

2/2021



# FREILAW

Freiburg Law Students Journal

## Technik, Wirtschaft & Recht

**"Rechtsstaatskrise  
in Europa".**

**Blitzlicht der  
Veranstaltung mit  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.  
Andreas Voßkuhle**

**von Karoline  
Schlotmann**

**Converging or  
Diverging Paths?**

**Comparing the E.U.  
and U.S. Antitrust  
Approaches to  
Unilateral Refusals  
to Deal by  
Dominant Firms**

**von Lennart Levita**

**Dworkins  
Integritätskonzept.**

**Rekonstruktion,  
Operationalisier-  
barkeit und  
Analysekapazität**

**von Johann Seidel**

# IMPRESSUM

## **Herausgeber (Verantwortlich nach § 5 TMG)**

Freilaw e.V.

## **Chefredaktion**

Sören Rechenberg und Karla Becker

## **Kontakt**

Freilaw e.V.  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg  
Werthmannstr. 4  
Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
**z.Hd. Freilaw e.V.**  
D – 79098 Freiburg

E-Mail: [redaktion@freilaw.de](mailto:redaktion@freilaw.de)

## **Cover**

Karla Becker

**ISSN:** 1865-0015



## **Urheberrechtliche Hinweise:**

- Für den Inhalt der Artikel sind allein die Autoren verantwortlich. Die Herausgeber überprüfen die Texte, können allerdings keine Garantie dafür übernehmen, dass durch die Artikel keinerlei Urheber- oder anderweitige Nutzungsrechte verletzt werden. Sollte dies der Fall sein, so ist dies nicht beabsichtigt. Wir bitten Sie deshalb, uns umgehend zu informieren.
- Die Publikation der Artikel erfolgt exklusiv durch Freilaw. Eine unberechtigte öffentliche Verwendung der Artikel ist nicht gestattet. Auf Anfrage sind wir allerdings gerne bereit, hiervon Ausnahmen zu machen.

# Freilaw 2/2021

## Thema: Technik, Wirtschaft und Recht

*Lennart Levita*

Converging or Diverging Paths? – The E.U. and U.S. Antitrust Approaches to Unilateral Refusals to Deal by Dominant Firms ..... 58

*Paul Maier*

Die autonome Künstliche Intelligenz – Zwischen Mensch und Maschine?! ..... 67

## Rechtstheorie

*Johann Seidel*

Dworkins Integritätskonzept – Rekonstruktion, Operationalisierbarkeit und Analysekapazität ..... 72

## Strafrecht

*Leon Trampe*

Plädoyer der Verteidigung beim Moot Court im Strafrecht 2020 ..... 85

## Veranstaltungsbericht

*Karoline Schlotmann*

Rechtsstaatskrise in Europa – Ein Vortrag von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Andreas Voßkuhle ..... 91

## Rezensionen

*Freya Ahrens*

Examensrepetitorium Zivilrecht – Christian Heinrich, 2. Auflage 2020 ..... 95

*Leon Arndt*

Strafrecht Allgemeiner Teil – Rudolph Rengier, 13. Auflage 2021 ..... 97

## Vorwort der Chefredaktion

Liebe Leserinnen und Leser,

eine der wichtigsten Fähigkeiten von Recht ist seine Anpassungs- und Anwendungsfähigkeit an neue Umstände und Gegebenheiten. Besonders auf die Probe gestellt werden diese Fähigkeiten dabei von der rasanten Entwicklung technischer Neuerungen insbesondere im IT-Bereich und dem damit ebenfalls teilweise verbundenen Wandel der Wirtschaftswelt. Die zweite Ausgabe 2021 von *Freilaw* widmet sich deshalb schwerpunktmäßig dem Zusammenspiel von Technik, Wirtschaft und Recht.

Das Internet bzw. dessen Netzwerkeffekt hat die Bildung von global agierenden Mega-Unternehmen mit Monopolstellung befeuert, was wiederum inzwischen eine vor allem in den USA geführte Debatte über die Zerschlagung ebensolcher Unternehmen losgetreten hat. In seinem Artikel behandelt *Lennart Levita* dabei diese Thematik, indem er rechtsvergleichend die unterschiedlichen Herangehensweisen des US-Rechts und des Europarechts gegenüber Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung untersucht.

*Paul Maier* wiederum widmet sich in seinem Artikel der Gamechanger-Technologie Künstliche Intelligenz. Dazu befasst er sich mit der bei einer autonomen KI immer schwieriger durchzuführenden Abgrenzung zwischen Mensch und Maschine und beleuchtet dabei die Aspekte der Willenserklärung und Haftung bei einem Vertragsschluss durch eine autonome KI.

*Johann Seidel* bereichert die Ausgabe mit einem rechtstheoretischen Beitrag, in dem er sich kritisch mit dem Integritätskonzept des amerikanischen Rechtsphilosophen Ronald Dworkin auseinandersetzt.

Mit *Leon Trampes* verschriftlichtem Plädoyer der Verteidigung im deutschlandweiten Moot Court im Strafrecht können wir zudem den in diesem Kontext als beste Einzelleistung ausgezeichneten Beitrag präsentieren.

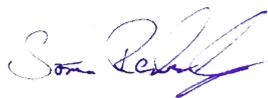
Einen Einblick in die Arbeit *Freilaws* abseits der reinen Publikationstätigkeit gewährt uns *Karoline Schlotmann*, die die wichtigsten Punkte des von *Freilaw* in Kooperation mit ELSA-Freiburg e.V. veranstalteten Vortragsabends mit Prof. Dr. Dr. h.c. Voßkuhle zum Thema „Rechtsstaatskrise in Europa“ zusammenfasst.

Abgerundet wird diese Ausgabe in traditioneller Weise mit der *Freilaw*-üblichen Rezensionenrubrik. *Freya Edith Maria Ahrens* teilt uns ihre Einschätzung mit, wie gut das „Examensrepetitorium Zivilrecht“ von Christian Heinrich tatsächlich zur Examensvorbereitung geeignet ist, während *Leon Arndt* einen Blick auf die aktuellste Auflage des Klassikers „Strafrecht AT“ von Rengier wirft.

In eigener Sache möchten wir zudem an dieser Stelle die Gelegenheit nutzen und unseren Dank an die ehemaligen Chefredaktion *Mirjam Marte* und *Jakob Nicola* für ihr langjähriges Engagement ausdrücken.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß mit der neuen Freilaw-Ausgabe!

Ihre Chefredaktion



(Sören Rechenberg)



(Karla Becker)



# Converging or Diverging Paths?

## The EU and U.S. Antitrust Approaches to Unilateral Refusals to Deal by Dominant Firms in a Transatlantic Comparison

Lennart Levita \*

### A. Introduction

It is a well-known – if not globally recognized – principle, that every individual, and therefore every business, has the freedom to choose to contract or not to contract with others. It is neither favored nor intended under the tenets of globally recognized antitrust principles to override the freedom of contract in private business transactions by judicial intervention.<sup>1</sup> Therefore, antitrust law does not impose an affirmative obligation on a market participant to deal with its rivals. Instead, most legal systems interpret unilateral refusals to deal (RTDs) as an affirmative right to refuse, with doctrinal foundations in the freedom of contract and free market economy.<sup>2</sup> Nonetheless, limitations of a single-firms right to refuse to deal might be necessitated, when undertakings are acting under monopolizing conducts and thereby harmful.

Even though both EU competition law and U.S. antitrust law generally restrict abusive conducts by dominant undertakings concerning RTDs, they diverge significantly on the question under what conditions a single firm should have a duty to deal with another. While the EU approach favors judicial intervention to safeguard free market competition, U.S. authorities, both in word and deed, have set a higher threshold for qualifying refusals to deal as anti-competitive and casted doubts on the effectiveness of judicial intervention in RTD cases.<sup>3</sup>

This article aims to shed light on the debate on the ‘unilateral refusal to deal’ doctrine by critically reviewing the respective legal approaches to the doctrine taken under U.S. and EU antitrust law, the relevant case law and the underlying principles. By evaluating the similarities and differences between both approaches and their respective legal and economic effects, it tries to assess which system provides a more satisfactory framework. In the end, it will consider whether recent technological developments provide a chance for a converging path.

### B. Unilateral Refusals to Deal in U.S. and EU Law

RTD is neither legal nor illegal under EU or U.S. antitrust law *per se*. Both jurisdictions developed own standards to

distinguish competition on the merits from abusive conduct, which will be elucidated in the following.

### I. Single-Firm Refusals to Deal under U.S. Antitrust Law

The epicenter of the conflict between freedom to deal and anti-trust enforcement in the U.S. antitrust treatment of RTD cases is monopolization.

#### 1. Section 2 of the Sherman Act

Section 2 of the 1890 adopted Sherman Act<sup>4</sup> prohibits monopolization, attempted monopolization and the conspiracy to monopolize by single-firms, i.e. acts that change or entrench the structure of the market in a way that harms free competition.<sup>5</sup> Monopoly power can be seen in a businesses’ ability to raise prices without losing profit or business to competitors.<sup>6</sup> As both the offenses of monopolization and attempted monopolization do not outlaw the existence of monopolies itself but the act of “monopolization”, Section 2 of the Sherman Act does not condemn pure ‘size’, but rather certain types of conduct and intention to create or threaten to create monopolies.<sup>7</sup> As a result, RTDs can only be seen as anticompetitive actions under Section 2 of the Sherman Act if they target to acquire monopoly power.

#### 2. Refusals to Deal under Section 2 of the Sherman Act

The criteria to classify RTDs as monopolization or attempted monopolization evolved through the decisions made by the Federal and Supreme Court’s over time.

##### a) Before *Trinko*

The evolution of RTD jurisdiction has started more than a century ago, when the Supreme Court first addressed the issue in *United States v. Colgate & Co.* In its decision, the Court acknowledged that “the [Sherman] act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer [...] freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal”.<sup>8</sup> Nonetheless, RTD can create antitrust violations, when the company refusing has a “purpose to create or maintain a

<sup>1</sup> *Areeda*, 58 Antitrust (1989) 841, 852f.

<sup>2</sup> *Schoen*, 80 NYU LRev (2005) 1625, 1638.

<sup>3</sup> *Cf.* 540 US 398 (2004).

<sup>4</sup> 15 U.S.C. § 2 (2004).

<sup>5</sup> *Schweitzer* in Ehlermann/ Marquis (Eds.), *Europ. Comp. L.A.* (2007) at 6.

<sup>6</sup> *Meadows*, 25 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. (2015) 795, 806.

<sup>7</sup> *Raybould/Firth*, *Law of Monopolies* (1991) at 99; *Barnes/Dworkin/Richards*, *Law for Business*, 7<sup>th</sup> Ed. (2000) at 874; *U.S. v U.S. Steel Corp.*, 251 US 417, 451 (1920).

<sup>8</sup> *U.S. v Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919).

monopoly”.<sup>9</sup> In other words, a violation of Section 2 of the Sherman Act can be found where there has been clear intent or purpose to seize or exert monopoly power to control price or exclude competition by refusing to deal.<sup>10</sup> The *Colgate* ‘intent dictum’ became the benchmark in subsequent decisions, under which the Supreme Court upheld allegations of monopolization where undertakings refused to deal with the purpose or intent of monopolization.<sup>11</sup>

In *Aspen Skiing v Aspen Highlands Skiing Corp.*<sup>12</sup>, the Supreme Court applied the *Colgate* ‘intent test’ as well. Here, the Court ruled that a monopolist’s refusal to continue in an earlier voluntarily entered commercial marketing arrangement with its only competitor on the market shows clear unlawful monopolization intent, unless there are “valid business reasons for the refusal”.<sup>13</sup> As the agreement between the two competitors was mutually “presumably profitable”, the only valid reason for its discontinuation could only be viewed in the intent to sacrifice short-term profits to achieve a long-term anticompetitive benefit on the market. The refusal was thereby unlawful.<sup>14</sup> The *Aspen* ‘profit-sacrifice indicator’ formed the law’s dominant paradigm for addressing single-firm RTDs for half a century.<sup>15</sup>

Further Federal Court’s decisions implemented a duty to supply regarding facilities and thereby widened antitrust enforcement even to once lawfully acquired monopolies, the so-called ‘essential facility doctrine’, and increasingly identified essential facilities as an instance of a duty to deal.<sup>16</sup> The doctrine states that Section 2 of the Sherman Act is violated when a firm, that uses or controls a facility or infrastructure on the primary market that is crucial (or essential) for its rivals’ activity in a secondary market, refuses to supply this facility so that its rivals cannot compete on the downstream market – so called ‘bottleneck monopoly’.<sup>17</sup> While the Supreme Court never recognized the doctrine terminologically,<sup>18</sup> still all signs pointed towards a stricter antitrust control of RTDs by U.S. authorities.

## b) Supreme Court’s Decision in *Trinko*

The 2004 Supreme Court’s decision in *Verizon Communications Inc. v Law Offices of Curtis V. Trinko*<sup>19</sup> stands for a retreat from this development as it outlines the Supreme Court’s reluctance to impose positive obligations on parties to deal with their competitors. Till today, it represents the leading case on RTDs under Section 2 of the Sherman Act and thereby provides considerable guidance on the recent contours of U.S. law on the doctrine.<sup>20</sup>

Justice Scalia delivered the majority opinion of the Court. First, he still recognized that RTDs raise antitrust concerns under certain circumstances. Referring to both *Colgate* and *Aspen*,

he explicitly outlined that a refusal to deal, for violating Section 2 of the Sherman Act, must both be performed by an undertaking having monopoly power and show clear abusive conduct.<sup>21</sup>

The Court then emphasized the significance of monopolies for the U.S. economic system, following its explicit wording, as “the mere possession of monopoly power [...] is not only not unlawful; it is an important element of the free-market-system. The opportunity to charge monopoly prices [...] is what attracts business acumen [...]; it induces risk taking that produces innovation and economic growth”.<sup>22</sup> A company that provides better services or products for its customers can acquire a monopolistic posture, with beneficial effects on the dynamic efficiency – the innovative strength of a market<sup>23</sup> – as it encourages competitors to develop alternative resources. Therefore, an overly excessive interpretation of the duty to deal under Section 2 of the Sherman Act in antitrust law could lessen the incentives for the monopolist, the rival or both to invest in economically beneficial facilities.<sup>24</sup>

The Supreme Court opined that judicial compulsion of undertakings to deal would require the Courts to set the terms of the compulsory agreement, thereby acting as “central planners”, a task to which they seem ill-suited.<sup>25</sup> Since anticompetitive conduct is difficult to identify and the virtue of forced sharing is uncertain in most RTD cases, the judicial system must act cautiously when assessing competing actions.<sup>26</sup> An excessive antitrust enforcement could produce “mistaken interferences” of robust competition, and thus “chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect”.<sup>27</sup> Where actions are not clearly beneficial to competition, interventions should be rejected.

Due to the above-mentioned difficulties in identifying anti-competitive RTDs and the importance of monopolies for a dynamic market, in the eyes of the Court, monopoly power is not unlawful unless exceptional circumstances are clearly met. The Court identified *IMS* as the leading case for such exceptions, although it localized it “at or near the outer boundary” of Section 2 liability.<sup>28</sup> The Court then compared the respective facts of the cases and concluded that *Aspen*’s limited exceptions were not applicable in *Trinko* due to the factual disparities. In *Aspen*, the relationship between the parties was existing before, voluntarily entered and profitable, indicating that a termination of this relationship sacrificed short-term profits and therefore followed monopolization purposes only. Such an anticompetitive benefit

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Gellhorn/Kovacic/Calkins*, Antitrust Law and Economics (2004), at 140.

<sup>11</sup> *Cf. Eastman Kodak Co. of New York v Southern Photo Materials Co.* 273 U.S. 359 (1927); *Lorraine Journal Co. v U.S.* 342 U.S. 143 (1951).

<sup>12</sup> *Aspen Skiing v Aspen Highlands Skiing Corp.* 472 U.S. 585 (1985).

<sup>13</sup> *Ibid.* at 597.

<sup>14</sup> *Ibid.* at 608.

<sup>15</sup> *Fox*, 73 Antitrust L.J. (2005) 153, 155.

<sup>16</sup> *Cf. Hecht v Pro-Football, Inc.* 570 F.2d 982 (1977).

<sup>17</sup> *Georges/Bay*, 17 IP & Tech L.J. No. 12 (2005) at 1.

<sup>18</sup> *Troy*, Colum. LRev (1983), 441; *Temple Lang*, 18 Fordham Int’l L.J. (1994) 437, 446.

<sup>19</sup> 540 U.S. 398 (2004).

<sup>20</sup> *Katz/Veel*, 79 Antitrust L.J. (2013) 139, 144.

<sup>21</sup> 540 U.S. 398, 407 (2004); quoting 384 U.S. 563, 570f (1966).

<sup>22</sup> 540 U.S. 398, 407 (2004).

<sup>23</sup> *Candeub*, 66 UPitt LRev (2005) 821, 835f.

<sup>24</sup> 540 U.S. 398, 408 (2004).

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 226 (1993).

<sup>28</sup> 540 U.S. 398, 408, 409 (2004).

could not be seen in *Trinko*.<sup>29</sup> Hence, the duty to deal at least could not “be enforced by means of an antitrust claim”.<sup>30</sup>

At last, the Supreme Court for the first time mentioned the essential facility doctrine and expressed its strong reservations about it noting that it never accepted the doctrine in any case before as it was only crafted by “some lower courts” and will not apply it here.<sup>31</sup>

With *Trinko*, therefore, the Supreme Court severely limited the scope of unlawful RTDs under Section 2 of the Sherman Act.<sup>32</sup> No competitor, once lawfully acquired a monopoly position, should be enjoined from exploiting it.<sup>33</sup> While it accepted the exceptional circumstances set up in *Aspen* to grant a duty to deal, it focused on the distinction of the facts of both cases. The Supreme Court saw the slight benefits of intervention outweighed by its costs and risks.<sup>34</sup> A necessity exists to evaluate the reasoning in *Trinko*, pursuant to which RTDs are actionable under Section 2 of the Sherman Act *post-Trinko*.

### aa) Prior Course of Dealing and Short-Term Profit-Sacrifice

While, the Court in *Aspen* treated the sacrifice of profit from a prior course of dealing only as an objective indicator for anti-competitive intent, in *Trinko*, the profit-sacrifice test was established as the distinctive tool between *Trinko* and *Aspen*. Circuit Courts, following *Trinko*, have required defendants to prove the cessation of prior voluntary business dealings and thereby the scarification of short-run profits as a necessary condition for a Section 2 claim based on RTDs.<sup>35</sup>

If a monopolist engages in an unprofitable RTD, it was assumed that the firm has taken that course of action only to increase barriers to competition, to earn greater monopoly profits in the future.<sup>36</sup> The indicators created in *Aspen* therefore became the mandatory minimum-requirement for U.S. Courts to estimate anticompetitive conducts as they shed light on the motivation of the firm.<sup>37</sup>

### bb) Anticompetitive Intent equals Anticompetitive Effect

Following *Aspen*, *Trinko* mainly focused on the intent behind the defendants conducts as a predictor of the effect of the conducts on competition on the market. The Court set “anticompetitive bent” and “dreams of monopoly”<sup>38</sup> as apparently necessary conditions for application of the ‘*Aspen* exception’ to the general principle of freedom not to deal.<sup>39</sup> As the refusing party in *Trinko* did not terminate a previously entered voluntary deal, the Court deduced from the lack of anticompetitive intent the absence of anticompetitive effect of the conduct.

<sup>29</sup> *Ibid.* at 399.

<sup>30</sup> *Ibid.* at 406.

<sup>31</sup> *Ibid.* at 410.

<sup>32</sup> *Hovenkamp*, UPenn Legal Scholarship Repository (2008) at 31.

<sup>33</sup> *Nagy* 32 *Europ. LRev* (2007) 664, 666.

<sup>34</sup> *Jones*, *Handbook* (2006) 236, 256.

<sup>35</sup> *See cf.* *Covad Commc’ns Co. v Bell Atl.*, 398 F.3d 666, 673 (D.C. Cir. 2005).

<sup>36</sup> *Lao*, 73 *Antitrust L.J.* (2005) 171, 186.

### c) Interim Result

*Trinko* has been recognized as a landmark decision with significant implications for determining the conditions under which RTDs violate Section 2 of the Sherman Act. The profit-sacrifice standard became a necessary condition to sustain RTDs. Notwithstanding *Aspen*’s narrow exceptional circumstances, a wide free-refusal-to-deal principle applies. That is still the law in the U.S. today.

## II. Single-Firm Refusals to Deal under EU Competition Law

Unlike their American counterparts, European institutions have expressed a greater willingness to use antitrust law to oblige firms to deal with (non)competitors. For both the European Commission and the Court of Justice (CoJ), the protection of competition remains paramount as dominant firms have a “special responsibility not to allow its conduct to impair competition on the common market”.<sup>40</sup>

### 1. Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union

The responsibility to protect competition stems directly from Art. 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) (initially: Art. 86 EEC, later: Art. 82 EC), which stipulates that “any abuse by [...] undertakings of a dominant position within the internal market [...] shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States”. In other words, Art. 102 TFEU precludes firms from taking unilateral actions, which are abusive of its dominant position in the market.<sup>41</sup>

Again, paralleling Section 2 of the Sherman Act, a dominant position is not in itself prohibited, but rather conduct that is abusive of it. Art. 102 lit. a-d TFEU provides non-exhaustive examples of what abusive conduct “may, in particular, consist in”. A common theme being drawn from the examples given is to ensure that dominant firms do not impair effective competition by excluding their competitors in an anti-competitive manner (exclusionary conduct).<sup>42</sup> Considering whether conduct has an anti-competitive effect depends on the specific circumstances of each individual case.

### 2. Refusals to Deal under Article 102 TFEU

#### a) Before *Bronner* and *IMS Health*

Against this backdrop, a dominant firm’s RTD constitutes an exclusionary abuse under Art. 102 TFEU if it excludes competitors from entering or remaining in the downstream market.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> *See post-Trinko* *Am. Cent. E. Tex. Gas Co. v. Union Pac. Res. Group Inc.*, 93 F. App’x 1, 9 (5<sup>th</sup> Cir. 2004).

<sup>38</sup> 540 U.S. 398, 409 (2004).

<sup>39</sup> *Fox*, 73 *Antitrust L.J.* (2005) 153, 164.

<sup>40</sup> C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*, 1983 E.C.R. 03461.

<sup>41</sup> *Wish/Bailey*, *Competition Law*, 8<sup>th</sup> Ed. (2015) at 170.

<sup>42</sup> EC Guidance 2009/C 45/02, para. 19.

<sup>43</sup> *Temple Lang*, 18 *Fordham Int’l L.J.* (1994) 439, 445.

The CoJ<sup>44</sup> came to this result in its decision of *Commercial Solvents*, when it had to determine the application of Art. 102 TFEU on RTDs, for the first time.<sup>45</sup> The Court held that an undertaking in a dominant position for the production of raw material used to produce chemicals could not cease to supply the materials to a downstream customer who manufactures derivatives, simply because the dominant firm planned to supply derivatives on the downstream market on its own and wanted to already exclude future competitors.<sup>46</sup> As the decision concerned the termination of supplies to an existing customer, it was uncertain whether, and to what extent the principles set up in *Commercial Solvents* could be broadened to “non-termination” cases.<sup>47</sup>

The Court went further in *United Brands*<sup>48</sup>, where it held that even in the case of a refusal to supply to a distributor in the upstream market, a duty to deal could arise under certain conditions. A duty to deal was issued as the dominant manufacturer could “not stop supplying its long standing customer who abides by regular commercial practice, if the orders placed by that customer are in no way out of the ordinary”.<sup>49</sup> Even though both parties were not competitors on the downstream market, the refusal still had anticompetitive effects, as it was done with the intention to induce the distributors to buy exclusively from the refusing manufacturer.<sup>50</sup> A duty to deal did not require the indications of a price increase in the downstream market or other direct consumer harm, as long as it could not be justified.<sup>51</sup>

EU competition authorities applied the ‘essential facility doctrine’ in a similar direction as taken by the U.S. Federal Courts before.<sup>52</sup> While the doctrine originated in U.S. antitrust law but has remained highly contentious there, it has influenced (especially) the Commission’s decisions in a number of cases. The Commission initially applied the doctrine to port and other transport infrastructures,<sup>53</sup> but subsequently expanded the doctrine’s application to several other facilities. This wide approach placed greater responsibility on the owners of such facilities and a duty to supply was more likely to appear to new as well as existing customers, sometimes even if they could compete without access to the facility.<sup>54</sup>

## b) ECJ’s Decision in *Bronner*

The ECJ’s watershed decision in *Bronner*<sup>55</sup> in 1998 limited the EU approach to RTDs. The Court was considering, in a preliminary ruling, whether a dominant undertaking could be required to supply *new customers* seeking access to its products or

services for the first time. It found that the obligation for dominant firms to grant access to their facilities is limited to a narrow set of ‘exceptional circumstances’.<sup>56</sup> There could only be an abuse of a dominant position if the product or service was “indispensable to carrying on the rival’s business” and thus RTDs could “eliminate all competition on the part of” the undertaking seeking access without being objectively justified.<sup>57</sup>

The ECJ saw the ‘indispensability requirement’ only met in the case that it was not economically viable for a rival to create an own facility capable of gaining a market power comparable to the existing one.<sup>58</sup> The refusal to access the existing scheme, therefore, must constitute a barrier to entry such that it could eliminate all competition in the relevant market.<sup>59</sup> The ECJ had to consider if there were alternative solutions to the current structure and if so, whether technical, legal or economic obstacles made it impossible or unreasonably difficult for the competitors to create these alternative solutions – regardless of whether those were less advantageous.<sup>60</sup> The Court emphasized that it is not enough for the refused party to argue that the establishment of its own facility was simply too expensive for it due to the small size of his business.<sup>61</sup> Rather, it is necessary “at the very least” to establish that it was not economically viable for a competitor of ‘equal size’ to create its own product or service.<sup>62</sup> In other words, indispensability could only be assumed, if the creation of an alternative solution was impossible even for a hypothetically similar sized competitor of the dominant undertaking.

While the ECJ seemed to apply the ideas of the U.S. ‘essential facility doctrine’, it limited the scope of its application as facilities were not lightly be termed ‘indispensable’. Whereas the Commission assumed the essential facility doctrine to be satisfied in the present case, the ECJ did not pursue this wide approach.<sup>63</sup>

## c) ECJ’s Decision in *IMS Health*

In the *post-Bronner* decision of *IMS Health*<sup>64</sup> in 2004, the ECJ reinforced the *Bronner* ‘indispensability test’ and transformed it into a substantive test for the question of refusals to license intellectual property rights (IPR).

After confirming that a refusal to license IPR can fall within the exceptional circumstances of the RTD doctrine, the Court set out three conditions to be satisfied so that a refusal to license

<sup>44</sup> Later European Court of Justice (ECJ) – therefore, it will be referred to as ECJ.

<sup>45</sup> Case 6 & 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA & Commercial Solvents Corp. v Commission*, 1974 E.C.R. 225.

<sup>46</sup> *Ibid.* at 256.

<sup>47</sup> *Leistner*, 3 ZWeR (2005) 138, 140.

<sup>48</sup> C-27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission*, 1978 E.C.R. 207.

<sup>49</sup> *Ibid.* at 292.

<sup>50</sup> *Temple Lang*, 18 Fordham Int’l L.J. (1994) 439, 476.

<sup>51</sup> C-27/76, 1978 E.C.R. 207 at 196.

<sup>52</sup> *Hedberg* (1999) at 9.

<sup>53</sup> Cf. Decision 94/19/EC relating to a proceeding pursuant to Article 86 of the EC Treaty (IV/34.689 - Sea Containers v. Stena Sealink).

<sup>54</sup> Decision 2002/165 relating to a proceeding pursuant to Article 82 of the EC Treaty (COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health) para. 63.

<sup>55</sup> C- 7/97, *Oskar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*, 1998 E.C.R. I-7791.

<sup>56</sup> *Leistner*, 3 ZWeR (2005) 138, 144.

<sup>57</sup> C- 7/97, 1998 E.C.R. I-7791, para. 38, 41; The ECJ set up the requirement already in earlier decisions, see cf. C-311/84, *CBEM-Télémarketing v Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion and Information Publicité Benelux*, 1985 E.C.R. 3261.

<sup>58</sup> C- 7/97, 1998 E.C.R. I-7791, para. 46.

<sup>59</sup> *Van Bael/Bellis*, 5<sup>th</sup> Ed. (2009) at 843; C- 7/97, 1998 E.C.R. I-7791, para. 66.

<sup>60</sup> *Leistner*, 3 ZWeR (2005) 138, 144; C- 7/97, 1998 E.C.R. I-7791, para. 44.

<sup>61</sup> *Ibid.* para. 45.

<sup>62</sup> *Ibid.* para. 46.

<sup>63</sup> *Leistner*, 3 ZWeR (2005) 138, 149.

<sup>64</sup> C-418/01, *IMS Health v NDC Health*, 2004 E.C.R. I-05039.

‘indispensable’ IPRs constitutes an abuse. Those circumstances require (1) the prevention of the emergence of a new product for which there is a potential consumer demand, (2) that it is unjustified and (3) such as to exclude any competition on a secondary market.<sup>65</sup> The Court explicitly clarified that it reads the criteria cumulatively.<sup>66</sup> In addition to the *Bronner* conditions, which emphasized the importance of freedom of contract for the market, the Court preserved IPRs in the sense that no compulsory license can be imposed if the competitor does not propose to market a new product to benefit consumer welfare. From setting up the conditions, the indispensability and new product requirement are such that everything will turn on the application of these conditions to the facts of the case. For the definition of the ‘indispensability’ requirement, the Court relied on its earlier decisions in *Bronner*.<sup>67</sup>

The ECJ underlined the significance of IPRs for the competitiveness of many industrial sectors. It made clear that a plain obliged license would only harm the authors’ incentive to invest and innovate without creating sufficient benefits for the market.<sup>68</sup> While the Court generally emphasized that a refusal to license IP can be subject to EU competition law, the expansion of exceptional circumstances to IP cases intended to limit a duty to license to situations in which the consumer’s benefits of licensing are large, while the negative effects on the incentives to innovate are small. This should prevent an over-extensive application of Art. 102 TFEU towards IP licensing.<sup>69</sup>

The *IMS Health* condition of a ‘new product’ was highly criticized by scholars<sup>70</sup> and got watered down three years later in the Court of First Instance’s *Microsoft*<sup>71</sup> decision. The Court in *Microsoft* took the view that the new product requirement would be satisfied as long as the adjustment of a slightly modified product somehow benefits consumer demands and is not simply duplicative.<sup>72</sup> This requirement thereby mostly lost its importance as a necessary precondition in refusal to license cases. The main elements of the test will therefore remain the exclusion of any competition due to the facilities’ indispensability without any justification.

#### d) Interim Result

EU competition law recognizes a potential duty to deal in both refusal to supply and refusal to license IP cases. Still, *Bronner* and *IMS Health*, significantly narrowed the approach by requiring special circumstances to be fulfilled cumulatively to grant a duty to deal. Only where RTDs concern an indispensable facility, owned by a dominant firm, which is likely to exclude all competition, a duty to deal might occur. Potential business

alternatives – even less advantageous ones – preclude any anti-trust claim by a competitor, as long as they are possible and not unreasonably difficult to achieve.<sup>73</sup>

### C. Comparison of the EU and U.S. Approaches

As shown, both the U.S. and EU approach respect the freedom of contract regarding RTDs but differ on the scope of use of anti-trust enforcement to protect competition. The different requirements produce disparities in the respective outcomes, to put it in the words of some scholars, as far as “[c]oncepts which appear now to be mythical beasts in s.2 jurisprudence – price squeezes, essential facilities, refusals to deal – are alive and well and living in Europe”.<sup>74</sup>

#### I. The Main Differences between EU and U.S. Antitrust Enforcement on RTD Cases

Comparing both wordings, Art. 102 TFEU and Section 2 of the Sherman Act seem to correlate with each other. However, upon further assessment, the antitrust law’s approaches to RTDs vary and contain significant differences.

Both Art. 102 TFEU and Section 2 of the Sherman Act require defining the relevant market and a firm’s dominant position in it. The EU’s threshold for establishing market dominance is generally lower than the U.S. benchmark. In U.S. antitrust law, sometimes even if a firm has a market share of 100%, it can be treated as insufficient where there is ease of entry, as further factors, other than a calculation based purely upon market share, must also be taken into account.<sup>75</sup> By contrast, the EU commission prescribes, that a firm’s attainment of 50% market share – under certain conditions already approximately 40%<sup>76</sup> – is strong evidence that a firm has a dominant position.<sup>77</sup> Other factors such as the likelihood of expansions play a (mostly) subordinate role.<sup>78</sup>

Art. 102 TFEU parallels Section 2 of the Sherman Act by requiring anticompetitive effects to distinguish the proportionate use of a lawfully acquired dominant position from an abusive conduct.<sup>79</sup> While both jurisdictions prohibit so-called ‘exclusionary conducts’ as anticompetitive practices, the threshold for what sort of conduct qualifies as such is the crucial point of distinction between the two approaches. Some scholars even see a “exclusionary conduct ‘definition war’” among the positions.<sup>80</sup>

EU competition law aims to protect consumer welfare and competition by the establishment of a trans-European fair and equal market.<sup>81</sup> Art. 102 TFEU as part of the EU Treaties follows a long run socioeconomic movement that promotes Member

<sup>65</sup> *Ibid.* para. 38.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.* para. 40.

<sup>68</sup> *Derclaye*, 29 *Europ. LRev* (2004) 687, 695.

<sup>69</sup> *Ahlborn/Evans/Padilla*, 28 *Fordham Int’l L. J.* (2005) 1109, 1110; *Leistner*, 3 *ZWeR* (2005) 138, 153.

<sup>70</sup> *Cf. Conde Gallego*, *Research Handbook* (2008) 215, 559, stating: “requiring the [...] undertaking to intend to offer a new product will make no sense”.

<sup>71</sup> T-201/04 *Microsoft Corp v Commission of the European Communities*, 2007 E.C.R. 11-03601.

<sup>72</sup> *Ibid.* para 647.

<sup>73</sup> *Leistner*, 3 *ZWeR* (2005) 138, 154.

<sup>74</sup> *Duncan/Coleman/Daniel/Haleen*, 2 *GCLitRev* (2009) 148, 158.

<sup>75</sup> *U.S. v Syufy* 903 F.2d 659 (9th Cir. 1990).

<sup>76</sup> T-219/99 *British Airways v Commission*, 2003 II E.C.R. 5917.

<sup>77</sup> C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission*, 1991 E.C.R. I-3359.

<sup>78</sup> EU Commission Guidance on Art. 82 EC, *Official Journal of the European Union*, 2009/C 45/02, at 1, 3.

<sup>79</sup> *Leistner*, 3 *ZWeR* (2005) 138, 156.

<sup>80</sup> *Gavil*, 72 *Antitrust L.J.* (2005) 3, 5.

<sup>81</sup> *Ehlermann*, 29 *CM LRev* (1992) 257, 261ff; *Fox*, 59 *Antitrust Bulletin* (2014) 129, 132.

State integration to create an “ever closer union” and a level playing field through economic ties between all States.<sup>82</sup> Consumers are protected indirectly by protecting the uniform market structure, maintaining an open market and preserving alternative products to the dominant firm’s facility.<sup>83</sup> Thus, a conduct is already seen as exclusionary, if it somehow creates obstacles affecting the open access of other firms to the market or harm a level playing field in the EU.<sup>84</sup> Anticompetitive intent by the dominant firm is not required as the focus is on the objective effect of the firm’s action. Following the decisions in *Bronner* and *IMS Health*, the spotlight is on the indispensability of a facility by which a refusal to gain access to a service or product prevents rivals from competing by means other than “normal competition” or “competition on the merits”. If the refusal excludes all competition on the market for the product, it is assumed that the conduct indirectly harms consumers too and a duty to deal is likely to be granted. Thus, the termination of a former voluntary agreement is not a requirement under EU law and a distinction between the RTD with non-competitors or competitors is rather formal as it has no real impact on the outcome of the case.

U.S. antitrust law acknowledges a duty to deal only when a firm with monopoly power makes an unjustified change in a course of dealing which it voluntarily entered before, to the detriment of the market and its consumers. The mere fact that a conduct by a dominant firm excludes or injures a competitor and thereby reduces competition does not create unlawfulness. Even aggressive competition strategies are welcomed as long as they benefit consumer welfare.<sup>85</sup> Therefore, U.S. antitrust law does not condemn conduct as exclusionary unless it violates the standard of appropriate behavior. In the cases of *Aspen* and *Trinko*, the Supreme Court heavily relied on the profit-sacrifice-test to define this standard. In circumstances of doubt about whether an RTD is an anticompetitive conduct or a competitive merit, the legal assumption of a lawful competitive conduct will mostly prevail.<sup>86</sup> RTDs, thus, are not illegal, even in situations where they are arbitrary or have no justification.<sup>87</sup>

Due to the legally obtained exclusive position of IP holders, *a fortiori*, there is even greater reluctance to impose an obligation to license IPRs in the U.S.<sup>88</sup> The Court of Appeals for the Federal Circuit categorically rejects a duty to license IP rights in cases they were legally obtained and not used beyond the rights statutorily granted.<sup>89</sup> This unqualified protection of IPRs, characterized as triggers for innovation, precludes *a priori* to consider a refusal to license IP an antitrust violation by itself.

To conclude, a dominant manufacturer has significantly less room to refuse to deal with rivals or customers in the EU than

similarly situated firms have in the U.S. The threshold for a firm’s position being dominant is mostly higher under Section 2 of the Sherman Act than under Art. 102 TFEU. U.S. case law raised the bar by requiring qualified anticompetitive effects of profit-sacrifice or clear damage on consumer welfare. Under EU competition law, pure market power can suffice to impose a duty to deal as long as it excludes fair competition on the market.

## II. Discussing both Approaches

Having portrayed the differences between the approaches, an analysis can be made as to which system provides more certainty and effectiveness and should therefore be given priority to.

### 1. (Economic) Effects of Mandatory Market Access

Whilst conducting such a comparison, one must keep in mind that the aim of antitrust law is to protect markets from anticompetitive behavior.<sup>90</sup> Thus, the effects of duties to deal on undertaking’s competitive behavior are necessary to be enlightened. The mandatory access debate is framed around a trade-off between *ex ante* and *ex post* effects of judicial interventions.<sup>91</sup>

On one hand, duties to deal can reduce firm’s *ex ante* incentives to innovate and invest on the market.<sup>92</sup> While both the ECJ and the Supreme Court have taken into account its detrimental effect, U.S. Courts especially emphasized the alleged positive effects of monopolies for economic welfare. Monopoly power is viewed as a catalyst for competitive processes in a free market and as an important driving force to induce risk taking by competitors.<sup>93</sup> As Judge Hand stated, “[t]he successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins.”<sup>94</sup> By creating the legal ability to exclude others from using the invention and charge monopoly prices, successful inventors are rewarded and competitors are driven to follow their example. Thus, the market tends toward self-correction without a need of excessive regulative intervention (the so-called “Chicago School” approach).<sup>95</sup> Duties to deal could facilitate entry of inefficient producers not required to develop varied products to enter the market leading to a decline of innovation.<sup>96</sup>

On the other hand, duties to deal can also have the *ex post* effect of an increase of competition and consumer welfare on the downstream market if it enables competitors to gain access to an otherwise inaccessible market and facilitates the development of new products.<sup>97</sup> EU competition aims to protect the individual rights of (especially smaller) competitors against harms which are not part of the normal “competition on the merits” but stem from exclusionary conducts that impede fair competition.<sup>98</sup> Fair access to the market is seen as a guarantee for a functioning

<sup>82</sup> *Ohlhausen*, Remarks at the Georgetown Global Antitrust Symposium, 19.09.2016, at 9.

<sup>83</sup> T-201/04 *Microsoft v Commission*, 2007 E.C.R. II-03601; C-95/04 P *British Airways v Commission*, 2007 E.C.R. I-2331.

<sup>84</sup> See T-219/99 *British Airways v Commission*, 2003 E.C.R. II-5917.

<sup>85</sup> U.S. DoJ, Sec. 2 Report (2008) at 14.

<sup>86</sup> 540 U.S. 398, 414 (2004).

<sup>87</sup> *Nagy*, 32 EL Rev (2007) 664, 672.

<sup>88</sup> *Katz/Veel*, 79 Antitrust L.J. (2013) 139, 144.

<sup>89</sup> *Cf. In re Independent Serv. Org. Antitrust Litig.*, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

<sup>90</sup> *Fox*, 26 World Comp. (2003) 149.

<sup>91</sup> *Geradin*, 41 CM LRev (2004) 1519, 1538.

<sup>92</sup> *Ahlborn/Evans/Padilla*, 28 Fordham Int’l L.J. (2004) 1109, 1137.

<sup>93</sup> 540 U.S. 398, 407 (2004).

<sup>94</sup> *Hand J.*, U.S. v *Aluminium Co. of America* 148 F.2d (2d Cir. 1945) 416, at 430.

<sup>95</sup> *Schweitzer* in Ehlermann/ Marquis (Eds.), *Europ. Comp. L.A.* (2007) at 28; *Jacobs*, 74 NC LRev (1995) 219, 222.

<sup>96</sup> *Ahlborn/Evans/Padilla*, 28 Fordham Int’l L.J. (2004) 1109, 1138.

<sup>97</sup> *Ibid.* at 1137.

<sup>98</sup> *Schweitzer* in Ehlermann/ Marquis (Eds.), *Europ. Comp. L.A.* (2007) at 41.

competition resulting in consumer welfare in the long run.<sup>99</sup> This effect is especially observed in circumstances whereby a product is indispensable to carry on business on that market in any manner so that a duty to deal is necessary to create competition in the first instance.

Taking both effects into account, monopolists should be allowed to compete on the merits as this is what generally drives innovation and lowers consumer prices. Forced sharing of facilities diminishes the incentive to create alternatives and thereby chills innovation. However, innovation is not harmed by compulsory supply where no alternatives exist or are possible to be created. In markets without reasonable alternatives to the provided facility – which is exactly the requirement for indispensability of the facility in EU law – no undertaking could otherwise compete with the monopolist.<sup>100</sup> Instead, it is, after all, not effective if every competitor would be required to build up its own telephone or port infrastructure or other indispensable facility to gain access to the market. Sitting monopolists, that do not fear competition, do not feel innovative pressure.<sup>101</sup> A likelihood arises for dominant firms to focus more on the oppression of potential competitors than on consumer needs.<sup>102</sup> There is no guarantee, that excessive revenues of dominant firms would be reinvested in innovation. A duty to deal under those conditions is not, as in Judge Hand's understanding, a dominant firm's punishment for its success but for its abusive restriction of competition. A too restrictive approach by a sole faith in the market's self-regulation leaves no space to adequately address and react to negative market influences by monopolies.<sup>103</sup>

An effective protection of competitors against exclusionary conducts much more guarantees the individual rights of every undertaking and increases the incentives of smaller market players and potential newcomers to invest and compete as well.<sup>104</sup> Consumers can benefit from divergent competition on the market as well as more market players can foster competition and drive prices down. Thus, the argument that a duty to deal undermines the incentives to innovate and invest is often made too readily.

## 2. Costs of Legal Errors in Refusal to Deal Cases

As it is mostly difficult to balance with certainty those beneficial and adverse effects of antitrust intervention, mistakes are likely to arise and incorrect justifications may be taken.<sup>105</sup> Two kinds of misjudgment must be considered hereby. EU law accepts more the risk of *false positives* (wrongful judicial intervention), but pays highly attention to *false negatives* (wrongful judicial nonintervention) and its costs. U.S. antitrust law conversely is mostly concerned with the risk of *false positives* and its harm on competitors' free actions. According to Forrester, “[t]he [EU] Commission attributes comparatively lower weight to a

dominant player's freedom to run its own business, and comparatively more weight to the protection of competitors than U.S. courts”.<sup>106</sup> It seems that to balance between U.S.'s and EU's approach, the question that is required to be considered is what harms free competition more. The exclusion of smaller competitors and the harm of consumer welfare resulting from supra-competitive prices due to a lack of judicial intervention, or the chilling effects on incentives for investment and innovation by overzealous antitrust enforcement.

The answer cannot lie in a simple “Better” or “Worse” to the respective false intervention. From an error cost perspective, an appropriate equilibrium between both errors can be tailored to the specific case and is superior to one focusing solely on one of the errors. Aggressive competition is, without doubt, damaged by *false positives*. And aggressive competition can benefit innovative dynamism and consumer welfare. Advocate-General Jacobs in *Bronner* acknowledged this risk.<sup>107</sup> He noted that the necessity to ensure that procompetitive strategies are not wrongly thwarted and that competitors are not protected to the detriment of competition.<sup>108</sup> Thus, *Bronner* and *IMS Health* effectively narrowed compulsory sharing to “careful justification” to limit the costs of expected errors and require impossibility of any alternative solution to the indispensable facility so that a duty to deal is most likely to cause welfare increase.<sup>109</sup> An accused over-excessive antitrust enforcement under Art. 102 TFEU, thus, must be objected. The U.S. approach, while effectively excluding *false positive*, is cautious in identifying and remedying exclusionary conduct.<sup>110</sup> It leaves a broad space for judicial nonintervention in cases exclusionary conducts are taken but not identified as such and thus does not effectively contain *false negative*.

## 3. The Exceptional Circumstances Test – The Legal Standard in Both Jurisdictions

On both sides of the Atlantic, the Courts condemn RTDs as antitrust violations only in “exceptional circumstances”. Both impair high, albeit different hurdles. The high level of consciousness by U.S. Courts of the possibility to inappropriately override property owner's rights has led to an RTD test *post-Trinko*, which seems too narrow to guarantee an adequate protection of competition.

*Trinko* used the discontinuance of the prior agreement as a principle to distinguish its facts from *Aspen* on the basis that an RTD case can succeed only, if a defendant reneged from an earlier voluntary deal, not minding sacrifice short-term profits for later anti-competitive gain. Such a requirement discourages monopolists to deal with competitors in the first place and thereby supports imbalance in the market.<sup>111</sup> It is contradictory if a system that on the one side tries to promote monopolists to deal with competitors and third parties for a competitive market, on

<sup>99</sup> Fox, 26 World Competition (2003) 149, 155f.

<sup>100</sup> Candeub, 66 UPitt LRev (2005) 821, 836.

<sup>101</sup> Meadows, 25 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. (2015) 795, 808; Conde Gallego, Research Handbook (2008) 215, 220.

<sup>102</sup> Drexler, IIC (2004) 788, 796.

<sup>103</sup> Apel (2015) at 516.

<sup>104</sup> Schweitzer in Ehlermann/ Marquis (Eds.), Europ. Comp. L.A. (2007) at 41.

<sup>105</sup> Ahlborn/Evans/Padilla, 28 Fordham Int'l L.J. (2004) 1109, 1111.

<sup>106</sup> Forrester, 28 Fordham Int'l L. J. (2005) 919, 920.

<sup>107</sup> Opinion of Advocate-General Jacobs in *Bronner*, E.C.R. I-7791, I-7805-06 (1998) at 44ff.

<sup>108</sup> Jones, Handbook (2006) 236, 241.

<sup>109</sup> Ahlborn/Evans/Padilla, 28 Fordham Int'l L.J. (2004) 1109, 1144.

<sup>110</sup> Jones, Handbook (2006) 236, 264.

<sup>111</sup> Fox, 26 World Competition (2003) 149, 160f.

the other side makes discontinuance from a dealing a necessary ingredient for antitrust violation and thereby induces monopolists not to enter agreements as a precautionary measure against antitrust actions.<sup>112</sup> While the evidence of profit-sacrifice may support a finding of exclusionary conduct, not all monopoly firm's exclusionary strategies require a profit-sacrifice.<sup>113</sup> *Trinko* itself illustrates the limitations of the profit-sacrifice requirement as a helpful predictor of anticompetitive intent.<sup>114</sup> While in *Trinko*, the dominant firm's refusal was facially anticompetitive and harmed consumers. Still, the Court refused to facilitate competition as the firm never voluntarily shared its facilities before and so terminated no previously entered agreement.

Following those disadvantages in the U.S. approach, the exceptional circumstances established in *Bronner* and *IMS Health*, in many respects, allow for a more appropriate and nuanced judicial intervention. The indispensability and objective justification requirements do not involve a termination of a former voluntary agreement or the sacrifice of profit, thus, allow a more flexible application of the law. The ECJ does not entirely exclude IP from antitrust control and allows judicial intervention where competition and consumers benefit from a duty to license that otherwise excludes all competition. Even if one were not to share the application of antitrust law on IP licensing, at all events competitors' access to indispensable IPs would make economic sense to at least guarantee the effective allocation of resources and reasonable pricing from which consumers can benefit<sup>115</sup> – by antitrust enforcement or other means.

### III. Conclusion

The different approaches to the RTD doctrine are highly debated in the transnational antitrust community. This is not at least attributable to the fact that the effect of a duty to deal has the potential to both enhance and impede competition in the relevant market.

There is consensus between both approaches that competition law should not intervene where the market can be expected to self-correct exploitative practices. Judicial intervention should only be taken where fair and effective competition is no longer ensured due to RTDs.<sup>116</sup> The little room left in U.S. Supreme Court and lower court caselaw *post-Trinko* seems too small and uncertain to effectively protect competition and consumer welfare where it is needed. There is a certain risk that, if *Trinko* is understood the way outlined in this article, incumbent monopolists will be insulated from anticompetitive abuses that have a real possibility of inflicting antitrust law. Therefore, EU competition law proves to be more balanced and thus favorable in its exceptional circumstances. It does concern both *false negative*

and *false positives* and creates manageable criteria to impose proportionate duties to deal whenever competition in a market depends on having access to a specific facility.

### D. “Big Tech” – Creating a more Converging Path

The latest technological developments in high-tech industries might create an opportunity for U.S. antitrust law to join the EU in effectively combatting abusive RTDs. The so-called “Big Tech” companies, including Google, Facebook, Amazon, Microsoft and Apple – to mention only the most popular – have built worldwide dominant market structures and, to accelerate growth, tend to acquire actual or potential competitors (i.e. startups) or oust competitors from using their platforms in order to preserve their dominant positions.<sup>117</sup> Due to the immense investment requirements, network effects and the big data necessity to develop accurate algorithms, access to their platforms and online facilities seems indispensable for undertakings and a refusal to grant access can significantly harm competition on the digital markets.<sup>118</sup> Access to what once was regarded as being essential, railways, harbors etc., nowadays turned into a necessary access to digital platforms, the essential facilities of the 21<sup>st</sup> century. Gaining monopoly positions in these digital markets was made, also and especially, possible by the *laissez-faire* antitrust enforcement by U.S. authorities.

Though, the high reluctance of judicial intervention in RTD cases *post-Trinko* is observed by some U.S. authorities as back-firing. In 2009, the U.S. Department of Justice (DoJ) changed its policy due to the developments by withdrawing its Section 2 Report. The report favored extreme caution and granted high obstacles for antitrust enforcement to apply to RTD cases. Assistant Attorney General *Varney* stated that it would no longer be sufficient to “rely upon the marketplace[’s self-correction] alone to ensure that competition and consumers will be protected”.<sup>119</sup> The DoJ stated that it is necessary to preserve an “open and level playing field” to foster innovation through competition, which needs to be guaranteed through antitrust enforcement.<sup>120</sup> Whether antitrust enforcement in RTD cases should therefore also be expanded to IP law remains uncertain. However, a tendency towards a renunciation of the common legal practice of U.S. antitrust authorities can be seen.

In 2019, the Federal Trade Commission (FTC) reached a \$5 billion settlement with Facebook caused by concerns not only about antitrust issues but concerns about the abuse of market power regarding customers data privacy.<sup>121</sup> Only about a year later, in October 2020, the DoJ filed a lawsuit against Google, a company against which the European Commission has launched three separate antitrust investigations and charged fines totalling about €8 billion since 2010, creating the agency's first major

<sup>112</sup> *Drexel*, IIC (2004) 788, 799.

<sup>113</sup> *Lao*, 73 Antitrust L.J. (2005) 171, 188.

<sup>114</sup> *Ibid.* at 189.

<sup>115</sup> *Drexel*, IIC (2004) 788, 805.

<sup>116</sup> *O'Donoghue/Padilla*, 2<sup>nd</sup> Ed. (2013), at 637.

<sup>117</sup> Wu/Thompson, The Roots of Big Tech Run Disturbingly Deep, The New York Times, June 7, 2019, <https://www.nytimes.com/interactive/2019/06/07/opinion/google-facebook-mergers-acquisitions-antitrust.html> (accessed Dez 29, 2020).

<sup>118</sup> *Freeman/Sykes*, Antitrust and “Big Tech” (2019) at 21.

<sup>119</sup> Press Release of the DoJ of May 11, 2009: “Justice Department withdraws report on Antitrust Monopoly Law”.

<sup>120</sup> *Pozen*, Antitrust Division DoJ (2012) at 14.

<sup>121</sup> Press Release of the DoJ of Jul 24, 2019: “Facebook Agrees to Pay \$5 Billion and Implement Robust New Protections of User Information in Settlement of Data-Privacy Claims”.

antitrust case against Big Tech since 1998.<sup>122</sup> Due to these latest developments, whilst there is still no clear step-back of the U.S. “Chicago School-shaped” Courts from their reluctant antitrust enforcement, there is room for optimism that EU and U.S. anti-trust law are on converging paths.

*\*Lennart Levita studiert Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und ist studentische Hilfskraft bei Herrn Prof. Dr. Boris P. Paal M. Jur. (Oxford) am Institut für Medien- und Informationsrecht, Abt. I: Zivil- und Wirtschaftsrecht, Medien- und Informationsrecht. Der Artikel basiert auf seiner Seminararbeit im Seminar zum Transnational Antitrust Law bei Prof. Dr. Alexander Riesenkampff, Prof. Laurence T. Sorkin und Dr. Sebastian Steinbarth, LL.M.*

---

<sup>122</sup> Press Release of the DoJ of Oct 20, 2020: “Justice Department Sues Monopolist Google For Violating Antitrust Laws”; the FTC sued Microsoft for

illegally maintaining its monopoly position in the PC market in 1998, *cf.* U.S. v. Microsoft Corporation, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

# Die autonome Künstliche Intelligenz- Zwischen Mensch und Maschine?!

Paul Maier\*

Thema dieses Beitrags ist der Vertragsschluss durch eine Künstliche Intelligenz (KI) mit hohem Autonomiegrad. Dabei wird vergleichend auf automatisierte Willenserklärungen Bezug genommen und eine durch die KI abgegebene Erklärung rechtlich gewürdigt. Im Anschluss wird ein Überblick über die Haftung autonomer Systeme und deren Konstruktion verschafft sowie am Beispiel von § 15 I AGG eine Gefährdungshaftung durch eine europarechtskonforme Auslegung diskutiert.

## A. Einleitung

Die Welt befindet sich in einem digitalen Wandel, der mit atemberaubender Geschwindigkeit immer weiter voranschreitet. Dabei entwickeln sich Künstliche Intelligenzen stetig weiter. In der Konsequenz treffen intelligente Systeme losgelöst von menschlichem Einfluss Entscheidungen. Mit dieser Weiterentwicklung geht die Frage einher, ob das BGB mit dem Fortschritt noch mithalten kann. Dabei ist klar, dass der technische Fortschritt durch unsere Rechtsordnung ummantelt werden muss. Folglich müssen frühzeitig die rechtlichen Weichen für die kommende Automatisierung gestellt werden. Im Folgenden soll auf Problematiken, die im Zusammenhang mit dem Einsatz Künstlicher Intelligenzen auftreten, eingegangen werden. Insbesondere sollen die Probleme des Vertragsschlusses und des Verschuldens in Interaktion mit einer Künstlichen Intelligenz mit hohem Autonomiegrad dargestellt und etwaige Lösungswege aufgezeigt werden. Dabei wird vertieft auf die Rolle der KI im Recruiting-Prozess von Unternehmen und die damit verbundene Haftungsfrage eingegangen.

## B. Vertragsschluss

Um sich mit der Problematik der Willenserklärung von autonomen Künstlichen Intelligenzen vertraut zu machen, ist es elementar, sich den allgemeinen Umgang mit automatisierten Willenserklärungen eines Systems in Erinnerung zu rufen. Indem das System wie ein Bote behandelt wird, ist die automatisierte Willenserklärung dem Betreiber zuzurechnen. Denn hier wird dieselbe Erklärung, die zuvor programmiert wurde, durch das System abgegeben. Aufgrund des Einsetzens des Systems als Übermittler der Willenserklärung, hat dieses keinen Einfluss auf den Vertragsschluss. Daher ist der Inhalt im Voraus bestimmbar und vorhersehbar. Bei einer KI wird zwar auch eine Programmierung vorgenommen, diese bezieht sich aber nur auf den Rah-

men, in dem das intelligente System agieren kann. Bei Willenserklärungen von Künstlichen Intelligenzen handelt es sich nicht um vorab festgelegte Willenserklärungen, die nur durch das System abgegeben werden. Im Gegenteil, bei einer Künstlichen Intelligenz bestimmt gerade diese den Inhalt der Erklärung anhand des bisher erlernten Algorithmus; und das völlig autonom von dessen Betreiber.

Der entscheidende Unterschied liegt somit in der Entscheidungsgewalt der autonomen KI, welche durch weite und unpräzise Rahmenbedingungen geschaffen wird. Hinzukommt, dass sich die KI eigenständig weiterentwickeln kann. Sie verliert damit einen großen Teil ihrer Werkzeugeigenschaft. Dabei deutet sich eine gewisse Parallele an: Die KI ähnelt aufgrund ihres Spielraums einem menschlichen Vertreter, wohingegen ein System, das vorgefasste automatische Willenserklärungen abgibt, Ähnlichkeit mit einem Boten aufweist.

## I. Stellvertretung und Botenschaft

Dementsprechend werden Stimmen in der Literatur laut, die eine auf die §§ 164 ff. BGB beschränkte Teilrechtsfähigkeit autonomer Systeme fordern und somit das Stellvertretungsrecht gem. §§ 164 ff. BGB anwenden wollen.<sup>1</sup> Hierbei soll das autonome System einem minderjährigen Vertreter i. S. d. § 165 BGB gleichgestellt werden<sup>2</sup> und dessen Eigenhaftung gem. § 179 Abs. 3 BGB ausgeschlossen werden.<sup>3</sup> Andere wiederum wollen die Abgabe von Willenserklärungen durch autonome Systeme als Unterfall der „Automatisierten Willenserklärung“ einordnen.<sup>4</sup>

Zunächst ist festzuhalten, dass eine KI keine Rechtsfähigkeit besitzt.<sup>5</sup> Geht es nicht um die allgemeine Teilhabe am Privatrechtsverkehr, sondern um die Fähigkeit, Träger ganz bestimmter Rechte und Pflichten zu sein, handelt es sich um besondere Rechtsfähigkeiten wie eine Teilrechtsfähigkeit.<sup>6</sup> Nach der Personenlehre des BGB können nur natürliche Personen gem. § 1 BGB oder juristische Personen durch Kodifizierung rechtsfähig sein,<sup>7</sup> vgl. §§ 21, 22 BGB, 13 GmbHG, 1 AktG.<sup>8</sup> Würde man hingegen die Fähigkeit, das eigene Verhalten zu kontrollieren und zu beherrschen, als ausschlaggebendes Kriterium für die Anerkennung eines rechtsfähigen Subjekts ansehen,<sup>9</sup> könnten autonome Systeme als juristische Verantwortungsträger qualifiziert werden.<sup>10</sup>

Jedoch ist äußerst zweifelhaft, ob eine autonome KI einen Willen haben kann, der Voraussetzung für eine eigene Willenserklärung und zugleich Stellvertretung ist. So ist der Wille etwas

<sup>1</sup> Sorge, Softwareagenten, 2005, S. 118.

<sup>2</sup> Paulus/Matzke ZfPW 2018, 431 (444).

<sup>3</sup> Specht/Herold MMR 2018, 40 (43).

<sup>4</sup> Paulus/Matzke ZfPW 2018, 431 (443).

<sup>5</sup> Pieper GRUR-Prax 2019, 298 (300).

<sup>6</sup> MüKoBGB/Lipp Art. 7 EGBGB, Rn. 16.

<sup>7</sup> Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts, Rn. 167 f.

<sup>8</sup> MüKoBGB/Spickhoff, § 1 Rn. 1.

<sup>9</sup> Vgl. Schirmer JZ 2016, 660 (662).

<sup>10</sup> Specht/Herold MMR 2018, 40 (43).

Menschliches. Durch ihn können Menschen ihre Entscheidungen determinieren und im Zuge dessen ein Verhalten entwickeln. Der KI einen Willen zuzusprechen, erscheint deshalb problematisch, da diese ihre Entscheidungen lediglich auf der Grundlage von Berechnungen und objektiven Werten trifft. Einen Willen zeichnet es aber im Gegensatz zur bloßen Rechnung gerade aus, Entscheidungen auf Basis anderer Faktoren wie Motive oder Emotionen zu treffen. Ein Wille ist folglich viel komplexer als eine reine Zahlenrechnung und eine Teilrechtsfähigkeit ist im Ergebnis abzulehnen.

Damit ist die Stellvertretung allenfalls durch eine Analogie zu §§ 164 ff. BGB möglich. Eine Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenslage liegen unproblematisch vor. Damit ginge allerdings auch die Haftung gem. § 179 BGB einher. Folgte man aber der ersten Ansicht unter der Modifikation, dass eine Analogie gebildet wird, so würde die Haftung gem. § 179 Abs. 3 BGB beschränkt. In der Konsequenz wird das Risiko der Einschaltung und des Fehlverhaltens der KI ohne Grund auf den Vertragspartner abgewälzt. Zugleich könnte sich der Geschäftsherr stets auf eine fehlende Bevollmächtigung berufen, sollte eine eigenständige, nicht vom Algorithmus erfasste Entscheidung getroffen worden sein.<sup>11</sup> Auch wäre dem Vertragspartner aufgrund der vermögenslosen KI ein Regress unmöglich.<sup>12</sup> Im Ergebnis profitiert der Geschäftsherr durch das effizientere und kostensparende Verwenden der KI, während sein Gegenüber das Risiko des Fehlverhaltens der KI trägt und dabei keine Möglichkeit hat, Regress zu nehmen. Dies erscheint nicht interessensgerecht.

Daher wird ein Haftungsdurchgriff auf den Geschäftsherrn gefordert.<sup>13</sup> Dies folge aus dem Prinzip der Risikonutzung.<sup>14</sup> So muss derjenige, der die Vorteile einer risikoerhöhenden Automation für sich in Anspruch nimmt, auch die damit verbundenen spezifischen Risiken in Gestalt der Zurechnung selbst unliebsamer Willenserklärungen tragen.<sup>15</sup> Dagegen spricht aber, dass die KI völlig autonom agiert und es der Natur der Stellvertretung fernliegt, eine Durchgriffshaftung zu bejahen. So ist es gerade das Telos des § 179 BGB, die Haftung auf den Stellvertreter zu begrenzen.

Vor dem Hintergrund dieser Haftungsfrage ist daher zu erörtern, ob eine Handhabung der Willenserklärung der KI als Unterfall der automatisierten Willenserklärung angemessener ist. Hierbei erscheint der Handlungsspielraum der KI, dem eine Anwendung der §§ 164 ff. BGB gerecht käme, problematisch.

Allerdings ließe sich argumentieren, dass die generelle Teilnahme am Rechtsverkehr auch bei Nutzung autonomer Systeme immer auf einen menschlichen Willen zurückgeht.<sup>16</sup> Demensprechend besitzt derjenige, der sich für die Vornahme rechtsgeschäftlicher Erklärungen im Rechtsverkehr eines autonomen Software-Algorithmus bedient, einen generellen Handlungswillen und ein allgemeines Erklärungsbewusstsein.<sup>17</sup> Gleichwohl

wird die Vorstellung des Nutzers von den Erklärungen der KI bei steigender Autonomie und vermehrter Einbeziehung von Umweltfaktoren beim Zustandekommen des Erklärungsbewusstseins immer allgemeiner und unpräziser.<sup>18</sup> Zugleich kann eine selbstverfasste Willenserklärung einer KI, die eigenständig lernt, ab einem gewissen Punkt die zuvor festgelegten Parameter überschreiten. Ab diesem Zeitpunkt kann das Handeln mithin nicht mehr auf einen menschlichen Willen zurückgeführt werden.<sup>19</sup>

Des Weiteren erscheint die Zurechnung eines konkreten Geschäftswillens bei eigenständigem Handeln der KI problematisch,<sup>20</sup> sodass die Möglichkeit der Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB bestünde.<sup>21</sup> Dies spräche wiederum für eine Behandlung der KI als Botin. Ebenso käme es bei dieser Kategorisierung nicht zu einem untypischen Haftungsdurchgriff, da der Bote bei ordnungsgemäßer Übermittlung grundsätzlich keine Haftung übernimmt.<sup>22</sup> Problematisch erscheint dennoch der sehr große Handlungsspielraum der KI, welcher in einer diametralen Beziehung zur Position des Boten als bloßer Überbringer steht.<sup>23</sup> Mithin ist eine Einstufung der KI als Unterfall der automatisierten Willenserklärung aufgrund ihrer bedeutenden autonomen Entscheidungskraft zu verneinen. Aber auch eine analoge Stellvertretung ist wegen des resultierenden Haftungsvakuums nicht anzunehmen.

## II. Blanketterklärung

Die im BGB kodifizierten Rechtsinstitute der Stellvertretung und der Botenschaft kommen mithin zu keinem befriedigenden Ergebnis. Sich dies vor Augen haltend, kommt eine Einordnung als Blanketterklärung in Betracht. Eine solche liegt vor, wenn der Blankettnehmer aufgrund einer Ausfüllermächtigung eine inhaltlich absichtlich unvollständige, aber vom Blankettgeber bereits unterzeichnete Erklärung vervollständigt.<sup>24</sup> Die Blanketterklärung steht damit dogmatisch zwischen Stellvertretung und Botenschaft.<sup>25</sup> Der Blankettnehmer hat den Entscheidungsspielraum des Stellvertreters, während die Erklärung, die dem Blankettgeber als eigene Willenserklärung zugerechnet wird, nur durch den Blankettnehmer als Boten ausgefüllt und abgegeben wird.<sup>26</sup> Dabei wird die Erklärung dem Blankettgeber zugerechnet, sodass sich das zuvor angesprochene Haftungsvakuum schließt. Eine Zurechnung des durch den Blankettnehmer ausgefüllten Teils der Erklärung erfolgt über die §§ 164 ff. BGB analog.<sup>27</sup>

Allerdings muss hierbei geklärt werden, ob eine Anwendung der Blanketterklärung auf autonome Systeme angezeigt ist. Man könnte in der Installation und der Aufgabenverteilung der KI das unvollständige Dokument sehen, das anschließend durch den Algorithmus ausgefüllt wird.<sup>28</sup> Auch bei einer Blanketterklärung hat der Erklärende keinen direkten Einfluss auf den Inhalt

<sup>11</sup> BGH NJW 2000, 2984 (2985).

<sup>12</sup> Vgl. Wettig/Zehender, *The Electronic Agent*, 2003, S. 7.

<sup>13</sup> Habersack/Zickgraf ZHR 182 (2018).

<sup>14</sup> Wiebe, *Die elektronische Willenserklärung*, 2002, S. 216f.

<sup>15</sup> Paulus/Matzke ZfPW 2018, 431 (445).

<sup>16</sup> Paulus/Matzke ZfPW 2018, 431 (444).

<sup>17</sup> Spindler/Schuster, *Recht der elektronischen Medien*, 2019, § 116 Rn. 6.

<sup>18</sup> Pieper InTer 2018, 9.

<sup>19</sup> Riehm ITRB 2014, 113; Kluge/Müller DSRITB 2016, 989 (995).

<sup>20</sup> Paulus/Matzke ZfPW 2018, 431 (444).

<sup>21</sup> BGH NJW 1984, 2279.

<sup>22</sup> MüKoBGB/Armbrüster, § 120 Rn. 8.

<sup>23</sup> Jauernig/Mansel, 2018, § 164 Rn. 13 f.

<sup>24</sup> Fischer, *Die Blanketterklärung*, 1975, S. 1.

<sup>25</sup> Kainer/Förster ZfPW 2020, 275.

<sup>26</sup> Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2020, § 50 Rn. 100.

<sup>27</sup> BGHZ 132, 119.

<sup>28</sup> Kainer/Förster ZfPW 2020, 275 (290).

der Erklärung.<sup>29</sup> Ist eine KI involviert, ist der Blankettnehmer jedoch kein Mensch, sondern ein Programm, dem Entscheidungskompetenz eingeräumt wird. Rechnet man aber die Erklärung eines menschlichen Stellvertreters zu, dann doch erst recht, eine Erklärung, die von einem Programm abgegeben wurde, das der Vertretene selbst installiert hat.<sup>30</sup> Insofern bestehen für die Anwendung keine Hindernisse.

Es ist aber zu bedenken, dass eine grundsätzlich zulässige Anfechtung bei fehlerhafter Vervollständigung aufgrund des schutzwürdigen Vertrauens der Gegenseite gem. § 172 BGB analog ausgeschlossen ist.<sup>31</sup> Im Hinblick auf die Risikolehre ist dies auch angebracht. Nach dieser muss sich der Verwender eine solche Erklärung zurechnen lassen, da er das Risiko selbst gesetzt hat. Er kann dafür Regress beim Blankettnehmer nehmen, mangels Haftungsmasse aber nicht an einer KI. Folglich setzt sich der Verwender einem erheblichen Haftungsrisiko ohne Rückgriffsmöglichkeiten aus. Der Betreiber ist sich dessen bei Inbetriebnahme bewusst. Auch profitiert er als einziger vom Einsatz der KI, sodass hierin keine nachteilige Risikoverteilung liegt.

### C. Haftung und Zurechnung

Der Einsatz von KIs führt jedoch nicht nur zu Problemen im Zusammenhang mit Vertragsschlüssen. In logischer Konsequenz des Einsatzes von KIs stellt sich die Frage der Haftung. Eine besondere Bedeutung kommt dieser Thematik vor dem Hintergrund der Autonomie der KI zu, die sie von herkömmlichen Werkzeugen unterscheidet.

Diese Problematik realisiert sich insbesondere, wenn im Recruiting von großen Unternehmen Künstliche Intelligenzen eingesetzt werden. Dabei sollen die autonomen Systeme bspw. Bewerbungen eigenständig bearbeiten und ohne Einfluss der Mitarbeiter Zu- und Absagen erteilen. Dies wird durch *supervised learning* erreicht. Hierbei wird die KI mit vielen verschiedenen Personenprofilen versorgt, bei denen bereits über eine Annahme oder Absage entschieden wurde. Anhand dessen versucht die KI vergleichend Entscheidungen zu treffen (binäre Klassifizierung). Indes erscheint eine 100%ige Genauigkeit der KI unrealistisch, sodass nicht auszuschließen ist, dass die Künstliche Intelligenz Entscheidungen entgegen dem Willen des Arbeitgebers trifft und dabei gegen die in § 1 AGG festgelegten Grundsätze verstößt. Dabei sind vor allem Minderheiten und Frauen (bspw. bei einer Ablehnung aufgrund einer potenziellen Schwangerschaft) betroffen. Im Zuge der Autonomie der KI und deren Fähigkeit sich selbstständig weiterzuentwickeln, kann es zu fehlerhaften Entscheidungen seitens der KI kommen, die einen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG gegen das Unternehmen begründen. Allerdings verlangt § 15 Abs. 1 AGG ein Verschulden des Arbeitgebers. Es ist daher zum einen zu

klären, wie die KI hinsichtlich eines eigenen Verschuldens einzuordnen ist, zum anderen, ob ihr Agieren dem Verwender zu-rechenbar ist.

### I. Schuldfähigkeit der KI

Zunächst liegt es nahe, eine mögliche Schuldfähigkeit für Künstliche Intelligenzen zu konstruieren. Allerdings setzt Verschulden nach allgemeinem Verständnis eine willentliche Steuerung des eigenen Handelns voraus.<sup>32</sup> Zwar besitzt eine KI eine gewisse Autonomie, dies lässt aber noch nicht den Schluss auf eine selbstbestimmte Entscheidung der KI zu. So beruht die Fähigkeit der KI autonom zu handeln und Entscheidungen zu treffen, letztlich auf dem Willen des Entwicklers.<sup>33</sup> Mithin ist die KI nur in dem Maße autonom, welches der Programmierer ihr zugestanden hat.<sup>34</sup> Gleichwohl darf nicht verkannt werden, dass die KI bei einem hohen Grad an Autonomie nicht mehr direkt durch Menschen gesteuert wird und zugleich gelernt hat, sich unbeeinflusst von der Programmierung weiterzuentwickeln.<sup>35</sup> Jedoch beruht auch diese Fähigkeit der KI auf dem Entschluss des Herstellers, ihr diese Möglichkeit einzuräumen. Zudem geht das BGB von einer grundsätzlichen Schuldfähigkeit eines Menschen aus und wurde nicht für künstliche Intelligenzen konzipiert. Eine Rechtsfähigkeit der KI ist abzulehnen, sodass auch eine Schuldfähigkeit und Haftung der KI selbst ausscheidet.<sup>36</sup>

### II. Die Zurechnung des Agierens der KI

Dabei ist zu überlegen, ob eine direkte Zurechnung zu der dahinterstehenden Person erfolgen kann.<sup>37</sup> Wie dargelegt, ist eine KI nicht rechtsfähig und kein Haftungssubjekt, sodass ihre Handlungen auf die dahinterstehenden Personen zurückgeführt werden müssen. Gleichzeitig kann ab einem gewissen Grad an Autonomie und Weiterentwicklung nicht mehr mit Sicherheit gesagt werden, ob eine vom System abgegebene Erklärung tatsächlich vom Nutzer stammt und diesem zurechenbar ist.<sup>38</sup> Um eine Zurechnung trotz fehlender Schuldfähigkeit zu konstruieren, kommt eine analoge Anwendung mehrerer Zurechnungsnormen in Betracht.<sup>39</sup>

Eine Zurechnung könnte durch § 278 BGB analog auf Künstliche Intelligenzen erfolgen.<sup>40</sup> So macht es für einen außenstehenden Dritten keinen Unterschied, ob ein Unternehmen für einen Entscheidungsprozess Menschen oder eine KI einsetzt.<sup>41</sup> Auch trägt der Arbeitgeber für die Arbeitnehmer Verantwortung, welche er in wirtschaftlichen Prozessen einsetzt.<sup>42</sup> Somit ist nicht ersichtlich, wieso eine KI sich außerhalb dieses Verantwortungsbereichs bewegen sollte. Gegen eine Anwendung spricht, dass Entwicklungen und Entscheidungen selbstlernender autonomer Systeme für das Unternehmen nicht vorhersehbar sind.<sup>43</sup> Mithin kann hieran nicht für eine Zurechnung angeknüpft werden.<sup>44</sup> Aber auch die vielen verschiedenen Formen von KIs und

<sup>29</sup> John, Haftung für künstliche Intelligenz, 2007, S. 105 ff.

<sup>30</sup> Kainer/Förster ZfPW 2020, 275 (290).

<sup>31</sup> BGHZ 132, 119.

<sup>32</sup> BeckOK-BGB/Spindler, 55. Edition, 2020, § 827, Rn. 1.

<sup>33</sup> Günther/Böglmüller BB 2017, 53.

<sup>34</sup> Günther/Böglmüller BB 2017, 53 (55).

<sup>35</sup> Ernst JZ 2017, 1026 f.

<sup>36</sup> Börding/Jülicher/Röttgen/v. Schönfeld CR 2017, 134 (140).

<sup>37</sup> Schaub JZ 2017, 342 (344).

<sup>38</sup> Kluge/Müller DSRITB 2016, 989, 995.

<sup>39</sup> Borges NJW 2018, 977 (980).

<sup>40</sup> Klingbeil JZ 2019, 718 (720).

<sup>41</sup> Freyler NZA 2020, 284 (289).

<sup>42</sup> Dzida/Groh NJW 2018, 1917 (1920).

<sup>43</sup> Dzida/Groh NJW 2018, 1917 (1920).

<sup>44</sup> Bräutigam/Klindt NJW 2015, 1137 (1139).

das fehlende einheitliche Begriffsverständnis sprechen gegen eine Analogie.<sup>45</sup>

Möglicherweise könnte eine verschuldensunabhängige Zurechnung gem. § 833 S. 1 BGB analog die Lösung sein.<sup>46</sup> Der Betreiber eröffnet durch den Einsatz von KIs eine Betriebsgefahr und zieht selbst wirtschaftliche Vorteile aus deren Einsatz. Deshalb erscheint eine Gefährdungshaftung ähnlich wie im Straßenverkehr oder beim Halten von Luxustieren gerechtfertigt, insbesondere da sich Verwender den täglichen Gefahren durch die Zusammenarbeit mit Robotern nur schwer entziehen können.<sup>47</sup> Beispielsweise trifft den Halter eines Tieres die Haftung für Schäden, die durch das Tier verursacht werden. Dabei differenziert das BGB nach Luxus- und Nutztieren.<sup>48</sup> Die Tierhalterhaftung ist für Luxustiere als Kausalhaftung ausgestaltet,<sup>49</sup> während es sich bei Nutztieren um eine Verschuldenshaftung handelt, vgl. § 833 S. 2 BGB. Wollte man dies nun auf KIs übertragen, so wäre zum einen zweifelhaft, weshalb für „Nutz-KIs“ eine verschuldensabhängige und für „Luxus-KIs“ eine verschuldensunabhängige Haftung gelten sollte. Zudem erscheint es problematisch, wie diese beiden Formen voneinander abzugrenzen sind. Es mangelt mithin an einem trennscharfen allgemeinen Abgrenzungskriterium, weshalb eine Zurechnung nicht durch § 833 BGB analog zu bewältigen ist.<sup>50</sup>

Eine zufriedenstellende Zurechnungsnorm stellt auch nicht § 31 BGB analog dar. Diese Zurechnung wird allgemein für Repräsentanten eines Unternehmens verwendet und kommt der KI dahingehend nahe, dass auch sie nach außen hin als Repräsentantin auftreten kann. Allerdings erscheint die Gleichsetzung einer KI bspw. mit einem Vorstandsmitglied einer Gesellschaft doch etwas zu weitgehend. Ohnehin würde dies eine außergewöhnliche Ausweitung des Anwendungsbereichs der Norm zur Folge haben. Somit scheitern die Zurechnungsnormen des BGB an dieser Stelle.

### III. Europarechtskonforme Auslegung des § 15 I AGG

Allerdings wird über eine verschuldensabhängige Haftung für Künstliche Intelligenzen gestritten.<sup>51</sup> Dabei werden Versicherungslösungen<sup>52</sup> und eine Gefährdungshaftung<sup>53</sup> diskutiert. Die Überlegung einer Gefährdungshaftung könnte im konkreten Bezug auf § 15 Abs. 1 AGG vielleicht gar nicht erforderlich sein, da dieser nicht nur ein Verschulden seitens des Arbeitgebers verlangt, sondern darüber hinaus das Verschulden sogar vermutet. Man könnte deshalb meinen, der Arbeitnehmer sei durch die Beweislastumkehr des § 15 Abs. 1 S. 2 AGG ausreichend geschützt.

Gelingt es aber dem Unternehmen, die Verschuldensvermutung des § 15 Abs. 1 S. 2 AGG zu widerlegen, indem aufgezeigt wird, dass eine Verschuldenszurechnung de lege lata nicht möglich ist, hinterließe dies ein untragbares Haftungsvakuum in einem stark frequentierten Bereich. Dem könnte man aber durch eine europarechtskonforme Auslegung des § 15 Abs. 1 AGG begegnen. Denn die Europarechtrichtlinie, im Zuge derer die Haftung

nach § 15 AGG eingeführt wurde, sah eine verschuldensunabhängige Haftung vor.<sup>54</sup> Daher soll im Folgenden eine Gefährdungshaftung diskutiert werden, die das ansonsten drohende Haftungsvakuum schließt.

Bei einer Gefährdungshaftung soll derjenige, der zu seinem Nutzen einen gefährlichen Betrieb unterhält, den Schaden tragen, der in der Verwirklichung des Risikos bei anderen entsteht und von diesem nicht verhindert werden kann.<sup>55</sup> Problematisch ist aber, ob die Haftung nach § 15 Abs. 1 AGG überhaupt erweitert werden darf. Hiergegen spricht der ausdrückliche Wortlaut des § 15 Abs. 1 S. 2 AGG, der eine Verschuldenshaftung verlangt. Auch ist das Prinzip der Verschuldenshaftung grundtypisch für das Zivilrecht. Jede Ausnahme verschuldensunabhängiger Haftung ist normiert, vgl. §§ 1 ProdHaftG, 536a BGB. Daher erscheint es problematisch, eine verschuldensunabhängige Haftung als Rechtsinstitut ohne Anker im Gesetz zu entwickeln. Aus systematischer Sicht ist anzumerken, dass in § 15 Abs. 2 AGG eine verschuldensunabhängige Haftung vorgesehen ist. Diese erstreckt sich zwar auf immaterielle Güter. Hierdurch wird aber eine Wertentscheidung des Gesetzgebers deutlich, der sich bewusst gegen eine verschuldensunabhängige Haftung in § 15 Abs. 1 AGG entschied. Eine europarechtskonforme Auslegung entgegen dem eindeutigen Wortlaut und Willen des deutschen Gesetzgebers ist somit zum jetzigen Zeitpunkt unangebracht.

Darüber hinaus wird im Vergleich zu den §§ 832 ff. BGB deutlich, dass der Gesetzgeber bei der Haftung für selbstständig agierende Wesen traditionell eher auf Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr setzt und die Kausalhaftung nur in engen Ausnahmefällen einführt.<sup>56</sup> Im Ergebnis scheidet eine Gefährdungshaftung im Falle des § 15 I AGG aus. Auch kann die Vermutung gem. § 15 Abs. 1 S. 2 AGG, wie bereits dargestellt, mangels Zurechnungsmöglichkeit widerlegt werden. Dies hinterlässt gerade im Falle des § 15 Abs. 1 S. 2 AGG einen haftungsleeren Raum.

### D. Fazit

Sowohl die Stellvertretungsregeln als auch die Botenschaft kommen bei Künstlichen Intelligenzen mit hohem Autonomiegrad zu keinem befriedigenden Ergebnis. Teils mangelt es an einer Regressmöglichkeit, teils wird eine bloße Überbringerfunktion dem enormen Handlungsspielraum der KI nicht gerecht. Gegenwärtig kann die Verwendung von autonomen Künstlichen Intelligenzen beim Vertragsschluss nur durch die Einordnung als Blanketterklärung interessensgerecht geregelt werden. Gleichwohl wäre eine Kodifizierung wünschenswert. Ein weitaus größeres Problem stellt die Haftung für die KI und die Zurechnung ihres Agierens dar. Mangels Schuldfähigkeit muss das Verhalten der KI zwangsläufig auf die dahinterstehende Person zurückgeführt werden. Allerdings passen die üblichen Zurechnungsnormen selbst in analoger Anwendung nicht für ein autonomes System.

<sup>45</sup> BeckOGK-BGB/Benecke, § 15 Rn. 31.

<sup>46</sup> Spindler CR 2015, 766 (775).

<sup>47</sup> Groß/Gressel NZA 2016, 990.

<sup>48</sup> Staudinger/Eberl-Borges, § 833 Rn. 1 ff.

<sup>49</sup> Deutsch NJW 1992, 73 (75).

<sup>50</sup> Borges NJW 2018, 977.

<sup>51</sup> Borges NJW 2018, 977 (979 f.).

<sup>52</sup> Lutz NJW 2015, 119 (121).

<sup>53</sup> Borges CR 2016, 272 (279).

<sup>54</sup> Richtlinie 76/207/EWG.

<sup>55</sup> Palandt/Sprau, § 823 Rn. 5.

<sup>56</sup> Borges NJW 2018, 977.

Mit Blick auf das Arbeitsrecht und den § 15 Abs. 1 AGG wird es den Unternehmen gelingen, die Vermutung des § 15 Abs. 1 S. 2 AGG zu widerlegen und somit einer Haftung zu entgehen. Dies könnte allenfalls durch eine europarechtskonforme Auslegung des § 15 Abs. 1 AGG, also mittels einer Gefährdungshaftung verhindert werden. Dennoch ist eine solche Auslegung entgegen dem klaren Willen des Gesetzgebers und dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 AGG nicht angezeigt. Die gegenwärtige Rechtslage ist daher für eine sichere Zurechnung und Haftung für autonome Künstliche Intelligenzen nicht vorbereitet und erfordert eine Weiterentwicklung.

*\* Der Autor studiert zum Wintersemester 2021/22 im siebten Semester an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht (Prof. Dr. Jan Lieder, Freiburg). Der Beitrag ist zum Teil vor dem Hintergrund der Hausarbeit in der Übung im Zivilrecht für Fortgeschrittene im Wintersemester 2020/2021 entstanden.*

# Dworkins Integritätskonzept: Rekonstruktion, Operationalisierbarkeit und Analysekapazität

Johann Seidel\*

Ronald Dworkin war einer der bedeutendsten englischsprachigen Rechtsphilosophen. Sein Werk ist im englischsprachigen rechtsphilosophischen Diskurs weiterhin präsent und dient zahlreichen Rechtsphilosophen als fruchtbare Reibungsfläche. Im Vergleich zum englischsprachigen Diskurs ist *Dworkins* Werk im deutschsprachigen rechtsphilosophischen Diskurs weniger stark rezipiert worden. Indem der Aufsatz mit *Dworkins* Integritätskonzept einen wesentlichen Teil dessen Werks beleuchtet, will er hieran etwas ändern.

## A. Hinführung

Zwei Momente von *Dworkins* Werk können als *Dworkins* Integritätskonzept bezeichnet werden: Herleitung und Gehalt des Werts der Integrität und *Dworkins* den Wert der Integrität mit weiteren Komponenten verknüpfende Rechtsanwendungstheorie.<sup>1</sup> Der Aufsatz begreift *Dworkins* Rechtsanwendungstheorie als dessen Integritätskonzept.<sup>2</sup>

*Dworkin* hat in zahlreichen Werken Ausführungen zu seiner Rechtsanwendungstheorie gemacht.<sup>3</sup> In *Law's Empire*, seinem Hauptwerk, hat er die Rechtsanwendungstheorie am ausführlichsten entfaltet und erstmals explizit mit dem Wert der Integrität verknüpft.<sup>4</sup> Daher begrenzt sich der Aufsatz auf die in *Law's Empire* entfaltete Rechtsanwendungstheorie.

Ziel des Aufsatzes ist die Rekonstruktion der Rechtsanwendungstheorie und die kritische Auseinandersetzung mit ihr.

Die Rekonstruktion erfasst die Komponenten der Rechtsanwendungstheorie (C.) und das aus den Komponenten zusammengefügte Rechtsanwendungsschema (B.).

Das Schema, also das Ergebnis der Zusammenfügung der Komponenten, wird der Rekonstruktion der Komponenten vorangestellt. Dieser auf den ersten Blick womöglich überraschende Aufbau ist durch sein verständnisförderndes Potential gerechtfertigt. Die Rekonstruktion der teils sehr abstrakten und sich weit vom Schema entfernenden Ausführungen *Dworkins* bezüglich einzelner Komponenten ist verständlicher, wenn bekannt ist, zu welchem Ergebnis sich die Komponenten zusammenfügen. Der Aufbau bedingt zudem, dass sich das Schema und die in ihm genutzten Begriffe erst während der Rekonstruktion der Komponenten erhellen.

Die kritische Auseinandersetzung ist größtenteils mit der Rekonstruktion verwoben. Das resultiert daraus, dass die Rekonstruktion u. a. die Stabilität des die Rechtsanwendungstheorie tragenden Gedankengebäudes untersucht.<sup>5</sup> Werden Spannungen oder Unvollständigkeits benannt, schlägt die Rekonstruktion in kritische Auseinandersetzung um.<sup>6</sup> Die kritische Auseinandersetzung versucht, Spannungen oder Unvollständigkeits durch

<sup>1</sup> *Dworkins* Rechtsanwendungstheorie und Rechtsanwendungstheorie werden synonym genutzt. Der Begriff Rechtsanwendung ist folgend Arbeitsbegriff; ebenso *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates – Geschichte und Theorie einer juristischen Denkfigur 2015, S. 320 (dortige Fn. 11). Er ist kein Votum für ein in Rechtsetzung/-anwendung und gegen ein in Rechtserzeugung/-erkenntnis differenzierendes Modell; vgl. *Bumke*, Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung, in: *Bumke* (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung 2012, S. 35; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz – Studien zur Interpendenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie 1999, S. 307 bezüglich des ersten Modells; vgl. *Jestaedt* (Fn. 1), S. 322 bezüglich des zweiten Modells. In den Fußnoten wird meist zuerst auf die die Aussage im Haupttext bedingende Stelle in *Law's Empire* und/oder einem anderen Werk *Dworkins* und anschließend auf die Stelle ebenso rekonstruierende Literatur verwiesen.

<sup>2</sup> Ähnlich *Bumke*, Rechtsdogmatik – Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise: Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys 2017, S. 136; *Soper*, Harvard Law Review (Harv. L. Rev.) 1987, 1166, 1176 f. Dass *Dworkin* seine Rechtsanwendungstheorie als Integrität im Recht; *Dworkin*, Law's Empire 1986, S. 225; Recht als Integrität; *Dworkin* (Fn. 2), S. 238; und judikative Integrität; *Dworkin* (Fn. 2), S. 225; bezeichnet, stützt die Entscheidung.

<sup>3</sup> Vgl. *Dworkin*, Justice for Hedgehogs 2011, S. 99 ff.; *Dworkin*, A Matter of Principle 1985, S. 119 ff.; *Dworkin*, Taking Rights Seriously 1977,

S. 81 ff., 279 ff.; *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen – Übersetzt von Ursula Wolf 1984 (folgend statt *Taking Rights Seriously* zitierte deutsche Übersetzung von *Taking Rights Seriously*), S. 144 ff., 448 ff. bezüglich primär die Rechtsanwendungstheorie betreffender Ausführungen.

<sup>4</sup> Vgl. *Honeyball/Walter*, Integrity, Community and Interpretation – A Critical Analysis of Ronald Dworkin's Theory of Law 1998, Vorwort; *Po-scher*, JuristenZeitung (JZ) 2013, 1 f. bezüglich dessen, dass *Law's Empire* *Dworkins* Hauptwerk ist; vgl. *Bittner*, Recht als interpretative Praxis – Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts 1988, S. 119 (dortige Fn. 23); *Gaffney*, Ronald Dworkin on Law as Integrity – Rights as Principles of Adjudication 1996, S. 119; *Henley*, Ratio Juris 1990, 14, 22; *Marmor*, Law and Philosophy (LP) 1991, 383 (dortige Fn. 1) bezüglich dessen, dass die Rechtsanwendungstheorie in *Law's Empire* am ausführlichsten entfaltet ist; vgl. *Allan*, Cambridge Law Journal (Cambridge L. J.) 1993, 64; *Raz*, Between Authority and Interpretation – On the Theory of Law and Practical Reason 2009, S. 47 bezüglich dessen, dass die Rechtsanwendungstheorie in *Law's Empire* erstmals explizit mit dem Wert der Integrität verknüpft ist.

<sup>5</sup> Vgl. *Bumke* (Fn. 2), S. 102 bezüglich eines ähnlichen Rekonstruktionsverständnis.

<sup>6</sup> Vgl. *Bumke* (Fn. 2), S. 102 bezüglich des kritischen Potentials von Rekonstruktionen; siehe exemplarisch C. II. bezüglich des Benennens einer Unvollständigkeit.

sich in *Dworkins* Gedankengebäude einfügende Ausführungen aufzulösen.<sup>7</sup>

Dem Gewebe aus Rekonstruktion und kritischer Auseinandersetzung folgt eine knappe Evaluation der Operationalisierbarkeit der Rechtsanwendungstheorie (D.), die zugleich zu der den Abschluss des Aufsatzes bildenden beispielhaften Veranschaulichung der Analysekapazität der Rechtsanwendungstheorie (E.) überleitet.

Oft mit *Dworkin* assoziierte sich teils überschneidende Momente, wie die Regel-Prinzipien-Dichotomie<sup>8</sup>, die These der Rechte<sup>9</sup>, die These einer richtigen Antwort<sup>10</sup> und die Differenzierung in einfache und schwierige Fälle<sup>11</sup>, nehmen in *Law's Empire* keine exponierte Stellung ein.<sup>12</sup> Daher werden sie folgend nicht dezidiert behandelt, sondern an gebotener Stelle angeschnitten.<sup>13</sup> Entsprechendes gilt für die Beiträge von *Law's Empire* zu der *Hart-Dworkin*- und *Fish-Dworkin*-Debatte.<sup>14</sup>

## B. Schema<sup>15</sup>

In der ersten Phase werden die zum Recht gehörenden Elemente<sup>16</sup> und mögliche Fallentscheidungen (Fallentscheidungen)<sup>17</sup> gesammelt.

In der zweiten Phase werden die dem Recht zugrunde liegenden Prinzipien (Rechtsprinzipien)<sup>18</sup> und die den Fallentscheidungen zugrunde liegenden Prinzipien (Entscheidungsprinzipien)<sup>19</sup> expliziert. Danach werden die dem betroffenen Rechtsgebiet zugrunde liegenden Prinzipien (Rechtsgebietsprinzipien) und die Entscheidungsprinzipien verglichen.<sup>20</sup> Fallentscheidungen, deren Entscheidungs- den Rechtsgebietsprinzipien in nicht ausreichendem Maß entsprechen, werden aussortiert.<sup>21</sup> Entsprechen nur die Entscheidungsprinzipien einer Fallentscheidung

den Rechtsgebietsprinzipien in ausreichendem Maß, wird diese Fallentscheidung gewählt.<sup>22</sup> Entsprechen Entscheidungsprinzipien mindestens zweier Fallentscheidungen den Rechtsgebietsprinzipien in ausreichendem Maß, wird die Interpretation fortgesetzt.<sup>23</sup> Es werden Rechts- und Entscheidungsprinzipien verglichen.<sup>24</sup> Fallentscheidungen, deren Entscheidungs- den Rechtsprinzipien in nicht ausreichendem Maß entsprechen, werden aussortiert.<sup>25</sup> Entsprechen nur die Entscheidungsprinzipien einer Fallentscheidung den Rechtsprinzipien in ausreichendem Maß, wird diese Fallentscheidung gewählt.<sup>26</sup> Entsprechen Entscheidungsprinzipien mindestens zweier Fallentscheidungen den Rechtsprinzipien in ausreichendem Maß, wird die Interpretation fortgesetzt.<sup>27</sup>

In der dritten Phase werden Rechts- und Entscheidungsprinzipien erneut verglichen.<sup>28</sup> Fallentscheidungen, deren Entscheidungs- den Rechtsprinzipien nicht bestmöglich entsprechen, werden aussortiert.<sup>29</sup> Entsprechen nur die Entscheidungsprinzipien einer Fallentscheidung den Rechtsprinzipien bestmöglich, wird diese Fallentscheidung gewählt.<sup>30</sup> Entsprechen Entscheidungsprinzipien mindestens zweier Fallentscheidungen den Rechtsprinzipien je bestmöglich, wird die Interpretation fortgesetzt.<sup>31</sup> Ist eine Fallentscheidung die gerechteste und ergebnisfairste, wird sie gewählt.<sup>32</sup> Ist eine Fallentscheidung die gerechteste und eine andere die ergebnisfairste, wird in verfassungsrechtlichen Fällen die gerechteste und sonst die ergebnisfairste gewählt.<sup>33</sup>

<sup>7</sup> Siehe exemplarisch C. III. 1. a) bezüglich der Auflösung einer Spannung.  
<sup>8</sup> Vgl. *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen – Übersetzt von Ursula Wolf 1984, S. 42 ff. bezüglich der Dichotomie.  
<sup>9</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 8), S. 144 ff. bezüglich der These der Rechte.  
<sup>10</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 8), S. 448 ff. bezüglich der These einer richtigen Antwort.  
<sup>11</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 255 f., 265 f., 352 ff., 449 bezüglich der Differenzierung.  
<sup>12</sup> Vgl. *Bittner* (Fn. 4), S. 119 (dortige Fn. 23) bezüglich der Stellung der Dichotomie; vgl. *Herbst*, JZ 2012, 891, 895; *Waldron*, The Rule of Law as a Theater of Debate, in: *Burley* (Hrsg.), *Dworkin and his Critics – With Replies by Dworkin* 2004, S. 328 f. bezüglich der Stellung der Thesen; vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 266, 352 ff. bezüglich der Stellung der Differenzierung.  
<sup>13</sup> Siehe C. I. 1. a) bezüglich der Dichotomie; siehe Fn. 42 bezüglich der Thesen; siehe Fn. 27 bezüglich der Differenzierung.  
<sup>14</sup> Siehe Fn. 42, 94, 97 bezüglich der *Hart-Dworkin*-Debatte; siehe Fn. 34 bezüglich der *Fish-Dworkin*-Debatte.  
<sup>15</sup> Die Darstellung des Schemas verweist nicht auf alle die Schritte des Schemas bedingenden Ausführungen in *Law's Empire*. Stattdessen wird auf die Rekonstruktionen der Komponenten, aus denen sich die Schritte zusammenfügen, und auf *Dworkins* dem Schema folgende Entscheidung des *McLoughlin*-Falls verwiesen; vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 23 f., 238 ff.; *Guest*, Ronald Dworkin 1992, S. 69 ff. bezüglich der Entscheidung und dem ihr zugrunde liegenden Sachverhalt. Das Schema dient der richterlichen Bewertung eines Sachverhalts. *Dworkin* klammert Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung durch Verwaltung aus; *Dworkin* (Fn. 2), S. 11 f.; *Bittner* (Fn. 4), S. 164, 172; vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 1991, S. 278; *Wank*, Juristische Methodenlehre – Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis 2020, S. 53 f. bezüglich Schwierigkeiten der Sachverhaltsfeststellung. Folgend wird nicht zwischen auf Gesetz, Urteil und/oder Verfassung basierender Rechtsanwendung differenziert; ähnlich *Soper*, Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin

Dispute, in: *Cohen* (Hrsg.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* 1984, S. 11. Etwaige Differenzen sind mit den ausgeklammerten Prinzipien- und Zielsetzungsargumenten verknüpft; siehe Fn. 127 bezüglich der Argumente.  
<sup>16</sup> *Dworkins* Verweis auf ältere Urteile; *Dworkin* (Fn. 2), S. 242; setzt den Schritt implizit voraus. Der Schritt fügt sich aus den Komponenten C. I., III. zusammen. Folgend wird das Kürzel der Komponenten genannt.  
<sup>17</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 240; C. I., II., III.  
<sup>18</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 242, 245; C. I., III.  
<sup>19</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 240 f.; C. I., II., III.  
<sup>20</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 242; C. I., II., IV.  
<sup>21</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 242; C. I., II., III., IV.  
<sup>22</sup> Da *Dworkin* die Interpretation nur fortsetzt, wenn Entscheidungsprinzipien mindestens zweier Fallentscheidungen den Rechtsgebietsprinzipien in ausreichendem Maß entsprechen; *Dworkin* (Fn. 2), S. 245; setzt er den Schritt implizit voraus. C. I., II., III., IV.  
<sup>23</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 245; C. I., II., III., IV.  
<sup>24</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 245; C. I., II.  
<sup>25</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 245; C. I., II., III.  
<sup>26</sup> Da *Dworkin* die Interpretation nur fortsetzt, wenn Entscheidungsprinzipien mindestens zweier Fallentscheidungen den Rechtsprinzipien in ausreichendem Maß entsprechen; *Dworkin* (Fn. 2), S. 246 f.; setzt er den Schritt implizit voraus. C. I., II., III.  
<sup>27</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 246 f.; C. I., II., III. Fälle sind schwierig, wenn die Interpretation an dieser Stelle fortgesetzt wird; *Dworkin* (Fn. 2), S. 255 f., 352 f.  
<sup>28</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 246 f.; C. I., II.  
<sup>29</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 247; C. I., II., III.  
<sup>30</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 247; C. I., II., III.  
<sup>31</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 248; C. I., II., III.  
<sup>32</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 249; C. I., II., III.  
<sup>33</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 249 f.; C. I., II., III.

## C. Komponenten

### I. Konstruktive Interpretation

#### 1. Rekonstruktion konstruktiver Interpretation

*Dworkins* Rechtsanwendungstheorie basiert auf dem Zugriff konstruktiver Interpretation.<sup>34</sup> Was konstruktive Interpretation ist (C. I. 1. a), b), c)) und warum Recht mittels konstruktiver Interpretation erfasst werden muss (C. I. 1. d)), wird folgend rekonstruiert.

#### a) Struktur

*Dworkins* Verständnis konstruktiver Interpretation knüpft an die von ihm in *Taking Rights Seriously* entfaltete Regel-Prinzipien-Dichotomie an. Prinzipien sind danach abstrakter als Regeln.<sup>35</sup> Anders als Regeln, die einen Alles-oder-Nichts-Charakter haben<sup>36</sup>, haben Prinzipien eine Dimension des Gewichts<sup>37</sup>. Konfliktieren Regeln, muss demnach eine der Regeln aufgegeben werden.<sup>38</sup> Kollidieren Prinzipien, muss die Kollision durch Gewichtung der Prinzipien zueinander aufgelöst werden.<sup>39</sup>

Konstruktive Interpretation hat zwei Komponenten.<sup>40</sup> Sie expliziert die der Praxis<sup>41</sup> zugrunde liegenden Prinzipien<sup>42</sup> und begreift die Regeln der Praxis als relativ zu diesen Prinzipien<sup>43</sup>. Den Prinzipien widersprechende Regeln werden daher aussortiert und bisher unberücksichtigte den Prinzipien entsprechende Regeln berücksichtigt.<sup>44</sup> Die grobe in zwei Komponenten geteilte Struktur arbeitet *Dworkin* zu einer in drei Phasen geteilten Struktur aus.<sup>45</sup>

In der ersten sog. präinterpretativen Phase werden die vorläufigen Regeln der Praxis gesammelt.<sup>46</sup> Das setzt voraus, dass die Praxis besteht.<sup>47</sup> Die Praxis besteht, wenn ein ausreichend großer interpretativer Konsens bezüglich zur Praxis gehörender Regeln besteht.<sup>48</sup> Ein solcher Konsens besteht, wenn die sich mit der Praxis auseinandersetzenden Personen sich weitestgehend entsprechende Regeln der Praxis identifizieren.<sup>49</sup> Besteht die Praxis, konzentriert sich das Sammeln der Regeln auf das Sammeln von Paradigmen.<sup>50</sup> Paradigmen sind Regeln, bezüglich deren Zugehörigkeit zur Praxis besonders großer interpretativer Konsens besteht.<sup>51</sup>

<sup>34</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 225, 228; vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 50; *Bittner* (Fn. 4), S. 13 f.; *Hart*, *The Concept of Law* 2012, S. 275; *Sager*, *Putting Law in Its Place*, in: Waluchow/Sciaraffa (Hrsg.), *The Legacy of Ronald Dworkin* 2016, S. 128 bezüglich dessen, dass *Law's Empire* in Gänze auf dem Zugriff basiert; vgl. *Bittner* (Fn. 4), S. 23 f.; *Donato*, *Stanford Law Review* 1988, 1517, 1535 ff.; *Douzinas/McVeigh/Warrington*, *Is Hermes Hercules' Twin? Hermeneutics and Legal Theory*, in: Hunt (Hrsg.), *Reading Dworkin Critically* 1992, S. 123 ff.; *Hoy*, *LP* 1987, 321 bezüglich ausgeklammerter Parallelen zwischen konstruktiver Interpretation und Hermeneutik. Konstruktive Interpretation ist Gegenstand der ausgeklammernten *Fish-Dworkin*-Debatte; vgl. *Fish*, *LP* 1987, 401; *Fish*, *Texas Law Review* (Tex. L. Rev.) 1983, 229; *Fish*, *Tex. L. Rev.* 1982, 551 bezüglich *Fish's* Debattebeitrag; vgl. *Marmor*, *LP* 1991, 383, 398 ff. bezüglich eines Überblicks über die Debatte.

<sup>35</sup> *Hart* (Fn. 34), S. 260; *Moore*, *Iowa Law Review* (Iowa L. Rev.) 1997, 867, 870 f. *Dworkin* nutzt die Begriffe *value*, *interest*, *purpose*, *principle* und *point* synonym; *Dworkin* (Fn. 2), S. 47. Sie werden folgend als Prinzip übersetzt.

<sup>36</sup> *Dworkin* (Fn. 8), S. 58 f.; *Hart* (Fn. 34), S. 260; *Koller*, *Theorie des Rechts – Eine Einführung* 1997, S. 173; *Raz*, *Legal Principles and the Limits of Law*, in: Cohen (Hrsg.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* 1984, S. 81.

<sup>37</sup> *Dworkin* (Fn. 8), S. 61 f.; *Hart* (Fn. 34), S. 261; *Koller* (Fn. 36), S. 173; *Raz* (Fn. 36), S. 81.

<sup>38</sup> *Dworkin* (Fn. 8), S. 62; *Hart* (Fn. 34), S. 261; *Koller* (Fn. 36), S. 173.

<sup>39</sup> *Dworkin* (Fn. 8), S. 61 f.; *Hart* (Fn. 34), S. 261; *Koller* (Fn. 36), S. 173 f.; siehe C. III. 1. b) bezüglich Prinzipienkollisionen erster und zweiter Art.

<sup>40</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 47; *Friedman/Cornell*, *The Mandate of Dignity – Ronald Dworkin, Revolutionary Constitutionalism, and the Claims of Justice* 2016, S. 19 f.

<sup>41</sup> *Dworkin* nutzt die Begriffe (*social*) *practice* und *institution* synonym; *Dworkin* (Fn. 2), S. 47, 53, 73. Sie werden folgend als Praxis übersetzt. Praxen sind alles, was mittels konstruktiver Interpretation erfasst wird; vgl. *Bittner* (Fn. 4), S. 21, die die Begriffe Interpretation und Praxis synonym nutzt.

<sup>42</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 47; *Finnis*, *LP* 1987, 357, 359; *Giudice*, *Imperialism and Importance in Dworkin's Jurisprudence*, in: Waluchow/Sciaraffa (Hrsg.), *The Legacy of Ronald Dworkin* 2016, S. 229. Die Komponente ist das zurückschauende Moment *Dworkins* Zugriffs; *MacCaffery*, *California Law Review* (Calif. L. Rev.) 1997, 1043, 1050 ff. Fraglich ist, ob die Prinzipien der Praxis tatsächlich zugrunde liegen oder ob sie ihr nur zugrunde liegen könnten. *Dworkins* These der Rechte spricht für die erste Variante; vgl. *Dworkin* (Fn. 8), S. 144 ff.; *Bittner* (Fn. 4), S. 193 ff.; *Herbst*, *JZ* 2012, 891, 892 f.; *Soper* (Fn. 15), S. 11 ff. bezüglich der These. Die These ist aus Kritik an *Harts* Rechtspositivismus erwachsen; *Dworkin* (Fn. 8), S. 54. Laut dem Positivismus schaffen Richter im Offenheitsbereich Recht; *Dworkin* (Fn. 8), S. 66 ff.; *Lyons*, *Moral Aspects of Legal Theory*,

in: Cohen (Hrsg.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* 1984, S. 62 ff. Mithin werden die Prozessparteien in inakzeptabler Weise nach vom Richter im Entscheidungsmoment geschaffenen Recht abgeteilt; *Dworkin* (Fn. 8), S. 47 f.; *Alexander*, *LP* 1987, 419, 422. Nach *Dworkin* liegt dem Recht eine lückenlose Hintergrundstruktur aus Prinzipien zugrunde, weshalb kein Offenheitsbereich existiert; *Dworkin* (Fn. 8), S. 151; *Alexander/Kress*, *Iowa L. Rev.* 1997, 739, 756; *Lyons* (Fn. 42), S. 62 ff.; *Mackie*, *The Third Theory of Law*, in: Cohen (Hrsg.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* 1984, S. 162; *Ott*, *Die Vielfalt des Rechtspositivismus* 2016, S. 11 f. Richter müssen sohin kein Recht schaffen und können die Prozessparteien nach dem in der Hintergrundstruktur enthaltenen Recht abteilen; *Dworkin* (Fn. 8), S. 151; *Alexander/Kress*, *Iowa L. Rev.* 1997, 739, 756; *Lyons* (Fn. 42), S. 62 ff.; *Mackie* (Fn. 42), S. 162; *Ott* (Fn. 42), S. 12; kritisch dazu *Kress*, *Calif. L. Rev.* 1984, 369, 377 ff. Die These der Rechte aus *Taking Rights Seriously* ist folglich darauf angewiesen, dass Prinzipien der Praxis tatsächlich zugrunde liegen. Mit der These der Rechte ist die These einer richtigen Antwort verknüpft; *Dworkin* (Fn. 8), S. 448 ff.; *Bittner* (Fn. 4), S. 218 ff.; *Herbst*, *JZ* 2012, 891, 895; *Moore*, *Iowa L. Rev.* 1997, 867, 874. Liegen Prinzipien dem Recht tatsächlich zugrunde, gibt es eine in Relation zu den Prinzipien richtige Antwort; *Dworkin* (Fn. 8), S. 448 ff. In *Law's Empire* changiert die These einer richtigen Antwort zwischen der Überzeugung, dass es tatsächlich eine richtige Antwort gibt, und der regulativen Idee einer richtigen Antwort; *MacCaffery*, *Calif. L. Rev.* 1997, 1043, 1060 f.; *Ross*, *Metaphilosophy* (MP) 1991, 265, 274; *Waldron* (Fn. 12), S. 329; vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 371 f., wo *Dworkin* explizit von einer *regulative assumption* schreibt. Ist die These einer richtigen Antwort in *Law's Empire* zumindest regulative Idee einer richtigen Antwort, kann die These der Rechte bezüglich *Law's Empire* so gefasst werden, dass Prinzipien der Praxis zumindest zugrunde liegen könnten.

<sup>43</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 47.

<sup>44</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 48; *Dworkin* (Fn. 8), S. 203, 206 f.; *Finnis*, *LP* 1987, 357, 359. Die Komponente ist das nach vorne schauende Moment *Dworkins* Zugriffs; *MacCaffery*, *Calif. L. Rev.* 1997, 1043, 1050 ff.

<sup>45</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 65 ff.; *Bittner* (Fn. 4), S. 33 ff.; *Guest* (Fn. 15), S. 28; *Postema*, *LP* 1987, 283, 291; *Réaume*, *University of Toronto Law Journal* (U. Toronto L. J.) 1989, 380, 384.

<sup>46</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 65 f.; *Bittner* (Fn. 4), S. 33; *Hart* (Fn. 34), S. 241; *Réaume*, *U. Toronto L. J.* 1989, 380, 384.

<sup>47</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 63, 65 ff.; *Guest* (Fn. 15), S. 30.

<sup>48</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 63, 65 f.; *Bittner* (Fn. 4), S. 42; *Hart* (Fn. 34), S. 267; *Marmor*, *LP* 1991, 383, 397.

<sup>49</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 63, 65 f.

<sup>50</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 72 f.; *Bittner* (Fn. 4), S. 42; *Marmor*, *LP* 1991, 383, 396.

<sup>51</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 72 f.; *Bittner* (Fn. 4), S. 44; *Marmor*, *LP* 1991, 383, 396.

In der zweiten sog. interpretativen Phase werden die der Praxis zugrunde liegenden Prinzipien expliziert.<sup>52</sup> Die Prinzipien müssen dabei nicht allen Regeln der Praxis entsprechen.<sup>53</sup> Sie müssen den Regeln aber in ausreichendem Maß entsprechen.<sup>54</sup> Das Maß ist ausreichend, wenn die Prinzipien noch als der Praxis zugrunde liegende Prinzipien verstanden werden können und nicht bereits als von der Praxis losgelöste Prinzipien verstanden werden müssen.<sup>55</sup> Hierfür ist entscheidend, dass die Prinzipien den bedeutendsten Regeln der Praxis entsprechen.<sup>56</sup> Die Explikation der Prinzipien wird durch das Konzept der Praxis erleichtert.<sup>57</sup> Ein Konzept ist eine von großem interpretativem Konsens getragene Abstraktion von den der Praxis zugrunde liegenden Prinzipien.<sup>58</sup> Interpretationen spezifizieren das Konzept der Praxis<sup>59</sup>, wodurch eine Konzeption der Praxis entsteht<sup>60</sup>. Inwieweit sich Konzeptionen und Prinzipien unterscheiden, ist unklar. Da das Konzept eine Abstraktion von den Prinzipien ist<sup>61</sup>, führt die Spezifikation des Konzepts, also die Konzeption<sup>62</sup>, zu den Prinzipien zurück. Der Unterschied zwischen Konzeptionen und Prinzipien kann darin gesehen werden, dass Konzeptionen spezifischer als Konzepte, aber abstrakter als Prinzipien sind.

In der dritten sog. postinterpretativen Phase werden die Regeln der Praxis an die Prinzipien derart angepasst, dass sie ihnen bestmöglich entsprechen.<sup>63</sup> Das erklärt, warum die in der ersten Phase gesammelten Regeln die vorläufigen Regeln der Praxis sind. Was die endgültigen Regeln sind, ist das Ergebnis der konstruktiven Interpretation und wandelt sich stetig.

## b) Wertungen

In allen drei Phasen müssen Entscheidungen auf Basis von Wertungen getroffen werden.<sup>64</sup> In der ersten Phase muss entschieden werden, was ein ausreichend großer interpretativer Konsens ist und bezüglich der Zugehörigkeit welcher Regeln zur Praxis er

besteht.<sup>65</sup> In der zweiten Phase muss entschieden werden, was die bedeutendsten Regeln der Praxis sind und ob die Prinzipien ihnen entsprechen.<sup>66</sup> In der dritten Phase muss entschieden werden, welche bislang nicht berücksichtigten Regeln den der Praxis zugrunde liegenden Prinzipien bestmöglich entsprechen und deshalb berücksichtigt werden sollen und welche Regeln den der Praxis zugrunde liegenden Prinzipien widersprechen und deshalb aus der Praxis aussortiert werden sollen.<sup>67</sup> Die Entscheidungen in der zweiten Phase dürfen nicht in zu großem Maß durch die gewünschten Ergebnisse der Entscheidungen in der dritten Phase beeinflusst werden.<sup>68</sup> Andernfalls wird die Interpretation der Praxis zur Erfindung einer neuen Praxis.<sup>69</sup> Nur weil eine bestimmte Regel aus der Praxis aussortiert werden soll, darf nicht davon ausgegangen werden, dass der Regel widersprechende Prinzipien den bedeutendsten Regeln der Praxis automatisch entsprechen.<sup>70</sup>

## c) Intentionen

Konstruktive Interpretation interpretiert etwas von Menschen Geschaffenes, ohne sich auf die Intentionen der es schaffenden Menschen zu beziehen.<sup>71</sup> Konversationsbezogene Interpretation interpretiert etwas von Menschen Geschaffenes und bezieht sich dabei auf die Intentionen der es schaffenden Menschen.<sup>72</sup> Hinsichtlich der Interpretation von Praxen bezieht sich konversationsbezogene Interpretation auf Intentionen anderer Teilnehmer der Praxis bezüglich der Praxis.<sup>73</sup>

Dass Praxen konstruktiv statt konversationsbezogen interpretiert werden müssen<sup>74</sup>, zeigt *Dworkin*, indem er zwei Möglichkeiten, gemäß denen Praxen konversationsbezogen interpretiert werden könnten, nennt<sup>75</sup> und ausschließt.<sup>76</sup> Die Interpretation

<sup>52</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 66; *Bittner* (Fn. 4), S. 35; *Hiltebrandt*, *Smart Technologies and the End(s) of Law – Novel Entanglements of Law and Technology* 2016, S. 136; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 384; ähnlich *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre* 2020, § 13 Rn. 491c.

<sup>53</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 66, 230, 237. Sie müssen auch nicht explizit in Regeln der Praxis genannt sein; *Dworkin* (Fn. 2), S. 247 f.

<sup>54</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 66, 230, 237; ähnlich *Dworkin* (Fn. 2), S. 52, 57. Da Prinzipienkollisionen regelmäßig zu einem übergeordneten Prinzip aufgelöst werden können (Prinzipienkollisionen erster Art), können Praxen nicht derart durcheinander sein, dass kein Prinzip der Praxis in ausreichendem Maß entspricht; *Dworkin* (Fn. 2), S. 268 f.; *Dworkin*, *Ronald Dworkin Replies*, in: *Burley* (Hrsg.), *Dworkin and his Critics – With Replies by Dworkin* 2004, S. 388; *Waldron*, *Legal Theory* (LT) 1997, 1, 8; siehe C. III. 1. b) bezüglich Prinzipienkollisionen erster und zweiter Art.

<sup>55</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 66; ähnlich *Dworkin* (Fn. 2), S. 52, 57.

<sup>56</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 66, 230, 237, 247, 257; *Dworkin* (Fn. 8), S. 574 f.; *Postema*, *Integrity: Justice in Workclothes*, in: *Burley* (Hrsg.), *Dworkin and his Critics – With Replies by Dworkin* 2004, S. 295; anders *Alexander/Kress*, *Iowa L. Rev.* 1997, 739, 745, 758, die die Zahl der Entscheidungen für entscheidend halten.

<sup>57</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 70; *Dworkin* nutzt die Begriffe Konzept und Plateau in ähnlicher Weise, indem er Konzepte als auf Plateaus befindlich beschreibt; *Dworkin* (Fn. 2), S. 70. Folgend wird ausschließlich von Konzepten geschrieben.

<sup>58</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 70 f.; *Bittner* (Fn. 4), S. 26 f., 29.

<sup>59</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 70.

<sup>60</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 70 f., 74.

<sup>61</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 70 f.

<sup>62</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 70 f., 74.

<sup>63</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 66; *Bittner* (Fn. 4), S. 35 f., 38 f.; *Guest* (Fn. 15), S. 31; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 384.

<sup>64</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 67; siehe C. III. 1. bezüglich der die Wertungen steuernden Werte.

<sup>65</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 67.

<sup>66</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 67, 235, 255, 259, 358.

<sup>67</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 67 f., 235, 256, 358 f.

<sup>68</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 67 f., 231 f., 236 f., 255.

<sup>69</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 67 f., 231 f., 236 f., 255; *Allan*, *Cambridge L. J.* 1993, 64, 85.

<sup>70</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 67 f., 236 f., 255.

<sup>71</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 50; *Bagchi*, *Authority, Intention, and Interpretation*, in: *Waluchow/Sciaraffa* (Hrsg.), *The Legacy of Ronald Dworkin* 2016, S. 358; *Finnis*, *LP* 1987, 357, 360.

<sup>72</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 50; *Fish*, *LP* 1987, 401, 407; *Guest* (Fn. 15), S. 32. *Dworkin* kennt neben konstruktiver und konversationsbezogener Interpretation die ausgeklammerte wissenschaftliche Interpretation; *Dworkin* (Fn. 2), S. 50. Synonym mit kreativer Interpretation genutzte konstruktive Interpretation; *Dworkin* (Fn. 2), S. 52 f., 65; erfasst die Interpretation von Praxen und künstlerische Interpretation; *Dworkin* (Fn. 2), S. 50, 58, 62; *Guest* (Fn. 15), S. 32; vgl. *Bittner* (Fn. 4), S. 22 ff.; *Moles*, *The Decline and Fall of Dworkin's Empire*, in: *Hunt* (Hrsg.), *Reading Dworkin Critically* 1992, S. 87 ff. bezüglich der Interpretationsarten.

<sup>73</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 62 f.

<sup>74</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 65; *Alexander*, *Was Dworkin an Originalist?*, in: *Waluchow/Sciaraffa* (Hrsg.), *The Legacy of Ronald Dworkin* 2016, S. 304.

<sup>75</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 62 f.

<sup>76</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 62 ff. Die Argumentation für konstruktive Interpretation folgt dem für *Dworkin* typischen unvollständigen Argumentationsmuster; siehe C. II. bezüglich des Musters.

könnte an die Intentionen anderer Teilnehmer der Praxis bezüglich der Praxis<sup>77</sup> oder an die Intention der Gemeinschaft, in der sich die Praxis abspielt, bezüglich der Praxis<sup>78</sup> anknüpfen.

Die erste Möglichkeit scheidet, da die an Intentionen anderer Teilnehmer der Praxis anknüpfende Interpretation entscheidend von der direkten Interpretation der Praxis abweicht.<sup>79</sup> Das Gegenargument zielt wohl darauf ab, dass die der Interpretation des Interpretierenden zugrunde gelegte Intention eines anderen Teilnehmers der Praxis konsequenterweise selbst an die Intention eines anderen Teilnehmers anknüpfen muss usw. Die an Intentionen anderer Teilnehmer der Praxis anknüpfende Interpretation dringt mithin nie zur Praxis selbst durch, was aber erforderlich ist.<sup>80</sup>

Losgelöst davon, ob es Intentionen einer Gemeinschaft geben kann<sup>81</sup>, scheidet die zweite Möglichkeit aus dem gleichen Grund wie die erste Möglichkeit<sup>82</sup>.

Mit der Notwendigkeit, Praxen konstruktiv statt konversationsbezogen zu interpretieren, geht einher, dass Praxen nur von ihren Teilnehmern interpretiert werden können.<sup>83</sup>

#### d) Unumgänglichkeit

Nach *Dworkin* muss Recht notwendigerweise mittels konstruktiver Interpretation erfasst werden<sup>84</sup> und ist damit eine Praxis<sup>85</sup>. Konstruktive Interpretation ist demnach nicht nur anderen Interpretationsarten, sondern auch gänzlich anderen Ansätzen, wie z. B. dem Versuch strikter Befolgung, überlegen.

Die Unumgänglichkeit, Recht mittels konstruktiver Interpretation zu erfassen, zeigt *Dworkin* exemplarisch an Regeln der Höflichkeit.<sup>86</sup> Die Regeln der Höflichkeit sind anfangs ein Konglomerat aus Regeln.<sup>87</sup> Es wird versucht, das Konglomerat strikt

zu befolgen.<sup>88</sup> Der Versuch strikter Befolgung wandelt sich jedoch zwangsläufig in die konstruktive Interpretation der Regeln<sup>89</sup> und die Regeln der Höflichkeit wandeln sich damit in die Praxis der Höflichkeit.

*Dworkin* begründet die Unmöglichkeit strikter Befolgung des Konglomerats aus Regeln und die Zwangsläufigkeit des Wandels vom Versuch strikter Befolgung in konstruktive Interpretation nicht.<sup>90</sup> Die Unmöglichkeit strikter Befolgung kann womöglich damit begründet werden, dass ein Konglomerat aus Regeln nur strikt befolgt werden kann, wenn keine theoretische Uneinigkeit zwischen den sich mit dem Konglomerat auseinandersetzenden Personen besteht.<sup>91</sup> Theoretische Uneinigkeit betrifft die Kriterien, gemäß denen entschieden wird, welche Regeln zu dem Konglomerat gehören.<sup>92</sup> Da sich mit dem Konglomerat auseinandersetzende Personen streiten, welche Regeln zu dem Konglomerat gehören<sup>93</sup>, ist die strikte Befolgung des Konglomerats unmöglich.<sup>94</sup> Da der für das Bestehen einer Praxis notwendige Konsens interpretativ ist<sup>95</sup>, kann konstruktive Interpretation mit theoretischer Uneinigkeit umgehen.<sup>96</sup> Ist der interpretative Konsens das Kriterium, demgemäß entschieden wird, welche Regeln Rechtsregeln sind, liegt es in seiner interpretativen Natur, dass theoretische Uneinigkeit besteht.<sup>97</sup>

## 2. Konstruktive Interpretation im Schema

Der Zugriff konstruktiver Interpretation erklärt als Grundlage des Schemas u. a. die Aufteilung des Schemas in drei Phasen, das Sammeln der zum Recht gehörenden Elemente in der ersten

<sup>77</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 62 f.

<sup>78</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 63.

<sup>79</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 63 f.

<sup>80</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 63 f.; vgl. *Moles* (Fn. 72), S. 98; *Postema*, LP 1987, 283, 287, die ebenso schreiben, dass das Durchdringen zur Praxis erforderlich ist; vgl. *Moles* (Fn. 72), S. 98 f. bezüglich dessen, dass *Dworkin*, entgegen seinen Ausführungen, selbst häufig an Intentionen anderer Teilnehmer der Praxis anknüpft; vgl. diesbezüglich *Dworkin* (Fn. 2), S. 20, 30, 38 f.

<sup>81</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 422 f.; *Wischmeyer*, JZ 2015, 957, 960 ff.; *Wischmeyer* (Fn. 1), S. 225 ff., 370 ff. bezüglich der Möglichkeit, Intentionen von Gemeinschaften zu rekonstruieren.

<sup>82</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 64 f.

<sup>83</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 64; ähnlich *Dworkin* (Fn. 2), S. 13 f.; *Bittner* (Fn. 4), S. 44 ff.; *Giudice* (Fn. 42), S. 230; *Hart* (Fn. 34), S. 242. Der Standpunkt, von dem auf Praxen zuzugreifen ist, wird mit unterschiedlicher Konnotation von mehreren Autoren behandelt; siehe z. B. *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts 2011, S. 47 f.; *Bunke*, JZ 2014, 641, 642; *Finnis*, Natural Law & Natural Rights 2011, S. 3 ff.; *Hart* (Fn. 34), S. 87 ff.

<sup>84</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 47; *Funke*, Rechtstheorie, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts 2017, § 2 Rn. 49 f.; *Postema*, LP 1987, 283, 285; *Raz* (Fn. 4), S. 47.

<sup>85</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 65; *Bittner* (Fn. 4), S. 30; *Gardner*, Law's Aims in Law's Empire, in: Hershovitz (Hrsg.), Exploring Law's Empire – The Jurisprudence of Ronald Dworkin 2006, S. 208; *Postema*, LP 1987, 283, 285.

<sup>86</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 47 ff.

<sup>87</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 47.

<sup>88</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 47.

<sup>89</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 47; *Hildebrandt* (Fn. 52), S. 140.

<sup>90</sup> Vgl. diesbezüglich die feststellende Aussage, „everyone develops a complex 'interpretive' attitude toward the rules of courtesy“; *Dworkin* (Fn. 2),

S. 47; siehe Fn. 96 bezüglich eines Ansatzes zur Begründung der Zwangsläufigkeit des Wandels.

<sup>91</sup> Ähnlich *Postema*, LP 1987, 283, 290.

<sup>92</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 5; *Duarte d'Almeida*, The Grounds of Law, in: Waluchow/Sciara (Hrsg.), The Legacy of Ronald Dworkin 2016, S. 167 bezüglich theoretischer Uneinigkeit.

<sup>93</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 5, 20, 23, 28 f., 30 bezüglich theoretischer Uneinigkeit zwischen Richtern.

<sup>94</sup> Theoretische Uneinigkeit ist Teil der *Hart-Dworkin*-Debatte; *Shapiro*, The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed, in: Ripstein (Hrsg.), Ronald Dworkin 2007, 35 ff.; vgl. *Shapiro* (Fn. 94), S. 1 ff.; *Soper* (Fn. 15), S. 3 ff. bezüglich eines Überblicks über die Debatte. Nach *Hart* ist die übereinstimmende Praxis des Rechtsstabs das Kriterium, demgemäß entschieden wird, welche Regeln Rechtsregeln sind; *Coleman*, Negative and Positive Positivism, in: Cohen (Hrsg.), Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence 1984, S. 28 f.; *Hart* (Fn. 34), S. 100 ff.; *Ott* (Fn. 42), S. 10. Da theoretische Uneinigkeit besteht, gibt es keine übereinstimmende Praxis des Rechtsstabs; *Coleman* (Fn. 94), S. 39; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 382. *Dworkin* kritisiert mithin, dass *Harts* Ansatz nicht mit theoretischer Uneinigkeit umgehen kann; *Coleman* (Fn. 94), S. 39; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 382; *Silver*, LP 1987, 381, 387.

<sup>95</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 66; *Bittner* (Fn. 4), S. 34; *Marmor*, LP 1991, 383, 397.

<sup>96</sup> Das ist womöglich ein Ansatz zur Begründung der Zwangsläufigkeit des Wandels vom Versuch strikter Befolgung in konstruktive Interpretation. Die Begründung der Zwangsläufigkeit des Wandels folgt dem für *Dworkin* typischen unvollständigen Argumentationsmuster; siehe C. II. bezüglich des Musters.

<sup>97</sup> Inwieweit sich *Harts* Abstellen auf eine übereinstimmende Praxis des Rechtsstabs und *Dworkins* Abstellen auf einen interpretativen Konsens unterscheiden, ist strittig; vgl. *Hart* (Fn. 34), S. 266 f., der keinen Unterschied sieht; vgl. *Guest* (Fn. 15), S. 151 f., der einen sieht.

und die Maßstäbe des ausreichenden und bestmöglichen Entsprechens in der zweiten und dritten Phase.<sup>98</sup>

## II. Verdopplung konstruktiver Interpretation

*Dworkin* nennt die Verdopplung konstruktiver Interpretation nicht explizit. Dass sie dennoch eine Komponente seiner Rechtsanwendungstheorie und damit wichtiger Teil des Schemas ist, wird folgend gezeigt.

Streng dem Zugriff konstruktiver Interpretation folgend muss Rechtsanwendung das Konzept des Rechts spezifizieren, bis ein derartig feinmaschiges Netz aus Regeln entstanden ist, das jeden erdenklichen und damit auch den zu entscheidenden Fall regelt und entscheidet.<sup>99</sup> Das Vorgehen bezüglich der Beantwortung der Fragen, was Recht ist und welche Fallentscheidung auszuwählen ist, wäre identisch.<sup>100</sup>

Bei der Entscheidung des *McLoughlin-Falls*<sup>101</sup> und der Fortsetzung von *Dickens Roman Christmas Carol*<sup>102</sup> spezifiziert *Dworkin* jedoch nicht ausschließlich das Konzept des Rechts bzw. Romans. Er wählt einen anderen Ansatz.<sup>103</sup> Er beginnt die Interpretation mit sechs Fallentscheidungen<sup>104</sup> bzw. zwei möglichen Romanfortsetzungen<sup>105</sup>. Dadurch entsteht ein im Rahmen der konstruktiven Interpretation des Rechts bzw. Romans zu berücksichtigender ebenfalls konstruktiv zu interpretierender Bezugspunkt. Die Rechtsprinzipien bzw. die dem Roman zugrunde liegenden Prinzipien und die Entscheidungsprinzipien bzw. die den Romanfortsetzungen zugrunde liegenden Prinzipien müssen verglichen werden. Der Vergleich von Entscheidungs- und Rechtsprinzipien wird deutlich, wenn *Dworkin* im Zuge der Entscheidung des *McLoughlin-Falls* das Entscheidungsprinzip,

dass psychischer Schaden nie zu Schadensersatz berechtigt, expliziert<sup>106</sup> und die zugehörige Fallentscheidung aussortiert, da sie dem Rechtsprinzip, dass psychischer Schaden unter bestimmten Bedingungen zu Schadensersatz berechtigt, nicht in ausreichendem Maß entspricht<sup>107</sup>.

*Dworkin* nennt den Vergleich der Entscheidungs- und Rechtsprinzipien anhand des Maßstabs ausreichenden Entsprechens strukturelle Dimension<sup>108</sup> und anhand des Maßstabs bestmöglichen Entsprechens substanzielle Dimension<sup>109</sup>.

Die Verdopplung konstruktiver Interpretation erklärt das Sammeln aller Fallentscheidungen in der ersten, die Explikation der Entscheidungsprinzipien in der zweiten und den Vergleich von Entscheidungs- und Rechtsprinzipien in der zweiten und dritten Phase.

Sie erklärt überdies ein für *Dworkin* typisches Argumentationsmuster.<sup>110</sup> *Dworkin* begründet seine Position häufig, indem er Gegenpositionen zu seiner Position nennt und widerlegt.<sup>111</sup> Gemäß dem Maßstab der substanziellen Dimension ist dabei entscheidend, welche Position der Praxis bestmöglich entspricht. Bestmöglich bedeutet bestmöglich in Relation zu allen möglichen Positionen.<sup>112</sup> Jede diesem Muster folgende Argumentation ist folglich darauf angewiesen, dass *Dworkin* alle möglichen Gegenpositionen nennt. Da *Dworkin* häufig nicht darlegt, dass die von ihm genannten Gegenpositionen alle möglichen Gegenpositionen sind, sind seine diesem Muster folgenden Argumentationen unvollständig.<sup>113</sup>

<sup>98</sup> Die von *Dworkin* aus dem Zugriff konstruktiver Interpretation gezogenen Konsequenzen für den Umgang mit gesetzgeberischen Intentionen und Gesetzgebungsmaterialien werden ausgeklammert; vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 313 ff.; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 87 ff. bezüglich der Konsequenzen.

<sup>99</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 70 f. bezüglich des ausschließlich vom Konzept ausgehenden Ansatzes; vgl. *Dworkin* (Fn. 8), S. 183 f.; *MacCormick*, *Dworkin as Pre-Benthamite*, in: Cohen (Hrsg.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* 1984, S. 187 f.; *Mackie* (Fn. 42), S. 162 bezüglich des Ansatzes im Rahmen der Rechtsanwendung.

<sup>100</sup> Vgl. diesbezüglich die Aussage, „*jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision at law*“; *Dworkin* (Fn. 2), S. 90; vgl. *Alexander*, LP 1987, 419, 436; *Giudice* (Fn. 42), S. 230 f.; *Raz*, *Speaking with One Voice: On Dworkinian Integrity and Coherence*, in: *Burley* (Hrsg.), *Dworkin and his Critics – With Replies by Dworkin* 2004, S. 287; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 381 bezüglich der Aussage. *Bittner* hält den ausschließlich vom Konzept ausgehenden Ansatz nicht für praktikabel und schreibt, „wie die Konkretisierung auf das Fallproblem stattfindet und wie der zu entscheidende Sachverhalt überhaupt irgendeinen Einfluß [sic] auf die interpretative Theoriebildung entfaltet, bleibt dunkel“; *Bittner* (Fn. 4), S. 172.

<sup>101</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 238 ff. bezüglich der Entscheidung.

<sup>102</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 232 ff. bezüglich der sich ins Kettenromanbeispiel einfügenden Fortsetzung des Romans; vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 228 ff.; *Bittner* (Fn. 4), S. 40; *Braun*, *Einführung in die Rechtsphilosophie – Der Gedanke des Rechts* 2011, S. 390; *Hildebrandt* (Fn. 52), S. 141 bezüglich des Kettenromanbeispiels.

<sup>103</sup> Vgl. *Alexander*, LP 1987, 419, 436 ff.; *Waldron*, *Did Dworkin Ever Answer the Critics?*, in: *Hershovitz* (Hrsg.), *Exploring Law’s Empire – The Jurisprudence of Ronald Dworkin* 2006, S. 161, die zumindest ansatzweise zwischen zwei Ansätzen differenzieren.

<sup>104</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 240 f.; *Guest* (Fn. 15), S. 69 f.; *Hunt*, *Law’s Empire or Legal Imperialism?*, in: *Hunt* (Hrsg.), *Reading Dworkin Critically* 1992, S. 35.

<sup>105</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 232.

<sup>106</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 240.

<sup>107</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 242.

<sup>108</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 230, 237; *Brink*, *Originalism and Constructive Interpretation*, in: *Waluchow/Sciaraffa* (Hrsg.), *The Legacy of Ronald Dworkin* 2016, S. 289; *Dyzenhaus*, *Dworkin and Unjust Law*, in: *Waluchow/Sciaraffa* (Hrsg.), *The Legacy of Ronald Dworkin* 2016, S. 148; *Guest* (Fn. 15), S. 49; *Rosati*, *The Moral Reading of Constitutions*, in: *Waluchow/Sciaraffa* (Hrsg.), *The Legacy of Ronald Dworkin* 2016, S. 332. Bezüglich des Maßstabs entspricht die strukturelle Dimension der interpretativen Phase.

<sup>109</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 231, 236, 309; *Brink* (Fn. 108), S. 289; *Dyzenhaus* (Fn. 108), S. 148; *Guest* (Fn. 15), S. 49; *Rosati* (Fn. 108), S. 332. Bezüglich des Maßstabs entspricht die substanzielle Dimension der postinterpretativen Phase; anders *Bittner* (Fn. 4), S. 37 ff.; *Postema*, LP 1987, 283, 293, die die strukturelle und substanzielle Dimension mit der interpretativen Phase verknüpfen.

<sup>110</sup> Siehe Fn. 76, 96, 155, 163, 184 bezüglich dem Muster folgender Argumentationen. *MacCafferys* negative Rechtfertigungsdimension ähnelt dem beschriebenen Argumentationsmuster; vgl. *MacCaffery*, *Calif. L. Rev.* 1997, 1043, 1064 ff. bezüglich der Dimension.

<sup>111</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 62 f., 94 ff., 192 ff., 208 ff. bezüglich des Nennens zu widerlegender Gegenpositionen.

<sup>112</sup> Vgl. diesbezüglich die Aussage, „*the model of principle [Dworkins Position] satisfies the conditions of true community better than any other model of community [Gegenpositionen]*“; *Dworkin* (Fn. 2), S. 214.

<sup>113</sup> Vgl. *Alexander/Kress*, *Iowa L. Rev.* 1997, 739, 779; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 110, die die beschriebene Unvollständigkeit je bezüglich einer Argumentation *Dworkins* monieren; siehe Fn. 163 bezüglich der von *Alexander/Kress* monierten Argumentation; siehe Fn. 184 bezüglich der von *Honeyball/Walter* monierten Argumentation.

### III. Werte und Verhältnisse

#### 1. Rekonstruktion der Werte und Verhältnisse

##### a) Gerechtigkeit und Fairness

*Dworkin* setzt Gerechtigkeit und Fairness voraus.<sup>114</sup> Gerechtigkeit betrifft Ergebnisse.<sup>115</sup> Fairness betrifft Entscheidungsverfahren.<sup>116</sup> Gerechte Ergebnisse verteilen Ressourcen gerecht.<sup>117</sup> Faire Verfahren nehmen die Stimmen der Bürger als ungefähr gleichwertig wahr.<sup>118</sup> Gerechtigkeit und Fairness sind miteinander verwoben, aber nicht identisch.<sup>119</sup> Nimmt ein Verfahren die Stimmen der Bürger als ungefähr gleichwertig wahr, ist das in ihm erreichte Ergebnis nicht automatisch gerecht.<sup>120</sup> Werden gerechte Ergebnisse erreicht, ist das sie erreichende Verfahren nicht automatisch fair.<sup>121</sup> Ungerechte Ergebnisse können in fairen Verfahren, gerechte Ergebnisse in unfairen Verfahren erreicht werden.<sup>122</sup>

*Dworkin* führt implizit einen dritten, zwischen Gerechtigkeit und Fairness stehenden Wert ein.<sup>123</sup> Er schreibt z. B., „an interpretation is also [fairer] [...], if it reflects convictions that are dominant or at least popular in the community as a whole than if it expresses convictions unpopular or rejected there“<sup>124</sup>. Die Aussage impliziert einen Ergebnisse betreffenden Fairnessbegriff. Ergebnisse sind danach fair, wenn sie die in der Gemeinschaft vertretenen Gerechtigkeitsvorstellungen widerspiegeln. *Dworkin* kennt mithin ausschließlich Verfahren betreffende Fairness, folgend Verfahrensfairness genannt, und zumindest

auch Ergebnisse betreffende Fairness, folgend Ergebnisfairness genannt. Ergebnisfairness und Gerechtigkeit, die beide Ergebnisse betreffen, unterscheiden sich bezüglich der Gerechtigkeitsvorstellungen, auf die sie sich beziehen. Ergebnisfairness bezieht sich auf die in der Gemeinschaft vertretenen Gerechtigkeitsvorstellungen, Gerechtigkeit auf die Gerechtigkeitsvorstellungen des Interpretierenden.<sup>125</sup> Das von dem Aufsatz angenommene Verständnis *Dworkins* erklärt u. a. dessen Aussage, „most judges will be like other people in their community, and fairness and justice will therefore not often compete for them“<sup>126</sup>.

##### b) Integrität

Integrität wird von *Dworkin* hergeleitet und im Zuge dessen definiert.<sup>127</sup> Sie betrifft die Hintergrundstruktur einer Praxis, also die Summe der der Praxis zugrunde liegenden Prinzipien.<sup>128</sup> Eine Hintergrundstruktur ist integer, wenn Kollisionen derselben Prinzipien stets zu demselben Prinzip aufgelöst werden.<sup>129</sup>

*Dworkin* kennt zwei Arten von Prinzipienkollisionen.<sup>130</sup> Kollidieren Prinzipien, die nicht die Negation des je anderen Prinzips sind, kann die Kollision zu einem der kollidierenden oder zu übergeordneten Prinzipien aufgelöst werden (Prinzipienkollision erster Art).<sup>131</sup> Kollidieren Prinzipien, die die Negation des je anderen Prinzips sind, kann die Kollision zu einem der beiden

<sup>114</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 164; *Gaffney* (Fn. 4), S. 132 (dortige Fn. 46); *Smith*, The Many Faces of Political Integrity, in: Hershovitz (Hrsg.), Exploring Law's Empire – The Jurisprudence of Ronald Dworkin 2006, S. 120. *Dworkin* kennt zudem den Wert ordnungsgemäßen Verfahrens; *Dworkin* (Fn. 2), S. 164 f., 404 f. Mangels Relevanz für die weiteren Ausführungen; *Dworkin* (Fn. 2), S. 164; wird er ausgeklammert; ebenso *Calsamiglia*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 1994, 52, 59; *Smith* (Fn. 114), S. 120 (dortige Fn. 3). *Dworkin* nutzt die Begriffe *virtue* und *ideal* synonym; *Dworkin* (Fn. 2), S. 164, 177. Sie werden folgend als Wert übersetzt. Teils nutzt *Dworkin* den Begriff *principle* einerseits und die Begriffe *virtue* und *ideal* andererseits synonym; *Dworkin* (Fn. 2), S. 176. Das Verhältnis von Werten und Prinzipien zueinander ist demnach unklar. Werte sind wohl jedenfalls abstrakter als Prinzipien.

<sup>115</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 165, 180, 404; *Allan*, Cambridge L. J. 1993, 64, 65; *Bittner* (Fn. 4), S. 162; *Calsamiglia*, ARSP 1994, 52, 58; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 394.

<sup>116</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 164, 404; *Dworkin*, Response, in: Hershovitz (Hrsg.), Exploring Law's Empire – The Jurisprudence of Ronald Dworkin 2006, S. 297; *Allan*, Cambridge L. J. 1993, 64, 65; *Bittner* (Fn. 4), S. 162; *Calsamiglia*, ARSP 1994, 52, 58.

<sup>117</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 165, 180, 404; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 69. Ob des Verweises auf sich selbst bleibt der Gerechtigkeitsbegriff diffus.

<sup>118</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 164 f., 178, 404; *Dworkin* (Fn. 116), S. 297.

<sup>119</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 177.

<sup>120</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 177; *Calsamiglia*, ARSP 1994, 52, 58 f.

<sup>121</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 177; *Calsamiglia*, ARSP 1994, 52, 58 f.

<sup>122</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 177; *Calsamiglia*, ARSP 1994, 52, 58 f.

<sup>123</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 249 f., 307 f., 342, 349, 374 bezüglich der Nutzung eines dritten zwischen Gerechtigkeit und Fairness stehenden Werts; vgl. *Allan*, Cambridge L. J. 1993, 64, 66 ff.; *Guest* (Fn. 15), S. 59; *Smith* (Fn. 114), S. 122 (dortige Fn. 6), die ebenso auf Spannungen zwischen *Dworkins* Wertbegriffen hinweisen.

<sup>124</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 374.

<sup>125</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 256, 404. Ergebnisfairness krankt wie Gerechtigkeit daran, dass diffus ist, was Gerechtigkeit ist; siehe Fn. 117. Zudem ist unklar, wie in der Gemeinschaft vertretene Gerechtigkeitsvorstellungen identifiziert werden sollen; ebenso *Allan*, Cambridge L. J. 1993, 64, 69.

<sup>126</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 256.

<sup>127</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 176 ff. bezüglich der Herleitung. *Dworkin* nutzt die Begriffe *integrity*, *coherence* und *consistency* teils synonym; *Dworkin*

(Fn. 2), S. 176, 219 f. Folgend werden sie als Integrität übersetzt. *Dworkin* differenziert zwischen legislativer und judikativer Integrität; *Dworkin* (Fn. 2), S. 167, 176, 217; *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 774; *Calsamiglia*, ARSP 1994, 52, 58; *Guest* (Fn. 15), S. 46. Wie sich legislative und judikative Integrität unterscheiden, ist unklar; *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 774 ff. Ein mögliches Verständnis ist, dass sie sich lediglich bezüglich der Perspektive, von der aus Integrität zu berücksichtigen ist, unterscheiden; ähnlich *Marmor*, Integrity in Law's Empire, Cornell Legal Studies Research Paper 2019, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3422173](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3422173) (zuletzt abgerufen am 19.06.2021), S. 2 f. Sofern zwischen legislativer und judikativer Integrität ein über die Perspektive hinausgehender Unterschied besteht, ist er vermutlich mit der Differenzierung in Prinzipien- und Zielsetzungsargumente verknüpft; ähnlich *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 776; vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 221 ff., 242 ff., 310 ff.; *Dworkin* (Fn. 8), S. 146 ff.; *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 742; *Allan*, Oxford Journal of Legal Studies (Oxford J. Legal Stud.) 1988, 266, 270, 272; *Bittner* (Fn. 4), S. 111 ff., 163 f.; *Gaffney* (Fn. 4), S. 125; *Greenawalt*, Policy, Rights, and Judicial Decision, in: Cohen (Hrsg.), Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence 1984, S. 88 ff.; *Lehmann*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2017, 712, 727 bezüglich der Differenzierung. Zielsetzungsargumente rechtfertigen Entscheidungen mit kollektiven Zielen und schaffen Rechte; *Dworkin* (Fn. 8), S. 146. Prinzipienargumente rechtfertigen Entscheidungen mit Rechten von Individuen oder Gruppen; *Dworkin* (Fn. 8), S. 146. Die Legislative darf beide Argumente nutzen; *Dworkin* (Fn. 8), S. 147. Gemäß der These der Rechte darf die Judikative nur Prinzipienargumente nutzen; *Dworkin* (Fn. 8), S. 147 f. Folgend wird die Differenzierung in Prinzipien- und Zielsetzungsargumente ausgeklammert. Demnach wird davon ausgegangen, dass sich legislative und judikative Integrität lediglich bezüglich der Perspektive, von der aus Integrität zu berücksichtigen ist, unterscheiden.

<sup>128</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 219.

<sup>129</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 166; *Eisgruber*, Should Constitutional Judges be Philosophers?, in: Hershovitz (Hrsg.), Exploring Law's Empire – The Jurisprudence of Ronald Dworkin 2006, S. 15; *Shapiro*, Legality 2011, S. 299; *Smith* (Fn. 114), S. 121.

<sup>130</sup> *Dworkin* differenziert nicht explizit zwischen beiden Arten. Die beiden Arten ähneln jedoch weitestgehend der „pivotal distinction between competition and contradiction in principle“; *Dworkin* (Fn. 2), S. 268.

<sup>131</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 435 f.

kollidierenden, aber nicht zu übergeordneten Prinzipien aufgelöst werden (Prinzipienkollision zweiter Art).<sup>132</sup>

Der Herleitung der Integrität liegt die Prämisse, dass die Rechtfertigung staatlichen Zwangs Konzept des Rechts ist, zugrunde.<sup>133</sup> Von dem Konzept ausgehend entwickelt *Dworkin* eine auf Integrität basierende Konzeption des Konzepts.<sup>134</sup> Die Entwicklung der Konzeption erfolgt mittels konstruktiver Interpretation.<sup>135</sup> Erstens wird geprüft, ob Integrität dem Recht in ausreichendem Maß entspricht (C. III. 1. b] aa)].<sup>136</sup> Zweitens wird geprüft, ob Integrität das Recht bestmöglich rechtfertigt (C. III. 1. b] bb)].<sup>137</sup> Die Frage nach bestmöglicher Rechtfertigung ergibt sich erstens daraus, dass *Dworkin* mit mehreren möglichen Konzeptionen an das Recht herantritt<sup>138</sup> und damit den Zugriff konstruktiver Interpretation verdoppelt<sup>139</sup>, sowie zweitens daraus, dass für bestmögliches Entsprechen ob der vom Konzept aufgeworfenen Rechtfertigungsfrage entscheidend ist, welche Konzeption das Recht bestmöglich rechtfertigt.

### aa) Ausreichendes Entsprechen

Ob Integrität dem Recht in ausreichendem Maß entspricht, prüft *Dworkin* beispielhaft anhand eines Damebrettgesetzes bezüglich Abtreibungen.<sup>140</sup> Ein Damebrettgesetz löst eine Prinzipienkollision zweiter Art nicht zu einem der kollidierenden Prinzipien, sondern zu gar keinem Prinzip auf.<sup>141</sup> Ein Damebrettgesetz

bezüglich Abtreibungen erlaubt in ungeraden Jahren geborenen Frauen die Abtreibung und verbietet sie in geraden Jahren geborenen Frauen.<sup>142</sup> Eine Hälfte der Gemeinschaft ist dabei für, die andere gegen Abtreibungen.<sup>143</sup>

Damebrettgesetze kann es nur in Gemeinschaften, die unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen kennen, geben.<sup>144</sup> Die Herleitung der Integrität greift daher nur für Gemeinschaften, in denen Gerechtigkeit und Ergebnisfairness nicht identisch sind.<sup>145</sup>

Die das ausreichende Entsprechen begründende Argumentation folgt einem Fünfschritt.

[1] Das Recht lehnt Damebrettgesetze ab.<sup>146</sup> Das resultiert aus der jedem eigenen Damebrettgesetze ablehnenden Intuition.<sup>147</sup>

[2] Verfahrensfairness erklärt die Ablehnung von Damebrettgesetzen nicht. Schließlich ist es nicht verfahrensunfairer, wenn beide Hälften der Gemeinschaft ihre Gerechtigkeitsvorstellung im Gesetz wiederfinden, als wenn nur eine Hälfte der Gemeinschaft ihre Gerechtigkeitsvorstellung im Gesetz wiederfindet.<sup>148</sup>

[3] Ergebnisfairness erklärt die Ablehnung von Damebrettgesetzen nicht.<sup>149</sup> Gesetze bezüglich Abtreibungen können Abtreibungen erlauben, ein Damebrettgesetz bezüglich Abtreibungen

<sup>132</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 179, 435 f.

<sup>133</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 93, 190 ff.; *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 771 f.; *Bittner* (Fn. 4), S. 56; *Giudice* (Fn. 42), S. 230; *Guest* (Fn. 15), S. 33, 37; *Hart* (Fn. 34), S. 241, 248; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 388; vgl. *Gardner* (Fn. 85), S. 208 f.; *Hart* (Fn. 34), S. 248 f. bezüglich Kritik der Prämisse. *Gardner* schreibt, dass auch in *Raz* keinen Zwang kennender Gesellschaft der Engel ein Bedürfnis nach Recht besteht; *Gardner* (Fn. 85), S. 208; vgl. *Raz*, Practical Reason and Norms 1999, S. 159 f. bezüglich der Gesellschaft der Engel. Auch dort müssen Koordinierungsprobleme rechtlich geregelt werden; *Gardner* (Fn. 85), S. 208 f. Da Recht folglich nicht stets mit Zwang verknüpft ist, ist die Rechtfertigung staatlichen Zwangs nicht Konzept des Rechts; *Gardner* (Fn. 85), S. 209. *Dworkin* beantwortet *Gardners* Kritik mit dem Verweis auf den interpretativen Charakter von Konzepten; *Dworkin* (Fn. 116), S. 309 f. Recht kann sein, was dem Konzept nicht entspricht; *Dworkin* (Fn. 116), S. 310. *Dworkins* Antwort ist wohl so zu verstehen, dass er die Möglichkeit, Recht ohne Zwang zu denken, für derart unbedeutend hält, dass das Konzept dem Recht in noch ausreichendem Maß entspricht. An dieser Stelle offenbart sich ein zweites für *Dworkin* typisches Argumentationsmuster; siehe Fn. 153, 158 bezüglich weiterer dem Muster folgender Argumentationen. *Dworkins* Argumentation zieht sich oft auf den unbekanntesten Maßstab ausreichenden Entsprechens zurück. Da der Maßstab unbekannt ist, wird die Argumentation unangreifbar.

<sup>134</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 94 ff.; *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 772; *Postema*, LP 1987, 283, 284 bezüglich der Vorgehensweise.

<sup>135</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 94.

<sup>136</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 176 ff.; *Smith* (Fn. 114), S. 121.

<sup>137</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 186 ff.

<sup>138</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 94.

<sup>139</sup> Siehe C. II. bezüglich verdoppelter konstruktiver Interpretation. Die neben der auf Integrität basierenden Konzeption behandelten Konzeptionen sind Konventionalismus und Pragmatismus; *Dworkin* (Fn. 2), S. 114 ff., 151 ff. Konventionalismus ist ein auf konstruktiver Interpretation beruhender Rechtspositivismus; *Altman*, Fissures in the Integrity of Law's Empire: Dworkin and the Rule of Law, in: Hunt (Hrsg.), Reading Dworkin Critically 1992, S. 163; *Bittner* (Fn. 4), S. 157; *Brink* (Fn. 108), S. 280; *Gaffney* (Fn. 4), S. 119; *Hart* (Fn. 34), S. 248; *Somek*, Rechtstheorie zur Einführung 2017, S. 161. Pragmatismus ist ein auf konstruktiver Interpretation beruhender Rechtsrealismus; *Alexander*, LP 1987, 419, 432; *Gaffney* (Fn. 4), S. 121 f.; *Somek* (Fn. 139), S. 161. Die Argumente gegen Konventionalismus und Pragmatismus werden ausgeklammert; vgl. *Dworkin*

(Fn. 2), S. 114 ff., 151 ff.; *Bittner* (Fn. 4), S. 157 ff. bezüglich der Argumente.

<sup>140</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 178 ff.; *Altman* (Fn. 139), S. 177; *Shapiro* (Fn. 129), S. 299; *Smith* (Fn. 114), S. 121. *Dworkin* nutzt die Begriffe *checkerboard laws* und *internal compromises* synonym; *Dworkin* (Fn. 2), S. 178 f. Sie werden folgend als Damebrettgesetze übersetzt; vgl. *Bittner* (Fn. 4), S. 161 (dortige Fn. 4) bezüglich der Übersetzung.

<sup>141</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 179, 435 f.; *Bittner* (Fn. 4), S. 162; *Green*, Associative Obligations and the State, in: Burley (Hrsg.), Dworkin and his Critics – With Replies by Dworkin 2004, S. 274.

<sup>142</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 178; *Allan*, Oxford J. Legal Stud. 1988, 266; *Bittner* (Fn. 4), S. 162; *Smith* (Fn. 114), S. 121.

<sup>143</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 178; *Allan*, Oxford J. Legal Stud. 1988, 266; *Bittner* (Fn. 4), S. 162 (dortige Fn. 5); *Marmor* (Fn. 127), S. 4; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 396.

<sup>144</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 165, 176, 216; *Dworkin* (Fn. 54), S. 386; *Besson*, European Law Journal 2004, 257, 258; *Bittner* (Fn. 4), S. 57, 62; *Eisgruber* (Fn. 129), S. 16; *Guest* (Fn. 15), S. 41, 57; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 69; *Marmor* (Fn. 127), S. 1, 8, 14; *Postema* (Fn. 56), S. 300; *Waldron*, LT 1997, 1, 6 f.

<sup>145</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 165, 176, 216.

<sup>146</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 179, 182.

<sup>147</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 179, 182; *Marmor* (Fn. 127), S. 3 f.; *Guest* (Fn. 15), S. 39; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 391.

<sup>148</sup> *Dworkin* (Fn. 116), S. 298. In *Law's Empire* schreibt *Dworkin*, dass ein Damebrettgesetz bezüglich Abtreibungen fairer ist als ein Gesetz, das Abtreibungen entweder gänzlich erlaubt oder verbietet; *Dworkin* (Fn. 2), S. 179, 182; *Calsamiglia*, ARSP 1994, 52, 59 f.; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 70 f.; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 396; *Ross*, MP 1991, 265, 269. Was die Aussage in *Law's Empire* bedingt hat, ist unklar. Weder Verfahrens- noch Ergebnisfairness erklären, wieso ein Damebrettgesetz bezüglich Abtreibungen fairer ist als ein Gesetz, das Abtreibungen entweder gänzlich erlaubt oder verbietet; ähnlich *Smith* (Fn. 114), S. 122 (dortige Fn. 6). *Dworkin* hat eingeräumt, dass die Aussage in *Law's Empire* fehlerhaft ist; *Dworkin* (Fn. 116), S. 298. Im Haupttext wird der Schritt gemäß der in *Dworkin* (Fn. 116), S. 298 vorgenommenen Modifikation abgebildet.

<sup>149</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 180 ff.; *Bittner* (Fn. 4), S. 162; *Calsamiglia*, ARSP 1994, 52, 60; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 396; *Smith* (Fn. 114), S. 123. *Dworkin* schreibt bezüglich dieses Schritts von Gerechtigkeit; *Dworkin* (Fn. 2), S. 180 ff. Seine Ausführungen sind jedoch nur sinnvoll zu rekonstruieren, wenn angenommen wird, dass er Ergebnisfairness statt

sein oder Abtreibungen verbieten.<sup>150</sup> Abtreibungsbefürworter ziehen die erste der zweiten und die zweite der dritten Möglichkeit vor.<sup>151</sup> Abtreibungsgegner ziehen die dritte der zweiten und die zweite der ersten Möglichkeit vor.<sup>152</sup> Ordnet man den Möglichkeiten gemäß der Reihenfolge der Abtreibungsbefürworter Punkte zu, erhält die erste Möglichkeit drei Punkte, die zweite zwei und die dritte einen Punkt. Ordnet man den Möglichkeiten gemäß der Reihenfolge der Abtreibungsgegner Punkte zu, erhält die erste Möglichkeit einen Punkt, die zweite zwei und die dritte drei Punkte. Addiert man die Punkte der Möglichkeiten gemäß der Reihenfolge der Abtreibungsbefürworter mit den Punkten der jeweiligen Möglichkeit gemäß der Reihenfolge der Abtreibungsgegner, beträgt die Summe der Punkte je Möglichkeit vier. Ein Damebrettgesetz bezüglich Abtreibungen ist sohin genauso ergebnisfair wie ein Gesetz, das Abtreibungen entweder gänzlich erlaubt oder verbietet.<sup>153</sup>

[4] Da Verfahrens- und Ergebnisfairness die Ablehnung von Damebrettgesetzen nicht erklären, muss es ein drittes, die Ablehnung erklärendes Moment geben.<sup>154</sup> Versteht man Integrität als Forderung danach, Prinzipienkollisionen zweiter Art in einem Gesetz zu einem der beiden kollidierenden Prinzipien aufzulösen, ist Integrität das gesuchte dritte Moment.<sup>155</sup>

[5] *Dworkin* hat gezeigt, dass Integrität, verstanden als Forderung, Prinzipienkollisionen zweiter Art in einem Gesetz zu einem der beiden kollidierenden Prinzipien aufzulösen, die Ablehnung von Damebrettgesetzen erklärt und dem Recht daher in

ausreichendem Maß entspricht. Den hergeleiteten Integritätsbegriff erweitert *Dworkin* zweifach ohne Begründung. Erstens verlangt Integrität, dieselben Prinzipien betreffende Prinzipienkollisionen zweiter Art stets zu demselben Prinzip aufzulösen.<sup>156</sup> Zweitens gilt das nicht nur für Prinzipienkollisionen zweiter, sondern auch für solche erster Art.<sup>157</sup> Wird die die Prinzipien A und B betreffende Prinzipienkollision erster Art in einem Gesetz zu dem übergeordneten Prinzip C aufgelöst, muss dieselbe Kollision folglich in allen Gesetzen zu dem Prinzip C aufgelöst werden. Die zweifache Erweiterung des hergeleiteten Integritätsbegriffs ist insbesondere bemerkenswert, da *Dworkin* selbst schreibt, dass Kollisionen derselben Prinzipien in unterschiedlichen Gesetzen häufig unterschiedlich aufgelöst werden.<sup>158</sup>

## bb) Bestmögliche Rechtfertigung

Die die bestmögliche Rechtfertigung begründende Argumentation folgt einem Dreischritt.<sup>159</sup>

[1] Die zwangsweise Durchsetzung assoziativer Verpflichtungen ist gerechtfertigt.<sup>160</sup> Assoziative Verpflichtungen entstehen ob der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft.<sup>161</sup> Sie bestehen z. B. in Freundschaften.<sup>162</sup> Dass die zwangsweise Durchsetzung assoziativer Verpflichtungen gerechtfertigt ist, beruht vermutlich darauf, dass sie besser zu rechtfertigen ist als die zwangsweise Durchsetzung anderer Verpflichtungen.<sup>163</sup>

Gerechtigkeit meint; ähnlich *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 396, die einen Widerspruch zwischen dem von *Dworkin* in diesem Schritt genutzten Gerechtigkeitsbegriff und seinem ursprünglich eingeführten Gerechtigkeitsbegriff bemängelt.

<sup>150</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 180.

<sup>151</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 180; *Bittner* (Fn. 4), S. 162.

<sup>152</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 180; *Bittner* (Fn. 4), S. 162.

<sup>153</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 182; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 396. *Dworkin* schreibt, dass Damebrettgesetze teils nicht als zweit-, sondern drittbeste dreier Möglichkeiten eingeordnet werden; *Dworkin* (Fn. 2), S. 182 f. In diesen Fällen erklärt Ergebnisfairness die Ablehnung von Damebrettgesetzen. Da Ergebnisfairness die Ablehnung aber nur manchmal und nicht immer erklärt, scheint sie die Ablehnung in nicht ausreichendem Maß zu erklären; in diese Richtung *Dworkin* (Fn. 2), S. 183. Hier zieht sich *Dworkin's* Argumentation auf den unbekanntem Maßstab ausreichenden Entsprechens zurück; siehe Fn. 133 bezüglich des Musters.

<sup>154</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 183.

<sup>155</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 183 f.; *Bittner* (Fn. 4), S. 163; *Calsamiglia*, ARSP 1994, 52, 60. Da *Dworkin* nicht darstellt, dass kein anderes Moment die Ablehnung erklären kann, folgt seine Argumentation dem für ihn typischen unvollständigen Argumentationsmuster; siehe C. II. bezüglich des Musters. *Dworkin* differenziert zwischen der Perspektive einer für ein Damebrettgesetz stimmenden Einzelperson und der Perspektive einer ein Damebrettgesetz beschließenden Gemeinschaft; *Dworkin* (Fn. 2), S. 183 f. Aus der ersten Perspektive scheint kein Integritätsverstoß zu bestehen, aus der zweiten schon; *Dworkin* (Fn. 2), S. 184. Warum dem so ist, ist unklar. Möglicherweise setzen Integritätsverstöße voraus, dass der eigenen Gerechtigkeitsvorstellung gemäß Fassungen eines Gesetzes aus der eigenen Perspektive realisierbar sind. Einzelpersonen scheinen häufig nur die Wahl zwischen Damebrettgesetzen und der eigenen Gerechtigkeitsvorstellung widersprechenden Gesetzen zu haben. Die Gemeinschaft scheint zumindest häufig ein einem der beiden kollidierenden Prinzipien entsprechendes Gesetz erlassen zu können; vgl. *Dworkin* (Fn. 2), S. 218 bezüglich dessen, dass sie es nicht immer kann; vgl. *Marmor* (Fn. 127), S. 5 ff.; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 397, die ebenso davon ausgehen, dass ein Integritätsverstoß mit der Umsetzbarkeit unterschiedlicher Gesetzesvarianten zusammenhängt. Um Integrität auf die Gemeinschaft beziehen zu können, versteht *Dworkin* die Gemeinschaft als eigenständige Handlungseinheit;

*Dworkin* (Fn. 2), S. 167 ff., 187 f.; *Bittner* (Fn. 4), S. 55 ff.; *Guest* (Fn. 15), S. 79 f. Details des Verständnisses werden ausgeklammert.

<sup>156</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 184.

<sup>157</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 435 f.

<sup>158</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 184; ähnlich *Smith* (Fn. 114), S. 125, 148 f. *Dworkin* beantwortet Kritik an der Erweiterung damit, dass einzelne Gesetze das für das gesamte Recht Geltende widerspiegeln; *Dworkin* (Fn. 116), S. 296. Die Antwort beschreibt lediglich den ersten Schritt der Erweiterung, ohne ihn zu begründen; auf den zweiten Schritt geht sie überhaupt nicht ein. Die Erweiterung kann wohl damit erklärt werden, dass *Dworkin* davon ausgeht, dass der zweifach erweiterte Integritätsbegriff dem Recht in ausreichendem Maß entspricht. Schließlich ist der zweifach erweiterte Integritätsbegriff die Erweiterung des dem Recht in ausreichendem Maß entsprechenden ursprünglich hergeleiteten Integritätsbegriffs. Ist das *Dworkin's* Gedanke, zieht er sich auf den unbekanntem Maßstab ausreichenden Entsprechens zurück; siehe Fn. 133 bezüglich des Musters.

<sup>159</sup> *Dworkin* nennt drei weitere Argumente für Integrität; *Dworkin* (Fn. 2), S. 188 f.; *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 776 f.; *Perry*, Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law, in: Hershovitz (Hrsg.), Exploring Law's Empire – The Jurisprudence of Ronald Dworkin 2006, S. 200. Da sie nicht die Rechtfertigung staatlichen Zwangs betreffen, werden sie ausgeklammert.

<sup>160</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 191; *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 777; *Marmor* (Fn. 127), S. 7 f. *Dworkin* nutzt die Begriffe *associative obligation* und *fraternal obligation* synonym; *Dworkin* (Fn. 2), S. 198 f. Sie werden folgend als assoziative Verpflichtung übersetzt. Die Aussage vereinfacht *Dworkin's* Standpunkt. Nach ihm ist nur die zwangsweise Durchsetzung assoziativer Verpflichtungen gerechtfertigt, das Bestehen assoziativer Verpflichtungen rechtfertigt aber nicht stets ihre zwangsweise Durchsetzung; *Dworkin* (Fn. 2), S. 191.

<sup>161</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 195 f.; *Green* (Fn. 141), S. 270; *Guest* (Fn. 15), S. 88; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 107; *Kress*, Harvard Journal of Law & Public Policy (Harv. J. L. & Pub. Pol'y) 1993, 639, 645; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 401.

<sup>162</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 196; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 108.

<sup>163</sup> In diese Richtung *Dworkin* (Fn. 2), S. 195 f. Die Rechtfertigung zwangsweiser Durchsetzung assoziativer Verpflichtungen folgt dem für *Dworkin* typischen unvollständigen Argumentationsmuster; siehe C. II. bezüglich

*Dworkin* nennt drei Möglichkeiten einschließlich ihrer Schwachpunkte, die zwangsweise Durchsetzung anderer Verpflichtungen zu rechtfertigen.<sup>164</sup> Die Zustimmung zu einem Gesellschaftsvertrag rechtfertigt die zwangsweise Durchsetzung auf dem Vertrag beruhender Verpflichtungen nicht, da die Zustimmung nicht verweigert werden kann.<sup>165</sup> Die Gerechtigkeit einer Verpflichtung rechtfertigt die zwangsweise Durchsetzung der Verpflichtung nicht, da sie nicht erklärt, weshalb Verpflichtungen nur in einer bestimmten Gemeinschaft zwangsweise durchgesetzt werden.<sup>166</sup> Gerechte Verpflichtungen müssten demgemäß nämlich in allen Gemeinschaften zwangsweise durchgesetzt werden.<sup>167</sup> Dass Bürger Vorteile vom Staat erhalten, rechtfertigt die zwangsweise Durchsetzung von vom Staat in Geltung gesetzten Verpflichtungen nicht, da Vorteile nicht abgelehnt werden können und unklar ist, was Vorteile sind.<sup>168</sup>

[2] Assoziative Verpflichtungen bestehen in wahren Gemeinschaften.<sup>169</sup> Dass dem so ist, beruht vermutlich darauf, dass assoziative Verpflichtungen z. B. in Freundschaften bestehen und Freundschaften wahre Gemeinschaften sind.<sup>170</sup>

Eine wahre Gemeinschaft setzt voraus, dass überhaupt eine Gemeinschaft besteht.<sup>171</sup> Eine Gemeinschaft besteht, wenn zwischen den Mitgliedern ein ausreichend großer interpretativer Konsens bezüglich des Bestehens der Gemeinschaft besteht.<sup>172</sup> Damit füßen wahre Gemeinschaften nicht auf Zustimmung<sup>173</sup> und weisen sohin nicht den Schwachpunkt der ersten Möglichkeit der Rechtfertigung zwangsweiser Durchsetzung anderer Verpflichtungen auf.<sup>174</sup>

des Musters; vgl. *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 779, die ebenso die Unvollständigkeit der Argumentation bemängeln.

<sup>164</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 192 ff. Folgend wird an entsprechenden Stellen benannt, weshalb die Rechtfertigung zwangsweiser Durchsetzung assoziativer Verpflichtungen nicht die Schwachpunkte der ersten und zweiten Möglichkeit aufweist.

<sup>165</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 192 f.; *Green* (Fn. 141), S. 278; *Guest* (Fn. 15), S. 86; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 105; *Wilkes*, John Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, und Ronald Dworkin, These der Rechte – Positionen neuer amerikanischer Rechtsphilosophie zwischen Liberalismus, Utilitarismus, Positivismus und Naturrecht 1997, S. 31 ff.

<sup>166</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 193; *Guest* (Fn. 15), S. 86 f.; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 105 f.

<sup>167</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 193; *Guest* (Fn. 15), S. 86 f.; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 106.

<sup>168</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 193 ff.; *Guest* (Fn. 15), S. 87; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 106.

<sup>169</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 199 ff.; *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 777; *Bittner* (Fn. 4), S. 56; *Kress*, Harv. J. L. & Pub. Pol’y 1993, 639, 645; *Perry* (Fn. 159), S. 189, 194 f.; *Smith* (Fn. 114), S. 143.

<sup>170</sup> In diese Richtung *Dworkin* (Fn. 2), S. 196, 198 f.; ähnlich *Green* (Fn. 141), S. 271; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 109; *Perry* (Fn. 159), S. 194; *Soper*, Harv. L. Rev. 1987, 1166, 1184.

<sup>171</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 199; *Green* (Fn. 141), S. 271.

<sup>172</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 199; *Bittner* (Fn. 4), S. 56.

<sup>173</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 197 f.

<sup>174</sup> Kritisch *Marmor* (Fn. 127), S. 9 f.

<sup>175</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 198 ff., 204; *Bittner* (Fn. 4), S. 56; *Burke*, The Political Foundation of Law and the Need for Theory with Practical Value: The Theories of Ronald Dworkin and Roberto Unger 1992, S. 133; *Edgeworth*, Reading Dworkin Empirically: Principles, Policies and Property, in: *Hunt* (Hrsg.), Reading Dworkin Critically 1992, S. 190; *Kress*, Harv. J. L. & Pub. Pol’y 1993, 639, 645; *Perry* (Fn. 159), S. 190; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 402.

Erfüllt eine bestehende Gemeinschaft vier Voraussetzungen, ist sie eine wahre Gemeinschaft.<sup>175</sup> Die vier Voraussetzungen ergeben sich vermutlich daraus, dass wahre Gemeinschaften, wie z. B. Freundschaften, ihnen entsprechen.<sup>176</sup> Mitglieder der Gemeinschaft müssen Verpflichtungen in der Gemeinschaft als auf die Mitglieder und nicht auch auf Außenstehende bezogen begreifen.<sup>177</sup> Sie müssen Verpflichtungen in der Gemeinschaft als unmittelbare Verpflichtungen gegenüber den anderen Mitgliedern begreifen.<sup>178</sup> Sie müssen Verpflichtungen in der Gemeinschaft als von der übergeordneten Sorge um das Wohlergehen der anderen Mitglieder bedingt begreifen.<sup>179</sup> Und sie müssen annehmen, dass sich die Gemeinschaft um alle Mitglieder gleichermaßen sorgt.<sup>180</sup>

[3] Eine auf Integrität basierende Gemeinschaft ist eine wahre Gemeinschaft.<sup>181</sup> Das zeigt *Dworkin*, indem er mehrere Gemeinschaften vorstellt<sup>182</sup> und nachweist, dass die auf Integrität basierende als einzige die vier Voraussetzungen erfüllt<sup>183</sup>.<sup>184</sup> Die Mitglieder der auf Integrität basierenden Gemeinschaft begreifen die Gemeinschaft als durch Recht, das auf einer integren Hintergrundstruktur basiert, geregelt.<sup>185</sup>

Die Mitglieder begreifen Verpflichtungen in der Gemeinschaft als aus der Hintergrundstruktur resultierend.<sup>186</sup> Die Hintergrundstruktur unterscheidet sich von der anderer Gemeinschaften.<sup>187</sup> Mithin begreifen die Mitglieder Verpflichtungen in der Gemeinschaft als nur auf Mitglieder und nicht auch auf Außenstehende bezogen.<sup>188</sup> Somit weist die Rechtfertigung zwangsweiser Durchsetzung assoziativer Verpflichtungen nicht

<sup>176</sup> In diese Richtung *Dworkin* (Fn. 2), S. 201; ähnlich *Green* (Fn. 141), S. 271; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 109; *Perry* (Fn. 159), S. 194; *Soper*, Harv. L. Rev. 1987, 1166, 1184.

<sup>177</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 199; *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 778; *Bittner* (Fn. 4), S. 56; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 109; *Kress*, Harv. J. L. & Pub. Pol’y 1993, 639, 645; *Marmor* (Fn. 127), S. 7.

<sup>178</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 199 f.; *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 778; *Bittner* (Fn. 4), S. 56; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 109; *Kress*, Harv. J. L. & Pub. Pol’y 1993, 639, 645; *Marmor* (Fn. 127), S. 7.

<sup>179</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 200; *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 778; *Bittner* (Fn. 4), S. 56; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 109; *Kress*, Harv. J. L. & Pub. Pol’y 1993, 639, 645; *Marmor* (Fn. 127), S. 7.

<sup>180</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 200 f.; *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 778; *Bittner* (Fn. 4), S. 56; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 109; *Kress*, Harv. J. L. & Pub. Pol’y 1993, 639, 646; *Marmor* (Fn. 127), S. 8.

<sup>181</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 188, 211 ff.; *Bittner* (Fn. 4), S. 56; *Kerruish/Hunt*, Dworkin’s Dutiful Daughter: Gender Discrimination in Law’s Empire, in: *Hunt* (Hrsg.), Reading Dworkin Critically 1992, S. 209; *Marmor* (Fn. 127), S. 7, 13; *Perry* (Fn. 159), S. 199.

<sup>182</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 208 ff.

<sup>183</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 211 ff.

<sup>184</sup> Neben der auf Integrität basierenden Gemeinschaft stellt *Dworkin* Konventionalismus bzw. Pragmatismus nahestehende Gemeinschaften vor; *Dworkin* (Fn. 2), S. 209 f.; *Friedman/Cornell* (Fn. 40), S. 22, 26; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 111 f. Weshalb die weiteren Gemeinschaften keine wahren Gemeinschaften sind, wird ausgeklammert; vgl. diesbezüglich *Dworkin* (Fn. 2), S. 211 ff.; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 406. Die Argumentation für die von *Dworkin* favorisierte Gemeinschaft folgt dem für ihn typischen unvollständigen Argumentationsmuster; siehe C. II. bezüglich des Musters; *Honeyball/Walter* (Fn. 4), S. 110 bemängeln ebenso, dass *Dworkins* Argumentation für die von ihm favorisierte Gemeinschaft unvollständig ist.

<sup>185</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 211.

<sup>186</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 213.

<sup>187</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 213.

<sup>188</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 213; *Bittner* (Fn. 4), S. 57.

den Schwachpunkt der zweiten Möglichkeit der Rechtfertigung zwangsweiser Durchsetzung anderer Verpflichtungen auf.

In der Gemeinschaft entstehen unmittelbare Verpflichtungen gegenüber den anderen Mitgliedern.<sup>189</sup> *Dworkin* schreibt, „it [die auf Integrität basierende Gemeinschaft] makes these responsibilities fully personal: it commands that no one be left out, that we are all in politics together for better or worse, that no one may be sacrificed, like wounded left on the battlefield, to the crusade for justice overall“<sup>190</sup>. In einer Gemeinschaft, die unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen kennt, sind alle Mitglieder darauf angewiesen, dass die ihrer Gerechtigkeitsvorstellung gemäßen Gesetze ernstgenommen werden. Um der Berücksichtigung ihrer eigenen Gerechtigkeitsvorstellung willen nehmen die Mitglieder die ihrer Gerechtigkeitsvorstellung widersprechenden Gesetze ernst. Dadurch entsteht ein Gewebe unmittelbarer Verpflichtungen zwischen den Mitgliedern.<sup>191</sup>

Ob der Hintergrundstruktur begreifen die Mitglieder Verpflichtungen in der Gemeinschaft als von der übergeordneten Sorge um das Wohlergehen der anderen Mitglieder bedingt.<sup>192</sup>

Wegen der Integrität der Hintergrundstruktur nehmen die Mitglieder an, dass sich die Gemeinschaft um alle Mitglieder gleichermaßen sorgt.<sup>193</sup> Dass die Gemeinschaft auf Integrität basiert, ist sohin für die vierte Voraussetzung entscheidend.<sup>194</sup>

Es ergibt sich somit folgende Argumentationskette:<sup>195</sup> Auf Integrität basierende Gemeinschaften sind wahre Gemeinschaften; in wahren Gemeinschaften bestehen assoziative Verpflichtungen; die zwangsweise Durchsetzung assoziativer Verpflichtungen ist gerechtfertigt; Integrität rechtfertigt staatlichen Zwang bestmöglich.

### c) Verhältnisse

Integrität geht den restlichen Werten regelmäßig<sup>196</sup>, aber nicht immer<sup>197</sup>, vor. Die herausgehobene Stellung der Integrität erwächst aus ihrer Fähigkeit, staatlichen Zwang zu rechtfertigen.<sup>198</sup> Sie muss den anderen Werten immer dann vorgehen,

wenn sie andernfalls dem Recht nicht mehr in für die Rechtfertigung staatlichen Zwangs ausreichendem Maß zugrunde liegt.<sup>199</sup>

Kollidieren Gerechtigkeit und Ergebnisfairness im Verfassungsrecht, geht regelmäßig Gerechtigkeit vor.<sup>200</sup> Da die Verfassung Minderheiten vor Mehrheiten schützt<sup>201</sup> und sich Ergebnisfairness auf die in der Gemeinschaft mehrheitlich vertretenen Gerechtigkeitsvorstellungen bezieht<sup>202</sup>, ist Minderheitenschutz nicht gewährleistet, wenn Ergebnisfairness Gerechtigkeit vorgeht. Da das Nicht-Verfassungsrecht Minderheiten nicht vor Mehrheiten schützt, geht im Nicht-Verfassungsrecht regelmäßig Ergebnisfairness vor.<sup>203</sup>

## 2. Werte und Verhältnisse im Schema

Die Werte steuern die in allen Phasen notwendigen Wertungen. Überdies erklären Integrität und ihr regelmäßiger Vorrang, dass in der dritten Phase primär entscheidend ist, dass sich Entscheidungs- und Rechtsprinzipien bestmöglich entsprechen, und warum abgestuft gefragt wird, welche Entscheidungs- den Rechtsprinzipien in ausreichendem Maß und welche Entscheidungs- den Rechtsprinzipien bestmöglich entsprechen. Die Abstufung erlaubt es anderen Werten, Integrität ausnahmsweise vorzuziehen.<sup>204</sup> Das Verhältnis von Gerechtigkeit und Ergebnisfairness erklärt die Differenzierung zwischen Verfassungsrecht und sonstigem Recht in der dritten Phase.

## IV. Lokale Priorität

Lokale Priorität ist die widerlegliche Vermutung, dass in nicht ausreichendem Maß den Rechtsgebietenprinzipien entsprechende Entscheidungsprinzipien den Rechtsprinzipien in nicht ausreichendem Maß entsprechen.<sup>205</sup>

Sie ist gerechtfertigt, da die Aufteilung des Rechts in Rechtsgebiete regelmäßig ergebnisfair ist.<sup>206</sup> Damit sichert die Berücksichtigung der Aufteilung in Rechtsgebiete regelmäßig die Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung.<sup>207</sup> Ist die Aufteilung in Rechtsgebiete nicht ergebnisfair, ist die Vermutung widerlegt.<sup>208</sup>

<sup>189</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 213; *Bittner* (Fn. 4), S. 57.

<sup>190</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 213.

<sup>191</sup> Ähnlich *Waldron*, LT 1997, 1, 19 f.; *Perry* kritisiert, dass kein Verpflichtungsgewebe zwischen den Mitgliedern, sondern zwischen den Mitgliedern und der Gemeinschaft entsteht; *Perry* (Fn. 159), S. 191. Nach *Dworkin* gibt es keinen Unterschied zwischen einem Verpflichtungsgewebe zwischen den Mitgliedern und einem zwischen den Mitgliedern und der Gemeinschaft als demokratischem Staat, da der demokratische Staat Stellvertreter der Mitglieder ist; *Dworkin* (Fn. 116), S. 305.

<sup>192</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 213; *Bittner* (Fn. 4), S. 57.

<sup>193</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 213; *Bittner* (Fn. 4), S. 57.

<sup>194</sup> In diese Richtung *Allan*, Oxford J. Legal Stud. 1988, 266, 268; *Guest* (Fn. 15), S. 88; *Marmor* (Fn. 127), S. 16; *Réaume*, U. Toronto L. J. 1989, 380, 407; *Ross*, MP 1991, 265, 271; *Smith* (Fn. 114), S. 143 f.; anders *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 779 f.; *Kress*, Harv. J. L. & Pub. Pol’y 1993, 639, 646.

<sup>195</sup> Vgl. *Alexander/Kress*, Iowa L. Rev. 1997, 739, 778, 781 f., die die Argumentation ähnlich rekonstruieren, sie aber statt in drei in acht bzw. 18 Schritte teilen.

<sup>196</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 218 f., 404 ff.; *Bittner* (Fn. 4), S. 168 f.; *Covell*, The Defence of Natural Law – A Study of the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin and John Finnis 1992, S. 184; *Marmor* (Fn. 127), S. 2; *Postema*

(Fn. 56), S. 298 f.; *Smith* (Fn. 114), S. 125; anders *Calsamiglia*, ARSP 1994, 52, 63, der *Dworkins* Äußerungen für derart uneinheitlich hält, dass sie sich nicht rekonstruieren lassen.

<sup>197</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 218 f., 404 ff.; *Covell* (Fn. 196), S. 184; *Marmor* (Fn. 127), S. 2; *Postema* (Fn. 56), S. 298 f.; *Smith* (Fn. 114), S. 125. Die rekonstruierte Hierarchie wird durch die Differenzierung in inklusive und pure Integrität gestützt; *Dworkin* (Fn. 2), S. 404 ff.

<sup>198</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 218.

<sup>199</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 218.

<sup>200</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 250, 256 f.; *Allan*, Cambridge L. J. 1993, 64, 78.

<sup>201</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 250, 376; *Allan*, Cambridge L. J. 1993, 64, 78.

<sup>202</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 250.

<sup>203</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 250, 256 f.

<sup>204</sup> Da *Dworkin* davon ausgeht, dass stets die Entscheidungsprinzipien zumindest einer Fallentscheidung den Rechtsprinzipien in ausreichendem Maß entsprechen; siehe Fn. 54; kann die Abstufung nicht damit erklärt werden, dass bei bestmöglichem Entsprechen nicht automatisch Entsprechen in ausreichendem Maß gegeben ist.

<sup>205</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 251, 402 f.

<sup>206</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 252, 402 f.

<sup>207</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 252, 402 f.

<sup>208</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 253, 402 f.

Lokale Priorität wäre auch anders begründbar: Ob Entscheidungs- Rechtsprinzipien in ausreichendem Maß entsprechen, richtet sich nicht nach zahlenmäßiger Entsprechung, sondern danach, ob sie den bedeutendsten Rechtsprinzipien entsprechen. Was die bedeutendsten Rechtsprinzipien sind, ist Wertungsfrage. Der Ergebnisfairness gemäß sind die bedeutendsten Rechtsprinzipien regelmäßig die Rechtsgebietsprinzipien. Entsprechen die Entscheidungs- den Rechtsgebietsprinzipien, also den regelmäßig bedeutendsten Rechtsprinzipien, in nicht ausreichendem Maß, entsprechen sie automatisch den Rechtsprinzipien in nicht ausreichendem Maß.

Lokale Priorität erklärt, weshalb Entscheidungsprinzipien in der zweiten Phase zunächst mit Rechtsgebiets- und erst anschließend mit Rechtsprinzipien verglichen werden.

Unklar ist, ob lokale Priorität auch die dritte Phase bedingt. In der Entscheidung des *McLoughlin*-Falls prüft *Dworkin* in der dritten Phase direkt, ob die Entscheidungs- den Rechtsprinzipien bestmöglich entsprechen.<sup>209</sup> Andere Passagen lesen sich, als könnte in der dritten Phase erst die Entsprechung der Entscheidungs- mit den Rechtsgebietsprinzipien geprüft werden.<sup>210</sup>

#### D. Operationalisierbarkeit

Der Operationalisierbarkeit der Rechtsanwendungstheorie steht erstens die Unklarheit der die Wertungen steuernden Werte Gerechtigkeit und Ergebnisfairness und zweitens die Unmöglichkeit, die dem gesamten Recht zugrunde liegenden Prinzipien zu explizieren, entgegen.

Für *Dworkin* scheint die Unklarheit der Werte die Operationalisierbarkeit nicht auszuschließen. So weist er, ohne dies zu problematisieren, an diversen Stellen darauf hin, dass unterschiedliche Richter zu unterschiedlichen Entscheidungen kommen<sup>211</sup>, sie die Werte also unterschiedlich begreifen. Auch für *Dworkin* steht jedoch die Unmöglichkeit, die dem gesamten Recht zugrunde liegenden Prinzipien zu explizieren, der Operationalisierbarkeit entgegen.<sup>212</sup>

*Dworkin* hat die Rechtsanwendungstheorie aber nicht mit dem Anspruch der Operationalisierbarkeit entwickelt.<sup>213</sup> Er sieht den Mehrwert seiner Rechtsanwendungstheorie primär darin,

die richterliche Fallentscheidung in idealisierter Form abzubilden, zu schematisieren und damit der Analyse zu öffnen.<sup>214</sup>

Die neben der Herleitung der Komponenten und der Operationalisierbarkeit der Rechtsanwendungstheorie dritte Ebene, die Analysekapazität der Rechtsanwendungstheorie, wird folgend beispielhaft veranschaulicht, wodurch der Aufsatz abgeschlossen wird.

#### E. Analysekapazität

Die Analysekapazität der Rechtsanwendungstheorie wird anhand der Uneinigkeit zwischen der Mehrheitsmeinung und dem Sondervotum des Richters *Masing* im Rauchverbots-Urteil des BVerfG<sup>215</sup> veranschaulicht. Hierfür wird die Uneinigkeit rekonstruiert (E. I.) und mittels der Rechtsanwendungstheorie analysiert (E. II.).

#### I. Uneinigkeitsrekonstruktion<sup>216</sup>

Das Urteil betrifft die sich gegen § 7 I 1 richtende Verfassungsbeschwerde eines Einraumgaststätten-Betreibers.<sup>217</sup> Der Betreiber sieht sich durch § 7 I 1 in seinem Grundrecht aus Art. 12 I GG verletzt.<sup>218</sup> § 7 I 1 verbietet Rauchen in Gaststätten. Rauchen in der Zeltgastronomie, § 7 I 3, und Rauchen in Nebenräumen einer Gaststätte, § 7 II 1, sind vom Verbot ausgenommen. Einraumgaststätten sind keine Zeltgastronomie und haben keinen Nebenraum, weshalb für sie absolutes Rauchverbot besteht.<sup>219</sup>

Bezüglich der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde<sup>220</sup>, des Grundrechtseingriffs durch § 7 I 1<sup>221</sup>, der formellen Verfassungsmäßigkeit des § 7 I 1<sup>222</sup> und bezüglich dessen, dass § 7 I 1 in geeigneter und erforderlicher Weise einem legitimen Zweck dient<sup>223</sup>, sind sich Mehrheitsmeinung und Sondervotum einig.

Auch bezüglich des für die Angemessenheitsprüfung entscheidenden Maßstabs besteht Einigkeit. Maßstab ist, ob das für Einraumgaststätten bestehende absolute Rauchverbot dem gesetzgeberischen Modell<sup>224</sup> des Nichtraucher-schutzes entspricht.<sup>225</sup> In Fragen des Nichtraucher-schutzes kollidiert der Schutz der Bevölkerung vor Gefahren des Passivrauchens (Nichtraucherschutz) mit Interessen der Gaststättenbetreiber

<sup>209</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 247.

<sup>210</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 250 f.

<sup>211</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 250, 255 f., 263, 412 f.

<sup>212</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 245. Damit geht einher, dass *Dworkin* das von Normalsterblichen nicht Leistbare von seinem Idealrichter Herkules durchführen lässt; *Dworkin* (Fn. 2), S. 245.

<sup>213</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 265.

<sup>214</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 265.

<sup>215</sup> BVerfG, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2008, 2409. Das Sondervotum des Richters *Bryde*; BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 172 ff.; wird ausgeklammert. Obwohl BVerfG-Urteile keine typische Rechtsanwendung sind, eignet sich das gewählte Beispiel gut zur Veranschaulichung der Analysekapazität, da es zahlreiche Parallelen zur interpretativen Phase konstruktiver Interpretation bzw. zweiten Phase des Schemas aufweist.

<sup>216</sup> §§ ohne Bezeichnung sind §§ des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württembergs in der Fassung vom 25.07.2007 (NRSG).

<sup>217</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409 f. Weitere vom Urteil betroffene Verfassungsbeschwerden werden ausgeklammert.

<sup>218</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409. Er rügt zudem die ausgeklammerte Verletzung seines Grundrechts aus Art. 14 I GG; BVerfG, NJW 2008, 2409.

<sup>219</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 143.

<sup>220</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 89, 171.

<sup>221</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 118, 171, 179.

<sup>222</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 96 ff., 171.

<sup>223</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 101 ff., 171, 179.

<sup>224</sup> Das BVerfG nutzt die Begriffe Schutzkonzept; BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 120; Regelungskonzept; BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 135; Konzept; BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 122; Schutzkonzeption; BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 167; Regelungskonzeption; BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 125; und Konzeption; BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 128; synonym. Folgend wird Verwechslungen mit den von *Dworkin* genutzten Begriffen Konzept und Konzeption vorbeugend der Begriff Modell genutzt.

<sup>225</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 130, 135, 142 f., 146 f., 164 bezüglich dessen, dass die Mehrheitsmeinung das gesetzgeberische Modell als maßstäblich erachtet. Das Sondervotum nimmt das gesetzgeberische Modell implizit als maßstäblich an, wenn es mit der Mehrheitsmeinung streitet, ob das absolute Rauchverbot dem gesetzgeberischen Modell entspricht; BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 177 ff.; vgl. *Bumke*, Der Staat (DS) 2010, 77, 80, 89; *Michael*, JZ 2008, 875, 876 bezüglich des Maßstabs.

und Raucher.<sup>226</sup> Der Gesetzgeber hat bezüglich der Ausgestaltung eines die Kollision auflösenden Modells einen weiten Gestaltungsspielraum.<sup>227</sup> Mit der Entscheidung für eines der denkbaren Modelle wird die folgerichtige Umsetzung des gewählten Modells aber zum Maßstab der Angemessenheitsprüfung.<sup>228</sup> Setzt der Gesetzgeber das Modell nicht folgerichtig um, widerspricht er seiner eigenen Gewichtung der kollidierenden Positionen.<sup>229</sup> Daher sind Eingriffe durch Gesetze in die im Gesetz im Vergleich zum gewählten Modell schwächer gewichtete Position unangemessen und das Gesetz ist damit verfassungswidrig.<sup>230</sup>

Mehrheitsmeinung und Sondervotum identifizieren unterschiedliche Modelle als gesetzgeberische Modelle.<sup>231</sup>

Die Mehrheitsmeinung stellt primär auf die Ausnahmen vom absoluten Rauchverbot, § 7 I 3, II 1, ab.<sup>232</sup> Ob der Ausnahmen stellt das gesetzgeberische Modell einen Ausgleich zwischen Nichtraucherschutz und Interessen der Gaststättenbetreiber und Raucher dar.<sup>233</sup> Das aus § 7 I 1 resultierende absolute Rauchverbot für Einraumgaststätten lässt die Interessen der Gaststättenbetreiber und Raucher gänzlich hinter den Nichtraucherschutz zurücktreten.<sup>234</sup> Es entspricht sohin nicht dem einen Ausgleich suchenden gesetzgeberischen Modell.<sup>235</sup> Das absolute Rauchverbot für Einraumgaststätten ist mithin verfassungswidrig.<sup>236</sup>

Das Sondervotum stellt nicht primär auf die vom absoluten Rauchverbot bestehenden Ausnahmen, § 7 I 3, II 1, sondern auf das absolute Rauchverbot selbst, § 7 I 1, ab.<sup>237</sup> Das gesetzgeberische Modell statuiert den grundsätzlichen Vorrang des Nichtraucherschutzes.<sup>238</sup> Ist er gewährleistet, statuiert es die nachrangige Möglichkeit, Interessen der Gaststättenbetreiber und Raucher Rechnung zu tragen.<sup>239</sup> In Einraumgaststätten ist der grundsätzliche Vorrang des Nichtraucherschutzes nur durch ein absolutes Rauchverbot zu gewährleisten, weshalb das absolute Rauchverbot für Einraumgaststätten dem gesetzgeberischen Modell entspricht.<sup>240</sup> § 7 I 1 ist mithin verfassungsgemäß.<sup>241</sup> Das Sondervotum identifiziert stattdessen das nicht bestehende Rauchverbot für die Zeltgastronomie, § 7 I 3, als dem gesetzgeberischen Modell widersprechend.<sup>242</sup>

## II. Uneinigkeitsanalyse

Die Suche des gesetzgeberischen Modells des Nichtraucherschutzes entspricht der Explikation der einer Praxis zugrunde liegenden Prinzipien in der interpretativen Phase konstruktiver Interpretation bzw. der Explikation der Rechts(*gebiets*)prinzipien in der zweiten Phase des Schemas. Die Explikation der Prinzipien verlangt, dass sie der Praxis bzw. dem Recht in ausreichendem Maß entsprechen.<sup>243</sup> Das Maß ist ausreichend, wenn die Prinzipien den bedeutendsten Regeln der Praxis bzw. des Rechts entsprechen.<sup>244</sup> Was die bedeutendsten Regeln der Praxis bzw. des Rechts sind, ist Wertungsfrage.<sup>245</sup>

Mehrheitsmeinung und Sondervotum streiten mithin darüber, welches gesetzgeberische Modell dem NRSRG in ausreichendem Maß entspricht. Da das Maß ausreichend ist, wenn das Modell den bedeutendsten Regeln des NRSRG entspricht, kann die Uneinigkeit zwischen Mehrheitsmeinung und Sondervotum als Uneinigkeit über die bedeutendsten Regeln des NRSRG verstanden werden. Die Mehrheitsmeinung hält die Ausnahmen vom absoluten Rauchverbot, § 7 I 3, II 1, für am bedeutendsten, das Sondervotum hält das vorrangige absolute Rauchverbot, § 7 I 1, für am bedeutendsten.

Die Analyse der Uneinigkeit zwischen Mehrheitsmeinung und Sondervotum mittels der Rechtsanwendungstheorie ermöglicht, die Uneinigkeit präzise zu lokalisieren und die sie bedingende Wertungsfrage, was die bedeutendsten Regeln sind, zu benennen. Die präzise Lokalisierung der Uneinigkeit und das Benennen der sie bedingenden Wertungsfrage ermöglichen es, in fruchtbarer Weise über die Uneinigkeit zu sprechen. Die Analysekapazität der Rechtsanwendungstheorie ist daher, entsprechend *Dworkins* Anspruch an die Rechtsanwendungstheorie<sup>246</sup>, das wesentliche Moment ihrer Leistungsfähigkeit.

*\*Der Autor studiert im 13. Fachtrimester Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School und ist studentische Hilfskraft in der Arbeitsgruppe von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Der Artikel entspricht weitestgehend einer Arbeit, die im Rahmen des Schwerpunktbereichs „Grundlagen des Rechts“ entstand.*

<sup>226</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 121, 135, 143, 163, 178 f. Die Interessen der Gaststättenbetreiber beziehen sich auf Ein- und Mehrraumgaststättenbetreiber. Die beschriebene Kollision entspricht einer Prinzipienkollision erster Art nach *Dworkins* Diktion; siehe C. III. 1. b) bezüglich Prinzipienkollisionen erster Art.

<sup>227</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 120; *Bumke*, DS 2010, 77, 95.

<sup>228</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 130, 135, 164; *Bumke*, DS 2010, 77, 89; *Michael*, JZ 2008, 875, 876.

<sup>229</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 135, 164; *Bumke*, DS 2010, 77, 80.

<sup>230</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 135, 146; vgl. *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Loseblatt (Stand: 92. Ergänzungslieferung, 08/2020), Art. 3 I Rn. 404 ff. bezüglich des Folgerichtigkeitsgebots; vgl. *Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar 2018, Art. 3 Rn. 101 bezüglich dessen, dass das Gebot rechtsgebietsübergreifende Folgerichtigkeit verlangt; vgl. *Kischel*, Archiv des öffentlichen Rechts 1999, 174 bezüglich Kritik des Gebots. Das den Maßstab der Angemessenheitsprüfung bedingende Gebot der Folgerichtigkeit ähnelt (legislativer) Integrität nach *Dworkins* Diktion; siehe C. III. 1. b) bezüglich Integrität; vgl. *Jansen*, ZEuP 2005, 750, 775, der das Gebot mit Integrität gleichsetzt.

<sup>231</sup> *Bumke*, DS 2010, 77, 89 (dortige Fn. 69). Weitere Uneinigkeit zwischen Mehrheitsmeinung und Sondervotum wird ausgeklammert.

<sup>232</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 131 ff.

<sup>233</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 131 ff.

<sup>234</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 142 ff.

<sup>235</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 142 ff.; *Bumke*, DS 2010, 77, 80.

<sup>236</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, 2410.

<sup>237</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 178.

<sup>238</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 178.

<sup>239</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 178.

<sup>240</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 178 f.; *Bumke*, DS 2010, 77, 89 (dortige Fn. 69).

<sup>241</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 179.

<sup>242</sup> BVerfG, NJW 2008, 2409, Rn. 178.

<sup>243</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 66, 230, 237; ähnlich *Dworkin* (Fn. 2), S. 52, 57.

<sup>244</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 66, 230, 237, 247, 257; *Dworkin* (Fn. 8), S. 574 f.

<sup>245</sup> *Dworkin* (Fn. 2), S. 67, 235, 255, 259, 358.

<sup>246</sup> Siehe D. bezüglich des Anspruchs.

# Plädoyer der Verteidigung beim Moot Court im Strafrecht 2020

Leon Trampe\*

Nur selten kommen Jurastudenten in ihrer Ausbildung auf eine so lehrreiche Art mit der Praxis in Berührung wie durch Gerichtssimulationen. Am 15. Januar 2021 fand der deutschlandweite Moot Court Strafrecht statt, in dessen Rahmen das Plädoyer des Verteidigungsteams der Humboldt-Universität zu Berlin siegreich vorgetragen wurde. Dem Sachverhalt (nachzulesen in *Schneider/Völkening*, JuS-aktuell 4/2021, S. 37 ff.) fehlt es nicht an Spannung: Insbesondere der „Stromschlag-Fall“ ist einer der spektakulärsten Fälle der vergangenen Jahre. Er behandelt die strafrechtlichen und strafprozessualen Herausforderungen der Digitalisierung sowie des Wirtschafts- und Medizinstrafrechts. Kausalität, Bereicherungsabsicht, Eigenverantwortlichkeit der Selbstgefährdung, Vernehmungsbegriff und Beweisverwertungsverbote bilden seine Krux. Dieser Beitrag beantwortet die Frage nach einer effektiven Verteidigung bei vermeintlich ausweglos strafbaren Handlungen.

## A. Einleitung

Frau Vorsitzende, hohes Gericht, sehr geehrte Staatsanwaltschaft, die Ausführungen der Staatsanwaltschaft unterstellen meinem Mandanten, *Herrn Ahrens*, ohne Grundlage boshafes Vorhaben und missachten grundsätzliche Prinzipien unseres Rechtsstaates. Ihnen ist zu widersprechen.

Zu den Tatvorwürfen möchte ich nun im Einzelnen Stellung beziehen.

## B. Geschehen I: 3-Brompyruvat<sup>1</sup>

### I. Vorwurf 1: Fahrlässige Tötung durch „3-BP“ in 50 Fällen gem. § 222 StGB

Beim ersten Geschehen wirft die Staatsanwaltschaft meinem Mandanten eine fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB in 50 Fällen vor, indem er an die Leute 3-BP lieferte.

#### 1. Kausalität

Es ist mir schon schleierhaft, wie die Kausalität von 3-BP nachgewiesen wurde.

Nach der Äquivalenztheorie ist Ursache jede Bedingung eines Erfolgs, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete zum Erfolg hinführende Verlauf entfiel.<sup>2</sup>

Bei der Feststellung des Tatbestandsmerkmals dürfen nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* keine Zweifel bestehen bleiben.<sup>3</sup> Der BGH entschied in seiner „Lederspray-Entscheidung“, dass andere Ursachen verlässlich ausgeschlossen werden müssen.<sup>4</sup> Im „Holzschutzmittel-Fall“ stellt er fest, dass jedenfalls eine zweifelsfreie Mitverursachung des Mittels nötig ist.<sup>5</sup> Doch nicht einmal diese kann hier vermerkt werden.

Der Grund liegt darin, dass die Todesursache der Patienten nicht ermittelt werden kann. Weder die Ärzte hatten eine plausible Erklärung für *Herrn Veils* Tod noch konnte der Sachverständige ans Licht bringen, ob das Organversagen auf die Gabe von 3-BP oder die Krebserkrankung zurückzuführen ist.

Vielmehr ist die menschliche Gesundheit multifaktoriell-individuell bedingt: Es gibt Auslöser rein psychischer Natur, deren Symptomatik bisweilen von physisch bedingten Krankheiten nicht unterscheidbar ist – wie zum Beispiel die *Tako-Tsubo-Kardiomyopathie*: eine schwerwiegende Funktionsstörung des Herzmuskels deren Pathogenese nicht vollständig aufgeklärt ist und auf emotionalen oder körperlichen Belastungen beruhen kann.<sup>6</sup> So liegt es auch hier, denn die Eruierung der Ursachen eines multiplen Organversagens ist sehr komplex. Hinzu kommt, dass alle Patienten unter Krebs litten und der Heilerfolg einer chemotherapeutischen Behandlung ausweislich des Sachverständigengutachtens nicht sicher ist.

Ein Rekurs auf die Statistik des Sachverständigen kann nicht die eindeutige Feststellung der Kausalität ersetzen. Sie hat keine Aussagekraft für den Einzelfall. Zudem kann sie das nach der Rechtsprechung erforderliche ausreichende Maß an Sicherheit nicht alleine begründen.<sup>7</sup> Konkrete gruppenbezogene Überlegungen können nicht greifen, da eine bescheidene Zahl von 100 Leuten nicht repräsentativ sein kann, wenn zumindest die Hälfte überlebte.<sup>8</sup> Es ist doch nicht einmal klar, wie alt die Verstorbenen waren, in welcher physischen oder psychischen Konstitution sie sich befanden und welchen Vorerkrankungen sie unterlagen. Erst recht nicht, wenn dies zur Begründung einer Strafbarkeit dienen soll. Zudem könnte man daraus allenfalls eine Mindestanzahl von Opfern ableiten, welche wiederum einer sachverständigen Konkretisierung bedarf - die so nicht vorliegt.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Abhängig von der Lesart des Sachverhalts hätte in der „ordnungsgemäßen Belehrung“ ein Unterbleiben der sog. qualifizierten Belehrung des Angeklagten erblickt werden und je nach Abwägung ein Beweisverwertungsverbot geschlussfolgert werden können; *BGH*, *NStZ* 2019, 227 (228 f.) (mAnm *Arnoldi*).

<sup>2</sup> *Freund/Rostalski*, AT, 3. Auflage (2019), Rdnr. 72.

<sup>3</sup> § 261 StPO verlangt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige Zweifel nicht zulässt *stRspr*, vgl. nur *BGH*, *NStZ-RR* 2007, 43 (44) mwN.

<sup>4</sup> *BGHSt* 37, 106 = *NJW* 1990, 2560 (2562).

<sup>5</sup> *BGHSt* 41, 206 = *NJW* 1995, 2930 (2932).

<sup>6</sup> *Schneider*, *Kardiologie* up2date 2006, 131.

<sup>7</sup> *BGH*, *NStZ* 2010, 292 (293); *NStZ* 2010, 160 (161).

<sup>8</sup> Zu den Besonderheiten statistischer Kausalzusammenhänge mit ergänzenden gruppenspezifischen Konkretisierungen *Rostalski*, *GA* 2018, 700 (703 ff.).

<sup>9</sup> *Rostalski*, *GA* 2018, 700 (705).

Inkonsequenterweise wurde mit 50 angeklagten Todesfällen sogar von der als Strafbarkeitsgrundlage dienende Statistik in utopischer Form abgewichen. Die Letalität bei Darmkrebskranken liegt nach dem Gutachten selbst unter chemotherapeutischer Behandlung bei 2 %. Man hätte hier allenfalls zu einer Annahme der Kausalität von 48 Toden kommen dürfen. Welche Individuen darunterfallen, ließe sich indes nicht sagen, weshalb wir beim ursprünglichen Bestimmungsproblem wären, ob und welche Menschen an 3-BP gestorben sind.

Somit bestehen erhebliche Zweifel an der Ursächlichkeit des 3-BP. Der Tod der Patienten durch Organversagen kann erwie-senermaßen Folge einer normalen Darmkrebskrankung sein. Jede andere Deutung würde zu einer unzulässigen Verdachtsstrafe und einem eklatanten Verstoß gegen den in dubio pro reo-Grundsatz führen. Die Kausalität des Medikaments ist abzulehnen.

## 2. Zwischenergebnis

Die Vorwürfe, mein Mandant habe sich wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB strafbar gemacht, sind unhaltbar.

## II. Vorwurf 2: Besonders schwerer Betrug durch „Aspirin“ in 50 Fällen gem. § 263 I, III Nr. 1 Var.1, Nr. 2 Var. 2 StGB

### 1. Bereicherungsabsicht

Mein Mandant hat sich auch nicht wegen Betrugs in besonders schweren Fällen gem. § 263 I und III StGB strafbar gemacht. Er hatte keinen auf die Erlangung eines Vorteils zielgerichteten Willen.<sup>10</sup> Vielmehr stellte der Vermögensvorteil für ihn lediglich eine notwendige Nebenfolge eines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens dar.<sup>11</sup> Deshalb ist die Bereicherungsabsicht zu verneinen.

Die strafbarkeitseinschränkende Funktion des Absichtsmerkmals gebietet diese Wertung. *Herr Ahrens* Intention war es – getreu dem Motto „was nichts kostet, ist nichts wert“ – durch einen höheren Preis einen Placebo-Effekt herbeizuführen. Die Patienten hätten bei einem geringeren Preis an der Wirkung gezweifelt. Dabei hoffte er ausweislich der einzigen diesbezüglichen Feststellung auf einen Placebo-Effekt und nicht auf eine Bereicherung. Die größtmögliche Heilungswirkung bildete die Triebfeder seines Verhaltens.<sup>12</sup> So stellte er seine persönliche Überzeugung zurück und verwendete lieber ein nach seiner Vorstellung von der Allgemeinheit als unbedenklich empfundenes Medikament, sodass - wenn schon kein Nutzen – in jedem Fall wenigstens kein Schaden beim Patienten eintreten werde.

Das festgestellte Vorverhalten spricht dabei eindeutig dafür: Wäre es ihm um die Bereicherung und nicht lediglich um die Heilung gegangen, warum hätte er dann das teure 3-BP und

nicht vielmehr nur das (logistisch und wirtschaftlich) günstigere Aspirin verschicken sollen? In jedem Fall, in dem er 3-BP für wirksam gehalten hat, hätte er ebenfalls nur Aspirin verkaufen können. Dies tat er nicht! Seine einzige Absicht war es, Menschen vor einem Schicksal wie dem seiner Frau zu verschonen.

Resümierend können die gerichtlichen Feststellungen nur eines ergeben: Mein Mandant begriff den Vermögensschaden des Opfers als notwendiges Zwischenziel zum Zweck der Heilungswirkung. Sein eigener Vermögensvorteil war nur ein unvermeidlicher und nicht angestrebter Begleitumstand.

Dass dies keineswegs lebensfern ist, geehrte Richter, zeigen zwei Entscheidungen Ihres Oberlandesgerichts von 1970 und 1987. Im ersten Fall lehnte das Gericht eine Bereicherungsabsicht ab, da ein vom Veterinäramt beauftragter Tierarzt die für die Tätigkeit zustehenden Gebühren nur aus taktischen Gründen mitgenommen habe, um eine fehlerhafte Arbeit zu verschleiern und nicht nochmal leisten zu müssen.<sup>13</sup> Zum gleichen Ergebnis kam das Gericht in einem Fall, in dem die Angeklagte zwecks Aufmerksamkeitserregung die Entführung ihres Kleinkindes vorgetäuscht und Erpressungsgeld von Angehörigen angenommen habe, um die Geschichte glaubhaft erscheinen zu lassen.<sup>14</sup>

Die Entscheidungen zeigen: Dass der Gelderhalt erwünscht war, ist naheliegend, aber darf ohne weitere Anhaltspunkte nicht bejaht werden. Wir wissen gar nicht, was der Angeklagte mit dem erhaltenen Geld vorhatte: vielleicht wollte er es verbrennen oder gar - nichts damit tun. Die einzige gesicherte Feststellung zu den inneren Tatsachen ist doch die, dass der Angeklagte eine Heilungswirkung beabsichtigte. Der Rest sind Mutmaßungen, die nicht die Möglichkeit zu widerlegen vermögen, dass mein Mandant den hohen Betrag ausschließlich zu Wirkungszwecken aufrechterhielt.

Eine Bereicherungsabsicht ist abzulehnen.

## 2. Zwischenergebnis

Mein Mandant ist kein Betrüger.

## III. Ergebnis zu Geschehen I

Das Ergebnis des ersten Geschehens liest sich wie folgt: *Herr Ahrens* hat sich weder wegen fahrlässiger Tötung noch wegen Betrugs strafbar gemacht.

## C. Geschehen II: Energiekur

### I. Vorwurf 1: Versuchter Mord in 7 Fällen gem. §§ 211, 22 StGB<sup>15</sup>

Hat sich keiner der bisherigen Tatvorwürfe erhärtet, kommen wir nun zum Energiekur-Geschehen.

<sup>10</sup> BGHSt 16, 1 = NJW 1961, 1172 (1173); Perron, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 263 Rdnr. 173.

<sup>11</sup> Nach h.M. soll keine Absicht vorliegen, wenn sich die Bereicherung als eine unvermeidliche, sicher vorauszusehende Nebenfolge des Handelns darstellt *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 263 Rdnr. 913 mwN; nach der Rspr. gilt das nur, wenn die sichere Folge unerwünscht ist BGHSt 16, 1 = NJW 1961, 1172 (1173).

<sup>12</sup> In Anlehnung an das früher von der Rspr. für die Bereicherungsabsicht geforderte Triebfeder-Kriterium RGS 55, 257 (260).

<sup>13</sup> OLG Köln, JR 1970, 468 (469).

<sup>14</sup> OLG Köln, NJW 1987, 2095.

<sup>15</sup> Praxisnahe werden § 211 und § 212 als eigenständige Tatbestände betrachtet BGHSt 1, 368 (370) = NJW 1952, 110; nach h.M. bildet § 212 indessen den

## 1. Prozessuale Erwägungen

Dabei scheidet eine Bestrafung wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22 StGB schon aufgrund der rechtmäßigen Feststellungen.

### a) Beweisverwertungsverbot von *Herrn Ahrens* Aussage

Mein Mandant war bei seiner Einlassung gegenüber dem Zeugen *Fischer* bereits Beschuldigter und befand sich in einer Vernehmungssituation.

*Herrn Ahrens* wurden der Beschuldigtenstatus und alle einhergehenden Rechte willkürlich vorenthalten. Die Grenze des strafverfolgungsbehördlichen Beurteilungsspielraums wurde angesichts des Tatverdachts überschritten. Jedenfalls nachdem er darüber berichtete, worum er die Opfer bat, obwohl er sich der Lebensgefahr des Unterfangens bewusst war, ergab sich ihm gegenüber ein – sogar - dringender Tatverdacht i.S.d. § 112 I 1 StPO.<sup>16</sup> Den Ermittlungsbehörden darf nicht die grenzenlose Entscheidungsmacht darüber verliehen werden, wann der Betroffene seine Rechte erhält.<sup>17</sup> Das würde § 152 II StPO widersprechen, die Gefahr des Rechtsmissbrauchs bergen und der rechtsstaatlichen Waffengleichheit aus Art. 6 I EMRK i.V.m. Art. 20 III GG nicht gerecht werden.<sup>18</sup>

Zudem habe ich der Verwertung von *Herrn Ahrens* Aussage widersprochen, weil er trotz Vernehmungssituation nicht über sein Schweige- und anwaltliches Konsultationsrecht gem. § 136 I 2 i.V.m. § 163a IV 2 StPO belehrt wurde.<sup>19</sup> Eine Vernehmung lag aufgrund folgender Erwägungen vor: *Herr Fischer* trat in amtlicher Eigenschaft auf und verlangte zum vorangegangenen Geschehen Auskunft.<sup>20</sup> Dabei belehrte er meinen Mandanten nicht über seine Rechte. Nun ist die Vernehmung im Lichte der für sie maßgeblichen Belehrungspflichten zu verstehen.<sup>21</sup> Das Telos von § 136 I 2 StPO besagt, dass ein juristischer Laie wegen der strukturellen Ungleichheit zwischen ihm und Hoheitsträgern nicht dem Irrglauben unterliegen darf, Aussagen tätigen zu müssen.<sup>22</sup> Vor diesem Hintergrund liegt eine Vernehmung in jeder Sekunde vor, in der der Eindruck einer solchen Situation entsteht.<sup>23</sup> Aufgrund der zeitlich-räumlichen Nähe zu der vorangegangenen Vernehmung ist es notwendig, denjenigen zu schützen, der der Strafverfolgungsbehörde ausgesetzt ist.<sup>24</sup> *Herr Ahrens* befand sich angesichts gewichtiger Tatvorwürfe in einer

emotionalen Ausnahmesituation, hatte keine Möglichkeit zur Vorbereitung und ließ schon zuvor etwas über ein Geschehen verlauten, bei dem er Tatverdächtiger war. An diesem Punkt kumulierten sich Rechtsunkenntnis und Autoritätsfurcht, sodass für ihn die juristische Sekunde der Beendigung der Vernehmung nicht nachvollziehbar war. Im Gegenteil: Es wäre lebensfern einem Verdächtigen erst bei Wiederholung des unmittelbar vorher getätigten Auskunftsverlangens seinen Schutz zuzusprechen. Der Zweck des § 136 StPO wäre unterlaufen. Es liegt ein Beweiserhebungsverbot vor.<sup>25</sup>

Eine Verwertung von *Herrn Ahrens* Aussage ist ebenfalls nicht zulässig. Mein Mandant wurde trotz Unkenntnis nicht über sein Schweigerecht belehrt. Der überragende *nemo-tenetur-Grundsatz* aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und das Recht auf faires Verfahren gem. Art. 6 I 1, III lit. c) EMRK sind zur Geltung zu bringen.<sup>26</sup> Die Wahrheit darf nicht um jeden Preis erforscht und das Individuum nicht zum Objekt staatlichen Handelns verwandelt werden.<sup>27</sup> Aus dem Beweiserhebungs- resultiert ein Beweisverwertungsverbot.

### b) Auswirkungen auf *Herrn Fischers* Aussagen und den Zeuginnen

Das Verwertungsverbot erstreckt sich auch auf *Herrn Fischers* Zeugenaussage vom Hörensagen. Das gebietet der Erst-Recht-Schluss aus § 252 StPO, der ein umfassendes Verwertungsverbot für die Aussage eines Zeugnisverweigerungsberechtigten aufstellt.<sup>28</sup>

Zudem ergibt sich eine Fernwirkung hinsichtlich der Aussagen der Frauen.<sup>29</sup> Die belehrungsfehlerbasierte Ermittlungsaufnahme war Prämisse der Zeitungsberichte, auf die die Frauen aufmerksam wurden. Allerdings ist eine hypothetische Erlangbarkeit der Zeugenaussagen ohne den Verfahrensverstöß höchst unwahrscheinlich. Ohne die Fernwirkung wäre die Umgehung des umfassenden Beweisverwertungsverbots erleichtert und die schwerwiegende Rechtsverletzung würde sich vertiefen.<sup>30</sup> Dagegen wird den Strafverfolgungsbehörden mit dem hier präferierten Ergebnis Anreiz für eine Umgehung der Beweiserhebungsvorschriften genommen.<sup>31</sup> Sehr begrüßenswert - oder wollen wir etwa rechtsstaatswidrig erhobene Beweise rechtsstaatswidrig aufrechterhalten? Selbst, wenn man die Fernwirkung ablehnen würde, bestehen erhebliche Zweifel an dem Wert der

Grundtatbestand *Kühl* in: *Lackner/ders.*, StGB, 29. Aufl. (2018), Vor § 211 Rdnr. 22.

<sup>16</sup> Nach h.M. umfasst § 136 grundsätzlich den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde, der sich objektiv in einem Inkulpatationsakt manifestiert *BGHSt* 51, 367 = NJW 2007, 2706 (2707) mwN.

<sup>17</sup> StRSpr, siehe nur *BGHSt* 37, 48 = NJW 1990, 2633 (2634).

<sup>18</sup> Zur Waffengleichheit grundlegend *EGMR*, Urt. v. 27.6.1968, App 1936/63 - *Neumeister v. Austria*; vgl. zum Ganzen *BGH*, NStZ 1997, 398 ff. (mAnm *Rogall*).

<sup>19</sup> Maßgeblicher Widerspruchszeitpunkt ist der in § 257 StPO genannte *BGHSt* 38, 214 = NJW 1992, 1463.

<sup>20</sup> Zum formellen Vernehmungsbegriff *BGHSt* 40, 211 = NJW 1994, 2904 (2904 f.); für einen materiell-funktionellen Vernehmungsbegriff *Seebode*, JR 1988, 427; *Roxin*, NStZ 1997, 18.

<sup>21</sup> *BGH*, NJW 2018, 1986 (mAnm *Wagner*, ZJS 2018, 485 (488)).

<sup>22</sup> *BGHSt* 42, 139 = NJW 1996, 2940 (2941); a.A. etwa *Roxin*, NStZ 1995, 465 (466).

<sup>23</sup> *BGH*, NJW 2018, 1986 (mAnm *Wagner*, ZJS 2018, 485 (488)).

<sup>24</sup> Auf eine „Gesamt Betrachtung der Vorgänge“ abstellend *BGH*, NJW 2018, 1986 (1987).

<sup>25</sup> Weitergehend für ein selbständiges Verwertungsverbot bei informatorischen Befragungen *Bosch*, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips, 1998, S. 259 ff.

<sup>26</sup> Verfassungsrichterliche Anerkennung des nemo-tenetur-Prinzips im „Gemeinschuldner-Beschluss“, *BVerfGE* 56, 37 = NJW 1981, 1431.

<sup>27</sup> Vgl. *BVerfG*, NJW 1984, 428 mwN.

<sup>28</sup> Vgl. *BGHSt* 2, 99 = NJW 1952, 356; *Diemer*, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 250 Rdnr. 12.

<sup>29</sup> *OLG Oldenburg*, NStZ 1995, 412 wonach nur Beweisergebnisse, die auf rechtmäßigem Wege hätte erlangt werden können, nicht wegen eines Verfahrensverstößes unverwertbar sein sollen; a.A.: *BGHSt* 27, 355 = NJW 1978, 1390; *BGHSt* 32, 68 = NJW 1984, 2772.

<sup>30</sup> *Volk/Engländer*, StPO, 9. Aufl. (2018), § 28 Rdnr. 43; für eine Einzelfallabwägung je nach Gewicht des Verfahrensverstößes und Tatschwere *Maiwald*, JuS 1978, 379 (384); *Rogall*, JZ 1997, 944 (948).

<sup>31</sup> *Meyer-Mews*, HRRS 2015, 398 (405 f.); *Fornito*, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozessrecht, 2000, S. 315.

Zeuginnaussagen: Sie konnten keinerlei Angaben zur Identität des Täters machen.

Dies hat die folgende Konsequenz: Es gibt keinen verwertbaren Beweis, der einen Schluss auf ein Mordmerkmal zuließe. Es käme folglich allenfalls eine Bestrafung wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212, 22 StGB in Betracht, die ausscheidet, weil in der Hauptverhandlung keine Opfer mittels verwertbarer Beweise festgestellt werden konnten.

Der von der Staatsanwaltschaft dargestellte Sachverhalt ist zu erheblichen Teilen nicht erwiesen. Hingegen ist das rechtmäßig festgestellte Verhalten meines Mandanten nicht strafbar.

## 2. Materiell-rechtliche Erwägungen

Und selbst, wenn man unter Missachtung rechtsstaatlicher Grundsätze den Sachverhalt für gegeben annähme, muss eine Strafbarkeit aus materiell-rechtlichen Erwägungen ausscheiden. Das sei allerdings mit Verlaub gesagt, da es nicht mehr entscheidend darauf ankommt.

### a) Eigenverantwortliche Selbstgefährdung

Die Opfer hätten sich selbstgefährdet, indem sie die Energiekur in Kenntnis der Lebensgefahr vorgenommen haben.<sup>32</sup> Dabei wären sie keinem wesentlichen Willensmangel unterlegen und hätten damit eigenverantwortlich gehandelt.

#### aa) Kein Willensmangel

Es ist schon zu hinterfragen, ob die Feststellungen der Staatsanwaltschaft zum Willensmangel zur Überzeugung des Gerichts reichen können. Einzig festgestellt wurde Folgendes: Die Opfer hätten an die therapeutische Wirkung geglaubt, weil der Heilpraktiker kompetent und glaubwürdig erschien.

Wie kann jemand, der keine persönlichen Angaben verlauten lässt und den man niemals gesehen hat, glaubwürdig erscheinen? Wie viel Krebsheilungsfähigkeit kann einem bloßen Heilpraktiker, der nicht approbiert und womöglich unausgebildet war, zukommen? Kann man von einer Therapie überzeugt sein, die durch zwei elektrisch geladene Metalllöffel Brustkarzinome verschwinden lassen soll? Insbesondere, wenn der Name „alternative Heilmethoden“ schon anzeigt, dass kein wissenschaftlich bestätigter Heilungseffekt vorliegt und so auch große Risiken bergen kann.

Nach diesen Feststellungen ist naheliegend, dass die Opfer auf eine Heilungswirkung lediglich gehofft hätten, ohne diese für wahrscheinlich oder gar möglich zu halten.<sup>33</sup> Ihr Schutz erreicht aber nicht so weit, dass sie ihre Kenntnis über die Tatsachen ablösen und ihr Handeln auf bloße Hoffnung stützen können.<sup>34</sup> Im Hinblick auf die gewichtigen, entgegenstehenden

Indizien kann der Irrtum auf Grundlage so rudimentärer Feststellungen nicht bejaht werden.

Dass ein ausschließlich von Hoffnung geprägter Entschluss nicht unwahrscheinlich ist, beweisen Fälle wie ein vom OLG Celle in 2001 entschiedener, bei dem ein Patient entgegen aller Vernunft jegliche Behandlung ablehnte und auf Besserung vertraute, obwohl von vornherein klar war, dass er andernfalls nicht gerettet werden kann.<sup>35</sup>

### bb) Keine Wesentlichkeit des Willensmangels

Selbst wenn man aber die unzulänglichen Feststellungen zugrunde läge und einen Willensmangel annähme, wäre die Wesentlichkeit dieses Mangels zu verneinen und die Eigenverantwortlichkeit der Opfer zu bejahen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH liegt Eigenverantwortlichkeit vor, wenn sich das mit der Gefährdung vom Opfer bewusst eingegangene Risiko realisiert. Es komme dabei nur auf das tatbestandsspezifische Risiko an, das sich im Tod realisierte.<sup>36</sup>

Maßgeblich können als nur rechtsgutsbezogene Irrtümer des Gefährdeten sein. Der BGH entschied 1962, dass nicht jeder Irrtum wesentlich ist.<sup>37</sup> Die gesetzgeberische Wertung des § 16 StGB unterstreicht diese Deutung, da nach ihr immer nur solche Irrtümer relevant sind, die die Voraussetzungen eines Tatbestandes erfassen. Hingegen kümmert sich die Rechtsordnung nicht um die Sinndeutung, die der Einzelne seiner Selbstverletzung verleiht.<sup>38</sup> Eine andere Auffassung würde nicht mehr dem Schutz des betreffenden Rechtsguts, sondern der freien Willensbetätigung dienen.<sup>39</sup> Dann aber könnte jeder, der einen Motivirrtum zu einer straflosen Selbstschädigung erregt, ein Mörder werden.

In unserem Fall waren die Opfer einsichtsfähig, kannten vollumfänglich die Risiken und wussten von der Lebensgefährlichkeit ihrer Handlung, da sie vor der Therapie vom Heilpraktiker auf seinen Kenntnisstand gesetzt wurden. Damit unterlagen sie keinem rechtsgutsbezogenen Irrtum.

Falls sie an eine Heilung glaubten, ist das unbeachtlich. Die Rechtsgutsbezogenheit ist im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot auf seinen Kern zu reduzieren: Ein wesentlicher Willensmangel kann nur vorliegen, wenn sich das Opfer über Art, Ausmaß und Gefährlichkeit der unmittelbaren Rechtsgutspreisgabe irrt.<sup>40</sup> Ein weites Verständnis, das die Vorstellung über eine spätere Heilung als rechtsgutsbezogen wertet, ist nichts anderes als ein Etikettenschwindel und würde die - wie dargestellt notwendig engen - Grenzen des beachtlichen Irrtums zu Nichte macht.<sup>41</sup> Die Opfer unterlagen keinem rechtsgutsbezogenen Irrtum.

Die Annahme der Eigenverantwortlichkeit wird von der ständigen Rechtsprechung zu den Rettungsfällen bekräftigt. Bei

<sup>32</sup> Eine z.T. vertretende Ansicht stellt auf die §§ 19, 20 und 35 sowie § 3 JGG ab und verneint in concreto ebenfalls die Eigenverantwortlichkeit Roxin, in: Festschrift f. Dreher, 1977, 331 (346 f., 349).

<sup>33</sup> OLG Karlsruhe, wistra 2004, 276 (277).

<sup>34</sup> Hefendehl, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 263 Rdnr. 278.

<sup>35</sup> OLG Celle, NJW 2001, 2816.

<sup>36</sup> StRspr, vgl. nur BGHSt 61, 21 = NStZ 2016, 406 (407).

<sup>37</sup> BGHSt 16, 309 = NJW 1962, 682 (683); für einen ausführlichen Meinungsstand Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 228 Rdnr. 23 ff.

<sup>38</sup> Vgl. BGHSt 32, 38 = NStZ 1984, 70 (72 f.) (mAnm Roxin).

<sup>39</sup> Grundlegend Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 15 ff.

<sup>40</sup> Kriterien in Anlehnung an BGHSt 35, 347 = NJW 1989, 912 (914);

BGHSt 32, 38 = NStZ 1984, 70 (mAnm Roxin).

<sup>41</sup> Zu weitgehend daher Roxin/Greco, AT I, § 13 Rdnr. 102 f.

diesen wird insbesondere eine bewusste Selbstgefährdung angenommen, wenn es sich um einen von vornherein sinnlosen oder mit unverhältnismäßigen Wagnissen verbundenen Rettungsversuch handelt, der sich offensichtlich als unvernünftig darstellt.<sup>42</sup>

Nun entschied der BGH in seiner Sirius-Entscheidung, dass die Beachtlichkeit von Willensmängeln auch entsprechend den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen sei.<sup>43</sup> Das Ergebnis ist jedoch nicht nur abstrakt, sondern auch im konkreten Fall verhältnismäßig: Allen Geschädigten stand jederzeit die Möglichkeit offen, die Therapie grundlos abzubrechen. Die Opfer haben sich eine derartige Behandlung selbst ausgesucht und hatten die Chance, die Unversehrtheit ihres Rechtsguts zu wahren. So konnten Sie Informationen über die Heilungsmethode bei kompetenten Fachleuten einzuholen, anstatt blindlings auf einen womöglich unausgebildeten Heilpraktiker zu vertrauen.

Insgesamt wird hier nicht die Unwerthöhe von Fällen erreicht, in denen dem Getäuschten verborgen wird, dass er sich selbst dem Tode ausliefert. Es kommt die gefestigte höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Ausdruck, nach dem der bloße Veranlasser einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung sich regelmäßig nicht strafbar macht.<sup>44</sup>

Letztlich bricht nur der Grundzug des Gesetzgebers Bahn, der auf die Sanktionierung der Selbstgefährdungsteilnahme verzichtete. Der Schutzbereich einer Norm zugunsten des Einzelnen endet eben dort, wo dessen eigener Verantwortungsbereich beginnt.

### cc) Zwischenergebnis

Die Opfer hätten sich - auch auf Grundlage rechtsstaatswidriger und unzureichender Feststellungen - eigenverantwortlich selbstgefährdet.

### b) Rücktritt

*En passant* ist zu erwähnen, dass genauere Feststellungen zu den Behandlungsbeendigungen des Heilpraktikers hätten getroffen werden müssen. Es wäre nicht auszuschließen, dass *Herr Ahrens* in solchen Situationen, in denen er „genug hatte“, gem. § 24 StGB freiwillig vom Versuch zurücktrat. Angesichts der diesbezüglich unklaren Feststellungen ist nach dem *in dubio pro reo* Grundsatz davon auszugehen, dass er in den angeklagten sieben Fällen die Behandlung nur deshalb abbrach, weil er genug hatte. Dass er das Primärziel der Befriedigung seiner sexuellen Begierde erfüllte, ist im Einklang mit dem Begriff der Tat (und seinem tatbestandlichen Erfolg) in § 11 Nr. 5 StGB unbeachtlich.<sup>45</sup> Der Opferschutz verbietet es, den Absichtstäter gegenüber demjenigen mit bedingtem Vorsatz zu privilegieren.<sup>46</sup> Er wäre in allen Fällen strafbefreiend zurückgetreten.

<sup>42</sup> BGHSt 39, 322 = NJW 1994, 205; OLG Stuttgart, NJW 2008, 1971 (1972).

<sup>43</sup> BGHSt 32, 38 = NStZ 1984, 70 (mAnm Roxin).

<sup>44</sup> StRSpr seit BGHSt 32, 262 = NJW 1984, 1969 (1970); statt aller BGH, NJW 2003, 2326 (2327) mwN.

<sup>45</sup> StRSpr, siehe nur BGHSt 39, 221 = NJW 1993, 2061 (2063); kritisch v. Heintschel-Heinegg, JA 2007, 545 (546 f.).

### c) Zwischenergebnis

Als Ergebnis bleibt festzuhalten: *Herr Ahrens* hat sich in keinem Fall wegen versuchten Mordes strafbar gemacht.

## II. Vorwurf 2: Gefährliche Körperverletzung in 7 Fällen gem. §§ 223, 224 I Nr. 2 und 5 StGB

### 1. Prozessuale Erwägungen

Der Vorwurf der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223, 224 StGB kann schon anhand des rechtmäßig festgestellten Sachverhalts nicht bestätigt werden.

### 2. Materiell-rechtliche Erwägungen

#### a) Eigenverantwortliche Selbstgefährdung

Würde man dennoch rechtsstaatswidrig verwertete Beweise zugrunde legen, würde eine Strafbarkeit meines Mandanten an der eben beschriebenen eigenverantwortlichen Selbstgefährdung der Opfer scheitern.

#### b) Qualifikation

Im Übrigen sei als generelle Bemerkung gestattet, dass hier überhaupt nicht ersichtlich ist, woher die Staatsanwaltschaft Anhaltspunkte für ein gefährliches Werkzeug oder gar eine Waffe nimmt.

#### aa) Gefährliches Werkzeug

Wie schon das LG München II im ähnlich gelagerten „Stromschlag“-Fall konstatierte: Weder die Stromkabel noch die Metalllöffel sind nach der Art ihrer Benutzung geeignet, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen. Die Gefährlichkeit liegt in dem aus der Stromspannung resultierenden Stromfluss. Der Strom wiederum ist kein Werkzeug.<sup>47</sup>

#### bb) „mittels“

Außerdem ergibt sich das erhöhte Unrecht des § 224 I Nr. 2 StGB aus dem Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs.<sup>48</sup> Ein „Geschehenlassen“ genügt ausweislich des Wortlauts nicht.<sup>49</sup> Mein Mandant hätte also nicht „mittels“ eines Werkzeugs gehandelt.

### 3. Zwischenergebnis

Eine Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs ist also aus mehreren Gründen abzulehnen.

## D. Gesamtergebnis

Im Ergebnis hat sich keiner der Vorwürfe gegen meinen Mandanten erhärtet.

<sup>46</sup> Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 24 Rdnr. 86; Kudlich, JuS 1999, 349 (354).

<sup>47</sup> LG München II, JuS 2020, 987 (989) (mAnm Jahn).

<sup>48</sup> Paefßen/Böse, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 224 Rdnr. 14a.

<sup>49</sup> Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 224 Rdnr. 9.

Entweder konnte ihm das vermeintliche strafbare Verhalten nicht in verwertbarer Weise nachgewiesen werden oder die Vorwürfe beschreiben kein strafbares Verhalten.

Ich beantrage daher, meinen Mandanten freizusprechen sowie die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen *Herrn Ahrens* der Staatskasse aufzuerlegen.<sup>50</sup>

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit!

*\*Der Autor studiert im 8. Fachsemester an der Humboldt-Universität zu Berlin und ist ebenda studentischer Mitarbeiter beim African-German Research Network for Transnational Criminal Justice. Der Artikel entstand im Rahmen des bundesweiten Moot Courts im Strafrecht 2020, der pandemiebedingt auf 2021 verschoben wurde.*

---

<sup>50</sup> § 467 I StPO zieht insoweit die kostenrechtliche Konsequenz aus der Unschuldsumutung des Art. 6 II EMRK OLG Stuttgart, Rpfleger 2018, 637 Rdnr. 16.

# Rechtsstaatskrise in Europa

Ein Vortrag von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Voßkuhle

*Karoline Schlotmann\**

Im Rahmen einer Kooperation der Freiburger Studentengruppe ELSA (European Law Students' Association) und der FreiLaw-Redaktion (Freiburg Law Students Journal), fand am 05.05.2021 ein Vortrag von Professor Voßkuhle zum Thema „Rechtsstaatskrise in Europa“ statt. Der Vortrag fand virtuell statt, da angesichts der Coronapandemie eine Präsenzveranstaltung nicht möglich war. Professor Dr. Dr. h. c. Andreas Voßkuhle war von 2008 – 2020 Richter am Bundesverfassungsgericht und seit 2010 dessen Präsident. An der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg ist er Direktor des Instituts für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie.

Zu Beginn seines Vortrages gab Herr Prof. Voßkuhle eine Einführung in die Idee der europäischen Rechtsgemeinschaft und deren konstituierender Charakteristika. Dabei ging es neben der Wirkung und Geltung von EU-Recht und der Rechtsfortbildung in einem vielsprachigen Raum auch um den Verbundgedanken und den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens.

Das Projekt der europarechtlichen Rechtsgemeinschaft, bei dem von Beginn an viele verschiedene Akteure mitwirkten, sehe sich auch heute noch vor Herausforderungen, die es gefährden könnten.

Zunächst sehe sich die europäische Rechtsgemeinschaft einem Grundproblem ausgesetzt. Dieses bestehe in der schweren Veränderbarkeit der Verträge und des Sekundärrechts, wegen des dafür erforderlichen politischen Konsens. Damit komme es trotz hohen Veränderungsdruckes bei neuen Entwicklungen zu großen zeitlichen Verzögerungen bei der Reaktion auf diese. Die Konsequenz sei eine steigende Bereitschaft zur Umgehung des Erfordernisses einer formellen Rechtsänderung hin zu einer verdeckten Umstellung auf eine Anwendungsänderung. Dies bedeute eine Umstellung von Recht auf Politik innerhalb der europäischen Rechtsgemeinschaft. Durch solche Entwicklungen verliere das Recht an Funktionsmacht, wie es sich exemplarisch im Migrationsrecht abzeichnet.

Daneben stelle auch die Rechtsprechung des EuGH eine Herausforderung dar. In seiner Funktion stelle er eine treibende Kraft des Integrationsprogrammes dar und das mit Erfolgsgeschichte.

Problematisch werde es jedoch, wenn die Rechtsfortbildung des EuGH nicht politisch abgesichert ist. Dies zeige sich beispielsweise an der Abstimmung über die EU-Verfassung sowie dem Brexit. Und darin bestehe auch eine weitere Herausforderung

vor der die europäische Rechtsgemeinschaft stehe, nämlich die Beachtung und Vollziehung von Recht in der Praxis.

Analysen der Europäischen Kommission zeigten, dass die Anzahl der Vertragsverletzungsverfahren gestiegen seien. Bei der europäischen Rechtsgemeinschaft lasse sich jedoch nicht von einer Rechtsbruchgemeinschaft sprechen. So seien die Vertragsverletzungsverfahren mehrheitlich auf die verzögerte Umsetzung von Rechtsakten wegen innerstaatlicher Probleme zurückzuführen und nicht etwa auf eine grundsätzliche Weigerung, EU-Recht umzusetzen. Darüber hinaus reichte in den meisten Fällen schon die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die in Rede stehenden Mitgliedsstaaten, damit diese die Rechtsverstöße beseitigten.

Ebenfalls sei auch nicht von einer Rechtsvergessenheit in der Union zu sprechen. Zwar kam es bspw. im Zuge der Unterstützungsmaßnahmen der EU während der Finanzkrise zu Auslegungskonflikten, grundsätzlich seien Rechtsauslegungskonflikte innerhalb einer Rechtsgemeinschaft aber nicht bedenklich. Auslegungskonflikte könnten innerhalb von Rechtsgemeinschaften geradezu konstituierend wirken, ohne dass ein Verlust rechtsstaatlicher Qualität befürchtet werden müsse.

Es gebe dennoch Beispiele, an denen man ein vermindertes Rechtsbewusstsein innerhalb der EU festmachen könne. Beispielsweise die Weigerung Italiens während des Höhepunktes der Flüchtlingszuwanderung die Dublin III VO umzusetzen, die regelt, dass der Staat der Erstaufnahme für Asylanträge zuständig ist. Dazu kam die Weigerung von anderen Mitgliedsstaaten, das vereinbarte Kontingent an Flüchtlingen aufzunehmen. Dies waren offensichtliche Verstöße gegen zwingendes Unionsrecht. Diese konnten nicht durch den EuGH beseitigt werden.

Nun zeige dies zwar, dass auch neben der Erosion rechtsstaatlicher Garantien in einzelnen Mitgliedsstaaten Baustellen innerhalb der Rechtsgemeinschaft bestehen, jedoch könne man nicht von strukturellen Vollzugsdefiziten sprechen. Man müsse vielmehr bedenken, dass sich ein Großteil des Europarechts geräusch- und problemlos in unserem Alltag vollziehe, ohne dass Umsetzungsschwierigkeiten bestünden.

In Bezug auf einzelne Mitgliedstaaten, wie Polen und Ungarn, sei es allerdings beachtlich, wie durch Mehrheitsparteien das rechtsstaatliche Grundgerüst dieser Länder innerhalb weniger Jahre zerbrochen sei.

Dies zeige sich an verschiedenen Entwicklungen.

In Polen kam es ab 2015 zu verschiedenen Justizreformen. Dem Justizminister wurde ermöglicht, die Amtszeit von Richtern nach seinem Ermessen zu verlängern oder Richter zu entlassen. Zudem kam es zur Einführung einer Disziplinkam-

mer, die es ermöglichte, Richter wegen des Inhalts von Gerichtsentscheidungen mit Disziplinarmaßnahmen zu sanktionieren.

Ähnliche Entwicklungen gab es in Ungarn. Zunächst wurde das Rentenalter von Richtern, Staatsanwälten und Notaren von 70 auf 62 Jahre herabgesetzt, während das allgemeine Rentenalter auf 65 Jahre angehoben wurde. Zudem wurde die Richternzahl am Verfassungsgericht von 11 auf 15 erweitert, wobei das Parlament mit einer 2/3-Mehrheit über die Besetzung entscheiden würde.

Die Strategien und Instrumente der EU zum Umgang mit diesen Entwicklungen setzten dabei daran, die Gewährleistung rechtsstaatlicher Grundstrukturen zu sichern.

Dabei würde schon bei den Beitrittsverhandlungen angesetzt werden. Von einem Beitrittsstaat müssten sowohl gem. Art. 49 EUV die Grundwerte der EU, die in Art. 2 EUV verankert sind, geachtet werden als auch die sogenannten Kopenhagen-Kriterien. Während der Beitrittsverhandlungen könne die Kommission Vorschläge für Maßnahmen machen, die die Umsetzung von EU-Recht ermöglichen. Insgesamt sei dies eine Heranführungsstrategie.

Daneben gebe es das Art. 7 EUV-Verfahren. Dieses stelle ein dreistufiges Sanktionsverfahren dar, das auf die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit für die Zeit nach dem Beitritt von Staaten gerichtet sei. Das Verfahren knüpfe an die (Gefahr einer) Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte an. Gleichzeitig stelle Art. 7 EUV die einzige Möglichkeit dar, Mitgliedschaftsrechte zu beschränken. Die Hürde der Einstimmigkeit, die es für eine solche Beschränkung braucht, erweise sich bei dem Art. 7 EUV Verfahren jedoch als sehr hoch. So könne das Verfahren jeweils von einem Mitgliedsstaat, der sich ähnlichen Vorwürfen ausgesetzt sieht, blockiert werden. Bisher blieben die Verfahren gegen Ungarn und Polen erfolglos.

Bereits im Jahr 2014 wurde zudem im Rahmen der Stärkung des Rechtsstaatsprinzips ein Frühwarnverfahren entwickelt. Die Kommission nimmt dabei eine Sachstandsanalyse vor, in der sie prüft, ob es in einem Mitgliedsstaat objektive Hinweise auf eine systemische Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit gebe. Anschließend würde auf einen Dialog zwischen der Kommission und den betroffenen Mitgliedsstaaten gebaut, um systemische Gefährdungen aus der Welt zu schaffen. Dies diene als Vorstufe und Ergänzung zum Art. 7-Verfahren. Jedoch scheint auch das Verfahren des konstruktiven Dialogs bisher nicht gefruchtet zu haben, sodass das Art. 7 EUV-Verfahren auch fortan ein weitgehend „stumpfes Schwert“ blieb.

Auch in jüngster Zeit habe es wieder Reformbewegungen hin zum Rechtsstaatenschutz gegeben. Im Jahr 2020 unterbreitete die EU Kommission den Vorschlag für die Verordnung zur "Allgemeinen Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union", die im Allgemeinen als „Rechtsstaatsmechanismus“ bekannt ist. Jedoch habe sich dieser, mittlerweile in Kraft getretene Mechanismus, ebenfalls als „stumpfes Schwert“ erwiesen. Zwar sei es mit dem Mechanismus möglich, die Zahlungen an Mitgliedsstaaten einzuschränken, jedoch

müsse dafür eine Beeinträchtigung des EU-Haushalts nachgewiesen werden. Nachdem Ungarn und Polen vor dem EuGH Klage eingereicht haben, bestand Uneinigkeit dahingehend, ob die Klage eine Anwendung des Mechanismus aussetze oder nicht. Das EU-Parlament erklärte sich im Zuge dieser Entwicklungen bereit, rechtliche Schritte gegen die Kommission einzuleiten, da diese ihrer Verpflichtung, den Mechanismus anzuwenden, nicht nachkomme.

Nunmehr ist wiederum die Rolle des EuGH im Rahmen der Rechtsstaatskontrolle beachtlich.

Diese vollzog sich in drei Etappen.

Die erste Etappe vollzog sich im Hinblick auf ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn wegen der schon zuvor angesprochenen Absenkung des Rentenalters bei Richtern, Notaren und Staatsanwälten. Der EuGH stellte dabei einen Verstoß gegen die Richtlinie über „Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ fest.

Die zweite Etappe vollzog sich durch die Vorlage des OLG Bremen vom 05.04.2016 an den EuGH. In der Sache ging es um die Aussetzung des Vollzugs eines internationalen Haftbefehls aus Ungarn. Es bestanden Bedenken hinsichtlich der Haftbedingungen in Ungarn.

Der EuGH bejahte die Aussetzung unter zwei Voraussetzungen. Es müsse in einem zweistufigen Verfahren geprüft werden, ob es erstens systemische Mängel in dem Land der Auslieferung gebe und zweitens, ob es im Einzelfall eine konkrete Betroffenheit gebe. Um dies zu überprüfen, müsse die für die Vollstreckung zuständige Stelle bei der ausstellenden Stelle Informationen bezüglich der Haftbedingungen einholen. Die Prüfung erfolge also auf nationaler Ebene.

Die dritte Etappe der Rechtsstaatenkontrolle durch den EuGH, die sich wiederum in einer Vorabentscheidung am 27.02.2018 vollzog, führte zu einer gänzlich neuen Dogmatik und könne als „Quantensprung“ bezeichnet werden. In der Sache ging es dabei um die Kürzung von Richterbezügen des portugiesischen Finanzhofes. Im Ergebnis hielt der EuGH diese Kürzungen für mit der richterlichen Unabhängigkeit vereinbar. Der Weg dahin sei das „spektakuläre“ dieser Entscheidung.

Die nationale Gerichtsbarkeit ist kein vollharmonisierter Bereich des EU-Rechts und somit dem EuGH grundsätzlich nicht zugänglich. Der EuGH sah sich trotzdem in der Position zu überprüfen, ob die richterliche Unabhängigkeit der portugiesischen Gerichte durch die portugiesische Gesetzgebung gewahrt wurde. Die Union gründe auf die in Art. 2 EUV niedergelegten Werte, wobei davon inbegriffen sei, dass sie eine Rechtsunion ist. Betroffene hätten das Recht, die Rechtmäßigkeit nationaler Entscheidungen, die der Umsetzung einer Unionshandlung dienen, gerichtlich anzufechten. Dabei werde dies durch Art. 19 EUV konkretisiert. Jedoch werde durch Art. 19 EUV nicht nur die Aufgabe, innerhalb des Unionsrechts eine gerichtliche Kontrolle zu gewährleisten, auf den EuGH und die nationalen Gerichte übertragen, der wirksame gerichtliche Schutz sei auch allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts. Zum Rechtsstaat gehöre schon das Vorhandensein einer gerichtlichen Kontrolle, die die Einhaltung des Unionsrechts sicherstellt. Soweit ein nationales Gericht Unionsrecht auslegt und anwendet, muss das Gericht einen mit Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV in Ein-

klang stehenden Rechtsschutz gewähren. Eben dazu gehören auch die Unabhängigkeit der Gerichte, wie es sich aus Art. 47 Abs. 2 GrCH ergebe.

Damit habe sich der EuGH selbst eine Kompetenz für eine vollumfängliche Prüfung der nationalen Gerichte geschaffen und ein Wertepostulat zu einer effektiv justiziablen Norm gemacht.

Neben diesen gerichtlichen Kontrollen gebe es weitere präventive Elemente, die der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit dienen sollen. Diese seien der jährliche Rechtsstaatlichkeitsbericht durch die Kommission, das europäische Semester und das Justizbarometer.

Insgesamt lasse sich als Fazit zur Rechtsprechung festhalten, dass sich das Vertragsverletzungsverfahren als effektiver als die Vorabentscheidung erweise. Durch Vorabentscheidungsverfahren würde die Last der Entscheidung bei den Vorlagern liegen. Diesen würde, wie es am Beispiel der Aussetzung des europäischen Haftbefehls erkennbar wird, die Bürde aufgetragen, sich mit anderen Rechtsordnungen auseinanderzusetzen und diese zu bewerten. Zweifeln ein nationales Gericht an der europarechtlichen Konformität des eigenen Landes, bestehe die Gefahr, dass sich Richter persönlichen Repressalien ausgesetzt sehen könnten. Um dauerhaft systematische Rechtsstaatsdefizite zu beseitigen, seien Zwangsgeldandrohung durch die EU wohl besser geeignet.

Auch dass sich der EuGH über die bloße Verfahrenskontrolle hinweggesetzt hat und eine materielle Rechtsstaatskontrolle im Falle der portugiesischen Richterbezüge vorgenommen hat, könnte hohe Kosten mit sich führen. Über Art. 19 EUV hat sich der EuGH vollen Zugriff auf nicht harmonisierte Bereiche eröffnet und sich somit über die Entscheidung der Mitgliedstaaten, welche Bereiche sie der Vollharmonisierung zugänglich machen wollen, hinweggesetzt.

Auch in Deutschland habe diese Entwicklung Auswirkungen gezeigt. In Deutschland, so der EuGH, sei die Staatsanwaltschaft aufgrund des Weisungsrechts der Justizminister nicht unabhängig. Und das VG Wiesbaden habe sich mit einer Vorlagefrage bezüglich seiner Unabhängigkeit selbst an den EuGH gewandt.

Wie sich die Verhältnisse in der Zukunft entwickeln, bleibt daher zweifelhaft, insbesondere wie sich die veränderten Bedingungen der europäischen Gemeinschaft auf Art. 2 EUV auswirken werden.

In der abschließenden Diskussion hatten alle Teilnehmer die Möglichkeit, ihre Fragen in einer offenen Fragerunde zu stellen.

Unter anderem wurde gefragt, ob es nicht sinnvoll sei, den Art. 50 EUV dergestalt zu erweitern, dass der EU das Recht zugestanden würde, Mitgliedsstaaten bei anhaltenden Rechtsverletzungen der EU zu verweisen.

Jedoch seien Konflikte mit Staaten wie Ungarn, Polen oder auch Rumänien und Bulgarien, so Professor Voßkuhle, nicht rechtlich zu lösen. Eine Lösung sei viel mehr, auch wenn sich

dies aufgrund finanzieller, wirtschaftlicher und kultureller Faktoren als schwierig gestalte, auf politischer Ebene zu suchen. Rechtlich bestehe eine solche Möglichkeit gerade nicht. Dies sei auch nicht wünschenswert, denn der Zusammenhalt einer Gemeinschaft wie die der EU würde nicht dadurch gestärkt, dass es bei Zerwürfnissen zu einem „Rauschmiss“ kommen könnte.

Auch im weiteren wurden vermehrt Fragen zur Handhabung von Rechtsstaatsverletzungen durch Ungarn, Polen, Bulgarien und Rumänien gestellt und wieso diese weiterhin die gleichen Privilegien der Union hätten wie die Staaten, die keine Rechtsstaatsverletzungen begingen.

Professor Voßkuhle wies drauf hin, dass zu beachten sei, dass die Rechtsstaatlichkeit nicht immer nur vom rechtlichen System, sondern auch von der Kultur, in der sie besteht, abhängt. Als Beispiel nannte er einen Vergleich zwischen der Schweiz und Polen. In der Schweiz müssten Bundesrichter Mitglieder einer Partei sein, um in ihre Position gewählt zu werden und zudem einen Teil ihres Gehalts an ihre Partei zahlen. Dennoch bestünden keine Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit der Schweiz. In Polen hingegen müssten die Richter persönliche Repressalien fürchten, und die Rechtsstaatlichkeit stünde viel eher in Frage. Damit würde deutlich, dass ein Rechtsstaat nicht nur von Regeln abhänge, sondern auch davon, wie mit diesen umgegangen würde und ob das Gefühl der Rechtsstaatlichkeit bestünde. Denn am Beispiel der Schweiz zeige sich, dass die Zugehörigkeit zu einer Partei von Richtern nicht zwangsläufig die Rechtsstaatlichkeit untergrabe, wenn die Richter weiterhin frei entscheiden könnten und dies auch wüssten, also keine persönlichen Repressalien fürchten müssten.

Im Zusammenhang damit sei ebenfalls zu beachten, dass Polen bis 2015 ebenfalls ein funktionierender Rechtsstaat gewesen sei. Die Justizreformen wurden in der Öffentlichkeit jedoch nicht als so problematisch wahrgenommen, wie sie es in ihrer Tragweite waren. Der Bevölkerung sei die Rolle der Gerichte nicht derart klar gewesen, wie es in Deutschland vielleicht der Fall gewesen wäre. In Deutschland setze das Verfassungsgericht stark auf Öffentlichkeitsarbeit, um seine Bedeutung innerhalb des Rechtsstaats aufzuzeigen. Ein Rechtsstaat müsse jeden Tag neu erkämpft werden.

Zuletzt wies Professor Voßkuhle zu den Fragen hinsichtlich möglicher Sanktionen noch darauf hin, dass es sinnvoll sei, sich zu fragen, welche allgemeinen Entwicklungen den Rechtspopulismus stärken und wie man die Ursachen bekämpfen könne. Strukturelle Probleme könne man nicht einfach durch Gerichtsentscheidungen lösen.

Neben Fragen zur Rechtsstaatlichkeit innerhalb der EU hatten Teilnehmende auch Fragen zum Bundesverfassungsgericht, insbesondere dazu, inwiefern nicht auch die Besetzung der Richterpositionen eine problematische Politisierung mit sich ziehen würde.

Die Besetzung der Richterstellen, die hälftig durch den Bundestag erfolgt, sei zum einen im Grundgesetz verankert und somit rechtlich gewollt, zum anderen führe dies in der Praxis dazu, dass aufgrund von Kompromissfindungen zwischen den

Parteien Richterstellen grundsätzlich eher nicht mit Vertretern von extremen politischen Ansichten besetzt würden. Dies erhöhe nicht nur die Akzeptanz der Besetzung, sondern führe auch dazu, dass es im Nachhinein keine Versuche der politischen Beeinflussung gäbe. Zudem sei auch die Frage, welche Alternative es gäbe und inwiefern beispielsweise eine Expertenkommission zusammengesetzt werden müsse und nach welchen Kriterien diese dann letztlich über die Besetzung entscheiden zu hätte. Der derzeitige Weg sei trotz der Einflussnahme von Parteien immerhin demokratisch durch die Wahlen legitimiert.

Auch bei anderen Fragen rund um das Verfassungsgericht plädierte Prof. Voßkuhle für mehr Diversität. So sei es wünschenswert, dass Richterstellen mit Personen, die einen Migrationshintergrund haben, besetzt würden, um verschiedenen Sichtweisen Raum zu geben.

Zuletzt sei noch die Frage erwähnt, wie sich unser Rechtsstaat und unsere Gesellschaft in den nächsten 50 Jahren verändern werde.

Dies sei zwar durch zwei große Treiber bestimmt, die Digitalisierung und die Globalisierung, jedoch könne niemand genau vorhersagen, wie sich diese Veränderungen im Detail vollziehen werden.

Damit endete das Kooperationsprojekt von ELSA und Freilaw. Der Abend wurde allgemein als Erfolg verbucht und gab den Teilnehmenden neue Denkanstöße und Einblicke in das Rechtsstaatengefüge der Europäischen Union.

Ein großer Dank gilt Herrn Professor Voßkuhle, der sich die Zeit für den Vortrag und die Beantwortung von zahlreichen Fragen genommen hat, die nicht alle Platz in diesem Artikel finden konnten.

*\*Die Autorin studiert im zehnten Fachsemester Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau. Der Artikel entstand im Rahmen eines Vortrages von Prof. Voßkuhle zum Thema "Rechtsstaatskrise in Europa".*

# Rezension zu Christian Heinrich

## Examensrepetitorium Zivilrecht 3. Auflage

*Eva Maria Ahrens\**

Christian Heinrich, derzeit Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Insolvenzrecht an der Universität Ingolstadt, hat mit dem „Examensrepetitorium Zivilrecht“ ein Werk geschaffen, welches den Anspruch hat, ein „Examensklassiker für Examenskandidaten“ zu sein. Es soll vor allem die letzten Wochen vor dem Examen füllen, in denen man wohl sonst schnell geneigt wäre, sich durch den letzten großen Stapel Zeitschriftenartikel zu graben, um die vermeintlich letzte, einem unbekannte Fallkonstellation noch zu durchblicken. Auch deshalb begegnet einem das Werk meist erst zum Ende des Studiums. Das Buch wird im Beck Verlag publiziert und ist derzeit in der dritten Auflage (Erscheinungsjahr 2020) erhältlich.

Auffällig ist das Layout des Buches, welches eher an einen Quelle-Katalog erinnert als an ein klassisches Buch. Es hat ein Softcover, hochwertiges Papier und einen über fünf Zentimeter langen Rand an der Seite, der ausreichend Platz für Notizen und Verweise bietet. Ein weiterer Vorteil ist, dass das Buch nach dem Aufklappen durch sein Eigengewicht auch offen liegen bleibt. Das Buch besteht aus einem kurzen Einstieg zu den Grundlagen der Klausurtechnik und 22 Fällen, die sich auf immerhin knapp 600 Seiten erstrecken. Die jeweiligen Falllösungen umfassen dabei jeweils um die 23 Seiten. Die Hinweise zur Klausurtechnik bestehen aus den überwiegend bekannten Hinweisen. Dennoch schadet der Blick in das Kapitel nicht, um sich die Auslegungsmethoden oder ausgewählte Argumentationsfragen noch einmal in Erinnerung zu rufen.

Die Sachverhalte beschränken sich überwiegend auf eine Seite. Dennoch sollte man sie trotz ihrer Kürze nicht unterschätzen.

Nach Heinrich könnten diese auch als Originalklausur im Examen gestellt werden. Nach dem Sachverhalt kommt eine kurze Gliederung, welche die Schwerpunkte des Falles auszeichnet.

Anschließend folgt eine ausformulierte Lösung. Diese wird von kleinen theoretischen Einheiten in Tabellenform begleitet. Diese Mischung aus Falllösung auf Examensniveau und Skript zeichnet das Werk letztlich aus. Neben den Schwerpunkten des Falles, welche sich aus der Gliederung direkt erkennen lassen, wird auch auf Basics eingegangen, um sich diese wieder in Erinnerung zu rufen. So beginnt der erste Fall mit einer tabellarischen Erklärung zum Thema Schuldverhältnis und der Struktur einer Willenserklärung, obwohl das eigentliche Problem des Falles an anderer Stelle liegt. Durch die Tabellenform bleibt es bei einer überblicksartigen Wiederholung, was das Buch so empfehlenswert für Examenskandidaten macht.

Auch sind sehr häufig die (in diesem Stadium bekannten) Schemata am Rand abgedruckt, sodass diese direkt miterfasst

und noch einmal wiederholt werden können. Durch diese vollständige Darstellung der Themen ist die Orientierung einfach und es fällt leicht die einzelnen Probleme in den eigenen Vorbereitungsmaterialien wiederzufinden, und zwar unabhängig davon, ob die eigene Vorbereitung bei einem Repetitor oder in Eigenorganisation stattfindet. Insbesondere diese Tabellen erklären auch den Umfang der Falllösung, sorgen aber gleichzeitig für einen Wiederholungs- und häufig auch Verknüpfungseffekt.

Die Fälle verteilen sich großflächig über das gesamte Zivilrecht. Für jedes Nebengebiet gibt es mindestens einen Fall und auch das Sachenrecht wird mit den größten Klassikern durchgenommen. Den Schwerpunkt hat der Autor auf die schuldrechtlichen Fälle gelegt, die am meisten Raum einnehmen. Dabei wiederholen sich keine Probleme und es kommt keine Eintönigkeit bei der Bearbeitung auf. Innerhalb eines Falles geht es trotz seines Schwerpunktes durch das komplette Zivilrecht. In Fall 12 beispielsweise kommen die Themen Unerlaubte Handlungen, Gesamtschuldnerausgleich sowie Zurechnung und Schadensumfang dran. Daher ist die Einstufung auf dem Niveau als Examensklausur mehr als gerechtfertigt. Hervorzuheben ist der große Anteil an zivilprozessualen Problemen, die den Stoff für das erste Examen sehr gut abdecken. Dem Autor gelingt es die Zusammenhänge im Zivilprozessrecht verständlich darzustellen. Damit stellt das Buch vor allem auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts auch noch kurz vor dem Examen eine wertvolle Unterstützung in der Vorbereitung dar.

Auffallend ist auch, dass die Kürzel der Personen häufig nicht intuitiv (V als Verkäufer und K als Käufer), sondern vielmehr frei erfunden sind. Jeder, der das Chaos in der Reinschrift kennt, wenn der Käufer als V und der Verkäufer als D und der Dritte als K bezeichnet wird, ist dankbar um Fälle, in denen das Bewusstsein für die Personenbezeichnung zumindest geschärft wird.

Ein großer Kritikpunkt ist allerdings, dass über den jeweiligen Sachverhalten die Schwerpunkte des Falles stehen. Diese sind bereits im Inhaltsverzeichnis sowie in den Kopfzeilen der jeweiligen Falllösung abgedruckt. Ein Examenskandidat in dieser Stufe soll und will sich aber an unbekanntem Sachverhalten testen, ohne die Schwerpunkte vorher zu kennen. Anderenfalls könnte man die Übungsfälle anhand der Stichworte auch aus Zeitschriften suchen. Bei dem Anspruch, den das Buch an sich selbst stellt, ist diese Handhabung ungewöhnlich.

Der Preis liegt mit 45,90 Euro an der Schmerzgrenze vieler Studierenden. Zwar steht es auch in der Unibibliothek Freiburg, das Layout und der breite Rand laden aber gerade zum Arbeiten im Buch ein. Meiner Meinung nach lohnt sich die Investition, wenn man die Lerneffekte des Buches voll ausnutzen möchte. Dafür ist vor allem entscheidend, dass jeder individuell festlegt, wie lange die „letzten Wochen“ vor dem Examen sein sollen

oder können. Es ist sicherlich hilfreich das Buch sogar in seinen Lernplan zu integrieren, um einen geeigneten Wiederholungseffekt zu haben und die gesamte Tiefe des Buches ausschöpfen zu können. Anderenfalls sollte man sehr realistisch an den Umfang des Buches herangehen und ausreichend Zeit für eine eigene Lösungsskizze und eine ausreichende Nacharbeit einplanen. Wenn man das Buch vollständig durcharbeiten möchte, werden, sämtliche individuellen Faktoren außer Acht gelassen, pro Tag zwei, maximal drei Fälle bearbeitet werden können.

Insgesamt hat mir das Werk enorm gut gefallen. Die Schemata am Rand sorgen für einen hervorragenden Wiederholungseffekt und die tabellarischen Übersichten sind eingängig und gut einzuprägen. Die Themen sind sorgfältig ausgewählt und sind einem am Ende der Examensvorbereitung in der ein oder anderen Form auch schon begegnet. Das gibt einem das gute Gefühl ein Problem im Fall wiederzuerkennen. Wem es nicht so geht, hat mit dem Werk eine gute Möglichkeit die jeweilige Konstellation schnell und verständlich im Fall zu erfassen.

Die größte Gefahr ist wohl, dass man das Buch kurz vor dem Examen in der Fülle der Materialien einfach übersieht oder nicht mehr dazu kommt, das Buch in Gänze zu bearbeiten. Das wäre schade, denn es hat den Titel „Examensklassiker für Examenkandidaten“ durchaus verdient.

*\*Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.*

# Rezension: Rengier Strafrecht AT

*Leon Arndt\**

## A. Einleitung

Bei Studenten der Anfangssemester erfreut sich das Strafrecht oft großer Beliebtheit. Dies mag darauf zurückzuführen sein, dass es für den juristisch (noch) weitgehend unkundigen Studenten die greifbarste der gelehrten Materien darstellt. So kommt es, dass die meisten Studenten auch in diesem Rechtsgebiet ihre ersten Erfahrungen mit Klausuren und Hausarbeiten sammeln. Bei meiner Suche nach einem passenden Lehrbuch für den Einstieg in das Rechtsgebiet stieß ich auf das Lehrbuch zum Allgemeinen Teil von Prof. Dr. Rudolf Rengier, das nunmehr bereits in der 13. Auflage im Beck-Verlag erschienen ist und das auch bei fortgeschrittenen Studenten ein hohes Ansehen genießt. Das rezensierte Buch schafft es dabei in einer bemerkenswerten Art und Weise durch lebensnahe Fälle dem Leser einen besonders leichten Einstieg in die Materie zu ermöglichen.

## B. Aufbau und Struktur

Das Buch folgt einem durchweg übersichtlichen Aufbau. Die Themen des Allgemeinen Teils des Strafrechts sind in elf Kapitel gegliedert, welche der Autor wiederum auf insgesamt 57 Paragraphen unterteilt. Insgesamt umfassen diese elf Kapitel 596 Seiten. Damit stellt das Buch den Stoff im Vergleich zu anderen Werken in einem ausführlicheren Umfang dar. Dies macht sich bei der Verständlichkeit positiv bemerkbar, weil dem Studenten die Probleme ausführlich erklärt werden.

Der Theorieteil wird durch kleine Einstiegsfälle am Anfang eines jeden Kapitels ergänzt. Diese erleichtern den Einstieg in die nachfolgenden Ausführungen. Sie sind so gewählt, dass man sich beim Lesen der Lektüre bereits Gedanken zur Lösung machen kann. An geeigneter Stelle wird sodann die Lösung des Falls dargestellt. Das fallbezogene Aufgreifen der Problemschwerpunkte dient dem besseren Verständnis der Theorie. Dass hierbei auf eine ausführliche gutachterliche Lösung verzichtet wird, ist sogar wünschenswert, da auf diese Weise die Zusammenhänge zum Theorieteil nochmals kompakt in der Falllösung hergestellt werden.

Ein weiteres positives Merkmal des Buches sind die Aufbauschemata am Anfang eines jeden Paragraphs, die die Einstiegsfälle ergänzen. Diese erleichtern es dem Leser, die Probleme des jeweiligen Themengebiets bei der Lektüre zu erkennen und zu verinnerlichen. Dabei zeigt der Autor schon in den Schemata mögliche Aufbauprobleme auf. An den entsprechenden Stellen wird sodann auf die Fallbearbeitungstechnik rekuriert. Mit Hilfe der Schemata lassen sich die einzelnen kleinen Fälle bei der Lektüre gedanklich lösen. Hierdurch bietet sich dem Leser die Möglichkeit, fallorientiert mit dem Werk zu lernen.

## C. Inhalt

Das Buch deckt die examensrelevanten Bereiche des Strafrecht AT ab. Das erste Kapitel bildet eine Einführung in die Grundlagen des Strafrechts. Das folgende Kapitel widmet sich sodann der strafrechtlichen Fallbearbeitung und der Klausurbearbeitung. Hier werden ausführlich der Aufbau eines Gutachtens und der Unterschied von Gutachtenstil und Urteilsstil beschrieben. Daneben geht der Autor auf das Zeitproblem während einer Klausur ein und stellt verschiedene Möglichkeiten dar, mit diesem Zeitdruck zurechtzukommen. Studenten der Anfangssemester werden somit in gelungener Weise mit den Problemen des Klausurschreibens vertraut gemacht.

Zur Vertiefung des Stoffes werden am Ende eines jeden Kapitels Empfehlungen zur vertiefenden Lektüre präsentiert. Diese sind keineswegs „Lückenfüller“, sondern dienen der Vertiefung und der Auseinandersetzung mit anderen Sichtweisen und Argumenten. Dem Studenten wird somit die Schulung der Diskussionsfähigkeit ermöglicht.

Dem Autor gelingt es, eine angemessene Gewichtung zwischen den einzelnen Themen herzustellen. Die wichtigen Themenfelder wie z.B. Notwehr, Versuch oder Unterlassen, werden in der nötigen Ausführlichkeit dargestellt. Andere Themen, die nicht von schwerwiegender Bedeutung sind, wie etwa die tätige Reue, werden in der erforderlichen Kürze dargestellt, aber dennoch ausführlich genug, um die Problematik zu verinnerlichen und zu verstehen. Es gelingt, die Themen didaktisch durch übersichtliche Gliederungen in einfacher Sprache aufzuarbeiten.

## D. Fazit

Das Buch richtet sich vorwiegend an Studenten aus den Anfangssemestern, eignet sich allerdings auch hervorragend für Examenskandidaten, die das Werk zum nochmaligen Auffrischen des Stoffes nutzen wollen. Die eingebundenen kleinen Fälle bieten dem Leser stets die Möglichkeit, den erlernten Stoff zu rekapitulieren. Auch die Darstellung der Aufbauschemata mit den jeweiligen Problemschwerpunkten ist gelungen und erleichtert so das Verständnis des Stoffes. Der Autor schafft es daneben, die zentralen Meinungsstreits der jeweiligen Themenkomplexe prägnant darzustellen. Die verständliche Art des Buches ermöglicht es dem Leser, trotz des großen Umfangs, in die Materie einzudringen und sie zu verinnerlichen. Ich kann das Buch guten Gewissens an Jurastudenten jedweder Semester weiterempfehlen.

*\* Der Autor studiert Rechtswissenschaften im zweiten Fachsemester an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg.*



### **Wer sind wir?**

**FREILAW** ist die studentisch-juristische Zeitschrift der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und besteht als Projekt Freiburger Studierender bereits seit 2006. Die Zeitschrift erscheint in drei bis vier Ausgaben jährlich online und teilweise auch gedruckt. Neben wissenschaftlichen Artikeln veröffentlichen wir auch solche, die über das Fachliche hinausgehen und für Jurastudierende lesenswert sind. In unseren Ausgaben veröffentlichen wir darüber hinaus regelmäßig Erfahrungsberichte über Auslandsaufenthalte sowie Interviews im Rahmen der Berufsperspektive für Juristen.

### **Warum gerade Ihr?**

Egal ob Ihr im ersten oder letzten Semester seid: Ihr könnt euch bei uns jederzeit in die Redaktionsarbeit einbringen oder sogar eigene Artikel veröffentlichen.

### **Was erwartet Euch?**

Wir haben Aufgaben in vielen Bereichen, von der Redaktionsmitarbeit, der Pflege unseres Internetauftritts bis hin zur Öffentlichkeitsarbeit u.v.m. Euch erwartet eine angenehme Arbeitsatmosphäre in einem netten und motivierten Team.

### **Was erwarten wir?**

Kreative und motivierte Mitarbeiter, die Interesse an der Weiterentwicklung des Journals haben.

### **Worauf wartet Ihr?**

Kommt einfach zur nächsten Redaktionssitzung vorbei!  
Die Termine der Redaktionssitzung werden auf unserer Homepage ([www.freilaw.de](http://www.freilaw.de)) und auf unserer Facebook-Seite ([www.facebook.com/freilaw](http://www.facebook.com/freilaw)) bekanntgegeben.





**FREILAW**

Freiburg Law Students Journal