

BAYREUTHER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

Herausgeber
Bayreuther Zeitschrift für
Rechtswissenschaft e.V.

Redaktion
Lina Ha
Carolina Dosch
Maren de Beyer
Fabian Karitke
Franziska Stein
Alexander Ströher
Niklas Braun
Diana Schmidt
Johannes Wichert
Jan Harrer
Kathrin Gruber
Isabella Boll
Emma Holzer
Finn Herfurth
Luis Bünde

Wissenschaftlicher Beirat

Hendrik Tafel
Jakob Lutz
Janik Bischoff
Svenja Wölfl
Veronika Thalhammer
Dr. Nicolas Kretschmann
Lars Großmann
Dr. Michael Putz
Rudi Lang
Dr. Christoph Weber
Jana Ebersberger
Tim Klein
Adrian Strahm
Christoph Hanecker
Steffen Bitterberg
Kathrin Gruber
Lasse Scherer
Annelie Orlet
Johannes Herb
Gregor Vechtel

Kuratorium

Prof. Dr. Brian Valerius
Prof. Dr. Ruth Janal
Prof. Dr. Carsten Bäcker
Prof. Dr. Nina Nestler
Prof. Dr. Knut Werner Lange
Prof. Dr. Thomas Spitzlei
Prof. Dr. Christian Rückert
Prof. Dr.
Martin Schmidt-Kessel

Weitere Beteiligte
Clemens Engelhardt
Merle Schütte

10. Ausgabe: Schwerpunkt Das juristische Studium



Bild: Carolina Dosch, Lina Ha

Schwerpunkt

Interview über das juristische Studium mit *Lasse Scherer, Prof. Dr. Christian Rückert und Sven Graupner*

Zivilrecht

Glas, Fabian: Mehrstimmrechte im deutschen Aktienrecht nach der Reform durch das ZuFinG

Strafrecht

Herold, Anna-Sophie: Die vorgesehene Novellierung von § 18 Abs. 1 AWG vor dem Hintergrund der Anforderungen der EU RiL 2024/1226

Öffentliches Recht

Hutengs, Clemens: Die Repräsentation der idealen Dimension - Robert Alexys Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit als argumentative Repräsentation der Grund- und Menschenrechte

Stephan, Niclas: Die Baumeister im Gerichtshof – Art. 8 EMRK im Spannungsfeld zwischen dem Legalitätsprinzip und den Rechten von Eltern und Kindern

Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft – 2025/II

Vorwort von <i>Sven Graupner</i>	III
Editorial der Chefredaktion	IV
Interviews mit <i>Lasse Scherer, Prof. Dr. Christian Rückert und Sven Graupner</i>	81
<i>Fabian Glas:</i> Mehrstimmrechte im deutschen Aktienrecht nach der Reform durch das ZuFinG	95
<i>Anna Sophie Herold:</i> Die vorgesehene Novellierung von § 18 Abs. 1 AWG vor dem Hintergrund der Anforderungen der EU RiL 2024/1226	108
<i>Clemens Hutengs:</i> Die Repräsentation der idealen Dimension - Robert Alexys Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit als argumentative Repräsentation der Grund- und Menschenrechte	120
<i>Niclas Stephan:</i> Die Baumeister im Gerichtshof – Art. 8 EMRK im Spannungsfeld zwischen dem Legalitätsprinzip und den Rechten von Eltern und Kindern	133
Rainer Markgraf Stiftung – Wissenschaftsförderung in der Region	V
Danksagungen der BayZR	VI
Danksagungen der Mitwirkenden	VII

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

mit dieser zehnten Auflage geht das sehr beeindruckende Projekt der Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft (BayZR) leider schon zu Ende. Seit dem Jahr 2021 erschien die Zeitschrift zweimal jährlich und machte herausragende wissenschaftliche Beiträge Bayreuther Jurastudentinnen und -studenten einer breiten Öffentlichkeit zugänglich. Das Ziel war es, zu zeigen, welche bemerkenswerten wissenschaftlichen Leistungen von Jura-Studentinnen und Studenten auch bereits im Studium erbracht werden, diesen Arbeiten ein Forum zu geben und auf sie aufmerksam zu machen. Es sollte gezeigt werden, dass das Jura-Studium nicht nur aus dem Lösen von Klausuren besteht, sondern auch fundiertes wissenschaftliches Arbeiten beinhaltet. Allen Beteiligten – den Studentinnen und Studenten, deren Arbeiten in dieser Zeitschrift veröffentlicht wurden, aber vor allem auch der studentischen Redaktion und allen sonstigen Beteiligten – gebührt große Anerkennung und Dank für dieses tolle Projekt und das damit verbundene Engagement. Es ist sehr schade, dass dieses Kapitel nun ein Ende findet. Für diese zehnte und letzte Auflage hat die Redaktion aber noch einmal eine großartige und vielseitige Ausgabe zusammengestellt. Neben den gewohnt qualitativ hochwertigen fachlichen Artikeln finden sich Beiträge zu den verschiedenen Phasen des Jura-Studiums. Aus der Perspektive von drei Personen, die das Jura-Studium schon erfolgreich hinter sich gebracht haben, wird die Grund-, Mittel- und Examensvorbereitungsphase näher beleuchtet. Vielleicht liefert diese Ausgabe dem einen oder anderen nützliche Hinweise für das eigene Studium. Ich für meinen Teil bin Jurist aus voller Überzeugung und mit Leidenschaft und habe die Wahl des Jurastudiums nie bereut.

Wer Jura studiert, entscheidet sich für ein anspruchs-volles, aber auch sehr interessantes und sehr lohnendes Studium. Die späteren Berufsaussichten könnten kaum besser sein: Kanzleien, Justiz und Unternehmen suchen händeringend nach gut ausgebildetem juristischem Nachwuchs. Ein Jura-Studium öffnet aber nicht nur die Türen zu klassischen Berufen wie Richter, Staatsanwalt und Rechtsanwalt, sondern auch zu verantwortungsvollen Positionen in der Politik, Wirtschaft, Verwaltung sowie zu internationalen Karrieren. (Angehende) Juristen haben zudem eine enorme gesellschaftliche Verantwortung. Ein Blick in die Nachrichten offenbart eindrucksvoll, wie wichtig eine funktionierende und unabhängige Justiz ist. Darüber hinaus sind das juristische Arbeiten und das Recht allgemein unglaublich vielseitig und spannend.

Eine Auswahl einiger interessanter Themen findet sich auch in der vorliegenden Ausgabe der BayZR. Doch bei aller Begeisterung für die Juristerei darf man die Augen nicht davor verschließen, dass der Weg, bis man (im Idealfall) die Zeugnisse für zwei Juristische Staatsexamina in den Händen hält, mitunter mühsam und steinig ist. Aber das Jura-Studium auch allgemein vor erheblichen Herausforderungen: Die Rolle von künstlicher Intelligenz im Studium, die Einführung eines integrierten Bachelors sowie des e-Examens‘ um nur einige Beispiele zu nennen. Besonders besorgniserregend ist zudem der Befund, dass aktuelle Studien einen deutlichen Anstieg der psychischen Belastung bei Jura-Studentinnen und -studenten zeigen. Die Stimmen, die gar eine vollständige Reform der juristischen Ausbildung fordern, werden lauter. Die Ausbildung sei zu starr, die Stoffpläne zu voll.

Unabhängig davon, ob man diese Sichtweise nun teilt oder nicht, sollte nicht unberücksichtigt bleiben, dass jedenfalls der von Studenten subjektiv wahrgenommene psychische Druck stetig zunimmt. Es droht dasjenige verloren zu gehen, was das Jura-Studium eigentlich ausmacht: nämlich der Spaß an der Juristerei und der Arbeit mit und am Recht. Es ist dieser Spaß an der Juristerei, der letztlich auch Kerngedanke der BayZR ist und war. Mir war es eine große Freude und Ehre, an dieser finalen Ausgabe mitgewirkt zu haben.

Ich wünsche allen Leserinnen und Lesern weiterhin viel Spaß und Erfolg im Jura-Studium und darüber hinaus und viel Spaß bei der Lektüre der vorliegenden Ausgabe! Allen Mitwirkenden der BayZR danke ich für Ihre großartige Arbeit und Ihr Engagement!



StA Sven Graupner

(Staatsanwalt in der Schwerpunktstaatsanwaltschaft für Wirtschaftsstrafsachen in Hof, Lehrbeauftragter an den Universitäten Bayreuth und Bordeaux sowie neben-amtlicher Arbeitsgemeinschaftsleiter am Landgericht Bayreuth)

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

mit großer Freude präsentieren wir Ihnen die 10. Ausgabe der *Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft* (BayZR). Diese Ausgabe steht unter dem Schwerpunkt „Das juristische Studium“ – einem Thema, das uns besonders am Herzen liegt. Denn die juristische Ausbildung prägt nicht nur unser Verständnis von Recht, sondern lehrt uns auch komplexe Probleme analytisch zu durchdringen, kritisch zu denken und überzeugend zu argumentieren.

Diese Jubiläumsausgabe und letzte Ausgabe der BayZR widmet sich daher der Lern- und Arbeitsmethodik im juristischen Studium sowie den vielfältigen Herausforderungen, denen Studierende in den einzelnen Studienabschnitten bis zur Ersten Juristischen Staatsprüfung begegnen. Relevant ist dies für das erfolgreiche Bestreiten des Jura-Studiums. Wer im Studium das Lernen erlernt, kann dies später auch auf die Arbeitswelt anwenden, was ein zentraler Schlüssel für die kontinuierliche Weiterentwicklung ist.

In dem Interview mit *Lasse Scherer, Prof. Dr. Christian Rückert* und *Sven Graupner* werden verschiedene Perspektiven auf das Jura-Studium beleuchtet. *Lasse Scherer* gibt dabei Tipps für die Bearbeitung von Klausuren, insbesondere im Grundstudium. In dem Interview mit *Prof. Dr. Christian Rückert* werden vor allem typische Herausforderungen in der Mittelpause und die praktische Studienzeit thematisiert. *Sven Graupner* gibt Einblicke in die Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung.

Auch in dieser Ausgabe versammeln wir vielfältige Beiträge, die von Studierenden der Universität Bayreuth verfasst wurden. *Fabian Glas* analysiert die Wiedereinführung der Mehrstimmrechte im deutschen Aktienrecht nach der Reform durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG).

Anna-Sophie Herold beleuchtet die Novellierung von § 18 Abs. 1 AWG. Der Beitrag thematisiert dabei inwiefern der neue Referentenentwurf mit der Neufassung des § 18 Abs. 1 AWG den Vorgaben der RL (EU) 2024/1226 entspricht.

Clemens Hutengs vertieft das Verständnis von Verfassungsgerichtsbarkeit nach Robert Alexy als argumentative Repräsentation der Grund- und Menschenrechte.

Niclas Stephan untersucht die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK und eröffnet einen Einblick in das Spannungsfeld

zwischen Legalitätsprinzip und dem Schutz familiärer Bindungen.

Wie in jeder Ausgabe gilt unser besonderer Dank all jenen, die durch ihr Engagement, ihre Expertise und ihre Unterstützung die Veröffentlichung der BayZR ermöglichen. Unser Dank richtet sich an das gesamte Redaktionsteam, den wissenschaftlichen Beirat sowie an die Rainer Markgraf Stiftung, deren Förderung die studentische wissenschaftliche Arbeit und Publikation maßgeblich unterstützt.

Anlässlich der letzten Ausgabe der BayZR möchten wir zugleich all jenen danken, die die BayZR über die Jahre hinweg mitgetragen, gefördert und geprägt haben. Insbesondere gilt dies den Gründerinnen und Gründern, den ehemaligen und aktuellen Redaktionsmitgliedern, dem wissenschaftlichen Beirat sowie den Kuratoriumsmitgliedern. Darüber hinaus ist es der derzeitigen Redaktion ein besonderes Anliegen, im Folgenden einige persönlichen Danksagungen anzuschließen.

Wir wünschen Ihnen im Namen des gesamten Redaktionsteams eine anregende und erkenntnisreiche Lektüre der 10. Ausgabe der BayZR und hoffen mit dieser Ausgabe zum Nachdenken über das Recht anzuregen und den Studierenden hilfreiche Tipps über die Art und Weise des Lernens auf den Weg geben zu können.



Lina Ha (1. Chefredakteurin, links)

Carolina Dosch (2. Chefredakteurin, rechts)

Schwerpunkt Das juristische Studium

Grundstudium

Lasse Scherer über seine Tipps für die erfolgreiche Bearbeitung von Klausuren

In unserem ersten Beitrag spricht Lasse Scherer über die ideale Herangehensweise bei Anfängerklausuren im Grundstudium. Seine Strategien sind dabei nicht nur für Studienanfänger relevant, sondern bieten eine solide Basis für alle bevorstehenden Klausuren bis hin zum Staatsexamen. Lasse Scherer studierte selbst an der Universität Bayreuth und ist mittlerweile seit Oktober 2024 wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht bei Prof. Dr. Robert Magnus. Zugleich unterstützt er die BayZR als Mitglied in unserem Wissenschaftlichen Beirat.

BayZR: Zeitnot ist ein Hauptproblem in juristischen Klausuren. Woran erkennst Du als Korrektor, dass ein Bearbeiter sein Zeitmanagement nicht im Griff hatte? Welchen strategischen Rat kannst Du Studierenden zur Zeiteinteilung während der Bearbeitung geben?

Lasse Scherer: Zeitnot zeigt sich meist daran, dass die Klausur nicht vollständig ist, oder zum Ende hin nur noch stichpunktartig oder unleserlich geschrieben wurde. Sie kann sich aber auch an einer sog. „Trichterform“ zeigen: das Gesamtbild ist dann von ausführlichen (ggf. gutachterlichen) Beschreibungen zu Beginn und zu knappen Darstellungen der Probleme im Feststellungstil am Ende geprägt - insbesondere bei abschließenden Punkten wie der Angemessenheitsprüfung im öffentlichen Recht.

Um zu erkennen, welche Prüfungspunkte mit welcher Methode bearbeitet werden müssen, hilft es, das Zeitmanagement in den Griff zu bekommen: Dafür kann man zwischen Problemfällen, die gutachterlichen Ausführungen bedürfen (z.B. die Anwendbarkeit von § 107 BGB auf ein sog. rechtlich neutrales Geschäft), und Norm-Normalfällen (z.B. die Schenkung), die verkürzt beschrieben werden können, unterscheiden.

Um ein Gefühl für die Zeiteinteilung zu entwickeln, sollte man einige Übungsklausuren schreiben, denn das **klassische Modell (1/3 Analyse, 2/3 Schreiben)** funktioniert nicht für jeden. Insbesondere in den ersten Semestern kann es sich auch anbieten, weniger Zeit für die Analyse einzuplanen. Als konkreten strategischen Rat empfehle ich bei Zeitknappheit, lieber bei der Argumentation als beim Aufwerfen des Problems Zeit zu sparen. Denn gerade bei der **Problemdarstellung zeigt sich, ob der normative Konflikt verstanden wurde**.

BayZR: Eine sorgfältige Sachverhaltsanalyse ist die halbe Miete. Was sind die häufigsten Fehler beim Umgang mit dem Sachverhalt? Wie stellt man sicher, alle relevanten Details „auszuschöpfen“?

Lasse Scherer: Bearbeitungen, die die Strafbarkeit Verstorbener prüfen, sind Ausnahmen. Der häufigste Fehler scheint mir zu sein, dass die zentralen Probleme und Schwerpunkte des Falles nicht erkannt werden – was natürlich auch mit dem Zeitmanagement bzw. dem Erkennen von Schwerpunkten zusammenhängt. Dem entgegenzuwirken ist nicht leicht; es kann aber helfen, **den Sachverhalt systematisch zu erschließen**. Dafür ist der Bearbeitervermerk auf Besonderheiten wie Normzitate zu überprüfen und nach Indizien wie Fristen, wörtlicher Rede, Schilderungen im Konjunktiv und geäußerten Rechtsauffassungen zu suchen.

Vorgehensweise während der Klausurbearbeitung:

1. Sachverhalt durchsuchen nach:
 - a. Fristen/Daten
 - b. Wörtlicher Rede
 - c. Schilderungen im Konjunktiv
 - d. Rechtsauffassungen
2. Personenskizze erstellen
3. Lösungsgliederung entwerfen
4. Abgleichen mit Stichwörtern im Sachverhalt
5. Reinschrift der Klausurlösung anfertigen

Abgesehen von einer humoristischen Einleitung hat **fast jeder Satz in einer Klausur eine bestimmte Funktion**. Die Leitfrage sollte daher lauten: „Warum steht das so im Sachverhalt?“ Bei der vollständigen Ausschöpfung kann das folgende Vorgehen helfen: An das Lesen des Bearbeitervermerks schließt sich das Lesen des Sachverhalts mit Blick auf die Fallfrage an. Personenkonstellationen und zeitliche Abläufe sollten visualisiert und gefundene Probleme, Besonderheiten und Schwerpunkte mit einem kurzen Stichwort festgehalten werden. Nach dem Erstellen einer Lösungsskizze ist dann zu überprüfen, ob alle Stichwörter eingearbeitet werden konnten.

Auch hier braucht es etwas Übung, bis man den eigenen Rhythmus gefunden hat. Manche Hinweise – etwa „A hätte mit

weit überwiegender Wahrscheinlichkeit gerettet werden können, wenn ...“ (Quasi-Kausalität beim Unterlassen) – erkennt man oft erst, wenn man ihnen mehrfach begegnet ist.

BayZR: Wie wichtig ist eine saubere, erkennbare Gliederung für die Bewertung? Macht es einen Unterschied, ob die Gliederung nur gedanklich oder auch als separate Lösungsskizze entworfen wird?

Lasse Scherer: Die Frage, ob und wie man zu Beginn einer Klausur eine Lösungsskizze erstellt ist höchst individuell. Grundsätzlich sollte der Lösungsprozess jedoch zweigeteilt werden: Zunächst konzentriert man sich nur darauf, alle relevanten **Sachverhaltsteile und Probleme den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen zuzuweisen und etwaige Schwerpunkte zu gewichten**. Im zweiten Schritt erfolgt das Formulieren der Lösung und die **argumentative Auseinandersetzung**. Dabei kann man sich dann auf das Finden von Argumenten konzentrieren. Schafft man es, den ersten Schritt beim Lesen des Sachverhalts im Kopf zu bewältigen, so kann man auf das Erstellen einer Lösungsskizze auch verzichten. Dies wird freilich schwieriger, je komplexer der Fall ist, weswegen es sich mit Blick auf das Examen lohnt, sich früh in dieser Zweiteilung zu üben.

Unabhängig vom persönlichen Vorgehen ist die geordnete Struktur der Klausur für die Bewertung entscheidend. Denn wie zeigt sich die fehlende Ordnung für den Korrektor? Sie zeigt sich oft in Symptomen wie Zeitnot, unvollständigen Normprüfungen (z. B. fehlende Prüfung der Anfechtungserklärung) oder unsauberer Schwerpunktsetzung. Stellt man derlei Fehler bei sich fest und hat das nötige inhaltliche Wissen, sollte man das Gliedern üben. Der Zweck der Lösungsskizze ist es, eine klare, nachvollziehbare Struktur zu schaffen – für einen selbst und den Korrektor. Bei den Prüfungen am Anfang des Studiums mag es noch gelingen, diese Struktur gedanklich zu erfassen. Bei der Entscheidung gegen eine Gliederung sollte aber nicht der psychologisch beruhigende Effekt unterschätzt werden, den eine gute Skizze vermitteln kann.

Zusammengefasst ist die Gliederung für die Bewertung also insoweit von Bedeutung, als dass es negativ auffällt, wenn ihr Ziel – das strukturierte Gutachten – nicht erreicht wird.

BayZR: Abgesehen von der reinen Subsumtion, wo liegen die häufigsten handwerklichen Fehler im Gutachtenstil?

Lasse Scherer: Bei jedem Schritt des Gutachtenstils zeigen sich bestimmte wiederkehrende Fehler – besonders häufig aber bei der Obersatzbildung: Oft wird der Einleitungssatz nämlich nicht präzise auf die jeweilige (Wirk-)Norm bezogen. Typisch ist etwa: „A könnte von B Herausgabe des Schranks verlangen,

§ 323 I BGB“. § 323 I BGB ermöglicht aber nur, dass vom Vertrag zurückgetreten werden kann, nicht aber die „Herausgabe“. Besser wäre daher: „A könnte von B Rückgewähr des Schranks verlangen, § 346 I BGB.“

Ob in einfachen Fällen eine Definition bekannt ist, hat eher etwas mit materiellem Wissen als mit Methodik zu tun. Anders ist es bei Problemfällen. Bei den meisten Klausurproblemen handelt es sich nämlich um Definitionsprobleme – etwa: Was meint „Würde des Menschen“ in Art. 1 I GG? Oder: Was ist ein „gefährliches Werkzeug“ i.S.d. § 244 StGB? Bei diesen Standardproblemen sollte man beachten, dass – auch wenn es Standardprobleme sind – **die Ansichten mithilfe der klassischen Auslegungsmethoden entwickelt** wurden und beantwortet werden können. Wenig gelungen ist meist ein bloßes Repetieren von Ansichten ohne eigene methodische Einordnung. Das gefundene Ergebnis ist dann meist korrekt, spiegelt aber nicht immer den Obersatz wider.

BayZR: Was unterscheidet eine gelungene Subsumtion von einer bloßen Behauptung oder einer reinen Wiedergabe des Sachverhalts? Was ist aus Deiner Sicht ein Beispiel für eine gute und eine schlechte Subsumtion eines Tatbestandsmerkmals?

Lasse Scherer: Eine gelungene Subsumtion greift die **Definition möglichst vollständig** auf und verbindet alle Voraussetzungen mit tatsächlichen Entsprechungen in einer Weise, die für den Leser nachvollziehbar und überzeugend ist. Der Sachverhalt passt aber nicht immer widerspruchsfrei zur Definition. Ob etwa eine bestimmte Aussage gegen die guten Sitten i.S.d. § 826 BGB bzw. das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden“ verstößt, ist regelmäßig eine Wertungsfrage, die eine Auseinandersetzung mit den Sachverhaltsumständen erfordert. Schlechte Subsumtionen erkennt man häufig daran, dass sie unvollständig sind oder daran, dass die rechtlichen Begriffe nicht tief genug definiert wurden. Oft wird zu früh mit der Prüfung begonnen, ohne die Begriffe methodisch sauber zu klären. Das zeigt sich besonders bei uneindeutigen Fällen (*siehe Beispiel*).

Schlechte Subsumtion:

„Indem A den B angespuckt hat, hat er ihn körperlich misshandelt.“

Besser:

„Die Spucke von A am Kopf von B hat bei diesem starke Übelkeit und anhaltenden Brechreiz hervorgerufen und damit sein körperliches Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt; dies stellt auch eine für den sozialen Umgang üble, absolut unangemessene Behandlung dar.“

Die Aussage bleibt eine bloße Behauptung. A's Verteidigerin könnte daraufhin einwenden: „Das ist zwar unangenehm, aber keine körperliche Misshandlung.“ Die „Argumente“ sind bisher gleichwertig. Um zu **begründen statt zu behaupten**, sollte man zunächst den Begriff definieren und dann bei der anschließenden Subsumtion den Sachverhalt konkret aufgreifen.

BayZR: Wie signalisiert ein Bearbeiter erfolgreich, dass er die Schwerpunkte des Falles erkannt hat? Und wie behandelt man unproblematische Prüfungspunkte prägnant im verkürzten Gutachtenstil, ohne wichtige Aspekte auszulassen?

Lasse Scherer: Hilfreich sind für den Korrektor zunächst **Formulierungen wie „Fraglich/Problematisch ist...“**. Dass ein Schwerpunkt erkannt wurde, wird aber vor allem an einer **optisch umfangreicheren Bearbeitung erkennbar**. Das bedeutet auch, dass Eindeutiges nicht bereits in epischer Länge ausgeführt werden darf. Beispielsweise ist das Vorliegen eines Kaufvertrags meist kein Problem und das Anprüfen der „zwei übereinstimmenden Willenserklärungen“ nicht erforderlich. Häufig reicht eine Feststellung, die kurz den jeweiligen Sachverhalt („einigen sich“) mit dem Normmerkmal (Kaufvertrag) verknüpft. Bei dem etwas umfangreicheren sog. verkürzten Gutachtenstil wird zusätzlich noch ein Definitionsmerkmal einbezogen, etwa so: „Mit der Einigung der Parteien liegen Antrag und Annahme und damit ein Vertragsschluss vor.“ Im Kern geht es bei der Schwerpunktsetzung darum, zu erkennen, wann welche Bearbeitungsmethode (Feststellungs-, Gutachtenstil oder verkürzter Gutachtenstil) anzuwenden ist.

BayZR: Wie sollte ein Bearbeiter idealerweise mit einem erkannten, aber unbekannten Problem oder einem Meinungsstreit umgehen?

Lasse Scherer: Selbst nach einer guten Vorbereitung muss man nicht jedes Problem kennen. Wichtiger ist es in der Lage zu sein, unbekannte Probleme als solche zu erkennen und methodisch zu bearbeiten. Wie ein kurzer Blick in den „Dürig GG“ zeigt - man kann nicht alles wissen und soll das auch gar nicht. Ein wichtiges Ziel der Ausbildung ist es vielmehr, Fähigkeiten zu vermitteln, die beim Umgang mit unbekannten Rechtsfragen helfen. Handelt es sich nämlich um ein unbekanntes Problem (und nicht etwa um die „Invitation“-Problematik) werden **die meisten Punkte für das Erkennen und anschließende Herausarbeiten des Problems** vergeben. Die konkrete Lösung tritt dahinter zurück. Zwar gibt es einige Standardprobleme, etwa das Verhältnis von §§ 211 f. StGB und § 28 II StGB, die mit der Darstellung von Ansichten gelöst werden können. Gerade bei unbekannten Problemen sollte man aber eine schematische Herangehensweise vermeiden und

stattdessen mittels methodischer Arbeitsweise - also insbesondere der Auslegungsmethoden – eine Lösung entwickeln. Zur Selbstkontrolle und zur Verbesserung der Argumentation sollte man sich im Übrigen aber auch angewöhnen, **Standardprobleme auf ihre methodischen Grundlagen zurückzuführen**.

Grammatische Auslegung: Hierbei wird der **Wortlaut** der Norm analysiert. Es wird geprüft, welche Bedeutung die verwendeten Begriffe haben. Was sagt der Normtext wörtlich aus?

Historische Auslegung: Diese Methode untersucht die **Entstehungsgeschichte** der Norm. Es geht darum, herauszufinden, was der historische Gesetzgeber mit der Vorschrift ursprünglich bezwecken wollte. Welche Absichten hatten die Verfasser des Gesetzes?

Systematische Auslegung: Dabei wird die Norm in ihrem **rechtlichen Kontext** betrachtet. Wie verhält sich die Norm zu anderen Absätzen/Sätzen innerhalb der Norm, anderen Normen im Gesetz oder im gesamten Rechtssystem?

Teleologische Auslegung: Dies ist in der Klausur oft die ergiebigste Methode. Sie fragt nach dem **Sinn und Zweck** der Norm. Was soll die Norm in der heutigen Zeit bewirken? Welches Ziel verfolgt sie, um eine bestimmte Situation zu regeln?

BayZR: Welche Rolle spielen aus Deiner Sicht die äußere Form, eine präzise juristische Sprache und Lesbarkeit für die Gesamtwertung? Gibt es „formale Todsünden“, die einen Korrektor von vornherein negativ einstimmen?

Lasse Scherer: Meiner Ansicht nach kommt es **nur auf die Inhalte an**. Doch der Weg zu diesen Inhalten führt nun einmal über die äußere Form. Entscheidend ist daher, wie die entwickelten Gedanken dem Leser vermittelt werden. **Der Text sollte lesbar sein** (optisch ansprechend wäre noch besser), durch Absätze strukturiert und die geltende Rechtschreibung und Grammatik in einem Maß beachtet werden, das es ermöglicht, die Gedanken nachzuvollziehen. Gliederungen, Überschriften und Schlagwörter erleichtern die Orientierung und helfen dem Korrektor, Abweichungen von der Musterlösung besser nachzuvollziehen. Oder knapper: **Ist die Form zu unklar, bleibt auch der Inhalt unklar**. Umgekehrt fällt es aber schwer, sich von einer exzellenten Sprache oder druckreichen Schrift nicht positiv beeinflussen zu lassen. Dennoch bleibt der Inhalt das entscheidende Kriterium. Ein formales Pendant zur materiellen Todsünde – dem unbeachteten „Trennungs- und Abstraktionsprinzip“ – fällt mir nicht ein; klassische Fehler sind jedoch „unbeantwortete“ Gliederungsebenen (I., II.1., III.) oder - eher nervig als falsch - Ausführungen, die in den Korrekturrand ragen.

Tipp:

Absätze kosten nichts, erhöhen aber die Lesbarkeit erheblich. Ist die Handschrift schwer lesbar, kann es helfen, zumindest zentrale Schlagwörter besonders groß oder deutlich zu schreiben – etwa „Zweckentfremdung“ bei § 315b StGB.

BayZR: Nach der Klausur ist vor der Klausur. Welchen Rat kannst Du den Studierenden für die Nacharbeit mitgeben, damit sie aus dem Korrekturrand und den Anmerkungen den maximalen Lerneffekt für zukünftige Klausuren ziehen?

Lasse Scherer: Zunächst der Rat, die Klausur überhaupt **nachzuarbeiten** und sich nicht auf die bloße Einsicht der Note zu beschränken. Man lernt nur mit Feedback – wie beim Griff auf die heiße Herdplatte: Ohne Schmerz keine Rückmeldung und damit kein Lerneffekt. Die Nacharbeit sollte idealerweise drei Elemente umfassen: den Besuch einer Klausurbesprechung, die Auswertung der Korrekturanmerkungen und eine kurze Selbstkorrektur. Weniger Beachtung verdienen dabei Unterstreichungen und Wellenlinien, die eher Nebeneffekte des Korrigierens sind. Dagegen können Kommentare wie „unpräzise“ oder „zu oberflächlich“ tatsächlich hilfreich sein, wenn man die eigenen Ausführungen nach der inhaltlichen Nacharbeit mit einer Lösungsskizze vergleicht. So lässt sich klären, ob die methodische Darstellung oder das inhaltliche Wissen das Problem war – und wie man gezielt daran arbeiten kann.

Wer den Lerneffekt maximieren möchte, für den kann es sich lohnen, Fehler verschiedener Klausuren in einer Excel-Tabelle systematisch zu erfassen, um Wiederholungen zu vermeiden

und Muster zu erkennen. So fällt es leichter, an wiederkehrenden Schwächen – etwa beim Gutachtenstil – gezielt zu arbeiten.

BayZR: Welche abschließenden drei Leseempfehlungen kannst Du Studierenden zum Thema aussprechen?

Lasse Scherer: Sehr viel lernen kann man von „Bock/Hülskötter: Grüße aus der Klausurwerkstatt, JURA 2020, 1074 – 1081“; „Haft: Einführung in das juristische Lernen“ und „Schimmel: Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren“.

BayZR: Wir bedanken uns herzlich für Deine Teilnahme am Interview!



Lasse Scherer

(Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht bei Prof. Dr. Robert Magnus an der Universität Bayreuth)

Mittelphase

Prof. Dr. Christian Rückert über Methodik und Erfolg in der Mittelphase

Die Mittelphase ist die Brücke vom Grundstudium hin in das Schwerpunktstudium und schließlich die Examensvorbereitung. Prof. Dr. Christian Rückert hat seit 2023 den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und IT-Strafrecht an der Universität Bayreuth inne. Schon während seines Studiums an der FAU Nürnberg-Erlangen arbeitete er als studentische Hilfskraft (später als wissenschaftlicher Mitarbeiter) am dortigen Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Nach dem Referendariat im OLG-Bezirk Nürnberg folgten Promotion und Habilitation ebenso an der FAU Nürnberg-Erlangen im Strafrecht. Prof. Dr. Rückert leitet für Studierende in der Mittelphase regelmäßig Fortgeschrittenenübungen und Examinatorien.

Mittelphase

Nach Beendigung des Grundstudiums durch die Zwischenprüfung beginnt für Studierende die Mittelphase. Abzulegen sind in diesem Studienabschnitt vor allem die Übungen für Fortgeschrittene (§ 24 Abs. 1 S. 1 JAPO; § 6 Abs. 3 Studien- und Prüfungsordnung für den Studiengang Rechtswissenschaften an der Universität Bayreuth).

BayZR: Stellen Sie Wintersemester 2025/26 wieder die Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht? Welche Lehrveranstaltungen haben Ihnen in Ihrer Laufbahn bisher am meisten Spaß gemacht – und wieso?

Prof. Dr. Rückert: Im Wintersemester organisiert mein Lehrstuhl grundsätzlich die Große Übung (GÜ) im Strafrecht. Das hängt aber teilweise von der Auslastung der anderen Lehrstühle ab. Besonders Spaß machen meist die Examenskurse im Strafrecht AT und BT sowie der StPO. Hier verknüpft man das gesamte Strafrecht und verdeutlicht Zusammenhänge. Studierende arbeiten regelmäßig sehr aktiv mit, diskutieren mit mir und untereinander und zeigen generell großes Interesse. Die meisten kennen bereits sicher die Grundlagen, sodass das Niveau höher ist, weitere Vertiefung möglich wird und auch (endlich) mal Gegenmeinungen kommen, die uns Professor*innen testen und die Spannung halten. In der Großen Übung sind diese Vorteile meist noch nicht so stark ausgeprägt. Dort ist Präsenz noch Pflicht, die Leistungen und das Niveau schlechter und die Motivation daher oft gering. Vor meiner Zeit an der Uni Bayreuth war ich Repetitor in verschiedenen Städten in Bayern und Lehrstuhlvertreter an der Universität Mannheim, wo ich auch die Examenskurse geleitet habe, sodass ich Studierende in dieser Phase bereits sehr gut kenne und schätze.

Außerdem organisiere ich den Schwerpunktbereich „Recht und Digitalisierung“. Das hochspezialisierte Schwerpunktstudium erfordert nochmals eine ganz andere Herangehensweise von Lehrenden und Studierenden und sorgt für Abwechslung.

BayZR: Welche typischen Herausforderungen begegnen Studierenden in der Mittelphase? Was macht eine erfolgreiche Mittelphase aus?

Prof. Dr. Rückert: Studierende lernen in dieser Phase relativ früh Zeitdruck kennen, angesichts der vollen Stundenpläne und der anstehenden Examensvorbereitung. In der Mittelphase ist **Eigeninitiative und selbstständiges Arbeiten** der Schlüssel zum Erfolg. Die Grundlagen aus dem Strafrecht sollten bereits in den Semesterferien zuvor nochmals wiederholt werden. Die GÜ dient nur der Vertiefung und Wiederholung. Erhofft man sich, anhand von nur 7 oder 8 Fällen das gesamte Strafrecht erstmals lernen zu können, wird die Enttäuschung groß sein. Das ist auch nicht der Zweck der GÜ und sollte – meines Erachtens – auch nicht unser Anspruch als Universität sein. Das Studium würde sonst wieder verschult und das Niveau zum Examen hin nicht schnell genug ansteigen. Vor- und Nachbereitung der GÜ-Fälle ist dann auch für gut vorbereitete Studierende essenziell, um die Verknüpfungen von Wissen und Rechtsgebieten zu stärken. Ab jetzt geht es weniger um die Prüfung von Wissen (wie noch in Anfängerlausuren), sondern primär um Falllösungstechnik bei neuen und unerwarteten Konstellationen. Hier ist Systematik und Methodenlehre wesentlich. Diese Dinge versuche ich in der GÜ zu priorisieren, um den Studierenden den Übergang in die Examensvorbereitung zu erleichtern.

BayZR: Auch inhaltlich verändern sich die Anforderungen in der Mittelphase. Besonders neu ist die Konfrontation mit den Prozessrechtsordnungen. Haben Sie für die Studierenden irgendwelche Geheimtipps? Gibt es weitere Veranstaltungen, die fortgeschrittene Jurastudierende keinesfalls ausfallen lassen sollten?

Prof. Dr. Rückert: Viele Studierende wissen leider wenig über die StPO. Dasselbe gilt für die ZPO, weil Studierende diese Vorlesungen selten wirklich besuchen. Das hat fatale Auswirkungen für das Examen, das Referendariat und letztlich auch für die künftige Arbeitswelt. Häufig spielen sich die **praxisrelevanten Kämpfe und Streitfragen im prozessualen Bereich** ab, sodass das materielle Recht nicht mehr genügt. Das ist auch aus Sicht der Examenstaktik nicht klug. Das Prozessrecht ist im Ersten Staatsexamen noch wesentlich weniger anspruchsvoll als der materielle Teil. Oft lassen sich

Fragen mit Kenntnis und Lektüre des Gesetzes lösen und können einen holprigen materiellen Teil gut ausgleichen. Daher lege ich allen Studierenden ans Herz, die Prozessrechtssvorlesungen zu besuchen und den (ohnehin sehr engen) Stoffbereich nicht zu vernachlässigen.

BayZR: Wie können Studierende in der Mittelphase gezielt Ihre Klausurtechnik verbessern? Wie erleben Sie die Entwicklung der Klausurtechnik und -leistung eines Studierenden in der Grundphase gegenüber Mittelphase und darüber hinaus? Was macht Sie als Prüfer besonders auf einen Niveauunterschied aufmerksam?

Prof. Dr. Rückert: Meiner Meinung nach dürfen Studierende nie vergessen, dass Klausuren nicht reine Wissensfragen darstellen. Vielmehr prüfen wir einen spezifisch juristischen Katalog an Fähigkeiten. Dazu gehören auch **Lesekompetenz am Sachverhalt, Zeitmanagement, Schreibfähigkeiten**. Diese Dinge lassen sich durch nichts anderes erwerben als durch Übung.

Dabei kommt es meist auf Basics an: Sitzt das juristische Handwerkszeug, beachten Bearbeiter*innen den Gutachtenstil, subsumieren sie sauber, finden sie Argumente zu Wortlaut, Systematik und Normzweck? Wichtig ist es vor allem, Probleme zu erkennen und selbstständig zu argumentieren. Auswendig gelerntes Wissen herunterzuschreiben läuft oft am konkreten Fall vorbei.

Der zweite Punkt ist der **Umgang mit Fehlern**. Das höhere Niveau macht die Erfahrung des „Scheiterns“ unausweichlich. Gerade diese ist aber wesentlich für die eigene Weiterentwicklung. Aus Fehlern wird man klüger. Daher sollten sich Studierende durch ein schlechtes Votum/Punktezahl nicht niedergeschlagen fühlen und stattdessen die Lösungsskizze heranziehen. Wo lagen meine Fehler? Brauche ich mehr Normkenntnis oder mehr Systematik? War das Zeitmanagement der entscheidende Faktor (oft fangen Klausuren nämlich gut an und weisen am Ende schwere Fehler auf aus Eile)? Habe ich mich irgendwo verlesen oder den Sachverhalt falsch verstanden? Auch wir **Professor*innen stehen für Fragen bereit, daher keine falsche Scham!** Hilfreich ist hier die Bildung von Lerngruppen, in denen man gemeinsam Fälle gliedert, sich abfragt und gegenseitige Fehler aufzeigt.

BayZR: Die meisten Studierenden legen in der Mittelphase auch ihre praktische Studienzeit ab. Wie wählt man die richtigen Praktika? Sollten Studierende Gebiete wählen, auf denen sie bereits Kenntnisse haben oder gilt hier Mut zu Exotik?

Prof. Dr. Rückert: Das Praktikum soll Einblicke in die diversen Chancen und Möglichkeiten geben, die Studierenden nach dem erfolgreichen Absolvieren eines Jura-Studiums offenstehen. Sie sollen kennenlernen, was man als Jurist*in in der Praxis alles machen kann. Daher würde ich den Fokus auf einen coolen Beruf mit einem spannenden beruflichen Alltag legen. Auf das Rechtsgebiet kommt es daher gar nicht so sehr an. Die Optionen sind endlos: NGOs, Ministerien, Großkanzleien, Bundestag., etc. Abraten würde ich z.B. von Standardoptionen wie dem Amtsgericht, solange man nicht ernstlich dort arbeiten möchte.

Spätere Berufsfelder von Jurist*innen

Nach dem 2. Examen gehen ca. 48 % der Studierenden in die Anwaltschaft, 16 % in die Justiz, 11 % in die Verwaltung und 8 % in die übrige Wirtschaft.

(vgl. Bericht des Bayerischen Landesjustizprüfungsamtes für das Jahr 2024, S. 8)

BayZR: Empfehlen Sie Studierenden den Freischuss wahrzunehmen?

Prof. Dr. Rückert: Das Examen ist schwer genug, daher sind 3 potenzielle Versuche sicherlich hilfreich. Meiner Meinung nach schafft der Freischuss aber oft unnötigen Druck und ist aus didaktischer Sicht nicht sonderlich wichtig. Ein optimales Ausschöpfen des eigenen Potentials ist schwierig, wenn man nur 8 Semester zum Lernen und Entwickeln hatte. Dies gilt insbesondere, wenn man den Schwerpunkt noch vor dem Examen schaffen will, was meines Erachtens aber reine Geschmacksfrage ist. Natürlich ist der Freischuss eine Übung für den „Ernstfall“, aber wie motiviert sind Studierende, das Examen insgesamt drei Mal zu schreiben? Die psychische Belastung ist immens und der Zeitgewinn dann auch gering. Letztlich ist es aber eine persönliche Entscheidung.

BayZR: Wann sollten Studierende mit der Examensphase beginnen? Macht es Sinn, schon in der Mittelphase Klausurenkurse oder Examinatorien zu besuchen?

Prof. Dr. Rückert: Unmittelbar nach Abschluss der GÜ sollte die Examensvorbereitung beginnen, anfangs noch locker (z.B. Klausuren mitschreiben, Klausurenkurse besuchen, Examinatorien hören). So lassen sich Studierende genug Zeit für Entwicklung, denn in Klausuren am Anfang zu scheitern ist okay, daran zu wachsen, zu lernen ist entscheidend! Insbesondere während des spezialisierten Schwerpunktstudiums sollten Studierende auch die Examensvorbereitung nicht vernachlässigen.

BayZR: Vielen Dank für das Gespräch!



Prof. Dr. Christian Rückert

(Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und
IT-Strafrecht an der Universität Bayreuth)

Examensvorbereitung

StA Sven Graupner über die Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung, praktische Tipps zur Prüfung aus der Sicht eines Prüfers und die Nachwuchssituation in der Justiz

Der abschließende Beitrag zum Schwerpunkt dieser Ausgabe widmet sich der letzten und (wohl) heißesten Phase des rechtswissenschaftlichen Studiums, der Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung (EJS). Hierüber hat Fabian Karritke mit Staatsanwalt Sven Graupner gesprochen. Staatsanwalt Sven Graupner hat an den Universitäten Bayreuth studiert und im Jahr 2014 das Studium der Rechtswissenschaft erfolgreich abgeschlossen. Während des Studiums hat er an der Universität Bordeaux zudem den Abschluss Maître en Droit im Internationalen Recht und Europarecht erlangt. Herr Graupner war dann lange Zeit wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl Strafrecht I von Herrn Prof. Dr. Nikolaus Bosch. In dieser Zeit hat er den Klausurenengliederungskurs ins Leben gerufen, den er seither nach seiner Zeit am Lehrstuhl als Lehrbeauftragter fortgeführt hat. Er hat sein Referendariat am Oberlandesgericht Bamberg absolviert und ist nun nach Stationen in der Wissenschaft sowie als Rechtsanwalt in einer Großkanzlei bei der Staatsanwaltschaft Hof in der Schwerpunktabteilung für Wirtschafts- und Steuerstrafsachen tätig. Darüber hinaus ist er nebenamtlicher Arbeitsgemeinschaftsleiter im Rahmen der Referendarausbildung am Landgericht Bayreuth sowie seit Ende 2024 mündlicher Prüfer im ersten juristischen Staatsexamen.

Die Erste Juristische Prüfung (EJP) – umgangssprachlich weiterhin auch „(Erstes) Staatsexamen“ – besteht aus zwei Teilen: der **Juristischen Universitätsprüfung (JUP)** und der **Ersten Juristischen Staatsprüfung (EJS)**. Gewichtet wird die JUP mit 40 Prozent und die EJS mit 60 Prozent. Beide Teilprüfungen sind wiederum unterteilt: Ander Universität Bayreuth besteht die JUP aus der Studienbegleitenden Seminararbeit („OSA“), dem zugehörigen Vortrag sowie der studienabschließenden Klausur; die EJS setzt sich aus dem schriftlichen Teil sowie der mündlichen Prüfung zusammen. Studierende haben die Wahl, ob sie zuerst die JUP oder die EJS abschließen möchten, da die studienabschließende Klausur auch nach Absolvierung der EJS geschrieben werden kann. Diese und weitere Regelungen für Studium und Rechtsreferendariat finden sich für Bayern in der **Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen (JAPO)**.

„Examensvorbereitung“ meint hier die Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung.

BayZR: Wie sollte die Examensvorbereitung aus deiner Sicht ablaufen?

Sven Graupner: Das ist eine schwierige erste Frage. Vor allem, weil es darauf – leider – keine allgemeingültige Antwort und kein für alle passendes Patentrezept gibt.

Das beginnt schon bei der Länge der Examensvorbereitung. Einige Studierende sind schon am Anfang der Examensvorbereitung fachlich sehr fit, andere – und sind wir mal ehrlich, das dürfte der größere Teil der Studierenden sein – lernen viele Themen in der Examensvorbereitung zum ersten Mal richtig. Ich gehörte übrigens auch in diese zweite Kategorie. Und schon allein deshalb variiert die Länge der Examensvorbereitung enorm. Üblich dürften **zwischen zwei und vier Semestern** sein. Länger sollte man meines Erachtens nicht – vorbehaltlich spezieller Umstände (z.B. Krankheit oder zeitaufwendige Nebenjobs) – in die Examensvorbereitung

investieren. Das Hinausschieben des Examenstermins ist – das zeigt die Erfahrung – gefährlich und führt keinesfalls zu besseren Ergebnissen. Man muss sich immer vergegenwärtigen: Den Punkt, dass man in Jura alles weiß, wird man nie erreichen. Aber das ist auch nicht notwendig. Man muss versuchen, zu lernen **mit unbekannten Problemen** in einer Klausursituation **umgehen zu können**, anstatt zu versuchen, alle Probleme zu kennen.

BayZR: Apropos Zeit: Wie wichtig ist neben dem „Neulernen“ das Wiederholen?

Einer der meines Erachtens größten Fehler, den Examenskandidaten immer wieder machen: Sie unterschätzen das **Wiederholen**. Viele glauben, Wiederholen sei verlorene Zeit. Doch das stimmt nicht. Klar kann man in dieser Zeit nichts anderes lernen. Allerdings lernt man die Dinge erst, wenn man sie regelmäßig wiederholt. Ich habe viele meiner Karteikarten vor dem Examen 10-mal wiederholt. Allerdings war ich zum Schluss auch derart schnell, dass ich locker 500 Karteikarten an einem Tag geschafft habe. Das Wiederholen haben viele Examenskandidaten leider überhaupt nicht auf dem Schirm. Wie man nun genau lernt, ist natürlich eine Typfrage. Karteikarten sind eine verbreitete, aber zweifelsohne nicht die einzige Art des Lernens. Schwer tun sich diejenigen – und das ist eine durchaus beachtliche Gruppe –, die ausschließlich durch das Anstreichen der Besprechungsfälle lernen. Diese Fälle eignen sich schlecht zum Wiederholen bzw. ist das Wiederholen dann sehr zeitintensiv. Ich möchte nicht sagen, dass das gar nicht funktioniert. Allerdings muss man das einkalkulieren bzw. dessen sollte man sich jedenfalls bewusst sein.

BayZR: Sollte ein kommerzielles Repetitorium oder die universitäre Examensvorbereitung (oder beides) besucht werden?

Die Klassiker-Frage. Auch hier gibt es keine allgemeingültige Antwort. Ich kenne Studierende, die haben ausschließlich mit der universitären Examensvorbereitung sehr gute Ergebnisse erzielt. Ich kenne aber auch viele Studierende, die ein kommerzielles Repetitorium besucht und gute Ergebnisse erzielt haben – Hemmer und Alpmann Schmidt gleichermaßen. Es gibt auch immer wieder Studierende, die sich in kompletter Eigenregie sehr erfolgreich auf das Examen vorbereitet haben. Vieles ist Typfrage. Ich muss an dieser Stelle gleich mit dem Vorurteil aufräumen, ich sei ein scharfer Kritiker und entschiedener Gegner der kommerziellen Repetitorien. Das stimmt so nicht ganz. Die Kollegen von Hemmer und Alpmann sind ja nicht schlecht. Ob das Kursprogramm das Geld wert ist, das sie dafür verlangen, das muss natürlich jeder für sich selbst entscheiden. Für etliche Studierende ist das streng durchgetaktete Konzept der Repetitorien mit dem entsprechenden Druck und mit den mit vielen Einzelproblemen gespickten Fällen sicherlich der richtige Weg. Typische Gefahren in diesem Zusammenhang sind nach meiner Wahrnehmung, dass einige glauben, dass allein die körperliche Anwesenheit im Repetitorium schon reicht - schließlich bezahlt man ja dafür. Aber das eigentliche Lernen muss man natürlich schon selbst machen. Die größte **Gefahr** sehe ich aber darin, dass man sich zu sehr **auf die Besprechungsfälle versteift**. Das sind Kunftfälle, die – und das ist gar nicht als Vorwurf gemeint – didaktisch konzipiert sind, um den gesamten Examensstoff, gepresst mit möglichst wenigen Besprechungsfälle abdecken zu können, mit sehr vielen Einzelproblemen und meist mit der Ausnahme von der Ausnahme. Und für diese Fallgestaltung ist die Lösung (meist) absolut richtig. Die Erfahrung zeigt aber, viele Studierenden lernen diese Fälle. Wenn sie auf einfachere oder auch einfach nur anders gelagerte Fallkonstellationen stoßen, tun sie sich damit sehr schwer. Kurzum: Die kommerziellen Repetitorien und vor allem deren Unterlagen können eine enorme Hilfestellung für die Examensvorbereitung sein. Ein wenig Distanz und das gelegentliche Schauen in andere Bücher oder Skripte ist aber meines Erachtens sehr sinnvoll.

Die universitäre Examensvorbereitung finde ich – wenig überraschend – überzeugender. Sie erfordert mehr **Eigenregie**, zielt aber nach meiner persönlichen Wahrnehmung mehr auf **Grundverständnis** ab. Fast alle Dozenten korrigieren auch im richtigen Examen und wissen vor allem auch, was in den offiziellen Musterlösungen steht bzw. was der offizielle Erwartungshorizont der Klausuren ist. Ich war in meiner Examensvorbereitung jedenfalls ein sehr treuer Besucher der

Examinatorien, habe aber auch Hemmer besucht. Rückblickend würde ich sagen, dass das kommerzielle Repetitorium den deutlich geringeren Anteil an meinem Erfolg im Examen hatte. Die Dozenten, von denen ich das meiste gelernt habe, sind: Herr Prof. Stephan Lorenz, dessen Podcasts – ich muss dazu sagen, dass ich ein sehr auditiver Lerntyp bin – ich super finde, mein ehemaliger Chef Herr Prof. Bosch, der damals ein sehr anspruchsvolles, aber sehr gutes Examinatorium im Strafrecht gehalten hat, und natürlich Herr Prof. Windthorst im Öffentlichen Recht.

Die Examensvorbereitung in Eigenregie würde ich wirklich nur Studierenden empfehlen, die sehr eigenständig und diszipliniert sind. Man sollte sich zudem bewusst sein, dass man bei diesem Weg zwangsläufig ein wenig länger für die Examensvorbereitung braucht – man muss sich ja schließlich das gesamte Wissen erst zusammensuchen.

BayZR: Ist eine bestimmte Anzahl von Übungsklausuren empfehlenswert?

Auch hier muss ich die klassischen Juristenantwort geben: Es kommt darauf an. Nach der Erfahrung aus meiner eigenen Examensvorbereitung sowie auch aus den vielen Jahren, in denen ich nun schon in der Examensvorbereitung unterrichte, würde ich als grobe Orientierung eine Zahl von ca. 50 geschriebenen Examensklausuren nennen. Aber wie gesagt: Das ist nur ein Richtwert. Einige Examenskandidaten benötigen mehr Klausuren, für einige reichen auch weniger. Ich kenne Absolventen, die haben ein gutes erstes Staatsexamen geschrieben und im Vorfeld nur eine einstellige Anzahl an Probeklausuren geschrieben. Aber das klappt aber (leider) nur bei sehr wenigen Studierenden. Das **Schreiben** von **Examensklausuren** muss man **üben**. Man muss üben mit 5 Stunden zurecht zu kommen und diese Zeit möglichst effektiv zu nutzen. Man muss die Herangehensweise an eine Klausur üben (z.B. wie lange und wie ausführlich kann/muss ich gliedern?) und man muss natürlich auch üben, das Wissen kurz und prägnant, aber trotzdem fundiert darzustellen. Und dafür genügen nach meiner Erfahrung 50 Klausuren durchaus, vielleicht sogar ein wenig weniger. Aber jeder Examenskandidat muss selbst überprüfen, wie einfach oder schwer es ihm oder ihr fällt, das Wissen in einer Klausur prägnant und vor allem übersichtlich darzustellen. Die Erfahrung zeigt, dass es sich einige damit sehr schwertun. Diese Examenskandidaten können einem Dinge abstrakt wirklich gut erklären, erkennen in einer Klausur aber die Probleme nicht oder es gelingt ihnen einfach nicht, das Wissen „aufs Blatt zu bekommen“. Diejenigen sollten dann auch mehr als die von mir genannten 50 Klausuren schreiben. Wer dieses Problem nicht hat, kann – gerade wenn es auf das Examen zugeht – auch

weniger Klausuren schreiben und viele Klausuren zum Beispiel auch einfach nur gliedern. Das hat einen etwas geringeren, aber zumindest ähnlichen Lerneffekt und spart aber etwas Zeit. Denn machen wir uns nichts vor, nach einer fünfstündigen Klausur wird an diesem Lerntag nicht mehr viel passieren. Lange Rede, kurzer Sinn: Es kommt wirklich darauf an. Für einige genügen auch 30, einige benötigen auch 70 Klausuren. Die teilweise propagierte Ansicht, man müsse mindestens 100 Examensübungsklausuren schreiben, halte ich für falsch.

BayZR: Wie sollten Veranstaltungen in der Examensvorbereitung vor- und nachbereitet werden, speziell dein „Klausurengliederungskurs“?

Nun ja, die Unterrichtseinheiten – das gilt jetzt für das kommerzielle Repetitorium und die Examinatorien gleichermaßen – sollten im Idealfall **vor- und nachbereitet** werden. Als Minimalprinzip würde ich sagen, dass man die Fälle wenigstens vorher gelesen haben und im Anschluss nacharbeiten sollte. Wie die konkrete Art des Nacharbeitens aussieht, ob man die Lösungen nun zusammenfasst, auf Karteikarten überträgt oder einen ganz anderen Weg wählt, muss wieder jeder selbst entscheiden.

Der Klausurengliederungskurs ist nun ein besonderer Fall. Er zielt im Gegensatz zu den meisten anderen Veranstaltungen nicht primär auf Wissensvermittlung ab. Es geht darum, wie man an Klausuren herangeht, wie man im Sachverhalt angelegte Probleme herauslesen kann und wie man das Wissen am besten in einer Klausur darstellt – beginnend mit großen Aufbaufragen bis zu Formulierungsproblemen bei Einzelfragen. Den optimalen Lerneffekt hat man nur, wenn man den Fall so detailliert gegliedert und sich so tief in die Klausur hineingedacht hat, wie man es beim Schreiben einer 5-stündigen Klausur tun würde. In der ursprünglichen Version des Kurses habe ich es sogar so gemacht, dass der Sachverhalt erst vor Ort ausgegeben wurde und dann 90 Minuten Zeit zum Gliedern bestanden, bis die eigentliche Besprechung begann. Ich habe das auf Wunsch der Studierende dann irgendwann in die aktuelle Form geändert. Auch das anschließende Nacharbeiten – im Idealfall wenige Tage nach der Besprechung – ist essentiell, vor allem auch wegen der vielen weiterführenden Hinweise in den Lösungsskizzen, zu einem Zeitpunkt, in dem die Infos aus der Besprechung noch „frisch“ sind.

Der **Klausurengliederungskurs** von Sven Graupner findet auch im Wintersemester 2025/2026 wieder statt, planmäßig samstags im Januar und Februar 2026. Details und Termine werden rechtzeitig über die Examitage der Universität Bayreuth bekannt gegeben.

BayZR: Welche inhaltlichen Fehler fallen dir bei der Korrektur juristischer Klausuren häufig auf und wie lassen sich diese am besten vermeiden? Scheitern Examensklausuren häufiger an bestimmten Kardinalfehlern oder eher an einer Vielzahl kleinerer Fehler?

Die Frage kann man natürlich nicht pauschal beantworten. Fakt ist aber, dass deutlich weniger Klausuren an Detailwissen scheitern, als viele glauben. Eine Klausur scheitert nicht daran, dass bei einem Problem anstatt aller vier Meinungen nur zwei Meinungen genannt werden. Mit Kardinalfehlern meinst Du vermutlich so etwas wie ein Verstoß gegen das Abstraktions- und Trennungsprinzip. Derartige Fehler kommen schon ab und an vor, aber glücklicherweise eher selten. In den meisten Fällen scheitern Klausuren daran, dass man entweder den Zugang zur Klausur gar nicht findet – das passiert vor allem im Zivilrecht öfters mal – oder man **mangelndes Systemverständnis** aufweist. Um ein Beispiel aus meiner letzten Strafrechtskorrektur zu wählen: Wer eine Sache als herrenlos bezeichnet, die aber „nur“ gewahrsamslos ist und damit Eigentum und Gewahrsam vermengt, der zeigt mir ein fehlerhaftes Grundverständnis der §§ 242 ff. StGB. Deshalb fällt man allein noch nicht durch. Aber solche Fehler kosten natürlich richtig Punkte. Und mehr als zwei bis drei solcher Fehler sollte man sich in einer Klausur nicht erlauben.

Ansonsten fallen natürlich die üblichen Dinge auf. Es wird zu wenig oder jedenfalls an den falschen Stellen argumentiert. Niemand braucht auf einer halben Seite begründen, weshalb für eine allgemeine Leistungsklage im Verwaltungsprozessrecht analog § 42 Abs. 2 VwGO eine Klagebefugnis erforderlich ist. Aber bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit oder der Prüfung von Ermessensfehlern wäre ein wenig Argumentation schon ganz nett – jedenfalls aber ein Auseinandersetzen mit den im Sachverhalt angelegten Argumenten. Es fällt auch immer wieder auf, dass **zu wenig mit dem Sachverhalt** und vor allem auch **mit dem Gesetz gearbeitet** wird. Und schließlich – das fällt mir immer wieder auf – fehlt bei der Darstellung von Problemen häufig der Problemaufriss. Es wird sehr viel Energie und Speicherplatz im Kopf dafür verwendet, sich sämtliche Meinungen einzuprägen. Deutlich zu kurz gerät dann oftmals die Darstellung, wo eigentlich das Problem liegt bzw. worüber man sich eigentlich streitet. Dabei ist der Einstieg in ein Problem meines Erachtens viel wichtiger als irgendwelche Meinungen. Denn am Problemaufriss sieht man, ob jemand ein Problem wirklich verstanden oder nur auswendig gelernt hat. Es kommt leider recht häufig vor, dass die Meinungen teilweise (ansatzweise) richtig wiedergegeben werden, man allerdings als Korrektor am Einstieg oder auch am Prüfungsstandort sieht, dass derjenige oder diejenige das Problem nicht verstanden hat. Das ist ganz besonders bitter.

Aber um deine Frage zu beantworten: Selbst mehrere kleinere Fehler führen allein fast nie zum Durchfallen.

BayZR: Gibt es auch häufige formelle Fehler bzw. schlechte Eindrücke, zu denen Du Beispiele geben kannst? Wie beeinflussen z. B. ein schlechtes Schriftbild oder fehlende Absätze (unterbewusst) die Korrigierenden?

Man sollte den Einfluss der **Form** keinesfalls unterschätzen. Das weiß jeder, der schon einmal selbst Klausuren korrigiert hat. Ich würde sogar so weit gehen, zu sagen, dass dies durchaus einen Notenpunkt ausmachen kann. Sie müssen sich folgendes vorstellen: Wenn Sie eine Klausur bekommen, 20 Seiten Fließtext, dann haben Sie als Korrektor nach dem Aufschlagen der Klausur eigentlich schon keine Lust mehr. Und ich meine damit – entgegen der landläufigen Ansicht – gar nicht primär das Schriftbild. Klar, einige haben eine schöne Schrift und einige nicht ganz so. Aber glauben Sie mir, wir Korrektoren sind da viel Kummer gewöhnt. Und mal ehrlich: Wirklich optisch schön schreibt im Examen angesichts des Zeitdrucks ohnehin kaum jemand – oder jedenfalls ab Seite 5 der Klausur nicht mehr. Dass man eine Klausur wirklich gar nicht lesen kann, was dann auch zu einer Abwertung der Klausur führt, ist wirklich sehr selten.

Deutlich nerviger ist da das Fehlen von Absätzen oder übertriebenes Durchstreichen oder Einschübe durchnummeriert bis 136. Und das hat jeder in der Hand. Ordentliche **Gliederungsebenen**, nach jeder Überschrift mindestens einen Absatz, besser noch eine Zeile frei, nach jedem Prüfungspunkt ebenfalls mindestens eine Zeile frei. Damit wirkt eine Klausur gleich viel **strukturierter** und **übersichtlicher**. Und sie lässt sich auch deutlich einfacher lesen. Das Staatsexamen ist definitiv der falsche Ort, um Papier zu sparen. Bitte verstehe mich nicht falsch: Man kann in einer Klausur auch mal durchstreichen, es sollte nur eben nicht die Hälfte auf jeder Seite sein. Man kann auch ab und an mal einen Einschub machen, solange es nicht über Hand nimmt und die Verständlichkeit leidet.

BayZR: Klausurkorrekturen wirken oft mehr oder weniger willkürlich. Entspricht diese Einschätzung aus deiner Sicht der Realität?

Eine schwierige Frage. Vor allem weil vermutlich jeder schon einmal eine Klausurkorrektur erhalten hat, die man als willkürlich empfand. Aber ich möchte auch mal eine Lanze für die Korrektoren brechen: Viele der Kollegen machen einen wirklich guten Job. Und vor allem, auch im Staatsexamen sind sich die Korrektoren nach meiner Wahrnehmung der enormen Verantwortung, die sie haben, durchaus bewusst. Das gilt für

die Professoren und die Kollegen aus der Praxis gleichermaßen. Und die Erfahrung zeigt, dass man im Ergebnis meist gar nicht so weit auseinanderliegt. Ich bringe in diesem Zusammenhang immer gerne folgendes Beispiel: Für die Arbeitsgemeinschaftsleiter in der bayerischen Referendarausbildung gibt es jedes Jahr eine AG-Leiter-Tagung. Und zentraler Bestandteil dieser Tagung ist, dass alle Ausbildungsleiter vorab eine Hand voll Originalexamensklausuren aus dem vorangegangenen Examenstermin korrigieren müssen und man die Korrekturen dann vergleicht. Die Erfahrung zeigt, dass wir alle nicht wirklich weit auseinanderliegen. Klar, mal einen Punkt hin oder her, aber größer sind die Abweichungen fast nie.

Zur **Notengebung und -berechnung in der EJS** ist in der JAPO Bayern wie folgt geregelt:

„§ 30 - Bewertung der Prüfungsarbeiten

(1) Die schriftlichen Prüfungsarbeiten werden je von zwei Prüfern selbstständig mit einer Einzelnote bewertet. Im Regelfall soll einer der Prüfer aus dem Bereich der Universität und einer aus dem Bereich der Praxis kommen. **Weichen die Bewertungen der beiden Prüfer um nicht mehr als drei Punkte voneinander ab, so errechnet sich die Note aus der durchschnittlichen Punktzahl.** Bei größeren Abweichungen wird die Arbeit in dem durch die bisherigen Bewertungen gegebenen Rahmen durch Stichtentscheid bewertet, wenn sich die Prüfer nicht einigen oder bis auf drei Punkte annähern können.“ [Hervorhebung durch Red.]

BayZR: Wie gehst Du bei der Korrektur von Klausuren vor, um möglichst fair zu bewerten?

Wie man eine möglichst faire und rationale Bewertung erreicht, dafür hat jeder Korrektor vermutlich eine minimal andere Herangehensweise. Etliche Korrektoren korrigieren mittels Rohpunkten, andere mittels Schemata zum Abhaken. Ich persönlich erstelle mir für jede Klausur, die ich korrigiere, einen Bewertungsbogen, auf dem ich die wesentlichen Punkte einer Klausur abhaken kann. Ich überlege mir dann vorab, wie viele Probleme ich für welche Notenstufe erwarte und in welcher Tiefe. Dann korrigiere ich die ersten 20 Klausuren, meist noch ohne eine Note zu geben. Ich schreibe mir nur eine grobe Richtung auf. Hintergrund ist, dass man immer auch ein wenig „Fine-Tuning“ betreiben muss und je nachdem, wie gut die Studierenden oder Referendare mit der Klausur zurechtgekommen sind, den Maßstab bzw. Erwartungshorizont ein wenig anpassen muss. Meist muss man den Erwartungshorizont ein wenig nach unten korrigieren. Nach ca. 20 Klausuren hat man dann ein ganz gutes Gespür für diese konkrete Klausur und kann eine faire Note geben. Dann korrigiere ich den Rest des Stapels und vergabe sämtliche

Noten. Am Schluss schaue ich mir noch einmal alle Klausuren einer jeweiligen Notenstufe an und schaue, ob die Leistung wirklich vergleichbar ist. Auf diese Art und Weise kann man sicherstellen, dass – gerade, wenn man über einen längeren Zeitraum korrigiert – man Tagesschwankungen ausgleicht. Manchmal hat man einen strengeren und manchmal einen netteren Tag. Mit dieser Vorgehensweise brauche ich persönlich ca. 45 bis 60 Minuten pro Klausur.

BayZR: Diskutiert wird für beide Staatsexamina, die sog. verdeckte Zweitkorrektur einzuführen, um die Beeinflussung der Zweitkorrektur durch die Kenntnis der Bewertung der Erstkorrektur (sog. Ankereffekt) auszuschließen und mehr Objektivität zu erreichen.¹ Wie stehst Du zu diesem Vorschlag?

Ich finde das grundsätzlich eine gute Idee. Im Idealfall schauen sich Zweitkorrektoren die Erstkorrektur ohnehin frühestens nach Abschluss ihrer eigenen Zweitkorrektur an. Und gerade durch das in naher Zukunft eingeführte eExamen im Ersten Juristischen Staatsexamen – im Zweiten Examen gibt es das eExamen bekanntlich bereits – lässt sich das technisch auch sehr einfach umsetzen. Aber nochmal: Meistens liegen wir Korrektoren in unseren Bewertungen recht eng beieinander. Das hat dann auch nicht zwangsläufig etwas mit dem Ankereffekt zu tun.

Die sog. verdeckte Zweitkorrektur wurde zum Beispiel mit Wirkung zum 01.08.2023 ausdrücklich in der Juristischen Ausbildungs- und Prüfungsordnung (JAPO) des Landes Rheinland-Pfalz geregelt:

„§ 9 - Bewertung der Prüfungsleistungen

(1) Jede Aufsichtsarbeit wird von zwei Prüferinnen oder Prüfern (Prüferpaar) bewertet. Alle zu einer Aufgabe gefertigten Aufsichtsarbeiten sind demselben Prüferpaar zuzuleiten. Jede Prüferin und jeder Prüfer hat die eine Hälfte der Aufsichtsarbeiten als Erstprüferin oder Erstprüfer und die andere Hälfte als Zweitprüferin oder Zweitprüfer zu bewerten. **Der Zweitprüferin oder dem Zweitprüfer darf die Bewertung durch die Erstprüferin oder den Erstprüfer nicht bekannt sein. (...)"** [Hervorhebung durch Red.]

In der JAPO Bayern findet sich keine solche Regelung. Vorhaben zu einer dahingehenden Gesetzesänderung sind nicht bekannt.

BayZR: Du bist seit dem Termin 2024/2 auch mündlicher Prüfer in der EJS. Was erwartest Du von

Examenskandidatinnen und Examenskandidaten in der mündlichen Prüfung?

Also zunächst einmal kann man sagen, dass – und das trifft auch auf alle Prüfer zu, mit denen ich bislang geprüft habe – man den Prüflingen in der mündlichen Prüfung nichts Böses möchte. Und selbst wenn die Frage oder die Themen mal unangenehm sind, ist jedenfalls die Benotung fair. Meine persönliche Überzeugung ist es, dass man in einer mündlichen Prüfung durchaus die Möglichkeit haben soll, sich zu verbessern. Inhaltlich erwarte ich dasselbe wie in einer Klausur auch. **Solides juristisches Handwerkszeug**, Grundwissen und die Fähigkeit bei unbekannten Problemen zu argumentieren und sich irgendetwas Vernünftiges zu überlegen. Ich überlege mir vorher sehr genau, welche Fälle und Themen ich prüfe. Bei einem guten Fall für die mündliche Prüfung muss für jeden etwas dabei sein: Für den Prüfling aus dem Notenbereich „ausreichend“ ebenso wie für die Kandidaten mit einem „vollbefriedigend“ oder „gut“. Ich bemühe mich auch, keine zu speziellen Details aus meinem beruflichen Alltag zu prüfen. Natürlich könnte ich zum Beispiel sehr vertiefte StPO-Fragen stellen. Aber was soll das? Und vor allem was soll das abprüfen? Alles in allem kann ich nur sagen: **Keine Angst vor der mündlichen Prüfung.**

BayZR: Sollte ein Prüfling einen sog. „Blackout“ in der Prüfung fürchten? Wie lösen Prüfende Situationen auf, in denen Prüflinge mal nicht weiterwissen?

So ein richtiges „Blackout“ passiert zum Glück relativ selten. Klar bei einzelnen Fragen kann es durchaus vorkommen, dass Prüflinge überhaupt nicht weiterwissen und dann auch total panisch werden. Aber das merkt man als Prüfer natürlich sehr schnell. Ich versuche dann meistens noch einmal zu helfen, um den Prüfling doch wieder auf den richtigen Weg zu führen. Aber wenn man merkt, dass der Prüfling – übertrieben gesagt, nicht mehr weiß, wo oben und unten ist – bringt es auch nichts, weiterzubohren. Dann prüft man eben den nächsten Prüfling. Ich empfinde das vielgefürchtete „Grillen“ als extrem unfair und muss auch sagen, dass ich das bei keinem meiner Kollegen, mit den ich bislang zusammenprüfen durfte, jemals erlebt habe.

BayZR: Und was sind für dich No-Gos in der mündlichen Prüfung?

No-Gos sind zum Beispiel das Lachen oder Augenverdrehen bei Antworten von Mitprüflingen oder das gezielte Bloßstellen

¹ Siehe hierzu u. a. Jahn, Zweitkorrektoren unter Einfluss,

<https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/a-k-njw-2024-4-zweitkorrektoren-unter-einfluss> [Stand: 29.08.2025]; Mohnert, Unfaire Examensnoten im Jurastudium: Eine Reform der Ausbildung, die nicht länger warten kann, <https://jurios.de/2022/11/17/unfaire-examensnoten-im-jurastudium-eine-reform-der-ausbildung-die-nicht-laenger-warten-kann/> [Stand: 29.08.2025]; Griebel/Schimmel, Die Zweitkorrektur im Staatsexamen – findet die eigentlich statt?, <https://jurios.de/2023/05/31/die-zweitkorrektur-im-staatsexamen-findet-die-eigentlich-statt/> [Stand: 29.08.2025].

von Mitprüflingen. Dasselbe gilt auch für ein aggressives Auftreten gegenüber Prüfern oder auch formale Dinge wie eine der Ernsthaftigkeit der Situation überhaupt nicht angemessene Kleidung – wobei man da aber heutzutage schon deutlich lockerer ist als früher. Aber Männer sollten schon im Anzug oder mindestens mit Sakko kommen. Und auch für Frauen gilt die Vorgabe: Business Schick.

BayZR: Die Justiz befindet sich in einer historischen Pensionierungswelle: Der Deutsche Richterbund berichtete bereits 2017, dass in den folgenden 15 Jahren 41 Prozent der Richterinnen und Staatsanwälten ausscheiden werden, deutlich mehr als die durchschnittliche Ruhestandsquote.² Nun fehlt es nach weit überwiegender Ansicht erheblich an Personal.³ Wie nimmst Du diese Probleme in Deiner täglichen Arbeit als Staatsanwalt wahr?

Hier muss man meines Erachtens zwei Dinge auseinanderhalten, die hier gerne vermengt werden: Zum einen geht es um die Frage, ob überhaupt genügend Stellen in der Justiz vorhanden sind – gemeint sind Planstellen. Zum anderen geht es darum, ob und wie diese Stellen adäquat besetzt werden können. Die unbesetzten Stellen und die von Dir angesprochene Pensionierungswelle betrifft den zweiten Aspekt. Hier muss man sagen, dass es uns in Bayern diesbezüglich noch recht gut geht. Auch bei uns ist die Personalsituation angespannt und man muss klar sagen: Es kann oftmals auch länger dauern, bis eine Stelle besetzt werden kann. Diese extremen Meldungen, die Du zitiert hast, betreffen aber vor allem andere Bundesländer – ganz besonders die Ost-Bundesländer.

Unabhängig davon muss man sagen, dass die Justiz und allen voran die Staatsanwaltschaften sehr stark belastet sind. Das betrifft allerdings eher den ersten Aspekt der Planstellen. Die Verfahrenszahl wächst stetig, die Verfahren werden zudem – gerade in meinem Bereich der Wirtschaftskriminalität – komplexer. Aber auch hier muss man sagen, dass die Personalausstattung in Bayern spürbar besser ist als in anderen Bundesländern wie beispielsweise Nordrhein-Westfalen oder Berlin. Der Freistaat Bayern hat bekanntlich erst letztes Jahr bayernweit 350 neue Stellen im Bereich der Justiz, 120 davon bei den Staatsanwaltschaften geschaffen.

² Deutscher Richterbund, Die personelle Zukunftsfähigkeit der Justiz in der Bundesrepublik Deutschland, https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Publikationen/DRB-Positionspapier_Nachwuchsgewinnung_kl.pdf [Stand: 29.08.2025].

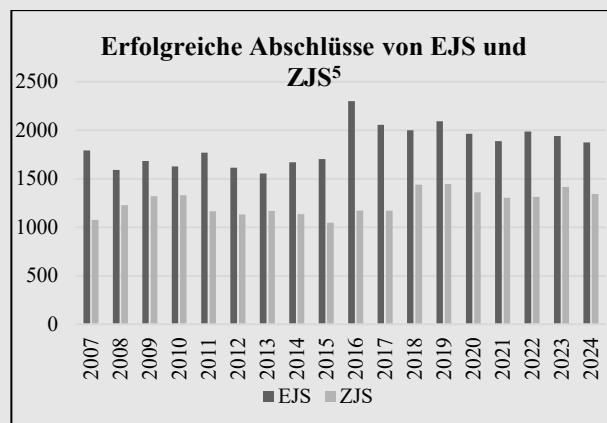
³ Ebd.; anders Gerards Iglesias, IW-Kurzbericht 76/2024: Hat Deutschland zu viele Richter?, <https://www.iwkoeln.de/studien/simon-gerards-iglesias-hat-deutschland-zu-viele-richter.html> [Stand: 29.08.2025].

⁴ Zu den Studierendenzahlen u. a. LTO, Wie viele Jura-Studierende und -Absolventen gibt es in Deutschland?, <https://www.lto.de/karriere/jura-studium/wieviel-jurastudierende-gibt-es-in-deutschland> [Stand: 29.08.2025]; CHE, Wie viele Studierende gibt es in Bayern?, <https://hochschuldaten.che.de/bayern/studierende/> [Stand: 29.08.2025]; Destatis, Studierende: Bundesländer, Semester, Nationalität, Geschlecht, <https://www-genesis.destatis.de/datenbank/online/statistic/21311/table/21311-0005> [Stand: 29.08.2025].

⁵ Berichte des Bayerischen LJPA für die Jahre 2007 bis 2024, <https://www.justiz.bayern.de/landesjustizpruefungsamt/jahresberichte/> [Stand: 29.08.2025].

BayZR: Dem steigenden Bedarf stehen fast stagnierende Abschlusszahlen und ein sich abzeichnender Rückgang der Studierendenzahlen in Bayern gegenüber.⁴ Wie kann aus deiner Sicht dieser Herausforderung in der Ausbildung vor Ort begegnet werden und welche Wünsche hast du an die Politik, um die Rahmenbedingungen zu verbessern?

Das stimmt. Wir sehen in Bayern leicht sinkende Studierendenzahlen im Bereich Rechtswissenschaft mit regional durchaus erheblichen Unterschieden. Ich glaube, dass die Universität Bayreuth hier vieles richtig macht. Die Vernetzung mit anderen Fachbereichen – Stichwort: WiWiZ, TeWiZ und DigiZ –, die Einführung eines LL.B., was ich für absolut richtig halte. Generell glaube ich, dass eine gute und innovative Ausbildung der Schlüssel für stabile Studierendenzahlen ist. Für Studierende ist nun einmal ein guter Dozent wichtiger als brillanter Wissenschaftler. Gute Professoren können ohnehin beides...



Was würde ich mir wünschen? Ich fände eine stärkere Einbindung der Praxis in die universitäre Ausbildung wünschenswert. Es ist einfach so, dass die praktische Anwendung des Rechts viel spannender – und vielfach auch deutlich unterhaltsamer – ist als theoretische Fälle. Ohne dass das eine Bewerbung sein soll: Warum sollte nicht ein Staatsanwalt oder ein Richter ein oder zwei Stunden der StPO-Vorlesung übernehmen? Im Bereich Zivilprozessrecht und Verwaltungsprozessrecht ist das vielleicht sogar noch wichtiger. StPO, ZPO und VwGO sind allesamt in der praktischen Anwendung unfassbar faszinierende Rechtsgebiete. Ich persönlich bin auch ein großer Fan sog. Mock Trials. Damit meine ich nicht die großen Moot Courts, sondern ähnliche Veranstaltungen im Bereich des

Kernexamensstoffs. Denn – die beteiligten Professoren mögen mir verzeihen – Kernstrafrecht oder auch Kern-BGB ist viel spannender als es UN-Kaufrecht, Arbeitsrecht oder Steuerrecht jemals sein können. Ich glaube, das kann sehr motivierend sein, wenn man sieht, wofür man die einzelnen Rechtsgebiete eigentlich alle lernen soll. Und es kann Studierenden dabei helfen, zu verstehen, wie verschiedene Normen oder verschiedene Rechtsgebiete ineinander greifen. Denn das ist doch eigentlich das große Ziel des Studiums und der auch der Examensvorbereitung: Dass man den Zustand erreicht, wo das Wissen nicht mehr ein großer Flickenteppich an Einzelwissen ist, sondern plötzlich alles ein „großes Ganzes“ bildet.



StA Sven Graupner

(Lehrbeauftragter der Universität Bayreuth und nebenamtlicher Arbeitsgemeinschaftsleiter im Rahmen der Referendarausbildung am Landgericht Bayreuth)

BayZR: Vielen Dank für das Gespräch!

Fabian Glas: Mehrstimmrechte im deutschen Aktienrecht nach der Reform durch das ZuFinG

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 11. Fachsemester an der Universität Bayreuth. Der Beitrag ist im Rahmen des Studienbegleitenden Seminars „Unternehmen, Kapital & Strukturierung“ bei Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M (Nottingham) (Lehrstuhl für Zivilrecht I – Bürgerliches Recht, deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht) entstanden.

A. Einleitung

Zum 15.12.2023 kam es durch das ZuFinG¹ zu einer Wiederzulassung der seit 1998 durch das KonTraG² grundsätzlich³ beseitigten Mehrstimmrechte⁴ im deutschen Aktienrecht.⁵ Unerwartet war der Umschwung nicht. Bereits der 2021 geschlossene Koalitionsvertrag⁶ sowie ein konkretisierender Eckpunkteplan aus dem Jahr 2022⁷ beinhalteten die Einführung von Aktien mit unterschiedlichen Stimmrechten – Mehrstimmrechtsaktien. Dem voraus gingen Listungen deutscher Gesellschaften an ausländischen Börsen⁸ wie BioNTech und Curevac an der US-amerikanischen Börse NASDAQ⁹ und damit einhergehende Forderungen nach einem attraktiveren Rechtsrahmen für vornehmlich Wachstumsunternehmen, inklusive der Einführung von Mehrstimmrechten im Aktienrecht.¹⁰ Diese Entwicklung ist nicht rein national. So gingen Alibaba, nicht wie ursprünglich geplant in Hongkong,¹¹ und Manchester United, statt in Singapur, ebenfalls in den USA an die Börse.¹² Fiat Chrysler Automobiles wanderte aus Italien in die Niederlande ab, um

dort u. a. von *dual shares* profitieren zu können.¹³ In diesen Ländern sowie weiteren konkurrierenden Rechtsordnungen wurde der Rechtsrahmen inzwischen angepasst.¹⁴ Derzeit steht in der EU die Mehrstimmrechte-RL¹⁵ als Teil des EU Listing Acts¹⁶ zur Debatte.¹⁷

Das ZuFinG soll nun in Deutschland den Zugang zum Kapitalmarkt und die Aufnahme von Eigenkapital vornehmlich für Start-ups, Wachstumsunternehmen sowie kleine und mittlere Unternehmen (KMU) erleichtern und damit die Wettbewerbsfähigkeit mit anderen Rechtsordnungen verbessern.¹⁸ Ein dazu gewähltes Instrument ist die Wiederzulassung der Mehrstimmrechtsaktie.¹⁹

Es steht die Frage im Raum, inwieweit im AktG²⁰ ein effizienter und rechtssicherer Rechtsrahmen bei Mehrstimmrechten für die Erreichung dieses Ziels geschaffen wurde. Der vorliegende Beitrag erörtert, ob die Reform de lege lata im Hinblick auf die Chancen und Erwartungen sowie den mit einer solchen Gestaltungsmöglichkeit einhergehenden Risiken gegückt ist und an welchen Stellschrauben nach der in vier Jahren

¹ Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz – ZuFinG) v. 11.12.2023, BGBl. I Nr. 354.

² Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) v. 27.4.1998, BGBl. I, 786.

³ Soweit die Fortgeltung nicht beschlossen wurde, § 5 Abs. 1 a. F. Einführung zum Aktiengesetz (EGAktG). v. 6.9.1965, BGBl. I, 1185.

⁴ Zu den daneben eingeführten Instrumenten und Erleichterungen Harnos, Unternehmensrechtliche Regelungsvorschläge im Referentenentwurf des Zukunftsförderungsgesetzes eAktie, Mehrstimmrechtsaktie, Kapitalerhöhungsgesetz und Börsenmantelaktiengesellschaften (SPACs), AG 2023, S. 348.

⁵ Zu der historischen Entwicklung in Deutschland Beckmann, Das aktienrechtliche Mehrstimmrecht, 2023, S. 37 ff.; Kalss, Das Kommen, Gehen und Wiederkommen des Mehrstimmrechts, ZHR 2023, S. 438 (474 ff.); rechtsvergleichend zu den Mitgliedstaaten der EU Nicolussi, Mehrstimmrechtsaktie: Renaissance auf europäischer und auf nationaler Ebene, AG 2022, S. 753 (754 ff.).

⁶ FDP, Koalitionsvertrag von SPD, Grünen und FDP, 24.11.2021, https://www.fdp.de/sites/default/files/2021-11/Koalitionsvertrag%202021-2025_0.pdf [Stand: 27.8.2024], S. 134.

⁷ BMJV, Eckpunkte für ein Zukunftsförderungsgesetz, 29.6.2022,

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Nav_Themen/220629_Eckpunkte_Zukunftsfinanzierungsgesetz.html [Stand: 27.8.2024], S. 3.

⁸ Florstedt, Das Zukunftsförderungsgesetz – Börsenmantelaktiengesellschaft und Mehrstimmrechtsaktie, NZG 2024, S. 139 (139).

⁹ Rittershaus/DAI, Auslandslistings von BioNTech, CureVac & Co., 2021, S. 12.

¹⁰ Kaserer/Oxera, Wie können Börsengänge für Startups in Deutschland erleichtert werden? Internationaler Vergleich und Handlungsempfehlungen, 27.9.2021, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/studie-wie-koennen-boersengaenge-fuer-startups-in-deutschland-erleichtert-werden.pdf?__blob=publicationFile&v=6 [Stand: 27.8.2024], S. 46 f.; Rittershaus/DAI (Fn. 9), S. 38 f.

¹¹ Shen Wei and Angus Young, ‘Dual Share Plan in Context: Making Sense of HongKong’s Decision Not to Embrace Alibaba’s Listing’, (2015) 1 International Company and Commercial Law Review, <https://ssrn.com/abstract=2557162> [Stand: 27.6.2024], S. 4 (4).

¹² SWD(2022) 762, S. 143.

¹³ Marco Venturuzzo, ‘The Disappearing Taboo of Multiple Voting Shares: Regulatory Responses to the Migration of Chrysler-Fiat’, (2015) ECGI - Law Working Paper No. 288, <https://ssrn.com/abstract=2574236> [Stand: 27.6.2024], S. 3, 9, 13.

¹⁴ Dazu SWD(2022) 762, S. 139 ff.

¹⁵ COM(2022) 761.

¹⁶ Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 7.12.2022, IP/22/7348, 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7348 [Stand: 30.8.2024].

¹⁷ Dazu J. Schmidt, Die Mehrstimmrechte-RL (MVRD): Das Comeback der Mehrstimmrechte mit dem Listing Act, BB 2024, S. 643.

¹⁸ BT-Drs. 20/8292 S. 58, 108.

¹⁹ BT-Drs. 20/8292 S. 107 ff.

²⁰ Aktiengesetz v. 6.9.1965, BGBl. I, 1089.

angesetzten Evaluation²¹ de lege ferenda noch gedreht werden sollte.

Ausgeklammert werden insbesondere Fragen nach der Unionsrechtskonformität²², dem Übernahmerecht²³, dem Marktmisbrauchsrecht²⁴ sowie dem Konzernrecht²⁵. Die mit „Ja“ zu beantwortende rechtsökonomische Diskussion über das „Ob“ der Einführung von Mehrstimmrechten wird hier nicht geführt, da die Würfel bereits gefallen sind.²⁶

B. Mehrstimmrechte im AktG: Chancen und Risiken

Im deutschen Aktienrecht herrscht eine sog. „Aktionärsdemokratie“.²⁷ Gem. § 118 Abs. 1 S. 1 AktG wird das Stimmrecht von den Aktionären in der Hauptversammlung (HV) als „Willensbildungsorgan“²⁸ der AG ausgeübt. Ihr Kompetenzbereich ist in § 119 AktG geregelt.²⁹ HV-Beschlüsse werden gem. § 133 Abs. 1 AktG grundsätzlich mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst. Solche Beschlüsse, die nach dem Gesetz eine Kapitalmehrheit erfordern, bedürfen zusätzlich einer Stimmenmehrheit i. S. d. § 133 Abs. 1 AktG.³⁰ Dabei gewährt gem. § 12 S. 1 AktG jede Aktie ein Stimmrecht. Bisher galt das Prinzip *one share - one vote*³¹, also die Übereinstimmung von Stimmrechtseinfluss und Anteilseigentum.³² Wobei das AktG mit Vorzugsaktien i. S. d. § 12 Abs. 1 S. 2 AktG a. F. und Höchststimmbegrenzungen³³ i. S. d. § 134 Abs. 1 S. 2 AktG bereits vor dem ZuFinG Ausnahmen gestattete.³⁴ Vorzugsaktien sind Aktien, mit denen zwar ein Gewinnvorzugsrecht verbunden ist, allerdings können

sie gem. § 12 S. 2 i. V. m. §§ 139 ff. AktG als Aktien ohne Stimmrecht ausgestaltet werden.³⁵ Ein Beispiel aus der jüngeren Praxis ist der 2022 erfolgte Börsengang der *Porsche AG*, bei dem lediglich Vorzugsaktien ausgegeben wurden.³⁶

Bei Kapitalerhöhungen über die Ausgabe neuer Anteile am börslichen Kapitalmarkt erhalten Kapitalgeber Stimmrechte entsprechend ihrer Anteile und gewinnen so an Einfluss im Unternehmen.³⁷ Dies bringt Gründer in eine Zwickmühle, der sog. „fear of losing control“³⁸. Für ein weiteres Wachstum wird neues Kapital benötigt,³⁹ gleichzeitig wollen sie nicht an Kontrolle verlieren.⁴⁰ Eine Lösung bieten Aktien mit Mehrstimmrechten. Mit diesen besteht neben der Kontrolle über die HV u. a. eine Personalkompetenz, indem durch den Aufsichtsrat (vgl. § 101 Abs. 1 S. 1 AktG) indirekt mehr Einfluss auf den Vorstand (vgl. § 84 Abs. 1 S. 1 AktG) ausgeübt werden kann.⁴¹ So kann die AG nach dem Kapitalzugewinn in eigener Regie weitergeführt werden. Zwar gab es dafür vor dem ZuFinG vornehmlich mit Vorzugsaktien, der KGaA und Stimmbindungsverträgen alternative Gestaltungsmöglichkeiten, jedoch sind diese insbesondere für junge Wachstumsunternehmen weniger geeignet als Mehrstimmrechtsaktien.⁴² Daneben sind Mehrstimmrechte ein Mittel gegen feindliche Übernahmen und den äußeren Überfremdungsschutz in der AG,⁴³ wobei dieses in der Vergangenheit wichtige Argument nun als Ziel des ZuFinG unerwähnt bleibt.⁴⁴

Es gibt indes Risiken, die auszubalancieren sind. Kritisiert werden insbesondere das Auseinanderfallen von Einfluss und

²¹ BT-Drs. 20/9363 S. 6.

²² Zu der Richtlinienkonformität *J. Schmidt*, BB 2024, S. 643; zu der Primärrechtskonformität *Wolf*, Mehrstimmrechtsaktien, 2023, S. 316 ff.

²³ Dazu *Kraack*, Übernahmerechtliche Implikationen des Zukunftsfinanzierungsgesetzes, NZG 2023, S. 1151; *Schirrmacher/Meiß*, Angebotspflicht gem. § 35 WpÜG nach passivem Kontrollerwerb durch Erlöschen von Mehrstimmrechten?, BKR 2024, S. 512.

²⁴ Dazu *Mock/Herzog*, Mehrstimmrechtsaktien im Kapitalmarktrecht, WM 2024, S. 1005 (1008 f.).

²⁵ Dazu *Ceesay*, Mehrstimmrechtsaktien nach § 135a AktG im Blickfeld von Aktien-, Übernahme-, Konzernrecht und DCGK AG 2024, S. 2 (10 f.).

²⁶ Dazu *Wolf* (Fn. 22), S. 56 ff. m. w. N.

²⁷ *Casper*, Das Zukunftsfinanzierungsgesetz, ZHR 2023, S. 5 (17); *Zeißig*, Mitgliedschaft und Stimmrechtsmacht in der Aktiengesellschaft – eine Untersuchung zu Höchststimmrechten und Mehrstimmrechten, 1996, S. 17.

²⁸ *Koch* in: *Koch* AktG, 18. Auflage 2024, § 118 Rn. 3.

²⁹ *Koch* in: *Koch* AktG (Fn. 28), § 119 Rn. 1.

³⁰ BGH NJW 1975, 212; statt vieler *Stein* in: MüKo-AktG, 5. Auflage 2021, § 179 Rn. 85.

³¹ *Nicolussi*, AG 2022, S. 753 (756).

³² BT-Drs. 20/8292 S. 107; daher Mehrstimmrechte als abschreckend bezeichnend *Zeißig* (Fn. 27), S. 294.

³³ Für nichtbörsennotierte Gesellschaften.

³⁴ Zur Durchbrechung dieses Prinzips de lege abrogata *Zöllner/Noack*, Stimmrecht und Kapitalbeteiligung bei der Aktiengesellschaft, AG 1991, S. 117 (117).

³⁵ *Zöllner/Noack*, AG 1991, S. 117 (117).

³⁶ *Porsche*, Porsche startet mit erfolgreichem Börsengang in eine neue Ära, 29.9.2022, <https://newsroom.porsche.com/de/2022/unternehmen/porsche-ag-boersengang-p911-boerse-frankfurt-29829.html> [Stand: 14.8.2024].

³⁷ *Wittig/Hummelmeier*, Back to the Future: Mehrstimmrechtsaktien nach dem Zukunftsfinanzierungsgesetz, WM 2024, S. 332 (332).

³⁸ COM(2022) 761, S. 2.

³⁹ *Wolf* (Fn. 22), S. 31, 57 f.

⁴⁰ *Schielke*, Finanzierung von Familienunternehmen, in: *Kirchdörfer, Rainer* [Hrsg.], Familienunternehmen in Recht, Wirtschaft, Politik und Gesellschaft – Festschrift für Brun-Hagen Hennerkes zum 70. Geburtstag, 2009, S. 221 (225); zu den Bedürfnissen komplexer Deep Tech Start-Ups *Große/Müller/Rau*, Rapide Skalierung von Tech-Start-ups – Systemische Grenzen des deutschen Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts sowie Potenziale durch das ZuFinG, BB 2024, S. 259 (261).

⁴¹ *Wolf* (Fn. 22), S. 48 ff.

⁴² Näher *Wolf* (Fn. 22), S. 158 ff.

⁴³ *Fischer*, Das Problem der Mehrstimmrechtsaktien, Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung 1956, S. 81 (84 f.).

⁴⁴ *Kraack*, Mehrstimmrechtsaktien als Mittel zum Überfremdungsschutz?, ZASA 2024, S. 234 (237 f.).

wirtschaftlichem Risiko, die potenzielle Erhaltung bestehender Machtstrukturen und die Gefahren für Minderheitsaktionäre.⁴⁵

C. Konzeption der Mehrstimmrechte im AktG und Analyse

Die Ausgabe von Mehrstimmrechtsaktien ist sowohl in § 12 S. 2 AktG als auch in § 135a Abs. 1 S. 1 AktG ausdrücklich zugelassen, wodurch § 12 S. 2 AktG dahingehend keinen eigenen Regelungsgehalt hat.⁴⁶ Diese Normierung ist aufgrund der in § 23 Abs. 5 S. 1 AktG festgeschriebenen Satzungsstrenge notwendig.⁴⁷

Einer teils geforderten Unterscheidung bei der Zulassung von Mehrstimmrechten hinsichtlich börsen- und nichtbörsennotierter Gesellschaften⁴⁸ folgte der deutsche Gesetzgeber mit Blick auf die Zielsetzung des ZuFinG, einen erleichterten Zugang zum Kapitalmarkt zu schaffen, richtigerweise nicht.⁴⁹ Allerdings wurde in der konkreten Ausgestaltung unterschieden: Bei börsennotierten AGs sowie AGs deren Aktien in den Freiverkehr i. S. d. § 48 BörsG⁵⁰ einbezogen sind (börsennotierte AGs), wurde der erhöhten Risiken wegen ein strengerer gesetzlicher Rahmen durch § 135 Abs. 2 AktG geschaffen.⁵¹ Dies dient insbesondere dem Schutz der Investoren, Minderheitsaktionäre und Kapitalmärkte.⁵²

Nach der Ausgabe bilden die Mehrstimmrechtsaktien eine eigene Gattung i. S. d. § 11 S. 2 AktG.⁵³

I. Schaffung der Mehrstimmrechte

Mehrstimmrechtsaktien können gem. § 12 Abs. 1 S. 2 AktG ausschließlich nach dem AktG ausgegeben werden. Dabei sind sie gem. § 135a Abs. 1 S. 1 AktG durch Satzungsregelung zu schaffen und auf Namensaktien beschränkt. Folglich kann der besondere Charakter individualisiert werden.⁵⁴ Zusätzlich wird das mit der zu erwartenden Vinkulierung i. S. d. § 68 Abs. 2 AktG begründet.⁵⁵ Durch das damit bestehende Zustimmungserfordernis kann die Inhaberschaft der Mehrstimmrechte kontrolliert werden.⁵⁶

Eine Ausgabe im Wege des genehmigten Kapitals ist gem. § 202 Abs. 1 S. 2 AktG nicht möglich. Zugleich gibt es keine Begrenzung der Ausgabe auf eine bestimmte Höhe des Grundkapitals, wie es bei Vorzugsaktien der Fall ist.⁵⁷

Mehrstimmrechtsaktien können insbesondere bei und nach Gründung der AG eingeführt werden.⁵⁸ Dafür bedarf es gem. § 135a Abs. 1 S. 3 AktG der „Zustimmung aller betroffenen Aktionäre“. Die Norm ist damit lex specialis zu § 179 Abs. 2, 3 AktG⁵⁹ und § 182 Abs. 1 AktG.⁶⁰ Ein Abstellen auf die jeweilig vorliegende HV-Präsenz ist mit dem Wortlaut „aller“ nicht möglich.⁶¹ Dies gilt unabhängig davon, ob vorhandene Stammaktien durch eine Satzungsänderung mit Mehrstimmrechten ausgestattet oder ob im Rahmen einer Kapitalerhöhung Mehrstimmrechtsaktien ausgegeben werden.⁶²

In der Praxis wird daneben die Umwandlung einer GmbH in eine AG inklusive der Mehrstimmrechte relevant sein.⁶³

⁴⁵ J. Schmidt, The Multiple Voting Rights Directive (MVRD) – Comeback of Multiple Voting Rights with the Listing Act, ECCML Working Papers, 2024/1, <https://ssrn.com/abstract=4765465> [Stand: 25.8.2024], S. 1; zu den Risiken aus ökonomischer Perspektive Ceesay, Die Wiedereinführung der Mehrstimmrechtsaktien: Nachbesserungsbedarf beim Regierungsentwurf des ZuFinG, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series No. 23/20, <http://ssrn.com/abstract=4585581> [Stand: 25.8.2024], S. 4 ff.

⁴⁶ Ceesay, AG 2024, S. 2 (3).

⁴⁷ Langenbucher, Aktien und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage 2022, § 2 Rn. 10.

⁴⁸ Neben der hier behandelten AG sind gem. Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABIEG I v. 10.11.2001 L 294/1 die SE und gem. § 278 Abs. 3 AktG die KGaA erfassbar.

⁴⁹ Ebenfalls Bueren/Crowder, Mehrstimmrechte im Spiegel von Rechtsvergleichung und Ökonomie, RabelsZ 2024, S. 87 (134); J. Schmidt, BB 2024, S. 643 (645); kritisch hinsichtlich börsennotierten AGs Bayer, Empfehlen sich besondere Regelungen für börsennotierte und für geschlossene Gesellschaften? – Gutachten E zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, S. 109; Gebhard/Herzog, Die Wiederzulassung von Mehrstimmrechten – zurück in die Zukunft?, ZIP 2023, S. 1161 (1162); Herzog/Gebhard, Mehrstimmrechte im Aktienrecht, ZIP 2022, S. 1893 (1899).

⁵⁰ Börsengesetz v. 16.7.2007, BGBl. I S. 1330.

⁵¹ BT-Drs. 20/8292 S. 112.

⁵² Joser, Der Referentenentwurf zum Zukunftsfinanzierungsgesetz SPACs, Volumengrenzen bei Kapitalmaßnahmen, elektronische Aktien und Mehrstimmrechte, ZIP 2023, S. 1006 (1013).

⁵³ Vgl. BT-Drs. 20/8292 S. 110; zu notwendigen Sonderbeschlüssen Ceesay, AG 2024, S. 2 (8 f.).

⁵⁴ Kalss, Das Kommen, Gehen und Wiederkommen des Mehrstimmrechts, ZHR 2023, S. 438 (493).

⁵⁵ BT-Drs. 20/8292 S. 110 f.

⁵⁶ Wittig/Hummelmeier, Back to the Future: Mehrstimmrechtsaktien nach dem Zukunftsfinanzierungsgesetz, WM 2024, S. 332 (336).

⁵⁷ Casper, Das Zukunftsfinanzierungsgesetz: Sammelsurium oder großer Wurf?, ZRP 2023, S. 105 (105).

⁵⁸ Anderson, Stimmrechtsproportionalität im Aktienrecht, 2016, S. 287 f.

⁵⁹ Liebscher in: Hessler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Auflage 2024, AktG § 135a Rn. 7; Volkmann/Thoma, ZuFinG – Mehrstimmrechtsaktien als Instrument für Familienunternehmer und Gründer?, RFamU 2023, S. 443 (446).

⁶⁰ BT-Drs. 20/8292 S. 112.

⁶¹ Ebenso Kalss, ZHR 2023, S. 438 (492).

⁶² Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG, 5. Auflage 2024, § 135a Rn. 17.

⁶³ Vgl. BT-Drs. 20/8292 S. 112; zu der Beseitigung des Zustimmungserfordernisses auf umwandlungsrechtlichem Weg Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 25.

1. Erforderlichkeit der Einstimmigkeit

Zunächst ist die vorgelagerte Diskussion zu führen, inwiefern ein Einstimmigkeitserfordernis überhaupt benötigt wird.⁶⁴ In Betracht kommt insbesondere die Möglichkeit einer nachträglichen Einführung der Mehrstimmrechte mit qualifizierter Mehrheit qua Satzungsvorbehalt.⁶⁵ Dabei bringt die Verankerung in der Gründungssatzung das zwangsläufige Einverständnis aller Aktionäre mit sich.⁶⁶ Zugleich wird Neuaktionären die Entscheidung zugestanden, Aktien mit einer potentiellen Beschränkung der Mitgliedschaftsrechte zu erwerben.⁶⁷ Eine Dreiviertelmehrheit des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals kann dann bereits ausreichenden Schutz gewähren.⁶⁸ Ferner soll in der Mehrstimmrechte-RL ebenfalls eine qualifizierte Mehrheit genügen.⁶⁹

Dagegen spricht, dass eine vorsorgliche Einbettung der potenziellen Mehrstimmrechtsstruktur als Umgehung der Zustimmungserfordernisse genutzt werden könnte.⁷⁰ Allerdings kann dies durch den Markt anhand der sinkenden Nachfrage eingepreist und geregelt werden. Es gibt durchaus Investoren, die Mehrstimmrechte eher negativ betrachten.⁷¹ Insbesondere für aktivistische Investoren, die die Geschäftspolitik mitbestimmen wollen,⁷² könnten diese nicht in die Strategie passen. Es kann durch die Risiken einer Mehrstimmrechtsstruktur zu einer negativen Gesamtbewertung kommen.⁷³ Folglich könnte der Börsenkandidat Mühen haben, die gewünschte Bewertung am deutschen Kapitalmarkt zu erreichen.⁷⁴

Jedoch ist bei der Einführung von Mehrstimmrechten der Minderheitenschutz zu beachten.⁷⁵ Das gilt auch bei einem

nachträglichen Satzungsvorbehalt hinsichtlich der Einführung mit qualifizierter Mehrheit. Des Weiteren schützt Art. 14 Abs. 1 GG⁷⁶ sowohl das in der Aktie verkörperte Anteilseigentum als auch die mitgliedschaftliche Stellung in einer AG.⁷⁷ Das Stimmverhältnis, und damit das Stimmrecht als mitgliedschaftliche Stellung,⁷⁸ wird durch eine nachträgliche Ausgabe von Mehrstimmrechten verändert, so dass der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG eröffnet ist.⁷⁹ Die Verhältnismäßigkeit des ZuFinG als Inhalts- und Schrankenbestimmung kann u. a. mit der Zustimmung des benachteiligten Mitaktionärs gewahrt werden.⁸⁰ Mehrstimmrechtsaktien gewähren mehr Mitgliedschaftsrechte und so muss zumindest ein statutarischer Vorbehalt mit der Einzelzustimmung benachteiligter Mitaktionäre geschlossen werden.⁸¹ In der Satzungsregelung kann von der Einstimmigkeit abgewichen werden. Die Grenze liegt dann bei den Mehrheitserfordernissen des § 179 Abs. 2 AktG.⁸² Eine solche, mit einem Vorbehalt verbundene, nicht mehr notwendige Zustimmung ist systematisch bereits in § 141 Abs. 2 S. 2 AktG bei Vorzugsaktien vorhanden. Der Minderheitenschutz ist durch das Einverständnis der beeinträchtigten Aktionäre bei der nachträglichen Satzungsänderung gegeben. Neue potenzielle Aktionäre können auch in diesem Fall mit der Einsichtnahme in die Satzung das Risiko entsprechend abwegen und sind nicht schutzbedürftig.

Dadurch wird die Möglichkeit gegeben, auch nach dem Börsengang unter den entsprechenden Voraussetzungen des (nachträglichen) Satzungsvorbehalts neue Mehrstimmrechtsaktien zu schaffen.⁸³

⁶⁴ Für ein Einstimmigkeitserfordernis *Florstedt*, NZG 2024, S. 139 (142); *Gebhard/Herzog*, ZIP 2023, S. 1161 (1164); *Hopt/Kalss*, Mehrstimmrechtsaktien – Grundsatzprobleme, Regelungsbasteine, Praxisfragen, ZGR 2024, S. 84 (140); *Seidel*, Die Renaissance der Mehrstimmrechtsaktie, NZG 2023, S. 1205 (1211); a. A. *Mock/Mohamed* in: *Heidel*, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 6. Auflage 2024, AktG § 135a Rn. 37; in Kombination mit einer Abfindung; *J. Schmidt*, BB 2024, S. 643 (645); *von der Linden/Schäfer*, Der ReFE eines Zukunftsfinanzierungsgesetzes – die wichtigsten Punkte aus aktienrechtlicher Perspektive, DB 2023, S. 1077 (1078).

⁶⁵ Vgl. *Anderson* (Fn. 58), S. 297.

⁶⁶ *Wittig/Hummelmeier*, WM 2024, S. 332 (335).

⁶⁷ *Brändel*, Mehrstimmrechtsaktien – ein in Vergessenheit geratenes Instrument der Beherrschung und des Minderheitenschutzes?, in: *Westermann*, Peter/Wolfgang *Rosener* [Hrsg.], Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag am 3. Januar 1991, 1991, S. 175 (179); *Wolf* (Fn. 22), S. 266.

⁶⁸ *Ebenso Anderson* (Fn. 58), S. 359.

⁶⁹ *J. Schmidt*, BB 2024, S. 643 (645).

⁷⁰ Vgl. *Wolf* (Fn. 22), S. 267.

⁷¹ Zu den Ansichten der Stimmrechtsberater *Kuthe*, Hauptversammlungssaison 2023: Analyse-Leitlinien des BVI und Abstimmungsrichtlinien von Glass Lewis und ISS, AG 2023, S. 8 (10); vgl. *von der Linden/Wilk*, Neue Guidelines der Stimmrechtsberater, NZG 2023, S. 193.

⁷² *Kleinmanns*, Shareholder Activism – bedeutender Einfluss institutioneller Investoren auch in Deutschland?, IRZ 2016, S. 341 (342 f.).

⁷³ *Beckmann* (Fn. 5), S. 181.

⁷⁴ *von der Linden/Schäfer*, DB 2023, S. 1077 (1078).

⁷⁵ Als einen gravierenden Eingriff bezeichnend *Hopt/Kalss*, ZGR 2024, S. 84 (140); vgl. *Rubner/Leuering*, Mehrstimmrechtsaktien nach dem Zukunftsfinanzierungsgesetz, NJW-Spezial 2024, S. 79 (79).

⁷⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949, BGBI. I, 1.

⁷⁷ BVerfGE 100, 289 Rn. 43; BVerfGE 132, 99 Rn. 52.

⁷⁸ BVerfGE 132, 99 Rn. 23.

⁷⁹ *Wolf* (Fn. 22), S. 323; vgl. *Anderson* (Fn. 58), S. 311; vgl. zu Treustimmrechten *Chatard*, Treustimmrechte, 2023, S. 177.

⁸⁰ *Seidel*, NZG 2023, S. 1205 (1211); *Wolf* (Fn. 22), S. 325.

⁸¹ Vgl. *Heider* in: *MüKo-AktG*, 6. Auflage 2024, § 11 Rn. 44.

⁸² *Ebenso Beckmann* (Fn. 5) S. 347.

⁸³ Vgl. *Beckmann* (Fn. 5), S. 347.

Eine qualifizierte Mehrheit ist dann unter Beachtung des Schutzgedankens als ausreichend zu erachten.⁸⁴ Andernfalls ist an der Einstimmigkeit der betroffenen Aktionäre festzuhalten.⁸⁵ Diese Aufweichung kann zu einer erhöhten Attraktivität des Finanzstandorts Deutschland führen.

Da diese Konstellation de lege lata als unzulässige Umgehung gesehen werden kann,⁸⁶ ist § 135a Abs. 2 AktG für mehr Rechtssicherheit de lege ferenda entsprechend zu ergänzen.⁸⁷

2. Einstimmigkeitserfordernis de lege lata

Die Regelung soll nach dem Regierungsentwurf (RegE) grundsätzlich zu einem Zustimmungserfordernis aller Aktionäre führen, wobei stimmrechtslose Vorzugsaktionäre nicht i. S. d. Norm „betroffen“ sein sollen.⁸⁸ Dies ist vor dem Hintergrund folgerichtig, dass diese unabhängig von den Stimmverhältnissen in der AG kein eigenes Stimmrecht haben.⁸⁹ Der Gesetzgeber lässt dabei jedoch außen vor, dass es gem. § 140 Abs. 2 S. 1 AktG zu einem Wiederaufleben des Stimmrechts kommen kann⁹⁰ und dieses durch Mehrstimmrechte entsprechend beeinträchtigt wird.⁹¹ Unter teleologischen sowie systematischen Erwägungen bedarf es daher der Zustimmung der Vorzugsaktionäre als „Betroffene“.⁹²

Für die Aufweichung des Einstimmigkeitserfordernisses unter dem Wortlaut der Norm wird daneben vorgebracht, dass weder ein zukünftiger Mehrstimmrechtsaktionär, noch, bei einer Ausgabe an alle, überhaupt ein Aktionär „betroffen“ ist.⁹³ Schließlich ist der Telos der Norm der Minderheitenschutz und

in beiden Fällen liegt keine Beeinträchtigung von Mitaktionären vor.⁹⁴

Daher ist das Einstimmigkeitserfordernis bei einer Gleichbehandlung der Aktionäre nicht von Nöten.⁹⁵ Konsequenterweise ist für das Zustimmungserfordernis im Rahmen einer einschränkenden Auslegung auf „die in ihrem Stimmrecht beeinträchtigten Aktionäre“⁹⁶ abzustellen. Darin liegt zusätzlich ein systematischer Gleichklang zum GmbH-Recht.⁹⁷

Dagegen ist eine Aufweichung der Zustimmungserfordernis über die Treuepflicht als Förderpflicht⁹⁸ abzulehnen.⁹⁹ Aktionäre sind grundsätzlich nicht zur Abstimmung bei der HV verpflichtet.¹⁰⁰ Dieses essenzielle Enthaltungsrecht zeigt sich insbesondere bei Sperrminoritäten als Form des Minderheitenschutzes.¹⁰¹ Die Treuepflicht kann im Einzelfall dazu führen, dass nur ein bestimmtes Stimmverhalten erlaubt ist.¹⁰² Allerdings darf durch eine zu weitgehende Annahme einer zu Einverständnis führenden Treuepflicht das Enthaltungsrecht nicht vernachlässigt werden.¹⁰³ Das Einstimmigkeitserfordernis ist ebenfalls für den Minderheitenschutz gedacht.

3. Verhältniswahrende Kapitalerhöhung

Aufgrund des stets vorhandenen Einstimmigkeitserfordernisses de lege lata ist eine stimmverhältniswahrende Ausgabe von Stamm- und Mehrstimmrechtsaktien im Zuge einer Kapitalerhöhung problematisch.¹⁰⁴ Nach dem Wirksamwerden eines Kapitalerhöhungsbeschlusses entsteht grundsätzlich ein Bezugsrecht auf neue Aktien i. S. d. § 186 Abs. 1 AktG.¹⁰⁵

⁸⁴ Ebenso Beckmann (Fn. 5), S. 347.

⁸⁵ Vgl. Beckmann (Fn. 5), S. 346 f.

⁸⁶ Wolf (Fn. 22), S. 267.

⁸⁷ Dazu C. I. 4.

⁸⁸ BT-Drs. 20/8292 S. 112.

⁸⁹ Wittig/Hummelmeier, WM 2024, S. 332 (335).

⁹⁰ Herfs in: Spiegelberger Unternehmensnachfolge, 3. Auflage 2022, § 19 Rn. 55.

⁹¹ Ebenso Ceesay, AG 2024, S. 2 (5); als „wenig plausibel“ bezeichnend von der Linden/Schäfer, Der RegE des Zukunftsfinanzierungsgesetzes – Neues zu Mehrstimmrechten, Kapitalerhöhungen und SPACs, DB 2023, S. 2292 (2293).

⁹² Ebenso Ceesay, AG 2024, S. 2 (5); Wittig/Hummelmeier, WM 2024, S. 332 (335).

⁹³ Ceesay, AG 2024, S. 2 (4 f.); DAV, Stellungnahme zum Entwurf eines Zukunftsfinanzierungsgesetzes, NZG 2023, S. 738 (743).

⁹⁴ Ceesay, AG 2024, S. 2 (5).

⁹⁵ Ceesay, Die Wiedereinführung der Mehrstimmrechtsaktien: Nachbesserungsbedarf beim Regierungsentwurf des ZuFinG, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series No. 23/20, <http://ssrn.com/abstract=4585581> [Stand: 25.8.2024], S. 17.

⁹⁶ Dies als neuen Gesetzeswortlaut vorschlagend Ceesay, Die Wiedereinführung der Mehrstimmrechtsaktien: Nachbesserungsbedarf beim Regierungsentwurf des ZuFinG, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series No. 23/20, <http://ssrn.com/abstract=4585581> [Stand: 25.8.2024], S. 23 f.

⁹⁷ Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 24.

⁹⁸ Seibt, Sanierungsgesellschaftsrecht: Mitgliedschaftliche Treuepflicht und Grenzen der Stimmrechtsausübung in der Aktiengesellschaft, ZIP 2014, S. 1909 (1910).

⁹⁹ A. A. Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 24.

¹⁰⁰ Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 24; zu der Treuepflicht als Begrenzung des Vetorechts de lege abrogata Brändel in: FS für Quack (Fn. 67), S. 175 (179).

¹⁰¹ Kort, Zur Treuepflicht des Aktionärs, ZIP 1990, S. 294 (297).

¹⁰² Notz in: BeckOGK BGB, Stand 1.7.2024, § 34 Rn. 102.

¹⁰³ Kort, ZIP 1990, S. 294 (297).

¹⁰⁴ Schlitt/Ries/Lepke, Auswirkungen des EU Listing Acts und des Zukunftsfinanzierungsgesetzes auf Aktien- und Equity-linked Emissionen, AG 2024, S. 466 (471).

¹⁰⁵ Leo/Sparka in: Wiese Unternehmensnachfolge, 2021, Rz. 20.277.

Allerdings kommt es bei jeder Kapitalerhöhung zu einer Verwässerung der Mehrstimmrechte, wenn der Mehrstimmrechtsaktionär einfachstimmberechtigte Aktien und mangels Einverständnis keine neuen Mehrstimmrechtsaktien beziehen kann.¹⁰⁶ Das gilt auch unter der Annahme eines verhältniswahrenden Gattungsbezugsrechts.¹⁰⁷

Besonders relevant ist das bei jungen und stark wachsenden Unternehmen, bei denen die Mehrstimmrechte nach dem Börsengang schnell erheblich entwertet sein können.¹⁰⁸ Dabei sind diese die zentralen Adressaten der Reform. Eine mögliche Lösung über die Ausgabe von stimmrechtslosen Vorzugsaktien scheitert oft an den in § 139 Abs. 2 AktG vorgegebenen Volumengrenzen.¹⁰⁹

Es ist auch hier einschränkend auszulegen, da es aufgrund fehlender Stimmrechtsverschiebungen nicht des gleichen Schutzes wie bei einer quotenunabhängigen Ausgabe bedarf. Bei der Ausgabe von Mehrstimmrechtsaktien unter Aufrechterhaltung des Bezugsrechts aller Aktionäre kommt es zu keiner Benachteiligung.¹¹⁰ Daher wird kein Stimmrecht relativ beeinträchtigt.

Konsequenterweise ist bei der Aufrechterhaltung vorhandener Stimmquoten ebenso eine Lockerung des Einstimmigkeitserfordernisses durch Auslegung angebracht.¹¹¹

4. Zwischenfazit

Ohne nennenswerte Probleme gelingt die Einführung der Mehrstimmrechte in der Gründungssatzung durch das zwangsläufige Einverständnis aller Aktionäre. Dagegen kommt es de lege lata nach dem Börsengang, insbesondere bei großen Publikumsgesellschaften,¹¹² zu einem faktischen Ausschluss.¹¹³ Auch wenn mit dem erleichterten Börsengang bereits ein angestrebter erster Zugang zum Kapitalmarkt erreicht wurde,¹¹⁴

ist es angebracht, das Einstimmigkeitserfordernis zu entschärfen.

§ 135a Abs. 1 AktG ist de lege ferenda unter Beachtung des hier erzielten Auslegungsergebnis zu ergänzen:

„Der Zustimmung aller betroffenen Aktionäre bedarf es nicht, wenn die Mehrstimmrechtsaktien in der Satzung vorbehalten wurden.“

II. Ausgestaltung

1. Maximale Stimmquote

Mehrstimmrechtsaktien können gem. § 135a Abs. 1 S. 2 AktG mit höchstens zehn Stimmrechten ausgestattet werden. Hierbei orientiert sich der Gesetzgeber an den international verbreiteten Grenzen, dadurch ist kein Standortnachteil ersichtlich.¹¹⁵

Durch die begrüßenswerte Regelung wird eine zu extreme Disproportionalität ausgeschlossen, wobei ca. 9,1 % an Mehrstimmrechtsaktien für eine einfache Stimmehrheit ausreichen.¹¹⁶ Bei der gleichzeitigen maximalen Ausgabe von Vorzugsaktien ist bereits eine Kapitalbeteiligung i. H. v. ca. 4,6 % ausreichend.¹¹⁷ Dabei bleibt eine geringe HV-Präsenz unberücksichtigt.¹¹⁸

Durch den Wortlaut „höchstens“ ist eine Abstufung der Stimmrechte und damit ein System mit verschiedenen ausgestalteten (Mehrstimmrechts-)Aktien möglich.¹¹⁹ Für jede Ausgestaltung wird eine neue Aktiengattung begründet.¹²⁰ Es bleibt abzuwarten, welche Abstufungen sich am Markt durchsetzen können, so dass sie für potenzielle Investoren attraktiv bleiben.¹²¹ Beispielsweise kann bei der KGaA ein solcher mit der Kapitalgabe nicht verbundener Gewinn an Einfluss mit einem Preisabschlag verbunden sein.¹²²

¹⁰⁶ Ceesay, Die Wiedereinführung der Mehrstimmrechtsaktien: Nachbesserungsbedarf beim Regierungsentwurf des ZuFinG, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series No. 23/20, <http://ssrn.com/abstract=4585581> [Stand: 25.8.2024], S. 23.

¹⁰⁷ Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 70; Koch in: Koch AktG (Fn. 28), § 186 Rn. 4.

¹⁰⁸ Florstedt, Mehrstimmrechtsaktien – Neue Wege zur erleichterten Eigenkapitalschöpfung für junge Wachstumsunternehmen, ZGR 2024, S. 321 (344).

¹⁰⁹ Florstedt, ZGR 2024, S. 321 (343); vgl. zu Familienunternehmen Herfs in: Spiegelberger Unternehmensnachfolge (Fn. 90), § 19 Rn. 126.

¹¹⁰ DAV, NZG 2023, S. 738 (743).

¹¹¹ Ebenso Ceesay, AG 2024, S. 2 (9).

¹¹² Anderson (Fn. 58), S. 345; J. Schmidt, BB 2024, S. 643 (645).

¹¹³ BT-Drs. 20/8292 S. 112; Kraack, Mehrstimmrechtsaktien als Mittel zum Überfremdungsschutz?, ZASA 2024, S. 234 (239).

¹¹⁴ Wittig/Hummelmeier, WM 2024, S. 332 (335); vgl. Kraack, NZG 2023, S. 1151 (1153).

¹¹⁵ Wolf (Fn. 22), S. 372, 376; vgl. BT-Drs. 20/8292 S. 111.

¹¹⁶ 10x=100-x, 11x=100, x=100/11; i. E. Ceesay, AG 2024, S. 2 (4).

¹¹⁷ 10x=50-x, 11x=50, x=50/11; i. E. Ceesay, Die Wiedereinführung der Mehrstimmrechtsaktien: Nachbesserungsbedarf beim Regierungsentwurf des ZuFinG, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series No. 23/20, <http://ssrn.com/abstract=4585581> [Stand: 25.8.2024], S. 19.

¹¹⁸ 69,9 % für 2020 bei den DAX 30-Unternehmen Barkow Consulting, COVID-19 treibt HV-Präsenz auf Rekordniveau, 24.9.2020, <https://www.barkowconsulting.com/neuer-rekord-bei-hv-praesenz-2020-im-dax-30/> [Stand: 30.8.2024]; vgl. Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 13.

¹¹⁹ Ebenso Liebscher in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht (Fn. 59), AktG § 135a Rn. 6; Wolf, German Dual-Class Structures – A way forward for VC-backed Start-ups?, ZVglRWiss 2024, S. 310 (333).

¹²⁰ Gebhard/Herzog, ZIP 2023, S. 1161 (1164); vgl. C.

¹²¹ Vgl. Kuthe, AG 2023, S. 8 (10).

¹²² Herfs in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, 6. Auflage 2024, § 76 Rn. 9 m. w. N.

Zwar kann angeführt werden, dass durch die speziellen Mehrheitserfordernisse¹²³ und den Transparenzvorgaben¹²⁴ eine Satzungsregelung ausreichend sei,¹²⁵ jedoch ist bei einer fehlenden kapitalbezogenen Obergrenze (vgl. § 139 Abs. 2 AktG bei Vorzugsaktien)¹²⁶ eine volumenmäßige Grenze sinnvoll, um ein „minimum skin in the game“¹²⁷ zu erreichen.¹²⁸ Es geht um ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Beteiligung.¹²⁹ Schließlich wird das kritisch zu betrachtende Auseinanderfallen von Einfluss und wirtschaftlichem Risiko begrenzt¹³⁰ und nicht ausschließlich dem Markt überlassen. Dies ist hinsichtlich der Schaffung von hundert- oder tausendfachen Stimmrechten in der Vergangenheit begrüßenswert.¹³¹ Wenn eine einfache Mehrheit unter dem gesetzlichen Maximalstimmverhältnis erzielt werden soll, kommt es faktisch zu einem Mindestkapitalanteil von 9,1 % oder 4,6 %.¹³² Daneben vermeidet die gesetzliche Regelung die Unsicherheit, ab welcher Quote im Einzelfall eine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB¹³³ vorliegt.¹³⁴

2. Transparenz

Durch Transparenz- und Publizitätspflichten können Kapitalmarktteilnehmer Mehrstimmrechtsstrukturen bewerten, was dem Schutz der Anleger und des Kapitalmarkts dient.¹³⁵ Bis auf zwei Ausnahmen bleibt es mit der Reform bei den bereits bestehenden Pflichten.¹³⁶ Erstens sind bei der Veröffentlichungspflicht nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 WpHG¹³⁷ Mehrstimmrechtsaktien gesondert anzugeben.¹³⁸ Zweitens

müssen Inlandsemittenten bei einer Zu- oder Abnahme von Stimmrechten gem. § 41 Abs. 1 S. 1 WpHG die Gesamtzahl der Stimmrechte teils auch unter Angabe der Anzahl von Mehrstimmrechten veröffentlichen.¹³⁹

Mithin sind mögliche Stimmenmehrheiten und Blockademöglichkeiten bei Beschlüssen erkennbar.¹⁴⁰ Für eine umfassendere Transparenz käme de lege ferenda insbesondere eine Mitteilungspflicht für den Fristbeginn der *time based sunset clause*¹⁴¹ sowie für das Erlöschen der Mehrstimmrechte in Betracht.¹⁴²

3. Sonstige Beschränkungen

Nach dem ZuFinG gibt es zwar keine persönlichen Beschränkungen,¹⁴³ allerdings sieht § 135a Abs. 4 AktG bei der Bestellung von Abschluss- und Sonderprüfern eine Reduzierung der Mehrstimmrechte auf eine Stimme vor. Diese gegenständliche Beschränkung ist mit der zusätzlichen Erforderlichkeit einer Kapitalmehrheit vergleichbar, vermeidet jedoch die Blockaderisiken.¹⁴⁴ Das ist bei den auch dem Minderheitenschutz dienenden Beschlüssen zu begrüßen.¹⁴⁵

Weitere Beschränkungen sind bereits im Aktienrecht angelegt. Durch die notwendige Kapitalmehrheit bei besonders einschneidenden Beschlüssen kommt es mittelbar zu einer Beschränkung.¹⁴⁶ Mehrstimmrechtsaktionäre haben diese üblicherweise nicht¹⁴⁷ und das führt lediglich zu einer

¹²³ Dazu C. I.

¹²⁴ Dazu C. II. 2.

¹²⁵ J. Schmidt, BB 2024, S. 643 (646).

¹²⁶ Für die Begrenzung auf die Hälfte des Grundkapitals *Habersack/Vetter* in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung [Hrsg.], Reformbedarf im Aktienrecht, 2024, § 1 III Rn. 1.30; *Habersack/Vetter*, Vorschläge für eine große Aktienrechtsreform, AG 2024, S. 377 (383); zu der Begrenzung von Vorzugsaktien und Mehrstimmrechtsaktien auf insgesamt die Hälfte des Grundkapitals *Casper*, ZHR 2023, S. 5 (31).

¹²⁷ Bueren/Crowder, RabelsZ 2024, S. 87 (137).

¹²⁸ Casper, ZHR 2023, S. 5 (31).

¹²⁹ Vgl. BR-Drs. 362/23 S. 124.

¹³⁰ Als unzureichend bezeichnend *Ceesay*, Die Wiedereinführung der Mehrstimmrechtsaktien: Nachbesserungsbedarf beim Regierungsentwurf des ZuFinG, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series No. 23/20, <http://ssrn.com/abstract=4585581> [Stand: 25.8.2024], S. 18; gegen die Begrenzung bei nichtbörsennotierten AGs *Eichten/Lang/Morlock*, Die Wiedereinführung aktienrechtlicher Mehrstimmrechte, notar 2024, S. 75 (82); *Wolf* (Fn. 22), S. 376.

¹³¹ Beckmann (Fn. 5), S. 340; *Eichten/Lang/Morlock*, notar 2024, S. 75 (76, 82).

¹³² Wittig/Hummelmeier, WM 2024, S. 332 (336); *Wolf* (Fn. 22), S. 371.

¹³³ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 v. 8.1.2002, BGBl. I, 42.

¹³⁴ Casper, ZHR 2023, S. 5 (32).

¹³⁵ BT-Drs. 20/8292 S. 112.

¹³⁶ BT-Drs. 20/8292 S. 112; dies kann sich durch das ZuFinG II ändern *BMF*, Referentenentwurf des ZuFinG II, 27.8.2024, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2024-08-27-ZuFinG-II/2-Referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=3 [Stand: 2.9.2024].

¹³⁷ Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG) v. 17.9.1998, BGBl. I, 2708.

¹³⁸ Mock/Mohamed in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht (Fn. 64), AktG § 135a Rn. 37.

¹³⁹ Mock/Mohamed in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht (Fn. 64), AktG § 135a Rn. 37.

¹⁴⁰ Florstedt, ZGR 2024, S. 321 (347).

¹⁴¹ BT-Drs. 20/8292 S. 113; C. II. 4. a).

¹⁴² Mock/Herzog, WM 2024, S. 1005 (1006); vgl. Mock/Mohamed in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht (Fn. 64), AktG § 135a Rn. 45.

¹⁴³ Rechtsvergleichend Bueren/Crowder, RabelsZ 2024, S. 87 (136).

¹⁴⁴ Denninger, Mehrstimmrechte in der Aktiengesellschaft – ein Wiedergänger in der deutschen und europäischen Reformdebatte, DB 2022, S. 2329 (2336).

¹⁴⁵ So wohl auch J. Schmidt, BB 2024, S. 643 (646).

¹⁴⁶ Rubner/Leuering, Mehrstimmrechtsaktien nach dem Zukunftsfinanzierungsgesetz, NJW-Spezial 2024, S. 79 (80); mit Auflistung der Beschlüsse Arnold in: MüKo-AktG, 5. Auflage 2022, § 133 Rn. 49, 54.

¹⁴⁷ Wolf, ZVglRWiss 2024, S. 310 (327).

Blockademöglichkeit in der AG.¹⁴⁸ Daneben ist in § 136 AktG ein Ausschluss des Stimmrechts für bestimmte Fälle geregelt.¹⁴⁹ Beispielsweise gilt bei einer Entlastung i. S. d. § 120 AktG gem. § 136 Abs. 1 S. 1 Var. 1 AktG ein Stimmverbot für betroffene Vorstandsmitglieder, was mittelbar zu einer Beschränkung führt.¹⁵⁰ Zusätzlich unterliegen die unter Ausübung der Mehrstimmrechte gefassten Beschlüsse der treuepflichtgestützten Kontrolle.¹⁵¹ Danach dürfen Mitgliedschaftsrechte nicht zum Nachteil der AG¹⁵² oder den Mitaktionären ausgeübt werden.¹⁵³

Weitere Beschränkungen können bei Bedarf gem. § 135a Abs. 3 AktG in der Satzung geregelt werden. Dabei ist die systematische Verortung als Abs. 3, entgegen der ursprünglichen Platzierung in Abs. 2,¹⁵⁴ so zu verstehen, dass die Ermächtigung für alle Voraussetzungen der Mehrstimmrechte gilt.¹⁵⁵ Das dient dem gerade bei Wachstumsunternehmen gegebenen Bedürfnis nach individueller Gestaltung.¹⁵⁶ Möglich ist beispielsweise die Einführung von personenbezogenen Beschränkungen¹⁵⁷ oder die Begrenzung des Anteils der Mehrstimmrechtsaktien am Grundkapital auf ein Maximalverhältnis.¹⁵⁸

Der Gesetzgeber geht mit dem gesetzlichen Grundgerüst und den Individualisierungsmöglichkeiten einen begrüßenswerten Mittelweg, bei dem insbesondere durch die bereits im AktG angelegten Einschränkungen ausreichend Schutz gewährleistet wird.

4. Verfallsklauseln, § 135a Abs. 2 AktG

Ein Instrument für den gesteigerten Schutz der Investoren, Minderheitsaktionären und Kapitalmärkten sind

Verfallsklauseln, nach denen Mehrstimmrechte ipso iure nach Ablauf einer Frist (*time based sunset clause*) oder durch ein Ereignis (*event based sunset clause*¹⁵⁹) erlöschen.¹⁶⁰ Die genaue Ausgestaltung wurde bereits im Vorfeld des ZuFinG national und international rege diskutiert.¹⁶¹

Sie sind in § 135a Abs. 2 AktG für börsennotierte AGs als zusätzliche Schutzmechanismen normiert¹⁶² und können daneben statutarisch i. S. d. § 135a Abs. 3 AktG inkludiert werden.

a) Zeitbasierte Verfallsklausel

Eines der Ziele der Mehrstimmrechte ist es, Unternehmensgründern die unbeeinflusste Umsetzung ihrer Vision zu ermöglichen.¹⁶³ Visionsverwirklichungen benötigen Zeit.¹⁶⁴ In den frühen Phasen des Unternehmens kann vornehmlich das unternehmerische Talent und die Vision des Gründers von Relevanz sein.¹⁶⁵ Allerdings könnte er im Laufe der Jahre dieser Erwartung nicht (mehr) gerecht werden¹⁶⁶ und der Grund für die stimmrechtsbedingte Besserstellung entfallen.¹⁶⁷ Um dem entgegenzutreten, hat der Gesetzgeber gem. § 135a Abs. 2 S. 2 AktG eine Frist von zehn Jahren nach Börsennotierung oder Einbeziehung der Aktien in den Handel im Freiverkehr bestimmt, bevor Aktien die Mehrstimmrechte verlieren. Dabei kann in der Satzung gem. § 135a Abs. 2 S. 2 AktG eine kürzere Frist vorgesehen werden.

Diese Frist kann gem. S. 3 einmalig um bis zu zehn Jahre verlängert werden, wobei dieser Beschluss gem. S. 4 frühestens ein Jahr vor Ablauf der Frist und mit einer Mehrheit von drei Vierteln des Grundkapitals gefasst werden kann.¹⁶⁸ Gem. S. 6, 7

¹⁴⁸ Denninger, DB 2022, S. 2329 (2329 ff.); Eichten/Lang/Morlock, notar 2024, S. 75 (84).

¹⁴⁹ Vgl. DAV, NZG 2023, S. 738 (743 f.).

¹⁵⁰ Wolf (Fn. 22), S. 307.

¹⁵¹ Harnos, AG 2023, S. 348 (352).

¹⁵² BGHZ 14, 25, 38; BGHZ 103, 184 („Linotype“).

¹⁵³ BGHZ 103, 184, 194 ff. („Linotype“).

¹⁵⁴ BMF, Referentenentwurf des ZuFinG, 12.4.2023,

https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG1-Referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1, [Stand: 23.8.2024] S. 21.

¹⁵⁵ Bueren/Crowder, RabelsZ 2024, S. 87 (135).

¹⁵⁶ Kraack, NZG 2023, S. 1151 (1159).

¹⁵⁷ BT-Drs. 20/8292 S. 111, 114.

¹⁵⁸ Stiegler, Das neue Recht für Mehrstimmrechtsaktien – Ein Überblick, NotBZ 2024, S. 286 (288).

¹⁵⁹ Jill Fisch & Steven Davidoff Solomon, *The Problem of Sunsets*, 99 Boston University Law Review, <https://ssrn.com/abstract=3305319> [Stand: 25.8.2024], S. 1057, 1078 (2019).

¹⁶⁰ Beckmann (Fn. 5), S. 348; Jill Fisch & Steven Davidoff Solomon, *The Problem of Sunsets*, 99 Boston University Law Review 2019,

<https://ssrn.com/abstract=3305319> [Stand: 25.8.2024], S. 1057, 1078 (2019).

¹⁶¹ Statt vieler Jill Fisch & Steven Davidoff Solomon, *The Problem of Sunsets*, 99 Boston University Law Review, <https://ssrn.com/abstract=3305319> [Stand: 25.8.2024], S. 1057, 1079 (2019).

¹⁶² BT-Drs. 20/8292 S. 110.

¹⁶³ BT-Drs. 20/8292 S. 113; Jill Fisch & Steven Davidoff Solomon, *The Problem of Sunsets*, 99 Boston University Law Review,

<https://ssrn.com/abstract=3305319> [Stand: 25.8.2024], S. 1057, 1079 (2019); Wolf (Fn. 22), S. 340.

¹⁶⁴ Wolf (Fn. 22), S. 64.

¹⁶⁵ Vogl-Mühlhaus, Mehrstimmrechtsaktien, 1998, S. 88.

¹⁶⁶ Beckmann (Fn. 5), S. 184; Florstedt, ZGR 2024, S. 321 (330).

¹⁶⁷ Wittig/Hummelmeier, WM 2024, S. 332 (338).

¹⁶⁸ Zu einem damit verbundenen Dilemma der Aktionäre Wolf (Fn. 22), S. 341.

und 8 sind bei mehreren Aktiengattungen jeweils Sonderbeschlüsse mit den Vorgaben der S. 4 und 5 zu fassen.

Damit ist die Einführung nach dem fristauslösenden Ereignis, die de lege lata ohnehin schwierig ist,¹⁶⁹ nur zehn Jahre lang möglich. Langfristig wird dadurch gewährleistet, dass alle Aktionäre stimmrechtsmäßig gleichbehandelt werden.¹⁷⁰ Die gesetzliche Regelung bringt potenziellen Aktionären Klarheit hinsichtlich des Zeitpunktes.¹⁷¹ Von Bedeutung ist das bei einer immer längeren Haltedauer von Aktien bei Fonds und PE-Gesellschaften und der damit verbunden längerfristigen Planung.¹⁷²

Allerdings ist zu bedenken, dass ein Gründer länger für die Verwirklichung seiner Vision benötigen könnte¹⁷³ und daneben nicht jeder ein Beispiel für schlechte Unternehmensführung ab dem zehnten (oder zwanzigsten) Jahr ist.¹⁷⁴ Eine gesetzliche Einheitslösung mit starrer zeitlicher Grenze erscheint daher willkürlich.¹⁷⁵

Die Entschärfung über die einmalige Verlängerungsmöglichkeit der Frist bietet zwar ein gewisses Maß an Flexibilität,¹⁷⁶ ändert aber nichts daran, dass eine universelle zeitliche Beschränkung dem Sinn eines Mehrstimmrechts widerspricht.¹⁷⁷ Überdies wird für Mehrstimmrechtsaktionäre der Anreiz geschaffen, kurz vor dem Erlöschen der Mehrstimmrechte Maßnahmen durchzusetzen, die mehr dem eigenen als dem Unternehmensinteresse dienen.¹⁷⁸ Beispielsweise kann der Einfluss durch entsprechende Organbesetzungen in der AG für die Zukunft gesichert werden.¹⁷⁹

Der Minderheitenschutz ist bereits über das (grundsätzliche)¹⁸⁰ Einstimmigkeitserfordernis bei der Schaffung von Mehrstimmrechtsaktien gewährleistet.¹⁸¹ Daneben sind die Risiken der Mehrstimmrechte am Kapitalmarkt bekannt.¹⁸² Zusätzlich kennen konkurrierende Rechtsordnungen keine *time based sunset clauses*, so dass die angestrebte Wettbewerbsfähigkeit dadurch beeinträchtigt werden kann.¹⁸³

Folglich ist die *time based sunset clause* nicht effektiv hinsichtlich der Ziele des ZuFinG. Eine Möglichkeit der Satzungsregelung, bei der sich jede AG nach den eigenen Bedürfnissen richtet, ist ausreichend.¹⁸⁴ § 135a Abs. 2 S. 2–8 AktG sollte daher ersatzlos gestrichen werden.¹⁸⁵

b) Ereignisbasierte Verfallsklausel

Nach der Reform durch das ZuFinG ist in § 135a Abs. 2 S. 1 AktG ein gesetzlicher *event based sunset* in Gestalt einer *transfer based sunset clause*¹⁸⁶ geregelt. Danach erlöschen die Mehrstimmrechte ipso iure im Falle der Übertragung der Aktie, wobei die Verfügungsbefugnis und damit die Übertragung an sich nicht eingeschränkt wird.¹⁸⁷ Die Norm ist lex specialis zu § 67 Abs. 2 AktG.¹⁸⁸ Eine solche Regelung bietet vornehmlich Schutz vor missbräuchlichen Übertragungen zum Zwecke einer Übernahme und ist grundsätzlich begrüßenswert.¹⁸⁹ Auch rechtsvergleichend ist die Regelung üblich und begründet zumindest keinen direkten Standortnachteil.¹⁹⁰

Die Norm spricht von einer „Übertragung“, wobei das Verständnis dieses Wortlauts, über die rechtsgeschäftliche Übertragung hinaus,¹⁹¹ v. a. im Erbfall und bei

¹⁶⁹ Dazu C. I. 4.

¹⁷⁰ Anderson (Fn. 58), S. 354.

¹⁷¹ Hopt/Kalss, ZGR 2024, S. 84 (136); Wolf (Fn. 22), S. 335.

¹⁷² HQ Trust, Private Equity: der Verkaufsdruck steigt, 22.1.2024, <https://hqtrust.de/private-equity-der-verkaufsdruck-steigt/> [Stand: 28.8.2024].

¹⁷³ J. Schmidt, BB 2024, S. 643 (646); zu nie abgeschlossenen Innovationen im Tech-Bereich Wolf (Fn. 22), S. 340.

¹⁷⁴ Vgl. Florstedt, ZGR 2024, S. 321 (330).

¹⁷⁵ Beckmann (Fn. 5), S. 186, 349.

¹⁷⁶ BT-Drs. 20/8292 S. 113; die Hürden als „womöglich unpraktikabel hoch“ einschätzend Ceesay, AG 2024, S. 2 (7).

¹⁷⁷ Wolf, Mehrstimmrechtsaktien – eine neue Perspektive für Familienunternehmen?, RFamU 2024, S. 105 (107).

¹⁷⁸ Denninger, DB 2022, S. 2329 (2336); Jill Fisch & Steven Davidoff Solomon, *The Problem of Sunsets*, 99 Boston University Law Review, <https://ssrn.com/abstract=3305319> [Stand: 25.8.2024], S. 1057, 1083 (2019).

¹⁷⁹ Denninger, DB 2022, S. 2329 (2336).

¹⁸⁰ Dazu C. I. 2.

¹⁸¹ Rubner/Leuering, NJW-Spezial 2024, S. 79 (80).

¹⁸² Beckmann (Fn. 5), S. 186.

¹⁸³ Diese Sorge habend HKEX, Consultation Conclusion 2018, April 2018, [https://www.hkex.com.hk/-/media/HKEX-Market/News/Market-Consultations/2016-Present/February-2018-Emerging-and-Innovative-Sectors/Conclusions-\(April-2018\)/cp201802cc.pdf](https://www.hkex.com.hk/-/media/HKEX-Market/News/Market-Consultations/2016-Present/February-2018-Emerging-and-Innovative-Sectors/Conclusions-(April-2018)/cp201802cc.pdf) [Stand: 2.8.2024], S. 21.

¹⁸⁴ Ebenso Beckmann (Fn. 5), S. 356; DAV, NZG 2023, S. 738 (744); J. Schmidt, BB 2024, S. 643 (646); a. A. Casper, ZHR 2023, S. 5 (32 f.);

Gebhard/Herzog, ZIP 2023, S. 1161 (1167); Hopt/Kalss, ZGR 2024, S. 84 (136).

¹⁸⁵ Ebenso Wolf (Fn. 22), S. 346.

¹⁸⁶ BT-Drs. 20/8292 S. 112.

¹⁸⁷ Wittig/Hummelmeier, WM 2024, S. 332 (337).

¹⁸⁸ Mock/Herzog, WM 2024, S. 1005 (1006).

¹⁸⁹ Klaus J. Hopt and Susanne Kalss, ‘Multiple-voting shares in Europe - A comparative law and economic analysis -‘ (2024) ECGI - Law Working Paper No. 786, <https://ssrn.com/abstract=4887591> [Stand: 22.8.2024], S. 51; a. A. DAV, NZG 2023, S. 738 (744): generelle Erlaubnis der Übertragung qua Satzung.

¹⁹⁰ Wolf (Fn. 22), S. 354 ff.

¹⁹¹ BT-Drs. 20/8292 S. 113.

Umgehungssachverhalten von großer Bedeutung ist.

aa) Erbfall und Familienunternehmen

Es ist keine ausdrückliche Ausnahme für die Übertragung im Erbfall vorgesehen.¹⁹² Ganz im Gegenteil dazu sollen im Rahmen einer weiten Auslegung nach dem RegE alle gesetzlichen Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolgen umfasst sein.¹⁹³

Allerdings ist zu beachten, dass es keines im Wortlaut angelegten Rechtsgeschäftes bedarf,¹⁹⁴ wenn Aktien im Wege der Gesamtrechtsnachfolge i. S. d. § 1922 Abs. 1 BGB übergehen.¹⁹⁵ Das Gesetz spricht in § 1922 Abs. 1 BGB von einem „Übergang“, während beispielsweise in §§ 82a, 389, 413, 873, 929, 1059 BGB von einer „Übertragung“ die Rede ist. Überdies ist im Hinblick auf die Systematik des AktG zu konstatieren, dass bei vinkulierten Namensaktien alleinig die rechtsgeschäftliche Übertragung erfasst ist.¹⁹⁶ Die engere Auslegung der „Übertragung“ steht jedoch im Widerspruch zur einstimmigen Einführung des Mehrstimmrechts¹⁹⁷ und den Gesetzesmaterialien.¹⁹⁸ Damit ist das Erben der Mehrstimmrechte de lege lata ausgeschlossen.¹⁹⁹

Für dieses zwingende Erlöschen der Mehrstimmrechte „von Todes wegen“ kann angeführt werden, dass in denjenigen investiert wird, der das Unternehmen mit seiner Vision erfolgreich machen soll.²⁰⁰ Der ursprüngliche Inhaber nimmt nicht mehr an der Entwicklung des Unternehmens teil²⁰¹ und seine Erben könnten geringere Fähigkeiten zur Unternehmensführung aufweisen.²⁰² Mit Blick auf komplexe Start-ups und das Mehrstimmrechtsprivileg für visionäre Gründer ist das nachvollziehbar.²⁰³

¹⁹² Bueren/Crowder, RabelsZ 2024, S. 87 (137).

¹⁹³ BT-Drs. 20/8292 S. 113; für die ausdrückliche Anknüpfung an den Tod Wolf (Fn. 22), S. 363 f.

¹⁹⁴ Eichten/Lang/Morlock, notar 2024, S. 75 (83); Wolf (Fn. 22), S. 363.

¹⁹⁵ Große-Boymann in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Auflage 2022, BGB § 1922 Rn. 20.

¹⁹⁶ Wolf (Fn. 22), S. 363.

¹⁹⁷ Wolf (Fn. 22), S. 356.

¹⁹⁸ BT-Drs. 20/8292 S. 113.

¹⁹⁹ Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 37 m. w. N.

²⁰⁰ Wolf (Fn. 22), S. 353, 359.

²⁰¹ BT-Drs. 20/8292 S. 113.

²⁰² Beckmann (Fn. 5), S. 184.

²⁰³ Ebenso J. Schmidt, BB 2024, S. 643 (646).

²⁰⁴ Hopt/Kalss, ZGR 2024, S. 84 (137); Volkmann/Thoma, RFamU 2023, S. 443 (448).

²⁰⁵ Mock/Mohamed, Goodbye One Share One Vote? – Welcome Dual-Class Shares!, NZG 2022, S. 1275 (1277).

²⁰⁶ Volkmann/Thoma, RFamU 2023, S. 443 (447).

²⁰⁷ Bueren/Crowder, RabelsZ 2024, S. 87 (137 f.).

²⁰⁸ BT-Drs. 20/8292 S. 1.

²⁰⁹ Ebenso Florstedt, NZG 2024, S. 139 (144).

²¹⁰ Zum Begriff „Familienunternehmen“ Stiftung Familienunternehmen, Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen, 6. Auflage 2023, S. 73 ff.

²¹¹ Stiftung für Familienunternehmen, Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen, 6. Auflage 2023, S. 9.

²¹² Schielke in: FS für Hennerkes (Fn. 40), S. 221 (221).

²¹³ Anderson (Fn. 58), S. 322 ff.

²¹⁴ Vgl. Anderson (Fn. 58), S. 324.

²¹⁵ Ceesay, AG 2024, S. 2 (7).

Anders verhält es sich vornehmlich bei Familienunternehmen, wenn diese von einem Nachkommen oder ausgesuchtem Nachfolger weitergeführt werden sollen und daher ein Interesse an der Erhaltung der Mehrstimmrechte besteht.²⁰⁴ Im Vordergrund stehen hier die Unternehmenstradition²⁰⁵ und die Fortführung einer auf die Bedürfnisse angepassten *Corporate Governance*.²⁰⁶

Ein (vererbtes) Mehrstimmrecht führt nicht zwangsläufig dazu, dass ein Familienangehöriger, und kein externer Manager die AG als Vorstand weiterführen wird.²⁰⁷

Das ZuFinG soll die Attraktivität des Kapitalmarktes auch für KMU steigern,²⁰⁸ damit sollten ebenso positive Anreize für Familienunternehmen geschaffen werden.²⁰⁹ Besonders relevant ist das vor dem Hintergrund der deutschen Unternehmenskultur. In Deutschland sind ca. 90 % der Unternehmen als Familienunternehmen²¹⁰ einzuordnen, die 50 % des Umsatzes der deutschen Privatwirtschaft bilden.²¹¹ Sie sind die Innovationsschmiede und einer der wichtigsten Leistungsträger der deutschen Wirtschaft.²¹²

Gründe für die Entscheidung gegen die Rechtsform der börsennotierten AG bei Familien- und Mittelstandsunternehmen sind insbesondere die Regelung der Unternehmensnachfolge sowie die Angst vor einem Kontrollverlust,²¹³ welche aktuell wohl nicht durch die Zugangsvorteile an den Kapitalmärkten ausgeglichen werden können.²¹⁴

Diese Aspekte können ebenso für eine nichtbörsennotierte AG relevant werden.²¹⁵ Für den Einbezug in den Freiverkehr ist gem. § 48 Abs. 1 S. 5 BörsG kein Einverständnis des Emittenten erforderlich und so könnte es zu einer ungewollten Inklusion der *sunset clauses* des § 135a Abs. 2 AktG

kommen.²¹⁶ Um dieses Risiko zu schmälern, ist eine Vinkulierung und die damit verbundene eingeschränkte Übertragbarkeit der Aktien möglich.²¹⁷

Die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Übertragung an Nachfolger, die Nichterben sein oder vor dem Ableben des Mehrstimmrechtsaktionärs die Kontrolle über die AG erhalten sollen, ist aus Gründen des Missbrauchspotentials und des Minderheitenschutzes abzulehnen.²¹⁸ Die Gründervision, in die mit der Mehrstimmrechteausstattung investiert wurde, ist auch hier zu beachten.

Dagegen ist die Nachfolgegestaltung für Familienunternehmen für die Rechtswahl besonders wichtig, so dass im Einklang mit der nationalen Unternehmenslandschaft eine Vererbung satzungsbedingt geregelt werden sollte.²¹⁹ Lediglich die freie Vererblichkeit der Aktie kann nicht ausgeschlossen werden.²²⁰ Die Satzungsregelung ist einsehbar und kann dadurch in die Investitionsentscheidung der Kapitalgeber einfließen. Andernfalls muss weiterhin alternativ gestaltet werden.²²¹ Mit *Merck* und *Henkel* gibt es beispielsweise zwei börsengelistete Familienunternehmen, die, um den Einfluss der Familie zu sichern, die Rechtsform der KGaA gewählt haben.²²² Jedoch kann diese bei (internationalen) Investoren u. a. als unbekannte deutsche Rechtsform zu einer niedrigeren Bewertung führen.²²³

Damit lässt der Gesetzgeber ein wichtiges Standbein der nationalen Wirtschaft unbeachtet und verpasst eine große Chance, den Bedürfnissen der Familienunternehmen gerecht zu werden. Die Möglichkeit der Vererbung neben der hier geforderten Streichung der *time based sunset clause*²²⁴ wäre für diese mit Blick auf die Ziele des ZuFinG angebracht.

Folgende Regelung wird ergänzend zu § 135 Abs. 2 S. 1 AktG als S. 2 vorgeschlagen:

„Die Übertragung umfasst den Erbfall, wenn die Satzung keine andere Regelung vorsieht.“

bb) Umgehungssachverhalte

Der Gesetzgeber hat keinen Umgehungsschutz bei der *transaction based sunset clause* vorgesehen.²²⁵ Die wohl bewusst in Kauf genommenen Umgehungsmöglichkeiten sorgen für verschiedenste Gestaltungsmöglichkeiten²²⁶ und damit zu erhöhter Rechtsunsicherheit. Im RegE ist lediglich davon die Rede, den Begriff der Übertragung weit auszulegen, da der Zweck der Mehrstimmrechte mit einer Übertragung an Dritte entfällt.²²⁷

Der Hauptanknüpfungspunkt ist der nicht auf natürliche Personen beschränkte potentielle Inhaberkreis der Mehrstimmrechtsaktien.²²⁸ Der Wortlaut der Norm erfasst einzig die unmittelbare Übertragung der Anteile.²²⁹ Danach ist die Ausgabe der Mehrstimmrechtsaktie an eine juristische Person als *Holding* und die anschließende Übertragung ihrer Anteile ein denkbarer Weg, das Erlöschen zu vermeiden.²³⁰ Es kommt dabei zu keiner Übertragung der Mehrstimmrechtsaktie an sich.

Diese Umgehungsgestaltung wäre selbst in Kombination mit dem vorhandenen *time based sunset* als endgültiger Schutz nicht hinnehmbar, da der zusätzliche Schutzzweck des *transaction based sunset* in dieser Konstellation verfehlt wird.²³¹ Schließlich hat der Gesetzgeber die beiden *sunset clauses* mit den unterschiedlichen Regelungszielen nicht als Alternativen geschaffen.²³²

Allerdings ist die Abschaffung der zeitlichen Beschränkung ohnehin zu befürworten,²³³ so dass es einer klarstellenden Rechtsprechung hinsichtlich der Auslegung²³⁴ bedarf, um einen klaren und sicheren Rechtsrahmen für denkbare Übertragungskonstellationen zu schaffen.

Obwohl der Wortlaut mittelbare Übertragungen nicht erfasst, kann eine entsprechende Konstruktion nur zulässig und mit dem Sinn und Zweck der Norm vereinbar sein, wenn sich der

²¹⁶ Ceesay, AG 2024, S. 2 (7).

²¹⁷ Liebscher in: Hessler/Strohn, Gesellschaftsrecht (Fn. 58), AktG § 135a Rn. 15.

²¹⁸ Vgl. Hopt/Kalss, ZGR 2024, S. 84 (137); a. A. Florstedt, ZGR 2024, S. 321 (338 f.).

²¹⁹ Zusätzlich die rechtsgeschäftliche Übertragung fordern Florstedt, ZGR 2024, S. 321 (338 f., 348 f.); a. A. Wolf (Fn. 22), S. 359 f.

²²⁰ Leo/Sparka in: Wiese Unternehmensnachfolge (Fn. 105), Rz. 20.250.

²²¹ Koch in: Koch AktG (Fn. 28), § 135a Rn. 11; vgl. B.

²²² Wiedemann/Frohnmayr, Familienunternehmen und Kapitalmarkt, in: Kirchdörfer, Rainer [Hrsg.], Familienunternehmen in Recht, Wirtschaft, Politik und Gesellschaft – Festschrift für Brun-Hagen Hennerkes zum 70. Geburtstag, 2009, S. 283 (293).

²²³ Koch in: Koch AktG (Fn. 28), § 135a Rn. 11.

²²⁴ Vgl. J. Schmidt, BB 2024, S. 643 (646); dazu C. II. 4. a).

²²⁵ Bueren/Crowder, RabelsZ 2024, S. 87 (138); DAV, NZG 2023, S. 738 (744).

²²⁶ Trinks, Bericht zur Diskussion, ZGR 2024, S. 352 (354).

²²⁷ BT-Drs. 20/8292 S. 113.

²²⁸ Volkmann/Thoma, RFamU 2023, S. 443 (448).

²²⁹ Denninger/von Bülow, Mehrstimmrechtsaktien im Recht der öffentlichen Übernahmen, AG 2023, S. 417 (421); Wolf (Fn. 22), S. 357.

²³⁰ Wolf, RFamU 2024, S. 105 (108).

²³¹ A. A. in Trinks, ZGR 2024, S. 352 (354).

²³² BT-Drs. 20/8292 S. 112 f.

²³³ Dazu C. II. 4. a).

²³⁴ Wolf (Fn. 22), S. 358; a. A. Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 37: Teleologische Reduktion.

dahinterstehende wirtschaftlich Berechtigte i. S. d. § 3 Abs. 1 GWG²³⁵ nicht ändert.²³⁶ Es sollte an den tatsächlichen Einfluss des Mehrstimmrechtsinhabers angeknüpft werden.²³⁷ Schließlich geht es dem Gesetzgeber um die Kontrollerhaltung des bisherigen Inhabers.²³⁸

Teils wird stattdessen eine übernahmerechtsakzessorische Auslegung des § 135a Abs. 2 S. 1 AktG gefordert, also die Erlösung der Mehrheitsstimmrechte, sobald eine Stimmrechtszurechnung nach dem WpÜG²³⁹ erfolgt.²⁴⁰ Das ist der Fall, wenn ein Dritter die Kontrolle i. S. d. § 29 Abs. 2 WpÜG am Inhaber der Mehrstimmrechtsaktien erwirbt. Im WpÜG werden Aktien, die nicht im Eigentum des Bieters stehen, für die Berechnung der Stimmrechtsanteile nach §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 1 WpÜG unter den in § 30 WpÜG genannten Voraussetzungen zugerechnet.²⁴¹ Dabei erlöschen die Mehrstimmrechte durch eine etwaige Kontrolle des Bieters bereits vor einem Eigentümerwechsel der *Holding*. Dies soll die geforderte weite Auslegung erfüllen.²⁴² Allerdings ist der höchstpersönliche Charakter der Mehrstimmrechte bei einem Abstellen auf § 3 Abs. 1 GWG, neben der weiten Auslegung des Begriffes, vor dem Telos der Vorschrift entscheidend.²⁴³

Es muss die natürliche Person im Mittelpunkt stehen, deren Einfluss auf das Unternehmen nach dem Willen der Mitaktionäre durch die Mehrstimmrechte vergrößert wurde.²⁴⁴ Vornehmlich ist für die nichtbörsennotierte AG daneben auch keine gesetzliche Grundlage für eine unmittelbare Anknüpfung an § 30 WpÜG gegeben.²⁴⁵ Lediglich beim Handel an einem organisierten Markt ist § 30 WpÜG gem. § 1 Abs. 1 WpÜG anwendbar.²⁴⁶

Eine wertende Gesamtbetrachtung wird daneben auch vorgeschlagen.²⁴⁷ Dafür wird angeführt, dass § 3 Abs. 1 GWG nicht für die Lösung der *Corporate Governance* Themen des

Aktienrechts gemacht ist.²⁴⁸ Das Abstellen auf eine Norm als Anknüpfungspunkt bringt allerdings den Vorteil der Rechtssicherheit. Dank klarer Grenzen ist das Missbrauchspotential geringer. Folglich ist bei der Auslegung § 3 Abs. 1 GWG heranzuziehen.

Das muss folgerichtig ebenso bei dem gegengelagerten Fall gelten, wenn sich die stimmrechtshaltende juristische Person, aber nicht die dahinterstehende natürliche Person ändert.²⁴⁹ Grundsätzlich kommt es zu einem Erlöschen der Mehrstimmrechte, wenn die Aktien im Rahmen einer Verschmelzung oder Spaltung übertragen werden.²⁵⁰ Dagegen ist u. a. bei einer Umstrukturierungsmaßnahme durch die Anknüpfung an den dahinterstehenden wirtschaftlich Berechtigten nicht von einer Übertragung i. S. d. Norm auszugehen.²⁵¹ Für eine in sich stimmige rechtssichere Regelung der Umgehung ist eine entsprechende Auslegung des Begriffs der Übertragung in Anlehnung an § 3 Abs. 1 GWG notwendig.²⁵²

Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, muss der erläuterte Maßstab bei einer rein wirtschaftlichen Übertragung, wie der Treuhandgestaltung, ebenfalls gelten.²⁵³ Obwohl die Eigentümerstellung unberührt bleibt, kann es somit zum Erlöschen der Stimmrechte kommen.²⁵⁴

Durch diese Auslegung wird dem Begriff der „Übertragung“ insgesamt mehr Kontur gegeben und Rechtssicherheit geschaffen.

III. Abschaffung der Mehrstimmrechte

Neben individuellen Satzungsregelungen und den gesetzlichen *sunset clauses* können Mehrstimmrechte als gattungseigene Aktien durch Satzungsänderung im Rahmen eines HV-Beschlusses gem. § 179 Abs. 1 AktG erlöschen.²⁵⁵ Ein

²³⁵ Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegegesetz – GwG) v. 24.6.2017, BGBl. I, 1822.
²³⁶ Ebenso Wittig/Hummelmeier, WM 2024, S. 332 (338).

²³⁷ Denninger/von Bülow, AG 2023, S. 417 (421).
²³⁸ BT-Drs. 20/8292 S. 113.

²³⁹ Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz v. 20.12.2001, BGBl. I, 382.
²⁴⁰ Ceesay, AG 2024, S. 2 (6); Ceesay, Die Wiedereinführung der Mehrstimmrechtsaktien: Nachbesserungsbedarf beim Regierungsentwurf des ZuFinG, Max

Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series No. 23/20, <http://ssrn.com/abstract=4585581> [Stand: 25.8.2024], S. 24.
²⁴¹ Süßmann in: Angerer/Brandi/Süßmann WpÜG, 4. Auflage 2023, § 30 Rn. 1.

²⁴² Ceesay, AG 2024, S. 2 (6).

²⁴³ Wittig/Hummelmeier, WM 2024, S. 332 (338).

²⁴⁴ Wittig/Hummelmeier, WM 2024, S. 332 (338); vgl. BT-Drs. 20/8292 S. 110 f.

²⁴⁵ Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 38.

²⁴⁶ Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 38.

²⁴⁷ Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 41.

²⁴⁸ Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 41.

²⁴⁹ Denninger/von Bülow, AG 2023, S. 417 (421); Wolf (Fn. 22), S. 358.

²⁵⁰ Rubner/Leuering, NJW-Spezial 2024, S. 79 (80).

²⁵¹ Wolf (Fn. 22), S. 358.

²⁵² Vgl. Wolf (Fn. 22), S. 357 f.; a. A. Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 41: Analogie.

²⁵³ Vgl. Eichten/Lang/Morlock, notar 2024, S. 75 (83).

²⁵⁴ Ebenso Harnos in: K. Schmidt/Lutter AktG (Fn. 62), § 135a Rn. 42; a. A. Denninger/von Bülow, AG 2023, S. 417 (422); Mock/Herzog, WM 2024, S. 1005

(1010).

²⁵⁵ Wittig/Hummelmeier, WM 2024, S. 332 (338).

Sonderbeschluss der Mehrstimmrechtsaktionäre i. S. d. § 179 Abs. 3 AktG ist notwendig.²⁵⁶

Durch den Wortlaut des § 11 Abs. 2 AktG ist nach dem Erlöschen der Mehrstimmrechte von einer Umwandlung in Stammaktien mit einfachem Stimmrecht auszugehen.²⁵⁷ Das die Gattung begründende besondere Recht erlischt.²⁵⁸ Es bleibt zu bedenken, dass es zu einem Wiederaufleben der Mehrstimmrechte bei einer Gestaltung i. S. d. § 135a Abs. 3 AktG kommen kann.²⁵⁹

D. Fazit

Die Wiedereinführung der Mehrstimmrechte im deutschen Aktienrecht, die sehr zu begrüßen ist, ist dualistischer Natur. Erstens kommt es zu einer Lockerung der Satzungsstrenge bei nichtbörsennotierten AGs,²⁶⁰ zweitens zu einer übergangsweisen Einführung der Mehrstimmrechte bei börsennotierten AGs durch die Verfallsklauseln in § 135a Abs. 2 AktG.²⁶¹

Diesbezüglich und insgesamt ist de lege ferenda allerdings eine weitere Liberalisierung des Mehrstimmrechts im deutschen Aktienrecht notwendig. Auch aus rechtsvergleichender Perspektive führt die weiterhin restriktive Rechtslage nicht zu Standortvorteilen gegenüber flexibleren Rechtsordnungen. Es kann und muss mehr auf die Regelung durch den Markt vertraut werden. Dabei ist – außerhalb eines auch historisch bedingten Rahmens an Schutzinstrumenten – ein verstärkt marktbasierter Ansatz inklusive der Auflösung der aufgezeigten Probleme und Beachtung der vorgeschlagenen Lösungswege zu wählen.

Zwar kann das ZuFinG bei Start-ups für eine höhere Attraktivität des Kapitalmarktes in Deutschland sorgen, jedoch ist daneben ebenfalls ein Augenmerk auf die Bedürfnisse der Familienunternehmen zu legen.

Zusammengefasst wurde mit der Wiedereinführung von Mehrstimmrechten ein Schritt in die richtige Richtung gemacht. Indes handelt es sich bei dem Gestaltungsinstrument nur um ein Puzzleteil, um den Kapitalmarkt in Deutschland zu stärken. Abzuwarten bleibt, inwieweit das Instrument Anklang in der Praxis findet.

²⁵⁶ BT-Drs. 20/8292 S. 112; *Kalss*, ZHR 2023, 438 (494).

²⁵⁷ So wohl auch *Ceesay*, AG 2024, S. 2 (8).

²⁵⁸ *Heider* in: MüKo-AktG (Fn. 81), § 11 Rn. 16.

²⁵⁹ *Ceesay*, AG 2024, S. 2 (8).

²⁶⁰ Ebenso *Ceesay*, AG 2024, S. 2 (7 f.).

²⁶¹ Ebenso *Ceesay*, AG 2024, S. 2 (7 f.); *DAV*, NZG 2023, S. 738 (744).

Anna-Sophie Herold: Die vorgesehene Novellierung von § 18 Abs. 1 AWG vor dem Hintergrund der Anforderungen der EU RiL 2024/1226

Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft im 8. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars „Wirtschaftsstrafrecht in seinen außenpolitischen Bezügen bei Prof. Dr. Nina Nestler“ (Lehrstuhl für Strafrecht III) entstanden.

A. Einleitung

Mit dem 18. Sanktionspaket gegen Russland erließ die EU eines ihrer bislang stärksten Sanktionspakte und verschärft damit erneut die bereits im Jahr 2014 erstmalig erlassenen Sanktionsmaßnahmen gegen Russland.¹ Durch den Erlass und die schrittweise Ergänzung umfassender Wirtschafts- und Finanzsanktionen reagiert die EU auf den andauernden völkerrechtswidrigen Angriffskrieg Russlands gegen die Ukraine.²

Die Verhängung von EU-Sanktionen dient als wesentliches Instrument zur Förderung und Verwirklichung der Ziele der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der EU (im Folgenden: GASP) nach Art. 21 EUV.³ Diese umfassen neben der Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit nicht zuletzt die Förderung von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten. Darüber hinaus soll mit der Verhängung von Sanktionsmaßnahmen Druck auf die Betroffenen ausgeübt werden, um gezielt auf das politische Verhalten eines Staates einzuwirken.⁴

Angesichts der aktuellen militärischen Aggression Russlands gegenüber der Ukraine hat die effektive Durchsetzung von EU-Sanktionen zunehmend an Bedeutung gewonnen. Die Durchsetzung obliegt in erster Linie den Mitgliedstaaten, wobei diese jeweils äußerst uneinheitliche Regelungen zum Umgang mit Sanktionsverstößen treffen.⁵ Während in zwölf Mitgliedstaaten Sanktionsverstöße Straftaten darstellen, wird der Verstoß in 13 Mitgliedstaaten entweder als Straftat oder als Ordnungswidrigkeit geahndet, während in zwei

Mitgliedstaaten diesbezüglich keine Strafbewehrung vorgesehen ist.⁶ Eine solche Fragmentierung des Sanktionsstrafrechts wirkt sich nachteilig auf eine effektive Durchsetzung der EU-Sanktionen aus.⁷ Vor diesem Hintergrund trifft die EU im Rahmen der Richtlinie (EU) 2024/1226 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.4.2024 zur Definition von Straftatbeständen und Sanktionen bei Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der Union und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/1673 (im Folgenden: RL (EU) 2024/1226) erstmals verbindliche Vorgaben zur Harmonisierung des Sanktionsstrafrechts für die Mitgliedstaaten. Im Zuge der nationalen Richtlinienumsetzung bedarf es im deutschen Sanktionsstrafrecht dabei vor allem einer Anpassung von § 18 AWG.

Bereits Ende 2024 lag ein entsprechender Gesetzesentwurf der Bundesregierung mit dem Ziel der Umsetzung von RL (EU) 2024/1226 vor.⁸ Nachdem das Gesetzesvorhaben jedoch zum Ende der 20. Legislaturperiode nicht abschließend im Bundestag behandelt wurde, ist der Entwurf nach dem Grundsatz der Diskontinuität verfallen.⁹ Mit der Veröffentlichung des Referentenentwurfs zu einem Gesetz zur Anpassung von Straftatbeständen und Sanktionen bei Verstößen gegen restriktive Maßnahmen der Europäischen Union durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie am 22.8.2025 (im Folgenden: Referentenentwurf) wurde das Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der RL (EU) 2024/1226 erneut angestoßen.

Angesichts des zweiten Anlaufs gilt es zu klären, ob die vorgesehene Novellierung von § 18 I AWG den

¹ BAF4, Außenwirtschaft Ausfuhrkontrolle Embargos – Länder Russland, https://www.bafa.de/DE/Aussenwirtschaft/Ausfuhrkontrolle/Embargos/Russland/russland_node.html [Stand: 21.9.2025]; Mertgen/Vinnen, EU verabschiedet 18. Sanktionspaket gegen Russland, ZASA 2025, S. 439 (439).

² BAF4, Merkblatt zum Außenwirtschaftsverkehr mit der Russischen Föderation, https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_russische_federation.html [Stand: 21.9.2025], S. 7.

³ Vgl. Europäische Kommission, Richtlinievorschlag des EU-Parlaments und des Rates zur Definition von Straftatbeständen und Sanktionen bei Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der Union, KOM (2022) 684 final, S. 1.

⁴ BAF4, Merkblatt zum Außenwirtschaftsverkehr mit der Russischen Föderation, https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_russische_federation.html [Stand: 21.9.2025], S. 5; Nestler, Die Strafbarkeit von Verstößen gegen Verfügungsverbot über eingefrorene Gelder nach §§ 17, 18 AWG, NZWiSt 2015, S. 81 (84).

⁵ Lehner, Zur Strafbarkeit bei Verstößen gegen Umgehungsverbote von EU-Sanktionen, UKur 2023, S. 105 (106); Bernadini, Criminalising the Violation of EU Restrictive Measures: Towards (Dis)Proportionate Punishments vis-à-vis Natural Persons?, EuCLR 2024, S. 4 (4).

⁶ Pelz, Bevorstehende Änderungen im deutschen Sanktionsstrafrecht, ZASA 2024, S. 579 (579).

⁷ Sattler, Die neue EU-Richtlinie (2024/1226) für ein harmonisiertes Sanktionsstrafrecht, AW-Prax 2024, S. 353 (353 f.).

⁸ Vgl. BT-Drs. 20/13958.

⁹ Vgl. Kersten in: Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, 107. EL März 2025, Art. 76 Rn. 116; vgl. Dietlein in: BeckOK GG, 62. Edition 2025, Art. 76 Rn. 43.

Anforderungen der RL (EU) 2024/1226 entspricht. Hierzu wird zunächst ein Überblick über die Strafbewehrung von Sanktionsverstößen gegeben. Daran anschließend wird erläutert, wie die Strafbewehrung durch die RL (EU) 2024/1226 harmonisiert werden soll. Der Hauptteil der Arbeit besteht in der Untersuchung der vorgesehenen Richtlinienumsetzung, wobei sich die Analyse im Rahmen des Arbeitstitels auf § 18 I AWG-RefE beschränkt. § 18 I AWG-RefE wird an dieser Stelle im Detail vor dem Hintergrund der Anforderungen der RL (EU) 2024/1226 geprüft. Abschließend werden die Ergebnisse in einem Fazit zusammengeführt.

B. Die Strafbewehrung von Sanktionsverstößen

Die Verflechtung von Unionsrecht mit deutschem Strafrecht zeigt sich vor allem im Kontext von grenzüberschreitenden Angelegenheiten.¹⁰ So unterliegt das deutsche Außenwirtschafts(straf)recht einer beachtlichen Beeinflussung durch Vorschriften des europäischen Gesetzgebers.¹¹ Dies betrifft auch die Strafbewehrung von Sanktionsverstößen. Das diesbezügliche Auseinanderfallen von strafrechtlicher Ahndungskompetenz und sachlich-rechtlicher Regelungskompetenz führt dazu, dass es eines Zusammenspiels von nationalen Strafrechtsvorschriften und europarechtlichen Normen bedarf.¹²

I. EU-Sanktionen

„Sanktionen“ und „Embargos“ stellen Beschränkungen des Außenwirtschaftsverkehrs dar und werden infolge außen- oder sicherheitspolitischer Erwägungen verhängt.¹³ Beide Termini überschneiden sich im außenwirtschaftsrechtlichen Sinn teilweise, indem sowohl die Verhängung von Embargos als auch die Anordnung von Sanktionen auf die Herbeiführung völkerrechtskonformen Verhaltens des betroffenen Staates abzielen.¹⁴ Die Begriffe unterscheiden sich dahingehend, dass der Embargo-Begriff enger gefasst ist, während unter den

Sanktions-Begriff alle Arten von Zwangsmaßnahmen fallen und dieser deshalb als Überbegriff verstanden werden kann.¹⁵

Im Sprachgebrauch auf EU-Ebene wird vorwiegend der Begriff der „restriktiven Maßnahmen“ verwendet.¹⁶ Darunter zu verstehen sind die von der Union auf Grundlage von Art. 29 EUV oder Art. 215 AEUV erlassenen Maßnahmen, vgl. u. a. Art. 2 RL (EU) 2024/1226. Konkret handelt es sich dabei um Wirtschafts- und Finanzsanktionen gegen Drittstaaten sowie um personenbezogene Sanktionsmaßnahmen.¹⁷ Auf der nationalen Ebene wird währenddessen synonym der Begriff der „wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahmen“ genutzt, vgl. u. a. §§ 17 bis 19 AWG.¹⁸

Der Erlass restriktiver Maßnahmen der Union ergeht oftmals auf Grundlage von Resolutionen des UN-Sicherheitsrats sowie aufgrund von Beschlüssen der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa.¹⁹ Diese entfalten eine völkerrechtliche Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten, sodass es im Anschluss weiterer Rechtsakte bedarf, damit die Vereinbarungen auf nationaler Ebene unmittelbare Wirkung entfalten.²⁰ Im Zuge eines mehrstufigen Verfahrens ist hierzu zunächst ein Beschluss des Rates im Rahmen der GASP i. S. v. Art. 29 EUV vorgesehen.²¹ Mangels unmittelbarer Geltung des GASP-Beschlusses muss dieser wiederum umgesetzt und konkretisiert werden. Die Zuständigkeit hierfür ist abhängig vom Regelungsbereich des Beschlusses. Abgesehen vom Bereich des Handels mit Waffen, Munition und Kriegsmaterial nach Art. 346 AEUV, für den die Mitgliedstaaten zuständig sind, liegt die Zuständigkeit bei der EU. Die Umsetzung erfolgt dementsprechend durch Erlass unmittelbar geltender EU-Verordnungen i. S. v. Art. 288 II AEUV oder durch Erlass von nationalen Vorschriften.²² Der Erlass restriktiver Maßnahmen ist auch autonom durch Beschluss des Rates im Rahmen der GASP i. S. v. Art. 215 AEUV möglich.²³ So besteht auf Unionsebene aktuell eine Vielzahl solcher restriktiven

¹⁰ Nestler, „Umgehungshandlungen“ – Überlegungen zum Umgang mit Verweisungen von Blankettstrafgesetzen auf Unionsrecht am Beispiel des § 34 IV AWG, NStZ 2012, S. 672 (672).

¹¹ Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR, 2. Auflage 2020, Vor §§ 17 ff. AWG Rn. 16.

¹² Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Auflage 2022, § 9 Rn. 66.

¹³ Nestler, NZWiSt 2015, S. 81 (84); BAFA, Merkblatt zum Außenwirtschaftsverkehr mit Embargoländern,

https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_embargo.html [Stand: 21.9.2025], S. 5; Schwendinger in: Niestedt, AWR, 1. Auflage 2025, § 17 AWG Rn. 61.

¹⁴ Nestler, NZWiSt 2015, S. 81 (82).

¹⁵ Nestler, NZWiSt 2015, S. 81 (82).

¹⁶ Nestler, NZWiSt 2015, S. 81 (82).

¹⁷ Geiger/Kirchmair in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV Kommentar, 7. Auflage 2023, Art. 215 AEUV Rn. 1; Kaufmann-Bühler in: Grabitz/Hilf/Nettlesheim, Das Recht der Europäischen Union Bd. I, 85. EL Mai 2025, Art. 29 EUV Rn. 11.

¹⁸ Hoffmann in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 6. Auflage 2025, Kap. 26 Rn. 2; Nestler, NZWiSt 2015, S. 81 (82).

¹⁹ Schwendinger in: Niestedt, AWR (Fn. 13), § 17 AWG Rn. 61; BAFA, Merkblatt zum Außenwirtschaftsverkehr mit Embargoländern, https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_embargo.html [Stand: 21.9.2025], S. 5.

²⁰ BAFA, Merkblatt zum Außenwirtschaftsverkehr mit Embargoländern, https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_embargo.html [Stand: 21.9.2025], S. 5.

²¹ Herrmann/Abel, Europäisches Rechtsstaatsprinzip und Wirtschaftssanktionen, EuZW 2024, S. 589 (589); Schwendinger in: Niestedt, AWR (Fn. 13), § 17 AWG Rn. 61.

²² Wagner in: MüKo-StGB, 4. Auflage 2023, Vor §§ 17 AWG Rn. 24; Schwendinger in: Niestedt, AWR (Fn. 13), § 17 AWG Rn. 61.

²³ Hoffmann in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Fn. 18), Kap. 26 Rn. 7 ff.

Maßnahmen.²⁴ Von besonderem Gewicht sind dabei die länderbezogenen Embargos gegenüber Russland, Iran und Syrien.²⁵

II. Strafbewehrung von Verstößen nach dem AWG

Von den Sanktionsmaßnahmen ist die rechtliche Fundierung der Strafbewehrung von Verstößen gegen diese Maßnahmen zu unterscheiden.²⁶ Das Straf- und Strafverfahrensrecht zählt zum Teil des traditionellen Kernbereichs der nationalen Souveränität.²⁷ Damit liegt die Kompetenz zum Erlass unmittelbar geltenden Strafrechts im Bereich des nationalen Gesetzgebers.²⁸ So richtet sich die Ahndung von Verstößen gegen Sanktionsmaßnahmen nach den jeweils geltenden nationalen Strafvorschriften.²⁹ Der EU kommt dabei lediglich eine Harmonisierungskompetenz hinsichtlich der Strafbewehrung von Sanktionsverstößen zu.³⁰

Im deutschen Recht finden sich die nationalen Straf- und Bußgeldvorschriften für Verstöße gegen Sanktionsmaßnahmen vor allem in den §§ 17 ff. AWG. § 17 AWG normiert die Strafbarkeit von Verstößen gegen Kriegswaffenembargos. § 18 AWG regelt daneben die Strafbarkeit aller weiteren Verstöße gegen das Außenwirtschaftsrecht, die nicht von § 17 AWG erfasst sind. § 19 AWG erfasst Ordnungswidrigkeitatbestände. Die Straf- und Bußgeldvorschriften des AWG sind als Verweisungsnormen, sog. Blankettnormen, ausgestaltet.³¹ Die Vorschriften enthalten die Art und das Maß der Strafandrohung, jedoch keine umfassenden Bestimmungen hinsichtlich des strafbaren Verhaltens, sodass der Tatbestand durch Ausfüllungsvorschriften konkretisiert werden muss.³² Dabei kann die Ausfüllung solcher Blankettatbestände sowohl durch nationale als auch durch unionsrechtliche Vorschriften erfolgen.³³ Die §§ 17 ff. AWG müssen dementsprechend durch

unmittelbar geltende EU-Sanktionsverordnungen, die AWV oder andere einschlägige Normen ausgefüllt werden.³⁴ Das vollständige strafbegründende Gesetz entsteht damit erst durch die Verknüpfung des Blankettstrafgesetzes mit der Ausfüllungsvorschrift.³⁵ Durch diese Systematik ist es möglich, schnell und dynamisch außenwirtschaftlichen Veränderungen zu begegnen.³⁶

Dies hat Auswirkungen auf die Auslegung der in §§ 17 ff. AWG normierten Begrifflichkeiten. Indem sich der Bedeutungsgehalt der Blankettform je nach Ausfüllungsnorm verändert kann, gilt dies auch für den Bedeutungsgehalt der in den Blankettformen statuierten Begriffe.³⁷ In Hinblick auf die Auslegung der Begrifflichkeiten des § 18 AWG sind daher jeweils die Definitionen maßgebend, die sich aus den ausfüllenden Sanktionsverordnungen ergeben.³⁸ Dennoch genügt § 18 AWG damit den Anforderungen in Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot i. S. v. Art. 103 II GG.³⁹

C. Harmonisierung der Strafbewehrung durch die RL (EU) 2024/1226

Bislang besteht auf Unionsebene keine einheitliche Durchsetzung von restriktiven Maßnahmen der Union, sodass Art und Maß der Strafbewehrung von Sanktionsverstößen in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltet sind.⁴⁰ Vor allem vor dem Hintergrund der wirksamen Durchsetzung der Russland-Sanktionen soll deshalb eine Strafrechtsharmonisierung in den Mitgliedstaaten im Bereich des Sanktionsstrafrechts vorgenommen werden.⁴¹

Der EU kommt zwar aufgrund des Mangels an demokratischer Legitimierung wohl keine umfassende Rechtssetzungskompetenz im Bereich des Strafrechts zu.⁴² Dennoch kann die EU im Rahmen von Art. 83 AEUV von ihrer Strafrechtsharmonisierungskompetenz Gebrauch machen.⁴³

²⁴ Vgl. Europäische Kommission, EU Sanctions Map, <https://www.sanctionsmap.eu/#/main> [Stand: 21.9.2025].

²⁵ Schwendinger in: Niestedt, AWR (Fn. 13), § 17 AWG Rn. 66; vgl. zum Russland-Embargo u. a. Schwendinger/Göcke, Die Russland-Sanktionen der EU, EuZW 2022, S. 499.

²⁶ Nestler, NZWiSt 2015, S. 81 (84).

²⁷ BVerfG, Urteil v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, S. 2267 (2274); Schwendinger in: Niestedt, AWR (Fn. 13), § 17 AWG Rn. 2.

²⁸ Hoffmann in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Fn. 18), Kap. 25 Rn. 3; Schwendinger in: Niestedt, AWR (Fn. 13), § 17 AWG Rn. 2.

²⁹ Voss, 14. Russland-Sanktionspaket der EU: Erhöhtes Straf- und Bußgeldrisiko bei Sanktionsumgehungen, CCZ 2024, S. 198 (200); Herrmann/Abel, EuZW 2024, S. 589 (590).

³⁰ Sattler, AW-Prax 2024, S. 353 (354).

³¹ Ahlbrecht in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Auflage 2022, Vor AWG/AWV Rn. 12; Cornelius in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht Bd. 1, 3. Auflage 2024, Vor §§ 17–20 AWG Rn. 63.

³² Pelz in: Hocke/Satz/Pelz, AWR (Fn. 11), Vor §§ 17 ff. AWG Rn. 3.

³³ BVerfG, Beschluss v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15, NJW 2016, S. 3648 (3650); BGH, Beschluss v. 19.4.2007 – 5 StR 549/06, NStZ 2007, S. 595 (595).

³⁴ Ahlbrecht in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- u. Steuerstrafrecht (Fn. 31), Vor AWG/AWV Rn. 12.

³⁵ Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Auflage 2023, § 6 Rn. 14; Schwendinger in: Niestedt, AWR (Fn. 13), § 17 AWG Rn. 9.

³⁶ Ahlbrecht in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- u. Steuerstrafrecht (Fn. 31), Vor AWG/AWV Rn. 12.

³⁷ Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR (Fn. 11), Vor §§ 17 ff. AWG Rn. 4.

³⁸ Schwendinger in: Niestedt, AWR (Fn. 13), § 18 AWG Rn. 10; Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR (Fn. 11), Vor §§ 17 ff. AWG Rn. 4.

³⁹ Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR (Fn. 11), § 18 AWG Rn. 2; vgl. BVerfG, Beschluss v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15, NJW 2016, S. 3648 (3650).

⁴⁰ Brehm/Ostermeier, Harmonisierung des EU-Sanktionsstrafrechts – Quo vadis?, ZASA 2023, S. 125 (125).

⁴¹ Brehm/Ostermeier, ZASA 2023, S. 125 (125); Hoffmann in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Fn. 18), Kap. 26 Rn. 21a.

⁴² BVerfG, Urteil v. 30.6.2009 – 2 BVE 2/08 u. a., NJW 2009, S. 2267 (2288); Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Auflage 2018, § 11 Rn. 38.

⁴³ Vogel/Eisele in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union Bd. I (Fn. 17), Art. 83 AEUV Rn. 26.

Art. 83 I UAbs. 1 AEUV ermächtigt die EU dahingehend zum Erlass von Richtlinien, um Mindestvorschriften hinsichtlich der Festlegung von Straftaten und Sanktionen in besonders schweren Kriminalitätsbereichen mit grenzüberschreitender Dimension bestimmen zu können. Ein Verstoß gegen EU-Sanktionsvorschriften stellt dabei einen Fall besonders schwerer Kriminalität gem. Art. 83 AEUV dar.⁴⁴ Mit dem Erlass der RL (EU) 2024/1226 hat die Union diese Kompetenz genutzt.⁴⁵

Die RL (EU) 2024/1226 ist am 19.5.2024 in Kraft getreten.⁴⁶

Neben der wirksamen Durchsetzung der Russland-Sanktionen soll durch diesen Rechtsakt grundsätzlich die Stärkung von EU-Sanktionen sowie die bessere Verfolgung von Umgehungshandlungen erreicht werden.⁴⁷

Die RL (EU) 2024/1226 formuliert deshalb das Ziel, für eine wirksame Anwendung restriktiver Maßnahmen der Union und der Integrität des Binnenmarktes zu sorgen und ein hohes Maß an Sicherheit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu erreichen.⁴⁸ Vor diesem Hintergrund enthält die Richtlinie Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Sanktionen bei Verstößen gegen restriktive Maßnahmen der Union, Art. 1 RL (EU) 2024/1226.

Die zentrale Bestimmung stellt Art. 3 RL (EU) 2024/1226 dar.⁴⁹ Art. 3 I RL (EU) 2024/1226 formuliert einen Katalog an Straftatbeständen, der ein breites Spektrum an Sanktionsverstößen sowie Sanktionsumgehungen erfasst.⁵⁰ Die Regelung fordert von den Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass die aufgeführten Handlungen, sofern diese vorsätzlich und unter Verstoß gegen eine restriktive Maßnahme der Union begangen werden, eine Straftat darstellen. Diesbezüglich eröffnet Art. 3 II RL (EU) 2024/1226 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, bei Unterschreitung eines Schwellenwertes von 10.000 EUR von der Strafbewehrung abzusehen. Auch grob fahrlässige Verstöße sollen teilweise unter Strafe gestellt werden, Art. 3 III RL (EU) 2024/1226. Zudem soll sich nach Art. 4 I RL (EU) 2024/1226 die Strafbarkeit der in Art. 3 RL (EU) 2024/1226 normierten Verstöße auf Anstiftung und Beihilfe erstrecken. Ebenso gilt dies teilweise für die Strafbarkeit des Versuchs, Art. 4 II RL (EU) 2024/1226.

⁴⁴ Brehm/Ostermeier, ZASA 2023, S. 125 (125).

⁴⁵ Hoffmann in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Fn. 18), Kap. 26 Rn. 21b.

⁴⁶ Sattler, AW-Prax 2024, S. 353 (354).

⁴⁷ Brehm/Ostermeier, ZASA 2023, S. 125 (125).

⁴⁸ Erwägungsgrund 1 RL (EU) 2024/1226.

⁴⁹ Wolf/Ackermann, Folgen von EU-Sanktionsverstößen: Harmonisierung und Reform des Außenwirtschaftsstrafrechts, jurisPR-Compl 5/2024, Anm. 5.

⁵⁰ Referentenentwurf, S. 18.

⁵¹ W. Schroeder in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 288 AEUV Rn. 61; Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union Bd. I (Fn. 17), Art. 288 AEUV Rn. 114 f., 121; Vedder in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionrecht, 2. Auflage 2018, Art. 288 AEUV Rn. 25.

⁵² Referentenentwurf, S. 18.

⁵³ Europäische Kommission, Entscheidungen in Vertragsverletzungsverfahren, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de_inf_25_1842 [Stand: 29.9.2025].

⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 20/13958.

Neben den genannten Bestimmungen enthält die RL (EU) 2024/1226 ferner eine Reihe akzessorischer Vorschriften. So wird der Sanktionsrahmen sowohl für die Bestrafung natürlicher Personen (Art. 5 RL (EU) 2024/1226) als auch für die Bestrafung juristischer Personen (Art. 6, 7 RL (EU) 2024/1226) festgelegt. Darüber hinaus enthält die RL (EU) 2024/1226 u. a. Vorschriften hinsichtlich mildernder und erschwerender Umstände (Art. 8, 9 RL (EU) 2024/1226) sowie zur Festlegung von Verjährungsfristen (Art. 11 RL (EU) 2024/1226).

Die Vorschriften bedürfen nach Art. 288 III AEUV der innerstaatlichen Umsetzung in nationales Recht. Damit besteht für die Mitgliedstaaten die Pflicht, den von der Richtlinie geforderten Rechtszustand unbedingt durch zwingendes und verbindliches staatliches Recht herzustellen.⁵¹ Nach Art. 20 I RL (EU) 2024/1226 hat die Umsetzung innerhalb von zwölf Monaten nach Inkrafttreten durch die Mitgliedstaaten zu erfolgen. Folglich war eine fristgerechte Umsetzung der Anforderungen der RL (EU) 2024/1226 bis zum 20.5.2025 möglich.⁵² Nachdem 18 Mitgliedstaaten ihrer Pflicht zur innerstaatlichen Umsetzung der RL (EU) 2024/1226 nicht nachgekommen waren, leitete die Europäische Kommission mit der Übermittlung von Aufforderungsschreiben Vertragsverletzungsverfahren gegen die säumigen Mitgliedstaaten ein, darunter auch gegen Deutschland.⁵³

D. § 18 I AWG-RefE vor dem Hintergrund der Anforderungen der RL (EU) 2024/1226

Art. 1 Nr. 3 lit. a des Referentenentwurfs umfasst die vorgesehene Änderung bzw. Neufassung von § 18 I AWG. Im Rahmen der Neufassung wurde der Wortlaut, wie er bereits in Art. 1 Nr. 3 lit. a des Vorgängerentwurfs vorgesehen war, unverändert übernommen.⁵⁴

Im Folgenden soll untersucht werden, ob mit § 18 I AWG-RefE den Anforderungen der RL (EU) 2024/1226 im erforderlichen Maße Rechnung getragen wird.

Wie bereits nach § 18 I AWG de lege lata, wird im Rahmen von § 18 I AWG-RefE normiert, welche Handlungen bei Verstoß gegen eine restriktive Maßnahme der Union in welchem

Rahmen strafrechtlich geahndet werden sollen. Der Blankettcharakter der Vorschrift bleibt damit bestehen.⁵⁵ Die Norm soll neu strukturiert werden und untergliedert sich nun in vier Nummern mit jeweils bis zu acht Unterbuchstaben. Dabei betrifft Nr. 1 den Verstoß gegen Verbote, Nr. 2 den Verstoß gegen Verhinderungspflichten, Nr. 3 den Verstoß gegen konkrete Umgehungsverbote und Nr. 4 den Verstoß gegen Genehmigungspflichten. Die erfassten (Umgehungs-)Verbote, Verhinderungs- und Genehmigungspflichten müssen sich dabei aus den restriktiven Maßnahmen der Union ergeben. Der Verstoß soll einheitlich mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren geahndet werden.

I. Definition von Straftatbeständen

Eine der wesentlichen Anforderungen der RL (EU) 2024/1226 liegt in der Definition von Straftatbeständen.⁵⁶ Besonderer Bedeutung kommt diesbezüglich Art. 3 I RL (EU) 2024/1226 zu, welche die zentrale Norm in Hinblick auf die Bestimmung von strafbaren Handlungen, mit denen gegen restriktive Maßnahmen der Union verstoßen wird, darstellt.⁵⁷ Die dort aufgeführten Tatbestände sollen durch die Mitgliedstaaten in nationales Recht aufgenommen und auf nationaler Ebene als Straftat geahndet werden.⁵⁸ Dabei bleibt es den Mitgliedstaaten allerdings im Sinne der Mindestharmonisierung offen, weiterführende Regelungen zu treffen.⁵⁹

1. § 18 I Nr. 1 AWG-RefE

In § 18 I Nr. 1 AWG-RefE wird die Strafbarkeit von Verstößen gegen Sanktionsverbote durch die im Folgenden besprochenen Handlungen normiert.

a) § 18 I Nr. 1 lit. a AWG-RefE

§ 18 I Nr. 1 lit. a AWG-RefE erfasst den Handel mit Gütern, die Einfuhr, Ausfuhr, Verbringung, Lieferung, Durchfuhr, Weitergabe oder Beförderung von Gütern oder den Verkauf oder Kauf von Gütern.

Hierdurch soll dem ersten Teil der Anforderungen aus Art. 3 I lit. e RL (EU) 2024/1226 Rechnung getragen werden.⁶⁰ Art. 3 I lit. e RL (EU) 2024/1226 fordert im Wesentlichen wortlautgleich u. a. die Strafbewehrung der aufgezählten Handlungen. Erwägungsgrund 10 der RL (EU) 2024/1226 fordert ein weites Verständnis in Hinblick auf die Begriffe der

Einfuhr und der Ausfuhr, sodass auch die diesbezügliche Umgehung über Drittstaaten erfasst sein soll. Die Begriffe sind damit bei der Anwendung von § 18 I Nr. 1 lit. a AWG-RefE im Sinne der Richtlinie auszulegen. Auffällig ist zudem, dass der Referentenentwurf statt „Waren“ die Formulierung „Güter“ gewählt hat.⁶¹ Nach dem nationalen Begriffsverständnis aus § 2 XXII 1 AWG sind Waren bewegliche Sachen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können. Der europäische Gesetzgeber hat hingegen ein weitergehendes Verständnis vom Warenbegriff. Dies ergibt sich aus Erwägungsgrund 10 der RL (EU) 2024/1226, nach dem der Warenbegriff u. a. neben Gütern auch Software und Technologie umfasst. Demgegenüber umfasst der deutsche Güterbegriff nach § 2 XIII 1 AWG neben Waren als beweglichen Sachen gerade auch Software und Technologie. Nach der Regelungssystematik des AWG ist es daher folgerichtig, dass § 18 I Nr. 1 lit. a AWG-RefE von Gütern spricht. Damit wird die Norm den Anforderungen aus Art. 3 I lit. e RL (EU) 2024/1226 diesbezüglich gerecht.

b) § 18 I Nr. 1 lit. b AWG-RefE

Von § 18 I Nr. 1 lit. b AWG-RefE werden, mit Ausnahme der warenbezogenen Finanzdienstleistungen, sämtliche warenbezogene Dienstleistungsverbote erfasst.

Damit sollen die übrigen Bestimmungen von Art. 3 I lit. e RL (EU) 2024/1226 umgesetzt werden.⁶² Diese fordern des Weiteren die Strafbewehrung der verbotenen Erbringung von Vermittlungsdiensten, technischer Hilfe oder sonstigen Dienstleistungen im Zusammenhang mit sanktionierten Waren, Art. 3 I lit. e RL (EU) 2024/1226. Erwägungsgrund 10 der RL (EU) 2024/1226 benennt in diesem Zusammenhang darüber hinaus ausdrücklich die Erbringung von Versicherungen. In § 18 I Nr. 1 lit. b AWG-RefE hat man dies explizit in den Wortlaut mitaufgenommen. Darüber hinaus soll nach Erwägungsgrund 10 der RL (EU) 2024/1226 sowohl die direkte als auch die indirekte Erbringung der aufgezählten Dienstleistungen vom Tatbestand erfasst sein. Der Tatbestand des § 18 I Nr. 1 lit. b AWG-RefE muss damit im Rahmen der Anwendung entsprechend richtlinienkonform ausgelegt werden. Insgesamt wären damit, im Zusammenspiel mit dem Regelungsgehalt von § 18 I Nr. 1 lit. a AWG-RefE, die Anforderungen aus Art. 3 I lit. e RL (EU) 2024/1226 vollumfänglich erfüllt.

⁵⁵ Vgl. Pelz, ZASA 2024, S. 579 (580).

⁵⁶ Erwägungsgrund 1 und 4 RL (EU) 2024/1226.

⁵⁷ Wolf/Ackermann, jurisPR-Compl 5/2024, Anm. 5.

⁵⁸ Vgl. auch Erwägungsgrund 4 RL (EU) 2024/1226.

⁵⁹ Vgl. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 12), § 9 Rn. 47; Sattler, AW-Prax 2024, S. 353 (355).

⁶⁰ Referentenentwurf, S. 23.

⁶¹ Vgl. auch Lile in: BeckOK-StGB, 66. Edition 2025, § 18 AWG Rn. 3.

⁶² Vgl. Referentenentwurf, S. 23.

c) § 18 I Nr. 1 lit. c AWG-RefE

§ 18 I Nr. 1 lit. c AWG-RefE erfasst die Erbringung von Finanzdienstleistungen oder Ausübung von Finanztätigkeiten unter der Benennung konkreter Beispiele.

Durch die Regelung soll der Umsetzung von Art. 3 I lit. f RL (EU) 2024/1226 nachgekommen werden.⁶³ Darin soll die sanktionierte Erbringung von Finanzdienstleistungen oder die Ausübung von Finanztätigkeiten bei Verstoß strafrechtlich geahndet werden. Erwägungsgrund 11 der RL (EU) 2024/1226 konkretisiert den Begriff der Finanzdienstleistungen und der Finanztätigkeiten. Dem Wortlaut von § 18 I Nr. 1 lit. c AWG-RefE zufolge orientiert sich der Referentenentwurf daran nur teilweise. Allerdings können die übrigen in Erwägungsgrund 11 der RL (EU) 2024/1226 genannten Handlungen unter der Auffangformulierung „sonstigen [...] Finanzdienstleistung [...] oder [...] sonstigen Finanztätigkeit“ erfasst werden. Dies gilt bis auf den genannten Handel mit Banknoten, der bereits vom Regelungsgehalt des § 18 I Nr. 1 lit. a AWG-RefE erfasst sein soll.⁶⁴ Mithin können auch die Anforderungen aus Art. 3 I lit. f RL (EU) 2024/1226 als verwirklicht angesehen werden.

d) § 18 I Nr. 1 lit. d AWG-RefE

Mit § 18 I Nr. 1 lit. d AWG-RefE werden Verstöße gegen alle sonstigen Dienstleistungsverbote pönalisiert.

Die Regelung soll der Umsetzung von Art. 3 I lit. g RL (EU) 2024/1226 dienen.⁶⁵ Art. 3 I lit. g RL (EU) 2024/1226 fordert die Strafbewehrung der Erbringung sämtlicher sanktionierte Dienstleistungen, die nicht bereits von Art. 3 I lit. f RL (EU) 2024/1226 erfasst sind. Passend dazu formuliert Erwägungsgrund 12 der RL (EU) 2024/1226 konkrete Beispiele, die u. a. unter den Dienstleistungsbegriff i. S. v. Art. 3 I lit. g RL (EU) 2024/1226 fallen. Diese nimmt der Referentenentwurf, wenn auch in anderer Reihenfolge, gänzlich in den Wortlaut des § 18 I Nr. 1 lit. d AWG-RefE auf. Darüber hinaus sind verschiedene Arten von Rundfunkdienstleistungen ausdrücklich in der Norm mitaufgezählt worden. Den Anforderungen von Art. 3 I lit. g RL (EU) 2024/1226 wird damit Rechnung getragen.

e) § 18 I Nr. 1 lit. e AWG-RefE

§ 18 I Nr. 1 lit. e AWG-RefE erfasst den Abschluss oder die Fortführung von Miet- und Pachtvertragstransaktionen sowie von sonstigen Transaktionen mit staatlichen Stellen, die unter Sanktionierung stehen.

Der Referentenentwurf intendiert damit die Umsetzung der Bestimmungen des ersten Abschnitts von Art. 3 I lit. d RL (EU) 2024/1226.⁶⁶ Art. 3 I lit. d RL (EU) 2024/1226 erfasst darin u. a. den Abschluss oder die Fortführung von Transaktionen mit staatlichen Stellen im Allgemeinen, sodass, wie auch aus Erwägungsgrund 9 der RL (EU) 2024/1226 folgt, jegliche Arten von Transaktionen abgedeckt werden sollen. Durch die Formulierung von § 18 I Nr. 1 lit. e AWG-RefE dahingehend, dass neben Miet- und Pachtvertragstransaktionen auch alle sonstigen Transaktionen erfasst sein sollen, wird dies insofern abgesichert. Die in Erwägungsgrund 9 der RL (EU) 2024/1226 ausdrücklich genannten Finanztransaktionen werden damit sowohl vom Regelungsbereich des § 18 I Nr. 1 lit. e AWG-RefE erfasst als auch von dem des § 18 I Nr. 1 lit. c AWG-RefE. Hierdurch wird der genannte Teil der Anforderungen nach Art. 3 I lit. d RL (EU) 2024/1226 im Zuge der nationalen Umsetzung erfüllt.

f) § 18 I Nr. 1 lit. f AWG-RefE

§ 18 I Nr. 1 lit. f AWG-RefE erfasst die verbotene Vergabe und Fortführung eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession an staatliche Stellen.

Die Norm soll die übrigen Vorgaben aus Art. 3 I lit. d RL (EU) 2024/1226 aufgreifen.⁶⁷ Aus Art. 3 I lit. d RL (EU) 2024/1226 folgt im Wesentlichen wortlautgleich zu § 18 I Nr. 1 lit. f AWG-RefE die Notwendigkeit der Strafbewehrung der o. g. Handlungen. Damit erfüllt die Norm die übrigen Anforderungen von Art. 3 I lit. d RL (EU) 2024/1226, sodass diese in Zusammenspiel mit dem Regelungsgehalt von § 18 I Nr. 1 lit. e AWG-RefE vollumfänglich erfüllt sind.

g) § 18 I Nr. 1 lit. g AWG-RefE

Nach § 18 I Nr. 1 lit. g AWG-RefE werden zudem die verbotene Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens sowie sonstige Investitionsverbote strafbewehrt.

Die Umsetzung einer solchen Regelung wird vom Katalog des Art. 3 I RL (EU) 2024/1226 nicht ausdrücklich verlangt. Nach

⁶³ Referentenentwurf, S. 23.

⁶⁴ Vgl. Referentenentwurf, S. 23.

⁶⁵ Referentenentwurf, S. 24.

⁶⁶ Referentenentwurf, S. 24.

⁶⁷ Referentenentwurf, S. 24.

Art. 1 RL (EU) 2024/1226 enthält die Richtlinie allerdings lediglich Mindestvorschriften, u. a. für die Festlegung von Straftaten.⁶⁸ Den nationalen Gesetzgebern ist es damit nicht verwehrt, umfassendere Regelungen auf nationaler Ebene zu erlassen.⁶⁹ Davon macht der Referentenentwurf mit der Regelung in § 18 I Nr. 1 lit. g AWG-RefE Gebrauch. Begründet wird dies damit, dass der Unrechtsgehalt von Verstößen gegen Investitionsverbote mit dem Unrechtsgehalt der in Art. 3 I RL (EU) 2024/1226 aufgeführten Tatbestände verglichen werden könne.⁷⁰ Das Argument der Vergleichbarkeit trägt vor allem in Hinblick auf die durch Art. 3 I RL (EU) 2024/1226 geforderte Strafbewehrung von investitionsbezogenen Dienstleistungen.⁷¹ Damit läuft die Regelung des § 18 I Nr. 1 lit. g AWG-RefE dem Regelungszweck, den die RL (EU) 2024/1226 verfolgt, nicht zuwider, erfüllt jedoch auch keine explizite Anforderung.

h) § 18 I Nr. 1 lit. h AWG-RefE

§ 18 I Nr. 1 lit. h AWG-RefE erfasst Verbote hinsichtlich der Bereitstellung von Geldern oder wirtschaftlichen Ressourcen.

Durch die Regelung wird die nationale Umsetzung von Art. 3 I lit. a RL (EU) 2024/1226 bestrebt. Art. 3 I lit. a RL (EU) 2024/1226 fordert ähnlich, aber im Vergleich zum o. g. Wortlaut detaillierter, von den Mitgliedstaaten die Strafbewehrung der verbotenen unmittelbaren oder mittelbaren Bereitstellung von Geldern oder wirtschaftlichen Ressourcen an eine benannte Person, Organisation oder Einrichtung oder zu deren Gunsten. Dabei bestimmt Art. 2 Nr. 3, 4 RL (EU) 2024/1226, was unter den Begriffen „Gelder“ und „wirtschaftliche Ressourcen“ zu verstehen ist. Die Strafbewehrung von Zu widerhandlungen gegen ein „Bereitstellungs-[...]verbot“ wird von § 18 I Nr. 1 lit. a AWG de lege lata erfasst. Nach dem aktuellen nationalen Begriffsverständnis meint Bereitstellung „[...] jede Handlung, die erforderlich ist, damit eine Person die Verfügungsbefugnis über einen betreffenden Vermögenswert erlangen kann.“⁷² Der Begriff ist also weit auszulegen,⁷³ sodass trotz mangelnder Konkretisierung in § 18 I Nr. 1 lit. h AWG-RefE sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Bereitstellung von der Norm erfasst werden.

2. § 18 I Nr. 2 AWG-RefE

§ 18 I Nr. 2 AWG-RefE, untergliedert in vier Unterbuchstaben (lit. a bis d), erfasst die strafrechtliche Ahndung von Verstößen im Zusammenhang mit Verhinderungspflichten hinsichtlich verschiedener Arten von Verfügungen.

Die Regelung soll damit Art. 3 I lit. b RL (EU) 2024/1226 in nationales Recht umsetzen.⁷⁴ Art. 3 I lit. b RL (EU) 2024/1226 verpflichtet die Mitgliedstaaten zur strafrechtlichen Ahndung bei versäumtem Einfrieren von Geldern oder wirtschaftlichen Ressourcen. Was in diesem Kontext unter den Begriffen des Einfrierens von Geldern und des Einfrierens von wirtschaftlichen Ressourcen zu verstehen ist, soll sich nach Art. 2 Nr. 5, 6 RL (EU) 2024/1226 richten. Diese Begriffsbestimmungen des europäischen Gesetzgebers sind im Referentenentwurf bei der Formulierung von § 18 I Nr. 2 AWG-RefE herangezogen worden. Die in Art. 2 Nr. 5, 6 RL (EU) 2024/1226 genannten Arten der Verfügung haben unmittelbaren Niederschlag in den lit. a bis d der nationalen Norm erhalten. § 18 I Nr. 2 AWG-RefE verfolgt damit das Ziel, dahingehend größtmögliche Rechtsklarheit herzustellen.⁷⁵ Insofern können auch die Anforderungen aus Art. 3 I lit. b RL (EU) 2024/1226 als verwirklicht gesehen werden.

3. § 18 I Nr. 3 AWG-RefE

§ 18 I Nr. 3 AWG-RefE trifft Regelungen zur Strafbewehrung von Verstößen gegen Umgehungsverbote (in Zusammenhang mit in Nr. 2 genannten Verhinderungspflichten) durch Umgehungshandlungen.

a) § 18 I Nr. 3 lit. a AWG-RefE

§ 18 I Nr. 3 lit. a AWG-RefE erfasst in diesem Kontext die Verwendung oder sonstige Verfügung von sanktionierten und deshalb einzufrierenden Geldern und wirtschaftlichen Ressourcen zu Verschleierungszwecken. Mit der Regelung soll den Anforderungen aus Art. 3 I lit. h Ziff. i RL (EU) 2024/1226 nachgekommen werden.⁷⁶ So fordert Ziff. i in einem ähnlichen Wortlaut die Strafbewehrung der genannten Handlungen zur Umgehung einer restriktiven Maßnahme und konkretisiert damit ein zunehmend verbreitetes Beispiel im Bereich von

⁶⁸ Vgl. auch Erwägungsgrund 1 und 4 RL (EU) 2024/1226.

⁶⁹ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 12), § 9 Rn. 47.

⁷⁰ Referentenentwurf, S. 24.

⁷¹ Referentenentwurf, S. 24.

⁷² Diemer in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze Bd. 1, 257. EL April 2025, § 18 AWG Rn. 8.

⁷³ Wagner in: MüKo-StGB (Fn. 22), AWG § 18 Rn. 33; Diemer in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze Bd. 1 (Fn. 72), § 18 AWG Rn. 8, 10.

⁷⁴ Referentenentwurf, S. 25.

⁷⁵ Referentenentwurf, S. 25.

⁷⁶ Referentenentwurf, S. 26.

Umgehungshandlungen.⁷⁷ Insoweit entspricht § 18 I Nr. 3 lit. a AWG-RefE zunächst den unionsrechtlichen Vorgaben.

b) § 18 I Nr. 3 lit. b AWG-RefE

§ 18 I Nr. 3 lit. b AWG-RefE erfasst daneben die Bereitstellung falscher oder irreführender Informationen, wenn damit Gelder oder wirtschaftliche Ressourcen oder deren Eigentümer oder Begünstigte verschleiert werden sollen. Damit wird der Regelungsgehalt von Art. 3 I lit. h Ziff. ii RL (EU) 2024/1226 aufgegriffen. Auch die Anforderungen nach Ziff. ii ähneln vom Wortlaut her stark der vorgesehenen Umsetzung in § 18 I Nr. 3 lit. b AWG-RefE. Nach Erwägungsgrund 15 der RL (EU) 2024/1226 soll der Tatbestand im Rahmen der Bereitstellung irreführender Informationen auch die Bereitstellung relevanter unvollständiger Informationen erfassen. Der Begriff ist bei nationaler Anwendung entsprechend richtlinienkonform auszulegen. Damit würde auch § 18 I Nr. 3 lit. b AWG-RefE zunächst den dahingehenden Anforderungen der RL (EU) 2024/1226 entsprechen.

c) Kein allgemeiner Tatbestand der Sanktionsumgehung

§ 18 I Nr. 3 AWG-RefE sieht keinen allgemeinen Tatbestand der Sanktionsumgehung vor.⁷⁸ Im Folgenden soll deshalb geklärt werden, ob der Regelungsgehalt von § 18 I Nr. 3 AWG-RefE damit den Anforderungen der RL (EU) 2024/1226 hinsichtlich der Strafbewehrung von Umgehungshandlungen entspricht.

Nachdem die Strategien für die Umgehung von durch die Union erlassenen restriktiven Maßnahmen zugenommen haben,⁷⁹ gilt die Sanktionierung solcher Umgehungshandlungen als einer der „politischen Haupttreiber“ für den Erlass der RL (EU) 2024/1226.⁸⁰ In sämtlichen EU-Sanktionsverordnungen ist im Rahmen einer Antiumgehungsklausel ein allgemeines Umgehungsverbot vorgesehen.⁸¹ So ist es bspw. nach Art. 12 der Verordnung (EU) Nr. 833/2014 „[...] verboten, sich wissentlich und vorsätzlich an Tätigkeiten zu beteiligen, mit denen die Umgehung der in dieser Verordnung vorgesehenen

Verbote bezieht oder bewirkt wird.“ Nachdem mit der RL (EU) 2024/1226 die wirksame Durchsetzung und Sanktionierung von restriktiven Maßnahmen angestrebt wird, wäre also zunächst die Forderung des europäischen Gesetzgebers naheliegend, dass solche allgemeinen Umgehungsverbote von den Mitgliedstaaten entsprechend mit Strafe zu befehlern sind.

Die RL (EU) 2024/1226 trifft in Art. 3 I lit. h ausdrücklich Bestimmungen zur Strafbewehrung von Umgehungshandlungen. Nach dem Wortlaut von Art. 3 I lit. h Ziff. i bis iv RL (EU) 2024/1226 fordert dieser die Strafbewehrung allerdings bloß für vier konkrete Fallgruppen.⁸² Die Strafbewehrung eines generischen Sanktionsumgehungsverbots lässt sich daraus nicht entnehmen.

Auch die Auslegung von Art. 3 I lit. h RL (EU) 2024/1226 anhand von Erwägungsgrund 3 der RL (EU) 2024/1226 führt zu keinem anderen Ergebnis. Dort heißt es zwar, dass sich die Sanktionierung von Verstößen gegen restriktive Maßnahmen der Union auch auf die Umgehung von restriktiven Maßnahmen erstrecken soll, ohne dass sich dem Wortlaut eine Beschränkung auf konkrete Umgehungshandlungen entnehmen lässt. Allerdings würde eine dahingehende Auslegung von Art. 3 I lit. h RL (EU) 2024/1226 den Stellenwert von Erwägungsgründen bei der Auslegung von Richtlinien erkennen. Der EuGH trifft zum Stellenwert von Erwägungsgründen im Rahmen der Auslegung eines EU-Sekundäraktes zunächst keine klare Aussage.⁸³ Die divergierenden Aussagen des EuGH können jedoch in Einklang gebracht werden, indem man den Erwägungsgründen jedenfalls eine herausragende Stellung bei der Auslegung des jeweiligen Rechtsaktes zukommen lässt, eine Auslegung jenseits oder gegen den Wortlaut jedoch als zu weitgehend ablehnt.⁸⁴ Bei der Formulierung des Wortlauts von Art. 3 I lit. h RL (EU) 2024/1226 hat der europäische Gesetzgeber nicht den Ausdruck „insbesondere“ verwendet. Dieser wird oftmals bei der Statuierung einer nicht abschließenden Aufzählung genutzt, sodass angenommen werden kann, dass sich der Regelungsgehalt abschließend auf die ausdrücklich aufgeführten Umgehungshandlungen beschränken soll. Eine

⁷⁷ Vgl. Erwägungsgrund 15 RL (EU) 2024/1226.

⁷⁸ Referentenentwurf, S. 20.

⁷⁹ Vgl. Europäische Kommission, Richtlinievorschlag des EU-Parlaments und des Rates zur Definition von Straftatbeständen und Sanktionen bei Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der Union, KOM (2022) 684 final, S. 2; vgl. auch Dannecker/Bülle in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Fn. 18), Kap. 1 Rn. 213.

⁸⁰ Sattler, AW-Prax 2024, S. 353 (355).

⁸¹ Busch, Bericht aus der Gesetzgebung: Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, wistra 2024, S. R8 (R10); Sattler, EU-Sanktionen: Unternehmerische Sorgfaltspflichten angesichts von Umgehungsrisiken und russischen Beschaffungsaktivitäten, EuZW 2025, S. 214 (215).

⁸² Art. 3 I lit. h Ziff. iii und iv RL (EU) 2024/1226 beziehen sich auf Umgehungshandlungen in Bezug auf Meldepflichten. Deren Umsetzung soll in § 18 Va AWG-RefE erfolgen, sodass diese, aufgrund der Beschränkung des Arbeitstitels auf § 18 I AWG-RefE, an dieser Stelle nicht näher berücksichtigt werden.

⁸³ Vgl. zum einen EuGH, Urteil v. 29.4.2004 – C-298/00 P, ECLI:EU:C:2004:240, Rn. 97, zitiert in EuGH, Urteil v. 7.10.2010 – C-162/09, ECLI:EU:C:2010:592, Rn. 50; vgl. zum anderen EuGH, Urteil v. 24.11.2005 – C-136/04, ECLI:EU:C:2005:716, Rn. 32, zitiert in EuGH, Urteil v. 2.4.2009 – C-134/08, ECLI:EU:C:2009:229, Rn. 16.

⁸⁴ Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Auflage 2023, § 4 Rn. 181; Stotz in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Auflage 2021, § 20 Rn. 17; Gumpf, Stellenwert der Erwägungsgründe in der Methodenlehre des Unionsrechts, ZfPW 2022, S. 446 (449).

Auslegung dahingehend, dass hierdurch ein allgemeiner Umgehungstatbestand gefordert wird, geht damit deutlich über den Wortlaut des Normtextes hinaus und wird entsprechend abgelehnt.

Der europäische Gesetzgeber hat dafür Sorge zu tragen, dass im Rahmen der Harmonisierung des nationalen Strafrechts das strafbare Verhalten hinreichend bestimmt wird.⁸⁵ Im Kontext von Umgehungshandlungen ist dies dahingehend problematisch, dass für den Begriff der „Umgehung“ weder auf Unionsebene noch auf nationaler Ebene eine konkretisierende Definition existiert.⁸⁶ Durch die entsprechende Konkretisierung von Umgehungshandlungen in Art. 3 I lit. h Ziff. i bis iv RL (EU) 2024/1226 werden Bestandteile des allgemeinen Umgehungsverbots, die grundsätzlich zu unbestimmt sind, damit der Strafbewehrung zugänglich gemacht.⁸⁷ Insofern beschränken sich die Anforderungen von Art. 3 I lit. h RL (EU) 2024/1226 hinsichtlich der Strafbewehrung von Umgehungshandlungen auf die ausdrücklich genannten Fallgestaltungen.

Dennoch kann auch ohne ausdrücklichen Umgehungstatbestand ein Großteil der Sanktionsumgehungen bereits im Rahmen der Strafbewehrung der weit formulierten eigentlichen Verbotstatbestände erfasst werden.⁸⁸ So fällt bspw. die Umleitung von Waren über Drittländer bereits unter den Ein- oder Ausfuhrbegriff, der in § 18 I Nr. 1 lit. a AWG-RefE normiert wird (s. o.). Darüber hinaus stellt auch die Teilnahme an einer sanktionswidrigen Haupttat eine Form der Umgehung dar, die durch die Strafbarkeit der Teilnahme ebenfalls bereits erfasst wird.⁸⁹

Im Ergebnis genügt der Regelungsgehalt von § 18 I Nr. 3 AWG-RefE daher den Anforderungen der RL (EU) 2024/1226.

4. § 18 I Nr. 4 AWG-RefE

§ 18 I Nr. 4 AWG-RefE erfasst die Strafbewehrung von Zu widerhandlungen gegen Genehmigungspflichten. Konkret erfasst die Norm Verstöße gegen Genehmigungsvorbehalte im gleichen Umfang wie gem. § 18 I Nr. 1 AWG-RefE Verstöße gegen Verbote erfasst sind. Demnach entsprechen die in § 18 I Nr. 4 lit. a bis h AWG-RefE genannten Tätigkeiten

spiegelbildlich den in § 18 I Nr. 1 lit. a bis h AWG-RefE aufgeführten Tätigkeiten.

Art. 3 I lit. i RL (EU) 2024/1226 fordert zum einen die Strafbewehrung der Verletzung oder Missachtung von Genehmigungsbedingungen, welche von der zuständigen Behörde für die Ausübung einer Tätigkeit erteilt wurden. Gleichzeitig soll sich die Strafbarkeit auch auf die Ausübung von genehmigungsbedürftigen Tätigkeiten ohne die erforderliche Genehmigung erstrecken.

Der Wortlaut von § 18 I Nr. 4 AWG-RefE erfasst lediglich die Strafbewehrung für den Fall, dass ohne Genehmigung gehandelt wird und damit ein Verstoß gegen Genehmigungspflichten vorliegt. Die Strafbewehrung der Missachtung von Genehmigungsbedingungen ist dagegen nicht ausdrücklich genannt. Im Rahmen der Umsetzung von Richtlinien wird von den Mitgliedstaaten gefordert, den von der Richtlinie geforderten Rechtszustand herzustellen.⁹⁰ Art. 288 III AEUV überlässt den mitgliedstaatlichen Stellen in diesem Zuge die Wahl der Form und Mittel. Insofern bedarf es nicht zwingend einer wortlautgleichen Übernahme der Richtlinievorschrift, solange auf nationaler Ebene gewährleistet werden kann, dass die praktische Wirksamkeit (effet utile) der Richtlinie erreicht wird.⁹¹

Im vorliegenden Fall lässt sich die Strafbewehrung der Missachtung von Genehmigungsbedingungen bereits aus dem Zusammenspiel mit den Regelungen des VwVfG herleiten.⁹² Nachdem Bedingungen als echte Nebenbestimmungen gem. § 36 II Nr. 2 VwVfG einen integralen Bestandteil des Verwaltungsaktes darstellen, entfällt bei der Missachtung von Bedingungen die Genehmigung.⁹³ Infolgedessen liegt ein Handeln ohne Genehmigung vor, welches letztlich nach § 18 I Nr. 4 AWG-RefE strafrechtlich geahndet werden kann.⁹⁴ Dem Referentenentwurf kann an dieser Stelle dementsprechend keine unzureichende Umsetzung angelastet werden. § 18 I Nr. 4 AWG-RefE entspricht damit den Anforderungen aus Art. 3 I lit. i RL (EU) 2024/1226.

⁸⁵ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 12), § 9 Rn. 64; vgl. auch Herrmann/Abel, EuZW 2024, S. 589 (596).

⁸⁶ Voss, CCZ 2024, S. 198 (201); Lehner, UKUR 2023, S. 105 (105).

⁸⁷ Referentenentwurf, S. 26.

⁸⁸ Voss, CCZ 2024, S. 198 (201).

⁸⁹ Sattler, AW-Prax 2024, S. 353 (355); Voss, CCZ 2024, S. 198 (201).

⁹⁰ W. Schroeder in: Streinz, EUV/AEUV (Fn. 51), Art. 288 AEUV Rn. 61; Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union Bd. I (Fn. 17), Art. 288 AEUV Rn. 112.

⁹¹ Ruffert in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 288 AEUV Rn. 27; Geismann in: von der Groben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 288 AEUV Rn. 44.

⁹² Vgl. Referentenentwurf, S. 27.

⁹³ Pelz, ZASA 2024, S. 579 (584); Referentenentwurf, S. 27.

⁹⁴ Referentenentwurf, S. 27; Pelz, ZASA 2024, S. 579 (584).

II. Keine strafbarkeitsausschließende Ausnahmeregelung

Im Rahmen der Untersuchung von § 18 I AWG-RefE in Hinblick auf die Anforderungen der RL (EU) 2024/1226 fällt auf, dass § 18 I AWG-RefE keine strafbarkeitsausschließende Ausnahmeregelung i. S. v. Art. 3 II RL (EU) 2024/1226 enthält.

Art. 3 II RL (EU) 2024/1226 eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Strafandrohung in bestimmten Fällen an einen Schwellenwert von 10.000 EUR zu knüpfen. Demnach „können“ die nationalen Gesetzgeber vorsehen, dass gewisse Handlungen keine Straftaten darstellen, sofern sie Gelder, wirtschaftliche Ressourcen, Waren, Dienstleistungen, Transaktionen oder Tätigkeiten unterhalb eines Wertes von 10.000 EUR betreffen. Dies gilt zum einen für die in Art. 3 I lit. a, b, h RL (EU) 2024/1226 erfassten Handlungen, Art. 3 II lit. a RL (EU) 2024/1226. Zum anderen besteht die Möglichkeit für die in Art. 3 I lit. d, g, i RL (EU) 2024/1226 aufgeführten Handlungen, Art. 3 II lit. b RL (EU) 2024/1226. Auf nationaler Ebene könnte eine solcher Ausnahmeregelung dementsprechend für die Tatbestände aus § 18 I Nr. 1 lit. d, e, f, h, Nr. 2, Nr. 3 AWG-RefE eingeführt werden.

Dem Wortlaut nach handelt es sich bei Art. 3 II RL (EU) 2024/1226 nicht um eine obligatorische Anforderung der RL (EU) 2024/1226. Den Mitgliedstaaten bleibt aufgrund des zumeist detaillierten Regelungsgehalts von Richtlinien in der Regel wenig Spielraum bei der inhaltlichen Ausgestaltung im Rahmen der nationalen Umsetzung.⁹⁵ Sobald allerdings durch ausdrückliche Ermächtigungen oder Wahlmöglichkeiten ein Gestaltungsspielraum zugelassen wird, kann dieser vom nationalen Gesetzgeber entsprechend genutzt werden.⁹⁶ Vorliegend wird mit der Formulierung in Art. 3 II RL (EU) 2024/1226 den Mitgliedstaaten ein solcher Spielraum eingeräumt, Ausnahmeregelungen einzuführen zu können. Daraus lässt sich schließen, dass es dem europäischen Gesetzgeber vor dem Hintergrund der Mindestharmonisierung, die durch die RL (EU) 2024/1226 bezeichnet werden soll, vor allem auf die strafrechtliche Ahndung schwerwiegender Verstöße ankommt.⁹⁷

⁹⁵ Vedder in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht (Fn. 51), Art. 288 AEUV Rn. 23.

⁹⁶ Vedder in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht (Fn. 51), Art. 288 AEUV Rn. 23.

⁹⁷ Vgl. Council of the EU, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the definition of criminal offences and penalties for the violation of Union restrictive measures – General approach ST 10366 2023 INIT, S. 4.

⁹⁸ Referentenentwurf, S. 19.

⁹⁹ Referentenentwurf, S. 20.

¹⁰⁰ Referentenentwurf, S. 20.

¹⁰¹ Referentenentwurf, S. 20.

¹⁰² Vgl. zum Vorgängerentwurf Klötzner-Assion/Müller, Schonfrist? – abgelaufen! Zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Rechtsvorschriften (AWG-E), WiJ 2024, S. 218 (219); vgl. zum Vorgängerentwurf auch DAV, Stellungnahme Nr. 68/2024, <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-68-24-refe-zur-aenderung-des-aussenwirtschaftsgesetzes-u-a?file=file/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2024/sn-68-24-aussenwirtschaftsgesetz.pdf> [Stand: 21.9.2025], S. 4.

¹⁰³ Vedder in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht (Fn. 51), Art. 288 AEUV Rn. 23.

Der Referentenentwurf sieht die Einführung einer solchen Regelung nicht vor. In der Begründung wird argumentiert, dass „ein solcher Schwellenwert [...] dem AWG fremd und nicht umsetzbar [ist]. Einen ‚monetary threshold‘ zur Definition strafwürdigen Verhaltens kennt das deutsche Strafrecht nicht.“⁹⁸ Ein starrer Schwellenwert sei, mangels Geeignetheit und Angemessenheit, unverhältnismäßig, um über das Vorliegen strafwürdigen Verhaltens zu entscheiden.⁹⁹ Darüber hinaus lasse sich aus der Geringwertigkeit eines Guts nicht zwingend eine Schlussfolgerung darüber treffen, wie schwerwiegend ein Verstoß einzuordnen ist.¹⁰⁰ Im Einzelfall sollen vielmehr die Vorschriften der §§ 153 ff. StPO die Möglichkeit bieten, von einer Strafverfolgung abzusehen, sofern u. a. aufgrund von Geringwertigkeit kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht.¹⁰¹

Trotz kritischer Stimmen in Bezug auf die vorgesehene Nichtumsetzung von Art. 3 II RL (EU) 2024/1226 auf nationaler Ebene¹⁰² lässt sich daraus kein inhaltliches Defizit des Referentenentwurfs ableiten. Der Gesetzgeber ist bei der Richtlinienumsetzung nur insofern an die inhaltlichen Vorgaben einer Richtlinie gebunden, als ihm kein Spielraum eingeräumt wird.¹⁰³ Indem Art. 3 II RL (EU) 2024/1226 inhaltlich eine fakultative Anforderung darstellt, wird mit der Nichtumsetzung der eingeräumte Spielraum genutzt. Dabei werden die Handlungen zwar weitgehend kriminalisiert, ohne dass dies von der RL (EU) 2024/1226 so ausdrücklich gefordert wird, doch läuft dies erst recht nicht dem Ziel der RL (EU) 2024/1226 im Sinne einer wirksamen Durchsetzung von restriktiven Maßnahmen der Union zuwider.

Im Ergebnis widerspricht damit die Ausgestaltung von § 18 I AWG-RefE ohne Ausnahmeregelung nicht den Anforderungen der RL (EU) 2024/1226.

III. Strafrahmen

Neben der Definition von Straftatbeständen werden mit der RL (EU) 2024/1226 Anforderungen hinsichtlich der Sanktionierung von Sanktionsverstößen an die Mitgliedstaaten gestellt. Nach Erwägungsgrund 3 der RL (EU) 2024/1226 bedarf es vor dem Hintergrund der wirksamen Durchsetzung

der EU-Sanktionsmaßnahmen „[...] wirksame, verhältnismäßige und abschreckende strafrechtliche und nicht-strafrechtliche Sanktionen für Verstöße gegen diese restriktiven Maßnahmen der Union [...].“

Art. 5 I RL (EU) 2024/1226 fordert in diesem Sinne, dass die Straftaten nach Art. 3 und 4 RL (EU) 2024/1226 in den Mitgliedstaaten mit strafrechtlichen Sanktionen geahndet werden können. In Bezug auf vorsätzlich begangene Straftaten sieht der europäische Gesetzgeber die Ahndung mit Freiheitsentzug als Höchststrafe vor, Art. 5 II RL (EU) 2024/1226. Konkret sollen die Straftaten nach Art. 3 I lit. a und b sowie lit. d bis i RL (EU) 2024/1226 mit einer Mindesthöchststrafe zwischen einem Jahr und fünf Jahren geahndet werden können, Art. 5 III RL (EU) 2024/1226. In Bezug auf diese wertbezogenen Straftatbestände haben die Mitgliedstaaten zwingend sicherzustellen, dass die Ahndung der Tat mit Freiheitsstrafe im von Art. 5 III lit. a, b, d RL (EU) 2024/1226 jeweils geforderten Umfang möglich ist, sofern ein Wert von mindestens 100.000 EUR zum Zeitpunkt der Tatbegehung betroffen ist. Dem Wortlaut nach überlässt der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten damit die Möglichkeit, den Strafrahmen, sofern der Schwellenwert von 100.000 EUR nicht erreicht ist, abweichend auszugestalten. Lediglich in Bezug auf bestimmte (Dual-Use-)Güter muss der Strafrahmen wertunabhängig ausgestaltet werden, Art. 5 III lit. e RL (EU) 2024/1226.

Der Referentenentwurf hat von dieser Möglichkeit, die Bestimmung des Strafrahmens an einen Schwellenwert von 100.000 EUR zu knüpfen, keinen Gebrauch gemacht.¹⁰⁴ § 18 I AWG-RefE sieht auf der Rechtsfolgenseite einheitlich und wertunabhängig einen Regelstrafrahmen in Gestalt des Freiheitsentzugs im Rahmen von drei Monaten bis zu fünf Jahren vor. Die in diesem Kontext ausgebliebene Umsetzung einer wertbezogenen Bagatellgrenze wird vor allem unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit kritisiert.¹⁰⁵ Diesbezüglich kann auf die obige Argumentation zur Nichtumsetzung der Ausnahmeregelung i. S. v. Art. 3 II RL (EU) 2024/1226 verwiesen werden, dass aus der betreffenden Höhe des Wertes von Gütern nicht zwingend darauf geschlossen werden kann, wie schwerwiegend ein Verstoß einzuordnen ist. Zudem ist anzumerken, dass der Referentenentwurf den Freiheitsstrafrahmen bei drei Monaten ansetzt, sodass weniger bedeutende Verstöße, im Vergleich zu den oben genannten Mindesthöchststrafen, entsprechend geringer bestraft werden können. Damit kann auf verhältnismäßige, aber dennoch

abschreckende Weise zur wirksamen Durchsetzung von restriktiven Maßnahmen der Union beigetragen werden.

Folglich entspricht auch der Strafrahmen des § 18 I AWG-RefE den Anforderungen der RL (EU) 2024/1226.

E. Fazit und Ausblick

Im Ergebnis kann anhand der obigen Untersuchung von § 18 I AWG-RefE vor dem Hintergrund der Anforderungen der RL (EU) 2024/1226 festgehalten werden, dass der Referentenentwurf mit der vorgesehenen Novellierung von § 18 I AWG den unionsrechtlichen Anforderungen weitestgehend Rechnung getragen hat.

In Bezug auf die Definition von Straftatbeständen richten sich die Anforderungen an die Mitgliedstaaten vor allem nach der Katalognorm des Art. 3 I RL (EU) 2024/1226. Der Referentenentwurf greift diesen Katalog, wenn auch in abweichender Reihenfolge, in § 18 I Nr. 1 bis Nr. 4 AWG-RefE auf. Dabei werden die strafrechtlich zu ahndenden Handlungen im Zusammenhang mit Sanktionsverstößen vollständig vom Regelungsgehalt des § 18 I AWG-RefE erfasst. An wenigen Stellen, wie z. B. mit § 18 I Nr. 1 lit. g AWG-RefE, geht der Referentenentwurf über die ausdrücklichen Anforderungen der RL (EU) 2024/1226 hinaus. Indem der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten im Rahmen von Art. 3 I RL (EU) 2024/1226 wenig Spielraum für die Umsetzung überlässt, fällt zudem auf, dass sich die Formulierungen in § 18 I Nr. 1 bis 4 AWG-RefE oftmals stark am Wortlaut der unionsrechtlichen Vorgaben orientieren. Von der Möglichkeit, strafbarkeitsausschließende Ausnahmeregelungen i. S. v. Art. 3 II RL (EU) 2024/1226 zu statuieren, wurde im Rahmen von § 18 I AWG-RefE kein Gebrauch gemacht. Der Referentenentwurf nutzt an dieser Stelle den durch den Wortlaut von Art. 3 II RL (EU) 2024/1226 eingeräumten Gestaltungsspielraum, sodass insofern keine obligatorische Anforderung der RL (EU) 2024/1226 missachtet wurde. Ähnlich verhält es sich in Bezug auf den in § 18 I AWG-RefE vorgesehenen Strafrahmen. Der Referentenentwurf verzichtet auf die Möglichkeit, das Ausmaß der Strafandrohung an einen Schwellenwert zu knüpfen, kommt aber ansonsten den in Art. 5 RL (EU) 2024/1226 enthaltenen fakultativen Anforderungen in Hinblick auf die Sanktionierung von Sanktionsverstößen nach.

Insofern eignet sich der Regelungsgehalt von § 18 I AWG-RefE, vor allem durch die Ausweitung der Straftatbestände, um zu einer wirksameren Durchsetzung von restriktiven

¹⁰⁴ Siehe auch Pelz, ZASA 2024, S. 579 (584).

¹⁰⁵ Vgl. zum Vorgängerentwurf DAV, Stellungnahme Nr. 68/2024, <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-68-24-refe-zur-aenderung-des-aussenwirtschaftsgesetzes-u-a?file=files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2024/sn-68-24-aussenwirtschaftsgesetz.pdf> [Stand: 21.9.2025], S. 8.

Maßnahmen der Union beizutragen. Es bleibt abzuwarten, ob der vorliegende Entwurf dem noch ausstehenden Kabinettsbeschluss entsprechen wird. Die inhaltliche Übereinstimmung mit dem Vorgängerentwurf der letzten Legislaturperiode spricht jedenfalls dafür, dass keine substanzielles Änderungen zu erwarten sind. Angesichts der Dringlichkeit der Umsetzung ist ferner mit einer zeitnahe Beschlussfassung zu rechnen, zumal die Europäische Kommission bereits ein entsprechendes Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet hat.¹⁰⁶

Nicht von der RL (EU) 2024/1226 gefordert und auch nicht von § 18 I AWG-RefE erfasst ist die Strafbewehrung neuartiger

Sanktionsverbote, die nach Inkrafttreten der RL (EU) 2024/1226 entwickelt wurden.¹⁰⁷ Darunter fällt bspw. das Weitergabeverbot in Bezug auf geistiges Eigentum nach Art. 2 II lit. c der Verordnung (EU) Nr. 833/2014.¹⁰⁸ Letztlich ist die Verhängung von Sanktionsmaßnahmen als Instrument zur Verwirklichung der Ziele der GASP wohl aber lediglich dann aussichtsreich, wenn Verstöße auch entsprechend geahndet werden. Ansonsten droht, dass die angestrebte Einflussnahme auf das politische Verhalten der Betroffenen ins Leere läuft. Anpassungen und Verschärfungen der Strafbewehrung von Sanktionsverstößen im Rahmen von § 18 I AWG sind daher zukünftig nicht auszuschließen.

¹⁰⁶ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidungen in Vertragsverletzungsverfahren, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de_inf_25_1842 [Stand: 21.9.2025].

¹⁰⁷ Referentenentwurf, S. 19; Pelz, ZASA 2024, 579 (580).

¹⁰⁸ Pelz, ZASA 2024, S. 579 (580); Referentenentwurf, S. 19.

Clemens A.W.P. Hutengs: Die Repräsentation der idealen Dimension - Robert Alexys Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit als argumentative Repräsentation der Grund- und Menschenrechte

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 11. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars Menschenrechte: Geschichte, Theorie, Internationalisierung bei Prof. Dr. Carsten Bäcker (Lehrstuhl für Öffentliches Recht IV – Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie) entstanden.

A. Die These der argumentativen Repräsentation nach Alexy und Matsubara vor dem Hintergrund des Weimarer Methodenstreits

Verfassungsgerichte und deren Rolle in der Demokratie sind spätestens seit dem Weimarer Methodenstreit Gegenstand hitziger Debatten. *Mitsuhiro Matsubara* befasst sich in seinem Aufsatz „Repräsentation der idealen Dimension“ mit der Transformation der Menschenrechte in positiv-rechtliche Grundrechte auf nationaler Ebene, wie *Robert Alexy* sie in dem Aufsatz „Grund- und Menschenrechte“ aus dem Jahr 2004 vertrat. Hierbei stellt sich die Frage nach der Institutionalisierung der Menschenrechte und deren Ausgestaltung. Im Fokus steht dabei insbesondere die Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit als Institutionalisierungsform der Menschenrechte und ihrem Verhältnis zur Demokratie, beispielsweise zum demokratisch gewählten Parlament. *Robert Alexy* und *Mitsuhiro Matsubara* versuchen durch die These der „Repräsentation der idealen Dimension“ herauszuarbeiten, wie ein nicht direkt gewähltes Verfassungsgericht demokratisch legitimiert sein kann und sogar die Kompetenz besitzt, Entscheidungen der ersten Repräsentationsinstanz, des Parlaments, aufzuheben. Eine Frage, die besonders in Staaten mit einem starken Verfassungsgericht, wie der Bundesrepublik Deutschland, von höchster Relevanz ist. Wie versteht *Alexy* also die Verfassungsgerichtsbarkeit? Was bedeutet sein Verständnis für die Ausgestaltung der Menschenrechte? Und die wichtigste Frage zuletzt: Vermag der Ansatz der „Repräsentation der idealen Dimension“ zu überzeugen?

I. Der Relations- und Substanzbegriff der Repräsentation

Nach dem negativen Gehalt des Art. 20 II GG kann staatliche Gewalt in einem demokratischen Staat nur legitim sein, wenn sie vom Volke ausgeht.¹ Die Verfassungsgerichtsbarkeit, die Teil dieser staatlichen Gewalt ist, kann somit allein durch die Repräsentation des Volkes legitimiert werden.² *Matsubara* unterscheidet dabei zwei Repräsentationsbegriffe: den Relationsbegriff und den Substanzbegriff.³ Nach dem Relationsbegriff dient die Repräsentation der Schaffung eines Zurechnungszusammenhangs zwischen dem repräsentierenden Organ, dem aktiven Wahlvolk und der Organisation der politischen Willensbildung.⁴ Der reale staatliche Wille ist also der Organwille des Parlaments in seiner Funktion als Vertreter des empirischen Wahlvolkes, welches Kreationsorgan ist.⁵ Dem Substanzbegriff entsprechend, dient die Repräsentation jedoch nicht der Herstellung einer Relation, sondern vielmehr der Darstellung des determinierten Willens und der politischen Einheit des ideellen Volkes.⁶

II. Der Repräsentationsbegriff im Weimarer Methodenstreit

Teil des Methodenstreits in der Weimarer Republik war eine Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit. Aufgrund der unterschiedlichen Begriffsverwendungen und den damit einhergehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den Begriffen des „richterlichen Prüfungsrechts“ und der „Verfassungsgerichtsbarkeit“, geriet die eigentliche Kontroverse, die Bindung an überpositives Recht, nie in den Fokus der Diskussion.⁷ So bildeten sich verschiedene

¹ Siehe Art. 20 II GG: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“

² Vgl. *Alexy*, Abwägung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation, in: Becker/Zimmerling (Hrsg.), Politik und Recht, 2006, S. 250 (256).

³ Vgl. *Matsubara*, Repräsentation der idealen Dimension, in: Borowski/Paulson/Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, 2017, S. 547 (548).

⁴ Vgl. ibid., S. 547 (548).

⁵ Vgl. *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Auflage 1963, S. 29.

⁶ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (549).

⁷ Vgl. *Wendenburg*, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, 1984, S. 44.

staatstheoretische Verständnisse der Begrifflichkeiten „Demokratie“ und „Repräsentation“ heraus.

1. Carl Schmitt – Der Bezugspunkt des Faktischen

Carl Schmitt formuliert zwei Prinzipien politischer Formen: die Repräsentation und die Identität. Nach *Schmitt* sei der Staat die politische Einheit des Volkes als Status.⁸ Diese könne zum einen durch die Identität des unmittelbar präsenten Volkes mit sich selbst als politische Einheit verwirklicht werden.⁹ Zum anderen könne sie durch das Prinzip der Repräsentation erreicht werden, bei der das Volk als Identität vorliege und so durch Menschen repräsentiert werden müsse.¹⁰ Die Repräsentation sei demnach die existentielle Vergegenwärtigung einer „höhere[n] [...]Art Sein“¹¹ durch ein reales, öffentliches Sein.¹² Die Demokratie entspricht nach *Schmitt* dem Prinzip der Identität¹³ von Herrscher und Beherrschtem, welche substanzial gleich, also ohne qualitative Verschiedenheit, sei. Die demokratische Gleichheit meine hierbei wesentliche Gleichartigkeit, also Homogenität des Volkes.¹⁴ Innerhalb dieser Argumentation bleibt aber offen, wer sich als Volk identifizieren und wie man eine höhere Art des Seins erkennen kann.¹⁵

2. Hans Kelsen – Der Bezugspunkt des Normativen

Hans Kelsen unterscheidet indessen deutlicher zwischen Volkssouveränität und Demokratie. Auf diese Weise verdeutlicht er den Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und Herrschaft. Während Volkssouveränität nach *Kelsen* ein faktisches Sein darstelle, sei die Demokratie eine normative Konstruktion¹⁶, bei der die soziale Ordnung, der sich das Volk unterwerfe, vom Volk selbst erzeugt werde. Folglich sei das Volk als Herrschaftssubjekt mit dem Volk als

Herrschaftsobjekt identisch.¹⁷ Die Basis der Demokratie sei die Freiheit des Individuums, die vorliege, sei es keinem fremden, sondern nur dem eigenen Willen unterworfen. Bezogen auf die Demokratie wäre also frei, wer an der Bildung des herrschenden Willens mitwirke¹⁸ und so politisch selbstbestimmt¹⁹ sei. Der innerhalb des politischen Prozesses zur Verwirklichung sozialer Ziele zwangsläufig auftretende Zwang werde lediglich durch die Zustimmung der Mehrheit der durch diesen Zwang Unterworfenen gerechtfertigt.²⁰ Diese politische Relativierung²¹ des Prinzips individueller Freiheit zur Majorität als größtmögliche Annäherung an die Freiheit²² begründe die Demokratie. Der Staatswillen werde nicht unmittelbar durch das Volk, sondern durch die Willensbildung des repräsentierenden Organs, dem Parlament, geschaffen.²³ Die Repräsentation durch das Parlament selbst sei eine Fiktion, da zum einen das Volk als solches gar keinen Willen bilden könne²⁴, zum anderen das Parlament durch das freie Mandat nicht an den Wählerwillen gebunden wäre.²⁵ Dieser Widerspruch zum Demokratieprinzip werde mit den Vorteilen der Arbeitsteilung gerechtfertigt.²⁶

3. Gerhard Leibholz – Der Bezugspunkt des Idealen

Nach der Auffassung *Leibholz'* produziere die Repräsentation etwas nicht real Präsentes in die Realität hinein²⁷, wobei ihr die doppelte personelle Existenz immanent²⁸ und eine ideell bestimmte Wertsphäre vorausgesetzt sei.²⁹ Der Repräsentant erfülle die Aufgabe, die von ihm getragenen ideellen Werte präsent zu machen.³⁰ Entsprechend werde das Verhalten des Repräsentanten dem Repräsentierten zugerechnet.³¹ Die Demokratie definiert *Leibholz* als Herrschaft des Volkes, welche durch das Prinzip der Volkssouveränität als finale Entscheidungsinstanz möglich werde.³² Auch der Staatsbegriff

⁸ Vgl. *Schmitt*, Verfassungslehre, 8. Auflage 1993, S. 3.

⁹ Vgl. *Schmitt*, Legalität und Legitimität, 3. Auflage 1980, S. 65 f.

¹⁰ Vgl. *Schmitt* (Fn. 8), S. 204 f.

¹¹ Ibid., S. 210.

¹² Vgl. *ibid.*, S. 209 f.

¹³ Vgl. *ibid.*, S. 223.

¹⁴ Vgl. *ibid.*, S. 234 f.

¹⁵ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (552).

¹⁶ Vgl. *Jestaedt/Lepsius*, Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen. Eine Einführung, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Verteidigung der Demokratie, 2006, S. VII (XIX).

¹⁷ Vgl. *Kelsen* (Fn. 5), S. 14.

¹⁸ Vgl. *ibid.*, S. 4 f.

¹⁹ Vgl. *Kelsen*, Verteidigung der Demokratie, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Verteidigung der Demokratie, 2006, S. 229 (231).

²⁰ Vgl. *Kelsen* (Fn. 5), S. 102 f., ähnlich: *Kelsen* in: Verteidigung der Demokratie (Fn. 19), S. 229 (237).

²¹ Vgl. *Kelsen* (Fn. 5), S. 103.

²² Vgl. *ibid.*, S. 9.

²³ Dies ist eine der Voraussetzungen für das Vorliegen einer Organschaft, vgl. *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 310, *ders.* (Fn. 5), S. 29.

²⁴ Vgl. *Kelsen*, Staatslehre (Fn. 23), S. 315.

²⁵ Vgl. *Kelsen* (Fn. 5), S. 30.

²⁶ Vgl. *Kelsen*, Staatslehre (Fn. 23), S. 314.

²⁷ Vgl. *Leibholz*, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, 3. Auflage 1966, S. 26.

²⁸ Vgl. *ibid.*, S. 28.

²⁹ Vgl. *ibid.*, S. 32.

³⁰ Vgl. *ibid.*, S. 35.

³¹ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (550).

³² Vgl. *Leibholz*, Zum Begriff und Wesen der Demokratie, in: *Leibholz*, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 1958, S. 142 (143).

werde mit dem Volksbegriff gleichgesetzt³³, womit nur Letzterer zu erklären bleibt. *Leibholz* ist der Ansicht, die Volksgemeinschaft sei mehr als nur die Gesamtheit einzelner Individuen.³⁴ Eher entspräche diese einer „als konkrete Wertgemeinschaft [...] real wirkende[n], ideelle[n] Einheit [und zugleich] [...] eine[r] politisch ideelle[n] Einheit“³⁵. Wäre die Volksgemeinschaft keine ideelle Einheit, läge sie außerhalb der ideellen Wertsphäre und wäre nicht repräsentierbar. Notwendig werde folglich der einheitliche Zusammenschluss der individuellen Willen hin zu dem individualisierten Gemeinschaftswillen, dem *volonté générale*, durch repräsentative Instanzen.³⁶ Jede Repräsentation müsse ebenso legitimiert werden. Dies wäre der Fall, wenn ein Anspruch erhoben, auf dessen Basis zu repräsentieren behauptet wird und werde dieser Anspruch von der durch die Repräsentation betroffenen Einheit anerkannt.³⁷ Folglich sei Zweck der Repräsentation, „die als geistige Einheit existenziell vorhandene, konkrete Volksgemeinschaft in der Realität empirisch greifbar zu machen, die Herrschaft des Volkes als Einheit über das Volk als Vielheit sicherzustellen [und es] [...] zur staatlichen Einheit zu integrieren“³⁸.

III. Robert Alexy – Der Bezugspunkt des Idealen und Realen

Alexys Ansicht ist eine Synthese der Anschauungen des Weimarer Methodenstreits. Er verknüpft die Bezugspunkte des Faktischen, Normativen und Idealen miteinander. Nach ihm diene die Demokratie als Entscheidungs- und Argumentationsverfahren, das durch die Institutionalisierung der Vernunft die reale mit der idealen Dimension auf prozeduraler Seite vereint.³⁹ Weiter definiert er die Repräsentation als zweistellige Relation zwischen dem Repräsentanten und dem Repräsentierten.⁴⁰ Die demokratische Repräsentation sei eine rationale Repräsentation. Aus diesem Grund sei deren Ideal die Richtigkeit, weshalb zwangsläufig auf das ideale Element des Diskurses zurückgegriffen werde.⁴¹

³³ Vgl. Matsubara in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (551).

³⁴ Vgl. Leibholz (Fn. 27), S. 45.

³⁵ Ibid., S. 46.

³⁶ Vgl. Leibholz in: Begriff und Wesen (Fn. 32), S. 142 (145).

³⁷ Vgl. Leibholz (Fn. 27), S. 141.

³⁸ Vgl. ibid., S. 57.

³⁹ Vgl. Alexy, Die Doppelnatur des Rechts, in: Böckenförde/Bogdandy et al. (Hrsg.), Der Staat, 50. Band 2011, S. 389 (401).

⁴⁰ Vgl. Alexy, Grundrechte, Demokratie und Repräsentation, in: Böckenförde/Bogdandy et al. (Hrsg.), Der Staat, 54. Band 2015, S. 201 (210).

⁴¹ Vgl. ibid., S. 257.

⁴² Ibid., S. 210.

⁴³ Vgl. ibid., S. 210.

⁴⁴ Vgl. Alexy (Fn. 2), S. 250 (256).

⁴⁵ Vgl. Matsubara in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (556).

⁴⁶ Vgl. Alexy in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (211).

⁴⁷ Alexy in: Politik und Recht (Fn. 2), S. 250 (257).

⁴⁸ Vgl. ibid., S. 257.

⁴⁹ Vgl. Alexy in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (212).

⁵⁰ Vgl. Alexy in: Der Staat (Fn. 39), S. 389 (395).

⁵¹ ibid., S. 395.

⁵² Alexy in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (212).

Das Wesen der demokratischen Repräsentation müsse folglich „zugleich dezisionistisch oder volitativ und argumentativ oder diskursiv“⁴² sein, weshalb neben der Entscheidungsprozedur durch Wahlen und Mehrheiten auch das Argument als Verbindungselement diene.⁴³ Während nach der Wesentlichkeitsthese das Verhältnis dieser beiden Repräsentationsformen bei einem Parlament der Dezisionismus präge⁴⁴, die politische Dimension also überwiege⁴⁵, handele es sich im Falle der Verfassungsgerichtsbarkeit um eine im Wesentlichen argumentative Repräsentation, bei der die ideale Dimension dominiere.⁴⁶ Der Kritik, dass dies zu einer Überidealisierung führe, nach welcher „es dem Verfassungsgericht frei[stehe], jedes Argument zu einem Argument zu erklären, das [sic] das Volk repräsentiert“⁴⁷, setzt Alexy zwei Anforderungen an die Verfassungsgerichtsbarkeit entgegen: Zum einen dürfe diese als Argument nicht alles zulassen, zum anderen müsse seine Argumentation mit dem verbunden werden, was das Volk tatsächlich denkt.⁴⁸

1. Die ideale Ebene der Verfassungsgerichtsbarkeit

Nach Alexy könnten im Rahmen des rationalen Diskurses gute und schlechte Argumente in einer großen Zahl von Fällen unterschieden werden.⁴⁹ Trotzdem sei das diskursiv Mögliche, dass Gründe unvereinbare Urteile, also mehrere Ergebnisse, stützen, nicht ausgeschlossen.⁵⁰ Bei diesem „Problem praktischer Erkenntnis“⁵¹ sei die Mehrheitsentscheidung als Verknüpfung des Idealen mit dem Dezisiven legitim, werde „die Verfassungsgerichtsbarkeit als ein[] Prozess der Annäherung an die Richtigkeit“⁵² begriffen.

2. Die reale Ebene der Verfassungsgerichtsbarkeit

Des Weiteren dient als Repräsentationsgrundlage die tatsächliche Akzeptanz der verfassungsgerichtlichen

Argumente durch die Volksgemeinschaft.⁵³ Diese sei gegeben, akzeptiere eine „hinreichende Zahl der Bürger [...], zumindest auf längere Sicht, diese Argumente als richtig“⁵⁴. Dies ist nur möglich, gehe man von „konstitutionellen Personen“, also Personen, „die fähig und willens sind, gute oder richtige Argumente zu akzeptieren, weil sie gut oder richtig sind“⁵⁵, aus. Sei also in diesem Sinne die Vernunft Rechtfertigung der Demokratie, so sei auch die Verfassungsgerichtsbarkeit als notwendiges Element gerechtfertigt. Dennoch sei als Mindestmaß eine indirekte Wahlverbindung zum Volk, sowie eine Mehrheitsregel innerhalb der verfassungsgerichtlichen Verfahrensordnung notwendig.⁵⁶

IV. Mitsuhiro Matsubara – Die Integrationsthese

Matsubara kritisiert, dass die unterschiedlichen Gewichtungen der Wesentlichkeitsthese dazu führten, dass sich ideale und politische Dimension „als das qualitativ voneinander zu unterscheidende Wesentliche gegenüber [stünden], oder das Wesentliche im Fall der Verfassungsgerichtsbarkeit [...] dem Unwesentlichen im Gesetzgebungsorgan entgegen [träte]“⁵⁷. Der Vorrang der idealen vor der politischen Dimension und der Vergleich des Wesentlichen mit dem Unwesentlichen seien nur schwer begründbar. Folglich müsse es sich um qualitativ gleichrangige Dimensionen handeln.⁵⁸ Um dieses Problem zu lösen, führt *Matsubara* die Integrationsthese und damit den Begriff der integrativen Repräsentation ein. Nach dieser habe der Begriff der Repräsentation formell und inhaltlich eine andere Bedeutung.

1. Die Repräsentation im formellen Sinne

Die Repräsentation im formellen Sinne stelle den Zusammenhang der Legitimation und Zurechnung zwischen dem jeweiligen Staatsorgan und dem Wahlvolk her.⁵⁹ In diesem Sinne entspricht *Matsubara Alexys* These, dass eine indirekte Wahlverbindung und Regelung zur Mehrheitsentscheidung vorliegen müsse.⁶⁰ Die politische Repräsentation liege also durch demokratische Kettenlegitimation auch in einer mit dem

Parlament gleichwertigen Wesentlichkeit vor und die Identität zwischen Herrschaftsobjekt- und -subjekt sei hergestellt.⁶¹

2. Die Repräsentation im inhaltlichen Sinne

Die Repräsentation im inhaltlichen Sinne stelle auf die ideale Dimension ab, die, um das Problem der Wesentlichkeitsthese zu beheben, auch für das Parlament als wesentliche Dimension gelten müsse.⁶² Sowohl Verfassungsgerichtsbarkeit als auch das Parlament repräsentierten gegenüber dem jeweils anderen das ideelle Volk. Problematisch sei jedoch, wie der Zusammenhang zwischen dem Verfassungsrichter und dem Volk ohne Wahl hergestellt werde, ohne dass die Werte des Volkes zu „subjektiven (richterlichen) Vorstellungen“⁶³ verkämen. Ohne diesen Zusammenhang könne das Verfassungsgericht jedes Argument als ein Argument des Volkes ausgeben.⁶⁴ Auch müsse Repräsentation nicht zwingend ethisch wertvoll sein. Dies begründe die notwendige Unterscheidung zwischen akzeptabler und inakzeptabler Repräsentation.⁶⁵ Eine akzeptable, legitime Repräsentation in diesem Sinne liege immer dann vor, „wenn sich die repräsentierte Idee im Rahmen des von der Gesellschaft tolerierten Wertekatalogs hält und wenn sie sich überdies auf einen demokratischen Auftrag der Repräsentierten berufen kann“⁶⁶. *Leibholz* hingegen spricht lediglich von einem Legitimitätsanspruch und dessen Anerkennung, ohne ihn, mit Ausnahme von Wahlen, zu rechtfertigen.⁶⁷ Auch *Kelsens* Einwand der Repräsentationsfiktion bei faktischem, der positiven Rechtslage entsprechendem, Entzug der Einflussmöglichkeit des Volkes qua Verfassung⁶⁸ kommt hier zum Tragen.

Nach *Matsubara* könne die Repräsentation dennoch unter zwei Voraussetzungen auf ein ideelles Volk gestützt werden. Wie bereits bei *Alexy*, müsse die normative Legitimität und die tatsächliche Akzeptanz der Repräsentation der idealen Dimension vorliegen.⁶⁹ Dies sei gegeben (siehe I.3.). Der Vorrang der inhaltlichen Repräsentation der Verfassungsgerichtsbarkeit vor der des Parlaments werde

⁵³ Vgl. *ibid.*, S. 212.

⁵⁴ *Alexy* in: Politik und Recht (Fn. 2), S. 250 (257).

⁵⁵ *Alexy* in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (212).

⁵⁶ Vgl. *ibid.*, S. 211 f.

⁵⁷ *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (556).

⁵⁸ Vgl. *ibid.*, S. 547 (556).

⁵⁹ Vgl. *ibid.*, S. 547 (556).

⁶⁰ *Alexy* in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (211).

⁶¹ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (557).

⁶² Vgl. *ibid.*, S. 547 (557).

⁶³ *Ibid.*, S. 547 (557).

⁶⁴ Vgl. *Alexy* in: Politik und Recht (Fn. 2), S. 250 (257).

⁶⁵ Vgl. *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 217 f.

⁶⁶ *Herzog* (Fn. 65), S. 218.

⁶⁷ Vgl. *Leibholz* (Fn. 27), S. 141.

⁶⁸ Vgl. *Kelsen*, Staatslehre (Fn. 23), S. 315.

⁶⁹ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (558).

demnach gerechtfertigt, wenn sie den diskursiven Idealen näher sei.⁷⁰ Das diskursive Ideal bestehe aber darin, dass „nur solche Gesetze in Kraft treten, die in einem diskursiven Rechtsetzungsprozess die Zustimmung aller Rechtsgenossen tatsächlich gefunden haben.“⁷¹ Da dieser Idealzustand in der Realität nicht umgesetzt werden kann, sollten „institutionalisierte und nicht institutionalisierte Diskurse verzahnt“⁷² werden. Dem komme die verfassungsgerichtliche Argumentation als Reflexion des politischen Prozesses⁷³, verknüpft mit dem faktischen Volkswillen (siehe I.3.b.) nach, wodurch die Verfassungsgerichtsbarkeit legitimiert werde, das Volk als ideelle Gemeinschaft gegenüber dem Parlament zu vertreten. Die Repräsentation des Volkes durch das Verfassungsgericht lebe folglich von einer integrativen Verbindung der formellen und der inhaltlichen Repräsentation.⁷⁴

B. Kritische Betrachtung der These der argumentativen Repräsentation nach Alexy und Matsubara

Matsubara analysiert die These der argumentativen Repräsentation *Alexys* und erweitert sie um die Integrationsthese, die den formellen Aspekt des Legitimationsanspruchs innerhalb einer Demokratie betrifft, und um die qualitative Gleichwertigkeit der idealen Dimensionen in Parlament und Verfassungsgericht. Dennoch stellen sich auch nach dieser Weiterentwicklung Fragen, denen sich *Matsubara* nicht angenommen hat. Zuvornerst könnte auf die Positivismusfrage⁷⁵ und all ihre Streitpunkte eingegangen werden. *Alexys* Theorie stützt sich schließlich auf den Anspruch des Rechts auf moralische Richtigkeit, der über die Gegenüberstellung der realen und idealen Dimension in einer Abwägung zur Institutionalisierung der Vernunft und damit auch zur deliberativen Demokratie und argumentativen Repräsentation führe.⁷⁶ Auch wenn es sich um eine Frage handelt, deren Entscheidung bereits die argumentative Repräsentation von vorneherein ausschließen kann, soll im

Rahmen dieser Betrachtung nicht weiterführend darauf eingegangen werden. Stattdessen sollen die Probleme innerhalb der Theorie der argumentativen Repräsentation dargelegt werden.

I. Die Lösung der Wesentlichkeitstheorie

Matsubara löst in seiner Weiterentwicklung der These *Alexys* das Problem der Wesentlichkeitstheorie durch die gleiche Gewichtung der argumentativen Repräsentation als Legitimationsargument sowohl für das Parlament als auch für die Verfassungsgerichtsbarkeit. *Alexy* hingegen vertrat die Ansicht, dass zwar beide Repräsentationen jeweils vorhanden, die politische Repräsentation aber die für das Parlament wesentliche sei (siehe I.3.). Für *Matsubaras* Entwicklung und gegen *Alexys* These spricht, dass auch im Gesetzgebungsprozess ein argumentativer, rationaler Diskurs stattfindet.⁷⁷ So wird auch in der legislativen Argumentation rational über Inhalt und Text diskutiert, wobei mitunter auf Argumente des juristischen Diskurses zurückgegriffen wird.⁷⁸ Gleichwohl muss das Spannungsverhältnis zwischen Rationalität und politischer Begründung durch Berufung auf den nicht unbedingt rationalen Bürgerwillen berücksichtigt werden, das der Rationalität abträglich ist. Dennoch sind die rechtliche Rationalität und die axiologische Begründungsdimension und nicht die politische Dimension Schwerpunkte der Abwägung innerhalb der legislativen Argumentation.⁷⁹ Somit ist die argumentative Repräsentation in Form des rationalen Diskurses auch für das Parlament wesentlich. Daher ist *Matsubaras* Weiterentwicklung der Wesentlichkeitstheorie zuzustimmen.

II. Die Bedingung der normativen Akzeptanz

Alexy unternimmt in seiner Theorie den Versuch, die ideale Dimension des Diskurses mit der realen Ebene der tatsächlichen Akzeptanz zu verbinden, um so den Einwand

⁷⁰ Vgl. *ibid.*, S. 547 (559).

⁷¹ *Alexy*, Grundrechte und Demokratie in Jürgen Habermas‘ prozedurellem Rechtsparadigma, in: Beh-rends/Sellert (Hrsg.), Gerechtigkeit und Geschichte. Beiträge eines Symposiums zum 65. Geburtstag von Malte Diebelhorst, 1996, S. 78 (83).

⁷² *Ibid.*, S. 78 (86).

⁷³ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (559).

⁷⁴ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (560).

⁷⁵ Der Streit erstreckt sich über den Zusammenhang der Begriffe „Recht“ und „Moral“ bis hin zum Zusammenhang der Geltung, näher: *Bäcker*, Menschenrechte zwischen Recht und Richtigkeit, in: *Borowski/Paulson/Sieckmann* (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, 2017, S. 185 (185 ff.).

⁷⁶ Vgl. *Alexy* in: *Der Staat* (Fn. 39), S. 389 (389 ff.).

⁷⁷ Vgl. *Oliver-Lalana*, Über die Begründungsfähigkeit der legislativen Argumentation, in: *Sieckmann* (Hrsg.), Verfassung und Argumentation, 2005, S. 129 (133 ff.).

⁷⁸ Vgl. *Oliver-Lalana* in: Verfassung und Argumentation (Fn. 77), S. 129 (134 f.), so halten ebenso semantische, genetische, historische, komparative, systematische und teleologische Argumente Einzug in den legislativen Diskurs, zu den Argumenten: *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1978, S. 289 ff.

⁷⁹ Die parlamentarische Rechtsetzung unterliege drei Hauptkriterien: Der rechtlichen Rationalität (z.B. prozedurale Aspekte, sprachliche Konsistenz und Integration in die Rechtsordnung, Verfassungsmäßigkeit), der politischen Dimension (z.B. Zweck-Mittel-Rationalität, sozial-integrative Inhalte) und der axiologischen Begründungsdimension (normative Argumentation), vgl. *Oliver-Lalana*, in: Verfassung und Argumentation (Fn. 77), S. 129 (139 f.).

auszuräumen, dass jedes Argument als Volksargument deklariert werden könne. Die Gestaltung dieser Verknüpfung führt allerdings zu zahlreichen Problemen.

1. Die normative Akzeptanz als unbestimmte Verknüpfung

Matsubara erkennt richtig die Interpretationsoffenheit des Begriffs der argumentativen Repräsentation *Alexys*. So wird dem Einwand des „Richterkönigtums“⁸⁰ die Rückbindung an die reale Ebene, durch die tatsächliche Akzeptanz entgegengestellt (siehe I.3.b.). Diese sieht vor, dass das Repräsentationsvermögen ebenfalls darauf basiere, dass „[e]ine hinreichende Zahl des Volkes [...] zumindest auf längere Sicht, die Argumente des Verfassungsgerichts als richtig akzeptiere [...]“⁸¹. Offen bleibt hierbei die Konkretisierung der Zahl und des Zeitraums. So ließe sich in Fällen, in denen einer nicht bereits weit vertretenen Ansicht entsprochen wird und somit ein allgemeiner Diskurs notwendig ist, keine sofortige Zustimmung erreichen. Auch eine überdimensionierte Ausweitung des Zeitraums würde die Rückbindung an den tatsächlichen Volkswillen schwächen und zu der Weissagung verkommen, dass das Volk der Argumentation in einer fernen Zukunft zustimmen würde. Entscheidend bei der Lösung der Zeitfrage ist die Korrelation mit der Zahlfrage. Ob beispielsweise die Argumentation der Zustimmung einer einfachen oder absoluten Mehrheit der Bevölkerung bedarf, bleibt dahingestellt und unbeantwortet. Dies verformt den gesamten Begriff der normativen Akzeptanz zu einer auslegungsbedürftigen und variablen Größe. Die Bindung an die reale Ebene wird dadurch dermaßen schwach, dass sie nicht zur Rechtfertigung und Sicherung der Berufung auf die ideale Ebene genügen kann. Eine Herrschaft des idealistischen Anspruchs und damit derer, die diesen zu erkennen beanspruchen, in Kombination mit der Weissagung künftiger Akzeptanz, wäre die Folge.

2. Die Verknüpfung von Gültigkeit und Akzeptanz

Auch müsse das Volk „die Argumente des Verfassungsgerichts als richtig akzeptieren“⁸². Voraussetzung sei der reale Diskurs und das Vertrauen darin, dass das Volk in einem eigenen rationalen Diskurs diesen Argumenten zustimmen könne.⁸³ Dabei stellt sich die Verknüpfung der demokratischen

Legitimation durch Argumentationsgültigkeit mit der tatsächlichen Akzeptanz als problematisch dar. Sie führt zu der Frage, ob eine Argumentation, die von der Bevölkerung auf Dauer nicht akzeptiert wird, dennoch gültig wäre. Hier unterscheidet *Alexy* zum einen zwischen dem Richtigkeitsanspruch, dem durch den Diskurs so nah wie möglich gekommen wird, und der demokratischen Legitimität, dass dieser Anspruch zur Entscheidung herangezogen werden soll. Es wird also eine ideale und reale Gültigkeit unterschieden. Ideal wäre die Argumentation gültig, wenn sie sich so nah wie möglich an dem idealen Diskurs orientiert. Real gültig wäre sie, würde die Argumentation unter den genannten Voraussetzungen tatsächlich akzeptiert werden. Im Falle der sozialen Ablehnung müsste also die Gültigkeit der Argumentation wegfallen oder nicht, je nachdem, welche der beiden Gültigkeiten vorrangig wäre.

Die Akzeptanz wiederrum ist gekoppelt an die Annäherung an das Ideale durch den allgemeinen Diskurs. Somit ist Bedingung der realen Gültigkeit, dass durch verfassungsrechtlichen und allgemeinen Diskurs dem Ideal der Richtigkeit beiderseits nahegekommen wird, sodass im Ergebnis eine Überschneidung der Argumentationen und damit eine Willensgleichheit erzeugt wird. Der Volkswille sei diesem Verständnis nach identisch mit der möglichen Richtigkeit, somit in der idealen Dimension determiniert, und könnte dieser nicht zuwiderlaufen. Durch diese beidseitige Rückkopplung auf das Ideal, in Kombination mit der bereits erörterten Unbestimmtheitsproblematik, entstünde bei einer dennoch vorliegenden sozialen Ablehnung ein Spannungsverhältnis zwischen der Natur des Rechts, als im Wesen richtig, und der Natur der Demokratie, als Herrschaft des Volkes. Dieses Problem ist dem realen Diskurs grundsätzlich inhärent.⁸⁴

Bewegen sich beide Argumentationen im Bereich der diskursiven Möglichkeit wird ein weiterer Aspekt des Spannungsverhältnisses deutlich. Gerade die diskursiven Grenzen der Rationalität, die zu indefiniten Ergebnissen führen, sprechen für eine nachträgliche Korrekturmöglichkeit zugunsten des Volkswillens. Diese ist im Falle der Verfassungsgerichtsbarkeit jedoch nicht ohne weiteres möglich. So hat das Volk selbst keine Möglichkeit, diese zu vollziehen und auch dem Gericht ist eine Ergebniskorrektur zumeist nicht erlaubt.⁸⁵ Die einzige Möglichkeit, eine

⁸⁰ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (558).

⁸¹ Vgl. *ibid.*, S. 547 (559).

⁸² *Ibid.*, S. 547 (559).

⁸³ Vgl. *ibid.*, S. 547 (559 f.).

⁸⁴ Lässt der reale Diskurs mehrere Positionen zu und beharren sowohl Verfassungsgericht als auch das Volk auf jeweils anderen Positionen, entscheidet dann der idealere Gehalt des Verfassungsgerichts, oder der demokratische Gehalt des Volkes? Dieses Problem geht aus der relativen Richtigkeit hervor, näher: *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 124 ff.

⁸⁵ Vgl. *Scheid*, Demokratieimmanente Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine funktionelle und institutionelle Betrachtung, in: Böckenförde/Bogdandy et al. (Hrsg.), Der Staat, 59. Band 2020, S. 227 (272).

Entscheidung des Verfassungsgerichts zu korrigieren, ist die Verfassungsänderung als solche, welche in der Regel mit hohen Hürden verbunden ist. Der Rückgriff *Alexys* auf die Bedingung der Vernunft der Personen und die damit verbundene doppelte Rückkopplung auf die ideale Dimension unterstreicht die herausgearbeitete Problematik, in der das Majoritätsprinzip als beste Möglichkeit der Entscheidungsfindung⁸⁶ zugunsten eines Systems basierend auf dem über allem stehenden Ideal aufgegeben wird.

3. Alexys Rationalität als Repräsentationsqualifikation

Der Rückgriff auf die Vernunft und Rationalität der zu repräsentierenden Personen wirft ein weiteres Problem auf. So argumentiert *Alexy*, dass „konstitutionelle Personen“ auf Basis von Vernunft und Rationalität mit den Argumenten des Verfassungsgerichts übereinstimmen würden, weil diese richtig und vernünftig seien.⁸⁷ Gleichzeitig sei die erkennbare Richtigkeit das Ergebnis der Verbindung⁸⁸ von Prinzipientheorie⁸⁹ und dem diskursiven Ideal als Argumentationsprozedur⁹⁰. Die argumentative Repräsentation der Verfassungsgerichtsbarkeit ist demnach qualifiziert.⁹¹ Die Akzeptanz durch „rationale“ Personen setzt voraus, dass diese Personen denselben Rationalitätsbegriff vertreten. Jeder, der die Prinzipien- oder Diskurstheorie ablehnt, würde nicht mehr unter den Begriff der „konstitutionellen Person“ fallen und wäre somit, erkennt er etwas anderes als richtig, nicht länger Teil des repräsentierten Willens, bis er seine Meinung ändere. Dieses Verständnis, welches die Repräsentationsfähigkeit von Personen abhängig von Verständnissen und Meinungen über die Rationalität macht, wäre wohl nicht mit den demokratischen Vorstellungen von gleicher Teilhabe und Meinungstoleranz vereinbar.

III. Die Wesentlichkeit der argumentativen Repräsentation im Parlamentarismus

Im Zuge der Weiterentwicklung der These durch *Matsubara*, löst er das Problem der Wesentlichkeit durch die Aufspaltung in formelle und inhaltliche Repräsentation (siehe I.4.). Während

Alexy selbst noch zwischen den verschiedenen Gewichtungen der Repräsentationsformen unterscheidet und damit Notwendigkeitsbegründungen der politischen Repräsentation als wesentliche Repräsentation des Parlaments zulässt, scheint nach *Matsubara* die inhaltliche Repräsentation, und damit die Nähe zur idealen Dimension, die Qualität der Repräsentation entscheidend zu prägen. Ist aber, so *Alexy*, die Annäherung an die Richtigkeit Anspruch des Rechts⁹² und beansprucht in diesem Sinne das Parlament die Richtigkeit für seine Rechtsetzung, und damit im Wesentlichen die ideale Dimension, scheint es verfehlt, die Prozesse und Vorgehensweisen des Parlaments dezisionistisch zu gestalten, anstatt sie zum Diskurs hin zu optimieren. Auch würde die These *Matsubaras* das Parlament als erste Repräsentationsinstanz⁹³ des Volkes bewusst zu einer Instanz degradieren, die nicht in bester Weise auf die Repräsentation des Volkes, der These nach die argumentative Repräsentation, ausgerichtet ist. Stattdessen würde das Verfassungsgericht diese Stellung einnehmen. Behebt man aber, unter Annahme der Korrektheit *Alexys*’ These, diesen Missstand und erhebt durch Hinführung zu diskursiven Idealen⁹⁴ das Parlament wieder zur bestmöglichen Repräsentationsinstanz des Volkes, stellte sich wieder die anfängliche Frage nach der Legitimation des Verfassungsgerichts als Kontrollinstanz und durch den Begründungsversuch wäre nichts gewonnen.

IV. Verfassungsgerichtliche Argumentation und politische Entscheidung

Die Argumentation *Alexys* steht und fällt mit der Bedingung, dass die Argumentation des Verfassungsgerichts den diskursiven Idealen näherkommt als die parlamentarische Entscheidung. Hierbei stellt er dar, inwiefern sich die parlamentarische Entscheidung durch die Mehrheitsherrschaft, Emotionalität, das Geld und die Macht⁹⁵ sowie der politischen Kontrolle durch die Möglichkeit der Abwahl⁹⁶, von dem Ideal entfernt. Jedoch legt er nicht dar, weshalb der Richter, abgesehen von dem Wegfall der Abwahlmöglichkeit, von diesen Schwächen befreit sein oder nicht anderen Schwächen unterliegen sollte. So ist auch der Richter und dessen Entscheidung verschiedenen Einflüssen ausgesetzt. So

⁸⁶ Vgl. Kelsen (Fn. 5), S. 9.

⁸⁷ Vgl. *Alexy* in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (212).

⁸⁸ Vgl. ibid., S. 205., ders. (Fn. 84), S. 206 ff., ders. Law’s ideal dimension, in: Oxford, Oxford University Press, 2021, S. 106.

⁸⁹ Näher: *Alexy* in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (202 ff.), ders. (Fn. 84), S. 177 ff.

⁹⁰ Näher: *Alexy* (Fn. 84), S. 129.

⁹¹ Die dezisionistische Repräsentation dagegen bedarf keiner Qualifizierung mit Blick auf etwaige Richtigkeitsverständnisse.

⁹² Vgl. *Alexy* in: Der Staat (Fn. 39), S. 389 (389).

⁹³ Vgl. Eckert, Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts und die Eigenheit des Politischen, in: Böckenförde/Grawert et al. (Hrsg.), Der Staat, 17. Band 1978, S. 183 (197), Degenhart, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht. Mit Bezügen zum Europarecht, 36. Auflage 2020, Rn. 36, Klein/Schwarz, GG Art. 38, in: Grundgesetz Kommentar, 1. Band, 102. Ersatzlieferung 2023, Art. 38 GG, Rn. 30.

⁹⁴ Hier stellt sich die Frage, inwiefern diese Ideale bereits vorliegen (siehe II.1.).

⁹⁵ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (556).

⁹⁶ Vgl. *Alexy*, Grund- und Menschenrechte, in: Sieckmann (Hrsg.), Verfassung und Argumentation, 2005, S. 61 (71 f.).

beispielsweise dem Einfluss, bestimmter verfassungspolitischer Grundpositionen als Kriterium der Richterernennung, der Interessen⁹⁷ und mittelbaren Machtkämpfe, bedingt durch die mittelbare, über politische Instanzen laufende, Kettenlegitimation.⁹⁸ Gerade mit Blick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in der BRD wird häufig und breit die Diskussion um das Verhältnis von Recht und Politik geführt, die vielfach die faktische Politisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit bejaht.⁹⁹ Vorliegend scheint Alexy die Möglichkeit der Politisierung zu erkennen und das Verfassungsgericht zu einem rein rationalen Gericht zu idealisieren, diese Idealisierung im parlamentarischen Kontext jedoch nicht anzuwenden, was ihm die Argumentation des Vorrangs der verfassungsgerichtlichen Argumentation erleichtert, jedoch an der Realität vorbeigeht.

C. Die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit nach Alexy und Matsubara für die Menschenrechtstheorie

Nachdem bislang aufgezeigt wurde, auf welche Art und Weise die Verfassungsgerichtsbarkeit mit Hilfe der argumentativen Repräsentation das Volk darstellt und das positive Recht beeinflusst, soll diese in den Kontext der Menschenrechtstheorie gesetzt werden.¹⁰⁰ Die Verfassungsgerichtsbarkeit selbst beschäftigt sich qua Wortlaut mit der Verfassung. So muss also ein Zusammenhang zwischen Menschenrechten und der Verfassung bestehen, in dessen Kontext die Menschenrechte selbst beleuchtet werden können.

I. Alexys Begriff der Menschenrechte

Um die Theorie argumentativer Repräsentation einordnen zu können, muss ihr Kontext, Alexys Theorie der Menschenrechte, erläutert werden. So seien alle *universellen, moralisch geltende*,

fundamentale, prioritäre und abstrakte Rechte Menschenrechte.¹⁰¹

Menschenrechte sind *universal*. Dieses Kriterium unterscheidet seinerseits zwischen Träger- und Adressatenschaft. So stehen Menschenrechte ohne besondere Qualifikation allen Menschen als Individuen zu¹⁰², sind also für die Trägerschaft universell.¹⁰³ Im Falle der Universalität der Adressatenschaft muss dies allerdings differenziert betrachtet werden. So können nicht lediglich Individuen, sondern ebenso Gruppen und Staaten Adressaten der Menschenrechte sein. Auch unterscheidet Alexy zwischen absoluten Menschenrechten, die alle Träger gegenüber allen Adressaten haben, und relativen Menschenrechten, die alle Träger gegenüber mindestens einem Adressaten haben.¹⁰⁴

Menschenrechte müssen ebenso *moralische Rechte* sein. Die zugrundeliegende Norm muss folglich moralisch gelten, also moralisch richtig sein.¹⁰⁵ Dies ist bei allen Normen der Fall, die Ergebnis des rationalen praktischen Diskurses sein können.¹⁰⁶ Als Folge tritt neben die Universalität der Menschenrechtsstruktur auch die Universalität der Geltung ausgehend von der rationalen Begründbarkeit gegenüber jedem, der sich darauf einlässt.¹⁰⁷ Durch die Transformation moralischer Rechte in positiv-rechtliche Rechte¹⁰⁸ verlieren diese aber nicht ihre moralische Geltung, sondern der rechtliche Geltungsgrund tritt lediglich dazu.¹⁰⁹ Sind Menschenrechte als solche begründbar, muss ebenso deren Inhalt begründbar sein.¹¹⁰

Weiterhin muss der Menschenrechtsgegenstand *fundamental* sein. Dies ist der Fall, „wenn seine Verletzung oder Nichtbefriedigung entweder den Tod oder schweres Leiden bedeutet oder den Kernbereich der Autonomie trifft“¹¹¹. Je

⁹⁷ Vgl. Ebsen, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat, 1985, S. 263 ff.

⁹⁸ Vgl. ibid., S. 270 ff.

⁹⁹ Vgl. Eckert in: Der Staat, Kompetenz (Fn. 93), S. 183 (200 ff.), Hartmann, Das politische System der BRD im Kontext. Eine Einführung, 2. Auflage. 2009, S. 214.

¹⁰⁰ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im dritten Teil auf den Konjunktiv verzichtet. Im Rahmen dieses Abschnitts wird das Menschenrechtsverständnis Alexys beleuchtet und mit seiner These der Verfassungsgerichtsbarkeit verknüpft.

¹⁰¹ Alexy unterscheidet das Recht auf etwas, Freiheiten und Kompetenzen. Im Kontext der Menschenrechte seien nur die Rechte auf etwas relevant. Diese seien normative Relationen zwischen drei Elementen (Träger (a), Adressat (b), Gegenstand (G), zzgl. Rechteoperator (R)) und könnten allgemein als RabG ausgedrückt werden. Dies sei äquivalent mit der Verpflichtung (O) ObaG, vgl. Alexy, Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Gosepath/Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998, S. 244 (244 ff.).

¹⁰² Vgl. ibid., S. 244 (248).

¹⁰³ Diese Definition begegnet drei Problematiken. Die definitorisch notwendige Abgrenzung des Begriffs „Mensch“, die Eingrenzung des Trägerkreises auf Individuen, wodurch Rechte von Gemeinschaften oder Staaten nicht von Menschenrechten erfasst werden, und dass nicht alle Menschenrechte jederzeit geltend gemacht werden können, vgl. ibid., S. 244 (247 f.).

¹⁰⁴ Vgl. ibid. (Fn. 101), S. 244 (248).

¹⁰⁵ Alexy versteht den Begriff der „Richtigkeit“ als „moralische Richtigkeit“, vgl. Alexy (Fn. 39), S. 389 (389).

¹⁰⁶ Vgl. Alexy (Fn. 84), S. 129.

¹⁰⁷ Vgl. Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (249).

¹⁰⁸ Rechte sind positive Rechte, „wenn die sie gewährrende Norm sozial oder rechtlich gilt“, Letzteres seien positiv-rechtliche Rechte, vgl. ibid., S. 244 (249).

¹⁰⁹ Vgl. ibid., S. 244 (250).

¹¹⁰ Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 498 ff.

¹¹¹ Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (251).

fundamentaler der Gegenstand, desto leichter die Begründbarkeit, welche die moralische Gültigkeit bedingt.¹¹² So wird ein Zusammenhang zwischen Fundamentalität und moralischer Geltung hergestellt, welcher umgekehrt jedoch nicht vorliegt.¹¹³ Auf diese Weise wird die Überschneidung zwischen Menschenrechten und Gerechtigkeit begrenzt.¹¹⁴

Menschenrechte sind außerdem *prioritär* gegenüber dem positiven Recht. Unterschieden werden kann zwischen einer starken Priorität, bei der die Legitimität von der Beachtung der Menschenrechte abhängt, und einer schwachen Priorität, bei der die Legitimität unabhängig von der Beachtung für sich steht.¹¹⁵

Zuletzt sind Menschenrechte auch *abstrakt*.¹¹⁶ Adressaten, Gegenstandsmodalitäten und Schranken der jeweiligen Rechte können offen und unbestimmt bleiben und der Rechtsgegenstand einen hohen Generalitätsgrad aufweisen.¹¹⁷

II. Der Begriff der Grundrechte als transformierte Menschenrechte

Grundrechte werden häufig als transformierte Menschenrechte bezeichnet.¹¹⁸ Diese Bezeichnung indiziert einen Zusammenhang beider Begrifflichkeiten als Ergebnis eines Transformationsprozesses.

1. Das Gebot der Transformation

Das Wesen der Menschenrechte bringt die Problematik mit sich, dass das Bestehen des einforderbaren Rechtes als solches keine hinreichende Sicherung der Einhaltung und ausreichende Anerkennung der Menschenrechte ihrem Wesen des Fundamentalen und Prioritären nach bedeutet.¹¹⁹ „Wenn es ein moralisches, also gegenüber jedem begründbares Recht [...] gibt, dann muß es auch ein gegenüber jedem begründbares

Recht darauf geben, dass eine gemeinsame Instanz geschaffen wird, die jenes Recht durchsetzt“¹²⁰.

Dies stützen zwei weitere Argumente. Zum einen das Fairnessargument, also dass jeder Vorteil, der aus unmoralischem Handeln erwächst, ausgeglichen werden muss. Danach muss der moralisch Handelnde vor dem unmoralisch Handelnden entsprechend geschützt werden.¹²¹ Zum anderen das Argument der Nutzenmaximierung. So wäre die Alternative zu einer übergeordneten Durchsetzungsinstantz die individuelle Durchsetzung der Rechte *erga omnes*.¹²² Ein weiteres Problem entsteht durch die Moralität und damit den unterschiedlichen Auffassungen des Menschenrechtsgehalts: das Erkenntnisproblem. Müssen Entscheidungen zu problematischen Fällen zumeist unter Zeitdruck getroffen werden, erlauben diese also keinen langen Erkenntnisprozess, so müssen diese in einem geregelten Verfahren gefällt werden.¹²³ Die Übertragung der Anwendungskompetenz auf ein Verfassungsgericht erhöht die Rechtssicherheit, ohne dass dabei zwingend der Richtigkeitsanspruch aufgegeben werden muss¹²⁴ (siehe I.3.a., zum Gültigkeitsverlust II.2.b.).

Zuletzt ist auch die Adressatenuniversalität insbesondere bei positiven Rechten oder Leistungsrechten zu beachten.¹²⁵ Die einzelne Durchsetzung eines Anspruchsbruchteils gegen alle Adressaten, oder als Gesamtschuld ist organisatorisch schlicht nicht möglich.¹²⁶ Hier ist der Staat und das Recht als Organisationsinstanz¹²⁷ für die Umsetzung positiver Rechte bereits eine Existenzbedingung dieser, gegen bestimmte Adressaten gerichteten, Rechte.¹²⁸ Somit kann aus Gründen der Durchsetzung, Erkenntnis und Organisation die Notwendigkeit der Menschenrechtstransformation in positives Recht, zumeist

¹¹² Vgl. ibid., S. 244 (251).

¹¹³ Eine Regel kann moralisch gelten, obwohl sie nicht fundamental ist, näher: ibid., S. 244 (251).

¹¹⁴ Vgl. ibid., S. 244 (251 f.).

¹¹⁵ In dieser „Positivismusfrage“ vertritt Alexy die Auffassung, dass nur eine „extreme Menschenrechtsverletzung dem positiven [...] Recht den Rechtscharakter und damit auch die Rechtsgeltung nimmt“, Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (253), näher: *ders.*, Law's ideal dimension (Fn. 88), S. 98 ff.

¹¹⁶ Beispiel: „Jeder hat ein Recht auf Freiheit“, näher: Alexy, in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (253 f.).

¹¹⁷ Vgl. Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 3. Auflage 2018, S. 41 f.

¹¹⁸ Vgl. Borowski, Menschenrechte und Grundrechte, in: Menschenrechte – für wen?, 2019, S. 11 (23), ebenso: Alexy, Law's ideal dimension (Fn. 88), S. 105.

¹¹⁹ Nur weil eine Person ihre moralische Verpflichtung erkannt hat, folgt daraus nicht der Zwang, dieser Verpflichtung nachzukommen, vgl. Borowski in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (27).

¹²⁰ Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (255).

¹²¹ Vgl. Borowski in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (28).

¹²² Vgl. Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (255).

¹²³ Vgl. ibid., S. 244 (256).

¹²⁴ Vgl. Borowski in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (28).

¹²⁵ Ein positives Recht in diesem Sinne ist bspw. das Existenzminimum, bei welchem ein Recht des Bedürftigen gegen alle Nichtbedürftigen besteht, vgl. Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (256 ff.).

¹²⁶ Näher: Borowski in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (28).

¹²⁷ Während Menschenrechte Rechte aller gegen alle (*erga omnes*) sind, sind Grundrechte Rechte gegen den Staat. Dieser strukturelle Unterschied sei mit Blick auf die Drittirkung der Grundrechte ein rein juristisches Konstruktionsproblem, vgl. Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (260).

¹²⁸ Vgl. ibid., S. 244 (256 ff.).

nationale Grundrechte¹²⁹, und ein Menschenrecht auf den Staat als Durchsetzungsinstanz¹³⁰ begründet werden.

2. Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Bedingung vollständiger Transformation der Menschenrechte

Die Transformation der Menschenrechte in das Recht kann nur echt sein, wird sie in bindendes Recht umgesetzt.¹³¹ Hierbei müssen die politischen Kräfte durch die Gewaltenteilung gebunden werden.¹³² „Die Gesetzgebung ist in einem nur durch Gewaltenteilung definierten formellen Rechtsstaat keiner Begrenzung außer der, daß die Unabhängigkeit der Justiz und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht beseitigt werden dürfen, unterworfen“¹³³. Darüber hinaus fehlt jedoch die Bindung dieser an die Menschenrechte, die häufig durch die Integration als Grundrechte in eine Verfassung¹³⁴ hergestellt wird.

Weiter argumentiert Alexy, dass dies nicht genüge, sondern auch die Einhaltung der Grundrechte durch den demokratischen Prozess, in einem demokratischen Rechtsstaat, oder durch ein Verfassungsgericht, in einem demokratischen Verfassungsstaat, kontrolliert werden muss.¹³⁵ Der formelle Rechtsstaat bedarf also einer Weiterentwicklung auf Basis der Autonomie und Richtigkeit (siehe III.1.). Diese kann privat und öffentlich unterschieden werden. Die private Autonomie ist die individuelle Wahl und Realisierung der eigenen Vorstellung des Guten. Die öffentliche Autonomie ist die in einer Gemeinschaft zu treffende Wahl und politische Vorstellung des Guten und, durch die Gemeinschaftsdynamik, des Gerechten.¹³⁶ Aus einer Verkürzung um die öffentliche Autonomie folgte „eine Selbstbestimmung im Rahmen gänzlich fremdbestimmter Gesetze“¹³⁷, was dem Wesen der Autonomie diametral entgegenstünde. Somit beinhalten die Menschenrechte ein Recht auf Teilhabe am Prozess staatlicher Willensbildung, dessen Verwirklichung die Demokratie bedeutet.¹³⁸

¹²⁹ Vgl. Borowski in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (29 f.).

¹³⁰ Vgl. Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (255).

¹³¹ Dies entspricht dem formellen Rechtsstaat, vgl. ibid., S. 244 (258 f.).

¹³² Bedingung hierfür ist die Unabhängigkeit der Gerichte und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, näher: ibid., S. 244 (259).

¹³³ Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (259).

¹³⁴ „Eine Verfassung, die nicht alle Menschenrechte als Grundrechte enthält, ist nicht legitim. Darüber hinaus kann eine Verfassung mehr an Grundrechten gewähren, als die Menschenrechte fordern.“, ibid., S. 244 (260).

¹³⁵ Vgl. ibid., S. 244 (259 f.).

¹³⁶ Vgl. ibid., S. 244 (261).

¹³⁷ Ibid., S. 244 (261).

¹³⁸ Vgl. ibid., S. 244 (261 f.), ebenso: vgl. Kelsen (Fn. 5), S. 4.

¹³⁹ Dies nennt Alexy den demokratischen Rechtsstaat, vgl. Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (262).

¹⁴⁰ Vgl. ibid., S. 244 (259 ff.).

¹⁴¹ Vgl. ibid., S. 244 (263).

¹⁴² Vgl. Alexy in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (208 f.).

¹⁴³ Vgl. Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (262 ff.).

¹⁴⁴ Hierbei sieht Alexy den demokratischen Rechtsstaat und demokratischen Verfassungsstaat nicht alternativ, sondern Letzteres inkorporiere Ersteres, vgl. ibid., S. 261.

¹⁴⁵ Hier gibt es drei Auffassungen: Grundrechte sind (1) alle individuellen Rechte einer Verfassung, (2) welche die Verfassung selbst als Grundrechte bezeichnet und (3) welche durch Verfassungsbeschwerde durchsetzbar sind, vgl. Borowski in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (23 f.).

Besteht ein Zusammenhang zwischen den Begriffen der Demokratie und der Richtigkeit, so über den Diskurs, sind auch Demokratie und Menschenrechte zwingend miteinander verbunden.¹³⁹ Hier kommt die Unterscheidung zwischen realem und idealem Diskurs der Gesetzgebung zum Tragen (siehe I.3.b.). Für die reale Demokratie heißt das: Die Menschenrechte als Grundrechte sind zwar Voraussetzung der Demokratie, entziehen aber auch dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber durch seine Bindung Entscheidungsbefugnisse.¹⁴⁰ Dieses Spannungsverhältnis bietet ein hohes Konfliktpotenzial. Eine weitere Kontrollinstanz als institutionalisierte Bindung des Gesetzgebers, sei es in Form der Selbstkontrolle oder einer Verfassungsgerichtsbarkeit, ist notwendig.¹⁴¹ In dieser Entscheidung sei, so Alexy, die Verfassungsgerichtsbarkeit einer Selbstkontrolle vorzuziehen, da niemand über sich selbst urteilen sollte.¹⁴² Die Verfassungsgerichtsbarkeit dient also als Kontrollinstanz gegenüber dem Gesetzgeber und überwacht die Einhaltung des moralischen Wertgehalts der Menschenrechte hinter den positiven Grundrechten¹⁴³ in einem demokratischen Verfassungsstaat¹⁴⁴.

3. Der materielle Grundrechtsbegriff

Neben einem allein auf formelle Kriterien abstellenden formellen Grundrechtsbegriff¹⁴⁵ gibt es den materiellen Grundrechtsbegriff, für den der Zusammenhang zwischen Menschen- und Grundrechten entscheidend ist.

a) Grundrechte als objektives Transformationsergebnis

Nach dem objektiven Grundrechtsbegriff sind Grundrechte eine Abbildung der Menschenrechte¹⁴⁶ als moralische Rechte und durch eine erfolgreiche Transformation inhaltlich deckungsgleich.¹⁴⁷ Bei vollständiger Transformation sind alle Menschenrechte¹⁴⁸ in Grundrechte transformiert und moralisch begründet.¹⁴⁹ Durch diese begriffliche Verknüpfung setzen Grundrechte die Existenz und Reichweite der Menschenrechte voraus.¹⁵⁰ Die Diskussion darum schlägt so auch auf die Grundrechte durch. Die Grundrechte wären ebenso unbestimmt und allgemein wie die Menschenrechte selbst.

b) Grundrechte als subjektives Transformationsergebnis

Nach dem subjektiven Grundrechtsbegriff hingegen ist allein entscheidend, ob die Rechte in der Absicht Menschenrechte zu transformieren positiviert wurden.¹⁵¹ Entsprechend ist eine objektiv korrekte Transformation nicht notwendig. Problematisch ist diese These dahingehend, dass die Grundrechte, ist der subjektive Wille vorhanden, so nicht den objektiven Menschenrechten entsprechen müssten und der menschenrechtlichen Notwendigkeit der Transformation dennoch genügt wird. Im Gegensatz dazu könnten keine Grundrechte gesetzt werden, würden die Menschenrechte abgelehnt werden. Dies wäre auch der Fall, entsprächen diese gesetzten Rechte aber, aus welchen Gründen auch immer, dem Inhalt der Menschenrechte.¹⁵² Damit wäre der Transformation zwar Genüge getan, aber keine Grundrechte vorhanden.

c) Grundrechte als Transformationsergebnis mit Richtigkeitsanspruch

Der Begriff der Grundrechte als Transformationsergebnis mit Richtigkeitsanspruch schwächt die Objektivitätsbedingung des ersten Grundrechtsbegriffs entscheidend ab. Hier wird der Anspruch an die Grundrechte gestellt, dass diese die Menschenrechte objektiv transformieren, ohne zugleich eine absolute Notwendigkeit der Übereinstimmung einzuräumen.¹⁵³

So führt nicht jede Abweichung von den Menschenrechten zum automatischen Verlust der Grundrechtsqualität.

d) Die Einordnung des Grundrechtsbegriffs nach Alexy

Legt man diese Thesen des materiellen Grundrechtsbegriffs zu Grunde, so kann man den Grundrechtsbegriff nach Alexy einordnen. Das Verfassungsgericht nähert sich durch den verfassungsgerichtlichen Diskurs dem Ideal der Richtigkeit so weit wie möglich an. Durch den rationalen Diskurs soll so der Anspruch auf Richtigkeit so weit wie möglich begründet werden. Dennoch räumt Alexy die diskursive Möglichkeit, dass der reale Diskurs aufgrund des Erkenntnisproblems mehrere Lösungen zulässt, ein, womit zwar ein Anspruch auf Richtigkeit erhoben wird, aber nicht die volle Übereinstimmung mit den Menschenrechten sicher hergestellt wird.¹⁵⁴ Innerhalb der Theorie der argumentativen Repräsentation ist somit nicht die ideale Übereinstimmung für die Bestimmung des Grundrechtsgehalts und damit der Grundrechtsqualität entscheidend, sondern lediglich der Anspruch auf Richtigkeit im Kontext des diskursiven Ideals. Es handelt sich folglich um den Grundrechtsbegriff als Transformationsergebnis mit Richtigkeitsanspruch.

4. Die Definition der Grundrechte

Anhand der Erwägungen über die Verfassungsgerichtsbarkeit nach Alexy und Matsubara lässt sich eine Grundrechtsdefinition extrahieren.

Zuvorderst sind Grundrechte *positiv-rechtliche Rechte* als Folge der Transformation der Menschenrechte, die auf nationaler Ebene innerhalb einer Verfassung bestehen (siehe III.2.b.).

Auch sind diese als *Rechte gegen den Staat* als Organisationsinstanz zu definieren (siehe III.2.a.). Dennoch können sie durch ihre Drittirkung in das Verhältnis zwischen den Bürgern ausstrahlen. Dies stellt einen strukturellen Unterschied zur Universalität der Menschenrechte dar. Mit Bezug auf die Universalität der Trägerschaft stellt sich die

¹⁴⁶ Dies gilt nur für Grundrechte, welche individuelle Rechte enthalten, da nur diese Menschenrechte sein können (siehe III.1.a).

¹⁴⁷ Vgl. Borowski in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (24).

¹⁴⁸ Folglich wären mehr Grundrechte als Menschenrechte nicht als materielle, aber als formelle Grundrechte einzustufen. Weniger Grundrechte als Menschenrechten würden eine Lückenhaftigkeit der Verfassung bedeuten.

¹⁴⁹ Vgl. Borowski in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (24 f.).

¹⁵⁰ Vgl. ibid., S. 11 (25).

¹⁵¹ Vgl. Borowski (Fn. 117), S. 47 f.

¹⁵² Vgl. Borowski in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (26).

¹⁵³ Vgl. Borowski (Fn. 117), S. 48 f.

¹⁵⁴ Vgl. Alexy in: Der Staat (Fn. 39), S. 389 (395).

Frage, inwiefern der Staat diese auch gegenüber staatsfremden Personen sichern muss.¹⁵⁵

Außerdem sind Grundrechte *abstrakte Rechte*. Sie enthalten offene und unbestimmte Formulierungen, die den Diskurs als Teil der Interpretation und Anwendung erst erforderlich machen. So wird lediglich der Anspruch auf Richtigkeit erhoben (siehe I.3.a., III.2.c.dd)).

Zusätzlich sind Grundrechte *fundamentale Rechte*. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Zusammenhang von Grund- und Menschenrechten. So müssen, je nach Grundrechtsbegriff, materielle Grundrechte zumindest den Anspruch erheben, Menschenrechte objektiv zu transformieren. Demnach können sie nicht mehr als diese enthalten und müssen ebenso fundamental sein, um einen Widerspruch auszuschließen (siehe III.2.c.cc)).

Zuletzt sind Grundrechte als Verfassungsrecht *prioritäre Rechte* innerhalb des Rechtssystems. Ihre Einhaltung wird durch die Verfassungsgerichtsbarkeit als Kontrollinstanz sichergestellt und vor einer Überschreitung seitens des Gesetzgebers geschützt (siehe III.2.b.).¹⁵⁶

III. Existenzbegründung der Menschenrechte im Verständnis der argumentativen Repräsentation

Die argumentative Repräsentation der Verfassungsgerichtsbarkeit ist auf die Verfassung gerichtet. Durch die Verknüpfung der verfassungsimmanenten Grundrechte mit den Menschenrechten und den Anspruch des Rechts auf moralische Richtigkeit lässt sich auf ein Menschenrechtsverständnis schließen. Zum einen begründet Alexy mit dem Rückgriff auf den Diskurs als wesentliches Element der argumentativen Repräsentation die Menschenrechte explikativ. Die diskursive Praxis sei demnach „eine Praxis des Behauptens, des Fragens und des Anführens von Gründen [, welche] [...] notwendig[e] Regeln und Prinzipien voraus[setzt], die die Ideen der Freiheit und Gleichheit der Diskursteilnehmer zum Ausdruck bringen“¹⁵⁷. Die Fähigkeit der Gleichheit und Freiheit für sich kann aber die Existenz der Menschenrechte noch nicht darlegen, sondern es bedarf des Willens, diese Fähigkeiten zu nutzen. Hierfür

verknüpft Alexy den Begriff der ernsthaften Teilnahme am Diskurs mit der Anerkennung der Autonomie des Gegenübers. Demnach ist autonom, wer innerhalb eigens als richtig erkannter Regeln und Prinzipien handelt. Ernsthaft nimmt teil, wer Konflikte anhand diskursiv ermittelten Konsenses lösen will. Folglich besteht eine Verknüpfung zwischen der Fähigkeit zum Diskurs und deren Einsatz.¹⁵⁸ Auch führt Alexy die Vernunft und den darin implizierten Willen, Richtiges zu akzeptieren¹⁵⁹, an. Die Annahme der „konstitutionellen Person“ arbeitet mit der existenziellen Begründung. Der Mensch als diskursives Wesen hat demnach Interesse an der diskursiven Freiheit und Gleichheit und möchte diese in der Realität umsetzen. Die Menschenrechte müssen demnach existieren, da der Mensch explikativ die Fähigkeit zur Freiheit und Gleichheit besitzt und existenziell der Anspruch auf Richtigkeit, durch sein diskursives Wesen, seine höchste Bestimmung ist.¹⁶⁰ Als Ergebnis der explikativ-existenziellen Begründungen muss und kann im Rahmen des allgemeinen Diskurses eine „hinreichende Zahl des Volkes“¹⁶¹ vernunftbasiert den Argumenten der Verfassungsgerichtsbarkeit und damit dem erkannten Inhalt der idealen Dimension zustimmen. So liegt, unter dem Vorbehalt der geäußerten Kritik, auch eine konsensuelle Menschenrechtsbegründung vor.

IV. Das Menschenrechtsverständnis der argumentativen Repräsentation

Das Menschenrechtsverständnis, das den Ausführungen entsprechend der argumentativen Repräsentation zugrunde liegt, soll hier noch einmal zusammengefasst werden. Nach diesem Verständnis enthalten die Menschenrechte eine Notwendigkeit zur Transformation in Grundrechte innerhalb einer staatlichen Ordnung, wobei der demokratische Verfassungsstaat als zu entwickelnde Form angesehen wird. Hierbei tritt die rechtliche Geltung neben die moralische Geltung, verdrängt diese aber nicht. Menschenrechte können indes aber nicht vollständig erkannt werden, weshalb lediglich die Annäherung an die Richtigkeit entscheidend ist. Folglich ist die Beziehung zwischen Grundrechten und Menschenrechten nicht rein objektiv, sondern lediglich mit einem Anspruch auf Objektivität verbunden. Die Grundrechte können innerhalb

¹⁵⁵ Zumindest aufgrund des moralischen Gehalts, welcher in die Grundrechte transformiert wird, lässt sich wohl ein Anspruch aller auf Basis der Menschenrechtsbegründung herleiten (siehe III.3.).

¹⁵⁶ Auch kann man den Stufenbau der nationalen Rechtsordnung anführen. Nach diesem sind die Grundrechte, bzw. die Verfassung, höchstrangig und damit prioritär vor allen anderen positiven Normen, vgl. Jakab, Probleme der Stufenbaulehre. Das Scheitern des Ableitungsgedankens und die Aussichten der Reinen Rechtslehre, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 91. Band 2005, S. 333 (336).

¹⁵⁷ Alexy, Ein nichtpositivistischer Begriff der Grundrechte, in: Ewer/Ramsauer et al. (Hrsg.), Methodik-Ordnung-Umwelt. Festschrift für Hans-Joachim Koch aus Anlass seines siebzigsten Geburtstags, 2014, S. 15 (21).

¹⁵⁸ Vgl. Alexy, Menschenrechte ohne Metaphysik?, in: Honneth/Krüger et al. (Hrsg.), Deutsche Zeitschrift für Philosophie. Zweimonatsschrift der internationalen philosophischen Forschung, 52. Band 2004, S. 15 (20).

¹⁵⁹ Vgl. Alexy in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (212).

¹⁶⁰ Vgl. Alexy in: DZFP (Fn. 158), S. 15 (21).

¹⁶¹ Matsubara in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (559).

dieses Verständnisses als positiv-rechtliche, abstrakte, fundamentale und prioritäre Rechte gegen den Staat definiert werden. Die Form der argumentativen Repräsentation, die den Diskurs und die Vernunft der Person integriert, indiziert eine explikativ-existenzielle Begründung der Menschenrechte, die durch die Bedingung der tatsächlichen Akzeptanz ebenso konsensuell begründet. Die Verfassungsgerichtsbarkeit als solche dient nach diesem Verständnis als Kontrollinstanz der Einhaltung der Menschenrechte durch die politischen Kräfte.

D. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Weimarer Methodenstreit weiter anhält. *Robert Alexy* gelingt zwar eine

Fusion von Substanz- und Relationsbegriff der Repräsentation, die Übertragung auf das Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Parlament überzeugt jedoch nicht. Zuvordest die Verknüpfung von Gültigkeit und Akzeptanz und die Rationalität als Repräsentationsqualifikation sind paradox. Aber auch die Unbestimmtheit des Begriffs normativer Akzeptanz, die Ausgestaltung der Wesentlichkeitstheorie und die Überidealisierung der Verfassungsgerichte werfen zwingende Fragen auf. Mit Blick auf die Menschenrechte lässt *Alexy*s Repräsentationstheorie einen tiefen Blick in sein Menschenrechtsverständnis zu, sie kann aber zur weiteren Begründung der Existenz dieser herangezogen werden.

Niclas Stephan: Die Baumeister im Gerichtshof – Art. 8 EMRK im Spannungsfeld zwischen dem Legalitätsprinzip und den Rechten von Eltern und Kindern

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 11. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars „Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)“ bei Prof. Dr. Eva Julia (Lehrstuhl für Öffentliches Recht III – Öffentliches Recht, Europarecht, Umweltrecht und Rechtsvergleichung) entstanden.

A. Einleitung

„Gott hat mir ein Lachen bereitet; jeder, der es hört, wird mir zulachen.“¹ Das sind die Worte von Sara im Alten Testament, nachdem sie – lange kinderlos – ihren Sohn Isaak geboren hatte. Der unerfüllte Wunsch nach eigenen Kindern ist somit keine neue Erscheinung, allerdings steigt die Relevanz dieses Phänomens. Nicht nur, dass ungefähr jeder Sechste in seinem Leben zumindest zeitweilig von Unfruchtbarkeit betroffen ist.² Der Anteil ungewollt Kinderloser ist in Deutschland zwischen 2013 und 2020 von 25 % auf 32 % angestiegen.³ Mittlerweile existiert eine Reihe an Methoden, um Fruchtbarkeitshindernisse zu überwinden. Am häufigsten dokumentiert ist dabei eine Form der In-Vitro-Fertilisation.⁴ Zur Erfüllung des Kinderwunsches eingeschränkt fertiler Frauen⁵ oder gleichgeschlechtlicher Paare bleibt aus rechtlichen Gründen aber oft nur der Weg der Adoption. So greifen einige auf eine Leihmutter zurück. Kommt es auf diesem Weg zur Geburt eines Kindes, prallen staatliche Verbote auf gelebte familiäre Beziehungen.

Vor diesem Hintergrund geht diese Arbeit der Frage nach, welche Anforderungen die Europäischen Menschenrechtskonvention für die rechtliche Anerkennung von Wunscheltern aufstellt. Hierfür wird zunächst der Umgang mit der Leihmutterschaft und die Zuweisung rechtlicher Elternschaft in Deutschland beleuchtet. Dabei ist ein besonderer Blick auf die Situation von Regenbogenfamilien gerichtet. Daraufhin werden die sich aus der Konvention

ergebenden Gewährleistungen aller Beteiligten betrachtet. Im Anschluss wird mittels einer Urteilsschau untersucht, wie der EGMR mit einer Konfrontation dieser beiden Seiten umgeht. Aus diesem Umgang wird ein konventionsrechtlicher Kanon an Grundsätzen für die Zuweisung der rechtlichen Elternschaft erarbeitet. An diesen Grundsätzen wird die deutsche Rechtslage gemessen und es wird überprüft, ob sie den Vorgaben standhält. Sodann werden die Grundsätze selbst einer kritischen Betrachtung unterzogen. Zum Schluss folgt ein Fazit mit einem Ausblick auf potenzielle Entwicklungsrichtungen.

B. Die Rechtslage in Deutschland

I. Leihmutterschaft

Die Vorschrift des § 1 I Nr. 7 ESchG verbietet die Übertragung eines Embryos auf eine „Ersatzmutter“⁶. Nach §§ 13c, 14b I AdVermiG ist die Leihmuttervermittlung untersagt und unter Strafe gestellt. § 13d AdVermiG verbietet das Suchen oder Anbieten von Leihmüttern oder Bestelleltern durch öffentliche Erklärungen. Zwar werden gem. §§ 1 III Nr. 2 ESchG, 14b III AdVermiG weder die Leihmutter noch die Wunscheltern bestraft – alle anderen Beteiligten, vor allem die Angehörigen der medizinischen Berufe⁷, können sich jedoch sehr wohl strafbar machen.⁸ Dies gilt potenziell auch für im Ausland begangene Taten, zum Beispiel durch die bewusste Vorbereitung einer Patientin im Inland oder durch die explizite

¹ Gen 21,7 EÜ.

² WHO, Infertility prevalence estimates. 1990 – 2021, <https://iris.who.int/server/api/core/bitstreams/a22ced65-46b1-4482-bf85-058719fec649/content> [Stand: 16.10.2025], S. XI.

³ Wippermann, Kinderlose Frauen und Männer. Ungewollte oder gewollte Kinderlosigkeit im Lebenslauf und Nutzung von Unterstützungsangeboten, <https://www.bmbfsj.bund.de/resource/blob/94130/bc0479bf5f54e5d798720b32f9987bf2/kinderlose-frauen-und-maenner-ungewollte-oder-gewollte-kinderlosigkeit-im-lebenslauf-und-nutzung-von-unterstuetzungsangeboten-studie-data.pdf> [Stand: 16.10.2025], S. 49; Wippermann, Ungewollte Kinderlosigkeit 2020. Leiden – Hemmungen – Lösungen, <https://www.bmbfsj.bund.de/resource/blob/161018/b36a36635c77e98bcf7b4089cd1e562e/ungewollte-kinderlosigkeit-2020-data.pdf> [Stand: 16.10.2025], S. 37 f.

⁴ Die sog. Intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI), D.I.R., D.I.R.-Jahrbuch 2023, J. Reproduktionsmed. Endokrinol 2024, Sonderheft 4, S. 18, 49, 50.

⁵ Klassischerweise würde man hier von Sterilität und Infertilität sprechen. Nach Ludwig/Diedrich/Nawroth, Was ist „Sterilität“ – eine Begriffsbestimmung in: Diedrich, Klaus/Ludwig, Michael/Griesinger, Georg [Hrsg.], Reproduktionsmedizin, 2. Auflage 2020, S. 3 (3 ff.) werden diese Begriffe der Realität in ihrer Absolutheit jedoch zumeist nicht gerecht.

⁶ Das Gesetz verwendet den Begriff der „Ersatzmutter“. Gleichwohl ist der Begriff der „Leihmutter“ seit langer Zeit am gängigsten, weshalb hier dieses Wort verwendet wird. So bereits Dietrich, Mutterschaft für Dritte. Rechtliche Probleme der Leihmutterschaft unter Berücksichtigung entwicklungspsychologischer und familiensiologischer Erkenntnisse und rechtsvergleichender Verfahren, 1989, S. 8; ferner Lederer, Grenzenloser Kinderwunsch. Leihmutterschaft im nationalen, europäischen und globalen rechtlichen Spannungsfeld, 2016, S. 24.

⁷ Vgl. BT-Drs. 11/5460, S. 9.

⁸ Häberle in: Erbs/Kohlhaas. Strafrechtliche Nebengesetze, 254. EL Oktober 2024, § 1 ESchG Rn. 12; Lutz in: Erbs/Kohlhaas, § 14b AdVermiG Rn. 1.

Vermittlung an einen ausländischen Kollegen.¹⁰ Vor dem Hintergrund, dass es sich bei § 1 I Nr. 7 ESchG und §§ 13c, 13d AdVermiG um gesetzliche Verbote im Sinne von § 134 BGB handelt, sind entsprechende Behandlungs- und Vermittlungsverträge nichtig.¹¹ Der Vertrag zwischen der Leihmutter und den Wunscheltern wird als sittenwidrig im Sinne von § 138 I BGB und insofern ebenfalls als nichtig angesehen.¹² Mithin ist die Leihmutterschaft an sich nicht verboten, jedoch im Grunde alles, was zu ihr führen kann.¹³ So sollen Leihmütter vor gesundheitlichen Gefahren geschützt und Kinder vor psychischen Folgen und einer erschweren Identitätsfindung bewahrt werden.¹⁴

II. Die Stellung von Wunscheltern

1. Rechtliche Mutter

Die rechtliche Mutter ist gem. § 1591 BGB stets die Frau, die das Kind geboren hat – eine gespaltene Mutterschaft soll im Interesse des Kindes vermieden werden.¹⁵ Das Ergebnis dieser unverrückbaren Feststellung¹⁶ ist, dass die genetische oder soziale Mutterschaft keinerlei Rolle spielt. Auch eine Änderung des Eintrages im Personenstandsregister ändert an der Feststellung der Mutterschaft nichts.¹⁷ Somit ist jedenfalls nach rechtlichen Maßstäben stets die gebärende Leihmutter eines Kindes dessen Mutter.¹⁸ Das gilt selbst dann, wenn ihr eine Eizelle gespendet wurde und sie das Kind umgehend an eine Frau abgibt, welche die soziale Mutterrolle einnehmen möchte. Eine nachträgliche Korrektur dieses Rechtszustandes ist abgesehen von einer Adoption nicht möglich.¹⁹

2. Rechtlicher Vater

Nach der gesetzlichen Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB ist zunächst der Ehemann der Mutter der rechtliche Vater des Kindes. Das gilt indes nicht für noch bestehende eingetragene Lebenspartnerschaften²⁰ oder für die Ehefrau der Mutter.²¹ Für trans Personen gilt diese Regel nach § 11 I 2 SBGG ebenfalls nicht, wenn ihr Eintrag im Personenstandsregister erst nach der Geburt des Kindes geändert wurde.²² Im Grundsatz kann somit die Vaterschaft eines männlichen Wunschelternteils mit Zustimmung der Leihmutter auch ohne Verwandtschaft gem. §§ 1592 Nr. 2, 1594 ff. BGB anerkannt werden.²³

Ist die Leihmutter aber mit einem Mann verheiratet, so existiert bereits ein rechtlicher Vater, dessen Vaterschaft zwecks § 1594 II BGB zunächst bestehen bleibt.²⁴ Der Wunschvater müsste die Vaterschaft des Ehemannes im Wege von § 1599 I BGB i. V. m. § 1600 I Nr. 2 BGB anfechten, um seine Vaterschaft feststellen zu lassen. Das kann er aber nach § 1600 II BGB nur dann, wenn er auch der genetische Vater des Kindes ist.²⁵ Andernfalls wären die Wunscheltern auf eine Anfechtung durch die Leihmutter oder deren Ehemann nach § 1599 I BGB i. V. m. §§ 1600 I Nr. 1, 3 BGB angewiesen, um das Kind zunächst vaterlos zu stellen²⁶ und ein Anerkenntnis durch den Wunschvater zu ermöglichen.

3. Ausländische Entscheidungen

Wird eine Leihmutter im Ausland konsultiert, kann sich je nach Staat eine gänzlich andere Lösung ergeben. Ergeht eine Gerichtsentscheidung über die Abstammung des Kindes, ist

¹⁰ Vgl. KG, Urteil v. 8.11.2013 – 5 U 143/11, MedR 2014, S. 498 (500); Häberle in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 8), § 1 ESchG Rn. 14; Dorneck, Anmerkung zu KG, Urt. v. 8.11.2013 – 5 U 143/11 (LG Berlin), MedR 2014, S. 502 (503); Valerius, Kinderwunschbehandlungen im Ausland. Ist das Embryonenschutzgesetz nach 25 Jahren noch zeitgemäß?, Medstra 2017, S. 20 (24 f.).

¹¹ Fischinger/Hengstberger in: Staudinger BGB. Buch 1. Allgemeiner Teil. §§ 134-138; ProstG, 2024, § 134 BGB Rn. 213, 323.

¹² Fischinger in: Staudinger (Fn. 10), § 138 BGB Rn. 702 f.

¹³ So auch Majer, Die Vermietung des eigenen Körpers – Verträge über Leihmutterschaft und Prostitution, NJW 2018, S. 2294 (2295).

¹⁴ BT-Drs. 11/5460 S. 15; BT-Drs. 11/4154 S. 6 f.

¹⁵ Nur die gebärende Frau habe zu dem Kind eine körperliche und psychosoziale Beziehung aufgebaut, siehe: BT-Drs. 13/4899 S. 82. Die Gesetzesbegründung zum ESchG macht diesbezüglich negative Auswirkungen auf die seelische Entwicklung geltend, siehe: BT-Drs. 11/5460 S. 7.

¹⁶ So umschreibt es die Gesetzesbegründung, siehe: BT-Drs. 13/4899 S. 82.

¹⁷ BGHZ 215, S. 318 (322); BGH, Beschluss v. 26.1.2022 – XII ZB 127/19, NJW 2022, S. 1531 (1532). Das gilt auch für den umgekehrten Fall, z. B. wenn mit dem zuvor konservierten Samen einer trans Frau ein Kind gezeugt wird, siehe: BGH, Beschluss v. 29.11.2017 – XII ZB 459/16, NJW 2018, S. 471 (471).

¹⁸ Wellenhofer in: MüKo-BGB, 9. Auflage 2024, § 1591 BGB Rn. 21.

¹⁹ Die Möglichkeit einer §§ 1599 ff. BGB vergleichbaren Mutterschaftsanfechtung hat der damalige Gesetzgeber gesehen und explizit ausgeschlossen, BT-Drs. 13/4899 S. 82; BT-Drs. 1385/11 S. 69; Hammermann in: Erman BGB, 17. Auflage 2023, § 1591 BGB Rn. 4.

²⁰ Wellenhofer in: MüKo-BGB (Fn. 17), § 1592 BGB Rn. 6.

²¹ BGHZ 220, S. 58 (60 f.); OLG Dresden, Beschluss v. 2.5.2018 – 3 W 292/18, FamRZ 2018, S. 1165 (1165 f.). Demgegenüber halten OLG Celle, Beschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20, FamRZ 2021, S. 862 (863 ff.) und KG, Beschluss v. 24.3.2021 – 3 UF 1122/20, FamRZ 2021, S. 854 (855 ff.) diese Regelung für verfassungswidrig, weil sie die Grundrechte der Ehefrau und des Kindes verletze. Sie haben die Frage nach Art. 100 I GG dem BVerfG vorgelegt.

²² Maßgebend ist, ob im Personenstandsregister zum Zeitpunkt der Geburt der männliche Geschlechtseintrag steht oder zuvor stand, BT-Drs. 20/9049 S. 52 f. Selbst für eine im Zweifel weit nach der Geburt liegende Vaterschaftsfeststellung zählt nur der Eintrag zum Zeitpunkt der Geburt, ebd. S. 52. Daneben ergibt sich als unschöne Folge für trans Frauen, dass jene zwar eine Eintragung erwirken können, dies aber eben nur als „Vater“ möglich ist, Rentsch/Valentiner, Das neue Selbstbestimmungsgesetz – eine Bestandsaufnahme, NJW 2024, S. 3407 (3408).

²³ Wellenhofer in: MüKo-BGB (Fn. 17), § 1592 BGB Rn. 15.

²⁴ Hammermann in: Erman-BGB (Fn. 18), § 1592 BGB Rn. 6; Wellenhofer in: MüKo-BGB (Fn. 17), § 1592 BGB Rn. 16, 25.

²⁵ Dem ist dann nicht so, wenn z. B. wegen beiderseitiger Unfruchtbarkeit im Rahmen einer Leihmutterschaft die Samenspende eines Dritten verwendet wird.

²⁶ Wellenhofer in: MüKo-BGB (Fn. 17), § 1599 BGB Rn. 52.

diese in Deutschland nach § 108 FamFG anzuerkennen.²⁷ Wird aber lediglich eine Geburtsurkunde ausgestellt, bestimmt nach Art. 19 I 1 EGBGB der gewöhnliche Aufenthaltsort des Kindes das anzuwendende Recht, was bei deutschen Eltern zumeist deutsches Recht sein wird.²⁸ Nun fehlt es zwar an belastbaren Zahlen bezüglich der typischen Behandlungsländer.²⁹ Es lässt sich aber konstatieren, dass die attraktivsten Ziele wohl die USA (hier vor allem Kalifornien)³⁰ und die Ukraine sind.³¹ In Kalifornien sind gerichtliche Abstammungsentscheidungen erwirkbar, auch schon vor der Geburt des Kindes.³² In der Ukraine werden regelmäßig nur Geburtsurkunden ausgestellt.³³ Der Preisrahmen einer Behandlung ist jedoch in der Ukraine³⁴ deutlich niedriger als in Kalifornien³⁵, was viele Interessierte veranlassen dürfte, dort eine Behandlung in Anspruch zu nehmen. Im Regelfall wird es mithin bei der geschilderten und mit Rechtsunsicherheit³⁶ verbundenen Rechtslage bleiben.

4. Praktische Konsequenzen

Die Rechte des Wunschvaters sind somit das generelle Einfallstor zur Erlangung der rechtlichen Elternschaft. Ist dessen Vaterschaft festgestellt, wird eine eheliche

Stiefkindadoption gem. § 1741 II 3 BGB durch den zweiten Wunschelternteil möglich.³⁷ Seit kurzem steht diese Möglichkeit gem. § 1766a I BGB allen Paaren in einer verfestigten Lebensgemeinschaft offen.³⁸ Schwieriger wird es, wenn diese Rechte nicht wahrgenommen werden können, weil es sich etwa um zwei Frauen handelt. Hier kann die rechtliche Elternschaft nur im Wege einer aufwendigeren³⁹ und von Unsicherheiten geprägten⁴⁰ Adoption entstehen. Die Voraussetzungen können zudem gem. § 1741 I 2 BGB verschärft sein, wenn das Handeln der Wunscheltern als gesetzeswidrige Kindesvermittlung eingestuft wird.⁴¹

Außerdem bedeutet dies, dass dem Kind die deutsche Staatsangehörigkeit nicht vermittelt wird, womit eine Passausstellung und eine Einreise scheitern können, § 4 I StAG, §§ 1 I 1, 6 I, II PassG. Infolgedessen ist es möglich, dass das Kind in einem Waisenhaus im Geburtsstaat untergebracht wird.⁴² Dort sind die Wunscheltern aber oft schon die rechtlichen Eltern des Kindes, was eine Adoption vor Ort ausschließt.⁴³ Auch ein internationales Adoptionsverfahren

²⁷ BGHZ 203, S. 350 (356); BGH, Beschluss v. 12.1.2022 – XII ZB 142/20, NJW 2022, S. 2273 (2274). Jedenfalls dann, wenn ein Wunschelternteil mit dem Kind verwandt ist und keine Verwandtschaft der Leihmutter besteht.

²⁸ Berkl, Ausländische Leihmutterschaft – Beurkundung der Geburt im Inland, StAZ 2020, S. 258 (263 f.).

²⁹ Leopoldina/Akademieunion, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 79.

³⁰ Lederer (Fn. 6), S. 99 ff.; Orejudo Prieto de los Mozos, Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood, Yb. Priv. Int. L. 2011, S. 619 (622) macht hierfür den gut organisierten Rechtsprozess in Kalifornien verantwortlich.

³¹ Lederer (Fn. 6), S. 81, 113. Zwar werden hier zusätzlich Russland und Indien als populäre Ziele aufgezählt. Allerdings hat das Föderale Gesetz Nr. 538-FZ v. 19.12.2022 den Art. 51 P. 4 Abs. 2 des Russischen Familiengesetzbuches abgeändert, sodass jedenfalls ein Wunschelternteil russischer Staatsbürger sein muss. Indien hat die kommerzielle Leihmutterschaft mit der Surrogacy (Regulation) Bill 2019 (Bill No. 156 of 2019) verboten.

³² Siehe insb. Sec. 7962 (f) (2) des California Family Code; Helms, Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, StAZ 2013, S. 114 (118); Dutta, Künstliche Fortpflanzungen in „Anbieterrechtsordnungen“ – ein Blick über Europa hinaus in: Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Heinrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin [Hrsg.], Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht, 2015, S. 355 (363 ff.); vgl. auch Orejudo Prieto de los Mozos, Yb. Priv. Int. L. 2011, S. 619 (622).

³³ Eine gerichtliche Feststellung ist im ukrainischen Recht grundsätzlich nicht vorgesehen, hier sind die Wunscheltern generell kraft Gesetzes die rechtlichen Eltern, siehe Art. 123 II des ukrainischen Familiengesetzbuches, in deutscher Sprache abgedruckt bei: Daschenko in: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Band 22, Tschechische Republik – Ungarn, 258. EL 2024, Ukraine, S. 81; Dutta in: Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht (Fn. 31), S. 355 (362); Duden, Ausländische Leihmutterschaft: Elternschaft durch verfahrensrechtliche Anerkennung, StAZ 2014, S. 164 (165).

³⁴ Eine Klinik in Charkiw bietet Leihmutterschaften mit einer fremden Frau ab 37.500 € an, siehe: Feskov Human Reproduction Group, Passende Pakete zu fairen Preisen für eine Leihmutterschaft in der Ukraine, <https://leihmutterschaft-zentrum.de/leihmutterschaft-dienstleistungen.php> [Stand: 23.2.2025]. Eine andere Klinik in Lviv bietet sie ab 43.000 € an, siehe: Parens International, Leihmutterschaft/Preisliste, <https://parensinternationalagency.com/de/uber-uns/preisliste/> [Stand: 23.2.2025].

³⁵ Eine Agentur mit mehreren Standorten in Kalifornien spricht von Durchschnittspreisen von 190.000 \$ bis 230.000 \$, siehe: West Coast Surrogacy Inc., Surrogate Pricing & Costs, <https://www.westcoastsurrogacy.com/surrogate-program-for-intended-parents/surrogate-mother-cost> [Stand: 23.2.2025]. Eine Agentur in Los Angeles bezieht sich auf regelmäßige Preise von 130.000 \$ bis über 200.000 \$, mit einer extra Gebühr für internationale Kunden, siehe: The Fertility Agency, How Much Does Surrogacy Really Cost, <https://thefertilityagency.com/find-a-surrogate/costs-and-fees> [Stand: 23.2.2025].

³⁶ Lederer (Fn. 6), S. 46.

³⁷ Diese ist in mehrfacher Hinsicht privilegiert. Zum einen ist kein Adoptionsvermittlungsverfahren, sondern nach § 9a I AdVermiG nur eine Beratung vorgeschaltet. Zum anderen ist hier das Mindestalter des Annehmenden gesenkt, § 1743 S. 1 BGB. Außerdem ist sie wohl auch rein praktisch vorteilhaft: so kam das Expertise- und Forschungszentrum Adoption zu dem Ergebnis, dass die Prüfverfahren scheinbar gegenüber Fremdadoptionen teilweise verkürzt durchgeführt werden, siehe: Bovenschen et al., Dossier Adoptionen in Deutschland. Bestandsaufnahme des Expertise- und Forschungszentrums Adoption, München 2017, S. 103.

³⁸ Nach dem BVerfG verstieß der vorherige Ausschluss nichtehelicher Paare gegen Art. 3 GG, woraufhin § 1766a BGB geschaffen wurde, siehe: BVerfGE 151, S. 101 (121 ff.) und BT-Drs. 19/15618 S. 8.

³⁹ Wegen der Zeitspanne und der nachzubringenden Beweise, Chebout/Xylander, Das eheliche Kind und sein zweiter rechtlicher Elternteil, NJW 2021, S. 2472 (2472 f.).

⁴⁰ Vgl. Pauli, Der unsichtbare Dritte – Der Platz des Samenspenders bei der heterologen Insemination, NZFam 2016, S. 57 (58).

⁴¹ Nach § 1741 I 1 BGB muss sie dem Kindeswohl dienen, nach S. 2 muss sie zum Wohl des Kindes jedoch erforderlich sein. Nach der Beobachtung von Behrentin/Grünenwald, Leihmutterschaft im Ausland und die deutsche Rechtsordnung, NJW 2019, S. 2057 (2061) sowie Lorenz, (Regenbogen-)Eltern werden, NZFam 2021, S. 1081 (1084) neigt die Rechtsprechung dabei dem günstigeren § 1741 I 1 BGB zu.

⁴² Engel, Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl, ZeuP 2014, S. 538 (551) führt die geringen Fallzahlen vor Gerichten trotz der recht vielen Leihmutterschaftsgeborenen insoweit auf eine wohlwollende Praxis in Behörden und Gerichten in Europa zurück.

⁴³ Heiderhoff, Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder, NJW 2014, S. 2673 (2675).

wird somit ausgeschlossen sein.⁴⁴ Den Wunscheltern bliebe zum einen übrig, eine ausländische Gerichtsentscheidung zu provozieren, indem sie die Eintragung in das Geburtenregister anfechten.⁴⁵ Zum anderen könnten sie einige Zeit im Ausland mit dem Kind zubringen, sodass der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes dort liegt und das ausländische Recht zur Anwendung gelangt.⁴⁶ Letztlich könnten sie heimlich mit dem Kind einreisen und abwarten, bis eine inländische Adoption möglich wird.⁴⁷

III. Zwischenergebnis

Leihmutterchaftskinder treffen auf ein nicht auf sie vorbereitetes Abstammungsrecht und für Regenbogenfamilien existieren Defizite. Vor allem das System der §§ 1592 ff. BGB stößt in hier an seine Grenzen.⁴⁸

C. Die Konventionsrechte

Sowohl den Wunscheltern als auch den Kindern kommen dennoch Rechte aus der EMRK zu, die sie vor spezifischen Behandlungen durch den Staat schützen können.

I. Art. 8 EMRK

1. Das Recht auf Achtung des Familienlebens

Die Wunscheltern und das Kind können durch das in Art. 8 I EMRK gewährte Recht auf Achtung des Familienlebens Schutz erfahren. Der konventionsrechtliche Familienbegriff an sich

wird weit ausgelegt.⁴⁹ Das Mindestkriterium ist dabei das Vorliegen einer de facto-Familie: Übernimmt ein Erwachsener die faktische Elternrolle für ein Kind, dann handelt es sich um eine Familie.⁵⁰ Dabei spielt die genetische Verwandtschaft⁵¹, eine Ehe der Eltern⁵² oder deren sexuelle Orientierung⁵³ keinerlei Rolle.

Eingriffe in das Recht auf Familienleben liegen vor, wenn der Staat das Zusammensein der Eltern oder eines Elternteils mit dem Kind verhindert.⁵⁴ Ein solcher Eingriff kann im Wege von Art. 8 II EMRK gerechtfertigt werden. Hierfür bedarf er einer gesetzlichen Eingriffsbestimmung, eines legitimen Ziels und er muss notwendig sein.⁵⁵ Diese Notwendigkeit erfordert, dass es ein dringendes soziales Bedürfnis für den Eingriff geben und er verhältnismäßig sein muss.⁵⁶ Dabei kommt den Staaten ein gewisser Ermessensspielraum zu, der je nach Situation variiert⁵⁷ und sich vor allem vergrößert, wenn es an einem einheitlichen europäischen Standard fehlt.⁵⁸ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit erlangt sodann regelmäßig das Kindeswohl maßgebende Bedeutung.⁵⁹

2. Das Recht auf Achtung des Privatlebens

Auch das Recht auf Achtung des Privatlebens kann für die Beziehung zwischen Wunscheltern und Kind Schutz vermitteln. Für alle Beteiligten kommt es zunächst als eine Art „Auffangrecht“ infrage. Enge Beziehungen, denen es an einer Stellung als Familienleben mangelt, unterfallen gleichwohl dem geschützten Privatleben.⁶⁰ Für das Kind wird außerdem

⁴⁴ Art. 4 des Haager Adoptionsübereinkommens erfordert die Einbindung der Behörden des Heimatstaates, die unter anderem feststellen müssen, dass das Kind adoptiert werden kann. Die Ukraine ist zwar kein Unterzeichnerstaat, jedoch wäre gem. § 2c II AdVermiG dennoch eine entsprechende Fachstelle vor Ort erforderlich. Vgl. auch *Heiderhoff*, NJW 2014, S. 2673 (2675).

⁴⁵ *Löhnig*, Anmerkung zu OLG München, 12.10.2017 – 31 Wx 243/16, NZFam 2018, S. 38 (38); *Löhnig*, Anmerkung zu BGH, 20.03.2019 – XII ZB 530/17, NJW 2019, S. 1607 (1607).

⁴⁶ *Heiderhoff*, NJW 2014, S. 2673 (2676).

⁴⁷ Nach § 2a I 2 AdVermiG liegt diese Frist bei zwei Jahren.

⁴⁸ Vgl. *Lederer* (Fn. 6), S. 46.

⁴⁹ *Pätzold* in: Karpenstein/Mayer, EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar, 3. Auflage 2022, Art. 8 EMRK Rn. 40.

⁵⁰ *Pätzold* in: EMRK-Kommentar (Fn. 48), Art. 8 EMRK Rn. 44; EGMR, Urt. v. 13.06.1979 – Nr. 6833/74, Marckx v. Belgien, Rn. 31; EGMR, Urt. v. 26.05.1994 – Nr. 16969/90, Keegan v. Irland, Rn. 44; EGMR, Urt. v. 01.06.2004 – Nr. 45582/99, L. v. Niederlande, Rn. 35; EGMR, Urt. v. 21.12.2010 – Nr. 20578/07, Anayo v. Deutschland, Rn. 55; EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2015 – Nr. 39438/13, Nazarenko v. Russland, Rn. 56.

⁵¹ EGMR (GK), Urt. v. 12.07.2001 – Nr. 25702/94, K. u. T. v. Finnland, Rn. 149 f.; EGMR, Urt. v. 17.01.2012 – Nr. 1598/06, Kopf u. Liberda v. Österreich, Rn. 37.

⁵² EGMR, Urt. v. 01.06.2004 – Nr. 45582/99, L. v. Niederlande, Rn. 35 ff.; EGMR, Urt. v. 03.12.2009 – Nr. 22028/04, Zaunegger v. Deutschland, Rn. 37 ff.

⁵³ Vgl. EGMR, Urt. v. 24.06.2010 – Nr. 30141/04, Schalk u. Kopf v. Österreich, Rn. 94; EGMR (GK), Urt. v. 07.11.2013 – Nr. 29381/09 u. 32684/09, Vallianatos u.a. v. Griechenland, Rn. 73; EGMR, Urt. v. 30.06.2016 – Nr. 51362/09, Taddeucci u. McCall v. Italien, Rn. 58.

⁵⁴ EGMR, Urt. v. 07.08.1996 – Nr. 17383/90, Johansen v. Norwegen, Rn. 52; EGMR (GK), Urt. v. 13.07.2000 – Nr. 25735/94, Elsholz v. Deutschland, Rn. 43; EGMR, Urt. v. 29.03.2016 – Nr. 16899/13, Kocherov u. Sergeyeva v. Russland, Rn. 88.

⁵⁵ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch, 7. Auflage 2021, § 22 Rn. 37; *Pätzold* in: EMRK-Kommentar (Fn. 48), Art. 8 EMRK Rn. 90 ff.

⁵⁶ EGMR (GK), Urt. v. 26.03.1987 – Nr. 9248/81, Leander v. Schweden, Rn. 58; EGMR, Urt. v. 26.02.2002 – Nr. 46544/99, Kutzner v. Deutschland, Rn. 60; EGMR, Urt. v. 02.09.2010 – Nr. 35623/05, Uzun v. Deutschland, Rn. 78.

⁵⁷ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 54), § 18 Rn. 21 ff.

⁵⁸ EGMR (GK), Urt. v. 22.04.1997 – Nr. 21830/93, X., Y. u. Z. v. UK, Rn. 44; EGMR (GK), Urt. v. 10.04.2007 – Nr. 6339/05, Evans v. UK, Rn. 77 ff.; EGMR (GK), Urt. v. 04.12.2007 – Nr. 44362/04, Dickson v. UK, Rn. 77 f.

⁵⁹ EGMR, Urt. v. 07.08.1996 – Nr. 17383/90, Johansen v. Norwegen, Rn. 78; EGMR (GK), Urt. v. 13.07.2000 – Nr. 25735/94, Elsholz v. Deutschland, Rn. 48, 50; EGMR (GK), Urt. v. 08.07.2003 – Nr. 31871/96, Sommerfeld v. Deutschland, Rn. 64; EGMR, Urt. v. 29.03.2016 – Nr. 16899/13, Kocherov u. Sergeyeva v. Russland, Rn. 95; EGMR (GK), Urt. v. 10.09.2019 – Nr. 37283/13, Strand Lobben u.a. v. Norwegen, Rn. 206.

⁶⁰ EGMR, E. v. 01.10.1990 – Nr. 15817/89, Wakefield v. UK; EGMR, Urt. v. 02.06.2005 – 77785/01, Znamenskaya v. Russland, Rn. 27; EGMR, Urt. v.

⁶¹ 15.09.2011 – Nr. 17080/07, Schneider v. Deutschland, Rn. 82 ff.; EGMR, Urt. v. 15.03.2016 – Nr. 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13 u. 13817/14, Novruk u.a. v. Russland, Rn. 88.

das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Ausprägung des Rechtes auf Achtung des Privatlebens relevant. Jedermann muss die Einzelheiten seiner Identität feststellen können, wozu grundsätzlich die Identität der Eltern gehört.⁶¹ Als Teil der sozialen Identität kann die durch die Abstammung vermittelte Staatsbürgerschaft dem Recht auf Privatleben unterfallen, womit deren Nichtgewährung die Interessen des Kindes beeinträchtigen kann.⁶²

II. Art. 14 EMRK

Unter Umständen kommt ferner noch Art. 14 EMRK in Betracht. Dabei hat das Diskriminierungsverbot keine eigene Bedeutung und setzt die Eröffnung des Anwendungsbereiches eines anderen Konventionsrechtes voraus.⁶³ Liegt diese Voraussetzung aber vor, so kann sich auch dann eine Verletzung der Konvention wegen einer Diskriminierung⁶⁴ ergeben, wenn das verbundene Recht an sich gar nicht verletzt ist.⁶⁵ Denkbar ist beispielsweise, dass homosexuelle anders als heterosexuelle Wunschelternpaare behandelt werden, oder aber Wunschmütter anders als Wunschväter. Hier könnte eine Verletzung von Art. 14 EMRK vorliegen, die einen eigentlich gerechtfertigten Eingriff in Art. 8 EMRK überformt.

D. Die Waagschalen des EGMR

Auf der einen Seite steht das nationale Recht. Umklammert wird es durch das Legalitätsprinzip, die Bindung der Verwaltung an die Gesetze nach Art. 20 III GG.⁶⁶ Die Behörden müssen die Entscheidungen des Gesetzgebers zu Leihmutterchaft und Elternschaft befolgen.⁶⁷ Auf der anderen Seite stehen die Konventionsrechte, die durch Umsetzung der Entscheidung beeinträchtigt werden können. So bilden staatliche Verbote und ihre Erwägungen ein legitimes Ziel,

dessen Verfolgung die geschützten Rechtsbereiche von Wunscheltern und Kindern berührt. Insoweit eröffnet sich ein Spannungsfeld, welches der EGMR schon mehrfach austarieren musste.

I. Genetischer Wunschvater

Die Fälle Mennesson gegen Frankreich⁶⁸ und Labassee gegen Frankreich⁶⁹ waren die ersten beiden Leihmutterchaftsfälle vor dem EGMR. In beiden Fällen wurde eine Leihmutter in den Vereinigten Staaten beauftragt, wobei der Samen des Wunschvaters verwendet wurde. Die Übertragung der Geburtsurkunde in das Personenstandsregister wurde in Frankreich jedoch abgelehnt bzw. später rückgängig gemacht.⁷⁰ Was das Recht auf Achtung des Familienlebens angeht, so entschied der EGMR, dass in beiden Fällen ein (de facto) Familienleben vorliegt⁷¹ und dass die Weigerung der Eintragung einen Eingriff darstellt.⁷²

Dessen legitimes Ziel liege in der Durchsetzung des Verbotes der Leihmutterchaft, was den Schutz der Kinder und der Leihmütter bezwecke.⁷³ Diesen Eingriff erachtete der Gerichtshof als notwendig, was vor allem mit den geringen Auswirkungen des Eingriffes begründet wurde.⁷⁴ In Bezug auf das Privatleben der Kinder rekurrierte der EGMR indes auf die Staatsangehörigkeit.⁷⁵ Die Verleihung der französischen Staatsbürgerschaft an die Kinder sei überaus unsicher, obwohl ihr genetischer Vater Franzose ist. Das könne negative Rückwirkungen auf die Definition ihrer eigenen Identität haben.⁷⁶ Vor diesem Hintergrund und insbesondere zwecks der genetischen Verwandtschaft,⁷⁷ sei das Recht auf Achtung des Privatlebens erheblich beeinträchtigt worden, und im Rahmen

⁶¹ EGMR, Urt. v. 07.02.2002 – Nr. 53176/99, Mikulić v. Kroatiens, Rn. 54 f.; EGMR, Urt. v. 13.07.2006 – Nr. 58757/00, Jäaggi v. Schweiz, Rn. 38 f.; EGMR, Urt. v. 13.02.2003 – Nr. 42326/98, Odièvre v. Frankreich, Rn. 29.

⁶² EGMR, Urt. v. 11.10.2011 – Nr. 53124/09, Genovese v. Malta, Rn. 30, 33; EGMR, Urt. v. 21.06.2016 – Nr. 76136/12, Ramadan v. Malta, Rn. 62, 85.

⁶³ EGMR, Urt. v. 27.03.1998 – Nr. 20458/92, Petrovic v. Österreich, Rn. 22; EGMR (GK), Urt. v. 08.07.2003 – Nr. 31871/96, Sommerfeld v. Deutschland, Rn. 84; EGMR, Urt. v. 22.07.2010 – Nr. 18984/02, P.B u. J.S. v. Österreich, Rn. 31.

⁶⁴ Eine solche liegt vor, wenn vergleichbare Sachverhalte ungleich, oder aber tatsächlich unterschiedliche Sachverhalte gleich behandelt werden, siehe: Grabenwarter/Pabel (Fn. 54), § 26 Rn. 8 ff.

⁶⁵ EGMR, Urt. v. 23.07.1968 – Nr. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 u. 2126/64, Belgischer Sprachfall, Rn. 9; EGMR, Urt. v. 04.03.2014 – 7552/09, The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. UK, Rn. 25. Konkret gegeben war diese Situation etwa in: EGMR, Urt. v. 28.05.1985 – Nr. 9214/80, 9473/81 u. 9474/81, Abdulaziz, Cabales u. Balkandali v. UK, Rn. 71, 74 ff.

⁶⁶ Jestaedt in: Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2022, § 11 Rn. 7; Jarass in: Jarass/Pieroth. GG-Kommentar, 18. Auflage 2024, Art. 20 GG Rn. 52 f.

⁶⁷ Vgl. Sachs in: Sachs. GG-Kommentar, 10. Auflage 2024, Art. 20 GG Rn. 110.

⁶⁸ EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, Mennesson v. Frankreich.

⁶⁹ EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, Labassee v. Frankreich.

⁷⁰ EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, Mennesson v. Frankreich, Rn. 7 ff.; EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, Labassee v. Frankreich, Rn. 6 ff.

⁷¹ EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, Mennesson v. Frankreich, Rn. 45; EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, Labassee v. Frankreich, Rn. 37.

⁷² EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, Mennesson v. Frankreich, Rn. 48 f.; EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, Labassee v. Frankreich, Rn. 49 f.

⁷³ EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, Mennesson v. Frankreich, Rn. 62; EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, Labassee v. Frankreich, Rn. 54.

⁷⁴ EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, Mennesson v. Frankreich, Rn. 92 ff.; EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, Labassee v. Frankreich, Rn. 71 ff.

⁷⁵ Vgl. C. I. 2.

⁷⁶ EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, Mennesson v. Frankreich, Rn. 96 ff.; EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, Labassee v. Frankreich, Rn. 75 ff. Ferner bezog der EGMR hier in die Abwägung mit ein, dass die Nichtenerkennung der Abstammung die Rechte der Kinder als Erben beeinträchtige.

⁷⁷ EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, Mennesson v. Frankreich, Rn. 100; EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, Labassee v. Frankreich, Rn. 79.

der Abwägung habe das Kindeswohl maßgebendes Gewicht.⁸¹ Wenn gleich also kein Verstoß gegen das Familienleben vorliegt, wurde das Privatleben der Kinder verletzt. Aus den Rechten der Kinder erwächst mithin die Pflicht, für die Beziehung zum genetischen Wunschvater eine Anerkennungsmöglichkeit zu schaffen.

II. Zweiter Wunschelternteil

1. Grundsatz

Auf den anderen Wunschelternteil ging der EGMR explizit im Wege eines Rechtsgutachtens nach Art. 1 ZP-16 EMRK ein. Die bereits erwähnte Familie Mennesson wehrte sich gegen die Eintragung nur des Wunschvaters erneut. Im Zuge dessen holte die französische Cour de cassation beim EGMR ein Gutachten darüber ein, ob die Rechte des Kindes eine Anerkennungsmöglichkeit der Wunschmutter gebieten.⁸² Der EGMR entschied, dass der Ermessensspielraum der Staaten wegen der schwerwiegenden Aspekte des Privatlebens gemindert sei.⁸³ Insofern erfordere das Wohl des Kindes auch für die Wunschmutter eine Anerkennungsmöglichkeit.⁸⁴

Was die Art der Anerkennung betrifft, bestehe in Europa allerdings kein Konsens, womit der Ermessensspielraum hier deutlich weiter sei.⁸⁵ So ergebe sich, dass lediglich irgendein Mechanismus vorhanden sein muss, solange er zügig und wirksam abläuft. Insoweit sei eine Adoption ausreichend.⁸⁶ Diese Linie bekräftigte der EGMR in seiner weiteren Rechtsprechung.⁸⁷ Die Erwägungen zur Gewährung einer Anerkennungsmöglichkeit des genetischen Wunschvaters strahlen in ihrer Wirkung also auf den zweiten Wunschelternteil aus.

2. Konkretisierung

Dieser Grundsatz wurde weiter abgesteckt. So erklärte der EGMR im Urteil D. gegen Frankreich, dass für genetische Wunschmütter ebenfalls irgendein Anerkennungsmechanismus genügt.⁸⁸ Im Urteil D.B. u.a. gegen die Schweiz stellte der EGMR zudem fest, dass das Gleiche für den Partner in einer homosexuellen Beziehung gelte, weil das Kind nicht wegen der sexuellen Orientierung der Eltern anders behandelt werden dürfe.⁸⁹

Was hier anklingt, spitzte sich in R.F. u.a. gegen Deutschland nun zu. Hier wurde bei einem lesbischen Paar der einen Frau eine Eizelle entnommen, befruchtet und der anderen eingesetzt. Die genetische Wunschmutter wehrte sich dagegen, dass nur die gebärende Frau als Mutter eingetragen wurde.⁹⁰ Dabei ging es nicht um eine Verletzung von Art. 8 EMRK durch einen unverhältnismäßigen Eingriff, sondern durch die Nichtbeachtung positiver Verpflichtungen des Staates.⁹¹ Der EGMR begründete hier einen weiten Ermessensspielraum mit einem fehlenden Konsens in Europa sowie damit, dass es nicht um die Abstammung selbst, sondern nur um die Mittel ihrer Etablierung gehe.⁹²

Hinsichtlich des Familienlebens verneint der Gerichtshof eine Verletzung, immerhin seien die Frauen und das Kind nicht an der Ausübung desselben gehindert gewesen.⁹³ Bezuglich des Privatlebens der genetischen Mutter hielt der EGMR fest, dass es keinen Grund für eine Ausnahme von den zuvor beschriebenen Maßstäben gebe.⁹⁴ Hinsichtlich des Privatlebens des Kindes ließ der Gerichtshof in die Abwägung einfließen, dass die Verhinderung der gespaltenen Mutterschaft dem Kindeswohl diene⁹⁵ und dass eine Adoption dennoch möglich sei.⁹⁶ Im Lichte dessen liege kein Verstoß gegen Art. 8 EMRK vor.⁹⁷ Ferner sei die Situation des Paars nicht mit der eines heterosexuellen Paars vergleichbar, weshalb ein Verstoß gegen

⁸¹ EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, Mennesson v. Frankreich, Rn. 60, 80; EGMR, Urt. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, Labassee v. Frankreich, Rn. 81, 101.

⁸² EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 1 ff.

⁸³ EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 45.

⁸⁴ EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 42, 46.

⁸⁵ EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 51.

⁸⁶ EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 55.

⁸⁷ EGMR, E. v. 19.11.2019 – Nr. 1462/18 u. 17348/18, C. u. E. v. Frankreich, Rn. 39 ff.; EGMR, Urt. v. 06.12.2022 – Nr. 25212/21, K.K. u.a. v. Dänemark, Rn. 63 ff.; EGMR, Urt. v. 31.08.2023 – Nr. 47196/21, C. v. Italien, Rn. 72 ff.

⁸⁸ EGMR, Urt. v. 16.07.2020 – 11288/18, D. v. Frankreich, Rn. 59 ff.; das ZP-16 Gutachten traf hierzu nur die Aussage, dass die Notwendigkeit einer Anerkennungsmöglichkeit in solchen Fällen umso mehr gelte, siehe: EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 47.

⁸⁹ EGMR, Urt. v. 22.11.2022 – Nr. 58817/15 u. 58252/15, D.B. u.a. v. Schweiz, Rn. 84 f.

⁹⁰ EGMR, Urt. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 5 ff.

⁹¹ EGMR, Urt. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 58 ff.

⁹² EGMR, Urt. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 63 f.

⁹³ EGMR, Urt. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 71 ff.

⁹⁴ EGMR, Urt. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 77 f.

⁹⁵ EGMR, Urt. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 89.

⁹⁶ EGMR, Urt. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 91 ff.

⁹⁷ EGMR, Urt. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 97.

Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 8 EMRK nicht vorliege.⁹⁸ Somit stellt die genetische Elternschaft zwar den begründenden Anker der bisherigen Erwägungen dar, damit ist ihre Wirkung aber erschöpft. Die Art des zweiten Wunschelternnteils wirkt sich somit nicht aus, weder positiv noch negativ.

III. Beiderseitige Nichtverwandtschaft

1. Privatleben

Eine neue Perspektive eröffnet der Fall Paradiso und Campanelli gegen Italien. Ein heterosexuelles Paar beauftragte in Russland eine Leihmutter, wobei der Samen des Wunschvaters verwendet werden sollte. In Italien wurde die Übertragung der Geburtsurkunde verweigert, mehrere Verfahren wurden eröffnet. Hierbei ergab ein DNA-Test, dass das Kind mit keinem der beiden Wunscheltern verwandt war. Infolgedessen wurde das Kind für 15 Monate in einem Waisenhaus ohne Kontakt zu den Wunscheltern untergebracht, bis es schließlich von einer Pflegefamilie adoptiert wurde.⁹⁹

Die Große Kammer des EGMR erhob angesichts der fehlenden genetischen Verwandtschaft die Dauer des Zusammenlebens zum maßgebenden Faktor für das Vorliegen eines Familienlebens.¹⁰⁰ Diese lag bei circa acht Monaten, was dem EGMR trotz der Qualität der Beziehungen¹⁰¹ zur Begründung eines Familienlebens nicht ausreichte.¹⁰² Gleichwohl sei das Recht auf Achtung des Privatlebens der Wunscheltern wegen der intensiven Beziehungen berührt gewesen.¹⁰³ Der Eingriff durch die Maßnahmen der Gerichte und Behörden verfolgte die legitimen Ziele, die Ordnung aufrechtzuerhalten und das Kind zu schützen.¹⁰⁴ Der Ermessensspielraum sei weit, es fehle an einem europäischen Konsens und es gehe doch gerade nicht um die genetische Abstammung.¹⁰⁵ Insgesamt hielt der EGMR den Eingriff für verhältnismäßig, wobei er in dieser Situation

explizit keine Trennung eines Kindes von seinen Eltern sah¹⁰⁶ und auf die gewichtigen öffentlichen Interessen abstelle.¹⁰⁷ Mithin bestehen ohne Verwandtschaft in Leihmuttertumfällen erhöhte Anforderungen an ein Familienleben.

2. Familienleben

Im Fall Valdís Fjölnisdóttir u.a. gegen Island lag es anders. Hier engagierte ein lesbisches Paar eine Leihmutter in Kalifornien, keine der Frauen war mit dem Kind verwandt. Die Eintragung des Kindes in das Personenregister wurde verweigert, es erhielt einen amtlichen Vormund und durfte gemäß einer Pflegevereinbarung bei den Frauen bleiben. Als sich die Frauen scheiden ließen, wurden beiderseitige Umgangsrechte vereinbart.¹⁰⁸ Der EGMR bejahte das Vorliegen eines Familienlebens, was mit der Qualität und der vierjährigen Dauer der Beziehung begründet wurde.¹⁰⁹ Das legitime Ziel des Eingriffs lag erneut im Schutz der Lehmütter und der Kinder.¹¹⁰ Wie im vorherigen Fall war der Ermessensspielraum grundsätzlich weit.¹¹¹

Bezüglich der Verhältnismäßigkeit stellte der EGMR fest, dass der Staat die Elternschaft zwar ausdrücklich nicht zuerkannt, aber dennoch das Fortbestehen der Familienbeziehung sichergestellt hat.¹¹² Auch wurde dem Kind die isländische Staatsbürgerschaft gewährt.¹¹³ Angesichts dessen, dass der Staat die Beziehung nicht behindert, sondern gesichert hat, liege keine Verletzung von Art. 8 EMRK vor.¹¹⁴ Ohne Verwandtschaft bedarf es somit gar keiner Anerkennungsmöglichkeit der Eltern-Kind-Beziehung, allein ihr Bestand muss gesichert werden.

⁹⁸ EGMR, Urt. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 98, 107 f.

⁹⁹ EGMR (GK), Urt. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 11 ff.

¹⁰⁰ EGMR (GK), Urt. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 153. Insoweit rechtfertigte er die Anerkennung eines Familienlebens nach nur zwei Monaten mit der genetischen Abstammung vom Wunschvater, siehe: ebd. Rn. 154.

¹⁰¹ EGMR (GK), Urt. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 151. Die vom EGMR angesprochene Qualität bezieht sich dabei auf die emotionale Bindung, die zwischen dem Kind und den Wunscheltern entstanden ist.

¹⁰² EGMR (GK), Urt. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 157.

¹⁰³ EGMR (GK), Urt. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 161 ff.

¹⁰⁴ EGMR (GK), Urt. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 177.

¹⁰⁵ EGMR (GK), Urt. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 182 ff., 194 f.

¹⁰⁶ EGMR (GK), Urt. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 209.

¹⁰⁷ EGMR (GK), Urt. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 210, 215.

¹⁰⁸ EGMR, Urt. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 5 ff.

¹⁰⁹ EGMR, Urt. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 60 ff. Die Qualität der Beziehung erhielt hier bemerkenswerterweise die gleiche Beurteilung wie im Fall Paradiso und Campanelli. Hieraus lässt sich schließen, dass dieses eher vage Kriterium eine de facto Familie nicht zu begründen vermag, wohl aber einen Ausschlussgrund darstellen kann.

¹¹⁰ EGMR, Urt. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 65.

¹¹¹ EGMR, Urt. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 69 f.

¹¹² EGMR, Urt. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 71.

¹¹³ EGMR, Urt. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 72.

¹¹⁴ EGMR, Urt. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 75. Eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens wurde ohne lange Prüfung aus den gleichen Erwägungen abgelehnt, siehe: ebd. Rn. 76.

IV. Zerrüttete Beziehungen

Bisher war es zwischen den Wunscheltern immer friedlich geblieben. Im Fall A.M. gegen Norwegen hatte indes ein heterosexuelles Paar eine Leihmutter beauftragt und sich noch vor der Geburt des Kindes getrennt. Nur der Mann wurde als rechtlicher Vater anerkannt. Anfangs teilten sich die Wunscheltern die Sorge um das Kind, sie konnten sich über die genaue Ausgestaltung jedoch nicht einigen. Im Laufe des Konflikts holte der Vater das Kind ganz zu sich und untersagte den Kontakt zur Wunschmutter.¹¹⁵

Hierbei ist nun wichtig, dass es vor dem EGMR gerade nicht um die verhinderte Kontaktmöglichkeit ging, sondern allein um die verweigerte Anerkennung der Wunschmutter.¹¹⁶ Im Rahmen der Notwendigkeit des Eingriffs machte der Gerichtshof geltend, dass der Bruch der Beziehung nicht dem Staat zuzurechnen sei.¹¹⁷ Er nahm hierbei explizit keinen Anstoß daran, dass der Wunschvater einer Adoption zustimmen musste, was eine solche praktisch ausschloss.¹¹⁸ Insoweit ergab sich trotz der Härte für die Wunschmutter unter Berücksichtigung der Interessen des Kindes¹¹⁹ keine Verletzung von Art. 8 EMRK.¹²⁰ Somit kann festgestellt werden, dass die Beziehung der Wunscheltern zueinander kein wesentlicher Faktor ist.¹²¹

V. Konfliktlagen

Im Fall A.L. gegen Frankreich standen sich die Rechte eines genetischen Wunschelternteils und die Interessen des Kindes sogar unvereinbar gegenüber. Ein heterosexuelles Paar beauftragte eine Leihmutter mit der Austragung eines Kindes, welches vom Wunschvater abstammen sollte. Jene Leihmutter entschied sich später jedoch, das Kind gegen Bezahlung an ein anderes Paar abzugeben. Der Wunschvater des auftraggebenden Paares wollte daraufhin seine Vaterschaft

feststellen lassen und das Kind zu sich holen, was ihm jedoch verwehrt wurde.¹²² Dieser Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens des Wunschvaters diene vor allem dem legitimen Ziel, das betroffene Kind zu schützen.¹²³

Was die Notwendigkeit anbelangt, so erhebt der Gerichtshof in derartigen Fällen das Kindeswohl zum „Maßstab mit letztem Wort“. ¹²⁴ Insofern hätte es das Ende der stabilen Familienstruktur zwischen dem Paar und dem Kind bedeutet, wenn dem Wunschvater eine entsprechende Rechtsstellung eingeräumt worden wäre.¹²⁵ Damit war der Eingriff in der Sache gerechtfertigt.¹²⁶ Die letztlich festgestellte Verletzung von Art. 8 EMRK ergab sich dabei aus der langen Verfahrensdauer, durch die der Staat Fakten geschaffen und seine Sorgfaltspflicht verletzt habe.¹²⁷ Gemeinhin beschränken also die Kindesinteressen die Rechte der Wunscheltern, sie genießen im Konfliktfall Vorrang.

VI. Zwischenergebnis

Der Gerichtshof hat der Elternschaft ein Haus gebaut, ihre sieben Säulen behauen.¹²⁸ Auf der ersten Säule steht, dass es einer Anerkennungsmöglichkeit für die Beziehung eines genetischen Wunschvaters zu einem Leihmutterschaftskind bedarf. Inhalt der Zweiten ist, dass es sodann auch dem anderen Wunschelternteil möglich sein muss, ein rechtliches Band zu dem Kind zu knüpfen. Die dritte Säule legt fest, dass das Wesen des zweiten Wunschelternteils für die Begründung oder das Versagen von Rechten keine Rolle spielt. Aus Säule vier folgt, dass ganz ohne genetische Verbindung erhöhte Anforderungen an das Dauerelement eines Familienlebens bestehen. Aus Säule fünf ergibt sich, dass ein Familienleben ohne genetische Verbindung keines Abstammungsverhältnisses bedarf, wenngleich bestehende Familienverhältnisse zu sichern sind. Gemäß der sechsten Säule ist die tatsächliche Beziehung zwischen den Wunscheltern in jede Richtung unbedeutend. Nach der siebten und letzten Säule begrenzen die Interessen des Kindes die persönlichen Rechte der Wunscheltern und überwiegen diese im Konfliktfall.

¹¹⁵ EGMR, Urt. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, Rn. 5 ff.

¹¹⁶ EGMR, Urt. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, Rn. 104, 109, 128.

¹¹⁷ EGMR, Urt. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, Rn. 133.

¹¹⁸ EGMR, Urt. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, Rn. 132.

¹¹⁹ EGMR, Urt. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, Rn. 137.

¹²⁰ EGMR, Urt. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, Rn. 138 ff.

¹²¹ Das gilt umso mehr in Ansehung des Urteils über Valdís Fjölnisdóttir, wo eine erst glückliche, später verträglich geschiedene Beziehung ebenfalls kein maßgeblicher Erwägungsgrund war.

¹²² EGMR, Urt. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, A.L. v. Frankreich, Rn. 4 ff.

¹²³ EGMR, Urt. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, A.L. v. Frankreich, Rn. 46, 49.

¹²⁴ Vgl. EGMR, Urt. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, A.L. v. Frankreich, Rn. 60 f.

¹²⁵ EGMR, Urt. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, A.L. v. Frankreich, Rn. 63.

¹²⁶ EGMR, Urt. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, A.L. v. Frankreich, Rn. 65.

¹²⁷ EGMR, Urt. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, A.L. v. Frankreich, Rn. 68 ff.

¹²⁸ Vgl. Spr 9,1 EU.

E. Übertragung auf die deutsche Rechtslage

Die Blaupause des Gerichtshofes liegt vor. Nun drängt sich die Frage auf, ob sich die Säulen des geplanten Hauses in Deutschland wiederfinden. Anforderungen an das innerstaatliche Recht ergeben sich dabei aus den ersten beiden sowie aus der fünften, der sechsten und der siebten Säule.

I. Aktuelle Situation

Genetischen Wunschvätern kommt in Deutschland die Möglichkeit einer Vaterschaftsanfechtung zu und beide Wunschelternteile können das Kind im Wege der Adoption annehmen. Darüber hinaus werden ausländische Gerichtsurteile über die Elternschaft anerkannt.¹²⁹ Mithin wären die ersten beiden Säulen erfüllt. Dass genetischen Wunschmüttern grundlegend nur die Möglichkeit der Adoption zukommt, reicht dabei ebenfalls aus.

Handelt es sich um eine zerrüttete Beziehung, ist in Deutschland eine Adoption durch den zweiten, nichtrechtlichen Wunschelternteil wegen § 1747 I BGB praktisch unmöglich.¹³⁰ Dennoch wird eine gelebte Verbindung zum Kind über das Umgangsrecht des § 1685 BGB abgesichert, solange dies dem Kindeswohl dient.¹³¹ Damit sind die Voraussetzungen der fünften und sechsten Säule gleichfalls erfüllt.

Im Hinblick auf die siebte Säule ist festzuhalten, dass hierzulande eine Vaterschaftsanfechtung nach § 1600 II BGB ausgeschlossen ist, wenn eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes besteht.¹³² Dennoch kommt dem genetischen Vater über 1686a I Nr. 1 BGB ein Umgangsrecht zu, wenn dies dem Kindeswohl dient.¹³³ Das fügt sich insgesamt gut in die

Vorgaben ein, die siebte Säule ist somit auch verwirklicht. Mithin haben die vom EGMR errichteten Säulen in Deutschland im Wesentlichen Bestand. Fraglich ist aber, wie sich die rechtliche Situation darstellt, wenn der Fall inhaltlich atypisch gelagert ist.

II. Grenzfälle

1. Kein genetischer Wunschelternteil

Einem Kind beiderseitig nichtverwandter Wunscheltern könnte die Einreise verweigert werden.¹³⁴ Erfolgt eine Einreise ohne das Kind, wird ein Familienleben nicht zur Entstehung gelangen, sodass allein der Schutz des Privatlebens zum Tragen kommt. Der Ermessensspielraum der Staaten wird hier weit sein,¹³⁵ die Trennung weniger dem Staat und mehr den Wunscheltern zugerechnet werden.¹³⁶ Nach einiger Zeit wird der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes im Geburtsstaat liegen, was die rechtliche Elternschaft der Wunscheltern begründen wird. Es bedürfte wohl besonders harscher Bedingungen für das zurückbleibende Kind, um einen Verstoß annehmen zu können.

Schwierig absehbar ist weiterhin der potenzielle Umgang mit einem Fall, in dem zwischen einem heimlich eingereisten Kind und dessen nichtgenetischen Wunscheltern ein Familienleben entstanden ist. Jedenfalls würde das Kind durch das Jugendamt in Obhut genommen werden¹³⁷ und einen Vormund erhalten.¹³⁸ Getrennt würde es währenddessen von den Wunscheltern wohl nicht.¹³⁹ Gegebenenfalls müsste ein Asylantrag gestellt werden, zumindest aber wäre das Kind vor einer Abschiebung geschützt.¹⁴⁰ Die Wunscheltern haben unterdessen gem. § 1685 II 1 BGB bei gegebener Kindeswohldienlichkeit ein

¹²⁹ Siehe B. II. 1-3.

¹³⁰ Dieses Einwilligungsrecht wird durch Art. 6 II GG geschützt, siehe: *Jarass* in: *Jarass/Pierothe* (Fn. 65), Art. 6 GG Rn. 60; *Maurer* in: *MüKo-BGB* (Fn. 17), § 1747 BGB Rn. 1.

¹³¹ Nach der Rechtsprechung handelt es sich dabei zudem um ein Amtsverfahren gem. § 24 I FamFG, womit es lediglich einer Anregung bedarf, siehe: *BGH*, Beschluss v. 12.7.2017 – XII ZB 350/16, FamRZ 2017, S. 1668 (1671); *OLG Frankfurt*, Beschluss v. 31.3.2015 – 5 UF 272/14, FamRZ 2015, S. 1991 (1992); *OLG Brandenburg*, Beschluss v. 22.5.2017 – 10 WF 71/17, FamRZ 2017, S. 1675 (1676).

¹³² Diese Regelung billigte der EGMR insoweit schon, siehe: *EGMR*, Urt. v. 22.03.2012 – Nr. 45071/09, *Ahrens v. Deutschland*, Rn. 73 f. Hierauf bezog sich der EGMR ausdrücklich im Fall von A.L. gegen Frankreich, siehe: *EGMR*, Urt. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, *A.L. v. Frankreich*, Rn. 61 f.

¹³³ Diese Regelung ist ein direktes Ergebnis der Rechtsprechung des EGMR, siehe: *BT-Drs. 17/12163* S. 8 ff.

¹³⁴ Vgl. hierzu *VG Köln*, Urteil vom 20.2.2013 – 10 K 6710/11, NJW 2013, S. 2617 (2617 ff.), wo das Kind tatsächlich in Indien verblieb. Hier war der Wunschvater mit dem Kind verwandt, es wurde aber keine Vaterschaftsanfechtung vorgenommen.

¹³⁵ Vgl. *EGMR (GK)*, Urt. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, *Paradiso u. Campanelli v. Italien*, Rn. 194 f.

¹³⁶ Vgl. *EGMR*, Urt. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, *A.M. v. Norwegen*, Rn. 133.

¹³⁷ Zunächst vorübergehend nach § 42a I 1 SGB VIII. Eine Verteilung wird wegen der aufgebauten Bindung nach § 42b IV Nr. 1 SGB VIII ausgeschlossen sein, vgl. *VG Hannover*, Beschluss v. 14.10.2019 – 3 B 4442/19, BeckRS 2019, 25211 (Rn. 15 ff.). Das Kind wäre sodann gem. § 42 I 1 Nr. 3, 2 SGB VIII in Obhut zu nehmen.

¹³⁸ Nach § 42 III 4 SGB VIII muss das Jugendamt dies veranlassen.

¹³⁹ Sicherlich jedenfalls während der vorläufigen Inobhutnahme, vgl. *Steinbüchel* in: *Wiesner/Wapler*. SGB VIII-Kommentar, 6. Auflage 2022, § 42a SGB VIII Rn. 5. Die Unterbringung während der Inobhutnahme nach § 42 I 1 Nr. 3, 2 SGB VIII wäre ebenfalls bei den Wunscheltern angezeigt, vgl.

Tangermann/Hoffmeyer-Zlotnik, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland. Herausforderungen und Maßnahmen nach der Klärung des aufenthaltsrechtlichen Status. Fokusstudie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk, https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/EMN/Studien/wp80-unbegleitete-minderjaehrige.pdf?__blob=publicationFile&v=19 [Stand: 16.10.2025], S. 31.

¹⁴⁰ Hier greift § 58 Ia AufenthG. Nach BVerwGE 147, 8 (14) bedarf es einer Überzeugungsgewissheit, dass die Übergabe an eine geeignete Person oder Einrichtung tatsächlich erfolgen wird. Daher drohe laut *Tangermann/Hoffmeyer-Zlotnik*, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland (Fn. 138), S. 67 f. eine Abschiebung nur in seltenen Ausnahmefällen. Im aufgezeichneten Fall wird es diese Gewissheit für den Geburtsstaat gerade nicht geben.

Umgangsrecht mit dem Kind¹⁴¹ und könnten es adoptieren, sobald eine reguläre Adoption möglich ist. Das Familienleben könnte also fortgeführt, Behinderungen desselben könnten gering gehalten werden. Wenngleich der Umgang mit einer solchen Situation von einigen Unsicherheiten begleitet wäre, wird die hier in Rede stehende fünfte Säule wohl nicht beeinträchtigt sein.

2. Alleinige genetische Wunschmutter

Wandelt man die gerade gezeichneten Konstellationen in einem Punkt ab, ergibt sich indes ein erhebliches Problem. Wurde das Kind mit der Eizelle einer Wunschmutter und mit fremden Spendersamen gezeugt, hat es einen genetischen Wunschelternteil, der jedoch gar keine Anerkennungsmöglichkeit hat. Eine Mutterschaftsanfechtung gibt es nicht, eine Adoption ist hier gar nicht möglich. Die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten¹⁴² sind derart unsicher, dass sie als solche nicht gewertet werden können.

Nun hat der EGMR zwar die erste Säule auf den genetischen Wunschvater hin ausgerichtet. Allerdings wird das der Seltenheit der geschilderten Situation zuzuschreiben sein.¹⁴³ Demgegenüber hat er die Notwendigkeit einer Anerkennungsmöglichkeit für eine genetische Wunschmutter bereits besonders hervorgehoben.¹⁴⁴ Eine mögliche Verbindung mit Art. 14 EMRK verschärft diese Lage weiter. Die Situation zu einem Mann scheint hinreichend vergleichbar, in beiden Fällen handelt es sich um eine bloße Gametenspende. Einem Mann steht hier eine Möglichkeit zur Anerkennung zu, einer Frau jedoch gar keine. Unabhängig von der Unwahrscheinlichkeit eines solchen Falles ergibt sich dennoch eine Lücke, die den Fuß der ersten Säule zumindest bröckeln lässt. Ein genetischer Elternteil hätte in diesem Fall grundlegend keine Möglichkeit, rechtlicher Elternteil des Kindes zu werden, was den Erwägungen hinter der ersten Säule entgegensteht.

III. Kritische Würdigung

Die konventionsrechtlichen Säulen mögen in Deutschland Bestand haben – und ein angeknackster Fuß wird das Haus wohl so schnell nicht zum Einsturz bringen. Allerdings hat ein gutes Haus regelmäßig auch ein Dach, was im Kindeswohl zu verorten sein wird.¹⁴⁵ Ob aber dieses Dach stabil von den Säulen getragen wird, ist mehr als fraglich. Bereits der Umgang mit dem Familienleben durch den EGMR an sich ist kritikwürdig. Inwiefern es dem Kindeswohl dienen soll, einer liebevollen aber nicht verwandten Eltern-Kind-Beziehung den Schutz des Familienlebens erst später angedeihen zu lassen, erschließt sich dabei nicht.¹⁴⁶ Ähnliches gilt dafür, einem gewachsenen Familienleben einen rechtlichen Rahmen zu verweigern. Im Zweifelsfall wird eine seit Jahren verfestigte Eltern-Kind-Beziehung sodann zwar erhalten, steht aber immerzu unter dem Damoklesschwert staatlicher Eingriffe.

Die Verweisung eines nichtrechtlichen zweiten Wunschelternteiles auf eine Adoption bedeutet faktisch, dass er bei einer zeitigen Trennung niemals die Elternrolle einnehmen können wird. Hinzu kommt, dass sich diese Situation aus sich selbst heraus verhärtet. Denn der zweite Wunschelternteil ist nicht der rechtliche Vertreter des Kindes, weshalb er dessen Interessen nur sehr eingeschränkt geltend machen kann.¹⁴⁷ Sollte jener Wunschelternteil sterben, bevor eine Adoption erfolgen kann, wird das Kind zu diesem niemals eine Rechtsbindung aufbauen können. All das hilft dem Kind nicht, es entzieht ihm eine sorgebereite Person. Darüber hinaus wird es unter Umständen nie erfahren, wer in dieser durchaus prägenden Zeit die soziale Elternrolle eingenommen hat.¹⁴⁸ Zur Begründung dessen auf die Verhinderung einer gespaltenen Mutterschaft zum Schutze des Kindeswohls abzustellen, überzeugt angesichts des Forschungsstandes¹⁴⁹ und mit Blick auf die Anerkennung der gespaltenen Vaterschaft jedenfalls

¹⁴¹ Dies gilt grundsätzlich für alle „nur“ sozialen Wunscheltern, vgl. OLG Frankfurt, Beschluss v. 11.5.2020 – 4 UF 17/20, FamRZ 2020, S. 1923 (1924); OLG Braunschweig, Beschluss v. 2.10.2020 – 2 UF 185/19, FamRZ 2021, S. 195 (196). Für eine intendierte Wunschmutter nach einer Leihmutterschaft wurde es auch schon erwogen, im Ergebnis aber wegen zu kurzer Dauer abgelehnt, OLG Nürnberg, Beschluss v. 04.08.2021 – 11 UF 655/20, FamRZ 2021, S. 1807 (1809 f.).

¹⁴² Siehe B. II. 4.

¹⁴³ Zum einen bedarf es der erwähnten besonderen Konstellationen. Zum anderen sind Leihmutterschaften in der Ukraine gem. Art. 123 II des ukrainischen Familiengesetzbuches nur für heterosexuelle Paare möglich, vgl. Fn. 32.

¹⁴⁴ EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 47.

¹⁴⁵ Siehe Fn. 58.

¹⁴⁶ EGMR (GK), Urt. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, abweichendes gemeinsames Sondervotum v. Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens u. Grozev, Rn. 4 sah das Vorgehen der großen Kammer ebenfalls kritisch und bejahte hier ein de facto-Familienleben. Vgl. ebenso EGMR, Urt. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, abweichendes Sondervotum v. Jelić, Rn. 30 f.

¹⁴⁷ Vgl. Wittling-Vogel, Mutter ohne biologische oder rechtliche Verbindung zum Kind?, NJW 2023, S. 3619 (3620).

¹⁴⁸ EGMR, Urt. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, abweichendes Sondervotum v. Jelić, Rn. 36.

¹⁴⁹ Serafini, Outcome and follow-up of children born after IVF-surrogacy, Hum. Reprod. Update 2001, S. 23 (26) konnte bei 110 brasilianischen Leihmutterschaftskindern keine dauernde Beeinträchtigung der motorischen und verbalen Entwicklung feststellen. Shelton et al., Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies, Int. J. Behav. Dev. 2009, S. 385 (390 f.) untersuchten u.a. 21 Leihmutterschaftskinder, wobei sich keine signifikanten psychologischen Defizite der Kinder ergaben. Mit Golombok et al., A Longitudinal Study of Families Formed Through Third-Party Assisted Reproduction: Mother–Child Relationships and Child Adjustment From Infancy to Adulthood, Developmental Psychology 2023, S. 1059 (1068 ff.) weist auch eine erste Langzeitstudie mit 22 Leihmutterschaftsfamilien in diese Richtung.

nicht.¹⁵⁰ Es überzeugt auch dann nicht, wenn wie in R.F. gegen Deutschland der betreffende Wunscheltern teil der einzige genetische Verwandte ist, den das Kind wohl je haben wird.¹⁵¹

An der konventionsgerechten deutschen Rechtslage lassen sich ebenfalls Mängel der Vorgaben erkennen. Das gilt insbesondere für die Verhinderung einer Einreise. Ein Leihmutterkind im Zweifel einem ausländischen Waisenhaus zu übergeben, statt es bei zwei sorgebereiten Wunscheltern zu belassen, steht der Verwirklichung des Kindeswohls geradezu entgegen. Die Wunscheltern hier nicht als rechtliche Eltern anzuerkennen, stellt sie über dies von ihrer Verantwortung frei. Das Kind ist in keiner Weise davor geschützt, dass sich die Wunscheltern nicht um es kümmern wollen, sollte es nicht ihren Wünschen entsprechen.¹⁵² Insoweit ist der Verstoß gegen ein Verbot als Argument schief. Dieses soll die Entstehung eines Kindes mit bestimmten Methoden vermeiden. Es geht hier jedoch um den Umgang mit einem bereits entstandenen Kind, was auf seine Geburtsumstände keinen Einfluss hatte.¹⁵³ Problematisch ist außerdem die in Deutschland mögliche Anerkennung der rechtlichen Elternschaft bei Vorliegen einer gerichtlichen Entscheidung. Diese ist an sich als Übererfüllung der Anforderungen zu qualifizieren. Allerdings folgt daraus eine recht sonderbare Differenzierung. Es kann allein vom Geburtsstaat eines Leihmutterkindes abhängen, ob das Kind jemals die Wunscheltern als rechtliche Eltern erhält. Dies ist aus Erwägungen des Kindeswohls jedenfalls nicht erklärbar.

Aus all diesen Einwänden wird ersichtlich, wie locker doch das Dach des Kindeswohls mit den Säulen der Elternschaft verbunden und wie einsturzgefährdet das Gebäude ist. Widersprüche treffen dabei auf eine besondere Härte für das Kind. Um das Wohl des Kindes zu schützen, werden gelebte familiäre Beziehungen in einem rechtlich unsicheren Zustand belassen. Es ist den Kindern erschwert, ihre Abstammung und soziale Identität nachzuvollziehen, wobei zusätzlich zwischen ihren Geburtsstaaten differenziert wird. Aus dem Ansinnen heraus, den Grund für die Entstehung des Kindes zu vermeiden,

wird dem Kind anschließend eine sorgebereite Person entzogen. Diejenigen, die eine Leihmutterchaft in Auftrag geben, tragen für das Kind keinerlei rechtliche Verantwortung und sind ihm zu nichts verpflichtet. Und am wenigsten überzeugt es insoweit, wenn diese Erwägungsgründe dazu führen, dass Kinder in einem Waisenhaus zurückgelassen werden.

F. Fazit

Der EGMR hat für den Umgang mit Leihmutterkindern und den dazugehörigen Wunscheltern eindeutige Vorgaben gemacht. In Deutschland sind diese überwiegend erfüllt. Nichtsdestotrotz verwirklichen die Vorgaben selbst das Kindeswohl nur mangelhaft. Das dürfte in Zukunft zu immer mehr Problemen führen.

Während das Thema der Leihmutterchaft in Deutschland umstritten ist,¹⁵⁴ sind die internationalen Fallzahlen erheblich gestiegen.¹⁵⁵ Vor diesem Hintergrund haben sich entsprechende gerichtliche Verfahren gehäuft, sowohl in Deutschland¹⁵⁶ als auch vor dem EGMR.¹⁵⁷ Währenddessen gehen die Fremdadoptionen trotz steigender ungewollter Kinderlosigkeit zurück.¹⁵⁸ Hierzu sei überdies gesagt, dass in Deutschland etwa 29 % der homosexuellen Männer mit Kinderwunsch diesen am ehesten durch eine Leihmutterchaft realisieren wollen.¹⁵⁹ Die praktische Relevanz dieser Reproduktionsmethode wird also vermutlich steigen.

Damit erwächst der Anspruch an das nationale Recht, für den Umgang mit den so entstandenen Kindern eine kindeswohlgerechte Lösung parat zu haben. Damit steht die Anforderung an den deutschen Gesetzgeber, zunächst den Vorgaben der Konvention in Gänze gerecht zu werden. Für genetische Wunschmütter ist in den benannten Fällen eine Anerkennungsmöglichkeit zu schaffen. Hierin kann aber nur ein erster Schritt liegen – den Fuß einer Säule zu reparieren wird an der Stabilität des Daches nichts ändern. Das „aktuelle Muss“ zu erfüllen gelangt dem Kindeswohl oftmals nur bedingt zum Vorteil. Insofern sollte stark über ein „baldiges

¹⁵⁰ So auch v. Scheliha, Anmerkung zu EGMR, Urt. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, FamRZ 2025, S. 38 (39).

¹⁵¹ Vgl. auch v. Scheliha, FamRZ 2025, S. 38 (38 f.), die mit Blick auf R.F. gegen Deutschland von einem nicht vorstellbaren „Mehr an Elternschaft“ spricht.

¹⁵² Löhning, NJW 2019, S. 1607 (1608).

¹⁵³ Vgl. auch Löhning, NJW 2019, S. 1607 (1608).

¹⁵⁴ In einer nicht repräsentativen Umfrage des Deutschen Ethikrates stimmten insoweit 43 % der Befragten für ihre Zulässigkeit, 39 % stimmten dagegen, siehe: Deutscher Ethikrat, Auswertung der Vorabbefragung zur Jahrestagung 2014 „Fortpflanzungsmedizin in Deutschland“, www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/jt-22-05-2014-auswertung-vorabbefragung.pdf [Stand: 19.3.2025], S. 7.

¹⁵⁵ Die HCCH kam in Zusammenarbeit mit der Universität Aberdeen auf einen Anstieg von fast 1.000 % zwischen 2006 und 2010, siehe: HCCH, A Preliminary Report on the issues arising from international surrogacy arrangements, <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf> [Stand: 20.3.2025], S. 8.

¹⁵⁶ Wellenhofer, Rechtsprechungsübersicht zum Abstammungsrecht (2018–2021), NZFam 2021, S. 1092 (1092).

¹⁵⁷ So gab es neben den hier besprochenen Urteilen insbesondere viele Entscheidungen, die Italien betrafen: EGMR, E. v. 30.05.2023 – Nr. 10810/20, 29038/20 u. 2738/21, Bonzano u.a. v. Italien, Corona u.a. v. Italien u. Andrisani u.a. v. Italien; EGMR, E. v. 30.05.2023 – Nr. 59054/19, 12109/20 u. 45426/21, Modanese v. Italien, Bini u.a. v. Italien u. B.K. u.a. v. Italien; EGMR, E. v. 30.05.2023 – Nr. 47998/20 u. 23142/21, Nuti v. Italien u. Dallabora u.a. v. Italien.

¹⁵⁸ Der Trend ist seit Jahren rückläufig, 2023 wurde die Zahl erstmals dreistellig, siehe: Statistisches Bundesamt,

Adoptionen, Zeitreihe, www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Adoptionen/Tabellen/adoptionen-zeitreihe.html [Stand: 18.3.2025].

¹⁵⁹ De Vries, Regenbogenfamilien in Deutschland. Ein Überblick über die Lebenssituation von homo- und bisexuellen Eltern und deren Kindern, 2021, S. 18.

Soll“ nachgedacht werden, welches diesen Umstand behebt. Die Einführung eines Anfechtungsverfahrens für Wunschmütter sowie einer Co-Elternschaft könnten hier für Lösungen sorgen, die der Rechtssicherheit und den Interessen des Kindes zugutekommen. Angesichts der bisher erfolglosen

politischen Vorstöße in Richtung Co-Mutterschaft¹⁶⁰ und der beim BVerfG anhängigen Verfahren¹⁶¹ bleibt die weitere Entwicklung insoweit nur mit Spannung abzuwarten.

¹⁶⁰ Der nächste wäre der Vierte, siehe: Schmidt, Keine konventionsrechtliche Verpflichtung zur Einführung einer Co-Mutterschaft, NZFam 2024, S. 1144 (1144).

¹⁶¹ Sechs an der Zahl, siehe: v. Scheliha, FamRZ 2025, S. 38 (39).

Rainer Markgraf Stiftung – Wissenschaftsförderung in der Region

*Ein besonderer Dank gebührt an dieser Stelle der Rainer Markgraf Stiftung, welche durch ihre Unterstützung die Veröffentlichung der Zeitschrift als Druckausgabe ermöglicht. Dies dient nicht nur der weiteren Etablierung der Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft, sondern macht sie auch im wahrsten Sinne des Wortes greifbar für unsere Leser*innen und Autor*innen. Hier erfahren Sie mehr über die Stiftung und ihre Projekte:*

Die Rainer Markgraf Stiftung mit Sitz in Bayreuth fördert seit 2014 Bildung, Wissenschaft und Forschung in den Regionen Oberfranken und Oberpfalz. Mit ihrem regionalen Fokus erinnert die Stiftung an die Familie Markgraf. Über drei Generationen hinweg hat sie die Bauunternehmung Markgraf aufgebaut, weiterentwickelt und geführt. Um die Zukunft des Unternehmens zu sichern hat Rainer W. Markgraf (1956-2015) die Stiftung errichtet und ihr als vierte Generation die Verantwortung für das Erbe der Familie übergeben.

Die Familie Markgraf begann ihr unternehmerisches Wirken mit der Gründung der einer Bauunternehmung im Jahr 1932 in Eger (CZ). Nach der Vertreibung aus Eger führte Wilhelm Markgraf unter schwierigsten Bedingungen das Unternehmen in Immeneuth (Oberpfalz) weiter. So entwickelte sich Markgraf über drei Generationen hinweg zu einem mittelständischen Familienunternehmen.

Insbesondere die enge Bindung zur Region inspirierte die Familie zur Gründung einer Stiftung. Diese Idee setzte Rainer W. Markgraf mit der Errichtung seiner Stiftung am 1. Juli 2014 um. Heute hält die Rainer Markgraf Stiftung 100 Prozent der Anteile an der Bauunternehmung und sichert damit den Fortbestand von über 1.100 Arbeitsplätzen in der Region.

Ihrem Stiftungszweck folgend, unterstützt die Rainer Markgraf Stiftung Bildung, Wissen und Forschung sowie Infrastrukturprojekte in Oberfranken und der Oberpfalz. Sie vergibt Stipendien für Ausbildung, Studium und berufliche Qualifikation und fördert verschiedenste Projekte. Langjährige Partner zeichnet die Stiftung als Leuchtturm-Projekte aus. Sie zeichnen sich durch stetiges herausragendes Engagement in den Bereichen Bildung, Wissenschaft und Forschung für die Region und Gesellschaft aus.

Die Stiftung vergibt jährlich in Erinnerung an ihren Gründer den Rainer-Markgraf-Preis. Er ist mit 20.000 Euro dotiert und würdigt Menschen, die sich besondere Verdienste in den Bereichen Bildung, Wissenschaft und Forschung erworben haben. Der Preis ging 2025 an den Präsidenten der Universität Bayreuth. Damit zeichnet die Stiftung das vielfältige Wirken von Prof. Dr. Dr. h.c. Stefan Leible in der Region aus.

Die Stiftung möchte ihre Projektpartner miteinander vernetzen. Dies geschieht auch in der Villa Markgraf, dem Verwaltungssitz der Stiftung. Mit dem Forum-Heimat-Markgraf werden regelmäßig Projektpartner eingeladen, um sich und ihre Arbeit vorzustellen. Darüber hinaus lädt die Stiftung jährlich zum Sommerempfang ein.



Beim Sommerempfang 2025 haben sich Stiftungen aus Oberfranken und der Oberpfalz auf dem Podium über ihre vielfältige Arbeit ausgetauscht. Dazu waren neben langjährigen Projektpartner auch Vertreter der Hochschulen und Universitäten in die Villa Markgraf eingeladen. Die Villa Markgraf war einst das Wohnhaus der Stifterfamilie und dient jetzt als Verwaltungssitz der Stiftung.

Foto: Lena Remmert

Danksagungen der BayZR

Seit ihrer Gründung bestand das Team der Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft stets aus einem kleinen Team engagierter Studierender, wissenschaftlicher Mitarbeiter:innen und Professor:innen und konnte nur wegen des umfassenden Engagements der Mitwirkenden zehn spannende, spitzenwissenschaftliche und interdisziplinäre Ausgaben veröffentlichen. Die Vereinsmitglieder haben durch ihre Mitarbeit und die Mitgliedsbeiträge wesentlich zur Finanzierung der Aufwendungen des Vereins beigetragen. Die Kooperationspartner haben durch finanzielle Unterstützung und Werbepartnerschaften ebenso ihren Beitrag zu den Errungenschaften geleistet.

Für die unzähligen Stunden, die jede und jeder ehrenamtlich in dieses Projekt gesteckt hat, für die Unterstützung in finanzieller und ideeller Art und für alle Beiträge, die Autor:innen eingereicht und der BayZR für deren Veröffentlichung ihr Vertrauen geschenkt haben bedankt sich die BayZR bei allen Mitwirkenden!

Studentisches Redaktionsteam

Elena Barth, Lena Bitz, Isabella Boll, Niklas Braun, Leoni Brum, Luis Bünde, Maren de Beyer, Carolina Dosch, Wolfram Glatz, Kyra Göhner, Helena Groth, Lina Ha, Yassin Handke, Eik Handschug, Jan Harrer, Finn Herfurth, Luise Herzog, Emma Holzer, Clemens Huetengs, Fabian Karittke, Vanessa Latacz, Christian Lauterjung, Malte Lemke, Lea Machalett, Anna Magdenko, Tobias Marsteller, Joana Näßler, Selina Porzner, Adrian Schenk, Carla Schindler, Diana Schmidt, Luisa Schmidt, Anne-Catherine Schur, David Schwarz, Sanjay Sivanesan, Franziska Stein, Alexander Ströher, Philine Westermann, Johannes Wichert, Theresa Wirth, Judith Witt

Wissenschaftlicher Beirat

Janik Bischoff, Steffen Bitterberg, Tina Bühner, Jana Ebersberger, Lars Großmann, Kathrin Gruber, Christoph Hanecker, Johannes Herb, Tim Klein, Nicolas Kretschmann, Rudi Lang, Jakob Lutz, Annelie Orlet, Philipp Prochota, Michael Putz, Andre Reinelt, Lasse Scherer, Adrian Strahm, Hendrik Tafel, Veronika Thalhammer, Gregor Vechtel, Christoph Weber, Svenja Wölfel

Kuratorium

Prof. Dr. Carsten Bäcker, Prof. Dr. Michael Grünberger, Prof. Dr. Ruth Janal, Prof. Dr. Knut Werner Lange, Prof. Dr. Nina Nestler, Prof. Dr. Christian Rückert, Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, Prof. Dr. Thomas Spitzlei, Prof. Dr. Brian Valerius

Weitere Mitwirkende

Clemens Engelhardt, Prof. Dr. Jörg Gundel, Stefanie Krome, Alexander Lang, Christian Lauterjung (Schatzmeister), Prof. Dr. Markus Möstl, Jan-Laurin Müller, André Reinelt, Tim Röthel, Merle Schütte, Markus Weber

Kooperationspartner

RWalumni e.V. | Rainer Markgraf Stiftung | uninow | efellows.net

Die BayZR bedankt sich schließlich auch bei Ihnen, den Leserinnen und Lesern, für das rege Interesse an den studentischen wissenschaftlichen Beiträgen, den Interviews mit herausragenden Wissenschaftler:innen und Expert:innen aus der Praxis sowie den Blogbeiträgen, die immer wieder neue Blicke auf rechtliche Themen ermöglicht haben.

Danksagungen der Mitwirkenden

Mit der zehnten und zugleich letzten Ausgabe der Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft endet eine Publikation, die über Jahre hinweg Studierenden eine erfolgreiche Möglichkeit gegeben hat, ihre wissenschaftlichen Beiträge sichtbar zu machen.

Die Begutachtung der wissenschaftlichen Arbeiten bot mir neue Perspektiven auf aktuelle juristische Herausforderungen und stellte für mich eine wertvolle Bereicherung dar. Ein solch breites Spektrum an Themen stand und steht unverändert für die Neugier der Bayreuther Studierenden. Hier hat die BayZR gezeigt, dass sich studentische Wissenschaft schon während des Studiums qualitativ nicht hintanstellen muss.

Ein herzlicher Dank gilt daher allen Autorinnen und Autoren, den Redaktionsmitgliedern, dem wissenschaftlichen Beirat sowie allen unseren Unterstützerinnen und Unterstützern, die zum Gelingen dieser Zeitschrift beigetragen haben. Ohne Sie wäre die BayZR in dieser Form nicht möglich gewesen.

– **Christoph Hanecker (wiss. Beirat)**

Ich danke den Redaktionsmitgliedern und allen Beteiligten für die langjährige und vertrauensvolle Zusammenarbeit. In meiner Tätigkeit als Redaktionsmitglied und als Mitglied des Vorstands hatte ich die Möglichkeit, sowohl fachlich als auch persönlich wertvolle Erfahrungen zu sammeln.

– **Carolina Dosch (2. Chefredakteurin)**

Die BayZR habe ich als ein Projekt wahrgenommen, das getragen durch das ehrenamtliche Engagement von Studierenden und wissenschaftlichen Mitarbeitenden, eine an der Universität Bayreuth bislang fehlende Plattform für studentische rechtswissenschaftliche Arbeiten geschaffen hat. Die Mitwirkung in der Redaktion der BayZR hat meine Studienzeit in vielfältiger Weise bereichert, nicht zuletzt durch die Möglichkeit, zahlreiche herausragende studentische Beiträge zu lesen.

Eines hat mich an der BayZR jedoch ganz besonders begeistert und wird mir nachhaltig in Erinnerung bleiben: Über nunmehr 10 Ausgaben hinweg wurde ein anspruchsvolles Projekt kontinuierlich getragen und weiterentwickelt – maßgeblich durch den freiwilligen Einsatz von Studierenden. Die BayZR zeigt eindrucksvoll, wie viel Gestaltungskraft in studentischem Engagement liegt und wird über ihr Bestehen hinaus eine Inspirationsquelle für Studierende der Universität Bayreuth sein.

– **Elena Barth**

Für mich war die Mitarbeit in der BayZR fachlich und persönlich sehr gewinnbringend. Als Chefredakteur habe ich den Redaktionsprozess geleitet und durfte so das wissenschaftliche Arbeiten und Publizieren aus einer neuen Perspektive kennenlernen. Im Zusammenwirken mit dem Team sind aber auch Freundschaften entstanden und konnte die BayZR damit über Ihren eigentlichen Zweck hinaus Wirkung entfalten. Für diese Möglichkeiten und die gute Zusammenarbeit danke ich allen aktiven und ehemaligen Mitwirkenden, die ihr ehrenamtliches Engagement der BayZR gewidmet und so dieses Projekt und zehn gelungene Ausgaben ermöglicht haben.

– **Fabian Karittke (1. Chefredakteur)**

In meiner Zeit im Redaktionsteam und im Vorstand der BayZR habe ich viele schöne sowie herausfordernde Erfahrungen gemacht und persönlich viel gelernt. Die redaktionelle Arbeit war für mich immer ein willkommener Ausgleich zum Studienalltag. Vor allem hat es mir große Freude bereitet, mit so vielen großartigen Menschen zusammenzuarbeiten. Mein herzlicher Dank gilt allen Mitgliedern der BayZR für die jahrelange, stets vertrauensvolle Zusammenarbeit. Für diese Erfahrung bin ich sehr dankbar.

Die BayZR ist eine beeindruckende studentische Initiative, die zeigt, wie wirkungsstark engagierte Projekte von Studierenden sein können.

– **Lina Ha (1. Chefredakteurin)**

Ich habe durch die Arbeit im Vorstand und im Redaktionsteam der BayZR sowohl in professioneller als auch in persönlicher Hinsicht sehr viel gelernt. Danke an alle Beteiligten für ihren Einsatz!

– **Franziska Stein (2. Chefredakteurin)**

Die Mitarbeit in der Redaktion der BayZR – zunächst als Redaktionsmitglied und zeitweise als Ressortleiterin – habe ich stets sehr geschätzt. Besonders prägend war für mich die Zusammenarbeit im Team, die von gegenseitigem Respekt, Verlässlichkeit und einem offenen Austausch getragen war. Die BayZR war damit nicht nur ein gemeinsames Projekt, sondern auch ein Ort konstruktiver Zusammenarbeit. Auch wenn die Zeitschrift nun endet, bleibt die Erfahrung dieser Zusammenarbeit bestehen und wird viele von uns auf ihrem weiteren Weg begleiten.

– **Carla Schindler (Ressortleiterin)**

Spannende Neuigkeiten aus der Rechtswissenschaft,
interessante Berichte und hilfreiche Tipps zum juristischen Studium sowie
Buchrezensionen und vieles Weitere finden Sie im

BayZR Blog

unter folgendem Link:



Unsere **aktuelle digitale Ausgabe** finden Sie hier:

