

# Frankfurt Law Review

Rechtswissenschaftliche Zeitschrift von Studierenden  
der Goethe-Universität Frankfurt am Main

- 
- 56** *Konzept und Geschichte der Staatsbürgerschaft bei Ernst-Wolfgang Böckenförde im Kontext des „Boundary Problems“*  
Jannik Tobias Oestmann
- 
- 65** *Zur bestimmten Negation bei Adorno und Naucke – Adornos Auffassung von Freiheit und sein Einfluss auf Nauckes Konzeption des negativen Strafrechts*  
Joshua Bischoff
- 
- 73** *Grenzenlose Jurisdiktion? – Die völkerrechtliche Zulässigkeit von US-Sekundärsanktionen (Secondary Sanctions)*  
Clara Labus
- 
- 91** *Regimewechsel zur effizienteren Ausgestaltung von Planungs- und Genehmigungsverfahren? – Die fortwährende Konkurrenzsituation zwischen Planfeststellung und immissionsschutzrechtlicher Genehmigung*  
Rebecca Schäfer
- 
- 98** *Die strafrechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit – Eine Analyse der Entscheidungsstruktur des Bundesverfassungsgerichts*  
Philipp Kronier
- 
- 107** *Neue Lösungsansätze zur Wissenszurechnung im Konzern vor dem Hintergrund moderner Informationssysteme – Eine versäumte Chance bei den Dieselfällen?*  
Daniel Schellenberg
- 
- 114** *Umweltzerstörung im Krieg – Die Rolle des Umweltkriegsverbrechens in Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) ISiGH-Statut am Beispiel der Angriffe auf Atomkraftwerke in der Ukraine*  
Sophie Wilson

frankfurtlawreview.de

ISSN 2940-7109

1. Jahrgang

02/2023

# Inhaltsverzeichnis

- IV** *Grußwort*  
Dr. Wilhelm Wolf

#WorkInProgress

- VII** *Promotionen an der Goethe-Universität*  
Jasmin Brieske

## Grundlagen des Rechts

- 56** *Konzept und Geschichte der Staatsbürgerschaft bei Ernst-Wolfgang Böckenförde im Kontext des „Boundary Problems“*  
Jannik Tobias Oestmann

- 65** *Zur bestimmten Negation bei Adorno und Naucke – Adornos Auffassung von Freiheit und sein Einfluss auf Nauckes Konzeption des negativen Strafrechts*  
Joshua Bischoff

## Öffentliches Recht

- 73** *Grenzenlose Jurisdiktion? – Die völkerrechtliche Zulässigkeit von US-Sekundärsanktionen (Secondary Sanctions)*  
Clara Labus

- 91** *Regimewechsel zur effizienteren Ausgestaltung von Planungs- und Genehmigungsverfahren? – Die fortwährende Konkurrenzsituation zwischen Planfeststellung und immissionsschutzrechtlicher Genehmigung*  
Rebecca Schäfer

- 98** *Die strafrechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit – Eine Analyse der Entscheidungsstruktur des Bundesverfassungsgerichts*  
Philipp Kronier

## Zivilrecht

- 107** *Neue Lösungsansätze zur Wissenszurechnung im Konzern vor dem Hintergrund moderner Informationssysteme – Eine versäumte Chance bei den Dieselfällen?*  
Daniel Schellenberg

## Strafrecht

- 114** *Umweltzerstörung im Krieg – Die Rolle des Umweltkriegsverbrechens in Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut am Beispiel der Angriffe auf Atomkraftwerke in der Ukraine*  
Sophie Wilson

# Impressum

## **Frankfurt Law Review**

Frankfurt am Main,  
gegründet im Jahr 2022

## **Frankfurt Law Review**

Goethe-Universität Frankfurt a.M.  
c/o Prof. Dr. Marina Wellenhofer  
Hauspostfach 29  
60629 Frankfurt am Main  
[www.frankfurtlawreview.de](http://www.frankfurtlawreview.de)  
[redaktion@frankfurtlawreview.de](mailto:redaktion@frankfurtlawreview.de)

## **Erscheinungsort**

Frankfurt am Main

## **Erscheinungsweise**

Die Frankfurt Law Review erscheint  
halbjährlich online auf der Webseite  
[www.frankfurtlawreview.de](http://www.frankfurtlawreview.de).

## **ISSN**

2940-7109

## **Konzept Außenlayout**

Björn T. Bölkow

## **Schriftleitung**

Stella Richter

## **Redaktion**

Stella Richter  
Maren Sielker  
Phil M. Kievel  
Richard Brass  
Arthur Laux  
Bero Gebhard

Julius Feldmann  
Jonas Weber  
Adriana Carolina Jinschek Jordano  
Verena Schulz  
Baran Emekli  
Valentin Kopelev  
Victoria Dintelmann

## **Urheberrechte**

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und darin enthaltene Abbildungen sind unter der Creative Commons Lizenz (CC BY 4.0) lizenziert. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen sowie kommerziellen Gebrauch.

## **Einsendungen**

Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch die Frankfurt Law Review überträgt die Autorin der Frankfurt Law Review ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verarbeitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrags ist die Autorin berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

## **Wissenschaftlicher Beirat**

Prof. Dr. Marina Wellenhofer  
Prof. Dr. Tobias Tröger  
Assoc. Prof. Christina Hießl  
Dr. Viktoria Kraetzig  
Prof. Dr. Tobias Singelnstein  
Dr. Sarah Zink  
Prof. Dr. Andrea Kießling  
Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann  
Prof. Dr. Guido Pfeifer  
Dr. Susanne Paas  
Dr. Daria Bayer

**Frankfurt  
Law Review**

# Vorwort der Redaktion

Liebe Leserinnen,

wir freuen uns, Ihnen nach einem halben Jahr die zweite Ausgabe der Frankfurt Law Review präsentieren zu können. Trotz dieser für uns sehr schnell vergangenen Zeit hat sich die Zeitschrift deutlich weiterentwickelt. Wurde die erste Ausgabe noch von den vier Gründerinnen herausgegeben, so ist unser Redaktionsteam inzwischen auf 14 engagierte Studentinnen und Doktorandinnen angewachsen, die alle von unserem Ziel begeistert sind, jungen Juristinnen und ihrer rechtswissenschaftlichen Forschung eine Stimme in der Wissenschaft zu geben. Gleichzeitig haben wir uns vor allem an unserer Frankfurter Heimatuniversität, aber auch darüber hinaus als studentische juristische Zeitschrift bekannt gemacht.

Leider wird uns unsere Mitgründerin Marina von Borstel nun nach ihrem Examen verlassen. Wir gratulieren ihr herzlich zum erfolgreichen Abschluss ihres Studiums und wünschen ihr für ihr Praktikum in Vietnam und das anschließende Referendariat nur das Beste. Zugleich möchten wir ihr für ihr Herzblut danken, das sie in den Aufbau unserer Zeitschrift gesteckt hat und für ihr Engagement, das sie allen bürokratischen Hürden zum Trotz auf dem Weg zum eingetragenen gemeinnützigen Verein gezeigt hat.

Auch für diese Ausgabe haben wir wieder eine Auswahl herausragender Aufsätze zusammengestellt, die sich mit spannenden und aktuellen Rechtsfragen befassen. Zunächst gibt Jannik Tobias Oestmann einen Einblick in die Wandelbarkeit des Staatsvolksbegriffs in Böckenfördes Konzept der Staatsbürgerschaft, anschließend analysiert Joshua Bischoff in seinem Beitrag, wie sich der Einfluss Adornos bei Wolfgang Nauckes Konzeption des negativen Strafrechts zeigt. Daneben reihen sich hochaktuelle Themen wie Clara Labus' Beurteilung der völkerrechtlichen Zulässigkeit von US-Sekundärsanktionen sowie Sophie Wilsons Darstellung des Umweltschutzes durch den IStGH vor dem Hintergrund des Angriffs auf Atomkraftwerke in der Ukraine. Einen innovativen Ansatz liefert Daniel Schellenberg mit seinem Beitrag zur Wissenszurechnung im Konzern. Im Anschluss an ein viel diskutiertes und vergangenes Jahr abgeschlossenes Gesetzgebungsverfahren bewertet Rebecca Schäfer die Sinnhaftigkeit eines Regimewechsels in verwaltungsrechtlichen Planungs- und Genehmigungsverfahren. Zudem analysiert Philipp Kronier in einem verfassungstheoretischen Beitrag die strafrechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.



Wir danken allen Autorinnen für die spannenden Einsendungen, die reibungslose Zusammenarbeit und das in uns gesetzte Vertrauen zur Veröffentlichung ihrer Arbeit in unserer Zeitschrift.

Darüber hinaus gilt unser besonderer Dank unserem wissenschaftlichen Beirat für die enge Unterstützung sowohl bei unserem stetigen Wachstum als auch beim Arbeitsprozess für diese Ausgabe sowie der Universitätsbibliothek J.C. Senckenberg, die wieder die digitale Veröffentlichung der Zeitschrift übernimmt. Nicht zuletzt möchten wir uns bei allen Leserinnen bedanken, deren Interesse unsere Motivation für die Arbeit an dieser Ausgabe war und ist und für viele weitere Ausgaben in der Zukunft sein wird.

Wir wünschen viel Freude beim Lesen!

Die Redaktion der Frankfurt Law Review,  
im August 2023

# Grußwort



Liebe Leserinnen, liebe Leser,

mit der Zeit wird doch Vieles besser – und nicht nur man selbst älter. Ein der Frankfurt Law Review auch nur vergleichbares Projekt war während meiner Zeit als Student der Rechtswissenschaft am Frankfurter Fachbereich (1988 bis 1993) schlicht nicht existent. Das mag zum einen daran gelegen haben, dass die damaligen Produkte der elektronischen Textverarbeitung, soweit sie überhaupt Einsatz fanden, noch eher in den Kinderschuhen steckten und die technische Umsetzung wie die Verbreitung – Internet und Download waren noch keine Optionen – und damit letztlich auch die Finanzierung als kaum realisierbar erschienen wären. Zum anderen aber vermute ich, ohne es natürlich empirisch belegen zu können, trotz aller kritischen und interessierten Haltung, die auch die damalige Generation der Studierenden prägte, dass kein ausgeprägtes Bewusstsein dafür vorhanden war, die Teilnahme am juristischen Diskurs, der in der Rechtswissenschaft zu einem großen Teil ein literarischer ist und wohl bleiben wird, selbstverständlich schon während der akademischen Ausbildung zu beginnen und zu üben. Da scheint die heutige Generation weiter zu sein und – um ein häufig traktiertes Zitat auch in diesem Zusammenhang zu Ehren zu bringen – das ist auch gut so.

Wenn es mit dieser Publikation gelingt, ein lebendiges Forum der Debatten und des Austauschs der nachwachsenden Generation der Juristinnen und Juristen zu schaffen, liegt darin sicher ein weiterer großer Fortschritt in der akademischen Profilierung des Frankfurter Fachbereichs, die insgesamt eine erfreuliche Entwicklung genommen hat. Die Professionalität, mit der der Internetauftritt der Frankfurt Law Review und die Publikation selbst in die Öffentlichkeit getreten sind, wecken ebenso große Erwartungen wie das Niveau der schon in der ersten Ausgabe veröffentlichten Beiträge. Seine eigene Arbeit veröffentlicht zu sehen, Rückmeldungen, mitunter auch Kritiken zu erhalten, bringt den Erkenntnisprozess voran und gibt Motivation, weiter zu denken, zu argumentieren und zu forschen. Der nicht selten anzutreffenden Wahrnehmung der Verengung des juristischen Studiums auf eine alleine auf die Erlangung eines möglichst guten ersten Staatsexamens ausgerichteten Verschulung wirken die Beiträge in und das Konzept der Frankfurt Law Review jedenfalls nachhaltig entgegen. Schließlich findet sich mit dieser Publikation auch ein für die fortgeschrittene Generation leicht zugängliches Medium, in dem sie sich rasch und konzise darüber informiert halten kann, mit

welchen rechtlichen Fragestellungen sich die Studierenden tatsächlich beschäftigen und wie sie sich in den vielfältigen aktuellen juristischen Debatten positionieren.

Den Trägerverein und das Redaktionsteam kann man zu diesem großartigen Projekt nur beglückwünschen und weiterhin viel Kraft, Energie und auch die erforderliche Resilienz wünschen, die das Engagement für diese studentische Publikation erfordert. Und der schönste Lohn für alle Bemühungen sollte reichlich fließen: viele Beiträge der Studierenden und Doktoranden.

Frankfurt am Main, den 10.07.2023

Dr. Wilhelm Wolf  
Präsident des Staatsgerichtshofs des Landes Hessen  
Präsident des Landgerichts Frankfurt am Main

# Call for Papers

*Möchtest auch Du Deinen Aufsatz in der Frankfurt Law Review veröffentlichen?*

*Die Redaktion der Frankfurt Law Review freut sich auf Deinen Beitragsvorschlag für die kommende Ausgabe 01/2024. Sende uns einfach Deinen Aufsatz und falls vorhanden ein Votum – wir melden uns bald bei Dir!*

*einsendung@frankfurtlawreview.de*



**Mach mit!**

## Wissenschaftlicher Beirat

### **Zivilrecht**

*Prof. Dr. Marina Wellenhofer*

*Prof. Dr. Tobias Tröger*

*Assoc. Prof. Christina Hießl*

*Dr. Viktoria Kraetzig*

### **Strafrecht**

*Prof. Dr. Tobias Singelnstein*

*Dr. Sarah Zink*

### **Öffentliches Recht**

*Prof. Dr. Andrea Kießling*

*Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann*

### **Grundlagen des Rechts**

*Prof. Dr. Guido Pfeifer*

*Dr. Susanne K. Paas*

*Dr. Daria Bayer*

## Danksagung

*Wir danken Anh Nguyen und Helene Spieles für ihre Unterstützung für diese zweite Ausgabe und freuen uns auf die kommende Redaktionsarbeit mit ihnen.*

*Wir danken Herrn Prof. Dr. Hermes für seine Unterstützung beim Lektorat eines Aufsatzes.*

*Wir danken Björn T. Bölkow für seine Arbeit am Design der Frankfurt Law Review bei der Gründung unserer Zeitschrift.*



# Promotionen an der Goethe-Universität

Jasmin Brieske

Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Informationsrecht von Prof. Dr. Peukert.

Das Urheberrecht ist längst nicht mehr das Nischengebiet der Rechtswissenschaft, dem man sich nur widmen kann, wenn man ein besonderes Interesse für Kunst und Kultur mitbringt. Vor allem in den letzten Jahren hat sich das Urheberrecht vor dem Hintergrund der Digitalisierung und der stetig zunehmenden Verlagerung der Kommunikation und des kreativen Austauschs in den Online-Bereich zu einem Rechtsgebiet mit besonderer aktueller Relevanz entwickelt. Der Einfluss des Digitalen auf das Urheberrecht und das IP-Recht insgesamt zeigt sich auch in den Seminaren, die für das Schwerpunktstudium angeboten werden, die sich nun vor allem mit Fragen der Plattformregulierung, künstlicher Intelligenz oder der rechtlichen Bedeutung von Daten beschäftigen.

Vor diesem Hintergrund habe ich selbst meine Wissenschaftliche Hausarbeit zum Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (kurz: UrhDaG) geschrieben und so auch den Einstieg in meine Promotion gefunden. Das UrhDaG ist die nationale Umsetzung des Art. 17 DSM-Richtlinie, mit dem eine strengere Haftung der Online-Diensteanbieter für rechtswidrige Nutzerinhalte eingeführt wurde, um dem sog. *value gap* zwischen Urheberrechtsinhabern und marktmächtigen Plattformen entgegenzuwirken. Art. 17 DSM-Richtlinie verpflichtet die Diensteanbieter nun nicht mehr – wie es zuvor Rechtspraxis war – erst ab der Kenntniserlangung von einer Urheberrechtsverletzung auf ihrer Plattform tätig zu werden. Stattdessen müssen Diensteanbieter nunmehr proaktiv Inhalte auf ihre Übereinstimmung mit sog. Referenzdateien (d.h. vom Rechtsinhaber zur Verfügung gestellten Materialien, die Urheberrechtsschutz genießen) überprüfen und, sofern eine urheberrechtswidrige Übereinstimmung festgestellt wird, diese noch während des Uploadvorgangs blockieren.

Diese ex-ante-Filterpflichten, die mit Art. 17 DSM-Richtlinie eingeführt werden, bergen jedoch das Risiko, dass auch Nutzerinhalte, die zwar rechtmäßig sind, denen die Rechtmäßigkeit aber nicht „ins Gesicht geschrieben steht“ (beispielsweise, weil es sich um eine eng am Original orientierte Parodie handelt), blockiert werden, und der Nutzer erst ein Beschwerdeverfahren durchlaufen muss, um überhaupt den Upload des Inhaltes – nicht nur die Wiederzugänglichmachung – zu erreichen. Das UrhDaG findet hierzu eine gute Lösung, um zwar die Diensteanbieter nicht von den umfangreichen Filterpflichten zu befreien, gleichzeitig aber Nutzerrechte weitestgehend zu wahren.

Konkret geht es um die Regeln zu den „mutmaßlich erlaubten Nutzungen“ in den §§ 9 ff. UrhDaG, die auch einen Schwerpunkt meiner Wissenschaftlichen Hausarbeit bildeten. Während ich den Fokus dort auf die Frage legte, ob die auf automatisierte Filterung bezogenen Pflichten des UrhDaG mit dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten aus Art. 15 E-Commerce-Richtlinie vereinbar sind, ist mein Promotionsvorhaben nun vor allem auf im UrhDaG angelegte prozessuale Durchsetzungsmöglichkeiten gerichtet. Die vorherige Beschäftigung mit dem UrhDaG, seiner Entstehungsgeschichte und seinen unionsrechtlichen Grundlagen half mir dennoch ungemein dabei, einen guten Einstieg in meine Doktorarbeit zu finden.

In meiner Dissertation beschäftige ich mich nun mit der Frage, ob das UrhDaG dem Nutzer von Diensten zum Teilen von Online-Inhalten durchsetzbare Rechte bietet, um sowohl den Upload einzelner Inhalte zu sichern als auch ein grundsätzlich ordentliches Funktionieren der zum Einsatz kommenden Filtersysteme. Ich analysiere also das Gesetz im Hinblick auf mögliche Anspruchsgrundlagen, die der Nutzer selbstständig gegenüber dem Diensteanbieter geltend machen kann. Dies wirft nicht nur dogmatische Fragen auf – bisher wurden dem Schrankenbegünstigten im Urheberrecht keine subjektiven, d.h. einklagbaren Rechte zugestanden. Auch die Möglichkeit der Verbandsklage, die das UrhDaG explizit vorsieht, ist in seiner Reichweite und Schutzwirkung klärungsbedürftig. In dem Zusammenhang stellt sich auch die Frage: Bedarf es überhaupt individuell-rechtlicher Durchsetzungsmöglichkeiten? Und kann dem Nutzer die Verantwortung zur Durchsetzung eigener Rechte überhaupt aufgebürdet werden, oder muss nicht eher der Staat Kontrolle über Online-Diensteanbieter ausüben, um ein Funktionieren von Filtersystemen zu gewährleisten, das nicht in die fundamentalen Freiheiten der Nutzer eingreift?

Meine Doktorarbeit kann dabei nicht nur auf den rein nationalen Rechtsrahmen beschränkt bleiben. Stattdessen ist ebenso auch die unionsrechtliche Grundlage, also Art. 17 DSM-Richtlinie, in den Blick zu nehmen. Aber auch neuere Entwicklungen im Digitalrecht, wie insbesondere das Inkrafttreten des Digital Services Act, bedürfen der eingehenderen Beschäftigung. Gerade diese internationale Komponente und die Aktualität des Themas sind es, die eine Promotion im Bereich des digitalen Urheberrechts schwierig, gleichzeitig aber auch bereichernd gestalten. Nicht nur beschäftige ich mich mit einem Thema, welches im Zweifel auch mich selbst und mein Umfeld persönlich betrifft. Ich werde auch in die Lage gebracht, zu aktuell relevanten Debatten in der Rechtswissenschaft beizutragen und das Entstehen von Recht unmittelbar mitzerleben.

# Konzept und Geschichte der Staatsbürgerschaft bei Ernst-Wolfgang Böckenförde im Kontext des „Boundary Problems“

Oestmann, Jannik Tobias\*

## ZUSAMMENFASSUNG

Vor dem Hintergrund von Globalisierung und Migrationsbewegungen ist die Staatsbürgerschaft vermehrt der Frage nach der Rechtfertigung der Grenzen des Demos ausgesetzt. Prägend für die verfassungsrechtliche Definition dieser Grenzen war der ehemalige Bundesverfassungsrichter Ernst-Wolfgang Böckenförde, der auch die Ablehnung der ersten Anläufe des Ausländer:innenwahlrechts mitverantwortete. Der vorliegende Aufsatz vollzieht vor diesem Hintergrund Böckenfördes Bild der Staatsbürgerschaft nach. Seine Konzeption umfasst dabei in erster Linie einen legalen Status. Im Zusammenhang mit Böckenfördes Auslegung des Demokratieprinzips bleiben die historisch-spezifischen Inhalte und Grenzen der Bürgerschaft darüber hinaus stets an die Integrationsmöglichkeiten und das Selbstverständnis gegebener, notwendig homogener politischer Einheiten gekoppelt. In der Konfrontation mit der Kritik exklusiver politischer Gemeinschaften zeigt sich dennoch eine weite politische Gestaltungsfreiheit innerhalb von Böckenfördes Konzept, andererseits aber auch die Grenzen eines Dialogs zwischen Staatsrechtslehre und jenen neueren normativen Modellen demokratischer Gemeinschaft.

**Keywords** Böckenförde; Staatsbürgerschaft; Boundary Problem; Migration; Demokratieprinzip

## A. Einleitung

Im Jahr 1989 verabschiedete das Bundesland Schleswig-Holstein ein Gesetz zur Änderung der Gemeinde- und Kreiswahlordnung, die es auch nicht deutschen Staatsbürger:innen aus Nord- und Mitteleuropa erlaubte, bei lokalen Wahlen abzustimmen.<sup>1</sup> Abgeordnete der CDU-Bundestagsfraktion beantragten gegen diese Gesetzesänderung eine Überprüfung vor dem Bundesverfassungsgericht, welches das Gesetz in seiner Entscheidung vom 31.10.1990 für nichtig erklärte.<sup>2</sup> Diese Entscheidung erging zu einem Zeitpunkt, als in anderen Staaten Europas bereits ein kommunales Ausländer:innenwahlrecht institutionalisiert war.<sup>3</sup> Das bedeutendste demokratietheoretische Argument hierfür lautet, dass insbesondere unter der zeithistorischen Bedingung wachsender Globalisierung und Migration eine immer größere Anzahl von Menschen von demokratischen Entscheidungen betroffen sind, ohne an diesen aufgrund ihres fehlenden Staatsbürger:innenstatus partizipieren zu können.<sup>4</sup> Mit einer Definition von Demokratie als Selbstherrschaft ist eine solche Exklusion schwerlich kompatibel. In seinem Beschluss richtet sich das Bundesverfassungsgericht jedoch ausdrücklich gegen eine solche Auslegung des konstitutionell verbürgten Demokratieprinzips:

„Der Verfassungssatz ´Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus´ (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) enthält - wie auch seine Stellung und der Normzusammenhang belegen - nicht allein den Grundsatz der Volkssouveränität. Vielmehr bestimmt diese Vorschrift selbst, wer das Volk ist, das in Wahlen, Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) Staatsgewalt ausübt: Es ist das Staatsvolk der

Bundesrepublik Deutschland. [...] als demokratischer Staat kann sie nicht ohne die Personengesamtheit gedacht werden, die Träger und Subjekt der in ihr und durch ihre Organe ausgeübten Staatsgewalt ist. Diese Personengesamtheit bildet das Staatsvolk, von dem alle Staatsgewalt ausgeht. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG hat daher nicht zum Inhalt, daß sich die Entscheidungen der Staatsgewalt von den jeweils Betroffenen her zu legitimieren haben; vielmehr muß die Staatsgewalt das Volk als eine zur Einheit verbundene Gruppe von Menschen zu ihrem Subjekt haben.“<sup>5</sup>

Mit auf der Richterbank, die dieses einstimmig ergangene Urteil verfasste, saß zu diesem Zeitpunkt Ernst-Wolfgang Böckenförde, dessen persönlicher Einfluss hinter dieser Formulierung auch zumindest vermutbar ist.<sup>6</sup> Böckenförde prägte nicht nur während seiner Amtszeit im zweiten Senat des BVerfG die höchstrichterliche Rechtsprechung

\*Der Autor ist Student an der Goethe-Universität Frankfurt am Main (M.A. Politische Theorie / Rechtswissenschaft) und Studentische Hilfskraft am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Oestmann, Konzept und Geschichte der Staatsbürgerschaft bei Ernst-Wolfgang Böckenförde im Kontext des „Boundary Problems“, FraLR 2023 (02), S. 56-64. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.74679>

<sup>1</sup>Zuleeg, KritVZ 2000, 419 (419).

<sup>2</sup>BVerfGE 83, 37.

<sup>3</sup>Karpen, NJW 1989, 1012 (1012).

<sup>4</sup>Dormal, Politische Vierteljahresschrift 2016/57 (3), 378 (382); zur Aktualität der Diskussionen vgl. auch Tabarra, Informationsbrief Ausländerrecht 2023/4, 133 (133 ff.).

<sup>5</sup>BVerfGE 83, 37 Rn. 53 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>6</sup>Vgl. Möllers, ZIG 2010 (3), 107 (112).

und die deutsche Staatsrechtslehre, sondern gelangte darüber hinaus auch als einer der wirkmächtigsten Intellektuellen der Bundesrepublik zu überfachlicher Bekanntheit. Als „einziger juristischer Demokratietheoretiker der Bundesrepublik“<sup>7</sup> ist Böckenförde dabei ein kanonischer Autor geworden, auf den sich immer wieder bezogen wird. Insbesondere das sog. „Böckenförde-Diktum“, nach welchem „der freiheitliche, säkularisierte Staat (...) von Voraussetzungen [lebe], die er selbst nicht garantieren kann“<sup>8</sup>, hat dabei in seiner breiten wie kontroversen Rezeption „Karriere“<sup>9</sup> gemacht.

Indem Böckenförde in dieser Formulierung auf Bedingungen des freiheitlichen Staates verweist, die ihm vorgelagert sind, stellt sich einerseits die Frage, worin diese bestehen, andererseits, inwieweit hierdurch etwa bestimmte sozio-kulturelle Eigenschaften zur Zugangsbedingung der staatlich organisierten politischen Gemeinschaft werden könnten. Eine solche Bedingung von Mitgliedschaft erscheint insbesondere vor dem Hintergrund des im Urteil zum Ausländerwahlrecht explizierten Demokratieverständnisses kontrovers, insofern dieses auf eine gegebene „Einheit“ von Menschen als Volk rekurriert. Diese Fragestellungen an Böckenfördes Demokratie- und Staatstheorie verweisen dabei jeweils auf das Institut der Staatsbürgerschaft. In diesem Sinne steht in diesem Aufsatz die Frage im Mittelpunkt, welches Konzept und welche Analyse der Staatsbürgerschaft sich im Werke Böckenfördes findet und wie sich diese gegenüber der jüngeren Kritik an der Institution exklusiver Mitgliedschaft, insbesondere hinsichtlich der demokratischen Legitimation ihrer Grenzen (sog. „Boundary-Problem“), verhält. Nach einer kurzen Einordnung seiner Person und Demokratietheorie (B.), werden hierzu insbesondere an dessen Schriften anlässlich von Globalisierung und europäischer Integration Böckenfördes Begriff und Historisierung der Staatsbürgerschaft nachvollzogen (C.). Über diese Rekonstruktion hinaus wird sein Konzept anschließend mit der jüngeren Kritik an exklusiven Mitgliedschaftskonzepten konfrontiert (D.), bevor ein abschließendes Fazit gezogen wird (E.).

## B. Böckenförde in der Bundesrepublik

### I. Politisch-intellektuelles Profil

Ernst-Wolfgang Böckenförde ist im Kanon der bundesrepublikanischen Intellektuellengeschichte in mehrfacher Hinsicht in einer besonderen Position. Bereits während seiner Studienzeit begann er den Kontakt zu Carl Schmitt, dem wohl kontroversesten Denker der Weimarer Zwischenkriegszeit, zu suchen.<sup>10</sup> Böckenförde blieb diesem jahrelang in einem aktiven intellektuellen Netzwerk verbunden; seine Zugehörigkeit zur verfassungstheoretischen „Schmitt-Schule“ hat er nie bestritten.<sup>11</sup> Seiner akademischen Karriere tat diese Nähe keinen Abbruch: Nach dem Studium an den Universitäten München und Münster wurde er 1964 Professor für Öffentliches Recht an der Universität Heidelberg, anschließend in Bielefeld und Freiburg. Im Jahr 1983 wurde Böckenförde schließlich Richter im zweiten Senat des BVerfG berufen, dem er bis 1996 angehörte.<sup>12</sup>

Neben der „Schmitt-Schule“ bewegte sich Böckenförde intellektuell im Umfeld des Münsteraner Philosophen

Joachim Ritter.<sup>13</sup> In rechtshegelianischer Tradition zielte diese „Ritter-Schule“ auf die Bejahung der Institutionen der liberalen repräsentativen Demokratie und vollzog damit, wie Jens Hacke formuliert, eine „liberal-konservative Begründung der Bundesrepublik“<sup>14</sup>. Böckenförde bekennt sich in diesem Sinne auch zum politischen Pluralismus: Wo Schmitts Politisches eine völkische Vergemeinschaftung in Einheit von Staat und Gesellschaft vorsah, betonte Böckenförde die rechtliche Realität der Trennung beider Sphären, die wiederum eine breitere gesellschaftliche Heterogenität erlaubt.<sup>15</sup> Politisch der Sozialdemokratie zugehörig, bekannte sich Böckenförde dabei zeitlebens zum Grundgesetz und dem Staat der Bundesrepublik, deren Geschichte er als Bundesverfassungsrichter, aber auch bereits zuvor durch fachwissenschaftliche Interventionen mitprägte.

### II. Demokratietheorie

Die wohl zentralste Prägung nahm Böckenförde dabei in Theorie und Praxis hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 GG vor.<sup>16</sup> Dieses verweist für Böckenförde grundsätzlich auf das Prinzip der Volkssouveränität<sup>17</sup> und damit ausdrücklich nicht auf Verfahren oder eine Selbstherrschaft der von dieser Betroffenen:<sup>18</sup>

„Die nicht selten vertretene Ansicht, zur Demokratie gehöre, daß alle von der staatlichen Herrschaft jeweils Betroffenen diese legitimieren, übersieht den politischen Charakter des Staatsverbands und der Demokratie als Staats- und Regierungsform: Solange die Welt als politisches Pluriversum nach Staaten als den maßgebenden Handlungseinheiten geordnet ist, und diese Staaten als politische Einheit der sie tragenden Gesamtheit von Menschen organisiert und voneinander abgegrenzt sind, hat und erhält der Volksbegriff seinen politischen Charakter.“<sup>19</sup>

<sup>7</sup>Möllers, ZIG 2010 (3), 107 (113); Rennert, Der Staat 58 (3), 475 (475).

<sup>8</sup>Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation. In: Ders. (1991): Recht, Staat, Freiheit. Erweiterte Ausgabe, S. 92 (112).

<sup>9</sup>Weber, Ohne Garantie, FAZ vom 25.01.2023, S. N3.

<sup>10</sup>Mehring (2022), Welch gütiges Schicksal. Ernst-Wolfgang Böckenförde/Carl Schmitt: Briefwechsel 1953-1984. Baden-Baden: Nomos, S. 845 f.

<sup>11</sup>Ebd., S. 849.

<sup>12</sup>Munzinger, Ernst-Wolfgang Böckenförde, online verfügbar unter <https://www.munzinger.de/search/portrait/ernst+wolfgang+boeckenfoerde/0/26952.html> (zuletzt abgerufen am 22.08.2023).

<sup>13</sup>Hacke (2011), Philosophie der Bürgerlichkeit. Die liberalkonservative Begründung der Bundesrepublik. 2. Auflage, S. 43.

<sup>14</sup>Hacke, Philosophie der Bürgerlichkeit, S. 291.

<sup>15</sup>Möllers, ZIG 2010 (3), 107 (110).

<sup>16</sup>Ebd., (112).

<sup>17</sup>Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip. In: Isensee/Kirchhof (Hg.) (1987): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band 1: Grundlagen von Staat und Verfassung, 887 (888).

<sup>18</sup>Zur Geschichte und Einordnung dieser – Böckenförde mitzuschreibenden – Auslegung des Demokratieprinzips in der Rechtsprechung des BVerfG s. Jouanjan, Der Staat 2019/58 (2), S. 223.

<sup>19</sup>Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 904.



Das Volk ist für Böckenförde damit alleiniger Bezugspunkt demokratischer Herrschaft. Bei ihm handelt es sich sowohl um eine historisch tatsächlich hervorgetretene Größe als auch eine transhistorisch weiterhin zusammengeschlossene „Schicksalsgemeinschaft“<sup>20</sup>. In dieser Bindung ist das Volk auch nicht – im liberalen Sinne – nur eine Masse von Einzelpersonen, sondern eine politische Einheit, die gemeinschaftlich wirkt und handelt.<sup>21</sup> Demokratische Legitimation im staatsrechtlichen Sinne bedürfe daher einer sog. „ununterbrochenen demokratischen Legitimationsskette“<sup>22</sup>, d. h. der verfassungsgerichtlich überprüf- baren Rückführbarkeit des gesamten Umfangs staatlichen Handelns auf diese Einheit des Volkes.<sup>23</sup>

Über diese verfassungsdogmatische Perspektive hinaus setzt sich Böckenförde auch theoretisch mit den vorstaatlichen Voraussetzungen der demokratischen Herrschaftsform auseinander. Das Problem „vorstaatlicher“ Bedingungen der Demokratie ist dabei theorieimmanent bedingt durch die Trennung von Staat und Gesellschaft. Diese ist für Böckenförde einerseits historisch bedingte Tatsache<sup>24</sup>, andererseits als Bedingung bürgerlicher Freiheit grundsätzlich zu verteidigen.<sup>25</sup>

Als vorstaatliche Bedingungen des demokratischen Staates benennt Böckenförde wiederum neben „politisch-strukturellen“<sup>26</sup> auch „sozio-kulturelle“<sup>27</sup> und „ethische Voraussetzungen“<sup>28</sup>. Bei Letzteren handelt es sich nicht etwa um einen gesellschaftlichen Wertekanon<sup>29</sup>, sondern um praktische Verhaltensweisen, die den Anforderungen von Freiheit und Gleichheit genügen.<sup>30</sup> In diesem Kontext ist auch Böckenfördes wohl bekanntester Satz von den Voraussetzungen des freiheitlichen säkularisierten Staates zu verstehen, die dieser nicht selbst garantieren könne.<sup>31</sup> Auf den Punkt gebracht wird hiermit das Paradox, dass der liberale und weltanschaulich neutrale Rechtsstaat auf Loyalität und Rechtsgehorsam angewiesen ist, die dieser jedoch nicht selbst hoheitlich erzwingen kann, ohne seinen eigenen Zweck in der Herstellung und Sicherung von Freiheit des Einzelnen zu unterlaufen. Diese Loyalität zum Staat muss daher aus anderen Quellen hervorgehen, wobei der Katholik Böckenförde vor dem historischen Hintergrund der 1960er Jahre insbesondere an Christ:innen appellierte, die noch junge Bundesrepublik als eine selbst zu nutzende „Chance der Freiheit“<sup>32</sup> zu verstehen. Es geht ihm damit nicht etwa um einen christlichen Staat, sondern, wie Böckenförde später klarstellt, im Sinne eben jener ethischen Bedingungen der Demokratie um ein „demokratisches Ethos“<sup>33</sup>, den weltanschaulich neutralen Staat gesellschaftlich zu stützen.

Unklar ist dabei weiterhin, welche Grenzen und Zugangsbedingungen Böckenfördes Staats- und Demokratietheorie an die Mitgliedschaft im Volke als Demos stellt und ob dabei eine Verbindung zu den vorstaatlichen Bedingungen eines demokratischen Gemeinwesens besteht. Diese Fragen sollen im Folgenden in der direkten Auseinandersetzung mit Böckenfördes auf dieser Demokratie- und Staatstheorie aufbauenden Modell der Staatsbürgerschaft geklärt werden.

## C. Böckenfördes Staatsbürgerschaft

### I. Legale Begriffsbestimmung

Eine erste explizite Auseinandersetzung mit dem Begriff der Staatsbürgerschaft nahm Böckenförde 1968 im Zusammenhang mit der deutschen Teilung vor. Für die bundesrepublikanische Rechtswissenschaft stellte sich zeithistorisch das Problem, wie mit der Realität zweier Staaten umgegangen werden sollte, in der die westdeutschen Institutionen auf einen völkerrechtlichen Alleinvertretungsanspruch der deutschen Staatsgewalt und damit auch der deutschen Staatsangehörigkeit bestanden (sog. Identitätstheorie).<sup>34</sup> Auch Bürger:innen der DDR galten dieser Ansicht zufolge *de jure* als Staatsangehörige der BRD. Jedoch verdeutlichte schon der unmögliche Schutz der DDR-Einwohner:innen vor der ostdeutschen Staatsgewalt die offensichtlichen Probleme dieser Perspektive hinsichtlich des *de facto* uneinlösbaren Gebots staatsbürgerlicher Gleichbehandlung.<sup>35</sup>

Böckenförde widmete sich dieser Problematik, in dem er zunächst eine grundlegende Bestimmung der Staatsangehörigkeit suchte.<sup>36</sup> Gegen die „Fiktion“ der Identitätstheorie stellte er fest, dass es sich bei der Staatsangehörigkeit in erster Linie um einen formalen Begriff handelt, der ein legales „Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und seinen Angehörigen“ bezeichnet.<sup>37</sup>

„Jede StAng ist untrennbar auf einen bestimmten Staat bezogen und dadurch in ihrem Bestand bedingt. Sie lässt sich nicht von diesem konkreten Staat rechtlich ablösen und in eine normative Eigenexistenz überführen. Als Ausdruck der rechtlichen Beziehung zwischen einem Staat und den Menschen, die dieser als seine Angehörigen in Anspruch

<sup>20</sup>Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 903.

<sup>21</sup>Ebd., S. 903 f.

<sup>22</sup>Ebd., S. 894.

<sup>23</sup>Ebd., S. 894 f.

<sup>24</sup>Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart. In: Ders. (1991): Recht, Staat, Freiheit. Erweiterte Ausgabe, S. 209 – 243, S. 211.

<sup>25</sup>Ebd., S. 243.

<sup>26</sup>Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 933.

<sup>27</sup>Ebd., S. 926.

<sup>28</sup>Ebd., S. 937.

<sup>29</sup>In Tradition Schmitts steht Böckenförde einer solchen „Wertbegründung“ des Rechts kritisch gegenüber, s. Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts. In: Ders. (1991): Recht, Staat, Freiheit. Erweiterte Ausgabe, S. 67–91.

<sup>30</sup>Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 937.

<sup>31</sup>Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, S. 112.

<sup>32</sup>Ebd., S. 114.

<sup>33</sup>Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 937.

<sup>34</sup>Böckenförde, Die Teilung Deutschlands und die deutsche Staatsangehörigkeit, in: Barion/ Böckenförde/Forsthoff/Weber (Hg.) (1968): Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt zum 80. Geburtstag, Bd. 2, 423 (424).

<sup>35</sup>Ebd., S. 425 ff.

<sup>36</sup>Böckenförde verhandelt Staatsbürgerschaft und -angehörigkeit synonym, dies wird hier übernommen.

<sup>37</sup>Böckenförde, Die Teilung Deutschlands und die deutsche Staatsangehörigkeit, S. 429.

nimmt, gelangt sie immer dann zur Entstehung, wenn und sobald ein Staat entsteht. (...) Ein Staat ohne StAng wäre ein Staat ohne Staatsvolk und würde sich mangels Subjekt in ein rechtliches Nichts auflösen. (...) Das Staatsangehörigkeitsgesetz ist demgegenüber sekundär; es schafft die StAng nicht, sondern formt sie aus (...).<sup>38</sup>

Bereits in dieser formalen Begriffsbestimmung wird deutlich, dass die Staatsangehörigkeit sinnvoll nur vom Staat her gedacht werden kann. Daraus ergeben sich auch Anhaltspunkte für eine „sachlich-inhaltliche“ Begriffsbestimmung: So ist die Staatsangehörigkeit in erster Linie ein Herrschaftsverhältnis mit „grundsätzlich umfassenden Charakter“<sup>39</sup>; die der Staatsgewalt unterworfenen Bürger:innen sind von ihr als Ganzes erfasst. Die Mitgliedschaft im Staat beruht damit nicht etwa auf der Fiktion eines freiwilligen Vertragsverhältnisses, sondern auf einseitiger, herrschaftlicher Inanspruchnahme.<sup>40</sup>

Dieser einseitige Anspruch des Staates ist aus zweierlei Gründen begrenzt: Zum einen durch das Prinzip der Achtung fremder Souveränität im internationalen Staatensystem, welches den „Eingriff in die Territorial- und Personalhoheit anderer Staaten“ prinzipiell ausschließt. Die Staatsangehörigkeit ist damit prinzipiell eine ausschließliche Mitgliedschaft; wengleich konfligierende Herrschaftsansprüche durch zwischenstaatliche Abkommen gelöst werden können.<sup>41</sup> Zum anderen findet die Regelbarkeit der Staatsangehörigkeit ihre Grenze im „Sinn und Zweck staatlicher Ordnung“<sup>42</sup>, insofern die Gegenseitigkeit von Staat und Bürger in der konkreten Ausgestaltung „neuzeitliche[r]“ Staatsangehörigkeit zu einer „Beziehung von Schutz und Gehorsam“<sup>43</sup> führe. Böckenförde bezieht sich hierbei explizit auf die liberale Ideengeschichte des Kontraktualismus, insbesondere verkörpert durch Hobbes und Locke. Die Staatsbürgerschaft ist somit zwar in erster Linie ein rein hoheitliches Verhältnis, historisch in der Moderne jedoch in der Ausrichtung des Staates auf „Frieden, Sicherheit und (guter) Ordnung nach innen sowie Schutz nach außen für seine Bürger“<sup>44</sup> normativ beschränkt.

Für den föderalen Bundesstaat stellt sich indes ein weiteres Problem mehrerer Staatsangehörigkeiten, die nebeneinander existieren und damit das Prinzip der Ausschließlichkeit durchbrechen. Hier bezieht sich Böckenförde ausdrücklich auf einen Gedanken aus der Verfassungstheorie Carl Schmitts: die „politische Homogenität“<sup>45</sup>. Böckenförde meint hiermit – in Tradition des Hobbes’schen Leviathans – die Befriedung gewaltvoller Konflikte (*status belli*) nach innen.<sup>46</sup> Politische Homogenität bedeutet für ihn nicht etwa vorpolitische, ethnisch-kulturelle Gleichheit der Staatsbürger:innen, sondern gemeinsame Loyalität und Treue zur „homogenitätsverbürgende[n] Bundesgewalt“<sup>47</sup>. Den schmittianischen Begriff des Politischen als Unterscheidung von Freund und Feind<sup>48</sup> greift Böckenförde damit auf, demonstriert mit ihm aber gerade die Entpolitisierung der Staatsbürgerschaft im Bundesstaat:

„Die StAng wird im Bundesstaat nicht aufgehoben, aber sie wird ein ‘unpolitisches’ Rechtsinstitut: Das Problem von ‘innen’ und ‘außen’ entfällt für sie, sie unterscheidet

nicht mehr den Fremden vom Freund, weil kraft der gemeinsamen Bundeszugehörigkeit auch der fremde Staatsangehörige als Freund gilt.“<sup>49</sup>

Diese Entpolitisierung der Staatsbürgerschaft nach innen darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass die Frage der Staatsangehörigkeit unpolitisch wäre: Im Gegenteil bedeutet gerade ihre befriedende Wirkung nach innen notwendigerweise, dass die Entscheidungen über ihre Ein- und Ausschlüsse überragende Bedeutung für die Konstitution der politischen Ordnung haben.

Böckenförde drückt dies nicht in der Theoretisierung der Staatsangehörigkeit selbst aus. Stattdessen widmet er sich nach der Begriffserläuterung erneut dem Problem der Staatsbürgerschaft in der deutschen Teilung, wobei er zu dem Ergebnis kommt, dass die Bundesrepublik und die DDR deutsche Teilstaaten darstellen, die zwar selbstverständlich ihre eigenen Mitgliedschaften, nicht aber eigenständig – wie es die Identitätstheorie für sich reklamiert – die völkerrechtlich prekär fortexistierend gesamtdeutsche Staatsangehörigkeit regeln können.<sup>50</sup> Der politische Gehalt der Staatsbürgerschaft wird insofern durch Böckenfördes analytische Arbeitsweise deutlich, welche über diese theoretische Fragestellungen hinaus eben jene Entscheidungen über den Zugang zur Staatsbürgerschaft historisch nachzuvollziehen sucht.

## II. Historische Kontingenz

Die historische Relevanz dieser Grenzen der Staatsbürgerschaft wird besonders in Böckenfördes Auseinandersetzungen mit den Transformationen des Staates im Kontext von Globalisierung und Europäischer Integration in den 1990er Jahren deutlich. Im Anschluss an Max Weber thematisierte Böckenförde nun die Staatsangehörigkeit auch ausdrücklich als Instrument der Abschließung einer politischen Gemeinschaft nach außen und innen, welches gleichsam auch selbst die Grenze zwischen Staatsvolk und Fremden zieht.<sup>51</sup> Historisch stehe diese „doppelten Abschließung“ einerseits im Zusammenhang mit der „Vereinheitlichung und Intensivierung staatlicher Herrschaft“, andererseits aber auch mit der Entstehung des Staates als

<sup>38</sup>Böckenförde, Die Teilung Deutschlands und die deutsche Staatsangehörigkeit, S. 430.

<sup>39</sup>Ebd., S. 431.

<sup>40</sup>Ebd., S. 431.

<sup>41</sup>Ebd., S. 433.

<sup>42</sup>Ebd., S. 433.

<sup>43</sup>Ebd., S. 434.

<sup>44</sup>Ebd., S. 433.

<sup>45</sup>Ebd., S. 436.

<sup>46</sup>Ebd., S. 436.

<sup>47</sup>Ebd., S. 437.

<sup>48</sup>Schmitt (2015), Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. 9., korr. Aufl., S. 25.

<sup>49</sup>Böckenförde, Die Teilung Deutschlands und die deutsche Staatsangehörigkeit, S. 437.

<sup>50</sup>Ebd., S. 461 f.

<sup>51</sup>Böckenförde, Staatsbürgerschaft und Nationalitätskonzept. In: Ders. (1999): Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 59 (60).

Personenverband, wie sie spätestens mit dem demokratischen Prinzip notwendig werde:<sup>52</sup>

„Das Volk, die Nation als eine Personengesamtheit wird Träger und Subjekt der Staatsgewalt, der Staat erscheint als politische Organisation der Nation. Diese Nation bedarf notwendig einer mitgliedschaftlichen Bestimmung und Begrenzung (...).“<sup>53</sup>

Die Staatsangehörigkeit als Ordnung von Aus- und Einschluss ist für Böckenförde zunächst eine historische Bedingung der Entstehung moderner demokratischer Nationalstaatlichkeit an sich. Ihre historisch-konkrete Ausgestaltung, insbesondere hinsichtlich der Rolle der Prinzipien *ius sanguinis* und *ius soli*, ist demgegenüber mitbedingt durch das jeweilige „Selbstverständnis der Nation“.<sup>54</sup>

Bei Böckenfördes Konzept der Nation handelt es sich um eine der von ihm identifizierten vorstaatlichen *sozio-kulturellen* Bedingungen des demokratischen Staates<sup>55</sup>, welche insbesondere in einer „relativen Homogenität innerhalb der Gesellschaft“<sup>56</sup> bestehen.

„Demokratische Formen der Einheits- und Willensbildung, die auf der gleichen Freiheit und der politischen Gleichberechtigung aller Bürger beruhen, ohne diese an weitere inhaltliche Vorgaben zu binden, vermögen nur dann ungeachtet gegebener Interessensgegensätze, sozialer und gesellschaftlicher Konflikte, die erforderliche Integration und den Friedenszustand des politischen Gemeinwesens zu bewirken und zu erhalten, wenn ihnen eine zwar nicht absolute – sie würde die Freiheit aufheben –, aber doch eine relative Homogenität zugrunde liegt.“<sup>57</sup>

Es geht Böckenförde hiermit um ein geteiltes, sich aktualisierendes politisches „Wir-Bewusstsein“, welches sich aus „ethnisch-kultureller Eigenart und Tradition, gemeinsam durchlebter politischer Geschichte, in gemeinsamer Religion, gemeinsamen nationalen Bekenntnis u. ä.“ ergeben, aber auch kulturpolitisch hergestellt werden kann.<sup>58</sup>

Besonders beispielhaft hierfür steht die Nation, welche von Böckenförde als die in der europäischen Staatenwelt des 19. und 20. Jahrhunderts dominierende Form dieses „Wir-Bewusstseins“ behandelt wird.<sup>59</sup> Analog zum Staat ist sie ihrerseits zu verstehen als eine abgegrenzte Gruppe von Menschen, die durch eine gemeinsame politische Willensbildung verbunden sind und entsprechend als eine politische Willensgemeinschaft handelt bzw. handeln will.<sup>60</sup> Sie ist insofern zwar vorstaatlich, aber nicht vorpolitisch, indem sie grundsätzlich Ergebnis einer konstituierenden Entscheidung ist. Diese Entscheidung erging dabei historisch zumeist als „Ausdruck und Instrument“ eines Freiheits- und Unabhängigkeitsstrebens gegen Fremdherrschaft.<sup>61</sup> Die prozesshafte Nationenwerdung ist somit kein organischer sozialer Vorgang, sondern das Ergebnis eines konkreten und bewusst in Bewegung gesetzten Projektes, meist angestoßen von geistigen oder politischen Eliten.<sup>62</sup>

In der historischen Realität haben sich innerhalb dieses Rahmens unterschiedliche Nationenbegriffe herausgebildet, wobei Böckenförde – orientiert an einer historischen Studie von Rogers Brubaker – insbesondere die Beispiele Deutschland und Frankreich behandelt. Der deutsche Nationenbegriff sei dabei erst im 19. Jahrhundert in den antinapoleonischen Befreiungskriegen orientiert an Sprache, Kultur und Geschichte entstanden, was tatsächlich eine ethnisch-kulturelle Prägung des Selbstverständnisses nach sich zog.<sup>63</sup> Böckenförde ist dabei kritisch, inwieweit sich das *ius sanguinis* Prinzip im deutschen Staatsbürgerschaftsrecht allein auf diesen Nationenbegriff zurückführen lässt, oder nicht vielmehr schon aufgrund höherer Bindungskraft vom staatsnationalen Standpunkt aus grundsätzlich größere Attraktivität besaß.<sup>64</sup> Deutlich wird der Einfluss des nationalen Selbstverständnisses vielmehr mit Blick auf Frankreich, in welchem der Nationenbegriff im revolutionären Kampf gegen das Ancien Regime hervorgebildet wurde. Das „relativ-homogene“ Wir-Gefühl, das in diesem Begriff zum Ausdruck kommt, besteht nicht in einer gemeinsamen Kultur, sondern im gemeinsamen Bekenntnis zum Staat selbst.<sup>65</sup> Die französische Kombination von *ius sanguinis* mit *ius soli* ist Ausdruck dieses Bekenntnisses zum Staat und den Glauben an seine Assimilationskraft.<sup>66</sup>

Es ließe sich argumentieren, dass Böckenförde hier das republikanische Staatsbürgerschaftsideal lediglich mit in ein grundsätzlich kommunitaristisches Modell integriert. Dies greift aber zu kurz und würde den grundsätzlich politischen Charakter der Festlegung über die relevante sozio-kulturelle Homogenität unterschlagen. In Böckenfördes historischer Rekonstruktion von Staatlichkeit und ihrer Mitgliedschaft werden vielmehr verschiedene Bürgerschaftsvorstellungen miteinander vermittelt: Als primär legales Verhältnis bedeutet sie, wie dargestellt, zunächst eine Gegenseitigkeit von Schutz und Gehorsam im liberalen Sinne. Ihr Inhalt und ihre Zugangsbedingungen sind das Ergebnis von bestimmten historischen Entwicklungen und politischen Entscheidungen, an deren Ende die Bürger:innen bspw. kommunitaristisch durch ethnische oder religiöse Gruppenzugehörigkeit, aber auch

<sup>52</sup>Böckenförde, Staatsbürgerschaft und Nationalitätskonzept. In: Ders. (1999): Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 59 (60 f.).

<sup>53</sup>Ebd., S. 61.

<sup>54</sup>Ebd., S. 61.

<sup>55</sup>Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 929.

<sup>56</sup>Ebd., S. 929.

<sup>57</sup>Ebd., S. 929.

<sup>58</sup>Ebd., S. 929.

<sup>59</sup>Goerlich, Die Legitimation von Verfassung, Recht und Staat bei Ernst-Wolfgang Böckenförde. In: Mehring/Otto (Hg.) (2014): Voraussetzungen und Garantien des Staates. Ernst-Wolfgang Böckenfördes Staatsverständnis, 194 (206).

<sup>60</sup>Böckenförde, Die Nation – Identität in Differenz? In: Ders. (1999): Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 34 (37).

<sup>61</sup>Ebd., S. 40.

<sup>62</sup>Ebd., S. 42 f.

<sup>63</sup>Böckenförde, Staatsbürgerschaft und Nationalitätskonzept, S. 62 f.

<sup>64</sup>Ebd., S. 64 f.

<sup>65</sup>Böckenförde, Die Nation – Identität in Differenz?, S. 44 ff.

<sup>66</sup>Böckenförde, Staatsbürgerschaft und Nationalitätskonzept, S. 65.



durch ein gemeinsames republikanisches Bekenntnis miteinander verbunden sein können. Für ein demokratisches Gemeinwesen bestehen weiterhin die ethischen Voraussetzungen des „demokratischen Ethos“ (s. o.). In Böckenfördes Forschungsperspektive sind diese Verbindungen nicht normativ zu verstehen, sondern als historisch und systematisch.

### III. Normative Positionierung

Gleichwohl lassen sich im Werk Böckenfördes auch explizit normative Bezugnahmen auf die Staatsbürgerschaft finden, die nirgendwo so deutlich werden, wie in seiner Auseinandersetzung mit der Zukunft der „politischen Autonomie“ in den 1990er Jahren. Zeitdiagnostisch sieht Böckenförde hier den Bestand der nationalstaatlichen Souveränität in zweierlei Hinsicht bedroht: Zum einen schließt sich Böckenförde der Individualisierungsthese Ulrich Becks an, derzufolge Individuen im Kontext neuer Bewegungsfreiheiten und Kommunikationsmöglichkeiten zunehmend von ihren angestammten, räumlichen, sozialen und mentalen Einbindungen freigesetzt werden.<sup>67</sup> Dies stellt für eine staatstragende, relative Einstellungs-homogenität eine offensichtliche Herausforderung dar.

Auf der anderen Seite wird die staatlich demokratisch organisierte politische Autonomie durch die Globalisierung und insbesondere durch die europäische Integration in Frage gestellt: Böckenförde problematisiert dabei insbesondere die Auslagerung von ökonomischen und technologischen Souveränitätsrechten an die EU, während die Wohlfahrtssorge nach wie vor bei den Nationalstaaten verbleibt. Es komme somit zu einer Entkopplung der Kompetenzen für Wirtschaft und Sozialstaat, die diesem im Ergebnis die Grundlage entzögen.<sup>68</sup> Böckenfördes Sorge um diesen Verlust politischer Autonomie ist nicht selbst nationalistisch zu verstehen: Es geht ihm nicht unmittelbar um die Verteidigung eines „kulturellen Eigenen“ als einen Wert an sich, sondern nach wie vor um die Fortexistenz politischer Einheit als Homogenität von Herrschaft.<sup>69</sup> Einer Auflösung dieser Krise von politischer Autonomie zugunsten einer demokratischen Bürger:innenunion steht Böckenförde pessimistisch gegenüber<sup>70</sup>; gebe es doch letztlich (noch) kein europäisches Volk oder Nation im oben skizzierten Sinne.<sup>71</sup> Die Homogenitätsanforderungen politischer Einheit werden hier unter Bedingungen der Globalisierung auf Europa übertragen, wengleich Böckenförde sie auch nicht mehr so stark betont wie noch zuvor.<sup>72</sup> Dennoch werden sie auch weiterhin an vorrationale, historisch und kulturell tradierte Einstellungen gekoppelt, wie auch in Böckenfördes Ablehnung von EU-Mitgliedsverhandlungen mit der Türkei auch aufgrund einer „grundlegend“ unterschiedlichen „kulturellen Identität“<sup>73</sup> überdeutlich wird.

Gewendet auf das Konzept von Staatsbürgerschaft drückt sich Böckenfördes Affirmation partikularer Gruppenzugehörigkeit auch in einer Skepsis gegenüber einem nur auf Menschenrechten gestütztem Anspruch auf Mitgliedschaft einer politischen Gemeinschaft aus, die er ins „Reich der Utopie“ verweist.<sup>74</sup>

„Man muss hier (...) das Menschenrechtsdenken in eine andere Richtung wenden:

Nicht schon, weil die Menschen alle Menschen sind, können sie beliebig und ohne weiteres in sozialen und politischen Gemeinschaften zusammenleben, sondern es gehört zum Recht des Menschen, in einer sozialen und politischen Gemeinschaft zu leben, die ihn in seiner Prägung und Eigenart auffängt und trägt, ihm Heimat geben kann. Fehlt es an solch gemeinsam Verbindendem oder löst dieses sich auf, wird der Umschlag in das Politische unvermeidlich.“<sup>75</sup>

Eine solche Kritik der Menschenrechte erinnert in der Gegenwart an den Ethnopluralismus neurechter Denker wie Alain de Benoist<sup>76</sup>, sodass doch schließlich erneut die Frage gestellt werden muss, wie sich Böckenfördes Bürgerschaft von derlei rassistischen Konzepten abgrenzt. Hierzu ist abermals auf den liberalen Etatismus in Böckenfördes Denken zu verweisen, nach dem die Mitgliedschaft in einer politischen Gemeinschaft in erster Instanz ein rechtlich festgelegtes Verhältnis ist, und eben gerade keine nur rechtlich deklarierte, tatsächlich aber „vorrechtliche“ Kategorie.<sup>77</sup> Erst mittelbar, historisch und systematisch, ist die relative Homogenität – die wiederum keinesfalls ethnisch bestimmt sein muss – eine Bestandsvoraussetzung des Staates als Organisationsform der Gemeinschaft. Diese Form ist es, die für Böckenförde als demokratische Handlungsfähigkeit sicherstellende Institution verteidigungswert ist<sup>78</sup>, nicht die ihr vorgelagerte und inhaltlich kontingente Homogenität selbst.<sup>79</sup> Versuche des Staates, eine gesellschaftliche Homogenität durch rechtliche Exklusion von Personen mit bereits bestehendem Bürgerschaftsstatus herzustellen, durchbricht dagegen schon das Prinzip des staatlichen Bürger:innenschutzes: Es handelt sich, wie Böckenförde mit Blick auf die Verfolgung jüdischer Menschen im Nationalsozialismus feststellt, um

<sup>67</sup>Böckenförde, Die Zukunft politischer Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung und Individualisierung. In: Ders. (1999): Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 103 (104).

<sup>68</sup>Ebd., S. 104 f.

<sup>69</sup>Böckenförde, Welchen Weg geht Europa? In: Ders.: Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 68 (80).

<sup>70</sup>Ebd., S. 90 f.

<sup>71</sup>Ebd., S. 92 f.

<sup>72</sup>Goerlich, Die Legitimation von Verfassung, Recht und Staat bei Ernst-Wolfgang Böckenförde, S. 207.

<sup>73</sup>Böckenförde, Europäische Union: Nein zum Beitritt der Türkei, FAZ v. 09.12.2004, S. 35, online verfügbar unter <https://www.faz.net/-gqz-pkoz> (zuletzt abgerufen am 22.08.2023).

<sup>74</sup>Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 904.

<sup>75</sup>Böckenförde, Die Zukunft politischer Autonomie, S. 120.

<sup>76</sup>Eckert, Aus Politik und Zeitgeschichte 44/2010, 26 (27).

<sup>77</sup>Vgl. jüngst Möllers, Der Staat 2023/62 (2), S. 186ff. zu einem solchen „materialisierten Volksbegriff“ und seinem Verhältnis zum Staatsbürgerschaftsrecht.

<sup>78</sup>Böckenförde, Die Zukunft politischer Autonomie, S. 118 f.

<sup>79</sup>Böckenförde steht der Europäischen Integration somit nicht als solcher entgegen, sondern problematisiert vielmehr ihren Charakter als rein von wirtschaftlichen Zwecken und einem „ziellosen Pragmatismus“ bestimmten Projekt (Böckenförde, Welchen Weg geht Europa?, S. 98 f.). Seine „Vision von Europa“ zielt hingegen auf die Ebene von Bildung und Kultur (Ebd., S. 100 ff.).



„Bürgerverrat“<sup>80</sup>. Normatives Primat ist damit eindeutig die auf Freiheit und Gleichheit angelegte legale Staatsbürgerschaft, gesellschaftliche Homogenität bzw. Integration sind wiederum die faktische Bedingung ihrer Fortexistenz als entpolitisiertes Rechtsinstitut.<sup>81</sup>

Aufgabe des Staates vor dem Hintergrund sozialer Desintegration ist vielmehr, selbst aktiv „durch die Bildung und Stärkung vielfältiger Gruppenzusammenhänge und sozial-kultureller Gemeinschaften einer Atomisierung und Isolierung entgegenzuwirken und eine Vermittlung herzustellen zwischen den normativen Dissensen, die sich in der Gesellschaft ausbreiten“<sup>82</sup>. Der freiheitliche Staat kann die relative Homogenität zwar nicht garantieren, sie aber zumindest fördern. So betont Böckenförde etwa die Bedeutung der Schule als Bindeglied zwischen Staat und Gesellschaft, als welches sie aktiv politische Gemeinsamkeiten vermitteln kann und sollte.<sup>83</sup> Diese Gemeinsamkeiten seien dabei auch nicht statisch, sondern immer wieder neu zu suchen.<sup>84</sup> Gerade für das ethnisch-kulturelle Selbstverständnis Deutschlands wird vor dem Hintergrund der faktischen Multikulturalität – überaus vorsichtig – eine langfristige Transformation angemahnt:

„Verwerfungen entstehen immer dann, wenn im Blick auf die Regelungsgrundlagen, die Einbrüche in das eigene Nationalitätskonzept verhindern sollen, politisch inkonsistent gehandelt wird. (...) Die Verwerfung in Deutschland kam dadurch zu Stande, daß für die als Gastarbeiter ins Land geholten Ausländer die dauernde Ansiedlung zugelassen wurde und damit deren tatsächliche Einwanderung und Ansässigkeit. (...) Das hätte im Sinn des ethnischen Nationalitätskonzeptes, handelt man konsistent, nicht geschehen dürfen. So kam es zu mehreren Millionen fest ansässiger Ausländer, die – ungeachtet ethnischer Verschiedenheit – in einer demokratisch-freiheitlichen Ordnung nicht auf Dauer als ‘Untertanen’ oder bloße Schutzverwandte behandelt werden können. Die gelegentlich erhobene Forderung, deshalb den eigenen, ethnisch orientierten Nationenbegriff kurzerhand aufzugeben, ist zwar verständlich, aber als Sofortlösung bestenfalls gut gemeint. Lang verwurzelte Traditionen, die die eigene Identität mit konstituieren, lassen sich nicht über Nacht beiseite setzen, ohne Extremreaktionen zu riskieren; sie können sich allenfalls mit der Zeit umbilden (und dies kann und sollte man befördern).“<sup>85</sup>

Böckenförde bleibt hier erkennbar strukturkonservativ. Im selben Artikel aus dem Jahr 1995 fordert er, wenn nicht gleich das nationale Selbstverständnis als Ganzes, dann jedenfalls das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht der multikulturellen Realität anzupassen, indem ihm ein Einbürgerungsanspruch auf Grundlage des *ius-soli*-Prinzips hinzugefügt wird – und dies bei Angebot einer doppelten Staatsbürgerschaft. Die dem entgegengehaltenen Loyalitätskonflikte, also Brüche in der Homogenität durch eine doppelte Staatsangehörigkeit, seien in der Gegenwart nicht mehr zu erwarten.<sup>86</sup> Eine Ausweitung der

Zugangsbedingungen zur Staatsbürgerschaft wird dem Gesetzgeber auch im BVerfG-Urteil zum kommunalen Ausländerwahlrecht nahegelegt.<sup>87</sup> Mit der Reform des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts in den Jahren 2000 und 2014 können diese Forderungen Böckenfördes als eingelöst betrachtet werden.<sup>88</sup>

## D. Böckenförde und das Boundary-Problem

### I. Die Kritik des Boundary-Problems

Die Folgen der Globalisierung und Migrationsbewegungen für die Staatsbürgerschaft werden in Böckenfördes Schriften der 1990er Jahre wie dargestellt zwar adressiert, bleiben aber gegenüber der Zukunft des Verfassungsstaates ein eher untergeordnetes Thema. Demgegenüber wurde mit der Renaissance der sozialwissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Staatsbürgerschaft seit den 1990er Jahren die Frage ihrer demokratischen Legitimation ins Zentrum der Tagesordnung gestellt. Besonders wirkmächtig war hierbei das sog. „Boundary Problem“. Erstmals 1983 von Fredrick Whelan formuliert, bezeichnet dieses die Herausforderung selbstreferenzieller Volksherrschaft, die Grenzen ihres Demos gegenüber den von ihm Ausgeschlossenen demokratisch zu legitimieren.<sup>89</sup>

Arash Abizadeh identifiziert in der politischen Ideengeschichte zwei mögliche Antworten auf dieses Problem. Zunächst besteht die Möglichkeit, das „Boundary Problem“ durch den Verweis auf eine vorpolitisch vorhandene Kulturation zu lösen.<sup>90</sup> Zurecht weist Abizadeh auf die Problematik einer solchen Begründung politischer Schließung hin, behauptet sie doch eine kulturelle Homogenität, die so nie natürlich gegeben ist, sondern immer erst durch die politische Festlegung von Kriterien der Zugehörigkeit hergestellt werden kann.<sup>91</sup> Hinter der Kulturation steht daher letztlich doch die Vorstellung einer historisch hergeleiteten ethnischen Identität, die sich immer dann zeigt, wenn die Fiktion einer kulturellen Selbstidentifikation in Zweifel gezogen wird.<sup>92</sup>

Diese Kritik trifft auf den ersten Blick große Teile von Böckenfördes Demokratie- und Staatstheorie, insbesondere hinsichtlich der Rolle von Nation und Homogenität.

<sup>80</sup>Böckenförde, Die Verfolgung der deutschen Juden als Bürgerverrat. In: Ders.: Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 276 (282).

<sup>81</sup>Künkler/Stein, Böckenförde on the Relationship between State, Citizenship, and Political Autonomy. In: Böckenförde, Ernst-Wolfgang; Künkler/Stein (Hg.) (2017): Constitutional and Political Theory: Oxford University Press, 300 (301 f.).

<sup>82</sup>Böckenförde, Die Zukunft politischer Autonomie, S. 119.

<sup>83</sup>Ebd., S. 121.

<sup>84</sup>Ebd., S. 120.

<sup>85</sup>Böckenförde, Staatsbürgerschaft und Nationalitätskonzept, S. 66 f.

<sup>86</sup>Ebd., S. 67.

<sup>87</sup>BVerfGE 83, 37 (Rn. 56).

<sup>88</sup>Künkler/Stein, Böckenförde on the Relationship between State, Citizenship, and Political Autonomy, S. 303.

<sup>89</sup>Whelan, Prologue: Democratic Theory and the Boundary Problem. In: Nomos 25 (1983), 13 (16).

<sup>90</sup>Abizadeh, American Political Science Review (106/4), 867 (867 f.).

<sup>91</sup>Ebd., (896 ff.).

<sup>92</sup>Ebd., (873).

Behauptet er damit doch die Existenz einer vorpolitischen, historischen Größe, die die Bestandsvoraussetzung moderner Staatlichkeit darstellt. Auf der anderen Seite erkennt Böckenförde die politische Festlegung darüber, was zu dieser „vopolitischen“ Größe gehört, allerdings selbst ausdrücklich an:

„Wodurch wird eine Gruppe von Menschen, die für sich ein nationales Bewusstsein entwickelt, dabei zur Nation? (...) Die Anknüpfung wechselt vielmehr nach der gegebenen Situation und den konkreten Umständen der Nationenbildung. (...) Die Schlußfolgerung (...) lautet: *Die Nation, wenn sie entsteht, bestimmt selbst die Merkmale, die sie bestimmen.* Das mag paradox klingen, aber es trifft, so scheint mir, die Wirklichkeit.“<sup>93</sup>

Zwar bedarf politische Homogenität so empirisch einer gesellschaftlichen Homogenität, worin diese im Einzelnen besteht ist – wie bereits der Vergleich der deutschen und französischen Situation gezeigt hat – jedoch kontingent, veränderbar und damit keineswegs so vorpolitisch, wie es etwa die Ideengeschichte des Nationalismus behauptet.

Viel direkter wird Böckenfördes Ansatz insofern von Abizadehs Kritik liberaler Demokratietheorien adressiert. Diese seien bei der Festlegung ihrer Grenzen mit dem Problem konfrontiert, ein nach den eigenen Maßstäben legitimes Verfahren zur Bestimmung der Grenzen des Demos festzulegen: Wer kann gerechtfertigter Weise darüber abstimmen, wer abstimmen darf? Hier droht ein infinites Regress, der in der Praxis meist erneut auf die Kulturnation zurückführt.<sup>94</sup> Böckenförde durchschneidet diesen gordischen Knoten einerseits dezisionistisch, indem er auf die politische Entscheidung über die Selbstdefinition der Gemeinschaft verweist. Zum anderen erledigt sich das Problem bereits historisch durch die faktisch entstandenen Selbstverständnisse. Hierdurch kehrt er – Abizadehs Vorwurf ganz entsprechend – im Ergebnis doch zur Kulturnation als Referenz der Grenzen des Demos zurück.

## II. Vermittlungsversuche

Für Abizadeh liegt die Lösung des Boundary Problems darin, demokratische Entscheidungsfindung grundsätzlich nicht mehr von einem abgrenzbaren Demos her zu denken. Vielmehr gilt es, diese vom Verfahren selbst abzuleiten, welches seine Legitimität aus der fairen Beteiligung aller von den Entscheidungen Betroffenen und durch diskursive Praktiken gewinnt (*unbounded demos thesis*).<sup>95</sup> Er bezieht sich hiermit erkennbar auf die Tradition der deliberativen Demokratietheorie, wie sie insbesondere von Jürgen Habermas vertreten worden ist.

Die Positionen Böckenfördes und Habermas sind bereits zu verbinden versucht worden. So argumentiert etwa Anna Katharina Mangold, dass die gesellschaftliche Homogenität bei Böckenförde – seine Wendung aufgreifend – als ein „demokratisches Ethos“ zu verstehen sei. Dieses umfasse inhaltlich in erster Linie die Akzeptanz von demokratischen Verfahren, Deliberation und der Rechte

des Anderen.<sup>96</sup> Und tatsächlich betont Böckenförde gewissermaßen ein solches, deliberatives Ideal demokratischer Entscheidungsfindung in einer stabilen politischen Einheit:<sup>97</sup>

„Friedenseinheit meint ja, daß alle Konflikte, Meinungsverschiedenheiten, Gegensätze, die in einer Gesellschaft bestehen oder neu aufkommen, gewaltfrei ausgetragen werden – durch Diskussion, Auseinandersetzung, geregelte Verfahren, schließlich Kompromiß oder Entscheidung, die dann loyal akzeptiert werden.“<sup>98</sup>

Die Herausforderung, die das Boundary Problem an Böckenförde stellt, lässt sich hiermit nicht aus der Welt schaffen. Auch wenn, wie Mangold richtig feststellt, Elemente in Böckenfördes Denken in ihrem Ergebnis grundsätzlich einem deliberativen Entscheidungsprozess ähneln, so kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass beide Perspektiven radikal unterschiedliche Ausgangspunkte haben. Wo es für deliberative Demokratietheorien um die Rationalität und Inklusivität von Entscheidungsprozessen geht, betont Böckenförde, wie dargestellt, vorrationale Traditionen und das abgeschlossene Volk als Legitimitätsquellen. Dabei trennt beide Theorien schon ein völlig anderer Anspruch an Legitimität, verfolgt Böckenförde doch vor allem einen historisch-analytischen Anspruch, nicht den einer normativen Demokratietheorie.

Das exklusive Volk als Ausgangspunkt der Staatsgewalt findet bei ihm – insoweit konsequent – keine grundsätzliche Reflexion. Bemerkenswert ist, dass Böckenförde das Paradox der politischen (Selbst-) Setzung von Volk, Nation und Staat als solches kenntlich macht. Darüber hinaus demonstriert seine historische Analyse die Transformation und Differenzierung verschiedener Selbstdefinitionen und entsprechender Zugänge von Mitgliedschaft. Die Grenzen des Demos sind insofern kontingent und veränderbar. Die Bedingungen für eine solche Ausweitung des Demos liegen formal auf Ebene der staatlichen Entscheidung, sind jedoch auch eine Frage der Grenzen gesellschaftlicher Integration. Ein politisches Projekt, welches Böckenförde folgend auf eine Ausweitung der Grenzen der Bürgerschaft hinarbeiten würde, hätte diese Grenzen zunächst in ihrer historischen Realität nachzuvollziehen, um sie anschließend insbesondere über kultur- und bildungspolitische Projekte pragmatistisch in Frage zu stellen.

Des Weiteren verweist Böckenförde bei dem von ihm präferierten Modell der doppelten Staatsbürgerschaft zur Vermeidung von ohnehin unwahrscheinlicher gewordenen Loyalitätskonflikten auf bilaterale Verträge:

<sup>93</sup>Böckenförde, *Die Nation – Identität in Differenz?*, 41, Herv. i. O.

<sup>94</sup>Abizadeh, *American Political Science Review* 2012 (106/4), 867 (874 f.).

<sup>95</sup>Ebd., (877).

<sup>96</sup>Mangold, *Das Böckenförde-Diktum*, Verfassungsblog, online verfügbar unter <https://verfassungsblog.de/das-boeckenfoerde-diktum/> (zuletzt abgerufen am 22.08.2023).

<sup>97</sup>Künkler/Stein, *Böckenförde on the Relationship between State, Citizenship, and Political Autonomy*, S. 304.

<sup>98</sup>Böckenförde, *Die Zukunft politischer Autonomie*, S. 109.

„Der existentielle Konflikt aus doppelter Loyalitäts- und Treuebindung verliert überall dort an Relevanz, wo der Ernstfall, eine kriegerische Auseinandersetzung, praktisch nicht mehr vorstellbar ist. Das ist bei allen EU-Staaten, aber auch zwischen NATO-Partnern der Fall. Unterhalb dessen lassen sich mögliche Loyalitätskonflikte, die es durchaus geben kann, weitgehend ausräumen, wenn man – durch internationale Vereinbarungen gestützt – zwischen der *aktuellen* Staatsangehörigkeit im Wohnsitzland, an die politische Rechte und Pflichten anknüpfen, und einer *ruhenden* Staatsangehörigkeit im Herkunftsland unterscheidet, was sich bei Wohnortwechsel dann umkehrt.“<sup>99</sup>

Die Exkludierten werden damit nicht etwa durch multinationale demokratische Prozesse in die Entscheidung über die Grenzen der Mitgliedschaft inkludiert.<sup>100</sup> Ihre Rechte bleiben stattdessen der Willkür völkerrechtlicher Vertragsfreiheit überlassen, die doch zumindest ein Maß von Gegenseitigkeit einschließt. Im Ergebnis führt Böckenfördes Vorschlag einer aktuellen und einer ruhenden Staatsbürgerschaft vielmehr zu einer ähnlichen Forderung wie die der sog. „Stakeholder“-Citizenship, die den Status der Bürgerschaft an die dauerhaften relevanten Lebensumstände knüpft.<sup>101</sup> Zumindest über diesen Umweg findet die Idee der Betroffenheit doch noch – stark begrenzt – Eingang in das Staatsbürgerschaftsmodell Böckenfördes.

Postnationalstaatlichen Bürgerschaftskonzepten zeigt er als Etablierter dagegen entschieden Grenzen auf, insbesondere solchen, die den Nationalstaat zum Agenten der Durchsetzung universeller Rechte herabstufen.<sup>102</sup> Böckenförde verteidigt gegen diese Impulse das Prinzip der souveränen Rechtssetzung und -durchsetzung des abgegrenzten Staatsvolkes. Diesem diese Souveränität einseitig zu entziehen, ohne, dass eine neue solche Handlungsgemeinschaft existiert, ist als Gegenseite von Böckenfördes Affirmation exklusiver Bürgerschaftskonzeption mit einem Demokratieverlust verbunden.<sup>103</sup>

## E. Fazit

Ernst-Wolfgang Böckenfördes Konzept der Staatsbürgerschaft nimmt eine wichtige, wenn auch selten als solche kenntlich gemachte Position in seiner Staats- und Demokratietheorie ein. Während die Angehörigkeit zum Staat bei ihm zunächst im liberalen Sinne ein formales Rechtsverhältnis umfasst, das im demokratischen Rechtsstaat der Moderne inhaltlich durch wechselseitigen Schutz und Gehorsam gekennzeichnet ist, muss die ausgefüllte Bürgerschaft als existentielle Bedingung des Staates auch eine Form gesellschaftlicher Integration einschließen. Diese kann dabei sowohl – im kommunitaristischen Sinne – aus einer historischen Gruppenzugehörigkeit stammen, als auch aus einem republikanischen Bekenntnis zum Staat. Diese unterschiedlichen Homogenitäts- und Loyalitätsquellen bedeuten nicht unmittelbar andere Zugangsbedingungen zur Staatsangehörigkeit, führen jedoch pfadabhängig zu verschiedenen Präferenzen bei der Lösung von Problemfällen.<sup>104</sup> Böckenfördes Modell erlaubt damit

zunächst, verschiedene gegebene Formen von Staatsbürgerschaften ideen- und rechtsgeschichtlich einzuordnen.

Gegenüber den Anforderungen einer normativen Demokratietheorie, die Grenzen des Demos selbst demokratisch zu rechtfertigen, kann Böckenförde nur darauf bestehen, dass die politische Setzung dieser Grenzen ein Paradox bleibt. Indem er die Begrifflichkeiten von Souveränität und Volk gegen einen drohenden Verlust politischer Autonomie verteidigt, verteidigt er auch – in Theorie und Praxis – den Abschluss des Demos nach außen. Obwohl sich Böckenförde dermaßen entschieden gegen eine Entgrenzung der Staatsbürgerschaft stellt, bietet seine Perspektive für die Kritik konkreter Grenzen der Staatsbürgerschaft Anknüpfungspunkte. So behandelt er sie zwar als historisch gegeben, aber auch transparent als Produkt von politischen Entscheidungen, die grundsätzlich revidierbar sind. Faktische Bedingung dieser Revidierbarkeit bleibt dabei die Integrationsleistung einer gemeinsamen demokratischen Kultur. Unter der Bedingung fortschreitender Globalisierung und Europäisierung lässt sich gerade in aktuellen Debatten zur Reform des Einbürgerungsrechts über Böckenfördes Skepsis hinaus für entsprechende Ausweitungen der politischen Gemeinschaft argumentieren. Hierin liegt der Vorteil seines Modells: Eine prinzipiell gebundene, aber für Transformationen offene Idee der Staatsbürgerschaft zu entwickeln.

<sup>99</sup>Böckenförde, Staatsbürgerschaft und Nationalitätskonzept, S. 67, Herv. i. O.

<sup>100</sup>Vgl. Schäfferle, Constellations, 2022, Online-First: <http://doi.org/10.1111/1467-8675.12623> (6 f.) (zuletzt aufgerufen am 22.08.23).

<sup>101</sup>Bauböck, Stakeholder Citizenship and Democratic Participation in Migration Contexts. In: Fossum/Poirier/Magnette (Hg.): The ties that bind. Accommodating diversity in Canada and the European Union, 105 (110).

<sup>102</sup>Vgl. Soysal, Limits of citizenship. Migrants and postnational membership in Europe, S. 140 f.

<sup>103</sup>Böckenförde, Die Zukunft politischer Autonomie, S. 125.

<sup>104</sup>Böckenförde, Staatsbürgerschaft und Nationalitätskonzept, S. 65.

# Zur bestimmten Negation bei Adorno und Naucke

## Adornos Auffassung von Freiheit und sein Einfluss auf Nauckes Konzeption des *negativen Strafrechts*

Bischoff, Joshua\*

### ZUSAMMENFASSUNG

Adorno führt in seinem Werk der *Negativen Dialektik*, anhand einer Kant-Kritik, aus, dass Freiheit nur negativ bestimmt werden kann. Dazu bedient dieser sich der Methode der bestimmten Negation. Dieser Ansatz wird auf Nauckes Konzept des *negativen Strafrechts* übertragen und gezeigt, dass auch Naucke dieses nur negativ bestimmt. Dabei stellt das *negative Strafrecht* eine Position dar, welche dem affirmativen Strafrecht kritisch gegenübersteht und dieses kontinuierlich hinterfragen und begrenzen soll.

**Keywords** Kritische Theorie; Theodor W. Adorno; Wolfgang Naucke; Negative Dialektik; Strafrecht; Strafrechtstheorie; Freiheit; Negatives Strafrecht

### A. Einleitung

„Freiheit ist einzig in bestimmter Negation zu fassen, gemäß der konkreten Gestalt von Unfreiheit.“<sup>1</sup>

Der Aufsatz befasst sich mit Adornos Auffassung von Freiheit und inwieweit diese sich in Nauckes Konzeption des *negativen Strafrechts* wiederfinden lässt. Dabei wird sich auf den oben zitierten Satz bezogen, welcher zunächst in das Gesamtwerk der *Negativen Dialektik* von Theodor W. Adorno eingeordnet wird. Adorno (1903-1969) war ein deutscher Philosoph und Soziologe und zählt zu den Hauptvertretern der Kritischen Theorie, die auch als *Frankfurter Schule* bekannt ist. Die *Negative Dialektik* stellt eines der Hauptwerke Adornos dar<sup>2</sup> und ist in drei Teile unterteilt. Der zitierte Satz findet sich im dritten Teil der *Negativen Dialektik*: „Modelle“. Adorno führt drei dort Modelle an, anhand welcher er verdeutlichen will, was Negative Dialektik eigentlich sei und erörtert auf diese Weise zentrale Schlüsselbegriffe der Philosophie.<sup>3</sup> Das Zitat steht im ersten Modell: „Freiheit – zur Metakritik der praktischen Vernunft“. In diesem behandelt Adorno den philosophischen Schlüsselbegriff der Moralphilosophie.<sup>4</sup> Dazu setzt er sich mit der Dialektik der Freiheit auseinander<sup>5</sup> und bezieht sich dabei hauptsächlich auf Kant.

Das Konzept des *negativen Strafrechts* stammt von Wolfgang Naucke. Naucke (\*1933) ist ein Rechtswissenschaftler und ehemaliger Professor der Universität Frankfurt mit den Schwerpunkten Strafrecht, Kriminologie und Rechtsphilosophie. Beide Autoren eint die Arbeit an derselben Universität, wobei Adorno bis zu seinem Tod 1969 an der Universität lehrte und Naucke 1971 seine Professur antrat. Zu Nauckes Zeit war die Universität demnach noch stark von dem Wirken Adornos geprägt. Die vorliegende Arbeit strebt einen Vergleich beider Autoren an. Schließlich sollte es nicht vermessen sein, von einem Einfluss Adornos auf Naucke auszugehen. Die zugrunde liegende Frage lautet, wie Adorno Freiheit denkt und inwieweit sich diese Konzeption in Nauckes *negativem Strafrecht* wiederfindet.

Um diese Frage zu beantworten, wird zuerst auf Adornos Kant-Kritik eingegangen. Schließlich arbeitet sich Adorno bei seinen Ausführungen zum Begriff der Freiheit maßgeblich an Kants Bestimmungen der Freiheit ab. Es wird gezeigt, was Adorno an Kants Darlegungen zur Freiheit in dessen *Kritik der reinen Vernunft* und der *Kritik der praktischen Vernunft* bemängelt. Aus dieser Kritik heraus wird Adornos Verständnis von Freiheit und in welchem Verhältnis Freiheit und Unfreiheit zueinanderstehen dargestellt. Danach wird der Begriff der bestimmten Negation erläutert und herausgearbeitet, in welcher Weise die bestimmte Negation mit Adornos Verständnis von Freiheit und Unfreiheit zusammenhängt. Im Anschluss wird Nauckes Konzept des *negativen Strafrechts* erläutert und abschließend untersucht, in welchem Zusammenhang dieses mit Adornos Freiheitsbegriff steht. Dabei wird sowohl auf etwaige Parallelen zwischen Adorno und Naucke hingewiesen als auch darauf eingegangen, ob und inwieweit Naucke versucht das *negative Strafrecht* durch bestimmte Negation zu fassen.

Diese Betrachtung von Nauckes Konzeption ist relevant, da für Naucke das *negative Strafrecht* als Korrektiv zum affirmativen Strafrecht dient. Naucke formuliert das *negative Strafrecht* jedoch nicht aus. Mit Bezug auf Adorno kann gezeigt werden, auf welche Weise man das *negative*

\*Der Autor steht kurz vor dem Abschluss des Ersten Juristischen Staatsexamens und studiert Philosophie im Master an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Bischoff, Zur bestimmten Negation bei Adorno und Naucke, *FraLR* 2023 (02), S. 65-72. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.74681>

<sup>1</sup>Adorno (2020), *Negative Dialektik*, 9. Auflage, S. 230.

<sup>2</sup>Wesche (2018), Adorno, Eine Einführung, S. 16.

<sup>3</sup>Adorno (2020), S. 10.

<sup>4</sup>Adorno (2020), S. 10.

<sup>5</sup>Adorno (2020), S. 10.



*Strafrecht* ausformulieren könnte oder ob das *negative Strafrecht* überhaupt formuliert werden muss, sowie ob es sinnvoll ist, dies zu tun. Die Frage nach dem Einfluss von Adornos Denken liegt nicht zuletzt deshalb nahe, da Naucke sich auf den Begriff der Negativität stützt und dieser Begriff maßgeblich von Adorno geprägt ist.

## B. Was ist Freiheit nach Adorno?

Das erste Modell in der *Negativen Dialektik* handelt von einer Dialektik der Freiheit. Um diese zu erläutern, wird zunächst auf die Kant-Kritik Adornos eingegangen. Darauf folgend wird anhand dieser Kritik Adornos Verständnis von Freiheit dargestellt.

### I. Adornos Kant-Kritik

In dem ersten Modell der *Negativen Dialektik* setzt sich Adorno mit Kants Bestimmung von Freiheit auseinander. Kant behandelt die Freiheit in der dritten Antinomie der Kritik der reinen Vernunft.<sup>6</sup> Dabei setzt er sich – anhand von These und Antithese – mit dem Widerstreit zwischen Freiheit und Determinismus auseinander.<sup>7</sup>

Kants These lautet: „Die Kausalität nach Gesetzen der Natur ist nicht die einzige, aus welcher die Erscheinungen der Welt insgesamt abgeleitet werden können. Es ist noch eine Kausalität aus Freiheit zur Erklärung derselben anzunehmen notwendig.“<sup>8</sup> Dies begründet Kant wie folgt: Wenn man annähme es gäbe keine Kausalität, außer der, nach den Gesetzen der Natur, so müsste jedes Geschehen auf einem vorherigen Zustand beruhen. Jedes Geschehen setze somit ein vorheriges Geschehen voraus. Wenn jedoch alles auf einer zuvor ergangenen Ursache beruhe, könne kein Anfang der Kausalkette bestimmt werden. Denn diese müsse nach dem Gesetz der Natur auch einen Anfang haben, welcher wiederum einen Anfang haben müsse usw. Aus diesem Grund widerspreche sich die Aussage, dass Kausalität nur nach Naturgesetzen möglich sei.<sup>9</sup>

Die Antithese hierzu lautet: „Es ist keine Freiheit, sondern alles in der Welt geschieht lediglich nach Gesetzen der Natur.“<sup>10</sup> Kant führt folgenden Beweis für diese Antithese an: Wenn man davon ausgehe, dass es möglich sei, Spontanursachen und somit einen Anfang zu setzen, würden diese Spontanursachen dem gültigen Kausalgesetz widersprechen.<sup>11</sup>

Diese Antinomie löst Kant, indem er eine dualistische Theorie entwickelt. Nach dieser lebe der Mensch in zwei Welten: Zum einen in einer phänomenalen Welt, die Welt der Wahrnehmung, welche von Naturgesetzen beherrscht ist, zum anderen in der intelligiblen Welt, der Welt des Verstandes, in welcher der Mensch absolut frei sei.<sup>12</sup> Kant habe diese Antinomie „dichotomisch geschlichtet“.<sup>13</sup>

Adorno wirft Kant (und generell der Philosophie des 17. Jahrhunderts) vor, dass dieser lediglich versuche, eine „gemeinsame Formel für Freiheit und Unterdrückung“ zu begründen.<sup>14</sup> Demnach würde die Bestimmung der Freiheit nur zur Legitimation der Unfreiheit dienen. Mit seiner Kritik an Kants Dichotomie will er der Frage auf den Grund gehen, warum Freiheit und Determinismus sich als Antinomie gegenüberstehen müssen.<sup>15</sup>

Adornos Kritik an Kant setzt an dessen These der dritten Antinomie an. Kant führe in der These „unter der Hand“<sup>16</sup> zur Erklärung der Freiheit, den Begriff „notwendig“<sup>17</sup> an. Dieser Begriff gehöre selbst zur „Sphäre der Kausalität.“<sup>18</sup> Daran zeige sich, dass es Kant nicht möglich sei, die Freiheit zu beweisen ohne Bedingungen als gegeben vorauszusetzen, welche er selbst nicht belegen, ableiten oder explizieren könne.<sup>19</sup> An der formulierten Antithese und deren Begründung sei erkennbar, dass Kant die Kausalität auf die Freiheit erweitere, sodass auch die Freiheit eine „Kausalität sui generis“ sei.<sup>20</sup> Das bedeute, dass für Kant sowohl Natur als auch Freiheit lediglich zwei Formen von Kausalität darstellen. Des Weiteren versucht Kant die Freiheit an Gedankenexperimenten aufzuzeigen. Um dies jedoch zu vollziehen, müssten diese Beispiele durch Kant „rigoros von ihrem empirischen Gehalt gereinigt werden.“<sup>21</sup> Auch seien diese Experimente widersprüchlich, weil sie die „Anerkennung des Kantischen Sittengesetzes“<sup>22</sup> voraussetzen, obwohl sie dieses doch erst begründen sollen.<sup>23</sup> Kant könne also die Freiheit nicht anders als durch „empirische Subreption“<sup>24</sup> belegen.

Für Adorno ist es bezeichnend, dass Kant in seiner Begründung nicht ohne Begriffe wie „Triebfeder“<sup>25</sup> auskommt. Dieser Begriff sei ein kausal-mechanischer Begriff und falle somit in die empirische Welt.<sup>26</sup> Kant könne somit die Freiheit nicht ohne Empirie beweisen, obwohl er die Freiheit von der empirischen Welt strikt trenne.<sup>27</sup> Kant spreche zwar eine Beziehung von Freiheit und Empirie an<sup>28</sup>, doch seine „Spekulation verstummt, wo sie einzusetzen hätte, und resigniert zu einer bloßen Beschreibung immanenter Wirkungszusammenhänge.“<sup>29</sup>

Zudem kritisiert Adorno an Kants Auffassung von Freiheit, dass dieser die Begründung der Freiheit umgehe. Er setze die Freiheit des Menschen voraus, „als ob“<sup>30</sup> dieser

<sup>6</sup>Schweppenhäuser (2016), Ethik nach Auschwitz, Adornos negative Moralphilosophie, 2. überarbeitete Auflage, S. 85.

<sup>7</sup>Schweppenhäuser, S. 86.

<sup>8</sup>Kant (1998), Kritik der reinen Vernunft nach der ersten und zweiten Originalausgabe, in: Timmermann, Philosophische Bibliothek, Band 505, S. 548.

<sup>9</sup>Kant (1998), S. 548.

<sup>10</sup>Kant (1998), S. 549.

<sup>11</sup>Kant (1998), S. 549.

<sup>12</sup>Kant (1998), S. 637.

<sup>13</sup>Adorno (2020), S. 212.

<sup>14</sup>Adorno (2020), S. 213.

<sup>15</sup>Adorno (2020), S. 217.

<sup>16</sup>Adorno (1997), Probleme der Moralphilosophie, S. 58.

<sup>17</sup>Kant (1998), S. 548.

<sup>18</sup>Adorno (1997), S. 58.

<sup>19</sup>Adorno (1997), S. 58.

<sup>20</sup>Adorno (1997), S. 63.

<sup>21</sup>Adorno (2020), S. 223.

<sup>22</sup>Adorno (2020), S. 224.

<sup>23</sup>Adorno (2020), S. 224.

<sup>24</sup>Adorno (2020), S. 225.

<sup>25</sup>Kant (1999), Kritik der praktischen Vernunft, in Ulfig, Immanuel Kant – Die Drei Kritiken, S. 108.

<sup>26</sup>Adorno (2020), S. 252.

<sup>27</sup>Adorno (2020), S. 252.

<sup>28</sup>Kant (1999), S. 109.

<sup>29</sup>Adorno (2020), S. 284.

<sup>30</sup>Adorno (2020), S. 230.

frei wäre.<sup>31</sup> Darauf sei Kant angewiesen, weil er an den Menschen den Anspruch stellen können muss, dass dieser das Sittengesetz in sich tragen und sich danach richten kann.<sup>32</sup> Die Freiheit wird zu einer Notwendigkeit gemacht, weil Kant es nicht für möglich halte, dass der Mensch ohne Freiheit handeln könne.<sup>33</sup> Nach Adorno könne aber genauso geschlussfolgert werden, dass wenn das Individuum sich seiner Freiheit bewusst sei, ohne sich dieser wahrlich gewiss zu sein, im Ergebnis sich der Mensch selbst täusche, wenn er denke er würde frei handeln.<sup>34</sup> Adorno wirft Kant in diesem Punkt seiner Begründung vor, dass er an der Stelle, an welcher Kant gerade am objektivsten hätte argumentieren müssen, der Subjektivität verfallt.<sup>35</sup> Dadurch „hat aber die Freiheit selbst zur Basis ihre Unfreiheit“<sup>36</sup>, denn der Mensch würde von seiner Freiheit abhängig gemacht, um handeln zu können.

Für Kant sei Freiheit reine Vernunft.<sup>37</sup> Doch sei, nach Adorno, die absolute Selbstbestimmtheit auch eine absolute Herrschaft über die innere Natur und stelle somit selbst eine Unterdrückung dar.<sup>38</sup> Die reine Vernunft, für Kant bedeutungsgleich mit Freiheit, sei immer auch mit Kausalität beziehungsweise Unfreiheit verknüpft.<sup>39</sup> Auf der Suche nach der Begründung des Sittengesetzes schließe Kant alle kausalen Bedingungen aus und führe schlussendlich die Freiheit als Grundlage für das Sittengesetz an. Doch diese Freiheit könne sonst nirgends gefunden werden, ohne diese gäbe es aber auch kein Sittengesetz.<sup>40</sup> Kant erkenne Freiheit nur in ihrer absoluten Gestalt an, für Adorno sind in der Realität aber immer nur Momente der Freiheit zu fassen. Durch Kants Verabsolutierung der Freiheit, setze er diese in ein Stadium, in welchem sie sich noch gar nicht befinde.<sup>41</sup> Aus der intelligiblen Freiheit folge das Sittengesetz und somit moralisches Handeln. Doch seien sämtliche Begriffe, welche Kant verwendet, um die Freiheit darzulegen, repressiv.<sup>42</sup> Kant könne laut Adorno „Freiheit ohne Zwang nicht ertragen.“<sup>43</sup> Adorno kritisiert dabei nicht nur Kant, sondern die gesamte Philosophie. Er wirft ihr vor, dass sie nie versucht hat, Freiheit ohne Zwang zu denken.<sup>44</sup> Aus diesem Grund sei Freiheit „derart mit der Unfreiheit verfilzt, daß [sic!] sie von dieser nicht bloß inhibiert wird, sondern sie zur Bedingung ihres eigenen Begriffes hat.“<sup>45</sup> Der Mensch könne Freiheit gar nicht mehr erkennen.

Die Kritik Adornos umfasst demnach folgende Punkte: Zum einen könne Kant die Freiheit nicht getrennt vom Determinismus denken, obwohl dies gerade sein Ziel ist. Zum anderen setzte Kant die Freiheit voraus, damit er das Sittengesetz begründen und somit einen Anspruch an den Menschen stellen könne, moralisch zu handeln. Des Weiteren schaffe es Kant nicht, trotz seiner strikten Trennung von empirischer und intelligibler Welt, Freiheit ohne Empirie zu beweisen.

## II. Adornos Verständnis von Freiheit

Auf Grundlage von Adornos Kant-Kritik kann nun sein Verständnis von Freiheit dargestellt werden. Auch wenn aufgrund des Titels *Negative Dialektik* von einer „negativen Freiheit“ bei Adorno ausgegangen werden kann, meint Adorno nicht die negative Freiheit im juristischen Sinne, also nicht die bloße Abwesenheit von

äußeren Zwängen.<sup>46</sup> Vielmehr geht Adorno von einer positiven Freiheit aus, dass ein Individuum handeln könne, wie es wolle. Diese Freiheit formuliert Adorno lediglich negativ, in dem Sinne was positive Freiheit nicht sei.<sup>47</sup>

Für Adorno ist ein Individuum frei, wenn es seine eigenen Zwecke verfolgen könne.<sup>48</sup> Diese Freiheit sei in der heutigen Zeit nicht zu finden. Vielmehr stelle die Freiheit, genauso wie die Individualität, einen Schein der bürgerlichen Gesellschaft dar.<sup>49</sup> Aus diesem Grund sei „Kritik an der Willensfreiheit wie am Determinismus [...] Kritik an diesem Schein.“<sup>50</sup> Das Individuum sei nur insoweit frei, wie es die bürgerliche Gesellschaft erlaube.<sup>51</sup> Damit solle garantiert werden, dass das „Individuum als wirtschaftendes [...] Subjekt“<sup>52</sup> in einem „ökonomischen System [...] funktioniere.“<sup>53</sup> Die Freiheit der Einzelnen würde durch die gesellschaftlichen Strukturen verhindert, sodass „die ganze Freiheit“<sup>54</sup> nicht realisiert werden könne.<sup>55</sup> Aus diesem Grund wäre Freiheit nur unter „entfesselter Güterfülle“<sup>56</sup> herzustellen und sei ohne „gesamtgesellschaftliche Freiheit, nicht einmal möglich zu denken“.<sup>57</sup>

Freiheit wäre demnach kein ontologischer Zustand, sondern müsse erst erreicht werden.<sup>58</sup> Für Adorno ist die Freiheit des Individuums nicht die Freiheit, welche es zu bestimmen gelte. Vielmehr stelle die individuelle Freiheit nur eine Abstraktion der gesellschaftlichen Freiheit dar, in deren Zusammenhängen sich die individuelle Freiheit manifestiere. Außerhalb einer (freien) Gesellschaft wäre individuelle Freiheit sinnlos.<sup>59</sup> Andererseits würde keine freie Gesellschaft bestehen können, wenn sich in der freien Gesellschaft die Freiheit des Individuums nicht realisieren könne.<sup>60</sup> Die einzelne Person sei daher „der

<sup>31</sup> Adorno (2020), S. 230.

<sup>32</sup> Adorno (2020), S. 230.

<sup>33</sup> Adorno (2006), Zur Lehre von der Geschichte und von der Freiheit, 1. Auflage, S. 339.

<sup>34</sup> Adorno (2006), S. 339.

<sup>35</sup> Adorno (2006), S. 340.

<sup>36</sup> Adorno (2006), S. 341.

<sup>37</sup> Adorno (2020), S. 253.

<sup>38</sup> Adorno (2020), S. 253.

<sup>39</sup> Schweppenhäuser, S. 91.

<sup>40</sup> Schweppenhäuser, S. 105.

<sup>41</sup> Schweppenhäuser, S. 105; Adorno (2020), S. 230.

<sup>42</sup> Adorno (2020), S. 231.

<sup>43</sup> Adorno (2020), S. 231.

<sup>44</sup> Adorno (2020), S. 262.

<sup>45</sup> Adorno (2020), S. 262.

<sup>46</sup> Schweppenhäuser, S. 146.

<sup>47</sup> Schweppenhäuser, S. 146.

<sup>48</sup> Adorno (2020), S. 259.

<sup>49</sup> Adorno (2020), S. 259.

<sup>50</sup> Adorno (2020), S. 259.

<sup>51</sup> Adorno (2020), S. 259.

<sup>52</sup> Adorno (2020), S. 259.

<sup>53</sup> Adorno (2020), S. 259.

<sup>54</sup> Adorno (2020), S. 32.

<sup>55</sup> Schweppenhäuser, S. 146.

<sup>56</sup> Adorno (2020), S. 218.

<sup>57</sup> Adorno (1997), S. 262.

<sup>58</sup> Adorno (2006), S. 244.

<sup>59</sup> Adorno (2006), S. 245.

<sup>60</sup> Adorno (2006), S. 247.

Prüfstein der Freiheit“.<sup>61</sup> Aus diesem Grund ist es für Adorno auch ein Beweis für Unfreiheit, wenn die Freiheit der Einzelnen mit der Rechtfertigung der Freiheit der Gesellschaft eingeschränkt wird. Denn die Beschneidung der individuellen Freiheit beweist als „Prüfstein“ die Unfreiheit der Gesellschaft.<sup>62</sup> Dies zeige sich unter anderem am Strafrecht. Es werde den Menschen ein Zwang zum Handeln bzw. Nicht-Handeln auferlegt und gesagt, dass der Mensch diesen Zwang aus freien Stücken auf sich nehme. Doch man sei nicht frei, wenn man „von sich aus das will, was man ohnehin muss“.<sup>63</sup>

Adorno erkennt Unfreiheit und Freiheit auch in dem „Gefühl der Überforderung“<sup>64</sup> des Individuums. Der Mensch sei in der heutigen Gesellschaft andauernd überfordert und mit Aufgaben belastet, welche ihn davon abhalten, das zu tun, was er eigentlich wolle. Dies stelle eine konkrete Gestalt der Unfreiheit dar.<sup>65</sup> Aber gerade in diesem Gefühl stecke auch eine „Erinnerung an die Freiheit“.<sup>66</sup> Denn wenn der Mensch sich mit den ihm aufgetragenen Aufgaben andauernd überfordert fühle, habe er gleichzeitig das Gefühl, dass es auch anders sein könnte. In diesem „es könnte auch anders sein“<sup>67</sup> stecke der Gedanke, dass der Mensch eigentlich frei sein sollte bzw. könnte.<sup>68</sup>

Des Weiteren sei die Freiheit kein fester Begriff. Es könne nicht einmal formuliert werden, was Freiheit ist und dieses Verständnis als unumstößlich betrachtet werden. Das Verständnis von Freiheit „ist historisch entsprungen und wandelt sich mit der Geschichte.“<sup>69</sup> Dies zeige sich unter anderem an den vergangenen Staatsformen einer totalen Gesellschaft, in welcher politische Partizipation der Einzelnen noch gar nicht denkbar war.<sup>70</sup> Aus diesem Grund ist Freiheit abhängig „von dem Zustand der Welt“<sup>71</sup> und darin erkennt Adorno einen weiteren Zusammenhang zwischen Freiheit und Determinismus.<sup>72</sup>

Für Adorno ist es nicht möglich, Freiheit und Determinismus voneinander zu trennen, also sie gegenüberzustellen. Während für Kant das Bewusstsein und somit der Wille nichts anderes sei als die Fähigkeit, so zu handeln, wie es die Vernunft einem vorgebe, ist für Adorno Bewusstsein nicht gleichzusetzen mit freiem Handeln.<sup>73</sup> Der Mensch sei im Willen nicht nur frei, vielmehr sei er durch äußere Umstände und durch „Verinnerlichung von gesellschaftlichem Zwang“<sup>74</sup> in seinem Willen beeinflusst.<sup>75</sup> Daher ist für Adorno „Freiheit [...] real begrenzt durch Gesellschaft.“<sup>76</sup> Ein wichtiger Aspekt in Adornos Freiheitsverständnis ist das „Hinzutretende“<sup>77</sup> oder auch der „Impuls“<sup>78</sup>. In diesem zeige sich für Adorno der grundlegende Moment der Freiheit. Zum Willensakt gehören zwei Komponenten. Zum einen ein „Vernunftsmoment“<sup>79</sup>, welches ein Bewusstsein voraussetzt und zum anderen der Impuls.<sup>80</sup> Dieser Impuls zeige sich in dem ersten „Ruck“<sup>81</sup> einer Handlung, in der spontanen Handlung, welche nicht aus der Vernunft hervorgehe.<sup>82</sup> Dieser Moment sei körperlich und geistig zugleich.<sup>83</sup>

Demnach sei der Mensch einerseits frei, sofern er sich seiner selbst bewusst sei, in diesem Bewusstsein aber auch unfrei, weil er sich seinem Bewusstsein unterwerfe. Andererseits sei der Mensch unfrei, wenn er seinem Unbewussten und der Natur unterworfen sei, jedoch als solcher frei, indem er durch Regungen des Unbewussten, sich des Zwangscharakters seines

Bewusstseins entledige.<sup>84</sup> Freiheit wäre für Adorno demnach eine „Versöhnung von Geist qua Vernunft und Natur“.<sup>85</sup> Folglich ist das Verhältnis von Freiheit und Unfreiheit ein dialektisches und zwar ein in sich selbst widersprüchliches.<sup>86</sup>

### C. Die bestimmte Negation

Ausgehend von diesen Überlegungen stellt sich die Frage, wie für Adorno die Freiheit zu erreichen ist. Nach dem am Anfang der Arbeit zitierten Satz, ist „Freiheit [...] einzig in bestimmter Negation zu fassen, gemäß der konkreten Gestalt von Unfreiheit“.<sup>87</sup> Was unter der bestimmten Negation zu verstehen ist, wird im Folgenden dargelegt.

Der Begriff der bestimmten Negation lässt darauf schließen, dass es im Gegensatz zu einer bestimmten auch eine „abstrakte Negation“<sup>88</sup> gibt. Eine abstrakte Negation bedeutet lediglich, dass ein Gegenstand absolut abgelehnt wird.<sup>89</sup> Zwar wird bei der bestimmten Negation etwas aufgehoben, dennoch versteht Adorno unter dieser „Aufhebung“<sup>90</sup> auch ein Bewahren. Diese Begrifflichkeit der Aufhebung geht auf Hegels Dialektik zurück. Darin vereint Hegel, um Widersprüche zu überwinden, drei Bedeutungen des Begriffes der Aufhebung. Die Negation eines Gegenstandes (tollere), das Erhalten bestimmter Aspekte des Gegenstandes (conservare) und das Heben dieser Aspekte auf eine höhere Stufe (elevare).<sup>91</sup> Dabei wird bei der abstrakten Negation keine Aufhebung in diesem Sinne, sondern eine totale „Liquidation“<sup>92</sup>

<sup>61</sup>Adorno (2006), S. 247.

<sup>62</sup>Adorno (2006), S. 248.

<sup>63</sup>Adorno (2006), S. 272.

<sup>64</sup>Adorno (2006), S. 283.

<sup>65</sup>Adorno (2006), S. 283.

<sup>66</sup>Adorno (2006), S. 284.

<sup>67</sup>Adorno (2006), S. 284.

<sup>68</sup>Adorno (2006), S. 284.

<sup>69</sup>Adorno (2006), S. 248.

<sup>70</sup>Adorno (2006), S. 248.

<sup>71</sup>Adorno (2006), S. 338.

<sup>72</sup>Adorno (2006), S. 338.

<sup>73</sup>Adorno (2020), S. 226; Adorno (2006), S. 320.

<sup>74</sup>Adorno (2020), S. 269.

<sup>75</sup>Adorno (2020), S. 262.

<sup>76</sup>Adorno (2020), S. 292.

<sup>77</sup>Adorno (2006), S. 318.

<sup>78</sup>Adorno (2006), S. 326.

<sup>79</sup>Adorno (2006), S. 332.

<sup>80</sup>Adorno (2006), S. 332.

<sup>81</sup>Adorno (2006), S. 318.

<sup>82</sup>Adorno (2006), S. 318.

<sup>83</sup>Adorno (2006), S. 326.

<sup>84</sup>Adorno (2020), S. 294.

<sup>85</sup>Adorno (2006), S. 330.

<sup>86</sup>Adorno (2006), S. 295.

<sup>87</sup>Adorno (2020), S. 230.

<sup>88</sup>Adorno (2020), S. 160.

<sup>89</sup>Horkheimer/Adorno (1981), Dialektik der Aufklärung, Philosophische Fragmente, in: Tiedemann, Theodor W. Adorno, Gesammelte Schriften, Band 3, S. 231.

<sup>90</sup>Horkheimer/Adorno, S. 231.

<sup>91</sup>Windelband (1957), Lehrbuch der Geschichte der Philosophie, 15. Auflage, S. 509 f.

<sup>92</sup>Horkheimer/Adorno, S. 231.

vollzogen. Auf die Freiheit bezogen würde dies bedeuten, dass Freiheit nur dort bestünde, wo Unfreiheit absolut verneint wird. Freiheit und Unfreiheit stünden sich dann als Gegensätze gegenüber.

Um die bestimmte Negation begrifflich zu fassen, muss kurz auf die Negative Dialektik eingegangen werden. Denn in deren Rahmen stellt die bestimmte Negation eine Methode Adornos dar. Adornos Negative Dialektik leitet sich von Hegels Dialektik ab. Adorno kritisiert jedoch an Hegel, dass bei diesem die Negation der Negation in etwas Positivem resultiere.<sup>93</sup> Grundsätzlich sieht Adorno in der Philosophie das Problem, dass sie versuche, alle Gegenstände zu identifizieren. Sie sei darum bestrebt, das Gleiche, die wiederkehrenden Eigenschaften eines Gegenstandes auszumachen.<sup>94</sup>

Es sei aber gar nicht möglich die Identität eines Gegenstandes zu erkennen, vielmehr werde dieser durch die Identifikation in seinem wahren Selbst eingeschränkt.<sup>95</sup> Aus diesem Grund leben die Menschen in einem „Identitätszwang“.<sup>96</sup> Sie denken sie wüssten, wie die Gegenstände beschaffen sind, obwohl dies nicht der Fall sei. Wenn nun aber jede Dialektik in etwas Positives umschlagen müsste, wäre das auch nur eine weitere Identifikation des Gegenstandes.<sup>97</sup> Um die Nichtidentität eines Gegenstandes zu erkennen und damit das Sein eines Gegenstandes festzuhalten, müsste der „Identitätszwang“<sup>98</sup> durchbrochen werden.<sup>99</sup> Dazu dient nach Adorno die bestimmte Negation, sie sei der „Nerv der Dialektik als Methode“<sup>100</sup>. Es werde sich durch bestimmte Negation an einen Gegenstand angenähert und bestimmt, was dieser nicht ist. Dadurch würde einerseits aufgezeigt, was dem Gegenstand innewohne und zugleich erkannt, dass dieser nicht komplett gefasst werden könne.<sup>101</sup> Es würde ein Teil des Gegenstandes verneint, ein gewisser Etwas-Charakter würde jedoch bewahrt. An diesen Etwas-Charakter könne sich nun erneut angenähert und dieser bestimmt negiert werden.<sup>102</sup> Weil bei der bestimmten Negation, trotz der Verneinung, etwas aufgehoben im Sinne von bewahrt werde, ist diese nach Adorno auch das positivste Moment der Negativen Dialektik. Dennoch ist die bestimmte Negation nach Adorno nichts Positives. Positiv sei allein das bestimmte Aufzeigen von Widersprüchen. Negativ sei jedoch deren unbestimmtes Ergebnis.<sup>103</sup>

Auf die Freiheit bezogen bedeutet das, dass, um Freiheit erkennen zu können, bestimmt werden müsse, was Freiheit nicht sei. Indem Unfreiheit bestimmt negiert werde und der Mensch sich dadurch von Aspekten seiner Unfreiheit befreie, nähere dieser sich schrittweise an die Freiheit an. Freiheit könne demnach nicht positiv bestimmt oder identifiziert werden, weil der Mensch gar nicht wisse, was Freiheit sei. Vielmehr müsse der Mensch erkennen, was Freiheit nicht sei, um sich von seiner falschen Vorstellung von Freiheit und somit von Unfreiheit zu befreien.

Hier zeigt sich auch, weshalb Adorno Kant kritisiert und ihn als Gegenbeispiel anführt. Im Gegensatz zu Adorno stellt Kant die Freiheit der Unfreiheit unmittelbar gegenüber. Für Kant sind Freiheit und Unfreiheit Gegensätze, die sich gegenseitig ausschließen. Es kann keine Freiheit geben, wenn Unfreiheit besteht. Dies ist

für Adorno nicht der Fall, für ihn stehen Freiheit und Unfreiheit in einem dialektischen Verhältnis.

## D. Negatives Strafrecht

Im Folgenden wird das *negative Strafrecht* nach Naucke<sup>104</sup> erläutert. Dabei werden etwaige Parallelen zwischen Adornos Verständnis von Freiheit und Nauckes Verständnis vom *negativen Strafrecht* aufgezeigt. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob Nauckes Bestreben darin liegt, das *negative Strafrecht* durch bestimmte Negation zu fassen.

### I. Negatives und affirmatives Strafrecht

Für Naucke teilt sich das positive Strafrecht in das „positive Recht der Verbrechensbekämpfung“<sup>105</sup> und das „positive [...] Recht der Begrenzung der Verbrechensbekämpfung“<sup>106</sup>. Diese beiden Aspekte des positiven Strafrechts stünden sich gegenüber, wobei dem Recht der Verbrechensbekämpfung mehr Geltung zukomme.<sup>107</sup> Es stünden sich demnach das Strafrecht, als Mittel zur Verfolgung und Maßregelung von strafbar normierten Handlungen, und das Strafrecht, welches diese Mittel in einem gewissen Rahmen zu halten und zu begrenzen versucht, gegenüber. Das positive Recht der Verbrechensbekämpfung erfahre jedoch weit mehr Beachtung, wodurch das positive Recht der Begrenzung der Verbrechensbekämpfung immer weiter schwinde.<sup>108</sup>

Naucke bezieht sich in seinem Text auf Kants Vernunftbegriff. Nach Kant strebe die Vernunft nach Ausweitung und könne aus diesem Grund auch Fehlern unterlaufen. Naucke zieht eine Parallele zum Strafrecht. Demnach sei das Strafrecht eine Ausprägung der Vernunft und die „strafende Vernunft“<sup>109</sup> strebe genauso wie jeder Vernunftgebrauch nach Ausweitung und könne Irrtümern unterliegen.<sup>110</sup> Damit dies nicht geschehe, muss die strafende Vernunft auf eine Begrenzung treffen, um die „Vernünftigkeit der strafenden Vernunft“<sup>111</sup> sichern

<sup>93</sup>Adorno (2020), S. 161.

<sup>94</sup>Többicke (1992), Negative Dialektik und Kritische Ontologie, Eine Untersuchung zu Theodor W. Adorno, S. 31.

<sup>95</sup>Adorno (2020), S. 159.

<sup>96</sup>Adorno (2020), S. 398.

<sup>97</sup>Adorno (2020), S. 161.

<sup>98</sup>Adorno (2020), S. 398.

<sup>99</sup>Adorno (2020), S. 398.

<sup>100</sup>Adorno (1990), Drei Studien zu Hegel, in: Tiedemann, Theodor W. Adorno, Gesammelte Schriften, Band 5, 3. Auflage, S. 318.

<sup>101</sup>Adorno (1990), S. 318.

<sup>102</sup>Grenz (1984), Negative Dialektik mit offenen Karten: Der zweite Teil der negativen Dialektik, in: Naehrer, Die Negative Dialektik Adornos, S. 257.

<sup>103</sup>Kager (1988), Herrschaft und Versöhnung, Einführung in das Denken Theodor W. Adornos, S. 173; Adorno (2020), S. 161.

<sup>104</sup>Es wird auf Nauckes Ausführungen zum negativen Strafrecht Bezug genommen in: Naucke (2012), Negatives Strafrecht – 4 Ansätze, in: Vormbaum (2015), Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen, Kleine Schriften, Band 42.

<sup>105</sup>Naucke, Vorwort.

<sup>106</sup>Naucke, Vorwort.

<sup>107</sup>Naucke, Vorwort.

<sup>108</sup>Naucke, Vorwort.

<sup>109</sup>Naucke, S. 27.

<sup>110</sup>Naucke, S. 27.

<sup>111</sup>Naucke, S. 27.



zu können.<sup>112</sup> Diese Begrenzung stellt nach Naucke das „negative Strafrecht“<sup>113</sup> dar.

An diesem Punkt ist bereits ein Zusammenhang mit Adorno zu erkennen. Auch Adorno schreibt der Vernunft nicht nur Positives zu. Durch den (falschen) Gebrauch der Vernunft könne sich etwas Unerwünschtes entwickeln. Die Vernunft und alles, was aus ihr entsteht, ist für Adorno nicht immer gleichzusetzen mit Fortschritt und Wahrheit. Die Vernunft könne instrumentalisiert werden oder zu falschen Ergebnissen führen.<sup>114</sup>

Nach Naucke stehen sich ein „affirmatives Strafrecht“<sup>115</sup> und ein „negatives Strafrecht“<sup>116</sup> in einem konträren Verhältnis gegenüber. Das affirmative Strafrecht diene, mit dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes, der Erhaltung einer staatlichen Ordnung, der allgemeinen Sicherheit und der sozialen Kontrolle<sup>117</sup> und stelle ein „gesetzliches Machtinstrument“<sup>118</sup> dar. Das affirmative Strafrecht tendiere dazu, sich fortwährend auszuweiten. Es bestehe ein generelles Strafbedürfnis in der Gesellschaft und das Individuum verlange immer mehr Sicherheit und ein minimales Maß an Risiko. Dieses Verlangen mündet jedoch in eine Begrenzung der Freiheit des Einzelnen und somit erlange das affirmative Strafrecht immer mehr Macht und Kontrolle.<sup>119</sup>

Nach Naucke dient das *negative Strafrecht* dazu, dieser Entwicklung des affirmativen Strafrechts entgegenzuwirken.<sup>120</sup> Die Aufgabe des *negativen Strafrechts* sei es, dem positiven Strafrecht skeptisch gegenüberzustehen und es zu kritisieren.<sup>121</sup>

Affirmatives und *negatives Strafrecht* stünden sich einerseits gegenüber, andererseits hängen sie auch eng miteinander zusammen. Wenn das eine stärker werde, werde das andere schwächer. Aufgabe des affirmativen Strafrechts sei es, Handlungsweisen zu verbieten, um ein gesellschaftliches Zusammenleben zu ermöglichen. Aufgabe des *negativen Strafrechts* sei es, das affirmative Strafrecht dabei immanent zu kritisieren und diesen Grenzen aufzuzeigen, damit das affirmative Strafrecht nicht in eine absolute Kontrolle der Gesellschaft ausartet.

## II. Negatives Strafrecht und bestimmte Negation

Im Folgenden wird untersucht, wie Naucke versucht das *negative Strafrecht* zu bestimmen und inwiefern dies mit der bestimmten Negation zusammenhängen könnte.

Adorno fasst Freiheit durchweg negativ, anhand dessen, was Freiheit nicht ist.<sup>122</sup> Diesen Ansatz verfolgt auch Naucke, indem er die Grenzen des affirmativen Strafrechts negativ bestimmen will.<sup>123</sup> Naucke bedient sich somit – vermutlich in Anlehnung an Adorno – der negativen Methode. Naucke nähert sich auch dem Begriff des *negativen Strafrechts* nicht durch Identifizierung an. Er versucht somit gar nicht erst zu bestimmen, was *negatives Strafrecht* ist. Vielmehr folgt er Adornos Vorgehen und will anhand dessen, was affirmatives Strafrecht ist, das *negative Strafrecht* bestimmen.<sup>124</sup> Dies stellt bereits eine bestimmte Negation im Sinne Adornos dar. Indem Naucke aufzeigt, was affirmatives Strafrecht ist, arbeitet er heraus, was *negatives Strafrecht* nicht ist. Er nähert sich an das Nichtidentische des *negativen Strafrechts* an. Dazu bestimmt er zunächst die Ziele der klassischen und modernen Strafrechtsschule. Kennzeichnend sei, dass die

klassische Schule die staatliche Ordnung und die moderne Schule die Sicherheit des Einzelnen erhalten will. Des Weiteren benennt Naucke das gemeinsame Problem beider Schulen, und zwar, dass sie die Grenzen des zweckmäßigen affirmativen Strafrechts nur schwer bestimmen könnten.<sup>125</sup> Genauso wie Adorno den Freiheitsbegriff der klassischen Lehre der Philosophie, nach Kant, immanent kritisiert, um Freiheit erfassen zu können, setzt sich auch Naucke zunächst mit zwei klassischen Strafrechtslehren auseinander, um deren Grenzen aufzuzeigen.<sup>126</sup>

„Das negative Strafrecht ist das Verfahren grundsätzlicher Skepsis am gerade geltenden Strafrecht, bis hin zum unbegrenzten Verwerfen dieses gerade geltenden Strafrechts.“<sup>127</sup>

Dieser Satz von Naucke sagt viel über sein Verständnis vom *negativen Strafrecht* aus und wie damit umgegangen werden muss. Genauso kann man anhand der Aussage einige Parallelen zu Adorno ausmachen. Die Kernaussage des Satzes ist, dass das *negative Strafrecht* das „Verfahren grundsätzlicher Skepsis“ ist. *Negatives Strafrecht* muss nicht unbedingt kodifiziert, niedergeschrieben und abgeschlossen sein. Vielmehr stellt das *negative Strafrecht* eine Position dar, welche Stellung gegenüber dem affirmativen Strafrecht bezieht und dieses stets kritisch im Auge hat. Es bestehen dabei zwei Gemeinsamkeiten zu Adorno. Zum einen der grundsätzliche Kritik-Gedanke Adornos, dass jeder Gegenstand durchweg kritisiert werden müsse sowie der dialektische Gedanke der Negation der Negation, wie Adorno ihn von Hegel aufgegriffen hat. Zum anderen lässt sich auch Adornos Kritik an Hegel erkennen, dass, nach Adorno, aus der Negation der Negation nichts Positives entspringt.<sup>128</sup> Aus dieser Ablehnung des Positiven durch Adorno leitet sich auch dessen Bilderverbot ab. Er bezieht sich hierbei auf das theologische Bilderverbot aus dem Judentum, nach welchem sich keine Vorstellung von Gott gemacht werden darf. In Anlehnung daran solle demnach nicht auf ein bestimmtes Ziel hingearbeitet werden, das Ergebnis dürfe nicht schon vorbestimmt sein. Es dürfe sich kein Bild von dem gemacht werden, was sein soll.<sup>129</sup> Das Bilderverbot greift auch Naucke auf, indem er sich in seinem Text hauptsächlich damit auseinandersetzt, wie *negatives Strafrecht* erkannt werden kann, welche

<sup>112</sup>Naucke, S. 27.

<sup>113</sup>Naucke, S. 27.

<sup>114</sup>Adornos Kritik an der Vernunft wird hauptsächlich in seinem Werk mit Horkheimer der *Dialektik der Aufklärung* aufgegriffen. Es ist aufgrund der Komplexität dieses Werkes und dem begrenzten Rahmen des vorliegenden Aufsatzes nicht möglich, tiefer auf diese Problematik einzugehen.

<sup>115</sup>Naucke, S. 30.

<sup>116</sup>Naucke, S. 30.

<sup>117</sup>Naucke, S. 37.

<sup>118</sup>Naucke, S. 32.

<sup>119</sup>Naucke, S. 37.

<sup>120</sup>Naucke, S. 27.

<sup>121</sup>Naucke, S. 28.

<sup>122</sup>Schweppenhäuser, S. 146.

<sup>123</sup>Naucke, S. 28.

<sup>124</sup>Naucke, S. 30.

<sup>125</sup>Naucke, S. 30.

<sup>126</sup>Naucke, S. 31.

<sup>127</sup>Naucke, S. 28.

<sup>128</sup>Adorno (2020), S. 161.

<sup>129</sup>Adorno (2020), S. 206 f.

Aufgabe es hat und wo es bereits vorkommt. Jedoch bietet Naucke kein Ergebnis an, wie *negatives Strafrecht* konkret umgesetzt werden soll.

Für Naucke ist *negatives Strafrecht* nur zu fassen anhand gerade „geltenden Strafrecht[s]“<sup>130</sup>. Auch darin findet sich eine Parallele zu Adorno. Nach diesem ist Freiheit nur zu fassen an der „konkreten Gestalt von Unfreiheit“<sup>131</sup>. Diese sei die gerade bestehende Unfreiheit. Freiheit ist für Adorno ein sich wandelnder Begriff, der nicht ein für alle Mal festgesetzt werden könne.<sup>132</sup> Dieses sich wandelnde Verhältnis von Freiheit und Unfreiheit lässt sich auch in Nauckes Verständnis vom *negativen Strafrecht* wiederfinden, welches sich an dem gerade geltenden und somit auch sich stetig verändernden Strafrecht orientiert.

Fraglich ist nun, in welcher Art das *negative Strafrecht* Kritik am affirmativen Strafrecht ausüben soll. Dafür bestimmt Naucke zwei Modi. Zum einen das „Verfahren grundsätzlicher Skepsis“<sup>133</sup>, zum anderen das „unbegrenzte [...] Verwerfen“<sup>134</sup> des Strafrechts. Skepsis ist die kritische Betrachtung eines Gegenstandes. Durch die kritische Betrachtung des affirmativen Strafrechts soll das *negative Strafrecht* dessen Grenzen aufzeigen. Dabei solle es das Strafrecht aber nicht komplett liquidieren. Vielmehr sollen einzelne Aspekte des Strafrechts negiert werden, ein Teil des affirmativen Strafrechts bleibe jedoch bestehen. Dies stellt eine bestimmte Negation dar. Demgegenüber stellt Naucke auch in Aussicht, dass durch die Kritik des *negativen Strafrechts* das Strafrecht unbegrenzt verworfen werden könne.<sup>135</sup> In diesem Fall bliebe nichts von dem affirmativen Strafrecht übrig, es gäbe eine absolute Liquidation. Darin ist eine abstrakte Negation zu erkennen. Demnach stellen die zwei Modi, welche das *negative Strafrecht* ausüben soll, sowohl die bestimmte als auch die abstrakte Negation dar.

Diese beiden genannten Modi lassen sich auch in den von Naucke angeführten Beispielen,<sup>136</sup> in welchen er das bereits bestehende *negative Strafrecht* aufzeigt, finden. Er teilt das *negative Strafrecht* in einen allgemeinen, einen besonderen und einen prozessualen Teil auf. Zum allgemeinen Teil des *negativen Strafrechts* zählt Naucke unter anderem das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG), das Rückwirkungsverbot (§ 1 StGB, Art. 7 EMRK) und das Analogieverbot (§ 1 StGB). Den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei den Maßregeln (§ 62 StGB) ordnet er dem besonderen Teil zu. Der prozessuale Teil umfasst zum Beispiel die Garantie der Unschuldsvermutung (Art. 6 II EMRK), die Trennung von Anklagebehörde und Gericht (§§ 151, 152 StPO) und das Folterverbot (§ 136a StPO, Art. 3 EMRK).<sup>137</sup> Jedem Teil kann eine bestimmte oder abstrakte Negation zugeschrieben werden. In seinen Beispielen zum allgemeinen Teil des *negativen Strafrechts* schließen diese eine Bestrafung aus, es entstehe somit eine Lücke.<sup>138</sup> An diesen Stellen wird das Strafrecht komplett negiert, es entsteht kein Äquivalent und es bleibt auch nichts vom Strafrecht übrig. Der allgemeine Teil des *negativen Strafrechts* stellt demnach eine abstrakte Negation dar.

Demgegenüber begrenze der besondere Teil des *negativen Strafrechts* das Strafrecht und die Möglichkeit zu Strafen nur.<sup>139</sup> Dadurch wird das affirmative Strafrecht nicht komplett negiert, eine Strafe bleibt weiterhin möglich und ein Teil des Strafrechts bleibt erhalten.

Im besonderen Teil des *negativen Strafrechts* lässt sich demnach eine bestimmte Negation erkennen. In gleicher Weise solle der prozessuale Teil des *negativen Strafrechts* einer Machtvermehrung des Strafrechts entgegenreten. Die Macht des Strafrechts soll dadurch eingeschränkt werden.<sup>140</sup> Ein gewisses Maß an Macht bleibt auch an dieser Stelle bestehen und es wird nur ein Aspekt der Macht negiert. Der prozessuale Teil verfährt ebenso wie der besondere Teil des *negativen Strafrechts* in einer bestimmten Negation.

In Nauckes Konzept des *negativen Strafrechts* lässt sich demnach sowohl eine abstrakte als auch eine bestimmte Negation finden. Sowie Adorno die Freiheit durch bestimmte Negation der Unfreiheit fassen will,<sup>141</sup> ist auch Naucke der Auffassung, das *negative Strafrecht* lasse sich durch bestimmte, aber auch durch abstrakte Negation des affirmativen Strafrechts erschließen.

## E. Fazit

Zu Beginn dieses Beitrags stand die Frage nach Adornos Auffassung von Freiheit und inwieweit sich diese in Nauckes Konzeption des *negativen Strafrechts* wiederfinden lässt. Es wurde zunächst auf Adornos Kant-Kritik eingegangen. Adorno kritisiert an Kant hauptsächlich, dass dieser Freiheit und Unfreiheit als absolute Gegenteile verstehe und diese versucht voneinander zu trennen. Daraus konnte der Schluss gezogen werden, dass für Adorno Freiheit und Unfreiheit in einem dialektischen Verhältnis zueinanderstehen. Sie stehen sich zwar gegenüber, sind aber auch voneinander abhängig und damit miteinander verbunden. Freiheit und Unfreiheit wandeln sich unablässig in einem wechselseitigen Verhältnis. Da für Adorno die Freiheit jedoch nicht zu identifizieren ist, ist sie nur durch bestimmte Negation der konkreten Gestalt von Unfreiheit zu fassen. Die bestimmte Negation liquidiert einen Gegenstand nicht komplett, sondern negiert nur einen Teil davon, sodass trotzdem noch Etwas von dem Gegenstand erhalten bleibt. Auf die Freiheit bezogen bedeutet dies, dass der Mensch, indem er sich von konkreter Unfreiheit befreit, der Freiheit ein Stück näher rückt. Ein Teil der Unfreiheit bleibt dabei jedoch weiterhin bestehen.

Auch konnte ein enger konzeptioneller Zusammenhang zwischen Nauckes Auffassung des *negativen Strafrechts* und Adornos Denken erarbeitet werden. Für Naucke stehen sich das affirmative und das *negative Strafrecht* gegenüber. Das affirmative Strafrecht soll Freiheiten

<sup>130</sup>Naucke, S. 28.

<sup>131</sup>Adorno (2020), S. 230.

<sup>132</sup>Adorno (2006), S. 248.

<sup>133</sup>Naucke, S. 28.

<sup>134</sup>Naucke, S. 28.

<sup>135</sup>Naucke nennt hier zwar kein Beispiel, es liegt aber nahe, dass Naucke auf die Erfahrung des Nationalsozialismus anspielt und dass in einem derartigen Unstaat das geltende Strafrecht tatsächlich liquidiert gehöre.

<sup>136</sup>Naucke, S. 36.

<sup>137</sup>Naucke, S. 36 f.

<sup>138</sup>Naucke, S. 36.

<sup>139</sup>Naucke, S. 36.

<sup>140</sup>Naucke, S. 36.

<sup>141</sup>Adorno (2020), S. 230.

garantieren, jedoch schränkt es dadurch Freiheiten des Individuums immer weiter ein. Um dieser Ausweitung des affirmativen Strafrechts und somit der Einschränkung der Freiheit entgegenzuwirken, muss ein *negatives Strafrecht* ausgearbeitet werden, welches das affirmative Strafrecht begrenzt. Indem das *negative Strafrecht* dem affirmativen Strafrecht seine Grenzen aufzeigt, wird durch das *negative Strafrecht* wieder Freiheit geschaffen. Auch Naucke weigert sich, das *negative Strafrecht*, als freiheitsschaffendes Element, positiv zu bestimmen, sodass er sich – ganz im Sinne Adornos – dem Identitätszwang verweigert. Vielmehr bestimmt er, was *negatives Strafrecht* nicht ist, indem er zeigt, was unter affirmativem Strafrecht zu verstehen ist. Naucke sieht das *negative Strafrecht* als Verfahren an, um gegen das affirmative Strafrecht vorzugehen. Dies geschieht nach Naucke sowohl mittels bestimmter Negation als auch in der Form abstrakter Negation. Entscheidend ist, dass für Adorno und Naucke Freiheit und Unfreiheit keine Zustände sind. Wenn das *negative Strafrecht* vom gerade geltenden Strafrecht abhängt und dieses die Freiheit einschränkt und das *negative Strafrecht* Freiheit schaffen soll, dann ist auch für Naucke der Begriff der Freiheit wandelbar. Für beide folgt die Freiheit nicht aus der absoluten Ablehnung der Unfreiheit, vielmehr folgt die Freiheit aus der Befreiung von Unfreiheit, bei Naucke aus der Befreiung vom affirmativen Strafrecht. Dies muss nach Adorno durch bestimmte Negation geschehen. Dieser Ansicht folgt auch Naucke, wobei er in spezifischen Fällen auch nicht vor der abstrakten Negation zurückschreckt. Eine Freiheitsgewährung durch Strafrecht, welches gleichzeitig Freiheit einschränkt, ist ein Widerspruch in sich. Dieses dialektische Verhältnis hat Naucke aufgegriffen. Er ist wie Adorno der Auffassung, dass Freiheit weder durch die Beschränkung der Freiheit noch durch deren Identifikation zu erreichen ist, sondern nur durch die Negation der Unfreiheit.

# Grenzenlose Jurisdiktion?

## Die völkerrechtliche Zulässigkeit von US-Sekundärsanktionen (*Secondary Sanctions*)

Labus, Clara\*

### ZUSAMMENFASSUNG

Die USA setzen seit Jahrzehnten sog. Sekundärsanktionen bzw. *Secondary Sanctions* ein, um ihren Primärsanktionen mehr Wirkung zu verleihen. Diese Art der Sanktionen soll ausländische Personen im Ausland davon abhalten, Geschäftskontakte zu Zielobjekten von unilateralen US-Primärsanktionen einzugehen oder weiterzuführen. In diesem Beitrag wird der Frage nachgegangen, inwieweit diese Praxis nach dem Recht der Jurisdiktion völkerrechtlich zulässig ist. Dazu wird zunächst der Begriff der Sekundärsanktionen definiert. Es folgt ein Abriss der Geschichte der Sekundärsanktionen. Nach einer kurzen Einführung in das Recht der Jurisdiktion werden dessen Grundsätze auf die Sekundärsanktionen übertragen. Die Autorin kommt zu dem Ergebnis, dass Zugangsbeschränkungen nach dem Territorialitätsprinzip völkerrechtlich zulässig, alle darüber hinausgehenden Sekundärsanktionen hingegen völkerrechtswidrig sind.

**Keywords** Völkerrecht; Sanktionen; Sekundärsanktionen; Jurisdiktion; USA; Territorialitätsprinzip; Personalitätsprinzip; Schutzprinzip; Nord Stream 2

### A. Einleitung

Wenn man jemanden nicht direkt zu einer Verhaltensänderung bewegen kann, muss man indirekte Wege finden – auch in der internationalen Politik: Kuba, Iran, Russland und andere „*rogue states*“<sup>1</sup> sind seit Jahrzehnten Ziel US-amerikanischer Sanktionen. Dies hat schmerzliche Konsequenzen nicht nur für die betroffenen Staaten, sondern auch für Unternehmen und Individuen in Drittstaaten. Die USA dehnen durch die Verhängung sog. Sekundärsanktionen die Reichweite ihrer Sanktionen auf Geschäfte von Ausländer:innen in Drittstaaten aus. In den letzten Jahren waren etwa Banken wie ING<sup>2</sup> und BNP Paribas<sup>3</sup>, aber auch Einzelpersonen wie der türkisch-iranische Geschäftsmann Zarrab<sup>4</sup> und die chinesische Geschäftsfrau

Meng (Huawei) betroffen.<sup>5</sup> Diese aktuellen Fälle geben Anlass genug, die völkerrechtliche Zulässigkeit der Sekundärsanktionen genauer zu betrachten.

Sekundärsanktionen sind wirtschaftliche Beschränkungen, die (juristische und natürliche) Personen<sup>6</sup> in Drittstaaten davon abhalten sollen, das „*primary target*“ unilateraler US-Sanktionen zu unterstützen.<sup>7</sup> Diese Art der Sanktionen ist seit Jahrzehnten in Politik und Rechtswissenschaft höchst umstritten. Ihre völkerrechtliche Zulässigkeit ist bis heute nicht abschließend geklärt.<sup>8</sup> Dieser Beitrag soll Sekundärsanktionen auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des Rechts der Jurisdiktion untersuchen. Maßstab wird demnach in erster Linie das Völkergewohnheitsrecht sein. Aspekte des Völkervertragsrechts sollen außen vor bleiben.<sup>9</sup>

\*Die Autorin absolviert aktuell einen LL.M.-Studiengang in *European Law and Policies* an der LUISS (Libera Università degli Studi Sociali) Guido Carli in Rom. Bis zu ihrem Ersten Juristischen Staatsexamen im Jahr 2022 studierte sie an der Goethe-Universität Frankfurt am Main mit dem Schwerpunktbereich Internationalisierung und Europäisierung des Rechts.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Labus, Grenzenlose Jurisdiktion? – Die völkerrechtliche Zulässigkeit von US-Sekundärsanktionen (*Secondary Sanctions*), FraLR 2023 (02), 73-90. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.74683>

<sup>1</sup>Clagett, AJIL 90 (1996), 434 (440).

<sup>2</sup>Siehe US Department of the Treasury, *US Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control v. ING Bank, N.V., Settlement Agreement v.* 11.06.2012, MUL-565595, <https://ofac.treasury.gov/media/13781/download?inline> (letzter Zugriff: 18.06.2023).

<sup>3</sup>Siehe US Department of Justice, „BNP Paribas Agrees to Plead Guilty and to Pay \$8.9 Billion for Illegally Processing Financial Transactions for Countries Subject to U.S. Economic Sanctions“, Pressemitteilung v. 30.06.2014, [www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-agrees-plead-guilty-and-pay-89-billion-illegally-processing-financial](http://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-agrees-plead-guilty-and-pay-89-billion-illegally-processing-financial) (letzter Zugriff: 04.07.2023).

<sup>4</sup>Filkins in *The New Yorker v.* 14.04.2017, „A Mysterious Case Involving Turkey, Iran, and Rudy Giuliani“,

[www.newyorker.com/news/news-desk/a-mysterious-case-involving-turkey-iran-and-rudy-giuliani](http://www.newyorker.com/news/news-desk/a-mysterious-case-involving-turkey-iran-and-rudy-giuliani) (letzter Zugriff: 04.07.2023).

<sup>5</sup>Corera in BBC v. 25.09.2021, „Huawei's Meng Wanzhou flies back to China after deal with US“, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-58682998> (letzter Zugriff: 04.07.2023).

<sup>6</sup>Im Folgenden meint „Personen“ natürliche und juristische Personen (des Privatrechts).

<sup>7</sup>Meyer, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30 (2009), 905 (906).

<sup>8</sup>Vgl. etwa Kerbrat (2021), *Unilateral/extraterritorial sanctions as a challenge to the theory of jurisdiction*, in Beaucillon (Hrsg.): *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, S. 165 ff. (165).

<sup>9</sup>Etwa bilaterale Handelsverträge (siehe dazu Bothe (2016), *Compatibility and Legitimacy of Sanctions Regimes*, in Ronzitti (Hrsg.): *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, S. 33 ff. (36 f.); Schneider (1999), *Wirtschaftssanktionen – Die VN, EG und Bundesrepublik Deutschland als konkurrierende Normgeber beim Erlass paralleler Wirtschaftssanktionen*, S. 104 f.), *Freundschaftsverträge* (siehe dazu die Argumentation Irans in IGH, *Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 14 June 2016, Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, 2016 General List No. 164, S. 4,



Zunächst wird der Begriff der Sekundärsanktionen definiert (B.). Anschließend wird die Geschichte der Sekundärsanktionen knapp dargestellt (C.). Danach erfolgt eine Einführung in das Recht der Jurisdiktion (D.). Diese Grundsätze werden schließlich konkret auf die Sekundärsanktionen angewendet, um deren Rechtmäßigkeit zu untersuchen (E.). Es folgt ein kurzes Fazit (F.).

## B. Begriff der Sekundärsanktionen

Unilaterale Sanktionen<sup>10</sup> umfassen primäre und sekundäre Sanktionen. Primärsanktionen beziehen sich auf Wirtschaftsbeziehungen zwischen dem sanktionierten Staat bzw. dort ansässigen Personen und Personen des sanktionierenden Staats.<sup>11</sup> Sie adressieren dabei nur die inländischen Personen, die sich ohnehin in der territorialen Jurisdiktion des sanktionierenden Staates befinden.<sup>12</sup> Unter Jurisdiktionsgesichtspunkten sind Primärsanktionen nicht kontrovers.<sup>13</sup>

Daneben werden seit einigen Jahrzehnten insbesondere von den USA sog. Sekundärsanktionen (*Secondary Sanctions*) eingesetzt, die sehr umstritten sind.<sup>14</sup> Deren Adressaten sind ausländische Personen im Ausland, die

6 ff.; vgl. Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Rechtsfragen zu völkerrechtlichen Sanktionen, Sachstand v. 08.07.2019, WD 2-3000-071/19, <https://www.bundestag.de/resource/blob/657444/ae4d7f74e93145b7ca5e8aa8c8042bdf/WD-2-071-19-pdf-data.pdf> (letzter Zugriff: 04.07.2023), S. 19 f.) und internationale Wirtschaftsabkommen (siehe dazu Ruys/Ryngaert, *British Yearbook of International Law* (BYIL) 2020, 1 (29 ff.), <https://academic.oup.com/bybil/advance-article/doi/10.1093/bybil/braa007/5909823> (letzter Zugriff: 07.07.2023); vgl. Ohler (2012), *Unilateral Trade Measures*, in Peters/Wolfrum (Hrsg.): *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [MPEPIL], Rn. 20; Ronzitti (2016), *Sanctions as Instruments of Coercive Diplomacy: An International Law Perspective*, in ders. (s.o.), S. 1 ff. (22 ff.)).

<sup>10</sup>Vgl. Schmidt, *Journal of Conflict & Security Law* 27 (2022), 53 (58).

<sup>11</sup>Malherbe, *New York University Journal of International Law and Politics* 53 (2021), 1017 (1022); Meyer, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30 (2009), 905 (905); Schaap/Ryngaert, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2015, 9 (10).

<sup>12</sup>Schaap/Ryngaert, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2015, 9 (10) erwähnen nur die territoriale Jurisdiktion („*territoriale jurisdictie*“), wohingegen Meyer, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30 (2009), 905 (905) („*its own companies and citizens (or other people who are in the United States)*“), Vandercruysse (2020), *Extraterritoriale Werking van Economische Sancties: Wetig of niet?* [https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/836/081/RUG01-002836081\\_2020\\_0001.AC.pdf](https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/836/081/RUG01-002836081_2020_0001.AC.pdf) (letzter Zugriff: 04.07.2023), S. 34, („*binnen de jurisdictie, op basis van territorialiteit of nationaliteit*“) und Wouters/Ryngaert/Ruys/De Baere (2018), *International Law: A European Perspective*, S. 458, auch das aktive Personalitätsprinzip als Anknüpfungspunkt nennen.

<sup>13</sup>Beaucillon (2021), *An introduction to unilateral and extraterritorial sanctions: definitions, state of practice and contemporary challenges*, in dies. (Hrsg.): *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, S. 1 ff. (5); Wouters/Ryngaert/Ruys/De Baere (Fn. 12), S. 458.

<sup>14</sup>Vgl. etwa Malherbe, *New York University Journal of International Law and Politics* 53 (2021), 1017 (1023); Rensmann (2015), *Völkerrechtliche Grenzen extraterritorialer Wirtschaftssanktionen*, in Ehlers (Hrsg.): *Recht der Exportkontrolle: Bestandsaufnahme und Perspektiven*, S. 97 ff. (98); Ryngaert, *Chinese Journal of International Law* 7 (2008), 635 (626), Tz. 2.

wirtschaftliche Beziehungen zu Personen oder Staaten unterhalten, die Ziel unilateraler Primärsanktionen sind.<sup>15</sup> Aufgrund des sanktionierten Geschäftskontakts werden die (nicht primär sanktionierten) ausländischen Personen selbst zum Zielobjekt der (Sekundär-)Sanktionen.<sup>16</sup> Sekundärsanktionen sollen ausländische Personen im Ausland davon abhalten, Geschäftskontakte zu Zielobjekten von unilateralen US-Primärsanktionen einzugehen oder weiterzuführen.<sup>17</sup> Man erkennt Sekundärsanktionen oft daran, dass die Rechtsfolgen *a/any person*<sup>18</sup> bzw. *foreign persons*<sup>19</sup> statt nur *US persons* treffen können.

Sekundärsanktionen sind eine „Form der Um- und Durchsetzung“<sup>20</sup> primärer Sanktionen, weil deren Effektivität in der Praxis oftmals zu wünschen übrig lässt:<sup>21</sup> In der globalisierten Weltwirtschaft können sanktionierte Staaten unilaterale Sanktionen des Staates A umgehen, indem sie Waren und Dienstleistungen von nun an von Staat B beziehen, der keine Sanktionen gegen sie verhängt hat.<sup>22</sup> Man spricht vom sog. *backfilling*<sup>23</sup> oder Substitutionseffekt<sup>24</sup>. Diesem Substitutionseffekt sollen die Sekundärsanktionen entgegenwirken. Ihr Ziel ist es also in erster Linie, die Effektivität der Primärsanktionen sicherzustellen.<sup>25</sup> Sie sind ferner ein Mittel der US-Regierung, um politischen und ökonomischen Druck auf andere Staaten auszuüben.<sup>26</sup>

<sup>15</sup>Vgl. Beaucillon (2021), *An introduction to unilateral and extraterritorial sanctions: definitions, state of practice and contemporary challenges*, in dies. (Hrsg.): *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, S. 1 ff. (6); Meyer, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30 (2009), 905 (926).

<sup>16</sup>Tehrani, *VersR* 2016, 85 (87) mwN.

<sup>17</sup>Meyer, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30 (2009), 905 (905 f.; 926); Shambaugh (1999), *States, Firms and Power: Successful Sanctions in United States Foreign Policy*, S. 2; vgl. Schaap/Ryngaert, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2015, 9 (10).

<sup>18</sup>Etwa Sec. 302(a)(1)(A) LIBERTAD (Fn. 53), 22 *United States Code* (USC) § 6082(a)(1)(A); Sec. 104(b) CAATSA (Fn. 78); Sec. 5(c), 14(14) ISA (Fn. 66); Sec. 211(a) ITRSHR (Fn. 69), 22 USC § 8721(a); vgl. Adler (2016), *Die Anwendung und Durchsetzung US-amerikanischer Handelsbeschränkungen innerhalb der Europäischen Union: Wie schutzlos ist die EU?*, S. 18.

<sup>19</sup>Sec. 228(a) CAATSA (Fn. 78).

<sup>20</sup>Hoff (2019), *Transaktionen in US-Dollar und sekundäre Sanktionen: Ist die US-amerikanische Sanktionspraxis mit dem Völkerrecht vereinbar?*, S. 31.

<sup>21</sup>Es wird teilweise von einer Erfolgsrate von nur ca. 20 % - 35 % ausgegangen, siehe Hufbauer/Schott/Elliott/Oegg (2007), *Economic sanctions reconsidered*, 3. Aufl., S. 158 f.; Hufbauer/Oegg, *Chicago Journal of International Law* 4 (2003), 305 (308); vgl. Meyer, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30 (2009), 905 (918).

<sup>22</sup>Beaucillon (2021), *An introduction to unilateral and extraterritorial sanctions: definitions, state of practice and contemporary challenges*, in dies. (Hrsg.): *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, S. 1 ff. (4); Hoff (Fn. 20), S. 105 f.; Meng, *ZaöRV* 1997, 269 (275, 318); Meyer, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30 (2009), 905 (917); vgl. Rathbone/Jeydel/Lentz, *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013), 1055 (1084); Ruys/Ryngaert, *BYIL* 2020, 1 (8).

<sup>23</sup>Farrar, *Fordham Law Review* 79 (2011), 2347 (2357) mwN; vgl. Rathbone/Jeydel/Lentz, *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013), 1055 (1084).

<sup>24</sup>Meng, *ZaöRV* 1997, 269 (275).

<sup>25</sup>Hoff (Fn. 20), S. 31; Tehrani, *VersR* 2016, 85 (87).

<sup>26</sup>Ruys/Ryngaert, *BYIL* 2020, 1 (4); vgl. Fitzgerald, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 31 (1998), 1 (35).

Sekundärsanktionen werden rechtlich v.a. dafür kritisiert, dass die USA extraterritoriale Jurisdiktion in unzulässiger Weise ausübten.<sup>27</sup> Auch auf politischer Ebene werden Sekundärsanktionen scharf angegriffen: Sie können „*cringingly controversial and often politically counterproductive*“<sup>28</sup> sein. Manche werfen den USA vor, anderen Staaten die eigene Außenpolitik durch politischen und wirtschaftlichen Druck aufzwingen zu wollen.<sup>29</sup> Für multinationale Unternehmen haben die Sekundärsanktionen weitreichende Auswirkungen, insbesondere im Compliance-Bereich.<sup>30</sup> Aus Angst vor den teils drakonischen Sanktionen kann es zu *overcompliance*<sup>31</sup> und *chilling effects*<sup>32</sup> kommen. Befreundete Staaten der USA (EU, Großbritannien, Kanada, Mexiko) haben Abwehrgesetze bzw. *Blocking Statutes* gegen die US-Sekundärsanktionen erlassen.<sup>33</sup> Von Befürwortern wird dagegen vorgebracht, dass Sekundärsanktionen immerhin weniger konfrontativ als militärisches Eingreifen, dafür aber effektiver als bloße diplomatische Kritik seien.<sup>34</sup>

<sup>27</sup>Siehe statt vieler Comments of the European Community on the Amendments to the US Export Regulations v. 12.08.1982, European Community News No. 23/1982, [http://aei.pitt.edu/1768/1/US\\_dispute\\_comments\\_1982.pdf](http://aei.pitt.edu/1768/1/US_dispute_comments_1982.pdf) (letzter Zugriff: 05.07.2023) (im Folgenden: Comments of the EC 1982), S. 4; UN-Generalversammlung/United Nations General Assembly (UNGA), Resolution (Res.) 57/5 v. 01.11.2002, UN-Dok. A/RES/57/5, unter 3; Lord Cockfield, Secretary of State for Trade, im House of Lords (UK), 2.8.1982, Hansard 434, Column 545: „[...] *unacceptable extension of American extra-territorial jurisdiction in a way which is repugnant in international law.*“; vgl. Meyer, University of Pennsylvania Journal of International Law 30 (2009), 905 (929) mwN; Schmidt, Journal of Conflict & Security Law 27 (2022), 53 (65).

<sup>28</sup>Meyer, University of Pennsylvania Journal of International Law 30 (2009), 905 (906).

<sup>29</sup>Shambaugh (Fn. 17), S. 2; Terry, Washington International Law Journal 30 (2020), 1 (4 f.).

<sup>30</sup>Barker/Ginsberg, Global Trade and Customs Journal 5 (2010), 183 (183 ff.).

<sup>31</sup>Siehe ausführlich Breen (2021), Corporations and US economic sanctions: the dangers of overcompliance, in Beaucillon (Fn. 8), S. 256 ff.; vgl. Nephew (2020), Implementation of Sanctions: United States, in Asada (Hrsg.): Economic Sanctions in International Law and Practice, S. 93 ff. (102); Ruys/Ryngaert, BYIL 2020, 1 (16).

<sup>32</sup>Gordon, Harvard International Law Journal Online 57 (2016), 1 (6 ff.), [https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/January-2016\\_Vol-57\\_Gordon.pdf](https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/January-2016_Vol-57_Gordon.pdf) (letzter Zugriff: 21.08.23); Sossai (2020), Legality of extraterritorial sanctions, in Asada (Fn. 31), S. 62 ff. (65).

<sup>33</sup>EU: EU-Blocking-Verordnung = Verordnung (EG) Nr. 2271/96 des Rates vom 22. November 1996 zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung von einem Drittland erlassener Rechtsakte sowie von darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Maßnahmen, Abl. L 309 v. 29.11.1996, S. 1; UK: Protection of Trading Interests Order 1996, SI 1996/3171; Kanada: Foreign Extraterritorial Measures (United States) Order (1996), SOR/96-84 und Certain Foreign Extraterritorial Measures (United States) Order, 2014, SOR/2015-12; Mexiko: Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Con-travengan el Derecho Internacional v. 23.10.1996. In diesem Beitrag kann auf die Abwehrgesetzgebung nicht näher eingegangen werden, siehe dazu insbesondere Ventura (2021), Contemporary blocking statutes and regulations in the face of unilateral and extraterritorial sanctions, in Beaucillon (Fn. 8), S. 221 ff.; daneben Rathbone/Jeydel/Lentz, Georgetown Journal of International Law 44 (2013), 1055 (1071 ff.; 1119 f.); Ruys/Ryngaert, BYIL 2020, 1 (81 ff.); Terry, Global Trade and Customs Journal 17 (2022), 370 (376 f.).

<sup>34</sup>Vgl. etwa den Titel des Werks von Wallenstein/Staibano (2005): „International Sanctions – *Between Words and Wars* [...]“; Carter,

## C. Kurze Historie der Sekundärsanktionen

Die USA haben seit 1945 die meisten unilateralen Wirtschaftssanktionen verhängt.<sup>35</sup> Über die Jahrzehnte hat sich ein „strenges, weit verzweigtes, oft sehr uneinheitliches und auf nationalem Recht basierendes Geflecht von Handelsbeschränkungen [...]“<sup>36</sup> entwickelt. Diese Entwicklung nimmt seit den 1990er-Jahren zu.<sup>37</sup>

Derzeit sind auf der Webseite des *Office of Foreign Assets Control* (OFAC), das für die Umsetzung der meisten Sanktionen zuständig ist,<sup>38</sup> ca. 40 Sanktionsprogramme zu finden.<sup>39</sup> Das OFAC unterhält dabei keine spezifische Liste aller aktuell sanktionierten Staaten, da die Sanktionsregimes sehr unterschiedlich ausgestaltet sind.<sup>40</sup> Insbesondere werden *Targeted* oder *Smart Sanctions* angewandt, die sich gegen bestimmte Sektoren oder Personen im sanktionierten Staat richten.<sup>41</sup> Zu diesem Zweck unterhält das OFAC u.a. die sog. SDN-Listen (*Listing of Specially Designated Nationals and Blocked Persons*).<sup>42</sup>

Rechtsgrundlage für viele länderspezifische Sanktionen sind der *Trading with the Enemy Act* (TWEA) von 1917<sup>43</sup>

International Economic Sanctions – Improving the haphazard U.S. legal regime (1988), S. 7.

<sup>35</sup>Hufbauer/Schott/Elliott/Oegg (Fn. 21), S. 45; vgl. Carter (2011), Economic Sanctions, in Peters/Wolfrum (Hrsg.): Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL], Rn. 10; Hoff (Fn. 20), S. 34; siehe auch Moret (2021), Unilateral and extraterritorial sanctions in crisis: implications of their rising use and misuse in contemporary world politics, in Beaucillon (Fn. 8), S. 19 ff. (23).

<sup>36</sup>Adler (Fn. 18), S. 13.

<sup>37</sup>Golumbic/Ruff, North Carolina Journal of International Law and Competition Regulation 38 (2013), 729 (750 ff.); vgl. Beaucillon (2016), Practice Makes Perfect, Eventually? Unilateral State Sanctions and the Extraterritorial Effects of National Legislation, in Ronzitti (Fn. 9), S. 103 ff. (106).

<sup>38</sup>US Department of the Treasury, OFAC, <https://home.treasury.gov/policy-issues/office-of-foreign-assets-control-sanctions-programs-and-information> (letzter Zugriff: 04.07.2023); vgl. Rathbone/Jeydel/Lentz, Georgetown Journal of International Law 44 (2013), 1055 (1061).

<sup>39</sup>US Department of the Treasury, OFAC, „Sanctions Programs and Country Information“, <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information> (letzter Zugriff: 04.07.2023).

<sup>40</sup>US Department of the Treasury, OFAC, „Where is OFAC’s Country List? What countries do I need to worry about in terms of U.S. sanctions?“, <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information/where-is-ofacs-country-list-what-countries-do-i-need-to-worry-about-in-terms-of-us-sanctions> (letzter Zugriff: 04.07.2023).

<sup>41</sup>Vgl. Beaucillon (2021), An introduction to unilateral and extraterritorial sanctions: definitions, state of practice and contemporary challenges, in dies. (Fn. 8), S. 1 ff. (4) mwN; Moret (Fn. 35), S. 19 ff. (22, 27 f.); Pech (2013), Außenpolitisch motivierte Sanktionen der EU, S. 20 ff.; Poeschke (2003), Politische Steuerung durch Sanktionen? Effektivität, Humanität, völkerrechtliche Aspekte, S. 25 f., 78 ff.; Sattler, JuS 2019, 18 (18); Schaap/Ryngaert, Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming 2015, 9 (9); vgl. Meyer, University of Pennsylvania Journal of International Law 30 (2009), 905 (922).

<sup>42</sup>Siehe US Department of the Treasury, „Specially Designated Nationals And Blocked Persons List (SDN) Human Readable Lists“, <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/specially-designated-nationals-and-blocked-persons-list-sdn-human-readable-lists> (letzter Zugriff: 04.07.2023); vgl. Haellmigk, CCZ 2020, 147 (151 f.); Rathbone/Jeydel/Lentz, Georgetown Journal of International Law 44 (2013), 1055 (1058 f.).

<sup>43</sup>Trading with the Enemy Act (TWEA, 1917), 50 USC §§ 4301-4341.

sowie der *International Emergency Economic Powers Act*<sup>44</sup> (IEEPA) von 1977.<sup>45</sup> Auf deren Grundlage können US-Präsident:innen *Executive Orders* (EOs) erlassen.<sup>46</sup> Darüber hinaus gibt es viele weitere Spezialgesetze und spezielle Regularien.<sup>47</sup>

Im Folgenden sollen die US-Sanktionsregimes gegen Kuba (C.I.) und Iran (C.II.) kurz vorgestellt werden. Diese sind seit Jahrzehnten die umfangreichsten und umstrittensten Sanktionsregimes der USA. Zudem sollen die (Sekundär-) Sanktionen gegen Russland (C.III.) behandelt werden.

### I. US-Sanktionen gegen Kuba

Seit Präsident Kennedy 1962 die *Proclamation 3447* erließ, betreiben die USA ein Handelsembargo gegen Kuba.<sup>48</sup> Das OFAC beschloss in der Folge die *Cuba Assets Control Regulations (CACR)*, die in angepasster Form bis heute gelten.<sup>49</sup> Selbst 60 Jahre nach Beginn der US-Sanktionen gegen Kuba zeichnet sich aktuell ein Abbau derselben nicht ab,<sup>50</sup> obwohl die Vereinten Nationen die USA seit 1992 wiederholt dazu aufgerufen haben.<sup>51</sup>

In den 1990er-Jahren erweiterten die USA ihr Sanktionsprogramm gegen Kuba durch den *Cuban Democracy Act*, nach seinem Initiator auch bekannt als *Torricelli Act*,<sup>52</sup> und den *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act*, nach seinen Initiatoren auch bekannt als *Helms-Burton Act*<sup>53</sup>. Letzteres Gesetz gehört aufgrund der in Title

III und Title IV LIBERTAD enthaltenen Sekundärsanktionen zu den umstrittensten amerikanischen Sanktionsgesetzen.<sup>54</sup> Title III LIBERTAD enthält einen Schadenserstattungsanspruch amerikanischer Staatsangehöriger (inklusive inzwischen eingebürgerter Exilkubaner:innen)<sup>55</sup> gegen ausländische, nicht-kubanische Personen wegen sog. *trafficking*.<sup>56</sup> *Trafficking* erfasst die Beteiligung an Geschäften in Zusammenhang mit Grundstücken, die durch die kubanische Regierung beschlagnahmt wurden.<sup>57</sup> Title IV LIBERTAD enthält die Möglichkeit zur Verhängung von Einreiseverboten in die USA gegenüber den in Title III LIBERTAD genannten Personen.<sup>58</sup> Aufgrund von erheblichen internationalen Protesten, insbesondere vonseiten der EU,<sup>59</sup> suspendierten die US-Präsidenten in den folgenden 20 Jahren kontinuierlich die Anwendung von Title III LIBERTAD.<sup>60</sup> 2019 jedoch entschied Präsident Trump, die Anwendung Title III LIBERTAD nicht mehr auszusetzen und Maßnahmen nach Title IV LIBERTAD vorzubereiten.<sup>61</sup> Die praktischen Konsequenzen dieses Kurswechsels fielen bisher recht gering aus.<sup>62</sup> Es bleibt abzuwarten, ob Präsident Biden trotzdem zu einer Suspendierung zurückkehren wird.<sup>63</sup>

<sup>44</sup>Vgl. Hoff (Fn. 20), S. 50 f.; Lowe, *The International and Comparative Law Quarterly* 46 (1997), 378 (380); Meng, *ZaöRV* 1997, 269 (281 ff.); Meyer, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30 (2009), 905 (928 f.); Schmidt, *Journal of Conflict & Security Law* 27 (2022), 53 (63).

<sup>45</sup>Wohl ein Verstoß gegen die *Continuous Nationality Rule*, vgl. Lowe, *The International and Comparative Law Quarterly* 46 (1997), 378 (384) mwN.

<sup>46</sup>Sec. 302 LIBERTAD (Fn. 53), 22 USC § 6082; vgl. Adler (Fn. 18), S. 21.

<sup>47</sup>Legaldefinition des „trafficking“ in Sec. 4(13) LIBERTAD (Fn. 53), 22 USC § 6023.

<sup>48</sup>Sec. 401 ff. LIBERTAD (Fn. 53), 22 USC § 6091; vgl. Adler (Fn. 18), S. 22.

<sup>49</sup>Siehe EU-Verordnung 2271/96 (Fn. 33).

<sup>50</sup>Sec. 306(c) LIBERTAD (Fn. 53), 22 USC § 6085(c); vgl. Vandercruysse (Fn. 12), S. 43.

<sup>51</sup>US-Regierung, „President Donald J. Trump Is Taking A Stand For Democracy and Human Rights In the Western Hemisphere“, Fact Sheet v. 17.04.2019, [trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/president-donald-j-trump-taking-stand-democracy-human-rights-western-hemisphere](https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/president-donald-j-trump-taking-stand-democracy-human-rights-western-hemisphere) (letzter Zugriff: 04.07.2023); siehe Schmidt, *Journal of Conflict & Security Law* 27 (2022), 53 (55).

<sup>52</sup>Siehe Steptoe, Davidson/Baratz/Fox/Scavelli, *Steptoe, Helms-Burton Act Update v. 07.02.2023*, <https://www.steptoe.com/en/news-publications/helms-burton-act-update.html> (letzter Zugriff: 10.07.2023); Arnold&Porter,

Bellinger/Shannon/Barker/Weiss/Mirski, *Advisory v. 10.05.2021*, <https://www.arnoldporter.com/en/perspectives/advisories/2021/05/two-years-of-title-iii-helmsburton-lawsuits> (letzter Zugriff: 04.07.2023); vgl. Steptoe, Davidson/Baratz/Scavelli/Askew, *First Tuesday Update v. 07.06.2022*, <https://www.steptoe.com/en/news-publications/helms-burton-act-update-2022.html> (letzter Zugriff: 04.07.2023).

<sup>53</sup>Kurz nach der Aktivierung wurden ca. 200.000 mögliche Zivilverfahren befürchtet, siehe US-Botschaft in Kuba, „Telephonic Press Briefing with Senior State Department Official on the U.S. Policy Towards Cuba“, Pressemitteilung v. 17.04.2019, <https://cu.usembassy.gov/telephonic-press-briefing-with-senior-state-department-official-on-the-u-s-policy-towards-cuba/> (letzter Zugriff: 04.07.2023); vgl. Rotstein, *Harvard International Law Journal Online* 60 (2019); Vandercruysse (Fn. 12), S. 44, <https://journals.law.harvard.edu/ilj/2019/11/the-legacy-of-the-libertad-act-defeating-title-iii-claims-and-protecting-international-comity/>.

<sup>54</sup>Steptoe, Davidson/Baratz/Scavelli/Askew, *First Tuesday Update v. 07.06.2022*, <https://www.steptoe.com/en/news-publications/helms-burton-act-update-2022.html> (letzter Zugriff: 04.07.2023).

<sup>44</sup>International Emergency Economic Powers Act (IEEPA, 1977), 50 USC §§ 1701 ff.

<sup>45</sup>Lowenfeld (2008), *International Economic Law*, 2. Aufl., S. 893.

<sup>46</sup>Dazu ausführlich Adler (Fn. 18), S. 38 ff.; Lohmann, *SWP Comment*, 5/2019, [https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/61664/ssoar-2019-lohmann-Extraterritorial\\_US\\_sanctions\\_only\\_domestic.pdf](https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/61664/ssoar-2019-lohmann-Extraterritorial_US_sanctions_only_domestic.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2019-lohmann-Extraterritorial_US_sanctions_only_domestic.pdf)

(letzter Zugriff: 22.04.2023), S. 4; vgl. Goldman/Lindblom (2021), *The US position and practice with regards to unilateral and extraterritorial sanctions: reimagining the US sanctions regime in a world of advanced technology*, in Beaucillon (Fn. 8), S. 130 ff. (132); Rathbone/Jeydel/Lentz, *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013), 1055 (1059 f.).

<sup>47</sup>Vgl. Rathbone/Jeydel/Lentz, *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013), 1055 (1060 f.).

<sup>48</sup>Proclamation No. 3447 v. 03.02.1962, „Embargo on All Trade with Cuba“, 27 *Federal Register (Fed. Reg.)* 1085, 3 *Code of Federal Regulations (C.F.R.)* 157 (1959-1963 Comp.); vgl. Adler (Fn. 18), S. 18 f.

<sup>49</sup>Cuba Assets Control Regulations (CACR), 31 *C.F.R.* 515; vgl. Rathbone/Jeydel/Lentz, *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013), 1055 (1075).

<sup>50</sup>Siehe Nephew (2020), *Implementation of Sanctions: United States*, in Asada (Fn. 31), S. 93 ff. (108 f.); Rathbone/Jeydel/Lentz, *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013), 1055 (1079).

<sup>51</sup>Zuletzt durch UNGA Res. A/77/L.5 v. 17.10.2022, „Necessity of ending the economic, commercial and financial embargo imposed by the United States of America against Cuba“, angenommen am 13.11.2022 durch A/77/PV.28; vgl. UN Affairs, „UN General Assembly calls for US to end Cuba embargo for 29th consecutive year“, Pressemitteilung v. 23.06.2021, <https://news.un.org/en/story/2021/06/1094612> (letzter Zugriff: 05.07.2023).

<sup>52</sup>Cuban Democracy Act (1992), 22 USC §§ 6001 ff.; vgl. Adler (Fn. 18), S. 19; Gordon, *Harvard International Law Journal Online* 57 (2016), 1 (1), <https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/January-2016.Vol-57.Gordon.pdf> (letzter Zugriff: 21.08.23).

<sup>53</sup>Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act (1996), 22 USC §§ 6021 ff.; vgl. *ex multis* Adler (Fn. 18), S. 21.

<sup>54</sup>Vgl. Hoff (Fn. 20), S. 50 f.; Lowe, *The International and Comparative Law Quarterly* 46 (1997), 378 (380); Meng, *ZaöRV* 1997, 269 (281 ff.); Meyer, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30 (2009), 905 (928 f.); Schmidt, *Journal of Conflict & Security Law* 27 (2022), 53 (63).

<sup>55</sup>Wohl ein Verstoß gegen die *Continuous Nationality Rule*, vgl. Lowe, *The International and Comparative Law Quarterly* 46 (1997), 378 (384) mwN.

<sup>56</sup>Sec. 302 LIBERTAD (Fn. 53), 22 USC § 6082; vgl. Adler (Fn. 18), S. 21.

<sup>57</sup>Legaldefinition des „trafficking“ in Sec. 4(13) LIBERTAD (Fn. 53), 22 USC § 6023.

<sup>58</sup>Sec. 401 ff. LIBERTAD (Fn. 53), 22 USC § 6091; vgl. Adler (Fn. 18), S. 22.

<sup>59</sup>Siehe EU-Verordnung 2271/96 (Fn. 33).

<sup>60</sup>Sec. 306(c) LIBERTAD (Fn. 53), 22 USC § 6085(c); vgl. Vandercruysse (Fn. 12), S. 43.

<sup>61</sup>US-Regierung, „President Donald J. Trump Is Taking A Stand For Democracy and Human Rights In the Western Hemisphere“, Fact Sheet v. 17.04.2019, [trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/president-donald-j-trump-taking-stand-democracy-human-rights-western-hemisphere](https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/president-donald-j-trump-taking-stand-democracy-human-rights-western-hemisphere) (letzter Zugriff: 04.07.2023); siehe Schmidt, *Journal of Conflict & Security Law* 27 (2022), 53 (55).

<sup>62</sup>Siehe Steptoe, Davidson/Baratz/Fox/Scavelli, *Steptoe, Helms-Burton Act Update v. 07.02.2023*, <https://www.steptoe.com/en/news-publications/helms-burton-act-update.html> (letzter Zugriff: 10.07.2023); Arnold&Porter, Bellinger/Shannon/Barker/Weiss/Mirski, *Advisory v. 10.05.2021*, <https://www.arnoldporter.com/en/perspectives/advisories/2021/05/two-years-of-title-iii-helmsburton-lawsuits> (letzter Zugriff: 04.07.2023); vgl. Steptoe, Davidson/Baratz/Scavelli/Askew, *First Tuesday Update v. 07.06.2022*, <https://www.steptoe.com/en/news-publications/helms-burton-act-update-2022.html> (letzter Zugriff: 04.07.2023).



## II. US-Sanktionen gegen Iran

Die Sanktionspolitik der USA gegen Iran begann mit einer 1979 von Präsident Carter erlassenen *Executive Order (EO)*.<sup>64</sup> Später wurden zahlreiche Sanktionsgesetze verabschiedet,<sup>65</sup> wie etwa der *Iran-Lybia Sanctions Act (ILSA)* von 1996 (seit 2006 nur noch ISA, d.h. *Iran Sanctions Act*)<sup>66</sup>, der *Iran Nonproliferation Act (INPA)* von 2000<sup>67</sup>, der *Comprehensive Iran Sanctions, Accountability and Divestment Act (CISADA)* von 2010<sup>68</sup> und der *Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act (ITRSHR)* von 2012<sup>69</sup>.

Eine positive Entwicklung war der geplante Kurswechsel durch den sog. Iran-Deal (*Joint Comprehensive Plan of Action, JCPOA*), in dessen Rahmen ein schrittweiser Abbau von Sanktionen der USA und der EU erfolgen sollte.<sup>70</sup> Die USA stiegen jedoch 2018 unter Präsident Trump aus dem Abkommen aus.<sup>71</sup> Durch EO 13846 wurden die zuvor aufgehobenen Sanktionen gegen Iran wiederbelebt.<sup>72</sup> Auch wenn die neue Regierung unter Präsident Biden eine Rückkehr zum JCPOA anstrebt und 2021 neue Verhandlungen aufgenommen wurden, so waren diese Verhandlungen bisher erfolglos.<sup>73</sup> Zuletzt wurde jedoch wieder über informelle Gespräche berichtet.<sup>74</sup>

## II. US-Sanktionen gegen Russland

Bereits 1982 erließen die USA Sekundärsanktionen gegen den Bau einer Pipeline von der Sowjetunion

<sup>64</sup>EO 12170 v. 14.11.1979, „Blocking Iranian Government Property“, 44 Fed. Reg. 65729; vgl. Adler (Fn. 18), S. 30.

<sup>65</sup>Vgl. Adler (Fn. 18), S. 31 ff.

<sup>66</sup>Iran-Lybia Sanctions Act (ILSA, 1996) bzw. Iran Sanctions Act (ISA), Pub. L. 104-172, 110 Stat. 1541 (50 USC § 1701 note).

<sup>67</sup>Iran Nonproliferation Act (INPA) bzw. heute Iran, North Korea, and Syria Nonproliferation Act, Pub. L. 106-178, 114 Stat. 38 (50 USC § 1701 note).

<sup>68</sup>Comprehensive Iran Sanctions, Accountability and Divestment Act (CISADA, 2010), 22 USC §§ 8501 ff.

<sup>69</sup>Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act (ITRSHR, 2012), 22 USC §§ 8701 ff.

<sup>70</sup>Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA), UN-Sicherheitsrat, Res. 2231 (2015) v. 20.07.2015, UN-Dok. S/RES/2231, Anlage A, S. 8 ff.; vgl. Adler (Fn. 18), S. 36.

<sup>71</sup>US-Regierung, „President Donald J. Trump is Ending United States Participation in an Unacceptable Iran Deal“, Pressemitteilung v. 08.05.2018, <https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/president-donald-j-trump-ending-united-states-participation-unacceptable-iran-deal/> (letzter Zugriff: 04.07.2023).

<sup>72</sup>EO 13846 v. 06.08.2018, „Reimposing Certain Sanctions with Respect to Iran“, 83 Fed. Reg. 152; vgl. Franchini in EJIL:Talk! v. 29.05.2018, <https://www.ejiltalk.org/with-friends-like-that-who-needs-enemies-extraterritorial-sanctions-following-the-united-states-withdrawal-from-the-iran-nuclear-agreement/> (letzter Zugriff: 05.07.2023); Vandercruyse (Fn. 12), S. 39.

<sup>73</sup>Di Carlo in UN News v. 06.07.2023, <https://news.un.org/en/story/2023/07/1138432> (letzter Zugriff: 12.07.2023); Atwood/Pourahmadi/Salem/Hansler: „Iran deal breakthrough hopes continue to fade“, CNN v. 8.9.2022, <https://edition.cnn.com/2022/09/07/politics/iran-deal-hopes-fade/index.html> (letzter Zugriff: 04.07.2023); Auswärtiges Amt, „JCPoA: Gemeinsame Erklärung Deutschlands, Frankreichs und des Vereinigten Königreichs“, Presseerklärung v. 10.09.2022, <http://www.auswaertiges-amt.de/de/newsroom/jcpoa-iran/2551308> (letzter Zugriff: 04.07.2023).

<sup>74</sup>Hansler/Bertrand/Marquardt/Atwood in CNN v. 15.06.2023, <https://edition.cnn.com/2023/06/15/politics/us-iran-talks/index.html> (letzter Zugriff: 18.06.2023).

nach Europa, die *Soviet Pipeline Regulations (SPR)*, das sog. Röhrenembargo.<sup>75</sup> Die Europäische Kommission protestierte heftig dagegen.<sup>76</sup> Aufgrund dieses starken Gegenwinds zogen die USA die Sanktionen nach wenigen Monaten wieder zurück.<sup>77</sup>

Über 30 Jahre nach den SPR war erneut eine Pipeline Stein des Anstoßes, nämlich die Pipeline Nord Stream 2, die russisches Gas durch die Ostsee nach Deutschland bringen sollte. Die USA verhängten durch den *Countering America's Adversaries Through Sanctions Act (CAATSA)* von 2017,<sup>78</sup> den *Protecting Europe's Energy Security Act (PEESA)* von 2019<sup>79</sup> und den *Protecting Europe's Energy Security Clarification Act* von 2020<sup>80</sup> Sanktionen, darunter auch Sekundärsanktionen, gegen das Projekt und die Beteiligten,<sup>81</sup> beispielsweise Visa-Beschränkungen, Ausschluss vom US-Finanzsystem und Einfrieren von Vermögensgegenständen.<sup>82</sup> Obwohl die EU das Projekt Nord Stream 2 bis dahin eher skeptisch gesehen hatte,<sup>83</sup> kritisierte die Kommission die US-Sanktionen scharf.<sup>84</sup>

<sup>75</sup>Soviet Pipeline Regulations (SPR), Department of Commerce, Amendment of Oil and Gas Controls to the U.S.S.R. v. 22.06.1982, 47 Fed. Reg. 27250, International Legal Materials (ILM) 21 (1982), 853 ff. (864 ff.); vgl. Comments of the EC 1982 (Fn. 27), S. 2; siehe ausführlich zum Hintergrund Lowenfeld (2008), International Economic Law, 2. Aufl., S. 910 ff.; vgl. Ryngaert, Chinese Journal of International Law 7 (2008), 925 (930), Tz. 15.

<sup>76</sup>Comments of the EC 1982 (Fn. 27), S. 2 ff.

<sup>77</sup>US Department of Commerce, Revision of Export Controls Affecting the U.S.S.R. and Poland v. 16.11.1982, 47 Fed. Reg. 51858; siehe ILM 22 (1983), 349 ff.; vgl. Beaucillon (2016), Practice Makes Perfect, Eventually? Unilateral State Sanctions and the Extraterritorial Effects of National Legislation, in Ronzitti (Fn. 9), S. 103 ff. (116); Nephew (2019), Transatlantic Sanctions Policy: From the 1982 Soviet Gas Pipeline Episode to Today, Columbia/SIPA, Center on Global Energy Policy, <https://www.energypolicy.columbia.edu/research/report/transatlantic-sanctions-policy-1982-soviet-gas-pipeline-episode-today> (letzter Zugriff: 22.04.2023), S. 13.

<sup>78</sup>Countering America's Adversaries Through Sanctions Act (CAATSA, 2017), Pub. L. 115-44, 2017, 131 Stat. 886.

<sup>79</sup>Protecting Europe's Energy Security Act (2019), Title LXXV, National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2020 (FY2020 NDAA), §§ 7501-7503, Pub. L. No. 116-92, 133 Stat. 1198 (2300).

<sup>80</sup>Protecting Europe's Energy Security Clarification Act (2020), National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2021 (FY2021 NDAA), Pub. L. 116-283.

<sup>81</sup>Vgl. Malherbe, New York University Journal of International Law and Politics 53 (2021), 1017 (1022).

<sup>82</sup>Siehe dazu etwa EO 13849 v. 20.09.2018, „Authorizing the Implementation of Certain Sanctions Set Forth in the Countering America's Adversaries Through Sanctions Act“, 83 Fed. Reg. 184.

<sup>83</sup>Siehe etwa Richtlinie (EU) 2019/692 v. 17.04.2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/73 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABl. v. 03.05.2019, L 117, S. 1; EuG, Beschluss des Gerichts (8. Kammer) v. 20.05.2022, *Nord Stream 2 AG gegen Europäisches Parlament and Rat der Europäischen Union*, T-526-19, ECLI:EU:T:2020:210; Russell (2021), Wissenschaftliche Dienste des Europäischen Parlaments/European Parliamentary Research Service, Members' Research Service, PE 690.705, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690705/EPRS\\_BRI\(2021\)690705\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690705/EPRS_BRI(2021)690705_EN.pdf) (letzter Zugriff: 05.07.2023), S. 11; vgl. Malherbe, New York University Journal of International Law and Politics 53 (2021), 1017 (1019).

<sup>84</sup>Europäische Kommission, Answer given by Vice-President on behalf of the European Commission, E-002880/2019, 4.2.2020, <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-002880-ASW.EN.pdf> (letzter Zugriff: 04.07.2023); so auch Europäische Kommission, Answer given by Executive Vice-President Dombrovskis on behalf of the European Commission,



Kurz nach Putins Anerkennung der sog. „Volksrepubliken“ Luhansk und Donezk in der Ostukraine wurde die Zertifizierung des Projekts von deutscher Seite auf Eis gelegt.<sup>85</sup> Trotzdem verdienen diese Sanktionen eine nähere Analyse.

Nach dem Beginn des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine haben die USA zahlreiche Sanktionen gegen Russland verhängt.<sup>86</sup> Derzeit enthält das Sanktionsregime der USA gegen Russland keine Sekundärsanktionen, die aufgrund des Angriffs auf die Ukraine erlassen wurden.<sup>87</sup> Ende September 2022 kündigte das OFAC jedoch an: „The United States is prepared to more aggressively use its authorities under existing U.S. sanctions programs to target such persons whose activities may constitute [...] support for [...] sanctioned persons [...]“<sup>88</sup>

Doch auch nach dieser Ankündigung haben die USA bisher keine neuen Gesetze mit Sekundärsanktionen im Rahmen des Kriegs gegen die Ukraine erlassen. Dies liegt wohl vor allem daran, dass die USA und die EU anders als etwa bei den Sanktionen gegen Kuba sehr ähnliche Sanktionsregimes haben.<sup>89</sup> Nach der Ankündigung der USA im September 2022 verhängten die US-Behörden allerdings Sekundärsanktionen gegen einige Firmen (etwa aus China und Armenien) auf der Basis einer EO aus der Zeit vor dem Krieg Russlands gegen die Ukraine.<sup>90</sup> Deren Anwendungsbereich wurde im Mai

2023 auf die Sektoren Architektur, Technik, Bauwesen, Fertigung und Verkehrswesen ausgedehnt.<sup>91</sup> Es bleibt abzuwarten, ob in Zukunft eine noch breitere Anwendung erfolgen wird.

## D. Jurisdiktion

### I. Begriff der Jurisdiktion

In der allgemeinen deutschen Rechtsterminologie wird Jurisdiktion oft auf ihre Bedeutungen als „Gerichtsbarkeit, Gerichtshoheit und Rechtsprechung“ beschränkt.<sup>92</sup> Jedoch kann man den Begriff auch im Deutschen weiter auslegen, nämlich als allgemeine „Befugnis zur Ausübung von Hoheitsgewalt durch Setzung und Durchsetzung von Recht“ – selbst wenn dieses breite Verständnis im Deutschen noch keine dem Englischen *jurisdiction* entsprechende Tradition hat.<sup>93</sup> Diese Auslegung lässt sich nicht nur auf das Common-Law-Verständnis von *jurisdiction* stützen, sondern auch auf den ursprünglichen lateinischen Begriff der *iurisdiction*, der „die Staatsgewalt überhaupt“ bezeichnet.<sup>94</sup> Man kann zwischen drei Bestandteilen der Jurisdiktion unterscheiden: *prescriptive competence* (präskriptive Jurisdiktion/Rechtsetzungsgewalt<sup>95</sup>), *adjudicative competence* (Rechtsprechungsgewalt) und *enforcement jurisdiction* (Vollzugsgewalt<sup>96</sup>).<sup>97</sup>

Bisher gibt es keine verbindliche völkerrechtliche Kodifikation des Rechts der Jurisdiktion, weshalb sich dieses

P-003628/2020(ASW), 17.8.2020, [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-003628-ASW\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-003628-ASW_EN.html) (letzter Zugriff: 04.07.2023).

<sup>85</sup>Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, „Habeck zur Lage in der Ostukraine und Stopp des Zertifizierungsverfahrens für Nord Stream 2“, Pressemitteilung v. 22.02.2022, <http://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2022/02/20220222-habeck-zur-lage-in-der-ostukraine-und-stopp-des-zertifizierungsverfahrens-fur-nord-stream-2.html> (letzter Zugriff: 04.07.2023); siehe auch Tietje/Bertling im Verfassungsblog v. 02.03.2022, <https://verfassungsblog.de/nord-stream-2-in-zeiten-eines-internationalen-bewaffneten-konfliktes-in-europa/> (letzter Zugriff: 02.08.2023).

<sup>86</sup>Beginnend mit EO 14065 v. 21.02.2022, „Blocking Property of Certain Persons and Prohibiting Certain Transactions With Respect to Continued Russian Efforts To Undermine the Sovereignty and Territorial Integrity of Ukraine“, 87 Fed. Reg. 10293; vgl. OFAC, „Ukraine-/Russia-related Sanctions“, <https://ofac.treasury.gov/sanctions-programs-and-country-information/ukraine-russia-related-sanctions> (letzter Zugriff: 17.06.2023); siehe aber etwa Sec. 1(a)(i) EO 14024 v. 15.04.2021, „Blocking Property With Respect To Specified Harmful Foreign Activities of the Government of the Russian Federation“, 86 Fed. Reg. 20249 („any person determined by the Secretary of the Treasury“).

<sup>87</sup>Vgl. Rogoff in Project Syndicate v. 03.03.2023, <https://www.project-syndicate.org/commentary/why-western-sanctions-failed-to-devastate-the-russian-economy-by-kenneth-rogo-off-2023-03> (letzter Zugriff: 17.06.2023).

<sup>88</sup>OFAC, Russian Harmful Foreign Activities Sanctions, FAQ 1091, <https://ofac.treasury.gov/faqs/1091> (letzter Zugriff: 17.06.2023).

<sup>89</sup>Beginnend mit Verordnung (EU) 2022/259 des Rates vom 23. Februar 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 269/2014 über restriktive Maßnahmen angesichts von Handlungen, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine untergraben oder bedrohen, L 42 I/1; siehe die Übersicht der Europäischen Kommission, „Sanctions adopted following Russia's military aggression against Ukraine“, <https://finance.ec.europa.eu/eu-and-world/sanctions-restrictive-measures/sanctions-adopted-following-russias-military-aggression-against-ukraine.de> (letzter Zugriff: 17.06.2023).

<sup>90</sup>US Department of Treasury, „Treasury Imposes Swift and Severe Costs on Russia for Putin's Purported Annexation of Regions of

Ukraine“, Pressemitteilung v. 30.09.2022, <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0981> (letzter Zugriff: 17.06.2023); US Department of Treasury, „With Over 300 Sanctions, U.S. Targets Russia's Circumvention and Evasion, Military-Industrial Supply Chains, and Future Energy Revenues“, Pressemitteilung v. 19.05.2023, <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy1494> (letzter Zugriff: 17.06.2023); Sec. 2 EO 14024 v. 15.04.2021 (Fn. 86).

<sup>91</sup>OFAC, Determination Pursuant to Section 1(a)(i) of Executive Order 14024 v. 19.05.2023, „Architecture, Engineering, Construction, Manufacturing, and Transportation Sectors of the Russian Federation Economy“, <https://ofac.treasury.gov/media/931771/download?inline> (letzter Zugriff: 17.06.2023); OFAC, „Russian Harmful Activities Sanctions“, FAQ 1126, <https://ofac.treasury.gov/faqs/1126> (letzter Zugriff: 17.06.2023).

<sup>92</sup>Vgl. Groh in Weber (2022), Rechtswörterbuch, 24. Aufl., Jurisdiktion.

<sup>93</sup>Meng (1994), Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, S. 26; vgl. Tietje/Valentin im Verfassungsblog v. 12.10.2020, <https://verfassungsblog.de/kein-rechtsfreier-raum/> (letzter Zugriff: 20.04.2023).

<sup>94</sup>Krüger (1964), Allgemeine Staatslehre, S. 863; vgl. Meng (1994), Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, S. 32.

<sup>95</sup>Rensmann (Fn. 14), S. 101.

<sup>96</sup>Rensmann (Fn. 14), S. 101 f.

<sup>97</sup>American Law Institute (ALI, 2018), § 401 Restatement of the Law Fourth, The Foreign Relations Law of the United States, im Folgenden: Restatement (Fourth), Comment b.; Oxman (2007), Jurisdiction of States, in Peters/Wolfrum (Hrsg.): Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL], Rn. 3; Emmenegger, Arizona Journal of International and Comparative Law 33 (2016), 631 (638 f.); Rensmann (Fn. 14), S. 101 f.

nach Völkergewohnheitsrecht richtet.<sup>98</sup> Den Ausgangspunkt bildet die *Lotus*-Entscheidung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs (StIGH) von 1927.<sup>99</sup> Bis heute gibt es keinen anderen Fall des IGH, der sich derart explizit mit den Fragen der (extraterritorialen) Jurisdiktion befasst.<sup>100</sup> Dem StIGH fiel die Mammutaufgabe zu, anhand des Anwendungsfalls einer Schiffskollision die Grundregeln des Völkerrechts darzustellen.<sup>101</sup> Die Frage war, ob die Türkei durch die Strafverfolgung des französischen Kapitäns der *Lotus* einen Völkerrechtsverstoß begangen hatte. Für einen Verstoß sprach nach Ansicht der französischen Regierung, dass sich die Kollision auf Hoher See, also in hoheitsfreiem Gebiet,<sup>102</sup> abgespielt hatte.<sup>103</sup> *Ex ante* hatte der StIGH zwei Entscheidungsoptionen bezüglich der Ausübung staatlicher Jurisdiktion. Man könnte einerseits von einer grundsätzlichen Befugnis der Staaten zur Ausübung der Jurisdiktion ausgehen, solange keine Verbotsnorm greift, oder andererseits ein grundsätzliches Verbot der Ausübung der Jurisdiktion annehmen, solange keine entsprechende Erlaubnisregel besteht.<sup>104</sup>

Das Gericht ging bei der Lösung des Problems sehr differenziert vor. Zunächst stellte es klar, dass eine extraterritoriale Rechtsdurchsetzung, d.h. *enforcement jurisdiction*,<sup>105</sup> ohne die Einwilligung des territorial betroffenen Staates nicht möglich ist: „*Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial [...]*“<sup>106</sup> Die extraterritoriale Rechtsdurchsetzung wäre ein Verstoß

gegen das sakrosankte Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten.<sup>107</sup>

Jedoch soll es Staaten sehr wohl möglich sein, Sachverhalte mit Auslandsbezug in nationalem Recht zu regeln (*prescriptive jurisdiction*): „*It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, [...]*“<sup>108</sup> In diesem Zusammenhang haben die Staaten einen weiten Entscheidungsspielraum, der nur in bestimmten Fällen durch Verbotsregeln beschränkt wird, d.h. ein „*wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules*“<sup>109</sup>.

Aus der Entscheidung abgeleitet wurde das sog. „Lotus-Prinzip“, nach welchem – vereinfacht gesprochen – den Staaten im Völkerrecht grundsätzlich alles erlaubt ist, was nicht explizit verboten ist.<sup>110</sup> Durch die Beweislastumkehr zulasten des eine extraterritoriale Regelung angreifenden Staates besteht die Gefahr, dass die *Lotus*-Entscheidung zu einem Vorwand zur extensiven Verwendung extraterritorialer Regelungen wird.<sup>111</sup> Der StIGH wurde zum Teil dafür kritisiert, dass er der möglicherweise betroffenen Souveränität anderer Staaten keine oder nur geringfügige Aufmerksamkeit schenkte.<sup>112</sup> Insbesondere bestehe das Risiko, dass der *Lotus*-Fall als „*fig-leaf for anotherwise rationally hardly defensible extraterritorial application of US law*“<sup>113</sup> missbraucht werde.

Der Streit um die Aktualität der *Lotus*-Vermutung<sup>114</sup> kann heute allerdings in aller Regel aufgrund der seit der Entscheidung stark gestiegenen Regelungsdichte im Völkerrecht dahinstehen.<sup>115</sup> Auch wenn die in der *Lotus*-Entscheidung angewandte Territorialitätstheorie der Ausgangspunkt der Betrachtung bleibt, ist es doch mittlerweile in Bezug auf die extraterritoriale Jurisdiktion allgemein anerkannt, auch für die *prescriptive jurisdiction* eine hinreichend enge Verbindung („*genuine connection*“) zwischen dem Territorium des handelnden Staates und dem zu regelnden Sachverhalt zu fordern.<sup>116</sup> Diese Notwendigkeit kann man auch als *permissive principles approach* (Erlaubnissatz-Ansatz) bezeichnen.<sup>117</sup>

<sup>98</sup>Lowenfeld (2008), *International Economic Law*, 2. Aufl., S. 901; Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 44; vgl. Emmenegger, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 33 (2016), 631 (644); Meng (1994), *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, S. 498. Zwar wurde bereits 1935 in der Harvard Research on *International Law eine Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime* veröffentlicht, die aber nie angenommen wurde, da die Begrenzung staatlicher Souveränität ein zu sensibles Thema war. Siehe Harvard Research on *International Law, Codification of International Law Part II: Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime*, *AJIL Supplement* 29 (1935), 439; vgl. Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 35 mwN.

<sup>99</sup>StIGH, *SS 'Lotus' (France v Turkey)*, Urteil v. 07.09.1927, *PCIJ Series A, No. 10*, S. 3; vgl. etwa Meng, *ZaöRV* 1997, 269 (271); Schmidt, *Journal of Conflict & Security Law* 27 (2022), 53 (65 f.).

<sup>100</sup>Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 4, 30; vgl. Kamminga, (2020), *Extraterritoriality*, in Peters /Wolfrum (Hrsg.): *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*, Rn. 6.

<sup>101</sup>v. Bogdandy/Rau (2006), *Lotus, The*, in Peters/Wolfrum (Hrsg.): *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*, Rn. 1.

<sup>102</sup>Heute in Art. 87 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen v. 10.12.1982 (*United Nations Convention on the Law of the Sea, UNCLOS, Montego Bay*, in Kraft seit 16.11.1994, *UNTS* 1833, 3, *BGBl.* 1995 II, 602) kodifiziert, zur Zeit des *Lotus*-Falls Völkergewohnheitsrecht; vgl. Proelß (2019), in *Vitzthum/Proelß* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 8. Aufl., S. 515 f., Rn. 64 f.

<sup>103</sup>StIGH, *Lotus* (Fn. 99), 3 (6).

<sup>104</sup>Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 29.

<sup>105</sup>Kamminga (Fn. 100), Rn. 8; Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 31.

<sup>106</sup>StIGH, *Lotus* (Fn. 99), 3 (18).

<sup>107</sup>Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 31.

<sup>108</sup>StIGH, *Lotus* (Fn. 99), 3 (19).

<sup>109</sup>StIGH, *Lotus* (Fn. 99), 3 (19).

<sup>110</sup>v. Bogdandy/Rau (Fn. 101), Rn. 15.

<sup>111</sup>Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 35.

<sup>112</sup>Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 33.

<sup>113</sup>Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 75.

<sup>114</sup>Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 4; siehe dazu etwa Epping (2018) in Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht – Ein Studienbuch*, 7. Auflage, S. 117, Rn. 69; Sandrock, *ZVglRWiss* 115 (2016), 1 (23 f.).

<sup>115</sup>Vgl. Meng (1994), *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, S. 488.

<sup>116</sup>Rechtbank Den Haag, *Compagnie Européenne des Pétroles S.A. v. Sensor Nederland B.V. (Sensor-Fall)*, Urteil v. 17.09.1982, *Az.* 82/716, 22 *I.L.M.* (1983) 66, 72 unter 7.3.1; *ALI*, § 407 *Restatement (Fourth)* (Fn. 97); v. Bogdandy/Rau (Fn. 101), Rn. 18; vgl. Kamminga (Fn. 100), Rn. 9; Kerbrat (Fn. 8), S. 167; Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 30.

<sup>117</sup>Emmenegger, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 33 (2016), 631 (644); Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 36; Wouters/Ryngaert/Ruys/De Baere (Fn. 12), S. 422.

Die einzelnen *permissive principles* bzw. Erlaubnissätze sollen im folgenden Abschnitt thematisiert werden.

## II. Anknüpfungspunkte für Jurisdiktion

1. *Territorialitätsprinzip* Das Territorialitätsprinzip (*territoriality principle*) ist das „most pervasive and basic principle“<sup>118</sup> der Jurisdiktion im Völkerrecht. Als „Ausfluss der Gebietshoheit“<sup>119</sup> besagt es, dass ein Staat die absolute (wenn auch nicht exklusive) Befugnis innehat, Sachverhalte innerhalb seines Hoheitsgebiets zu regeln.<sup>120</sup> Nach diesem Prinzip wird die Jurisdiktion eines Staates „durch die Belegenheit einer Sache oder den Aufenthalt einer Person im Inland“<sup>121</sup> begründet. Bereits im *Las Palmas*-Fall sah Schiedsrichter Huber das Prinzip als „the point of departure in settling most questions that concern international relations.“<sup>122</sup>

a) *Exkurs: Extraterritorialität* Der größte rechtliche Kritikpunkt an den Sekundärsanktionen ist deren (mutmaßliche) Extraterritorialität, siehe oben. Es gibt keine allgemeinverbindliche Definition von Extraterritorialität oder von extraterritorialer Jurisdiktion.<sup>123</sup> Emmenegger schlägt drei mögliche Interpretationsmöglichkeiten für den Begriff vor: Extraterritorialität soll je nach Auslegung vorliegen, wenn keine territoriale Verbindung,<sup>124</sup> keine hinreichende territoriale Verbindung oder eine nicht ausschließliche territoriale Verbindung besteht.<sup>125</sup> Dabei ist der erste Ansatz der restriktivste, der letzte (auch *foreign*

*element approach*<sup>126</sup> genannt) der weiteste.<sup>127</sup> Voraussetzung für die Bejahung von Extraterritorialität nach diesem vorzugswürdigen Ansatz ist, dass sich die Person, die Sache oder der Sachverhalt, der als Anknüpfungspunkt zur Jurisdiktionsausübung dienen soll, außerhalb des Territoriums des handelnden Staates befindet.<sup>128</sup>

Für die Zulässigkeit der Ausübung extraterritorialer Jurisdiktion ist entscheidend, ob sie nach einem der Jurisdiktionsprinzipien gerechtfertigt ist.<sup>129</sup> Seit der Lotus-Entscheidung ist anerkannt, dass präskriptive Jurisdiktion für im Ausland spielende (extraterritoriale) Sachverhalte unter dem Territorialitätsprinzip zulässig ist, sofern ein Staat „*jurisdiction in its own territory*“<sup>130</sup> ausübt (Auslandsanknüpfung<sup>131</sup>). Entscheidend dabei ist, „dass es [...] allein um die ausnahmsweise [...] personal- und sachbezogene Anwendbarkeit gesetzlicher Normen über den räumlichen Geltungsbereich einer Rechtsordnung hinaus, aber dennoch durch eigene Organe und [...] auf eigenem Hoheitsgebiet [geht]“<sup>132</sup>. Extraterritoriale Jurisdiktion im Sinne von „Auslandsregelung“<sup>133</sup> oder „*exercise of sovereign power or authority by a State outside of its territory*“<sup>134</sup> ist hingegen nur in Ausnahmefällen zulässig,<sup>135</sup> nämlich wenn eines der anderen Jurisdiktionsprinzipien eingreift.<sup>136</sup> Wenn kein Prinzip greift, liegt ein Verstoß gegen das Interventionsverbot vor.<sup>137</sup>

b) *Wirkungsprinzip* Das Wirkungsprinzip bzw. die *effects doctrine* ist Konsequenz einer extensiven Auslegung des Territorialitätsprinzips.<sup>138</sup> Heute wird es wohl zum Teil als eigener *jurisdictional link* gesehen.<sup>139</sup> Nach diesem Prinzip erfasst die territoriale Jurisdiktion auch Verhalten, das jenseits der Staatsgrenzen stattfindet, aber Auswirkungen innerhalb der Grenzen erzeugt.<sup>140</sup>

<sup>118</sup>United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, Urteil v. 06.03.1984, 731 F. 2d 909, 921, Rn. 37; vgl. ALI, § 408 Restatement (Fourth) (Fn. 97), Reporters' Notes 1.; Ryngaert (2015), Jurisdiction in International Law, 2. Aufl., S. 49.

<sup>119</sup>Kau (2019), in Vitzthum/Proelß (Fn. 102), S. 246, Rn. 155.

<sup>120</sup>Emmenegger/Döbeli (2018), The Extraterritorial Application of U.S. Sanctions Law, in Bonomi/Nadakavukaren Schefer (Hrsg.): US Litigation Today: Still a Threat For European Businesses or Just a Paper Tiger? Conference proceedings from the 29th Journée de droit international privé of 23 June 2017 in Genf/Zürich, <https://www.ziv.unibe.ch/e7688/e50302/e150986/e196606/e248813/e728442/e770815/2018.Emmenegger.Döbeli.USSanctions.ger.pdf> (letzter Zugriff: 05.07.2023), S. 231 ff. (247); Ryngaert (2015), Jurisdiction in International Law, 2. Aufl., S. 49.

<sup>121</sup>Stein/v. Buttlar/Kotzur (2017), Völkerrecht, 14. Aufl., S. 228, Rn. 611; vgl. ALI, §§ 402(1)(a), 408 Restatement (Fourth) (Fn. 97); Adler (Fn. 18), S. 51.

<sup>122</sup>Award of the Tribunal of Arbitration, *Island of Palmas case (The Netherlands v United States of America)*, Entscheidung v. 04.04.1928, United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIIA) II, 829-871 (838).

<sup>123</sup>ALI, § 402 Restatement (Fourth) (Fn. 97), Reporters' Notes, 1.; Emmenegger, Arizona Journal of International and Comparative Law 33 (2016), 631 (643); Załucki, International Community Law Review 17 (2015), 403 (406).

<sup>124</sup>Siehe Ryngaert (2015), Jurisdiction in International Law, 2. Aufl., S. 7 mwN: „The term ‘extraterritorial jurisdiction’ is only accurate if it refers to assertions of jurisdiction over persons, property, or activities which have no territorial nexus whatsoever with the regulating State, that is, assertions based on the personality, protective, or universality principle of jurisdiction.“

<sup>125</sup>Emmenegger, Arizona Journal of International and Comparative Law 33 (2016), 631 (639): „One approach defines extraterritoriality as jurisdiction in the absence of a territorial link. Another approach qualifies it as jurisdiction in the absence of a substantial territorial link. Yet another approach defines extraterritoriality as jurisdiction in the presence of a non-exclusive territorial link. Depending on the definition, extraterritoriality is either a highly exceptional or a very common occurrence within the context of jurisdictional claims.“

<sup>126</sup>Emmenegger, Arizona Journal of International and Comparative Law 33 (2016), 631 (642).

<sup>127</sup>Emmenegger, Arizona Journal of International and Comparative Law 33 (2016), 631 (640 f.).

<sup>128</sup>Emmenegger, Arizona Journal of International and Comparative Law 33 (2016), 631 (642); vgl. Meng (1994), Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, S. 75; Załucki, International Community Law Review 17 (2015), 403 (407); siehe auch Park (2004), Wettbewerbspolitik und Fusionskontrolle im Zeitalter der Globalisierung unter besonderer Berücksichtigung der Extraterritorialität in der Anwendung des Kartellrechts, S. 33.

<sup>129</sup>Emmenegger, Arizona Journal of International and Comparative Law 33 (2016), 631 (644 ff.); Epping in Ipsen (Fn. 114), S. 118 ff., Rn. 71 ff.

<sup>130</sup>StIGH, Lotus (Fn. 99), 3 (19).

<sup>131</sup>Meng, ZaöRV 1997, 269 (290).

<sup>132</sup>Epping in Ipsen (Fn. 114), S. 119, Rn. 72.

<sup>133</sup>Meng, ZaöRV 1997, 269 (290).

<sup>134</sup>UN International Law Commission (ILC), in Report of the International Law Commission: 58th Session (15.-9.6. und 3.7.-11.8.2006), <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a.61.10.pdf> (letzter Zugriff: 04.07.2023), UN-Dok. A/61/10 (Annex E, Extraterritorial Jurisdiction), S. 520, Rn. 8.

<sup>135</sup>Kamminga (Fn. 100), Rn. 3.

<sup>136</sup>Ryngaert (2015), Jurisdiction in International Law, 2. Aufl., S. 101.

<sup>137</sup>Vgl. Hoff (Fn. 20), S. 172.

<sup>138</sup>Adler (Fn. 18), S. 52 f.; Schaap/Ryngaert, Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming 2015, 9 (10).

<sup>139</sup>ALI, §§ 402(1)(b), 409 Restatement (Fourth) (Fn. 97); vgl. Alexander, Washington and Lee Law Review 54 (1997), 1601 (1609); Emmenegger/Döbeli (Fn. 120), S. 231 ff. (247 f.).

<sup>140</sup>Adler (Fn. 18), S. 53; Oxman (Fn. 97), Rn. 23; vgl. Meng (1994), Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, S. 502 ff.



Es handelt sich dabei um die „strittigste Anknüpfungsregelung für die Jurisdiktionshoheit auf dem Gebiet des internationalen Wirtschaftsrechts“<sup>141</sup>. Wesentlicher Konfliktpunkt ist in diesem Zusammenhang nicht die generelle Zulässigkeit des Wirkungsprinzips, sondern dessen konkrete Ausdehnung bzw. dessen Anwendung im Einzelfall.<sup>142</sup> So wird das Prinzip etwa von der EU nicht generell abgelehnt, aber z.B. im Pipeline-Fall nicht als ausreichende Rechtfertigung erachtet.<sup>143</sup> Die Grenzen des Wirkungsprinzips sind in der Tat schwer zu definieren, wenn man allein vom Begriff der Auswirkung ausgeht: „*everything affects everything*“.<sup>144</sup> Im Außenwirtschaftsrecht betrifft das Wirkungsprinzip regelmäßig Auswirkungen von Handlungen im Ausland auf den einheimischen Markt.<sup>145</sup>

Die USA vertreten ein besonders weites Verständnis des Wirkungsprinzips, nach welchem „*conduct outside its territory that has or is intended to have a substantial effect within its territory*“<sup>146</sup> für die Anwendung des Wirkungsprinzips ausreicht. Das Prinzip ist für die USA der wichtigste Anknüpfungspunkt für die Verhängung von Sekundärsanktionen, weshalb die weite Auslegung nicht überrascht.<sup>147</sup> Zu fordern ist jedoch zumindest, dass ein substantieller Effekt tatsächlich vorliegt.<sup>148</sup> Vorzugswürdig ist die an das Wettbewerbsrecht angelehnte strenge Auffassung, dass ein gewichtiger, unmittelbarer und vorhersehbarer Effekt (*substantial, direct and foreseeable effect*) vorliegen muss.<sup>149</sup>

**2. Aktives Personalitätsprinzip** Das aktive Personalitäts- oder auch Nationalitätsprinzip (*active personality principle/nationality principle*) sichert die Hoheitsgewalt des Staates über seine Staatsangehörigen, die unabhängig

<sup>141</sup>Adler (Fn. 18), S. 52 f.; vgl. ALI, § 409, Comment b. Restatement (Fourth) (Fn. 97).

<sup>142</sup>Sensor-Fall (Fn. 116), 66 (72 f.) unter 7.3.4; ALI, § 409, Restatement (Fourth) (Fn. 97), Reporters Notes 1.; Meng (1994), Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, S. 481; vgl. auch Adler (Fn. 18), S. 61.

<sup>143</sup>Comments of the EC 1982 (Fn. 27), S. 9 f.; Kerbrat (Fn. 8), S. 177 ff.

<sup>144</sup>Areeda/Turner (1978), Antitrust Law, S. 255, zitiert nach Parrish, Vanderbilt Law Review 61 (2008), 1455 (1478 f.); vgl. Adler (Fn. 18), S. 57.

<sup>145</sup>US Court of Appeals for the Second Circuit, *United States v. Aluminum Co. of America*, Urteil v. 12.03.1945, 148 F.2d 416, 443 ff.; vgl. Adler (Fn. 18), S. 53.

<sup>146</sup>ALI, § 402, Comment f. (Fn. 97); so schon ALI, § 402(1)(c) Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States (1987); vgl. Adler (Fn. 18), S. 56.

<sup>147</sup>Adler (Fn. 18), S. 56.

<sup>148</sup>UN ILC, Extraterritorial Jurisdiction (Fn. 134), S. 522, Rn. 12; siehe auch Alexander, Washington and Lee Law Review 54 (1997), 1601 (1615).

<sup>149</sup>Siehe etwa ALI (1962), § 18(b) Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States; Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982, 15 USC § 6a(1); Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, Grund 92, Art. 4(1)(a)(v); vgl. Beaucillon (2016), Practice Makes Perfect, Eventually? Unilateral State Sanctions and the Extraterritorial Effects of National Legislation, in Ronzitti (Fn. 9), S. 103 ff. (120 f.); Emmenegger/Döbeli (Fn. 120), S. 231 ff. (247); Kerbrat (Fn. 8), S. 178.

davon besteht, ob diese sich im In- oder Ausland aufhalten.<sup>150</sup> Es besteht seit der Zeit vor dem Westfälischen Frieden und ist im Völkerrecht weithin anerkannt.<sup>151</sup>

**3. Kontrolltheorie** Die Kontrolltheorie ist eine umstrittene Auslegung des aktiven Personalitätsprinzips in Bezug auf Unternehmen, die von den USA seit der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts vertreten wird.<sup>152</sup> Juristische Personen besitzen im Gegensatz zu natürlichen Personen keine Staatsangehörigkeit, nur eine Staatszugehörigkeit.<sup>153</sup> Diese Staatszugehörigkeit bestimmt sich nach Völkergewohnheitsrecht grundsätzlich nach der Gründungs- bzw. der Sitztheorie.<sup>154</sup> Die Gründungstheorie stellt auf diejenige nationale Rechtsordnung ab, nach der das Unternehmen gegründet wurde.<sup>155</sup> Die Sitztheorie leitet die Zugehörigkeit aus dem (Haupt-)Sitz des Unternehmens ab.<sup>156</sup> Es gibt bei beiden Theorien starke Bezugspunkte zum Territorialitätsprinzip.<sup>157</sup>

Die Kontrolltheorie hingegen will die Staatsangehörigkeit(en) der Vorstandsmitglieder heranziehen, um eine personelle Anknüpfung herzustellen. Wenn ein Unternehmen bzw. dessen Vorstand „*owned or controlled by US persons*“ ist, dann soll nach dieser Theorie aufgrund des Einflusses der Vorstandsmitglieder auf Unternehmensentscheidungen auch die personelle Jurisdiktion der USA über dieses Unternehmen bestehen.<sup>158</sup> In

<sup>150</sup>ALI, §§ 402(1)(c), 410 Restatement (Fourth) (Fn. 97); ALI (1987), § 402(2) Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States, im Folgenden: Restatement (Third); Adler (Fn. 18), S. 52; Meng (1994), Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, S. 508; Puttler (1989), Völkerrechtliche Grenzen von Export- und Reexportverboten – Eine Darstellung am Beispiel des Rechts der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, S. 92; Ryngaert (2015), Jurisdiction in International Law, 2. Aufl., S. 104; Vandercruysse (Fn. 12), S. 67.

<sup>151</sup>Kamminga (Fn. 100), Rn. 11.

<sup>152</sup>Siehe Cour d'Appel de Paris, *Société Fruehauf Corporation v. Massardy*, Urteil v. 22.05.1965, Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation, 1968, Jurisprudence, 147-150 (147 f.); ALI, § 402 Restatement (Fourth) (Fn. 97), Reporters' Notes 7.; ALI, § 414(2)(a) und (b) Restatement (Third) (Fn. 150); ALI, § 27 Restatement of the Law Second, The Foreign Relations Law of the United States (1962), Comment d.; vgl. Beaucillon (2016), Practice Makes Perfect, Eventually? Unilateral State Sanctions and the Extraterritorial Effects of National Legislation, in Ronzitti (Fn. 9), S. 103 ff. (112); vgl. Schaap/Ryngaert, Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming 2015, 9 (11); Vandercruysse (Fn. 12), S. 69; Wouters/Ryngaert/Ruys/De Baere (Fn. 12), S. 459; siehe auch Meng (1994), Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, S. 310 f. und § 414(2)(a) und (b) Restatement (Third) (Fn. 150).

<sup>153</sup>Kau (2019), in Vitzthum/Proelß (Fn. 102), S. 228, Rn. 116; a.A. Meng (1994), Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, S. 56 f.

<sup>154</sup>IGH, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v Spain)*, Second Phase, Urteil v. 05.02.1970, ICJ Reports 1970, 3 (42), 70; Meng, ZaöRV 1997, 269 (294); vgl. Meng (1994), Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, S. 474 mwN; Stein/v. Buttlar/Kotzur (Fn. 121), S. 230, Rn. 618 ff.

<sup>155</sup>Adler (Fn. 18), S. 52; Meng (1994), Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, S. 57; Stein/v. Buttlar/Kotzur (Fn. 121), S. 230, Rn. 618; Epping in Ipsen (Fn. 114), S. 130, Rn. 107.

<sup>156</sup>Adler (Fn. 18), S. 52; Meng (1994), Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, S. 57; Stein/v. Buttlar/Kotzur (Fn. 121), S. 230, Rn. 618; Epping in Ipsen (Fn. 114), S. 130, Rn. 106.

<sup>157</sup>Vgl. Puttler (Fn. 150), S. 115.

<sup>158</sup>Siehe Lowenfeld (2008), International Economic Law, 2. Aufl., S. 902.



der Praxis nimmt das OFAC eine „Kontrolle“ durch US-Personen u.a. an, wenn diese mindestens 50 % der Anteile halten oder die Mehrheit an Vorstandsmitgliedern stellen.<sup>159</sup> Es handelt sich folglich um eine extensive Interpretation des aktiven Personalitätsprinzips.<sup>160</sup> Dieser Durchgriff wird außerhalb der USA durch die Diplomatie und die Rechtswissenschaft weitestgehend als unzulässig betrachtet.<sup>161</sup> Insbesondere wird eine Unvereinbarkeit mit der im *Barcelona-Tractions*-Fall begründeten IGH-Rechtsprechung beklagt.<sup>162</sup> Europäische Gerichte haben die Kontrolltheorie bisher als unzulässig zurückgewiesen.<sup>163</sup> Trotz des internationalen Protests halten die USA in der Praxis weiterhin an der Kontrolltheorie fest.<sup>164</sup>

4. *Passives Personalitätsprinzip* Das passive Personalitätsprinzip (*passive personality principle*) betrifft den Schutz eigener Staatsangehöriger im Ausland, etwa wenn ein Staatsangehöriger in einem anderen Staat Opfer einer Straftat wird.<sup>165</sup> Dieses Prinzip wurde lange Zeit kontrovers diskutiert,<sup>166</sup> erfreut sich aber mittlerweile einer wachsenden Anerkennung.<sup>167</sup> Trotzdem wird es noch

<sup>159</sup>US Department of the Treasury, OFAC, Iran Sanctions FAQ, Frage 644 v. 05.11.2018, <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/faqs/644> (letzter Zugriff: 04.07.2023); vgl. Barker/Ginsberg, *Global Trade and Customs Journal* 5 (2010), 183 (184). In Einzelfällen können auch geringere Beteiligungsgraden ausreichen (ebd.).

<sup>160</sup>Schaap/Ryngaert, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2015, 9 (11); Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, US-Sanktionen gegen den Bau der Pipeline Nord Stream 2 aus völkerrechtlicher Sicht, Ausarbeitung v. 08.09.2020, WD 2-3000-075/20, <https://www.bundestag.de/resource/blob/794744/5613bf9f65fa52fd7c1d06ec6f52ebb3/WD-2-075-20-pdf-data.pdf> (letzter Zugriff: 04.07.2023), S. 12.

<sup>161</sup>Aus der Diplomatie: etwa British Embassy, Washington, Note No. 82 v. 31.03.1981, BYIL 1982, 442 f. (442); British Embassy, Washington, Note No.174 v. 04.09.1981, BYIL 1982, 443 ff. (444); EU-Rat und EU-Kommission, Brief vom 05.03.1996, 35 ILM 398 f.; Kanada: Mawhinney, *Canadian Yearbook of International Law* 29 (1991), 454 (456); aus der Rechtswissenschaft: Beaucillon (2016), *Practice Makes Perfect, Eventually? Unilateral State Sanctions and the Extraterritorial Effects of National Legislation*, in Ronzitti (Fn. 9), S. 103 ff. (118); Kerbrat (Fn. 8), S. 173 ff.; Kuyper, *German Yearbook of International Law* 27 (1984), 72 (79); Meng (1994), *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, S. 475 f.; Meng, *ZaöRV* 1997, 269 (294); Schmidt, *Journal of Conflict & Security Law* 27 (2022), 53 (69).

<sup>162</sup>IGH, *Barcelona Traction* (Fn. 154), 3 (35), Tz. 41: „*The concept and structure of the company are founded on and determined by a firm distinction between the separate entity of the company and that of the shareholder, each with a distinct set of rights.*“; vgl. Schmidt, *Journal of Conflict & Security Law* 27 (2022), 53 (69).

<sup>163</sup>*Sensor-Fall* (Fn. 116), 66 (72) unter 7.3.2; *Fruehauf-Fall* (Fn. 152), 147 (147 f.); vgl. Ruys/Ryngaert, BYIL 2020, 1 (18).

<sup>164</sup>Siehe etwa Sec. 8 EO 13846 (Fn. 72); Sec. 218(a)(2) ITRSHR (Fn. 69), 22 USC § 8725; Sec. 4(a) EO 13628, „*Authorizing the Implementation of Certain Sanctions Set Forth in the Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act of 2012 and Additional Sanctions With Respect to Iran*“, 77 Fed. Reg. 62139 (12.10.2012); Ruys/Ryngaert, BYIL 2020, 1 (19); a.A. Beaucillon (2016), *Practice Makes Perfect, Eventually? Unilateral State Sanctions and the Extraterritorial Effects of National Legislation*, in Ronzitti (Fn. 9), S. 103 ff. (116).

<sup>165</sup>ALI, §§ 402(1)(d), 411 Restatement (Fourth) (Fn. 97), siehe auch § 402 Comment h.

<sup>166</sup>Siehe Kamminga (Fn. 100), Rn. 12.

<sup>167</sup>ALI, § 402(1)(d) Restatement (Fourth) (Fn. 97); UN ILC, *Extraterritorial Jurisdiction* (Fn. 134), S. 522, Rn. 15 mwN.

immer als schwächster Anknüpfungspunkt für die Jurisdiktion gesehen.<sup>168</sup>

5. *Schutzprinzip* Das Schutzprinzip (*protective principle*) soll inländische Rechtsgüter von einigem Gewicht schützen, insbesondere die „Sicherheit und Integrität des Staates [...] sowie seiner Organe und Einrichtungen“.<sup>169</sup> Es handelt sich um ein „in der völkerrechtlichen Praxis anerkanntes eigenständiges Anknüpfungsprinzip“, das zumindest „im Strafrecht universelles Völkergewohnheitsrecht“ darstellt.<sup>170</sup> Man kann es als spezielle Anwendung des Territorialitätsprinzips oder des Wirkungsprinzips verstehen.<sup>171</sup> Es sollte restriktiv interpretiert werden und nur zur Anwendung kommen, wenn die Staatssicherheit erheblich bedroht ist.<sup>172</sup> Eine weite Auslegung birgt die Gefahr, dass Staaten das Schutzprinzip dazu missbrauchen, jegliche eigenen Sicherheitsinteressen extraterritorial durchzusetzen.<sup>173</sup> Denn das Schutzprinzip baut auf den von jedem Staat selbst definierten Konzepten der staatlichen Souveränität und der politischen Unabhängigkeit auf und ist daher in seinem Anwendungsbereich nicht *ex ante* klar abgegrenzt.<sup>174</sup>

6. *Universalitätsprinzip* Das Universalitätsprinzip ist in erster Linie im Völkerstrafrecht relevant und hat für den Themenkomplex der Sekundärsanktionen keine unmittelbare Bedeutung, auch wenn die USA in Gesetzesbegründungen teilweise auf das Prinzip anspielen.<sup>175</sup>

## E. Völkerrechtliche Bewertung der Sekundärsanktionen nach dem Recht der Jurisdiktion

### I. Arten von Sekundärsanktionen

Die konkrete Ausgestaltung der Sanktionen unterscheidet sich je nach der jeweiligen gesetzlichen Grundlage. Mögliche Rechtsfolgen sind etwa Handelsverbote, Zugangsbeschränkungen zum US-Markt bzw. US-Finanzsystem, zivilrechtliche Strafzahlungen, Geld- und/oder Freiheitsstrafen.<sup>176</sup> Gerade in den komplexen Sanktionsregimen

<sup>168</sup>Bantekas (2011), *Criminal Jurisdiction of States under International Law*, in Peters/Wolfrum (Hrsg.): *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*, Rn. 17.

<sup>169</sup>Adler (Fn. 18), S. 54; vgl. ALI, §§ 402(1)(e), 412 Restatement (Fourth) (Fn. 97); ALI, § 402(3) Restatement (Third) (Fn. 150).

<sup>170</sup>Meng (1994), *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, S. 515 f.

<sup>171</sup>ALI, § 412 Restatement (Fourth) (Fn. 97), Comment b.; UN ILC, *Extraterritorial Jurisdiction* (Fn. 134), S. 522, Rn. 13.

<sup>172</sup>ALI, § 412 Restatement (Fourth) (Fn. 97); UN ILC, *Extraterritorial Jurisdiction* (Fn. 134), S. 522, Rn. 13; Adler (Fn. 18), S. 54; Kamminga (Fn. 100), Rn. 13.

<sup>173</sup>Adler (Fn. 18), S. 54; Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 115; vgl. Garcia-Mora, *University of Pittsburgh Law Review* 19 (1958), 567 (585).

<sup>174</sup>Ryngaert (2015), *Jurisdiction in International Law*, 2. Aufl., S. 115 mwN.

<sup>175</sup>Sec. 2(9), 2(14) LIBERTAD (Fn. 53), 22 USC § 6021(9), 6021(14); vgl. Vandercruysse (Fn. 12), S. 78; siehe auch Alexander, *Washington and Lee Law Review* 54 (1997), 1601, (1618 ff.); Emmenegger/Döbeli (Fn. 120), S. 231 ff. (251); Puttler (Fn. 150), S. 99 ff.; Ryngaert, *Chinese Journal of International Law* 7 (2008), 625 (644), Tz. 44.

<sup>176</sup>Siehe etwa den Rechtsfolgenkatalog in Sec. 6(a) ISA (Fn. 66) und Sec. 504(c) CAATSA (Fn. 78); zu zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen siehe auf Sec. 206(a) und (b) IEEPA (Fn. 44); vgl.

werden häufig verschiedene Rechtsfolgen miteinander kombiniert, siehe etwa Sec. 5 ISA.<sup>177</sup>

Wichtig ist die Unterscheidung zwischen Zugangsbeschränkungen und weitergehenden Sanktionen. Zugangsbeschränkungen betreffen den Zugang zum US-Territorium bzw. zum US-Markt.<sup>178</sup> So kann es etwa zu einem Ausschluss betroffener Firmen vom US-Finanzmarkt<sup>179</sup> oder zu Einreiseverboten für Vorstandsmitglieder<sup>180</sup> kommen. Weitergehende Sanktionen meinen etwa Zivilverfahren vor US-Gerichten<sup>181</sup>, zivilrechtliche Bußgelder (*Civil Penalties*) bzw. strafrechtliche Konsequenzen<sup>182</sup>.

Gerade in jüngeren Publikationen untersuchen einige Autor:innen die verschiedenen Arten von Sekundärsanktionen (Zugangsbeschränkungen vs. weitergehende Sanktionen) getrennt voneinander auf ihre Zulässigkeit.<sup>183</sup> Andere hingegen nehmen diese Differenzierung nicht vor und beurteilen Sekundärsanktionen pauschal als zulässig oder unzulässig.<sup>184</sup> Der Teufel liegt jedoch im Detail, da der Überbegriff der Sekundärsanktionen viele verschiedene Regelungsmechanismen beinhaltet – „*some of which prove more amenable than others to international law*“.<sup>185</sup>

**1. Zugangsbeschränkungen** Die territoriale Souveränität eines Staates enthält grundsätzlich das völkergewohnheitsrechtliche Recht, den Zugang zum Staatsgebiet zu regeln.<sup>186</sup> Dieses Recht erstreckt sich nicht nur auf natürliche Personen, sondern auch auf Unternehmen.<sup>187</sup> Ein individuelles (Menschen-)Recht auf die Einreise in einen anderen Staat existiert nicht.<sup>188</sup> Ebenso wenig gibt es

nach Völkergewohnheitsrecht ein grundsätzliches Recht eines Staates auf wirtschaftliche Zusammenarbeit oder deren Fortsetzung (sog. *ius commercii*).<sup>189</sup> Dies stellte der IGH im *Nicaragua-Fall* klar: „*A State is not bound to continue particular trade relations longer than it sees fit to do so, in the absence of a treaty commitment or other specific legal obligation* [...]“.<sup>190</sup> Staaten dürfen nicht nur über ihre eigenen Wirtschaftsbeziehungen mit anderen Staaten entscheiden, sondern auch für die in ihrer Jurisdiktion befindlichen juristischen und natürlichen Personen festlegen, mit welchen Staaten diese Wirtschaftsbeziehungen unterhalten dürfen.<sup>191</sup>

Die Zugangsbeschränkungen lassen sich daher nach Meinung einiger Autor:innen als bloßer Verlust von Privilegien, nicht von Rechten einordnen.<sup>192</sup> Zudem haben wirtschaftliche Nachteile für die sanktionierten Staaten oder Personen grundsätzlich keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit der Sanktionen.<sup>193</sup> Folglich unterfallen Zugangsbeschränkungen nach dieser Ansicht ganz der Souveränität des verhängenden Staates.<sup>194</sup> Sie seien somit vom Territorialitätsprinzip gedeckt und nach dem Recht der Jurisdiktion unproblematisch.<sup>195</sup>

Andere hingegen sind der Meinung, dass Zugangsbeschränkungen nicht vom Territorialitätsprinzip erfasst sind und gegen Völkerrecht verstoßen.<sup>196</sup> Es wird vorgebracht, dass die Zugangsbeschränkungen letztlich als Durchsetzungsmaßnahmen der Primärsanktionen dienen und sich dadurch von gewöhnlichen Zugangsbeschränkungen unterscheiden.<sup>197</sup> Diese Ansicht sieht Zugangsbeschränkungen also nicht als Fall der extraterritorialen

Nephew (2020), *Implementation of Sanctions: United States*, in Asada (Fn. 31), 2020, S. 93 ff. (105 f.).

<sup>177</sup>Sec. 5(a)(1)(A) ISA (Fn. 66); vgl. Rathbone/Jeydel/Lentz, *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013), 1055 (1061).

<sup>178</sup>Etwa Titel IV LIBERTAD (Fn. 53); Sec. 5(a)(1)-(10) ISA (Fn. 66); vgl. Vandercruysse (Fn. 12), S. 54.

<sup>179</sup>ZB Sec. 104(c)(1) CISADA (Fn. 68), 22 USC § 8513; vgl. Nephew (2020), *Implementation of Sanctions: United States*, in Asada (Fn. 31), S. 93 ff. (100).

<sup>180</sup>Sec. 6(19) ISA (Fn. 66).

<sup>181</sup>Vgl. Title III LIBERTAD (Fn. 53); vgl. Vandercruysse (Fn. 12), S. 54.

<sup>182</sup>Siehe etwa Sec. 104(c)(1) CISADA (Fn. 68), 22 USC § 8513, die auf Sec. 206(a) und (b) IEEPA (Fn. 44) verweist. Nach Sec. 206(b) IEEPA sind Geldstrafen von bis zu 1.000.000 USD und (für natürliche Personen) Freiheitsstrafen von bis zu 20 Jahren (!) möglich.

<sup>183</sup>Siehe etwa Lowe, *The International and Comparative Law Quarterly* 46 (1997), 378 (386); Malherbe, *New York University Journal of International Law and Politics* 53 (2021), 1017 (1020); Ruys/Ryngaert in *EJIL:Talk!* v. 30.09.2020, <https://www.ejiltalk.org/secondary-sanctions-a-weapon-out-of-control-part-i-permissibility-of-the-sanctions-under-the-law-of-jurisdiction/> (letzter Zugriff: 24.04.2023); Ruys/Ryngaert, *BYIL* 2020, 1 (9 ff.); Schmidt, *Journal of Conflict & Security Law* 27 (2022), 53 (66 ff.); ähnlich Hafner, *ZaöRV* 2016, 391 (397 f.).

<sup>184</sup>Siehe etwa UNGA, Res. 57/5 v. 01.11.2002, 3.; Sachs/Neubert, *EuZW* 2021, 241 (242 ff.).

<sup>185</sup>Malherbe, *New York University Journal of International Law and Politics* 53 (2021), 1017 (1023).

<sup>186</sup>Vgl. Lowe, *The International and Comparative Law Quarterly* 46 (1997), 378 (385); Ruys/Ryngaert, *BYIL* 2020, 1 (12 f.).

<sup>187</sup>Ruys/Ryngaert, *BYIL* 2020, 1 (13).

<sup>188</sup>Akehurst, *BYIL* 46 (1972-1973), 145 (150); Bothe (Fn. 9), S. 33 ff. (S. 39); Hafner, *ZaöRV* 2016, 391 (397 f.). Eine Ausnahme bildet etwa das Refoulement-Verbot, vgl. Kau (2019), in *Vitzthum/Proelß* (Fn. 102), S. 300, Rn. 304.

<sup>189</sup>Bothe (Fn. 9), S. 33 ff. (S. 35); Ohler (Fn. 9), Rn. 14; Puttler (Fn. 150), S. 51; Terry, *Washington International Law Journal* 30 (2020), 1 (5); Schröder (2019), in *Vitzthum/Proelß* (Fn. 102), S. 751, Rn. 120.

<sup>190</sup>IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Urteil v. 27.06.1986, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, 14 14 (138), Tz. 276.

<sup>191</sup>Joyner (2016), *International Legal Limits on the Ability of States to Lawfully Impose International Economic/Financial Sanctions*, in *Ronzitti* (Fn. 9), S. 190 ff. (193).

<sup>192</sup>Ruys/Ryngaert, *BYIL* 2020, 1 (12 ff.); Ruys/Ryngaert, *EJIL:Talk!* v. 30.09.2020, <https://www.ejiltalk.org/secondary-sanctions-a-weapon-out-of-control-part-i-permissibility-of-the-sanctions-under-the-law-of-jurisdiction/> (letzter Zugriff: 05.07.2023); vgl. Meyer, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30 (2009), 905 (957 f.); Rathbone/Jeydel/Lentz, *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013), 1055 (1071).

<sup>193</sup>Ruys/Ryngaert, *BYIL* 2020, 1 (9).

<sup>194</sup>Ruys/Ryngaert, *BYIL* 2020, 1 (28).

<sup>195</sup>Malherbe, *New York University Journal of International Law and Politics* 53 (2021), 1017 (1026).

<sup>196</sup>Delegierte Verordnung (EU) 2018/1100 der Kommission vom 6. Juni 2018 zur Änderung des Anhangs der Verordnung (EG) Nr. 2271/96 des Rates zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung von einem Drittland erlassener Rechtsakte sowie von darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Maßnahmen, *Abl. L* 199 1/1 v. 07.08.2018, Anhang, Nr. 3 ff.; Rensmann (Fn. 14), S. 103 f.; Terry, *Washington International Law Journal* 30 (2020), 1 (17); Terry, *Global Trade and Customs Journal* 17 (2022), 370 (374 f.).

<sup>197</sup>Rensmann (Fn. 14), S. 103 f.; Terry, *Global Trade and Customs Journal* 17 (2022), 370 (373) unter Berufung auf u.a. EO 13608 v. 01.05.2012, „Prohibiting Certain Transactions With and Suspending Entry Into the United States of Foreign Sanctions Evaders With Respect to Iran and Syria“, 77 Fed. Reg. 86, und ISA (Fn. 66); ähnlich Lowe, *The International and Comparative Law Quarterly* 46 (1997), 378 (385).

*jurisdiction to prescribe*, sondern der extraterritorialen *jurisdiction to enforce*,<sup>198</sup> die grundsätzlich unzulässig ist (siehe D.I.). Zudem gebe es durch den anhaltenden Protest anderer Staaten gegen die Sekundärsanktionen der USA mittlerweile ein völkergewohnheitsrechtliches Verbot der Verhängung von Sekundärsanktionen.<sup>199</sup>

Die besseren Argumente sprechen für die erstgenannte Ansicht:<sup>200</sup> Welchen (politischen) Zweck bestimmte nationale Gesetzgebungsmaßnahmen verfolgen, ist völkerrechtlich irrelevant, sofern ein hinreichender territorialer Bezug vorliegt. Bei der Regelung des Zugangs zum US-Hoheitsgebiet und bei der Aufstellung von Regeln für US-Unternehmen besteht ein hinreichender territorialer Bezug. Daher sind Sekundärsanktionen in Form von Zugangsbeschränkungen nicht völkerrechtswidrig. Es sollte trotzdem nicht vergessen werden, dass der Verlust des Zugangs zum US-Markt für Unternehmen in der Praxis als „Wall Street equivalent of the death penalty“<sup>201</sup> einschneidende Konsequenzen hat.

2. *Weitergehende Sanktionen* Rechtsfolgen, die (weit) über bloße Zugangsbeschränkungen hinausgehen, wie etwa *asset freezes*, zivilrechtliche Strafzahlungen und strafrechtliche Konsequenzen, fallen nicht automatisch in die territoriale Jurisdiktion der USA.

Ruys/Ryngaert identifizieren vier wichtige Fallgruppen, durch die aus US-Sicht ein hinreichender Anknüpfungspunkt für die Jurisdiktion vorliegt: Nutzung des US-Finanzsystems, Verwendung von US-Technologie, Kontrolle durch ein US-Unternehmen und „*trafficking in confiscated US property*“.<sup>202</sup> Dem hinzuzufügen sind die Fallgruppen der Auswirkungen von Entwicklungen in anderen Staaten auf die USA sowie die Bedrohung US-amerikanischer Sicherheitsinteressen durch „feindliche“ Staaten. Diese Fallgruppen sollen anhand der oben dargestellten Jurisdiktionsprinzipien (Territorialitätsprinzip, aktives und passives Personalitätsprinzip sowie Schutzprinzip) untersucht werden.

a) *Territorialitätsprinzip* Auf den ersten Blick scheint es paradox, die so oft als „extraterritorial“ beschriebenen Sekundärsanktionen ausgerechnet durch eine Anwendung des Territorialitätsprinzips rechtfertigen zu wollen. In der Praxis werden jedoch zwei Ansatzpunkte bemüht, um dem Prinzip doch zur Geltung zu verhelfen: die Nutzung des US-Finanzsystems sowie das Wirkungsprinzip<sup>203</sup>.

aa) *Nutzung des US-Finanzsystems*. Der US-Dollar (USD) ist die meistgenutzte Währung im internationalen Handelsverkehr<sup>204</sup> und dient als „globale Leit-, Reserve-

und Transaktionswährung“<sup>205</sup>. Diese wirtschaftliche Dominanz bietet den USA reichlich Gelegenheit, ihren Forderungen nach Befolgung ihrer unilateralen Sanktionen durch Unternehmen im Ausland mehr Gewicht zu verleihen.<sup>206</sup> Die USA vertreten die Auffassung, die Nutzung des US-Finanzsystems durch ausländische Unternehmen, d.h. etwa USD als Vertragswährung, die Involvierung von US-Banken und/oder Clearings über US-Anbieter wie CHIPS<sup>207</sup> oder Fedwire<sup>208</sup>, aktiviere die territoriale Jurisdiktion der USA.<sup>209</sup> Dabei legen die US-Behörden das Konzept der Nutzung des US-Finanzsystems weit aus.<sup>210</sup> Man spricht auch von „*correspondent account jurisdiction*“, da die Nutzung des US-Finanzsystems in der Regel die Inanspruchnahme der Dienstleistungen von US-Banken impliziert.<sup>211</sup> Diese Argumentation wurde von den USA etwa im Fall der BNP Paribas vertreten, die sich 2014 in einem *Settlement Agreement* zur Rekordzahlung von 8,8 Milliarden USD verpflichtete.<sup>212</sup> Auch in den Fällen Zarrab und Meng beriefen sich die USA auf die Nutzung des US-Finanzsystems.<sup>213</sup>

Ausreichend für eine territoriale Anknüpfung kann zwar bereits sein, dass sich ein gewichtiger Teil („*substantial part*“) des Sachverhalts im Hoheitsgebiet abspielt.<sup>214</sup> Allerdings erscheint die territoriale Verbindung allein durch die Nutzung des US-Finanzsystems als sehr schwach

[feds-notes/the-international-role-of-the-u-s-dollar-20211006.html](https://www.federalreserve.gov/monetarypolicy/press/20211006.html) (letzter Zugriff: 04.07.2023), insbesondere Graphik 10; vgl. Emmenegger/Zuber, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht/Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (SZW/RSDA) 2022, 114 (121).

<sup>205</sup>Rensmann (Fn. 14), S. 104.

<sup>206</sup>Emmenegger/Zuber, SZW/RSDA 2022, 114 (121).

<sup>207</sup>Clearing House Interbank System (Dienstleistungssystem für Zahlungen in USD der The Clearing House Payments Company L.L.C.), <https://www.theclearinghouse.org/payment-systems/chips> (letzter Zugriff: 07.07.2023).

<sup>208</sup>Fedwire Funds Service, siehe <https://www.federalreserve.gov/paymentsystems/fedfunds.about.htm> (letzter Zugriff: 07.07.2023).

<sup>209</sup>Barker/Ginsberg, Global Trade and Customs Journal 5 (2010), 183 (183); Emmenegger/Zuber, SZW/RSDA 2022, 114 (115); Rathbone/Jeydel/Lentz, Georgetown Journal of International Law 44 (2013), 1055 (1111); vgl. Hoff (Fn. 20), S. 139 f.; Ruys/Ryngaert, BYIL 2020, 1 (21).

<sup>210</sup>Siehe zu den Details dieser Praxis Emmenegger/Zuber, SZW/RSDA 2022, 114 (116-126).

<sup>211</sup>Emmenegger/Döbeli (Fn. 120), S. 231 ff. (244); Emmenegger/Zuber, SZW/RSDA 2022, 114 (115).

<sup>212</sup>*United States v. BNP Paribas S.A.*, Plea Agreement v. 27.06.2014, <https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2014/06/30/plea-agreement.pdf> (letzter Zugriff: 04.07.2023);

<sup>213</sup>*United States District Court Eastern District of New York (EDNY), United States v. Huawei Techs. Co.*, Superseding Indictment Against Meng, 24.1.2019, No. 18 Cr 457 (AMD), S. 24, Tz. 64; *United States District Court for the Southern District of New York (SDNY), United States v. Zarrab*, Decision and Order, 15 Cr 867, 17.10.2016, available at <https://www.courtlistener.com/docket/4356296/90/united-states-v-zarrab> (letzter Zugriff: 04.07.2023); vgl. Emmenegger/Zuber, SZW/RSDA 2022, 114 (115).

<sup>214</sup>§ 402(1)(a) Restatement (Third) (Fn. 150); vgl. Emmenegger, Arizona Journal of International and Comparative Law 33 (2016), 631 (641). ALI, § 408 Restatement (Fourth) (Fn. 97), Comment c. erwähnt die Hürde der „*substantiality*“ nicht mehr, sondern spricht nur von einem „*constituent element*“. ALI, § 402 Restatement (Fourth), Comment e. verlangt ebenso nur noch, dass der zu regelnde Sachverhalt „*in whole or in part within its territory*“ stattfindet. Diese Auffassung ist zu weit und daher abzulehnen.

<sup>198</sup>Vgl. Meyer, University of Pennsylvania Journal of International Law 30 (2009), 905 (952 ff.).

<sup>199</sup>Terry, Washington International Law Journal 30 (2020), 1 (17); Terry, Global Trade and Customs Journal 17 (2022), 370 (374 f.).

<sup>200</sup>Vgl. Meyer, University of Pennsylvania Journal of International Law 30 (2009), 905 (953 ff.); Schmidt, Journal of Conflict & Security Law 27 (2022), 53 (66f.).

<sup>201</sup>Lohmann (Fn. 46), S. 4.

<sup>202</sup>Ruys/Ryngaert, BYIL 2020, 1 (17); Ruys/Ryngaert in EJIL:Talk! v. 30.09.2020, <https://www.ejiltalk.org/secondary-sanctions-a-weapon-out-of-control-part-i-permissibility-of-the-sanctions-under-the-law-of-jurisdiction/> (letzter Zugriff: 05.07.2023).

<sup>203</sup>Wie unter D.II.1.b. erläutert, wird das Wirkungsprinzip teils als eigenes, teils als Teil des Territorialitätsprinzips behandelt.

<sup>204</sup>Siehe Betraut/v. Beschwitz/Curcuru, FEDS Notes v. 06.10.2021, <https://www.federalreserve.gov/econres/notes/>



und als bloßer Begleitumstand von Transaktionen zwischen nicht-US-Personen, die sich außerhalb des US-amerikanischen Hoheitsgebiets befinden.<sup>215</sup> Die Verteidigung von Zarrab etwa kritisierte zurecht, dass ihm ein Verstoß gegen US-Recht vorgeworfen wurde „for agreeing with foreign persons in foreign countries to direct foreign banks to send funds transfers from foreign companies to other foreign banks for foreign companies“<sup>216</sup>. Hinzu kommt, dass ausländische Firmen das US-Finanzsystem mehr aus Notwendigkeit als aus freier Entscheidung nutzen. Es werden etwa im Energie- und Rohstoffsektor die Preise standardmäßig in USD angegeben.<sup>217</sup> Somit spielt sich allein durch die Nutzung des US-Finanzsystems kein substantieller Teil des Sachverhalts im Gebiet der USA ab, weshalb die „correspondent account jurisdiction“ abzulehnen ist.<sup>218</sup> Folglich können US-Sekundärsanktionen nicht allein wegen der Nutzung des US-Finanzsystems auf das Territorialitätsprinzip gestützt werden. Auffällig ist allerdings, dass es von Seiten anderer Staaten bisher kaum Protest gegen diese Praxis gibt.<sup>219</sup>

bb) *Wirkungsprinzip* Auch wenn weder über die allgemeine Zulässigkeit noch über die Grenzen des Wirkungsprinzips Einigkeit besteht,<sup>220</sup> sollen einige kursorische Überlegungen zu seiner Anwendung im Bereich der Sekundärsanktionen angestellt werden.

So bezieht sich etwa Sec. 301(9) LIBERTAD explizit auf das Wirkungsprinzip:<sup>221</sup> „International law recognizes that a nation has the ability to provide for rules of law with respect to conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory.“ Wenn man das Wirkungsprinzip generell anerkennen würde, müsste zumindest eine Auswirkung von einigem Gewicht (*substantial effect*) vorliegen. Zu Beginn der 1990er-Jahre begann die kubanische Regierung, einige in den 1960er-Jahren in Kuba beschlagnahmte Grundstücke

an ausländische Investor:innen zu verkaufen.<sup>222</sup> Von den Befürworter:innen des LIBERTAD wird vertreten, diese Geschäfte würden es den (mittlerweile) US-amerikanischen Opfern der Enteignungen zumindest erheblich erschweren, Entschädigungen vom kubanischen Staat zu erhalten.<sup>223</sup> Sie erblicken darin einen „substantial effect on the United States“<sup>224</sup>. Auch die vermehrte Migration politischer Flüchtlinge aus Kuba in die USA wird von manchen als „substantial impact on the United States“ gewertet.<sup>225</sup> Diese Argumentation erscheint jedoch fernliegend. Es ist in keiner Weise ersichtlich, wie der Verkauf von im Ausland belegenen Grundstücken an ausländische Investoren substantielle Auswirkungen in den USA erzeugen sollte, nur weil die mindestens 30 Jahre zuvor enteigneten Individuen mittlerweile die US-amerikanische Staatsbürgerschaft angenommen haben.<sup>226</sup> Das Wirkungsprinzip wurde in LIBERTAD nicht überzeugend angewendet; es würde sich vielmehr um eine unzulässige Überdehnung des ohnehin umstrittenen Prinzips handeln.<sup>227</sup>

Im Fall *United States v. Zarrab* beriefen sich die USA ebenfalls auf das Wirkungsprinzip: „[...] Zarrab is charged in connection with his scheme to intentionally export and supply financial services from the United States and to cause U.S. banks to export and supply financial services – in other words, with causing conduct and effects in the United States.“<sup>228</sup> Interessant ist hier, dass nicht klar zwischen der territorialen Anknüpfung wegen der Nutzung des US-Finanzsystems („export and supply financial services from the United States“) und der Anknüpfung wegen des Wirkungsprinzips („causing conduct and effects in the United States“) unterschieden wird. Es ist aber jedenfalls nicht verständlich, warum der Handel zwischen Iran und anderen ausländischen Staaten einen maßgeblichen Effekt auf dem US-amerikanischen Staatsgebiet haben sollte.<sup>229</sup> Im Fall *United States v. Zarrab* gab es höchstens indirekte Effekte auf dem US-Hoheitsgebiet.<sup>230</sup> Die „correspondent account jurisdiction“ („export and supply financial services“) sollte nicht durch Berufung auf das Wirkungsprinzip durch die Hintertür durchgesetzt werden.<sup>231</sup>

<sup>215</sup>Hoff (Fn. 20), S. 158 ff.; Ruys/Ryngaert, BYIL 2020, 1 (21).

<sup>216</sup>United States District Court for the Southern District of New York (SDNY), *United States v. Reza Zarrab*, Memorandum of Law in Support of Defendant Reza Zarrab's Motion to Dismiss the Superseding Indictment, S1 15 Cr 867 (RMB), 18.7.2016, S. 1 (Hervorhebungen im Original), <https://s3.documentcloud.org/documents/2995209/Zarrab-Motion-to-Dismiss.pdf> (letzter Zugriff: 04.07.2023).

<sup>217</sup>Ruys/Ryngaert, BYIL 2020, 1 (21). Erst seit den westlichen Sanktionen gegen Russland, die eine Reaktion auf den russischen Angriffskrieg in der Ukraine darstellen, versucht Russland, den Rubel als Vertragswährung im Energiesektor durchzusetzen (sog. *ruble clause*), siehe Colombatto in GIS (Geopolitical Intelligence Services AG) Reports v. 12.04.2022, <https://www.gisreportsonline.com/r/ruble-clause/> (letzter Zugriff: 04.07.2023).

<sup>218</sup>Emmenegger, Arizona Journal of International and Comparative Law 33 (2016), 631 (655); Emmenegger/Döbeli (Fn. 120), S. 231 ff. (249); Emmenegger/Zuber, SZW/RSDA 2022, 114 (115, 126); Gött im Verfassungsblog v. 25.08.2020, <https://verfassungsblog.de/wirtschaftliche-vernichtung-unter-freunden/> (letzter Zugriff: 04.07.2023); Rensmann (Fn. 14), S. 105; Ruys/Ryngaert, BYIL 2020, 1 (22); Schaap/Ryngaert, Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming 2015, 9 (15); Terry, Washington International Law Journal 30 (2020), 1 (11 f.); Terry, Chinese Journal of International Law 18 (2019), 425 (428), Tz. 10; Terry, Global Trade and Customs Journal 17 (2022), 370 (372); ähnlich Hoff (Fn. 20), S. 158-14.

<sup>219</sup>Rensmann (Fn. 14), S. 112; Ruys/Ryngaert, BYIL 2020, 1 (23).

<sup>220</sup>Siehe D.II.1.b.

<sup>221</sup>22 USC § 6081(9); vgl. Beaucillon (2016), Practice Makes Perfect, Eventually? Unilateral State Sanctions and the Extraterritorial Effects of National Legislation, in Ronzitti (Fn. 9), S. 103 ff. (120).

<sup>222</sup>Sec. 301(5) LIBERTAD (Fn. 53), 22 USC § 6081(5); vgl. Werlau, World Affairs 160 (1997), 51 (51 f.).

<sup>223</sup>Secretary Warren, „Circular to all diplomatic and consular posts“, September 1993, abgedruckt in Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act, Hearings Before the Subcommittee on Western Hemisphere and Peace Corps Affairs of the Senate Committee on Foreign Relations, 104th Congress, 1st Sess. 192-93 (1995): „If the properties are purchased by foreign investors before this occurs, restitution of property will prove far more difficult.“; zitiert nach Clagett, AJIL 90 (1996), 434 (435).

<sup>224</sup>Clagett, AJIL 90 (1996), 434 (435).

<sup>225</sup>Clagett, AJIL 90 (1996), 434 (435 f.); vgl. Sec. 2(19) LIBERTAD (Fn. 53), 22 USC § 6021(19).

<sup>226</sup>Holescher, Tilburg Foreign Law Review 6 (1997), 241 (251 f.); vgl. Vandercruysse (Fn. 12), S. 66.

<sup>227</sup>Lowenfeld, AJIL 90 (1996), 419 (431).

<sup>228</sup>SDNY, *United States v. Reza Zarrab*, Government's Memorandum of Law in Opposition to Defendant Reza Zarrab's Motion to Dismiss the Indictment and to Suppress the Evidence, 8.8.2016, S1 15 Cr. 867 (RMB), S. 19, <https://casetext.com/brief/usa-v-zarrab-et-al-memorandum-in-opposition> (letzter Zugriff: 11.09.2022).

<sup>229</sup>Karpenstein/Sangi, EuZW 2019, 309 (311).

<sup>230</sup>Emmenegger/Döbeli (Fn. 120), S. 231 ff. (250).

<sup>231</sup>Vgl. Rensmann (Fn. 14), S. 106.



So ist das Wirkungsprinzip, zumindest in seiner bisherigen Anwendung im Rahmen der Sekundärsanktionen, nicht geeignet, um territoriale Jurisdiktion zu begründen.<sup>232</sup>

cc) *Zwischenergebnis* US-Sekundärsanktionen fallen nicht allein aufgrund der Nutzung des US-Finanzsystems unter die territoriale Jurisdiktion der USA. Selbst wenn man das umstrittene Wirkungsprinzip grundsätzlich anerkennen würde, müssten doch hohe Anforderungen an die konkreten Auswirkungen gestellt werden. Diese werden bisher nicht erfüllt. Daher kann auch dieses Prinzip derzeit nicht dazu dienen, einen Anknüpfungspunkt für die territoriale Jurisdiktion herzustellen.

b) *Aktives Personalitätsprinzip* Sekundärsanktionen auf das Nationalitätsprinzip stützen zu wollen, erscheint auf den ersten Blick gänzlich fernliegend. Schließlich richten sich die betreffenden Sekundärsanktionen doch gerade an *any person* und nicht nur an sog. *US persons*. Jedoch werden in der US-amerikanischen Argumentation zwei Ansätze vertreten, die dennoch zu einer Anwendung des Nationalitätsprinzips führen sollen: die Anknüpfung an die Herkunft von Gegenständen oder Technologien und die Kontrolltheorie.

aa) *Herkunft von Gegenständen* Im Bereich von US-Reexportkontrollen wurden die Sekundärsanktionen teilweise darauf gestützt, dass eine Ausfuhr von *US goods* bzw. *US-origin items* in sanktionierte Staaten verboten sei.<sup>233</sup> In vier Fällen sollen Reexportkontrollen anwendbar sein: erstens auf in den USA produzierte Waren, zweitens auf im Ausland produzierte Waren mit einem gewissen Anteil an *US content*, drittens auf im Ausland unter Verwendung von *US-origin technology or software* hergestellte Waren und viertens auf in ausländischen Fabriken hergestellte Waren, sofern die Fabrik ein *direct product of certain US technology or software* ist.<sup>234</sup> Es wird

<sup>232</sup>Vgl. Terry, *Global Trade and Customs Journal* 17 (2022), 370 (374; siehe auch Alexander, *Washington and Lee Law Review* 54 (1997), 1601 (1612 ff.) in Bezug auf ILSA/ISA (Fn. 66) und Gruson, *Columbia Business Law Review* 2004, 721 (760 ff.) in Bezug auf Sec. 319(a) Patriot Act (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, 115 Stat. 272).

<sup>233</sup>SPR (Fn. 75), ILM 853 (865), Part 379; Iranian Transactions and Sanctions Regulations, 31 C.F.R. § 560.205 (2020); Export Administration Regulations (EAR), 15 C.F.R. §§ 746.2, 746.5, 746.7; vgl. Fitzgerald, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 31 (1998), 1 (42 f.); vgl. Meng, *ZaöRV* 1997, 269 (278); Viterbo (2019), *Extraterritoriale Sanktionen and International Economic Law*, in EZB (Hrsg.): *Building bridges: central banking law in an interconnected world*, ECB Legal Conference 2019, <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.ecblegalconferenceproceedings201912-9325c45957.en.pdf> (letzter Zugriff: 05.07.2023), S. 157 ff. (159); Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-075/20 (Fn. 160), S. 12.

<sup>234</sup>US Department of Commerce, *Guidance on Reexports/Transfers (in-country) of U.S.-Origin Items or Non-U.S.-made Items Subject to the Export Administration Regulations (EAR)* v. 30.10.2015, <https://www.bis.doc.gov/index.php/licensing/reexports-and-offshore-transactions> (letzter Zugriff: 04.07.2023); siehe *Export Administration Regulations*, 15 C.F.R. §§ 734.3, 736, 746; vgl. Haellmigk, *CCZ* 2020, 147 (148 f.); Nephew (2020), *Implementation of Sanctions: United States*, in Asada (Fn. 31), S. 93 ff. (102 f.).

eine Anwendung des aktiven Personalitätsprinzips suggeriert.<sup>235</sup> Die US-Behörden äußern sich aber nicht explizit zur jurisdiktionellen Anknüpfung in diesem Bereich – „perhaps because it is hard to justify legally“<sup>236</sup>. Bewegliche Sachen haben – mit Ausnahme von Schiffen und Flugzeugen – im Völkerrecht keine Nationalität.<sup>237</sup> Wenn Sachen ins Ausland exportiert werden, unterliegen sie von der Ausfuhr an nur noch der Jurisdiktion des Importstaates, der mit ihnen nach Belieben verfahren und sie frei weiter exportieren darf.<sup>238</sup> Für die anderen Fallgruppen gilt das Gleiche.<sup>239</sup> Daher kann die geographische Herkunft von Gegenständen nicht als Anknüpfungspunkt nach dem Nationalitätsprinzip gelten.<sup>240</sup>

bb) *Kontrolltheorie* Die Anwendung der Kontrolltheorie erfolgt meist über eine extensive Auslegung des Begriffs *person subject to the jurisdiction of the United States*<sup>241</sup> in den Sanktionsgesetzen. So heißt es etwa in den CACR, dass ein ausländisches Unternehmen, bei dem US-Bürger die Mehrheit der Anteile halten oder in sonstiger Weise das Unternehmen „kontrollieren“, als *person subject to the jurisdiction of the United States* und als *person within the United States* gilt.<sup>242</sup> Weitere Anwendungsbeispiele sind etwa die SPR<sup>243</sup> und der *Cuban Democracy Act*<sup>244</sup>. Auch in jüngeren Sanktionsgesetzen findet die Kontrolltheorie weiterhin Anwendung.<sup>245</sup>

Keine Probleme bereitet die Kontrolltheorie, wenn es sich nur um rechtlich unselbstständige Filialen US-amerikanischer Unternehmen handelt.<sup>246</sup> In diesem Fall ist eine Ausdehnung der für *US persons* geltenden

<sup>235</sup>Vgl. Lowe, *The International and Comparative Law Quarterly* 46 (1997), 378 (378); Fitzgerald, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 31 (1998), 1 (42); Lohmann (Fn. 46), S. 7; Rensmann (Fn. 14), S. 108; Terry, *Washington International Law Journal* 30 (2020), 1 (14 f.).

<sup>236</sup>Bowman, *Marquette Law Review* 97 (2014), 599 (612); vgl. Marcuss/Mathias, *International Tax & Business Lawyer* 2 (1984), 1 (19).

<sup>237</sup>Comments of the EC 1982 (Fn. 27), S. 6, Tz. 8; Puttler (Fn. 150), S. 120 ff.; Vandercruysse (Fn. 12), S. 73; vgl. N.N., *Michigan Law Review* 81 (1983), 1308 (1324); siehe Art. 17 Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt (Convention on International Civil Aviation) v. 07.12.1944, in Kraft seit 4.4.1947, UNTS 15, 295, BGBl. 1956 II, 411; Art. 91 UNCLOS (Fn. 102).

<sup>238</sup>Meng (1994), *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, S. 523.

<sup>239</sup>Vgl. Meng (1994), *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, S. 523.

<sup>240</sup>Rensmann (Fn. 14), S. 108; Terry, *Global Trade and Customs Journal* 17 (2022), 370 (373).

<sup>241</sup>ZB SPR (Fn. 75), § 385.2(c)(2) EAR, ILM 21, 853 (866).

<sup>242</sup>CACR (Fn. 49), 31 C.F.R. §§ 515.329(d), 515.330(d); so auch Iranian Assets Control Regulations, 31 C.F.R. § 535.329(d); vgl. Lowenfeld (2008), *International Economic Law*, 2. Aufl., S. 902; Rathbone/Jeydel/Lentz, *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013), 1055 (1109).

<sup>243</sup>SPR (Fn. 75), § 385.2(c)(2)(iv) EAR, ILM 21, 853 (866); vgl. Kerbrat (Fn. 8), S. 170; Meng (1994), *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, S. 304, 474; Meng, *ZaöRV* 1997, 269 (278); Vandercruysse (Fn. 12), S. 41 f., 69; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-075/20 (Fn. 160), S. 12.

<sup>244</sup>Cuban Democracy Act (Fn. 52), Sec. 6(a)(1), 22 USC § 6005(a)(1) i.V.m. CACR (Fn. 49), 31 C.F.R. § 515.559; vgl. Kerbrat (Fn. 8), S. 170; Meng, *ZaöRV* 1997, 269, (280).

<sup>245</sup>Siehe Fn. 164.

<sup>246</sup>Siehe etwa Iranian Transactions Regulations, 31 C.F.R. § 560.314; vgl. Barker/Ginsberg, *Global Trade and Customs Journal* 5 (2010), 183 (184).

Sanktionen zulässig.<sup>247</sup> Auch ist eine Anwendung der Kontrolltheorie denkbar, wenn eine Tochtergesellschaft rechtsmissbräuchlich nur zum Zweck der Umgehung von US-Sanktionen gegründet wurde.<sup>248</sup> In allen anderen Fällen ist ein „*lifting of the corporate veil*“<sup>249</sup> nach den Grundsätzen der *Barcelona-Tractions*-Entscheidung des IGH unzulässig.<sup>250</sup> Die Kontrolltheorie ist daher außer in den genannten Ausnahmefällen abzulehnen. Man kann also allgemein keine Anknüpfung für Sekundärsanktionen über die Kontrolltheorie an das Nationalitätsprinzip herstellen.<sup>251</sup>

cc) *Zwischenergebnis* Die Herkunft von Gegenständen kann keinen Bezugspunkt für die Jurisdiktion nach dem Nationalitätsprinzip konstruieren. Im Falle der allgemein nicht anerkannten Kontrolltheorie wäre eine Anwendung höchstens in engen Ausnahmefällen denkbar. Ein so weitreichendes Verständnis wie das der USA, das auch rechtlich selbstständige Tochterunternehmen umfasst, geht zu weit.

<sup>247</sup>ALI, § 414(1) Restatement (Third) (Fn. 150) sowie § 414, Comment b; Meng (1994), Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, S. 475; Ryngaert, Chinese Journal of International Law 7 (2008), 625 (628), Tz. 9; so auch Puttler (Fn. 150), S. 112 f.

<sup>248</sup>Lowenfeld (2008), International Economic Law, 2. Aufl., S. 904; Rensmann (Fn. 14), S. 107.

<sup>249</sup>IGH, *Barcelona Traction* (Fn. 154), S. 39, Tz. 56 f.

<sup>250</sup>Rensmann (Fn. 14), S. 107; Ryngaert, Chinese Journal of International Law 7 (2008), 625 (628), Tz. 8 f.

<sup>251</sup>Vgl. etwa Comments of the EC 1982 (Fn. 27), S. 5, Tz. 6; Terry, Global Trade and Customs Journal 17 (2022), 370 (373).

c) *Passives Personalitätsprinzip* Man kann vermuten, dass Sec. 3(6) LIBERTAD auf das passive Personalitätsprinzip anspielt:<sup>252</sup> „*The purposes of this Act are [...] to protect United States nationals against confiscatory takings [...] by the Castro regime.*“ Selbst wenn man das Prinzip grundsätzlich anerkennen wollte, wäre eine Anwendung hier trotzdem eine Überdehnung dieses Prinzips. Zum einen scheint es schwer vertretbar, das passive Personalitätsprinzip nicht gegenüber den kubanischen Behörden, sondern gegenüber ausländischen Unternehmen anwenden zu wollen; zum anderen scheint auch eine aktuelle schwere Rechtsverletzung der betroffenen US-Bürger durch die Enteignungen der frühen 1960er-Jahre fernliegend.<sup>253</sup> Daher greift das passive Personalitätsprinzip hier nicht.

d) *Schutzprinzip* Das Schutzprinzip ist wohl der einzige Anknüpfungspunkt, der potentiell zur Rechtfertigung von Sekundärsanktionen dienen kann.<sup>254</sup>

Sec. 2(28) LIBERTAD stellt die These auf, die kubanische Regierung sei seit Jahrzehnten eine Bedrohung der nationalen Sicherheit für die Vereinigten Staaten: „*For the past 36 years, the Cuban Government has posed and continues to pose a national security threat to the United States.*“<sup>255</sup> Jedoch wird nicht deutlich, welchen Bedrohungen die US-amerikanische Staatssicherheit durch Kuba ausgesetzt sein soll.<sup>256</sup> Die Berufung auf das Schutzprinzip ist hier schwer zu rechtfertigen, da Kuba kein *Sponsor of Terrorism* und „Massenmigration“ aus Kuba in die USA nicht als Sicherheitsbedrohung zu sehen ist.<sup>257</sup> Zudem stellen Enteignungen, die vor Jahrzehnten stattgefunden haben, schwerlich eine aktuelle erhebliche Bedrohung der nationalen Sicherheit dar.<sup>258</sup> Daher ist die Annahme wenig überzeugend, eine Bedrohung der US-amerikanischen Sicherheit habe jemals vorgelegen. Erst recht ist es fernliegend, dass eine solche Bedrohung nach dem Ende des Kalten Krieges fortbestünde.<sup>259</sup>

Der ISA beruht im Wortlaut auf dem Schutzprinzip.<sup>260</sup> Section 2(1) ISA lautet: „*The efforts of the Government*

<sup>252</sup>Vgl. Lowe, The International and Comparative Law Quarterly 46 (1997), 378 (384); Ryngaert, Chinese Journal of International Law 7 (2008), 625 (643), Tz. 41.

<sup>253</sup>Ryngaert, Chinese Journal of International Law 7 (2008), 625 (643), Tz. 41; zu den Fällen *Reza Zarrab* (SDNY, *United States v. Zarrab*, Superseding Indictment Against Zarrab, 16.6.2016, No. 15 Cr 867 RMB) und *Meng Wanzhou* ebenfalls ablehnend Terry, Washington International Law Journal 30 (2020), 1 (15).

<sup>254</sup>Emmenegger/Döbeli (Fn. 120), S. 231 ff. (251); Malherbe, New York University Journal of International Law and Politics 53 (2021), 1017 (1026 f.); vgl. Emmenegger, Arizona Journal of International and Comparative Law 33 (2016), 631 (651 f.).

<sup>255</sup>Siehe auch Sec. 3(3) LIBERTAD (Fn. 53), 22 USC § 6022(3): „*The purposes of this Act are [...] (3) to provide for the continued national security of the United States in the face of continuing threats from the Castro government of terrorism [...].*“

<sup>256</sup>Adler (Fn. 18), S. 54.

<sup>257</sup>Ryngaert, Chinese Journal of International Law 7 (2008), 625 (642), Tz. 39; Vandercruysse (Fn. 12), S. 76.

<sup>258</sup>Vandercruysse (Fn. 12), S. 76.

<sup>259</sup>Emmenegger, Arizona Journal of International and Comparative Law 33 (2016), 631 (658); Hoff (Fn. 20), S. 154; Ryngaert, Chinese Journal of International Law 7 (2008), 625 (642), Tz. 39; Terry, Washington International Law Journal 30 (2020), 1 (13); vgl. Malloy, Chicago Journal of International Law 4 (2003), 371 (381).

<sup>260</sup>Sec. 2(1) ISA (Fn. 66); vgl. Ruys/Ryngaert, BYIL 2020, 1 (25f.) mwN; Vandercruysse (Fn. 12), S. 75.

of Iran to acquire weapons of mass destruction [...] and its support of acts of international terrorism endanger the national security and foreign policy interests of the United States and those countries with which the United States shares common strategic and foreign policy objectives.“ Interessant ist hier, dass nationale Sicherheit und außenpolitische Interessen in einem Atemzug genannt werden. Es könnte der Eindruck entstehen, den USA wäre nicht bewusst, dass außenpolitische Interessen nicht ausreichen, um Jurisdiktion nach dem Schutzprinzip (oder einem anderen Jurisdiktionsprinzip) zu begründen.<sup>261</sup>

Andere Sekundärsanktionen gegen Iran werden ähnlich wie der ISA gerechtfertigt: Sec. 2(1) CISADA stellt die Behauptung auf, die illegalen Aktivitäten der iranischen Regierung in Hinblick auf das Atomprogramm bedrohen die nationale Sicherheit der USA.<sup>262</sup> Man könnte durchaus annehmen, dass das Atomwaffenprogramm eine Gefahr für die nationale Sicherheit der USA darstelle.<sup>263</sup> Jedoch richten sich die Sekundärsanktionen an ausländische Unternehmen. Es ist zumindest sehr zweifelhaft, ob das Schutzprinzip in diesem Verhältnis angewendet werden kann.<sup>264</sup> Selbst wenn das Prinzip in diesem Verhältnis grundsätzlich Anwendung fände, so ist es doch nicht nachvollziehbar, inwiefern Handel mit Iran in Bezug auf zivile Güter, die nichts mit dem Atomprogramm zu tun haben, für die USA staatsgefährdend sein sollte.<sup>265</sup> Auffällig ist auch, dass es den USA in Bezug auf das Schutzprinzip augenscheinlich nicht nur um das iranische Atomprogramm geht. Der iranische Staat wird vielmehr allgemein beschrieben als „a nation that, through its sponsorship of terrorism and fomenting of global unrest, presents a significant threat to this country's national security“<sup>266</sup>. Während sich für die Annahme eines „sponsorship

of terrorism“ mitunter noch gute Gründe finden lassen könnten,<sup>267</sup> ist „fomenting of global unrest“ bei weitem zu unpräzise, um eine Gefahr für die Staatssicherheit der USA erkennen zu lassen. Das Schutzprinzip berechtigt nicht zu „blanket secondary sanctions that ban all trade with the target state“<sup>268</sup>, sondern nur zu zielgerichteten Sekundärsanktionen mit Bezug zu tatsächlich sicherheitsgefährdenden Geschäften.<sup>269</sup> Daher kann das Schutzprinzip nicht greifen in Bezug auf zivile Geschäfte, die nichts mit dem iranischen Atomprogramm oder anderen für die US-amerikanische Staatssicherheit gefährlichen Bereichen zu tun haben.<sup>270</sup>

Im Fall der Sekundärsanktionen gegen Russland im Fall Nord Stream 2 findet sich keine direkte Anknüpfung an die nationale Sicherheit der USA. Allerdings kann aus der Formulierung des Titels des PEESA, „Protecting Europe's Energy Security Act“, eine Anspielung auf das Schutzprinzip entnommen werden.<sup>271</sup> Die USA machen aber keine Bedrohung der eigenen nationalen Sicherheit, sondern nur die Sicherheitsinteressen der europäischen Staaten geltend,<sup>272</sup> weshalb die Anwendung des Schutzprinzips hier unzulässig ist.<sup>273</sup> Dies gilt unabhängig von der Frage, ob eine Bedrohung tatsächlich vorliegt. Denn Staaten können sich nicht rechtmäßig auf das Schutzprinzip berufen, wenn sie sich auf (Sicherheits-)Interessen anderer Staaten beziehen, auch wenn es sich um Verbündete handelt. Denn dann könnten Staaten entscheiden, was ihrer Meinung nach das Beste für befreundete Staaten sei – ein eklatanter Verstoß gegen deren politische Unabhängigkeit.<sup>274</sup> Das Schutzprinzip darf nicht dazu dienen, die politische Autonomie anderer Staaten zu untergraben: „The protective principle of jurisdiction loses all validity when it is used, not to safeguard the political independence of the State claiming jurisdiction, but to undermine the

process, and Iran's pursuit of weapons of mass destruction, which implicate the national security, foreign policy, and the economy of the United States.“

<sup>261</sup>Ähnlich Carter, International Economic Sanctions – Improving the haphazard U.S. legal regime (1988), S. 5; Hufbauer/Schott/Elliott/Oegg (Fn. 21), S. 11; vgl. *Sensor-Fall* (Fn. 116), 66 (72) unter 7.3.3.

<sup>262</sup>Sec. 2(1) CISADA (Fn. 68), 22 USC § 8501(1): „The illicit nuclear activities of the Government of Iran, combined with its development of unconventional weapons and ballistic missiles and its support for international terrorism, represent a threat to the security of the United States, its strong ally Israel, and other allies of the United States around the world.“; siehe auch Sec. 101 ITRSHR (Fn. 69), 22 USC § 8711.

<sup>263</sup>Emmenegger, Arizona Journal of International and Comparative Law 33 (2016), 631 (658); Emmenegger/Döbeli (Fn. 120), S. 231 ff. (250); Meyer, University of Pennsylvania Journal of International Law 30 (2009), 905 (940); Terry, Chinese Journal of International Law 18 (2019), 425 (428), Tz. 10; Vandercruysse (Fn. 12), S. 77.

<sup>264</sup>Ryngaert, Chinese Journal of International Law 7 (2008), 625 (642 f.), Tz. 40: „[...] on closer inspection, because ILSA's principal effects are on third party States rather than sponsors of terrorism, it is doubtful whether protective jurisdiction is actually warranted.“; vgl. Alexander, Washington and Lee Law Review 54 (1997), 1601 (1616 f.); Vandercruysse (Fn. 12), S. 75.

<sup>265</sup>Emmenegger/Döbeli (Fn. 120), S. 231 ff. (250 f.); Karpenstein/Sangi, EuZW 2019, 309 (311); Terry, Chinese Journal of International Law 18 (2019), 425 (428), Tz. 10.

<sup>266</sup>SDNY, *United States v. Zarrab*, Government's Memorandum of Law in Opposition to Defendant Reza Zarrab's Motion to Dismiss the Indictment and to Suppress the Evidence, 8.8.2016, S1 15 Cr. 867 (RMB), S. 3; vgl. Aber SDNY, *United States v. Zarrab*, Decision and Order, 15 Cr. 867, 17.10.2016, S. 19, in der das Gericht zwar bei der Beschreibung der Ziele von IIEPA (Fn. 44) und ITRSHR (Fn. 69) auch auf Irans Atomprogramm abstellt, dem aber zahlreiche andere außenpolitische Erwägungen voranstellt: „[...] Iran's sponsorship of international terrorism, Iran's frustration of the Middle East peace

<sup>267</sup>Vgl. Malakoutikhah, Studies in Conflict & Terrorism 43 (2020), 1 (1 ff.); Torbat, The World Economy 28 (2005), 407 (429 f.); Leemhuis (2018), Irans destruktive Regionalpolitik - Das unterschätzte Problem, Bundesakademie für Sicherheitspolitik, Arbeitspapier Sicherheitspolitik, Nr. 27/2018, [https://www.baks.bund.de/sites/baks010/files/arbeitspapier\\_sicherheitspolitik\\_2018\\_27.pdf](https://www.baks.bund.de/sites/baks010/files/arbeitspapier_sicherheitspolitik_2018_27.pdf) (letzter Zugriff: 02.08.2023).

<sup>268</sup>Terry, Washington International Law Journal 30 (2020), 1 (13).

<sup>269</sup>Emmenegger/Döbeli (Fn. 120), S. 231 ff. (250 f.); Terry, Washington International Law Journal 30 (2020), 1 (13); vgl. Meyer, University of Pennsylvania Journal of International Law 30 (2009), 905 (941): „[...] the threat to the United States occasioned by Nestlé's sales of chocolate to Iran is highly attenuated [...]“.

<sup>270</sup>Bowman, Marquette Law Review 97 (2014), 599 (663); Emmenegger/Döbeli (Fn. 120), S. 251; Meyer, University of Pennsylvania Journal of International Law 30 (2009), 905 (940 f.); Rensmann (Fn. 14), S. 110; ähnlich Alexander, Washington and Lee Law Review 54 (1997), 1601 (1616 f.); siehe auch Ryngaert, Chinese Journal of International Law 7 (2008), 625 (650 f.), Tz. 60, der die Anwendung des Schutzprinzips im Fall des INPA (Fn. 67) bejaht, da dieser tatsächlich den Handel mit Massenvernichtungswaffen bzw. Waren zu deren Herstellung betrifft.

<sup>271</sup>Vgl. Sachs/Neubert, EuZW 2021, 241 (243) mwN.

<sup>272</sup>Vgl. Sec. 2(2) PEESA (Fn. 79): „[...] the Government of Russia pursues a strategy to make European countries dependent on Russia for energy supplies, so as to increase this political leverage; [...]“.

<sup>273</sup>Sachs/Neubert, EuZW 2021, 241 (243) mwN.

<sup>274</sup>Akehurst, BYIL 46 (1972-1973), 145 (159).



*political independence of other countries.*<sup>275</sup> Zudem würde sich die Jurisdiktionsübung unter dem Schutzprinzip bei einer solch weiten Auslegung an eine universelle Jurisdiktionsannahme annähern.<sup>276</sup> Die Gesetzesbegründung des PEESA erscheint daher „pretextual at best“<sup>277</sup>.

Auch im CAATSA beriefen sich die USA darauf, der Ukraine und anderen europäischen Staaten dabei helfen zu wollen, deren Abhängigkeit von russischen Rohstoffen für die Energiegewinnung zu verringern – insbesondere vom Gas, das die russische Regierung als Waffe nutze, um andere Staaten unter Druck zu setzen, einzuschüchtern und zu beeinflussen.<sup>278</sup> Die USA warnten vor den „*detrimental impacts on the European Union’s energy security, gas market development in Central and Eastern Europe, and energy reforms in Ukraine*“<sup>279</sup>. Dass die USA ihr Gesetz auf „*help*“<sup>280</sup> und „*support*“<sup>281</sup> für die Ukraine und die europäischen Staaten stützen wollen, lässt an eine Anwendung des Schutzprinzips denken. Jedoch sind auch hier nicht die Sicherheitsinteressen der USA, sondern die anderer Staaten betroffen. Eine „Hilfe“ im Sinne eines Handelns als Weltpolizei<sup>282</sup> zum Schutz verbündeter Staaten rechtfertigt keine Anwendung des Schutzprinzips. Wer die Gesetzesbegründung zu Ende liest, erfährt den mutmaßlichen Hauptgrund für die Verhängung der US-Sekundärsanktionen in diesem Fall, nämlich den Schutz der eigenen außenpolitischen und wirtschaftlichen Interessen der USA im europäischen Markt: „[...] *the United States Government should prioritize the export of United States energy resources in order to create American jobs, help United States allies and partners, and strengthen United States foreign policy*“<sup>283</sup>. Diese Überlegungen sind „*blatantly irrelevant and illegal*“, da ökonomische Interessen nicht vom Schutzprinzip erfasst sind.<sup>284</sup> Auch reichen divergierende außenpolitische Vorstellungen nicht aus, um eine Anknüpfung nach dem Schutzprinzip herzustellen.<sup>285</sup> Die ungeschickte Argumentation des CAATSA lässt erkennen, dass die Sekundärsanktionen (zumindest in diesem Gesetz, vielleicht auch allgemein) in Wirklichkeit nicht vom Völkergewohnheitsrecht anerkannte Sicherheitsinteressen schützen sollen, sondern vielmehr zur Durchsetzung der eigenen außenpolitischen und wirtschaftlichen Interessen dienen. Auch EO 14024, auf die die bisherigen Sekundärsanktionen im Zusammenhang mit dem Krieg Russlands in der Ukraine gestützt werden, zeichnet ein gemischtes Bild: Sofern Sekundärsanktionen

aufgrund von konkreten Bedrohungen für die USA selbst („*interference in a United States [...] government election*“<sup>286</sup> oder „*actions or policies that undermine democratic processes or institutions in the United States [...]*“<sup>287</sup>) erlassen werden, können sie durchaus vom Schutzprinzip erfasst sein. Wenn die USA diesen Schutz jedoch auf die Sicherheitsinteressen anderer Staaten ausweiten wollen („*interference in a United States or other foreign government election*“<sup>288</sup> oder „*actions or policies that undermine democratic processes or institutions in the United States or abroad*“<sup>289</sup>), geht dies zu weit. Daher ist auch EO 14024 insgesamt zu weit gefasst.

Im Ergebnis kann das Schutzprinzip nur solche Sekundärsanktionen rechtfertigen, die sich direkt auf den Schutz der nationalen Sicherheit beziehen, d.h. etwa Transaktionen verbieten, die konkret das iranische Atomprogramm unterstützen.<sup>290</sup> Davon ist die derzeitige Praxis weit entfernt.

e) *Zwischenergebnis* Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass sich weitergehende Sekundärsanktionen weder durch das Territorialitätsprinzip noch durch das aktive oder passive Personalitätsprinzip oder das Schutzprinzip rechtfertigen lassen. In engen Ausnahmefällen könnte höchstens das Schutzprinzip als Begründung herhalten.

## II. Ergebnis

Sekundärsanktionen in Gestalt von Zugangsbeschränkungen sind in der Regel rechtmäßig, da sie vom Territorialitätsprinzip erfasst sind. Weitergehende Sanktionen hingegen können nicht auf anerkannte Jurisdiktionsprinzipien gestützt werden. Sie sind daher völkerrechtswidrig und verstoßen gegen das Interventionsverbot.<sup>291</sup>

## F. Fazit

Abschließend lässt sich festhalten, dass Sekundärsanktionen selbst Jahrzehnte nach ihrer erstmaligen Verwendung überaus kontrovers diskutiert werden. Sie haben tiefe Furchen in den transatlantischen Beziehungen hinterlassen. Der Blick in die Historie hat gezeigt, dass amerikanische Alleingänge durch Sekundärsanktionen keine Erfindung Donald Trumps sind, sondern jahrzehntelange Tradition haben. Allerdings haben die politischen Entscheidungen der Trump-Ära in diesem Bereich, etwa die Aktivierung des Title III LIBERTAD und der Ausstieg aus dem JCPOA, bestehende Kompromisse in Frage gestellt – ein schwerer Rückschlag.<sup>292</sup>

Zugangsbeschränkungen werden vom Territorialitätsprinzip erfasst und sind nach dem Recht der Jurisdiktionszulässig. US-Sekundärsanktionen, die über bloße Zugangsbeschränkungen hinausgehen, lassen sich hingegen nicht durch eine Anknüpfung an die völkergewohnheitsrechtlichen Jurisdiktionsprinzipien rechtfertigen.

<sup>275</sup>Akehrst, BYIL 46 (1972-1973), 145 (159).

<sup>276</sup>Akehrst, BYIL 46 (1972-1973), 145 (159).

<sup>277</sup>Malherbe, New York University Journal of International Law and Politics 53 (2021), 1017 (1028).

<sup>278</sup>Sec. 257(a)(7) CAATSA (Fn. 78), 22 USC § 9546(a)(7).

<sup>279</sup>Sec. 257(a)(9) CAATSA (Fn. 78), 22 USC § 9546(a)(9).

<sup>280</sup>Sec. 257(a)(7) CAATSA (Fn. 78), 22 USC § 9546(a)(7).

<sup>281</sup>Sec. 257(a)(1) und (6) CAATSA (Fn. 78), 22 USC § 9546(a)(1) und (6).

<sup>282</sup>Vgl. Lowe, The International and Comparative Law Quarterly 46 (1997), 378 (386); siehe auch Rensmann (Fn. 14), S. 111.

<sup>283</sup>Sec. 257(a)(9) CAATSA (Fn. 78), 22 USC § 9546(a)(10).

<sup>284</sup>Malherbe, New York University Journal of International Law and Politics 53 (2021), 1017 (1029).

<sup>285</sup>Sensor-Fall (Fn. 116), 66, (72) unter 7.3.3; Malherbe, New York University Journal of International Law and Politics 53 (2021), 1017 (1029); Terry, Washington International Law Journal 30 (2020), 1 (12 f.); Terry, Global Trade and Customs Journal 17 (2022), 370 (374); siehe auch Dziggel, Towson University Journal of International Affairs 50 (2016), 129 (144 f.).

<sup>286</sup>Sec 2 iVm Sec. 1(a)(i)(B) EO 14024 (Fn. 86).

<sup>287</sup>Sec 2 iVm Sec. 1(a)(i)(C) EO 14024 (Fn. 86).

<sup>288</sup>Sec 2 iVm Sec. 1(a)(i)(B) EO 14024 (Fn. 86).

<sup>289</sup>Sec 2 iVm Sec. 1(a)(i)(C) EO 14024 (Fn. 86).

<sup>290</sup>Emmenegger/Döbeli (Fn. 120), S. 231 ff. (251).

<sup>291</sup>Vgl. Hoff (Fn. 20), S. 172.

<sup>292</sup>Vgl. Nephew (2020), Implementation of Sanctions: United States, in Asada (Fn. 31), S. 93 ff. (110); siehe auch Ghodoosi, George Washington International Law Review 51 (2019), 661 (668).



Für die Zukunft bleibt zu hoffen, dass die Staaten gemeinsame politische Lösungen finden werden.<sup>293</sup> Der Versuch der USA, andere Staaten über extraterritoriale Anwendung des nationalen Rechts unter Ausnutzung einer wirtschaftlichen Vormachtstellung zur Übernahme der eigenen Außenpolitik zu drängen, ist inakzeptabel. Die Devise muss sein: Multilateralismus auf Augenhöhe statt Druck auf Verbündete.

---

<sup>293</sup>Vgl. Terry, *Washington International Law Journal* 30 (2020), 1 (27); ähnlich Dahinden/Portmann in *NZZ* v. 04.01.2016, <https://www.nzz.ch/meinung/debatte/extraterritorialitaet-des-amerikanischen-rechts-ld.93195?reduced=true> (letzter Zugriff: 19.04.2023): „Das Insistieren auf einem funktionierenden Multilateralismus wird zwar kurzfristig extraterritoriale Wirkungen des US-Rechts nicht abwenden können, langfristig ist es aber die einzige Antwort.“

# Regimewechsel zur effizienteren Ausgestaltung von Planungs- und Genehmigungsverfahren?

## Die fortwährende Konkurrenzsituation zwischen Planfeststellung und immissionsschutzrechtlicher Genehmigung

Schäfer, Rebecca\*

### ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Beitrag setzt sich grundlegend mit den Funktionen der Planfeststellung auseinander. Dabei wird die Annäherung des Rechtsinstruments an die immissionsschutzrechtliche Genehmigung beschrieben und untersucht, ob sich diese beiden Zulassungsregime gegenwärtig noch in einer Konkurrenzsituation befinden oder ob ein flexibler Austausch derselben möglich ist. Eine funktionelle und strukturelle Gegenüberstellung der beiden Institute bestätigt das Fortwähren gewisser Unterschiede, die auf die jeweilige idealtypische Konstruktion zurückzuführen sind. Planfeststellung und immissionsschutzrechtliche Genehmigung befriedigen somit grundsätzlich verschiedene sachliche Bedürfnisse, die es bei etwaigen Regimewechseln zu berücksichtigen gilt.

**Keywords** Planfeststellung; Planfeststellungsverfahren; Immissionsschutzrechtliche Genehmigung; Energiewende; Verwaltungsrecht; Immissionsschutzrecht

### A. Einleitung

Die Verbesserung und effizientere Ausgestaltung von Planungs- und Genehmigungsverfahren ist im aktuellen Koalitionsvertrag als grundlegendes politisches Ziel zur Modernisierung der Bundesrepublik definiert.<sup>1</sup> Diese Zielsetzung ist vor allem vor dem Hintergrund der zu bewältigenden Energie- und Verkehrswende von hoher Brisanz. Denn für ein Gelingen der Energie- und Verkehrswende ist eine effiziente Umsetzung gewisser Vorhaben im Bereich der öffentlichen Infrastruktur unabdingbar. Dabei verfügt der Gesetzgeber über verschiedene Stellschrauben zur Erreichung dieses Ziels.<sup>2</sup> Eine wenn auch zunächst recht radikal anmutende Möglichkeit stellt der Wechsel des Zulassungsregimes dar. Dass dieser Gedanke nicht aus der Luft gegriffen ist, zeigte zuletzt der Diskurs über den Ausbau der Windenergie an Land. Windenergieanlagen an Land unterliegen in der Regel der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung,<sup>3</sup> wobei sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 BauGB richtet. Dieses Planungs- und Zulassungsregime wurde vermehrt als unzureichend und ausbauhemmend kritisiert.<sup>4</sup> Zur effizienteren Durchsetzung von Windenergieanlagen an Land wurde insbesondere vorgeschlagen, die immissionsschutzrechtliche Genehmigung durch ein Planfeststellungsverfahren zu ersetzen.<sup>5</sup> Auch wenn dieser Forderung im Rahmen der Reform des Windenergieanlagenausbaus letztlich nicht nachgekommen wurde,<sup>6</sup> vermag sie dennoch die Illusion einer theoretisch problemfreien Austauschbarkeit dieser Zulassungsinstrumente hervorzurufen.

In ihrer Idealtypik unterscheiden sich Planfeststellung und immissionsschutzrechtliche Genehmigung wesentlich voneinander. In der Literatur wird jedoch zunehmend eine Annäherungstendenz beider Rechtsinstitute beobachtet.<sup>7</sup> Deshalb stellt sich die Frage, ob sich Planfeststellung

und immissionsschutzrechtliche Genehmigung überhaupt noch in einer Konkurrenzsituation befinden oder ob ihre

\*Die Autorin ist Rechtsreferendarin am Landgericht Hanau und ehemalige Studentin der Goethe-Universität Frankfurt am Main.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Schäfer, Regimewechsel zur effizienteren Ausgestaltung von Planungs- und Genehmigungsverfahren? - Die fortwährende Konkurrenzsituation zwischen Planfeststellung und immissionsschutzrechtlicher Genehmigung, FraLR 2023 (02), 91-97. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.74685>

<sup>1</sup>SPD/BÜNDNIS 90/Die Grünen/FDP, Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021-2025, S. 12, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/1f422c60505b6a88f8f3b3b5b8720bd4/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 28.06.2023).

<sup>2</sup>Denkbar sind beispielsweise die Ausweitung der Möglichkeiten der Öffentlichkeitsbeteiligung oder der Genehmigungsfiktionen bei der Beteiligung weiterer Behörden, vgl. SPD/BÜNDNIS 90/Die Grünen/FDP, Koalitionsvertrag 2021-2025, S. 13.

<sup>3</sup>Dies ist gem. Anhang 1 Ziff. 1.6 der 4. BImSchV der Fall, wenn sie eine Gesamthöhe von mehr als 50 Metern aufweisen.

<sup>4</sup>Siehe beispielsweise Rodi, ZUR 2017, 658; Kümper, DVBl 2021, 1591; Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten, NVwZ 2022, 512.

<sup>5</sup>Hierfür plädierend Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten, NVwZ 2022, 512; Kümper, DÖV 2021, 1056; Rodi, ZUR 2017, 658 (662).

<sup>6</sup>Das Recht des Ausbaus der Windenergie an Land wurde durch das Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (BGBl. I 2022, S. 1353) reformiert. Danach erfolgte kein grundsätzlicher Regimewechsel der Zulassungs- und Planungsinstrumente, sondern es wurden verbindliche Flächenbeitragswerte für die Länder festgelegt, die diese durch Landesgesetz oder Raumordnungsziele umzusetzen haben.

<sup>7</sup>Kloepfer (2016), Umweltrecht, 4. Aufl., § 5 Rn. 142 ff.; Sendlar, FS Schlichter, 1995, 55 (83 f.); Ipsen, VVDStRL Bd. 48, S. 183.

Grenzen nicht derart fließend ineinander übergehen, dass sie ohne Weiteres austauschbar sind. Dies gilt umso mehr als angesichts der Energie- und Verkehrswende – und insbesondere mit beispielhaftem Blick auf die Entwicklung des § 43 EnWG – mit einer Ausdehnung des Anwendungsbereiches der Planfeststellung zu rechnen ist.<sup>8</sup> Dieser Beitrag untersucht daher vor allem in Bezug auf künftige Reformverschlüsse zur Erhöhung der Effizienz von Planungs- und Genehmigungsverfahren, ob sich eine Konvergenz zwischen Planfeststellung und immissionsschutzrechtlicher Genehmigung feststellen lässt oder ob nicht trotz etwaiger Annäherungstendenzen weiterhin Unterschiede zwischen den beiden Rechtsinstituten bestehen, die es in zukünftigen Debatten um entsprechende Zulassungsregimewechsel zu berücksichtigen gilt.

## B. Die Rechtsinstrumente in ihrer Idealtypik

Einführend werden zunächst die idealtypischen Merkmale der beiden Zulassungsinstrumente dargestellt und deren im Ausgangspunkt bestehenden Unterschiede aufgezeigt.

### I. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach §§ 4, 6 BImSchG

Nach § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG bedürfen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen, die aufgrund ihrer Beschaffenheit oder ihres Betriebs geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen oder in anderer Weise die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft zu gefährden oder erheblich zu belästigen, einer Genehmigung. Diese Genehmigungsbedürftigkeit zielt darauf, bestimmte im Anhang der 4. BImSchV genannte Vorhaben<sup>9</sup> angesichts der von ihnen ausgehenden Gefahren vor ihrer Verwirklichung einer präventiven Kontrolle zu unterziehen.<sup>10</sup>

Hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit von Anlagen im Immissionsschutzrecht bestimmt § 6 Abs. 1 BImSchG, dass die Genehmigung zu erteilen ist, wenn sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BImSchG und aufgrund des § 7 BImSchG ergebenden Pflichten erfüllt werden, und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb nicht entgegenstehen. Ausgehend von diesem eindeutigen Wortlaut handelt es sich bei §§ 4, 6 BImSchG um eine gebundene Entscheidung.<sup>11</sup> Daher besteht seitens des Antragsstellers, sofern die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 BImSchG vorliegen, ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung.<sup>12</sup> Dies ist nach herrschender Meinung die Konsequenz daraus, dass das Verwirklichungsverbot des § 4 BImSchG bei Nichtvorliegen von Versagungsgründen einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die grundrechtlich geschützte Handlungsfreiheit darstellt, sodass die Genehmigung dem Antragsteller letztlich nur das gewährt, was ihm grundrechtlich ohnehin gebührt.<sup>13</sup> Folglich obliegt der Behörde beispielsweise keine Kompetenz zur Prüfung möglicher Alternativen in Bezug auf Standort und Kapazität des Vorhabens.<sup>14</sup> Zudem findet aufgrund der Abwägungsresistenz kein Interessenausgleich statt,<sup>15</sup> sodass entgegenstehende Rechte Dritter für die Genehmigungserteilung unüberwindbare Positionen darstellen.<sup>16</sup>

## II. Die Planfeststellung

Die Planfeststellung ist ein besonderes Verwaltungsverfahren, das speziell in einzelnen Fachgesetzen und allgemein in den §§ 72 ff. VwVfG, bzw. in den entsprechenden Vorschriften der Landesverwaltungsverfahrensgesetze einfachgesetzlich ausgestaltet ist.<sup>17</sup>

*1. Die Planfeststellung als zentrales Instrument der Fachplanung* Die Fachplanung befasst sich ausgehend von Einzelinteressen, wie dem Verkehrswegebau oder der Energiewirtschaft, mit der Planung raumbedeutsamer Einzelvorhaben,<sup>18</sup> sodass ihr eine projektbezogene Verortungsaufgabe zukommt.<sup>19</sup> Ihrem Aufgabenbereich unterfällt z.B. die Planung von Straßen, Eisenbahnlinien und Hochspannungsfreileitungen.<sup>20</sup> Die Planfeststellung stellt dabei das verwaltungsrechtliche Verfahren zur Zulassung dieser Vorhaben dar.<sup>21</sup>

Idealtypisch handelt es sich um Vorhaben, die der Versorgung der Allgemeinheit mit Infrastruktureinrichtungen dienen,<sup>22</sup> sodass regelmäßig ein öffentliches Interesse im Vordergrund steht.<sup>23</sup> Daher sind die Vorhabenträger klassischerweise juristische Personen des öffentlichen Rechts.<sup>24</sup> Mit dem öffentlichen Interesse der Vorhaben korreliert ein besonderes Durchführungsinteresse, das darin sichtbar wird, dass gemäß § 38 S. 1 BauGB die bauplanungsrechtlichen Vorschriften der §§ 29-37 BauGB keine Anwendung finden, sofern es sich um ein planfeststellungsbedürftiges Vorhaben mit überörtlicher Bedeutung handelt (sog. Fachplanungsprivileg).<sup>25</sup> Die privilegierte Fachplanung unterliegt also nur den fachplanerischen

<sup>8</sup>Die kontinuierliche Ausdehnung der energierechtlichen Planfeststellung ist ein Entwicklungstrend, der sich in § 43 EnWG niederschlägt. Ausführlich zur Änderungsgeschichte des § 43 EnWG Hermes/Kupfer in Bourwieg/Hellermann/Hermes EnWG, § 43 Rn. 5 ff.

<sup>9</sup>Dazu Sellner/Reidt/Ohms (2006), Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl., S. 14 ff.

<sup>10</sup>Schmidt-Kötters in Giesberts/Reinhardt BeckOK Umweltrecht, BImSchG, § 4 Rn. 7.

<sup>11</sup>BT-Drs. 7/179, S. 31; BVerwGE 97, 143 (149).

<sup>12</sup>Jarass, BImSchG, § 6 Rn. 45; BVerwG NVwZ 2007, 1086.

<sup>13</sup>BVerfGE 20, 150 (155); Maurer/Waldhoff (2020), Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., § 9 Rn. 53; a.A. ist bspw. Schröder, nach dem sich das subjektive Recht auf Verwirklichung eines Vorhabens erst aus der Genehmigung ergebe, Schröder (2016), Genehmigungsverwaltungsrecht, S. 65.

<sup>14</sup>VGH München NVwZ-RR 2006, 456 (457).

<sup>15</sup>Enders in Giesberts/Reinhardt BeckOK Umweltrecht, BImSchG, § 6 Rn. 2.

<sup>16</sup>Schlarmann, FS Hoppe, 2000, 837 (844).

<sup>17</sup>Hermes in Hermes/Reimer (2019), Landesrecht Hessen, 9. Aufl., § 6 Rn. 58.

<sup>18</sup>Ibler (1988), Schranken planerischer Gestaltungsfreiheit im Planfeststellungsrecht, S. 22.

<sup>19</sup>Durner/Greiving/Reitzig in Akademie für Raumforschung und Landesplanung (2011), Grundriss der Raumordnung und der Raumentwicklung, S. 385 f.

<sup>20</sup>Stier/Probstfeld (2016), Die Planfeststellung, 2. Aufl., Rn. 1.

<sup>21</sup>Steinberg/Wickel/Müller (2012), Fachplanung, 4. Aufl., § 1 Rn. 1.

<sup>22</sup>Durner/Greiving/Reitzig, in Akademie für Raumforschung und Landesplanung (2011), Grundriss der Raumordnung, S. 388 ff.

<sup>23</sup>Es gibt zwar auch privatnützige Planfeststellungen, diese sind jedoch der Ausnahmefall und somit nicht idealtypisch, Steinberg/Wickel/Müller (2012), Fachplanung, 4. Aufl., § 1 Rn. 24 ff.

<sup>24</sup>Wahl, DVBl 1982, 51 (53 f.).

<sup>25</sup>Runkel in Ernst/Zinkahn/Bielenberg BauGB, § 38 Rn. 1.

Vorschriften und genießt insoweit gegenüber der Bauleitplanung Vorrang.<sup>26</sup> Durch die Planfeststellung wird folglich eine eigene Raumnutzungsentscheidung getroffen.<sup>27</sup> Das bedeutet, dass durch die Planfeststellung nicht nur die Anlagenzulassung erfolgt, sondern das Vorhaben zugleich räumlich verortet wird, ohne dass es vorgelagerter Planungsentscheidungen der gemeindlichen Bauleitplanung bedarf. Hierin werden die planungsrechtlichen Elemente der Planfeststellung im Sinne einer staatlichen Lenkung der Raumnutzung durch präventive Interessenkoordination deutlich.

Bei ihrer Entscheidung obliegt der Behörde eine planerische Gestaltungsfreiheit, die auch als Planungsermessen bezeichnet wird. Dieses Planungsermessen erstreckt sich auf alle mit dem Vorhaben verbundenen Belange, sodass die Behörde im Rahmen der bestehenden Schranken<sup>28</sup> eine umfassende Bewertung und Gewichtung sämtlicher Interessen vorzunehmen hat.<sup>29</sup> Zudem ist die Behörde dazu verpflichtet, etwaige Alternativen bezüglich des Standortes und der Dimension des Vorhabens zu überprüfen.<sup>30</sup> Am Ende des Prozesses steht der Planfeststellungsbeschluss, der das Entscheidungsergebnis der umfassenden Abwägung enthält und das Verfahren in Form eines rechtsgestaltenden Verwaltungsaktes abschließt.<sup>31</sup>

## 2. Die rechtlichen Wirkungen des Planfeststellungsbeschlusses

a) *Genehmigungswirkung* Mit der Festlegung der Planfeststellungsbedürftigkeit eines Vorhabens geht das Verbot einher, das Vorhaben ohne Planfeststellung zu realisieren.<sup>32</sup> Der Planfeststellungsbeschluss bewirkt nach § 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VwVfG, dass die Zulässigkeit des Vorhabens einschließlich der notwendigen Folgemaßnahmen an anderen Anlagen im Hinblick auf alle von ihm berührten öffentlichen Belange festgestellt wird. Dadurch wird jenes vorherige Handlungsverbot aufgehoben<sup>33</sup> und dem Vorhabenträger die Ausführung seines Vorhabens freigegeben. Die Planfeststellung entfaltet also eine genehmigende Wirkung.<sup>34</sup> Der Vorhabenträger hat jedoch aufgrund der Ausgestaltung der Planfeststellung als planerische Abwägungsentscheidung keinen Anspruch auf Erlass eines Planfeststellungsbeschlusses.<sup>35</sup> Im Gegensatz zu gebundenen Entscheidungen obliegt der Behörde ein Entscheidungsspielraum, sodass lediglich ein Anspruch auf fehlerfreie Abwägung besteht.<sup>36</sup>

b) *Konzentrationswirkung* Zudem bestimmt § 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 VwVfG, dass neben der Planfeststellung andere behördliche Entscheidungen<sup>37</sup> nicht erforderlich sind. Folglich wird durch den Planfeststellungsbeschluss eine umfassende Entscheidung bezüglich der Zulässigkeit des Vorhabens getroffen.<sup>38</sup> Dabei handelt es sich nur um eine Konzentration im formellen Sinne.<sup>39</sup> Das bedeutet, Wahrnehmungszuständigkeit, Verfahrensdurchführung und Entscheidungsbefugnis von den Behörden, deren Entscheidungen nicht erforderlich sind, werden sachlich auf die Planfeststellungsbehörde verlagert.<sup>40</sup> Anders als dies zum Teil früher vertreten wurde,<sup>41</sup> ist damit keine materielle Konzentrationswirkung verbunden, sodass die Planfeststellungsbehörde an das gesamte materielle Recht gebunden ist.<sup>42</sup>

c) *Gestaltungs- und Duldungswirkung* Weiterhin entfaltet der Planfeststellungsbeschluss, insofern als er nach

§ 75 Abs. 1 S. 2 VwVfG alle öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen dem Vorhabenträger und den durch den Plan Betroffenen rechtsgestaltend regelt, eine Gestaltungswirkung.<sup>43</sup> Hiermit geht eine umfassende Bestimmung aller Rechte und Pflichten der entsprechenden Personen im Hinblick auf alle öffentlichen Belange einher.<sup>44</sup> Die Unanfechtbarkeit des Planfeststellungsbeschlusses hat zudem im Sinne einer Duldungswirkung gemäß § 75 Abs. 2 S. 1 VwVfG den Ausschluss von Ansprüchen auf Unterlassung des Vorhabens, auf Beseitigung oder Änderung der Anlagen oder auf Unterlassung ihrer Benutzung zur Folge. Das heißt, die von der Planfeststellung Betroffenen haben das Vorhaben zu dulden.<sup>45</sup>

d) *Enteignungsrechtliche Vorwirkung* Die Eigentumsverhältnisse an den für das Vorhaben benötigten Grundstücken werden durch den Planfeststellungsbeschluss nicht unmittelbar berührt.<sup>46</sup> Dennoch kann der Planfeststellungsbeschluss, sofern dies ausdrücklich normiert ist, eine enteignungsrechtliche Vorwirkung entfalten.<sup>47</sup> Das bedeutet, dass die Enteignungsbehörde im Rahmen des Enteignungsverfahrens den festgestellten Plan zugrunde zu legen hat und an dessen Inhalt gebunden ist, also die Enteignung der Grundstücke, die nach dem Plan für das Vorhaben erforderlich sind, als dem Allgemeinwohl dienend und somit als zulässig im Sinne des Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG angesehen wird.<sup>48</sup> Daher entscheidet bereits der Planfeststellungsbeschluss die Frage nach dem „ob“

<sup>26</sup>Reidt in Battis/Krautzberger/Löhr BauGB, § 38 Rn. 7.

<sup>27</sup>Paetow, FS Schlichter, 1995, 499 (503). Hermes in Hermes/Reimer (2019) Landesrecht Hessen, § 6 Rn. 58 spricht deshalb davon, dass die Planfeststellung „die Funktion des Bebauungsplans und diejenige der Baugenehmigung“ erfülle.

<sup>28</sup>Dazu Ibler (1988), Schranken planerischer Gestaltungsfreiheit im Planfeststellungsrecht, S. 128 ff.

<sup>29</sup>Stüer (2015), Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl., Rn. 4927.

<sup>30</sup>BVerwGE 100, 238 (249 f.); Ziekow in Ziekow (2014), Handbuch des Fachplanungsrechts, 2. Aufl., § 6 Rn. 41 ff.

<sup>31</sup>Neumann/Külpmann in Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG, § 74 Rn. 17 ff.

<sup>32</sup>BVerwG, Urt. v. 22.02.1980 – IV C 24.77 – juris, Rn. 23.

<sup>33</sup>Kämper in Bader/Ronellenfitsch BeckOK VwVfG, § 75 Rn. 2.

<sup>34</sup>Kloepfer (2016), Umweltrecht, 4. Aufl., § 5 Rn. 142 f.

<sup>35</sup>BVerwGE 97, 143 (148); Kühling (1988), Fachplanungsrecht, Rn. 482. Ausnahmen hiervon stellen wiederum die bergrechtliche und die atomrechtliche Planfeststellung dar.

<sup>36</sup>BVerwGE 97, 143 (149).

<sup>37</sup>Siehe hierzu § 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 VwVfG.

<sup>38</sup>Kupfer in Schoch/Schneider VwVfG, § 75 Rn. 29.

<sup>39</sup>BVerwGE 125, 116 (278); Stüer/Probstfeld (2016), Die Planfeststellung, 2. Aufl., Rn. 388.

<sup>40</sup>Fischer in Ziekow (2014), Handbuch des Fachplanungsrechts, 2. Aufl., § 3 Rn. 172.

<sup>41</sup>Kühling (1988), Fachplanungsrecht, Rn. 338, m.w.N.

<sup>42</sup>BVerwGE 125, 116 (278); Kämper in Bader/Ronellenfitsch BeckOK VwVfG, § 75 Rn. 5.

<sup>43</sup>Ule/Laubinger (1995), Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., § 41 Rn. 23.

<sup>44</sup>Neumann/Külpmann in Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG, § 75 Rn. 20.

<sup>45</sup>BVerwGE 91, 17 (21), m.w.N.

<sup>46</sup>BGH NVwZ 2004, 377 (378); Jarass, DVBl 2006, 1329 (1330).

<sup>47</sup>Ule/Laubinger (1995), Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., § 41 Rn. 23.

<sup>48</sup>BVerfGE 45, 297 (320); Jarass, DVBl 2006, 1329 (1330).



dieser Enteignungen, sodass im Enteignungsverfahren lediglich Raum für Bestimmungen über Art und Höhe der Entschädigung bleibt.<sup>49</sup>

### III. Zwischenergebnis

Die Planfeststellung ist also zunächst funktionell ein Instrument der Anlagenzulassung und ermöglicht wie die immissionsschutzrechtliche Genehmigung eine verwaltungsrechtliche Präventivkontrolle bestimmter Vorhaben. Im Unterschied zu dieser als gebundene Entscheidung ausgestalteten Genehmigung obliegt der Behörde bei der Planfeststellung allerdings eine planerische Gestaltungsfreiheit, die sie zur Abwägung sämtlicher durch das Vorhaben betroffener Interessen ermächtigt. Hierdurch trifft sie neben der Freigabe des Vorhabens zugleich eine eigene Raumnutzungsentscheidung, während die Frage der Raumnutzung bei der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung in vorgelagerten Planungsentscheidungen beurteilt wird.<sup>50</sup> Diese unterschiedliche strukturelle Ausgestaltung hat ihren Grund in der differentiellen Ausgangslage der Rechtsinstitute; während die immissionsschutzrechtliche Genehmigung auf die Wiederherstellung ursprünglich zu Gefahrenabwehrzwecken eingeschränkter grundrechtlicher Freiheiten gerichtet ist, soll mit der Planfeststellung durch staatliche Lenkung die Versorgung mit gemeinwohldienlichen Vorhaben erreicht werden. Das führt dazu, dass der Antragsteller einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einen Anspruch auf Erteilung derselben hat, wohingegen der Vorhabenträger im Planfeststellungsverfahren lediglich verlangen kann, dass die Behörde ihre Entscheidung abwägungsfehlerfrei trifft. Somit stellen Rechtspositionen Dritter bei der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung unüberwindbare Positionen dar, während die Planfeststellung aufgrund der Abwägung die Möglichkeit eröffnet, einzelne Interessen vor- und zurückzustellen.

## C. Die Annäherung von Planfeststellung und immissionsschutzrechtlicher Genehmigung als Tendenzbeobachtung

Trotz dieser idealtypisch zwischen immissionsschutzrechtlicher Genehmigung und Planfeststellung bestehenden Unterschiede wird, wie bereits erwähnt, im rechtswissenschaftlichen Diskurs eine Annäherung bzw. sogar Konvergenz<sup>51</sup> beider Institute beobachtet.<sup>52</sup> Im folgenden Abschnitt werden daher die vermeintlich für eine fortschreitende Annäherung ursächlichen Umstände aufgezeigt.

### I. Zunahme genehmigungstypischer Elemente im Rahmen der Planfeststellung

Die Planfeststellung zeichnet sich in Abgrenzung zur Genehmigung dadurch aus, dass sie eine planerische Gestaltungsfreiheit voraussetzt. Unabhängig von etwaigen Entwicklungstendenzen wird jedoch bereits mit Blick auf den Umfang dieses Entscheidungsfreiraums die Einordnung der Planfeststellung als Planungsentscheidung vermehrt in Zweifel gezogen.<sup>53</sup> Zentraler Gegenstand der Kritik ist hierbei die „Verteilung der Planungskompetenzen“<sup>54</sup> im Vergleich zur Bauleitplanung. Während die Gemeinden im

Rahmen der Bauleitplanung eine eigenständige Planung vornehmen, sei die Planfeststellungsbehörde in vielerlei Hinsicht abhängig von der Planung des Vorhabenträgers; letzterer initiiert das Vorhaben und trifft die Vorentscheidungen bezüglich des Standortes sowie der Dimension desselben.<sup>55</sup> Die Behörde könne weder aus eigener Initiative heraus planerisch tätig werden noch ihre eigene Planung an die Stelle der des Vorhabenträgers setzen. Ihre Kompetenz sei auf ein abwägendes Nachvollziehen der Planung des Vorhabenträgers beschränkt.<sup>56</sup> Zwar greift vor allem mit Blick auf die in der Praxis herrschende enge Zusammenarbeit zwischen Vorhabenträger und Planfeststellungsbehörde<sup>57</sup> eine derartige Kompetenzbeschränkung meines Erachtens zu weit, doch lässt sich nicht leugnen, dass diese Umstände die planerische Gestaltungsfreiheit der Planfeststellungsbehörde im Vergleich zur Situation in der Bauleitplanung von vorneherein in gewissem Maße begrenzen.<sup>58</sup>

In der Literatur wird zudem konstatiert, dass die ohnehin bestehende Einengung der planerischen Gestaltungsfreiheit durch weitere Umstände, wie etwa die Zunahme an im Planfeststellungsverfahren zwingend zu beachtenden materiellrechtlichen Vorgaben, verstärkt werde.<sup>59</sup> Daneben lasse sich vor allem bei umweltrechtlichen Planfeststellungen ein Trend zur Verschiebung abwägungsrelevanter Belange in tatbestandliche Allgemeinwohlklauseln feststellen.<sup>60</sup> Durch die damit einhergehende Ausweitung der tatbestandlichen Zulassungsvoraussetzungen würden der eigentlichen Abwägung wesentliche Aspekte entzogen.<sup>61</sup> Schließlich trage auch die Verlagerung der Bedarfsfeststellung auf die Ebene der Legislative zu einer weiteren Verkürzung der planfeststellungsbehördlichen

<sup>49</sup>Neumann/Külpmann in Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG, § 75 Rn. 28.

<sup>50</sup>Nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG ist die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung insbesondere von der Einhaltung der bauleitplanungsrechtlichen Vorschriften, also bspw. den Festsetzungen eines Bebauungsplans abhängig, Sellner/Reidt/Ohms (2006), Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl., S. 73 ff.

<sup>51</sup>Steinberg/Wickel/Müller (2012), Fachplanung, 4. Aufl., § 1 Rn. 8, m.w.N.

<sup>52</sup>Allgemein zur Annäherung von Planfeststellung und Genehmigung Ipsen, VVDStRL Bd. 48, S. 183 f.; Kloepfer (2016), Umweltrecht, 4. Aufl., § 5 Rn. 142 ff.; Steinberg/Wickel/Müller (2012), Fachplanung, 4. Aufl., § 1 Rn. 8. Speziell die immissionsschutzrechtliche Genehmigung betreffend Sandler, FS Schlichter, 1995, 55 (83 f.); Arbeitskreis für Umweltrecht (1991), Gebundene Genehmigung oder Quasi-Planfeststellung?, S. 26 ff.; Keilich (2001), Das Recht der Änderung in der Fachplanung, S. 62 ff.

<sup>53</sup>Jarass (1997), Wirtschaftsverwaltungsrecht mit Verfassungsrecht, § 9 Rn. 6; Gaentzsch, FS Schlichter, 1995, 517 (519).

<sup>54</sup>Beckmann in Erbuth/Kluth (2012), Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle, S. 138.

<sup>55</sup>Wickel in Ehlers/Fehling/Pünder (2020), Besonderes Verwaltungsrecht II, 4. Aufl., § 39 Rn. 74; Beckmann in Erbuth/Kluth (2012), Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle, S. 139.

<sup>56</sup>Erbuth, DVBl 1992, 398 (403).

<sup>57</sup>Sandler, FS Schlichter, 1995, 55 (81).

<sup>58</sup>So auch Gaentzsch, FS Schlichter, 1995, 517 (525).

<sup>59</sup>Beckmann in Erbuth/Kluth (2012), Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle, S. 147.

<sup>60</sup>Wickel in Ehlers/Fehling/Pünder (2020), Besonderes Verwaltungsrecht II, 4. Aufl., § 39 Rn. 10; Wickel, ZUR 2011, 115 (118 f.).

<sup>61</sup>Diesbezüglich kann bspw. auf die abfallrechtliche Planfeststellung verwiesen werden, Wickel, ZUR 2011, 115 (119).

Befugnisse bei.<sup>62</sup> Im Ergebnis zielen alle diese Beobachtungen auf eine Zunahme der die planerische Gestaltungsfreiheit einschränkenden Umstände, wodurch sich die Planfeststellung vermeintlich der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als gebundener Entscheidung annähert.

## II. Zunahme planerischer Elemente im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung

Die beschriebene Entwicklung wird nicht nur einseitig wahrgenommen, sondern gleichzeitig wird eine entgegengesetzte Annäherung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung an die Planfeststellung beobachtet.<sup>63</sup> Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass auch gebundene Entscheidungen aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe einen behördlichen Beurteilungsspielraum eröffnen könnten, der „in erheblichem Umfang Prognosen und Bewertungen voraussetzen“<sup>64</sup> würde.<sup>65</sup> Beispielhaft könne auf die Zulassungsvoraussetzung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG verwiesen werden, wonach die Genehmigungserteilung eine durch Interessenabwägung<sup>66</sup> zu erzielende Sicherstellung des Nichtervorrufens von schädlichen Umwelteinwirkungen, sonstigen Gefahren, erheblichen Nachteilen und erheblichen Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft durch die Anlage bedinge.<sup>67</sup> Der hiermit korrelierende Ausgleich von verschiedenen Belangen gleiche zumindest qualitativ der abwägenden Auflösung eines Interessengeflechts.<sup>68</sup> Die Annäherungstendenz der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung an die Planfeststellung werde zudem durch das in § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG normierte Vorsorgeprinzip weiter verstärkt.<sup>69</sup> Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen eine „zukunftsorientierte Gesamtbetrachtung“<sup>70</sup> umweltrelevanter Belange erfordere.<sup>71</sup> Daneben werde die Annäherungstendenz am deutlichsten an der Umweltverträglichkeitsprüfung, die in den in der Anlage 1 zum UVPG aufgezählten Fällen durchzuführen ist, sichtbar.<sup>72</sup> Nach § 25 Abs. 1 S. 1 UVPG bewertet die zuständige Behörde die Umweltauswirkungen des Vorhabens im Hinblick auf eine wirksame Umweltvorsorge im Sinne des § 3 UVPG. Die entsprechende Prüfung setze eine Gesamtbewertung der von der Anlage ausgehenden umwelterheblichen Auswirkungen voraus, wodurch die immissionsschutzrechtliche Genehmigung qualitativ zu einer abwägungsähnlichen Entscheidung umgestaltet werde.<sup>73</sup>

## D. Planfeststellung und immissionsschutzrechtliche Genehmigung im funktionalen und strukturellen Vergleich

Der eben dargestellte vermeintliche Gleichlauf und die damit verbundene Möglichkeit zur beliebigen Austauschbarkeit der beiden Rechtsinstrumente wird nun im Folgenden kritisch hinterfragt. Dabei wird sich zunächst mit den im vorherigen Abschnitt dargestellten Annäherungsumständen auseinandergesetzt (dazu I.), bevor weitere Divergenzen hinsichtlich der Wirkungen der jeweiligen Entscheidungen herausgearbeitet werden (dazu II.).

## I. Die Reichweite der Prüfungskompetenzen - Administrative Entscheidungsfreiräume und gerichtliche Kontrolle

Die Annäherung der beiden Rechtsinstrumente wird primär mit der Beobachtung begründet, dass die behördlichen Entscheidungsfreiräume sich immer weiter aufeinander zubewegen würden. Bei genauerer Betrachtung stellen sich allerdings trotz gewisser, nicht zu leugnender Annäherungsentwicklungen fortwährend fundamentale Unterschiede heraus, die einer Konvergenz der Institute entgegenstehen.

1. *Quantitative Andersartigkeit* Hinsichtlich des Entscheidungsfreiraumes im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung kann anknüpfend an das genannte Beispiel des § 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG zunächst festgehalten werden, dass es sich bei dem Begriff der „Erheblichkeit“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der ausweislich der Gesetzesbegründung eine „Güterabwägung“ voraussetzen scheint.<sup>74</sup> Diese Bezeichnung vermag die von der Behörde vorzunehmende Prüfung jedoch im Kern nicht richtig zu charakterisieren. Das zentrale Merkmal einer Güterabwägung, wie sie der Planfeststellung eigen ist, besteht gerade in einer umfassenden Berücksichtigung und Bewertung sämtlicher Belange – also vor allem auch solcher, die für die Anlage sprechen oder die Interessen des Betreibers betreffen.<sup>75</sup> Die Prüfung der Erheblichkeit im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ist dagegen auf nachbarschaftliche Belange sowie Allgemeinwohlinteressen beschränkt,<sup>76</sup> berücksichtigt also beispielsweise gerade keine privaten Betreiberinteressen. Dementsprechend besteht trotz der Notwendigkeit gewisser Prognosen und Wertungen bei der behördlichen Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung jedenfalls hinsichtlich der zu berücksichtigenden Belange ein quantitativer Unterschied zum Abwägungsvorgang im Rahmen der Planfeststellung.<sup>77</sup>

<sup>62</sup>Beckmann in Erbguth/Kluth (2012), Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle, S. 145 ff.

<sup>63</sup>Keilich (2001), Das Recht der Änderung in der Fachplanung, S. 62 ff.; Beckmann, DÖV 1987, 944.

<sup>64</sup>Keilich (2001), Das Recht der Änderung in der Fachplanung, S. 62.

<sup>65</sup>Feuchte, DV 1977, 291 (297; 300); Ule, DVBl 1973, 756 (757 f.); Kühling (1988), Fachplanungsrecht, Rn. 34; Schoeneberg (1993), Umweltverträglichkeitsprüfung, Rn. 174 ff.

<sup>66</sup>BVerwGE 69, 37 (43 f.); Kloepfer (2016), Umweltrecht, 4. Aufl., § 15 Rn. 206; Sellner/Reidt/Ohms (2006), Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl., S. 23 ff.

<sup>67</sup>Feuchte, DV 1977, 291 (300); Beckmann, DÖV 1987, 944 (947).

<sup>68</sup>Keilich (2001), Das Recht der Änderung in der Fachplanung, S. 62 f.

<sup>69</sup>Keilich (2001), Das Recht der Änderung in der Fachplanung, S. 64.

<sup>70</sup>Keilich (2001), Das Recht der Änderung in der Fachplanung, S. 65.

<sup>71</sup>Ähnlich auch Schoeneberg (1993), Umweltverträglichkeitsprüfung, Rn. 178. Kritisch hierzu Greinacher (1996), Abfallversorgungsanlagen zwischen Planfeststellung und Kontrollerlaubnis, S. 105 ff.

<sup>72</sup>Eingehend diesen Zusammenhang beschreibend Beckmann, DÖV 1987, 944.

<sup>73</sup>Keilich (2001), Das Recht der Änderung in der Fachplanung, S. 66.

<sup>74</sup>BT-Drs. 7/179, S. 29.

<sup>75</sup>Dies ist ein ausschlaggebender Grund, weshalb Kümper die Einführung einer Planfeststellung für Windenergieanlagen an Land befürwortet, Kümper, DÖV 2021, 1056 (1063).

<sup>76</sup>BVerwG NVwZ 1983, 155 (155); Jarass, BImSchG, § 5 Rn. 22.

<sup>77</sup>Ähnlich auch Rodi, ZUR 2017, 658 (661).

2. *Qualitative Andersartigkeit* Der der Behörde in Form der planerischen Gestaltungsfreiheit eingeräumte Entscheidungsfreiraum führt dazu, dass bei der Planfeststellung die Reichweite der gerichtlichen Kontrollkompetenz von vorneherein begrenzt ist.<sup>78</sup> Die Gerichte überprüfen die Planfeststellungsentscheidung daher lediglich auf sog. Abwägungsfehler. Das bedeutet eine Einschränkung der Kontrolle auf die Prüfung, ob überhaupt eine Abwägung vorgenommen wurde, ob sämtliche betroffene Belange Einzug in die Abwägung erhalten haben, ob die einzelnen Interessen in ihrer Bedeutung erkannt wurden und ob die Planfeststellungsbehörde die verschiedenen Belange angemessen in Relation zueinander gesetzt hat.<sup>79</sup> An unbestimmte Rechtsbegriffe kann ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung geknüpft sein, der ebenfalls einen – wenn auch andersartigen – Entscheidungsfreiraum, mit der Folge einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit, eröffnet.<sup>80</sup> Nach überwiegender Ansicht ist allerdings mit den unbestimmten Rechtsbegriffen des § 5 Abs. 1 BImSchG keine Einräumung eines solchen administrativen Entscheidungsfreiräume verbunden.<sup>81</sup> Folglich unterliegen sämtliche Voraussetzungen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung – also auch solche, die aufgrund ihrer Unbestimmtheit gewisse behördliche Prognosen und Wertungen erfordern – mangels administrativen Beurteilungsspielraumes der uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle.<sup>82</sup> Somit besteht hinsichtlich der Reichweite der Prüfungskompetenzen auch ein qualitativer Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstrumenten.

3. *Zwischenergebnis* Trotz gewisser Annäherungstendenzen, die sich im Einzelnen nicht leugnen lassen, bestehen also nach wie vor wesentliche Unterschiede im Hinblick auf die behördlichen Entscheidungsfreiräume und ihre gerichtliche Überprüfbarkeit. Bereits deshalb kann von einer Konvergenz der beiden Rechtsinstitute keine Rede sein.

## II. Die Wirkungen der verwaltungsrechtlichen Entscheidungen

Daneben bestehen auch hinsichtlich der Wirkungen der verwaltungsrechtlichen Entscheidungen weitere beträchtliche Unterschiede zwischen Planfeststellung und immissionsschutzrechtlicher Genehmigung.

1. *Genehmigungswirkung* Funktionell fungieren beide Verfahren als Instrumente der Anlagenzulassung.<sup>83</sup> Hinsichtlich des Umfangs der Genehmigungswirkung erstreckt sich die immissionsschutzrechtliche Genehmigung gemäß § 1 Abs. 2 der 4. BImSchV allerdings nur auf die zum Betrieb notwendigen Anlagenteile sowie die damit in einem räumlichen und betriebstechnischen Zusammenhang stehenden Nebeneinrichtungen, während die Planfeststellung nach § 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VwVfG neben der Zulässigkeit des Vorhabens auch die Zulässigkeit notwendiger Folgemaßnahmen an anderen Anlagen erfasst.<sup>84</sup> Hierin liegt der strukturelle Unterschied der beiden Zulassungsinstrumente: Wohingegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung im Sinne eines „punktuellen Charakters“<sup>85</sup> eine präventive Gefahrenkontrolle ermöglicht und raumplanerische Aspekte vorgelagerten Verfahren überlässt, enthält die Planfeststellung eine eigenständige Raumnutzungsentscheidung, die eine umfassende Bewältigung

aller durch die Planung hervorgerufener Probleme – auch im Umkreis der Anlage – erfordert.<sup>86</sup>

2. *Konzentrations- und Gestaltungswirkung* Vergleichbar mit der Konzentrationswirkung der Planfeststellung, bestimmt § 13 BImSchG, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigung andere die Anlage betreffende Behördenentscheidungen einschließt. Ein Unterschied besteht allerdings in der Reichweite der Konzentrationswirkung, da § 13 BImSchG gewisse behördliche Entscheidungen von dieser Wirkung ausnimmt.<sup>87</sup> Hierin zeigt sich abermals die Andersartigkeit der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung im Vergleich zur Planfeststellung als umfassend konfliktbewältigende Raumnutzungsentscheidung.

Ähnlich verhält es sich hinsichtlich der von den Entscheidungen ausgehenden Gestaltungswirkungen. Während der Planfeststellungsbeschluss alle öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen dem Vorhabenträger und den durch den Plan Betroffenen im Sinne einer umfassenden Konfliktbewältigung regelt, fungieren die Grundpflichten des § 5 BImSchG nicht nur als Voraussetzungen der Genehmigungserteilung, sondern entfalten darüber hinaus unmittelbare Geltung.<sup>88</sup> Der Anlagenbetreiber im Immissionsschutzrecht befindet sich somit in der Situation, neben den Genehmigungsanforderungen auch an den Regelungsgehalt des § 5 BImSchG gebunden zu sein.<sup>89</sup> Anders als im Falle des Planfeststellungsbeschlusses werden die öffentlich-rechtlichen Beziehungen durch die immissionsschutzrechtliche Genehmigung also nicht abschließend geregelt.

3. *Duldungswirkung* Gemäß § 14 S. 1 Hs. 1 BImSchG kann auf Grund privatrechtlicher Ansprüche<sup>90</sup> zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen von einem Grundstück auf ein benachbartes Grundstück nicht die Einstellung des Betriebs einer Anlage verlangt werden, deren Genehmigung unanfechtbar ist. Folglich geht auch von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung eine Duldungswirkung aus. Allerdings unterscheidet sich diese von der Duldungswirkung der Planfeststellung, insofern als § 14 S. 1 Hs. 2 BImSchG bestimmt, dass Vorkehrungen verlangt werden

<sup>78</sup>Ibler (1988), Schranken planerischer Gestaltungsfreiheit im Planfeststellungsrecht, S. 42 f.

<sup>79</sup>Stüer/Probstfeld (2016), Die Planfeststellung, 2. Aufl., Rn. 931.

<sup>80</sup>Pache (2001), Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 34.

<sup>81</sup>BVerwGE 55, 250 (253 f.); Dietlein in Landmann/Rohmer Umweltrecht, BImSchG § 5 Rn. 46; Kloepfer (2016), Umweltrecht, 4. Aufl., § 15 Rn. 856; Greinacher (1996), Abfallversorgungsanlagen zwischen Planfeststellung und Kontrollerlaubnis, S. 100. Siehe zudem BT-Drs. 7/179, S. 31; a.A. ist bspw. Ule, DVBl 1973, 756 (757 f.).

<sup>82</sup>BT-Drs. 7/179, S. 31; BVerwGE 55, 250 (253 f.).

<sup>83</sup>Paetow, FS Schlichter, 1995, 499 (501); Beckmann, DÖV 1987, 944 (945).

<sup>84</sup>Keilich (2001), Das Recht der Änderung in der Fachplanung, S. 67.

<sup>85</sup>Feuchte, DV 1977, 291 (293).

<sup>86</sup>Greinacher (1996), Abfallversorgungsanlagen zwischen Planfeststellung und Kontrollerlaubnis, S. 91 f.

<sup>87</sup>Giesberts in Giesberts/Reinhardt BeckOK Umweltrecht, BImSchG, § 13 Rn. 18 ff.

<sup>88</sup>Sach (1994), Genehmigung als Schutzschild?, S. 88 f.

<sup>89</sup>Schoen (2003), Die Planfeststellung zwischen Kontrollerlaubnis und Planungsentscheidung, S. 121 f.

<sup>90</sup>Das gilt ausweislich des Wortlauts der Norm nicht für Ansprüche, die auf besonderen Titeln beruhen.



können, die die benachteiligende Wirkung ausschließen. Hierdurch wird den Betroffenen ein eigenständiger Anspruch auf Schutzvorkehrungen gegen den Anlagenbetreiber zubilligt.<sup>91</sup> Dem Planfeststellungsrecht ist zwar ein Anspruch auf Schutzvorkehrungen nicht völlig fremd; dieser richtet sich jedoch gegen die Planfeststellungsbehörde und ist auf nicht vorhersehbare nachteilige Wirkungen beschränkt.<sup>92</sup> Zum einen wird durch die verschiedenen Anspruchsgegner die unterschiedliche Verantwortungszuordnung deutlich: Während im Immissionsschutzrecht die Anlage dem Vorhabenträger zugerechnet wird und die Behörde lediglich als genehmigende Stelle fungiert, trägt im Planfeststellungsrecht die Behörde die Planungsverantwortung, sodass ihre Kompetenzen deutlich über eine rein genehmigende Funktion hinausgehen.<sup>93</sup> Vielmehr erlauben die planungsrechtlichen Elemente im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens eine Verschiebung der Verantwortungszuordnung zugunsten der Planfeststellungsbehörde. Zum anderen lässt die unterschiedlich weite Tatbestandsausgestaltung und damit Anspruchsreichweite Rückschlüsse auf die strukturelle Andersartigkeit der Rechtsinstitute zu: Wohingegen es sich bei Anlagen, die der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung unterliegen, regelmäßig um Vorhaben im privaten Interesse handelt, die Rücksicht auf Rechtspositionen Dritter zu nehmen und somit Schutzvorkehrungen in weitem Umfang zu gewähren haben, ist die weitreichendere Duldungswirkung des Planfeststellungsbeschlusses Ausdruck des verstärkten Durchsetzungsinteresses öffentlich relevanter Vorhaben.

**4. Enteignungsrechtliche Vorwirkung** Der wohl gewichtigste Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstrumenten zeigt sich im Hinblick auf etwaig notwendige Enteignungen.<sup>94</sup> Im Gegensatz zu den meisten fachplanungsrechtlichen Gesetzen enthält das BImSchG keine Regelung zugunsten einer Enteignungsmöglichkeit für immissionsschutzrechtlich zu genehmigende Vorhaben.<sup>95</sup> Zwar sieht das hessische Enteignungs- und Entschädigungsgesetz<sup>96</sup> in § 3 Nr. 2 lit. e) die Möglichkeit der Enteignung vor, um dem Allgemeinwohl dienende Vorhaben, wie Entsorgungseinrichtungen,<sup>97</sup> zu verwirklichen. Doch führt eine solche Konkretisierung der Allgemeinwohlzwecke durch den hessischen Landesgesetzgeber<sup>98</sup> nicht zu einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung,<sup>99</sup> da im Genehmigungsverfahren keine umfassende, das Gemeinwohl feststellende Interessenabwägung vorgenommen wurde.<sup>100</sup> Gerade hierin manifestiert sich nochmals die verschiedene Struktur und Funktion der beiden Instrumente. Während die immissionsschutzrechtliche Genehmigung im Grundsatz von der eigenständigen Beschaffung eines Grundstücks durch einen privaten Anspruchssteller ausgeht,<sup>101</sup> verfolgt die Planfeststellung das Ziel, ein im öffentlichen Interesse liegendes Vorhaben auch gerade gegen entgegenstehende Belange, also gegen fremdes Eigentum, durchzusetzen.<sup>102</sup>

## E. Fazit und Ausblick

Trotz gewisser Annäherungstendenzen unterscheiden sich immissionsschutzrechtliche Genehmigung und Planfeststellung ausgehend von ihrer idealtypischen Konstruktion fortwährend sowohl hinsichtlich der angeblich angelegenen Entscheidungsfreiräume als auch bezüglich ihrer

Rechtswirkungen und befinden sich somit weiterhin in einer Konkurrenzsituation.<sup>103</sup> Die Unterschiede zeigen, dass beide Rechtsinstitute von verschiedenen Ausgangspunkten her konstruiert sind,<sup>104</sup> sie also „Reaktionen auf bestimmte sachliche Erfordernisse“<sup>105</sup> darstellen und somit aufgrund ihrer funktionellen sowie strukturellen Andersartigkeit nicht beliebig ausgetauscht werden können. Auch wenn die konkrete Wahl eines präventiven Zulassungsinstrumentes zur Erfüllung staatlicher Schutzpflichten zwar grundsätzlich der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative unterliegt,<sup>106</sup> sollte sich der Gesetzgeber dennoch, falls er künftig einen solchen Regimewechsel in Betracht zieht, dieser Unterschiede bewusst sein, um sich aus der Übertragung ergebende Ungereimtheiten zu vermeiden.<sup>107</sup> Für etwaige Reformbestrebungen zur effizienteren Ausgestaltung von Planungs- und Zulassungsverfahren bedeutet das, dass ein Austausch von immissionsschutzrechtlicher Genehmigung und Planfeststellungsverfahren zwar nicht ausgeschlossen ist, auf diese Alternative jedoch nicht voreilig zurückgegriffen werden sollte. Wenn es um die schlichte Verbesserung von Verfahren geht – ohne dass strukturelle Änderungen beabsichtigt sind – erscheinen daher andere Stellschrauben als vorzuzugsfähig.

<sup>91</sup>Eingehend dazu Rehbinder in Landmann/Rohmer Umweltrecht, BImSchG, § 14 Rn. 56 ff.

<sup>92</sup>Ausführlich dazu Neumann/Külpmann in Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG, § 75 Rn. 68 ff.

<sup>93</sup>Zur Planungsverantwortung bei der Planfeststellung Paetow, FS Schlichter, 1995, 499 (504).

<sup>94</sup>Ähnlich auch Gaentzsch, FS Schlichter, 1995, 517 (521).

<sup>95</sup>Greinacher, (1996), Abfallversorgungsanlagen zwischen Planfeststellung und Kontrollerlaubnis, S. 210.

<sup>96</sup>HessGVBl. I 1973, S. 107, zuletzt geändert durch HessGVBl. 2020, S. 710.

<sup>97</sup>Entsorgungseinrichtungen bedürfen – mit Ausnahme von Deponien gemäß § 35 Abs. 2 KrWG – nach § 35 Abs. 1 KrWG i.V.m. Nr. 8 des Anhangs zur 4. BImSchV der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.

<sup>98</sup>Vgl. hierfür Hessische LT-Drs. 20/3459, S. 7.

<sup>99</sup>Das für die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen erläuternd Schoen (2003), Die Planfeststellung zwischen Kontrollerlaubnis und Planungsentscheidung, S. 123.

<sup>100</sup>Paetow, FS Schlichter, 1995, 499 (510).

<sup>101</sup>Paetow, FS Schlichter, 1995, 499 (508).

<sup>102</sup>Kümper, DVBl 2021, 1591 (1597); Rodi, ZUR 2017, 658 (662).

<sup>103</sup>So im Ergebnis auch Blümel, FS Hoppe, 2000, 3 (19 f.).

<sup>104</sup>Ipsen, VVDStRL Bd. 48, S. 183.

<sup>105</sup>Paetow, FS Schlichter, 1995, 499 (506).

<sup>106</sup>BVerwGE 82, 61 (66 f.).

<sup>107</sup>Dies für den Regimewechsel bei Abfallentsorgungsanlagen kritisierend Paetow, FS Schlichter, 1995, 499 (507).



# Die strafrechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit

## Eine Analyse der Entscheidungsstruktur des Bundesverfassungsgerichts

Kronier, Philipp\*

### ZUSAMMENFASSUNG

In großer Regelmäßigkeit beschäftigt das Bundesverfassungsgericht die Kollision zwischen der Meinungsfreiheit und dem Ehrschutz. Nicht zuletzt dieser Umstand hat dazu geführt, dass das Gericht mittlerweile eine ganze Fülle an dogmatischen Strukturen und Abwägungstopoi für diesen Bereich entwickelt hat. Angesichts der fragmentarischen Struktur des Grundgesetzes, wirft dies die Frage auf, welche Überlegungen und Annahmen das Gericht bei diesem Vorgang angeleitet haben. Dieser Frage will der Aufsatz durch eine verfassungs- und grundrechtstheoretische Analyse der Entscheidungsstruktur nachgehen.

**Keywords** Verfassungsrecht; Bundesverfassungsgericht; Verfassungstheorie; Grundrechtstheorie; Meinungsfreiheit; Ehrschutz; Strafrecht

### A. Einleitung

Es ist nicht lange her, da hat der ehemalige Senatsvorsitzende des Bundesverfassungsgerichts<sup>1</sup> *Andreas Voßkuhle* zu Beginn einer Sitzung erklärt, es ginge nicht „um die moralische oder politische Beurteilung (...), nicht um das Pro oder Contra, nicht um unsere Meinung und unsere Standpunkte, sondern allein um die Reichweite des Freiheitsraums, den das Grundgesetz einer staatlichen Strafverfolgung entgegensetzt“.<sup>2</sup> Der rechtspositivistische Ansatz<sup>3</sup> und die damit verbundene methodische Ausrichtung, die hier zum Ausdruck kommen, dürfte insbesondere bei denjenigen, die eine zunehmende Politisierung<sup>4</sup> oder eine Abkehr von der Dogmatik<sup>5</sup> des Gerichts beklagen, auf Zustimmung stoßen. Betrachtet man jedoch den Inhalt der Entscheidung, wirkt die Aussage fast paradox. Es geht um das Urteil über das Verbot der geschäftsmäßigen Sterbehilfe, in dem das Recht auf selbstbestimmtes Sterben entwickelt wurde.<sup>6</sup> Der Antagonismus zur Aussage rührt daher, dass das Gericht aus einem unbenannten Grundrecht, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, ein weiteres unbenanntes Grundrecht herleitet. Von einem stets vorhandenen, lediglich vom Rechtsanwender nachzuvollziehenden, Freiheitsbereich des Grundgesetzes kann hier schwerlich die Rede sein.<sup>7</sup> Was den ehemaligen Senatsvorsitzenden zu dieser Aussage bewegt haben könnte und ob sie sich über den Gegenstand des Verfahrens hinaus verallgemeinern lässt, soll nicht primärer Gegenstand dieses Beitrags sein. Gleichwohl soll sie den Anstoß für die nachfolgenden Überlegungen geben.

Wirft man zur Beantwortung der Frage, ob und wie die Meinungsfreiheit beschränkt werden kann, einen Blick in das Grundgesetz, heißt es in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, dass jeder das Recht hat, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Weiter folgt

dann in Art. 5 Abs. 2 GG, dass diese Rechte ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre finden. Was hierunter, speziell unter dem Begriff der „allgemeinen Gesetze“, konkret zu verstehen ist, bleibt jedoch unklar. Dass der Normtext allein außerstande ist, den Norminhalt eindeutig zum Ausdruck zu bringen, stellt indes keineswegs ein Spezifikum von Art. 5 Abs. 2 GG dar. Es handelt sich, mit Blick auf die Erkenntnisse der Hermeneutik,<sup>8</sup>

\* Der Autor hat bis Februar 2023 Rechtswissenschaft an der Goethe-Universität Frankfurt studiert. Aktuell ist er wissenschaftlicher Assistent und Doktorand bei Prof. Dr. Ralf Michaels, LL.M. (Cambridge) am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Kronier, Die strafrechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit - Eine Analyse der Entscheidungsstruktur des Bundesverfassungsgerichts, *FraLR* 2023 (02), S. 98-106. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.74687>

<sup>1</sup>Nachfolgend als „BVerfG“ abgekürzt.

<sup>2</sup>Wiedergegeben von Janisch/Schwinn, Selbstbestimmt zur Erlösung, *Süddeutsche Zeitung* vom 17.04.2019 <https://www.sueddeutsche.de/politik/sterbehilfe-bundesverfassungsgericht-verbot-tod-1.4412138>.

<sup>3</sup>Ein Wesensmerkmal rechtspositivistischer Ansätze, das hier deutlich anklängt, ist die Trennung von Recht und Moral, vgl. Dreier (1991), *Recht – Staat – Vernunft*, S. 96; Volkmann, *Der Staat* 54 (2015), 35 (45 ff.).

<sup>4</sup>Hierzu Hassemer, *JZ* 2008, 1 ff.

<sup>5</sup>Siehe bereits den Titel „Abschied von Dogmatik“ bei Schlink, *JZ* 2007, 157.

<sup>6</sup>BVerfGE 153, 182.

<sup>7</sup>Kritik an der Aussage ebenfalls bei: Volkmann, *JZ* 2020, 965 (974 f.).

<sup>8</sup>Schroth (2016), *Juristische Hermeneutik und Norminterpretation dargestellt an Problemen strafrechtlicher Normanwendung*, in: Hassemer/ Neumann/ Saliger (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie*

vielmehr um eine Problematik, welche die Auslegung kodifizierten Rechts im Allgemeinen betrifft.<sup>9</sup> Für den Vorgang der Verfassungsinterpretation wird dieser Umstand zusätzlich dadurch verschärft, dass sich die Verfassung, insbesondere im Bereich der Grundrechte und der Staatszielbestimmungen, durch knappe und wenig präzise Formulierungen auszeichnet.<sup>10</sup> Der Rechtsanwender trifft hier auf eine ganze Reihe von Bestimmungen, die aufgrund von semantischen Spielräumen und der fehlenden Konditionalprogrammierung kaum normative Festlegungen enthalten.<sup>11</sup> So liegt die Sache auch bei Art. 5 Abs. 2 GG. Eine eindeutige verfassungsrechtliche Direktive zur Einschränkung der Meinungsfreiheit fehlt. Ob ein Reserveoffizier als „geb. Mörder“<sup>12</sup> bezeichnet werden darf, ist durch den Verfassungstext ebenso wenig präjudiziert, wie die Frage, ob das Zeigen eines Transparents mit der Aufschrift „ACAB“ im öffentlichen Raum<sup>13</sup> gerechtfertigt werden kann. Diese Erkenntnis führt dann zwangsläufig zu der Frage, welche Kriterien für das Verhältnis und die Abwägung mit kollidierenden Rechtsgütern, die durch die Normen des Strafgesetzbuches geschützt werden, maßgeblich sind. Das BVerfG hat hierzu eine Vielzahl von dogmatischen Strukturen und Abwägungstopoi entwickelt, die sich unter dem Stichwort der „Entscheidungsstruktur“<sup>14</sup> zusammenfassen lassen. Doch welche Erwägungen und Vorannahmen haben das Gericht seinerseits bei der Schaffung und Präzisierung der Entscheidungsstruktur angeleitet? Dieses „Dahinter“ der Rechtsproduktion, also das verfassungs- und grundrechtstheoretische Vorverständnis im Sinne eines Agglomerats von Vorannahmen,<sup>15</sup> deren Entscheidungserheblichkeit für die konkrete Rechtsanwendung *Voßkuhle*, indem er vom *Freiheitsbereich des Grundgesetzes* spricht, jedenfalls implizit bestreitet, zu analysieren und sichtbar zu machen, soll den *nucleus* dieser Arbeit bilden.

## B. Die Entscheidungsstruktur des BVerfG

In einem ersten Schritt soll nun die Entscheidungsstruktur des BVerfG dargestellt werden.

### I. Die Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG

Hierfür wird zunächst Art. 5 Abs. 2 GG betrachtet.

1. *Begriff der allgemeinen Gesetze* Bei den allgemeinen Gesetzen handelt es sich um die bedeutsamste Schranke des Art. 5 Abs. 2 GG, mit der sich das BVerfG im Rahmen des Lüth-Urteils das erste Mal zu befassen hatte.<sup>16</sup> Bereits zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung, welche die Meinungsfreiheit in Art. 118 WRV ebenfalls den allgemeinen Gesetzen unterwarf, herrschte Streit über die Auslegung dieses Begriffs.<sup>17</sup> Zu dieser Zeit standen sich die Vertreter der Sonderrechtslehre<sup>18</sup> und der Abwägungslehre<sup>19</sup> gegenüber. Statt sich für einen dieser Ansätze zu entscheiden, hat das BVerfG die verschiedenen Ansätze synthetisiert.<sup>20</sup> Unter allgemeinen Gesetzen sind danach solche zu verstehen, „die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen, dem Schutze eines Gemeinschaftswertes, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.“<sup>21</sup> Eine

Präzisierung dieser Formel, hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den vom Gericht verbundenen Teilelementen der Sonderrechts- und Abwägungslehre, blieb lange aus. Das führte in der Literatur zu Kritik<sup>22</sup> und in der Rechtsprechung zu Verunsicherung.<sup>23</sup>

Abhilfe hat dann der Wunsiedel-Beschluss<sup>24</sup> gebracht, indem dort ein detailliertes Prüfungs- und Bewertungsraster geschaffen wurde.<sup>25</sup> Ausgangspunkt ist nun die Frage, ob eine Norm an Meinungsinhalte anknüpft. Ist dies der Fall, kommt es darauf an, ob die Norm dem Schutz eines in der Rechtsordnung schlechthin geschützten Rechtsguts dient und zudem in hinreichendem Maße die inhaltliche Distanz zu konkreten vorfindlichen, insbesondere politischen und weltanschaulichen, Positionen wahrt.<sup>26</sup>

2. *Die übrigen Schranken i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG* Ferner findet die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 2 GG ihre Schranke in den Bestimmungen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre. Da diesen im Verhältnis zur Schranke der allgemeinen Gesetze allerdings kaum eine eigenständige Bedeutung

---

und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Auflage, 243 (245, 253); Gadamer (1999), *Wahrheit und Methode*, 6. Auflage, S. 270 ff.; 281ff.; 312ff.; Rütters/Fischer/Birk (2022), *Rechtstheorie*, 12. Auflage, Rn. 807.

<sup>9</sup>Dreier (1976), *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, in: ders./Friedrich, Schwegmann (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 13; Schneider, *VVDStRL* 20 (1963), 1 (4f.).

<sup>10</sup>Morlok (1988), *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, S. 85; Höfling (1987), *Offene Grundrechtsinterpretation*, S. 81; Isensee, *NJW* 1977, 545 (549).

<sup>11</sup>Starck, *HStR* VII, § 164, Rn. 5; Böckenförde (1991), *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1. Auflage, S. 57.

<sup>12</sup>BVerfGE 93, 266.

<sup>13</sup>BVerfG *NStZ-RR* 2016, 277.

<sup>14</sup>Begriff von Ossenbühl, *Bitburger Gespräche* 1999 I, 73.

<sup>15</sup>Volkmann, *Der Staat* 54 (2015), 35; Depenheuer/Grabenwarther/Jestaedt (2010), *Verfassungstheorie*, § 1, Rn. 64.

<sup>16</sup>Schmitt/Glaeser, *AöR* 97 (1972), 276; Buscher, *NVwZ* 1997, 1057.

<sup>17</sup>Enders, *JZ* 2008, 1092 (1094); Epping/Lenz, *Jura* 2007, 881 (885).

<sup>18</sup>Stellvertretend: Häntzschel, *AöR* 10 (1926), 228 (232 f.).

<sup>19</sup>Stellvertretend: Smend (2010), *Das Recht der freien Meinungsäußerung* in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 4. Auflage, S. 89, 96.

<sup>20</sup>Muckel, *JA* 2010, 236; Brugger, *JA* 2006, 687 (689).

<sup>21</sup>BVerfG *NJW* 1958, 257 (258) – Lüth.

<sup>22</sup>Aus dem verfassungsrechtlichen Lager: Degenhart, *JZ* 2010, 306 (307); Schmitt/Glaeser, *AöR* 97 (1972), 276 (277 ff., 288); Aus dem strafrechtlichen Lager: Paeffgen in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB*, § 86 StGB, Rn. 14.

<sup>23</sup>So nahm beispielsweise das BVerfG mit Verweis auf die gegenüber der Meinungsfreiheit vorrangigen Schutzgüter der Menschenwürde und des öffentlichen Friedens an, dass es sich bei § 130 Abs. 4 StGB um ein allgemeines Gesetz handle, obwohl sich die Vorschrift in evidenter Weise gerade gegen eine bestimmte Meinung als solche richtet (BVerfGE 131, 216). Dies lässt sich nur damit erklären, dass das Gericht dem Teilelement der Abwägungslehre eine gesteigerte Bedeutung, wenn nicht sogar den Vorrang, vor den Elementen der Sonderrechtslehre eingeräumt hat.

<sup>24</sup>BVerfG *NJW* 2010, 47.

<sup>25</sup>BVerfG *NJW* 2010, 47 (Rn. 55 ff.).

<sup>26</sup>BVerfG *NJW* 2010, 47 (Rn. 55 ff.); Degenhart, *JZ* 2010, 306.

zukommt,<sup>27</sup> soll auf eine nähere Auseinandersetzung verzichtet werden.

3. Die strafrechtlichen Ausprägungen des Art. 5 Abs. 2 GG Die strafrechtlichen Ausprägungen des Art. 5 Abs. 2 GG lassen sich danach kategorisieren, ob sie dem Schutz eines kollektiven oder individuellen Rechtsguts dienen.<sup>28</sup>

a) *Schutz kollektiver Rechtsgüter* Dem Schutz kollektiver Rechtsgüter vor sozial unerwünschten Äußerungen dienen im Besonderen die §§ 84, 86, 86a, 89, 90 bis 90b StGB.<sup>29</sup> Das BVerfG sieht sämtliche der genannten Vorschriften als allgemeine Gesetz an.<sup>30</sup> Eine Sonderkonstellation bildet § 130 Abs. 4 StGB. Die Norm knüpft explizit an bestimmte Meinungsinhalte in Bezug auf die Verbrechen des NS-Regimes an. Obwohl das BVerfG ihr den Charakter eines allgemeinen Gesetzes abspricht, hat es sie wegen des „sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und Schreckens“ ausnahmsweise für mit Art. 5 Abs. 2 GG vereinbar erklärt.<sup>31</sup>

b) *Schutz individueller Rechtsgüter* Die am bedeutsamsten strafrechtlichen Vorschriften sind in diesem Zusammenhang die §§ 185 ff. StGB. Geschütztes Rechtsgut ist, mit Ausnahme von § 187 Var. 2 StGB, die Ehre, wobei der Begriff der Ehre in seinen konkreten Ausprägungen umstritten ist.<sup>32</sup> Einigkeit besteht jedoch dahingehend, dass der Achtungsanspruch des Einzelnen geschützt werden soll.<sup>33</sup> Verfassungsrechtlich verankert ist der Ehrschutz in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>34</sup>

Auch die §§ 185 ff. StGB stellen nach dem BVerfG allgemeine Gesetze i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG dar<sup>35</sup> und sind somit imstande, der Meinungsfreiheit Grenzen zu setzen. Da sich die Vorschriften im verfassungsrechtlichen Kontext als besonders konfliktträchtig erwiesen haben und die in diesem Zusammenhang vorzunehmende Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Ehrschutz immer wieder für Zündstoff zwischen dem BVerfG und der Literatur gesorgt hat,<sup>36</sup> sollen sich die nachfolgenden Ausführungen auf dieses Problemfeld konzentrieren.

4. Die Wechselwirkungslehre Zu dem Verhältnis zwischen Art. 5 Abs. 1 GG einerseits und den Vorschriften des Strafgesetzbuchs andererseits hat das BVerfG im Lüth-Urteil festgestellt, dass „die allgemeinen Gesetze in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden müssen, dass der besondere Wertgehalt dieses Rechts (...) auf jeden Fall gewahrt bleibt. Die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und allgemeinem Gesetz ist also nicht als einseitige Beschränkung (...) aufzufassen; es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die allgemeinen Gesetze zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.“<sup>37</sup> Die „wertsetzende Bedeutung“ des Art. 5 Abs. 1 GG ist dabei sowohl bei der Sinndeutung der potentiell ehrverletzenden Äußerung, also auch bei der Auslegung und Anwendung der Norm zu berücksichtigen.<sup>38</sup>

## II. Die Abwägung mit dem Ehrschutz

Das BVerfG hat eine Reihe an Abwägungstopoi für die Kollision der Meinungsfreiheit und des Ehrschutzes entwickelt.

1. Die Unterscheidung von Meinungen und Tatsachenbehauptungen Ein maßgeblicher Gesichtspunkt aus Sicht des BVerfG ist zunächst die Unterscheidung zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen.<sup>39</sup>

a) *Die grundsätzliche Abgrenzung* Bereits aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 GG folgt, dass nicht jede Äußerung geschützt ist, sondern lediglich „Meinungen“. Konstitutiv für eine Meinung ist „das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens und des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung“.<sup>40</sup> Geschützt ist also gerade die subjektive Wertung, Einstellung oder Anschauung in Bezug auf den Gegenstand der Äußerung.<sup>42</sup> Unerheblich soll dabei sein, ob die Äußerung rational oder emotional, begründet oder grundlos, wertvoll oder wertlos ist.<sup>43</sup> Abzugrenzen sind Meinungen von Tatsachenbehauptungen. Diese sind dem Beweis zugänglich und daher entweder wahr oder unwahr, weshalb ihnen das für die Meinungsäußerung konstitutive wertende Element fehlt.<sup>44</sup> Maßgebliche Beurteilungsperspektive für die Abgrenzung ist die eines „unvoreingenommenen und verständigen

<sup>27</sup>Schulze-Fielitz in Dreier GG, Art. 5, Rn. 151. Grund hierfür ist insbesondere, dass das BVerfG das Erfordernis der Allgemeinheit auf die beiden übrigen Schranken übertragen hat, vgl. BVerfG NJW 2010, 47 (Rn. 63).

<sup>28</sup>Einteilung nach: Kübler (2008), Medien, Menschenrechte und Demokratie, S. 337 ff.

<sup>29</sup>Kübler (Fn. 29), S. 337 ff; Buscher, JA 1997, 1057 f.

<sup>30</sup>BVerfG NJW 1978, 1043 (1045); BVerfG NJW 2010, 47 (Rn. 55 f.); Weitere Nachweise bei Schulze-Fielitz in Dreier GG, Art. 5 GG, Rn. 177.

<sup>31</sup>BVerfG NJW 2010, 47 (Rn. 64 ff.); Für eine Lösung über das Institut der verfassungsimmanenten Schranken: Degenhart, JZ 2010, 306 (309 f.).

<sup>32</sup>Hoven/Witting, NJW 2021, 2397; Valerius in BeckOK StGB, § 185 StGB, Rn. 1.

<sup>33</sup>Hoven/Witting, NJW 2021, 2397.

<sup>34</sup>BVerfGE 54, 148 (153 f.); Kiesel, NJW 1992, 1129 (1130).

<sup>35</sup>BVerfGE 93, 266 (290); 124, 300 (326 f.); BVerfG NJW 2020, 2629 (Rn. 14).

<sup>36</sup>Kritisch: Kiesel, NVwZ 1992, 1129; Kriele, NJW 1994, 1897; Ossenbühl, Bitburger Gespräche 1999 I, 73; Sendler, NJW 1993, 2157. Zuspruch von: Grimm, NJW 1995, 1697; Vesting, AöR 122 (1997), 337 und Soehring, NJW 1994, 2926.

<sup>37</sup>BVerfGE 7, 198 (211) – Lüth.

<sup>38</sup>Grimm, NJW 1995, 1697 (1700 ff.); Epping (2021), Grundrechte, 9. Auflage, Rn. 250 ff.

<sup>39</sup>Ossenbühl, Bitburger Gespräche 1999 I, 73 (80 f.); Vesting, AöR 122 (1997), 337 (347).

<sup>40</sup>Vesting, AöR 122 (1997), 337 (339); Epping/Lenz, Jura 2007, 881 (882).

<sup>41</sup>BVerfGE 65, 1 (40); Volkman (2020), Staatsrecht II, 3. Auflage, § 11, Rn. 32.

<sup>42</sup>Schulze-Fielitz in Dreier GG, Art. 5 GG, Rn. 62; Epping/Lenz, Jura 2007, 881 (882).

<sup>43</sup>BVerfGE 33, 1 (14); Isensee (1980), Wer definiert die Freiheitsrechte?, S. 10 ff., 17 f.; Starck in Mangoldt/Klein/Starck GG, Art. 5, Rn. 22.

<sup>44</sup>Schemmer in BeckOK GG, Art. 5 GG, Rn. 5; Epping/Lenz, Jura 2007, 881 (882).



Publikums“.<sup>45</sup> Stellt sich danach eine Äußerung als Tatsachenbehauptung dar, unterfällt diese grundsätzlich nicht dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.<sup>46</sup> Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn und soweit sie Voraussetzung für die Meinungsbildung ist.<sup>47</sup>

b) Die Bedeutung für die fallbezogene Abwägung Tatsachenbehauptungen erheben den Anspruch objektiver Wahrheit und stellen daher eine größere Bedrohung für die Ehre der Betroffenen dar.<sup>48</sup> Das BVerfG nimmt aus diesem Grund an, dass Tatsachenbehauptungen a priori leichter einschränkbar sind als Werturteile.<sup>49</sup> Insbesondere unwahre Tatsachenbehauptungen treten daher grundsätzlich hinter dem Ehrschutz zurück.<sup>50</sup> Um den Einzelnen nicht von der Betätigung seiner Freiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG abzuschrecken, betont das BVerfG allerdings, dass bei Zweifeln über den Wahrheitsgehalt keine überhöhten Anforderungen an die Darlegungspflicht zu stellen sind.<sup>51</sup> Aber auch wahre Tatsachenbehauptungen beanspruchen keinen generellen Vorrang.<sup>52</sup> Erforderlich ist vielmehr eine Abwägung im Einzelfall. Das gilt auch bei Werturteilen. Das Ergebnis der Abwägung ist dabei, wie das BVerfG explizit betont, offen.<sup>53</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Äußerung die Menschenwürde eines anderen verletzt,<sup>54</sup> denn Art. 1 Abs. 1 GG ist mit keinem anderen Grundrecht abwägungsfähig.<sup>55</sup> Allerdings ist ein solche Verletzung nur unter strengen Voraussetzungen anzunehmen.<sup>56</sup> Auf einzelne Vorrangregeln sowie die Begriffe der Schmähkritik und Formalbeleidigung ist noch gesondert einzugehen.

2. *Schmähkritik und Formalbeleidigung* Handelt es sich bei der Äußerung um eine sogenannte Formalbeleidigung oder Schmähkritik, tritt Art. 5 Abs. 1 GG, ohne dass es einer Einzelfallabwägung bedarf, hinter dem Ehrschutz zurück.<sup>57</sup> Beide Begriffe sind allerdings eng auszulegen.<sup>58</sup> Eine Äußerung wird nicht dadurch zur Schmähkritik, dass sie polemischer oder überspitzter Natur ist. Erforderlich ist vielmehr, dass „nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht.“<sup>59</sup> Die Einordnung einer Äußerung als Formalbeleidigung erfordert, wie der Begriff bereits nahelegt, dass die Äußerung gerade wegen ihrer „Form“ als nicht mehr schützenswert erscheint. Das ist beispielsweise bei Schimpfwörtern, etwa aus der Fäkalsprache, der Fall.<sup>60</sup>

3. *Die Vermutungsformel des BVerfG* Das BVerfG hat im Lüth-Urteil festgestellt, dass einer Äußerung, die „einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen“<sup>61</sup> leistet, eine gesteigerte Bedeutung gegenüber Äußerungen, die lediglich im Privaten getätigt werden, zukommt.<sup>62</sup> Betrifft die Äußerung also nicht nur die widerstreitenden Interessen zwischen zwei Privatpersonen, sondern ein Universalinteresse, besteht im Ergebnis die Vermutung für die Freiheit der Rede.<sup>63</sup> Zwar betont das Gericht, dass hieraus weder ein genereller Vorrang des Art. 5 Abs. 1 GG gegenüber dem Ehrschutz noch eine grundsätzliche Asymmetrie zwischen den Grundrechten folge.<sup>64</sup> Doch vermag dies nichts daran zu ändern, dass hierdurch eine leichte Akzentuierung zu Gunsten der Meinungsfreiheit in Bezug auf überindividuelle Interessen konsolidiert

wird, die auch von den Fachgerichten so wahrgenommen werden dürfte.

## C. Verfassungs- und grundrechtstheoretische Analyse

Nachdem die Entscheidungsstruktur in ihren wesentlichen Grundzügen dargestellt wurde, soll diese nun aus einem verfassungs- und grundrechtstheoretischen Blickwinkel analysiert werden.

### I. Verfassungstheoretische Analyse

1. *Begriff und Bedeutung der Verfassungstheorie* Die exakte Bestimmung davon, was unter „Verfassungstheorie“ zu verstehen ist und welcher Nutzen ihr bei der Reflexion und Anwendung von Verfassungsrecht zukommt, bereitet nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Grund hierfür dürfte nicht zuletzt die Tatsache sein, dass der Begriff bereits aus sich heraus eine gewisse Ambiguität aufweist, da er sowohl in einem materiellen als auch in einem disziplinären Sinne verwendet werden kann.<sup>65</sup> Wie eingangs ausgeführt, soll der Versuch unternommen werden, zu analysieren, wodurch die „Rechtsproduktion“ seitens des BVerfG angeleitet wurde und wird. Dieses „Dahinter“ in seiner sachlichen Substanz als Akkumulation von Vorannahmen darüber, was Verfassung ist und was Verfassung soll, bezeichnet die Verfassungstheorie im materiellen Sinne.<sup>66</sup> Technischer ausgedrückt ließe sich auch von einer „systematisch orientierten Auffassung über den allgemeinen

<sup>45</sup>BVerfGE 93, 266, (295); Ossenbühl, Bitburger Gespräche 1999 I, 73 (83).

<sup>46</sup>BVerfGE 61, 1 (8); BVerfGE 90, 241 (247).

<sup>47</sup>BVerfGE 61, 1 (8); BVerfGE 90, 241 (247); Epping/Lenz, Jura 2007, 881 (882).

<sup>48</sup>Grimm, NJW 1995, 1697 (1702).

<sup>49</sup>BVerfG NJW 1983, 1415.

<sup>50</sup>BVerfGE 90, 241 (249); BVerfGE 85, 1 (17); BVerfGE 61, 1 (8 f.).

<sup>51</sup>BVerfGE 85, 1 (21 f.); Grimm, NJW 1995, 1697 (1702 f.).

<sup>52</sup>BVerfGE 66, 116 (139); BVerfG NJW 1984, 1741 (1743); Grimm, NJW 1995, 1697 (1702).

<sup>53</sup>BVerfGE NJW 2020, 2623 (Rn. 15).

<sup>54</sup>BVerfG NJW 2020, 2623 (Rn. 15); BVerfGE 99, 185 (196); BVerfGE 93, 266 (293 f.).

<sup>55</sup>Sacksofsky (2011), Der Schutz der Würde des Menschen – ein absolutes Versprechen in Zeiten relativer Gewissheiten, in: Menschenwürde – Demokratie – Christliche Gerechtigkeit: Tagungsband zum festlichen Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstags von Ernst-Wolfgang Böckenförde, 23 (26 f.); BVerfG NJW 2020, 2625 (Rn. 22).

<sup>56</sup>BVerfG NJW 2020, 2625 (Rn. 22).

<sup>57</sup>BVerfG NJW 2020, 2623 (Rn. 15); anders noch für die Schmähkritik: BVerfG NJW 1990, 1980 (1981).

<sup>58</sup>BVerfG NJW 2020, 2625 (Rn. 22).

<sup>59</sup>BVerfG NJW 1991, 95 (96); NJW 1974, 1762 (1763 f.).

<sup>60</sup>BVerfG NJW 2020, 2624 (Rn. 21); BVerfGE 93, 266 (294).

<sup>61</sup>BVerfGE 7, 198 (212) – Lüth; 61, 1 (11).

<sup>62</sup>BVerfGE 7, 198 (212) – Lüth; 61, 1 (11).

<sup>63</sup>BVerfG 7, 198 (208); 61, 1 (11); 30, 241 (249); Grimm, NJW 1995, 1697 (1703).

<sup>64</sup>BVerfG NJW 2020, 2623 (Rn. 16).

<sup>65</sup>Volkman, Der Staat 54 (2015), 35.

<sup>66</sup>Volkman, Der Staat 54 (2015), 35; Honer, JA 2022, 446 (454); Jestaedt spricht treffend von der „Verfassung hinter der Verfassung“ (Jestaedt (2009), Die Verfassung hinter der Verfassung).



Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite der Verfassung als solcher und ihrer Teile“ sprechen.<sup>67</sup> In diesem (materiellen) Sinne soll der Begriff der Verfassungstheorie hier verstanden werden.

2. *Die Menschenbildformel des BVerfG* Da sich aus dem Grundgesetz positiv-rechtlich keine festen Direktiven für die Kollision von Meinungsfreiheit und Ehrschutz ableiten lassen, stellt sich auf einer höheren Abstraktionsebene die grundsätzliche Frage, wie das Spannungsverhältnis von Individuum und Gemeinschaft aufzulösen ist. Etwas verkürzt, aber im Kern zutreffend, geht es um die Vorstellung, wie wir uns das Zusammenleben miteinander vorstellen beziehungsweise welches Bild wir vom Menschen in der sozialen Gemeinschaft haben.

Das BVerfG hat diese Überlegungen mit seiner „Menschenbildformel“ dahingehend beantwortet, dass das „Menschenbild des Grundgesetzes nicht das eines isolierten souveränen Individuums sei“, sondern das Grundgesetz habe „vielmehr die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne einer Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne deren Eigenwert anzutasten“.<sup>68</sup> Das hier skizzierte Menschenbild ist weder das eines vereinzelt, sich selbst überlassenen Individuums, noch wird der Einzelne hier bloß als unselbstständiger Bestandteil einer Gemeinschaft begriffen. Stark individualistisch-liberalen als auch kollektivistischen Ansätzen wird hierdurch eine Absage erteilt.<sup>69</sup> Stattdessen wird das Spannungsverhältnis durch die Elemente der Gemeinschaftsbezogenheit und des unantastbaren Eigenwerts schonend aufgelöst. Dieser zwischen den Polen des Individualismus und Kollektivismus stehende Ansatz wird auch als „Personalismus“ bezeichnet,<sup>70</sup> wobei es sich hier zugegebenermaßen um einen recht sibyllinischen Begriff handelt. Festhalten lässt sich jedenfalls, dass diesem Menschenbild eine Vorstellung vom Menschen als soziales Wesen oder als „*zoon politikon*“ zu Grunde liegt.<sup>71</sup> Die Tatsache, dass gleich zu Beginn der Formel der Vorstellung eines isolierten und souveränen Individuums eine Absage erteilt wird, lässt außerdem eine leichte Akzentuierung zu Gunsten der Gemeinschaftsbezogenheit erkennen.<sup>72</sup>

Festzuhalten bleibt, dass sich aus dem soeben skizzierten Menschenbild zwar keine präzisen Vorgaben für den Einzelfall deduzieren lassen, von ihm aber ungeachtet dessen eine gewisse Stoßrichtung ausgeht. Dass diese Stoßrichtung für eine verfassungstheoretische Explikation der Entscheidungsstruktur des BVerfG fruchtbar gemacht werden kann, sollen die nachfolgenden Beispiele belegen.

a) *Die Vermutungsformel* Meinungsäußerungen, die nicht nur individuelle, sondern überindividuelle Interessen betreffen, reichern den öffentlichen Diskurs an. Der Einzelne verfolgt hier regelmäßig nicht nur eigene Absichten, sondern nimmt den gesamtgesellschaftlichen Vorgang in den Blick. Der „öffentliche Meinungskampf“<sup>73</sup> bildet in einem demokratischen Staat das zentrale Forum, um politische, soziale oder gesellschaftliche Fehlentwicklungen aufzuzeigen und Lösungen für diese zu entwickeln. Unabhängig von Qualität und Überzeugungskraft der Meinungsäußerung trägt der Einzelne auf diesem Wege zum gesamtgesellschaftlichen Vorankommen bei. All das konvergiert mit dem Element der Gemeinschaftsgebundenheit, als explizitem Bestandteil der Menschenbildformel, sowie der

Vorstellung vom Einzelnen als „Aktivbürger“ oder *zoon politikon*,<sup>74</sup> die in der Formel zumindest implizit zum Ausdruck kommen. Die Privilegierung von Meinungsäußerungen, die überindividuelle Interessen betreffen, erscheint vor diesem Hintergrund als konsequenter Ausfluss der skizzierten Stoßrichtung, welche in der Menschenbildformel zum Ausdruck kommt.

b) *Die Institute der Schmähkritik und der Formalbeleidigung* Inwieweit diese Stoßrichtung auch für die Entwicklung und Ausformung der Institute der Schmähkritik und Formalbeleidigung von Bedeutung war, wird durch einen Blick auf das U.S.-amerikanische Verfassungsrecht sichtbar. Eine rechtsvergleichende Untersuchung bietet sich insofern an, da diese in besonderem Maße geeignet ist, das Bewusstsein für mögliche Alternativen zu schärfen und die eigenen, als selbstverständlich vorausgesetzten Grundannahmen offenzulegen.<sup>75</sup>

Ausgangspunkt soll die berühmte Entscheidung des Supreme Courts in der Sache *New York Times v. Sullivan* sein.<sup>76</sup> Dort hat das Gericht Werturteile, die im Zusammenhang mit einer öffentlichen Auseinandersetzung getätigt wurden, per se für zulässig erklärt und zwar unabhängig davon, wie schädigend oder ehrwürdig sie auch sein mögen.<sup>77</sup> Das Gericht hat damit die Distinktion zwischen Freiheit und Libertinismus praktisch aufgehoben<sup>78</sup> beziehungsweise das Spannungsverhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft in Bezug auf die Redefreiheit zu Gunsten der Freiheit des Einzelnen aufgelöst. Während nach dem hiesigen Verfassungsverständnis Äußerungen, die den Charakter einer Formalbeleidigung oder Schmähkritik besitzen, hinter dem Ehrschutz zurücktreten,<sup>79</sup> genießt die *hate speech* in den USA nicht nur verfassungsrechtlichen Schutz, sondern setzt sich auch gegen kollidierende Rechtsgüter durch.<sup>80</sup> Das lässt sich zwar mit der systematischen Stellung der Redefreiheit im ersten Zusatzartikel der *Bill of Rights*<sup>81</sup> sowie dem Umstand, dass sie dort keinen expliziten Schranken unterworfen ist,<sup>82</sup> erklären, doch darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass

<sup>67</sup>Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 83; Depenheuer/Grabenwarter/Jestaedt, Verfassungstheorie, § 1, Rn. 64 f.

<sup>68</sup>Erstmals in: BVerfGE 4, 7 (15) und seitdem st. Rspr. vgl. zB: BVerfGE 109, 133 (151).

<sup>69</sup>Becker (1996), Das Menschenbild des GG in der Rechtsprechung des BVerfG, S. 82.

<sup>70</sup>Peters, FS Laun, 1953, 669 (671).

<sup>71</sup>Becker, Das Menschenbild des GG in der Rechtsprechung des BVerfG, S. 41.

<sup>72</sup>Becker, Das Menschenbild des GG in der Rechtsprechung des BVerfG, S. 84.

<sup>73</sup>Formulierung von: BVerfGE 7, 198 (212) – Lüth; 61, 1 (11).

<sup>74</sup>Häberle (2008), Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Auflage, S. 50 f.

<sup>75</sup>Kischel (2015), Rechtsvergleichung, S. 56.

<sup>76</sup>376 U.S. 254 (1964). Streitgegenstand war die Schadensersatzforderung eines Politikers wegen einer üblen Nachrede bzgl. seiner öffentlichen Tätigkeit (Kommers, Der Staat 37 (1998), 335 (345)).

<sup>77</sup>376 U.S. 254 (1964); Grimm, NJW 1995, 1697 (1701).

<sup>78</sup>Kommers, Der Staat 37 (1998), 335 (345).

<sup>79</sup>BVerfG NJW 2020, 2622 (Rn. 15); weniger streng für die Schmähkritik noch: BVerfG NJW 1990, 1980 (1981).

<sup>80</sup>Brugger, AöR 128 (2003) 372 (374); Volkmann (2013), Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 227 f.

<sup>81</sup>Enders, JZ 2008, 1092 (1093).

<sup>82</sup>Brugger, JA 2006, 687 (688); ders., AöR 128 (2003), 372 (379).

der Kern der Divergenz in einer unterschiedlichen moralischen und weltanschaulichen Grundorientierung zu finden ist.<sup>83</sup> So ist der U.S.-amerikanische Ansatz von einer individualistischen Grundorientierung und der tiefen Überzeugung geprägt, dass allein der ungezähmte Meinungskampf wahrheitsfördernd und gemeinwohlstiftend wirken könnte,<sup>84</sup> während der deutsche Ansatz durch den Begriff der „Gemeinschaftsgebundenheit“ auch (kommunitaristische) Elemente der Rücksichtnahme und der Verantwortung in sich aufnimmt.<sup>85</sup> Treffend ist in diesem Sinne die U.S.-amerikanische Verfassung als „Verfassung der Freiheit“ und die deutsche Verfassung als „Verfassung der Würde“ bezeichnet worden.<sup>86</sup> Diese unterschiedliche Stoßrichtung bildet den intrinsischen Grund dafür, warum in den USA die Redefreiheit sakralisiert oder sogar verabsolutiert<sup>87</sup> wird und als *preferred right* prinzipiell Vorrang vor anderen Verfassungsgütern besitzt,<sup>88</sup> während das BVerfG betont, dass gerade keine grundsätzliche Asymmetrie zwischen Meinungsfreiheit und Ehrschutz bestünde.<sup>89</sup>

Sind die unterschiedlichen Vorannahmen erstmal offengelegt, erscheint es als Selbstverständlichkeit, dass nach dem hiesigen Verständnis (besonders) sozialschädliche Verhaltensweisen, wie die Schmähkritik und die Formalbeleidigung, keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießen.<sup>90</sup> Wiederrum wird sichtbar, wie sich die theoretischen Vorannahmen auf die praktische Anwendung der Verfassung auswirken.

## II. Grundrechtstheoretische Analyse

1. *Begriff und Bedeutung der Grundrechtstheorie* Anknüpfend an die Ausführungen zum Begriff der Verfassungstheorie, lässt sich unter einer Grundrechtstheorie, als Teildisziplin oder spezifischem Ausschnitt einer Verfassungstheorie, „eine systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite“<sup>91</sup> der Grundrechte verstehen. Anders ausgedrückt geht es um das Verständnis davon, welcher Zweck den Grundrechten zukommt, wo und wie sie wirken und auf welche Weise sie angewendet und interpretiert werden.<sup>92</sup> Böckenförde unterscheidet dabei in seiner bis heute einflussreichen Zusammenstellung zwischen fünf Grundrechtstheorien, namentlich der Werttheorie der Grundrechte sowie der liberal (bürgerlich-rechtsstaatlichen), der institutionellen, der sozialstaatlichen und der demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie.<sup>93</sup> An dieser Einteilung orientiert sich auch die nachfolgende Betrachtung, wobei nicht jede der genannten Theorien für den Gegenstand der Untersuchung von Bedeutung ist.

2. *Grundrechte als objektive Wertordnung* Die Werttheorie der Grundrechte findet ihren Ausgangspunkt insbesondere in der Integrationslehre von Rudolf Smend.<sup>94</sup> Nach dieser besteht der inhaltliche Sinn eines Grundrechtskatalogs darin, „eine sachliche Reihe von einer gewissen Geschlossenheit, d.h. ein Wert- oder Güter-, ein Kultursystem“<sup>95</sup> zu normieren. Das BVerfG hat das erste Mal im Elfes-Urteil<sup>96</sup> auf die „verfassungsrechtliche Wertordnung“ Bezug genommen und diesen Ansatz dann im Lüth-Urteil<sup>97</sup> für die Grundrechte entscheidend ausgebaut.<sup>98</sup> Es stellt dort fest, „dass das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt (...) eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und dass

gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt“.<sup>99</sup> Dieser kleine Ausschnitt kann bis heute als kopernikanische Wende für das hiesige Grundrechtsverständnis bezeichnet werden. Da das BVerfG sowohl die Vermutung für die Freiheit der Rede als auch die Wechselwirkungslehre im Lüth-Urteil explizit mit der „wertsetzenden Bedeutung“ der Meinungsfreiheit begründet,<sup>100</sup> ist die grundrechtstheoretische Vorannahme, dass es sich bei Grundrechten nicht nur um subjektive Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat,<sup>101</sup> sondern zugleich um „Werte“ handelt, von besonderer Bedeutung.

a) *Zum Begriff der „Werte“* Um zu verstehen, was das BVerfG meint, wenn es von einer „Wertordnung“ spricht und um aufzuzeigen, dass zwischen dieser Klassifikation, den dogmatischen Figuren und den anderen Abwägungstopoi ein Zusammenhang besteht, ist eine Auseinandersetzung mit dem Begriff des „Werts“ unerlässlich. Werte haben einen axiologischen Charakter, das heißt, sie geben anders als „bloße“ deontologische Sätze nicht nur an, was gesollt ist, sondern auch, was prima facie das „Beste und Richtige“ ist.<sup>102</sup> Indem nun Grundrechte oder andere Elemente unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu „Werten“ werden, kommt ihnen ein moralischer Gehalt zu. Sie werden zum Bestandteil einer Gerechtigkeitskonzeption, die für sich den Anspruch einer höheren und unverbrüchlichen Richtigkeit postuliert.<sup>103</sup>

<sup>83</sup>Volkman, Verfassungslehre, S. 228.

<sup>84</sup>Hierzu auch: Volkman, Verfassungslehre, S. 227 f. und Grimm, NJW 1995, 1697 (1702). Das entspricht ganz dem Ansatz von John Stuart Mill, dass niemand für sich in Anspruch nehmen dürfe, dass er im Besitz der absoluten und letztverbindlichen Wahrheit sei, weil erst durch den Austausch von unterschiedlichen Meinungen die „Wahrheit“ zu Tage treten könnte s. John Stuart Mill (im Original von 1859), Über die Freiheit, aus dem Englischen übersetzt von Bruno Lemke, S. 72 ff.

<sup>85</sup>Volkman, Verfassungslehre, S. 225 ff.; Brugger, AöR 123 (1998), 337 (443).

<sup>86</sup>Kommers, Der Staat 37 (1998), 335 (338).

<sup>87</sup>Kommers, Der Staat 37 (1998), 335 (345); Brugger, JA 2006, 687 (688).

<sup>88</sup>Grimm, NJW 1995, 1697 (1702); Brugger, JA 2006, 687 (688).

<sup>89</sup>BVerfG NJW 2020, 2622 (Rn. 16).

<sup>90</sup>Vgl. Volkman, Verfassungslehre, S. 227, der aus der Formel den Ausschluss von sozialschädlichen Verhalten aus dem Schutzbereich des Art. 12 GG herausarbeitet.

<sup>91</sup>Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 116.

<sup>92</sup>Ossenbühl, NJW 1976, 2100; Alexy (1994), Theorie der Grundrechte, 2. Auflage, S. 29.

<sup>93</sup>Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 115 ff.; ders., NJW 1974, 1529 ff.

<sup>94</sup>Volkman, Verfassungslehre, S. 207; Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (3).

<sup>95</sup>Smend (1968), Verfassung und Verfassungsrecht in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Auflage, S. 264.

<sup>96</sup>BVerfGE 6, 32 (40 f.) – Elfes.

<sup>97</sup>BVerfGE 7, 198 – Lüth.

<sup>98</sup>Ossenbühl, NJW 1976, 2100 (2101).

<sup>99</sup>BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth.

<sup>100</sup>Vgl. BVerfGE 7, 198 (211) – Lüth.

<sup>101</sup>Grimm (1991), Die Zukunft der Verfassung, 1. Auflage, S. 397 ff.; Ossenbühl, NJW 1976, 2100 f.

<sup>102</sup>Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 126 f., 133 ff.

<sup>103</sup>Volkman, Verfassungslehre, S. 97.

b) *Die Grundrechte des Grundgesetzes als Werteordnung*  
In den Worten des BVerfG handelt es sich hierbei um eine „verfassungsrechtliche Grundentscheidung“.<sup>104</sup> Träfe dies zu, würde es sich gerade nicht um einen Ausfluss von Vorannahmen darüber handeln, wie und wo Grundrechte wirken, sondern um eine autoritative Vorgabe durch das Grundgesetz selbst. Für einen Ansatz, der den Versuch unternimmt, zu untersuchen, was die Entscheidungsstruktur des Gerichts angeleitet haben könnte, verbliebe wenig oder kein Raum. Der Verweis auf das Grundgesetz würde genügen. Doch kann die Aussage des Gerichts durchaus bezweifelt werden.

Zunächst ist festzustellen, dass das Gericht – bewusst oder unbewusst – darauf verzichtet zur Begründung dieser „Grundentscheidung“ eine positiv-rechtliche Norm des Grundgesetzes anzuführen. Ein Blick ins Grundgesetz legt nahe, weshalb hierauf verzichtet wurde. Ein eindeutiges Bekenntnis findet sich hier nicht. Es ließe sich allenfalls auf Art. 1 Abs. 3 GG abstellen. Dieser ordnet an, dass, anders als zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung,<sup>105</sup> alle drei Gewalten an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden sind. Doch entfalten die Grundrechte diese Bindungswirkung eben nur in dem normativen Gehalt, der ihnen beigemessen wird. Den normativen Gehalt selbst gibt die Vorschrift gerade nicht vor.<sup>106</sup> Im Übrigen war eine entsprechende objektivrechtliche Funktion der Grundrechte weder unter der Weimarer Reichsverfassung noch unter den Länderverfassungen nach 1945 anerkannt.<sup>107</sup> Sie kann also auch nicht als gefestigtes, lediglich überliefertes, Grundrechtsverständnis ausgewiesen werden. Als weiteres Indiz dafür, dass es sich nicht um eine Grundentscheidung durch das Grundgesetz selbst handelt, die niemand ernsthaft bezweifeln kann, sei auf die teils harsche Kritik aus der Literatur verwiesen.<sup>108</sup> So war von einer „ideologischen Überhöhung“ des Geltungsanspruchs der Grundrechte,<sup>109</sup> von der fehlenden Möglichkeit einer rationalen Begründung, wann es sich bei einer verfassungsrechtlichen Bestimmung um einen Wert handelt und welchen Inhalt sie hat,<sup>110</sup> und teilweise sogar von einer „Tyrannei der Werte“<sup>111</sup> die Rede. Viele dieser Einwände ließen sich ohne Weiteres entkräften.<sup>112</sup> Doch soll es hierauf gar nicht ankommen. Entscheidend ist allein die Erkenntnis, dass die Qualifikation der Grundrechte als objektive Wertordnung nicht durch das Grundgesetz selbst determiniert ist, sondern maßgeblich von der jeweiligen Vorstellung davon abhängt, wo und wie Grundrechte wirken sollen. Dass zwischen diesem Vorverständnis und der Entscheidungsstruktur des BVerfG ein Zusammenhang besteht, soll im Folgenden aufgezeigt werden.

c) *Die Wechselwirkungslehre* Werte postulieren als axiologische Sätze, wie gesehen, den Anspruch einer höheren und unverbrüchlichen Richtigkeit. Es ist daher das Wesensmerkmal eines Wertes auf Geltung und Realisierung zu drängen.<sup>113</sup> Wird den Grundrechten der Charakter einer objektiven Wertordnung beigemessen, geht von ihnen deshalb zwangsläufig eine Verwirklichungstendenz aus.<sup>114</sup> Sie gelten nun universal,<sup>115</sup> gerade weil sie nicht nur angeben, was gesollt ist, sondern auch, was richtig ist. Das Verhältnis zwischen ihnen und dem einfachen Recht wird hierdurch grundlegend umgestaltet. Sie stehen sich nicht mehr als isolierte oder antagonistische Teilgebiete gegenüber, sondern das einfache Recht wird nun von

der Verfassung, speziell durch die Grundrechte, angeleitet oder sogar überformt.<sup>116</sup> Das BVerfG hat diesen Wirkungsmechanismus als „Ausstrahlungswirkung“ bezeichnet.<sup>117</sup> Es lässt sich auch von einer „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung“ sprechen, die nicht mehr und nicht weniger als eine notwendige Konsequenz dieses Wertverständnisses ist.<sup>118</sup> Von dieser Warte aus erscheint es sonnenklar, dass das BVerfG zur Begründung der Wechselwirkungslehre die „wertsetzende“ Bedeutung der Meinungsfreiheit herangezogen hat. Dass dabei zusätzlich auch die Funktion, die das Gericht speziell dem Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 GG beimisst, eine tragende Rolle gespielt hat, soll an dieser Stelle nicht verschwiegen werden. Ungeachtet dessen bildet die Einordnung der Grundrechte als objektive Wertordnung aus grundrechtstheoretischer Perspektive den Ausgangspunkt der Entwicklung eines grundrechtlichen Einflusses auf das einfache Recht.

3. *Das grundrechtstheoretische Verständnis der Meinungsfreiheit* Das BVerfG hat im Lüth-Urteil indes nicht nur festgestellt, dass Art. 5 Abs. 1 GG eine objektive Wertordnung manifestiert, sondern auch, dass dem Grundrechtsabschnitt insgesamt ein solcher Charakter zukommt.<sup>119</sup> Mithin bleibt zu untersuchen, ob und welche (zusätzlichen) Funktionen das Gericht speziell der Meinungsfreiheit beimisst. Hierbei sollen die liberal-rechtsstaatliche sowie die demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie in den Blick genommen werden. Nach der liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtstheorie kommt den Grundrechten die Funktion zu, die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Übergriffen durch den Staat zu schützen.<sup>120</sup> Grundrechte sind danach Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, die für den Bürger Unterlassungsansprüche begründen und für den Staat Schranken setzen.<sup>121</sup> Freiheit wird hier als Freiheit schlechthin verstanden, die nicht erst durch den Staat konstituiert wird, sondern

<sup>104</sup>BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth.

<sup>105</sup>Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (2).

<sup>106</sup>Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (2).

<sup>107</sup>Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (2).

<sup>108</sup>Eine Zusammenfassung der Kritik bei Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 134 ff.

<sup>109</sup>Goerlich (1973), Wertordnung und Grundgesetz, S. 133 ff., 189; Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 50.

<sup>110</sup>Böckenförde (1991), Recht, Staat, Freiheit, 1. Auflage, S. 67 ff.

<sup>111</sup>Der Begriff stammt von Carl Schmitt aus: Carl Schmitt (2020), Die Tyrannei der Werte. An dieser Stelle ist auf die Verstrickungen von Carl Schmitt mit dem NS-Regime hinzuweisen. Sein Wirken als Person sowie als Jurist muss daher stets kritisch betrachtet und reflektiert werden. Da seine juristischen Konzeptionen bis heute fortwirken und das hiesige Staats- und Verfassungsverständnis bis in die Gegenwart prägen, erscheint eine Auseinandersetzung mit diesen gleichwohl unerlässlich; hierzu auch: Honer, JA 2022, 446 (448).

<sup>112</sup>Vgl. beispielsweise Volkmann, Verfassungslehre, S. 98 ff.

<sup>113</sup>Volkmann, Verfassungslehre, S. 99 f.; Carl Schmitt (2020), Tyrannei der Werte, 4. Auflage, S. 36; Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 51.

<sup>114</sup>Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.

<sup>115</sup>Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (7).

<sup>116</sup>Volkmann, Verfassungslehre, S. 317.

<sup>117</sup>BVerfG NJW 1958, 257 (258) – Lüth.

<sup>118</sup>Volkmann, Verfassungslehre, S. 317.

<sup>119</sup>Vgl. erneut: BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth.

<sup>120</sup>Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 119.

<sup>121</sup>Grimm, Die Zukunft der Verfassung, S. 406; Ossenbühl, NJW 1976, 2100 f.



diesem als „vorstaatliche Freiheit“ vorausliegt.<sup>122</sup> Dem steht konträr eine demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie gegenüber. Grundrechte dienen danach nicht primär der Sicherung der Freiheitssphäre des Einzelnen, sondern leiten ihren Sinn und ihre Bedeutung von ihrer Funktion für den öffentlichen und politischen Prozess ab, indem sie demokratische Prozesse gewährleisten und schützen.<sup>123</sup> Dem liegt ein völlig unterschiedliches Verständnis vom Verhältnis des Individuums zur Staatsgewalt zu Grunde. Grundrechten kommt nicht mehr originär die Funktion zu den demokratisch legitimierten Staatswillen zu begrenzen, sondern sie werden selbst zum Motor bei der Erzeugung dieses Willens.<sup>124</sup> Wird nun die Rechtsprechung des BVerfG in den Blick genommen, bedarf es ausnahmsweise keiner diffizilen Herleitung des grundrechtstheoretischen Verständnisses. Unzählige Male betont das Gericht die Bedeutung der Meinungsfreiheit für die „freiheitlich-demokratische Grundordnung“ und bezeichnet das Grundrecht selbst als „konstituierend“ für diese Ordnung.<sup>125</sup> Der abwehrrechtliche Gehalt wird jedoch nicht verdrängt, sondern es wird die Doppelfunktion des Grundrechts betont. Art. 5 Abs. 1 GG schütze danach sowohl die individuelle Freiheitssphäre des Einzelnen als auch den demokratischen Prozess.<sup>126</sup>

Im Folgenden ist zu untersuchen, welche praktischen Auswirkungen das nach sich zieht.

a) *Die Vermutungsformel* Die liberale-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie versteht die Freiheit als „Freiheit schlechthin“.<sup>127</sup> Ob und in welchem Umfang der Einzelne von dieser ihm gebührenden, prinzipiell unbegrenzten Freiheit Gebrauch macht, obliegt allein ihm und ist einer Bewertung durch den Staat von vorneherein entzogen.<sup>128</sup> Eine Privilegierung der öffentlichen vor der privaten Rede erscheint danach als unzulässig, während dies aus Sicht einer demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie völlig problemlos, sogar als gefordert, erscheint.<sup>129</sup>

b) *Der Begriff der allgemeinen Gesetze* Bei Durchsicht der Lüth-Entscheidung fällt auf, dass das Gericht, bevor es sich im Detail mit dem Begriff der allgemeinen Gesetze beschäftigt, zunächst feststellt, dass sich „aus der grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat ergibt, dass es vom Standpunkt dieses Verfassungssystems aus nicht folgerichtig wäre, die sachliche Reichweite gerade dieses Grundrechts jeder Relativierung durch einfaches Gesetz zu überlassen“.<sup>130</sup> Hier tritt ganz offen zutage, dass die Funktion, die das Gericht Art. 5 Abs. 1 GG für die freiheitlich-demokratische Grundordnung beimisst, auch als Ausgangspunkt der Überlegungen zur Einschränkung des Grundrechts fungierte. Denn es ließe sich – bei einem konträren Vorverständnis – durchaus anführen, dass die explizite Unterwerfung unter die allgemeinen Gesetze (qualifizierter Gesetzesvorbehalt) im Gegensatz zu einer pauschalen Unterwerfung wie beispielsweise in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG ein Primat der allgemeinen Gesetze gegenüber der Meinungsfreiheit zum Ausdruck bringt.<sup>131</sup> Das hätte zur Folge und entsprach zudem der Praxis unter der Weimarer Reichsverfassung, dass die Meinungsfreiheit im Kollisionsfall jedem Rechtsgut, mag es auch noch so unbedeutend sein, zu weichen hätte, wenn es durch ein allgemeines Gesetz verkörpert wird.<sup>132</sup> Ein solcher Ansatz

stünde der demokratisch-funktionalen Interpretation und dem hohen Rang, den das Gericht Art. 5 Abs. 1 GG beimisst, antagonistisch gegenüber, weshalb es ihm wohl ein Anliegen war, diesen gleich zu Beginn zu verwerfen.<sup>133</sup> Stattdessen hat es die bestehenden Ansätze synthetisiert und hierdurch eine Formel geschaffen, die aufgrund ihrer Flexibilität imstande war, die Bedeutung, die das Gericht dem Grundrecht einräumt, im Einzelfall angemessen zu berücksichtigen. Aus Sicht einer liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtstheorie hätte hingegen eine Entscheidung für die Sonderrechtslehre, welche die Meinungsfreiheit am weitreichendsten schützt,<sup>134</sup> nahe gelegen.

c) *Die Wechselwirkungslehre* Wie ausgeführt, hat die Klassifikation der Grundrechte als objektive Wertordnung das Verhältnis der Grundrechte zum einfachen Recht grundlegend umgestaltet. Im Zusammenspiel mit der Bedeutung, die das Gericht Art. 5 Abs. 1 GG für die demokratische Grundordnung beimisst, war der Weg für die Wechselwirkungslehre bereitet.

## D. Hypertrophie der Meinungsfreiheit durch das BVerfG?

Nachdem die Entscheidungsstruktur des BVerfG und die dahinterstehenden verfassungs- und grundrechtstheoretischen Erwägungen offengelegt wurden, soll nun abschließend die Frage aufgeworfen werden, ob hieraus eine Hypertrophie der Meinungsfreiheit gegenüber dem Ehrschutz folgt. Dabei ist insbesondere die Vermutungsformel in den Blick zu nehmen. Diese beruht primär auf dem funktionalen Verständnis des Art. 5 Abs. 1 GG als Demokratiegrundrecht. Nur ergänzend und weniger eindeutig tritt eine Ableitung aus der Menschenbildformel hinzu. Gegen die Vermutungsformel lassen sich nun verschiedene verfassungs- und grundrechtstheoretische sowie rechtsdogmatische Einwände erheben. Auf „theoretischer Ebene“ lässt sich zunächst anführen, dass eine demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie den Einzelnen für öffentliche Belange instrumentalisiert, obwohl die vornehmste Aufgabe der Grundrechte doch gerade darin besteht, dem Einzelnen einen eigenen Autonomiebereich zu gewähren. Zugespitzt formuliert würden so aus den

<sup>122</sup>Böckenförde NJW 1974, 1529 (1531); ähnlich: Kant, MdS, AA VI, S. 230f.

<sup>123</sup>Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 133; ders., NJW 1974, 1529 (1534 f.).

<sup>124</sup>Klein (1972), Die Grundrechte im demokratischen Staat, S. 13.

<sup>125</sup>BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth; 62, 230 (247); 76, 196 (208 f.).

<sup>126</sup>BVerfG NJW 1991, 95 (96); Hesse (1999), Verfassungsrecht, Rn. 387.

<sup>127</sup>Erneut insbesondere: Böckenförde NJW 1974, 1529 (1531).

<sup>128</sup>Klein, Der Staat 10 (1971), 145 (164 f.); Böckenförde, NJW 1974, 1529 (1530).

<sup>129</sup>Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 121 f., 134 f.

<sup>130</sup>BVerfG NJW 1958, 257 (258) – Lüth.

<sup>131</sup>Bettermann, JZ 1964, 601 (602 f.); Schmitt Glaeser, AöR 97 (1972), 276 (284).

<sup>132</sup>Schmitt Glaeser, AöR, 97 (1972), 276 (280).

<sup>133</sup>Schmitt Glaeser, AöR, 97 (1972), 276 (280).

<sup>134</sup>Enders, JZ 2008, 1092 (1094).



Freiheitsrechten des Einzelnen Verpflichtungen zum Wohle der Allgemeinheit.<sup>135</sup> Diese Vorwürfe mögen bei einer „reinen“ demokratisch-funktionalen Grundrechtsinterpretation ihre Berechtigung haben. Eine solche vertritt das BVerfG indes nicht. Die Funktion als Demokratiegrundrecht tritt vielmehr neben, nicht an die Stelle der Funktion als Abwehrrecht und das Gericht wird nicht müde dies zu betonen.<sup>136</sup> Gegen eine „gemäßigte“ demokratisch-funktionale Interpretation spricht hingegen nichts. Demokratie bezeichnet nicht nur ein Ensemble von Institutionen, in deren Zentrum die Wahl und Abwahl einer Regierung steht,<sup>137</sup> sondern sie lebt und verwirklicht sich diskursiv im Raum einer politischen Öffentlichkeit.<sup>138</sup> Eine Interdependenz zwischen den Kommunikationsgrundrechten und der demokratischen Grundordnung lässt sich kaum bezweifeln.<sup>139</sup> Warum es dann unzulässig sein soll, mögliche dysfunktionale Folgen für diese Ordnung, die sich aus der Beschränkung des Art. 5 Abs. 1 GG ergeben, in die Abwägung miteinzubeziehen, ist kaum nachvollziehbar.<sup>140</sup> Es handelt sich schlicht um einen zusätzlichen Topos bei der Abwägung. Die Transposition in eine Formel dient der Rechtssicherheit und Nachvollziehbarkeit.<sup>141</sup> Weiter ließe sich gegen die Vermutungsformel anführen, dass der weitreichende Schutz von Meinungsäußerungen zu einer Verrohung des politischen Diskurses führen könnte.<sup>142</sup> Liberalität könnte zu Libertinage werden.<sup>143</sup> Infolgedessen könnten insbesondere sensible Menschen aus Angst vor ehrverletzenden Äußerungen davon abgehalten werden, am öffentlichen Diskurs teilzunehmen.<sup>144</sup> Der Zweck der Vermutungsformel, öffentliche Äußerungen zu stärken, würde so ins Gegenteil verkehrt. Rechtsdogmatisch ließe sich zusätzlich auf die verfassungsrechtliche Verankerung des Ehrschutzes in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie die explizite Erwähnung in Art. 5 Abs. 2 GG verweisen.<sup>145</sup> Das sind gewichtige Argumente, denen jedoch in dieser Schärfe nicht beizupflichten ist. Zum einen betont das BVerfG, dass keine Asymmetrie zwischen den Grundrechten bestehe, sondern eine Abwägung im Einzelfall erforderlich sei.<sup>146</sup> Dieses Modell der Abwägung ermöglicht es, die Bedeutung des Ehrschutzes angemessen zu berücksichtigen. Zum anderen sind es Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG sowie die Institute der Schmähkritik und der Formalbeleidigung, die der Meinungsfreiheit (starre) Grenzen setzen. Dies sorgt dafür, dass im Gegensatz zum U.S.-amerikanischen „Vorrang-Modell“<sup>147</sup> die Möglichkeit eines schonenden Ausgleichs im Einzelfall besteht.<sup>148</sup>

## E. Fazit

Selbstverständlich lassen sich die mehr als einhundertfünfzig Bände der Entscheidungssammlung des BVerfG nicht durchweg mithilfe eines holistisch-theoretischen Ansatzes erklären. Gleichwohl werden bei genauerem Hinsehen immer wieder gewisse Vorannahmen und Zusammenhänge sichtbar. So lässt sich beispielsweise die Rechtsprechung zur Schmähkritik und Formalbeleidigung auf eine Grundanschauung des Gerichts über das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft zurückführen, wie sie in der Menschenbildformel durch das Element der Gemeinschaftsgebundenheit zum Ausdruck kommt. Gleiches gilt für die Korrelation zwischen der Wechselwirkungslehre

und der Werttheorie der Grundrechte oder der Vermutung für die Freiheit der Rede und der demokratisch-funktionalen Interpretation des Art. 5 Abs. 1 GG. Auf der Grundlage dieser Analyse konnte in einem letzten Schritt untersucht werden, inwieweit in diesem Zusammenhang von einer Hypertrophie der Meinungsfreiheit die Rede sein kann. Dabei hat sich die Entscheidungsstruktur des BVerfG sowohl in verfassungs- und grundrechtstheoretischer als auch in dogmatischer Sicht als überzeugend erwiesen.

Festzuhalten bleibt nach alledem, dass sich eine Analyse der theoretischen Grundannahmen lohnt. Sie macht das Vorhandene verständlich, zeigt mögliche Alternativen auf und ermöglicht die Diskussion auf einer höheren Abstraktionsebene.

<sup>135</sup>Von „persönlichen Berufsrechten“ spricht: Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, S. 11. Weitere Kritik: Böckenförde, NJW 1974, 1529 (1535).

<sup>136</sup>BVerfGE 33, 367 (376); 27, 1 (6); 32, 373 (378 f.): „Das Grundgesetz gewährt (...) dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung, der jeder Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist.“

<sup>137</sup>Becker/Schmidt/Zintl (2021), Politische Philosophie, 5. Auflage, S. 288; Volkman, Verfassungslehre, S. 248.

<sup>138</sup>BVerfGE 123, 267 (358 f.); Volkman, Verfassungslehre, S. 249; Habermas (1992), Faktizität und Geltung, 1. Auflage, S. 346 ff.; Bereits Aristoteles bezeichnete die „beratende Rede“ als typisch für die Volksversammlung (Becker/Schmidt/Zintl, S. 289).

<sup>139</sup>Während um die Mitte des 20. Jahrhunderts herum noch eine starke Strömung existierte, die Demokratie lediglich als Wahl und Abwahl einer Regierung charakterisierte (Becker/Schmidt/Zintl, Politische Philosophie, S. 288), kann die demokratietheoretische Annahme, dass freie Kommunikation eine elementare Voraussetzung für den demokratischen Prozess bildet, heute jedenfalls in der Bundesrepublik Deutschland als herrschend bezeichnet werden, vgl. Becker/Schmidt/Zintl, S. 288; Volkman, Verfassungslehre, S. 249.; Habermas, Faktizität und Geltung, S. 346 ff.

<sup>140</sup>Schulze-Fielitz in Dreier GG, Art. 5 Abs. 1 GG, Rn. 164.

<sup>141</sup>Ähnlich: Vesting, AöR 122 (1997), 337 (339).

<sup>142</sup>Hillgruber, JZ 2016, 495 ff.; Tettinger, JZ 1983, 317 (325).

<sup>143</sup>Sendler, NJW 1993, 2157; Redeker, NJW 1993, 1835 (1836).

<sup>144</sup>Kriele, NJW 1994, 1897 (1898).

<sup>145</sup>Kriele, 1994, 1897 (1898); Kiesel, NVwZ 1992, 1129 (1130 ff.).

<sup>146</sup>BVerfG NJW 2020, 2622 (Rn. 16).

<sup>147</sup>Grimm, NJW 1995, 1697 (1701 f.); ders., ZRP 27 (1994), 276 (277).

<sup>148</sup>Ähnlich: Grimm, NJW 1995, 1697 (1701 f.); ders. ZRP 27 (1994), 276 (277).

Zivilrecht

# Neue Lösungsansätze zur Wissenszurechnung im Konzern vor dem Hintergrund moderner Informationssysteme

## Eine versäumte Chance bei den Dieselfällen?

Schellenberg, Daniel\*

### ZUSAMMENFASSUNG

Die Frage danach, ob und wie eine Zurechnung von Wissen innerhalb einer Konzernstruktur stattfinden kann, wird nach der herrschenden Meinung mit der Ausdifferenzierung von wertenden Kriterien bejaht, welche vor allem an die Zurechnungsrichtung (bottom-up bzw. top-down) anknüpfen. Ein bisher nur wenig Zustimmung findender Ansatz der voraussetzungslosen Pauschalzurechnung könnte durch ein neues theoretisches Fundament, welches nicht nur die einzelne juristische Person, sondern auch den Konzern als rechtliches System ansieht, die Zurechnungsdiskussion vereinfachen. Ein solches *Systemwissen* kommt ohne Zurechnungsakt aus und stärkt durch klare Risikozuweisung die Markteffizienz. Auf Grundlage dieses neueren Ansatzes werden einige sog. Dieselfälle aus der Rechtsprechung einer kritischen Überprüfung unterzogen.

**Keywords** Wissenszurechnung; Systemwissen; Wissenstrennung; Konzernrecht; Gesellschaftsrecht; bottom-up; top-down; Diesel; Volkswagen; Corporate Social Responsibility

### A. Zurechnung von Wissen oder a priori-Kennntnis der juristischen Person

Zunächst erscheint es sinnvoll, die Elemente der Wissenszurechnung, dh Wissen (I.) und Zurechnung (II.), zu beleuchten und das Zurechnungsmodell auf der Ebene einer einzelnen juristischen Person zu skizzieren (III.), bevor eine Übertragung der Lösungen auf Konzernebene diskutiert werden kann.<sup>1</sup> Somit kann auch im Anschluss überprüft werden, inwieweit der neue Ansatz des Systemwissens die auf Konzernebene geltenden „*autonomen Zurechnungskriterien*“<sup>2</sup> komplementieren kann (IV.).

#### I. Begriff des Wissens als Umschreibung des Risikos einer Haftung

Das rechtstheoretische bzw. dogmatische Objekt der Zurechnung ist idR das Risiko einer Haftung.<sup>3</sup> Somit kann im Kontext der Zurechnung zu nicht natürlichen Rechtssubjekten Wissen nur im Sinne einer nachteiligen Informationsgrundlage zu verstehen sein, die bei den handelnden und leitenden verantwortlichen natürlichen Personen bestimmte Pflichten auslöst, deren Missachtung einen Haftungstatbestand erfüllen kann.<sup>4</sup>

Ferner ist jedoch ein „*biologisch-zerebraler Bezug*“<sup>5</sup> Voraussetzung für Wissen, sodass eine juristische Person mangels Bewusstsein nicht selbst wissen kann.<sup>6</sup> Dem steht gegenüber, dass das Fundament der juristischen Person in der Gleichstellung zur natürlichen Person begründet ist, sodass eine Entscheidung der Rechtsordnung dahingehend nötig wird, wie aktenmäßig festgehaltenes Wissen, zB in Datenbanken, der juristischen Person anzurechnen ist.

#### II. Begriff der Zurechnung

Daher kommt dem Begriff der Zurechnung auch die größere Bedeutung zu; nicht zuletzt, weil er offen für wertende Kriterien und Einzelfallentscheidungen ist. Die Zurechnung wird als das Einsetzen einer Rechtsfolge bei Erfüllung eines Tatbestands durch ein fremdes Rechtssubjekt aufgrund einer normativen Wertentscheidung des Rechts beschrieben.<sup>7</sup> Das Institut der Zurechnung durchbricht also das Prinzip der Selbstverantwortlichkeit aufgrund eines bestimmten Zurechnungsgrundes, zB der Arbeitsteilung in Organisationen.<sup>8</sup>

\* Der Autor studierte von 2016 bis 2022 Rechtswissenschaft an der Goethe-Universität Frankfurt am Main mit Spezialisierung auf Law and Finance.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Schellenberg, Neue Lösungsansätze zur Wissenszurechnung im Konzern vor dem Hintergrund moderner Informationssysteme – Eine versäumte Chance bei den Dieselfällen?, FraLR 2023 (02), S. 107-113. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.74689>

<sup>1</sup>Armbrüster/Kosich, ZIP 2020, 1494 (1495 f.); Denga, ZIP 2020, 945.

<sup>2</sup>Cahn, DK 2021, 177 (178); Habersack, DB 2016, 1551 (1553); Schürnbrand, ZHR 181 (2017), 357 (360 ff.).

<sup>3</sup>Lege (2004), Zurechnung neuer Risiken, in: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 173 (174 ff.); Wagner, ZHR 181 (2017), 203 (204); Hacker, RW 2018, 243 (287).

<sup>4</sup>Hacker, RW 2018, 243 (244); Lege (2004), 173 (174 f.).

<sup>5</sup>Grigoleit, ZHR 181 (2017), 160 (198).

<sup>6</sup>So ohne Zweifel und Erwartung allgemeiner KI-Systeme noch Bohrer, DNotZ 1991, 122 (126); Schüler (2000), Die Wissenszurechnung im Konzern, S. 58.

<sup>7</sup>Bork, ZGR 1994, 237 (238 f.); Sajnovits, WM 2016, 765 (767).

<sup>8</sup>Goldschmidt, ZIP 2005, 1305 (1308); Schüler (2000), S. 31.

### III. Bisheriger Konsens bei Zurechnung auf Stufe der juristischen Person

Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass das Problem der Wissenszurechnung bei juristischen Personen nicht *de lege lata* gelöst werden kann. Denn § 166 BGB gilt nur für die rechtsgeschäftliche und nicht für die komplexere organschaftliche Zurechnung;<sup>9</sup> § 31 BGB umfasst seinem Tatbestand nach nur Verrichtungshandlungen;<sup>10</sup> § 78 Abs. 2 S. 1 AktG betrifft die passive Einzelvertretungsmacht eines jeden Vorstands, bei der die Möglichkeit der Kenntnisnahme ausreicht, sodass eine Anwendung auf die Wissenszurechnung, bei der ein erhöhter Gewissheitsgrad bzgl. der Kenntnis nötig ist, zu weitgehend wäre. Mithin ist diese Gesetzeslücke rechtsfortbildend zu schließen.<sup>11</sup>

Zunächst befand das Reichsgericht mit der sog. Organtheorie, welche maßgeblich auf der Forschung *Otto von Gierkes* beruhte,<sup>12</sup> dass ein Handeln des Organwalters als Handeln der juristischen Person aufzufassen sei.<sup>13</sup> Das Wissen des Organs galt somit von sich aus als Wissen der juristischen Person, unabhängig davon, wie es erlangt oder festgehalten wurde.<sup>14</sup> Dieser Gedanke wurde in der Lehre von der absoluten Wissenszurechnung fortgeführt.<sup>15</sup>

Letztlich wurde die Rigidität dieses Ansatzes jedoch überwiegend als zu streng empfunden,<sup>16</sup> sodass sie zugunsten des Konzepts der sog. Theorie von den Wissensorganisationspflichten aufgegeben wurde,<sup>17</sup> welche im Rahmen des Karlsruher Forums 1994 maßgeblich durch *Jochen Taupitz* geprägt wurde.<sup>18</sup>

Daran anknüpfend griff der BGH erstmals in der *Schlachthof-Entscheidung*<sup>19</sup> (1990) und später im Grundsatzurteil *Altlasten*<sup>20</sup> (1996) diese neuen Überlegungen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf. Erstmals wurde ein Bezug zwischen der Wissenszurechnung und der Wissensspeicherung hergestellt, denn nur solches nach der Verkehrsanschauung als rechtserheblich qualifiziertes Wissen werde einer juristischen Person zugerechnet, welches auch typischerweise aktenmäßig festgehalten wird.<sup>21</sup> Der Aspekt des Verkehrsschutzes wird sodann mit dem Argument der Gleichstellung von natürlichen und juristischen Personen kombiniert, sodass die Vertragspartner von juristischen Personen erwarten können, weder besser noch schlechter zu stehen, als sie bei der Kontrahierung mit natürlichen Personen stünden.<sup>22</sup>

Es besteht somit die Verkehrserwartung bzgl. der in zumutbaren Grenzen pflichtgemäßen Organisation von Wissen.<sup>23</sup> Diese Informationsorganisation kann in die drei Komponenten der Informationsspeicherungs-, weiterleitungs- und -abfragepflicht unterteilt werden.<sup>24</sup> Eine zB auf dem Kriterium der erwartbaren aktenmäßigen Wissensspeicherung basierende wertende Einzelfallbetrachtung kann somit eine gerechte Verteilung von Risiken, die regelmäßig durch eine Wissensaufspaltung in arbeitsteiligen Organisationen entstehen, gewährleisten.<sup>25</sup>

Im Ergebnis leistet die Lehre von den Wissensorganisationspflichten also erstens, dass eine Einschränkung des Wissens der juristischen Person dahingehend vorgenommen wird, dass ein solches nur angenommen wird, wenn der im Außenverhältnis Handelnde aufgrund typischerweise aktenmäßig festgehaltener und geschäftsspezifisch

wesentlicher Informationen Anlass zur Kenntnis haben musste.<sup>26</sup> Zweitens wird gleichzeitig eine Pflichtendimension eröffnet, sodass eine Erweiterung der Wissenszurechnung stattfindet, wenn Weiterleitungs- oder Abfragepflichten verletzt wurden.<sup>27</sup>

### IV. Systemwissen auf der Ebene von einzelnen juristischen Personen

Ein besonderes Augenmerk ist auf einen Ansatz in der Literatur zu richten,<sup>28</sup> der zwar seit der Aufgabe der Organtheorie nicht mehr verfolgt wurde, jedoch durch zunehmende Implementierung von KI-Systemen in Großunternehmen an Fahrt gewinnen könnte. Diese Auffassung plädiert für eine eigene *a priori*-Kenntnis von juristischen Personen, da nicht zuletzt eine Vielzahl von Informationen ohnehin nicht mehr menschlichen Ursprungs ist, zB wenn sie durch Vorhersagesysteme (*prediction systems*) generiert werden.<sup>29</sup> Die Anerkennung

<sup>9</sup> Schubert in MüKo-BGB, § 166 Rn. 43, 46; Grunewald, FS Beusch, S. 301 (302, 307); Gasteyer/Goldschmidt, AG 2016, 116 (117); aA: Altmeyers GmbHG, § 35 Rn. 111; Grigoleit in Grigoleit, AktG, § 178 Rn. 35.

<sup>10</sup> Meyer, WM 2012, 2040 (2043); dafür: Koch, AktG, § 78 Rn. 24; Spindler in MüKo-AktG, § 78 Rn. 94.

<sup>11</sup> Zum Ganzen: Weller, ZGR 2016, 384 (400 ff.).

<sup>12</sup> Und die Fiktionstheorie Savignys ablöste, Schwintowski, ZIP 2015, 617 (619).

<sup>13</sup> RGZ 53, 227 (230); 59, 400 (408); BGHZ 20, 149 (153); 41, 282 (287); v. Gierke (1887), Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, S. 28 ff., 625; Schüler (2000), S. 62-68.

<sup>14</sup> Weller, ZGR 2016, 384 (400 f.).

<sup>15</sup> Richardi, AcP 169 (1969), 385 (388); Schilken (1983), Wissenszurechnung im Zivilrecht, S. 127; Jung (2017), Wissenszurechnung und Wissensverantwortung bei juristischen Personen, S. 129, 168.

<sup>16</sup> Drexler, ZHR 161 (1997), 491 (503); Faßbender/Neuhaus, WM 2002, 1253 (1255); Flume, JZ 1990, 548 (550).

<sup>17</sup> Taupitz, JZ 1996, 731 (734); Baum (1999), S. 350; Grigoleit, ZHR 181 (2017), 160 (188); Grunewald, FS Beusch, S. 301 (313 f.); Schilken in Staudinger BGB, 2021, § 166 Rn. 3, 6; Stoffels in NK-BGB, § 166 Rn. 6, 9; Bork (2016), BGB AT, 4. Aufl., Rn. 1671 f.

<sup>18</sup> Taupitz, Karlsruher Forum 1994, 16; Medicus, Karlsruher Forum 1994, 4 ff.

<sup>19</sup> BGHZ 109, 327 = NJW 1990, 975 – Schlachthofffall.

<sup>20</sup> BGHZ 132, 30 (37) = NJW 1996, 1339 – Altlastenfall.

<sup>21</sup> BGHZ 109, 327 (332); 132, 30 (38); Medicus, Karlsruher Forum 1994, 4 (14).

<sup>22</sup> BGHZ 132, 30 = NJW 1996, 1339 (1340); Medicus, Karlsruher Forum 1994, 4 (15).

<sup>23</sup> BGHZ 132, 30 (37); Bohrer, DNotZ 1991, 122 (129 f.); Baum (1999), S. 476; krit. Flume, AcP 197 (1997), 441 (445).

<sup>24</sup> BGHZ 132, 30 (37); Buck (2001), Wissen und juristische Person, S. 409 f.; Verse, AG 2015, 413 (416); Weller, ZGR 2016, 384 (402 f.); Koch, ZIP 2015, 1757 (1760); Buck-Heeb, AG 2015, 801 (803 f.).

<sup>25</sup> BGHZ 109, 327 (332).

<sup>26</sup> Bohrer, DNotZ 1991, 124 (129); Buck-Heeb, WM 2008, 281 (284); BGH NJW 2015, 1948 Rn. 25, archivierte Unterlagen per se reichen nicht.

<sup>27</sup> BGHZ 132, 30 (37); Überblick bei Armbrüster/Kosich, ZIP 2020, 1494 (1496); Guski, ZHR 184 (2020), 363 (367); kritisch: Grigoleit, ZHR 181 (2017), 160 (195 f.).

<sup>28</sup> Freyler, BB 2021, 2178; Guski, ZHR 184 (2020), 363 (376 ff.); den Begriff des „Systemwissens“ benutzend auch Weyers, Karlsruher Forum 1994, 42 f.

<sup>29</sup> Ausf. Hacker, RW 2018, 243 (267, 270 ff.) zur Kenntnis des Verkäufers, wenn ein KI-System, welches zB Immobilienbestände

eigenen Systemwissens soll auch die systemtheoretisch-philosophische Frage nach der Definition von Wissen in einer arbeitsteiligen Organisation beantworten und zum Teil das Problem der Wissenszurechnung vereinfachen.<sup>30</sup> Die klarere rechtliche Risikozuweisung erhöht somit die Verkehrssicherheit und damit auch die marktökonomische Effizienz.<sup>31</sup>

## B. Wertende Kriterien für Wissenszurechnung im Konzern

Das von *Jochen Taupitz* für juristische Personen entwickelte Modell wurde kurz darauf von *Josef Drexl* auf Konzernsachverhalte ausgeweitet.<sup>32</sup> Jedoch verlaufen gerade im Konzern die Informationsflüsse nicht unmittelbar, sondern stehen im Spannungsverhältnis von „*rechtlicher Vielheit*“ und „*funktionaler Einheit*“ (I.).<sup>33</sup> Auflösen können dieses Spannungsverhältnis vor allem wertende Kriterien, die in den Verhältnissen *bottom-up* von Konzernuntergesellschaft zur Konzernspitze (II.) und von Konzernspitze zu den Untergesellschaften *top-down* (III.) kategorisiert werden<sup>34</sup>, wenn auch einige Kriterien in beide Richtungen wirken.

### I. Spannungsverhältnis im Konzernrecht

Das in §§ 15-18 AktG kodifizierte Konzernrecht iWSt (bzw. genauer das Recht der Unternehmensgruppe)<sup>35</sup> ist nach dem Trennungsprinzip ausgestaltet, sodass die einzelnen verbundenen Unternehmen als rechtlich unabhängige Rechtssubjekte anzusehen sind. Andererseits ist auch zu erkennen, dass der Gesetzgeber in Einzelfällen vom Trennungsprinzip abweicht, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Dies ist zB bei §§ 5 Abs. 1 S. 1, 1 Abs. 1 Nr. 3 MitbestG der Fall.<sup>36</sup> Hiernach kommt es für die Konstituierung der Mitbestimmungsrechte von Arbeitnehmern im Konzern nicht darauf an, ob sie bei der Konzernober- oder -untergesellschaft angestellt sind. Für die Anwendungsbereichsvoraussetzung von 2.000 Arbeitnehmern nach § 1 Abs. 1 MitbestG wird vielmehr eine konzernübergreifende Addition tatbestandlich relevanter Umstände vorgenommen.<sup>37</sup>

Somit könnte auch der Grundsatz der Wissenstrennung zugunsten einer Wissenszurechnung durchbrochen werden, wenn andernfalls Wertungswidersprüche entstehen.<sup>38</sup>

### II. Wissenszurechnung bei Informationsflüssen Bottom-Up

Die Zurechnung von Wissen der Konzernuntergesellschaften zulasten der Konzernobergesellschaft findet *bottom-up* vor allem im Rahmen der Weisungserteilung an das abhängige Unternehmen sowie der Beherrschbarkeit des Informationsflusses statt.

*1. Steuerungs- und Direktionsgedanke* Der Steuerungs- und Direktionsgedanke aus § 166 Abs. 2 BGB begründet eine Verkehrserwartung bzgl. ordnungsgemäß organisierter Kommunikation,<sup>39</sup> sodass das Risiko der Wissensaufspaltung bei nützlicher Arbeitsteilung vom Auftraggeber getragen werden soll.<sup>40</sup>

Bei Konzernsachverhalten kann dies dahingehend weitergedacht werden, dass insbesondere die Weisungsmacht aus §§ 291 Abs. 1, 308 Abs. 1 S. 1 AktG geeignet sein kann, eine Wissenszurechnung zulasten der Konzernspitze zuzulassen.<sup>41</sup> Denn gerade das Weisungsrecht impliziert, dass ein Auskunftsrecht für etwaige Informationen besteht.<sup>42</sup> Zwar soll dies nicht pauschal gelten,<sup>43</sup> jedoch immer dann, wenn die Weisung einen geschäftlichen Bezug hat und der Verkehr auch im Einzelfall auf die ordnungsgemäße Kommunikation vertrauen darf.<sup>44</sup>

*2. Beherrschbarkeit des Informationsflusses* Einen noch präziseren Zurechnungsgrund stellt das Kriterium der Beherrschbarkeit des Informationsflusses dar.<sup>45</sup> Das Wissensmanagement im Gesamtkonzern wird typischerweise bei der Konzernspitze verortet,<sup>46</sup> sodass *bottom-up* eine Zurechnung sowohl beim faktischen als auch beim Vertragskonzern im Fall nicht ordnungsgemäßer Wissensorganisation angenommen wird.<sup>47</sup>

### III. Wissenszurechnung bei Informationsflüssen Top-Down

Die Zurechnung von Wissen der Konzernobergesellschaft auf die Untergesellschaften wird auch als Zurechnungsrichtung *top-down* beschrieben.

*1. Keine Beherrschbarkeit des Informationsflusses* In dem Verhältnis *top-down* kontrolliert das abhängige Unternehmen jedoch nicht den Informationsfluss im

---

analysiert, den Verkauf eines mit Altlasten befallenen Grundstücks dennoch empfohlen hat.

<sup>30</sup>Freyler, BB 2021, 2178 (2179).

<sup>31</sup>Zum Sinn des Zurechnungsinstituts abstrakt Abegglen, ZBJV 142 (2006), 1 (4).

<sup>32</sup>Drexl, ZHR (161) 1997, 491-521 (Habilitationvortrag).

<sup>33</sup>S. zB Drexl, Bankrechtstag 2002, 85 (102); Schulenburg (2002), Bankenhaftung bei geschlossenen Immobilienfonds. Zugleich eine Untersuchung der Wissenszurechnung im Konzern, S. 234.

<sup>34</sup>Siehe zu diesen Anglizismen Naumann/Siegel, ZHR 181 (2017), 273 (276, 301).

<sup>35</sup>Grundl. zum Begriff: Wiedemann (1988), Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, S. 14 ff; Koch, AktG, § 15 Rn. 1.

<sup>36</sup>S. weiterhin bei §§ 16 Abs. 4, 56 Abs. 2, 71d AktG oder bei §§ 100 Abs. 2 Nr. 2, 105 Abs. 1 AktG.

<sup>37</sup>Oechsler in MüKo-AktG, § 71d Rn. 9; Oetker in ErfK, MitbestG, § 5 Rn. 1; Zens, BRZ 2021, 12 (18).

<sup>38</sup>Drexl, ZHR 161 (1997), 491 (498), Trennungsprinzip wird punktuell durchbrochen.

<sup>39</sup>Guski, ZHR 184 (2020), 363 (385); Faßbender/Neuhaus, WM 2002, 1253 (1258).

<sup>40</sup>Schilken in Staudinger BGB, 2021, § 166 Rn. 5c, 6; Taupitz, JZ 1996, 731 (735).

<sup>41</sup>Schüler (2000), S. 154, 175 ff., 273.

<sup>42</sup>Grunewald, ZGR 2020, 469 (472); Schürnband, ZHR 181 (2017), 357 (367); Bosse, DK 2019, 1 (8): ungeschriebener Informationsanspruch; aA: Mader, DK 2015, 476 (484).

<sup>43</sup>Schulenburg (2002), S. 234; Spindler (2011), Unternehmensorganisationspflichten, S. 946; Baumgartner, (2009), Die Wissenszurechnung im österreichischen Zivilrecht, S. 154 ff.

<sup>44</sup>Abegglen, ZBJV 142 (2006), 1 (16); Rieckers (2004), Konzernvertrauen und Konzernrecht, S. 166.

<sup>45</sup>Drexl, Bankrechtstag 2002, 85 (110 f.); Naumann/Siegel, ZHR 181 (2017), 273 (301).

<sup>46</sup>Mader, DK 2015, 476 (477); Bosse, DK 2019, 1 (2 f.).

<sup>47</sup>Drexl, Bankrechtstag 2002, 85 (111); Bornemann, ZBB 2002, 342 (351 f.).



Konzern. Somit nimmt lediglich *Wolfgang Schüler* bei einer Weisungsmacht des Konzernvorstands auch eine Zurechnung zulasten der Tochtergesellschaft an; ein im Außenverhältnis entstandener Nachteil könne daraufhin intern von dem herrschenden Unternehmen ausgeglichen werden.<sup>48</sup>

Dagegen wird jedoch eingewandt, dass das abhängige Unternehmen eine ordnungsgemäße Wissensorganisation vom herrschenden Unternehmen weder einfordern noch Informationsansprüche gegen dieses geltend machen könne.<sup>49</sup> Denn der Kenntnisstand der Geschäftsleiter der beherrschten Gesellschaft ist strukturell schwächer als bei einer unverbundenen Gesellschaft.<sup>50</sup> Somit seien die Organe der beherrschten Gesellschaft eher mit dem schuldlosen Werkzeug eines mittelbaren Täters vergleichbar.<sup>51</sup>

Zwar legitimiert auf den ersten Blick diese Weisungsgebundenheit die „Ahnungslosigkeit der Organe des beherrschten Unternehmens“.<sup>52</sup> Indes ist dies nicht mit der Prämisse zu vereinbaren, dass das Risiko einer mangelhaften Wissensorganisation nicht auf den Verkehr abgewälzt werden soll.<sup>53</sup> Betrachtet man die Wissenszurechnung somit nicht als eine Verschuldenshaftung, sondern als eine Entscheidung über die Abgrenzung von Risikosphären, drängt sich die Beherrschbarkeit des Informationsflusses nicht unbedingt als einzig maßgebliches Kriterium für eine die Konzerngrenzen überschreitende Wissenszurechnung *top-down* auf.<sup>54</sup>

Um Missstände zu vermeiden, können im Falle der Anerkennung eines konzernweiten Systemwissens ferner gerade strategische Entscheidungen der Konzernspitze auch den Untergesellschaften zulasten gelegt werden.<sup>55</sup> Sofern sich also ein System Absatzmittlern bedient, muss der Absatzmittler für Haftungsfragen einstehen. Das Konzept des Systemwissens könnte somit auch im Verhältnis *top-down* einen Informationsfluss von geschäftsspezifischem Wissen ohne den Zwischenschritt der Zurechnung ermöglichen und letztlich den Rechtsverkehr sicherer und effizienter machen.<sup>56</sup>

**2. Vertrauen des Rechtsverkehrs in konzernweiten Informationsfluss** Andererseits kann die Beherrschbarkeit des Informationsflusses als maßgebliches Kriterium auch dann abgelöst werden, wenn die Konzerngesellschaften aufgrund einer bestimmten Informationsorganisation das berechnete Vertrauen des Rechtsverkehrs von einem entsprechenden Informationsfluss im Konzern erwecken.<sup>57</sup> Bei einer bloßen Verwendung eines gemeinsamen Firmenlogos sei dies zwar noch nicht der Fall.<sup>58</sup> Jedoch kann ein solcher Vertrauensbestand bei einer AGB-Klausel angenommen werden, welche die Kunden zum Einverständnis über die Datenverarbeitung auffordert und die konzernweite Führung von Datenbanken vorsieht.<sup>59</sup> Weiterhin erweckt der aktive Datenaustausch zwischen Konzerngesellschaften ein solches Vertrauen auch bei Auslagerung der Informationsverwaltung der Obergesellschaft oder des gesamten Konzerns auf eine abhängige Gesellschaft.<sup>60</sup>

## VI. Zwischenergebnis

Aufgrund des im Konzernrecht bestehenden Trennungsprinzips wird angenommen, dass dessen Durchbrechung eine begründungsbedürftige Ausnahme bleiben muss, die

im Verhältnis *bottom-up* maßgeblich anhand der Lehre von den Wissensorganisationspflichten bzw. der Beherrschbarkeit des Informationsflusses im Einzelfall zu modellieren ist.<sup>61</sup> *Top-down* kann mangels einer solchen Beherrschbarkeit nur sehr allgemein auf eine entsprechende Verkehrserwartung abgestellt werden, wobei schematische Lösungsansätze bisher keine Zustimmung finden.<sup>62</sup>

## C. Neuer Blickwinkel auf den Zurechnungsmechanismus

Ausgehend von den beschriebenen und in Konzernsachverhalten noch immer vertretenen Zurechnungskriterien soll der *status quo* aus einem anderen Blickwinkel kritisch reflektiert werden (I.) und sodann auf Vereinfachungsmöglichkeiten überprüft werden (II.).

### I. Fragmentierung von Verantwortung durch Wissensaufspaltung

Wie bereits eingangs auf der Stufe der juristischen Person stellt sich auch auf Konzernebene die Frage, ob nicht die Anerkennung eines Systemwissens dem Problem der Fragmentierung von Verantwortung durch global agierende Konzerne besser begegnet werden kann als das Modell der haftungsrelevanten Wissenszurechnung. So beschreibt insbesondere die neuere kritische Disziplin

<sup>48</sup>Schüler (2000), S. 168, 202; dafür auch Bornemann, ZBB 2002, 342 (352).

<sup>49</sup>Spindler (2011), S. 634, 968; Cahn, DK 2021, 177 (178); Verse, AG 2015, 413 (419).

<sup>50</sup>Servatius, ZIP 2021, 1144 (1148).

<sup>51</sup>Servatius, ZIP 2021, 1144 (1148), Audi als Absatzmittlerin der VW AG bezeichnend.

<sup>52</sup>Servatius, ZIP 2021, 1144 (1149) mit Bezug auf § 308 Abs. 2 S. 2 AktG.

<sup>53</sup>Bornemann, ZBB 2002, 342 (352).

<sup>54</sup>Bornemann, ZBB 2002, 342 (352); Schürnband, ZHR 181 (2017), 357 (368).

<sup>55</sup>Schwintowski, ZIP 2015, 617 (623), spricht immerhin schon vom „Konzern als Wissenseinheit gegenüber der Marktgegenseite“; ausdr. aA: Mader, DK 2015, 476 (484).

<sup>56</sup>S. dazu Servatius, ZIP 2021, 1144 (1149), der für eine Zurechnung im *top-down* Verhältnis plädiert und mahnt, dass im Deliktsrecht andernfalls „Missbräuchen Tür und Tor“ geöffnet seien. Weiterhin kommt es zB auch bei sog. Doppelmandatsträgerschaften im Kontext von *Ad-Hoc* Publizitätspflichten nach Art. 17 MAR auf eine nationale Zurechnungsdogmatik aufgrund des *effet utile* Grundsatzes nicht mehr an, Gruber, ZFR 2021, 316 (321); Bosse, DK 2019, 1 (7 f.).

<sup>57</sup>BGHZ 123, 224 = NJW 1993, 2807 – Knieoperationsfall; Abegglen (2004), Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, S. 105 Anm. 505, S. 288; Abegglen, ZBJV 142 (2006), 1 (20); Zens, BRZ 2021, 12 (22).

<sup>58</sup>Drexler, ZHR 181 (2017), 311 (340); so auch allgemein Spindler (2011), S. 971 f.

<sup>59</sup>Instruktiv bei BGHZ 123, 224; BGHZ 190, 201 (207, Rn. 19).

<sup>60</sup>BGHZ 123, 224 (229); Spindler in MüKo-AktG, § 78 Rn. 103; Schubert in MüKo-BGB, § 166 Rn. 66; Schürnbrand, ZHR 181 (2017), 357 (379).

<sup>61</sup>Buck-Heeb, AG 2015, 801 (804); Bork, ZGR 1994, 237 (256, 262 f.); Nobbe, Bankrechtstag 2002, 121 (159 f.); Schürnbrand, ZHR 181 (2017), 357 (361); Spindler, ZHR 181 (2017), 311 (333); Habersack, DB 2016, 1551 (1553); Schüler (2000), S. 273; Verse, AG 2015, 413 (419 f.); aA: Schwintowski, ZIP 2015, 617 (618, 622 f.).

<sup>62</sup>Abegglen, ZBJV 142 (2006), 1 (23).

des Rechts der *Law and Political Economy* (LPE), dass die rechtlichen Möglichkeiten (*legal devices*) es den Konzernen zunehmend erlauben würden, durch eine Arbeitsteilung einen überproportionalen Ertragszuwachs zu erreichen, während die Risiken und Haftung einer globalen Unternehmung weitestgehend auf einzelne Konzerngesellschaften fragmentiert (*parceled*) werden.<sup>63</sup> Konkret wurde dies nicht zuletzt bei der Lehman-Brothers-Insolvenz im Jahr 2007 ersichtlich, bei der das Risiko der Insolvenz auf die Allgemeinheit abgewälzt wurde und hohe Verluste vor allem bei institutionellen Gläubigern entstanden.<sup>64</sup> Das eigennützig gestaltbare Gesellschaftsrecht im Sinne eines *enabling corporate law* eröffnete demnach bereits vielfach die Möglichkeit, Risiken zu externalisieren.<sup>65</sup> Ferner wurde bereits früh das Phänomen beobachtet, dass je unsicherer der Geschäftsbereich ist, desto eher das zur Entscheidung relevante Wissen in den unteren Hierarchie-Ebenen angesiedelt wird.<sup>66</sup>

Dieser Trend ist der fortschreitenden Spezialisierung und Ausgliederung von Produktionsketten im Rahmen der Globalisierung immanent, sodass sich auch eine Fragmentierung von Verantwortung durch Wissensaufspaltung abzeichnet.<sup>67</sup>

Ein solcher *loss-shifting-mechanism*<sup>68</sup> könnte durch stärkere Inanspruchnahme der Konzernspitze bzw. – noch einfacher – durch entsprechende Regulierung vermieden werden.<sup>69</sup> Dem Bedürfnis nach Regulierung und der haftungsrechtlichen Betrachtung von Konzernstrukturen als funktionale Einheit kommen Konzerne immerhin teilweise durch eigene Umsetzung der Standards bzgl. der *corporate social responsibility* (CSR) nach.<sup>70</sup>

## II. Vereinfachung des Zurechnungsmodells durch Systemwissen

Dieses Desiderat der eindeutigen Risikozuweisung im Rechtsverkehr könnte die Anerkennung eines Systemwissens auch auf Konzernebene erfüllen.

Weiterhin greifen Unternehmen ua durch vollautomatisierte EDV-Systeme<sup>71</sup> oder die *og prediction systems* immer häufiger auf Informationen nichtmenschlichen Ursprungs zurück, sodass sich die Auflösung der Verknüpfung von Wissen und natürlicher Person ohnehin aufdrängt.<sup>72</sup> Als Wissen müssen demnach auch autark technisch generierte und verarbeitete Informationen gelten,<sup>73</sup> die aufgrund breit angelegter Digitalisierung und Automatisierung von Entscheidungsfindungsprozessen zur Vereinfachung des Informationsflusses in Großkonzernen führen.<sup>74</sup> Verstärkt wird dieser Prozess durch die Möglichkeit der Unternehmenssteuerung gänzlich auf Basis von Informationsgenerierung und -aggregation durch KI.<sup>75</sup> Noch bemerkenswerter: Ein realistischer Zeitpunkt für das Erscheinen von menschenähnlicher bzw. autonomer KI, welche aufgrund des immensen Datenverarbeitungspotentials ein Systemwissen geradezu konstituiert, wurde von Forschern ca. auf das Jahr 2060 datiert.<sup>76</sup>

Jedenfalls abstrakt lässt sich bereits an dieser Stelle festhalten, dass der deutsche Weg der Zurechnungsdogmatik im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen, welche diesem Problem keinen relevanten Stellenwert einräumen,<sup>77</sup> auch als unnötig kompliziert verstanden werden kann.

## D. Aktuelle Rechtsprechung und Anwendungsfälle

Ob eine Vereinfachung des bestehenden Zurechnungsmodells durch ein Systemwissen erreicht werden kann, lässt sich im Folgenden anhand der Rechtsprechung zum Diesel-Abgasskandal im Konzern der *Volkswagen AG* (VW AG) überprüfen.

Die höchstrichterliche Aufarbeitung des Dieselskandals begann zunächst mit dem BGH-Urteil vom 25.05.2020, worin die Grundzüge der deliktischen Haftung der Konzernobergesellschaft *VW AG* dargelegt wurden, welche eine unzulässige Motorsteuerungssoftware zur Regulierung der Stickoxidwerte (sog. Abschaltvorrichtung) in ihren Motoren implementierte.<sup>78</sup>

Vorab erscheint bemerkenswert, dass eine Lösung maßgeblich über die Grundsätze der sekundären Darlegungslast gefunden wurde.<sup>79</sup> Die sekundäre Darlegungslast trifft den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei, wenn letztere keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung maßgeblicher Umstände hat, jedoch der Bestreitende alle relevanten Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, diese Angaben offenzulegen.<sup>80</sup> Der Kläger konnte demnach hinreichende Anhaltspunkte für die Kenntnis zumindest einzelner Vorstandsmitglieder vortragen,<sup>81</sup> sodass das Schweigen des Vorstands der *VW AG* auf

<sup>63</sup>Pistor (2019), *The Code of Capital*, S. 47; Knöpfel, *Juridikum* 2021, 88 (89).

<sup>64</sup>Eingehend Pistor (2019), S. 48-66.

<sup>65</sup>Pistor, *Juridikum* 2021, 75 (77); Pistor (2019), S. 55.

<sup>66</sup>Lawrence/Lorsch, *Admin. Sc. Quart.* 12 (1967), 1 (40 f.); Frese/Kloock, *BFuP* 1989, 1, letztlich aber umstritten, s. Spindler (2011), S. 365, 408; Gsell, *EWiR* 2021, 365 (366).

<sup>67</sup>Schwintowski, *ZIP* 2015, 617 (622 f.).

<sup>68</sup>Pistor (2019), S. 55, 61; Pistor, *Juridikum* 2021, 75 (76 f.).

<sup>69</sup>Pistor, *Juridikum* 2021, 75 (81); Lege (2004), 173 (187). Ferner krit. ggü. Schwintowski (*ZIP* 2015, 617): Mader, *DK* 2015, 476 (484), Institut der Wissenszurechnung ist „kein Regulativ für rechtspolitische Wunschorstellungen“.

<sup>70</sup>Unter Bezugnahme auf Pistor (s. Fn. 69) bei Knöpfel, *Juridikum* 2021, 88 (97).

<sup>71</sup>So bereits *OLG Hamm v. 08.09.2011 - I 27 U 36/11*, *ZIP* 2011, 1926 (1928) zur vollautomatisierten Datenerlangung und -verarbeitung bei Bankanweisungen.

<sup>72</sup>Freyler, *BB* 2021, 2178 (2186), iE aber gegen eine Ausweitung auf Konzernebene.

<sup>73</sup>Freyler, *BB* 2021, 2178 (2186), „Notwendigkeit eines Paradigmenwechsels“.

<sup>74</sup>Freyler, *BB* 2021, 2178 (2184), Guski, *ZHR* 184 (2020), 363 (387).

<sup>75</sup>Armour/Eidenmüller, *ZHR* 183 (2019), 169 (181 f.); Hacker, *RW* 2018, 243 (244 f., 270 ff.).

<sup>76</sup>Grace/Salvatier/Dafoe/Baobao/Evans, 62 *Journal for AI Research* (2018), 729 (730). Aktuell auf eine noch schnellere Entwicklung eingehend Bubeck/Chandrasekaran/Eldan et al. (2023), *Sparks of Artificial General Intelligence*, arXiv:2303.12712v5, 92 ff.

<sup>77</sup>Wagner, *ZHR* 181 (2017), 203 (205); zB sieht Art. 1241 Abs. 5 Code civil eine strikte Haftung auch solcher Geschäftsherren vor, die selbst nicht pflichtwidrig (*faute*) handeln, Wagner, *ZHR* 181 (2017), 203 (211).

<sup>78</sup>BGH v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19; später auch 354/19; 367/19; 397/19 und 5/20.

<sup>79</sup>BGH v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19, Rn. 30 ff.; Wagner in *MüKo-BGB*, § 826 Rn. 42a.

<sup>80</sup>Nur *OLG Frankfurt am Main v. 28.09.2020 - 6 U 116/19*, Rn. 9.

<sup>81</sup>BGH *NJW* 2020, 1962 (1966); *OLG Köln NJW-RR* 2019, 984 Rn. 28.

den Vorwurf der Softwaremanipulation nicht als Bestreiten gem. § 138 Abs. 4 ZPO, sondern als Zugeständnis gem. § 138 Abs. 3 ZPO gewertet wurde.<sup>82</sup>

Daran anknüpfend soll die Haftungsfrage auf Konzernebene exemplarisch bei der *Audi AG* (I.) und bei der *Škoda a.s.* (II.) betrachtet werden, welche jedoch im Ergebnis jeweils auf Basis einer Wissenszurechnung im Konzern *top-down* verneint wurde.

### I. Audi AG

In diesem Fall hatten Kläger die *Audi AG* zunächst erfolgreich auf deliktsrechtliche Rückabwicklung des mit einem Händler geschlossenen Kaufvertrags in Anspruch genommen, weil die Fahrzeuge mit einem von der *VW AG* als Muttergesellschaft entwickelten und gelieferten Dieselmotor (EA 189) ausgestattet waren.<sup>83</sup>

Die Kläger behaupteten, der Vorstand der *Audi AG* müsse gewusst haben, dass die Konzernspitze den Motor mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung für die Abgasreinigung versehen hatte. Allerdings war die von *Audi AG* eingelegte Revision erfolgreich, sodass vom BGH keine Zurechnung über die Grenzen der Konzerngesellschaften hinweg gem. §§ 826, 31 BGB angenommen wurde.<sup>84</sup>

1. *BGH v. 08.03.2021: keine Haftung der Audi AG* Der BGH urteilte, dass sich erstens die bewusste Täuschung iSv § 826 BGB nicht durch die im Unternehmen vorhandenen kognitiven Elemente „mosaikartig“ zusammensetzen lasse, da eine solche Konstruktion dem personalen Charakter der Schadensersatzpflicht von § 826 BGB widerspreche.<sup>85</sup>

Zweitens müsse dies erst recht für die Wissenszurechnung über die Grenzen rechtlich selbstständiger Konzerngesellschaften hinaus gelten,<sup>86</sup> anders formuliert wird die Wissenszusammenrechnung im Konzern abgelehnt. Mit-hin fehle es am – für das Merkmal der Sittenwidrigkeit erforderlichen – moralischen Unwerturteil.<sup>87</sup>

Dies steht zwar im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung bzgl. des personalen Charakters der sittenwidrigen Schädigung im Rahmen von § 826 BGB.<sup>88</sup> Kritikwürdig ist an diesen apodiktischen Formeln jedoch, dass wesentliche Elemente des Tatbestandes der Zurechnung *per se* entzogen sind.<sup>89</sup> Diese haftungsrechtliche Belohnung der Wissensaufspaltung könnte ferner – vor dem Hintergrund der Fragmentierungsthese – eine ordnungsgemäße Ausgestaltung der korporativen Wissensorganisation hemmen.<sup>90</sup> Insbesondere *Beate Gsell* mahnt vor dem entstehenden Anreiz, dass „heikles Wissen“ von den Organwaltern ferngehalten wird.<sup>91</sup>

Im Übrigen hatte das OLG Naumburg als Vorinstanz auch keine Feststellungen darüber getroffen, dass das Management der *Audi AG* selbst eine Strategieentscheidung darüber traf, manipulierte Software einzusetzen. Somit konnten mangels hinreichender Anhaltspunkte auch die Grundsätze der sekundären Darlegungslast den Klägern nicht zugutekommen.<sup>92</sup>

2. *OLG München v. 28.05.2021: keine Haftung der Audi AG* Anknüpfend an die Entscheidungsgründe des BGH vom 08.03.2021 sah sich auch das OLG München daran gebunden, eine haftungsrelevante Wissenszurechnung im Rahmen des § 826 BGB abzulehnen. Dabei versuchte das

OLG München sogar, die *top-down*-Wissenszurechnung *ad absurdum* zu führen: „Denn welche Mutter(Gesellschaft) [VW AG] würde gegenüber ihrer (Tochter)Gesellschaft [Audi AG], die mit ihrem ‚Vorsprung durch Technik‘ wirbt, schon ohne Not offenbaren, dass sie die einschlägigen Abgasnormen leider nur durch Betrug einhalten kann?“<sup>93</sup>

Indes ist dieser Argumentationsweg vor dem Hintergrund des beschriebenen Modells vom Systemwissen nicht zwingend. Da das Systemwissensmodell gänzlich aus der Perspektive der eindeutigen Risikozuweisung eingesetzt wird, könnte es vielmehr eine Brücke hin zu mehr Verkehrsschutz formieren.<sup>94</sup> Es bedarf keiner formelhaften Wendungen<sup>95</sup> und kann im Sinne einer Erweiterung der Lehre von der Wissensorganisation verstanden werden. Somit könnte das Risiko des Schadenseintritts (auch) der Konzernuntergesellschaft zugewiesen werden, wenn sie Vertragspartnerin des Geschädigten war.<sup>96</sup> Die *Audi AG* würde folglich unmittelbar haften.

Überzeugend scheint es alternativ, das schädigende Verhalten *top-down* zumindest aufgrund der Unternehmensverträge zwischen der *VW AG* und der *Audi AG* zuzurechnen,<sup>97</sup> um mehr Verkehrsschutz vor abhängigen Unternehmen zu gewähren, welche funktional als Absatzmittler – konkret von EA 189 Dieselmotoren – agieren.

3. *BGH v. 25.11.2021: Haftung der Audi AG* Einen Ausgleich zu diesem jedenfalls nicht unerheblichen Missstand schuf der BGH am 25.11.2021, indem er nun doch eine Haftung der *Audi AG* zuließ.<sup>98</sup> Denn wenigstens ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der *Audi AG* iSv § 31 BGB (analog) habe nach den Feststellungen der Instanzgerichte von der Manipulation gewusst.<sup>99</sup> Die *Audi*

<sup>82</sup>Etwa BGH NJW 2018, 2412 Rn. 30 mwN.

<sup>83</sup>OLG Naumburg v. 30.10.2019 - 3 U 42/19, § 166 BGB analog iRv § 826 BGB.

<sup>84</sup>BGH v. 08.03.2021 - VI ZR 505/19, mit Anm. Cahn, DK 2021, 177.

<sup>85</sup>BGH v. 08.03.2021 - VI ZR 505/19 = NJW 2021, 1669, Leitsatz 1, Rn. 23.

<sup>86</sup>BGH v. 08.03.2021 - VI ZR 505/19, Rn. 23, 32; krit. Gsell, EWIR 2021, 365 (366).

<sup>87</sup>BGH v. 08.03.2021 - VI ZR 505/19 = NJW 2021, 1669, Leitsatz 2.

<sup>88</sup>So zB BGH v. 28.06.2016 - VI ZR 536/15, Rn. 13, 23 ff. = NJW 2017, 250 (252 f.); krit. dazu Servatius, ZIP 2021, 1144 (1147 ff.); Wagner, JZ 2017, 522 (525).

<sup>89</sup>Hacker, RW 2018, 243 (270).

<sup>90</sup>Gsell, EWIR 2021, 365 (366); so auch schon bei Wagner, JZ 2017, 522 (525).

<sup>91</sup>Gsell, EWIR 2021, 365 (366).

<sup>92</sup>BGH v. 08.03.2021 - VI ZR 505/19, Rn. 28, 30; Seulen/Krebs, DB 2021, 1592.

<sup>93</sup>OLG München v. 28.05.2021 - 8 U 6521/20, Rn. 44.

<sup>94</sup>Pistor, Juridikum 2021, 75 (81 ff.), wonach die Stabilität des Systems *va in* Krisenzeiten gefährdet ist.

<sup>95</sup>Wie zB, dass sich das Konzernwissen nicht „mosaikartig zusammensetzen“ lasse, Grigoleit, ZHR 181 (2017), 160 (195).

<sup>96</sup>In dieselbe Richtung Servatius, ZIP 2021, 1144 (1149).

<sup>97</sup>Servatius, ZIP 2021, 1144 (1149), jedoch auf die strategische Entscheidung der Konzernspitze und nicht auf das Konzernwissen im „Einheitssystem“ abstellend.

<sup>98</sup>BGH v. 25.11.2021 - VII ZR 238/20; VII ZR 243/20; VII ZR 257/20; VII ZR 38/21.

<sup>99</sup>BGH v. 25.11.2021 - VII ZR 238/20 ua.



AG trafen somit die gleichen Sorgfaltspflichten wie die VW AG als Herstellerin.<sup>100</sup>

Diese Feststellungen des OLG München wurden vom BGH für bindend erachtet, sodass es gem. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO den Tatrichtern oblag, nach freier Überzeugung zu entscheiden und dem Vortrag der Kläger zu folgen. Schließlich wurde also doch, ohne eine Wissenszurechnung *top-down* zu konstruieren, eine zufriedenstellende Lösung über die Beweislast gefunden.

## II. Škoda a.s.

Die Argumentation des OLG Frankfurt am Main im Fall der Haftung der konzernangehörigen *Škoda a.s.* fiel ganz ähnlich zu den og Ausführungen aus.<sup>101</sup> Dort hatte der Kläger bei der beklagten A-GmbH ein Fahrzeug der Marke Škoda gekauft. Die alleinige Gesellschafterin der A-GmbH ist – über eine Beteiligung an der C-GmbH – die VW AG. Ferner besteht eine Kette von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen zugunsten der VW AG.<sup>102</sup>

Mit den bekannten Argumenten<sup>103</sup> wird das Wissen der VW AG über die Abgasmanipulation bei den Dieselmotoren EA 189 *top-down* trotz identischer Gesellschafter nicht zugerechnet.<sup>104</sup>

Als Frage drängt sich jedoch auf, ob wirklich das Gesellschafterwissen einer Konzernuntergesellschaft für eine Wissenszurechnung unerheblich bleiben muss,<sup>105</sup> sofern die *Škoda a.s.* (bzw. genauer die A-GmbH) bzgl. der konkreten Abgasmanipulation nicht auf Weisung<sup>106</sup> (§ 166 Abs. 2 BGB analog) der VW AG gehandelt hat.<sup>107</sup>

Die Einschränkung der Wissenszurechnung aufgrund einer nicht feststellbaren Weisung *top-down* mündet im Ergebnis also erneut in einer Beweislastentscheidung.

## III. Zwischenergebnis zu den Dieselfällen

Dass der BGH im März 2021 die Haftung der *Audi AG* mit dem Argument, es verbiete sich eine „mosaikartige Zusammenrechnung“ von Wissen im Konzern, abgelehnt hat, erscheint auf den ersten Blick aufgrund des Trennungsprinzips einleuchtend.

Allerdings hält diese Begründung einer kritischen Reflexion nicht stand. Denn letztlich wird der Beweislastfrage eine viel zu große Bedeutung bei der Entscheidung über die Haftung von Konzerngesellschaften zugemessen. Besonders verkehrsschützend ist somit der Lösungsvorschlag, die sekundäre Darlegungslast bei § 826 BGB bereits dann auszulösen, wenn ein objektiv gravierendes Fehlverhalten, wie das Inverkehrbringen manipulierter Motoren, feststeht.<sup>108</sup>

Ein unhaltbarer Zustand kann indes nicht erkannt werden, da den Geschädigten immerhin noch die Inanspruchnahme der Konzernmutter, der VW AG, offenblieb.

Letztlich könnte aber die Anerkennung von Systemwissen auf Konzernebene den Umweg über die Beweislast vermeiden. Einer Benachteiligung der Konzernuntergesellschaften könnte durch einen internen Ausgleichsanspruch gegen die Konzernspitze begegnet werden, welche die strategische Entscheidung getroffen hat. Eine solche Lösung würde jedenfalls mehr Verkehrsschutz garantieren,

da dann die Entscheidung nach der Haftung nicht allein von unsicheren Beweislastfragen abhinge.

## E. Fazit

Das maßgebliche Kriterium der Wissenszurechnung im Konzern bleibt nach überwiegender Ansicht weiterhin die Beherrschbarkeit des Informationsflusses, sodass im Einzelfall eine wertende Betrachtung vorzunehmen ist. Jedoch stößt die Kasuistik und auf Konzernsachverhalte erweiterte Dogmatik der Wissensorganisationspflichten bei den Dieselfällen an ihre Grenzen. Die Gerichte müssen sich eines Kunstgriffs über die Beweislastfrage bedienen, um ein zufriedenstellendes Ergebnis zu erreichen.

Somit könnte ein Regelungsbedarf *de lege ferenda* zur Vereinfachung des Zurechnungssystems zugunsten der Anerkennung eines Systemwissens zumindest dann entstehen, wenn durch die Entwicklung von überlegenen allgemeinen KI-Systemen in ungefähr vierzig Jahren autonome Informationsgenerierung und -verarbeitung in Konzernen eine noch größere Rolle gewinnen.

<sup>100</sup>OLG München v. 30.11.2020 - 21 U 3457/19; 972/19; 21 U 7307/19; 21 U 5181/19.

<sup>101</sup>OLG Frankfurt am Main v. 04.09.2019 - 13 U 136/18; v. 28.09.2020 - 6 U 116/19.

<sup>102</sup>OLG Frankfurt am Main v. 04.09.2019 - 13 U 136/18, Rn. 9 = NZG 2020, 348.

<sup>103</sup>Informationsfluss für Enkelgesellschaft nicht beherrschbar, OLG Frankfurt am Main v. 04.09.2019 - 13 U 136/18, Rn. 31 a.E.

<sup>104</sup>OLG Frankfurt am Main v. 04.09.2019 - 13 U 136/18, Rn. 20, 24.

<sup>105</sup>Bei Alleingeschäftern Römmer-Collmann (1998), S. 151 f.; Spindler (2011), S. 966.

<sup>106</sup>Maßgeblich darauf abstellend Leuring/Rubner, NJW-Spezial 2020, 48 (49).

<sup>107</sup>So OLG Frankfurt v. 04.09.2019 - 13 U 136/18, Rn. 29; Altmeppen GmbHG, § 35 Rn. 118.

<sup>108</sup>Gsell, EWIR 2021, 365 (366).



# Umweltzerstörung im Krieg

## Die Rolle des Umweltkriegsverbrechens in Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut am Beispiel der Angriffe auf Atomkraftwerke in der Ukraine

Wilson, Sophie\*

### ZUSAMMENFASSUNG

Der Internationale Strafgerichtshof hat den Tatbestand des Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut („das Umweltkriegsverbrechen“) bisher noch nicht angewandt. Zahlreiche seriöse Medien berichten seit Beginn der völkerrechtswidrigen Invasion durch russische Streitkräfte in das Staatsgebiet der Ukraine von Kämpfen rund um das größte Atomkraftwerk Europas in Saporischschja. Dies rief global Furcht darüber hervor, dass es erneut zu einer Atomkatastrophe inmitten des europäischen Kontinents kommen könnte. Dieser Sachverhalt bietet Anlass für eine Diskussion über den Tatbestand des Umweltkriegsverbrechens sowie seiner Auslegungsschwierigkeiten. Anhand eines hypothetischen Sachverhalts soll veranschaulicht werden, ob das Umweltkriegsverbrechen jemals Anwendung finden kann oder ob die Menge an politischen Kompromissen in seiner Gestaltung seine Nutzbarkeit gänzlich negieren.

**Keywords** Umweltkriegsverbrechen; IStGH-Statut; Kriegsverbrechen; Völkerstrafrecht; Russisch-Ukrainischer Krieg

### A. Einführung in die Thematik

Im Laufe der Jahrtausende hat die Menschheit im Rahmen von Kriegen die Umwelt immer wieder zerstört. Dies geschah oftmals absichtlich als strategische Waffe innerhalb der Kriegsführung, oftmals aber auch lediglich als Kollateralschaden. So beschrieb schon Herodot, wie die zurückziehenden Skythen die Erde verbrannten und Wasserquellen vergifteten, um die vorrückende persische Armee unter Dareios aufzuhalten.<sup>1</sup> Auch in der jüngeren Geschichte existieren Beispiele, wie etwa der Rückzug der irakischen Streitkräfte aus Kuwait. Diese setzten gegen Ende des Golfkrieges mehr als 700 Ölquellen in Brand, wodurch riesige Ölseen in der Wüste freigesetzt wurden,<sup>2</sup> welche die Böden verseuchten. Noch dreißig Jahre später ist Kuwait durch die katastrophalen Schäden dessen gezeichnet, was von vielen als eine der schlimmsten Umweltkatastrophen der Welt angesehen wird. Klagen wegen Umweltschäden waren dennoch weit weniger erfolgreich als Klagen wegen menschlicher Schäden.<sup>3</sup> Dies zeigt, dass bestehende Rechtsvorschriften weitgehend unwirksam waren und wenig dazu beitrugen, effektiven Umweltschutz zu gewährleisten.<sup>4</sup> Der Artikel beschäftigt sich mit eben diesem Problem sowie der übergeordneten Frage, ob sich dieser Umstand durch die Einführung des Umweltkriegsverbrechens in Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut geändert hat.

Dafür wird zunächst aufgezeigt, welche Entwicklungen auf internationaler Ebene zu verzeichnen sind, die zur Entstehung des Umweltkriegsverbrechens beitrugen, bevor schwerpunktmäßig die Norm als solche analysiert wird. Beginnend mit einer Analyse des Wortlauts wird anschließend auf deren Quellen des Humanitären Völkerrechts (HVR) eingegangen, um mögliche Auslegungen gegeneinander abzuwägen. Die theoretische Untersuchung der Norm endet schließlich mit einer Abwägung der Deliktsnatur, bevor die Anwendbarkeit der Norm in einem

hypothetischen Fallbeispiel anhand des Angriffskrieges von Russland auf die Ukraine<sup>5</sup> mit Bezug auf die Atomkraftwerke Tschernobyl und Saporischschja untersucht wird. Im Rahmen dessen werden auch Probleme der Anwendbarkeit, die sich aufgrund des Wortlauts sowie der Struktur der Norm ergeben, beleuchtet.

\*Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft sowie der Philosophie an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der vorliegende Aufsatz ist die gekürzte Fassung einer 2023 geschriebenen Seminararbeit aus dem Schwerpunktbereich Kriminalwissenschaften.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Wilson, Umweltzerstörung im Krieg - Die Rolle des Umweltkriegsverbrechens in Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut am Beispiel der Angriffe auf Atomkraftwerke in der Ukraine, FraLR 2023 (02), S. 114-122. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.74691>

<sup>1</sup>Freeland (2015), Addressing the Intentional Destruction of the Environment during Warfare under the Rome Statute of the International Criminal Court, S. 5.

<sup>2</sup>Bruch/Austin (2000), The environmental consequences of war: legal, economic, and scientific perspectives, S. 13; Wald in The New York Times, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/1991/04/28/world/after-the-war-kuwaitis-having-survived-hussein-now-find-their-environment-toxic.html> (zuletzt aufgerufen am 30.07.2023).

<sup>3</sup>The United Nations Compensation Commission, Payment of Claims, 2008, abrufbar unter <https://uncc.ch/claims> (zuletzt aufgerufen am 30.07.2023).

<sup>4</sup>Cho, UCLA Journal of Environmental Law and Policy 2000, 11 (11).

<sup>5</sup>Der Aufsatz beschäftigt sich mit den Ereignissen bis zum 15.06.2023, sodass auf spätere Geschehnisse im Kriegsverlauf nicht eingegangen wird.

## B. Internationale Entwicklungen zum Schutz der Umwelt durch das Strafrecht

Um ein Verständnis für die Struktur und Bedeutung des Umweltkriegsverbrechens sowie seiner Auslegungsmöglichkeiten zu schaffen, bietet sich eine Untersuchung der Entstehungsgeschichte der Norm an. Bereits in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts finden sich Konventionen, welche dem Schutz der nichtmenschlichen Umwelt dienen, etwa die *Hague Convention IV with Respect to the Laws and Customs of War on Land* (Hague IV)<sup>6</sup> oder die *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (vierte Genfer Konvention).<sup>7</sup> Beide schützen die Natur aus anthropozentrischen Überlegungen heraus, also lediglich zugunsten des Menschen. So beziehen sie sich etwa beim Schutz von Landflächen nur auf solche, welche sich im Besitz von Einzelpersonen oder des Staates befinden. Durch diese ersten anthropozentrischen Abkommen wurde die wilde Natur nicht hinreichend berücksichtigt.<sup>8</sup> Bis zum Ende des Vietnamkrieges änderte sich auch nichts daran, dass alle internationalen Abkommen, die einen Schutz der nichtmenschlichen Umwelt in Kriegszeiten gewährleisten, dies nur zugunsten des Menschen taten.<sup>9</sup> Militärische Angriffe, welche die nichtmenschliche Umwelt schädigten, galten als ausschließlich innerstaatliches Anliegen. Diese Lücke fiel der internationalen Staatengemeinschaft durch Auslöser wie etwa den Einsatz des chemischen Entlaubungsmittels „Agent Orange“ durch die Vereinigten Staaten im Vietnamkrieg auf.<sup>10</sup> Aus dieser Erkenntnis resultierend wurden in der zweiten Hälfte des Jahrhunderts eine Reihe von Abkommen verabschiedet, welche die Verursachung von Umweltschäden (in Kriegszeiten) verbieten, selbst wenn diese Schäden „nur“ die nichtmenschliche Umwelt betreffen.<sup>11</sup>

Die Mehrheit dieser Übereinkommen begründet keine individuelle strafrechtliche Verantwortung für Verstöße. Dennoch zeichnete deren Verabschiedung den ersten großen Umbruch zugunsten der Umwelt aus. Zu erwähnen sind dabei insbesondere die *Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques* (ENMOD), welche mittlerweile der Bezugspunkt für die Schnittstelle von Umweltzerstörung und Krieg ist,<sup>12</sup> sowie das *Protocol I Additional to the Geneva Conventions of August 12, 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts* (ZP I), welches einer der maßgeblichen Bezugspunkte für die spätere Formulierung des Umweltkriegsverbrechens im IStGH-Statut war.<sup>13</sup>

Erstmals wird sich in Art. 1 ENMOD direkt mit der Frage der vorsätzlichen Beeinflussung der Umwelt während Feindseligkeiten befasst. Ferner noch ist das erste Mal das Wort *Umwelt* in einem *Jus-in-Bello*-Vertrag erschienen.<sup>14</sup> Das ZP I war hingegen das erste Instrument, das direkt auf die Frage der Umweltschäden während eines internationalen bewaffneten Konflikts Bezug nahm, womit es den Geltungsbereich der vierten Genfer Konvention erheblich erweitert hat. Trotz der durch diese Rechtsquellen geschaffenen Fortschritte in Bezug auf den Schutz der Umwelt bedeutete das Inkrafttreten des Römischen Statuts einen Umbruch im HVR. Erstmals wurde eine Norm kodifiziert, welche die Natur aus rein ökozentrischer Perspektive unter Schutz stellt und die „natürliche Umwelt“ als solche ausdrücklich erwähnt.<sup>15</sup>

Die bloße Aufnahme des Umweltkriegsverbrechens in das Römische Statut stellte somit einen bedeutenden Fortschritt für den Schutz der Umwelt im Völkerrecht dar.

Trotz der Einmaligkeit dieser Norm ergibt sich neben ihrem Regelungsgehalt auch aus der Verankerung des *in dubio pro reo* Grundsatzes in Art. 22 Abs. 2 IStGH-Statut<sup>16</sup> und dem damit einhergehenden Verbot der Erweiterung des Anwendungsbereichs jeglicher Normen über die ausdrücklich genannten Kriegsverbrechen hinaus ihr enger Anwendungsbereich. Eine analoge Auslegung anderer Tatbestände zugunsten der Umwelt verbietet sich. Damit bleibt das Umweltkriegsverbrechen bis heute die einzige Norm, welche die Umwelt so weitgehend und um ihrer selbst willen schützt.

## C. Das Umweltkriegsverbrechen nach Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut

Um eine tiefergehende Diskussion über den Tatbestand des Umweltkriegsverbrechens zu ermöglichen, ist in erster Linie dessen Wortlaut näher zu untersuchen. Dieser bietet sowohl erste Anhaltspunkte für die notwendige Auslegung der Begriffe und ermöglicht es darüber hinaus, die Grenzen derselben abzustecken.

### I. Der Wortlaut des Umweltkriegsverbrechens

#### (2) Im Sinne dieses Statuts bedeutet Kriegsverbrechen

<sup>6</sup>Lawrence/Heller, GIELR 2007, 61 (65).

<sup>7</sup>In dieser wird die Umwelt nicht wörtlich erwähnt, dennoch bietet beispielsweise Art. 53 der vierten Genfer Konvention einen gewissen Schutz für die nicht-menschliche Umwelt.

<sup>8</sup>Lawrence/Heller, GIELR 2007, 61 (65 f.).

<sup>9</sup>Lawrence/Heller, GIELR 2007, 61 (65).

<sup>10</sup>Dalton, University of Baltimore Law Review 1996, 180 (211); Seacor, American University International Law Review 1996, 481 (488); Hulme (2004), War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold, S. 71.

<sup>11</sup>Herangezogen werden können hier beispielsweise die Biowaffenkonvention, die Londoner Konvention über die Verhütung der Meeresverschmutzung durch das Einbringen von Abfällen und anderen Stoffen, das internationale Übereinkommen von 1973 zur Verhütung der Meeresverschmutzung durch Schiffe, das Übereinkommen über das Verbot chemischer Waffen, das Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung oder auch das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen.

<sup>12</sup>Winter in JURIST, <https://www.jurist.org/commentary/2022/04/elliott-winter-ukraine-conflict-environmental-war-crime/> (zuletzt aufgerufen am 30.07.2023).

<sup>13</sup>Cottier (2016) in Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the ICC, Article 8 Rn. 253.

<sup>14</sup>Roberts (2000) in Austin/Bruch, The Environmental Consequences of War: Legal, Economic and Scientific Perspectives, The Law of War and Environmental Damage, S. 47 ff.

<sup>15</sup>Freeland (2015), Addressing the Intentional Destruction of the Environment during Warfare under the Rome Statute of the International Criminal Court, S. 205.

<sup>16</sup>Judgment on the appeal of Mr. Germain Katanga against the decision of Pre-Trial Chamber 1 entitled "Decision on the Defence Request Concerning Languages", Prosecutor v. Germain Katanga. Case No. ICC-01/04-01/07 (OA3). Appeals Chamber (27 May 2008), Rn. 39.

(b) andere schwere Verstöße gegen die innerhalb des feststehenden Rahmens des Völkerrechts im internationalen bewaffneten Konflikt anwendbaren Gesetze und Gebräuche, nämlich jede der folgenden Handlungen:

(iv) vorsätzliches Führen eines Angriffs in der Kenntnis, dass dieser auch Verluste an Menschenleben, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder weit reichende, langfristige und schwere Schäden an der natürlichen Umwelt verursachen wird, die eindeutig in keinem Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen

Art. 8 IStGH-Statut kategorisiert die Straftaten nach der Art des Konflikts, in dem das jeweilige Kriegsverbrechen anwendbar ist. Für die Kriegsverbrechen in Unterabsatz (b) steht fest, dass diese schon dem Wortlaut nach nur in internationalen bewaffneten Konflikten begangen werden können.<sup>17</sup> Der Wortlaut „jede der folgenden Handlungen“ impliziert Ausschließlichkeit und deutet darauf hin, dass die in diesem Absatz aufgezählten Kriegsverbrechen als erschöpfend zu betrachten sind.<sup>18</sup> Zudem kann die Formulierung „innerhalb des feststehenden Rahmens des Völkerrechts“ so interpretiert werden, dass Straftaten im Sinne der Norm im Einklang mit etabliertem HVR auszulegen sind, was einer allzu progressiven Auslegung der Norm entgegensteht.<sup>19</sup>

Aus der Disjunktion „oder“ in (iv) lässt sich entnehmen, dass das Umweltkriegsverbrechen losgelöst von den Varianten der Norm betrachtet werden kann, welche dem Schutz der Zivilbevölkerung dienen.<sup>20</sup> Somit kann festgehalten werden, dass das Ziel der Norm darin besteht, die vorsätzliche Durchführung von Angriffen zu verbieten, die in Kriegszeiten eindeutig unverhältnismäßige Schäden an der natürlichen Umwelt verursachen können.

## II. The Elements of Crime

Über die generellen Anforderungen hinaus finden sich in Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut die *Elements of Crime*, also die Verbrechenmerkmale, welche den Tatbestand zum Kriegsverbrechen konkretisieren. Zum einen soll dadurch die uneingeschränkte Achtung der Rechte der Angeklagten gewährleistet werden, um dem Grundsatz *nullum crimen sine lege* Rechnung zu tragen.<sup>21</sup> Es wurde darüber hinaus allerdings auch als notwendig erachtet, den Ermessensspielraum der IStGH-Richter zu begrenzen sowie die Entscheidungen des Gerichts berechenbarer zu gestalten,<sup>22</sup> weswegen die Straftatbestände des Römischen Statuts letztlich definiert und ihre Tatbestandsmerkmale spezifiziert wurden. Diese Merkmale sind für die Richter nicht bindend, sondern dienen vielmehr als Hilfestellung.<sup>23</sup>

In Bezug auf das Umweltkriegsverbrechen umfassen die *Elements of Crime* diejenigen, die sich auf das Verhalten selbst beziehen (*actus reus*) und solche, die auf die Einstellung des mutmaßlichen Täters eingehen (*mens rea*). Die Annahme der Merkmale auch durch Staaten, welche das Römische Statut nicht ratifiziert haben, ist

ein guter Indikator dafür, dass diese das geltende HVR akkurat widerspiegeln.<sup>24</sup>

## III. Auslegung des Kriegsverbrechens in Hinblick auf das HVR

Da dieser erste ökozentrische Tatbestand noch nie vom IStGH angewandt wurde, gibt es keine Rechtsprechung, die zur Interpretation herangezogen werden kann. Auch die Kurzdefinition im IStGH-Statut besteht lediglich aus unbestimmten Rechtsbegriffen, welche ihrerseits kaum Aufschlüsse zum Verständnis derselben geben. Gemäß Art. 21 IStGH-Statut kann somit als Nächstes auf die Grundsätze und Regeln des HVR zurückgegriffen werden.<sup>25</sup>

Das Umweltkriegsverbrechen stammt aus mehreren Quellen, namentlich dem ZP I,<sup>26</sup> Hague IV, sowie den Verträgen über das Verbot bestimmter Waffen und dem humanitären Völkergewohnheitsrecht.<sup>27</sup> All diese Quellen sowie die Protokolle des *Preparatory Committee* müssen somit für eine akkurate Auslegung der Tatbestandsmerkmale herangezogen werden.

## D. Detaillierte Untersuchung des Umweltkriegsverbrechens

Um zu schauen, inwieweit ein Sachverhalt realistischerweise unter die Tatbestandsmerkmale subsumiert werden könnte, sind zunächst die Merkmale selbst genauer zu untersuchen.

<sup>17</sup>Ambos (2022), *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, 2. Aufl., S. 118 ff.; Cottier (2016) in Triffterer/Ambos, *The Rome Statute of the ICC*, Article 8 Rn. 28.

<sup>18</sup>Freeland (2015), *Addressing the Intentional Destruction of the Environment during Warfare under the Rome Statute of the International Criminal Court*, S. 214.

<sup>19</sup>Ambos (2022), *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, 2. Aufl., S. 160.

<sup>20</sup>Freeland (2015), *Addressing the Intentional Destruction of the Environment during Warfare under the Rome Statute of the International Criminal Court*, S. 205.

<sup>21</sup>Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Fiftieth Session Supplement No. 22 (A/50/22), §§ 57 – 58.

<sup>22</sup>Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court Volume I, (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996). Fifty-first Session Supplement No.22 (A/51/22), § 55.

<sup>23</sup>Assembly of States Parties to the Rome Statute, First session. New York, 3-10 September 2002, ICC-ASP/1/3.

<sup>24</sup>Cottier (2016) in Triffterer/Ambos, *The Rome Statute of the ICC*, Article 8 Rn. 25.

<sup>25</sup>Dies ist dahingehend sinnvoll, dass es eine allzu progressive Auslegung der Merkmale ausschließt, welche sich mit höherer Messlatte an anderer Stelle im HVR wie etwa im ZP I wiederfinden.

<sup>26</sup>An dieser Stelle kann vergleichend der Vorschlag von Neuseeland und der Schweiz auf der Sitzung des Preparatory Committee Februar 1997 angeführt werden, welcher sich u.a. auf ZP I stützt, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.1/DP.2.

<sup>27</sup>Cottier (2016) in Triffterer/Ambos, *The Rome Statute of the ICC*, Article 8 Rn. 51; Cottier/Dörmann (2016) in Triffterer/Ambos, *The Rome Statute of the ICC*, Article 8 Rn. 180.



## I. Actus Reus

Der schwerpunktmäßig analysierte *actus reus* setzt voraus, dass ein „weit reichender“, „langfristiger“ und „schwerer“ Schaden verursacht wird. Die Konjunktion *und* signalisiert, dass die Merkmale kumulativ vorliegen müssen, was die Maßstäbe, um zu beweisen, dass der Tatbestand erfüllt wurde, hoch ansetzt.<sup>28</sup> Für die drei unbestimmten Rechtsbegriffe sind im Römischen Statut selbst keine Definitionen angelegt.<sup>29</sup> Somit kann zur Auslegung nach Art. 21 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut im zweiten Schritt das HVR herangezogen werden, also zunächst die ENMOD sowie das ZP I.

1. *ENMOD* Zunächst kommt Art. 1 Abs. 1 ENMOD in Betracht, welcher aus einer ähnlichen Terminologie besteht und voraussetzt, dass ein „weit reichender“, „langfristiger“ oder „schwerer“ Schaden verursacht wird. Die Norm ist allerdings auf solche Schäden begrenzt, welche durch umweltverändernde Technik hervorgerufen werden.<sup>30</sup> Das disjunktive *oder* macht zudem kenntlich, dass die Begriffe im Sinne der ENMOD nicht kumulativ vorliegen müssen.<sup>31</sup> Aus Sicht der Umweltintegrität hat die Verwendung der konjunktiven Form im IStGH-Statut somit effektiv einen Rückschritt gegenüber dem Standard bedeutet, der zuvor durch die ENMOD festgelegt wurde.<sup>32</sup> Die CCD (Conférence du Comité du Désarmement)<sup>33</sup> hat Auslegungshilfen für die ENMOD herausgegeben,<sup>34</sup> welche für das tiefergehende Verständnis der Norm aufschlussreich sind. Durch diese wird das Kriterium „schwer“ als ein solcher Schaden verstanden, der „eine ernsthafte oder bedeutende Störung oder Schädigung des menschlichen Lebens, der natürlichen oder wirtschaftlichen Hilfsquellen oder sonstiger Güter“ mit sich bringt. „Weit reichend“ im Sinne ihrer Auslegung meint „ein Gebiet von mehreren hundert Quadratkilometern“, und „langfristig“ umschreibt „einen Zeitraum von mehreren Monaten oder etwa eine[r] Saison“.

In der Theorie könnten diese Maßstäbe als Anhaltspunkt für eine Auslegung des Umweltkriegsverbrechens hilfreich sein. Allerdings hat die CCD spezifiziert, dass diese vorgeschlagenen Maßstäbe nur für die ENMOD gelten sollen und gerade nicht dazu bestimmt sind, die Auslegung derselben oder ähnlicher Begriffe zu präjudizieren, wenn sie im Zusammenhang mit einem anderen internationalen Übereinkommen verwendet werden.<sup>35</sup> Die ENMOD bietet somit keinen Aufschluss über die Auslegung der Begriffe im IStGH-Statut.

2. *ZP I* Der nächste Blick fällt auf das ZP I. Hier sind insbesondere Art. 35 Abs. 3, 55 Abs. 1 ZP I relevant, welche ebenfalls aus ähnlichen unbestimmten Rechtsbegriffen zusammengesetzt sind sowie die Verpflichtung beinhalten, die natürliche Umwelt zu schützen. Im Gegensatz zur ENMOD existiert für das ZP I kein dem Vertrag offiziell beigefügtes *Understanding*, weshalb die Interpretation der Begriffe im Rahmen dessen nicht einfacher ist als im Rahmen des IStGH-Statuts. Eine Konkretisierung der Begrifflichkeiten kann sich hier folglich nur aus dem Zusammenhang des Protokolls selbst ergeben:

Der erste Unterschied zur ENMOD ist, dass im ZP I die Merkmale wie im IStGH-Statut kumulativ vorliegen müssen. In Bezug auf das Tatbestandsmerkmal „ausgedehnt“ gehen Kommentatoren<sup>36</sup> davon aus, dass eine absolute Größenordnung von mehreren hundert bzw.

tausend Quadratkilometern gemeint ist.<sup>37</sup> Der Begriff „langanhaltend“ ist umstritten. Der Generalsekretär der UN führte im Jahre 1993 in einem Bericht an die Generalversammlung aus,<sup>38</sup> dass etwa die *Travaux Préparatoires* dahingehend auszulegen seien, dass der Begriff sich auf Jahrzehnte und nicht auf Monate beziehe. Auch andere Kommentatoren verweisen auf diese Quelle und legen das Tatbestandsmerkmal dahingehend aus, dass entweder von 30 Jahren<sup>39</sup> oder von 15 Jahren<sup>40</sup> die Rede sei. Ohne rationale Begründung<sup>41</sup> hat sich die Vorstellung dahingehend gefestigt, dass etwa mit einem Jahrzehnt zu rechnen sei.

Auch die Anforderungen an den Begriff der „Schwere“ sind merklich höher angesetzt: Nach Witteler ist nur ein solcher Schaden „schwer“ im Sinne der Norm, der einer völligen Vernichtung des Ökosystems gleichkommt.<sup>42</sup> Der ausdrückliche Ausschluss der Übertragbarkeit der ENMOD könnte darauf hindeuten, dass das ZP I eine andere Größenordnung hat und ein anderes Schutzziel verfolgt als die ENMOD. Diese hohe Schwelle macht es jedenfalls unwahrscheinlich, dass Schäden im Rahmen einer konventionellen Kriegsführung unter diese Bestimmung fallen könnten.<sup>43</sup> Würde von diesen erhöhten Anforderungen ausgegangen werden, würde das Umweltkriegsverbrechen in den meisten Fällen redundant, da eine Verwirklichung der Norm unter

<sup>28</sup>Freeland (2015), Addressing the Intentional Destruction of the Environment during Warfare under the Rome Statute of the International Criminal Court, S. 208.

<sup>29</sup>Darüber hinaus haben die Wörter in verschiedenen Artikeln ein und desselben Rechtsinstruments nicht notwendigerweise dieselbe Bedeutung.

<sup>30</sup>1976 CCD Understanding Relating to Article II of ENMOD, 31 United Nations General Assembly Official Records Supp. No. 27 (A/31/27), Annex II.

<sup>31</sup>Arnold (2016) in: Liivoja/McCormack, Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict, The protection of the environment.

<sup>32</sup>Freeland (2015), Addressing the Intentional Destruction of the Environment during Warfare under the Rome Statute of the International Criminal Court, S. 207.

<sup>33</sup>Die Genfer Konferenz des Abrüstungsausschusses.

<sup>34</sup>Witteler (1993), Die Regelungen der neuen Verträge des humanitären Völkerrechts und des Rechts der Rüstungsbegrenzung mit direktem Umweltbezug, S. 240 ff.

<sup>35</sup>Witteler (1993), Die Regelungen der neuen Verträge des humanitären Völkerrechts und des Rechts der Rüstungsbegrenzung mit direktem Umweltbezug, S. 243 ff.

<sup>36</sup>Beyerlin (2000), Umweltvölkerrecht, S. 308.

<sup>37</sup>Kirchner (2002), Umweltschutz während bewaffneter Konflikte, S. 64.

<sup>38</sup>Freeland (2015), Addressing the Intentional Destruction of the Environment during Warfare under the Rome Statute of the International Criminal Court, S. 208.

<sup>39</sup>Kirchner (2002), Umweltschutz während bewaffneter Konflikte, S. 64.

<sup>40</sup>Sandoz/Swinarski/Zimmermann (1987), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949.

<sup>41</sup>Lohbeck (2004), Hamburger Beiträge zur Friedensforschung und Sicherheitspolitik, Umwelt und bewaffneter Konflikt: Dilemma ohne Ausweg?, S. 41.

<sup>42</sup>Kirchner (2002), Umweltschutz während bewaffneter Konflikte, S. 64.

<sup>43</sup>Bouvier (2011), How does law protect in war? Volume II., 3. Aufl., Rn. 606.



ZP I-Standards lediglich in den ungeheuerlichsten Fällen erfüllbar wäre.<sup>44</sup>

3. *United Nations Environment Programme* Das *United Nations Environment Programme* (UNEP) schlug hierauf vor, die Begriffe wie folgt zu verstehen: „Weit reichend“ im Sinne des IStGH-Statuts sollte ein Gebiet von mehreren hundert Quadratkilometern umfassen; „langfristig“ sollte einen Zeitraum von mehreren Monaten oder etwa einer Jahreszeit bedeuten und nur solche Schäden sollten „schwer“ sein, die eine ernsthafte oder erhebliche Störung oder Schädigung des menschlichen Lebens, der natürlichen wirtschaftlichen Ressourcen oder anderer Vermögenswerte bedeuteten.<sup>45</sup> Einige Experten plädieren für eine analoge Anwendung dieser UNEP-Definitionen auf das Umweltkriegsverbrechen,<sup>46</sup> wobei dieses um die Aufnahme einer subjektivierten Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ergänzen sei.

In Ermangelung regulierter Definitionen oder Vereinbarungen, welche eine Orientierung bieten, wird es letztlich auf die Auslegung und Interpretation durch den Gerichtshof selbst ankommen, um die genaue Bedeutung der Begriffe zu bestimmen. Die Richter des IStGH werden ihre Schlussfolgerungen allerdings zumindest teilweise auf Umweltbelange stützen müssen, wenn sie eine niedrigere Auslegung dieser Begriffe als die Schwellenwerte der ENMOD oder des ZP I wählen wollten.<sup>47</sup> Da das von der UNEP vorgeschlagene Verständnis den niedrigeren Schwellenwerten der ENMOD entspricht, wird dieses als Voraussetzung im hypothetischen Beispiel unter Abschnitt E.II. zugrunde gelegt.

## II. *Mens Rea*

Gemäß Art. 21 Abs. 1 IStGH-Statut wird für die Auslegung des *mens rea* an erster Stelle das IStGH-Statut herangezogen. Dass eine Form des Vorsatzes erforderlich ist, ist unstrittig, hingegen herrscht hinsichtlich des Vorsatzgrades Uneinigkeit. Stimmen in der Literatur argumentieren, der IStGH würde das Merkmal des Wissens in diesem Zusammenhang sehr eng auslegen und verlange, dass der Täter sich bewusst sei, dass seine Handlungen "praktisch sicher" zu dem rechtswidrigen Ergebnis führen werden, was im Romanischen Rechtssystem *dolus directus II* entsprechen würde.<sup>48</sup> Andere Stimmen plädieren hingegen dafür, dass der Idee nach auch *dolus eventualis* ausreicht.<sup>49</sup> Durch dieses doppelte Vorsatzerfordernis sowie der Kenntnis nach Art. 30 IStGH-Statut wird die praktische Anwendung der Norm weitgehend eingeschränkt: Ein Täter handelt danach nur mit *mens rea*, wenn er im Voraus weiß, dass ein ausgeübter Angriff weit reichende, langfristige und schwere Schäden an der natürlichen Umwelt verursachen wird (also den Tatbestand des *actus reus* verwirklichen wird); subjektiv einen geringen militärischen Vorteil des Angriffs sieht, sowie bewusst zu dem Schluss kommt, dass der Angriff infolgedessen eindeutig unverhältnismäßig ist.<sup>50</sup>

## III. *Verhältnismäßigkeit*

Der Begriff der eindeutigen Unverhältnismäßigkeit ist nicht weniger umstritten. Das Umweltkriegsverbrechen verlangt, dass der Schaden im Sinne der Norm ein solches Ausmaß erreichen wird, dass er eindeutig in keinem

Verhältnis zu den insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteilen steht.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung entstammt dem Wortlaut von Art. 57 Abs. 2 lit. b ZP I, welcher jedoch durch die Formulierungen „eindeutig“ und „insgesamt“ ergänzt wurde. Dies räumt dem verantwortlichen militärischen Befehlshaber einen großen Ermessensspielraum ein.<sup>51</sup> Die Formulierung „eindeutig“<sup>52</sup> stellt dabei sicher, dass eine strafrechtliche Verantwortung nur in den Fällen gegeben ist, in denen die Unverhältnismäßigkeit des zufälligen Schadens offensichtlich ist.<sup>53</sup>

Bei dem militärischen Vorteil handelt es sich um einen Begriff, welcher durch die jeweiligen unterschiedlichen Befehlshaber verschieden interpretiert werden kann. Dies ist explizit gewollt: Das Umweltkriegsverbrechen spricht wörtlich von einem erwarteten Schaden, sodass bereits die *Elements of Crime* eine Prüfung der militärischen Proportionalität auf subjektiver Ebene festsetzen.<sup>54</sup> Der Ausdruck „konkreter und unmittelbarer militärischer Vorteil“ bezieht sich somit auf einen solchen, der zum maßgeblichen Zeitpunkt für den Täter vorhersehbar ist,<sup>55</sup> wodurch unvorhergesehene und nachträgliche Rationalisierungen explizit ausgeschlossen sind.<sup>56</sup> Umweltvergehen im Krieg

<sup>44</sup>Lawrence/Heller, GIELR 2007, 61 (68).

<sup>45</sup>Cottier (2016) in Triffterer/Ambos, *The Rome Statute of the ICC*, Article 8 Rn. 254.

<sup>46</sup>Cottier (2016) in Triffterer/Ambos, *The Rome Statute of the ICC*, Article 8 Rn. 253.

<sup>47</sup>Freeland (2015), *Addressing the Intentional Destruction of the Environment during Warfare under the Rome Statute of the International Criminal Court*, S. 208.

<sup>48</sup>Winter in JURIST, <https://www.jurist.org/commentary/2022/04/elliott-winter-ukraine-conflict-environmental-war-crime> (zuletzt aufgerufen am 30.07.2023).

<sup>49</sup>Hulme (2004), *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*, S. 74; Cottier (2016) in Triffterer/Ambos, *The Rome Statute of the ICC*, Article 8 Rn. 254.

<sup>50</sup>Lawrence/Heller, GIELR 2007, 61 (78).

<sup>51</sup>von Hebel/Robinson (1999) in Lee, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results, Crimes within the jurisdiction of the court*, S. 111.

<sup>52</sup>Ungeachtet etwaiger Unklarheiten darüber, was der Begriff „unverhältnismäßig“ bedeutet, deutet die Aufnahme des Deskriptors „eindeutig“ darauf hin, dass die erforderliche Schwelle noch höher angesetzt sein soll als bei lediglich unverhältnismäßigem Schaden.

<sup>53</sup>International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 39 ILM 1257 (13 June 2000), § 21; Arnold (2016) in: Liivoja/McCormack, *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict, The protection of the environment*.

<sup>54</sup>Freeland (2015), *Addressing the Intentional Destruction of the Environment during Warfare under the Rome Statute of the International Criminal Court*, S. 210.

<sup>55</sup>Preparatory Commission for the International Criminal Court, „Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court“. PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (2000), Art. 8(2) (b) (iv), Fn. 36.

<sup>56</sup>Dörmann (2004), *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, S. 163.

sind nur dann vom Tatbestand des Umweltkriegsverbrechens erfasst, wenn sie das Gebot militärischer Proportionalität verletzen,<sup>57</sup> wobei der militärische Wert einer oder mehrerer bestimmter Handlungen dabei auf der Grundlage des allgemeinen Zwecks der jeweiligen Operation zu bestimmen ist.<sup>58</sup> Diese Maßstäbe in Verbindung mit dem bereits Erörterten führen dazu, dass Umweltfragen in der Praxis gegenüber militärischen Interessen prinzipiell nachrangig behandelt werden und die meisten Entscheidungen aufgrund militärischer Abwägungen die Umwelt zu schädigen straflos wären.<sup>59</sup>

Es wird verlangt, dass gerade der Täter die Wertung vorgenommen hat, dass die Durchführung eines Angriffs eindeutig unverhältnismäßig wäre.<sup>60</sup> Ob er sinnvollerweise eine andere Wertung hätte vornehmen sollen, ist irrelevant. Das Gericht ist explizit nicht in der Position, diese Wertung aus der *ex-post* Sicht eines vernünftigen Befehlshabers zu überprüfen.<sup>61</sup> Dieses subjektivierte Verständnis bedeutet, dass selbst ein Befehlshaber, der nicht weiß, dass er eine Abwägung vorzunehmen hat, niemals eine eindeutige Unverhältnismäßigkeit feststellen kann, und somit freigesprochen werden müsste.<sup>62</sup> Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist mithin stark gegen die Feststellung einer Unverhältnismäßigkeit im Einzelfall gewichtet.

#### IV. Deliktsnatur

Aus der Perspektive deutscher Dogmatik ist für die Auslegung des Tatbestands noch interessant einzuordnen, welche Deliktsnatur das Umweltkriegsverbrechen aufweist.

1. *Das Umweltkriegsverbrechen als Gefährdungsdelikt* Der Wortlaut der Norm deutet auf ein Gefährdungsdelikt hin. Der Tatbestand verlangt lediglich das Führen eines Angriffs, welcher – im Futur formuliert – einen Schaden verursachen wird. Es wird gerade nicht das Vorliegen eines Schadens vorausgesetzt, sondern lediglich die schädigende Handlung. Eine historische Auslegung der Norm führt zu demselben Ergebnis. Das *Preparatory Committee* hat sich hierzu explizit geäußert und mit Verweis auf den Wortlaut „verursachen wird“<sup>63</sup> festgehalten, dass für eine Begehung nicht erforderlich ist, dass der Schaden bereits eingetreten ist. Diese Auslegung steht auch im Einklang mit dem *Telos* der Norm: Diese soll militärische Befehlshaber davon abhalten, Entscheidungen zu treffen, welche sich in besonderem Maße negativ auf die Umwelt auswirken werden. Auch aus strafprozessualer Sicht ist diese Auslegung überzeugend, da sonst etwa bei Zugrundelegung der ZP I-Standards eine Verfolgung schwerwiegender Verbrechen gegen die Umwelt erst Jahrzehnte später möglich wäre. Somit ist schlüssig, dass es sich bei dem Umweltkriegsverbrechen um ein Gefährdungsdelikt handelt, welches bereits mit dem Eintritt der Gefährdung für das geschützte Rechtsgut vollendet wird.<sup>64</sup>

2. *Ausprägung des Gefährdungsdelikts* Weiterhin kann aus deutscher Perspektive diskutiert werden, ob es sich um (a) ein konkretes Gefährdungsdelikt handelt, bei welchem tatsächlich eine Gefahr vorliegen muss oder (b) ein abstraktes Gefährdungsdelikt gegeben ist, bei welchem bereits die generelle Gefährlichkeit der Handlung unter Strafe gestellt wird.

Für eine Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt lässt sich mit der systematischen Verortung des deutschen Pendant im Völkerstrafgesetzbuch argumentieren. Dieses ist in § 11 Abs. 3 VStGB normiert.<sup>65</sup> Die Norm behandelt verbotene Methoden der Kriegsführung, was dafürspricht, dass bereits eine bestimmte Handlung unter Strafe gestellt werden soll und nicht der Eintritt eines Erfolges.

Es gibt allerdings gute Argumente, die gegen ein Verständnis der Norm als abstraktes Gefährdungsdelikt sprechen: Zum einen ist der Wortlaut gerade nicht darauf angelegt, dass bereits die Handlung für sich genommen als gefährlich zu betrachten ist. Es ist das tatsächliche Vorliegen der Gefahr, welches unter Strafe gestellt wird.

Auch würde eine Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt den Geltungsbereich des Umweltkriegsverbrechens unzulässig erweitern: Bei Annahme eines solchen würde die grundsätzliche Gefährlichkeit einer Handlung für die Umwelt bereits unter Strafe stehen. Ungeachtet des *actus reus* sind jedoch viele Handlungen im Krieg prinzipiell für die Umwelt gefährlich: Jeglicher Angriff eines Ortes, an welchem etwa eine Chemie-Fabrik oder andere Industriegebäude stehen, bringt die Gefahr mit sich, dass bei einem Angriff schädliche Stoffe austreten und gegebenenfalls über Jahrzehnte das Grundwasser verunreinigen könnten. Dadurch würde fast jede kriegerische Handlung als ein Verstoß gegen das Umweltkriegsverbrechen ausgelegt werden können. Die generelle Gefährlichkeit einer Handlung für die Umwelt kann nicht der gewollte Maßstab der Norm gewesen sein – es handelt sich immerhin um ein Kriegsverbrechen, an welches die höchsten Anforderungen gestellt werden. Ein Verständnis der Norm als abstraktes Gefährdungsdelikt ist mithin schwer vertretbar.

Für eine Auslegung des Umweltkriegsverbrechens als konkretes Gefährdungsdelikt sprechen hingegen viele Argumente: Wie bereits erörtert, ist zunächst der Wortlaut der Norm darauf angelegt, dass eine konkrete Gefährdung des Rechtsguts vorliegt. Auch aus den obigen Erörterungen zur unzulässigen Ausweitung des Umweltkriegsverbrechens lässt sich die Eigenschaft als konkretes Gefährdungsdelikt gut begründen: Zweck der

<sup>57</sup> von Hebel/Robinson in Lee, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results, Crimes within the jurisdiction of the court*, S. 112.

<sup>58</sup> Dörmann (2004), *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, S. 173.

<sup>59</sup> Freeland (2015), *Addressing the Intentional Destruction of the Environment during Warfare under the Rome Statute of the International Criminal Court*, S. 135.

<sup>60</sup> Lawrence/Heller, *GIELR* 2007, 61 (83).

<sup>61</sup> Dörmann (2004), *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, S. 164.

<sup>62</sup> Lawrence/Heller, *GIELR* 2007, 61 (84).

<sup>63</sup> International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 39 ILM 1257 (13 June 2000), § 15.

<sup>64</sup> Werner (2022) in *Weber kompakt Rechtswörterbuch*, Gefährdungsdelikt.

<sup>65</sup> Die Norm ist nicht wortgleich in das Deutsche übersetzt worden, der Gesetzentwurf bietet jedoch auch keine Anhaltspunkte, die dafürsprechen, die Norm im VStGB anders auszulegen als ihr Pendant im IStGH-Statut, vgl. BT-Drucksache 14/8524.

Norm ist das Abschrecken vor militärisch eindeutig unverhältnismäßigen Schäden an der Umwelt, nicht jedoch der Schutz vor jeglichen Handlungen, welche die Umwelt bereits gefährden. Durch die Norm sollen nur diejenigen Fälle erfasst sein, in denen es tatsächlich zu einer fassbaren Gefährdung kommt. Zu diesem Ergebnis kam auch die Expertenkommission, welche sich dem neu einzuführenden Ökozid-Tatbestand annahm. Der Vorschlag der Kommission ist an die Grundstruktur des Umweltkriegsverbrechens angelehnt und wird dabei dezidiert als konkretes Gefährdungsdelikt verstanden; tatsächliche Umweltschäden werden für die Erfüllung des Tatbestands nicht erwartet, allerdings die (hohe) Wahrscheinlichkeit, dass diese eintreten werden.<sup>66</sup>

Die schlüssigeren Argumente sprechen dafür, dass es sich beim Umweltkriegsverbrechen um ein konkretes Gefährdungsdelikt handelt. Zumindest im Vergleich zu den Anforderungen an Erfolgsdelikte ist somit die Schwelle der Anwendbarkeit der Norm herabgesetzt.

## E. Angriffe auf Atomkraftwerke in der Ukraine

Doch ist eine Anwendung des Umweltkriegsverbrechens mit ihren hohen Maßstäben in der Praxis denkbar?

### I. Kampfhandlungen in Tschernobyl und Saporischschja

Am 24. Februar 2022 begann der Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine mit dem Eindringen russischer Truppen in ukrainisches Staatsgebiet durch Waffengewalt. Hierdurch wurde ein internationaler bewaffneter Konflikt im Sinne des HVR ausgelöst,<sup>67</sup> welches somit – wie auch das Kriegsvölkerstrafrecht – auf den Konflikt anwendbar ist.<sup>68</sup> Seit Kriegsbeginn berichten zahlreiche Medien von Gräueltaten, wie etwa den Geschehnissen in Butscha, Kramatorsk oder Mariupol. Besonderen Schrecken rief auch die wiederholte Berichterstattung darüber hervor, dass sowohl auf dem Boden von Tschernobyl als auch am Atomkraftwerk Saporischschja gekämpft wurde. Dabei wurde beispielsweise in Tschernobyl radioaktiver Feinstaub aufgewirbelt. In Saporischschja ist durch wiederkehrenden Raketenbeschuss und explodierende Granaten in einem Bürogebäude ein Brand ausgelöst worden.<sup>69</sup> Dies resultierte in der Furcht, dass es nur wenige Jahrzehnte nach dem 1986 havarierten Reaktor in Tschernobyl erneut zu einer Atomkatastrophe inmitten des europäischen Kontinents kommen könnte. Auch nachdem in Saporischschja bereits im September der Betrieb eingestellt wurde, ist ein Nuklearunfall bei einem direkten Raketeneinschlag nicht ausgeschlossen.<sup>70</sup> Zuletzt sorgte eine Umsiedlungsanordnung für die Region Saporischschja für Bedenken, und auch die IAEA (Internationale Atomenergie Organisation) äußerte sich extrem besorgt über die unberechenbare Lage.<sup>71</sup> Die Berichterstattung sowohl zahlreicher Medien als auch der IAEA geben mithin Anlass zu einer Beschäftigung mit der Thematik, ob möglicherweise in Zusammenhang mit den Atomkraftwerken in der Ukraine das Umweltkriegsverbrechen durch russische Befehlshaber verwirklicht werden könnte.

## II. Das hypothetische Szenario

Da es bislang (dankbarerweise) keinen Sachverhalt gab, welcher Anlass für eine Überprüfung der Anwendbarkeit des Tatbestands bot, ist zunächst notwendig, einen realistischen Sachverhalt zu schaffen. Vor diesem Hintergrund kann zunächst festgehalten werden, dass eine Wiederholung der Nuklearkatastrophe von Tschernobyl aufgrund der Unterschiede im Reaktoraufbau zu Saporischschja heute nach Einschätzung von Experten unmöglich ist.<sup>72</sup> Eine Kernschmelze in einem wassermodierten Reaktor wie dem in Saporischschja würde in etwa die Ausmaße der Geschehnisse von Fukushima 2011 ähneln und nicht zwangsläufig zu einer Nuklearkatastrophe führen.<sup>73</sup>

Dennoch ist ein Katastrophenfall im stattfindenden Krieg nicht ausgeschlossen: Durch einen direkten Raketeneinschlag oder eine langfristige Zerstörung der Stromversorgung wäre es sehr wahrscheinlich, dass die Brennelemente im Reaktor schmelzen würden.<sup>74</sup> Wie auch in Tschernobyl brachte die Katastrophe in Japan erhebliche Folgen für die Menschheit und Natur mit sich. Bis heute ist das Ausmaß der atomaren Verstrahlung nicht abzuschätzen und auch über die gesundheitlichen Folgen für die Menschen vor Ort gibt es keine belastbaren Langzeitdaten. Große Flächen des Landes gelten weiterhin als *No-Go-Areas* und die Aufräum- und Sicherungsarbeiten werden voraussichtlich noch mindestens bis zum Jahre 2050 weiterlaufen. Auch werden weiterhin vielfach erhöhte Strahlenwerte in Böden, Nahrungsmitteln, Leitungswasser sowie Meerwasser im weiten Umkreis um das Gebiet gemessen. Zudem fließt weiterhin kontaminiertes Wasser in das Meer ab. Von den insgesamt fast 500.000 evakuierten Menschen wurden 160.000 aufgrund der radioaktiven Strahlung dauerhaft umgesiedelt.<sup>75</sup> Die Tatsache, dass Fukushima direkt an der Küste zum Pazifischen Ozean liegt und somit ein Großteil der Strahlung nicht auf das Land getragen wurde, wäre in der Ukraine nicht denkbar. Für

<sup>66</sup>Bock, ZRP 2021, 187 (187).

<sup>67</sup>Gmel/Peterson, GSZ-Sonderausgabe 2022, 20 (21).

<sup>68</sup>Werle/Jeßberger (2020), Völkerstrafrecht, 5. Aufl., Rn. 1189; Ambos in MüKo StGB, VStGB, 4. Auflage 2022, Vorbemerkung zu § 8 Rn. 24.

<sup>69</sup>Abrufbar unter [https://www.iaea.org/sites/default/files/22/09/ukraine-2ndsummaryreport\\_sept2022.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/22/09/ukraine-2ndsummaryreport_sept2022.pdf) (zuletzt aufgerufen am 30.07.2023).

<sup>70</sup>Knoll/Lutska in SPIEGEL Wissenschaft, 08.05.2023, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/wissenschaft/ukraine-news-die-lage-rund-um-das-atomkraftwerk-saporischschja-a-8c2041bf-83ba-4785-a623-44ac26dc9f77> (zuletzt aufgerufen am 30.07.2023).

<sup>71</sup>Abrufbar unter <https://www.iaea.org/newscenter/pressreleases/update-157-iaea-director-general-statement-on-situation-in-ukraine> (zuletzt aufgerufen am 30.07.2023).

<sup>72</sup>Schnabel in ZEIT ONLINE, 10.08.2022, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2022/33/nuklear-experte-ukraine-saporischschja-akw> (zuletzt aufgerufen am 30.07.2023).

<sup>73</sup>Merlot in SPIEGEL Wissenschaft, 17.08.2022, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/wissenschaft/technik/akw-saporischschja-drei-moeglichkeiten-fuer-die-katastrophe-a-d59fc43e-a8e1-458a-ab2f-eabb68713853> (zuletzt aufgerufen am 30.07.2023).

<sup>74</sup>Schnabel in ZEIT ONLINE, 10.08.2022, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2022/33/nuklear-experte-ukraine-saporischschja-akw> (zuletzt aufgerufen am 30.07.2023).

<sup>75</sup>Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg, Stand März 2023, abrufbar unter <https://www.lpb-bw.de/fukushima> (zuletzt aufgerufen am 30.07.2023).



das europäische Festland wäre bei einem Strahlenaustritt mit noch gravierenderen Folgen zu rechnen.<sup>76</sup>

Dieser hypothetische GAU, in welchem ein russischer Militärbefehlshaber durch Raketeneinschlag das Atomkraftwerk Saporischschja insoweit beschädigt, dass eine Kernschmelze stattfindet und Radioaktivität freigesetzt wird,<sup>77</sup> stellt den Sachverhalt dar, anhand dessen das Umweltkriegsverbrechen im Folgenden untersucht wird.

### III. Anwendbarkeit von Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut

Trotz der Tatsache, dass weder Russland noch die Ukraine Vertragsparteien des Römischen Statuts sind, ist der IStGH für die Ereignisse in der Ukraine zuständig, da die Ukraine der Schauplatz der vorgeworfenen Verbrechen ist und ihre Regierung bereits 2014 eine zeitlich unbegrenzte Erklärung nach Art. 12 abgegeben hat,<sup>78</sup> in der sie der Gerichtsbarkeit des IStGH zustimmte. Das HVR ist aufgrund der de-facto-Situation eines bewaffneten Konflikts auch anwendbar.<sup>79</sup> Ein internationaler bewaffneter Konflikt liegt aufgrund der Tatsache vor, dass Russland auf ukrainischem Staatsgebiet Waffengewalt gegen die Ukraine anwendet.<sup>80</sup> Der angenommene Raketeneinschlag hat zudem im zeitlichen sowie geographischen<sup>81</sup> Zusammenhang zum bestehenden Angriffskrieg<sup>82</sup> stattgefunden und die Annahme ist nicht fernliegend, dass der Angriff Teil des generellen Bestrebens war, als Siegermacht aus dem Krieg hervorzugehen.<sup>83</sup> Somit ist prinzipiell die Möglichkeit des Vorliegens eines Kriegsverbrechens eröffnet,<sup>84</sup> sodass nun auch eine Subsumtion des zugrunde gelegten Sachverhalts unter die *Elements of Crime* vorgenommen werden kann.

1. *Actus Reus* Zunächst könnte der *actus reus* durch den Raketeneinschlag und die anschließende Kernschmelze in Saporischschja verwirklicht worden sein. Es kann angenommen werden, dass durch eine solche Nuklearkatastrophe erhebliche Mengen an Strahlung freigesetzt werden würden, welche große Flächen des Landes im Umkreis mehrerer hundert Quadratkilometer unbewohnbar werden ließe.<sup>85</sup> Durch eine Ausbreitung der Strahlung in dieser Größenordnung wären sowohl das Merkmal „ausgedehnt“ im Sinne des ZP I als auch der Begriff „weit reichend“ nach Auslegung der UNEP erfüllt.

In Hinblick auf das Verbrechenselement „langfristig“ kann gesagt werden, dass viele der verstrahlten Isotope, welche durch die Bombardierung des Reaktors in die Luft gelangen und sich verteilen, eine Halbwertszeit von mehreren Jahrzehnten bis zu Jahrhunderten haben. Im Falle eines atomaren GAU wäre somit auch das Merkmal des langanhaltenden Schadens sogar nach der extremen Einschätzung des ZP I gegeben, bei welcher 30 Jahre als Maßstab festgehalten werden.

Zu beurteilen ist zuletzt der Begriff der „Schwere“ des Schadens. Die Nuklearkatastrophe in Saporischschja hätte zur Folge, dass große Flächen des Landes über Jahrzehnte oder Jahrhunderte unbrauchbar werden würden. Es ist nicht abwegig, dass das kontaminierte Wasser in den Dnepr abfließen und somit letztlich im Schwarzen Meer enden würde. Ähnliche Folgen trug letzten Endes etwa auch die Katastrophe in Fukushima mit sich. Sowohl die Landmassen als auch Böden, Nahrungsmittel

und das umliegende Wasser um Saporischschja würden kontaminiert und möglicherweise über Jahrhunderte für den Menschen unbrauchbar werden.

Der Schaden, der durch eine solche Katastrophe verursacht werden würde, könnte nicht nur eine schwerwiegende Schädigung des menschlichen Lebens, der natürlichen Ressourcen sowie anderer betroffener Vermögenswerte bedeuten, sondern möglicherweise auch über mehrere Jahrzehnte hunderte von Quadratkilometern Landfläche gänzlich unbrauchbar machen. Von Auswirkungen, die einer Vernichtung des Ökosystems gleichgesetzt sind, kann dabei allerdings nicht die Rede sein. Unstrittig würden einige Ökosysteme betroffen sein und sich anpassen, dies entspricht aber nicht einer Vernichtung. Somit ist der Schadensbegriff nach Maßgabe der UNEP erfüllt, den höchsten Anforderungen des ZP I wird von einem solchen GAU allerdings nicht entsprochen. Auch liegen die *Elements* kumulativ vor. Im vorliegenden Fall wäre somit der *actus reus* des Umweltkriegsverbrechens nach UNEP-Auslegung verwirklicht.

2. *Mens Rea* Um den *mens rea* des Militärbefehlshabers zu bejahen, müsste bewiesen werden, dass dieser im Voraus wusste, dass der Angriff „weit reichende“, „langfristige“ und „schwere“ Schäden an der natürlichen Umwelt verursachen würde, nur einen geringen militärischen Vorteil im Angriff sah und bewusst subjektiv zu dem Schluss kam, dass der Angriff auf das Atomkraftwerk als solcher eindeutig unverhältnismäßig ist.

Dieses doppelte Vorsatzerfordernis des Art. 30 IStGH-Statut schränkt jegliche praktische Anwendung der Norm ein und stellt insbesondere die Beweismittellage in der Praxis vor erhebliche Probleme. Es ist mangels feststehender Definitionen höchst unwahrscheinlich, dass ein Befehlshaber jemals zu dem Schluss kommen würde, dass ein im Rahmen eines Krieges ausgeführter Angriff die Verbrechenselemente des Umweltkriegsverbrechens verwirklichen könnte. Auch würde in dem Fall, dass sich der Befehlshaber den Umständen bewusst war, dass seine Handlungen ein gewisses Maß an Umweltschädigung verwirklichen würden, dies den Anforderungen des „speziellen Wissens“ nicht genügen. Die tatsächliche Kenntnis der schwerwiegenden Umweltauswirkungen eines militärischen Angriffs ist schließlich schwer nachzuweisen.

<sup>76</sup>Völkle (2020), Kernenergie: Chancen und Risiken.

<sup>77</sup>Frey (2021), Sicherheit von Kernreaktoren.

<sup>78</sup>Minister of Foreign Affairs of Ukraine in Declaration of the Verkhovna Rada of Ukraine, September 2015, abrufbar unter [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine\\_Art.12-3\\_declaration\\_08092015.pdf](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art.12-3_declaration_08092015.pdf) (zuletzt aufgerufen am 30.07.2023).

<sup>79</sup>Cottier (2016) in Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the ICC, Article 8 Rn. 27.

<sup>80</sup>Cottier (2016) in Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the ICC, Article 8 Rn. 30.

<sup>81</sup>Judgment, Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo. Case No. IT-96-21-T. Trial Chamber (16 November 1998).

<sup>82</sup>Opinion and Judgment, Prosecutor v. Duško Tadić. Case No. IT-94-1-T. Trial Chamber (7 May 1997), Rn. 572; Cottier (2016) in Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the ICC, Article 8 Rn. 37.

<sup>83</sup>Judgment, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic. Case No. IT-96-23 (22 Feb. 2001), Rn. 568.

<sup>84</sup>Cottier (2016) in Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the ICC, Article 8 Rn. 2.

<sup>85</sup>Völkle (2020), Kernenergie: Chancen und Risiken.



Zudem könnte sich der Täter in der Praxis durch das Berufen auf einen Rechtsirrtum möglicherweise auch einer Verurteilung entziehen.<sup>86</sup>

3. *Verhältnismäßigkeit* Auch stellt sich das Problem der subjektivierten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der im *actus reus* bejahte Schaden dürfte in keinem Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteilen stehen, müsste also offenkundig unverhältnismäßig sein. Hierbei darf nicht der Fehler geschehen, der Prüfung die Verhältnismäßigkeitsabwägung eines vernünftigen Befehlshabers zugrunde zu legen.<sup>87</sup> Es muss die Prüfung aus Sicht des konkreten Befehlshabers vorgenommen werden. So lassen sich im vorliegenden Sachverhalt für beide Seiten schlüssige Argumente finden. Das Atomkraftwerk könnte ein strategischer Stützpunkt für die gegnerische Streitpartei darstellen, oder an einer Stelle gebaut worden sein, deren Zerstörung geographisch einen Vorteil im weiteren Kriegsgeschehen bedeuten würde. Der Zweck der Operation wird zum aktuellen Zeitpunkt weiterhin darin gesehen werden, das Kriegsgeschehen final zu gewinnen und die Ukraine zu schwächen.

Problematisch ist, dass die Langzeitfolgen zum einen nicht absehbar sind und zum anderen im wesentlichen Zivilisten betreffen werden; solche der unmittelbaren Umgebung aber auch diejenigen, die noch in Jahrzehnten an den Langzeitfolgen der Strahlenkrankheit leiden könnten. Unmittelbare Folge des Angriffs wäre zunächst einmal lediglich die Zerstörung des Atomkraftwerks sowie ein Strahlenausstritt, der allerdings, sofern russische Streitkräfte vor Ort sind, beiden Kriegsparteien Schaden zufügen würde. Angenommen, es sind keine Zivilisten oder Kombattanten vor Ort, würde die Strahlung die Landfläche sowohl für Russland als auch die Ukraine unbrauchbar machen. Sofern der Zweck des Angriffs lediglich die Zerstörung oder Unbrauchbarmachung der Landfläche sein sollte, wäre dieser hierdurch zumindest eindeutig erfüllt.

Trotz dessen stellt sich die Frage, ob dieser konkrete militärische Angriff proportional zu der entstandenen Gefahr steht, beziehungsweise der Täter zu dem Schluss gekommen ist, dass in Anbetracht der Tatsachenlage die Durchführung eines Angriffs eindeutig unverhältnismäßig wäre. Fraglich ist darüber hinaus auch, ob eine solche Bewertung überhaupt durch den Befehlshaber vorgenommen wurde. Selbst wenn bewiesen werden kann, dass der Täter eine solche Abwägung angestellt hat, ist nicht ausgeschlossen, dass er zu dem Ergebnis gekommen ist, dass der Angriff als militärisch geboten gilt. Dies verdeutlicht erneut die Problematik, dass nicht sicher festgestellt werden kann, ob eine eindeutige militärische Unverhältnismäßigkeit aus Sicht des Befehlshabers stattgefunden hat, geschweige denn, ob eine Abwägung überhaupt getroffen wurde.

## F. Abschließende Einordnung und Ausblick

Somit erscheint es im Ergebnis sehr unwahrscheinlich, dass außerhalb von hypothetischen Fallbeispielen wie

dem hiesigen in naher Zukunft auf das Umweltkriegsverbrechen zurückgegriffen wird. Der vorliegende Sachverhalt hat verdeutlicht, dass es selbst bei einem unvorstellbaren Katastrophenzustand wie einem atomaren GAU unmöglich ist, vorherzusagen, welche Art von Umweltschäden der IStGH als ausreichend verheerend betrachten wird. Dies ist nicht nur mit Blick auf das Legalitätsprinzip im Strafrecht äußerst problematisch.<sup>88</sup>

Es scheint nahezu unmöglich, die rechtlichen Hürden, die für eine Anklage notwendig wären, zu überwinden. Der Schwerpunkt der Norm auf subjektive Prüfungsmaßstäbe stellt die Praxis vor erhebliche Beweisprobleme, aber auch das begrenzte Budget des IStGH sowie die Schwierigkeit, überhaupt einen Haftbefehl gegen einen russischen Befehlshaber durchzusetzen oder diesen anzuklagen, stellen weitere Hürden dar, die vor einer erfolgreichen Anklage überkommen werden müssen.<sup>89</sup>

Mit Bezug auf die bestehenden Anwendungsprobleme des Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut lässt sich festhalten, dass das Völkerrecht mit der Aufnahme dieser Norm in das Römische Statut nicht den Fortschritt erzielte, der beabsichtigt war. Aufgrund mangelnder Anpassungen der Norm seit Inkrafttreten des Statuts ist zudem nicht mit den zunehmenden Möglichkeiten der Umweltzerstörung durch moderne Mittel der Kriegsführung mitgehalten worden. Die Hürden sind hoch und die Aussichten auf eine erfolgreiche Verurteilung niedrig. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass genau dieses Scheitern dazu dienen könnte, den Wandel voranzutreiben, der das Umweltkriegsverbrechen endlich in das 21. Jahrhundert holen könnte. Eine gescheiterte Anklage könnte etwa nutzbar gemacht werden, um die Notwendigkeit von Reformen hervorzuheben und auf das Bestehen vieler guter Vorschläge in der Wissenschaft aufmerksam zu machen.<sup>90</sup> Es bleibt somit abzuwarten, ob Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut weitestgehend nutzlos bleibt oder gar durch neu in Kraft tretende Normen, wie etwa durch den sich aktuell in der Diskussion befindlichen Ökozid-Tatbestand, gänzlich ersetzt werden wird.

Im Laufe der Jahrtausende hat die Menschheit im Rahmen von Kriegen die Umwelt immer wieder zerstört. Da Art. 8 Abs. 2 lit. b (iv) IStGH-Statut jedenfalls in seiner aktuellen Gestalt kaum Schutz gegen Umweltschädigungen bietet, wäre es wünschenswert, wenn auf die reichlich vorhandenen Verbesserungsvorschläge für eine Überarbeitung des Tatbestandes eingegangen würde, um den Normzweck (endlich) zu realisieren.

<sup>86</sup>Freeland (2015), Addressing the Intentional Destruction of the Environment during Warfare under the Rome Statute of the International Criminal Court, S. 210.

<sup>87</sup>Dörmann (2004), Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary, S. 164.

<sup>88</sup>Lawrence/Heller, GIELR 2007, 61 (72).

<sup>89</sup>Winter in JURIST, <https://www.jurist.org/commentary/2022/04/elliott-winter-ukraine-conflict-environmental-war-crime/> (zuletzt aufgerufen am 30.07.2023).

<sup>90</sup>Hierzu ist insbesondere auf die detaillierten Vorschläge zu verweisen, welche in der Wissenschaft bereits hervorgebracht wurden und sich dezidiert damit auseinandersetzen, die Norm durch Anpassungen für die Praxis brauchbarer zu gestalten, vgl. Lawrence/Heller, GIELR 2007, 61 (88 ff.).

 frankfurt\_law\_review

 fralawreview

 Frankfurt Law Review

**02/2023**