich.

### e) Überflüssigkeit

Weiterhin kann argumentiert werden, eine Verfassungsänderung sei überflüssig, da der gewünschte Rechtszustand bereits faktisch bestünde. Die Rechtslage bedürfe keiner weiteren Präzision, da die kulturellen Elemente der Verfassung u.a. durch die Art. 3, 4 und 5 des Grundgesetzes oder dem materiellen Republikbegriff abschließend

88 *Schwind*, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 15, S. 564.

89 BT-Drs. 15/5560, 10 f.

90 *Kloepfer*, in: Klaus Grupp/ Ulrich Hufeld (Hg.), FS Reinhard Mußgnug, 2005, S. 17.

91 *Knoblich*, Kulturpolitische Mitteilung 172, 2021, 6 (7).

92 *Schwind*, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 15, S. 562.

93 *Schwind*, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 15, S. 562.

94 vgl. S. 49, II. 4. b) „Juristische Wirkung“.

95 BVerfG NJW 2021, 1723 (1728).

96 *Beaucamp*, NordÖR 2009, 492 (495).

97 vgl. S. 50, III. „Kulturbegriff“.

98 *Knoblich*, Kulturpolitische Mitteilung 172, 6 (7).

99 *Schwind*, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 15, S. 564.

100 BT-Drs. 15/5560, 11.

101 BT-Drs. 15/5560, 11.

integriert seien.<sup>102</sup> Die erwähnten Elemente wurden zudem bereits definiert,<sup>103</sup> weshalb ihre Justiziabilität auch nicht an der Komplexität ihrer Terminologie scheitert. Hiergegen kann jedoch wiederum eingewandt werden, dass ein Staatsziel explizit auch eine Förderung weiterer schützenswerter Kulturgüter umfassen würde.<sup>104</sup>

Auf Landesebene haben sich einige Bundesländer wie Bayern, Brandenburg und Sachsen auch bereits dazu entschieden, kulturelle Staatszielbestimmungen in ihre Verfassungen zu integrieren. Sie verpflichten sich und die kommunalen Gebietskörperschaften, Belange der Kultur zu berücksichtigen.<sup>105</sup> Daraus wird zum Teil gefolgert, dass eine Erweiterung des Grundgesetzes kaum sinnvoll wäre, da ohnehin kein Regelungsdefizit im kulturellen Bereich bestehe.<sup>106</sup>

In der Hamburger Landesverfassung finden sich hingegen keine Bestimmungen zur Kultur. Stattdessen wurden überwiegend staatsorganisatorische Regelungen aufgenommen, Staatszielbestimmungen fehlen gänzlich.<sup>107</sup> Trotzdem kann nicht behauptet werden, Hamburg würde anderen Ländern hinsichtlich Kultur nachstehen.<sup>108</sup> Der Stadtstaat fördert nicht nur Bereiche wie Musik oder Theater, sondern verzeichnet bundesweit auch die zweithöchsten Pro-Kopf-Ausgaben für Kultur.<sup>109</sup> Die Notwendigkeit eines Staatsziels im Bereich Kultur kann also angezweifelt werden, da sich die Förderung von Kultur bereits aus der Gesellschaft selbst zu ergeben scheint. Es lässt sich deshalb argumentieren, dass diese – im Gegensatz zu anderen Staatszielen, wie etwa dem in Art. 20a GG genannten Umwelt- und Tierschutz – nicht auch grundgesetzlich verankert werden muss. Der Sinn für die Einführung des Art. 20a GG bestand gerade

.....

102 *Schwind*, Staats- und Verfassungsrecht, 2008, § 15, S. 564.

103 Z.B. der Kunstbegriff i.S.d. Art. 5 III 1 GG, der trotz vergleichbarer Schwierigkeiten zum Kulturbegriff als „die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“ definiert wird, BVerfGE 30, 173 (189).

104 Z.B. der Denkmalschutz, *SPD, Bündnis 90/Die Grünen, FDP*, Koalitionsvertrag 2021 – 2025, 20. Legislaturperiode, 2021, S. 123.

105 BT-Drs. 15/5560, 4.

106 *Beaucamp*, NordÖR 2009, 492 (496).

107 BT-Drs. 15/5560, 13.

108 *Beaucamp*, NordÖR 2009, 492 (495).

109 *Statistische Ämter des Bundes und der Länder*, Kulturstatistiken: Kulturindikatoren auf einen Blick – Ein Ländervergleich, 2018, S. 9 ff.

darin, den ansonsten unzureichenden Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen zu stärken.<sup>110</sup> Die Förderung von Kultur in der Bundesrepublik gelingt jedoch auch ohne entsprechendes Staatsziel. So soll bspw. mit dem Kulturpass die Möglichkeit geschaffen werden, die Kulturbranche zu unterstützen und in der jungen Bevölkerung Begeisterung für kulturelle Angebote zu wecken und auch mittelfristig die Nachfrage zu steigern.<sup>111</sup>

## V. Fazit

Obwohl die Diskussion um die Notwendigkeit der Einführung einer kulturellen Staatszielbestimmung schon seit 40 Jahren geführt wird, existiert noch immer kein entsprechender Artikel in der Verfassung. Dies könnte bereits als Zeichen gewertet werden, dass die Einführung nicht von elementarer Bedeutung für die Bundesrepublik zu sein scheint. Zwar hat sich vor allem durch die Corona-Pandemie der politische Hintergrund des Vorhabens geändert, die rechtlichen Argumente sind dennoch weiterhin nahezu identisch.

Schon die Enquete-Kommission hielt eine Staatszielbestimmung Kultur zwar für wünschenswert, jedoch nicht notwendig.<sup>112</sup> Selbst diese Schlussfolgerung kann inzwischen angezweifelt werden. So liegen ihre Vorteile hauptsächlich in der politischen Symbolkraft, die auf langfristige Sicht jedoch auch in Frage gestellt werden kann. Auch aus rechtlicher Sicht überwiegen die Vorteile des Vorhabens seine Risiken nicht. Insbesondere die Komplexität des Kulturbegriffs könnte dazu führen, dass die Norm *de facto* nicht justiziabel wäre. Ohne eine klare, universelle Definition von Kultur ist ihr Schutz schlechthin schwer zu gewährleisten. Da sich das Verständnis von Kultur jedoch gerade durch ihre Eigenschaft der Selbstentwicklung stetig wandelt, werden sich diese Schwierigkeiten auch zukünftig kaum lösen lassen.

.....

110 *Deutscher Bundestag*, Wie Umwelt- und Tierschutz ins Grundgesetz kamen (13.10.2023).

111 Vgl. *Bundesregierung*, Gemeinsame Absichtserklärung über eine kulturelle Zusammenarbeit in Bezug auf den Kulturpass zwischen der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien der Bundesrepublik Deutschland und dem Ministerium für Kultur der Französischen Republik, 2023.

112 *Bundesminister des Innern, Bundesminister der Justiz*, Staatszielbestimmungen, S. 13.

Eine Kulturstaatszielbestimmung bleibt damit genauso unfassbar wie der Begriff der Kultur, die sie zu schützen versucht.

Im Übrigen liegen die Kompetenzen für Kultur ohnehin bei den Ländern, die derzeit die Förderung von Kultur eigenständig verantworten und diese eigeninitiativ in ihren Landesverfassungen verankert haben. Dies führt schlussendlich zur Annahme, dass die Integration des Staatszieles Kultur überflüssig ist.

• **Charlotte Thams** studiert Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer im Seminar zum öffentlichen Medienrecht an der Universität Münster bei Prof. Dr. Holznagel LL.M. sowie Herrn Dr. Kalbhenn LL.M. eingereichten Seminararbeit.

# Die AGB-Kontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen

*Auf Grundlage des Art. 25 EuGVVO geschlossene Gerichtsstandsvereinbarungen unterliegen strengen Formvorschriften und Schutzgerichtsständen. Der Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob Gerichtsstandsvereinbarungen darüber hinaus im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung der Richtlinie 93/13/EWG<sup>1</sup> [Klausel-RL] einer AGB-Kontrolle zugänglich sind. Es wird erörtert, ob eine Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle stattfinden darf und welche Maßstäbe ggf. gelten sollten. Obwohl die Klausel-RL dem Verbraucher:innen-schutz dient, wird eine Wirkung für Unternehmer:innen ebenfalls in den Blick genommen.*

## I. Einleitung

Von allen europäischen und grenzüberschreitend handelnden Unternehmen verwenden fast 70 % eine Gerichtsstandsvereinbarung in ihren Verträgen.<sup>2</sup> Die EuGVVO regelt im Wesentlichen die internationale Zuständigkeit von Gerichten, sowie die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen gem. Art. 1 I EuGVVO bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten, sofern der:die Beklagte:r den Wohnsitz in einem Mitgliedsstaat der EU hat, vgl. Art. 4, 5 I, 6 I EuGVVO. Eine Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne des Art. 25 EuGVVO bestimmt, welches Gericht die Entscheidungsbefugnis bei auftretenden Rechtsstreitigkeiten innehat.<sup>3</sup> In AGB versteckte Gerichtsstandsklauseln bergen Überrumpelungsgefahr für Verbraucher:innen.<sup>4</sup> Mit Prorogation eines örtlich schwer erreichbaren Gerichts kann ihnen der Rechtszugang erschwert

.....

1 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95 vom 21.4.1993, S. 29.

2 Simotta, Die Gerichtsstandsvereinbarung nach der neuen EuGVVO, IJPL (2013), 58 (58).

3 Magnus, in: European Commentaries on Private International Law, EuGVVO, 1. Aufl. 2016, Art. 25 Rn. 2.

4 Vgl. Schlosser, in: Schlosser/Hess, EuGVVO, 5. Aufl. 2021, Art. 25, Rn. 1.

werden.<sup>5</sup> Eine AGB-Kontrolle könnte ein wirksames Instrument für den Verbraucher:innenschutz sein. Missbräuchliche Gerichtsstandsvereinbarungen könnten aussortiert werden. Allerdings führt die Anwendung der EuGVVO grundsätzlich zum Ausschluss nationalen Rechts. Eine auf nationalem Recht basierende AGB-Kontrolle scheint daher unmöglich. Anderes könnte sich aus einer richtlinienkonformen Auslegung der Klausel-RL ergeben. Nach Art. 1 I Klausel-RL wird die europaweite Harmonisierung von Vorschriften zu missbräuchlichen Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbraucher:innen bezweckt. Verhindert werden soll der Missbrauch der strukturell überlegenen Handlungsmacht von Gewerbetreibenden. Dies könnte zur Möglichkeit einer AGB-Kontrolle „auf Umwegen“ führen. Ob Gerichtsstandsklauseln einer AGB-Kontrolle im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung der Klauselrichtlinie 93/13 zugänglich sind und welche Maßstäbe ggf. gelten sollen, erörtert dieser Beitrag.

## II. AGB-Kontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen

AGB-Kontrollen verhindern, dass Unternehmer:innen ihren privatautonomen Handlungsspielraum ausnutzen und Vertragspartner:innen unangemessen benachteiligen.<sup>6</sup> Die AGB-Kontrolle umfasst die Einbeziehungskontrolle und die Inhaltskontrolle. Die Einbeziehungskontrolle regelt, ob Vertragsbedingungen Vertragsbestandteil geworden sind. Die Inhaltskontrolle nimmt bei erfolgreicher Einbeziehung eine Angemessenheitsprüfung vor. Bei einer Gerichtsstandsverein-

.....

5 Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 6151.

6 Becker, in: Beck'scher Online-Kommentar, BGB, 61. Ed. 2020, § 305 BGB Rn. 1.

barung nach Art. 25 EuGVVO bedarf es zunächst eines Zustandekommens, bevor die Zulässigkeit der Vereinbarung geprüft wird. Bei einer AGB-Kontrolle der Gerichtsstandsklausel wäre eine Einbeziehungskontrolle hinsichtlich des Zustandekommens und eine Inhaltskontrolle bezüglich der Zulässigkeit denkbar.

## 1. Einbeziehungskontrolle bezüglich Zustandekommens

Es stellt sich die Frage, nach welchem Recht sich das Zustandekommen einer Gerichtsstandsklausel richtet und ob eine Einbeziehungskontrolle darunterfällt. Das Zustandekommen impliziert eine Willenseinigung. Diese könnte sich nach materiellem Recht richten. Welches materielle Recht bei vertraglichen Schuldverhältnissen in Zivil- und Handelssachen, die Verbindungen zum Recht verschiedener Staaten aufweisen, anwendbar ist, regelt die Rom I-VO. Allerdings fallen nach Art. 1 II lit. e Rom I-VO Gerichtsstandsklauseln nicht in den Anwendungsbereich der Rom I-VO. Damit findet das EGBGB Anwendung, welches ins materielle Recht verweist. Da die AGB-Kontrolle im materiellen Recht verortet ist, scheint eine Einbeziehungskontrolle möglich. Hingegen stellen die Art. 25 I 3 lit. a-c EuGVVO darauf ab, dass eine Willenserklärung beim Vorliegen der formalen Kriterien vermutet wird.<sup>7</sup> Die Formanforderungen an die Einigung sind damit prozessrechtlicher Natur und werden grundsätzlich von der EuGVVO abschließend in autonomer Anwendung ohne Rückgriff auf nationales Recht geregelt. Fraglich ist, ob die prozessrechtlichen Formvorschriften eine solche Durchschlagkraft auf die Einigung und die materiell-rechtlichen Vorschriften haben, dass sie die Anwendung des nationalen Rechts – und damit die Möglichkeit einer Einbeziehungskontrolle – verdrängen. Die EuGVVO soll gewährleisten, dass Gerichtsstandsklauseln nicht unbemerkt Vertragsinhalt werden.<sup>8</sup> Art. 25 EuGVVO statuiert eine abschließende Mindestregelung<sup>9</sup> für die Einigung und die formalen Anforderungen. Die EuGVVO verdrängt als *lex specialis* das

7 Becker, in: Beck'scher Online-Kommentar, BGB, 61. Ed. 2020, § 305 BGB Rn. 1.  
8 BT-Drs. IV/1973, 82.  
9 Magnus, Sonderkollisionen für das Statut von Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsvereinbarungen?, IPRax 2016, 521 (523).

nationale Recht.<sup>10</sup> Eine Verweisung auf das nationale Recht findet in Art. 25 I 1 Hs. 2 EuGVVO, Art. 15 Nr. 3 EuGVVO und in Art. 19 Nr. 3 EuGVVO statt. Daraus folgt der Rückschluss, dass hinsichtlich der Einigung bewusst auf eine Verweisung verzichtet wurde.<sup>11</sup> Die einheitliche unionsrechtliche Regelung ist damit abschließend.<sup>12</sup> Eine Einbeziehungskontrolle nach nationalem Recht ist aufgrund des vorrangigen Anwendungsbereichs des Art. 25 EuGVVO unzulässig.<sup>13</sup> Folglich hat die EuGVVO das materielle Recht verdrängt.

### a) Verhältnis von der EuGVVO zur Klausel-RL

Allerdings ist denkbar, dass Wertungen der Klausel-RL nicht verdrängt werden können von der EuGVVO. Ebendiese Anwendbarkeit nationaler Umsetzungen der Klausel-RL könnten eine Einbeziehungsklausel umfassen. Daher muss das Verhältnis der EuGVVO zur Klausel-RL in den Blick genommen werden. Dies ist strittig: Auf der einen Seite wird der Vorrang der Klausel-RL als sekundäres Gemeinschaftsrecht gegenüber der EuGVVO daraus gezogen, dass Art. 67 EuGVVO auf ein nach europäischen Vorschriften harmonisiertes einzelstaatliches Recht abstellt.<sup>14</sup> Damit ist eine Anwendbarkeit nationaler Umsetzungen der Klausel-RL als Kontrollmaßstab von Gerichtsstandsvereinbarungen denkbar.<sup>15</sup>

Auf der anderen Seite wird argumentiert, die unionsrechtliche Auslegung der nationalen Vorschriften führe dazu, dass diese der Klausel-RL nahezu identisch seien und damit quasi ein Rückgriff auf nationale Vorschriften vorliege.<sup>16</sup> Dies sei identisch mit den Folgen einer direkten Anwendung des nationalen Rechts, sodass der Grundsatz der Unzulässigkeit der direkten Anwendung nicht eingehalten werden würde.<sup>17</sup> Dem ist klar entge-

10 Vgl. OLG Hamm IPRax 2007, 125 (126).  
11 Geimer, in: Europäisches Zivilverfahrensrecht Kommentar, 4. Aufl. 2020, Art. 25 Rn. 69.  
12 Martiny/Reithmann, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 7 Rn. 7.37.  
13 OLG Hamburg NJW 2004, 3126 (3128).  
14 Borges, Die europäische Klauselrichtlinie und der deutsche Zivilprozess, RIW 2000, 933 (937).  
15 Heinig, Grenzen von Gerichtsstandsvereinbarungen im Europäischen Zivilprozessrecht, 2010, S. 333.  
16 Pfeiffer, Die Unwirksamkeit von Gerichtsstandsklauseln nach der Klauselrichtlinie, ZEuP 2003, 141 (146).  
17 Ebd.

genzuhalten, dass identische Rechtsfolgen durch unterschiedliche Rechtsanwendungen zustande kommen können. Ein Rückschluss auf eine direkte Anwendung durch die richtlinienkonforme Auslegung ist nicht möglich. Darüber hinaus kann die EuGVVO keinen Vorrang als später erlassener Rechtsakt (*lex posterior*) beanspruchen.<sup>18</sup> Der *lex posterior*-Grundsatz schlägt fehl, da für seine Anwendbarkeit zwei Regelungen vom gleichen Organ im selben Verfahren erlassen worden sein müssten. Das europäische Parlament war allerdings bei der EuGVVO im Verfahren der Zusammenarbeit und bei der Klausel-RL im Rahmen der Anhörung beteiligt.<sup>19</sup> Auch ein Systemkonfliktpotenzial muss nicht befürchtet werden: Die Art. 15-17 EuGVVO, welche die Zuständigkeit bei Verbraucher:innensachen regeln, beziehen sich nicht auf AGB und die damit einhergehende eingeschränkte Gestaltungsfreiheit von Verbraucher:innen hinsichtlich des Vertragsschlusses.<sup>20</sup> Folglich gelangt die Klausel-RL nur in bestimmten Fällen zur Anwendung und ersetzt Art. 17 EuGVVO nicht.<sup>21</sup> Auch der Wortlaut spricht im Ergebnis dafür, dass die Anwendbarkeit der Klausel-RL nicht mit der Anwendung der EuGVVO ausgeschlossen ist: Zwar stellt der Wortlaut des Art. 25 EuGVVO detaillierte Formanforderungen, allerdings spricht die Formulierung „vereinbart“ für eine zusätzliche, materiell-rechtliche Prüfung.<sup>22</sup> Auch Art. 19 III EuGVVO enthält eine Öffnungsklausel und stellt im Wortlaut explizit auf Derogationsschranken der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ab. Darüber hinaus besteht Sinn und Zweck von Art. 25 EuGVVO darin, Parteiautonomie zu realisieren und Rechtssicherheit zu schaffen. Die Annahme, dass die in ErwGr. 19 geforderte Vertragsfreiheit durch eine weitere Kontrollinstanz zusätzlich beschränkt und die Rechtssicherheit im Zuständigkeitsrecht gefährdet werde, überzeugt nicht. Gegenteiliges ist der Fall: Mit der zusätzlichen Kontrolle durch die Anwendung der Klausel-RL wird der Parteiwille

erforscht und gestärkt.<sup>23</sup> Somit ist eine Kontrolle am Maßstab der Klausel-RL mit dem Zweck des Art. 25 EuGVVO vereinbar und stärkt sogar die Rechtssicherheit. Dies spricht im Ergebnis für die Anwendbarkeit des, in Umsetzung der Klausel-RL harmonisierten, nationalen Rechts, da die Sperrwirkung der EuGVVO entfällt.

### b) Auslegungsmaßstab der Klausel-RL – europäisch-autonom?

Anschließend stellt sich die Frage, ob unter die Klausel-RL fallende Klauseln europäisch-autonom auszulegen sind oder ob nationale Gerichte unter Zuhilfenahme nationalen Rechts die Klauseln auslegen können. Bei Letzterem ist eine Einbeziehungskontrolle denkbar. Für die europäisch-autonome Normbetrachtung spräche die – mit der Richtlinie verfolgte – Intention der Rechtsvereinheitlichung.<sup>24</sup> Allerdings ist nur ein Mindeststandard einzuhalten. Bei der Klausel-RL handelt es sich um ein Rahmenrecht.<sup>25</sup> Europäisch-autonome Grundgedanken bilden den Rahmen, während nationale Vorschriften demgegenüber subsidiär sind, den Rahmen ausfüllen und konkretisierend wirken. Klauseln müssen im Kontext des auf sie anwendbaren nationalen Rechts verstanden werden.<sup>26</sup> Wenn Art. 17 EuGVVO begrenzend herangezogen werden könnte, wäre der Anwendungsbereich situativ eingeschränkt. Nur passive, von ihrem Wohnsitz aus tätig gewordene, Verbraucher:innen würden geschützt werden. Art. 6 II Klausel-RL stellt aber auf das Recht eines Drittlandes ab und impliziert damit den Schutz aktiver Verbraucher:innen. Entsprechend verfehlt die europäisch-autonome Auslegung den Zweck der Klausel-RL. Es gibt aber argumentativen Gegenwind: Heranzuziehen sei der *effet utile*-Grundsatz, nach welchem Normenauslegungen sich am Vertragsziel orientieren. Der Richtlinienzweck bestehe in der Rechtsangleichung und Erleichterung des Binnenmarktes für internationale Verträge.<sup>27</sup>

18 *Heinig*, Grenzen von Gerichtsstandsvereinbarungen im Europäischen Zivilprozessrecht, 2010, S. 348.

19 *Leible*, Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie, RIW 2001, 422 (430).

20 *Heinig*, Grenzen von Gerichtsstandsvereinbarungen im Europäischen Zivilprozessrecht, 2010, S. 347.

21 Ebd.

22 *Kubis*, IPRax 1999, 10 (12).

23 *Heinig*, Grenzen von Gerichtsstandsvereinbarungen im Europäischen Zivilprozessrecht, 2010, S. 403.

24 *Pfeiffer*, Gerichtspflicht durch Schweigen?, ZEuP 2003, 141 (148).

25 Ebd.

26 *Leible*, Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie, RIW 2001, 422 (426).

27 Ebd.



Unterschiedliche nationale Auslegungen würden keine Angleichung bezwecken, sodass eine europäisch-autonome Bestimmung der Klausel-RL notwendig sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Klausel-RL nicht als Europäisches Zivilgesetzbuch missinterpretiert werden darf.<sup>28</sup> Sie stellt lediglich auf eine Mindestharmonisierung ab. Nationale Abweichungen werden in Art. 8 Klausel-RL explizit erlaubt. Eine Begrenzung der Klausel-RL durch Wertungen der EuGVVO führt zu einer halbzwingenden Sperrwirkung der EuGVVO.<sup>29</sup> Eine europäisch-autonome Begrenzung ist mit dem ausfüllenden Charakter der nationalen Vorschriften unvereinbar.<sup>30</sup> Eine harmonisierende Auslegung unter Zuhilfenahme der Vorschriften der EuGVVO schlägt daher fehl. Folglich können Gerichte unter Zuhilfenahme nationalen Rechts die Klauseln auslegen.

### c) Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung

Im Weiteren stellt sich die Frage, wie weitreichend die richtlinienkonforme Auslegung sein darf. Im Sinne des Art. 288 III AEUV i.V.m. Art. 4 III EUV müssen bei der Interpretation des nationalen Rechts die Vorgaben von europäischen Richtlinien berücksichtigt werden. Die Richtlinienauslegung umfasst zweierlei: Die Interpretation der Richtlinie im Rahmen des Wortsinnes und die Interpretation jenseits des Wortsinnes (sog. Rechtsfortbildung).<sup>31</sup> Maßgeblich ist, dass es zu keiner überschießenden Umsetzung kommt.<sup>32</sup> Prinzipiell lässt das Unionsrecht zu, dass Richtlinienregelungen auf außerhalb des Geltungsbereichs fallende Sachverhalte angewandt werden.<sup>33</sup> Allerdings findet dies außerhalb der richtlinienkonformen Auslegung statt, da diese nicht über den Regelungsauftrag der Richtlinie hinausgehen darf.<sup>34</sup> Somit greift bei überschießenden Umsetzungen die Sperrwirkung

28 Ebd.

29 Andere Ansicht: Pfeiffer, Gerichtspflicht durch Schweigen?, ZEuP 2003, 141 (153).

30 Ebd. (152).

31 Lehmann-Richter, in: Beck-Online-Großkommentar zum Zivilrecht, 2022, § 305 Rn. 42.

32 Kroll-Ludwigs/Ludwigs, Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen, ZJS 2009, 7 (9).

33 EuGH WM 2020, 881 (882).

34 Habersack/Mayer, in: Europäische Methodenlehre – Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Aufl. 2015, § 14 Rn. 26.

der EuGVVO. Die richtlinienkonforme Auslegung darf – damit sie nicht von der EuGVVO verdrängt wird – nicht weiter reichen, als der, durch den Geltungsbereich der Richtlinie begrenzten, Umsetzungsbefehl.

### d) Einbeziehungskontrolle innerhalb des Geltungsbereichs?

Das „Wie“ der richtlinienkonformen Auslegung wurde geklärt. Anschließend stellt sich die Frage, ob die Einbeziehungskontrolle innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie fällt. Denn wie bereits erörtert, wird nationales Recht außerhalb des Geltungsbereichs der Klausel-RL von der EuGVVO verdrängt. Die EuGVVO entfaltet lediglich dann keine Sperrwirkung, wenn die Einbeziehungskontrolle unter den Geltungsbereich der Klausel-RL zu subsumieren ist. Mithilfe der Einbeziehungskontrolle wird geprüft, ob AGB wirksam in einen Vertrag einbezogen wurden.<sup>35</sup> § 305 II Nr. 2 BGB stellt auf eine mögliche Kenntnisnahme ab. Telos ist die Verschärfung der Einigungsvoraussetzungen zugunsten der Verbraucher:innenseite.<sup>36</sup> Die Klausel-RL stellt auf Missbräuchlichkeit von Klauseln ab. Zunächst muss die geforderte Missbräuchlichkeit definiert werden, bevor eine mögliche Subsumtion des Regelungsgehalts der Einbeziehungskontrolle darunter erörtert werden kann. Bei der Auslegung des Unionsrechts ist auf die bekannten Auslegungsmethoden zurückzugreifen. Art. 3 I Klausel-RL stellt als Maßstab für die Missbräuchlichkeit auf ein „erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis“ entgegen Treu und Glauben ab. Der Wortlaut spricht für eine Inhaltsprüfung. Nach ErwGr. 20 Klausel-RL muss die Kenntnisnahme der Klausel möglich sein. Dies könnte für eine Einbeziehungskontrolle sprechen. Allerdings sind Erwägungsgründe rechtlich nicht verbindlich und dürfen nicht bei einer richtlinienkonformen Umsetzung herangezogen werden, um von dem Bestimmungsgehalt des Haupttextes der Richtlinie abzuweichen.<sup>37</sup> Sie dienen bloß der Ermittlung des Richtlinienzwecks.<sup>38</sup> Der Haupttext

35 Preis, in: Der Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2020, C, Rn. 75.

36 Lehmann-Richter, in: Beck-Online-Großkommentar zum Zivilrecht, 2022, § 305 Rn. 191.

37 EuGH EuZW 2014, 703 (704).

38 Lehmann-Richter, in: Beck-Online-Großkommentar zum Zivilrecht, 2022, § 305 Rn. 50.

stellt mit der geforderten Verständlichkeit nicht auf die formelle, sondern auf die inhaltliche Transparenz ab.<sup>39</sup> Dies bekräftigt das Transparenzgebot<sup>40</sup> in Art. 5 Klausel-RL, welches auf nationaler Ebene mit § 307 I 2 BGB umgesetzt wurde.<sup>41</sup> Eine historische Auslegung spricht ebenfalls gegen eine Subsumtion der Einbeziehungskontrolle unter die Klausel-RL, da der ursprüngliche Richtlinien-vorschlag im Jahr 2008 die Erweiterung der Klausel-RL um eine Einbeziehungskontrolle vorsah.<sup>42</sup> Aufgrund von Kritik wurde die Ergänzung nicht vorgenommen.<sup>43</sup> Außerdem ist in 2.2. der Leitlinien<sup>44</sup> vermerkt, dass Fragen nach dem Zustandekommen nicht in der Klausel-RL geregelt sind. Der Regelungsgehalt der Einbeziehungskontrolle fällt demnach nicht unter die Klausel-RL.<sup>45</sup> Damit entfaltet die EuGVVO ihre Sperrwirkung. Hinsichtlich des Zustandekommens von Gerichtsstandsvereinbarungen wird daher eine Einbeziehungskontrolle abgelehnt.

## 2. Inhaltskontrolle bezüglich Zulässigkeit

Ein Teil der AGB-Kontrolle ist damit ausgeschlossen. Es bleibt die Möglichkeit einer Inhaltskontrolle bezüglich der Zulässigkeit von Gerichtsstandsklauseln. Die Zulässigkeit legt fest, in welchem Rahmen eine Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen werden darf.<sup>46</sup> Sie untersteht dem Prozessrecht und ist von der EuGVVO grundsätzlich abschließend in autonomer Anwendung ohne Rückgriffmöglichkeit auf nationales Recht geregelt.<sup>47</sup>

39 *Saare/Sein*, Transparenzgebot der AGB-Klauseln in den Verbraucherverträgen, *Juridica International* 2012, 59 (63).

40 *Pfeiffer*, Entwicklungen und aktuelle Fragestellungen des AGB-Rechts, *NJW* 2017, 913 (914).

41 *Fandrich*, in: Graf von Westphalen (Hg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 47. EL 2021, Darlehensvertrag Rn. 81.

42 *Lehmann-Richter*, in: Beck-Online-Großkommentar zum Zivilrecht, 2022, § 305 Rn. 42.

43 Ebd.

44 Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 27.09.2019, *Amtsblatt der EU*, C323/4.

45 Offenlassend: OLG Düsseldorf *NJW-RR* 1989 (1332).

46 *Mankowski*, in: *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR* Kommentar, 5. Aufl. 2021, Art. 25 Rn. 81.

47 Ebd., Rn. 135.

Die Derogation einer sich aus Art. 24 EuGVVO ergebenden ausschließlichen internationalen Zuständigkeit ist unzulässig.<sup>48</sup> Damit wirtschaftlich oder sozial schwachen Parteien kein Gerichtsstand aufgezwungen werden kann, gibt es einseitig zwingende Gerichtsstände in der EuGVVO.<sup>49</sup> Die Derogation dieser Gerichtsstände hat keine Wirkung gem. Art. 25 IV EuGVVO.

Auch bei der Inhaltskontrolle besteht die Möglichkeit, dass Wertungen der Klausel-RL nicht von der EuGVVO verdrängt werden. Die Generalklausel des § 307 BGB – das Herzstück der Inhaltskontrolle – ist anwendbar, wenn Klauselverbote ausgeschlossen werden konnten oder nach § 310 BGB der Anwendungsbereich der §§ 308, 309 BGB nicht eröffnet ist.<sup>50</sup> Mit der Inhaltskontrolle wird geprüft, ob eine Klausel eine unangemessene Benachteiligung entgegen Treu und Glauben wegen Unverständlichkeit oder Unklarheit darstellt gem. § 307 I BGB. Konkretisierend führt § 307 II BGB rechtliche Kriterien zur Begründung der Unwirksamkeit an: die Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken von der abweichenden gesetzlichen Regelung (Nr. 1, sog. Leitbild des dispositiven Rechts) oder die Einschränkung wesentlicher, sich aus der Vertragsnatur ergebenden Rechte und Pflichten, die den zu erreichenden Vertragszweck gefährden (Nr. 2, sog. Aushöhlungsverbot). Durch § 310 III Nr. 3 BGB findet eine Erweiterung des Anwendungsbereichs bei Verbraucher:innenverträgen auf die den Vertragsschluss begleitende Umstände statt. Um beurteilen zu können, ob eine Inhaltskontrolle vom Geltungsbereich der Klausel-RL umfasst ist, muss dieser genauer beleuchtet werden. Art. 1 I Klausel-RL legt als Ziel den Verbraucher:innenschutz vor missbräuchlichen Klauseln fest. Art. 3 I Klausel-RL stellt als Kontrollmaßstab auf Treu und Glauben ab. Auch die Inhaltskontrolle greift darauf zurück.<sup>51</sup> Ein konzeptioneller Unterschied zwischen Klausel-RL und nationaler Inhaltskontrolle besteht in der Verbraucher:innenstellung.<sup>52</sup>

48 *Schäuble*, in: *Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis*, 4. Aufl. 2021, § 16 Rn. 186.

49 *Hess*, *Europäisches Zivilrecht*, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 6151.

50 *Eckelt*, in: Beck-Online-Großkommentar zum Zivilrecht, 2022, § 307 BGB Rn. 4.

51 *Pfeiffer*, *Entwicklungen und aktuelle Fragestellungen des AGB-Rechts*, *NJW* 2017, 913 (914).

52 Ebd.

Während Art. 3 I Klausel-RL explizit auf den „Nachteil des Verbrauchers“ abstellt, differenziert das deutsche AGB-Recht lediglich in § 310 III BGB zwischen Unternehmer:innen und Verbraucher:innen. Daraus folgt, dass eine richtlinienkonforme Inhaltskontrolle zum Verbraucher:innenschutz stattfindet. Weiter werden in Art. 4 I Klausel-RL die „den Vertragsabschluss [sic!] begleitenden Umstände“ berücksichtigt. Dies impliziert eine Individualprüfung, während die nationale Inhaltskontrolle eine abstrakte Kontrolle vornimmt. Dass die Klausel-RL auf keine objektive Prüfung abzielt, bekräftigen die englische und französische Richtlinienfassungen, in welchen auf „imbalance“ und „déséquilibre“ abgestellt wird.<sup>53</sup> Beides kann mit „Ungleichgewicht“ ins Deutsche übersetzt werden, was eine Prüfung anhand subjektiver Wertungskriterien impliziert. Entscheidend ist außerdem, dass nationale AGB-Kontrollen bei der Angemessenheitsprüfung den gesamten Vertragsinhalt zur Bewertung heranziehen.<sup>54</sup> Die Klausel-RL hingegen betrachtet lediglich einzelne Klauseln. Begleitumstände können Berücksichtigung finden, nie aber der gesamte Vertragsinhalt. Das Transparenzgebot findet sich in Art. 5 Klausel-RL mit der Forderung wieder, dass Klauseln „klar und verständlich abgefasst“ sein müssen. Ebendiese inhaltliche Transparenz fordert § 307 I 2 BGB. Eine Inhaltskontrolle fällt folglich in den Geltungsbereich der Klausel-RL.

### a) Inhaltskontrolle einer Gerichtsstandsvereinbarung

Es stellt sich die Frage, inwiefern eine Inhaltskontrolle einer Gerichtsstandsvereinbarung möglich ist. Art. 3 III Klausel-RL verweist auf den Richtlinienanhang. Dieser besteht aus einer nicht abschließenden Liste von Klauseln, die als missbräuchlich eingestuft werden können. Anhang Nr. 1 lit. q Klausel-RL stellt darauf ab, dass Verbraucher:innen „die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, genommen oder erschwert wird“. Strittig ist, ob

Gerichtsstandsvereinbarungen darunter zu subsumieren sind.<sup>55</sup> Dagegen spräche der Wortlaut des Anhangs Nr. 1 lit. q Klausel-RL, welcher auf die gesetzliche Beweislage und die Beweismittelverfügbarkeit abstellt.<sup>56</sup> Gerichtsstände hätten keinen Einfluss auf Beweislagen. Weiter hätte das Europäische Parlament vorgeschlagen, Zuständigkeitsklauseln explizit in der Klausel-RL zu erwähnen, allerdings sei der Richtliniengeber dem nicht nachgekommen.<sup>57</sup> Dem ist klar zu entgegen, dass ein von einer:m Verbraucher:in weit entferntes zuständiges Gericht die Zugriffsmöglichkeit auf Beweismittel, etwa Inaugenscheinnahmen, durch anfallende Transportkosten erschwert. Weiter enthält der Richtlinienanhang nur Regelbeispiele und bestimmt den Schutzbereich nicht abschließend.<sup>58</sup> Für eine Subsumtion der Gerichtsstandsklausel unter Anhang Nr. 1 lit. q Klausel-RL spricht der Schutzzweck der Klausel-RL.<sup>59</sup> Das bezweckte Mindestschutzniveau wird durch ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen gefährdet.<sup>60</sup> Ein geringer Streitwert kombiniert mit einem weit entfernten Gericht, schreckt Verbraucher:innen von der Rechtswegbeschreitung ab.<sup>61</sup> Die Einlegung von Rechtsbehelfen wird erschwert, was in Anhang Nr. 1 lit. q Klausel-RL statuiert ist. Ferner ermöglicht die Wahl eines in der Nähe der eigenen Niederlassung gelegenen Gerichts Unternehmer:innen ein kostengünstiges Erscheinen, auch wegen möglicher örtlicher Prozessbündelung, vor Gericht.<sup>62</sup> Dieses ungerechtfertigte Missverhältnis spricht gegen das Gebot von Treu und Glauben und kann missbräuchlich sein.<sup>63</sup> Bei Missbräuchlichkeit einer in den AGB enthaltenden Gerichtsstandsvereinbarung kann gerichtlich eine Inhaltskontrolle stattfinden.

53 Pfeiffer, Die Unwirksamkeit von Gerichtsstandsklauseln nach der Klauselrichtlinie, ZEuP 2003, 141 (150).

54 Wendland, in: Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. 2019, § 307 Rn. 124.

55 Borges, Die europäische Klauselrichtlinie und der deutsche Zivilprozess, RIW 2000, 933 (937).

56 Leible, Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie, RIW 2001, 422 (425).

57 Ebd.

58 Leible, Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie, RIW 2001, 422 (425).

59 Borges, Die europäische Klauselrichtlinie und der deutsche Zivilprozess, RIW 2000, 933 (937).

60 Ebd.

61 EuGH NJW 2000, 2571 (2572).

62 Ebd.

63 Hau, Vorgaben des EuGH zur Klausel-Richtlinie, IPPrax 2001, 96 (96).

## b) Inhaltskontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr

Eine Inhaltskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im B2B-Bereich scheint ausgeschlossen, da die Klausel-RL für B2C-Verträge gilt. Überschießende Umsetzungen werden nach Art. 8 Klausel-RL nur zur Gewährleistung eines höheren Verbraucher:innenschutzes zugelassen. Bei Gerichtsstandsklauseln in B2B-Verträgen scheidet eine Inhaltskontrolle im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung aufgrund des auf Verbraucher:innen beschränkten Geltungsbereichs aus. Was aber passiert bei der Zession einer Forderung aus einem B2C-Vertrag mit enthaltender Gerichtsstandsklausel an eine:n Unternehmer:in? Es drängt sich die Frage auf, ob Rechtsnachfolger:innen an die Gerichtsstandsklausel gebunden sind und wenn ja, ob diese einer Inhaltskontrolle zugänglich ist. Aus Art. 25 I EuGVVO ergibt sich nicht, ob eine Gerichtsstandsklausel für Dritte wirken kann. Die materiell-rechtliche Prüfung wird aber nicht auf Verbraucher:innen beschränkt. Gegen eine Bindungswirkung spräche, dass Gerichtsstandsklauseln auf partei-autonomer Willensbildung beruhen.<sup>64</sup> Der:Die Zessionar:in sei nicht am Zustandekommen der Klausel beteiligt. Daraus ergäbe sich eine Wirkung im Verhältnis der zugestimmten Personen (inter partes).<sup>65</sup> Allerdings entscheidet sich der:die Zessionar:in partei-autonom für die Forderungs-abtretung mit dem Wissen über die Gerichtsstandsvereinbarung. Die Vorhersehbarkeit schafft Rechtssicherheit. Zwar kann eine Gerichtsstandsklausel belastend sein, allerdings führt dies zu keinem verbotenen Vertrag zu Lasten Dritter.<sup>66</sup> Vielmehr ist die Vereinbarung eine potenzielle Belastung des Drittanspruchs und damit eine Nebenpflicht.<sup>67</sup> Die Gerichtsstandsklausel dient außerdem als Instrument gegen „forum planning“.<sup>68</sup> Ohne Bindungswirkung hätte der:die Zessionar:in die Möglichkeit sich ein Forum auszusuchen, was

64 Rieländer, Missbrauchskontrolle und Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen bei der Rechtsnachfolge nach der EuGVVO, EuZW 2021, 391 (391 f.).

65 EuGH EuZW 2013, 316 (318).

66 Gebauer, Zur Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen bei Vertragsketten, IPRax 2001, 471 (472).

67 Ebd.

68 Geimer, Schwindende Rechtssicherheit bei der Forumplanung in der Europäischen Union, RIW 2021, 261 (263).

nicht mit der beabsichtigten Vorhersehbarkeit des Forums einhergeht. Gerade wegen der Bindung kann der:die Zessionsschuldner:in ungewollte Gerichtsstandssklauseln nicht durch Abtretung – etwa an Tochterunternehmen – loswerden.<sup>69</sup>

Eine Bindungswirkung könnte nur bei Eintritt in alle Rechte und Pflichten der ursprünglichen Vertragspartei angenommen werden.<sup>70</sup> Dies führt allerdings zu einem Vertrag zu Lasten der Forderungsschuldner:innen, da Zessionare:innen den Forderungsinhalt ohne Mitwirkungsmöglichkeit verändern könnten.<sup>71</sup> Folglich muss die Vereinbarung sich ohne ausdrückliche Übernahme aller Pflichten und Rechte erstrecken.<sup>72</sup> Der Separationsgedanke aus Art. 25 V EuGVVO steht dem nicht entgegen, da dem Hauptvertrag anhaftende Mängel keinerlei Relevanz für die Gerichtsstandsklausel beigemessen werden.<sup>73</sup> Die Bindungswirkung der Gerichtsstandsklausel setzt keine Übernahme aller Rechte und Pflichten voraus. Rechtsnachfolger:innen sind folglich ohne weiteres Zutun an eine Gerichtsstandsvereinbarung gebunden.

Fraglich ist, ob Unternehmer:innen als Rechtsnachfolger:innen die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Inhaltskontrolle haben. Dagegen spräche der Wortlaut des Art. 6 I Klausel-RL, welcher auf Verbraucher:innen abstellt. Man könnte den Entzug von Unternehmen in die Schiedsgerichtsbarkeit oder Drittstaaten mit inkludierten Abtretungsverboten<sup>74</sup>, als bei der Rechtsanwendung nicht zu berücksichtigende praktische Auswirkungen werten, die allenfalls in der Gesetzgebung berücksichtigt werden dürften. Mit der Klausel-RL solle das ungleiche Machtverhältnis bei Vertragsschluss kompensiert werden. Unternehmer:innen seien nicht schützenswert.

69 Thon, AGB-Kontrolle und Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der EuGVVO, IPrax 2022, 236 (243).

70 EuGH RRA 2021, 19 (23).

71 Ebd. (242).

72 Rieländer, Missbrauchskontrolle und Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen bei der Rechtsnachfolge nach der EuGVVO, EuZW 2021, 391 (394).

73 Müller, EuGVVO: Internationale Zuständigkeit bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Emissionsprojekten, EuZW 2016, 419 (422).

74 Lehmann, CJEU Significantly Weakens Jurisdiction Clauses in Case of Assignment, CJEU (30.11.2020).

Allerdings muss hinsichtlich des Schutzzweckes der maßgebliche Zeitpunkt in Blick genommen werden. Der Wortlaut des Art. 1 I Klausel-RL stellt auf die Eigenschaft der Vertragsparteien und nicht die der Prozessparteien ab. Entscheidend ist die Parteieigenschaft bei Vertragsschluss.<sup>75</sup> Aus teleologischer Sicht ist unbeachtlich, wer nach Vertragsschluss prozessiert.<sup>76</sup> Dies steht auch nicht konträr dazu, dass ein Berufen auf Art. 18 EuGVVO durch den Verlust des Verbraucher:innenstatus nicht mehr möglich ist.<sup>77</sup> Während der Schutzbereich des Art. 18 EuGVVO auf das strukturelle Machtgefälle bei Klageerhebung abstellt, kommt es bei der Klausel-RL auf das Ungleichgewicht im Vertragsabschlussmoment an. Dass eine auf den B2C-Verkehr beschränkte Klauselkontrolle nicht mit dem Vereinheitlichungszweck der EuGVVO einhergeht, ist wegen der Ablehnung der europäisch-autonomen Auslegung irrelevant. Der Verbraucher:innenschutzgedanke der Klausel-RL muss bei der Forderungszession bestehen bleiben. Bei Entzug des materiell-rechtlichen Verbraucher:innenschutzes durch die Zession würde mit dem Forderungserwerb eine Wertminderung einhergehen.<sup>78</sup> Rechtslogisch ist, dass eine nichtige Gerichtsstandsklausel durch Abtretung nicht wirksam wird. Eine richtlinienkonforme Inhaltskontrolle muss Rechtsnachfolger:innen möglich sein.

### c) Geltendmachung der Missbräuchlichkeit

Gerichtlich wird die Unverbindlichkeit einer missbräuchlichen Klausel festgestellt. Anknüpfend stellt sich die Frage, ob ein darauf gerichteter Antrag notwendig ist, oder ob eine Klauselkontrolle ipso iure stattfindet. Das Machtgefälle der Parteien lässt sich nur durch gerichtliches Eingreifen ausgleichen.<sup>79</sup> Darauf deutet Art. 7 I Klausel-RL, welcher auf angemessene und wirksame Mittel zur Verhinderung missbräuchlicher Klauseln abstellt. Art. 7 II Klausel-RL

statuiert, dass Verbraucher:innenschutzverbände Gerichte anrufen können. Damit soll Verbraucher:innen erspart bleiben, ein missbräuchliches Forum aufzusuchen.<sup>80</sup> Es ist zweckfremd, dies zur Geltendmachung einer Zuständigkeitsrüge vorzusetzen.<sup>81</sup> Die Prüfung von Amts wegen ist ein geeignetes Mittel dafür, die Bindung an missbräuchliche Klauseln zu verhindern im Sinne des Art. 6 Klausel-RL. Dem ist nicht entgegenzuhalten, dass Art. 6 I Klausel-RL auf die materiell-rechtliche Wirkung einer Klausel abstellt.<sup>82</sup> Prozessuale Wirkungen sind notwendig, um dem Regelungszweck der Richtlinie zu genügen. Der Europäischen Gemeinschaft kommt die Kompetenz für die Angleichung des nationalen Zivilprozessrechts zu, da dies eine Binnenmarktrelevanz hat.<sup>83</sup> Dies geht auch mit dem in ErwGr. 21 zu findenden Terminus „müssen“ einher. Dem wird nur gerecht, wenn die Klausel ohne weiteres Zutun unverbindlich wird.<sup>84</sup> Die für Gewerbetreibende vorhersehbare Prüfung schreckt von der Verwendung missbräuchlicher Klauseln ab. Dies wirkt sich positiv auf die Effektivität der Richtlinie aus.<sup>85</sup>

Möglich ist allerdings, dass die Geltendmachung der Missbräuchlichkeit nach gerichtlichem Hinweis unerwünscht ist.<sup>86</sup> Dies ist wegen des Verbraucher:innenschutzes und der Parteiautonomie zuzulassen und geht mit dem Gedanken der rügelosen Einlassung einher, mit dem Unterschied des notwendigen gerichtlichen Hinweises.<sup>87</sup> Nationale Gerichte sollten folglich verpflichtet sein, von Amts wegen die Gerichtsstandsvereinbarung auf mögliche Missbräuchlichkeit zu prüfen.<sup>88</sup>

75 EuGH RRa 2021, 19 (22).

76 Thon, AGB-Kontrolle und Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der EuGVVO, IPrax 2022, 236 (240).

77 Vgl. EuGH MDR 2018, 543 (544).

78 Thon, AGB-Kontrolle und Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der EuGVVO, IPrax 2022, 236 (240).

79 EuGH NJW 2000, 2571 (2572).

80 Pfeiffer, Die Unwirksamkeit von Gerichtsstandsklauseln nach der Klauselrichtlinie, ZEuP 2003, 141 (153).

81 Ebd.

82 Vgl. Borges, AGB-Kontrolle durch den BGH, NJW 2001, 2061 (2062).

83 Leible, Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie, RIW 2001, 422 (427).

84 Pfeiffer, Die Unwirksamkeit von Gerichtsstandsklauseln nach der Klauselrichtlinie, ZEuP 2003, 141 (148).

85 EuGH EuZW 2011, 27 (30).

86 EuGH EuZW 2009, 503 (504).

87 Pfeiffer, Prüfung missbräuchlicher Klauseln von Amts wegen (Gerichtsstand), NJW 2009, 2367 (2369).

88 Mayer, Missbräuchliche Gerichtsstandsvereinbarungen in Verbraucherverträgen, GPR 2009, 220 (223).

Bei positivem Ergebnis muss ein gerichtlicher Hinweis erfolgen und die Möglichkeit der Einlassung gegeben werden.<sup>89</sup>

### III. Fazit

Eine zwischen Verbraucher:in und Unternehmer:in geschlossene Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 25 EuGVVO ist einer AGB-Kontrolle im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts an der Klausel-RL zugänglich. Die Einbeziehungskontrolle ist nicht unter den Geltungsbereich der Klausel-RL zu subsumieren und damit nicht bei der Prüfung des Zustandekommens vorzunehmen. Hingegen fällt die Inhaltskontrolle bezüglich der Zulässigkeit in den Geltungsbereich der Klausel-RL. Klauseln müssen nach Art. 3 I Klausel-RL auf Missbräuchlichkeit und nach Art. 5 S. 1 Klausel-RL auf hinreichende inhaltliche Transparenz überprüft werden. Im konkreten Einzelfall soll geprüft werden, ob eine Klausel aufgrund der einzelfallspezifischen, zum Vertragsabschlusszeitpunkt bestehenden Umstände subjektiv missbräuchlich war. Das ist etwa der Fall, wenn der Gerichtsstand weit vom Wohnort der Verbraucher:innen entfernt ist und dies die Einlegung von Rechtsbehelfen erschwert im Sinne von Anhang Nr. 1 lit. q Klausel-RL. Grundsätzlich ist die Inhaltskontrolle auf Verbraucher:innenverträge beschränkt. Unternehmer:innen können sich auf diese Kontrollmöglichkeit nur berufen, wenn ihnen eine Forderung aus einem Vertrag mit entsprechender Klausel abgetreten wurde. Entscheidend ist die Verbraucher:inneneigenschaft zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zur Erstreckung des Wirkungsbereichs der Klausel-RL. Sobald die Vereinbarung einmal unter den Geltungsbereich subsumiert werden kann, greift die Schutzwirkung und darf auch bei Forderungsabtretung nicht entfallen. Sofern eine Kontrolle vorgenommen werden kann, muss diese von Amts wegen erfolgen. Bei festgestellter Missbräuchlichkeit muss die Möglichkeit der Einlassung gegeben werden. Wird diese Option nicht wahrgenommen, muss das Gericht seine Zuständigkeit ablehnen.

- **Florentine Wiethoff** studiert Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer im Schwerpunkt II bei Prof. Dr. Wurmnest eingereichten Hausarbeit.

.....

<sup>89</sup> *Heinig*, Die AGB-Kontrolle von Gerichtsstandsklauseln, EuZW 2009, 885 (886).

# Impressum

## Hamburger Rechtsnotizen

**14. Jahrgang (2024/1) – Heft 1 – Juni 2024**

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

[www.hamburger-rechtsnotizen.de](http://www.hamburger-rechtsnotizen.de)

### Redaktion

Paul Ole Gasthuber (Chefredaktion)

Antonia Peikert (Chefredaktion)

Frithjof Winkler (Chefredaktion)

Nora Behrens

Mirjam Dreßler

Laura Freiberger

Keri Grammes

Yannick Häntzschel

Sarah Hoppe

Felicitas Pook

Johannes Schurian

Tim Wissemann

E-Mail: [redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de)

### Vertrieb und Abonnements

Professor Dr. Aziz Epik

E-Mail: [vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de)

### Layout

Simon Schmitz

[simon@nomisschmitz.com](mailto:simon@nomisschmitz.com)

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

### Website

Paul Ole Gasthuber

### Satz und Druck

Buch- & Offsetdruckerei Stubbemann GmbH

„Unidruck.eu“

Bundesstraße 10

20146 Hamburg

Telefon: 040/44 82 19

### 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](mailto: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.

### Zitiervorschlag

Die Hamburger Rechtsnotizen können Sie wie folgt zitieren:

Bei der ersten Nennung:

Autor:in, Hamburger Rechtsnotizen (HRN) 20XX, X (X+n).

*Nachname Autor:in, Zeitschrift Jahr, Seitenzahl des Beginns des Beitrages (Seitenzahl der konkreten Fundstelle).*

Bei jeder weiteren Nennung:

Autor:in, HRN 20XX, X (X+n)

*Nachname Autor:in, Kurzbezeichnung Zeitschrift Jahr, Seitenzahl des Beginns des Beitrages (Seitenzahl der konkreten Fundstelle).*

[hamburger-rechtsnotizen.de](http://hamburger-rechtsnotizen.de)

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

# Hamburger Rechtsnotizen

