

Heraus-
geberInnen

Samira Akbarian
Cengiz Barskanmaz
Boris Burghardt
Klaas Hendrik Eller
Aziz Epik
Isabel Feichtner
Felix Hanschmann
Tanja Hitzel-
Cassagnes
Johan Horst
Eva Kocher
Nora Markard
Kolja Möller
Cara Röhner
Dana Schmalz
Thilo Scholle
Inga Schuchmann
Leonie Steinl
Tim Wihl

Heft 2 · 2025
Jahrgang 58



Nomos

Kritische Justiz

Vierteljahresschrift für Recht und Politik

SCHWERPUNKT „DEUTSCHE JUSTIZ IM (POST)KOLONIALISMUS“

Mit Beiträgen von *Hankel, Iffert, Machona, Petry, Thurn, Tsogang Fossi*
und *Zollmann*

AUSÄTZE

Liebel, Kinderrechte als Gegenrechte

Müller, Ernährung am Limit

Lang/Hobbie, Gesetzgebungskompetenzen der Länder durch
Wohnungsverwaltungsrecht

Groß, Das unerfüllte Friedensgebot des Grundgesetzes und der
Internationale Gerichtshof

PRAXISRUBRIK

Reinelt, Qualifizierte Grundrechtseingriffe jenseits sozialer
Lebensrealitäten

REZENSIONEN

Von *Augsberg* zu *Campos*, *Neumann* zu *Feneberg*, *Hecker* zu *Manow*
und *Schneeberg* zu *Kocher*



Inhalt

SCHWERPUNKT: DEUTSCHE JUSTIZ IM (POST)KOLONIALISMUS

John Philipp Thurn Einführung in den Schwerpunkt	155
Gwinyai Machona Kolonialgesellschaften vor Gericht Risse in der Partnerschaft zwischen Staat und Wirtschaft im deutschen Kolonialismus	158
Merle Iffert Das deutsche Kolonialstrafrecht: Ein Einblick in ein rassistisches Rechtssystem	173
Richard Tsogang Fossi „...gegen Eingeborene kann er auf Todesstrafe erkennen.“ Zur Kolonialjustiz im deutschen Kamerun 1884–1914	187
Jakob Zollmann Staatlichkeit „ins Leben ... rufen“ Das Reichsjustizamt und die deutschen Kolonien, 1884–1918	199
Gerd Hankel Ruanda bis zum Völkermord: Der Blick des Auswärtigen Amts auf eine ehemalige Kolonie	213
Sophie Petry Zu möglichen Ansprüchen gegen ehemalige Kolonialunternehmen bei der Restitution von <i>Human Remains</i>	225
AUFsätze	
Manfred Liebel Kinderrechte als Gegenrechte Wie sich Kinder des Globalen Südens als Subjekte eigenen Rechts konstituieren	238
Ulrike A. C. Müller Ernährung am Limit Wie viel Gesundheit verlangt das Grundrecht auf ein Existenzminimum?	251
Pia Lange/Tilko Hobbie Trotz Mietendeckelbeschluss – Gesetzgebungskompetenzen der Länder durch Wohnungsverwaltungsrecht	265
Thomas Groß Das unerfüllte Friedensgebot des Grundgesetzes und der Internationale Gerichtshof	277
PRAXISRUBRIK	
André Reinelt Qualifizierte Grundrechtseingriffe jenseits sozialer Lebensrealitäten Eine kritische Analyse von BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22 aus der Perspektive soziologischer Jurisprudenz	287
REZENSIONEN	
Ricardo Campos, Metamorphosen des globalen Rechts. Vom ius publicum europaeum zum ius digitalis. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023 (<i>Ino Augsberg</i>)	302
Philip Manow, Unter Beobachtung. Die Bestimmung der liberalen Demokratie und ihrer Freunde. Berlin: edition suhrkamp, 2024 (<i>Wolfgang Hecker</i>)	305
Valentin Feneberg, Die Heimat der Anderen. Ermittlung und Verwendung von Herkunftslandinformationen in Asylverfahren. Baden-Baden: Nomos, 2024 (<i>Annelie Neumann</i>)	310
Eva Kocher, Das Andere des Arbeitsrechts. Perspektiven feministischen Rechtsdenkens. Weilerswist-Metternich: Velbrück Wissenschaft, 2024 (<i>Anna Schneeberg</i>)	313

Schriftleitung:

PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Leibniz Universität Hannover
(V.i.S.d.P.)

E-Mail: kj-redaktion@ipw.uni-hannover.de

Einsendungen bitte an:

PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Leibniz Universität Hannover
Schneiderberg 50, D-30167 Hannover

E-Mail: kj-redaktion@ipw.uni-hannover.de

Rezensionsangebote bitte an:

Prof. Dr. Felix Hanschmann, Bucerius Law School

Jungiusstr. 6, D-20355 Hamburg

E-Mail: felix.hanschmann@law-school.de

www.kj.nomos.de

Anzeigen:

Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG

Media Sales

Dr. Jiri Pavelka

Wilhelmstraße 9, 80801 München

Tel: (089) 381 89-687

mediasales@beck.de

Verlag und Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Waldseestr. 3-5

76530 Baden-Baden

Telefon: 07221/2104-0

www.nomos.de

Geschäftsführer: Thomas Gottlöber

HRA 200026, Mannheim

Sparkasse Baden-Baden Gaggenau,

IBAN DE05662500300005002266

(BIC SOLADES1BAD)

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Preise:

Individualkunden: Jahresabo € 89 inkl. digitaler Einzelplatzlizenz

Vorzugspreis für Studierende € 51,- inkl. digitaler Einzelplatzlizenz

Institutionen: Jahresabo € 279,- inkl. digitaler Mehrplatzlizenz

Der Digitalzugang wird in der Nomos eLibrary bereitgestellt.

Einzelheft: € 24,-

Die Abopreise verstehen sich einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer und zuzüglich Vertriebskostenanteil € 20,00 bzw. Direktbeorderungsgebühr € 3,50 (Inland)

Die Rechnungsstellung erfolgt nach Erscheinen des ersten Heftes des Jahrgangs.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

Kundenservice:

Telefon: +49-7221-2104-222

Telefax: +49-7221-2104-285

E-Mail: service@nomos.de

Kündigung: Abbestellungen mit einer Frist von sechs Wochen zum Kalenderjahresende.

Adressenänderungen:

Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gemäß Art. 21 Abs. 1 DSGVO: Bei Anschriftenänderung kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeauftrag gestellt ist. Hiergegen kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft Widerspruch bei der Post AG eingelegt werden.

ISSN 0023-4834

Manuskripte und andere Einsendungen:

Alle Einsendungen sind an die o. g. Adresse zu richten. Es besteht keine Haftung für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss in Textform erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die Autorin/der Autor der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co.KG an ihrem/seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht der Autorin/des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt. Eine eventuelle, dem einzelnen Beitrag oder der jeweiligen Ausgabe beigelegte Creative Commons-Lizenz hat im Zweifel Vorrang. Zum Urheberrecht vgl. auch die allgemeinen Hinweise unter www.nomos.de/urheberrecht.

Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

Urheber- und Verlagsrechte

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, soweit sie vom Einsendenden oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der urheberrechtliche Schutz gilt auch im Hinblick auf Datenbanken und ähnliche Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes oder über die Grenzen einer eventuellen, für diesen Teil anwendbaren Creative Commons-Lizenz hinaus ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Herausgeber/Redaktion wiedergeben.

Der Verlag beachtet die Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V. zur Verwendung von Buchrezensionen.

SCHWERPUNKT: DEUTSCHE JUSTIZ IM (POST)KOLONIALISMUS

John Philipp Thurn

Einführung in den Schwerpunkt

Die Rolle von Recht und Justiz während der formalen deutschen Kolonialherrschaft (1884-1919), Nachwirkungen (kolonial)rassistischen Rechts und Rechtswissens bis in die Bundesrepublik sowie Fragen von Entschädigung und Restitution nach den deutschen Kolonialverbrechen: Diesen Themenfeldern widmete sich die 26. Jahrestagung des Forum Justizgeschichte vom 27. bis 29. September 2024 in der Deutschen Richterakademie in Wustrau.¹ Die Konzeption der Veranstaltung begann bei der Wahrnehmung, dass die deutsche Rechtswissenschaft, jedenfalls jenseits des Völkerrechts, hier ein auffälliges Defizit hat – und dass auch wir als Verein den Kolonialismus bislang wenig thematisiert hatten.

Was haben Recht, Justiz und Jurist:innen beigetragen zur strukturellen Gewaltherrschaft des Kolonialismus, was machte das deutsche Kolonialrecht aus? Die sogenannten Schutzgebiete wurden völkerrechtlich als Inland, staatsrechtlich aber grundsätzlich als Ausland verstanden. Im rassistischen Rechtspluralismus galten für die Kolonisierten die Gewaltentrennung, die Gesetzesbindung der Verwaltung und der effektive Rechtsschutz nicht oder nur sehr eingeschränkt. Der Reichstag beeinflusste die Kolonien durch sein Budgetrecht, hatte sich im Übrigen aber durch das Schutzgebietsgesetz 1886 selbst entmachtet und dem Kaiser die „Schutzgewalt“ übertragen. Gesetzgeberisches Engagement zeigte das Parlament bei der Exklusion aus dem „Deutschsein“ durch das Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz von 1913. In der Regel erfolgte die Rechtssetzung gegenüber den Kolonisierten aber durch (Gouverneurs-)Verordnungen, nicht zuletzt beim Verbot von „Rassenmischehen“, die in der Rechtspraxis die angeblich biologische Kategorisierung nach fixen „Rassen“ infragestellten.²

1 Übersicht zur Tagung unter <https://www.forumjustizgeschichte.de/veranstaltungen-2/tagungen-wustrau/2024-justiz-im-postkolonialismus/>; aufgrund kurzfristiger Absagen kam es zu Änderungen im Programm.

2 Dazu referierte in Wustrau Cornelia Essner; siehe dies., Schädel, Steine und Studenten. Der vielschichtige Anthropologe Felix von Luschan (1854-1924), 2023 (zu „Rassenmischehen“ S. 146 ff.). Weiterführend zu Kolonialen Kontinuitäten im Familien- und Staatsangehörigkeitsrecht Fatou Silah, Radikale Solidarität als Widerstand, in: Decolonize Berlin und European Center for Constitutional and Human Rights (Hrsg.), Dekoloniale Rechtswissenschaft und -praxis, 2024, S. 66 ff. (online unter <https://www.ecchr.eu/publikation/dekoloniale-rechtswissenschaft-und-praxis/>).

Indem die Tagungsankündigung Bezirksgerichte in Daressalam oder Lomé und Obergerichte in Kiautschou oder Samoa erwähnte, an denen deutsche Juristen einst handels-, familien- oder strafrechtliche Fälle entschieden hatten, mag sie ein Stück weit in die Exotismus-Falle getappt sein. Mit Fällen aus und zu den „Schutzgebieten“ hatten deutsche Gerichte auch in der Metropole zu tun, während und noch nach der Kolonialherrschaft. *Gwinyai Machonas* Beitrag über Kolonialgesellschaften vor Gericht analysiert zwei Rechtsstreitigkeiten zwischen staatlichen und wirtschaftlichen Kolonialakteuren, die an Gerichten in Berlin und Leipzig bzw. in Lüderitzbucht und Windhuk ausgetragen wurden und bei denen es um die Konzessionierung einer Kolonialgesellschaft in Kamerun bzw. um den Eisenbahnbau und um Mineralienschürfrechte in Deutsch-Südwestafrika ging.

Während im Sinne von Ernst Fraenkel „Doppelstaat“ derartige Prozesse gewissermaßen im „Normenstaat“ stattfanden, waren die Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität der Kolonisierten im „Maßnahmenstaat“ prekär. Zwar bot die Rechtsform ihnen eine gewisse Handlungsmacht und ermöglichte es auch Kolonisierten, nicht ohne jeden Erfolg (vertragliche) Rechtspositionen geltend zu machen. Wer aber als kolonisierte Person gewissermaßen Regelungsobjekt von Maßnahmen der Kolonialverwaltung und von arbeitsrechtlicher Disziplinierung war, wer grausamer körperlicher Züchtigung ausgesetzt war, lebte in fundamentaler Rechtsunsicherheit. Wie im dualistischen Rechtssystem der deutschen Kolonien das Strafprozessrecht, das materielle Strafrecht, das Sanktionenrecht und die Verfolgungspraxis kolonisierte Menschen entrechteten, untersucht der Beitrag von *Merle Iffert*. Wie die rassistisch-segregierende Justiz in der deutschen Kolonie Kamerun wirkte und zur Unterwerfung der Kolonisierten beitrug, behandelt der Artikel von *Richard Tsogang Fossi*. Er thematisiert auch den berüchtigten Justizmord an Rudolf Duala Manga Bell durch das Bezirksgericht Duala wegen angeblichen Hochverrats 1914.

Aus heutiger grund- und menschenrechtlicher Perspektive ist Rechtsstaatlichkeit unvereinbar mit fundamentaler Rechtsungleichheit: Eine geordnete, geregelte Verwaltung macht noch keinen Rechtsstaat aus. Aber die zeitgenössische deutsche Rechtswissenschaft gab sich große Mühe, die koloniale Rechtspraxis der gleichzeitigen Inklusion und Exklusion zu rechtfertigen, die sogenannte „Dynamik der Differenz“ (Antony Anghie³). Eine zentrale Rolle spielten dabei Argumente rund um den „Zivilisationsstandard“ und eine angebliche „Zivilisierungsmission“ Europas bzw. Deutschlands oder der „Weißen“. ⁴ Wenn sogenannte Schutzverträge den eigenen Landbesitz gegenüber anderen Kolonialmächten begründen sollten, ohne aber dadurch die Einheimischen als völkerrechts- und als verträglich anzuerkennen, weil das kolonisierte Gebiet zugleich als herrenlos („terra nullius“) gelten sollte, brauchte es rechtsdogmatisch die Bereitschaft zur Inkohärenz. Die koloniale Rechtswissenschaft „betrieb mit erheblichem Aufwand juristische Begriffsbildung, um die Kolonialpolitik rechtsdogmatisch zu legitimieren“. ⁵ Wie die Juristen am Reichsjustizamt, die beratend und begutachtend tätig waren für die Kolonialverwaltung,

3 Auf Deutsch etwa: Antony Anghie, Die Evolution des Völkerrechts: Koloniale und postkoloniale Realitäten, in: Kritische Justiz 2009, S. 49 ff.

4 Vgl. Anna Hankings-Evans, Imperiale Vorherrschaft in der völkerrechtlichen Entstehungsgeschichte: Die Berliner Westafrika-Konferenz und die völkerrechtliche Konstruktion des „Anderen“, in: Decolonize Berlin und ECCHR (Hrsg.), Dekoloniale Rechtswissenschaft und -praxis, 2024, S. 244 ff.

5 Andreas Gutmann/Felix Hanschmann, Staatsorganisationsrecht: deutsche Kolonialgebiete im Verfassungsrecht des Deutschen Reiches, in: Philipp Dann / Isabel Feichtner / Jochen von Bernstorff

die Abweichung von heimischen Rechtsgrundsätzen zulasten der entrechteten afrikanischen und asiatischen Bevölkerung begründeten, beleuchtet der Beitrag von *Jakob Zollmann*.

Sich mit dem argumentativen Vorgehen deutscher Kolonialjuristen zu beschäftigen, kann heutigen Rechtswissenschaftler:innen zu denken geben. Zeigt nicht die Kolonialjurisprudenz „die Bedeutung von ideologischen Hintergrundannahmen für die (entgrenzende) Strukturierung rechtswissenschaftlicher Diskurse und ihrer affirmatorischen Potentiale auch in nicht-totalitären politischen Systemen“⁶? Die deutsche Rechtsordnung segregiert heute nicht mehr ausdrücklich nach „Rasse“,⁷ aber auch im geltenden Recht gibt es Begriffe mit rassistischen Konnotationen, wie den sicherheitsrechtlichen „Gefährder“, der Grundrechtseingriffe gegenüber Minderheiten erleichtert.⁸

Zur heutigen Verantwortung auch der Rechtswissenschaft gehört, sich kritisch dem eigenen kolonialen Erbe zu widmen, etwa im Sinne der von Gwinyai Machona vorgeschlagenen juristischen Provenienzforschung,⁹ und zu versuchen zu reflektieren, wie Prozesse des „othering“, der Konstruktion der Anderen und damit auch der Identität des Selbst, in der heutigen Rechtspraxis (fort-)wirken. Als postkolonial lässt sich der bundesdeutsche Umgang mit der ehemaligen Kolonie Ruanda charakterisieren. Der Beitrag von *Gerd Hankel* dokumentiert, mit welchem Paternalismus die deutsche Botschaft in Kigali die politischen Entwicklungen von der Unabhängigkeit bis zum Völkermord an den Tutsi betrachtete.

Offenheit und Bereitschaft zur Selbstkritik (auch) im deutschen Recht sind nötig, wenn Fragen der Entschädigung für Kolonialverbrechen wie auch der Restitution von Kulturgütern¹⁰ und sogenannter human remains verantwortungsvoll beantwortet werden sollen. Die rechtlichen und praktischen Hindernisse, vor denen die Durchsetzung von Erstattungsansprüchen steht, behandelt der abschließende Artikel von *Sophie Petry*.

(Hrsg.), (Post)Koloniale Rechtswissenschaft. Geschichte und Gegenwart des Kolonialismus in der deutschen Rechtswissenschaft, 2022, S. 45 ff. (S. 64).

- 6 Jochen von Bernstorff, Koloniale Herrschaft durch Ambivalenz. Die deutsche Völkerrechtswissenschaft und die Kolonien, in: Dann / Feichtner / Bernstorff (Hrsg.), (Post)Koloniale Rechtswissenschaft, 2022, S. 271 ff. (293).
- 7 Zu „Rasse“ als Rechtsbegriff siehe Doris Liebscher, Zwischen rassistischer Rechtsspaltung und Antidiskriminierungskategorie, in: Dann / Feichtner / Bernstorff (Hrsg.), (Post)Koloniale Rechtswissenschaft, 2022, S. 9 ff. (zum Kolonialismus S. 15 ff.).
- 8 Andreas Gutmann/Felix Hanschmann, Staatsorganisationsrecht: Die deutschen Kolonialgebiete im Verfassungsrecht des Deutschen Reiches, in: Dann / Feichtner / Bernstorff (Hrsg.), (Post)Koloniale Rechtswissenschaft, 2022, S. 45 ff. (65).
- 9 Gwinyai Machona, Das Provenienz-Problem der Rechtswissenschaften: Zum Umgang mit Antisemitismus, Rassismus und Sexismus im juristischen Wissenskanon, Kritische Justiz 2022, S. 437-452.
- 10 Vgl. Stefanie Michels, Parfait Bokohosi, Ulrike Hamann et al., Koloniale Beutestücke. Das andauernde Verstecken hinter rechtlichen Konzepten, in: Forum Recht 3/2011 („Import/Export – Koloniales Recht und postkoloniale Verhältnisse“), online unter <https://forum-recht-online.de/wp/?heft=2011-3>.

Gwinyai Machona

Kolonialgesellschaften vor Gericht

Risse in der Partnerschaft zwischen Staat und Wirtschaft im deutschen Kolonialismus¹

Die Geschichte des (formalen) deutschen Kolonialismus beginnt mit der Erteilung sogenannter ‚Schutzbriefe‘ durch den Kaiser ab 1884.² Bekanntlich hatte es die Reichsregierung um Bismarck zunächst abgelehnt, ‚überseeische‘ Gebiete formal durch den Staat zu ‚erwerben‘.³ Stattdessen wurden Kaufleute und deren Firmen ab 1884 mit ‚Schutzbriefen‘ ausgestattet. In der Regel ‚erwarben‘ die deutschen Kaufleute Handelsstützpunkte und Ländereien zunächst durch Vertragsschluss mit Vertretern lokaler Bevölkerungen, die sich teils Vorteile in regionalen Machtkonflikten versprachen, teils aber auch durch Drohung oder Täuschung zum Vertragsschluss gebracht wurden.⁴ Diese ‚erworbenen‘ Gebiete sollten daraufhin durch Kolonialgesellschaften nach dem Vorbild der zu diesem Zeitpunkt längst aufgelösten holländischen und englischen East India Companies verwaltet werden.⁵ Im Verlaufe der Kolonisierung wurde mit § 8 des Schutzgebietsgesetzes ein Instrument geschaffen, durch welches die Gründung von Kolonialgesellschaften unter Vorbehalt des Erlasses einer Konzession (also unter Genehmigungsvorbehalt) gestellt wurde.

Diese „Geschichte der Schutzbriefe und Konzessionen“ ist, wie Isabel Feichtner beobachtet, „insbesondere eine Geschichte der Verteilung von Verantwortlichkeiten, Risiken

1 Dieser Aufsatz basiert teilweise auf einem Vortragsmanuskript für die 26. Jahrestagung des Forum Justizgeschichte, „Deutsche Justiz im (Post)Kolonialismus“ (27. bis 29. September 2024) (insb. Abschnitt II.1.). Das Quellenmaterial in Abschnitt II. wird in meinem Promotionsvorhaben insb. aus wissenschafts- und ideengeschichtlicher Perspektive tiefgehender bearbeitet, Machona, *Kolonialer Konstitutionalismus* (Arbeitsstitel).

Für Anmerkungen zu diesem Beitrag danke ich insb. Merle Iffert und John Philipp Thurn.

2 Auch vor der ‚formalen‘ Kolonialzeit waren deutsche Kaufleute und Fürsten in Kolonialismus und Sklavenhandel verstrickt, siehe nur Sebastian Conrad, *Rethinking German Colonialism in a Global Age*, *Journal of Imperial and Commonwealth History* 41 (2013), 543–566.

3 Statt vieler siehe v.a. für den politischen Kontext bereits Hans-Ulrich Wehler, *Bismarck und der Imperialismus*, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1985.

4 Siehe etwa zu Vertragsschlüssen in Kamerun Richard Tsogang Fossi und Gwinyai Machona, *Die Kolonisierung „Camerouns“*, in: *Decolonize/ECCHR* (Hg.), *Dekoloniale Rechtswissenschaft und -praxis*, Berlin 2024, 138–170, m.w.N. aus Literatur und Primärquellen.

5 Dazu auch Isabel Feichtner, *Koloniales Wirtschaftsrecht und der Wert der Kolonisation*, in: Dann/Feichtner/von Bernstorff (Hg.), *(Post)koloniale Rechtswissenschaft*, Tübingen 2022, 189–229; zeitgenössisch etwa in Conrad Bornhak, *Die Anfänge des deutschen Kolonialstaatsrechts*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2 (1887), 3–53, 21 und 27; Karl von Stengel, *Die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete*, Tübingen 1901, 41.

und wirtschaftlichen Gewinnen zwischen Staat und Unternehmen.“⁶ Es ist vor allem der Sinn und Zweck der Risikoverteilung dieser rechtliche Ausgestaltung, der es erlaubt, die Zusammenarbeit zwischen Staat und Unternehmen mit Feichtner und anderen „als Public Private Partnerships zu bezeichnen.“⁷ Doch schon lange vor dem Beginn der formalen, d.h. staatlichen Kolonialherrschaft hatten sich insbesondere in den Hansestädten wie Hamburg und Bremen sowie in Berlin formelle und informelle Zusammenschlüsse von Kaufleuten, Bankiers und Politikern gebildet.⁸ Kolonialismus, Liberalismus und Kapitalismus gingen Hand in Hand.⁹ Dabei zählten vor allem die Nationalliberalen auf eine stärkere Zusammenarbeit zwischen Wirtschaft und Staat.¹⁰ Der Staat sollte die Rahmenbedingungen schaffen, die Wirtschaft sollte die Kolonien ‚fruchtbar‘ machen.

Doch dieses Zusammenwirken war nicht konfliktfrei. Staat und Wirtschaft, aber auch Kirche, Wissenschaft und ‚Zivilgesellschaft‘¹¹ brachten jeweils ihre eigenen kolonialen Akteure mit jeweils eigenen ‚Logiken‘ hervor. Die deutschen Kolonisatoren bildeten daher keine homogene Einheit, sondern verfolgten teils widerstreitende Interessen. Insofern dürfte es kaum überraschen, dass es auch zwischen Behörden und Wirtschaftsunternehmen, zwischen Unternehmen untereinander sowie zwischen Unternehmen und deutschen Siedlern zu Konflikten kam, die vor Gerichten ausgetragen wurden. Dies soll im Folgenden beispielhaft anhand von zwei Rechtsstreitigkeiten dargelegt werden, erstens einem Verfahren, in dem die Gesellschaft Nordwestkamerun (GNK) die deutschen Kolonialbehörden vor dem Landgericht Berlin verklagte und bis vor das Reichsgericht

6 Feichtner (Fn. 5), 192.

7 Feichtner (Fn. 5), 192; siehe etwa für heutige Public-Private-Partnerships (PPPs) Abdelhalim Boussabaine, *Risk Pricing Strategies for Public-Private Partnership Projects*, Oxford 2014, 1–6. Der Begriff ist auch für die heutige Anwendung im Einzelnen umstritten. Unterscheiden lässt sich einerseits in PPPs als „tool of governance“, wozu u.a. folgende Bereiche gezählt werden: „institutional co-operation for joint production and risk sharing; long-term infrastructure contracts; civil society and community development tool; urban renewal; and downtown economic development tool.“ Andererseits wird anerkannt, dass es sich bei PPPs auch um ein „Sprachspiel“ handelt („language game“). So verstanden bezieht sich der Begriff nicht auf eine spezifische Form der Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft, sondern ‚spielt‘ mit den semantischen Gehalten dieser und anderer Begrifflichkeiten, siehe Marta Marsilio, Giulia Cappellaro, Corrado Cuccurullo, *The Intellectual Structure of Research Into PPPs*, *Public Management Review* 13 (2011), 763–782, 764, dort u.a. mit Verweis auf die Unterscheidung bei Hodge/Greve (Hg.), *The Challenge of Public-Private Partnerships*, Cheltenham 2005. Das Folgende bedient sich sowohl der regulativen als auch der semantischen Seite des Begriffs, ohne dass das Beschriebene in allen Facetten heutigen PPPs entsprechen würde.

8 Siehe etwa Kim Sebastian Todzi, *Unternehmen Weltaneignung*, Göttingen 2022, 13–16; ferner z.B. Dietmar Pieper, Zucker, Schnaps und Nilpferdpeitsche, München 2023.

9 Lea Haller, *Transithandel*, Berlin 2019, 16; umfassend Onur Ulas Ince, *Colonial Capitalism and the Dilemmas of Liberalism*, New York 2020.

10 Siehe zur Bedeutung des Staates im politischen und ökonomischen Liberalismus auch Karl Polanyi, *The Great Transformation*, 15. Aufl., Berlin 2021.

11 Der Begriff ‚Zivilgesellschaft‘ soll im Folgenden die in der Öffentlichkeit als solche wahrgenommene ‚deutsche Bevölkerung‘ sowohl in den Kolonien als auch im Reich bezeichnen (im Sinne einer sozialen Gemeinschaft). Während diese im Deutschen Reich durchaus (noch) treffend als ‚bürgerliche Gesellschaft‘ bezeichnet werden kann, wäre dieser Begriff für die deutsche Bevölkerung in den Kolonien irreführend. Hier waren gerade auch Mitglieder vormalis ‚unterer Klassen‘ Teil der ‚Gesellschaft‘. Dem Begriff der ‚Gesellschaft‘ kommt im folgenden Kontext jedoch eine doppelte Bedeutung zu, einerseits der Bezeichnung der sozialen Gemeinschaft, andererseits der Bezeichnung von Unternehmen als juristische Personen des Privatrechts.

zog, und zweitens einem Rechtsstreit zwischen kolonialen Unternehmen in der Kolonie Deutsch-Südwestafrika (heutiges Namibia) vor dem Bezirksgericht Lüderitzbuch und dem Obergericht Windhuk.

Die rechtshistorische Forschung hat diese Risse in der ‚Public-Private-Partnership‘ bislang kaum zur Kenntnis genommen. Sie zeichnet – verallgemeinert und vereinfacht gesprochen – ein Bild von einer harmonischen Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft zur gemeinsamen Ausbeutung von Mensch und Natur in den Kolonien, für welche das Recht gemeinsam dienstbar gemacht wurde. Während Einsichten in das Zusammenwirken von Staat und Wirtschaft im (deutschen) Kolonialismus zweifelsohne unverzichtbar sind, gehörten Rechtsstreitigkeiten zwischen kolonialen Akteuren ebenfalls zur ‚Rechtswirklichkeit‘.

I. Fundamente der Partnerschaft zwischen kolonialer Wirtschaft und Staat

Die (Rechts-)Geschichtsschreibung bezeichnet die Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft in kolonialen Fragen grundsätzlich treffend als ‚Public-Private-Partnership‘.¹² In Forschung und Politik bezeichnet der Begriff regelmäßig die Beteiligung privater Akteure bei öffentlichen Aufgaben, etwa beim Ausbau und Betrieb von Infrastruktur.¹³ Im Kolonialismus fußte die Partnerschaft zwischen Staat und Wirtschaft vor allem auf den rechtlichen Instrumenten der Schutzbriefe und Konzessionen.¹⁴

1. Die formelle ‚Public-Private-Partnership‘

Das Konzept der Konzession geht zurück auf eine Praxis aus der Frühen Neuzeit, als insbesondere ‚überseeische‘ Kolonialunternehmen durch kaiserliche ‚Konzession‘ juristisch begründet wurden.¹⁵ Erst durch die Konzession erhielten die kolonialen Unternehmen juristische Persönlichkeit.¹⁶ Zudem erhielten diese Unternehmen, die alsbald wie Aktiengesellschaften strukturiert waren, durch die Konzessionen gewisse Privilegien,

12 Mit dem Begriff neben Feichtner (Fn. 5), 191 ff.; etwa Dirk van Laak, *Imperiale Infrastruktur*, Paderborn/München 2004, 142; Todzi (Fn. 8), 9; siehe ferner für den juristisch-ökonomischen Kontext ab dem 17. Jhd. Katharina Pistor, *The Code of Capital*, Princeton/Oxford 2019, insb. 65 ff.

13 Zu den Grundbegriffen siehe Boussabaine (Fn. 6), 1–6; für den rechtlichen Kontext in Deutschland einführend etwa Kallioپی Chamakou, *Die Öffentlich-Private Partnerschaft als neues Handlungsinstrument zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht*, Hamburg 2011; kritisch Werner Rügemer, *„Heuschrecken“ im öffentlichen Raum*, 2. Aufl., Bielefeld 2011.

14 Siehe neben Feichtner (Fn. 5) für den internationalen Kontext Sundhya Pahuja, *Corporations, Universalism, and the Domestication of Race in International Law*, in: Bell (Hg.), *Empire, Race and Global Justice*, Cambridge/New York u.a. 2019, 74–93; und Doreen Lustig, *Veiled Power*, Oxford 2020; Doreen Lustig, *The Enduring Charter*, in: Durkee (Hg.), *States, Firms, and their Legal Fictions*, Cambridge/New York 2024, 87–110.

15 Statt vieler Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band 1, München 1985, 525 ff., dort mit der Überschrift „Kolonialgesellschaften“. Die erste deutsche Kolonialgesellschaft dieser Form, wie etwa die Brandenburgische Afrikanische-Compagnie (est. 1682), waren u.a. am transatlantischen ‚Sklavenhandel‘ beteiligt, vertiefend hierzu etwa Sven Klosa, *Die Brandenburgische-Africanische Compagnie in Emden*, Frankfurt a.M. 2010.

16 Coing (Fn. 19), 525 ff.

etwa auf den Gebieten des Militärs, der Justiz und des Steuerwesens.¹⁷ Sie konnten demnach (in weiter Ferne vom Monarchen) hoheitlich tätig werden.

Insofern kannte man in den 1880er Jahren durchaus rechtliche Institute, durch die Unternehmen für den Staat hoheitlich tätig werden konnten. Im Einklang mit dem modernen europäischen Gesellschaftsrecht blieben die Kolonialgesellschaften des 19. Jahrhunderts jedoch juristische Personen des Privatrechts und wurden nicht (vollständig) in den Staat eingegliedert.¹⁸ Durch die Erteilung von ‚Schutzbriefen‘ übertrug der Kaiser ab 1884 deutschen Kolonialgesellschaften das Recht (und die Pflicht), die kolonisierten Gebiete zu verwalten.¹⁹ Der Deal lautete damit: Landeshoheit gegen Landesverwaltung, Aneignungsrechte über Land gegen die Pflicht zur Errichtung staatlicher Institutionen wie Polizei und Infrastruktur.²⁰ Es ging also auch bei der kolonialen ‚Public-Private-Partnership‘ um die Verteilung von Kostenrisiken und Gewinnchancen.²¹

2. Die informelle ‚Public-Private-Partnership‘

Das Zusammenspiel von Wirtschaft und Staat beschränkte sich jedoch nicht auf das rechtliche Instrument der Schutzbriefe und Konzessionen, also einer ‚Public-Private-Partnership‘ im formellen Sinne. Das Zusammenwirken beruhte darüber hinaus auf strukturellen kolonialen Verbindungen zwischen Kaufleuten, Bankiers und Politikern. So stand insbesondere die Nationalliberale Partei, die „Kolonialpartei par excellence“²², in enger Beziehung zu hochrangigen Vertretern aus Wirtschaftsunternehmen, Banken, Reedereien und Versicherungen, welche finanzielle Interessen an den Geschäften der Kolonialgesellschaften hatten.

Beispielsweise wurde der Unternehmer Adolph Woermann, dessen Firma die Kolonisierung Kameruns Mitte der 1880er maßgeblich vorangetrieben hatte, 1884 Reichstagsabgeordneter für die Nationalliberale Partei.²³ Er galt als ein enger Vertrauter Bismarcks und wurde von diesem in die deutsche Delegation zur Berliner ‚Kongokonferenz‘ berufen.²⁴ Durch die Übernahme der Logistik- und Transportaufgaben bei der Truppenmobilisation gegen die OvaHerero und Nama wurde die Reederei Woermanns und deren Leitung zu „Ermöglicern des von deutschen Schutztruppen in Deutsch-Südwestafrika verübten Völkermords“ und profitierte davon auch finanziell.²⁵ Dies sei, so Kim Todzi, der „Höhepunkt“ der „geradezu symbiotischen Verbindung des Woermann Konzerns

17 Ebd.; Andreas M. Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen*, Köln u.a. 2010, etwa 27 f., 32.

18 Der genaue rechtliche Status von Kolonialgesellschaften war im Kaiser- und Kolonialreich umstritten, siehe dazu Feichtner (Fn. 5).

19 Statt vieler zeitgenössisch Bornhak (Fn. 5), 34.

20 Siehe den Schutzbrief für die Neu-Guinea-Companie, wiedergegeben in Georg Meyer, *Die staatsrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete*, Leipzig 1888, 153 f.; vgl. ferner Schutzbrief für die deutsch-ostafrikanische Gesellschaft vom 27. Februar 1885, KolGG. I, 323, abgedruckt etwa in Friedrich von Schack, *Das deutsche Kolonialrecht in seiner Entwicklung bis zum Weltkriege*, Hamburg 1923, 360 f.

21 Feichtner (Fn. 5), 192.

22 Horst Gründer, *Geschichte der deutschen Kolonien*, 7. Aufl., Paderborn u.a. 2018, 58.

23 Dazu Todzi (Fn. 8), etwa 113-119; ferner Fossi/Machona (Fn. 4).

24 Todzi (Fn. 8), 63.

25 Ebd., 29.

mit der deutschen Kolonialherrschaft“ gewesen.²⁶ 1916 verkaufte Adolph Woermanns Sohn die Reederei schließlich an ein Konsortium, an dem vor allem die Hamburg-Amerikanische Packetfahrt-Actien-Gesellschaft (HAPAG) und die Bremer Firma Norddeutscher Lloyd beteiligt waren (später HAPAG-Lloyd-AG). Von 1848 bis 1880 war Vorsitzender des Verwaltungsrates und erster Geschäftsführer von HAPAG ein gewisser Adolph Godeffroy.

Adolph Godeffroy war Sohn des Inhabers von J. C. Godeffroy & Sohn, ein Hamburger Handelsunternehmen, das sich in den 1860er und 70er Jahren ein ‚Imperium‘ mit Plantagen insbesondere im Pazifikraum aufgebaut hatte.²⁷ Bekanntheit erlangte dieses Unternehmen vor allem durch seine Pleite 1879/80. Die Disconto-Gesellschaft (eine Bank, die später mit der Deutschen Bank fusionieren sollte) setzte sich bei der Reichsregierung für finanzielle Garantien zugunsten des insolventen Unternehmens ein, doch nicht aus Nächstenliebe, sondern weil die Bank das kleine Kolonialreich in ‚Übersee‘ sodann übernehmen wollte. Es gelang der Disconto-Gesellschaft um Geschäftsführer Adolph Hanseemann und Vorstandsmitglied Max Schinckel, die beide auch persönlich in kolonial agierenden Unternehmen investiert waren,²⁸ die Reichsregierung davon zu überzeugen, eine Gesetzesvorlage in den Reichstag einzubringen, nach welcher das Reich Garantien zugunsten von J. C. Godeffroy & Sohn ausstellen sollte. Die sogenannte Samoa-Vorlage scheiterte 1880 zwar knapp im Reichstag, gilt aber dennoch als ein entscheidender Schritt hin zu einer ‚aktiveren‘ staatlichen Kolonialpolitik des Reiches.²⁹

Neben Adolph Woermann war auch Wilhelm Oechselhäuser ein einflussreicher Reichstagsabgeordneter der Nationalliberalen Partei mit engen Verbindungen zu Kaufleuten, Reedern, Bankiers und Kolonialunternehmen. Oechselhäuser war Generaldirektor der Firma Deutsche Continental-Gas-Gesellschaft (heute Aktionärin von E.ON), selbst Mitbegründer der Deutsch-Ostafrikanischen Kolonialgesellschaft und Kommanditist von Woermanns Kamerun Land- und Plantagengesellschaft (u.a. mit dem nationalliberalen Reichstagskollegen Ferdinand Scipio)³⁰. Oechselhäuser soll unter anderem Georg Siemens – ebenfalls liberaler Politiker, später Vorstandssprecher der Deutschen Bank und selbsterklärter „Fanatiker für die Kolonien“ – zu Investitionen in Eisenbahnbauprojekte in den Kolonien bewogen haben.³¹

26 Ebd. 407, siehe auch 422 f.

27 Zu den Godeffroys einführend Pieper (Fn. 8), 83–108, dort durchaus kritisch etwa zur Praxis der Sklavenarbeit auf den Plantagen.

28 Siehe zu diesem „Hamburger Netzwerk“ von kolonialen Wirtschaftsbeziehungen Todzi (Fn. 8), 53–62.

29 Die Vorlage stammte ursprünglich vom Reichskanzler Bismarck, welcher jedoch krankheitsbedingt von Otto zu Stolberg-Wernigerode vertreten wurde, insg. hierzu und zum Kontext Hermann Joseph Hiery, Zur Einführung: Die Deutschen und die Südsee, in: Hiery (Hg.), Die deutsche Südsee 1884 – 1914, 2. Aufl., Paderborn 2002, 1–24; ferner Wehler (Fn. 3), 215–222.

30 Ebd. 64.

31 So (insg. glorifizierend) Karl Helfferich, Georg von Siemens, Dritter Band, Berlin/Heidelberg 1923, 281, 284; dazu auch van Laak (Fn. 16), 112; zum Kontext umfassend Lothar Gall, Die Deutsche Bank von ihrer Gründung bis zum ersten Weltkrieg, in: Gall/Feldmann u.a. (Hg.), Die Deutsche Bank, 1870–1995, München 1995, 1–137.

3. Die Auswirkung der ‚Public-Private-Partnership‘ auf die Gesetzgebung

Die Samoa-Vorlage sollte nicht der einzige Fall bleiben, in dem die Gesetzgebung unmittelbar durch Interessen kolonial agierender Wirtschaftsunternehmen beeinflusst werden sollte. So hatte Oechselhäuser seit Ende der 1880er Jahre im Reichstag vehement auf die Normierung einer neuen Gesellschaftsform gedrängt, da die Reichsgesetze nur einerseits Aktiengesellschaften mit strengen Richtlinien etwa für die Bilanzierung oder andererseits Personengesellschaften mit persönlicher Haftung der Gesellschafter bereithielten. Beide Varianten seien für kolonial agierende Unternehmen unpassend, es bedürfe einer Gesellschaftsform, bei der sich die Gesellschafter direkt einbringen könnten, jedoch ohne persönlich zu haften.³² Nur so könne die deutsche Wirtschaft international konkurrenzfähig bleiben und eine wahre Kolonialmacht werden. Schließlich könne „kein Kenner der kolonialen Verhältnisse in Abrede stellen, daß unsere ganze künftige wirtschaftliche Bewegung und Arbeit auf kolonialem Gebiet sich nur in den Gesellschaftsformen mit beschränkter Haftbarkeit vollziehen kann.“³³

Tatsächlich ermöglichte der Reichsgesetzgeber 1888 durch die Novellierung des Schutzgebietsgesetzes die beschränkte Haftung für Gesellschafter von Kolonialgesellschaften und Oechselhäuser wurde mit dem Vorsitz für die federführende Kommission zur Erarbeitung eines GmbH-Gesetzes betraut. Nach Erlass des GmbH-Gesetzes gründeten sich die meisten kolonial agierenden Unternehmen als GmbH neu oder änderten ihre Gesellschaftsform. So ließ sich auch die Woermann-Linie 1895 als GmbH eintragen. Unter den fünf Gesellschaftern waren neben der Firma C. Woermann, die nunmehr nur noch begrenzt für ihr globales und koloniales Transportgeschäft haftete, ihr Inhaber Adolph Woermann persönlich sowie der nationalliberale Reichstagsabgeordnete Ferdinand Scipio und der liberale Carl Ferdinand Laeisz, der seine Reederei 1892 an HAPAG verkauft hatte und nun in der Hamburger Bürgerschaft saß.³⁴ Das Institut der beschränkten Haftung erlaubte es den Banken, Kaufleuten und Politikern nun, in teils hochspekulative koloniale Wirtschaftsprojekte wie die Diamantensuche zu investieren, ohne dass sie persönlich für Verluste hafteten. Die Rede von der Public-Private-Partnership ist somit nicht nur im Hinblick auf das Instrument der Schutzbriefe und Konzessionen gerechtfertigt, sondern kann darüber hinaus auf die engen Verstrickungen zwischen Politik und Wirtschaft im deutschen Kaiser- und Kolonialreich hinweisen. Kim Todzi spricht diesbezüglich gar von „Clanstrukturen“ in kolonial agierender Wirtschaft und Politik.³⁵

Inwiefern sich weitere kausale und direkte Einflussnahmen von kolonial agierenden Unternehmern auf (koloniale) Gesetzgebung etwa unter der Beteiligung nationalliberaler Politiker wie Woermann, Oechselhäuser und Scipio nachzeichnen lassen, bleibt wohl

32 Oechselhäuser, Reichstag, Protokoll Bd. 102, 28. Februar 1888, 1156: „Es fehlt meiner Ueberzeugung nach unbedingt eine Gesellschaftsform, worin die Persönlichkeiten, welche das Kapital hergeben, auch mit dem Kapital unmittelbar in Verbindung treten und es persönlich fruchtbar machen können, dabei aber doch die Wohlthat der beschränkten Haftbarkeit genießen.“

33 Ebd.

34 Todzi (Fn. 8), 332.

35 Todzi (Fn. 8), 50; mit einer polemischen bis verschwörungstheoretischen Kritik ähnlicher Strukturen heute etwa Rügemer (Fn. 17), z.B. 12: „Es ist Demagogie. PPP, das wird in diesem Buch in allen sonst verschwiegenen Einzelheiten enthüllt, ist eine Mogelpackung, ein großangelegtes Täuschungsmanöver.“

noch genauer zu untersuchen. Fest steht, dass sie persönlich sowie die Unternehmen, in denen sie investiert waren, teilweise unmittelbar an der Reichsgesetzgebung, etwa der Novellierung des Schutzgebietgesetzes oder der Einführung des GmbH-Gesetzes, mitwirkten und enorm von ihr profitierten. Somit bleibt bis auf Weiteres der Anschein einer engen Verstrickung von persönlichen Kontakten, gemeinsamen Interessen und gegenseitiger finanzieller Abhängigkeit.

II. Risse in der Partnerschaft zwischen kolonialen Wirtschaftsunternehmen, kolonialem Staat und Siedlerbevölkerung

1. Eisenbahnbau: Der Fall „Gesellschaft Nordwestkamerun v. Fiskus des Schutzgebietes von Kamerun“

Der Rechtsstreit zwischen der Gesellschaft Nordwestkamerun (GNK) und den Kolonialbehörden drehte sich im Kern um die Reichweite der Rechte und Pflichten der Kolonialgesellschaft, die am 13. Juli 1899 eine Konzession zur Verwaltung eines Gebietes in Kamerun erhalten hatte.

Das novellierte Schutzgebietgesetz (SGG) normierte ab 1888 in §§ 8 ff. die Grundlagen zu Gründung und Konzessionierung der Kolonialgesellschaften (mit der Möglichkeit der beschränkten Haftung der Gesellschafter). Die GNK war eine der wenigen Gesellschaften, die überhaupt nach diesen Normen konzessioniert wurde.³⁶ § 2 der Konzession billigte der GNK das Recht zu, „nach eingeholter Genehmigung des Kaiserlichen Gouverneurs in [ihrem] Gebiete ihrerseits Land aufzusuchen, mit etwaigen Eigentümern und Beteiligten wegen Überlassung von Land Abkommen zu treffen und solches Land vorläufig in Besitz zu nehmen.“³⁷ Im Gegenzug verpflichtete aber § 6 der Konzession die GNK dazu, Aufgaben der Landesverwaltung zu übernehmen, so etwa „öffentliche Wege, Eisenbahnen, Kanäle, öffentliche Dampfschiffverbindungen und andere Mittel für den inländischen und internationalen Verkehr selbst oder durch andere herzustellen und zu betreiben, in dem Maße wie die Erschließung des Vertragsgebietes solches zweckmäßig erscheinen läßt [...]“.

a. Die Interessen und Konflikte vor dem Rechtsstreit

Von staatlicher Seite aus bestand aus verschiedenen Gründen ein großes Interesse am Bau von Eisenbahnlinien in deutschen Kolonien.³⁸ So erlaubten sie erstens effektiveren Transport von Rohstoffen aus dem sogenannten ‚Hinterland‘ an die Küste, nachdem man den Handel über die lokalen Eliten an der Küste (insb. die Duala) und ihre ‚Mittelsmänner‘ umgehen und einen direkten Zugriff auf die Ressourcen des ‚Hinterlandes‘

36 Herbert Jaeckl, Koloniale Konzessionen, in: Fleischmann/Stengel (Hg.), Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Zweiter Band, 2. Aufl., Tübingen 1913, 631–633, 631 f., führte 1913 immerhin noch 12 Kolonialgesellschaften mit Konzessionen nach dem SGG.

37 Konzession vom 31. Juli 1899, abgedruckt u.a. in Auswärtiges Amt, Kolonialabteilung, Denkschrift über die in Kamerun tätigen Landgesellschaften, Anlage 7, Bundesarchiv Berlin-Lichterfelde [im Folgenden ‚BA‘] R 175-I/411.

38 Umfassend van Laak (Fn. 16); Todzi (Fn. 8), 326 f.

gewährleisten wollte.³⁹ Zweitens kam der Eisenbahn in der Moderne eine symbolische Bedeutung zu.⁴⁰ So symbolisierten Eisenbahnen den Aufbruch in eine Zeit, in der der Mensch die Natur beherrschte, obschon dies auch in Europa oft mehr Utopie als Realität blieb.⁴¹ Drittens war der Eisenbahnbau in den Kolonien unmittelbar rechtlich relevant. Die Kolonialmächte waren im 19. Jahrhundert übereingekommen, dass ihnen jeweils solche Gebiete zustünden, über die sie ‚effektive Kontrolle‘ ausübten (vgl. sog. Kongoakte). Effektive Kontrolle konnte ein Staat einerseits durch die Präsenz von Militär oder Polizei vor Ort darlegen, andererseits aber auch durch Infrastruktur – insbesondere dort, wo die dauerhafte Präsenz staatlichen Personals praktisch unmöglich war. Die Existenz von Eisenbahnlinien galt demnach als Nachweis einer völkerrechtlichen ‚effektiven Kontrolle‘ des Kolonialstaats.

Doch die symbolischen und völkerrechtlichen Beweggründe waren nicht deckungsgleich mit den ökonomischen, weshalb die Beteiligung der GNK an dem Eisenbahnprojekt kein Selbstläufer wurde. Ganz im Gegenteil: Die Kolonialgesellschaft erwies sich als wenig zuverlässige Partnerin. Der folgende Rechtsstreit wurde von der Kolonialgesellschaft geradezu provoziert. Sie behauptete zunächst, dass sie nicht nur Eigentümerin des konzessionierten Gebietes war, sondern auch aller sich in diesem Gebiet befindlichen natürlichen Ressourcen (gewissermaßen als Zubehör). Wie aus einem Bericht des Zentrums politikers Matthias Erzberger hervorgeht, soll die Gesellschaft vor Ort damit gedroht haben, alle Jäger und Bauern wegen Diebstahls an Tieren und Pflanzen und alle (auch europäische) Händler, die der lokalen Bevölkerung diese Produkte abkauften, wegen Hehlerei zu verklagen.⁴² Wegen der Eskalationsgefahr forderte die Kolonialverwaltung die Gesellschaft zur Mäßigung auf. Sie verwies auf die Verpflichtungen der GNK aus der Konzession, wonach die Gesellschaft den freien Handel in dem Gebiet gewährleisten sollte.⁴³ Doch die GNK beharrte auf ihrer Ansicht, dass sie Eigentümerin sämtlicher natürlicher Ressourcen ‚ihres‘ Gebietes sei.

Das Reichskolonialamt wies die GNK schließlich an, sich gemäß ihrer Verpflichtung aus der Konzession am Bau der Eisenbahnlinien zu beteiligen.⁴⁴ Die GNK weigerte sich jedoch. Man sah sich in keiner rechtlichen Pflicht, da man nicht über das gesamte Land frei verfügen könne. Die Kolonialbehörden würden eine vollständige Aneignung

39 Dazu bereits Alexandre Kum'a N'dumbe, *Das Deutsche Kaiserreich in Kamerun*, Douala/Berlin 2008 [Nachdruck, Original 1970]; aus rechtshistorischer Perspektive Fossi/Machona (Fn. 4).

40 Birgit Aschmann, „Das Säkulum der Widersprüche“, in: Aschmann (Hg.), *Durchbruch der Moderne?*, Frankfurt/New York 2019, 7–28, 16 f.

41 Vgl. etwa Theodor Fontane, *Die Brück' am Tay*, *Die Gegenwart* v. 10.01.1880; zum kolonialen Kontext, van Laak (Fn. 16), etwa 107 f.; ferner zum Verhältnis von Modernisierung und Kolonialismus, David Simo, *Kolonisierung als Modernisierung?*, in: *Decolonize/ECCHR* (Hg.), *Dekoloniale Rechtswissenschaft* (Fn. 4), 116–135.

42 Matthias Erzberger, Bericht der Reichskommission zur Prüfung der Kamerun tätigen Landgesellschaft über die Gesellschaft Nordwest-Kamerun, BA R 175-I/411 [diese Akte ist ohne fortlaufende Blattziffern archiviert].

43 § 5 der Konzession: „Die ‚Gesellschaft Nordwest-Kamerun‘ verpflichtet sich, alle ihre konzessionsmäßigen Rechte nicht beeinträchtigenden Unternehmen innerhalb des Vertragsgebiets zu dulden und vor allem die Freiheit des Handels zu respektieren.“

44 Staatssekretär des Reichskolonialamts (Lindquist in Vertretung), Schreiben vom 21. Juli 1909, BA R 175-I/411; Staatssekretär des Reichskolonialamts (Dernburg), Schreiben vom 20. September 1909, BA R 175-I/411.

ja gerade unter Berücksichtigung der Interessen der lokalen Bevölkerung verhindern.⁴⁵ Erzberger sowie die Kolonialbehörden hatten von der GNK die Einrichtung sogenannter ‚Eingeborenenreservate‘ verlangt, auch um enteignete Bevölkerungsgruppen in zugewiesene Gebiete ‚verlegen‘ und die vor allem in der Kolonie Kamerun angewendete Politik der Segregation von Lebensräumen umsetzen zu können.⁴⁶ Doch weitere Aufforderungen seitens des Reichskolonialamtes, den Verpflichtungen aus der Konzession nachzukommen, liefen ins Leere.⁴⁷ Im Juli 1910 erklärte sich die GNK schließlich dazu bereit, am Eisenbahnbau mitzuwirken, jedoch nur gegen eine Entschädigung in Höhe von 2,28 Millionen Mark.⁴⁸ Diese Summe entsprach der Hälfte des gesamten Volumens, das für den Bau der ‚Kamerunbahn‘ für fünf Jahre veranschlagt worden war und fast das Zehnfache des jährlichen Budgets dieses Projekt.⁴⁹ Für das Reichskolonialamt war diese Forderung inakzeptabel.

b. Die Eskalation zum Rechtsstreit

Kurz darauf erklärte das Reichskolonialamt den „Rücktritt“ von der Konzession, die in dem Schreiben als „Vertrag vom 31. Juli 1899“ bezeichnet wurde.⁵⁰ Wenig später widersprach auch der Gouverneur der Kolonie Kamerun die Genehmigung zur Aneignung von Land durch die Gesellschaft. Die GNK erhob nach dem „Rücktritt“ des Reichskolonialamtes Klage vor dem Landgericht Berlin auf Feststellung der „Unbegründetheit“ des „Rücktritts“, hilfsweise Entschädigung in Höhe von 1 Million Mark.⁵¹

Für die Zulässigkeit der Klage war zunächst zu entscheiden, ob der Rechtsweg vor den Zivilgerichten eröffnet war. Es stand dabei in Frage, ob es sich um eine privatrechtliche Streitigkeit handelte oder ob nicht vielmehr der Kolonialgesellschaft als einer ‚öffentlichen Unternehmerin‘ die Landesverwaltung übertragen worden war und der Streit deshalb öffentlich-rechtlicher Natur war. Während das Landgericht Berlin die Streitigkeit als eine vermögensrechtliche einstufte, für die der ordentliche Rechtsweg offenstand,⁵² erblickte das Kammergericht Berlin in dem Fall eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit und wies die Klage als unzulässig ab.⁵³ In der Sache argumentierte das Kammergericht, dass es sich bei der Konzessionierung um Verwaltungsakte handele, die einseitig widerrufen werden könnten, wenn die Konzessionierte den Verpflichtungen nicht nachkam.⁵⁴

45 GNK, Schreiben vom 7. Februar 1910, BA R 175-I/411.; GNK, Schreiben vom 5. März 1910, BA R 175-I/411.

46 Siehe dazu u.a. in N'dumbe (Fn. 42); Andreas Eckert, Grundbesitz, Landkonflikte und kolonialer Wandel, Stuttgart 1999.

47 Staatssekretär des Reichskolonialamts (Dernburg), Schreiben vom 26. Februar 1910, BA R 175-I/411; Staatssekretär des Reichskolonialamts (Dernburg), Schreiben vom 20. März 1910, BA R 175-I/411; Staatssekretär des Reichskolonialamts (Dernburg), Schreiben vom 20. März 1910, BA R 175-I/411; nochmals Staatssekretär des Reichskolonialamts (Dernburg), Schreiben vom 13. Mai 1910, BA R 175-I/411; Staatssekretär des Reichskolonialamts (Dernburg), Schreiben vom 13. Mai 1910, BA R 175-I/411.

48 GNK, Schreiben vom 20. Juli 1910, BA R 175-I/411.

49 Reichskolonialamt, Ergänzung der Klagebeantwortung, S. 16, Abschrift in BA R 175-I/411.

50 Staatssekretär des Reichskolonialamts (Lindequist in Vertretung), Schreiben vom 21. September 1910, BA R 175-I/411.

51 GNK, Klageschrift vom 24. Dezember 1910, BA R 175-I/411.

52 Landgericht Berlin, Urteil vom 13. Oktober 1911, in BA R 175-I/412, Bl. 75a ff.

53 Kammergericht Berlin, Urteil vom 25. Januar 1912, in BA R 175-I/412, Bl. 96-104.

54 Hierzu dann näher in Machona, Kolonialer Konstitutionalismus (Arbeitstitel).

Das Reichsgericht war jedoch anderer Ansicht und ließ die Klage vor den ordentlichen Gerichten zu. Zwar könne die Konzessionierung als „öffentlich-rechtliche[r] Akt“ bezeichnet werden, allerdings sei deswegen noch nicht das strittige Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur.⁵⁵ Streitig sei vorliegend eine Vereitelung von Vermögensrechten, bei der grundsätzlich der ordentliche Rechtsweg offen stünde. Das Reichsgericht erklärte die Klage folglich für zulässig. Der Rechtsstreit zog sich danach weiter in die Länge, bis sich die Gesellschaft und das dann zuständige Auswärtige Amt im Jahr 1923 darauf verständigten, den Rechtsstreit beizulegen. Die Anwaltskosten wurden – wohl auch im Zuge der einsetzenden Hyperinflation – auf jeweils 1 Millionen Mark betitelt, die Summe der ursprünglichen Schadenersatzforderung.

2. Diamantengewinnung: Der Fall „Deutsche Diamanten-Gesellschaft mbH gegen Diamantenminen Lüderitzbucht GmbH“

1910 spitzte sich in der Kolonie Deutsch Südwest-Afrika ein Konflikt um die Deutsche Diamanten-Gesellschaft mbH (DDG) zu. Die eigens für die Diamantengewinnung im Süden der Kolonie gegründete DDG verfügte über das alleinige ‚Schürfrecht‘ in dem bis heute sogenannten ‚Sperrgebiet‘ (Tsau Ikhueb Nationalpark). Im Herzen dieses Gebietes lagen der Ort Lüderitzbucht, die Siedlung Kolmanskop (die als ‚Geisterstadt‘ bis heute touristisches Reiseziel ist) und die ‚Haifischinsel‘ (Shark Island), auf der ein damals sogenanntes ‚Konzentrationslager‘ eingerichtet worden war und heute ein Campingplatz betrieben wird. Nach der genozidalen Niederschlagung des ‚Aufstandes‘ der OvaHerero und Nama und dem ‚Vernichtungsbefehl‘ von Lothar von Trotha 1904 wurden überlebende Menschen als Arbeitskräfte auf Shark Island ‚konzentriert‘ untergebracht, auch um sie von dieser ‚Sammelstelle‘ aus nach Bedarf für Arbeit im Inland ‚verteilen‘ zu können.

Das Sperrgebiet mit einer Fläche in etwa vom Land Brandenburg wurde durch die Verfügung betreffend Bergbau in Gebiete der Deutschen Kolonial-Gesellschaft für Südwest-Afrika vom 22. September 1908, kurz ‚Sperrverfügung‘ vom Reichskolonialamt unter Bernhard Dernburg eingerichtet. Der Erlass wurde auf §§ 94, 97 der Kaiserlichen Bergverordnung für Deutsch-Südwest-Afrika vom 8. August 1905 (BergVO)⁵⁶ gestützt und sicherte ursprünglich der Deutschen Kolonial-Gesellschaft für Südwest-Afrika (DKGSWA) das ausschließliche Schürfrecht zu.⁵⁷ Die DKGSWA gründete daraufhin mit

55 Reichsgericht, Urteil vom 1. Juli 1912, RGZ 80, 19-27 - V 112/12; auch in, BA R 175-I/412, Bl. 106-121.

56 RGBl. 1908, 727.

57 Verfügung betreffend Bergbau im Gebiete der Deutschen Kolonial-Gesellschaft für Südwest-Afrika vom 22. September 1908, abgedruckt etwa in Statut der Deutschen Diamanten-Gesellschaft mbH, BA R 1001/1393, Bl. 53, dort S. 15:

„Gemäß §§ 94, 97 der kaiserlichen Bergverordnung für Deutsch-Südwest-Afrika vom 8. August 1905 (R.G. Bl. S. 727) wird hiermit bestimmt, daß das Gebiet der Deutschen Kolonial-Gesellschaft für Südwest-Afrika [...] vom 1. Oktober d.J. ab der genannten Gesellschaft zur ausschließlichen Aufsuchung und Gewinnung von Mineralien bis auf weiteres widerruflich vorbehalten wird, soweit dem nicht wohlerworbene Rechte Dritter entgegenstehen. Gez. Dernburg.“

einer anderen Aktiengesellschaft zusammen die DDG, wurde größte Gesellschafterin (mit beschränkter Haftung) und übertrug der DDG unter anderem ihre ‚Bergrechte‘.⁵⁸

a. Die Interessen und Konflikte vor dem Rechtsstreit

Zunächst wurde Dernburgs Maßnahme positiv rezipiert: So hieß es in der deutschen Presse, die Errichtung eines Sperrgebietes und ein faktisches Monopol einer großen Diamantengesellschaft sei „vom nationalen Standpunkt aufs freudigste zu begrüßen.“⁵⁹ Es sei einer „zu befürchtenden Zersplitterung der Bergrechte der Grundeigentümer vorzubeugen“. Zudem würden durch den Bergbau und die zu bauende „Bahn Lüderitzbucht-Keetmanskoop“ einerseits die „Farmwirtschaft des ganzen Südens der Kolonie“ und andererseits der Fiskus profitieren, „wegen des reichen Anwachsens der Einfuhrzölle“. Tatsächlich meldete die DDG Anfang 1910 Funde von beachtlichen Diamanten. Zwei besonders prächtige Exemplare wurden gar zu einer Weltausstellung nach Brüssel versendet, und Kaiser Wilhelm II. deutete Interesse an einem Ankauf an.⁶⁰

Spätestens jetzt kippte die Stimmung. Am 6. März 1910 schrieb der Berliner Lokal-Anzeiger von „eigentümlichen Vorgänge[n], die sich zwischen dem Kolonialamt und der Verwaltung der Deutschen Kolonialgesellschaft für Südwestafrika abspielen.“⁶¹ Diese „Vorgänge“, die nicht weiter spezifiziert wurden, hätten den Wertpapieren von deutschen Kolonialgesellschaften am Aktienmarkt „einen empfindlichen Stoß versetzt“ und würden den Kolonialkritikern in die Hände spielen.⁶² Am 6. April titelten die Windhuker Nachrichten: „Diamanten-Ringkampf“.⁶³ Es sei nun angesichts der Diamantenfunde davon auszugehen, dass „ganz unendlich viel größere Schätze“ im Sperrgebiet zu finden seien, als man ursprünglich bei dessen Einrichtung geglaubt hatte. Die DDG würde jedoch viel zu wenig leisten, um den Reichtum zu bergen, dabei aber wegen ihres Monopols den Zugriff Dritter verhindern. Schließlich würde weder der Fiskus des Schutzgebietes noch des Deutschen Reiches, sondern nur das große Unternehmen von den Bodenschätzen profitieren. Es handele sich mittlerweile um einen „Ringkampf zwischen den Lüderitzbuchtern und der hinter ihnen geschlossen stehenden gesamten Kolonie zu gunsten des Fiskus einerseits und andererseits der Kolonialgesellschaft für Deutsch-Südwestafrika und Staatssekretärs Dernburg zu gunsten des Großkapitalismus, wobei der Fiskus mit einem Brocken von der Riesenbeute abgefunden werden soll.“⁶⁴

Der nun als Handlanger des ‚Großkapitalismus‘ angeprangerte Staatssekretär Dernburg verwies auf den rechtsstaatlichen Gedanken des Vertrauensschutzes, als er den Behörden vor Ort schrieb, eine Erhöhung der Abgaben zulasten der DDG werde „ohne Einwilligung der Gesellschaft nach Auffassung des Reichs-Kolonialamts als nicht im

58 Gründungsvertrag der Deutschen Diamant-Gesellschaft mbH, gegründet durch Deutsche Kolonial-Gesellschaft für Südwestafrika und Metallurgische Gesellschaft A.G. (Frankfurt a.M.), BA R 1001/1393, Bl. 3–22; Gesellschaftsvertrag, ebenda.

59 Kölnischer Zeitung vom 29. September 1908, in BA R 1001/1393, Bl. 1.

60 Telegramme der DDG an Reichskolonialamt, BA R 1001/1393, Bl. 74 ff., der Wert der beiden großen Diamanten betrage für den 17 Karat Diamanten 4760 Mark, für den 10 ½ Karat 752.50 Mark, die Abgaben würden sich belaufen auf 5% an Diamanten-Regie, 33 1/3 % Ausfuhrzoll und 10 % Förderabgabe.

61 Berliner Lokal-Anzeiger vom 6. März 1910, BA R 1001/1393, Bl. 76.

62 Berliner Lokal-Anzeiger vom 6. März 1910, BA R 1001/1393, Bl. 76.

63 Windhuker Nachrichten vom 6. April 1910, BA R 1001/1393, Bl. 77.

64 Windhuker Nachrichten vom 6. April 1910, BA R 1001/1393, Bl. 77 [sic].

Einklang mit dem bestehenden Rechtszustande erachtet.“⁶⁵ Statt die Abgaben einseitig zu erhöhen, hatte das Reichskolonialamt mit der DDG nachverhandelt. Die DDG erklärte sich gewillt, „die Unzufriedenheit und Missstimmung, die im Schutzgebiet nach Erlass der Sperrverfügung gegen unsere Gesellschaft Platz gegriffen hat, zu beseitigen.“⁶⁶ Ein erneuerter Vertrag vom 7. Mai 1910 zwischen Reichskolonialamt und der Diamantengesellschaft regelte nun unter anderem die Höhe der Abgaben neu.⁶⁷

b. Die Eskalation zum Rechtsstreit

Doch schon im Juni kam es zu einem weiteren Konflikt, der schließlich in dem Gerichtsverfahren mündete. Die Leitung der DDG hatte von ihrer Zweigstelle in Lüderitzbucht erfahren, dass Dritte in ‚ihrem‘ Sperrgebiet offenbar nach Diamanten schürften und dies scheinbar unter Billigung des örtlichen Bezirksamtmanns Böhmer und der zuständigen Bergbehörde vor Ort.⁶⁸ Böhmer war der DDG-Leitung kein Unbekannter. Bereits im Februar des Jahres hatte man sich über ihn beschwert, weil Böhmer auf den Bau einer Straße durch die Gesellschaft beharrte, den Straßenverlauf aber angeblich mehrfach änderte.⁶⁹ Überhaupt mache Böhmer „sozusagen grundsätzlich Schwierigkeiten“ und versuche die „wirtschaftlichen Maßnahmen“ zu stören. Man wolle „nur noch betonen, daß unserer unmaßgeblichen Meinung nach ein lokaler Beamter, der derartige kleinliche, chicanöse Maßnahmen in baulichen Angelegenheiten trifft, sicherlich in einer rasch aufblühenden Stadt wie Lüderitzbucht nicht am Platze ist.“⁷⁰ Laut DDG war der kleinliche Böhmer der Auffassung, „dass bis zum 31. März 1911 im Sperrgebiet von Dritten Schürffelder zum Zwecke des Abbaues aller Mineralien mit Ausnahme der uns zur ausschliesslichen Aufsuchung und Gewinnung vorbehaltenen Diamanten belegt werden können.“⁷¹

Unter anderem schürften auf der Farm Marmora im nördlichen Teil des Sperrgebietes Privatpersonen und kleinere Unternehmen nach Mineralien. Ludwig Scholz, Eigentümer der Farm, hatte diesem Vorgang zugestimmt, womöglich auch jener Bezirksamtmann Böhmer und die Bergbehörde. Scholz hatte das Grundstück von der DKGSWA zwar käuflich erworben, diese hatte sich jedoch jegliche Bergrechte ausdrücklich vertraglich vorbehalten. Die DDG klagte daraufhin als Rechtsnachfolgerin der DKGSWA auf Feststellung, dass die belegten Schürffelder „ungültig“ waren.⁷²

Die Beklagten argumentierten vor Gericht, dass § 94 BergVO, auf dem der Erlass der Sperrverordnung beruhte, „ungültig“ sei. § 94 der vom Kaiser erlassenen Bergverordnung ermächtigte den Reichskanzler dazu, ausschließliche Schürfrechte als „Sonderberechtigungen“ zu erteilen. Darin liege, so die Beklagten, eine unzulässige Übertragung des „besonderen Verordnungsrechts“ des Kaisers.⁷³ Das Verordnungsrecht auf dem Gebiet des Bergrechts sei durch § 3 Schutzgebietsgesetz i.V.m. §§ 20–22 Konsulargerichts-

65 Staatssekretär des Reichskolonialamts (Dernburg), Schreiben an DDG vom 10. Mai 1910, BA R 1001/1393, Bl. 86.

66 DDG, Telegramm an Reichskolonialamt [RKoLA] vom 14. Juli 1910, BA R 1001/1393, Bl. 105.

67 Vertrag vom 7. Mai 1910, BA R 1001/1393, Bl. 91. Ob dies tatsächlich eine Erhöhung der Abgaben beinhaltete, bedürfte eines genaueren Vergleichs der jeweiligen vertraglichen Regelungen.

68 DDG, Telegramm an RKoLA vom 10. Juni 1910, BA R 1001/1393, Bl. 97.

69 DDG, Telegramm an RKoLA vom 9. Februar 1910, BA R 1001/1393, Bl. 71.

70 DDG, Telegramm an RKoLA vom 9. Februar 1910, BA R 1001/1393, Bl. 71.

71 DDG, Telegramm an RKoLA vom 10. Juni 1910, BA R 1001/1393, Bl. 97.

72 Bezirksgericht Lüderitzbucht, Urteil vom 25. Mai 1910, BA R 1001/1393, Bl. 108 ff.

73 Bezirksgericht Lüderitzbucht, Urteil vom 25. Mai 1910, BA R 1001/1393, Bl. 110.

barkeitsgesetz nur dem Kaiser übertragen worden, weshalb der Kaiser diese Ermächtigung nicht ohne Weiteres an den Reichskanzler delegieren könne. Diese Argumentation zielte auf Grundlagenfragen des deutschen Staatsrechts ab, da sie letztlich das gesamte Kompetenzgefüge des Kaiserreiches betraf und somit im Stande schien, einen ‚kolonialen Verfassungskonflikt‘ herbeizuführen.⁷⁴

Das Bezirksgericht Lüderitzbucht folgte der Argumentation der Beklagten jedoch nicht, sondern gab mit Urteil vom 25. Mai 1910 der Klage der DDG gegen die Schürfer statt. Die Urteilsbegründung befasste sich recht ausführlich mit den Argumenten der Beklagten und rezipierte einschlägige Forschungsliteratur zur Frage. Das Gericht gestand implizit ein, dass gute Gründe für den kompetenzwidrigen Erlass der Sperrverfügung sprechen würden. Da jedoch „die Ansicht, dass der Kaiser das ihm übertragene besondere Verordnungsrecht nicht weiter übertragen dürfte, in der Literatur noch nicht die überwiegende Zustimmung und Anerkennung“ gefunden habe, habe das Gericht „Bedenken getragen, sich dieser Ansicht anzuschließen.“⁷⁵ Außerdem würde eine solche Rechtsauffassung „eine nicht zu übersehende Rechtsunsicherheit auf dem gesamten Gebiete des Kolonialrechts zur Folge haben.“⁷⁶ Schließlich bestand das Kolonialrecht zu weiten Teilen aus Rechtsverordnungen, deren Wirksamkeit mit einer Unzulässigkeit der Übertragung fraglich werden würde.⁷⁷

Das Obergericht Windhuk zeigte sich indes forscher. Die Ansicht des Bezirksgerichts sei falsch, der Kaiser sei tatsächlich nicht berechtigt, ‚besondere Verordnungsrechte‘ weiter zu übertragen.⁷⁸ Allerdings, so befand das Obergericht, habe die Sperrverfügung gar kein ‚Bergwerkseigentum‘ geregelt und liege daher nicht im Anwendungsbereich von § 94 BergVO. Stattdessen handele es sich bei der Sperrverfügung nur um eine ‚Sonderberechtigung‘, die der DDG das alleinige Recht zum Schürfen und Aneignen von Mineralien sichere, nicht jedoch Eigentum am Land oder Bergwerken übertrage. Eine solche Sonderberechtigung sei zulässig und wirksam. Daher hielt das Obergericht die Entscheidung zugunsten der DDG aufrecht und gab ihr entgegen der „Unzufriedenheit und Missstimmung“ unter den Siedlern und den anderen Behörden recht.

74 Die Befürchtung „in einen ‚kleinen Verfassungskonflikt‘ getrieben zu werden,“ hatte bereits 1885 dazu beigetragen, dass die Reichsregierung ein Gesetz über die Rechtspflege in den Schutzgebieten im Reichstag einbrachte. Aus dieser Debatte entwickelte sich das Schutzgebietsgesetz von 1886, das nicht nur die Rechtspflege, sondern die Rechtsordnung in den Kolonien insgesamt klären sollte, dazu (inkl. Zitat) Marc Grohmann, *Exotische Verfassung*, Tübingen 2001, 24–27. Zu der Frage der Verordnungsrechte und Kompetenzen dann näher Machona, *Kolonialer Konstitutionalismus* (Arbeitstitel).

75 Bezirksgericht Lüderitzbucht, Urteil vom 25. Mai 1910, in BA R 1001/1393, Bl. 113.

76 Bezirksgericht Lüderitzbucht, Urteil vom 25. Mai 1910, in BA R 1001/1393, Bl. 113.

77 So auch zeitgenössisch Erich Lübbert, Sind die vom Reichskanzler, vom Reichskolonialamt und von den Gouverneuren erlassenen Verordnungen, durch welche die Rechte an Grundstücken oder das Bergwerkseigentum abweichend vom Deutschen bzw. Preußischen Recht geregelt werden, gültig?, *Zeitschrift für Kolonialpolitik, Kolonialrecht und Kolonialwirtschaft* 8 (1911), 715–735; diesen Diskurs übersieht z.B. Ignacio Czeghun, *Das Verordnungsrecht in den deutschen Kolonien*, *Der Staat* 47 (2008), 606–633.

78 Urteilsbegründung abgedruckt in Lübbert (Fn. 80). Eine vollständige Version (Abdruck oder Original) des Urteils konnte ich in den Archiven bislang nicht finden. Zu beachten ist, dass Erich Lübbert – Autor des Aufsatzes – in dem Prozess der Anwalt der Beklagten war.

III. Schlussbetrachtungen: Gerichtsentscheidungen als Quellen für Kolonialrechtsgeschichtsschreibung

Die Rede von einer ‚Public-Private-Partnership‘ erscheint in Bezug auf den deutschen Kolonialismus und seine Rechtsordnung zwar weiterhin grundsätzlich berechtigt, sollte jedoch nicht verdecken, dass es zwischen kolonialen Unternehmen, kolonialem Staat und kolonialer ‚Zivilgesellschaft‘ durchaus (rechtliche) Konflikte gab, die teils gerichtlich ausgetragen wurden. Teilweise versuchte der Staat durch die Exekutive und Judikative, das Recht und staatliche Interessen gegen große, kolonial agierende Unternehmen durchzusetzen. Die Einbeziehung von Rechtsprechung ist somit nicht nur ein methodisches Schmuckstück in Folge internationaler Trends ‚globaler‘ Rechtsgeschichte, sondern wirkt sich auf rechtshistorisches Wissen aus.⁷⁹ Will die Geschichtsschreibung das Verhältnis von Recht und Kolonialismus besser verstehen, dann scheint der Blick in Gerichtsentscheidungen und Archivmaterial zu Rechtsstreitigkeiten unabdingbar.⁸⁰ Gleichzeitig kann auch die Einbeziehung von Rechtsprechung und anderen gerichtlichen Entscheidungen kein vollständiges Bild von der ‚Rechtswirklichkeit‘ und erst recht nicht von kolonialen Realitäten vermitteln. Strukturelle und exzessive Gewalt, die zweifelsohne den Alltag in den (deutschen) Kolonien prägte,⁸¹ taucht in den Akten über Rechtsstreitigkeiten jedenfalls jenseits vom Strafrecht kaum auf.⁸²

Nichtsdestotrotz erscheint es wichtig zu erkennen, dass weder die strukturelle, alltägliche Gewalt noch die exzessive, teils auch im Reich skandalisierte Gewalt in einem ‚rechtsfreien Raum‘ stattfand. In den deutschen Kolonien herrschte kein reiner ‚Maßnahmenstaat‘⁸³, sondern dem Anspruch nach ein moderner Rechtsstaat im damaligen Sinne, wie Jakob Zollmann detailliert darlegt.⁸⁴ Zu dem rechtsstaatlichen Anspruch gehörte der

79 Vgl. Lauren Benton, *Law and Colonial Cultures*, Cambridge 2001, 4; siehe ferner zu methodischen Zugriffen auf (Völker-)Rechtsgeschichtsschreibung Lauren Benton, *Beyond Anachronism*, *Journal of the History of International Law* 21 (2019), 7–40; Sebastian Conrad, *Regimes der Segregation*, *Rechtsgeschichte* 4 (2004), 187–204; für eine globale Rechtsgeschichte Thomas Duve, *What is Global Legal History?*, *Comparative Legal History* 8 (2020), 73–115; dies ist nicht nur ein Problem der Kolonialrechtsgeschichte, siehe etwa Reinhart Koselleck, *Geschichte, Recht und Gerechtigkeit*, in: Koselleck (Hg.), *Vergangene Zukunft*, 12. Aufl., Frankfurt a. M. 1979, 336–358.

80 Vgl. dazu Ulrike Schaper, *Koloniale Verhandlungen*, Frankfurt a.M. 2012, 16–20.

81 Statt vieler, Charles Mills, *Der Racial Contract*, Frankfurt/New York 2023 [Übers., Original 1997], 115–118; vgl. Aimé Césaire, *Über den Kolonialismus*, Berlin 2017 [Übers., Original 1950]; zur Alltäglichkeit von Gewalt und Rechtsstaatlichkeit in Britisch Indien, Elizabeth Kolsky, *Colonial Justice in British India: White Violence and the Rule of Law*, Cambridge 2010; für deutsche Kolonien siehe etwa Zollmann, *Koloniale Herrschaft und ihre Grenzen*, Göttingen 2010, 93–183; ferner Beiträge in Albert Gouafo, Bénédicte Savoy und Kollektiv, *Atlas der Abwesenheit: Kameruns Kulturerbe in Deutschland*, Heidelberg 2023.

82 So schon Schaper (Fn. 83), 24 f.; für einen guten Überblick über das koloniale Strafrecht, siehe Merle Iffert in diesem Heft, m.w.N. Potentielle Quellenbestände könnten auch die ‚Disziplinkammer für die Schutzgebiete‘ (Potsdam) und der ‚Disziplinarhof für die Schutzgebiete‘ (Berlin) bereithalten, zu diesen knapp Jakob Zollmann, *Recht sprechen über „besondere Gebilde“*, *Rechtsgeschichte* 31 (2023), 52–75, 62., m.w.N.; insg. zu ‚Kolonialskandalen‘, Rebekka Habermas, *Skandal in Togo*, Frankfurt a. M. 2016.

83 Begriff in Anlehnung an Ernst Fraenkel, *Doppelstaat*, 5. Aufl., Hamburg 2023, 49, dort: „Unter ‚Maßnahmenstaat‘ verstehe ich das Herrschaftssystem der unbeschränkten Willkür und Gewalt, das durch keinerlei rechtliche Garantien eingeschränkt ist [...]“.

84 Mit dem Fazit Zollmann, *Koloniale Herrschaft* (Fn. 81), 341 f.

„normale“ Betrieb der Justiz.⁸⁵ So argumentiert Ulrike Schaper überzeugend, dass die „bisherige Konzentration auf die Willkür in der Gerichtsbarkeit und die Rechtsunsicherheit der kolonisierten Bevölkerung [...] auch den Blick darauf [verstellt], wie stark sich die Konzeption kolonialer Herrschaft dennoch an der Struktur des Rechts und seiner Bedeutung für den westlichen Verwaltungsstaat orientierte.“⁸⁶

Das Bild des Deutschen Reiches gewissermaßen als räumlich getrennter ‚Doppelstaat‘, als reiner Rechtsstaat in Deutschland und reiner Unrechtsstaat in ‚Übersee‘, überzeugt nicht.⁸⁷ Es suggeriert eine kategoriale Trennung von Recht in den Kolonien und Recht im Reich, ‚Scheinrecht‘ in den Kolonien und ‚echtes‘ Recht im Reich.⁸⁸ Dabei gerät nicht nur aus dem Blick, dass Recht stets zu gewissem Grade unbestimmt und strategisch einsetzbar ist,⁸⁹ sondern auch, dass ‚normales‘ deutsches Recht das Rechtsleben in und in Bezug auf die Kolonien strukturierte. Dieses ‚Kolonial‘-Recht wurde in nicht unwesentlichem Maße von Akteuren in Deutschland geprägt, seien es Rechtswissenschaftler an Universitäten, Politiker im Reichstag oder Kaufleute und Wirtschaftsunternehmen in Hansestädten. Sie alle nahmen Einfluss auf das Recht, sowohl in den Kolonien als auch im Reich, und trugen ihre kolonialen Konflikte auch vor Gerichten aus, sowohl in den Kolonien als auch im Reich. Recht beschränkte und ermächtigte die kolonialen Akteure. Daher erinnern Einblicke in die ‚Rechtswirklichkeit‘ in und in Bezug auf die Kolonien daran, dass Recht und Gewalt keine Antipoden sind, sondern sie sich ergänzen, womöglich gar gegenseitig bedingen.⁹⁰ Auch wenn Recht strukturelle Gewalt sowohl legitimieren wie auch unsichtbar machen kann, hört es nach seinem eigenen Anspruch dabei nicht auf, Recht zu sein. Eben dies konstituiert womöglich die Macht des Rechts.

85 Siehe dazu insb. Schaper (Fn. 83).

86 Ebd. 25.

87 So eine Karikatur, vgl. aber die teils implizite Gegenüberstellung von ‚deutschem‘ Rechtsstaat und kolonialem Rasse- und Willkürstaat z.B. in Dieter Gosewinkel, Rückwirkungen des kolonialen Rasserechts? Deutsche Staatsangehörigkeit zwischen Rassestaat und Rechtsstaat, in: Conrad/Osterhammel (Hg.), Das Kaiserreich transnational, 2. Aufl., Göttingen 2006, 236–256; ähnliches Bild etwa in Felix Hanschmann, Die Suspendierung des Konstitutionalismus im Herz der Finsternis, Kritische Justiz 45 (2012), 144–162; und Andreas Gutmann und Felix Hanschmann, Staatsorganisationsrecht, in: Dann/Feichtner/v.Bernstorff, (Post)koloniale Rechtswissenschaft (Fn. 4), 45–65; Doris Liebscher, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, Berlin 2021, 158 f.; und Doris Liebscher, Zwischen rassistischer Rechtsspaltung und Antidiskriminierungskategorie, in: Dann/Feichtner/v.Bernstorff, (Post)koloniale Rechtswissenschaft (Fn. 4), 9–44; ferner implizit bei Jochen von Bernstorff, Koloniale Herrschaft durch Ambivalenz, in: Dann/Feichtner/v.Bernstorff, (Post)koloniale Rechtswissenschaft (Fn. 4), 271–296; und Pascale Cancik, Strukturen des Kolonialverwaltungsrechts im Deutschen Kaiserreich, in: Dann/Feichtner/v.Bernstorff, (Post)koloniale Rechtswissenschaft (Fn. 4), 123–159.

88 Vgl. Matthias Goldmann, The Entanglement of Sovereignty and Property in International Law, SSRN Journal 2018, 13: “[...] this article therefore proposes understanding colonial law also as a symbolic order intended to disguise the original sin of colonial occupation”; etwas anders nun in Matthias Goldmann, The Ambiguity of Colonial International Law, Leiden Journal of International Law 37 (2024), 580–607, 582.

89 Vgl. zur „Unbestimmtheit“ des Rechts und der Rechtsanwendung ‚sogar‘ Kelsen, nach welchem „anzuwendende[s] Recht“ lediglich „ein Rahmen, innerhalb dessen mehrere Möglichkeiten der Anwendung“ bestehen, sein könne, Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, 346–349; kritisch weiterführend etwa Duncan Kennedy, A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation, Kritische Justiz 40 (2007), 296–305.

90 Vgl. Robert Cover, Nomos and Narrative, Harvard Law Review 4 (1983), 4–68, 40, 44 ff.; siehe jüngst samt Nachwort von Benedict Vischer in Robert Cover, Nomos and Narrativ, Berlin 2020.

Merle Iffert

Das deutsche Kolonialstrafrecht: Ein Einblick in ein rassistisches Rechtssystem*

Das koloniale Strafrecht spielt in der Erzählung der deutschen Strafrechtsgeschichte bislang kaum eine Rolle. Lehrbücher zur (Straf-)Rechtsgeschichte enthalten oft keine oder nur knappe Ausführungen zum kolonialen Strafrecht. Viele der wenigen existierenden rechtshistorischen Arbeiten, die sich (zumindest auch) mit dem Kolonialstrafrecht befassen, sind kolonialapologetisch und distanzlos:¹ Sie betonen die kurze Dauer der formalen deutschen Kolonialherrschaft² und bagatellisieren damit die Bedeutung der jahrhundertelangen kolonialen Vergangenheit für die Gegenwart.³ Oft übernehmen sie rassistische Begrifflichkeiten und Perspektiven der deutschen Kolonisierenden in ihren Beschreibungen und Analysen.⁴ Zudem bleiben Rassismen als Faktoren des kolonialen Rechtssystems unerwähnt⁵ oder werden als Produkt des Zeitgeistes eingeordnet, die man nicht analysieren und bewerten dürfe⁶ und aus denen man daher auch nichts lernen könne.

Rassismen im kolonialen Strafrecht waren jedoch kein Zufallsprodukt, sondern erfüllten wie auch sonst im kolonialen Herrschaftssystem bestimmte Funktionen: die Schaffung eines hierarchisierten Ordnungssystems, die Legitimation der hieraus folgenden

* Der Beitrag basiert auf einem Vortragsmanuskript und beinhaltet eine begrenzte Anzahl an Nachweisen. Er beruht auf Forschungsergebnissen, die im Rahmen des Dissertationsvorhabens der Verf. zur kritischen Kolonialstrafrechtsgeschichte erzielt wurden; bei diesem wird auch Archivmaterial ausgewertet. Dank gebührt Prof. Dr. Florian Jeßberger, Gwinyai Machona und Sophie Petry für die hilfreichen Anregungen.

- 1 Sebastian Conrad, *Regimes der Segregation, Rechtsgeschichte* (2004), 187–204, 192, spricht bezüglich anderer rechtshistorischer Arbeiten zum Kolonialrecht von einem „Festival rechtspositivistischer Immanenz“. Diese Kritik ist auch auf Abhandlungen zum Kolonialstrafrecht übertragbar.
- 2 Margitta Boin, *Die Erforschung der Rechtsverhältnisse in den „Schutzgebieten“ des Deutschen Reiches*, Münster 1996, 3; Hans-Jörg Fischer, *Die deutschen Kolonien*, Berlin 2001, 15; Ralf Schlottau, *Deutsche Kolonialrechtspflege*, Frankfurt am Main 2007, 21, 375; Julian Steinkröger, *Strafrecht und Strafrechtspflege in den deutschen Kolonien von 1884 bis 1914*, Hamburg 2019, 21.
- 3 Vgl. Cengiz Barskanmaz, *Recht und Rassismus*, Berlin 2019, 33; Anna Hankings-Evans, *Imperiale Vorherrschaft in der völkerrechtlichen Entstehungsgeschichte*, in: Decolonize Berlin und ECCHR (Hg.), *Dekoloniale Rechtswissenschaft und -praxis*, Berlin 2024, 244–264, 250.
- 4 Merle Iffert, *Historische Wahrheit und koloniales Wissen zum „Eingeborenerecht“*, in: von Bogdandy/Resch/Schumann (Hg.), *Konflikte um Wahrheit*, Baden-Baden 2024, 207–234, 227 ff.
- 5 Schlottau (Fn. 2), 88 ff., 331 ff.; Jürgen Zimmerling, *Die Entwicklung der Strafrechtspflege für Afrikaner in Deutsch-Südwestafrika 1884–1914*, Bochum 1995.
- 6 Boin (Fn. 2), 78. Vgl. auch Fischer (Fn. 2), 275; Claudia Lederer, *Die rechtliche Stellung der Muslime innerhalb des Kolonialrechtssystems im ehemaligen Schutzgebiet Deutsch-Ostafrika*, Würzburg 1994, 11 f.; Steinkröger (Fn. 2), 5; Falk Weckner, *Strafrecht und Strafrechtspflege für Afrikaner und ihnen gleichgestellte Farbige in Deutsch-Ostafrika*, Hamburg 2010, 281.

gesellschaftlichen Ungleichheit und des verübten Unrechts sowie seine identitätsstiftende Wirkung für davon profitierende Gruppen.⁷ Dieser Beitrag setzt damit bei der Forschungslücke an, die sich daraus ergibt, dass die Erkenntnisse der Rassismusforschung bei der Auseinandersetzung mit dem deutschen Kolonialstrafrecht bislang weitestgehend unberücksichtigt geblieben sind. Dies ist nur möglich aufgrund der Arbeit von insbesondere Schwarzen⁸ Wissenschaftler*innen und Akteur*innen aus der Zivilgesellschaft, die seit Jahrzehnten die Zusammenhänge zwischen Recht, Rassismus und Kolonialismus und deren Fortwirkungen in Deutschland aufzeigen.⁹ Ihre Stimmen sollten nicht ausgeblendet werden, jetzt, wo das Thema gesamtgesellschaftlich und in der Rechtswissenschaft mehr Aufmerksamkeit erhält.¹⁰

Angesichts der Marginalisierung der Kolonialrechtsgeschichte in der deutschen Rechtswissenschaft und juristischen Ausbildung ist es das Ziel dieses Beitrages, einen Überblick über das koloniale Strafrecht zu geben und dabei aufzuzeigen, wie bei seiner Gestaltung und Anwendung auf Rassismen zurückgegriffen wurde. Dafür wird zunächst die Rolle, die das (Straf-)Recht im Rahmen der kolonialen Herrschaft einnehmen sollte, skizziert (I.). Im Anschluss wird die Grundstruktur des kolonialen Strafrechts erörtert (II.), bevor sich dem Strafprozessrecht (III.), dem materiellen Strafrecht (IV.), dem Sanktionenrecht (V.) und der Strafverfolgungspraxis (VI.) gewidmet wird. Abschließend wird ein Ausblick auf die Relevanz der Auseinandersetzung mit der kolonialen Rechtsgeschichte für Jurist*innen gegeben (VII.).

I. Die Rolle des (Straf-)Rechts im kolonialen System

Das koloniale Recht sollte dazu beitragen, die Herrschaftsansprüche der deutschen Kolonisierenden über die angeeigneten Gebiete gegenüber anderen Kolonialmächten und den kolonisierten Bevölkerungen zu festigen.¹¹ Hierfür wurde das im kolonialen Diskurs eingesetzte Legitimationsmuster des Kolonialismus als „Zivilisierungsmission“ im kolonialen Recht rezipiert:¹² Auch mit den Mitteln des Rechts und gerade des Strafrechts sollten kolonisierte Menschen angeblich „zivilisiert“ werden.¹³ Mit dem Narrativ der „Zivilisierungsmission“ versuchten Kolonialmächte, ihre wirtschaftlich und politisch

7 Barskanmaz (Fn. 3), 19; Fatima El-Tayeb, *Schwarze Deutsche*, Frankfurt/New York 2001, 11 ff. 56 ff.; Naika Foroutan, *Rassismus in der postmigrantischen Gesellschaft*, APuZ 42–44 (2020), 12–18, 12 ff.; Elisabeth Kaneza, *Rassische Diskriminierung in Deutschland*, Baden-Baden 2024, 102 f.; Doris Liebscher, *Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus*, Berlin 2021, 63 ff.

8 Die Adjektive Schwarz und *weiß* werden groß bzw. kursiv geschrieben, um zu verdeutlichen, dass es sich hierbei nicht um biologische „Rassen“ oder Hautfarben“, sondern um soziale Konstruktionen und Positionen in rassistisch strukturierten Gesellschaften handelt.

9 Siehe für den deutschen Kontext z.B. die Arbeiten des ISD-Bund e.V., der Gründerinnen des ADEFRA e.V., von Prof. Dr. Natasha A. Kelly, Prof. Dr. Fatima El-Tayeb und Tupoka Ogette. Hingewiesen wird ferner auf den 2024 von Decolonize Berlin und vom ECCHR herausgegebenen Band „Dekoloniale Rechtswissenschaft und -praxis“ sowie Kaneza (Fn. 7).

10 Vgl. Almaz Teffera, Vorwort, in: Decolonize Berlin und ECCHR (Hg.), *Dekoloniale Rechtswissenschaft und -praxis*, Berlin 2024, 10–16.

11 Vgl. Abg. Prof. Dr. Georg Meyer (NLP), Verhandlungen des Reichstags, 7. Leg. Per., II. Sess. 1887/1888, Bd. 2, 29. Sitzung v. 4.2.1888, 703D.

12 María do Mar Castro Varela/Nikita Dhawan, *Postkoloniale Theorie*, 3. Aufl., Bielefeld 2020, 42 f.

13 Vgl. nur Franz Josef Sassen, *Das Gesetzgebungs- und Verordnungsrecht in den deutschen Kolonien*, Tübingen 1909, 52.

motivierten Kolonisationsbestrebungen moralisch zu rechtfertigen.¹⁴ Die Kolonisierenden identifizierten sich und ihre eigenen Rechtsordnungen als modern, kultiviert und zivilisiert, indem sie sich von hierfür als kulturlos und rückständig konstruierten kolonisierten Menschen und deren Rechtssystemen abgrenzten.¹⁵ Durch die paternalistische Behauptung, als überlegene Herrscher kolonisierte Menschen mit den Mitteln des Strafrechts lediglich „erziehen“ zu wollen,¹⁶ konnten Kolonisierende verschleiern, worum es ihnen tatsächlich ging: durch den Einsatz des Strafrechts die koloniale Herrschaft rücksichtslos abzusichern. Die Anpassung des deutschen Strafrechts an diese kolonialen Zwecke lässt sich nur unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Ausgangslage und einfachgesetzlichen Ausgestaltung des kolonialen Rechts verstehen.

II. Grundstruktur des kolonialen Strafrechts

1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage und einfachgesetzliche Ausgestaltung

Die Kolonialgebiete wurden nicht in die verfassungsrechtliche Auflistung der Bundesstaaten aufgenommen.¹⁷ Auch wurde, anders als für Elsass-Lothringen,¹⁸ die Reichsverfassung nicht im Wege eines einfachen Gesetzes für anwendbar erklärt. Hieraus wurde geschlussfolgert, dass die Verfassung und die Reichsgesetze in den Kolonien nicht galten.¹⁹ Zur Klärung der kolonialen Rechtslage und Kompetenzen der Staatsorgane hielten Juristen und Politiker es für erforderlich, koloniale Gesetze zu schaffen. Aus diesem Grund erließ der Reichsgesetzgeber 1886 das Schutzgebietsgesetz,²⁰ welches unter anderem 1900²¹ reformiert wurde. Dieses „koloniale Grundgesetz“²² erklärte nur für als *weiß* klassifizierte Personengruppen das Reichsstrafrecht weitestgehend für anwendbar, während es gegenüber kolonisierten Menschen ein Sonderstrafrecht zuließ. Im Schutzgebietsgesetz war damit eine duale Rechtsordnung in den Kolonien angelegt, die bis zum Ende der formalen Kolonialherrschaft aufrechterhalten wurde.

2. Duale Rechtsordnung

Das koloniale Recht sah zwei Statusgruppen vor, welche mittels rassistischer Zuschreibungen segregiert wurden.²³ Die privilegierte Statusgruppe wurde synonym mit „weiß“,

14 El-Tayeb (Fn. 7), 62.

15 Ebd., 11 f.

16 Edgar Lütken, Materielles Strafrecht in den Kolonien, Greifswald 1914, 50.

17 Art. 1 der Verfassung des Deutschen Reichs, RGBl. 1871, 64–85.

18 § 2 des Gesetzes, betreffend die Vereinigung von Elsaß und Lothringen mit dem Deutschen Reiche v. 9.6.1871, RGBl. 1871, 212–213.

19 Franz Florack, Die Schutzgebiete, ihre Organisation in Verfassung und Verwaltung, Tübingen 1905, 17.

20 Gesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete v. 17.4.1886, RGBl. 1886, 75–76 (SchGG 1886).

21 Bekanntmachung wegen Redaktion des Schutzgebietsgesetzes v. 10.9.1900, RGBl. 1900, 812–817 (SchGG 1900). Im Folgenden wird daher, soweit einschlägig, auf Normen aus beiden Fassungen des SchGG verwiesen.

22 Johannes Gerstmeyer, Das Schutzgebietsgesetz, Berlin 1910, V.

23 Vgl. Liebscher (Fn. 7), 161 ff.

„europäisch“ oder „nichteingeboren“ umschrieben und erfasste deutsche Reichsangehörige, andere „Angehörige zivilisierter Nationen“ und wenige ausgewählte Bevölkerungsgruppen, welche der Kaiser oder die Gouverneure durch Verordnungen *weißen* Personen gleichstellten.²⁴ Für die Festlegung, wer als *weiß* galt, gab es diverse Rechtsgrundlagen; diese enthielten nicht die o.g. Begriffe,²⁵ sondern knüpften mit der Staatsangehörigkeit zu „zivilisierten“ Staaten an Merkmale an, die überwiegend mit dem *Weißsein* übereinstimmten. Kolonialherren bemühten sich daher, die Gruppe der Staatsangehörigen *weiß* zu halten, indem sie zunehmend Eheschließungen zwischen deutschen Männern und kolonisierten Frauen, durch welche letztere die deutsche Reichsangehörigkeit erwarben, sowie die Einbürgerung kolonisierter Menschen verhinderten.²⁶ Die Mehrzahl der Menschen in den deutschen Kolonien wurde der mit dem rassistischen Terminus der „Farbigen“²⁷ bezeichneten Statusgruppe zugeordnet. Zu dieser zählten insbesondere Menschen, deren Gebiete sich deutsche Kolonisator*innen angeeignet hatten und die mit dem rassistischen²⁸ Rechtsbegriff der „Eingeborenen“ beschrieben wurden.²⁹

Die Kolonisierenden versuchten die rassistische Segregation in der Rechtsordnung auch deshalb aufrechtzuerhalten, weil die Zuordnung zu einer Statusgruppe erhebliche Konsequenzen hatte für das anwendbare Strafrecht und die Akteure, welche strafrechtliche Normen erlassen konnten. Zwar übertrug § 1 SchGG grundsätzlich dem Kaiser die „Schutzgewalt“ in den Kolonien, welche die Kompetenz erfasste, die koloniale Rechtslage mittels Verordnungen zu gestalten.³⁰ Der Reichsgesetzgeber regelte jedoch im Schutzgebietsgesetz bestimmte Bereiche selbst und entzog sie dadurch der Kompetenz des Kaisers.³¹ So verwies das Schutzgebietsgesetz auf das Konsulargerichtsbarkeitsgesetz³², wodurch große Teile des materiellen und prozessualen Reichsstrafrechts für *weiße* Personen anwendbar wurden.³³ Die Verordnungskompetenzen des Kaisers und Reichskanzlers beschränkten sich damit gegenüber *weißen* Menschen auf wenige Teilaspekte des Strafrechts, welche diesen im Schutzgebietsgesetz explizit vorbehalten waren.³⁴

24 Für einen Überblick: Schlottau (Fn. 2), 94 ff.

25 Z.B. § 2 S. 1 SchGG 1886 i.V.m. § 1 Abs. 2 KGG 1879.

26 Merle Iffert/Kubilay Yalçın, Rassistische Exklusion im historischen und aktuellen Staatsangehörigkeitsrecht, KJ (2024), 214–229, 216 ff.; Fatou Sillah, Radikale Solidarität als Widerstand, in: Decolonize Berlin/ECCHR (Hg.), Dekoloniale Rechtswissenschaft und -praxis, Berlin 2024, 66–96, 72 ff.

27 Adibeli Nduka-Agwu, „Farbig“, „Farbige_r“, in: Nduka-Agwu/Hornscheidt (Hg.), Rassismus auf gut Deutsch, Frankfurt a.M. 2010, 127–131. Im Beitrag wird stattdessen synonym von rassifizierten und kolonisierten Menschen gesprochen in dem Bewusstsein, dass diese Begriffe nicht vollumfänglich zutreffen. „Rassifiziert“ meint an dieser Stelle von Rassismus betroffen, „kolonisiert“ erfasst auch Menschen, die von den Deutschen in den kolonialen Herrschaftsapparat eingegliedert und damit als Intermediäre auch Teil von diesem wurden.

28 Nadja Ofuately-Alazard, „Eingeborene_r“, in: Arndt/Ofuately-Alazard (Hg.), Wie Rassismus aus Wörtern spricht, Münster 2011, 683.

29 Liebscher (Fn. 7), 165.

30 Gerstmeier (Fn. 22), 17.

31 Sassen (Fn. 13), 48.

32 Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10.7.1879, RGBl. 1879, 197–206 (KGG 1879); Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit v. 7.4.1900, RGBl. 1900, 213–228 (KGG 1900).

33 § 2 S. 1 SchGG 1886 i.V.m. §§ 4, 21 KGG 1879 bzw. § 3 S. 1 SchGG 1900 i.V.m. § 19 Nr. 2 KGG 1900.

34 § 3 SchGG 1886 bzw. §§ 6, 15 SchGG 1900.

Bezüglich kolonisierter Menschen regelte das Schutzgebietsgesetz hingegen nur, dass diese durch eine kaiserliche Verordnung dem Strafrechtsregime für *weiße* Personen hätten unterstellt werden können.³⁵ Eine solche Verordnung erließ der Kaiser jedoch nie.³⁶ Das Strafrecht für kolonisierte Menschen setzte sich daher auf der Grundlage der „Schutzgewalt“³⁷ und weiteren Verordnungskompetenzen³⁸ aus zahlreichen Verordnungen und Verwaltungsvorschriften verschiedener Rechtssetzungsakteure zusammen.

Gleichzeitig konnten einige kolonisierte Bevölkerungen unter anderem durch den Abschluss von „Schutzverträgen“³⁹ durchsetzen, dass ihre Gerichte die Jurisdiktion über die eigenen Bevölkerungsmitglieder bei Bagatelldelikten behielten.⁴⁰ Die deutschen Kolonisierenden stimmten diesen „Vertragsbestimmungen“ nicht aus Respekt vor den Rechtsordnungen kolonisierter Bevölkerungen zu, sondern weil ihre Herrschaftsgewalt nicht so weit reichte, als dass sie die Rechtspflege in allen Gebieten hätte umfassend ausüben können.⁴¹ Sie versuchten daher, die vorhandenen Machtstrukturen zu instrumentalisieren, bei gleichzeitiger Kontrolle der Entscheidungen dieser Gerichte.⁴² Das Zugeständnis an kolonisierte Bevölkerungen stand dabei stets unter dem Vorbehalt, dass die deutschen Kolonialverwaltungen die Abmachungen in den „Schutzverträgen“ missachten würde, wenn sie dies für kolonialpolitisch opportun erachteten,⁴³ was in Deutsch-Südwestafrika in Reaktion auf antikoloniale Widerstandsbewegungen von OvaHerero und Nama auch geschah.⁴⁴ Dennoch existierte innerhalb des in seiner Grundlage dualistischen Strafrechtssystems für kolonisierte Personen ein rechtspluralistisches Normengefüge, das sich von Kolonie zu Kolonie unterschied.⁴⁵ Der Beitrag fokussiert sich daher auf kolonieübergreifende Muster im kolonialen Strafrecht.

III. Koloniales Strafprozessrecht

Das dualistische Rechtssystem wirkte sich auf die Ausgestaltung der Strafverfahren aus.⁴⁶

35 § 3 Nr. 1 SchGG 1886 bzw. § 4 SchGG 1900.

36 Schlottau (Fn. 2), 113.

37 Gerstmeyer (Fn. 22), 26.

38 Diese waren delegierter oder originärer Natur, siehe z.B. § 15 SchGG 1900.

39 Zu „Schutzverträgen“ siehe Richard Tsogang Fossi/Gwinyai Machona, Die Kolonisierung „Cameeroons“, in: Decolonize Berlin/ ECCHR (Hg.), Dekoloniale Rechtswissenschaft und -praxis, Berlin 2024, 138–170.

40 Otto Köbner, Die Organisation der Rechtspflege in den Kolonien, in: Verhandlungen des Deutschen Kolonialkongresses 1902, Berlin 1903, 331–366, 358 f. Die deutschsprachige Quellenlage zu den Rechtssystemen kolonisierter Menschen ist unzureichend: Iffert (Fn. 4), 212 ff.

41 Felix Hanschmann, Die Suspendierung des Konstitutionalismus im Herz der Finsternis, KJ (2012), 144–162, 153. Vgl. August Lampe, Anteil der Eingeborenen an der Verwaltung und Rechtspflege in unseren Kolonien, Greifswald 1918, 46 f.

42 Lampe (Fn. 41), 47.

43 Hanschmann (Fn. 41), 153.

44 Friedrich Doerr, Deutsche Kolonial-Gerichtsverfassung, Zeitschrift für Kolonialpolitik, Kolonialrecht und Kolonialwirtschaft 11 (1909), 161–182, 175 (Abkürzung der Zeitschrift: ZfKKK).

45 Vgl. Rebekka Habermas, Die deutschen Großforschungsprojekte zum „Eingeborenerecht“ um 1900 und ihre Folgen, ZRG GA 129 (2012), 150–182, 164.

46 Schlottau (Fn. 2), 154, 313.

1. Strafverfahren gegen weiße Menschen

Für *weiße* Menschen in den Kolonien galt zwar die Reichsstrafprozessordnung, nicht jedoch das Gerichtsverfassungsgesetz, da das Konsulargerichtsbarkeitsgesetz nicht auf dieses verwies.⁴⁷ Stattdessen determinierte letzteres die koloniale Gerichtsverfassung, modifiziert durch das Schutzgebietsgesetz.⁴⁸

In erster Instanz entschieden kaiserliche Bezirksrichter als Einzelrichter über Übertretungen und Vergehen oder aus einem Bezirksrichter und grundsätzlich vier mit Stimmrecht ausgestatteten *weißen* Beisitzern bestehende kaiserliche Bezirksgerichte über die meisten Verbrechen und einige Vergehen.⁴⁹ In zweiter Instanz war in fast jeder Kolonie ein Kaiserliches Obergericht eingerichtet, das als Kollegialgericht über Beschwerden und Berufungen entschied.⁵⁰ Eine Revisionsinstanz existierte nicht.⁵¹

Die kaiserlichen Richter waren mangels Geltung der §§ 2 ff. GVG nicht zwangsläufig Juristen, allerdings wurden im Laufe der Kolonialherrschaft möglichst „Beamte[n] mit Richterqualität“ die richterlichen Aufgaben übertragen.⁵² Ihre richterliche Unabhängigkeit sowie die Befähigung zum Richteramt als Voraussetzung für die Einstellung als etatmäßiger Richter wurden 1910 gesetzlich geregelt.⁵³

Die kolonialen Richter übernahmen – wie im Konsularrecht – zentrale Aufgaben der Staatsanwaltschaft, indem sie für die Einleitung des Ermittlungsverfahrens, die „Anklage“ und die Strafvollstreckung verantwortlich waren.⁵⁴ Die Rolle der Staatsanwälte, die keine juristische Ausbildung aufweisen mussten, beschränkte sich auf die Mitwirkung bei der erstinstanzlichen Hauptverhandlung und beim zweitinstanzlichen Verfahren sowie die Einlegung von Rechtsmitteln.⁵⁵ Ansonsten galten in Strafverfahren gegen *weiße* Beschuldigte wie auch im Kaiserreich das Legalitätsprinzip, die Grundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens sowie die Vorschriften über die Verteidigung aus der Reichsstrafprozessordnung.⁵⁶

Das geltende Inquisitionsprinzip, die fehlende strikte Trennung von Justiz und Verwaltung und die nichtexistente Revisionsinstanz waren damit die erheblichsten Abweichungen vom Reichsstrafprozessrecht für *weiße* Personen in den Kolonien;⁵⁷ sie erfolgten aus „praktischen Gründen der besonderen Verhältnissen halber“.⁵⁸ Gemeint war insbesondere der Personalmangel in der kolonialen Verwaltung, der auch aus der Schonung

47 Vgl. Schlottau (Fn. 2), 172.

48 Doerr (Fn. 44), 161.

49 Friedrich Doerr, Deutsches Kolonialstrafprozeßrecht, Leipzig 1913, 13 f., 17 f. Zur abweichenden Regelung der Strafgerichtsbarkeit in Kiautschou: Schlottau (Fn. 6), 197 f.

50 Schlottau (Fn. 2), 165 f.

51 Schlottau (Fn. 2), 167.

52 Doerr (Fn. 44), 164; Schlottau (Fn. 2), 172 f.

53 §§ 48 Abs. 1, 49 Kolonialbeamtengesetz v. 8.6.1910, RGBl. 1910, 881–896. § 1 GVG galt in den Kolonien nicht.

54 Doerr (Fn. 49), 15 f.; Schlottau (Fn. 2), 162 f., 180 f.

55 So die Rechtslage ab 1898: Kaiserliche Verordnung v. 13.12.1897, RGBl. 1898, 1; § 5 Abs. 1 der Kaiserlichen Verordnung v. 9.11.1900, RGBl. 1900, 1005–1008. Schlottau (Fn. 2), 180 ff.

56 Friedrich Doerr, Die Geltung der Reichs-Strafprozeßordnung in den deutschen Schutzgebieten, ZfKKK 14 (1912), 11–28, 16 f., 21; Doerr (Fn. 49), 81 ff. Schlottau (Fn. 2), 236.

57 Schlottau (Fn. 2), 228.

58 Doerr (Fn. 49), 9, 19, 81; vgl. Köbner (Fn. 40), 334.

des kolonialen Etats resultierte.⁵⁹ Dennoch wurde in der Rechtspolitik, Rechtswissenschaft und kolonialen Verwaltung intensiv diskutiert, wie sich das Strafverfahren gegen *weiße* Beschuldigte verbessern und an das im Kaiserreich angleichen lasse.⁶⁰

2. Strafverfahren gegen kolonisierte Menschen

War der Personalmangel bereits Anlass dafür, bei *weißen* Beschuldigten von strafprozessualen Garantien abzusehen, war dies in Verfahren gegen kolonisierte Menschen erst recht der Fall. Diese wichen erheblich vom Verfahren gegen *weiße* Personen ab. Die Nichttrennung von Justiz und Verwaltung war ein „fundamentales Prinzip“⁶¹ in Strafverfahren gegen kolonisierte Menschen. Juristisch nicht geschulte Beamte, welche teilweise die Kompetenz zum Erlass von Strafvorschriften hatten, wurden als Richter eingesetzt.⁶² Im Kriegszustand oder in Fällen des Aufruhrs, Überfalls oder sonstigen Notstandes konnten sie in summarischen Verfahren die Todesstrafe sofort vollstrecken.⁶³

Die Beamten waren weisungsgebunden und vereinigten in sich die Ermittlungs- und Anklagebehörde sowie das Richteramt.⁶⁴ Eine Staatsanwaltschaft existierte – auch aus Gründen der Kosteneinsparung – nicht und wurde nicht für erforderlich gehalten.⁶⁵ Damit war das Strafverfahren gegen kolonisierte Menschen ein reiner Inquisitionsprozess.⁶⁶ Problematisiert wurde dieser Zustand nicht, vielmehr wurde er damit gerechtfertigt, dass die Strafsachen kolonisierter Menschen zu „primitiv“ für einen geprüften und unabhängigen Richter seien.⁶⁷

In Verfahren gegen rassifizierte Menschen galt zudem ein reines Opportunitätsprinzip.⁶⁸ Dass es im Ermessen des Beamten lag, ob er Strafverfahren einleitete, wurde mit den angeblich „ganz verschiedenen Kulturstufen“ begründet, auf denen kolonisierte Menschen stünden.⁶⁹ Nur der Beamte vor Ort könne darüber entscheiden, welches Vorgehen kolonialpolitisch geboten sei.⁷⁰

Die Verhandlung fand öffentlich, mündlich und auf Deutsch statt; ein Übersetzung fand selbst dann statt, wenn die angeklagte Person Deutsch sprach.⁷¹ Anders als in Strafverfahren gegen *weiße* Beschuldigte waren rassifizierte Menschen gelegentlich als

59 Köbner (Fn. 40), 334; Fritz Seelbach, Grundzüge der Rechtspflege in den Deutschen Kolonien, Bonn 1904, 77.

60 Cornelia Essner, Der Kampf um das Kolonialgericht, Historische Mitteilungen 1992, 78–95. Für einen Überblick: Schlottau (Fn. 2), 156 f., 167 ff., 183 f.

61 Heinrich Brinkmann, Strafrecht und Strafverfahren für die Eingeborenen der deutschen Schutzgebiete, Borna-Leipzig, 47.

62 Schlottau (Fn. 2), 140 ff., 199 f.

63 §§ 15 f. der Verfügung des Reichskanzlers v. 22.4.1896, in: Zimmermann (Hg.), Die deutsche Kolonial-Gesetzgebung, Bd. 2, Berlin 1898, 215–218 (Abkürzung der Gesetzessammlung: DKolGG).

64 Hans Karlowa, Die Strafgerichtsbarkeit über die Eingeborenen in den deutschen Kolonien, Borna-Leipzig 1911, 80; Ziegler, Eingeborenenstrafrecht in den deutschen Schutzgebieten, Mitteilungen der IKV (1904), 577–592, 583.

65 Karlowa (Fn. 64), 66.

66 Brinkmann (Fn. 61), 54.

67 Karlowa (Fn. 64), 57.

68 Brinkmann (Fn. 61), 53 f.

69 Vgl. Ziegler (Fn. 64), 587 f.

70 Karlowa (Fn. 64), 71.

71 Karlowa (Fn. 64), 68.

Beisitzer ohne Stimmrecht an der von einem *weißen* Beamten geführten Hauptverhandlung beteiligt.⁷² Durch die Mitwirkung angesehener Personen an den Prozessen deutscher Kolonialbeamter versuchten deutsche Kolonisierende, das Ansehen der kolonialen Rechtspflege zu steigern,⁷³ ohne dass sie kolonisierten Menschen hierfür Einfluss auf den Ausgang der Verfahren gaben.

Eine notwendige Verteidigung war nicht geregelt; nur beim Vorwurf besonders schwerwiegender Verbrechen konnten rassifizierte Beschuldigte in einigen Kolonien einen *weißen* Verteidiger verlangen.⁷⁴ Die Urteile mussten zwar schriftlich abgefasst werden,⁷⁵ auf eine ausführliche Urteilsbegründung wurde jedoch in den allermeisten Fällen verzichtet. Die verhängten Strafen wurden in Strafbüchern dokumentiert und dem Gouverneur und der Kolonialabteilung des Auswärtigen Amts bzw. ab 1907 dem Reichskolonialamt zur Kontrolle vorgelegt.⁷⁶ Rechtsmittel waren grundsätzlich nicht vorgesehen, in bestimmten Fällen mussten Gouverneure Urteile genehmigen.⁷⁷ Damit wurden die von den Beamten ausgesprochenen Urteile mit der Verkündung oft direkt rechtskräftig und die Strafen vollstreckbar.⁷⁸

Insgesamt sollten die Strafverfahren gegen rassifizierte Menschen „möglichst einfach, klar und kurz“ sein.⁷⁹ Rationalisiert wurden die im Vergleich zur Gerichtsbarkeit für *weiße* Menschen deutlich abgesenkten strafverfahrensrechtlichen Standards nicht nur mit Hinweisen auf Personalknappheit.⁸⁰ Vielmehr wurde auf rassistische Begründungsmuster zurückgegriffen,⁸¹ nämlich dass rassifizierte Menschen weniger intelligent und vergesslich seien und der angeblich „erzieherische Zweck der Strafe“ nur eintreten könne, wenn das Verfahren schnell abgeschlossen werde.⁸² Die Vereinfachung des Strafverfahrensrechts für rassifizierte Menschen diente dabei jedoch seiner flexibleren Anwendung durch juristisch nicht geschulte Beamte; die Erleichterung ihrer Arbeit war vor strafprozessualen Garantien für kolonisierte Menschen an vielen Stellen vorrangig. Dieses Muster findet sich auch im materiellen Strafrecht wieder.

IV. Materielles Kolonialstrafrecht

1. Das materielle Kolonialstrafrecht für weiße Menschen

Für *weiße* Personen galten wie im Kaiserreich das in § 2 Abs. 1 RStGB geregelte Gesetzhlichkeitsprinzip sowie die meisten der im Reichsstrafgesetzbuch enthaltenen Straftatbestände.⁸³ Einige Strafvorschriften waren nicht anwendbar, da diese in den Kolonien nicht

72 § 13 S. 1 der Verfügung des Reichskanzlers v. 22.4.1896 (Fn. 63). Lampe (Fn. 41), 46 ff.

73 Karlowa (Fn. 64), 59, 73 f.

74 Brinkmann (Fn. 61), 57.

75 § 13 S. 4 der Verfügung des Reichskanzlers v. 22.4.1896 (Fn. 63).

76 §§ 12, 18 der Verfügung des Reichskanzlers v. 22.4.1896 (Fn. 63).

77 §§ 10 f. der Verfügung des Reichskanzlers v. 22.4.1896 (Fn. 63); Schlottau (Fn. 2), 326 ff.

78 Steinkröger (Fn. 2), 176.

79 Heinrich Wick, Die Farbigenrechtspflege in den deutschen Schutzgebieten, Münster 1914, 101.

80 Karlowa (Fn. 64), 66.

81 Ulrike Schaper, Koloniale Verhandlungen, Berlin 2012, 167.

82 Wick (Fn. 79), 101.

83 Vgl. Schlottau (Fn. 2), 229 ff.

vorhandene „Einrichtungen und Verhältnisse“ voraussetzten.⁸⁴ Dies betraf z.B. die Wilderei,⁸⁵ welche die unberechtigte Jagd kriminalisierte; Jagdberechtigungen wie im Kaiserreich existierten in den Kolonien jedoch nicht.⁸⁶ Abweichungen ergaben sich zudem dadurch, dass das verwaltungsrechtliche Nebenstrafrecht sowie Landesstrafgesetze in den Kolonien nicht galten, weshalb zum Füllen dieser Strafbarkeitslücken Verordnungen etwa im Bereich des Zoll-, Steuer- oder Pressewesens erlassen wurden.⁸⁷ Die zulässigen Strafen waren dabei begrenzt auf ein Jahr Haft oder Geldstrafe.⁸⁸

2. Das materielle Strafrecht für kolonisierte Menschen

Zu den strafbaren Handlungen von rassifizierten Menschen existierten hingegen kaum Vorschriften; dies lag daran, dass das Gesetzlichkeitsprinzip für kolonisierte Menschen größtenteils nicht galt oder nicht so umfassend, wie es in § 2 Abs. 1 RStGB vorgesehen war.⁸⁹ Die Rechtswissenschaft begrüßte diesen Zustand, immerhin würde eine Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips „die gerade auf diesem Gebiete zur Fortbildung des Rechts erwünschte rechtsschöpferische Kraft der Rechtsprechung ganz erheblich vermindern.“⁹⁰ Die koloniale Justiz machte von ihren rechtsschöpferischen Freiheiten ausgiebig Gebrauch, wie ein Blick in die Strafbücher zeigt: Kolonisierte Menschen wurden z.B. wegen „nächtlicher Umhertreibung“, „fahrlässiger Sachbeschädigung“ oder „böswilligem Verlassen des Ehemannes“ verurteilt.⁹¹

Ein Straftatbestand, den die Justiz in allen Kolonien auf dem afrikanischen Kontinent entwickelte, war das „Lügen vor Gericht“.⁹² Nur in Kamerun wurde diese strafbare Handlung ausdrücklich geregelt: Unter Hinweis darauf, dass dies eine explizite Ausnahme vom Gesetzlichkeitsprinzip darstelle, wurde bestimmt, dass kolonisierte Zeug*innen und Sachverständige wegen vorsätzlicher falscher Aussage vor Gericht angemessen zu bestrafen seien.⁹³ Auffällig hieran ist nicht nur die Unbestimmtheit der Rechtsfolge, die im kolonialen Strafrecht für kolonisierte Menschen üblich war.⁹⁴ Vielmehr ist dies beachtenswert, weil bis 1943 im Reichstrafgesetzbuch nur der Meineid mit Strafe bedroht war und die uneidliche Falschaussage somit vierzig Jahre vor ihrer Einführung durch die Nationalsozialisten durch deutsche Beamte strafrechtlich verfolgt wurde.⁹⁵ Die koloniale

84 § 3 S. 2 SchGG 1900 i.V.m. § 20 Abs. 1 KGG 1900; Friedrich Doerr, *Deutsches Kolonialstrafrecht*, ZfKKK 10 (1908), 321–338, 324.

85 §§ 292 ff. RStGB 1871.

86 Ewald Lüders, *Das Jagdrecht der deutschen Schutzgebiete*, Hamburg 1913, 57 f.

87 Doerr (Fn. 84), 324; Schlottau (Fn. 2), 240 ff.

88 § 6 Nr. 1 SchGG 1900.

89 Vgl. Brinkmann (Fn. 61), 41 ff.

90 Wick (Fn. 79), 68.

91 Fritz Ferdinand Müller, *Kolonien unter der Peitsche*, Berlin 1962, 84 ff.; Gotthilf Walz, *Die Entwicklung der Strafrechtspflege in Kamerun unter deutscher Herrschaft 1884–1914*, Freiburg 1981, 104 f.

92 Schlottau (Fn. 2), 253.

93 § 4 der Dienstvorschrift des Gouverneurs von Kamerun vom Mai 1902, DKolGG VI, 1903, 467–468.

94 Siehe hierzu unter V.2.

95 Steinkröger (Fn. 2), 159. In den besetzten polnischen Regionen, die als „eingegliederte Ostgebiete“ bezeichnet wurden, wurden jüdische und/oder polnische Menschen ebenfalls nur unvereidigt vernommen und ab 1941 für uneidliche Falschaussagen bestraft: IX der Verordnung über die

Justiz kriminalisierte das „Lügen vor Gericht“, da sie rassifizierte Zeug*innen nicht vereidigte. Diese Nichtvereidigungspraxis wurde vehement verteidigt mit der Behauptung, dass rassifizierte Menschen über einen zu niedrigen „Kulturzustand“ verfügen würden und insbesondere Schwarze Menschen verlogen und rachsüchtig seien.⁹⁶ Ihnen fehle daher die nötige „Verstandesreife“ für die Eidesleistung.⁹⁷ Ziel der Nichtvereidigung war es, die oft unter Eid geleisteten Aussagen *weißer* Verfahrensbeteiligter im Vergleich als glaubhafter bewerten und damit *weiße* Angeklagte freisprechen oder rassifizierte Angeklagte verurteilen zu können.⁹⁸ Gleichzeitig wollte die koloniale Justiz nicht auf die Bestrafung falscher Aussagen verzichten, weshalb sie den Straftatbestand des „Lügens vor Gericht“ entwickelte, dessen Anwendbarkeit sie auf Angeklagte ausweitete.⁹⁹

Ein zweiter Straftatbestand, der das koloniale Strafrecht für rassifizierte Menschen prägte, war die als solche bezeichnete Disziplinarstrafe. Die „fortgesetzte Pflichtverletzung, Trägheit, Widersetzlichkeit, das unbegründete Verlassen des Arbeitsplatzes sowie sonstige erhebliche Verletzungen des Arbeitsverhältnisses“ konnten mit Prügelstrafe oder Kettenhaft bis zu 14 Tagen, in Deutsch-Ostafrika sogar mit bis zu drei Monaten bestraft werden.¹⁰⁰ Diese Vorschrift, mit der zivilrechtliche Pflichtverletzungen im „Arbeitsverhältnis“ strafrechtlich sanktioniert werden konnten, wurde von der rechtswissenschaftlichen Literatur zwar als „abnorme Regelung“ erkannt.¹⁰¹ Sie wurde jedoch mit Hinweis auf wirtschaftliche Notwendigkeiten in den Kolonien gerechtfertigt.¹⁰² Dafür wurden explizit Anti-Schwarze Rassismen wie die angebliche Faulheit und fehlende Arbeitsmoral Schwarzer Menschen herangezogen.¹⁰³ Mit dieser Begründung stilisierten sich Kolonisierende als wohlwollende Zivilisator*innen, die kolonisierte Menschen lediglich zur Arbeit erziehen wollten,¹⁰⁴ um ihr eigentliches Ziel – die gewaltsame wirtschaftliche Ausbeutung kolonisierter Menschen – zu rechtfertigen. Auch im Sanktionenrecht für rassifizierte Menschen lässt sich dieses Muster beobachten.

V. Koloniales Sanktionenrecht

1. Das Sanktionenrecht für weiße Personen

Für *weiße* Personen galt in den Kolonien das Sanktionenrecht aus dem Kaiserreich, das sich bei den Hauptstrafen aus Todesstrafe, Geldstrafe und vier verschiedenen Formen der

Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten v. 4.12.1941, RGBl. I 1941, 759–761.

96 Lütken (Fn. 16), 59; Schaper (Fn. 81), 221.

97 Statt vieler Ziegler (Fn. 64), 586.

98 Schaper (Fn. 81), 219 f.; Walz (Fn. 91), 292 ff.

99 Brinkmann (Fn. 61), 44.

100 § 17 der Verfügung des Reichskanzlers v. 22.4.1896 (Fn. 63); § 1 der Verordnung v. 7.12.1909, DKolGG (XIII), 1910, 650–651. Siehe für die restlichen Kolonien: Schlottau (Fn. 2), 261 ff.

101 Karlowa (Fn. 64), 27; Lütken, (Fn. 16), 57.

102 Paul Bauer, Die Strafrechtspflege über die Eingeborenen in den deutschen Schutzgebieten, AöR 19 (1905), 32–86, 57; Karlowa, ebd.; Lütken, ebd., 57 f.

103 Bauer, ebd.; Karlowa, ebd.

104 Lütken (Fn. 16), 57 f.

Freiheitsstrafe zusammensetzte.¹⁰⁵ Die Rechtsfolge war als Ausprägung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes aus § 2 Abs. 1 RStGB in den Straftatbeständen angedroht.¹⁰⁶ Die Zuchthausstrafe war dabei die schwerwiegendste Form der Freiheitsstrafe, da sie mit Arbeitszwang verbunden war und mit dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte einhergehen konnte.¹⁰⁷ In fast allen Kolonien wurden lediglich Freiheitsstrafen von bis zu sechs Monaten in separaten Gefängnissen oder Räumen vollstreckt; für die Verbüßung längerer Freiheitsstrafen, insbesondere von Zuchthausstrafen, wurden die *weißen* Häftlinge oft nach Preußen überstellt.¹⁰⁸

2. Das Sanktionenrecht für kolonisierte Menschen

Für kolonisierte Menschen existierten indes nur Kataloge zulässiger Sanktionen, oft ohne Festlegung korrespondierender strafbarer Handlungen und Strafraumen.¹⁰⁹ Damit lag es im Ermessen des kolonialen Beamten, welche Sanktion er in welcher Höhe wegen welcher Handlung verhängte. Neben der Todesstrafe, deren Anwendungsbereich gegenüber rassifizierten Menschen materiell-rechtlich erheblich ausgeweitet wurde,¹¹⁰ führten die Kolonialherren insbesondere die mit Zwangsarbeit verbundene Gefängnisstrafe als mildeste Form der Freiheitsstrafe, die Freiheitsstrafe der Kettenhaft und die Prügelstrafe als am häufigsten verhängte Hauptstrafen ein.¹¹¹ Das Sanktionenrecht für kolonisierte Menschen war dabei rassistisch hierarchisiert: Die gegenüber Schwarzen Menschen verhängten Strafen waren insgesamt schwerwiegender als die für arabische oder indische Menschen in derselben Kolonie oder die in Kiautschou, Deutsch-Neuguinea oder auf Samoa eingesetzten strafrechtlichen Sanktionsmittel.¹¹²

So wurde die Kettenhaft nur in den Kolonien auf dem afrikanischen Kontinent eingesetzt und galt dort als Pendant zur Zuchthausstrafe im Kaiserreich.¹¹³ Während der Verbüßung ihrer Freiheitsstrafe mussten die Gefangenen Zwangsarbeit leisten und wurden, anders als *weiße* Zuchthausgefangene, bei dieser und im Gefängnis mit Hals- oder Fußseilen und Ketten aneinandergefesselt.¹¹⁴ In dieser Form wurde die Kettenhaft nur gegenüber Schwarzen Menschen verhängt.¹¹⁵ Begründet wurde ihr Einsatz damit, dass Schwarze Menschen kein Freiheitsbedürfnis hätten, sodass sie den bloßen Freiheitsent-

105 Johannes Gerstmeier, Freiheitsstrafen, in: Schnee (Hg.), Deutsches Kolonial-Lexikon, Bd. 1, Leipzig 1920, 663.

106 Vgl. Ernst von Beling, Grundzüge des Strafrechts, 3. Aufl., Tübingen 1905, 16 f.

107 § 15 RStGB 1871.

108 Johannes Gerstmeier, Gefängniswesen, in: Schnee (Hg.), Deutsches Kolonial-Lexikon, Bd. 1, Leipzig 1920, 682–683, 682.

109 § 2 der Verfügung des Reichskanzlers v. 22.4.1896 (Fn. 63); § 4 der Strafverordnung der Neu-Guinea-Kompagnie v. 21.10.1888, DKolGG I, 1893, 555–562; § 6 Abs. 1 der Verordnung des Gouverneurs von Kiautschou v. 15.4.1899, DKolGG IV, 1900, 191–194.

110 Brinkmann (Fn. 61), 27 f.; Wick (Fn. 79), 54.

111 Für einen Überblick: Schlottau (Fn. 2), 271 ff.

112 Für einen Überblick: Schlottau (Fn. 2), 271 ff.

113 Brinkmann (Fn. 61), 31.

114 Statt vieler: Dienstanweisung des Gouverneurs von Togo v. 10.1.1906, DKolGG X, 1907, 9–12, 10.

115 Franz Oskar Karstedt, Beiträge zur Praxis der Eingeborenenrechtsprechung in Deutsch-Ostafrika, Daressalam 1912, 59. Vgl. Schlottau (Fn. 2), 282 ff.

zug aufgrund der ihnen zuteilwerdenden Verpflegung sogar genießen würden.¹¹⁶ Erst der Arbeitszwang würde angesichts ihrer angeblichen Faulheit eine tatsächliche Strafe bedeuten und neben der Fesselung den ausreichend entehrenden Charakter dieser Strafe sicherstellen.¹¹⁷ Die Haftbedingungen in den Gefängnissen für kolonisierte Menschen waren so schlecht, dass die wenigstens Inhaftierten eine fünfjährige Kettenhaft überlebten.¹¹⁸ Der Gouverneur von Deutsch-Ostafrika ordnete daher an, dass ein Jahr Kettenhaft einer fünf Mal längeren Freiheitsstrafe im Kaiserreich gleich zu achten sei.¹¹⁹

Ein zweites gegenüber Schwarzen Menschen häufig gewähltes gerichtliches Sanktionsmittel war die Prügelstrafe.¹²⁰ Diese konnte einfach und öffentlichkeitswirksam vollstreckt werden, was den Interessen der Kolonisierenden vor Ort entsprach: Sie konnten ihre Strafgewalt auf abschreckende und kostenschonende Weise demonstrieren, ohne die zu bloßen Arbeitskräften degradierten kolonisierten Menschen durch eine Freiheitsstrafe der Verfügungsgewalt der *weißen* Siedler*innen zu entziehen.¹²¹ Dass die Prügelstrafe so eine große Rolle im kolonialen Strafrecht einnahm, obwohl sie im Kaiserreich als Kriminalstrafe abgeschafft war,¹²² führte dazu, dass für diesen Zustand einiges an Begründungsaufwand geleistet wurde.¹²³ Fälschlicherweise¹²⁴ wurde behauptet, dass die Prügelstrafe den Rechtsanschauungen kolonisierter Bevölkerungen entsprochen habe und damit für die Aufrechterhaltung der kolonialen Herrschaft unverzichtbar gewesen sei.¹²⁵ Auch das rassistische Stereotyp, Schwarze Menschen hätten ein geringeres Schmerzempfinden, wurde genutzt, um die ausgedehnte Anwendung der Prügelstrafe zu rechtfertigen.¹²⁶

Kolonialrassistische Wissensbestände bildeten somit eine unverzichtbare Grundlage für die Ausgestaltung und Anwendung des Sanktionenrechts gegenüber kolonisierten Menschen.

VI. Koloniale Strafverfolgungspraxis

Zur kolonialen Strafverfolgungspraxis liegen keine umfassenden statistischen Auswertungen vor. Einige rechtshistorische Arbeiten haben Tendenzen in der Strafrechtspraxis anhand der lückenhaften amtlichen Jahresberichte der Kolonialabteilung des Auswärti-

116 Lütken (Fn. 16), 61. Siehe auch die Nachweise bei Schaper (Fn. 81), 177 f.

117 Statt vieler Karstedt (Fn. 115), 59 f.

118 Auszug aus dem Runderlaß des Gouverneurs von Deutsch-Ostafrika v. 9.11.1906, DKolGG X, 1907, 340–341, 340.

119 Ebd.

120 §§ 6–9 der Verfügung des Reichskanzlers v. 22.4.1896 (Fn. 63). Zur Verhängung als Kriminalstrafe in Kiautschou existieren keine statistischen Nachweise: vgl. Schlottau (Fn. 2), 305 f., 422. Zu Kamerun: Schaper (Fn. 81), 171 f.

121 Wick (Fn. 79), 58; Schaper (Fn. 81), 169 f.; Schlottau (Fn. 6), 92.

122 Schlottau (Fn. 2), 289 ff.

123 Vgl. Schaper (Fn. 81), 172.

124 Walz (Fn. 91), 187 ff.

125 Doerr (Fn. 84), 331; Hermann, Die Prügelstrafe nach deutschem Kolonialrecht, ZfKKK (10) 1908, 72–83, 78; Otto Köbner, Kolonialstrafrecht, Mitteilungen der IKV (1904), 545–577, 574; Wick (Fn. 79), 58.

126 Statt vieler Berengar von Zastrow, Südwestafrika, in: Schultz-Ewerth/Adam (Hg.), Das Eingeborenenrecht, Bd. 2, Stuttgart 1930, 213–268, 267.

gen Amtes bzw. des Reichskolonialamtes¹²⁷ sowie in Mikrostudien für einzelne Kolonien¹²⁸ herausgearbeitet.

Diese zeigen auf, dass kolonisierte Menschen für dieselben Delikte deutlich härter bestraft wurden als *weiße* Personen.¹²⁹ Für an *weißen* Opfern begangene Tötungsdelikte in Deutsch-Südwestafrika wurden kolonisierte Menschen regelmäßig wegen Mordes hingerichtet.¹³⁰ *Weiße* Personen wurden demgegenüber für Tötungsdelikte zu Lasten kolonisierter Menschen lediglich wegen Totschlags oder Körperverletzung mit Todesfolge zu Gefängnisstrafen von wenigen Monaten bis zu drei Jahren verurteilt.¹³¹ Insgesamt wurden im Zeitraum zwischen 1901/1902 und 1912/1913 in den deutschen Kolonien nur zwei *weiße* Männer hingerichtet,¹³² während bei mindestens 1.367 kolonisierten Menschen „gerichtlich verhängte“ Todesstrafen vollstreckt wurden.¹³³ Damit wurden in den Kolonien im Vergleich zum Kaiserreich mindestens fünf Mal so viele Hinrichtungen (beinahe ausschließlich an rassifizierten Menschen) vollzogen, obwohl die Bevölkerung im Kaiserreich die in den Kolonien um das Vierfache übertraf.¹³⁴

Ein kolonieübergreifender Blick auf die Strafstatistiken offenbart zudem, dass die meisten verurteilten *weißen* Angeklagten eine Geldstrafe erhielten, während gegenüber der Mehrzahl rassifizierter Angeklagter Prügel- oder Freiheitsstrafen verhängt wurden.¹³⁵ Auch ein Blick auf die Strafverfolgungspraxis zeigt, dass das Strafrecht als ein koloniales Herrschaftsmittel eingesetzt wurde, das den Schutz *weißer* Kolonisierender bei gleichzeitiger Abschreckung und Unterdrückung¹³⁶ kolonisierter Menschen bezweckte.

VII. Ausblick

Während das koloniale Strafrecht für *weiße* Personen zu großen Teilen dem Reichsstrafrecht entsprach, wurde für kolonisierte Menschen ein diskriminierendes Sonderrecht geschaffen. Dies hatte zwar auch wirtschaftliche Gründe, etwa die Einsparung von Personalkosten oder die Steigerung der Arbeitskraft ausgebeuteter Menschen durch die Anwendung von Gewalt in Form der Prügelstrafe oder Kettenhaft. Zur Rechtfertigung dieses Systems griffen die koloniale Rechtspolitik, Rechtspraxis und Rechtswissenschaft jedoch gezielt auf koloniale Rassismen zurück. So wenig, wie der Kolonialismus und die zu seiner Aufrechterhaltung entwickelten und eingesetzten Rassismen voneinander

127 Thomas Kopp, Nichtdeutsche Angeklagte im deutschen Strafverfahren, 96 ff.; Schlottau (Fn. 2), 331 ff., 422 ff.

128 Walz (Fn. 91), 201 ff., 251 ff., 273 f.; Weckner, (Fn. 6), 257 ff., 309 ff.

129 Kopp (Fn. 127), 97; Schlottau (Fn. 2), 332.

130 Theodor Leutwein, Elf Jahre Gouverneur in Deutsch-Südwestafrika, Berlin 1906, 431; Schlottau (Fn. 2), 332.

131 Leutwein, ebd.

132 Die Angabe bei Schlottau (Fn. 2), 423 Fn. 2, dass insgesamt drei *weiße* Menschen zum Tode verurteilt wurden, ist unzutreffend. Das 1910 erstinstanzlich verhängte Todesurteil gegen *Clemento Marusic* wurde nicht rechtskräftig: Urteil des Obergerichts Windhuk vom 13.3.1912, National Archives of Namibia, GSW 412 D78/10, Bl. 198 f. Damit waren *Fidel Anton Falk* und *Max Bruno Sommer* die einzigen beiden in dem genannten Zeitraum hingerichteten *weißen* Menschen.

133 Die Angabe bei Schlottau (Fn. 2), 281. Nicht berücksichtigt wurden Todesstrafen aus standgerichtlichen Verfahren: Steinkröger (Fn. 2), 181.

134 Schlottau (Fn. 2), 281.

135 Vgl. Schlottau (Fn. 2), 422 ff.

136 Vgl. Schaper (Fn. 81), 167.

trennbar sind, kann auch das koloniale (Straf-)Recht ohne die Berücksichtigung der Erscheinungsformen und Funktionen kolonialer Rassismen verstanden werden. Diese Unrechtsdimension ist bei einer Aufarbeitung der kolonialen Unrechtsvergangenheit zu berücksichtigen. Das koloniale Recht ist zudem – entgegen seiner bisherigen Handhabung in der Kolonialrechtsgeschichte – ein lehrreiches Beispiel für die Rechtswissenschaft, die juristische Ausbildung, die Justiz sowie die Rechtspolitik, um das Verständnis von den Zusammenhängen zwischen Recht und Rassismus zu schärfen. Die Einbeziehung der Erkenntnisse aus der Rassismusforschung kann so zu einer Auseinandersetzung mit der eigenen Sozialisierung und Reflektion der eigenen Rolle und Verantwortung als Jurist*in in bestehenden Gesellschaftsstrukturen anregen.

Richard Tsogang Fossi

„...gegen Eingeborene kann er auf Todesstrafe erkennen.“

Zur Kolonialjustiz im deutschen Kamerun 1884-1914

Neben der Militärmacht und der Kolonialwirtschaft hat die Kolonialjustiz stark dazu beigetragen, die Kolonialordnung zu festigen. Diese verweist einerseits auf die ganzen Normen zur Gestaltung der Gerichtbarkeit und andererseits auf die Praxis der Strafe, in diesem Fall gegen Kolonisierte. Die Kolonialjustiz bzw. das Kolonialstrafrecht ist einer der wichtigsten, aber in Kamerun wenig erforschten Aspekte des Kolonialismus.¹ Dabei gibt es kaum einen Lebensbereich, der nicht von der kolonialen (Straf)Rechtspraxis betroffen war.² Auch die Spuren, die die Kolonialjustiz im kollektiven Gedächtnis hinterlassen hat, sind kaum erforscht. Die öffentliche und private Sphäre der Einheimischen, die interrassischen Beziehungen wurden in Friedenszeiten (1) oder in Kriegszeiten (2) rechtlich/juristisch zu regeln versucht.³

Doch die Frage des Disziplinarverfahrens in den Kolonien tauchte bereits bei der vertraglichen Inbesitznahme „Kameruns“ 1884 auf.⁴ Eine der Bedingungen, unter denen die lokalen Duala-Herrscher am 12. Juli 1884 einen „Schutzvertrag“ mit den Eindringlingen unterzeichneten, richtete sich wie folgt gegen die von den Europäern angewandten Disziplinarverfahren: „We need no fighting and beating without fault and no impression on paying the trusts without notice and no man shall be put to iron for the trust“.⁵ Diese vertragliche Regelung beendete jedoch nicht die menschenunwürdige Behandlung der Kolonisierten. 1888 empörte sich Ndumb’a Lobe alias King Bell, einer der Hauptunterzeichner des „Schutzvertrags“ von 1884, folgendermaßen: „I am the man who gave my country to the government of Germany. But I am now much surprised how I am daily brutally treated by your Governor who is here. Instead of treating me as a king or re-

1 Vgl. Ulrike Schaper, *Koloniale Verhandlungen. Gerichtsbarkeit, Verwaltung und Herrschaft in Kamerun 1884–1916*. Frankfurt am Main/New York, 2012.

2 Vgl. Julius Rupel, *Die Landesgesetzgebung für das Schutzgebiet Kamerun. Sammlung der in Kamerun zur Zeit geltenden völkerrechtlichen Verträge, Gesetze, Verordnungen und Dienstvorschriften mit Anmerkungen und Registern*. Berlin, 1912.

3 Vgl. Curt Morgen, *Durch Kamerun von Süd nach Nord. Reisen und Forschungen im Hinterland 1889-1891*, Leipzig, 1893, 14.

4 Vgl. Richard Tsogang Fossi / Gwinyai Machona, „Die Kolonisierung „Cameroons“: Zur Geschichte einer manipulativen Wegnahme mit besonderer Berücksichtigung der Deutsch-Duala-Verträge“, in: *Decolonize Berlin & ECCHR* (Hrsg.): *Dekoloniale Rechtswissenschaft und -praxis*. Berlin, 2024, 138-171.

5 Vgl. Kum’a Nduemba, *Das deutsche Kaiserreich in Kamerun. Wie Deutschland in Kamerun seine Kolonialmacht aufbauen konnte 1840-1910*. Duala-Berlin-Wien, 2008, 164.

DOI: 10.5771/0023-4834-2025-2-187

spectable man, he is treating me as a dog“.⁶ Den Akwa-Leuten in Duala ging das ebenso. 1904 schrieben sie in einer Petition an den Reichstag: „Unser ‚King‘ ist für uns das Oberhaupt des Landes, wenn er nun so viehisch behandelt wird, so können die Gemüther des Volkes sich niemals beruhigen [...]“.⁷

Dementsprechend sind die 30 Jahre deutscher Kolonialherrschaft in Kamerun und anderen Kolonien gekennzeichnet durch legalisierte und außerrechtliche Formen der Gewalt auf völkerrechtlicher und zivilrechtlicher Ebene,⁸ die zu permanenten Abwehrreaktionen führten. Das Kolonialregime rechtfertigte diese äußerst gewalttätigen Justizaktionen auf ziviler und militärischer Ebene mit dem Bestreben, Exempel zu statuieren und somit die vorgefundenen Bevölkerungen zu sanftmütigen, zivilisierbaren Menschen zu machen.⁹

Darüber hinaus versuchte man, die Kolonie als „rechtsfreien/rechtslosen Raum“ zu konstruieren, d.h. als einen Ort, an dem bis zur Ankunft der Europäer keine Rechtsstrukturen existierten¹⁰ bzw. aufgrund der Entfernung vom „Zentrum der Zivilisation“ – der Metropole – bestehende oder in der eigenen Heimat geltende Rechtsstrukturen nicht beachtet werden mussten.¹¹ Die Kolonien wurden zu „unzivilisierten“ Räumen, in denen der Europäer als „Herren- oder Kulturmensch“ die Regeln einer vermeintlich zivilisierten Welt auch im Namen einer einseitig auferlegten „Zivilisierungsmission“ verletzen konnte, indem er fremde Kulturgüter plünderte,¹² gefangene Frauen vergewaltigen ließ,¹³ oder ganze Dörfer in Brand steckte, um die Unterwerfung zu erzwingen.¹⁴ Das Leben in der Kolonie wurde zu einem permanenten Ausnahmezustand, in dem rechtliche Normen außer Kraft gesetzt werden konnten, um eine vorgetäuschte „weiße Zerbrechlichkeit“ zu schützen.¹⁵

Ausgehend von den obigen Beispielen soll in der folgenden Analyse die Frage der Kolonialjustiz im deutschen Kamerun 1884–1914 diskutiert werden. Sie will die Anwen-

6 King Bell, in: Bundesarchiv Berlin, R1001/4297. „Häuptlinge und ihre Familien“, Band 1, Bl. 36–39 RS.

7 Renate Hücking / Ekkehard Launer, *Aus Menschen Neger machen. Wie sich das Handelshaus Woermann an Afrika entwickelt hat*. Hamburg, 2000, 153.

8 Die Kolonie war territorial, nicht aber völker- und staatsrechtlich dem Mutterland eingegliedert. Vgl. Ulrike Schaper, „Deutsche Kolonialgeschichte postkolonial schreiben: was heißt das?“, *APuZ* 40–42 (2019), 11–16, 11.

9 Der interimistische Generalkonsul in „Kamerun“ spricht z.B. von „Zähmung und Bändigung der Duala“. Vgl. Max Buchner: *Kamerun. Skizze und Betrachtungen*. Leipzig, 1887, 174.

10 Vgl. Kum'a Ndumbe III, *Das deutsche Kaiserreich*, 105.

11 Vgl. Curt Morgen: *Durch Kamerun*, 14.

12 Vgl. Assilkinga et al.(Hg.), *Atlas der Abwesenheit. Kameruns Kulturerbe in Deutschland*. Heidelberg, 2023; Sela K. Adjei / Yann LeGall (eds.), *Fifteen colonial Thefts. A Guide to Looted African Heritage in Museums*. London, 2024.

13 Vgl. Dominik an das Kaiserliche Gouvernement Buea, Dume, den 1.7.1910. R 175-I/92, Bl. 94–107.

14 Vgl. Hans Dominik, *Kamerun. Sechs Kriegs- und Friedensjahre in deutschen Tropen*. Berlin, 1901, 36.

15 Vgl. Achille Mbembe, „Necropolitics“. *Public Culture* 15-1 (2003), 11–40, 12f; Dan Hicks, *The Brutish Museums. The Benin Bronzes, Colonial Violence and Cultural Restitution*. London, 2021, 50f.

dung des Rechts gegen die Kolonisierten durch Verwalter und Gerichte¹⁶ oder durch die Militärmacht zu bestimmten Zeitpunkten erforschen, indem sie dessen willkürlichen Charakter besonders hervorhebt. Die Spuren dieser Gewalt im kollektiven Gedächtnis werden auch zu besprechen sein. Ziel ist es zu zeigen, wie die umfassende und systematische Ausbeutung der lokalen Gemeinschaften auch durch die Kolonialjustiz definiert und legitimiert wurde, z.B. in Fällen von Disziplinarverfahren oder von Eheschließungen als Strategie zur Perpetuierung einer vermeintlich perfekten Gesellschaft. Konzeptionell und methodisch lehnt sich der Aufsatz an Achille Mbembes Begriff der „Nekropolitik“ und argumentiert ihm zufolge, dass der ultimative Ausdruck von Souveränität in der Macht und der Fähigkeit besteht, zu diktieren, wer leben darf und wer sterben muss.¹⁷ Dies ist in der Kolonialsituation besonders triftig. Die Justiz erscheint als ein Instrument der kolonialen Souveränitätspolitik und hatte nicht vorrangig das Ziel, den Schuldigen zu entdecken und zu bestrafen, sondern den Gehorsam der Kolonisierten zu erzwingen: Wer nicht gehorchte, musste im schlimmsten Fall sterben, sowohl in Friedenszeiten wie in Kriegszeiten.

1. Kolonialjustiz in Friedenszeiten

Die Friedenszeit bezeichnet jene Zeit in der Kolonie, in der ein vermeintlicher, aber auch unsicherer Frieden herrschte. Diese Friedenszeit hatte nichts mit der Zufriedenheit der Kolonisierten zu tun, sondern lediglich mit dem fehlenden Mut, sich zu wehren. Wie erscheinen in dieser Situation die Aspekte der Kolonialjustiz im Allgemeinen (1.1), und wie äußert sich dies das am Beispiel des Zusammenpralls zwischen kolonialer Bodenpolitik und dem örtlichen lokalen Landeigentumsrecht (1.2)?

1.1 Allgemeine Aspekte

Die Kolonialjustiz bzw. die Disziplinargewalt in Friedenszeiten versuchte, die verschiedenen Bereiche der zwischenmenschlichen bzw. interrassischen Beziehungen durch Verordnungen oder Gerichte zu regeln. Die koloniale Situation war u.a. durch die Überschneidung der „Richterämter“ gekennzeichnet. Leutnant Hans von Chamier-Glisczynski wies darauf hin, wie der Offizier in den Kolonien gleichzeitig Verwalter, Forscher, Arzt, Richter, Kämpfer oder Friedensvermittler war.¹⁸ Aber auch der „Magistrat“ war nicht immer ein ausgebildeter Zivilbeamter. Er war Assessor, Richter, aber auch Offizier, Bezirksamtman, Arzt, Kaufmann, Journalist, Naturforscher, Pflanze oder Gouverneur usw. mit weitreichenden, rassenideologisch begründeten Befugnissen. Hauptmann Curt Morgen aus den ersten Jahren der deutschen Kolonialpolitik erkannte selber an:

„Nach und nach hat sich die Organisation weiter entwickelt. Jetzt steht an der Spitze der Verwaltung ein Gouverneur, der, wie es bei der Entfernung vom Mutterlande nicht

16 Bezirksgerichte unter einem Bezirksrichter und Obergerichte unter einem Oberrichter waren jeweils für die Ausübung der Gerichtsbarkeit erster Instanz und zweiter Instanz zuständig. Vgl. Rupel, Die Landesgesetzgebung, 624f.

17 Achille Mbembe, „Necropolitics“, 11.

18 Hans von Chamier-Glisczynski, In Kamerun. Reise- und Expeditionsskizze eines ehemaligen Schutztruppenoffiziers. Berlin, 1925, 153.

*anders sein kann, große Vollmachten und Strafcompetenzen besitzt. Er hat das Recht, Europäer aus der Colonie auszuweisen; gegen Eingeborene kann er auf Todesstrafe erkennen.*¹⁹

Der letzte Teil dieser Aussage macht nicht sichtbar, dass das „Herrenmenschen“-Denken dazu führte, dass sich auch andere das Recht zusprachen, die Todesstrafe zu verhängen. Der Kolonisator beanspruchte stets ein Herrenrassenprivileg, das ihn zum Maß aller Dinge in Rechts- und Justizfragen machte: „Der Prototyp des „Europäers“ in den Kolonien war ein kulturell und moralisch hochstehender, rechtlich und materiell privilegierter Mann“.²⁰ Der/die Kolonisierte hingegen wurde einfach zur/zum „Eingeborenen/Untertanen“ im Gegensatz zum weißen „Bürger“ juristisch konstruiert.²¹ Die KamerunerInnen damals waren somit die deutschen AnsiedlerInnen und nicht die Einheimischen selbst, deren Rechte als Menschen unter dem Vorwand einer Zivilisierungsmission paradoxerweise missachtet oder negiert wurden. Der „Eingeborene“ lebte täglich in einer Situation der Rechtlosigkeit, während der Kolonisator sich fast alle Rechte anmaßte, sogar das Recht auf Leben und Tod. Als der Naturforscher und Jurist Eugen Zintgraff, Leiter der vom Auswärtigen Amt 1886 genehmigten und finanzierten Militär- und Handelsexpedition ins Hinterland von „Cameroons“, Bali im Kameruner Grasland für das Deutsche Reich in Besitz nahm, ließ er König Galega einen Blutspakt mit ihm schließen und vor allem einen Vertrag unterzeichnen, der ihm, Zintgraff, das *schrankenlose* „Recht über Leben und Tod aller Bali“ einräumte.²²

Die Willkür der Justiz drückte sich unter anderem auch in ihrem rassistisch-segregierenden Charakter aus. Die Gerichte waren mit Europäern besetzt, die über die Kolonisierten urteilen durften,²³ während umgekehrt die „Eingeborenengerichte“ oder „Stammesgerichte“ nicht über EuropäerInnen urteilen durften. Somit entwickelte sich nicht nur ein duales Justizsystem, sondern ein rechtspluralistisches Normendispositiv den „Eingeborenen“ gegenüber.²⁴ Zudem wurden Strafen wie die Prügelstrafe aus rassenideologischen Gründen nur gegen schwarze Kolonisierte verhängt. Inder und Araber, Frauen und Kinder waren im Prinzip seit 1896 ausgeschlossen²⁵, d. h. kaum drei Jahre nach dem „Aufstand“ der sogenannten Dohomey-Sklaven oder Dahomey-Polizeisoldaten²⁶ in der Küstenstadt Duala. Der Anlass war die Entblößung und Auspeitschung ihrer Frauen aus dem Vorwand, dass sie sich ihrer Arbeit entzogen hätten. Die Prügelstrafe erfolgte auch oft zusätzlich zu anderen Strafen, wobei die Prügelstrafe selbst im Kaiserreich seit 1871

19 Curt Morgen:, *Durch Kamerun*, 13.

20 Jürgen Dinkel / Florian Greiner / Christian Methfessel, „Murder of a European“. Der „bedrohte Europäer“ als Leitmotiv im Kolonialdiskurs vom Zeitalter des Hochimperialismus bis zur Epoche der Dekolonisation“, *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft* 3, Jhg. 62 (2014), 219-238.

21 Vgl. Merle Iffert, „Historische Wahrheit und koloniales Wissen zum „Eingeborenenstrafrecht“: Ansätze zum Umgang mit einer asymmetrischen Quellenlage“, <https://doi.org/10.5771/9783748918899-207> Stand 25.02.2025, 207.

22 Eugen Zintgraff, *Nord-Kamerun. Schilderung der im Auftrage des Auswärtigen Amtes zur Erschließung des nördlichen Hinterlandes von Kamerun während der Jahre 1886–1892 unternommenen Reisen*. Berlin, 1895, 181.

23 Vgl. Curt Morgen, *Durch Kamerun*, 14; Jürgen Dinkel et al. „Murder of a European“, 229-230.

24 Merle Iffert, „Historische Wahrheit...“, 212.

25 Julius Rupel, *Die Landesgesetzgebung*, 815.

26 Oloukpona-Yinnon, Adjai Paulin, *La révolte des esclaves mercenaires*, Douala 1893. Bayreuth, 1987.

abgeschafft worden war. Am 13. Mai 1913 wurde ein gewisser Jie aus Bafum wegen „Nichterfüllung seiner Auflagen“ verurteilt. Der Richter und zugleich Postenführer war Leutnant Müller:

„[...] Es wird folgendes URTEIL verkündigt: Der Jie wird wegen Nichterfüllung einer Auflage neben 2 Woch. Gefängnis m. Zwangsarbeit zu einer Prügelstrafe von 50 Schlägen verurteilt, welche zweimal mit je 25 Schlägen zu vollziehen ist. Verhandelt wie oben, Mueller, Leutnant u. Postenführer“.²⁷

1901 hatte der Gouverneur Jesko von Puttkamer (Amtszeit 1895-1906) die Auslegung der Disziplinarstrafordnung gegen die „einheimischen Arbeiter“ bestimmt, nach der die folgenden besonders vagen Verhaltensweisen als Straftaten galten: Pflichtverletzung, Trägheit, Ungehorsam, Widersetzlichkeit, unbegründetes Verlassen der Dienst- oder Arbeitsstelle, etc. Als Strafen wurden Kettenhaft, Pfand und/oder Prügelstrafe von fünf bis 10 Hieben festgelegt.²⁸ Diese Zahl stieg unaufhörlich und variierte je nach dem „Richter“. Von 1900 bis 1906 sind laut offiziellen Justizstrafdokumenten mehr als 2000 Männer ausgepeitscht oder mit Ruten geschlagen worden.²⁹ Wenn man davon ausgeht, dass jeder oft zwischen 10 und 50 Peitschenhiebe erhielt, kann man ausrechnen, wie viele Hiebe allein in diesem Zeitraum verhängt wurden. Und das gilt nicht für alle Fälle von Gewalt im Namen der Gerechtigkeit. Wie Adolf Rüger zusammenfasst:

„Ein eindeutiges Bild der deutschen Kolonialjustiz vermitteln die Gerichtsurteile. Sie zeigen deutlich, dass die Kolonialjustiz ein Instrument der Herrschaft des deutschen Imperialismus war, der ausschließlich der Aufrechterhaltung des Kolonialregimes und der Sicherung der Ausbeutung von Land und Leuten diente.“³⁰

Lebensbereiche wie die Landpolitik spiegeln noch den Zusammenprall zwischen den Rechten der Einheimischen und den Kolonialambitionen wider und zeigen, wie die Kolonialjustiz hier eingesetzt wurde.

1.2 Zusammenprall zwischen kolonialer Landpolitik und lokalem Langeigentumsrecht

Auch die Bodenpolitik war durch das rassenideologisch-willkürliche (Straf)Rechtsgefüge geprägt. Das Land war ein Grundelement der Kolonialokkupation, da es erst den Raubbau an Mensch und Natur, den Aufbau von Kolonialplantagen oder der Kolonialinfrastrukturen ermöglichte. Darum ist es ein Leitmotiv der Kolonialverträge zur Übertragung von Souveränität gewesen. Die Aneignung von Land respektierte nicht das Eigentumsrecht der Einheimischen. Dies führte zu Wehreaktionen, die manchmal mit Inhaftierung, Verurteilung zu Kettenhaft, Zwangsarbeit, Exil oder zum Tod endeten. In

27 Bundesarchiv R_1/5F_FA_4_1134_00015.jpg.

28 Vgl. Adolf Rüger, „Die Entstehung und Lage der Arbeiterklasse unter dem deutschen Kolonialregime in Kamerun (1895-1905)“, in: Stoecker, Kamerun unter deutscher Kolonialherrschaft. Berlin, 1960, 149-242

29 Vgl. Adolf Rüger, „Die Entstehung...“, 219.

30 Adolf Rüger, „Die Entstehung...“, 219.

seinem Bestreben, die Konzessionsgesellschaften³¹ zu begünstigen, schreckte von Puttkamer z. B. nicht davor zurück, die einheimische Bevölkerung per Dekret zu enteignen, indem er „Brachland“ zu „Kronland“ erklärte, und zwar unter Missachtung des einheimischen Bodenrechts, wonach es kein Brachland und kein herrenloses Land gab:³²

*„Ich habe nun diesen Standpunkt von vornherein nicht anerkannt, sondern bin bei der Einteilung des Landes nach dem bewährten Grundsatz verfahren, daß nur dasjenige Land Eigentum der Eingeborenen ist, was sie im Moment der Auseinandersetzung tatsächlich bebauen [...]“*³³

Diese Verordnung von Puttkamers basierte teilweise auf schon im Jahre 1884 durch Dr. Max Buchner verformtes und verbreitetes Verständnis des lokalen Landeigentumsrechts, das einer Enteignungsstrategie zugunsten des Reiches dienen sollte.³⁴ Die Verordnungen Puttkamers und die weiteren Verordnungen erhielten Gesetzeskraft.³⁵ Nicht nur das sogenannte Brachland wurde enteignet, sondern auch das von den Einheimischen bewohnte und kultivierte Land mit kolonialstrafrechtlichen Folgen. 1910 führte eine Landenteignung zu Protesten der Duala, da der Enteignungsbeschluss einer der Bestimmungen des Deutsch-Duala-Vertrages von 1884 widersprach, nämlich „[...] the land cultivated by us now and the places the towns are built on shall be the property of the present owners and their successors“.³⁶ Die hohen Gewinne der Duala aus dem Zwischenhandel und dem Verkauf ihrer Ländereien standen im Widerspruch zu den Ambitionen des kolonialen deutschen Großkapitals und der von den Besatzern geplanten Politik der Verarmung und Proletarisierung der Kolonisierten. Dies lösten pseudo-juristische oder sozio-ökonomische Umgehungsstrategien wie den doktrinen/dogmatischen Rückgriff auf die einseitige *gesetzgebende Staatsgewalt* und die Hungersnot aus, einerseits.³⁷ Andererseits führte dies zu Prozessen, bei denen die Einheimischen unter dem Deckmantel des Hochverrats zu Kettenhaft, Zwangsarbeit und zum Tod verurteilt wurden. Dies gilt für Rudolf Duala Manga Bell und Adolf Ngoso Din ab dem Jahr 1910, was 1914 mit einem Strafprozess und dem Erhängen der beiden Protagonisten endete. Der Gouverneur Karl Ebermaier rechtfertigte das äußerst strenge Urteil durch die Manipulation von „Feinden“ des Reiches, die er als „Giftbrauer“ einstufte. Dabei scheute er nicht davor zurück, die

31 Diese waren Großunternehmen, Plantagen- oder Handelsgesellschaften, denen riesige Gebiete für ihre ausschließliche Ausbeutung und Raubbau zuerteilt wurden.

32 Vgl. Gutachten des Missionars Lutz, Mitglied der Landkommission für die Pflanzungen am Kamerunberg, in Deutsches Kolonialblatt 15 (1904), 355-357, 231; auch Dietrich Westermann, zitiert nach Kum'a Ndumbe III, Das deutsche Kaiserreich, 103.

33 Jesko von Puttkammer, Gouverneursjahre in Kamerun. Berlin, 1912, 103f.

34 Dementsprechend riet er: „Dieselbe Gelegenheit dürfte dazu benutzt werden, der Regierung das Grundeigentum der Häuptlinge, das von diesen so sehr vernachlässigt wird, übertragen zu lassen. Grundeigentum in unserm Sinne besteht zwar bei den Negeren eigentlich nicht. Nur die Bearbeitung verleiht bei ihnen ein gewisses Anrecht auf den Boden.“ Max Buchner, Kamerun, 174. Die Behauptung Buchners ist eine Lüge, wie man sie in der Kolonialpolitik erfährt, zum Beispiel im Fall des vom Generalsekretär des Kolonialamtes Solff verfälschten Telegrams, das die Hinrichtung von Rudolf Duala Manga Bell und Adolf Ngoso Din im Jahre 1814 besiegeln sollte.

35 Vgl. Kum'a Ndumbe III, Das deutsche Kaiserreich, 109-112.

36 Curt Morgen: Durch Kamerun, 9.

37 „Wir werden deshalb eine neue Basis zu schaffen haben. Und das wird unter dem Druck der Handelssperre und des Hungers möglich sein durch einen neuen Vertrag mit den Häuptlingen, in dem sie gegen ein mäßiges festes Gehalt auf ihr Handelsmonopol verzichten“. Max Buchner, Kamerun, 173.

Realität entsprechend der kolonialen Staatsräson zu verzerren: Rudolf bekannte sich nie – entgegen Ebermaiers Behauptung – zu seiner eigenen Schuld, sprach aber von „unschuldigem Blut“, das die Kolonialherren bereit waren, sinnlos zu vergießen.³⁸

„Ihr Leute von Duala,

an Euch wende ich mich und verkünde Euch:

Manga Bell ist heute durch den Strang gerichtet, weil er sich als Verräter erwies an Kaiser und Reich. Er hat im letzten Augenblicken bekannt, dass er getrieben worden sei durch die Furcht von der Rache seiner Volksgenossen, derjenigen, die Ihr alle kennt, die aus Furcht heimlich in Hintergründe sitzen über Gift brüten und das Volk verführen.

Mangas Blut komme über sie, die ihn auf den Weg des Verbrechens getrieben. Wer nicht selbst zum Verbrecher werden will, wie Dualla Manga Bell und seine Helfer, der reisse sich los von jenen Verführern, die heimlich im Dunklen sitzen und Gift brauen. Wer's ehrlich meint, der sei willkommen. Ehrlichen Helfern, treuen Untertanen wird stets die Regierung des Kaisers gerecht und dankbar sein.

Was Ihr beklagt ist die Folge des Treibens jener Dunkelmänner, die - wie die Regierung weiß – schon immer am Werke, das Volk zu verhetzen und mit ihren Gifttränken das Volk in Schrecken halten wollen und es für sich unterjochen.

*Reißt Euch los von ihnen und Ihr werdet glücklicher sein. Manga selbst hat in seiner letzten Stunde sein Volk gebeten, daß mit seinem Tode die Treue zum Kaiser und Gehorsam gegen die Regierung zurückkehren möchte in die Herzen der Duala. Duala, den 8.08.1914“.*³⁹

Dabei spricht er den Kolonisierten auf paternalistische Weise jegliche Fähigkeit zur Selbstbehauptung ab. Das Bild eines „großen Kindes“, das nicht weiß, was gut für es ist, und das sich manipulieren lässt, bleibt stark. Im Fall des rechtlichen Protests von Manga Bell und Ngoso Din wurde also der Vorwand eines angeblichen „(Hoch-)Verrats an Kaiser und Reich“ (siehe Ebermaier-Auszug oben) erfunden, trotz des legitimen Charakters des Widerstands gegen die illegale und gewaltsame Enteignung des angestammten Landes der Duala am Kamerun-Fluss (Wuri). Die Hinrichtung von Rudolf und Ngoso fand nach einem eintägigen Prozess in Abwesenheit ihrer Anwälte statt. Paul Levi (1883-1930), einer der Anwälte, der nicht nach Kamerun reisen durfte, bezeichnete diesen Prozess als „Justizmord“ und übte damit scharfe Kritik an der Kolonialjustiz⁴⁰ und bekräftigt die Idee einer standrechtlichen Hinrichtung, die ich u.a. jetzt analysieren möchte, indem ich den Kontext von Kriegszeiten betrachtete.

38 Vgl. Jean-Pierre Felix Eyoun / Stefanie Michels / Joachim Zeller, „Bonamanga. Eine kosmopolitische Familiengeschichte“, in Mont Cameroun 2, 2005, 11-47.

39 Amtsblatt für das Schutzgebiet Kamerun 37, 7.Jrg vom 13.08.1914, <https://sammlungen.ub.uni-frankfurt.de/kolonialbibliothek/periodical/titleinfo/7818459>

40 Vgl. Christian Bommarius, Der gute Deutsche. Die Ermordung Rudolf Duala Manga Bells in Kamerun 1914. Berlin, 2014, 135.

2. Kriegszeit als besondere Momente der Kolonialjustiz

Kriegszeiten stellten in den Kolonien fast immer einen Moment besonderer Gewalt dar, einen Moment, in dem alle anerkannten Zivilrechte der militärischen Macht weichen mussten. Selbst Akte, die normalerweise das Ende des Krieges besiegeln sollten, scheinen letztlich die Gewalt zu verewigen, indem sie die dauerhafte Versklavung strukturieren. Zwei Aspekte können hier besonders aufschlussreich sein, nämlich die summarischen Hinrichtungen (2.1) und die so genannten Friedensverträge nach militärischen Strafexpeditionen (2.2).

2.1 Summarisches Verfahren

Es handelt sich um Hinrichtungen ohne Prozess oder nach sehr oberflächlichen Prozessen, gegen eine einzelne Person oder eine ganze Gruppe, vor allem im Falle eines Widerstandskrieges, den die koloniale Auffassung jedoch als „Unbotmäßigkeit“ oder als „Aufbruch“ interpretierte. Nach einer Verfügung des Bundeskanzlers Fürst zu Hohenlohe von 22. April 1896 heißt es laut Art. 15:

„Kann in den im Innern belegenen Stationen oder bei den dort befindlichen Expeditionen (§ 14) im Falle eines Aufruhrs, eines Überfalls oder in einem sonstigen Notstande aus zwingenden Gründen das im § 11 vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten werden, erscheint vielmehr eine sofortige Vollstreckung der Todesstrafe an einem Eingeborenen erforderlich, so ist von dem Stationsvorsteher bzw. Expeditionsführer gegen den Angeschuldigten tunlichst unter Hinzuziehung von mindestens zwei Beisitzern ein summarisches Verfahren einzuleiten und das über die stattgefundenen Verhandlungen aufzunehmende Protokoll sowie das gefällte Urteil nebst Gründen nachträglich dem Kaiserlichen Gouverneur (Landeshauptmann) mit Bericht einzureichen“⁴¹

Das bedeutet auch, dass derjenige, der in einem solchen Fall die Todesstrafe verhängte, die Methode auswählte, d. h. Enthauptung, Erschießen oder Erhängen, eine Befugnis, die eigentlich eher dem Gouverneur zustand. Solche Erlasse öffneten Tür und Tor für verschiedene Gewalttaten. Nach dem Krieg gegen die Nso im Juni 1902, bei dem etwa 50 Nso getötet und das Königshaus geplündert wurde, nahm die deutsche Truppe zwei Männer als Geisel. Einer der Männer weigerte sich, nach Banyo gebracht zu werden. Leutnant Houben ließ ihn kurzerhand erschießen.⁴² Der Kolonialoffizier und Leiter der Station Yaoundé, Hans Dominik, ließ 1910 zehn Maka- und Omvang-Herrscher durch den Strang hinrichten.⁴³ Der abgetrennte Kopf eines hingerichteten Maka wurde nach Deutschland verschleppt und 1936 an den Direktor des Übersee-Museums in Bremen verkauft.⁴⁴ Wie Achille Mbembe prägnant formulierte: „War, after all, is as much a means

41 Julius Rupel, Die Landesgesetzgebung, 816.

42 Bericht Hans Houben 1902, Bundesarchiv R_175_FA_1_BI_34-36. Vgl. auch im Dorf Sasson Hans von Chamier-Glisczinski, In Kamerun, 150.

43 Richard Tsogang Fossi, „Maka- und Omvang-Herrscher. Eine kritische Biografie“, in: Assilkinga et al. (Hg.), Atlas der Abwesenheit, 402-403.

44 Sarah Fründt, Die Menschen-Sammler. Über den Umgang mit menschlichen Überresten im Übersee-Museum Bremen. Marburg, 2011, 63-64.

of achieving sovereignty as a way of exercising the right to kill.“⁴⁵ Dieses Recht, im Namen der Unterdrückung und der Zivilisierung zu töten, schloss zugleich das Recht zu foltern, gefangene Greise und Kinder bei lebendigem Leibe in den Abgrund zu stürzen und schwangere Frauen zu haschen, ein,⁴⁶ oder – wie das im französischen Madagaskar noch in den 1940er Jahren geschah – sie von einem Flugzeug auf ein Dorf wie „lebende Bomben“ zu werfen,⁴⁷ aber auch das Recht, die Leichen der Feinde zu schänden. Die Befehlshaber ließen diese nicht nur zerstückeln, sondern auch verbrennen. Offensichtlich wurde ihnen das Menschsein bis zum Tode abgesprochen und das Recht auf ein würdiges Begräbnis und Totengedenken verweigert.⁴⁸ Die Kolonialpropagandistin in DSWA, Margarethe von Eckenbrecher, liefert ein widerwärtiges Beispiel aus den Jahren des Völkermordes 1904 an den OvaHerero und Nama, den sie als Siedlerin und Soldatenfrau miterlebt hatte. Ohne Reue und unter Rechtfertigung der Taten schrieb sie in ihren Memoiren, die 1940 als Propagandawerk neu aufgelegt wurden, um den Nationalsozialismus und die Politik der Rückgewinnung der ehemaligen deutschen Kolonien zu unterstützen:

„Die noch aufgefundenen Leichen wurden verbrannt. Dicht bei der Werft des Kapitäns Michael, wo der Kampf am heißesten getobt hatte, waren früher all die feindlichen Gefallenen auf einem großen Scheiterhaufen verbrannt worden. Jetzt lagen hier verkohlte, grinsende Schädel und Gebeine durcheinander. Alle Pontoks und Häuser wurden angezündet. Wie gewaltige Fackeln schwelte mehrere Tage lang der Rauch gen Himmel, ein Warnungszeichen, daß der weiße Mann furchtbar straft, wird er beleidigt.“⁴⁹

Einige Kolonialherren wandelten die Todesstrafe in die sexuelle Sklaverei um und positionierten sich demnach trotzdem als „Retter“. Ein Beispiel diesbezüglich ist der Jurist und Naturforscher aus Düsseldorf, Dr. Eugen Zintgraff: Als er unter Missachtung des Deutsch-Duala-Vorvertrages vom 12. Juli 1884 ins Landesinnere 1887 vordrang, was der Vertrag ausdrücklich untersagte,⁵⁰ bekämpfte er den Banyang-King N'tok Difang und nahm 20 seiner Frauen als Geisel. Anstatt sie hinzurichten, wie die Frauen es befürchteten, verteilte er sie an seine „verdienten“ Soldaten als Sexualgeschenke⁵¹, und ihr Schmuck wurde später als Patronen eingeschmolzen, um den Mangel zu beheben. Wie im

45 Achille Mbembe, „Necropolitics“, 12.

46 Im Falle von Hans Dominik, vgl. Christian Bommarius, *Der gute Deutsche*, 43.

47 Vgl. Yves Benot, *Massacres coloniaux 1940-195 : la IV^e république et la mise au pas des colonies françaises*. Paris, 1994, 128.

48 Jakob Fuchs / Diana Gabler / Christoph Herm / Michael Markert / Sandra Mühlenberend, *Menschliche Überreste im Depot. Empfehlungen für Betreuung und Nutzung*. Dresden, 2020, unter <<https://wissenschaftliche-sammlungen.de/de/service-material/materialien/menschliche-ueberreste-im-depot-empfehlungen-fuer-betreuungund-nutzung>> [am 27.06.2024]; Carola Thielecke, „Ein würdiges Ende? Der Umgang mit Human Remains im Museum und das Grundrecht auf Menschenwürde“, in: Stoecker / Schnalke / Winkelmann (Hg.), *Sammeln, Erforschen, Zurückgeben? Menschliche Gebeine aus der Kolonialzeit in akademischen und musealen Sammlungen*, Berlin, 2013, 353-369.

49 Margarethe von Eckenbrecher, *Was Afrika mir gab und nahm, Erlebnisse einer deutschen Frau in Südwestafrika 1902 – 1936*. Berlin, 1940, 156.

50 Das vom deutschen Konsul in Gabun unterzeichnete Dokument Das von Emil Schulze - dem dortigen deutschen Repräsentanten mit Sitz in Gabun – unterzeichnete Dokument „Our Wishes“, besagt: „Our wish is that White man should not go up and trade with the Bushmen, nothing to do with our markets; they must stay here in this river, and then give us trust so that we will trade with our Bushmen“. In: Kum'a Ndumbe III, *Das deutsche Kaiserreich*, 164.

51 Vgl. Eugen Zintgraff, *Nord-Kamerun*, 139.

Fall von Duala Manga Bell, dessen Körper drei Tage lang als Verschärfung der Strafe am Galgen hing, blieben die Verletzungen der Menschenwürde der Afrikaner durch die EuropäerInnen folgenlos, während der geringste Widerstand der Einheimischen als „Verbrechen/Verrat“ eingestuft war und mit allerlei Strafen gehandelt wurde.

2.2 Sogenannte Friedensverträge als besondere Momente der Kolonialjustiz

Während die Kolonialkriege aufgrund der summarischen Hinrichtungen Praktiken einer Nekropolitik aufweisen, bieten die Friedensverträge auch Anlass, sie als nekropolitisch koloniales Machtdispositiv oder, wenn man so will, als Instrument eines „Nekrofriedens“ zu interpretieren. Während die „Schutzverträge“ zur Übertragung von Souveränität unter nahezu friedlichen, dennoch trügerischen und einschüchternden Verhandlungsbedingungen zustande kamen, wurden die „Friedensverträge“ nach einem Krieg *geschlossen*. Der Inhalt wurde wie bei den Schutzverträgen vom Besatzer oder Sieger bestimmt.⁵² Neben der erzwungenen Aufgabe der Souveränität der Besiegten wurden auch Güter, lebende Personen, die sterblichen Überreste der Toten, Land, Ernten und das Recht, Krieg zu führen, vertraglich übernommen. Die Kriegstechniken entsprachen im Übrigen nicht dem in Europa geltenden „ius belli“, denn man befand sich, Morgen zufolge, außerhalb der „Zivilisation“, d.h. weit entfernt vom „zivilisierten“ Mutterland.⁵³ Der Krieg wurde zum „totalen Krieg“⁵⁴, ebenso wie die Bedingungen, unter denen er endete, und raubte den Besiegten jedes Gefühl von Stolz und Ehre. In diesem Sinne sind „Friedensverträge“ nur eine verschleierte Form dauerhafter Strafe. Der Fall des Krieges gegen den Lamido von Banyo im Februar 1902 ist dafür sehr anschaulich.

Nach der Ermordung von Leutnant Hermann Nolte, der in Banyo einen Militärposten errichten sollte, wurden der „widerspenstige“ Lamido und etwa 300 Personen von Leutnant Sandrock getötet. Anschließend diktierte er die „Friedensbedingungen“: Er erhob den Palast des Lamido zur Grabstätte Noltes und zu einem quasi unantastbaren Wallfahrtsort für alle EuropäerInnen. Im Falle einer Behinderung würde der Lamido hingerichtet werden. Außerdem verlangte er die Zahlung von 300 Ochsen, 50 großen Elefantenstoßzähnen und zwang den neuen Lamido u.a. zur Auslieferung von ZwangsarbeiterInnen und TrägerInnen. Darüber hinaus musste er auf seine Landrechte zugunsten der Kolonialplantagen verzichten usw.⁵⁵ So brachten die sogenannten Friedensverträge keinen Frieden, sondern sie fungierten als Instrumente einer permanenten Disziplinierung bzw. Bestrafung der Kolonisierten. Sie beraubten den Besiegten seines Besitzes, seiner Ehre und sogar seines Lebens. Viele Konventionen der 1960er Jahre werden noch heute im globalen Süden massiv kritisiert, nicht zuletzt das UNESCO-Übereinkommen über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der unzulässigen Einfuhr und Übereignung von Kulturgut (1970), das leider das Prinzip der Nicht-Rückwirkung besiegelt. So schließt es die gesamten unrechtmäßig entzogenen Kulturgüter aus dem

52 Vgl. Max Buchner, *Aurora colonialis. Bruchstücke eines Tagebuchs aus den ersten Jahren unserer Kolonialpolitik*. Leipzig, 1914, 264.

53 Curt Morgen, *Durch Kamerun*, 13.

54 Vgl. Jürgen Osterhammel, *Kolonialismus. Geschichte-Formen-Folgen*. 6., durch. Auflage. München, 1995, 50.

55 Jean Hurault, „Une phase de la conquête allemande du Cameroun: l'occupation de Banyo (1902)“, in: *Revue française d'histoire d'outremer* 61, 225 (1974), 579-593.

Kolonialkontext aus und erklärt die Beute als „unveräußerliches Staatseigentum“ ehemaliger Kolonialmächte. Auch die Erinnerung an die Kolonialjustiz in Kamerun kann einen Perspektivenwechsel ermöglichen und den eurozentrischen Blick brechen.

3. Kolonialjustiz im kollektiven Gedächtnis

Die koloniale Justiz hat vielfältige Spuren im kollektiven Gedächtnis hinterlassen. Aufschlussreich ist, wie an „Opfer“ und „Täter“ bzw. „Richter“ erinnert wird (3.1), und wie das Urteil selbst tropologisch konstruiert wird (3.2).

3.1 Hingerichtete als „Märtyrer“ und (Hin)Richter als „Henker“

Generell werden die „Opfer“ und „Täter“ der Kolonialjustiz in verschiedenen Medien des kollektiven Gedächtnisses wie Literatur, Oralkultur, bildender Kunst und Film als Märtyrer erinnert, wobei die *postkoloniale Literatur* eine besondere Rolle spielt. Persönlichkeiten wie Kum'a Mbape, Rudolf Duala Manga Bell, Martin Paul Samba, Adolf Ngoso Din oder auch Wilhelm Madola und King Mayesse⁵⁶ werden in Romanen, Theaterstücken,⁵⁷ Liedern,⁵⁸ aber auch durch Denkmäler und in der Malerei als Helden quasi göttlicher Provenienz erinnert. Sie tragen oft göttliche oder gottähnliche Namen wie „Tet'Ekombo“ – „Vater des Volkes“ – bei Manga Bell und bekommen überdimensionale Eigenschaften wie Samba, dessen „Intelligenz die Unermesslichkeit übertrifft“.⁵⁹ Die Initiation Rudolfs zum König und die Rückkehr Sambas von seiner Deutschlандаusbildung kommen einer Epiphanie gleich. Demgegenüber werden die Richter/Täter als Inbegriff des Bösen dargestellt, die ihre Opfer gnadenlos vernichten. Ihre körperlichen und patronymischen Merkmale sind Indizien für ihre Unbarmherzigkeit. So wird der bereits erwähnte berüchtigte Kolonialoffizier Hans Dominik erinnert als „jener Weiße, dessen Name allein, Dzonnigui, Alpträume auslöste“.⁶⁰ Er gilt weiterhin als „Schlächter von Yaoundé“ wegen der großen Zahl seiner Opfer, und einige Exekutionsfelder werden literarisch als „Mur de Dominik“ konstruiert, weil er 1897/98 dort Kinder, Frauen und Greise lebendig in den Abgrund gestürzt haben soll.⁶¹

Die obigen Beispiele zeigen, wie die Involvierten zu Orten der Erinnerung an die Kolonialjustiz werden. Auch die gerichtlichen und außergerichtlichen Urteile selbst übernehmen einen bestimmten Platz als Motive der Erinnerung (3.2).

56 Bis heute fordert die Mabi-Gemeinschaft um Kribi den Schädel des 1893 hingerichteten Kings zurück. Vgl. Sylvain Mboum, *Les Mabi de Kribi. Du génocide à l'ethnocide : histoire et culture Meurtrières*. Douala, 2022; Yrine Matchinda / Sebastian-Manès Sprute, „Byéri. Ancestor Guardian Figure of the Kwasio People in Southern Cameroon“, in Sela K. Adjei / Yann LeGall, *Fifteen Colonial Thefts*, 201–211.

57 Paul Tchakouté: Samba. Tragédie coloniale en cinq actes. Yaoundé, 1981 ; David Mbanga Eyombwan, Ngum'a Jemea ou la foi inébranlable de Rudolf Dualla Manga Bell. Pièce de théâtre. Yaoundé, 2007.

58 Vgl. „Tet'Ekombo“, Duala-Lied zur Erinnerung an Duala Manga Bell kurz nach seiner Hinrichtung 1914.

59 Paul Tchakouté, Samba, 50.

60 René Philombe, *Un Sorcier blanc à Zangali*. Roman. Yaoundé, 1969, 13.

61 Vgl. Jean Ikelle-Matiba, *Cette Afrique-là !* Paris, 1963, 116.

3.2 Summarische Hinrichtungen als „Epidemie“

In der Literatur beziehen sich Roman- und Dramenfiguren darauf als etwas „Schreckliches“, „Ekelhaftes“, „menschlich Unfassbares“ und betonen die Diskrepanz zwischen extrem harten Urteilen und geringfügigen Verfehlungen, die oft als „Bagatellen“ oder „eingebildete Fehler“ dargestellt werden. In diesem Kontext ist auch eine Strafe wie die Prügelstrafe in der lokalen Sprache verankert. Sie erscheint verballhornt als „fib-tchan-tchouban-tchig“, d.h. „fünfundzwanzig“, was das häufige Ausmaß der Peitschenhiebe widerspiegelt. Kamerun wurde wegen dieses Ausmaßes weithin als „the twenty-five-colony“ bekannt.⁶² Eine weitere Strafe, die ebenfalls eine tiefgreifende literarische Aktualisierung erfährt, sind die standrechtlichen Hinrichtungen. Sie waren so verbreitet, dass AutorInnen sie anhand einer Metapher aus dem Bereich der Medizin als „Epidemie/Seuche“ bezeichnen. Sie werden als „Epidemie neuer Art“, als „*blinde* Epidemie“⁶³ charakterisiert, die von den weißen Herren „hierher importiert“⁶⁴ worden seien. Kein Einheimischer blieb davon verschont. Daher erscheinen die summarischen Hinrichtungen im kollektiven Gedächtnis schlicht als eines der Hauptmerkmale der „Barbarei“ der deutschen Kolonialherren: „Wie konnten sie es wagen, die Barbarei der Franzosen zu brandmarken, wo sie doch selbst stolz die Barbarei verkörperten? Wie konnten sie den Eindruck erwecken, als gäbe es auf der Menschenerde ein Volk, das barbarischer wäre als das ihre?“⁶⁵ (Meine Übersetzung).

4. Abschließende Bemerkung

Das Thema Kolonialstrafrecht bzw. Kolonialjustiz stellt ein Potential für die weitere Erforschung und das Verständnis der kolonialen Situation dar. Die Analyse hat gezeigt, dass das Kolonialstrafrecht bzw. die Kolonialjustiz in Friedens- und in Kriegszeiten prioritär einer allgemeinen Politik der Unterwerfung der Kolonien diene, und nicht der Gleichberechtigung aller Menschen. Das Kriterium der Rasse stand im Vordergrund, nicht das Verbrechen. Die Kolonisierten blieben auf der untersten Stufe der Gesellschaft und mussten alles über sich ergehen lassen, während die Weißen in allen Bereichen, auch bei Verbrechen, das Sagen hatten. Auch die Erinnerung an die Kolonialjustiz in ehemaligen Kolonien hat sich als ein aufschlussreiches Feld erwiesen und hat dazu beigetragen, die Traumata der Kolonisierten und ihre Einbettung in den lokalen Sprachen zu evaluieren.

62 Vgl. Renate Hücking, Ekkehard Launer, Von Menschen Neger machen, 129.

63 Vgl. René Philombe, Un sorcier blanc, 8 ; 10.

64 Vgl. René Philombe, Un sorcier blanc, 9.

65 „Comment avaient-ils osé stigmatiser la barbarie des Français, alors qu'ils incarnaient fièrement la barbarie? Comment voulaient-ils faire accroire qu'il existât sur la terre des hommes, un peuple plus barbare que le leur“ René Philombe, Un Sorcier blanc, 10.

Jakob Zollmann

Staatlichkeit „ins Leben ... rufen“

Das Reichsjustizamt und die deutschen Kolonien, 1884–1918

Herrschaft braucht Verwaltung und Verwaltung braucht Recht. Das gilt auch für alle Formen kolonialer Herrschaft, die europäische Mächte über Jahrhunderte unterhielten. Kolonien mögen in der breiten Wahrnehmung für Unrecht und Rechtlosigkeit stehen. Doch ist es in der Forschung unbestritten, dass Recht ein zentraler, unverzichtbarer Bestandteil kolonialer Herrschaft blieb.

Dies trifft auch auf das „Kolonialrecht“ der deutschen Kolonialherrschaft in Teilen Afrikas und Asiens/Ozeaniens zu. Zusätzlich zur Erforschung der kolonialen Rechtspraxis in den Kolonien hat in den letzten Jahren auch die („vorgesetzte“) Reichsebene vermehrt Aufmerksamkeit erfahren. Welche Rolle spielten Behörden, Gerichte und Universitäten für die koloniale Herrschaftssicherung und für das dort zur Anwendung kommende Recht – von der Personalorganisation bis zum Strafrecht – sowie das Wissen über dieses Recht? Im Rahmen eines Forschungsprojekts über das Auswärtige Amt (AA) und die Kolonien liegen für dieses Ministerium inzwischen Ergebnisse vor.¹ Doch zeigt schon ein Blick in die Akten des AA, dass dort auch andere Reichsämtler involviert wurden, wenn es um die Aufrechterhaltung der deutschen Kolonialherrschaft ging.

Im Folgenden soll ein weiterer institutioneller Akteur in die Debatte eingeführt und die Rolle des Reichsjustizamts (RJA) in der Kolonialherrschaft skizziert werden; wohl wissend, dass das Thema noch einer monographischen Bearbeitung harret. Es zeigt sich, so die These dieses Beitrags, dass das RJA nicht nur als Gesetzgebungsressort beratend, entwerfend, begutachtend und korrigierend in kolonialen Rechtsfragen tätig war, sondern auch jenseits von Gesetzgebung und Verordnungen die Kolonialverwaltung auf allen Ebenen beriet. Das RJA setzte dabei von Anfang an seinen Schwerpunkt darauf, die Verwaltung der „Schutzgebiete“ weitgehend ohne verfassungsrechtliche Einhegungen zu ermöglichen und bemühte sich dafür auch um rechtsvergleichende Blicke auf die Verhältnisse in den Kolonien anderer Kolonialmächte.

In einem ersten Teil werden die Strukturen des RJA in Bezug auf die koloniale Gesetzgebungsarbeit ab 1885 dargestellt. Anschließend wird gezeigt, wie aufgrund der politischen Vorgaben die deutschen „Schutzgebiete“ durch das Recht zu rechtlichen Sonderzonen (im Vergleich zur Rechtslage in Deutschland) erklärt wurden. Anhand von Beispielen analysiert der zweite Teil, wie das RJA zu konkreten Fragen aus der Verwaltung der Kolonien herangezogen wurde und dabei sowohl zu dogmatischen Problemen

1 Carlos Alberto Haas, Lars Lehman, Brigitte Reinwald, David Simo (Hg.), *Das Auswärtige Amt und die Kolonien. Geschichte, Erinnerung, Erbe*, München 2024.

Stellung beziehen als auch Argumente für die Legitimität kolonialstaatlicher Gewalt vorlegen sollte.

1. Verleugnete Kolonialherrschaft und Kolonialstaatsrecht. Das RJA als vernebelnder Stichwortgeber

1.1 Das Reichsjustizamt. (Macht-)Strukturen und Berührungspunkte mit der Kolonialpolitik

Das RJA war, so einer der führenden Interpreten seiner kaiserzeitlichen Tätigkeit, eine „kleine und eher unscheinbare“ Behörde, die es gleichwohl oftmals verstand, sich im föderalistischen Gerangel des Deutschen Reichs um Mitwirkung und Beeinflussung von Gesetzgebungsverfahren und verfassungsrechtlichen Entwicklungen durchzusetzen.² Im Rahmen der konstitutionellen Machtstrukturen des Kaiserreichs gehörten zu seinen Aufgaben vorrangig die Vorbereitung und Ausarbeitung der Entwürfe von Reichsgesetzen und deren Ausführungsbestimmungen. Das RJA wirkte „bei den Geschäften der übrigen Reichsämter mit, insoweit dieselben das Gebiet der Rechtspflege berühren“, d.h. die Beamten des RJA berieten, begutachteten und korrigierten Gesetz- und Verordnungsentwürfe anderer Ressorts. Der „Wirkungskreis“ der Beamten des RJA umfasste darüber hinaus die gutachterliche Stellungnahme zu speziellen Rechtsfragen. Hinzu trat die Aufsicht über die Justizverwaltung insbesondere des Reiches, darunter ab den 1890er Jahren die Kaiserlichen Richter und Gerichte in den deutschen Kolonien.³

An der Spitze des 1877 aus der Rechtsabteilung der Reichskanzlei hervorgegangenen RJA stand ein Staatssekretär; wohingegen der Reichskanzler „verantwortlicher Justizminister des Reichs“ blieb, da er der einzige „verantwortliche“ Minister gemäß Artikel 17 S. 2 RV 1871 war. Im RJA in der Berliner Voßstraße 4 dienten 1886 ein „Direktor“, sechs „Vortragende Räte“ und drei juristische „Hülfсарbeiter“ (etwa abgeordnete Richter); bis 1894 waren drei „kommissarische Hülfсарbeiter“ hinzugekommen; 1914 war die Zahl der „Vortragenden Räte“ auf zehn gewachsen, denen weiterhin sechs „Hülfсарbeiter“ zuarbeiteten.⁴

Die konservative, treu monarchische und straff antiparlamentarische Stoßrichtung aller rechtspolitischen Ausarbeitungen seiner handverlesenen Beamten galten dabei als Selbstverständlichkeit, die schon kritische Zeitgenossen nicht unkommentiert ließen. So antwortete 1880 im Reichstag der sozialistische Redakteur Max Kayser mit Sarkasmus auf eine Rede des Staatssekretärs im RJA, Hermann von Schelling, in der dieser erläutert hatte, warum seinem Amt trotz „Beschwerden für die arme Bevölkerung“ über hohe Rechtsverfolgungskosten die Hände gebunden seien: „ich bin überzeugt, daß das Reichs-

² Hans Schulte-Nölke, *Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs* (Ius Commune Sonderheft 71), Frankfurt am Main 1995.

³ Karl v. Stengel, Art. Justizministerium, in: Id. (Hg.) *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Erster Ergänzungsband*, Freiburg 1892, 121; *Handbuch für das Deutsche Reich auf das Jahr 1894*, Berlin 1894, 200; vgl. Jakob Zollmann, *Recht sprechen über »besondere Gebilde« – die koloniale Gerichtsbarkeit und das Reichsgericht*, in: *Rechtsgeschichte* 31 (2023), 52-75.

⁴ Vgl. *Handbuch für das Deutsche Reich auf das Jahr 1886*, Berlin 1886, 170; *Handbuch für das Deutsche Reich auf das Jahr 1894*, Berlin 1894, 200; *Handbuch für das Deutsche Reich 1914*, Berlin 1914, 353.

justizamt, welches sonst so schnell Gesetzesentwürfe einbringen kann, ich erinnere nur an die schnelle Fertigstellung des Sozialistengesetzes, auch hier bereit sein wird, mit möglichster Schnelligkeit“ Abhilfe zu schaffen.⁵

Mit „möglichster Schnelligkeit“ hatten ab 1884 die leitenden Beamten im RJA auch auf die sich wandelnden Ansichten eines weiterhin kolonialskeptischen Reichskanzlers zu reagieren. Den Erwerb außereuropäischer Territorien als „Kolonien“ oder „Provinzen“ lehnte Bismarck weiterhin strikt ab. Ihren „Schutz“ und ihre „Verwaltung“ unter „kaufmännischer Souveränität“⁶ schloss er jedoch aus in der Literatur viel diskutierten überwiegend innenpolitischen Gründen nicht mehr aus.⁷ Die vorrangig durch die Beamten des AA formulierten völkerrechtlichen Argumente einer grundsätzlichen Zulässigkeit deutscher „Schutzherrschaft“ über afrikanische Küsten und deren Bevölkerung sind andernorts erörtert worden.⁸ Relevant bleibt der Hinweis, dass Bismarck, die anti-englische Stoßrichtung seiner Kolonialpolitik entlang der westafrikanischen Küste nicht verbergend, immer wieder die deutsche Gleichberechtigung gegenüber britischen Territorialansprüchen betonte. So ließ er fragen, warum in bisher von keiner europäischen Macht beanspruchten („herrenlosen“) afrikanischen Territorien „das Recht deutscher Kaufleute, dort Handel zu treiben, nicht unbedingt von der englischen Regierung anerkannt worden sei, vielmehr statt dessen die völkerrechtliche Abnormität der Monroe-Doktrin zugunsten Englands auf der afrikanischen Küste angewandt werde.“ Bismarck warf der britischen Regierung „Egoismus“ vor.⁹

Dieser (neidvolle) Blick auf die älteren Kolonialmächte, von denen man gleichwohl zu lernen hoffte, bleibt auch in der anschließenden Gesetzgebungsarbeit durch die Räte im AA wie im RJA erkennbar. Sowohl für die Organisation und Verwaltung des Kolonialbesitzes von Berlin aus, als auch für die koloniale Praxis vor Ort wurde der vergleichende Blick zur Regel. Und so stand auch am Anfang des deutschen Kolonialstaatsrechts der internationale Vergleich. Noch während der Berliner Kongo-Konferenz 1885 ließ Bismarck die deutschen Auslandsvertretungen anweisen, ihm über die Kolonialrechtssysteme ihres Gastlandes zu berichten. Anhand dieser Vorbilder sollte eine Struktur des (so noch nicht bezeichneten) deutschen Kolonial(staats)rechts entworfen werden, die es dem Reichskanzler sowohl ermöglichen sollte abzuleugnen, dass es sich überhaupt

5 Stenograph. Berichte des Reichstags (SBRT), 4. Leg.Per. III. Session 1880, Bd. 58, 7. Sitzung 24. Feb. 1880, 92; vgl. zum Konformismus der Beamten und der „Ämterpatronage“ schon Hans Fenske, Monarchisches Beamtentum und demokratischer Staat, in: Demokratie und Verwaltung. 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaft Speyer, Berlin 1972, 116-136.

6 Bismarck in SBRT, 5. Leg.Per. IV. Session, 26. Juni 1884, 1062, zit. in Hans Wehberg, Die Pflichten der Mandatarmächte betreffend die deutschen Schutzgebietsanleihen, in: Weltwirtschaftliches Archiv 25 (1927), 136-183, 139; Wilhelm Grewe: The Epochs of International Law, Berlin 2000, 469.

7 Vgl. mwN. Ulrich Lappenküper, Otto von Bismarck und die Berliner Afrika-Konferenz: Motivation, Einflussnahme, Bewertung, in: Holger Afflerbach, Sabine Mangold-Will, Ulf Morgenstern, Joachim Scholtz (Hg.), Die Berliner Afrikakonferenz 1884/1885. Impulse zu einem umstrittenen globalen Ereignis, Paderborn 2025, 27-65.

8 Vgl. Jakob Zollmann, Das Auswärtige Amt und die Entwicklung des deutschen Kolonialrechts in: Carlos Alberto Haas, Lars Lehman, Brigitte Reinwald, David Simo (Hg.), Das Auswärtige Amt und die Kolonien. Geschichte, Erinnerung, Erbe, München 2024, 63-95.

9 Bismarck an Münster 1. Juni 1884, in: Johannes Lepsius, Die große Politik der europäischen Kabinette, 1871-1914, Bd. IV, Nr. 743, 61.

um „Kolonien“ handelte, als auch den Reichstag weitgehend herauszuhalten aus der Verwaltung der stattdessen „Schutzgebiete“ genannten Territorien.¹⁰

Das britische Model interessierte Bismarck besonders. Doch mit dem nicht ganz stimmigen Vortrag des Legationsrats Friedrich von Frantzius, dem späteren Leiter der Rechtsabteilung des AA, zum britischen Kolonialrecht zeigte sich der Reichskanzler unzufrieden. Frantzius konnte Bismarck das Verhältnis von Verwaltungs- und Gesetzesrecht als Prerogative von Königin oder Parlament kaum verständlich machen: „Das englische System ist mir nicht klar.“ Frantzius' Erklärung: „Die englischen Ansiedler führen ihr heimatliches Recht mit sich“ versah Bismarck mit der tadelnden Frage: „Die ganze engl. Gesetzgebung, aber die Eingeborenen? Ausweisungen? Freizügigkeit?“ Von zentraler Bedeutung blieb für den Reichskanzler das königliche Vorrecht, Verordnungen für einzelne Kolonien erlassen zu können – ohne Parlamentsbeteiligung. Die Behauptung Frantzius', „das Gesetzgebungsrecht über alle Kolonien [stünde] dem britischen Parlamente zu“, versah Bismarck daher mit der Bemerkung: „Das stimmt nicht“. Diese Ausführungen wurden für so zentral erachtet, dass das RJA eine Abschrift für die Akten erhielt – einschließlich aller tadelnden Randbemerkungen „seiner Durchlaucht“.¹¹ Sie gaben 1885 die politische Richtung vor, in die die Ressortfachleute für Gesetzgebung eine zukünftige reichsrechtliche Regelung für jene Territorien in „Übersee“ zu lenken und für eine Abstimmung im Reichstag vorzubereiten hatten, die der Reichskanzler weiterhin allenfalls als „Schutzgebiete“ betitelt sehen wollte.

Diese sollten – so Bismarcks historisierende, an „Public-private partnership“-Vorbilder des 17. und 18. Jahrhunderts angelehnte Planungen¹² – nicht durch das Reich, sondern von mit kaiserlichen „Schutzbriefen“ ausgestatteten privaten Handelsgesellschaften verwaltet werden. Die Vorstellung, einem vielstimmigen, mit Sozialdemokraten und liberalen Freisinnigen besetzten Parlament ein Mitspracherecht einzuräumen auf dem so krisenanfälligen und an Verwicklungen reichen Feld, war dem Reichskanzler zuwider; zumal sich im Reichstag nur wenige Kolonialenthusiasten fanden.¹³

1.2 Wider eine Übertragung heimischer Rechtsgrundsätze. Das RJA und die Interpretation der „Schutzgebiete“ als Sonderrechtszonen

Vor diesem Hintergrund muss die staatsrechtliche Eingliederung der „Schutzgebiete“ betrachtet werden. Es galt für das RJA im Sinne Bismarcks einen Weg zu finden, „die

10 Vgl. zu den Einzelheiten Felix Hanschmann, Die Suspendierung des Konstitutionalismus im Herz der Finsternis: Recht, Rechtswissenschaft und koloniale Expansion des Deutschen Reiches, in: Kritische Justiz 45 (2012), 144–162.

11 BAB R 3001/5273, AA, betr. das staatsrechtliche Verhältnis der Kolonien der hauptsächlichsten Kolonialmächte zum Mutterlande, 23. Feb. 1885 (GLR v. Frantzius – mit Randbemerkungen S.D. des RK v. Bismarck); zur (tadelnden) Arbeitsweise Bismarcks vgl. Rudolf Morsey, Die oberste Reichsverwaltung unter Bismarck 1867–1890, Münster 1957, 277–284.

12 Martti Koskenniemi, To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power, 1300–1870, Cambridge 2021, 699f; vgl. Wolfgang Treue, Die Jaluit-Gesellschaft auf den Marshall-Inseln, 1887–1914: Ein Beitrag zur Kolonial- und Verwaltungsgeschichte in der Epoche des deutschen Kaiserreichs, Berlin 1976.

13 Vgl. Konrad Canis, Bismarcks Außenpolitik 1870–1890. Aufstieg und Gefährdung, Paderborn 2004, 211–225.

Vorteile des Kolonialbesitzes zu genießen, ohne ihre Nachteile erdulden zu müssen“;¹⁴ also privat Profite einstreichen zu können ohne mit öffentlichen Mitteln eine Kolonialverwaltung finanzieren zu müssen.

Im Juni 1885 bat Paul Graf von Hatzfeld, Staatssekretär des AA, den Staatssekretär von Schelling um dessen „gutachterliche Äußerung Eurer Excellenz über die Organisation der Rechtspflege in den deutschen Schutzgebieten“. Die Vorgaben ihres ‚Chefs‘ waren eindeutig: Im Sinne deutscher Gesetze seien die Schutzgebiete „als Ausland anzusehen“, wo – das blieb entscheidend – deutsches Verfassungsrecht nicht galt. Der Kaiser müsse, „nachdem die einheimischen Häuptlinge sich ihrer Hoheitsrechte vertragsmäßig [durch den Abschluss der in den Bundesrats-Drucksachen abgedruckten „Schutzverträge“¹⁵] entäußert haben, ... alle Rechte der Gesetzgebung unbeschränkt [innehaben], insbesondere auch ohne an die Mitwirkung des Bundesraths und des Reichstages gebunden zu sein.“ Unter Verweis auf die Schutzverträge war es, soweit dies mit „der Verantwortlichkeit für Ruhe und Ordnung vereinbar ist, bis auf Weiteres nicht beabsichtigt, in die bisher unter den Eingeborenen übliche Ordnung von Rechtsstreitigkeiten untereinander einzugreifen“.¹⁶

Mit der Ausarbeitung eines Gesetzentwurfs („Vorlage“) wurden die Räte Dr. Richard Krauel und Dr. Paul Kayser beauftragt. Krauel war zuvor als Konsul in Sydney und London mit der Aushandlung von künftigen kolonialen Grenzen erfolgreich gewesen. Kayser war seit 1880 im RJA tätig, aber ab 1884 zur Reichskanzlei abgeordnet als Bismarcks „wandelndes juristisches Nachschlagewerk“. Er wurde von ihm im Verlauf der Arbeit an der Kolonialvorlage an das AA und in dessen neu geschaffene Rechtsabteilung berufen. Beide wurden später Leiter der Kolonialabteilung des AA.¹⁷ Ihr erster Entwurf zu einem „Schutzgebietgesetz“ (SGG) umfasste nur einen Paragraphen und entsprach ganz den Bismarck’schen Vorstellungen, aus jenen neuen Gebieten keinen „parlamentarischen Exerzierplatz“¹⁸ zu machen, bzw., um mit Felix Hanschmann zu sprechen, den Konstitutionalismus zu „suspendieren“.¹⁹ Zweifel an der ausschließlichen Zuständigkeit der monarchischen Exekutive ließ der Text nicht aufkommen. Die Reichsleitung wollte davon ausgehen, dass alle Normen für die Schutzgebiete ausschließlich durch Kaiserliche Verordnung erlassen werden könnten.

Zu Beginn der ersten Lesung im Reichstag stellte nicht etwa ein Vertreter des AA, sondern der Justizstaatssekretär von Schelling den Entwurf vor. Er versuchte im Januar 1886 die Abgeordneten vom provisorischen Charakter sämtlicher in Bezug auf die Schutzgebiete zu erlassenden Regelungen zu überzeugen. Vorrangig gehe es zunächst darum, „die Anfänge staatlicher Bildung ins Leben zu rufen“. Dass dafür nicht der Ver-

14 Otto Pflanze, Bismarck. Der Reichskanzler, München 1998, 377.

15 Die in Deutsch-Südwestafrika abgeschlossenen „Schutzverträge“ sind abgedruckt in: Drucksachen des Bundesrats 1886, Bd. 1 Nr. 51; der Bundesrat nahm von diesen Verträgen am 15. April 1886 Kenntnis, vgl. Protokolle des Bundesrats 1886, 18. Sitzung § 235, 146.

16 BAB R 3001/5246, Bl. 1-5, AA an RJA, 11. Juni 1885.

17 Vgl. Peter Seidel, Die Tragödie des „kleinen Kayser“: Liberaler Patriot und konvertierter Jude, Hamburg 2016; Martin Kröger, Den „Platz an der Sonne“ verwalten. Die Kolonialabteilung des Auswärtigen Amts und das Reichskolonialamt, in Carlos Alberto Haas, Lars Lehman, Brigitte Reinwald, David Simo (Hg.), Das Auswärtige Amt und die Kolonien. Geschichte, Erinnerung, Erbe, München 2024, 29-61, 38.

18 Pflanze (Fn. 14), 372, so Bismarcks ablehnende Randbemerkung von 1882 zum Vorschlag, Formosa für Deutschland zu erwerben.

19 Hanschmann (Fn. 10).

ordnungsweg, wie angeblich bei anderen Kolonialmächten, sondern ein Parlamentsgesetz gewählt worden sei, hielt der Staatssekretär für ein Entgegenkommen der Reichsleitung gegenüber dem Reichstag. Alle in Frage stehenden Justizeinrichtungen in den Schutzgebieten wären lediglich darauf gerichtet, eine erste Regelmäßigkeit in noch „unfertige und fluktuierende Zustände“ zu bringen. Deshalb bliebe „der gesamte Bereich der inneren Verwaltung und der Finanzverwaltung“ durch den Entwurf unberührt. Ebenso wenig sei es das Ziel, bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt „das für die eigenthümlichen Verhältnisse der Schutzgebiete angemessene Normensystem zu finden“. Vielmehr müsse die jeweilige Regelung des bürgerlichen Rechts und Strafrechts auf dem Verordnungsweg als ein Gebot der Praktikabilität gesehen werden.²⁰

Jedoch: Schellings vage, um nicht zu sagen: vernebelnde Hoffnung, ohne die heimischen Rechtsgrundsätze und ohne bindende Gesetze mit einer reinen Verwaltungsherrschaft „die Anfänge staatlicher Bildung ins Leben ... rufen“ zu können, überzeugte den Reichstag nicht. Schon in der ersten Lesung sperrte sich die Mehrheit gegen die Zumutung, den „Reichstag in Beziehung auf die öffentlich-rechtlichen Fragen der Kolonialverwaltung“ dauerhaft auszuschließen, wie es der Abgeordnete der Zentrumspartei Oberlandesgerichtsrat Viktor von Rintelen formulierte. Er bediente sich dabei einer Begrifflichkeit („Kolonialverwaltung“), die zeigte, dass sich der koloniale Charakter dessen, was die Reichsleitung für die „Verhältnisse der Schutzgebiete angemessen“ erachtete, kaum länger leugnen ließ; selbst wenn sich das RJA vorerst weiterhin bemühte, das Adjektiv „kolonial“ zu vermeiden.²¹ Auch dogmatisch erschien es nicht zwingend, der Reichsleitung und einer noch von ihr einzusetzenden Verwaltung völlig freie Hand zu lassen: Da die sogenannten Schutzgebiete „weder Inland noch Ausland, sondern ein Mittelding“ waren, standen sie zum Reich nicht allein in einem völkerrechtlichen Verhältnis (was die alleinige Zuständigkeit des Kaisers hätte begründen können, Artikel 11 RV), sondern auch in einem staatsrechtlichen: immerhin behielt Artikel 4 RV eine Regelung der „Colonisation“ der Reichsgesetzgebung vor. Deutsches Verfassungs- und Gesetzesrecht ließ sich, entgegen der Ziele des RJA, nicht ganz aus der Rechtsordnung und Verwaltung der „Schutzgebiete“ heraushalten.²²

Der Kompromiss, auf den sich Reichsleitung und Parlamentsmehrheit im April 1886 einigten, bestand aus einem generellen Ermächtigungsparagrafen und einem Rückgriff auf das deutsche Konsularrecht.²³ Gemäß § 1 SGG („Die Schutzgewalt in den deutschen Schutzgebieten übt der Kaiser im Namen des Reichs aus.“) wurde dem Kaiser als Bevollmächtigtem des Deutschen Reiches, das die Souveränität über die Schutzgebiete ausübte, eine Ermächtigung zum Erlass „gesetzesgleicher Rechtsverordnungen“ zuerkannt.²⁴ Dies galt fortan als „ordentlicher Weg“ der Schutzgebietsgesetzgebung. Bis 1918 basierte der größte Teil der kolonialen Normsetzung auf Verordnungs- und nicht auf Parlamentsrecht.²⁵ Entgegen der Ziele des RJA aber schränkte § 2 SGG die kaiserliche Rechtssetzungsbefugnis auf den Gebieten des bürgerlichen, Straf- und Gerichtsverfahrensrechts

20 SBRT, 6. Legislaturperiode, 2. Session 1885/86, Bd. 1, 29. Sitzung, 20. Jan. 1886, 653.

21 SBRT, 6. Legislaturperiode, 2. Session 1885/86, Bd. 1, 29. Sitzung, 20. Jan. 1886, 654–656.

22 A. Fleischmann, Das staatsrechtliche Verhältnis der deutschen Schutzgebiete zum Reiche, in: Unsere Zeit. Deutsche Revue der Gegenwart 8 (1891), 170–184, 178; vgl. Marc Grohmann, Exotische Verfassung, Tübingen 2001, 20–37.

23 Vgl. Grohmann (Fn. 22), 43–65 zu den Reichstagsdebatten.

24 Klaus Stern, Staatsrecht Bd. V, München 2000, 433.

25 Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Tübingen 1911 (5. Aufl.), 289

ein, indem er für Reichsangehörige und ihnen gleichgestellte „Schutzgenossen“ diese Rechtsmaterien dem 1879 erlassenen Konsulargerichtsbarkeitsgesetz (KGG) überließ. Dieses wiederum verwies auf die im Deutschen Reich gültigen gesetzlichen Normen.

Damit ermöglichte das SGG der Reichsverwaltung gemäß der Bismarck'schen Vorgaben, die Kolonien weitgehend auf dem Verordnungswege zu verwalten. Zwar waren der Verwaltung im Zivil-, Straf-, und Gerichtsverfahrensrecht für Deutsche Grenzen gesetzt. Doch in anderen Rechtsgebieten besaß der Kaiser „das unbeschränkte Gesetzgebungsrecht“ aus § 1 SGG, einschließlich der „Regelung der Rechtsverhältnisse der Eingeborenen“. ²⁶ Dieses Verordnungsrecht wurde in Novellierungen (1888; 1900) mit Hilfe des RJA so erweitert, dass auch der Reichskanzler (§ 15 SGG n.F.) und die Gouverneure Verordnungs Kompetenzen erhielten, die sie weiter nach unten delegieren konnten, bis schließlich eine vom Kaiser bis zum örtlichen Bezirksamtmann reichende koloniale „Pyramide der delegierten Verordnungsgewalt“ entstanden war. ²⁷ Insofern ist der in Anlehnung an Ernst-Rudolf Huber vorgeschlagene Begriff des „Gesetzesstaats“ ²⁸ als Charakterisierung der kolonialen Verfassungs- und Verwaltungsstruktur irreführend. Der deutsche Kolonialstaat praktizierte eine Herrschaft durch Verordnung.

Zwar war das SGG das „Grundgesetz“ der Kolonien, und als solches bestimmte es die „Kompetenz-Kompetenz des Staates, die genaue Bestimmung und Begrenzung der Rechte der Repräsentanten der Staatsgewalt gegenüber den Staatsunterthanen“. ²⁹ Doch in den meisten Rechtsgebieten reichte diese Begrenzung nicht weit. Eine zu „den rechtsstaatlichen Grundforderungen des liberalen Bürgertums“ zählende Verwaltungsgerichtsbarkeit, wie sie in Anfängen in „fast allen“ deutschen Einzelstaaten damals existierte (wobei deren Verwaltungsgerichte wegen ihrer begrenzten Kompetenzen keinen flächendeckenden subjektiven Rechtsschutz gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt sicherten), hat es in den „Schutzgebieten“ nie gegeben. Das Parlament blieb weitgehend außen vor. Parlamentarier sahen sich allenfalls durch das Budgetrecht, das 1892 durch das „Gesetz über die Einnahmen und Ausgaben der Schutzgebiete“ gestärkt wurde, in die Lage versetzt, die Vorgänge in den Kolonien zumindest zu kommentieren und (scharf) zu kritisieren. ³⁰ Die Abweichungen vom Gesetzesvollzug in Deutschland machten aus den „Schutzgebieten“ Sonderrechtszonen. Das SGG und nachfolgende Gesetze und Verordnungen ermöglichten eine rechtliche Ausnahmesituation gegenüber den unliebsamen parlamentarisch-verfassungsrechtlichen Hegungen exekutiver Macht in der Metropole.

26 Georg Meyer: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Leipzig³ 1891, 503; vgl. Ignacio Czeguhn, Das Verordnungsrecht in den deutschen Kolonien, in: Der Staat 47.4 (2008), 606-633.

27 Karin Hausen, Deutsche Kolonialherrschaft in Afrika. Wirtschaftsinteressen und Kolonialverwaltung in Kamerun vor 1914, Freiburg 1970, 24; vgl. Verfügung des Reichskanzlers vom 25. Dez. 1900; für alle Schutzgebiete 27.9.1903, Delegationsrecht in § 6.

28 So Jürgen Zimmerer, Deutsche Herrschaft über Afrikaner. Staatlicher Machtanspruch und Wirklichkeit im kolonialen Namibia, Münster³ 2004, 285.

29 Georg v. Streit, Die Widersetzung gegen die Staatsgewalt (§ 113 RStGB), Berlin 1892, 7; Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Leipzig² 1885, 15 zum Begriff der „Kompetenz-Kompetenz“.

30 Christine Steinbeiß-Winkelmann, Formen der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Reichsebene, in: Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, hg.v. Karl-Peter Sommermann und Bert Schaffarzik, Springer 2019, 79-142; 81; 84; vgl. Marie-T. Schwarz, „Je weniger Afrika, desto besser“. Die deutsche Kolonialkritik am Ende des Jahrhunderts, Frankfurt 1999.

Allen parlamentarischen Reforminitiativen zum Trotz blieb es bei dieser Rechtslage und ihrer – im Wortsinn – monarchietreuen Interpretation durch das RJA.

So erläuterte 1911 der Staatssekretär des RJA Hermann Lisco seinem Kollegen im Reichskolonialamt Wilhelm Solf in einem Gutachten über das Delegationsrecht des Kaisers, warum es nicht anging, heimische Rechtsgrundsätze ohne Weiteres auf die Kolonien zu übertragen: „Der Kaiser übt [in den Schutzgebieten] namens des Reichs die S[o]uveränität aus; er ist daher auch der alleinige Träger der Gesetzgebungsgewalt und kann alle Verhältnisse im Verordnungswege regeln, soweit nicht ein Reichsgesetz ausdrücklich etwas anderes bestimmt.“ Auch die „noch beständig im Flusse“ befindlichen „besonderen wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse der Kolonien“ dürften bei einer juristischen Einschätzung des Kolonialstaatsrechts nie unberücksichtigt bleiben. Daher verbiete sich eine einfache Übertragung heimischer Rechtsgrundsätze. Vielmehr galt ein Delegationsrecht des Kaisers als „überall da zulässig [...], wo nicht ein entgegenstehender Wille aus dem Gesetz zu entnehmen ist.“ Dieses legalistische „othering“ der vorgeblich „noch beständig im Flusse“ befindlichen „besonderen wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse der Kolonien“ diene dem RJA über drei Jahrzehnte zur Rechtfertigung für eine fortdauernde Abweichung von heimischen Rechtsgrundsätzen.³¹ Diese Abweichung kam regelmäßig einer Minderung des individuellen Rechtsschutzes für Reichsangehörige in den Kolonien gleich, wie deren Vertreter anmahnten mit Blick auf den 'Normalzustand' im Kaiserreich (der gleichwohl weit entfernt war von einem umfassenden Gesetzesvorbehalt). Vor allem aber bedeutete er eine umfassende Entrechtung der afrikanischen und asiatischen Bevölkerung. Diese „duale Rechtsordnung“ in den Kolonien verteidigten die Beamten des RJA bis 1918.³²

2. Das Reichskolonialamt und die Verwaltung kolonialer Territorien

2.1 „Dogmatische Hauptfragen des Kolonialstaatsrechts“ in der Praxis des RJA

Die vernebelnde Sprache über generell „unfertige und fluktuierende Zustände“ in den Schutzgebieten, die zunächst keine Kolonien hätten sein sollen (bis nach Bismarcks Entlassung die Einrichtung einer „Kolonialabteilung“ im AA zumindest diese sprachliche Unklarheit beseitigte), darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Beamten des RJA auch zu sehr speziellen (dogmatischen) Fragen nicht nur des Kolonialrechts, sondern selbst zur Verwaltungspraxis in den Schutzgebieten Stellung beziehen sollten.

Die Schutzgebiete, das hatte schon Bismarck beklagt, verursachten einen erheblichen Arbeits- und Verwaltungsaufwand, der auch immer neues Personal und Umstrukturierungen im Verwaltungsapparat in Berlin erforderte. 1894 bestimmte der Kaiser, dass die „gesamte Verwaltung der Schutzgebiete, einschließlich der Behörden und Beamten der Kolonial-Abtheilung des Auswärtigen Amts“ unterstellt wird, die in dieser Beziehung

31 BAB R 3001/5251, Bl. 142a-c, RJA an RKA, 8. Dez. 1911.

32 Harald Sippel, Recht und Gerichtsbarkeit, in: Horst Gründer, Hermann Hiery (Hg.), Die Deutschen und ihre Kolonien, Berlin³ 2022, 201-221; vgl. Georg Wunderlich, Die Notwendigkeit der Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in den deutschen Schutzgebieten, Berlin 1913; Jakob Zollmann, Zankende Amtsschimmel und andere koloniale Herausforderungen, in: Michael Eckardt (Hg.) Mission Afrika: Geschichtsschreibung über Grenzen hinweg. Festschrift für Ulrich van der Heyden, Stuttgart 2019, 373-385.

direkt dem Reichskanzler unterstand; in Angelegenheiten der auswärtigen Politik jedoch weiterhin dem Staatssekretär des Auswärtigen Amts.³³ Daher war der neu ernannte „Kolonial-Direktor“ (befördert aus dem einen Rang niedrigeren Posten des „Dirigenten“) in allen Kolonialangelegenheiten fortan der „Stellvertreter des Reichskanzlers“, also gleichrangig mit den anderen Staatssekretären selbständiger Reichsämter, wenn auch ohne den im prestigeseuchtigen Kaiserreich ungemein wichtigen Titel „Exzellenz“. Er bekam wie sie das Recht zum unmittelbaren Vortrag beim Reichskanzler; mitunter sogar beim Kaiser persönlich, der sich freilich nur wenig mit „kolonialen Fragen“ befassen lassen wollte.³⁴ Als Kolonialdirektor Paul Kayser erstmals ein Schreiben an das RJA mit „Der Reichskanzler, i.A. Kayser“ unterschrieb, war dies dem Bearbeiter und ehemaligen Kollegen Kaysers im RJA ein „!“ wert.³⁵

Die Frage, wann die Politik mit Bezug auf die „Schutzgebiete“ Angelegenheiten der auswärtigen Politik berührte (und wann nicht) blieb freilich schon deshalb kaum beantwortbar, weil auch die eindeutige Benennung dieser Territorien als entweder „Ausland“ oder „Inland“, wie sie in einer Vielzahl von juristischen Spezialarbeiten erörtert wurde, bis zum Ende der deutschen Kolonialherrschaft eine „der „dogmatischen Hauptfragen des Kolonialstaatsrechts“³⁶ und also strittig blieb. Dabei war die Frage des ‚Rechtscharakters‘ der Schutzgebiete – Inland oder Ausland? – von mehr als akademischem Interesse. Auf Nachfrage des Reichsbank-Direktoriums wegen Steuersachen antwortete der Staatssekretär im RJA noch 1914: „Für die Entscheidung der Frage, ob im Sinne eines Reichsgesetzes, das zwischen Inland und Ausland unterscheidet, die Schutzgebiete dem Inlande zuzurechnen sind, lassen sich allgemein gültige Regeln nicht aufstellen“. Dies sei vielmehr nach Inhalt und Zweck der einzelnen Vorschrift zu ermitteln.³⁷ Mehr und mehr ging der Gesetzgeber daher dazu über, in neuen Gesetzen einen Paragraphen einzufügen, der definierte, ob im Sinne dieser Norm die Schutzgebiete Ausland oder Inland seien.

Darüber hinaus blieb die Gültigkeit einzelner Normen in einzelnen Regionen der jeweiligen Schutzgebiete strittig und bedurfte daher einer Klarstellung durch die Reichsverwaltung in Berlin. Da das Herrschaftspotenzial des Kolonialstaats mit zunehmender Entfernung von den wenigen kolonialen Zentren und den dort stationierten Soldaten unleugbar abnahm, musste die Kolonialverwaltung mit dem Oxyoron kolonialherrschaftsfreier Kolonialgebiete umzugehen lernen. Dies waren Regionen, über die der Kolonialstaat zwar gemäß völkerrechtlicher europäischer Grenzabsprachen die Souveränität beanspruchte, über die er aber tatsächlich mangels militärischer Macht nicht herrschte, d.h. über die er, in der Sprache der Zeit, keinen „Schutz“ auszuüben vermochte.³⁸ Diese kolonialstaatliche Schwäche hatte aus Berliner Perspektive konkrete staatsrechtliche

33 Karl von Stengel, Die deutschen Schutzgebiete, ihre rechtliche Stellung, Verfassung und Verwaltung, in: Annalen des deutschen Reiches 1895, 573-612; VO vom 12. Dez.1894 (Kol.Bl. S. 647); BAB R 3001/5247, Bl.137, SBRT 9. LP, III. Sess. 1894/95, Drucksache Nr. 231.

34 Matthew P. Fitzpatrick, The Kaiser and the Colonies: Monarchy in the Age of Empire, Oxford 2022.

35 BAB R 3001/5247, Bl.116, AA, KolA an RJA, 20. April 1894.

36 Grohmann (Fn. 22), 91.

37 BAB R 3001/5252, Bl. 205, RJA an Präsident des Reichsbank-Direktoriums, 30. April 1914; vgl. Fritz Sabersky, Der koloniale Inlands- und Auslandsbegriff, Berlin 1907, 49.

38 Vgl. Jakob Zollmann, Koloniale Staatlichkeit, in: Gunnar Folke Schuppert (Hg.), Von Staat zu Staatlichkeit. Beiträge zu einer multidisziplinären Staatlichkeitswissenschaft, Baden-Baden 2019, 185-209.

Konsequenzen. Denn man wollte sich ob der eigenen Machtlosigkeit von der Verantwortung frei wissen für Vorgänge in jenen Gebieten. Zwar war die stets wachsende Zahl kolonialer Normen immer auch „Teil der Inszenierung von [kolonialer] Herrschaft“.³⁹ Aber eine staatliche Verpflichtung zur Durchsetzung all dieser Normen, die etwa von Reichsangehörigen vor deutschen Gerichten in den Kolonien hätte eingeklagt werden können, war zu vermeiden. Daher wurde unterschieden zwischen deutscher „Interessensphäre“ und „Schutzgebiet im engeren Sinne“.

Doch 1894 klagte der Staatssekretär des AA, Adolf Marschall von Bieberstein, dass die ihm nach wie vor unterstellte Kolonialverwaltung bei ihrer Verwaltungstätigkeit zwar zwischen beiden unterscheide, wobei die zur „Herbeiführung staatlicher Ordnung eingeführten Gesetze und Einrichtungen zunächst“ nur für das „Schutzgebiet im engeren Sinne“ Geltung haben sollten. Doch sei die Grenze zwischen beiden nicht „mit Sicherheit anzugeben“. Gleichwohl sprach er sich für die Beibehaltung der Unterscheidung aus, da es, wie er einräumte, „an den tatsächlichen Machtmitteln fehlen würde, um die Organisation [einer deutschen Kolonialverwaltung] auch im Interessengebiet durchzuführen“. Zwar wollte Marschall auch weiterhin deutsche Normen nur auf die „Schutzgebiete im engeren Sinne“ angewandt sehen. Hier dachte er vor allem an die größten Kolonien Deutsch-Südwestafrika und Deutsch-Ostafrika und deren faktische Teilung in Zentrum und Peripherie. Er fragte sich aber, wie gegebenenfalls eine künftige Ausweitung auf die weitere „Interessensphäre“ möglich wäre, die „völkerrechtlich durch S.M. den Kaiser vertreten wird“ – etwa für die Ausübung der kaiserlichen Gerichtsbarkeit oder standesamtlicher Befugnisse. Marschall schlug vor, den Reichskanzler dazu vom Kaiser ermächtigen zu lassen. Bei den Beratungen über die Formulierung einer solchen Verordnung kamen RJA und AA überein, es für legitim zu erklären, dass die „Ausdehnung der einzelnen Schutzgebiete sich nicht nothwendig auf die ganze Interessensphäre zu erstrecken [braucht]; es wird vielmehr zulässig sein, die Ausdehnung [des Schutzgebiets im engeren Sinne] auf gewisse Distrikte [...] zu beschränken.“⁴⁰ Das Ergebnis dieser Beratungen wurde in der Kaiserlichen Verordnung vom 2. Mai 1894 festgehalten:

„Der Reichskanzler wird ermächtigt, für diejenigen innerhalb einer deutschen Interessensphäre in Afrika gelegenen, zu dem Schutzgebiete bisher nicht gehörenden Gebiets-theile, hinsichtlich deren der fortschreitende Einfluß der deutschen Verwaltung die Vereinigung mit dem Schutzgebiete angezeigt erscheinen lässt, die hierzu erforderlichen Anordnungen in Betreff der Organisation der Verwaltung und Rechtspflege nach Maßgabe der für das Schutzgebiet [im engeren Sinne] geltenden Vorschriften zu treffen.“⁴¹

39 Pascale Cancik, Strukturen des Kolonialverwaltungsrechts im Deutschen Kaiserreich, in: Philipp Dann, Isabel Feichtner und Jochen von Bernstorff (Hg.), (Post)Koloniale Rechtswissenschaft. Geschichte und Gegenwart des Kolonialismus in der deutschen Rechtswissenschaft, Tübingen 2022, 123–159, 151.

40 BAB R 3001/5247, Bl.94, AA an RJA, 3. März 1894; ebd, Bl.107, RJA an AA, 15. März 1894, Bl.110–114, Protokoll der Beratung zwischen RJA und AA, 3. April 94 [Vgl. für DSWA VO v. 1.4.1890, Riebow, S. 299; VO v. 6.9.1892, Riebow, S. 310] [SBRT 1893, Bd.2, S. 1362]; „Auch solche im Innern des Landes liegende Stationen, deren Bezirke mit dem bisherigen Schutzgebiete nicht in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang stehen, können [...] zu Theilen des Schutzgebiets erklärt werden.“

41 BAB R 3001/5247, Bl.126, Kaiserliche Verordnung, 2. Mai 1894 (RGBl. S. 461).

In Anbetracht der „prekären Form von Staatlichkeit“ in den Kolonien⁴² normalisierte – im Wortsinn – diese Verordnung die Zweiteilung einzelner deutscher Kolonien dort, wo dies der Kolonialverwaltung angesichts momentaner deutscher Machtlosigkeit angezeigt schien.

2.2 Gewalt, Recht und rechtsförmige (koloniale) Gewalt in der Interpretation des RJA

Die Art und Weise, *wie* weitere „Gebietstheile“ zukünftig in das „Schutzgebiet im engeren Sinne“ integriert werden könnten, blieb zwar stets eine vorrangig politisch-militärische Entscheidung über den Einsatz geeignet erscheinender (Gewalt-)Mittel. Doch auch in diesem Bereich wurde das RJA immer wieder um gutachterliche Stellungnahme zur Zulässigkeit kolonialstaatlichen Handelns gebeten. So war 1892 trotz mehrerer abgeschlossener „Schutzverträge“ mit anderen *Chiefs*, „Häuptlingen“ und „Kapitainen“ (oder was dergleichen an Quellenbegriffen verwendet wurde) im südlichen Teil Deutsch-Südwestafrikas (DSWA) die „kaiserliche Schutzherrschaft“ noch immer nicht vom einflussreichsten und militärisch kompetentesten afrikanischen Anführer, Hendrik Witbooi anerkannt worden. Im Bewusstsein, dass die „deutsche Schutzherrschaft [seine] Souveränität beschnitt“, hatte Witbooi keinerlei Interesse daran, das deutsche Gewaltmonopol anzuerkennen.⁴³ Er war daher mit den budgetierten Mitteln weder militärisch noch friedlich vom deutschen Reichskommissar Curt von François zu einer Unterschrift unter einen „Schutz- und Freundschaftsvertrag“ zu bewegen. Witboois Fähigkeiten realistisch einschätzend, wandte sich François an das AA mit der Bitte um weitere Verstärkung der „Schutztruppe“, der deutschen Kolonialarmee. Der den Kolonien nicht sonderlich zugehane Reichskanzler Leo von Caprivi ahnte unliebsame parlamentarische Weiterungen. Um die Finanzierung eines „Feldzugs“, eines „Krieges“ wollte er den Reichstag nicht bitten. Aber war Witbooi mit polizeilichen Mitteln beizukommen? Vorausschauend trug der Reichskanzler daher im Juni 1892 dem neuen Staatssekretär des RJA Hanauer die Lage vor: „In Südwest-Afrika treibt ein Häuptling sein Wesen, der Hendrick Witboy heißt und über ca. 600 wohl bewaffnete Krieger verfügt. Es ist nicht unmöglich, daß die Kaiserliche Regierung in die Nothwendigkeit kommen wird, gegen ihn im Wege der Gewalt einzuschreiten.“ Der Reichskanzler wünschte für diesen Fall Aufklärung darüber, ob, „wenn ein solches, den Charakter eines Feldzuges annehmendes Einschreiten im Schutzgebiet nöthig werden sollte, Absatz 1 und 2 des Art. 11 der Reichsverfassung [Kriegserklärung] in Geltung treten würden.“⁴⁴ Ungern hätte Caprivi Witbooi den „Krieg im Namen des Reichs“ erklärt, zumal er dafür „die Zustimmung des Bundesrathes“ benötigt hätte. Doch ausdrücklich hob der Reichskanzler hervor, dass die Verhältnisse hier abweichen würden von den bisherigen Landungen deutscher Kriegsschiffe auf

42 Trutz von Trotha, Was war Kolonialismus? Einige zusammenfassende Befunde zur Soziologie und Geschichte des Kolonialismus und der Kolonialherrschaft, in: *Saeculum* 55 (2004), 49-95, 63

43 Matthias Häussler, Staatlichkeit und Gewalt im kolonialen Namibia (1883–1915). Akteure und Prozesse, Weilerswist 2024, 47.

44 Artikel 11 RV (1871) „[...] Der Kaiser hat das Reich völkerrechtlich zu vertreten, im Namen des Reichs Krieg zu erklären und Frieden zu schließen, Bündnisse und andere Verträge mit fremden Staaten einzugehen, Gesandte zu beglaubigen und zu empfangen. Zur Erklärung des Krieges im Namen des Reichs ist die Zustimmung des Bundesrathes erforderlich, es sei denn, daß ein Angriff auf das Bundesgebiet oder dessen Küsten erfolgt“.

Südseeinseln oder einer „Strafexpedition“ gegen einen „aufsässigen Stamm“ in Deutsch-Ostafrika. Witbooi, dem die SPD Sympathie „zollte“, war ein militärisch ernst zu nehmender Gegner.⁴⁵ Denn es seien Vorbereitungen erforderlich, so Caprivi, „die über ein Jahr beanspruchen und über eine Million kosten. Es würde also schon der Kostenpunkt die Sache zur Kognition des Reichstages bringen.“ Daher beeilte der Reichskanzler sich zu betonen: „Es würde schwer sein zu unterscheiden, ob es sich hier um einen Krieg oder eine polizeiliche Maßregel handelt.“ In jedem Fall aber sollten die geplanten Maßnahmen nicht im Voraus bekannt werden, was bei Verhandlungen im Reichstag oder Bundesrat unvermeidbar gewesen wäre. Von Justizstaatssekretär Hanauer erbat er darüber ein Gutachten vom „staatsrechtlichen Standpunkt“.⁴⁶

Das angeforderte Gutachten des RJA stützte den geplanten „Feldzug“ argumentativ zur „polizeilichen Maßregel“ zurecht: Verfasst vom Geheimrat im RJA Dr. Hoffmann versuchte es dem Reichskanzler die Sorge zu nehmen, dass es „schwer sein“ würde, Krieg und „polizeiliche Maßregel“ zu „unterscheiden“. Mit Bezug auf die Trennung und Trennbarkeit von militärischer und ziviler/polizeilicher Gewalt im kolonialen Einsatz betonte Hoffmann in seinem innerhalb von vier Tagen verfassten Gutachten, dass Artikel 11 II RV „nicht jedes feldzugartige Unternehmen, sondern ... nur einen Krieg im völkerrechtlichen Sinne im Auge“ habe. Dieser aber könne „nur unter Staaten oder staatenähnlich organisierten Gemeinwesen statt[finden].“ Witboois Machtsphäre dagegen sei kein „Subjekt des Völkerrechts“. Denn die „Stämme in Deutsch-Südwest-Afrika“, so glaubte der Geheimrat zu wissen, „stehen im Wesentlichen noch auf der Stufe des Nomadentums und ihre Unterwerfung unter einen Häuptling enthält keine staatliche Organisation. Die Gebiete, die sie sich zur Weide aussuchen, sind, soviel mir bekannt, vielfach unter ihnen streitig“. Auch wären für den Charakter einer anerkannten Staatlichkeit die „Schutzverträge“ mit dem Deutschen Reich „nicht von Bedeutung.“ Aus Witboois Nichtanerkennung der deutschen „Schutzherrschaft“ und der vermeintlich durch sie geschaffenen kolonialen „Ordnung“ erwüchse dem ablehnenden Gemeinwesen Witboois keine völkerrechtliche Subjektivität. Vielmehr sei Witboois Stellung „keine wesentlich andere, als die einer sich gegen die Staatsgewalt auflehrenden Privatperson.“ Auf ein „Unternehmen gegen Hendrick Witboy“, so schloss das RJA, fanden Abs. I und II des Art. 11 daher keine Anwendung.⁴⁷

Unter Rückgriff auf die herrschende völkerrechtliche Lehre von den vorgeblichen „Naturvölkern“, „niedrigen Rassen“ und Nomaden-„Stämmen“ ohne Staat, die noch lange nicht Teil der Hierarchie der „Family of Nations“ seien, sondern sich erst noch „entwickeln“ müssten (mittels der Kolonialherren),⁴⁸ erklärte dieses Gutachten des RJA *Kaptein* Witbooi zum „Banditen“. Gegen ihn und die seinen eine gewaltsame „polizeiliche Maßregel“ durchzuführen galt demzufolge als rechtens. Gleichwohl wurde diese

45 Schwarz (Fn. 30), 282; vgl. Reinhard Kößler, In search of survival and dignity. Two traditional communities in Southern Namibia under South African rule, Windhoek 2005, 179.

46 BAB R 3001/5265, AA, RK Caprivi, an StS RJA, 18. Juni 1892.

47 BAB R 3001/5265, StS RJA Hanauer an RK Caprivi, AA, 22. Juni 1892.

48 Vgl. Harald Kleinschmidt, The Family of Nations as an Element of the Ideology of Colonialism, in: Journal of the History of International Law 18 (2016), 278-316; Ders., Diskriminierung durch Vertrag und Krieg. Zwischenstaatliche Verträge und der Begriff des Kolonialkriegs im 19. und frühen 20. Jahrhundert (HZ/Beihefte, N.F. 59), 2013; Rose Parfitt, The Process of International Legal Reproduction. Inequality, Historiography, Resistance, Cambridge 2019; James Lorimer, The Institutes of the Law of Nations. vol. 1, Edinburgh 1883, 94; 101.

„Maßregel“ gegen Witbooi in DSWA als „Feldzug“ bezeichnet (daher erhielten die teilnehmenden deutschen Soldaten diesen für ihre Pensionsansprüche extra angerechnet). Der Krieg erreichte im April 1893 mit dem Massaker von Hornkranz seinen traurigen Höhepunkt. Landeshauptmann François wurde wegen der Überschreitung seiner Kompetenzen abberufen. Erst im September 1894 erklärte der inzwischen von der Ausweglosigkeit seiner militärischen Lage überzeugte Witbooi gegenüber dem neuen Landeshauptmann Theodor Leutwein seine Anerkennung der deutschen „Schutzherrschaft“. In den folgenden zehn Jahren wurden Witbooi und seine Truppen „a pillar of strength to Germany in South-West Africa“.⁴⁹

Die verfassungsrechtlichen Skrupel des Reichskanzlers (eines ehemaligen Militärs) vor dem Budgetrecht des Parlaments zeigten, dass eine Unterscheidung von polizeilichen und militärischen Handlungen in der kolonialen Praxis „vor Ort“ mitunter schwer denkbar schien für die Zeitgenossen. „Polizeiliche Maßregel“ bedeutete dann einen kolonialstaatlichen Rückgriff auf ein milderes, weniger gewaltvolles und vor allem weniger kostenintensives Mittel. Autoritativ erklärten dagegen die Räte des RJA *alle* „Maßregeln“, d.h. jedweden staatlichen Gewalteinsatz, in den Kolonien für *per se* „polizeilich“ – selbst den Einsatz unzweifelhaft militärischer Mittel wie Artillerie und Maschinengewehre. Das RJA redete gewissermaßen der Zulässigkeit eines „polizeilichen“ Feldzugs gegen Witbooi und anderen „sich gegen die Staatsgewalt auflehrenden Privatperson[en]“ das Wort. Die leitenden Beamten des RJA sahen damit ihre Aufgabe darin zu begründen, warum das Deutsche Reich in den Kolonien Krieg führen könne, ohne sich an das Kriebsrecht oder andere Verfassungsnormen halten zu müssen.

Damit war die Frage nach der Unterscheidung von polizeilichen und militärischen Handlungen in den Kolonien *staatsrechtlich* auch für die Zukunft unter Verweis auf die mangelnde Staatlichkeit der sich „auflehrenden“ Gegner geklärt. Diesen wurden weiterhin, wie in den *small wars* und der „Aufstandsbekämpfung“ der Kolonialära üblich, die Rechte aus den Haager Landkriegsordnungen von 1899 und 1907 verwehrt.⁵⁰ *Verwaltungsrechtlich* aber blieb das Verhältnis von Militär und Polizei in der Kolonie weiter unklar – oft genug strittig. Die Räte im RJA, wenn sie auch keine Entscheidungen über diese Fragen zu fällen hatten, nahmen von ihnen zumindest Kenntnis. So gab es in den Kolonien das „Provisorium“ der zum „Polizeidienst“ abkommandierten Soldaten.⁵¹ Dies bewährte sich so lange, wie die Zahl der zu beaufsichtigenden deutschen Siedler gering blieb und eine Einmischung in die inneren Angelegenheiten der afrikanischen Bevölkerung vermieden werden sollte unter Verweis auf die entsprechenden Paragraphen in den „Schutzverträgen“. In jedem Fall aber war der in den Kolonien angewandte Polizeibegriff ein denkbar weiter, der sich nicht im Sinne des Kreuzbergurteils (1882) auf Sicherheit und Gefahrenabwehr beschränkte. Es bestanden hier keine durch das Ko-

49 Jeremy Silvester / Jan-Bart Gewald (Hg.): Words cannot be found. German colonial rule in Namibia. An annotated reprint of the 1918 Blue Book, Leiden 2003, 166; vgl. Matthias Häussler, Der Genozid an den Herero. Krieg, Emotion und extreme Gewalt in Deutsch-Südwestafrika, Weilerswist 2018, 91; Jörg Schildknecht, Bismarck, Südwestafrika und die Kongokonferenz. Die völkerrechtlichen Grundlagen der effektiven Okkupation und ihre Nebenpflichten am Beispiel des Erwerbs der ersten deutschen Kolonie; Münster 1999, 268–288.

50 Dierk Walter, Organisierte Gewalt in der europäischen Expansion. Gestalt und Logik des Imperialkrieges, Hamburg 2014.

51 Bethe, in: Hans Rafalski, Vom Niemandsland zum Ordnungsstaat. Die Geschichte der Kaiserlichen Landespolizei in Deutsch-Südwestafrika, Berlin 1930, 9.

lonialrecht gesetzten Beschränkungen, wie das RJA 1891 der Kolonialabteilung des AA bestätigte.⁵² Inwiefern darüber hinaus (und ob überhaupt) bis 1918 den Erfordernissen des bürgerlich-liberalen Rechtsstaats an staatliches (Gewalt-)Handeln eine (zunehmende) Relevanz zugebilligt wurde in den internen Debatten der Räte des RJA, ob es etwa Kontroversen über solche Fragen gab, bedarf erst noch näherer Forschung anhand der Quellen.

3. Schluss

Das RJA, das haben die hier zitierten Quellen gezeigt, war als Gesetzgebungsressort beratend, entwerfend, begutachtend und korrigierend für die Kolonialverwaltung auf allen Ebenen tätig: von der grundlegenden Gesetzgebung des Schutzgebietsgesetzes und seiner Novellierungen 1886, 1888, 1900 und 1912, über die allgemeine Verordnungstätigkeit von Kaiser und Gouverneuren, bis hin zu konkreten Einzelfragen, wie etwa der „Auslands-Charakter“ der Schutzgebiete zu interpretieren sei oder wann der Reichstag involviert werden müsse bzw. wie eben dies vermieden werden könne und mit welchen Argumenten. Angesichts seiner Tätigkeit als regelmäßiger Stichwortgeber in kolonialen Angelegenheiten ist das RJA unmittelbarer Bestandteil einer kolonialen Verwaltungs- und Rechtsgeschichte.

Dabei bleibt es zentral zu betonen, dass das von Justizstaatssekretär von Schelling 1886 gesetzte Ziel, in den „Schutzgebieten“ die „Anfänge staatlicher Bildung ins Leben zu rufen“, von Beginn an die Abweichung von heimischen Rechtsgrundsätzen ausdrücklich mit einschloss: Die „unfertigen“, „fluktuierenden Zustände“ stünden gegen eine einfache Übertragung deutschen Rechts und schienen die Einrichtung rechtlicher Sonderzonen über drei Jahrzehnte hinweg zu rechtfertigen. Das Festhalten an diesem legalistischen „othering“ der Kolonien und ihrer rassifizierten, durchhierarchisierten Bevölkerung sowie dessen argumentative Einbettung selbst in Fragen kolonialer Sicherheitspolitik blieb eines der zentralen Charakteristika der am RJA verfassten juristischen Interpretationen kolonialer Fragestellungen. Das der Kolonisation dienende Recht hatte zu allererst der Kolonialherrschaft, dem kolonialen Staat zu dienen in der Sicherung und weiteren Durchsetzung seines – regelmäßig angezweifelte – Gewaltmonopols. Über drei Jahrzehnte hinweg schloss dies den steten Willen ein auf Seiten des Kolonialstaats, seiner Akteure vor Ort wie auch in Berlin, jederzeit die eigene Todesgefährlichkeit der Herrschaft unter Beweis zu stellen und den Gewalteinsatz zu rechtfertigen. Wenn, wie auch Zeitgenossen in ihren zynischeren Momenten einräumten, „Colonialpolitik [...] schließlich doch nur auf eine Beeinträchtigung der Rechte der Ureinwohner zu Gunsten der Eindringlinge hinauslaufen“ kann,⁵³ dann wurde das Kolonialrecht eines der Instrumente zur „Beeinträchtigung der Rechte der Ureinwohner“. Das RJA sah es als seine Aufgabe an, dieses Instrument zu schärfen und zu optimieren – innerhalb des Rahmens der Verfassungsordnung des Deutschen Reichs, vor allem aber außerhalb.

52 Vgl. Georg Meyer, Die staatsrechtlichen Verhältnisse der deutschen Schutzgebiete, Leipzig 1888, 215, zustimmend zitiert in BAB R 3001/5247, Bl.51, RJA an RK v. Caprivi, 9. Nov. 1891.

53 So der Gouverneur von DSWA Leutwein, zit. in Helmut Bley, Kolonialherrschaft und Sozialstruktur in Deutsch-Südwestafrika 1894–1914, Hamburg 1968, 101f.

Gerd Hankel

Ruanda bis zum Völkermord:

Der Blick des Auswärtigen Amts auf eine ehemalige Kolonie¹

Ruanda ist ein kleines Land, mit ca. 26.000 Quadratkilometern nur etwas mehr als halb so groß wie Niedersachsen. Um die Jahreswende 1963/64, als die deutsche Botschaft in der Hauptstadt Kigali eingerichtet wurde, liegt das Land in einer Weltregion, die politisch und ökonomisch als eher unbedeutend zu bezeichnen keine Übertreibung war. Dennoch sind es erstaunlich viele Akten, die in der Zentrale des Auswärtigen Amts in Bonn über dieses Land bis 1994, dem Jahr, in dem es traurige Berühmtheit erlangen sollte, angelegt wurden. Schnell wird klar, dass zwischen Deutschland und Ruanda eine besondere Beziehung geherrscht haben musste.

Der Hintergrund

Es begann mit dem Versuch, dem *Scramble for Africa* auf der Berliner Konferenz 1884/85 ein Ende zu setzen. Gegenwärtige und künftige Besitzungen der europäischen Mächte in Afrika sollten völkerrechtlich abgesichert und Handelserleichterungen vereinbart werden. Noch gab es genügend sogenanntes herrenloses Land außerhalb des jeweils eigenen kolonialen Herrschaftsbereichs, und dieses Land sollte rechtlich zugeordnet werden. Dass Belgien schließlich im „Gerangel um Afrika“ das seine eigene Fläche um fast das Hundertfache übersteigende Kongobecken erhalten konnte, war nicht etwa seinem diplomatischen Geschick zuzuschreiben, sondern dem Umstand geschuldet, dass andere ihre Expansionsgelüste durch das Konferenzergebnis bereits befriedigt sahen. Die Zusage des belgischen Königs Leopold II., in dessen Privateigentum der Kongo alsbald übergang, sich bei der Kolonisierung strikt von christlich-humanitären Werten leiten zu lassen, gaben dem Handel allerdings noch eine besondere Note.²

Auch das Deutsche Reich, das dem Kolonialgedanken anfangs nicht viel abzugewinnen vermochte, konnte in Berlin perspektivisch einen beträchtlichen territorialen Zuwachs verbuchen. Die Kolonie Deutsch-Ostafrika gewann an geographischer Kontur, lediglich eine Grenzstreitigkeit ganz im Westen sorgte noch für diplomatischen Konflikt.

1 Teile dieses Beitrags sind erstmals in der Festschrift zum 70. Geburtstag von Jan Philipp Reemtsma erschienen, und zwar unter dem Titel „Über den Weg in einen Völkermord und die Lehren daraus. Ein Lehrstück über den Variantenreichtum des Menschenrechtsdiskurses“, in: Fischer/Hankel/Knöbl (Hg.), *Die Gegenwart der Gewalt und die Macht der Aufklärung. Festschrift für Jan Philipp Reemtsma*, Springe 2022, Bd. 1, 296-321.

2 Adam Hochschild, *Schatten über dem Kongo. Die Geschichte eines fast vergessenen Menschheitsverbrechens*, Reinbek bei Hamburg 2002, 117-135.

Belgien und das Deutsche Reich stritten darüber, ob zwei kleine, benachbarte Königreiche ganz oder teilweise der einen oder anderen Kolonie zugeschlagen werden sollten. Das Deutsche Reich setzte sich durch, indem es Fakten schuf. Militärische Forschungsreisende gelangten nach Urundi, dem heutigen Burundi, und nach Ruanda, wo sie kaiserliche Schutzbriefe zum Zeichen der Inbesitznahme durch das Deutsche Reich überreichten. Eine internationale Konferenz bestätigte die deutschen Hoheitsrechte in der Region, die Stellungen der Könige und ihre jeweiligen Verwaltungen blieben jedoch unangetastet.³ Allerdings konnte das Modell der indirekten Herrschaft nur bis Mitte 1916 vom Deutschen Reich praktiziert werden. Danach wurde es faktisch und, nach dem Versailler Friedensvertrag, auch rechtlich in Form eines Mandatsvertrags von Belgien fortgesetzt. Die belgische Zeit der Mandats- und Treuhandverwaltung im Auftrag des Völkerbunds beziehungsweise der Vereinten Nationen endete am 1. Juli 1962, als Burundi und Ruanda ihre Unabhängigkeit erlangten. Besonders in Ruanda, wo Residentur und Verwaltung von personeller Kontinuität und einiger Fürsorge für das Land geprägt waren, erschien im Rückblick die Periode deutscher Präsenz als eine Zeit der Ruhe und Stabilität.⁴ Vielleicht bewahrte auch nur die Kürze der Zeit die deutsche Kolonialmacht vor nachhaltig wirkenden Entgleisungen. Jedenfalls war (und ist) Bismarck ein nicht ungewöhnlicher zweiter Vorname in Ruanda.

Die Anfänge

Bis in das Frühjahr 1964 hinein war der deutsche Botschafter in Doppelfunktion sowohl für Ruanda als auch für Burundi zuständig. Mal versah er seine Dienstgeschäfte in der burundischen Hauptstadt Bujumbura, mal hielt er sich in Kigali, der ruandischen Hauptstadt, auf. Dieses Hin und Her gefiel vor allem dem burundischen König nicht, der dem Botschafter Hans-Wilhelm Lippoldes vorwarf, fortwährend burundische Belange zugunsten ruandischer zu vernachlässigen. Hinter diesem Vorwurf verbarg sich jedoch ein ganz anderer Grund, wie auch das Auswärtige Amt erkannte. „[K]riegsähnliche Zustände“ herrschten seit einiger Zeit zwischen beiden Ländern, heißt es in einer Aufzeichnung des Auswärtiges Amtes vom 30. Januar 1964, und die Doppelvertretung in Gestalt des deutschen Botschafters sei in den Strudel dieser Ereignisse geraten.⁵

Das war durchaus zutreffend beobachtet. Der burundische König gehörte der ethnischen Gruppe der Tutsi an.⁶ Wenn er auch als gemäßigt galt, so musste er doch Rücksicht nehmen auf die Tutsi-Elite in seinem Land, die zutiefst misstrauisch war gegenüber jedem Versuch der weitaus größeren ethnischen Gruppe der Hutu, in staatliche Machtpositionen zu gelangen. In Ruanda war die Situation genau umgekehrt. Dort standen seit

3 Reinhardt Bindseil, *Ruanda und Deutschland seit den Tagen Richard Kandts/Le Rwanda et l'Allemagne depuis le temps de Richard Kandt*, Berlin 1988, 21–25.

4 Helmut Strizek, *Ruanda und Burundi von der Unabhängigkeit zum Staatszerfall. Studie über eine gescheiterte Demokratie im afrikanischen Zwischenseengebiet*, München u.a. 1996, 93; Bindseil, *Ruanda und Deutschland*, 239.

5 Aufzeichnung betr. Abberufung des Botschafters Dr. Lippoldes, 30.1.1964, in: PA-AA, B 130, Band 2.180A, unpag. In den hier und nachfolgend zitierten Textpassagen aus den Akten des Auswärtigen Amtes wurden Orthographie- und Grammatikfehler korrigiert.

6 Zu den Bevölkerungsgruppen der Hutu und Tutsi, zur Entstehung der Gruppenzugehörigkeit und ihrer Bedeutung vgl. Alison Des Forges, *Kein Zeuge darf überleben. Der Genozid in Ruanda*, Hamburg 2002, S. 55–58.

der Unabhängigkeit Hutu an der Spitze des Staates, Tutsi sollten keinerlei politischen oder wirtschaftlichen Einfluss mehr ausüben können. Viele von ihnen waren vertrieben worden oder ins benachbarte Ausland geflüchtet, auch nach Burundi. Versuche, sich gewaltsam die Rückkehr nach Ruanda zu erkämpfen, vereitelte das ruandische Militär. Nach jedem Angriff ging es außerdem dazu über, Rache an den noch in Ruanda verbliebenen Tutsi zu üben. Tausende wurden umgebracht, oft auch unter Beteiligung ihrer dazu aufgestachelten Hutu-Nachbarn.⁷

So teilte der deutsche Botschafter in Kenia im Februar 1964 in einer als vertraulich klassifizierten Nachricht dem Auswärtigen Amt in Bonn mit, dass ein Aufruf der *Bert-rand Russell Peace Foundation*, wonach in Ruanda ein Völkermord an den Tutsi begangen werde, in den kenianischen Medien für eine schon seit Wochen anhaltende, heftige Kritik an Ruanda gesorgt habe. Zur Erläuterung schrieb er weiter: „[D]ie Überlegung, dass es sich [...] um eine subversive, von ausländischen oder kommunistischen Kräften gesteuerte Aktion handeln könnte, klingt in diesen Betrachtungen nirgends an.“⁸ Damit war ein Ton getroffen, der in Bonn und in der deutschen Regierung vorherrschend war. Die noch junge Republik Ruanda hatte sich terroristischer Angriffe von bewaffneten Tutsi aus dem Ausland zu erwehren, dafür brauchte sie deutsche Unterstützung. Andernfalls wäre das Land, dessen Regierung „außergewöhnlich deutschfreundlich“ sei und das „allen Einreisenden aus der ‚DDR‘ die Einreise strikt untersag[e]“, der Gefahr einer Einflussnahme von „rot-chinesischer und sowjetischer Seite“ ausgesetzt.⁹ Die Lage in Ruanda sei schwierig, subversive Kräfte seien vom Ausland aus aktiv zur Destabilisierung eines Landes, „das bisher in seltener Treue für unsere Auffassung in der Deutschlandfrage eingetreten ist“. Überdies habe Ruanda der Deutschen Welle ein 70 Hektar großes Gelände kostenlos zur Verfügung gestellt, von der dort zu errichtenden Relaisstation, in der rund 100 Ruanderinnen und Ruander Arbeit fänden, könnten in Deutschland hergestellte Programme für Afrika ausgestrahlt werden.¹⁰

1964 und 1965, als die Bundesrepublik ihre Beziehungen zu Ruanda zu ordnen begann, gab es bereits die Völkermordkonvention und die Genfer Konventionen zur Verringerung des menschlichen Leids in Kriegs- und Bürgerkriegszeiten (von der Bundesrepublik jeweils 1954 ratifiziert). Ohne näher auf ihre Inhalte einzugehen, dürfte klar sein, dass Massenmord an der Zivilbevölkerung, die zudem einer Ethnie angehört, mit den genannten Konventionen nicht vereinbar ist. Er ist ein Verbrechen. Dieses Wort jedoch ist in den Akten des Auswärtigen Amts nicht zu lesen. Der von der ruandischen Regierung geförderte oder zumindest geduldete Massenmord an den Tutsi, den als Völkermord zu bezeichnen keine unzulässige Dramatisierung gewesen wäre, schrumpfte zur Nebensächlichkeit angesichts drohender kommunistischer Machtübernahme. Durchweg herrscht in den Beschreibungen und Analysen ein paternalistischer Tenor vor, fast

7 Gerd Hankel, *Ruanda. Leben und Neuaufbau nach dem Völkermord*. Wie Geschichte gemacht und zur offiziellen Wahrheit wird, Springer 2016, 116 f.

8 Nachricht betr. gegenwärtige Lage in der Republik Ruanda, 11.2.1964, in: AA-PA, B 130, Band 2.174A, unpag.

9 Aide-Mémoire zu Fragen der Relaisstation der Deutschen Welle in Afrika, 24.1.1964, in: AA-PA, B130, Band 2.291A, unpag.; Aide-Mémoire zur gegenwärtigen Lage in der Republik Ruanda, 27.1.1964, in: AA-PA, B130, Band 2.291A, unpag.

10 Bindseil, *Ruanda und Deutschland*, 247; Militärische Ausrüstungshilfe für Rwanda [sic], 3.2.1964; Aufzeichnung betr. Vorausplanung der Ausrüstungshilfe nach Besprechung vom 11.12.1964, beides in: B 130, Band 2.190A unpag.

hat man den Eindruck, zwischen früherer Kolonialzeit und neu gewonnener staatlicher Unabhängigkeit bestehe kein Unterschied. Wo man früher indirekt agierte, agierte man nun direkt und nahm die nach eigener Wahrnehmung noch unbeholfenen ruandischen Politiker bei ihren ersten Gehversuchen behutsam an die Hand. Aus einem Bericht für den damaligen Staatssekretär im Auswärtigen Amt Carl Carstens: „Der Präsident der Republik Ruanda sowie seine Kabinettsmitglieder sind begabte junge Leute, die dadurch, daß sie der unterdrückten Klasse der Bahutu angehören, gewisse psychologische Schwierigkeiten haben, mit älteren Europäern Kontakte aufzunehmen.“¹¹

Der Präsident der Republik Ruanda blieb bis Mitte 1973 in Amt. Dann wurde er gestürzt, weil, wie es in der Zentrale des Auswärtigen Amts in Bonn hieß, „Stammeszwistigkeiten“ von Burundi auf Ruanda übergegriffen hatten und das Land zu lähmen drohten, worauf der Präsident keine Antwort gewusst habe.¹² Zwischen 150.000 und 200.000 Hutu seien Anfang 1973 in Burundi von Tutsi umgebracht worden, berichtet Walter Fröwis, der deutsche Botschafter in Kigali. Auf den Hintergrund der Massaker in Burundi geht er nicht ein, wohl aber darauf, dass in Ruanda in Reaktion auf die Massaker mit Billigung des Staatspräsidenten eine Volksbewegung entstanden sei, die Listen von Tutsi erstellt hätten, die von höheren Bildungsstätten und aus einflussreichen Stellungen entfernt werden müssten. Fröwis fügt hinzu: „Mögen einzelne Schüler und Belegschaftsmitglieder auch zu weit gehen, so dürfte Kayibanda die Bewegung insgesamt doch unter Kontrolle halten können. Es wäre allerdings zu wünschen, daß er bald eingreift, bevor die Wirtschaft des Landes einen größeren Schaden nimmt. Nach Abschluß der Kampagne wird man wahrscheinlich wieder einige Tutsis zulassen, maximal jedoch bis zu 10% der Schülerschaft oder der Belegschaft. Was man mit den arbeitslosen Tutsis machen soll, weiß kein Mensch. Im Stillen mögen viele Ruander hoffen, sie würden ins Ausland abwandern.“¹³

Schon eine Woche später musste der Botschafter jedoch berichten, dass 250 Tutsi ermordet und 40.000 Hütten zerstört worden seien, 2.000 Tutsi seien ins Ausland geflüchtet. Als er wieder etwas später die Verdopplung der Zahl der Ermordeten meldete, sah er immer noch keine Anzeichen für eine schwindende Stabilität des Regimes. Der Chef von Polizei und Nationalgarde, Juvénal Habyarimana, arbeite bei der Befriedung des Landes konstruktiv mit dem Staatspräsidenten Grégoire Kayibanda zusammen. Dass der eine aus dem Norden, der andere aus dem Süden des Landes stamme, berge keinen ernsthaften Konfliktstoff, es sei wie im „Verhältnis der Bayern zu den Preußen in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts“.¹⁴

Zwei Monate später war Kayibanda einem Staatsstreich zum Opfer gefallen, neuer starker Mann des Regimes war besagter Habyarimana. Der deutsche Botschafter attestierte dem neuen Staatspräsidenten, mit seiner Regierungserklärung einen guten Eindruck hinterlassen zu haben. Er schlussfolgert: „Zweifellos darf man von Habyarimana mehr

11 Aide-Mémoire zu Fragen der Relaisstation der Deutschen Welle in Afrika, 24.1.1964, in: AA-PA, B130, Band 2.291A, unpag.

12 Betr.: Unterstützung Ruandas durch Lieferung von Rüstungsgütern und Transportmitteln aus der Bundesrepublik Deutschland, 11.4.1973, in: AA-PA, Zwischenarchiv (ZA) 103.011 unpag.

13 Betr.: Kampagne gegen die Tutsis in Ruanda, 28.2.1973, in: AA-PA, ZA 103.009 unpag.

14 Betr.: Anti-Tutsimassnahmen in Ruanda, 8.3.1973; betr.: Kampagne gegen die Tutsis in Ruanda, 18.4.1973; betr.: Innenpolitische Lage nach dem Abflauen der Kampagne gegen die Tutsis, 22.5.1973, alle in: AA-PA, ZA 103.009, unpag.

Initiative und Tatkraft erwarten als vom früheren Präsidenten Kayibanda.“¹⁵ Im Zeichen der 167,5 Millionen DM, die die Bundesrepublik in den vergangenen zehn Jahre in die Entwicklungshilfe für Ruanda investiert hatte, war das eine Nachricht, die in Bonn gerne gehört wurde.¹⁶

Eine Zeit der Ruhe und die sich zuspitzende Repression

Und in der Tat sollten unter Habyarimana wieder, in den Worten des Botschafters, „geordnete Verhältnisse“ einziehen. Gegenüber Burundi wurde eine Politik der Entspannung auf den Weg gebracht, im Land selbst wurden erste Schritte zur Bekämpfung von Korruption und Vetternwirtschaft unternommen und zur Beruhigung der Hutu-Mehrheitsbevölkerung eine Quote von zehn Prozent für Tutsi an weiterführenden Schulen festgelegt (statt einer Präsenz von vorher 30 Prozent).¹⁷ Es folgte die Bildung einer Institution namens „Komitee für Frieden und nationale Einheit“, in der allerdings, dem Beispiel des Staatschefs Habyarimana, einem Generalmajor, folgend, Militärs das Sagen hatten. Außerdem wurde eine politische Bewegung gegründet, die sich als Motor der nationalen Entwicklung verstand und in der jede Ruanderin, jeder Ruander von Geburt an Mitglied sein musste.¹⁸ Andere Parteien gab es nicht.

In den nächsten Jahren hatte die Botschaft nichts Besonderes aus Ruanda nach Bonn zu berichten. Spannungen zwischen Hutu und Tutsi brachen gelegentlich auf, konnten aber schnell wieder beigelegt werden, weil die Politik des Staatspräsidenten nach Einschätzung der Botschaft auf Ausgleich ausgerichtet war. „Eindeutig ist auch geworden, dass es der vitalen und dynamischen Führungspersönlichkeit des Staatspräsidenten zu verdanken war, die Dinge derzeit wieder ins Lot gebracht zu haben. Dabei konnte seine einfühlsame Vorsicht, seine fast mystisch anmutende Kenntnis der ‚Volksseele‘ nur bewundert werden“, heißt es in einem Bericht vom Juli 1980.¹⁹

Seit einem gescheiterten Putsch im April 1980 begann allerdings Staatspräsident Habyarimana, auf das Mittel der Repression zu setzen, die sich, befördert durch Fluchtbewegungen von Tutsi zurück nach Ruanda und einer forcierten Förderung der Nordhälfte des Landes (wo Habyarimanas Heimatregion lag) zulasten des Südens, zu einem landesweiten Phänomen entwickelte. In großen Schritten wurde das vermeintlich fürsorgliche Präsidialsystem zu einem Regime, in dem Kontrolle und brutale Einschüchterung verdächtiger oder missliebiger Personen an der Tagesordnung waren.²⁰

An der Deutschen Botschaft ging diese Entwicklung vorbei. Erst als Amnesty International im Sommer 1989 die Verhaftung von Oppositionellen und deren Inhaftierung in einem *prison spéciale* publik machte und auf Flugblättern zur *urgent action* aufrief, wurden auch Botschaft und Auswärtiges Amt aktiv. Sie erkannten, dass es sich bei den namentlich bekannten Gegnern des Regimes jeweils um einen „politischen Fall“ handele, dessen Behandlung durch die ruandische Justiz genaueste Beobachtung erfordere. Diese

15 Betr.: Regierungsbildung, 6.8.1973, in: ZA 103.009, unpag.

16 Länderaufzeichnung über die Republik Ruanda, Juli 1973, in: ebenda.

17 Betr.: Lage an den höheren Schulen, 10.10.1973, in: ebenda.

18 Betr.: Festigung der Regierung Habyarimana, 30.10.1973, in: ebenda; betr.: Innere Lage Ruandas am Jahreswechsel 1975/76, 5.1.1976, in: AA-PA, ZA 108.343, unpag.

19 Betr.: Ruandische Innenpolitik, 11.7.1980, in: AA-PA, ZA 127.598, unpag.

20 Vgl. Gérard Prunier, *The Rwandan Crisis. History of a Genocide*, London 1997, S. 81-90.

ergab jedoch keine Beanstandungen. Freisprüche hätten gezeigt, „daß die ruandische Regierung mit peinlichster Sorgfalt um die Wahrung des internationalen guten Rufs Ruandas bemüht ist“. ²¹ Auch nachdem bundesdeutsche Zeitungen von Hungertoten, willkürlichen Verhaftungen und systematischer Folter in den Gefängnissen berichteten hatten (die entsprechenden Artikel aus der TAZ und der Frankfurter Rundschau sind in der Akte abgeheftet), wiegelte die Botschaft ab. Die Vorwürfe könnten nicht bestätigt werden, teilte man nach Bonn mit. Einzelne Übergriffe von Staatsorganen im menschenrechtsrelevanten Bereich habe es gegeben und gebe es weiterhin, die das Gesamtbild jedoch nicht prägten. „Von massiven oder gar von oben gesteuerten Menschenrechtsverletzungen [...] kann in Ruanda nach allen verfügbaren Informationen und Erfahrungen [...] nicht die Rede sein.“ ²²

Umso erstaunter reagierte die Botschaft, als sie nach dem 1. Oktober 1990 Meldungen erreichten, wonach eine bewaffnete, hauptsächlich aus Exil-Tutsi bestehende Gruppe von Uganda aus in Ruanda eingefallen sei. Es dauerte eine Zeit, bis in Erfahrung gebracht werden konnte, was die Ziele dieser Gruppe, die sich Ruandische Patriotische Front (*Rwandan Patriotic Front/RPF*) nannte, waren: Rückkehr der Exil-Tutsi nach Ruanda, Zulassung der RPF als eine politische Bewegung, demokratische Öffnung des Regimes durch Einführung eines Mehrparteiensystems – Forderungen, die, wie die Botschaft und andere diplomatische Vertretungen in Kigali schnell erkannten, überaus explosiv waren. Allein die geforderte Rückkehr der Flüchtlinge, nach Berechnungen der Botschaft unter Berufung auf das Flüchtlingshilfswerk der Vereinten Nationen UNHCR rund eine halbe Millionen Menschen (bei einer Einwohnerzahl Ruandas von sieben Millionen), stellte das Land vor große Probleme. ²³

Facetten des Bürgerkriegs

Der Invasionsversuch vom Oktober 1990, in den nächsten Jahren mehrfach wiederholt, setzte überdies einen Teufelskreis in Gang, in dem ethnischer Hass, kleinere und größere Massaker und eine extreme politische Radikalisierung Hand in Hand gingen. Eine Auswahl der Ereignisse:

- 24. Oktober 1990: „Von der Botschaft bereits berichtete ethnische Zusammenstöße mit Angriffen von Hutus auf Tutsi-Siedlungen innerhalb Ruandas haben größeres Ausmaß, als zunächst angenommen. Aus Muhororo [...] zurückgekommener Superior des Ordens der Weißen Väter berichtete uns gestern [...] von 335 Toten, darunter viele Frauen und Kinder.“ ²⁴
- 16. Januar 1992: „Die Disziplinlosigkeit innerhalb der ruandischen Armee nimmt zu [...]. Auf dem Markt in Kigali kann man heute ohne Schwierigkeiten Gewehre, Handgranaten und Uniformen für Schleuderpreise erstehen. Diese Konstellation

21 Betr.: Briefaktion von Amnesty International zugunsten des verhafteten ruandischen Arztes Dr. Sebiziga, 18.8.1989; betr.: Artikel der „Frankfurter Rundschau“ vom 17.3.1990 unter dem Titel „Mainz soll Partnerschaft mit Ruanda überprüfen“, 25.4.1990, beide in: AA-PA, ZA 149.978, unpag.

22 betr.: Artikel der „Frankfurter Rundschau“ vom 17.3.1990 unter dem Titel „Mainz soll Partnerschaft mit Ruanda überprüfen“, 25.4.1990, in: AA-PA, ZA 149.978, unpag.

23 Sachstand betr.: Ruanda-Konflikt, 31.1.1991, in: AA-PA, B 34 ZA 149.984, unpag.

24 Betr.: Eindringen bewaffneter Kräfte aus Uganda nach Ruanda, 24.10.1990, in: ebenda.

schaft ein Umfeld, das Raum für bewaffnete Überfälle, private Racheakte und Verschleppungen läßt.“²⁵

- 8. Februar 1993: „[Die RPF] brach [...] erneut in einem Angriff bis 27 km vor Kigali durch [...]. Hierdurch wurde, da die ruandische Armee nicht nachrücken durfte, eine große Pufferzone von 170 km Breite und 10 – 30 km Tiefe geschaffen [...]“²⁶
- 10. März 1993: „Nach den Kämpfen im Februar 1993 haben weitere 600.000 Menschen ihre Häuser verlassen müssen, so daß jetzt 1 Mio. Flüchtlinge unter primitivsten Umständen im Land leben.“²⁷ Am 4. August 1993 wurde in Arusha ein Friedensvertrag geschlossen, der eine Machtteilung zwischen Staatsmacht und Rebellen und die Einsetzung einer Übergangsregierung vorsah. Eine Mission der Vereinten Nationen sollte den Friedensprozess absichern. Sie traf im Oktober 1993 in Ruanda ein. Frieden sollte es allerdings auch jetzt nicht geben. Noch einmal die Botschaft:
- 18. November 1993: „In der Nacht vom 17.11. auf den 18.11.93 hat die FPR [französische Entsprechung von RPF, G.H.] erneut vier Kommunen in der Präfektur Ruhengeri angegriffen. [...] Es soll ca. 40 Tote gegeben haben [...]“²⁸
- 8. März 1994: „Alle jüngsten Versuche, durch Druck von außen eine positive Entwicklung herbeizuführen, scheinen keine Resultate gebracht zu haben [...]. Der Präsident bewegt sich allenfalls der äußeren Form nach, nicht aber politisch. [...] Die Lage kann sich gefährlich zuspitzen.“²⁹
- 5. April 1994: „Die Sicherheitslage in Kigali wird zunehmend besorgniserregender. Überfälle mit Handgranaten, Schusswaffen und Macheten nehmen zu. Heute haben Anhänger der CDR und Interahamwe (Jugendorganisation der MRND) wieder Straßenblockaden im Stadtteil Remera errichtet.“³⁰

Wie sich die Bundesrepublik positionierte

Von vereinzelt Menschenrechtsverletzungen konnte ganz offensichtlich längst nicht mehr die Rede sein. Das erkannte auch die Deutsche Botschaft. Als es nach dem Angriff der RPF im Oktober 1990 zu Massenverhaftungen in mehreren ruandischen Städten kam, um vermeintliche Sympathisanten der Angreifer zu bestrafen und abzuschrecken, wies sie auf die üblen Haftbedingungen in den Gefängnissen hin. Orte der Rechtlosigkeit müssen sie gewesen sein, folgt man den Berichten. Zugleich jedoch ist eine Parteinahme für das Habyarimana-Regime unübersehbar. Die dahinterstehende Logik war eine einfache: Eine Rebellenarmee hat vom Ausland aus einen souveränen Staat angegriffen, der das Recht zur Selbstverteidigung hat. Dass es in der Wahrnehmung dieses Rechts zu Ausreißern kommt, liegt in der Natur des Krieges, für dessen ethnische Zuspitzung ohnehin die Rebellen die Verantwortung tragen, weil sie ein, wenn auch gelegentlich mit Schwierigkeiten, so doch im Ergebnis funktionierendes Zusammenleben zwischen

25 Betr.: Regelmäßige Berichterstattung zur MR-Lage im Gastland; hier: Ruanda, 16.1.1992, in: AA-PA, B 34 ZA 153.648, unpag.

26 Politischer Halbjahresbericht Ruanda, Stand vom 30. April 1993, in: AA-PA, B 34 160.117, unpag.

27 Betr.: Lage in Ruanda, 10.3.1993, in: ebenda.

28 Betr.: Kriegerische Auseinandersetzungen zwischen Ruanda und der FPR, 18.11.1993, in: AA-PA, BAV 114-KIGA, 45.519, unpag.

29 Betr.: Politische Lage in Ruanda, 3.3.1994, in: AA-PA, BAV 114-KIGA, 45.520, unpag.

30 Betr.: Innere Sicherheit in Ruanda, 5.4.1994, in: ebenda.

Hutu und Tutsi nachhaltig erschüttert haben. Der Botschafter mit unverkennbarer Zustimmung: „Hiesige Beobachter halten es ferner für beachtlich, dass alle Flüchtlinge in den Herrschaftsbereich des ‚Diktators‘ Habyarimana geflohen und keine zu der ‚Befreiungsarmee‘ übergelaufen sind.“³¹

Geschrieben wurde dieser Satz im März 1993, als schon eine Reihe kleinerer und größerer Massaker an Tutsi von der Staatsmacht begangen worden war. Eine internationale Untersuchungskommission war im Januar 1993 zu dem Ergebnis gekommen, dass Militärangehörige und lokale Staatsvertreter in völliger Straffreiheit „Akte von Völkermord“ an Tutsi begangen hätten.³² Auch diese Nachricht hielt die Deutsche Botschaft nicht davon ab, Ende April 1993 an das Auswärtige Amt zu schreiben: „Der Wahrung der Menschenrechte wird in Ruanda zunehmende Bedeutung gegeben. [...] Insgesamt ist Ruanda, was die Bildung einer Mehrparteienregierung, Aufbau einer freien Presse, Vorbereitung von freien, allgemeinen und demokratischen Wahlen, Leitung des Verteidigungsministeriums durch einen Zivilisten, angeht, seinen meisten Nachbarn voraus.“³³

Wie ist dieser Gegensatz möglich? Verdacht des Völkermords auf der einen, vergleichsweise vorbildliche demokratische Zustände auf der anderen Seite. Und über allem der fürsorgliche Blick Deutschlands. Warum bezog die deutsche Außenpolitik nicht deutlich Stellung und forderte ein Ende der mörderischen Staatsgewalt?

Die erste Antwort liegt im Friedensvertrag von Arusha, weitere Antworten ergeben sich aus den Folgerungen, die aus seiner Existenz gezogen wurden. Der deutsche Botschafter, der bei der Unterzeichnung des Vertrags am 4. August 1993 anwesend war, schrieb: „Damit wurde ein fast dreijähriger Krieg beendet und die Basis für die ‚Herrschaft des Rechts‘ gelegt, die (so die Präambel) Demokratie, nationale Einheit, Pluralismus und Grundrechte und Freiheiten des Individuums beinhaltet.“³⁴ Die Hoffnung, nun tatsächlich eine einvernehmliche Lösung gefunden zu haben, war erkennbar groß. Dass es auf beiden Seiten des Konflikts Kräfte gab, die die Macht keinesfalls teilen wollten, wurde ignoriert. Die Rebellenbewegung war seit ihrer Existenz verbal in der Welt von Demokratie und Menschenrechten zuhause. Schon ihre Positionierung gegen das autoritäre, im ethnischen Denken verhaftete Regime Habyarimanas beglaubigte ihren Anspruch, eine fortschrittliche, menschenrechtsbejahende Gruppierung zu sein, die zum Wohle des gesamten ruandischen Volkes agiert und darum, so der verbreitete Eindruck in der internationalen Arusha-Beobachtergruppe, auch zu Konzessionen bereit sein würde. Und dem Habyarimana-Regime bescheinigte man trotz allem, die menschenrechtlichen Defizite in der Exekutive beseitigen und für ein friedliches Zusammenleben von Hutu und Tutsi eintreten zu wollen. 250.000 DM standen der Botschaft in Kigali zur Verfügung, um ihm hierbei zu helfen und das Bewusstsein für Menschenrechte zu fördern. Eine „Woche der Toleranz“ wurde organisiert und bezahlt, Teile der Landbevölkerung konnten, unter Einbeziehung neugegründeter nationaler Menschenrechtsorganisationen,

31 Betr.: Lage in Ruanda, 10.3.1993, in: AA-PA, B 34 160.117, unpag.

32 Internationale Untersuchung über Menschenrechtsverbrechen in Ruanda, 22.1.1993, in: AA-PA, B 34 160.118, unpag.; beiden Kriegsgegnern, also auch der Rebellenbewegung RPF, warf die Kommission zudem die Begehung von Kriegsverbrechen (Morde, Vergewaltigungen, Plünderungen) vor.

33 Politischer Halbjahresbericht Ruanda, Stand vom 30. April 1993, in: AA-PA, B 34 160.117, unpag.

34 Betr.: Unterzeichnung des Friedensvertrages in Arusha am 04.08.93, 9.8.1993, in: AA-PA, B 34 160.118, unpag.

an einer dreimonatigen „Demokratie-Sensibilisierungskampagne“ teilnehmen.³⁵ Auch die Gegenseite vergaß man nicht. Der Vizepräsident und eigentlich starke Mann der RPF, Paul Kagame, wurde in Bonn empfangen, wo man ihm versicherte, „daß Deutschland aktiv teilnehme am Friedensprozeß in Ruanda [...]“.³⁶

Keine Einmischung, sondern hoffnungsvolles Abwarten

Natürlich kann die diplomatische Vertretung eines Entsendestaats, selbst wenn dieser sich in bester Beziehung zum Empfangsstaat wähnt, nicht nach Gusto Politik betreiben. Ihre Vertreter genießen zwar Vorrechte und Immunitäten, doch dürfen sie sich nicht in die inneren Angelegenheiten des Empfangsstaats einmischen.³⁷ Aber was bedeutet das Verbot? Wann ist eine innere Staatsangelegenheit nicht mehr allein eine solche, sondern wird zu einer des Auslands, allen voran des Auslands, das sich, wie die Bundesrepublik Deutschland vor und nach der Wiedervereinigung, als völkerrechtsfreundlich versteht?

Die Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen vom 5. Oktober 1993, mit der eine Friedensmission einschließlich eines Blauhelmeinsatzes für Ruanda beschlossen wurde, wurde allseits als entscheidender Schritt zur Wahrung des Friedens gesehen.³⁸ Alle fünfzehn Mitgliedsstaaten des Sicherheitsrats begrüßten sie, die Beobachtergruppe bei den Friedensverhandlungen in Arusha, zu der auch Deutschland gehörte, empfand sie als nachdrückliche Bestätigung des eigenen Friedensengagements. Niemand wollte zur Kenntnis nehmen, dass die geplante *peace-keeping operation* ein Euphemismus sondergleichen war. Nach wie vor fanden auf beiden Seiten der Frontlinie Massaker statt. Extremistische Kräfte aus Armee, Polizei und Präsidentengarde, verfolgten, unterstützt von den *Interahamwe*-Banden, längst eigene Ziele, und die RPF schaffte es problemlos, über ihre Beteuerungen in Sachen Menschenrechte und Demokratie an die Adresse der Weltöffentlichkeit Massenmord, Vergewaltigung und Vertreibung in den von ihr kontrollierten Gebieten vergessen zu machen. Zudem war Ruanda ein kleines, unbedeutendes Land in einer Region, aus der die Weltöffentlichkeit fast durchweg schlechte Nachrichten erreichten. Eine mehr oder weniger fiel da nicht ins Gewicht, zumal die internationale Aufmerksamkeit ab 1990 respektive 1992 auf zwei völlig konträre Ereignisse gerichtet war: auf das Ende der Apartheid in Südafrika und den Beginn des Jugoslawien-Kriegs. In Ruanda gab es immerhin noch einen Staatspräsidenten und auch die Rebellenbewegung RPF hatte formal einen Ansprechpartner.

Und doch war das, was geschah, eine sich anbahnende Menschheitskatastrophe mit Zuschauern. Warnende Stimmen, die es vereinzelt gab, wurden ignoriert. Alle Hoffnungen ruhten auf dem Friedensvertrag und auf dem Bestand einer souveränen staatlichen Ordnung, als deren Garant Staatspräsident Habyarimana galt. Auch bei der Deutschen Botschaft war die Neigung groß, Störendes zu ignorieren oder kleinzureden, selbst gegenüber der Zentrale in Bonn. Im Zusammenhang mit einem Erlass, in dem die Botschaft „gebeten“ worden war, konkrete Fälle von Menschenrechtsverletzungen, über die Am-

35 Betr.: Finanzielle Unterstützung des Demokratisierungsprozesses in Ruanda, 21.7.1993, in: AA-PA, B 34 160.122; Betr.: Finanzielle Unterstützung des Demokratisierungsprozesses, 11.10.1993, in: ebenda.

36 Betr.: Ruanda, 22.4.1993, in AA-PA, B 34 160.116, unpag.

37 So Art. 41 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen von 1961.

38 <http://unsr.com/en/resolutions/872>.

nesty International berichtet hatte, gegenüber der ruandischen Regierung anzusprechen, musste sie feststellen: „Hierzu hat die Botschaft auch nach mehrfacher Erinnerung bis heute nicht berichtet. Es führt in der Sache auch nicht weiter, wenn die Botschaft Erlasse mit Gegenfragen [...] beantwortet.“³⁹

Der Völkermord und deutsche Unbelehrbarkeit

Am Abend des 6. April 1994 wurde das Flugzeug des Staatspräsidenten Habyarimana beim Landeanflug auf den Flughafen von Kigali abgeschossen. Mit ihm kamen sein burundischer Amtskollege, ebenfalls ein Hutu, sowie einige hohe Offiziere der ruandischen Armee ums Leben. Sofort kam es im Land zu Massakern, zunächst an oppositionellen Hutu, die sich den Extremisten noch in den Weg stellen könnten, dann mit schnell steigendem Furor an Tutsi - Männer, Frauen, Kinder, beim Ziel der gänzlichen Vernichtung der Logik folgend, dass „auch Kagame mal ein Baby war“.⁴⁰

Deutsche Botschaft und Auswärtiges Amt hatten Mühe zu verstehen, was da über Nacht in Ruanda losgebrochen war. In Bonn wird ein Krisenstab namens „Kigali“ gebildet, der sich aus internationalen Quellen ein Bild zu machen versucht. Hauptsorge ist die Evakuierung der etwa 300 in Ruanda lebenden Deutschen. Es eile, faxt Botschafter Dieter Hölscher, man sei der Entwicklung „völlig hilflos ausgeliefert“.⁴¹ Dank französischer und US-amerikanischer Unterstützung gelingt die Evakuierung schließlich innerhalb weniger Tage, und auch das Bild vom Geschehen in Ruanda wird allmählich klarer. War man anfangs noch der Meinung, „Stammesmitglieder der rivalisierenden Tutsi und Hutu ermordeten sich in den Straßen gegenseitig“,⁴² sprach man am 2. Mai schon von ethnisch-politischen Kämpfen, die sich auf das ganze Land ausgeweitet und bereits „einige Zehntausend [Tote]“ gefordert hätten.⁴³ Zwei Wochen später war von Massakern unter der Zivilbevölkerung mit über 200.000 Toten die Rede,⁴⁴ Mitte Juli, als der Völkermord beendet war, erhöhte sich die Zahl auf bis zu 500.000 Tote, Millionen seien auf der Flucht in die Nachbarländer.⁴⁵

Der Begriff des Völkermords ist in den Berichten übrigens nicht zu lesen. Aus deutscher Sicht schien es sich nach wie vor um einen Bürgerkrieg zwischen den „Stämmen der Hutu und Tutsi“ gehandelt zu haben, der nach dem Abschuss des Präsidentenflugzeugs eine fürchterliche Dynamik entfaltet hatte. In großer, oftmals panischer Eile hätten Botschaftsangehörige und in Ruanda arbeitende Deutsche das Land verlassen müssen, nur mit dem Notwendigsten ausgestattet und ohne ihre langjährigen Mitarbeiter und Hausangestellten. Auf diese wartete, wenn sie Tutsi waren, der sichere Tod. Das wusste man. Leben hier, Sterben dort. Im Konvoi sei es über Land zumeist nach Burundi gegangen, vorbei an Spuren von Massakern, deren Anblick man glücklicherweise entronnen war. Aus einem Schreiben des zuständigen Abteilungsleiters im Auswärtigen Amt an

39 Betr.: Menschenrechtslage in Ruanda, 7.12.1992, in: AA-PA, B 34 ZA 153.648, unpag.

40 Hankel, Ruanda, 214-240.

41 B 34 ZA 165.113, unpag.

42 Ebenda.

43 Sachstand Ruanda, 2.5.1994, in: AA-PA, B 34 ZA 165.111, unpag.

44 Gesprächsführungsvorschlag zur Kabinettsitzung am 19.05.1994, 18.5.1994, in: AA-PA, B 34 ZA 165.112, unpag.

45 Betr.: Sachstand Ruanda, 22.7.1994, in: ebenda.

die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Telefonzentrale im Hause: „[A]uf diesem Wege möchte ich mich für den außerordentlichen Einsatz, den Sie alle bei der kürzlichen Krise in Ruanda, die eine Evakuierung unserer Landsleute erforderte, bewiesen haben, herzlich bedanken. Dieser Dank kommt auch vom gesamten Krisenstab sowie von der Botschaft Bujumbura, der Ihr ‚Mutzusprechen‘ sehr gut getan hat, wie sie in einem kürzlichen Fernschreiben ausdrücklich betonte. Wir sind alle sehr froh, daß diese gemeinsame Aktion vieler Mitarbeiter zu einem glücklichen Ende geführt hat und alle gefährdeten Deutschen evakuiert werden konnten.“⁴⁶

Ende Mai 1994 bezeichnete die Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen (VN) das Geschehen in Ruanda als möglicherweise Völkermord und bestätigte diese Annahme definitiv einen Monat später. Eine Resolution des Sicherheitsrats der VN wählte am 1. Juli 1994 noch die vorsichtige Wendung *acts of genocide*, erst im Oktober 1994 kam auf VN-Ebene offiziell in Bezug auf Ruanda der Begriff des Genozids in Gebrauch.⁴⁷

Deutschland war in seiner Unwissenheit folglich nicht allein. Zwar ahnte man, dass etwas Fürchterliches passierte, doch wie das übrige Ausland einschließlich der anderen Staaten, die den Arusha-Friedensprozess begleitet hatten, beschränkte man sich auf Appelle der Mäßigung, die bei durchschnittlich mindestens 5.000 Toten an jedem einzelnen Tag des 100tägigen Gemetzels nicht einmal rührend hilflos wirken. Überforderung ist das Wort, das sich festsetzt bei der Lektüre der deutschen Akten, obwohl doch bis Anfang April 1994 die engen Beziehungen zwischen Ruanda und Deutschland so häufig und intensiv beschworen wurden und die Zahl deutscher Entwicklungsexperten und Regierungsberater so hoch war. Davon ist nun, abgesehen von der Erschütterung der weißen Welt, nichts mehr übrig. Nichts hat man geahnt und nichts verhindert, nicht einmal Lufttransportleistungen zur Linderung der humanitären Katastrophe sollten möglich sein.⁴⁸ Und schon gar nicht sollte es ruandische Flüchtlinge in Deutschland geben. In einer Weisung von 4. Juli 1994, als Massaker und Völkermord so gut wie beendet waren („Das Auswärtige Amt bedauert, erst jetzt die erbetene Drahtweisung zu erteilen“), heißt es in aller Offenheit: „In der Vergangenheit sind Visa für ruandische Staatsangehörige im Hinblick auf die Bürgerkriegssituation allerdings im Einzelfall erteilt worden, nachdem entsprechende Interessengruppen (Pfadfinder) die besondere Gefährdung im namentlich benannten Einzelfall begründet und die Oberste Landesbehörde – auch angesichts politischer Erwägungen – der Aufnahme (...) zugestimmt haben.“⁴⁹

Ende Juli 1994 begab sich eine Abordnung des Auswärtigen Amts nach Kigali, um den Zustand des Botschaftsgebäudes und der Wohnhäuser des früheren Botschaftspersonals zu überprüfen. Das Ergebnis: „Botschaftskanzlei fast unbeschädigt, die meisten Wohnungen einschließlich der Residenz weitgehend geplündert oder verwüstet, jedoch nicht in der Substanz beschädigt. Gebliebene oder zurückgekehrte Bedienstete beschrie-

46 Schreiben vom 20.4.1994, in: AA-PA, B 34 ZA 165.115, unpag.

47 E/CN.4/1995/7 (https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=520) und S/1994/1125 (<https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/s19941125.php>).

48 Übernahme von Lufttransportleistungen von Nairobi nach Kigali durch die Bundesluftwaffe, 19.5.1994, in: AA-PA, B 30 ZA 180.465 unpag.; Übernahme von Lufttransportleistungen durch die Bundesluftwaffe im Zusammenhang mit der VN-Mission UNAMIR (Ruanda), 31.5.1994, in: ebenda. Die deutschen Bedenken waren vor allem verfassungsrechtlicher Art.

49 Betr.: Aufnahme ruandischer Bürgerkriegsflüchtlinge, 4.7.1994, in: AA-PA, B 34 ZA 165.115, unpag.

ben z.T. schreckliche Erlebnisse in ihrer unmittelbaren Umgebung.“⁵⁰ Bereits im August wurde die Deutsche Botschaft wiedereröffnet, als erster Staat nach den USA, wie das Auswärtige Amt mit Stolz vermerkte.⁵¹

Ein Neubeginn also. Oder, wie es der neue deutsche Botschafter August Hummel nach einem Gespräch mit Paul Kagame, dem neuen starken Mann Ruandas, über den Wiederaufbau des Landes sagte: „Wir sollten ihn beim Wort nehmen und schnell helfen, es gibt keine Alternative.“⁵² Doch was bedeutete das konkret? Lesen wir, was der Botschafter zwei Wochen nach dem Gespräch über die öffentliche Vereidigung der Abgeordneten des Übergangsparlaments im November 1994 zu berichten hatte: „Auf meinem Notizkarton hatte ich auch eine Rubrik Tutsi und eine Rubrik Hutu vorgesehen, in dem Glauben, ich könnte die Abgeordneten anhand meiner langjährigen Erfahrungen im südlichen Nachbarland entsprechend katalogisieren. Irrtum: anders als in Burundi sind die Phänotypen in Ruanda nur schwer zu unterscheiden. Nach Größe und Gesichtsschnitt konnte ich allenfalls ein halbes Dutzend Abgeordnete den ‚Langen‘ zu ordnen, bei einem weiteren Dutzend schließe ich aus Vornamen und Sprache, daß sie sich ebenfalls den Tutsi zurechnen. Auf der Ehrentribüne fiel mir die Distinktion hingegen leicht. Kagame, Frau Bizimungu und die Präfektin von Kigali, Major Rose Kabuye, sind klassische Vertreter ihrer Ethnie. Unerwartete Schlußfolgerung am Rande: Staatspräsident Bizimungu kann auch als kooptierter Tutsi angesehen werden.“⁵³

Man sieht: Ob vor dem Völkermord oder nach dem Völkermord, das Bewusstsein paternalistischer Überlegenheit ist ungebrochen. Fast hat es den Anschein, als gehöre dazu die Wahrnehmung des schwarzen Afrikaners als einer Spezies, die wie ein bockiges Kind agiert. Mal zeigt es sich gelehrig und es besteht Hoffnung, dann wieder – und das weitaus häufiger – fällt es zurück in alte Verhaltensweisen und setzt auf Gewalt. Ein wenn nicht hoffnungsloser, so doch zu gehöriger Skepsis Anlass gebender Fall. Und Teil dieser Skepsis war eben auch die Indifferenz, mit der nun Berichte über Massaker, begangen von der eigentlich „guten Seite“ des Konflikts,⁵⁴ zur Kenntnis genommen wurden. Mit der siegreichen Beendigung des Bürgerkriegs hatte die RPF auch den Völkermord beendet. Das war die entscheidende Nachricht. Jetzt sollte ein neues Kapitel aufgeschlagen werden – natürlich wieder in deutscher Begleitung. Aber das ist eine andere Geschichte. Und sie reicht von der beinahe naiven Emphase, mit der postgenozidale Versöhnungsaktionen unterstützt wurden (niemand wäre wohl auf die Idee gekommen, so im Verhältnis zwischen Juden und Deutschen nach der Shoa zu verfahren) bis hin zum nachgerade verbissenen Schweigen über das fatale militärische Engagement des „neuen“ Ruanda im Ostkongo.

50 Betr. Neue Ruanda-Regierung, hier: Dienstreise nach Kigali, 29.7.1994, in: AA-PA, BAV 114 KIGA 45.520, unpag.

51 Auswärtiges Amt an Arbeitsgruppe Außenpolitik der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, 6.10.1994, in: AA-PA, B 34 ZA 165.112, unpag.

52 Betr.: Gespräch mit ruandischen Vizepräsidenten und Verteidigungsminister Kagame, 12.11.1994, in: AA-PA, B 34 ZA 165.111, unpag.

53 Betr.: Vereidigung des ruandischen Übergangsparlaments am 25.11.94, 30.11.1994, in: ebenda.

54 Berichte sprechen von bis zu 100.000 getöteten Hutu, vgl. Prunier (Fn. 20), S. 360.

Sophie Petry

Zu möglichen Ansprüchen gegen ehemalige Kolonialunternehmen bei der Restitution von *Human Remains*

1. Die rechtliche Herausforderung der Restitution von Kulturgütern und *Human Remains* aus der deutschen Kolonialzeit

Geht es um Kulturgüter, die im Zuge kriegesischer Auseinandersetzungen und Ausbeutungen geraubt wurden, ist der Begriff der Restitution nicht weit. Restitution bedeutet die Wiederherstellung von Eigentumsverhältnissen durch Rückgabe oder Entschädigung an die ehemaligen EigentümerInnen oder ihre ErbInnen.¹

Während der deutschen Kolonialzeit (1884-1919) wurden zahlreiche Kulturgüter und *Human Remains*², insbesondere aus den heutigen Staaten Namibia, Tansania, Kamerun und Togo, nach Deutschland verbracht. Geraubte Artefakte wurden zumeist von Museen in Besitz genommen, verwendete man *Human Remains* verwendete man vorwiegend für rassistische Studien.³

Insbesondere die Restitution von Kulturgütern ist seit Jahren Gegenstand intensiver rechtlicher, politischer und ethischer Diskussionen. Bisher wurde nur ein kleiner Teil des rechtlichen Rahmens für Rückgabegesuche ausgestaltet⁴, bestehende Gesetzesvorhaben begegnen teilweise massiver Kritik. Aktuell betrifft dies den Gesetzentwurf der Bundesregierung „zur erleichterten Durchsetzung der Rückgabe von NS-verfolgungsbedingt entzogenem Kulturgut“⁵. Der Entwurf sollte den bisher ungeregelten Bereich des privaten Eigentums normieren und sieht unter anderem vor, dass Eigentumsansprüche auch

1 In diesem Sinne: GRASSI Museum für Völkerkunde zu Leipzig, <https://grassi-voelkerkunde.skd.museum/forschung/dekolonisierung-restitution-und-repatriierung/> (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

2 Der Begriff erfasst sämtliche Körperteile einer ehemals lebenden Person. Dazu zählen zum Beispiel Knochen, konservierte Organe oder Gewebe aber auch Haare oder Nägel, vgl. https://www.bcp.fu-berlin.de/biologie/provenance/rd-inhaltselemente/faq/01_was-sind-human-remains.html (zuletzt abgerufen: 14.03.2025); dazu auch: Florence Stürmer/Julian Schramm, *Human Remains in deutschen Sammlungen*, Working Paper Nr. 18, 2019, Humboldt Law Clinic, Grund- und Menschenrechte, S. 8, http://hlcmr.de/wp-content/uploads/2019/03/WP_2018_HLCMR_Human-Remains-in-deutschen-Sammlungen-%E2%80%93-Rechtspflicht-zur-R%C3%BCckgabe.pdf.

3 Dazu ausführlich: Wulf D. Hund, *Die Körper der Bilder der Rassen*, in: Wulf D. Hund (Hrsg.), *Entfremdete Körper. Rassismus als Leichenschändung*, Bielefeld 2009.

4 Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Sachstand: Koloniale Raubkunst Möglichkeiten der Rückgabe verbrachter Objekte aus kolonialem Kontext, 2021, S. 5, <https://www.bundestag.de/resource/blob/840018/7b372275e77697e8b631b5fdb968fcd/WD-10-005-21-pdf-data.pdf>.

5 <https://dserv.bundestag.de/brd/2024/0389-24.pdf>; dazu zusammenfassend: Matthias Weller, *Restitution durch Schiedsgerichtsbarkeit*, Verfassungsblog, 2024, <https://verfassungsblog.de/restitution-durch-schiedsgerichtsbarkeit/> (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

jenseits aller längst verstrichenen Verjährungsfristen geltend gemacht werden können.⁶ Dafür soll das zivilrechtliche Leistungsverweigerungsrecht modifiziert werden: Zur Verweigerung der Leistung soll zukünftig nur berechtigt sein, „wer den Besitz in gutem Glauben erworben hat“. Dies stieß bei einer Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestags auf viel Widerstand: Dem Gesetz fehle im Grunde der Anwendungsbereich, weil es den gutgläubigen Erwerb erlaube und somit praktisch jeder Eigentumserwerb letztlich Legitimation finde.⁷

Den Fragen nach einem Rechtsrahmen für Rückgabeforderungen und deren rechtlicher Durchsetzbarkeit kommt also vermehrt Bedeutung zu.⁸ 2016 trat das Kulturschutzgutgesetz (KGSG) in Kraft, das in Umsetzung der Richtlinie 2016/60/EU öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen für die Rückforderung von Kulturgütern regelt.⁹ Privatrechtlich fehlt es aber weiterhin an einer gesetzlichen Regelung.

Zunehmend zeigen sich auch Bemühungen, einen rechtlich verbindlichen Rahmen und Umgang mit *Human Remains* aus kolonialen Kontexten zu finden. Sie fallen nicht unter die Begriffsdefinition „Kulturgut“ gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG. Ein restitutionelles Regelwerk für *Human Remains* wäre dringend notwendig: Nach einer deutschlandweiten Umfrage, die erstmals eine Übersicht über koloniale *Human Remains* in Museen und universitären Sammlungen bietet, befinden sich in 33 befragten Einrichtungen etwa 17.000 *Human Remains* aus kolonialen Kontexten.¹⁰ In den 2010er Jahren kam es bereits vereinzelt zu Rückgaben, so zum Beispiel von Seiten der Berliner Charité, die 2011 *Human Remains* an Namibia übergab.¹¹

Zudem haben verschiedene Institutionen, darunter der Deutsche Museumsbund, Leitfäden zum Umgang mit *Human Remains* veröffentlicht. Diese betonen die Bedeutung der Provenienzforschung und empfehlen eine enge Zusammenarbeit mit den Herkunftsgemeinschaften sowie die Einhaltung ethischer Standards bei der Aufbewahrung und Rückgabe.¹²

Während vielfach staatliche Institutionen in der Verantwortung gesehen werden, rücken auch ehemalige deutsche Kolonialunternehmen als mögliche Anspruchsgegner in den Fokus. Auch in der wissenschaftlichen Diskussion gewinnt die Frage nach Restituti-

6 Zum Hintergrund: Bereits 2021 wurde ein ähnlicher Gesetzesentwurf in den Bundestag eingebracht: Bundestag Drucksache 19/31207, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/312/1931207.pdf>.

7 Bundestag, Drucksache 20/13258; <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw45-pa-kultur-rueckgabe-kulturgut-1025692> (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

8 Vgl. Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Rückführung von Kulturgütern aus Kolonialgebieten, Rechtsgrundlagen für Ansprüche auf Restitution, 2018, <https://www.bundestag.de/resource/blob/561162/d41c5c7c2312cbd82286e01677c187e8/wd-10-023-18-pdf-data.pdf>.

9 Dazu: Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Koloniale Raubkunst, Möglichkeiten der Rückgabe verbrachter Objekte aus kolonialem Kontext, 2021, S. 5, <https://www.bundestag.de/resource/blob/840018/7b372275e77697e8b631b5fd9b968fce/WD-10-005-21-pdf-data.pdf>.

10 María Leonor Pérez Ramírez, Umfrage zu menschlichen Überresten aus kolonialen Kontexten in Museums- und Universitätssammlungen in Deutschland, Berlin: Kulturstiftung der Länder, 2023; Auswärtiges Amt, Gemeinsame Erklärung zur Umfrage zu menschlichen Überresten aus kolonialen Kontexten in Museums- und Universitätssammlungen in Deutschland, 29.12.2023, <https://www.auswaertiges-amt.de/de/newsroom/2638916-2638916> (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

11 S. dazu: <https://www.dw.com/de/debatte-zum-umgang-mit-objekten-kolonialer-herkunft/a-51367037> (zuletzt abgerufen: 14.03.2025), s. auch: https://anatomie.charite.de/ueber_den_faecherverbund/human_remains_projekt (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

12 <https://icom-deutschland.de/de/nachrichten/532-arbeitshilfe-human-remains.html> (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

onsansprüchen zunehmend an Relevanz. Dabei werden sowohl Ansprüche nach deutschem Zivilrecht als auch völkerrechtliche Grundlagen berücksichtigt. Abgesehen von der schwierigen rechtlichen Rekonstruktion der in Restitutionsfällen typischen Sachverhalte bietet aber insbesondere das bürgerliche Recht zwei Hindernisse, die in der Praxis nur äußerst schwer überwindbar sind: Beweisregeln und Verjährungsfristen.¹³ Bis heute gibt es auch kein völkerrechtliches Übereinkommen, das eine Rückgabeverpflichtung von *Humain Remains* regelt, sodass direkte internationale Rechtsgrundlagen nicht existieren.

Der vorliegende Beitrag bietet im Folgenden einen Überblick zu (möglichen) rechtlichen Restitutionsgrundlagen und aktuellen gesetzlichen Hindernissen. Als Inspirationsquelle wird die französische Restitutionsgesetzgebung beleuchtet und eine mögliche Übertragbarkeit auf das deutsche Recht. Nach einem knappen Überblick zur deutschen Kolonialgeschichte mit Schwerpunkt auf der Rolle von Kolonialunternehmen wird sodann nach restitutionsfähigen Rechtsgütern im deutschen Recht gefragt. Den Abschluss bilden Ausführungen zu möglichen (alternativen) Lösungsansätzen für die Umsetzung von Restitution.

2. Vorbild für Deutschland? Die aktuelle französische Restitutionsgesetzgebung

In einigen europäischen Ländern führte die Auseinandersetzung mit NS-Raubkunst, aber auch mit der kolonialen Vergangenheit, bereits zu rechtlichen Grundlagen für Rückgaben an die Herkunftsländer.

a) Erstes restitutionelles Einzelfallgesetz¹⁴

Präsident Emmanuel Macron beauftragte 2018 den Autoren und Wirtschaftswissenschaftler Felwine Sarr sowie die Kunsthistorikerin Bénédicte Savoy mit einer Bestandsaufnahme der in französischen Museen befindlichen kolonialen Güter und der Erarbeitung von Vorschlägen für die Umsetzung einer Rückgabe dieser Güter. Nachdem Macron infolge der Veröffentlichung und auf Grundlage des „Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain“ („Zurückgeben: Über die Restitution afrikanischer Kulturgüter“) 2018 die Rückgabe von 26 Artefakten aus Benin beschloss¹⁵, trat am 17. Dezember 2020 ein neues Gesetz in Kraft, das die dauerhafte Rückgabe von einigen Kulturgütern aus französischen Sammlungen an die Republiken Benin und Senegal ermöglichte. Weitere ähnlich strukturierte Gesetze wie ein Einzelfallgesetz zur Restitution von fünfzehn Kunstwerken aus öffentlichen Sammlungen folgten. Bereits während der Beratungen zu diesem Gesetz kündigte die damalige Kulturministerin Roselyne Bachelot an, dass es ein allgemeines Gesetz geben solle, das die rechtlichen Rahmenbedingungen für Resti-

13 Sebastian Spitra, Rechtsdiskurse um die Restitution von Kulturerbe mit kolonialer Provenienz, in: (Post)koloniale Rechtswissenschaft, S. 535.

14 Loi n° 2020-1673 du 24 décembre 2020 relative à la restitution de biens culturels à la République du Bénin et à la République du Sénégal, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042738023>.

15 <https://www.lefigaro.fr/arts-expositions/2018/11/21/03015-20181121ARTFIG00145-erestitutions-d-oeuvres-a-l-afrique-le-rapport-des-experts-mandates-par-l-elysee-ne-fait-pas-l-unanime.php> (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

tutionen schaffen sollte. Daraus entstand Loi n°2023-650¹⁶, das die Restitution bestimmter, gesetzlich definierter Kulturgüter im öffentlichen Eigentum abweichend von Art. L.2112-1, L.3111-1 des Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) und ohne vorherige Einschaltung des Parlaments regelt. Der öffentliche Eigentümer wird dazu autorisiert, nach Durchführung eines besonderen Verwaltungsverfahrens vor der „Commission pour l’indemnisation des victimes de spoliations du fait des législations antisémites“ (CIVS) das betreffende Kulturgut aus der eigenen Sammlung mit dem Ziel einer Restitution an die Berechtigten „auszusondern“ („déclassement“).¹⁷ Nicht umfasst durch das Gesetz ist die Rückgabe von *Human Remains*, da diese nicht von der Kulturgüterdefinition des Art. L.2112-1 CGPPP¹⁸ erfasst sind. Demnach sind Kulturgüter „bewegliche Sachen, an denen ein öffentliches (historisches, künstlerisches, archäologisches, wissenschaftliches oder technisches) Interesse besteht, das insbesondere bei Objekten in musealen Sammlungen und alten Büchern in öffentlichen Bibliotheken vermutet wird.“¹⁹ Das deutsche KGSG ist strukturell an das französische Loi n°2023-650 angelehnt.

b) b) Zur Restitution von Human Remains

Die Gesetzeslücke zur Rückgabe von *Human Remains* wurde mit dem Loi n° 2023-1251²⁰ am 26. Dezember 2023 geschlossen. Ziel des Gesetzes ist es, den allgemeinen Rahmen für die Rückgabe von *Human Remains* aus öffentlichen Sammlungen festzulegen.

Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist auf identifizierte *Human Remains* ausländischen Ursprungs beschränkt. Im Falle von Zweifeln an der Identifizierung überprüft ein Ausschuss, der sich zu gleichen Teilen aus WissenschaftlerInnen zusammensetzt, die von Seiten des die Rückgabe ersuchenden Staats und von Frankreich ernannt werden, die Herkunft der Stücke. Der Antrag auf Rückgabe muss von einem Staat gestellt werden. Dieser darf auch im Namen einer Personengruppe handeln, die sich in einem anderen Staat befindet, solange sie in seinem Hoheitsgebiet aber präsent bleibt und ihre Kultur und Traditionen weiterhin aktiv sind. Die betroffenen *Human Remains* müssen von Personen stammen, die nach dem Jahr 1500 verstorben sind. Zudem müssen die Aufbewahrungsbedingungen der betreffenden öffentlichen Sammlung den Grundsatz der Menschenwürde verletzen oder gegen die Achtung der Kultur und den Traditionen der jeweiligen Personengruppe verstoßen.

Zur ordnungsgemäßen Unterrichtung des Parlaments wird ein Jahresbericht erstellt, der sich zu anhängigen Restitutionsbegehren, Restitutionsentscheidungen mit ihren Begründungen und den tatsächlich geleisteten Rückgaben äußern muss. Mit dem Gesetz

16 Loi n° 2023-650 du 22 juillet 2023 relative à la restitution des biens culturels ayant fait l'objet de spoliations dans le contexte des persécutions antisémites perpétrées entre 1933 et 1945, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047874541>.

17 Dazu ausführlich Johannes von Lintig, Frankreich schafft ein Rahmengesetz zur Restitution von NS-Raubkunst, in: Kunst und Recht 25 (2023), 3/4, S. 112-119.

18 https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070299/.

19 So übersetzt von Johannes von Lintig, Frankreich schafft ein Rahmengesetz zur Restitution von NS-Raubkunst, in: Kunst und Recht 25 (2023), 3/4, S. 113.

20 Loi n° 2023-1251 du 26 décembre 2023 relative à la restitution de restes humains appartenant aux collections publiques, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000048668800>.

macht Frankreich einen großen Schritt in Richtung der Schaffung von Rechtsgrundlagen, auf die sich Restitutionsbegehren stützen können. Ist ein solches Gesetz auch in Deutschland denkbar?

3. Der deutsche Kolonialismus und seine (wirtschaftlichen) Akteure

Während der deutschen Kolonialherrschaft spielten verschiedene Wirtschaftsakteure eine zentrale Rolle bei der Aneignung von Kulturgütern und *Human Remains*. Besonders Handelsgesellschaften, wissenschaftliche Institutionen und Museen profitierten von der kolonialen Gewalt und der systematischen Plünderung. Die Mitnahme von Kulturgütern und *Human Remains* erfolgte häufig unter Zwang, durch Plünderungen oder im Rahmen kolonialer Forschungsreisen, die nicht selten von deutschen Unternehmen finanziert oder unterstützt wurden.

Zu den wissenschaftlichen Institutionen, die durch die Sammlung von *Human Remains* am deutschen Kolonialstreben beteiligt waren, gehörte die Berliner Gesellschaft für Anthropologie, Ethnologie und Urgeschichte. Sie organisierte im Rahmen ihrer Tätigkeit Expeditionen, um Schädelansammlungen für rassenanthropologische Forschungen zu erweitern.²¹ Das von Kolonialunternehmen mitfinanzierte Hamburgische Kolonialinstitut diente als Zentrum zur Erforschung der kolonialen „Rassekunde“, zu deren Zweck *Human Remains* „analysiert“ wurden.²² Daneben spielten Museen eine Schlüsselrolle bei der systematischen Sammlung und Ausstellung von *Human Remains* und Kulturgütern. So besitzt das ethnologische Museum Berlin bis heute zahlreiche geraubte Artefakte und auch *Human Remains*, die unter teilweise nach wie vor ungeklärten Umständen nach Deutschland gelangten.²³ Die Sammlung des Senckenberg Museums in Frankfurt am Main enthielt über Jahrzehnte hinweg Schädel von getöteten OvaHerero und Nama, die für „rassenbiologische“ Forschungen genutzt wurden.²⁴ Auch die Staatlichen Kunstsammlungen Dresden erhielten geraubte Skulpturen und andere Kulturgüter aus von den Deutschen kolonisierten Gebieten.²⁵

4. Zur Anwendbarkeit deutschen Rechts auf Restitutionsbegehren

Die Anwendbarkeit deutschen Rechts auf Restitutionsbegehren bestimmt sich nach den Regeln des Internationalen Privatrechts (IPR), insbesondere nach den Vorschriften des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB). Für den nationalen Kulturgüterschutz gilt das Belegenheitsprinzip (*lex rei sitae*), umgesetzt in Artikel 43 EGBGB, wonach die Rechte an einer Sache dem Recht des Staates unterliegen, in dem sich die Sache befindet. Allerdings richten sich deliktsrechtliche Ansprüche nach Art. 40

21 Andrew Zimmermann, *Anthropology and Antihumanism in Imperial Germany*, 2011, S. 185.

22 Georg Thilenius, Hamburgisches Kolonialinstitut, in: *Deutsches Kolonial-Lexikon*, Band 2, 1920, S. 12.

23 Vgl. dazu. Larissa Förster/Iris Edenheiser/Sarah Fründt/Heike Hartmann, *Provenienzforschung zu ethnografischen Sammlungen der Kolonialzeit*, Bohlau 2021.

24 Zimmerer/Zeller, *Völkermord in Deutsch-Südwestafrika, Der Kolonialkrieg (1904-1908) in Namibia und seine Folgen*, S. 112.

25 Bénédicte Savoy, *Die Provenienz der Kultur. Von der Trauer des Verlusts zum universellen Menschheitserbe*, 3. Aufl. Berlin 2018, S. 68.

EGBGB (Tatortprinzip), wonach im Fall einer Mitnahme der *Human Remains* in einem ehemals kolonialen Gebiet grundsätzlich das dortige Recht anzuwenden wäre. Die verletzte Person kann jedoch gem. Art. 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB verlangen, dass anstelle des Rechts des Handlungsorts das Recht des Staates angewandt wird, in dem der Erfolg eingetreten ist (Erfolgort).²⁶

5. Die zivilrechtliche Einordnung von *Human Remains*

a) Restitutionsfähige Rechtsgüter im deutschen Recht

Öffentliche Sammlungen und Museen berufen sich regelmäßig auf ihr Eigentum auf Grundlage einer sog. Legalitätsprämisse: Das Eigentum an den betreffenden Gegenständen sei doch auf Basis von Verträgen zwischen VertreterInnen der Kolonialmacht und Kolonialiserten, sprich aufgrund von zu der Zeit legalen Rechtsgrundlagen übertragen worden.²⁷ Diese Argumentation setzt ein stringentes, „vollständig rekonstruierbares ‚formales‘ Kolonialrecht²⁸ voraus, das so nicht existierte.

Bewegliche Sachen wie Kunstwerke oder Mobiliar, die durch unrechtmäßige Handlungen wie Raub, Zwangsverkauf oder Enteignung entzogen wurden, sind restituierbar. Ähnlich verhält es sich bei Immobilien, die durch unrechtmäßige Enteignung oder andere unrechtmäßige Übertragungen entzogen wurden. Für Kulturgüter sind das KGSG sowie die Washingtoner Prinzipien von 1998 maßgeblich, die die Rückgabeansprüche auf Kulturgüter aus der Zeit des Nationalsozialismus regeln. Während Kulturgüter unproblematisch als Sachen im Sinne des § 90 BGB behandelt werden und somit auch eigentumsrechtliche Ansprüche denkbar sind, ist die rechtliche Kategorisierung im Fall von *Human Remains* aber weniger eindeutig. Bei der Restitution von *Human Remains* spielt das postmortale Persönlichkeitsrecht eine zentrale Rolle.

b) Die zivilrechtliche Einordnung von *Human Remains*

Rein materiell könnte sich aus der Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts eine restitutionelle Anspruchsgrundlage ergeben. Ein Problem dabei ist jedoch, dass diese Rechte von Angehörigen oder RechtsnachfolgerInnen geltend gemacht werden müssen, die häufig nicht identifizierbar sind. Das postmortale Persönlichkeitsrecht ist beim Umgang mit *Human Remains* aber gerade nur dann relevant, wenn die Person, zu der sie gehören, identifizierbar ist. Für Menschen aus ehemaligen Kolonialgebieten ist die schwer durchführbare Identifizierung der *Human Remains* ihrer Angehörigen mitunter das größte Problem.²⁹

26 BeckOGK/Formasier, 01.06.2022, EGBGB Art. 40 Rn. 37.

27 Vgl. Zur Legalitätsprämisse bei Wegnahme von cultural belongings: Gwinyai Machona, „Die Abwesenheit des Rechts bei kolonialem ‚Kulturgüterraub‘, zugleich eine Besprechung von Gouaffo/Savoy et al. (Hrsg.), Atlas der Abwesenheit: Kameruns Kulturerbe in Deutschland“, ZaöRV (2023), S. 925 ff.

28 Ebenda, S. 928.

29 S. dazu, Staatsministerin im Auswärtigen Amt Katja Keul, <https://www.spiegel.de/geschichte/staatsministerin-katja-keul-dass-menschliche-ueberreste-in-kellern-gelagert-werden-ist-unwuerdig-a-42d46097-286e-45b7-9261-69c308d1222e> (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

Bei der Restitution von Kulturgütern liegt es auf der Hand, dass die Rückforderungen auf einer Eigentumsprämisse basieren – sowohl von Seiten der AnspruchstellerInnen als auch von Seiten derer, in deren Besitz sie sich befinden. Bei *Human Remains* ist dies jedoch nicht so eindeutig. Die Zuschreibung auf einen Leichnam als Sache ist in ethischer Hinsicht fragwürdig und mindestens kontraintuitiv. Zwar ist in der Provenienzforschung teilweise umstritten, ob *Human Remains* als Kulturgut, mithin als Sachen eingeordnet werden. Jedoch grenzt u. a. der Leitfaden des Deutschen Museumsbunds zum Umgang mit menschlichen Überresten in Museen und Sammlungen eindeutig Kulturgüter und *Human Remains* voneinander ab („[...] Rückgaben von menschlichen Überresten und Kulturgütern aus Deutschland“).³⁰ Auch die Bundesregierung sieht *Human Remains* nicht als vom KGSG umfasst an.³¹

Bei der Einordnung des toten Menschen bzw. des toten menschlichen Körpers im Recht gilt im zivilrechtlichen Rechtsdenken der Grundsatz, dass niemand „als Eigentümer seiner eigenen Glieder angesehen“ werden kann.³² Dazu stellte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 1968 fest, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG auch über den Tod hinaus Wirkung entfaltet. Demnach schützt das postmortale Persönlichkeitsrecht Verstorbene vor entwürdigender Behandlung und unbefugter Nutzung ihrer *Human Remains*.³³ Durch das Persönlichkeitsrecht wird die Sacheigenschaft des Leichnams überlagert, solange der Leichnam noch die Persönlichkeit der Verstorbenen repräsentiert.³⁴ Es handelt sich dabei zwar um eine Sache, aber eine, die ausnahmsweise außerhalb des Rechtsverkehrs steht (sog. „res extra commercium“).³⁵ Erlischt das fortwirkende Persönlichkeitsrecht der verstorbenen Person, wird ihr Leichnam verkehrsfähig, erhält also Sacheigenschaft. Als Sache kann er dann auch der Aneignung unterliegen.³⁶ Dies gilt auch für einzelne Teil des Leichnams³⁷ und ergibt sich bereits daraus, dass auch abgetrennte Körperteile dem Totenfürsorgeberechtigten und nicht den ErbInnen zustehen.³⁸

30 Alma Nankela und Jeremy Silvester, Ein Erfahrungsbericht aus Namibia: Die Kontroverse um Rückführung menschlicher Überreste und heiliger Gegenstände, in: Deutscher Museumsbund, Leitfaden zum Umgang mit menschlichen Überresten in Museen und Sammlungen, 2021, S. 142 <https://www.museumsbund.de/wp-content/uploads/2021/06/dmb-leitfaden-umgang-menschl-ueberr-de-web-20210623.pdf>.

31 S. dazu: Staatsministerin im Auswärtigen Amt Katja Keul, <https://www.spiegel.de/geschichte/staatsministerin-katja-keul-dass-menschliche-ueberreste-in-kellern-gelagert-werden-ist-unwuerdig-a-42d46097-926e-45b7-9261-69c308d1222e> (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

32 D. 9, 2, 13 pr. Original: *Dominus membrorum suorum nemo videtur*, Text und Übersetzung von Behrens/Knütel/Kupisch/Seiler/Apathy, Corpus Iuris, Bd. II., S. 741) zit. Robert Korves, Eigentumsunfähige Sachen, 2014, S. 96.

33 BVerfG, Beschluss vom. 24.02.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173; einen postmortalen Schutz der Persönlichkeit erwähnte der BGH erstmals 1954 in der sog. Cosima-Wagner-Entscheidung, BGH, 26.11.1954 – I ZR 266/52, GRUR 1955, 201; zusammenfassend: Hannes Ludyga, Das postmortale allgemeine Persönlichkeitsrecht, in: ZEV 2022, 693.

34 BeckOK/Mössner, 15.03.2024, BGB § 90 Rn. 24.

35 Thorsten Finger/Philipp Müller, „Körperwelten“ im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Menschenwürde, NJW 2004, 1073.

36 MüKoBGB/Stresemann, 10. Aufl. 2025, BGB § 90 Rn. 32.

37 Claus Ahrens, Der Leichnam – rechtlich betrachtet, in: ErbR 2007, S. 149.

38 BeckOK/Preuß, 1.11.2024, BGB § 1922 Rn. 357.

Auch wenn die Dauer des postmortalen Persönlichkeitsrechts nicht pauschal, sondern für den Einzelfall bestimmt werden soll³⁹, wird davon ausgegangen, dass es spätestens dann erlischt, wenn der Leichnam nicht mehr Gegenstand der Totenehrung ist. Jedenfalls besteht wohl für die „namenlosen Toten“, deren Todeszeitpunkt über 100 Jahre zurückliegt, kein Schutz aus dem postmortalen Persönlichkeitsrecht mehr.⁴⁰

Auch ohne Einschlägigkeit des postmortalen Persönlichkeitsrechts gilt darüber hinaus der Schutz der Menschenwürde Toter gem. Art. 1 Abs. 1 GG. Der Leichnam muss in einer Weise behandelt werden, die mit dem durch das Grundgesetz garantierten Schutz der Menschenwürde in Einklang steht und darf vor allem nicht zum Objekt degradiert werden.

Bei möglichen Ansprüchen, die bei Verletzung von Eigentum infrage kommen, sind insbesondere der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB, der Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB sowie Herausgabeansprüche aus Bereicherungsrecht zu nennen.

6. Internationale Strategien zur Unternehmensverantwortung bei Restitution

Auch aus internationalen Übereinkommen und Regelwerken könnten eine Unternehmensverantwortlichkeit und zukünftig ggf. eine rechtliche Haftbarkeit begründet werden, die eine restitutionelle (Selbst-)Verpflichtung bedeuten kann.

a) UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte

Zwar schaffen die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (UN Guiding Principles on Business and Human Rights⁴¹) keine direkte Haftung für Unternehmen und sind dem Soft Law zuzurechnen. Allerdings setzen diese für Unternehmen eine „Verantwortung zur Achtung der Menschenrechte“ fest. Zudem fordern sie Staaten auf, Rechtsmechanismen zu schaffen, um Unternehmen zur Rechenschaft zu ziehen.

b) Extraterritoriale Klagen: Menschenrechtsklagen gegen Unternehmen vor nationalen Gerichten

Hervorzuheben ist auch, dass es bereits Klagen gegen Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen gegeben hat, deren Grundlagen möglicherweise als Vorlage dienen könnten. Aktuell ist der Lafarge-Fall, der 2021 in Frankreich entschieden wurden. Hier wurde ein Unternehmen wegen Terrorfinanzierung in Syrien angeklagt.⁴²

39 BGH NJW 1990, 1986 (1988).

40 Carola Thielecke/Michael Geißdorf, Rechtliche Grundlagen für en Umgang der Museen und Sammlungen mit menschlichen Überresten, in: Leitfaden Umgang mit menschlichen Überresten in Museen und Sammlungen, S. 109, 2021, <https://www.museumbund.de/wp-content/uploads/2021/06/dmb-leitfaden-umgang-menschl-ueberr-de-web-20210623.pdf>.

41 UNGP, UN doc A/HRC/17/31, https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

42 https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/21.09.07._cour_de_cassation_decision.pdf, vgl. dazu <https://www.ecchr.eu/en/press-release/historic-victory-before-french-supreme-cou>

In den USA ermöglicht das Alien Tort Statute (ATS) von 1789 grundsätzlich Klagen gegen Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen, auch durch ausländischen KlägerInnen.⁴³ Obwohl die Anwendung auf Unternehmen umstritten ist, gab es mehrere Fälle, in denen multinationale Konzerne wegen Menschenrechtsverletzungen verklagt wurden (z. B. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*⁴⁴). Zwar entschied der US Supreme Court 2018 in *Jesner v. Arab Bank*⁴⁵, dass ausländische Unternehmen nicht unter das ATS fallen, der ATS kann dennoch als Beispiel dienen, wie Unternehmen mittels eigens dafür geschaffener Gesetze für spezifische Vergehen gegen das Völkerrecht haftbar gemacht werden können.

c) Lieferkettengesetze und extraterritoriale Regulierung

In Deutschland verpflichtet seit 2023 das Lieferkettengesetz Unternehmen zur Einhaltung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten in ihren globalen Lieferketten.⁴⁶ Obwohl das Gesetz nicht explizit auf kolonialgeschichtliche Verbrechen ausgerichtet ist, könnten sich daraus potenzielle Auswirkungen auf Unternehmen ergeben, die direkt oder indirekt von kolonialen Strukturen profitiert haben. So regelt das Gesetz (s. §§ 3, 4, 5, 6, 7, 8 und 10) eine erweiterte menschenrechtliche Verantwortung: Unternehmen müssen menschenrechtliche Risiken in ihren Lieferketten analysieren und Maßnahmen zur Prävention ergreifen. Dies könnte langfristig zu einer Auseinandersetzung mit kolonialhistorischen Ungerechtigkeiten führen. Unternehmen könnten dann dazu angehalten werden, ihre historischen Verstrickungen in koloniale Ausbeutung offenzulegen und angemessene Wiedergutmachungsmaßnahmen in Betracht zu ziehen. Verstöße gegen das LkSG können mit Bußgeldern und dem Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen sanktioniert werden, was Unternehmen dazu bewegen könnte, Restitutionsforderungen ernst zu nehmen.

Auf EU-Ebene verpflichtet die „Corporate Sustainability Due Diligence Directive“ (CSDDD) Unternehmen dazu, menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken entlang ihrer gesamten Wertschöpfungskette zu identifizieren und anzugehen. Auch vergangene Menschenrechtsverletzungen könnten durch die Richtlinie geahndet werden.⁴⁷ So sieht Art. 22 CSDDD eine zivilrechtliche Haftung für Unternehmen vor, wenn sie ihre menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten verletzen und dadurch Schaden entsteht. Nach Art. 20 CSDDD sind Mitgliedstaaten zudem verpflichtet, wirksame Sanktionen gegen Unternehmen zu verhängen, die ihren Sorgfaltspflichten nicht nachkommen. Diese könnten in Zukunft auch Forderungen nach Wiedergutmachung für kolonialhistorische Verbrechen umfassen.

rt-on-the-indictment-of-multinational-lafarge-for-complicity-in-crimes-against-humanity-in-syria/ (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

43 https://www.law.cornell.edu/wex/alien_tort_statute (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

44 <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/108/> (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

45 <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/584/16-499/> (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

46 Tobias Bomsdorf/Berthold Blatecki-Burgert, Lieferketten-Richtlinie und Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, in: ZRP 2022, S. 141.

47 Leonhard Hübner/Victor Habrich/Marc-Philippe Weller, Corporate Sustainability Due Diligence, in: NZG 2022, S. 644.

Zwischenfazit

Nach wie vor existiert keine völkerrechtliche Haftung für Unternehmen. Es gibt jedoch sowohl auf nationaler Ebene als auch durch vermehrte internationale Standards und Soft Law Möglichkeiten, Unternehmen für ihre Beteiligung an schweren Verbrechen zur Verantwortung zu ziehen. Zudem ist zu beobachten, dass Zivilklagen gegen Unternehmen immer häufiger versucht werden.⁴⁸

7. Praktische Herausforderungen und Lösungsansätze

Die juristische und politische Auseinandersetzung mit der Restitution von *Human Remains* aus kolonialen Kontexten steht vor erheblichen praktischen Herausforderungen. Einerseits bestehen erhebliche Schwierigkeiten in der gerichtlichen Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ansprüche gegen ehemalige Kolonialunternehmen, andererseits gewinnen alternative Ansätze wie politische Verhandlungen und freiwillige Restitutionen an Bedeutung. Ein weiteres wesentliches Element ist die wachsende Relevanz der Corporate Social Responsibility (CSR) als Druckmittel, um Unternehmen zu einer proaktiven Auseinandersetzung mit ihrer kolonialen Vergangenheit zu bewegen.

a) Schwierigkeiten der gerichtlichen Durchsetzbarkeit

Die gerichtliche Geltendmachung von Restitutionsansprüchen wird oft durch Beweislastprobleme erschwert. Soweit Historische Dokumente noch existieren, sind sie häufig lückenhaft und in verschiedene Archive verteilt. Insbesondere bei der Frage, ob die Aneignung rechtswidrig erfolgte oder auf Zwang beruhte, stellt sich die Herausforderung der Darlegungslast.⁴⁹

Weitere rechtliche Probleme ergeben sich aufgrund des langen Zeitablaufs. Nach deutschem Recht verjähren Schadensersatzansprüche gemäß der absoluten Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB in 30 Jahren. Allerdings könnte die Einrede der Verjährung durch den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen sein, wenn die beklagte Partei durch eigenes Verhalten die rechtzeitige Geltendmachung des Anspruchs verhindert hat. Bislang gibt es noch keine gesicherten Präzedenzfälle zur Anwendung von Ausnahmeregelungen oder einer Verlängerung der Verjährungsfrist.

In den Anhörungen rund um das neue Restitutionsgesetz wurde 2024 der Vorschlag vorgebracht, dem § 195 BGB einen zweiten Absatz beizufügen. Demnach soll die Verjährung des Anspruchs aus § 985 BGB bei Kulturgütern, die politisch oder rassistisch Verfolgten zwischen 1933 und 1945 abhanden gekommen sind, nicht greifen. Des Weiteren soll mit einem neuen § 937 II S. 3 BGB (Restitutionsgesetz erweitert („RIG+“)) ausgeschlossen werden, dass sich auf bereits entstandene Eigentumspositionen für Kulturgüter berufen werden kann, die zwischen 1933 und 1945 rassistisch oder politisch Verfolgten abhandenkamen. Darüber hinaus soll ein Entschädigungsanspruch für Personen bestehen, die

48 Vgl. dazu <https://www.germanwatch.org/sites/default/files/publication/11098.pdf>.

49 BGH NJW 1983, 2684.

vor Inkrafttreten per Ersitzung oder anderswie EigentümerInnen geworden sind.⁵⁰ Eine solche Regelung könnte auch für den Fall der Restitution um Kolonialismus, insbesondere bezüglich der Rückgabe von *Human Remains*, geschaffen werden.

Eine weiteres Hindernis, das mit auch durch die erhebliche zeitliche Diskrepanz bedingt ist, ist, ob die „Erwerbungsverfahren“ nach heutigem Recht oder nach dem Recht zu beurteilen ist, das zum Zeitpunkt des jeweiligen Vorgangs in Kraft war. Nach dem Grundsatz des intertemporalen Rechts werden nur solche Sachverhalte einer neuen Rechtsvorschrift unterworfen, die nach der Gesetzes- oder Rechtsänderung entstehen. Sachverhalte, die vor der Rechtsänderung abgeschlossen wurde, unterfallen demnach altem Recht. Auf derartige Sachverhalte neue Regelungen anzuwenden, würde einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot aus Artikel 103 Abs. 2 GG darstellen.⁵¹ Insbesondere die sogenannte „echte Rückwirkung“, die vorliegt, wenn ein Gesetz nachträglich in bereits abgeschlossene Sachverhalte eingreift und deren Rechtsfolgen ändert, ist unzulässig, da diese gegen den Verfassungsgrundsatz der Rechtsstaatlichkeit (Artikel 20 und 28 GG), insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes, verstößt und die Rechtssicherheit verletzt.⁵² Ohne rückwirkende Anwendbarkeit wäre die Restitution von NS-Unrecht oder auch Verbrechen aus der deutschen Kolonialzeit nie durchsetzungsfähig, da es sich stets um abgeschlossene Sachverhalte handelt.⁵³ Eine echte Rückwirkung ist aber zulässig, wenn diese durch „zwingende Gründe des gemeinen Wohls“ bzw. durch „ein nicht – oder nicht mehr – vorhandenes schutzwürdiges Vertrauen des Einzelnen“ in der vorliegenden Konstellation gerechtfertigt. Insbesondere, wenn ein Gesetz zur „Bereinigung einer unklaren oder verworrenen Rechtslage“ dient, soll seine Rückwirkung zulässig sein, da in solchen Fällen ohnehin kein schutzwürdiges Vertrauen entstehen kann.⁵⁴

b) Potentielle Lösungsmöglichkeiten

Nach der Darstellung der unzureichenden Restitutionsmöglichkeiten – sowohl international aber auch national für Deutschland – ist der Gedanke an eine Gesetzesnovelle im Stile des Entwurfs betreffend die Kulturgüter politisch und rassistisch Verfolgter zwischen 1933 und 1945 naheliegend. Um die bereits vorhandenen Anspruchsgrundlagen, insbesondere aus dem Sachenrecht, handbarer werden zu lassen und um ihnen überhaupt zu einer Durchsetzbarkeit verhelfen zu können, könnte die Herausgabennorm des § 985 BGB z. B. so erweitert werden, dass die Verjährung für Kolonialgüter und auch für *Human*

50 Bundestag, Ausschussdrucksache 20(22)106, Stellungnahme Dr. Christoph J. Partsch zu der öffentlichen Anhörung am 11. März 2024 zum Thema „Restitution von NS-Raubkunst“, https://www.bundestag.de/resource/blob/992720/31459833ea36deac05f4883f4bfe31f9/Stellungnahme_Partsc_h.pdf.

51 Carola Thielecke/Michael Geißdorf, Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten: Rechtliche Aspekte, in: Deutscher Museumsbund, Leitfaden zum Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten, 2021, S. 165, <https://www.museumsbund.de/wp-content/uploads/2021/03/mb-leitfanden-web-210228-02.pdf>.

52 BVerfG Beschl. v. 23.3.1971 – 2 BvL 2/66, 2 BvR 168, 196, 197, 210, 472/66, BeckRS 1971, 103660.

53 Zum Rückwirkungsverbot im Zusammenhang mit NS-Verbrechen und DDR-Unrecht: Sachs/Degenhart, 10. Aufl. 2024, GG Art. 103 Rn. 74.

54 Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Regelung von Restitutionsansprüchen und das Rückwirkungsverbot, Zur Zulässigkeit nachteiliger Gesetzesänderungen, 2019, S. 7, <https://www.bundestag.de/resource/blob/662598/03f10995fefd01b14f09046f444067d1/WD-3-198-19-pdf-data.pdf>.

Remains nicht mehr greifen soll. Eine weitere Möglichkeit ist die Schaffung einer gänzlich neuen Rechtsgrundlage samt Verfahren zur Durchsetzung. Dies könnte nach dem französischen Vorbild des Loi n° 2023-1251 gestaltet werden. Allerdings wäre ein Gesetz dieser Art auf Anträge auf Herausgabe gegen öffentliche Sammlungen gerichtet, es würde sich also nicht um einen zivilrechtlichen Herausgabeanspruch handeln.

Aufgrund der aktuell schwierigen gerichtlichen Durchsetzbarkeit von Restitutionsansprüchen spielen politische Verhandlungen eine zentrale Rolle. Ein Beispiel dafür sind die deutsch-namibischen Regierungsverhandlungen zur Aufarbeitung der Kolonialverbrechen, insbesondere des von 1904 bis 1908 an den Herero und Nama begangenen Völkermords aber auch bezüglich der Rückführung von Kulturgütern. Allerdings wurde eine im Mai 2021 paraphierte Gemeinsame Erklärung zur Aufarbeitung der deutschen Kolonialverbrechen bislang nicht unterzeichnet.⁵⁵

Ein vielversprechender Ansatz sind völkerrechtliche Abkommen zwischen Herkunftsländern und ehemaligen Kolonialstaaten. So könnten Artikel 7 der UNESCO-Konvention von 1970 und Artikel 12 der UN-Deklaration zu den Rechten indigener Völker (UNDRIP) als Grundlage dienen, um verbindliche multilaterale Regelungen zur Restitution zu etablieren.⁵⁶ Auch bilaterale Abkommen, wie sie zwischen Frankreich und Benin zur Rückgabe kolonialer Kulturgüter geschlossen wurden, könnten Vorbildcharakter für die Restitution von *Human Remains* haben.

Zunehmend zeigen Museen und ehemalige Kolonialunternehmen auch Bereitschaft zur freiwilligen Restitution, ohne, dass es rechtlicher Auseinandersetzungen überhaupt bedarf. In Deutschland haben etwa die Stiftung Preußischer Kulturbesitz und das Humboldt Forum begonnen, *Human Remains* proaktiv an Herkunftsgemeinschaften zurückzugeben. Freiwillige Rückgaben erfolgen häufig im Rahmen von Memoranden of Understanding (MoU) oder durch interdisziplinäre Kommissionen, die eine faire und transparente Rückgabe sicherstellen.

Die wachsende Sensibilisierung der Öffentlichkeit führt dazu, dass Unternehmen zunehmend in die Pflicht genommen werden, sich mit ihrer kolonialen Vergangenheit auseinanderzusetzen. Die CSR-Berichtspflicht gemäß der EU-Richtlinie Nachhaltigkeitsberichterstattung für Unternehmen (2014/95/EU) zwingt Unternehmen zudem, sich mit menschenrechtlichen Verpflichtungen auseinanderzusetzen.

Unternehmen und Museen nutzen CSR-Initiativen, um freiwillige Restitutionen als Teil einer nachhaltigen Unternehmenspolitik zu etablieren. So hat das Naturkundemuseum Berlin eine freiwillige Initiative gestartet, um Provenienzforschung aktiv zu betreiben und *Human Remains* an indigene Gemeinschaften zurückzugeben.⁵⁷

Fazit

Obwohl zivilrechtliche Ansprüche gegen ehemalige Kolonialunternehmen auf verschiedenen rechtlichen Grundlagen argumentiert werden könnten, steht die gerichtliche Durchsetzbarkeit vor erheblichen Hindernissen, insbesondere aufgrund von Beweislast-

55 Auswärtiges Amt, Deutschland und Namibia: Bilaterale Beziehungen, 2025 (zuletzt abgerufen: 14.03.2025).

56 UNESCO Konvention 1970, Artikel 7; UN General Assembly, Resolution 61/295, 2007, Artikel 12.

57 Museum für Naturkunde Berlin, Jahresbericht 2022, S. 32.

problemen und Verjährung. Die juristische Durchsetzung wird auch durch divergierende Rechtsnormen in verschiedenen Staaten erschwert. Während etwa in Frankreich mit dem Loi n°2023-650 zur Restitution von Kulturgütern und dem Loi n° 2023-1251 zur Restitution von *Human Remains* gesetzliche Grundlagen geschaffen wurden, fehlt es in Deutschland an expliziten Regelungen. Der Gesetzesentwurf der letzten Legislaturperiode zur Restitution von NS-Raubkunst ist ein Anfang, es ist jedoch unwahrscheinlich, dass die Restitutionsthematik im neuen Bundestag besondere Priorität genießen wird.

Daher gewinnen alternative Lösungsansätze wie politische Verhandlungen und diplomatische Abkommen noch an Bedeutung. Politischer Druck und freiwillige Initiativen könnten also eine tragfähigere Lösung bieten, bis auf nationaler Basis Rechtsgrundlagen geschaffen werden.

AUFSÄTZE

Manfred Liebel

Kinderrechte als Gegenrechte

Wie sich Kinder des Globalen Südens als Subjekte eigenen Rechts konstituieren

1. Einleitung

Zu Beginn der 2000er Jahre hat die Kinderrechtsforscherin und -aktivistin Judith Ennew gefordert, die in der UN-Kinderrechtskonvention (KRK)¹ kodifizierten Rechte durch „ungeschriebene Rechte“ zu erweitern. Sie hielt dies für notwendig, um den Kindern gerecht zu werden, die in besonderem Maße sozial benachteiligt, marginalisiert und diskriminiert sind und die sie „Kinder außerhalb der Kindheit“ nannte.² Als solche Rechte nannte sie zum Beispiel „das Recht, nicht etikettiert zu werden“, „das Recht zu arbeiten, und zwar unter fairen Bedingungen und zu fairen Löhnen“ und „das Recht, dass ihre eigenen Unterstützungssysteme respektiert werden“.³ Ennew wollte damit genauer auf die spezifischen Lebensbedingungen und -erfahrungen dieser Kinder eingehen, als dies in der abstrakten Sprache der KRK der Fall ist. Damit wollte sie die Rechte für die Kinder auch attraktiver machen und sie als Subjekte ihrer eigenen Rechte stärken und handlungsfähiger werden lassen.

In diesem Beitrag will ich den Gedanken von Judith Ennew weiterführen, konkretisieren und genauer begründen. Ich werde hierzu darlegen, wie im Kontext der Bewegungen arbeitender Kinder in Regionen des Globalen Südens eine bisher wenig bedachte Art von Rechten hervorgebracht und eingefordert wird. Diese Art von Rechten, die ich früher gelegentlich als *Rechte von unten* bezeichnet habe,⁴ werde ich nun in kritischer Anlehnung an bestimmte Strömungen in der juristischen und rechtsphilosophischen Diskussion⁵

1 United Nations, Convention on the Rights of the Child, adopted 20 November 1989, General Assembly Resolution 44/25. In Deutschland als Vertragsstaat hat die Konvention den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.

2 Judith Ennew, Outside childhood: street children's rights, in: Franklin (Hg.), The New Handbook of Children's Rights: Comparative Policy and Practice, London 2002, 388-403.

3 Ennew (Fn. 2), 399-401.

4 Manfred Liebel, with Karl Hanson, Iven Saadi and Wouter Vandenhole, Children's Rights from Below. Cross-cultural Perspectives, Basingstoke 2012; Manfred Liebel, Kinderrechte aus Kindersicht. Wie Kinder weltweit zu ihrem Recht kommen, Münster 2009.

5 Vgl. z.B. Christoph Menke, Kritik der Rechte, Berlin 2015; Daniel Loick, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, Berlin 2017; Andreas Fischer-Lescano/Hannah Franzki/Johan

Gegenrechte nennen und dies weiter unten erläutern und begründen. Ich werde zeigen, wie sich in diesen Rechten Erfahrungen und Sichtweisen von Kindern manifestieren, die im vorherrschenden, staatsfixierten Verständnis von Kinderrechten, namentlich in der KRK, keine Entsprechung finden oder zumindest zu kurz kommen. Da die darin begründete Rechtssubjektivität von Kindern einem paternalistischen Muster folgt, wird sie den Lebenserfahrungen und Sichtweisen dieser Kinder nicht gerecht und erschwert ihnen, die ihnen gewährten Rechte im eigenen kollektiven Interesse in Anspruch zu nehmen.⁶ Dies gilt vor allem für diejenigen Kinder, deren Leben nicht dem dominanten bürgerlich-westlichen Muster von Kindheit entsprechen und die ich als „Kinder des Globalen Südens“ bezeichne.⁷ Meine Überlegungen beziehen sich vorwiegend auf Kinder ab etwa 10 Jahren, die im Englischen meist als *adolescents* bezeichnet werden, aber sie haben in modifizierter Weise auch Relevanz für die Anerkennung der Subjektivität und Agency jüngerer Kinder.⁸

Anhand von Beispielen aus den Bewegungen arbeitender Kinder werde ich nachzeichnen, wie Gegenrechte entstehen. Danach werde ich erläutern, worin die spezifischen Konturen dieser Rechte bestehen und warum sie über die KRK hinausweisen und als Gegenrechte zu verstehen sind. Zum Schluss werde ich einige Probleme diskutieren, die auch mit Gegenrechten einhergehen, und aufzeigen, wie ihnen begegnet werden könnte.

2. Wie Gegenrechte von Kindern entstehen

Um sich eher vorstellen zu können, wie Gegenrechte von Kindern mit hervorgebracht werden, werde ich mich auf die Bewegungen arbeitender Kinder beziehen, die seit den 1970er Jahren in Lateinamerika sowie seit den 1990er in Afrika und Teilen Asiens entstanden sind.⁹ In diesen Bewegungen finden sich Kinder zusammen, die mit ihrer Arbeit zum Lebensunterhalt ihrer Familien beitragen oder selbst vom Ertrag dieser Arbeit leben. Ihre Arbeit findet unter verschiedenen Bedingungen statt, von abhängiger bis hin zu selbstständiger Arbeit, teils im öffentlichen Raum oder Kleinbetrieben, teils im Rahmen des elterlichen Haushalts. In meiner Darstellung stütze ich mich teils auf eigene Erfahrungen und Studien, die ich seit den 1990er Jahren in Lateinamerika machen konnte, teils auf vorliegende Dokumente und Selbstdarstellungen von Akteur*innen dieser Bewegungen. Dabei wird deutlich werden, dass die Kinder ihre Vorstellungen eigener Rechte nicht immer in der Sprache des Rechts ausdrücken und dass sie sich immer wieder

Horst (Hg.), *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*, Tübingen 2018; Gunther Teubner, *Counter-Rights. On the Trans-Subjective Potential of Subjective Rights*, in: Ders., *The Law of Political Economy. Transformation in the Function of Law*, Cambridge UK 2020, 372-393; Isabelle M. Kutting, *Die Normativitätsstruktur subjektiver Rechte. Eine rechtsdogmatische Untersuchung ausgehend von Menkes Kritik der Rechte*, Berlin 2023.

6 Vgl. Manfred Liebel, *Kinderinteressen. Zwischen Paternalismus und Partizipation*, Weinheim 2015.

7 Manfred Liebel, *Childhoods of the Global South. Children's Rights and Resistance*, Bristol 2023.

8 Vgl. z.B. Patricia Alderson, *Young Children's Rights. Exploring Beliefs, Principles and Practice*. London/Philadelphia 2000; Pernille Juhl, *Exploring Young Children's Agency in Everyday Transitions*, London 2023.

9 Zur Geschichte der Bewegungen vgl. Manfred Liebel/Ina Nnaji/Anne Wihstutz (Hg.), *Kinder. Arbeit. Menschenwürde. Internationale Beiträge zu den Rechten arbeitender Kinder*, Frankfurt a.M. 2008.

mit gegenläufigen Interessen von Erwachsenen und von ihnen dominierten Institutionen auseinandersetzen müssen.

2.1. Beispiel 1: Nicaragua, Anfang der 1990er Jahre

Als erstes Beispiel greife ich auf ein dreitägiges, von den in der Bewegung aktiven Kindern weitgehend selbstorganisiertes Treffen zurück, an dem ich Anfang der 1990er Jahre in Nicaragua teilnahm. Bei dem Treffen zeigte sich, dass die Kinder sehr effizient darin waren, ihre eigenen Ideen dazu zu entwickeln, wie sie sich organisieren und was sie mit ihrer Organisation erreichen wollten. Als sie zum Beispiel einen Vorstand wählten, diskutierten sie heftig über die Kriterien, die dessen Mitglieder erfüllen sollten. Unter anderem sollten diese aktiv sein, sich gut ausdrücken können, Initiativen ergreifen, ehrenhaft, verantwortungsbewusst, seriös, respektvoll und keine Angeber sein; sie sollten nicht ängstlich sein und keine „Haare auf der Zunge“ haben, d.h. sie mussten sich trauen, auch in ungewohnten Situationen ihre Meinung zu sagen; sie sollten alle Kinder respektieren und ihre Interessen vertreten; sie sollten die gestellte Aufgabe erfüllen und die Kinder anleiten und ihnen ungewohnte Dinge erklären können; und schließlich sollten sie auch mit den Erwachsenen, die die Bewegung als Berater*innen (oder sog. *colaboradores*) begleiteten, auf Augenhöhe sein. In einer hitzigen Debatte setzten die anwesenden Mädchen durch, dass sie zu gleichen Teilen im Vorstand vertreten waren und auch die jüngeren Kinder berücksichtigt wurden (die anwesenden Kinder waren zwischen 10 und 16 Jahre alt). Die auf diese Weise von den Kindern geschaffene Regel geschlechtsparitätischer Repräsentation in der Leitungsgruppe gab es zu dieser Zeit in keiner anderen Organisation des Landes.

Zur gleichen Zeit entstanden Bestrebungen, Grundprinzipien der KRK in nationalen Gesetzen und der Verfassung zu verankern. In Nicaragua lud die damalige Regierung Kinder ein, hierfür Vorschläge zu machen. In einem Workshop, den ich als Berater mit organisierte, zeigten sich die Kinder zunächst begeistert, dass ihre Stimme gefragt war. Doch im Laufe des Workshops wuchs bei einigen Kindern die Unzufriedenheit darüber, dass sie zwar Vorschläge machen konnten, aber keinen Einfluss darauf hatten, ob und wie diese in den Gesetzen umgesetzt würden. Sie fühlten sich ausgenutzt und forderten, auch im Parlament mitreden und mitentscheiden zu können. Sie stießen zwar auf Ablehnung, hatten aber damit den Gedanken der politischen Partizipation von Kindern als Gegenrecht artikuliert.

Nachdem die in der Bewegung organisierten Kinder begonnen hatten, öffentlich auf ihre Situation aufmerksam zu machen und gegen die Verletzung ihrer Rechte zu protestieren, ernteten sie zwar einige freundliche Kommentare, aber sie wurden selten wirklich ernst genommen. Erst als sie begannen, Journalist*innen und Politiker*innen zu belästigen (z.B. durch unangekündigte Besuche in deren Büros), wurde ihnen ernsthafte Aufmerksamkeit zuteil. So sprachen einige Medien bald nicht mehr von „Straßenkindern“ und „Rumtreibern“, sondern von „arbeitenden Kindern“, oder es wurde vermehrt gefordert, dass die Kinder gehört und ihre Rechte respektiert werden.

Mit dem Wachstum der Kinderbewegung, in der inzwischen bis zu 3000 Kinder aktiv waren, stiegen das Selbstbewusstsein und der kollektive Autonomieanspruch der Kinder. Als ihnen durch ein Regierungsdekret verboten wurde, weiter auf der Straße zu arbeiten, blockierten sie den Verkehr und forderten stattdessen, die Polizei solle sie vor aggressi-

ven Autofahrern schützen. Von der Stadtverwaltung der Hauptstadt Managua verlangten sie, an den Verkehrssampeln die Linien zwischen den Fahrspuren zu verbreitern, um die Unfallgefahr zu verringern. Außerdem verlangten sie, die Stadtverwaltung solle am Straßenrand kleine Unterstände errichten, in denen die Kinder sich ausruhen und vor der brennenden Sonne schützen können. Von der Gesundheitsministerin forderten sie, in Krankenhäusern kostenlos behandelt zu werden.

Nachdem die Kinder mit ähnlichen Bewegungen in anderen Ländern in Kontakt gekommen waren, zentrierten sie ihre Forderungen ausdrücklich in dem *Recht, in Würde zu arbeiten*. Dieses Recht, das sich weder in der KRK noch in nationalen Gesetzen findet, ist gegen das pauschale Verbot der Kinderarbeit gerichtet und soll den Kindern ermöglichen, auch an ihren Arbeitsplätzen Rechte zu haben und sie in Anspruch nehmen zu können. Durch die Betonung der eigenen Würde unterstreichen die arbeitenden Kinder, dass sie nicht nur, wie in der KRK vorgesehen, vor schädlichen Arbeitsbedingungen geschützt werden wollen, sondern die wirtschaftliche Ausbeutung selbst beendet werden muss. Diese Forderungen gehen bis heute oft damit einher, dass die Kinder – mit Unterstützung durch Erwachsenenorganisationen – eigene Werkstätten und ähnliche kleine Unternehmen ins Leben rufen, die auf dem Prinzip gegenseitiger Hilfe basieren, eine Art solidarischer oder sozialer Ökonomie.¹⁰

2.2. Beispiel 2: Afrika, 1990er Jahre

Im Jahr 1994 waren im Gründungsdokument der Afrikanischen Bewegung der arbeitenden Kinder und Jugendlichen¹¹ ausdrücklich „12 Rechte“ formuliert worden, an denen sich die Bewegung bis heute orientiert.¹² Sie lauten wie folgt:

- Das Recht, respektiert zu werden;
- Das Recht auf Selbstdarstellung und das Recht, eigene Organisationen zu gründen;
- Das Recht, lesen und schreiben zu können;
- Das Recht, einen Beruf zu erlernen;
- Das Recht, im Dorf zu bleiben und nicht emigrieren zu müssen;
- Das Recht, angehört zu werden;
- Das Recht auf gerechten Rechtsbeistand;
- Das Recht auf Ruhe, wenn man krank ist;
- Das Recht auf medizinische Versorgung;
- Das Recht auf leichte und begrenzte Arbeit;
- Das Recht auf Arbeit in einer sicheren Umgebung;

10 Zu Details vgl. Manfred Liebel, *Kindheit und Arbeit. Wege zum besseren Verständnis arbeitender Kinder*, Opladen 2020.

11 Das Dokument wurde auf dem Gründungstreffen in Bouaké (Elfenbeinküste) erarbeitet, an dem Delegierte von Bewegungen aus mehreren afrikanischen Ländern teilnahmen. Heute gehören der Bewegung ca. eine Million Kinder und Jugendliche in 28 afrikanischen Ländern an (vgl. MAEJT/ENDA Jeunesse Action (Hg.), *Analysis of AMWCY induced effects over the past three decades*, Dakar 2024).

12 Nadine Benedix/ENDA Jeunesse Action, *Enquête sur la perception du Mouvement Africain des Enfants et Jeunes Travailleurs (MAEJT). A l'occasion du 30^e anniversaire du MAEJT* en 2024, Dakar 2025.

- Das Recht, sich zu erholen und vergnügen.¹³

Diese Rechte sind teilweise angelehnt an Rechte, die in der KRK kodifiziert sind, aber sie sind auf die Situation und spezifischen Erfahrungen der arbeitenden Kinder zugeschnitten und entsprechend konkretisiert. Außerdem enthalten sie Rechte, die in keinem offiziellen Rechtsdokument enthalten sind, wie zum Beispiel „das Recht, im Dorf zu bleiben und nicht emigrieren zu müssen“. Was sie zu Gegenrechten macht, sind nicht nur die Spezifizierungen der Rechte, sondern der Umstand, dass sie von den Kindern selbst formuliert wurden und ihre Umsetzung von ihnen überprüft wird.

Es ist vorgesehen, dass in den Basisgruppen und auf den in der Regel zweijährlichen kontinentalen Treffen der Bewegung bewertet wird, in welchem Maße die Rechte verwirklicht sind und wie dies in Zukunft erreicht werden kann. Die Umsetzung der Rechte wird also nicht nur den Nationalstaaten und ihren Behörden aufgetragen, sondern die in der Bewegung organisierten Kinder sorgen durch ihre täglichen Aktivitäten selbst dafür. Das Recht „auf Selbstdarstellung und das Recht, eigene Organisationen zu gründen“, beschränkt sich nicht auf das den Kindern von den staatlichen Autoritäten zugestandene Recht auf Gehör, sondern ermächtigt die Kinder, sich in der Weise für ihre Rechte einzusetzen, wie es ihnen angemessen erscheint.¹⁴

2.3. Beispiel 3: Bolivien, Mitte der 2010er Jahre

Gelegentlich kommt es auch vor, dass die Kinderbewegungen auf das Gesetzgebungsverfahren in ihrem Land Einfluss zu nehmen versuchen. So hat die Union arbeitender Kinder Boliviens (UNATsBO) im Jahr 2014 durch monatelange öffentliche Aktionen und beharrliche Verhandlungen ein Gesetz erkämpft, das ihre Lebensumstände beachtet und ihre Rechte zumindest teilweise ernst nahm.

Gemäß den Forderungen der Kinderbewegung differenzierte das Gesetz zwischen verschiedenen Formen von Arbeit. Arbeit, die Kinder nach überkommenen bäuerlichen, indigenen oder afroamerikanischen Traditionen in der Gemeinschaft ausüben,¹⁵ wurden ungeachtet des Alters als legitim und Teil der Bildung anerkannt. Arbeit, die Kinder selbstständig ausüben, konnte auf Antrag bei kommunalen Kinderschutzkommissionen ab dem Alter von 10 Jahren erlaubt werden. Arbeit, die in Abhängigkeit von einem Arbeitgeber stattfindet, konnte mit Zustimmung der Kinderschutzkommissionen ab 12 Jahren ausgeübt werden. Gefährliche Arbeiten, die Kindern schaden können, wurden in einer Liste aufgeführt, die alle fünf Jahre aktualisiert werden sollte. Im Gesetz wurde ausdrücklich betont, dass jegliche Arbeit auf dem freien Willen der Kinder beruhen sowie unter Bedingungen stattfinden muss, die ihre Menschenwürde, ihre Gesundheit und ihr Recht auf Bildung gewährleisten. Die Arbeit der Kinder stand unter der Aufsicht

13 Ouvrage collectif, *Voix des Enfants d'Afrique. Travail, Force et Organisation des Enfants et Jeunes Travailleurs* (Série Etudes et Recherches, n° 200-201), Dakar 1999, 19-90.

14 Zu Details vgl. Ina Gankam Tambo/Manfred Liebel, *Arbeit, Bildung und Agency von Kindern. Die Afrikanische Bewegung arbeitender Kinder und Jugendlicher (AMWCY)*, in: Hornberg/Richter/Rotter (Hg.), *Erziehung und Bildung in der Weltgesellschaft*, Münster 2013, 261-282.

15 In Bolivien verstehen sich viele arbeitende Kinder als Teil dieser Gemeinschaften und orientieren sich an ihren Traditionen, auch wenn sie in die Städte emigriert sind und dort andere Formen von Arbeit ausüben.

von Kinderschutzkommissionen, bei denen jedes arbeitende Kind registriert werden musste.¹⁶

Die bolivianische Kinderbewegung hatte zwar nicht ihr Ziel erreicht, den Kindern ungeachtet ihres Alters ein Recht zu arbeiten zuzugestehen und ihre Mitwirkung in den Kinderschutzkommissionen bzw. entsprechende Beschwerdemöglichkeiten sicherzustellen. Aber ihr war gelungen, ein Gesetz durchzusetzen, das die Arbeit der Kinder unter bestimmten Umständen als legitim anerkannte und zumindest arbeitenden Kindern ab dem Alter von 10 Jahren weitgehenden Schutz vor Ausbeutung und Gewalt bot. Die entsprechenden Regelungen des Gesetzes wurden zwar auf Druck der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) inzwischen wieder gestrichen,¹⁷ aber die Kinder halten an ihrer kollektiven Forderung fest, in Würde arbeiten zu können. Dabei erinnern sie an gemeinschaftliche Arbeitsformen, die seit Jahrhunderten in indigenen Gemeinschaften praktiziert werden.

3. Grundlinien der Gegenrechte der Kinder

Ein Kennzeichen der im vorigen Abschnitt dargestellten Gegenrechte ist, dass sie aus dem gemeinsamen Handeln junger Menschen hervorgehen und auf deren gemeinsamen Interessen basieren. Sie werden situationsbezogen formuliert, sind auf die Verbesserung ihrer Situation gerichtet und tragen ihren verschiedenen Lebensrealitäten und Erfahrungen Rechnung. Sie sind in der Regel so formuliert, dass auch andere Kinder in ähnlicher Lebenslage sich mit ihnen identifizieren und sie sich zu eigen machen können.

Die Gegenrechte der Kinder knüpfen meist an kodifizierte Rechte (der KRK oder regionaler Kinderrechtsverträge) an, reinterpretieren und reformulieren sie jedoch für die Verbesserung einer selbst erlebten Situation. Sie werden nicht immer in der Sprache des Rechts formuliert, lassen sich aber aus dem Handeln der Kinder erschließen. Mitunter, aber nicht immer zielen sie auf die Reformulierung staatlicher Rechtsnormen ab. Die Kinder verlangen zwar, dass die von ihnen konzipierten Rechte von offiziellen Institutionen anerkannt werden, aber sie verlassen sich nicht auf den Staat als Garanten, sondern vertrauen eher auf die eigene Gegenmacht und deren Druckpotential.

Die Idee, die von den Bewegungen der arbeitenden Kinder hervorgebracht und eingeforderten Rechte als Gegenrechte zu bezeichnen, verdanke ich der juristischen und rechtsphilosophischen Diskussion zu diesem Thema. Indem ich mich in der gebotenen Kürze auf diese Diskussion beziehe, verdeutliche ich, in welcher Weise sie als Gegenrechte verstanden werden können.

3.1. Auf dem Weg zu intersubjektiven und gegenhegemonialen Rechten

Die von den Kindern ausgehenden Gegenrechte gewinnen ihre Legitimität und Geltungskraft aus den Erfahrungen in der eigenen Lebenswelt und der hier entstehenden Selbstorganisation. Als Subjekte dieser Gegenrechte verstehen die Kinder sich nicht als

¹⁶ Zu Details vgl. Manfred Liebel, *Unerhört. Kinder und Macht*, Weinheim 2020, 253–273.

¹⁷ Vgl. Manfred Liebel, *Kritische Kinderrechtsforschung. Politische Subjektivität und die Gegenrechte der Kinder*, Opladen 2023, 178–179.

(voneinander isolierte) Rechtssubjekte (im Sinne der bürgerlichen Rechtsform)¹⁸, sondern als *soziale* Subjekte mit gemeinsamen Interessen und sind darauf gerichtet, eine für sie und künftige Generationen gerechte Gesellschaft zu erreichen. Damit hören sie tendenziell auf, einander entfremdete Wesen zu sein, die in den privaten Raum eingeschlossen und somit entpolitisiert werden.¹⁹ Indem die von den Kindern hervorgebrachten Rechte „die atomisierenden und disziplinarischen Momente des Rechts“²⁰ zurückdrängen oder neutralisieren, können sie als „postjuridisches Recht“ im Sinne von Daniel Loick²¹ verstanden werden,

Damit sind die Kinder auch auf dem Weg, manche Paradoxien subjektiver Rechte hinter sich zu lassen. Insbesondere tragen sie dazu bei, die Paradoxie aufzulösen, einerseits allen Menschen in gleicher Weise Rechte zuzustehen, diese Rechte aber aufgrund der benachteiligten sozialen Lage nicht in Anspruch nehmen zu können, demgemäß soziale Ungleichheit zu perpetuieren und sogar zu legitimieren, wie zum Beispiel Wendy Brown aus feministischer Perspektive anmerkt.²² Dies entspräche auch dem von Sonja Buckel formulierten Postulat, „Prozeduren [zu] entwickeln, mit denen die Subjekte nicht nur Autor*innen ihrer Gesetze, sondern auch Autor*innen des Netzes der sie umgebenden politischen Verhältnisse werden“.²³ Sie bezieht sich damit auf Theorien radikaler Volkssouveränität, „die subjektive Rechte als immanentes Moment der demokratischen Selbstgesetzgebung [...] bestimmen, die sich niemals durch die Deutungshoheit der Staatsapparate verselbständigen dürfen“.²⁴ Dafür sei über „Abwehrkämpfe“ hinaus „ein offensiv hegemoniales Projekt erforderlich“.²⁵

Die als Teil eines solchen Projekts konzipierten Gegenrechte werden gelegentlich auch, zum Beispiel von Gunther Teubner²⁶ oder Pasquale Femina,²⁷ als „transsubjektive Rechte“ bezeichnet, „die weder bei einem Objekt enden noch sich in einem Subjekt erschöpfen“.²⁸ Eine andere Autorin, Tatjana Sheplyakova, hat dabei Akteur*innen im Sinn, „die in der *Gleichheit* der Rechte (d.h. in der Struktur des *Anspruchs* selbst) ein Potenzial sehen, das für die emanzipatorische oder gar gegen-hegemoniale Politik mobilisiert werden kann“.²⁹ Die von den Bewegungen arbeitender Kinder hervorgebrachten und eingeforderten Rechte lassen sich als konkrete Beispiele für solche gegenhegemoniale Initiativen verstehen.

18 Vgl. Menke (Fn. 5); Loick (Fn. 5); Kutting (Fn. 5).

19 So Menke (Fn. 5).

20 Loick (Fn. 5).

21 Loick (Fn. 5), 181.

22 Wendy Brown, Die Paradoxien der Rechte ertragen, in: Menke/Raimondi (Hg.), Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen, Frankfurt a.M. 2011, 454-473.

23 Sonja Buckel, Die Bürde der subjektiven Rechte. Eine Auseinandersetzung mit der Rechtsphilosophie Christoph Menkes, in: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (Hg.), Gegenrechte, Tübingen 2018, 125-140, 138.

24 Buckel (Fn. 23), 139.

25 Buckel (Fn. 23), 140.

26 Teubner (Fn. 5).

27 Pasquale Femina, Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit, die Wolken in einem Sack zu fangen, in: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (Hg.), Gegenrechte, Tübingen 2018, 343-420.

28 Femina (Fn. 27), 381.

29 Tatjana Sheplyakova, Klagen als Ausübung der „Gegenrechte“, in: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (Hg.), Gegenrechte, Berlin 2018, 205-226, 223 (kursiv im Orig.).

Sie ähneln ebenfalls einem Verständnis von Rechten, die Issa Shivji als „gegenhegemoniale Rechte“ bezeichnet hat³⁰, ohne Kinder als Akteur*innen in Erwägung zu ziehen. Nach Shivji sollen diese Rechte vornehmlich den Menschen in den ehemaligen Kolonialgebieten ermöglichen, sich aus postkolonialen Abhängigkeiten und Unterwerfungen zu befreien. Sie richten sich gleichermaßen gegen das nach der Unabhängigkeit von den Kolonialmächten übernommene Rechtssystem und die selektive Instrumentalisierung der Menschenrechte zugunsten der ehemaligen Kolonialmächte.³¹ Dieses Konzept stellt den (National-)Staat als Garanten der Rechte infrage und betont die Notwendigkeit einer kollektiven Gegenmacht der unterworfenen und ausgebeuteten Menschen und Völker. Das Konzept wurde aufgegriffen in den Debatten und sozialen Bewegungen für ein „gegenhegemoniales internationales Recht“³² und eine „gegenhegemoniale Globalisierung“,³³ die sich der Übermacht der multinationalen Konzerne, Finanzinstitutionen (z.B. Internationaler Währungsfonds) oder Handelsorganisationen (z.B. Welthandelsorganisation) und ihren Schiedsgerichten als Teil von Investitionsschutzabkommen entgegenstellen. Die Bewegungen arbeitender Kinder verstehen sich als Teil dieser Bewegungen.

3.2. Gegenrechte weisen über die UN-Kinderrechtskonvention hinaus

Wenn Kinder sich ungerecht behandelt sehen, können sie nur sehr beschränkt auf bestehende Gesetze und internationale Vereinbarungen zu Kinderrechten zurückgreifen. Die Gesetze sind fast immer so konstruiert, dass Kinder zum Objekt von Maßnahmen gemacht werden, die sie schützen und mitunter auch in ihrer Entwicklung fördern sollen, in Deutschland zum Beispiel Bildung durch Schulpflicht. Aber sie haben kaum Möglichkeiten, selbst zu entscheiden oder mitzuentcheiden, wovon und wie sie geschützt oder wofür und wie sie gefördert werden sollen. Die Gesetze und internationalen Vereinbarungen, auch diejenigen, die Kinder betreffen, werden immer ohne sie ausschließlich von Erwachsenen beschlossen. Die Kinder stehen deshalb vor der Grundfrage: Was sind *unsere* Rechte? Wie können Kinderrechte zu Rechten werden, die von Kindern tatsächlich als ihre eigenen Rechte verstanden und in Anspruch genommen werden?

Als 1989 die Generalversammlung der Vereinten Nationen die KRK beschloss, wurden Kinder – verstanden als Personen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres – erstmals im internationalen Recht zu Rechtssubjekten erklärt. Dies hat weltweit zu einer Sensibilisierung für die Ungerechtigkeiten, die Kindern angetan werden, geführt und Initiativen ausgelöst, die Kindern und ihrer Entwicklung zugutekommen sollen. Viele Organisationen, die bisher in paternalistischer Weise *Hilfe für Kinder* leisten wollten, verstehen sich seitdem als Organisationen, die sich für die *Rechte der Kinder* einsetzen. Doch hat diese

30 Issa G. Shivji, *The Concept of Human Rights in Africa*, Dakar 1989; Issa G. Shivji, *The Rule of Law and Ujamaa in the Ideological Formation of Tanzania*, in: *Social & Legal Studies*, 4, 1995, 147–174.

31 Immanuel Wallerstein, *Die Barbarei der anderen. Europäischer Universalismus*, Berlin 2007.

32 Balakrishnan Rajagopal, *Counter-Hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy*, in: *Third World Quarterly*, 27(5), 2006, 767–783.

33 Boaventura de Sousa Santos/Cesar A. Rodriguez-Garavito, *Law, Politics, and the subaltern in counter-hegemonic globalization*, in: Dies. (Hg.), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge UK, 2005, 1–26; William K. Carroll, *Hegemony and Counter-Hegemony in a Global Field*, in: *Studies in Social Justice*, 1(1), 2007, 36–66.

Entwicklung auch dazu geführt, dass Kinder tatsächlich *eigene* Rechte haben und sie in Anspruch nehmen können?

Ich verstehe die im vorigen Abschnitt dargestellten Rechte, die von den Bewegungen arbeitender Kinder eingefordert werden, auch deshalb als Gegenrechte, weil sie auf die Unzulänglichkeiten der KRK aufmerksam machen und über sie hinausweisen. Dies betrifft vor allem die Frage, wie die Rechtssubjektivität der Kinder verstanden und konzipiert wird. Als eine besondere Errungenschaft der KRK gelten die sogenannten Beteiligungsrechte, die nun die Schutz- und Versorgungsrechte (manchmal auch Entwicklungsrechte genannt)³⁴ ergänzen und die Stellung der Kinder im Rechtssystem und der Gesellschaft insgesamt stärken sollen. Um die Beschränktheit der Beteiligungsrechte deutlich zu machen, beziehe ich mich auf eine Analyse von Teresa Behrends.³⁵

Behrends ist am Beispiel von KRK-Art. 12, dem Kernartikel der Beteiligungsrechte, der Frage nachgegangen, ob die Anerkennung der Kinder als Rechtssubjekte bedeutet, dass sie über denselben Rechtsstatus wie Erwachsene verfügen. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass dies nicht der Fall ist und spricht in diesem Sinne von einer spezifischen „kindlichen Rechtssubjektivität“.³⁶ Danach haben Kinder zwar das Recht, ihre Meinung zu äußern und in behördlichen und Gerichtsverfahren angehört zu werden. Doch im Unterschied zu Erwachsenen, die entscheiden können, ob sie das überhaupt und zu ihrem Wohl oder zu ihrem Schaden tun, können Kinder dies nur „als Kinder“ tun und auch nur insofern sie „sich eine eigene Meinung bilden“ (KRK). Außerdem wird Art und Ausmaß der verliehenen Macht immer schon auf die „das Kind berührenden Angelegenheiten“ (KRK) beschränkt. Welche Angelegenheiten dies sind, wird nicht vom kindlichen Rechtssubjekt selbst bestimmt. Das Kind hat in diesem Fall „zwar ein (individuelles) Recht, das semantisch große Ähnlichkeiten mit der Form subjektiven Rechts aufweist“,³⁷ aber es wird eine zentrale und entscheidende Differenz markiert. Diese besteht Behrends zufolge darin, „dass das Subjekt dieses Rechts ganz und gar Kind ist und auch mit diesem Recht nicht aus dem Kindsein heraustreten kann. Die durch Art. 12 verliehene Macht ist ganz und gar eine durch Erwachsene bzw. durch Institutionen vorgeformte kindliche Macht“.³⁸ Dies stellt nach Ansicht der Autorin einen zusätzlichen Bruch in der Gleichheitsprämisse des modernen Rechts dar, der sich „quer durch die paradoxe Form subjektiver Rechte zieht“³⁹ und der nach meiner Auffassung nur durch Gegenrechte in dem hier dargestellten Sinn überwunden werden kann.

Ein anderes Beispiel, das in diesem Fall Schutzrechte betrifft, ist der in KRK-Art. 32 gewährte Schutz vor wirtschaftlicher Ausbeutung und die Maßgabe, Mindestaltersgrenzen für die Ausübung einer Arbeit festzulegen. Hier werden Kinder allein aufgrund ihres geringen Alters von wirtschaftlicher Betätigung ausgeschlossen, ohne die spezifischen Lebensumstände der Kinder, die Bedingungen der Arbeit und vor allem den eigenen Willen der Kinder in Betracht zu ziehen. Dieses auf Ausschluss und Verbote fixierte Denken schließt aus, sich Kinder als Akteur*innen vorzustellen, die Mitverantwortung zum Bei-

34 Im Englischen die sog. drei „Ps“: *Protection, Provision, Participation*.

35 Teresa Behrends, Das Kind als (Menschen-)Rechtssubjekt. Zur Form der Kinderrechte, in: Fangmeyer/Mierendorff (Hg.), *Kindheit und Erwachsenenheit in sozialwissenschaftlicher Forschung und Theoriebildung*, Weinheim 2017, 27-36.

36 Behrends (Fn. 35), 28

37 Behrends (Fn. 35), 28.

38 Behrends (Fn. 35), 28.

39 Behrends (Fn. 35), 34.

spiel für ihre Familien und Gemeinschaften übernehmen wollen und für die Arbeitsfernhungen einen Beitrag zur Entwicklung lebensnotwendiger Fähigkeiten darstellen können. Mit solchen Vorgaben wird auch in Kauf genommen, dass Kinder allein unter Verweis auf ihr geringes Alter daran gehindert werden, sich gegen Lebensumstände zu wehren, die ihnen schaden und die sie nicht akzeptieren wollen. Solange ihre Arbeit verboten ist, wird ihnen erschwert, an ihren Arbeitsplätzen Schutz- oder Beteiligungsrechte in Anspruch zu nehmen.⁴⁰

3.3. Rekonzptualisierung von Schutz-, Versorgungs- und Beteiligungsrechten

Es stellt sich die Frage, wie die spezifische Situation der Kinder als Rechtssubjekte konzeptualisiert wird. Kinderrechte werden damit begründet, dass Kinder im Vergleich zu Erwachsenen besonders verletzlich und abhängig sind und somit zusätzliche Rechte benötigen, um diese genießen und ausüben zu können. Diese Merkmale des Kindseins, gelegentlich auch als *generationale Asymmetrie* bezeichnet,⁴¹ gelten im dominierenden Verständnis der Kinderrechte als anthropologische Universalien. In der KRK haben sie zur Folge, dass der Schwerpunkt auf Schutzrechten liegt und die Erfüllung der Beteiligungsrechte an bestimmte Bedingungen wie Alter, Reife und Urteilsfähigkeit geknüpft wird. Sie haben des Weiteren zur Folge, dass nicht nur besondere Rechte für Kinder geschaffen, sondern ihnen auch Rechte vorenthalten werden, insbesondere bestimmte politische Rechte (z.B. allgemeines Wahlrecht) oder wirtschaftliche und Arbeitsrechte (z.B. Rechte am Arbeitsplatz).

Eine zentrale Frage ist, wie die Unterschiede von Kindern und Erwachsenen und die Besonderheiten von Kindern verstanden und rechtlich definiert werden, ohne das Gleichheitsprinzip zu verletzen. Bei der Definition der Kinderrechte als spezifische Rechte stellt sich die Alternative, die Kindern zugeschriebene Benachteiligung und Verletzlichkeit als dauerhaftes Merkmal von Kindheit oder als einen Zustand zu verstehen, der zu überwinden ist. Wird das Besondere der Kindheit als anthropologische Universalie verstanden, liegt es nahe, Zustände von Benachteiligung und Verletzlichkeit auf Dauer zu stellen. Werden diese dagegen als gesellschaftlich erzeugtes Ergebnis ungleicher Machtverhältnisse verstanden, ergibt sich die Perspektive, Rechte als mögliches Mittel der Überwindung von Benachteiligung und Verletzlichkeit zu konzipieren.

Beziehen wir dieses Selbstverständnis, das in den dargestellten Gegenrechten zum Ausdruck kommt, auf die übliche Unterscheidung der Kinderrechte in Schutz-, Versorgungs- und Beteiligungsrechte, so ergeben sich folgende Konsequenzen: *Schutzrechte* würden den Kindern ermöglichen und es ihnen erleichtern, auch sich selbst zu schützen und zu ihrem Schutz ergriffene Maßnahmen entscheidend mitzubestimmen, sind also von Beteiligung nicht zu trennen. *Versorgungsrechte* würden nicht vorrangig durch Maßnahmen staatlicher oder erwachsener Autoritäten umgesetzt werden, sondern die gesamte Gesellschaft würde so umgebaut, dass alle Menschen verschiedenen Alters unter Beachtung ihrer jeweiligen Ausgangsbedingungen zu handelnden Subjekten dieser Rech-

40 Vgl. Liebel (Fn. 17), 177-186.

41 Vgl. Sarah Alexi, Kindheitsvorstellungen und generationale Ordnung, Opladen 2014; Doris Bühler-Niederberger, Generationale Perspektive und Intersektionalität. Sozialwissenschaftliche Kindheitsforschung als Analyse, Advokation und Marginalisierung, in: Diskurs Kindheits- und Jugendforschung, 14(2), 2019, 155-167.

te werden. *Beteiligungsrechte* würden die ungleiche Machtverteilung zwischen Erwachsenen und Kindern zum Verschwinden bringen, also zu politischen Rechten werden, die Kinder ebenso wie Erwachsene, aber unter Beachtung der je besonderen Ausgangslage, im eigenen individuellen und kollektiven Interesse nutzen können.

3.4. Dekoloniale Perspektiven

Ein Spezifikum der hier dargestellten Gegenrechte besteht darin, dass sie von Kindern ausgehen, die in Regionen des Globalen Südens unter prekären Bedingungen leben. In ihren Vorstellungen von Gegenrechten reflektiert sich, dass sie in besonderem Maße von der ungleichen postkolonialen Weltordnung in Mitleidenschaft gezogen und ihre Lebenssituation und ihr Selbstverständnis in der KRK nicht hinreichend repräsentiert werden. In der KRK dominiert ein Kindheitskonzept, das westlich-bürgerlichen Vorstellungen folgt und damit trotz der in der Präambel betonten Anerkennung verschiedener Kulturen anders konzipierte und gelebte Kindheiten negiert.⁴²

Im vorherrschenden Diskurs werden die Kinder des Globalen Südens zwar in wohlwollender Absicht oft als „Kinder ohne Kindheit“⁴³ bezeichnet, sie werden aber damit zusätzlich diskriminiert und ausgegrenzt und ihre Erfahrungen, ihr Wissen und ihre Kompetenzen werden missachtet. Sie verkörpern Kindheiten, die den vorherrschenden „westlichen“ Vorstellungen widersprechen. Die Gegenrechte basieren auf einem Verständnis von Kindheit, das über das bürgerlich-westliche Verständnis von Kindheit als Vorstadium des Erwachsenseins hinausgeht, und sind gegen dessen Hegemonie in der Welt gerichtet.⁴⁴ Um den spezifischen Interessen und Erfahrungen dieser Kinder gerecht zu werden und sie aus dem Stadium der Subalternität oder Kolonialität zu befreien, können sie nicht von wohlmeinenden Erwachsenen (auch vom Autor dieses Beitrags nicht), sondern letztlich nur von diesen Kindern selbst hervorgebracht werden. Sie sind allerdings nicht gegen die Erwachsenen als Personen oder Gruppe gerichtet, sondern gegen deren Hegemonie und eine Gesellschaft, in der Kindern verweigert wird, gleichwertige, gleichwürdige und gleichberechtigte Subjekte zu sein.

Dieses Verständnis von Kinderrechten lässt diese zu *gegenhegemonialen* Rechten werden, die von Kindern individuell ebenso wie kollektiv genutzt werden können. Sie sind darauf gerichtet, die soziale Stellung der Kinder zu stärken und jeder Art von sozialer und generationaler Benachteiligung, Unterordnung und Diskriminierung entgegenzuwirken. Sie zielen darauf ab, die gesellschaftlichen Verhältnisse egalitärer und demokratischer zu gestalten und insbesondere jede Art ungleicher Macht in Frage zu stellen, auch zwischen den Generationen.

42 Vgl. z.B. Jo Boyden, *Childhood and the Policy Makers. A Comparative Perspective on the Globalization of Childhood*, in: James/Prout (Hg.), *Constructing and Reconstructing Childhood*, London 1997, 190–229; Karen Valentine/Lotte Meinert, *The adult North and the young South: Reflections on the civilizing mission of children's rights*, in: *Anthropology Today*, 25(3), 2009, 23–28.

43 UNICEF, *Zur Situation der Kinder in der Welt 2006. Kinder ohne Kindheit*, Frankfurt a.M. 2006.

44 Dies wird näher ausgeführt in Liebel (Fn. 7), 25–42.

4. Herausforderungen für die Gegenrechte der Kinder

Kinderrechte als Gegenrechte stehen vor dem Problem, wie sie den sozial benachteiligten und ausgegrenzten Kindern gerecht werden können, zumal diese Kinder bisher wenig Grund hatten, der Form der Rechte und dem bestehenden Rechtssystem zu vertrauen. Dazu müssen die Rechte so spezifiziert und konkretisiert werden, dass sie den je besonderen Erfahrungen und Erwartungen der Kinder entsprechen.

Sie müssen für verschiedene kulturelle Muster und Lebensformen von Kindheit und den Anspruch auf ein gleichwürdiges, egalitäres Verhältnis zwischen den Altersgruppen und Generationen offen sein. Hierzu gehört das Recht, sich allen Formen von Diskriminierung und Gewalt zu widersetzen, die sich aus ungleichen Machtverhältnissen ergeben. Dies gilt auch für das ungleiche Machtverhältnis zwischen Erwachsenen und Kindern, das gemeinhin als *Adultismus* bezeichnet wird.⁴⁵ Gegenrechte können allerdings nicht allein auf den gemeinsamen Interessen aller Kinder als soziale Gruppe basieren, sondern müssen auch weitere spezifische Formen von Unterdrückung und Ausgrenzung, die Kinder erfahren, berücksichtigen (z.B. Klassismus, Sexismus, Rassismus, Ableismus), d.h. bei der Konzipierung der Gegenrechte ist eine intersektionale Perspektive unverzichtbar.⁴⁶

Für die Frage, wie der Adultismus in seinen strukturellen Formen und in den persönlichen Beziehungen überwunden werden kann, ist es meines Erachtens notwendig, das hierarchische Entwicklungsmodell der Kindheit, das diese als unvollkommenes Vorstadium des vermeintlich vollkommenen Erwachsenseins definiert, in Frage zu stellen. Dieses Entwicklungsmodell trug bisher über Prozesse der Verinnerlichung zur permanenten Reproduktion des Adultismus bei. Ebenso wichtig ist, dass es den Kindern gelingt, ihre Lebenswelt durch eigene Aktionen ein Stück weit im Sinne der Anerkennung ihrer Gleichwertigkeit und Gleichwürdigkeit zu verändern. Die oft beschworene Selbstwirksamkeit sollte dabei nicht nur unter dem psychologischen Aspekt betrachtet werden, zu dem für das Handeln nötigen Selbstvertrauen zu gelangen, sondern auch in dem Sinne, dass die Realität selbst durch das eigene (kollektive, organisierte) Handeln der Kinder transformiert wird.

Die Gegenrechte können dabei eine unterstützende Funktion haben, indem sie das Handeln zusätzlich begründen und legitimieren. Sie holen das Recht gleichsam aus dem juristischen Himmel und werden zu einem integralen Bestandteil des täglichen Lebens. Die „Kraft“ der Gegenrechte und ihre gegenhegemoniale Wirkung ergeben sich aus den spezifischen Erfahrungen der Kinder in ihrer Lebenswelt und den hier entstehenden Organisations- und Widerstandsformen. Sie sind subjektiv im Sinne einer rebellischen *politischen Subjektivität*, die auf dem „führenden Denken“ und entsprechenden Wissensformen von Kindern basiert,⁴⁷ und werden so zum treibenden Motiv gezielten Handelns.

Eine offene Frage ist, wie Kinder selbst sich aus ihrer scheinbar natürlichen Abhängigkeit von Erwachsenen befreien und ihre Rechte nicht nur selbst formulieren, sondern auch beanspruchen und durchsetzen können. Hierzu gehört die Frage, wie Gegenrechte, die keinen außenstehenden Garanten (Staat) haben oder sich auf ihn verlassen können,

45 Manfred Liebel/Philip Meade, *Adultismus. Die Macht der Erwachsenen über die Kinder. Eine kritische Einführung*, Berlin 2023.

46 Manfred Liebel/Philip Meade, *Intersectional tensions in theorizing adultism*, in: *Taboo – The Journal of Culture and Education*, 22(1), 2024, 96–123.

47 Vgl. Liebel (Fn. 17), 235–237.

wirksam werden können. Wesentlich hierfür scheint mir zu sein, dass es Kindern in ähnlicher Lebenslage gelingt, an ihren je spezifischen Lebensorten Elemente von Gegenmacht zu entwickeln, die diejenigen, die bisher Macht über die Kinder haben, nicht mehr ignorieren können. Hierzu mag es sinnvoll sein, mikro- und makropolitische Handlungsebenen zu unterscheiden und die Schnittstellen und Übergänge zu identifizieren, an denen die eine in die andere Ebene übergeht und in sie eingreift.⁴⁸

Die Formulierung und Inanspruchnahme der Gegenrechte schließen nicht die Berufung auf kodifizierte „offizielle“ Rechte aus, sondern ihre Subjekte greifen sie auf und versuchen sie, wo immer möglich, in ihrem spezifischen Interesse zu nutzen. Sie sind nicht gegen kodifizierte Rechte gerichtet, sondern nutzen sie im gegenhegemonialen Sinn. Besondere Bedeutung können hierfür unabhängige Menschen- und Kinderrechtseinrichtungen, Beschwerdestellen etc. erlangen, die auch für sozial benachteiligte Kinder leicht zugänglich sind und in politische Entscheidungsprozesse auf allen Ebenen wirkungsvoll eingreifen können.

Gegenhegemoniale Rechte der Kinder werden nicht allein wirksam, indem auf Kinder Rücksicht genommen wird, und es müssen sich auch nicht nur die persönlichen Beziehungen zwischen Kindern und Erwachsenen ändern, sondern die Gesellschaften müssen im Sinne sozialer und generationaler Gerechtigkeit verändert werden. Dies liegt gleichermaßen in der Verantwortung von Erwachsenen und Kindern.

5. Fazit

Gegenrechte von Kindern sind notwendig und entstehen, da das bisherige System staatlich garantierter kodifizierter Rechte in paternalistischer und eurozentrischer Weise konzipiert ist. Es hat versagt, weil es auf Prämissen eines Kindheitsmodells beruht, welches Kinder des Globalen Südens abwertet und ihr Wissen und ihre Handlungsfähigkeiten missachtet. Gegenrechte weisen über die bürgerliche Rechtsform hinaus und manifestieren sich fließend in einer Änderung der Machtverhältnisse, zwischen Erwachsenen und Kindern ebenso wie zwischen verschiedenen Klassen, Geschlechtern und mit Blick auf die den Kindern zugeschriebenen Eigenschaften der Minderwertigkeit und Unvollkommenheit. Dabei bleiben Gegenrechte immer prekär, da sie etwas ändern wollen, das noch nicht geändert ist. Sie manifestieren sich nicht nur in Forderungen, sondern auch in der gelebten Praxis und den in dieser Praxis entstehenden Formen von Gegenmacht. Da Kinder allein die nötige Gegenmacht nicht hervorbringen können, sind solidarisch denkende Erwachsene herausgefordert, eine solche Praxis zu erleichtern und zu ermöglichen.

48 Ein aufschlussreiches historisches Panorama zu solchen Prozessen findet sich in: Loel Zwecker, *Die Macht der Machtlosen. Eine Geschichte von unten*, Stuttgart 2024. Im Zentrum des Buches steht der Aktivismus der wenig beachteten „einfachen Leute“ im Kampf gegen die Sklaverei sowie in der Arbeiter*innen- und Frauenbewegung; mit Blick auf das 20. Jahrhundert werden auch „Teenager“ als „maßvolle Revolutionäre“ gewürdigt.

Ulrike A. C. Müller

Ernährung am Limit

Wie viel Gesundheit verlangt das Grundrecht auf ein Existenzminimum?¹

Ist das Bürgergeld verfassungswidrig, weil es keine gesunde Ernährung ermöglicht und dadurch gegen das verfassungsrechtliche Existenzminimum verstößt? Diese Frage stellt sich, nachdem Ernährungswissenschaftler*innen das geltende Existenzminimum massiv kritisiert haben: „Ein [...] Bürgergeld muss [...] ausreichend sein, um materielle und soziale Ernährungsarmut zu vermeiden. Die aktuellen, im Bürgergeld für Essen und Getränke zur Verfügung stehenden Beträge entsprechen allerdings nicht diesem Anspruch. Bei der Einführung des Bürgergelds im Jahr 2023 wurde [...] die Berechnungsmethodik für die Bedarfsermittlung [...] nicht angepasst, sodass der Regelsatz nach wie vor nicht für eine gesundheitsfördernde Ernährung ausreicht.“²

Dieser Befund wurde erst nach der letzten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zur Höhe der Grundsicherung für Arbeitsuchende 2014 getroffen und muss deshalb zu einer Weiterentwicklung der Berechnung des Existenzminimums gem. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG führen. Die neuere ernährungswissenschaftliche Forschung legt es nahe, das Existenzminimum nicht nur – wie geltend – in Orientierung an unteren Einkommensgruppen zu bestimmen, sondern eine materielle Untergrenze zu ergänzen.

1. Das Berechnungsmodell des Existenzminimums und sozialpolitische Kritik daran

Das sozialrechtliche Existenzminimum – also die Regelbedarfe im Bürgergeld, in der Sozialhilfe und der Altersgrundsicherung – wird seit 2010 unverändert berechnet. Die Bürgergeld-Reform hat zwar für viel Diskussion gesorgt, aber nur die jährliche Inflationsanpassung beschleunigt. Die Berechnung der Ausgangswerte blieb unberührt.

Das geltende Berechnungsmodell ist im Regelbedarfsermittlungsgesetz festgeschrieben und kombiniert zwei Verfahren, nämlich eine statistische Berechnung mit einer Warenkorb-Berechnung. Im Warenkorbmodell, das bis 1989 galt, wird normativ entschieden, welche konkreten Güter und Dienstleistungen als existenznotwendig zu betrachten sind;

1 Eine kürzere Vorversion dieses Artikels findet sich auf <https://verfassungsblog.de/ernahrung-am-existenzminimum/>.

Für wertvolle Hinweise bedanke ich mich bei Sarah Lincoln und John Philipp Thurn.

2 Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz beim BMEL 2023, Ernährungsarmut unter Pandemiebedingungen, www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/_Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/ernaehrungsarmut-pandemie.pdf?__blob=publicationFile&v=3, I-II.

deren Preise werden empirisch ermittelt. Im Statistikmodell dagegen werden nicht Preise, sondern die Ausgaben von einkommensarmen Haushalten empirisch ermittelt. Es geht also um die finanzielle Gleichstellung von Transferleistungsbezieher*innen mit einkommensarmen Haushalten. Als Datenmaterial dient die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS), die das Statistische Bundesamt alle fünf Jahre anhand von Ausgabeprotokollen einer Stichprobe von Haushalten erhebt. Normativ entschieden wird die Einkommensgruppe, mit der Transferleistungsbezieher*innen finanziell gleichgestellt werden sollen.

Beim geltenden Modell handelt es sich um eine Kombination bzw. um einen „Statistik-Warenkorb“³: Im ersten, statistischen Schritt werden die Konsumausgaben der einkommensärmsten 15 % der Haushalte (für Kinder: 20 %) erfasst. Im zweiten, Warenkorb-ähnlichen Rechenschritt wird für einzelne Ausgabekategorien entschieden, ob diese als „regelbedarfsrelevant“ berücksichtigt oder als „nicht regelbedarfsrelevant“ nicht berücksichtigt werden. Das ist möglich, weil die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe die Ausgaben sehr detailliert für einzelne Produkte und Dienstleistungen erfasst. Die abschließenden Beträge sind in § 8 Regelbedarfsermittlungsgesetz festgeschrieben und werden jährlich durch Verordnungen fortgeschrieben.

Durch den Warenkorb-Rechenschritt wurde bei der letzten Berechnung 2020 der statistische Ausgangswert, also die Gesamtausgaben der untersuchten einkommensarmen Referenzgruppe, um mehr als ein Viertel reduziert⁴, u.a. durch die Streichung von Ausgaben für Haustiere, Zimmerpflanzen und Gaststättenbesuche. Neben der normativen Entscheidung für eine bestimmte Referenzgruppe werden also weitere wesentliche normative Setzungen vorgenommen – überdies in der Praxis immer nur zum Absenken der Beträge, nie für eine ebenfalls denkbare Ergänzung. Trotz der umfassenden Warenkorb-Entscheidungen wird das Rechenmodell häufig als reines Statistikmodell bezeichnet, was „den Anschein einer größeren Objektivität des Ergebnisses“ weckt⁵ und in die Irre führt.

Die Streichungen aus dem Warenkorb sind ein wesentlicher Aspekt, den Fachleute aus Wissenschaft, Gewerkschaften und Verbänden seit Jahren übereinstimmend als metho-

3 Holger Bonin u.a. 2023, Bestimmung des soziokulturellen Existenzminimums von Kindern. BMAS-Forschungsbericht 619, <https://www.bmas.de/DE/Service/Publikationen/Forschungsberichte/fb-619-bestimmung-des-soziokulturellen-existenzminimums-von-kindern.html>, 8f, 29, 55. Auch das BVerfG verwendete 2010 noch diesen Begriff (BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, Rz. 43). 2014 sprach es zunächst von einem „Methodenmix aus Statistikmodell und nachgelagerten Warenkorberwägungen“ (BVerfG, Beschluss vom 23.07.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13, Rz. 62), im weiteren Text dann unpräzise von einem Statistikmodell.

4 DGB 2020, in: Materialien zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen zum Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sowie des Asylbewerberleistungsgesetzes. Ausschuss-Drucksache 19(11)822, https://www.sozialpolitik-aktuell.de/files/sozialpolitik-aktuell/_Politikfelder/Sozialstaat/Dokumente/2020_10_Stellungnahmen_Regelbedarfsgesetz.pdf, 9; Diakonie Deutschland 2020, in: ebd., 85f.

5 Reiner Höft-Dzieski, Geschichte und Methoden der Regelsatzbemessung, in: Fahlbusch (Hg.), 50 Jahre Sozialhilfe: Eine Festschrift, Freiburg: Lambertus-Verlag, 2012, 179–195, 190.

disch nicht vertretbar kritisieren.⁶ Eine weitere breit geteilte Kritik⁷ betrifft die Heranziehung einer zu armen Referenzgruppe für Erwachsene. Aus der Opposition heraus befand auch die SPD die Absenkung der Referenzgruppe für Erwachsene von 20 % auf 15 % im Jahr 2010 als „willkürlich“ und forderte eine Wieder-Ausweitung auf die unteren 20 %.⁸ Eine dritte breit geteilte Kritik wendet sich dagegen, dass nur Transferleistungsbezieher*innen ausgeschlossen werden, aber verdeckt Arme – also Menschen mit Einkommen unterhalb der Bedürftigkeitsschwelle, die vermutlich einen Anspruch auf Transferleistungen haben, diesen aber nicht geltend machen – in der Referenzgruppe belassen werden.⁹

2. Verfassungsgerichtliche Vorgaben

Die Regelbedarfe sollen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums gem. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG verwirklichen. Dieses Grundrecht hat das BVerfG 2010 im Rahmen seines ersten Hartz-IV-Urteils festgestellt und damit den Grundrechtskatalog erweitert. Das Gericht hat wesentliche Aussagen zur Prüfungsdichte gemacht und die damaligen Regelleistungen des SGB II als verfassungswidrig verworfen – nicht wegen ihrer Höhe, sondern wegen ihrer Berechnung. Es hat zudem eine physische Seite – wozu Ernährung gehört – und eine soziale Seite – also die Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben – des Grundrechts identifiziert, wobei dem Gesetzgeber bei der Konkretisierung der physischen Seite weniger Spielraum als bei der sozialen Seite zukommt.

2.1 Vorgaben zur Höhe

In Bezug auf die Höhe hat das Gericht nur eine evidente Unterschreitung des Existenzminimums verboten. Diese Evidenzkontrolle „bezieht sich im Wege einer Gesamtschau [...] auf die Höhe der Leistungen insgesamt und nicht auf einzelne Berechnungselemente, die dazu dienen, diese Höhe zu bestimmen.“¹⁰ Auch wenn es also nicht auf einzelne Ausgabenkategorien ankommt, begründete das BVerfG sein positives Ergebnis gerade mit Blick auf den Ernährungsanteil, „weil die Regelleistung zur Sicherung der physischen

6 U.a. DGB (Fn. 3), 17ff; Diakonie (Fn. 3), 85ff; AWO Bundesverband 2020, in: Materialien zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen (Fn. 3), 174ff; VdK Deutschland 2020, in: ebd., 192f; SoVD 2020, in: ebd., 205f; Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband 2020, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Stellungnahmen/regelbedarfsermittlungsgesetz-2020-deutscher-paritaetischer.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 10ff, 17ff.

7 U.a. DGB (Fn. 3), 12f; Diakonie Deutschland, (Fn. 3), 83; VdK Deutschland (Fn. 5), 188; SoVD (Fn. 5), 204f; Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband (Fn. 5), 17.

8 BT-Drs. 17/3648.

9 DGB (Fn. 3), 7, 14f; Deutscher Caritasverband 2020, in: Materialien zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen (Fn. 3), 50f; Diakonie Deutschland (Fn. 3), 83; Geschäftsstelle des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V., in: Materialien zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen (Fn. 3), 50f; Diakonie Deutschland (Fn. 3), 154; AWO Bundesverband (Fn. 5), 171ff; VdK Deutschland (Fn. 5), 184, 191f; SoVD (Fn. 5), 203; Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband (Fn. 5), 10ff, 17ff. Aufstocker*innen werden ebenfalls nicht ausgeschlossen, dies wird aber wegen des höheren Gesamteinkommens weniger kritisiert.

10 BVerfG 2014 (Fn. 2), Rz. 81, ebenso Rz. 87.

Seite des Existenzminimums zumindest ausreicht und der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der sozialen Seite des Existenzminimums weiter ist.“¹¹

2.2 Vorgaben zum Berechnungsverfahren

Über die Evidenzkontrolle hinaus machte das Gericht Vorgaben insbesondere für das Verfahren der Berechnung. Grundsätzlich räumte es dem Gesetzgeber große methodische Gestaltungsfreiheiten ein, etwa bei der Wahl eines tauglichen und sachgerechten Rechenmodells und der Referenzgruppe.¹² Den Statistik-Warenkorb stufte das Gericht als grundsätzlich geeignet ein.¹³ Kriterien für Tauglichkeit und Sachgerechtigkeit lieferte das Gericht allerdings kaum; es verwies nur darauf, dass bereits der vorherige Eckregelsatz der Sozialhilfe mit diesem Modell ermittelt wurde.¹⁴

Als weitere Kriterien für das Berechnungsverfahren verlangte das BVerfG, dass die erforderlichen Tatsachen – also die statistischen Beträge – im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt und die Strukturprinzipien des gewählten Verfahrens gewahrt werden.¹⁵ Dabei hielt es auch Modifikationen des Statistik-Modells für grundsätzlich zulässig;¹⁶ die konkreten Warenkorb-Streichungen seien aber unzulässig, weil sie ohne statistische Belege geschätzt wurden.¹⁷

Über die deutlich niedrigeren Leistungen gemäß Asylbewerberleistungsgesetz, die ebenfalls das Existenzminimum sichern sollen, entschied das Gericht 2012 und befand sie für materiell zu niedrig, weil sie seit 1993 nicht angehoben worden waren.¹⁸

In einer weiteren Entscheidung über die Regelbedarfe im Jahr 2014 prüfte das Gericht die Anwendung seiner 2010 aufgestellten Anforderungen. Es hielt das Berechnungsmodell für „derzeit noch“ verfassungsgemäß,¹⁹ obwohl außer der Bundesregierung, dem Bundessozialgericht und den Beklagten des Ausgangsverfahrens sämtliche Stellungnahmen die Regelungen zur Berechnung des Regelbedarfs für verfassungswidrig hielten.²⁰ Die Entscheidung ist entsprechend verfassungsrechtlich umstritten.²¹

11 BVerfG 2010 (Fn. 2), Rz. 152.

12 Ebd., Rz. 139.

13 Ebd., Rz. 159.

14 Ebd., Rz. 160.

15 BVerfG 2010 (Fn. 2), Rz. 143.

16 Ebd., Rz. 139.

17 Ebd., Rz. 175.

18 BVerfG 2012, Leitsatz 1.

19 BVerfG 2014 (Fn. 2), Rz. 73.

20 BVerfG 2014 (Fn. 2), Rz. 47. sein Urteil von 2010 mit dem Beschluss von 2014 „de facto relativiert“.

21 Berlit sieht darin das Urteil von 2010 „de facto relativiert“ (Uwe Berlit, Paukenschlag mit Kompromisscharakter II – das Sanktionenurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5.11.2019, info also 38 (2020), 3-11, 7. Rosenow kritisiert, dass die Modifikation des Statistikmodells durch Warenkorb-Streichungen akzeptiert wurde, obwohl die 2010 aufgestellten Anforderungen für eine solche Vorgehensweise nicht erfüllt worden wären (Roland Rosenow, Restitution des status quo ante ‚Hartz IV‘: Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur wirtschaftlichen Grundsicherung“. Kritische Justiz 55 (2022), 336–350,).

2.3 Politische Konsequenzen

Die Entscheidungen des BVerfG trugen zu einer vertieften sozialpolitischen Debatte bei, die aber für Menschen ohne Fachkenntnis schwer nachvollziehbar ist.²² Schon die Frage der präzisen Bezeichnung des Rechenmodells²³ wird fast nur von Insidern geführt. Die mediale Darstellung reduziert sich oft auf die Einstufung als verfassungsgemäß oder nicht; die breit geteilten sozialpolitischen Kritiken²⁴ oder lebensweltlichen Einschätzungen²⁵ werden selten erwähnt. Die Neuberechnung des Existenzminimums, die nach der ersten Entscheidung erforderlich war, führte faktisch nicht zu einer Erhöhung,²⁶ weil eine verfassungsgerichtlich ermöglichte Stellschraube genutzt wurde, indem die Referenzgruppe für Erwachsene von 20 % auf 15 % der einkommensschwächsten Haushalte verkleinert wurde, was in der Konsequenz zu niedrigeren Beträgen führte. Zudem konnten die gerichtlich monierten Streichungen im Wesentlichen beibehalten werden, weil sie mit den Daten der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe statistisch beziffert werden konnten. Insofern trifft Berlits Feststellung, dass das Urteil keine materielle Garantie enthält, sondern lediglich vorschreibt, dass „mehrheitsfähige ‚sozialpolitische Grausamkeiten‘ [...] nur gerichtsfest als rational dargestellt werden (können).“²⁷

3. *Neue ernährungswissenschaftliche Forschung zu den Kosten einer gesundheitsfördernden Ernährung*

Der Betrag, der bei der Regelbedarfsberechnung für Ernährung berücksichtigt wurde, ist in den Gesetzesmaterialien beziffert.²⁸ Aktuelle ernährungswissenschaftliche Forschung legt aber eine verfassungsrechtliche Neubewertung nahe. Die Ernährungswissenschaften beschäftigen sich seit mehreren Jahren mit der Frage, ob die Beträge, welche die Regelbedarfe für Ernährung zugrunde legen, für eine gesunde Ernährung ausreichen. Für die langfristige Erhaltung der körperlichen Gesundheit komme es nicht nur auf die

22 Höft-Dzemeski kritisiert, dass die Debatte „im Milieu von Ministerialbürokratie und akademischer Expertokratie“ stattfindet und Außenstehende nicht immer erkennen können, „ob einzelne Operationen auf die Bemessung der Leistungshöhe oder die Legitimation eines erwünschten Ergebnisses zielen.“ (Höft-Dzemeski, Fn. 4, 192f)

23 S.o. 1.

24 S.o. 1.

25 Um die Debatte wieder in die allgemeine Öffentlichkeit zu lenken, hat der Paritätische Gesamtverband im Jahr 2020 in einer repräsentativen Umfrage die Beträge abgefragt, die subjektiv für den Lebensunterhalt als notwendig betrachtet werden. Im Durchschnitt ergab die Befragung für Alleinlebende einen fast 300 € höheren Betrag (Der Paritätische Gesamtverband 2020, Regelsätze zu niedrig: Einschätzungen der Bevölkerung zu Kosten des täglichen Lebensunterhalts, https://www.der-paritaetische.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/doc/2020_broschuere_regelsaetze-zu-niedrig.pdf, 4), was einer Erhöhung um 69 % entsprechen würde. Nur 20 % der Befragten hielten den geltenden Betrag für ausreichend (ebd.).

26 2009: 359 € für alleinlebende Erwachsene (amtliche Bekanntmachung vom 17. Juni 2009, BGBl I 1342), 2011: 364 € vor (§ 8 Regelbedarfsermittlungsgesetz).

27 Berlit (Fn. 20), 157.

28 Für alleinlebende Erwachsene im Jahr 2018 monatlich 134,90 Euro, was 150,93 Euro im Jahr 2021 entspricht (Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sowie des Asylbewerberleistungsgesetzes, BT-Drs. 19/22750, 8, 22f; Beträge für Erwachsene in Paarhaushalten und Kinder 8f, 35, 44, 52).

Deckung des Energiebedarfs an. Gesunde Ernährung wird in der Regel entsprechend den Referenzwerten der Deutschen Gesellschaft für Ernährung für eine gesundheitsfördernde Ernährung²⁹ operationalisiert, die neben dem Energiebedarf eine ausgewogene Zusammensetzung und insbesondere eine ausreichende Versorgung mit Mikronährstoffen – also Vitaminen, Mineralien und Spurenelementen – berücksichtigen.

Verschiedene ernährungswissenschaftliche Studien, die sich auf das aktuelle Berechnungsmodell beziehen und erst nach dem Regelsatzurteil von 2014 entstanden sind, kommen zu dem Ergebnis, dass eine gesunde Ernährung mehr kostet, als bei der Regelbedarfsberechnung für Nahrungsmittel eingestellt wird.³⁰ Thiele stellte 2014 fest, dass eine gesunde Ernährung deutlich mehr kostet als eine durchschnittliche Ernährung, wie sie implizit der Regelbedarfsberechnung zugrunde liegt.³¹ Preußé bezifferte für das Jahr 2015 die monatlichen Deckungslücken zwischen den Regelbedarfsanteilen und den Kosten gesunder Ernährung mit 14 € für alleinlebende Frauen, rund 22 € für Kinder und 45 € für alleinlebende Männer und erreichten 123 € für einen Paarhaushalt mit zwei Kindern.³² 2020 stellte der Wissenschaftliche Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz beim Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (WBAE) fest, dass die Ernährungsanteile an der Berechnung realistisch nicht für eine gesundheitsfördernde Ernährung ausreichen, und forderte eine Überprüfung der Berechnung.³³ Laut WBAE gingen Studien mit entgegenstehenden Befunden von unterstützenden Ressourcen aus, die in der Realität kaum gegeben seien, z.B. besonderen hauswirtschaftlichen Fähigkeiten. Biesalski, ein damaliges WBAE-Mitglied, berechnete 2021, dass eine Ernährung von den Berechnungsbeträgen bei Kindern und Jugendlichen zu Wachstumsverzögerungen und einer eingeschränkten kognitiven Entwicklung führen kann.³⁴ Für eine gesunde Ernährung müssten die Regelbedarfe für Unter-5-Jährige um rund 60 %³⁵, für 6-bis-13-Jährige um 37 %³⁶, für Jugendliche um rund 10 %³⁷, für alleinlebende Erwachsene um 54 % und für Erwachsene in Paarhaushalten um 93 %³⁸ erhöht werden. Ebenfalls 2021 belegten Kabisch u.a., dass der Ernährungsanteil der Regelbedarfsberechnung für alleinlebende Erwachsene selbst dann nicht für eine gesunde Ernäh-

29 <https://www.dge.de/wissenschaft/referenzwerte/>, auch veröffentlicht als Loseblattsammlung: DGE – Deutsche Gesellschaft für Ernährung e. V., Österreichische Gesellschaft für Ernährung, Schweizerische Gesellschaft für Ernährung, Referenzwerte für die Nährstoffzufuhr, Bonn 2024.

30 Fürs Jahr 2025 fortgeschrieben wären dies: 195,35 Euro monatlich für alleinlebende Erwachsene, in Paarhaushalten 175,74 Euro, für Kinder und Jugendliche zwischen 117,09 Euro und 208,10 Euro)

31 Silke Thiele, Neuer Ansatz zur Ermittlung eines ALG-II-Mehrbedarfs für eine vollwertige Ernährung, Ernährungsumschau. Forschung & Praxis 61 (2014), 32–37.

32 Heide Preußé, Referenzbudgets in ihrer Bedeutung als sozial-kulturelle Existenzminima, Hauswirtschaft und Wissenschaft (2018 53), 11. Die Unterdeckung reduzierte sich, wenn Kinder und Jugendliche in Ganztageseinrichtungen eine kostenfreie Mittagsverpflegung erhielten.

33 Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz beim BMEL 2020, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/_Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/wbae-gutachten-nachhaltige-ernaehrung.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

34 Hans Konrad Biesalski, Ernährungsarmut bei Kindern – Ursachen, Folgen, COVID-19, Aktuelle Ernährungsmedizin 46 (2021), 317–332.

35 Bzw. vom damaligen Tagesbetrag 2,82 € um 1,68 € auf 4,50 € (ebd., 320).

36 Bzw. vom damaligen Tagesbetrag 4,01 € um 1,49 € auf 5,50 € (ebd.).

37 Bzw. vom damaligen Tagesbetrag 4,98 € um 0,52 € auf 5,50 € (ebd.).

38 Bzw. vom damaligen Tagesbetrag 3,98 € um 3,52 € auf 7,50 € (ebd.).

rung genügt, wenn von mehreren gesunden Ernährungsweisen die finanziell günstigste (im Ergebnis: die vegetarische) betrachtet wird.³⁹ Der WBAE bestätigte im März 2023 seinen Befund von 2020, dass die aktuellen Regelbedarfsanteile nicht für eine gesundheitsfördernde Ernährung ausreichen.⁴⁰ Er wiederholte seine Forderung nach einer Anpassung der Berechnung.⁴¹

Nur zwei Veröffentlichungen kommen für das aktuelle Rechenmodell zu anderen Ergebnissen. Zum einen hielt Lambeck 2019 die Frage nicht für eindeutig beantwortbar, da es in der Praxis erheblich auf die hauswirtschaftlichen Kompetenzen der Leistungsbezieher*innen ankomme, etwa beim Einkauf, bei der Vorratshaltung, der Speiseplanung und der Resteverwertung.⁴² Diese Einschätzung wurde ohne konkrete Berechnungen getroffen. Und zum anderen verweist der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge 2023 in seinen Empfehlungen für die Übernahme der Kosten von gesundheitsbedingt teurer Ernährung auf eine Kostenberechnung für gesunde Vollkost, deren Ergebnisse „keine Hinweise darauf [geben], dass die in der EVS (Einkommens- und Verbrauchsstichprobe, U.M.) 2013 erhobenen und vollständig im Regelbedarf berücksichtigten Ausgaben für Nahrungsmittel und Getränke nicht bedarfsdeckend sein könnten“.⁴³ Das zitierte Gutachten der Deutschen Gesellschaft für Ernährungsmedizin ist leider nicht veröffentlicht, wurde der Autorin dieses Beitrags aber vom Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge zur Verfügung gestellt. Darin werden als Kosten für eine gesunde Vollkost zwischen Juni und November 2019 127,45€ pro Monat berechnet⁴⁴, was 14 % unter dem damaligen Ernährungsanteil an der Regelbedarfsberechnung in Höhe von 147,65€⁴⁵ liegt. Die Aussagekraft dieses Werts begrenzen die Autor*innen des Gutachtens ausdrücklich, u.a. wegen unsicherer Annahmen zu Größe und Gewicht der Referenzpersonen, der fehlenden Berücksichtigung von Verpackungsgrößen, Lebensmittelresten, den Schwankungen bei Lebensmittelpreisen und -angebot sowie der unzuverlässigen Verfügbarkeit von preiswerten Eigenmarken.⁴⁶ Deswegen könnten die berechneten Beträge „nicht in allen Fällen als festgelegte Größen herangezogen werden.“⁴⁷ Mit Blick

39 Stefan Kabisch, Sören Wenschuh, Palina Buccellato, Joachim Spranger und Andreas F.H. Pfeiffer, Affordability of Different Isocaloric Healthy Diets in Germany – An Assessment of Food Prices for Seven Distinct Food Patterns, *Nutrients* 13 (2021), 3037, 7f.

40 WBAE 2023 (Fn. 1), I-II.

41 Ebd., 109. Zudem kritisiert der WBAE, dass die soziale Funktion von Ernährung für Familie und Freundschaften ausgeklammert wird, indem jegliches Essen außer Haus herausgestrichen wird (ebd., XIII, 109).

42 Andrea Lambeck, Stellungnahme zur Anhörung im Ausschuss für Ernährung und Landwirtschaft, 2019, https://www.bundestag.de/resource/blob/648084/595fc35b9cfc37dee740be529b465f9a/Stellungnahme_Lambeck-data.pdf.

43 DV 2023, Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Gewährung des Mehrbedarfs bei kostenaufwändiger Ernährung gemäß § 30 Abs. 5 SGB XII, <https://www.deutscher-verein.de/empfehlungen-stellungnahmen/detail/empfehlungen-des-deutschen-vereins-zur-gewaehrung-des-mehrbedarfs-bei-kostenaufwaendiger-ernaehrung-gemaess-30-abs-5-sgb-xii/>, 10.

44 DGEM 2019, Gutachten zur Quantifizierung des Mehrbedarfs aufgrund kostenaufwändigerer Ernährung in der Sozialhilfe, unveröffentlicht, 25.

45 Ernährungsanteil an der Regelbedarfsberechnung, fortgeschrieben fürs Jahr 2019 entsprechend dem Faktor der Regelbedarfsstufen-Fortschreibungsverordnung 2019.

46 DGEM (Fn. 44), 25-27.

47 Ebd.

auf realistische Einkaufs- und Kochbedingungen werden zudem Zuschläge für teurere Markenprodukte sowie für unvermeidbare Reste bei der Zubereitung empfohlen⁴⁸.

Insgesamt halten also vier Studien, die sich auf die aktuelle Regelbedarfsberechnung beziehen, den Ernährungsanteil nicht für ausreichend für eine gesunde Ernährung. Eine Studie kommt zum entgegengesetzten Befund, hatte die Frage aber nicht im Fokus. Eine Studie bleibt offen. Eine Zusammenfassung der bis 2022 vorliegenden fachlichen Äußerungen findet sich in einer Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages.⁴⁹

4. Methode der Regelbedarfsberechnung

Die weitgehende Einhelligkeit des ernährungswissenschaftlichen Forschungsstands ist keine Überraschung, denn die Regelbedarfe werden anhand einer relativ armen Referenzgruppe berechnet. Dabei wird unterstellt, dass die Ausgaben von Menschen in diesem Einkommenssegmenten zwar bescheiden ausfallen, aber trotzdem für ein menschenwürdiges Existenzminimum genügen. 2014 bestätigte das BVerfG ausdrücklich die Bildung der Referenzgruppen mit dem Argument, dass in höheren Einkommensgruppen Ausgaben getätigt würden, die über das Existenzminimum hinaus gehen⁵⁰.

Eine normative Untergrenze, welche unteren Einkommensverhältnisse als zu arm und deshalb nicht mehr relevant einzustufen seien, zog das Gericht nur semantisch: Das geltende Rechenmodell sei nur unter der Prämisse zulässig, „dass auch das Ausgabeverhalten unterer Einkommensgruppen der Bevölkerung zu erkennen gibt, welche Aufwendungen für das menschenwürdige Existenzminimum erforderlich sind“.⁵¹ Wie diese Prämisse überprüft wird, dazu schweigt das BVerfG bislang. In der Praxis wirkt nur das bestehende Existenzminimum als Untergrenze, da dessen Bezieher*innen aus der Ermittlung ausgeschlossen werden. Die Feststellung, dass in der herangezogenen Bevölkerungsgruppe die Kosten für das Existenznotwendige gedeckt werden, ist eine Setzung, die vom BVerfG ohne empirisch gestützte Reflexion akzeptiert wurde.

Im Bereich der Ernährung bestehen aber ernsthafte Zweifel an der Annahme, dass von den Ausgaben unterer Einkommensgruppen auf menschenwürdige Bedarfsdeckung geschlossen werden kann. Tatsächlich gaben 2020 13 % der alleinlebenden Erwachsenen finanzielle Probleme damit an, sich jeden zweiten Tag eine Mahlzeit mit Fleisch, Geflügel, Fisch oder eine entsprechende vegetarische Mahlzeit zu leisten.⁵² Die Berechnung der Regelbedarfe basiert auch auf den Ausgaben vieler solcher Haushalte, darunter viele Rentner*innen. Zudem sind die statistisch angegebenen Beträge irreführend niedrig, weil

48 Ebd., 26f.

49 Deutscher Bundestag 2022, Kosten einer Ernährung nach den Empfehlungen der DGE, WD 5 – 3000 143/22, <https://www.bundestag.de/resource/blob/930736/004057b9723a130b6b159b5d8d9fa69a/WD-5-143-22-pdf-data.pdf>.

50 BVerfG 2014 (Fn. 2), Rz. 96f.

51 Ebd., Rz. 166.

52 Statistisches Bundesamt, Kriterien der materiellen und sozialen Entbehrung der privaten Haushalte, 23.05.2024, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/Lebensbedingungen-Armutsgefährdung/Tabellen/materielle-und-soziale-entbehrung-mz-silc.html>.

viele Referenzhaushalte das Lebensmittelangebot von gemeinnützigen Einrichtungen (Tafeln) nutzen und dieser kostensenkende Effekt nicht herausgerechnet wird.⁵³

Im Ergebnis erfüllt das derzeitige Existenzminimum lediglich das Ziel, Transferleistungsbezieher*innen finanziell mit anderen einkommensarmen Menschen gleichzustellen. Dies läuft auf eine „Gleichstellung in Mangelernährung“⁵⁴ hinaus.

5. Verfassungsrechtliche Relevanz

Diese Befunde sind auch verfassungsrechtlich relevant. Gesunde Ernährung ist nicht als eine Ausgabe „über das [grundrechtlich] Existenznotwendige hinaus“⁵⁵ anzusehen. Der Maßstab einer gesundheitsfördernden Ernährung entspricht einer Orientierung am Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 GG. Als menschenwürdige physische Existenz ist eine gesunde Existenz ohne Mangelerscheinungen anzusehen, was nach den Empfehlungen der Deutschen Gesellschaft für Ernährung⁵⁶ eine ausgewogene Ernährung mit ausreichender Zufuhr von Energie und Mikronährstoffen voraussetzt.

In rechtsdogmatischer Hinsicht kommen mehrere Aspekte in Betracht, an denen eine veränderte verfassungsrechtliche Bewertung erfolgen könnte: Zum einen könnte rein prozedural ein Erfordernis im Hinblick auf das Berechnungsverfahren bestehen, neue wissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen und entsprechende Anpassungen vorzunehmen (5.1.). Zum anderen könnte der niedrige Ernährungsanteil darauf hinweisen, dass die Leistungen evident zu niedrig sind (5.2.). Beides würde dafür sprechen, dass die derzeit gewählte Referenzgruppe für die Ermittlung des Ernährungsanteils nicht tauglich ist (5.3.). Zudem ist der UN-Sozialpakt zu beachten (5.4.).

5.1. Anpassung an ernährungswissenschaftliche Befunde als prozedurales Kriterium eines menschenwürdigen Existenzminimums

Im anspruchsvollen und verfassungsgerichtlich stark ausdifferenzierten Bereich der Verfahrensanforderungen spielen die ernährungswissenschaftlichen Befunde eine Rolle. Laut BVerfG liefert das Grundgesetz zwar keine quantifizierbaren Vorgaben für die Bemessung des Existenzminimums, erfordert „aber eine Kontrolle der Grundlagen und der Methode der Leistungsbemessung daraufhin, ob sie dem Ziel des Grundrechts gerecht werden“⁵⁷. 2014 hat es dies wiederholt und gefordert, dass die „Ergebnisse eines sachgerechten Verfahrens zur Bestimmung grundrechtlich garantierter Ansprüche fortwährend zu überprüfen und weiter zu entwickeln“ sind.⁵⁸ Dabei sind auch Bedenken in Bezug auf einzelne Rechenelemente zu berücksichtigen: Auch wenn diese nicht unmittelbar auf die verfassungsrechtliche Beurteilung durchschlagen, „darf der Gesetzgeber ernsthafte

53 Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge, zitiert in BVerfG 2014 (Fn. 2), Rz. 64.

54 Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE. Gesunde Ernährung in der Grundsicherung, BT-Drs. 20/7227, 2.

55 BVerfG 2010 (Fn. 2), Rz. 160.

56 DGE (Fn. 27).

57 BVerfG 2010 (Fn. 2), Rz. 142.

58 BVerfG 2014 (Fn. 2), Rz. 79.

Bedenken, die auf tatsächliche Gefahren der Unterdeckung verweisen, nicht einfach auf sich beruhen lassen und fortschreiben. Er ist vielmehr gehalten, bei den periodisch anstehenden Neuermittlungen des Regelbedarfs zwischenzeitlich erkennbare Bedenken aufzugreifen und unzureichende Berechnungsschritte zu korrigieren.⁵⁹ Dementsprechend untersuchte das Gericht 2014 innerhalb seiner Prüfung des Berechnungsverfahrens gesondert die Einzelposition der Schulbedarfe.⁶⁰

Die neuere ernährungswissenschaftliche Forschung belegt, dass der Ernährungsanteil an der Berechnung nicht geeignet ist, ein menschenwürdiges Existenzminimum zu garantieren und damit das Ziel des Grundrechts zu erreichen. Damit erscheint das gewählte Berechnungsverfahren nicht mehr als sachgerecht. Dass derartigen Zweifeln nachgegangen werden muss, hielt das BVerfG ausdrücklich fest: „Soweit es erforderlich ist, die mittels des Statistikmodells gewonnenen Ergebnisse etwa aufgrund offensichtlich bedarfsrelevanter Entwicklungen zu überprüfen, kann der Gesetzgeber mit Hilfe der Warenkorbmethode vielmehr auch kontrollierend sicherstellen, dass der existentielle Bedarf tatsächlich gedeckt ist.“⁶¹

Eine solche bedarfsrelevante Entwicklung ist hier gegeben, denn darunter kann nicht nur die Preisentwicklung selbst gefasst werden, sondern auch eine wissenschaftliche Entwicklung, die die Erreichung des grundrechtlichen Ziels betrifft. Die neuen Befunde stellen die grundlegende Annahme, dass die maßgebliche einkommensarme Referenzgruppe ihr Existenzminimum menschenwürdig decken kann, ernsthaft in Frage. Der Gesetzgeber ist deshalb verfassungsrechtlich verpflichtet, diese Befunde sorgfältig zur Kenntnis zu nehmen und erforderliche Konsequenzen zu ziehen.

Die Bundesregierung hat den einschlägigen neuen Forschungsstand aber erst spät zur Kenntnis genommen, keinerlei prüfende Berechnungen angestellt und somit noch nicht angemessen berücksichtigt.⁶² Sie begründet den Verzicht auf eine Prüfung damit, dass die Leistungsberechtigten selbst für eine entsprechende Schwerpunktsetzung bei den Konsumausgaben verantwortlich seien. Die Kosten für eine gesunde Ernährung oblägen ihrer individuellen Verantwortung, da der Regelbedarf eine Gesamtpauschale darstellt, „über deren konkrete Verwendung die Leistungsberechtigten eigenverantwortlich nach ihrer individuellen Präferenz entscheiden können“.⁶³

Dieser Hinweis auf theoretisch mögliche Umschichtungen zwischen unterschiedlichen Ausgabekategorien überzeugt in mehrerlei Hinsicht nicht. Zum einen ist gesunde Ernährung verfassungsrechtlich nicht als überdurchschnittlicher Bedarf einzustufen, sondern als normaler Bestandteil, entsprechend dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 GG. Und zum anderen ist verfassungsrechtlich nicht die

59 Ebd., Rz. 141.

60 Ebd., Rz. 135.

61 Ebd., Rz. 109.

62 Als der WBAE 2020 seine Kritik formulierte, leugnete die Bundesregierung zunächst den Befund und beantwortete eine Kleine Anfrage, an der die Autorin mitgewirkt hatte, fehlerhaft dahingehend, dass eine gesunderhaltende Ernährung möglich sei (Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE. Maßnahmen gegen Ernährungsarmut in Deutschland, BT-Drs. 20/3847, 2), wobei sie den WBAE unzutreffend zitierte. Erst nach einer Beschwerde des WBAE räumte die Bundesregierung ihre unzutreffende Antwort ein und bedauerte ihren „Zitierfehler“ (Antwort der Bundesregierung auf die Schriftliche Frage 133 von Ina Latendorf, BT-Drs. 20/4852, 95).

63 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE. Gesunde Ernährung in der Grundsicherung, BT-Drs. 20/7638, 7, ähnlich 3.

Möglichkeit von Umschichtungen relevant, sondern die Zulässigkeit eines Berechnungsverfahrens, in dem der – in den Gesetzesmaterialien klar bezifferte – Ernährungsanteil nicht für gesunde Ernährung ausreicht. Die gesetzgeberische Verpflichtung, Konsequenzen der ernährungswissenschaftlichen Forschung zu prüfen, besteht also trotz des Hinweises auf Umschichtungsmöglichkeiten fort.

Zudem sind Umschichtungen im erforderlichen Umfang nicht realistisch. Ernährung stellt einen großen und alltäglichen Kostenfaktor dar, für den besonders umfangreiche Einsparungen bei anderen Ausgaben erforderlich wären. Umschichtungen müssten aus anderen Ausgabekategorien – insbesondere der sozialen Seite des Existenzminimums – kommen, wo die Beträge von vornherein nur reduziert berücksichtigt wurden und diese kürzenden Warenkorb-Rechenschritte „an die Grenze“ des verfassungsrechtlich Geforderten kommen⁶⁴.

5.2. Der Ernährungsanteil als Indiz für evident zu niedrige Leistungen

Die ernährungswissenschaftlichen Befunde könnten zudem in Hinblick auf die konkrete Höhe des Regelbedarfs verfassungsrechtlich relevant sein. Bei der Prüfung der Leistungshöhe beschränkt sich die verfassungsgerichtliche Prüfung zwar auf eine Evidenzkontrolle im Rahmen einer Gesamtschau aller Leistungen. Die Ausgaben für einzelne Kategorien – also für Ernährung, Bekleidung usw. unterfallen nicht dieser Prüfung. Die ernährungswissenschaftliche Kritik kann sich also nicht unmittelbar auswirken. Aber sie stellt ein gewichtiges Anzeichen für eine evident zu niedrige Gesamtleistung dar. Die einzelnen Ausgabekategorien sind für die verfassungsgerichtliche Evidenzkontrolle nicht egal, denn andernfalls könnte diese Prüfung nur als richterliche Bauch-Entscheidung erfolgen. Das kann verfassungsgerichtlich nicht gewollt sein.

Vielmehr machte das BVerfG seine Evidenzkontrolle durchaus an einzelnen Berechnungselementen fest. Dazu gehört die Unterscheidung einer physischen und einer sozialen Seite des Existenzminimums, wobei der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum bei der Konkretisierung der physischen Seite enger ist als bei der sozialen Seite.⁶⁵ Die Einhaltung dieser Vorgabe kann nur durch den Blick auf einzelne Ausgabekategorien geprüft werden. Dem Ernährungsanteil kommt dabei eine besondere Bedeutung zu, da er ein Drittel des gesamten Regelbedarfs ausmacht und innerhalb der physischen Seite des Existenzminimums bei Weitem den Großteil darstellt. Dementsprechend argumentierte das BVerfG 2010 bei der Ablehnung einer evident unzureichenden Höhe gerade mit dem Ernährungsanteil und verwies auf eine Untersuchung im Auftrag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, wonach der Ernährungsanteil zuzüglich des substituierten Betrags für Gaststättenbesuche eine empfehlenswerte Vollkost finanzieren könne.⁶⁶ Auch das BVerfG hält also den Ernährungsanteil an der Regelbedarfsberechnung für besonders bedeutsam bei der Evidenzkontrolle der Leistungshöhe.

Von dem, was das BVerfG 2010 und 2014 bei der Evidenzprüfung als Forschungsstand annehmen musste, weicht die neuere ernährungswissenschaftliche Forschung jedoch fast einhellig ab. Ohnehin hatte das Gericht die Aussagekraft seiner Evidenzkontrollen aus-

64 Ebd., Rz. 121.

65 BVerfG 2010 (Fn. 2), Rz. 138, 152.

66 Ebd., Rz. 152. Die Studie bezieht sich auf eine frühere Berechnung, ist aktuell also nicht mehr einschlägig.

drücklich begrenzt und sich gerade nicht dazu geäußert, ob die Leistungen evident unzureichend *sind* oder nicht. Stattdessen hat es nur festgestellt, dass die Leistungen „nicht als evident unzureichend erkannt werden“ können⁶⁷, dass also eine solche Feststellung zu dem Zeitpunkt nicht getroffen werden kann. Ebenso hat es 2014 festgestellt, dass die „Festsetzung der Gesamtsumme für den Regelbedarf nicht erkennen [lässt], dass der existenzsichernde Bedarf offensichtlich nicht gedeckt wäre“⁶⁸ bzw. dass „nicht erkennbar geworden [ist], dass existenzgefährdende Unterdeckungen eintreten“⁶⁹. Es handelt sich also um eine Erkenntnisfrage; und genau zu dieser liegen neue Erkenntnisse vor.

Deshalb führen die ernährungswissenschaftlichen Befunde zu einer neuen verfassungsrechtlichen Bewertung. Da der Ernährungsanteil ein Drittel der gesamten Regelleistung (inklusive der sozialen Seite) ausmacht, ist er für die Beurteilung der Gesamtleistung besonders gewichtig. Als solchen hat ihn auch das BVerfG 2010 behandelt, als es das Ergebnis der Evidenzkontrolle gerade mit einem ausreichenden Ernährungsanteil begründet hat.

5.3. Untaugliche Referenzgruppe

Das Auseinanderklaffen der Kosten für gesunde Ernährung und der Ernährungsanteile am Regelbedarf könnte letztlich dafür sprechen, dass das Berechnungsverfahren insofern kein taugliches Verfahren darstellt, als die herangezogene Referenzgruppe zu arm ist, um eine menschenwürdige Ernährung zu finanzieren. Dann dürfte der Ernährungsanteil nicht anhand ihrer Ausgaben bestimmt werden.

Das BVerfG hielt wiederholt fest, dass die Festlegung der Referenzgruppe grundsätzlich Sache des Gesetzgebers ist – 2010 für die Referenzgruppe der einkommensärmsten 20 % der Haushalte, 2014 für die kleinere und damit einkommensärmere Referenzgruppe der unteren 15 %: „Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen nicht gehalten, sich bei der Bestimmung der Höhe der Regelleistungen wie zuvor bei der EVS (Einkommens- und Verbrauchsstichprobe, U.M.) 2003 an den unteren 20 % der nach ihrem Nettoeinkommen geschichteten Einpersonenhaushalte zu orientieren. [...] Das Bundesverfassungsgericht hat nicht zu prüfen, ob die Wahl einer anderen Referenzgruppe angemessener gewesen wäre. Entscheidend ist, dass die Wahl der Referenzgruppe sachlich vertretbar ist. Dies ist hier der Fall.“⁷⁰ Damit knüpfte es an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an, das 1996 das Statistikmodell als geeignetes Verfahren bezeichnete.⁷¹

Die Begründungen für die sachliche Vertretbarkeit der Referenzgruppenwahl erfolgten 2010 wie auch 2014 sehr knapp: In beiden Entscheidungen verwies das Gericht u.a. darauf, dass die gewählte Referenzgruppe breit genug für die Erhebung statistisch zuverlässiger Daten sei.⁷² Dieses Argument betrifft nur die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe; grundsätzlich könnten statistisch zuverlässige Daten für eine beliebig große oder kleine Referenzgruppe erhoben werden. Die Einbeziehung von verdeckt Armen hielt es

67 BVerfG 2010 (Fn. 2), Rz. 151.

68 BVerfG 2014 (Fn. 2), Rz. 87.

69 Ebd., Rz. 109.

70 BVerfG 2014 (Fn. 2), Rz. 98.

71 BVerwG, Urteil vom 18.12.1996 – 5 C 47.95/1996, Rz. 13.

72 BVerfG 2010 (Fn. 2), Rz. 168; BVerfG 2014 (Fn. 3), Rz. 99.

für zulässig.⁷³ 2014 führte das Gericht zudem an, dass die resultierenden Einkommen trotz der verkleinerten Referenzgruppe oberhalb der Einkommensgrenze der vorherigen Berechnung lagen⁷⁴ – was die Inflation und somit verringerte Kaufkraft ausblendet.

Weitere Kriterien für die Prüfung der Sachgerechtigkeit der Referenzgruppe nennt das Gericht zwar nicht ausdrücklich in diesem Zusammenhang. Es formulierte aber die grundlegende Prämisse, dass das Ausgabeverhalten der herangezogenen Einkommensgruppen „zu erkennen gibt, welche Aufwendungen für das menschenwürdige Existenzminimum erforderlich sind“⁷⁵. Die Ergebnisse der Ernährungswissenschaft gehen derzeit deutlich in die Richtung, dass diese Bedingung für den Ernährungsanteil nicht mehr erfüllt ist, sondern der Ernährungsanteil an einer zu armen Referenzgruppe berechnet wurde.

5.4. UN-Sozialpakt

Der Gesetzgeber ist auch durch völkerrechtliche Verpflichtungen bei der Bestimmung des Existenzminimums gebunden.⁷⁶ Mit Verweis auf die niedrigen Ernährungsanteile an der Berechnung kommen André Horenburg und Johannes Franke zu dem Ergebnis, dass die Höhe des Existenzminimums das Menschenrecht auf angemessene Ernährung aus Art. 11 des UN-Sozialpakts verletzt: „Die rechnerisch für Nahrungsmittel zugrunde gelegten Beträge ermöglichen eine gesunde Ernährung nach ganz überwiegender wissenschaftlicher Einschätzung nicht [...]. Es kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass es sich bei der Auszahlung um eine Gesamtpauschale handele [...]. Denn eine gesunde Ernährung wäre mit den Bürgergeld-Regelsätzen nur unter Verzicht auf andere grundlegende Bedürfnisse möglich. Dies ist aber gerade nicht ausreichend, um den völkerrechtlichen Anforderungen zu genügen, sodass im Ergebnis eine Erhöhung der Regelsätze geboten ist.“⁷⁷ Weil Deutschland 2023 dem Individualbeschwerdeverfahren des Pakts beigetreten ist, könnte dies nun auch individuell geprüft werden.

6. Lösungsmöglichkeiten

Die unzureichende Berücksichtigung von gesunder Ernährung bei der Regelbedarfsberechnung könnte innerhalb des geltenden Statistik-Warenkorbs durch verschiedene Stell-schrauben behoben werden: Zum einen könnte beim statistischen Rechenschritt angesetzt und die Referenzgruppe für den Ernährungsanteil vergrößert werden⁷⁸, so dass für diese Ausgaben eine wenige verarmte Gruppe herangezogen werden. Alternativ dazu könnten die statistisch ermittelten Ausgaben für Ernährung durch einen zusätzlichen

73 BVerfG 2010 (Fn. 2), Rz. 169.

74 BVerfG 2014 (Fn. 2), Rz. 98.

75 BVerfG 2010 (Fn. 2), Rz. 166.

76 BVerfG 2014 (Fn. 2), Rz. 74.

77 André Horenburg und Johannes Franke, Gutachten. Ist die Höhe des Bürgergeldes mit dem Recht auf angemessene Ernährung nach Art. 11 Abs. 1 des UN-Sozialpakts vereinbar?, 30.11.2023, https://www.ina-latendorf.de/fileadmin/personen/Ina_Latendorf/Gutachten_Recht_auf_angemessene_Ernaehrung_und_Buergergeld_final_051223.pdf.

78 Möglich ist selbstverständlich auch eine Ausweitung der Referenzgruppe für den gesamten Regelbedarf; dies wäre eine politische Entscheidung über das verfassungsrechtliche Erfordernis hinaus.

Warenkorb-Rechenschritt erhöht werden, in dem die Preise für gesunde Ernährung ermittelt werden. Dies würde der Logik von Streichungen aus dem Warenkorb entsprechen und wurde auch vom BVerfG ausdrücklich für möglich erklärt: „Soweit es erforderlich ist, die mittels des Statistikmodells gewonnenen Ergebnisse etwa aufgrund offensichtlich bedarfsrelevanter Entwicklungen zu überprüfen, kann der Gesetzgeber mit Hilfe der Warenkorbmethode vielmehr auch kontrollierend sicherstellen, dass der existentielle Bedarf tatsächlich gedeckt ist.“⁷⁹ Die Bundesregierung hat diese Möglichkeit zwar verneint und in einer Antwort auf eine Kleine Anfrage der Linksfraktion behauptet, dass „der Gesetzgeber in dem anzuwendenden Statistikmodell nicht bestimmen [kann], welche über die statistisch nachgewiesenen durchschnittlichen Verbrauchsausgaben für Ernährung hinausgehenden Aufwendungen er für erforderlich oder sinnvoll hält.“⁸⁰ Diese Aussage ist aber angesichts der ausdrücklich entgegengesetzten verfassungsgerichtlichen Position nicht haltbar. Ohnehin ist sie nicht logisch, da die Bestimmung und Streichung von „unsinnvollen“ Ausgaben gängige Praxis ist.

7. Fazit

Im Ergebnis dürfte die gegenwärtige Situation gegen das Grundrecht auf Gewährung eines menschenwürdigen Existenzminimums verstoßen, weil neue, verfassungsrechtlich relevante Befunde die Berechnung in Frage stellen und diese Entwicklung vom Gesetzgeber nicht ernsthaft betrachtet wurde. Auch Sozialgerichte können diese neue Situation berücksichtigen, insbesondere durch Beschlüsse zur Vorlage der Regelbedarfe gem. § 8 Regelbedarfsermittlungsgesetz ans BVerfG. Der ernährungswissenschaftliche Forschungsstand ist dafür ausreichend, weil er ganz mehrheitlich von zu niedrigen Beträgen ausgeht und die einzige anderslautende Studie nur eine begrenzter Aussagekraft besitzt.

Verfassungsrechtlich zulässige Lösungsmöglichkeiten bestehen jedenfalls unproblematisch, nämlich eine gesetzgeberische Steigerung des Anteils, der bei der Regelbedarfsberechnung für Ernährung berücksichtigt wird. Diese Möglichkeit hat das BVerfG selbst eingeräumt; sie wäre auch empirisch fundiert umsetzbar.

⁷⁹ BVerfG 2014 (Fn. 2), Rz. 109.

⁸⁰ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE. betreffend „Maßnahmen gegen Ernährungsarmut in Deutschland“, BT-Drs. 20/3847, 3. Auch an der Entstehung dieser Anfrage hatte die Autorin mitgewirkt.

Trotz Mietendeckelbeschluss – Gesetzgebungskompetenzen der Länder durch Wohnungsverwaltungsrecht

I. Einleitung

Der Vorstoß des Landes Berlin, die Miethöhe auch außerhalb des gebundenen Wohnraums durch das Gesetz zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung¹ zu regulieren, wurde durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 25. März 2021² jäh gestoppt. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts fallen Regelungen zur Miethöhe für Wohnraum, der auf dem freien Wohnungsmarkt angeboten wird (sog. ungebundener Wohnraum), als Teil des sozialen Mietrechts in die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für das bürgerliche Recht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.³ Von ihr habe der Bundesgesetzgeber durch die Fassung der §§ 556 bis 561 BGB mit der Folge abschließend Gebrauch gemacht, dass für die Länder eine Sperrwirkung eingetreten ist.⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb die u.a. in dem Berliner Gesetz enthaltenen Vorschriften zur Begrenzung der Miethöhe – den sogenannten Mietendeckel – für unvereinbar mit dem Grundgesetz und insoweit für nichtig erklärt.

Die Entscheidung enthält allerdings auch den Hinweis, dass die Dinge anders liegen, wenn die bürgerlich-rechtliche Prägung des Mietverhältnisses durch öffentlich-rechtliche Vorschriften ganz oder teilweise verdrängt wäre, und eine Auswahl der Vertragsparteien sowie die Festlegung der Vertragsinhalte durch verwaltungsrechtliche Vorgaben, etwa durch eine mehr oder weniger weitreichende Wohnraumbewirtschaftung, überlagert bzw. ganz oder teilweise ausgeschlossen wäre.⁵ Ausgehend davon versucht der vorliegende Beitrag auszuloten, welche Gesetzgebungskompetenzen den Ländern im Bereich des Wohnungsverwaltungsrechts zustehen bzw. wie eine öffentlich-rechtliche Wohnraumbewirtschaftung ausgestaltet sein müsste, damit sie nicht in Konkurrenz zu der bundesgesetzlichen Gesetzgebungskompetenz aus Art. 72 Abs. 1 und Art. 74 Abs. 1 Satz 1 GG tritt. Sollte es auf Bundesebene in absehbarer Zeit nicht mehr zu einer Verlängerung der Mietpreisbremse sowie einer Absenkung der Kappungsgrenze kommen,⁶ könnte diese

1 Berliner GVBl. 2020, S. 50.

2 BVerfGE, 157, 223 ff. Kritisch zu der Entscheidung Tim Wihl, Zur Mietendeckel-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Kritische Justiz 54 (2021), 461–463.

3 BVerfGE, 157, 223 (Rn. 135 ff.).

4 BVerfGE, 157, 223 (Rn. 148 ff.).

5 BVerfGE, 157, 223 (Rn. 115).

6 Sowohl die Verlängerung der Mietpreisbremse bis zum Jahr 2029 als auch die Absenkung der Kappungsgrenze auf 11 % innerhalb von drei Jahren in angespannten Wohnungsmärkten waren im

Fragestellung – insbesondere in den Stadtstaaten Berlin und Hamburg,⁷ – erhebliche Bedeutung erlangen.

II. Öffentlich-rechtliche Überformung des Mietverhältnisses

Nach dem Bundesverfassungsgericht besteht eine Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich des Wohnungswesens nur im Falle einer öffentlich-rechtlichen Überformung des Mietverhältnisses, die dessen bürgerlich-rechtliche Prägung ganz oder teilweise verdrängt. Die Auswahl der Vertragsparteien und die Festlegung der Vertragsinhalte muss durch verwaltungsrechtliche Vorgaben überformt werden. Denn erst dann beruhen wesentliche Rechte und Pflichten der Mietvertragsparteien gerade nicht auf ihrer grundsätzlich privatautonom getroffenen Entscheidung über die wesentlichen Inhalte des Mietverhältnisses, sondern auf Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der Verwaltung. Eine bürgerlich-rechtliche Prägung des Rechtsverhältnisses sei sogar dann ausgeschlossen, wenn subsidiär auf die zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 535 ff. BGB zurückgegriffen wird.⁸

Welchen Grad die öffentlich-rechtliche Überformung des Mietverhältnisses genau aufweisen muss, lässt sich der verfassungsgerichtlichen Entscheidung freilich nicht entnehmen. Sicher ist lediglich, dass es für die Inanspruchnahme der Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich des Wohnungswesens eines höheren Grades an öffentlich-rechtlicher Überformung des Mietverhältnisses bedarf als er in der Ausgestaltung des Berliner Mietendeckels vorhanden war.⁹ Allein die Absicherung bzw. Erleichterung der Durchsetzung von privatrechtlichen Regelungen durch Vorschriften des Verwaltungs-, Ordnungswidrigkeiten- und Strafrechts war insoweit nicht ausreichend.¹⁰ Im Folgenden sollen daher die einzelnen Elemente *Auswahl der Vertragspartner*innen*, *Festlegung der Vertragsinhalte*, insbesondere der *Miethöhe* näher in den Blick genommen und skizziert werden, wie eine öffentlich-rechtliche Überformung ausgestaltet werden könnte. Hierbei ist zu beachten, dass mit einer gesetzlichen Regulierung der Vertragsparteien und Vertragsinhalte, insbesondere in Gestalt der Miethöhe auf Seiten der Vermieter*innen bzw. Wohnungsunternehmen, zwangsläufig Grundrechtseingriffe verbunden sind. In erster Linie betreffen diese die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG, aber auch die Vertragsautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG. Vor allem für die Begrenzung der Miethöhe und die Einschränkung von Kündigungsmöglichkeiten der Vermieter*innen stehen insoweit verfas-

Koalitionsvertrag der Ampel-Parteien aus dem Jahr 2021 vorgesehen. Zu einer Umsetzung dieser Vorhaben ist es indes nicht gekommen.

7 In diesen Städten, wo die Eigentumsquote besonders gering und die Mietpreise zugleich besonders hoch sind, haben sich Bürgerinitiativen mit dem Ziel der Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen gegründet, weshalb dort der Handlungsdruck auf die Landesregierung am größten sein dürfte. Große Städte mit angespannten Wohnraumlagen existieren indes auch in anderen Ländern. Im Überblick: Statista, Städte mit den höchsten Mietpreisen für Wohnungen in Deutschland im 4. Quartal, 02/2025, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1885/umfrage/mietpreise-in-den-groessen-staedten-deutschlands/>.

8 BVerfGE, 157, 223 (Rn. 115).

9 Michael Sachs, Staatsorganisationsrecht: Gesetzgebungskompetenzen („Mietendeckel“), Juristische Schulung Heft 6 (2021), 572-575, 574, spricht insoweit von einer allzu begrenzten „Flucht in das öffentliche Recht“ durch den Landesgesetzgeber.

10 BVerfGE 157, 223 (Rn. 114).

sungsrechtliche Maßstäbe bereit, die Landesgesetzgeber bei der Fassung künftiger Regelungen zu beachten haben.

1. Auswahl der Vertragspartner*innen

Ein erstes Element, das vom Bundesverfassungsgericht herausgestellt wurde, ist die Auswahl der Vertragspartner*innen, die für die Annahme einer Kompetenz der Länder gerade nicht auf einer im Wesentlichen privatautonomen Entscheidung beruhen dürfte. Dies wäre etwa der Fall, wenn durch eine gesetzliche Regelung Belegungsbindungen ggf. mit Benennungs- bzw. Besetzungsrechten begründet werden.

a) Belegungsbindungen

Belegungsbindungen bestehen bislang ausschließlich im geförderten, preisgebundenen Wohnraum und beinhalten, dass eine Wohnung einer Person nur dann zum Gebrauch überlassen werden darf, wenn diese einen Wohnberechtigungsschein (WBS) besitzt, der als Nachweis für die Wohnberechtigung dieser Person dient und dessen Erteilung wiederum an die Einhaltung bestimmter Einkommensgrenzen gebunden ist.¹¹ Vermieter*innen dürfen eine Wohnung, für die eine Belegungsbindung besteht, daher nur einer Person zum Gebrauch überlassen, die von der zuständigen Stelle – in der Regel den Wohnungsämtern der Kommunen – als wohnberechtigt anerkannt ist und einen entsprechenden Wohnberechtigungsschein vorlegt (sog. allgemeines Belegungsrecht). Es bestünde für die Vermieter*innen hinsichtlich ihrer Vertragspartner*innen somit nur noch eine eingeschränkte Wahlfreiheit, da der Kreis potentieller Mieter*innen sich auf diejenigen Personen mit Wohnberechtigungsschein verengt.¹²

b) Benennungs- und Besetzungsrechte

Noch weiter eingeschränkt bzw. vollständig aufgehoben wird die Entscheidungsfreiheit der Vermieter*innen, wenn die entsprechende Wohnung nicht nur einem allgemeinen Belegungsrecht der öffentlichen Hand, sondern einem Benennungs- bzw. sogar einem Besetzungsrecht unterliegt. Bei einem Benennungsrecht der zuständigen Stelle beschränkt sich das Auswahlrecht der Vermieter*innen auf eine fest umgrenzte Anzahl von Personen bzw. Haushalten, bei einem Besetzungsrecht ist es der zuständigen Stelle sogar erlaubt, die Wohnung einer konkreten Person bzw. einem konkreten Haushalt zuzuweisen. Durch die Einführung eines Besetzungsrechts wäre die privatautonome Entscheidungsfreiheit der Vermieter*innen bei der Auswahl der Vertragspartner*innen somit vollständig aufgehoben, durch die Einführung eines Besetzungsrechts jedenfalls weitestgehend eingeschränkt.

11 Ein Vorschlag zur Begründung von Belegungsbindungen im Bestand findet sich bei Sarah Lincoln/Mareile Dedekind, (Grund-)Eigentum verpflichtet: Warum es eine verbindliche Sozialwohnungsquote für Wohnungsunternehmen braucht, VerfBlog 22.08.2024, <https://verfassungsblog.de/grund-eigentum-verpflichtet/>.

12 Zur Verfassungsmäßigkeit einer solchen Regelung Sarah Lincoln/Mareile Dedekind, (Grund-)Eigentum verpflichtet: Warum es eine verbindliche Sozialwohnungsquote für Wohnungsunternehmen braucht, VerfBlog 22.08.2024, <https://verfassungsblog.de/grund-eigentum-verpflichtet/>.

c) Grundrechtseingriffe und Zwecksetzung

Die Begründung von Belegungs- bzw. Benennungs- oder Besetzungsrechten schränkt die Vermieter*innen daher in ihrer Vertragsfreiheit ein, welche als Element der Privatautonomie grundrechtlich über Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist.¹³ Denn die Vertragsfreiheit schützt Eigentümer*innen einer Wohnung auch davor, mit Personen zu kontrahieren, denen sie die Wohnung nicht zur Nutzung anvertrauen möchten. Das schließt indes nicht aus, dass sozialstaatlich motivierte Eingriffe in die Vertragsfreiheit mit dem Grundgesetz bzw. den Landesverfassungen vereinbar sein können. Um ein soziales Machtgefälle zwischen den Vertragspartner*innen zu kompensieren und den sozial schwächeren Vertragspartner bzw. die sozial schwächere Vertragspartnerin zu schützen, lassen sich Beschränkungen der Vertragsfreiheit des sozial überlegenen Vertragspartners bzw. der sozial überlegenen Vertragspartnerin durchaus rechtfertigen, solange sich diese als verhältnismäßig erweisen.¹⁴

Die angesprochenen Benennungs- und Besetzungsrechte, wie sie sich bislang im Bereich des sozialen Wohnungsbaus finden, haben vorrangig den Zweck, dem Staat Zugriff auf Wohnungen für die Wohnraumversorgung von Personengruppen mit spezifischen Zugangsproblemen zu verschaffen. Belegungsrechte sichern für die Zielgruppe der Mieter*innen mit Wohnungsberechtigungsschein darüber hinaus die Bezahlbarkeit von Wohnraum ab, da die Wohnungen mit Belegungsbindung gleichzeitig einer Preisbindung unterliegen. Die Begründung von Belegungsbindungen würde ohne eine gleichzeitige Begrenzung der Miethöhe letztlich auch wenig Sinn ergeben, da man ansonsten der Zielgruppe von Mieter*innen Zugang zu für sie letztlich nicht bezahlbarem Wohnraum verschaffen würde.

d) Verhältnismäßigkeit

Auch wenn die Begründung von Benennungs- und Belegungsrechten, die behördlicherseits zu verwalten wären, zu einem besonders hohen Grad öffentlich-rechtlicher Überformung beitragen, ist darauf hinzuweisen, dass die Begründung von (allgemeinen) Belegungsrechten wesentlich weniger intensiv in die Vertragsfreiheit eingreifen würde als ein Benennungs- oder sogar Besetzungsrecht, das für Vermieter*innen einen Kontrahierungszwang mit bestimmten Personen bzw. Haushalten begründet. Derartig intensive Beschränkungen bestanden zuletzt unter Geltung des Wohnraumbewirtschaftungsgesetzes¹⁵ bis Ende der sechziger Jahre in der Bundesrepublik.¹⁶

13 BVerfGE 8, 274; 12, 341 (347); 65, 196 (210); 72, 155 (170); 95, 267 (303); 103, 89 (100 f.); 126, 286 (300): Schutz der „Vertragsfreiheit als wesentlicher Ausdruck der Privatautonomie“ durch Art. 2 Abs. 1 GG; Gerrit Manssen, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, Tübingen 1994, 130 ff.; Josef Isensee, *Privatautonomie*, in: Ders./Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg 3. Aufl. 2010, Band VII, § 150 Rn. 57 ff., der die Privatautonomie jedoch nicht ausschließlich über Art. 2 Abs. 1 GG als geschützt ansieht. Dieser soll als Auffangtatbestand vielmehr nur dann eingreifen, wenn keine spezielleren grundrechtlichen Gewährleistungen wie Eigentum, Ehe oder Erbrecht, eingreifen.

14 Josef Isensee, *Privatautonomie*, in: Ders./Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg 3. Aufl. 2010, Band VII, § 150 Rn. 61.

15 Wohnraumbewirtschaftungsgesetz vom 31. März 1953 (BGBl. 1953 I, S. 97) sowie die Neufassung vom 23. Juni 1960 (BGBl. 1960 I, S. 389 (481)).

16 Siehe § 3a des geänderten Wohnraumbewirtschaftungsgesetzes, das Bestandteil des als „Paketgesetz“ erlassenen „Gesetzes über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales

Angesichts der spezifischen Zwecksetzung von Benennungs- bzw. Besetzungsrechten, den Zugang zu Wohnraum für bestimmte Personen bzw. Haushalte zu sichern, würde es sich auch als ungemein schwieriger darstellen, die Erforderlichkeit einer solchen staatlichen Maßnahme darzulegen. Der Staat müsste hier aufgrund der zwar großen, aber dennoch spezifischen Personengruppe ggf. auf andere mildere Mittel, wie beispielsweise das Vorhalten eigenen Wohnraums oder vertragliche Neubegründungen von Benennungs- und Besetzungsbindungen zurückgreifen. Notwendig wäre dann jedenfalls ein finanzieller Ausgleich in Gestalt der Gewährung einer Risikozulage für die Begründung von Benennungs- oder Besetzungsrechten.

Auch die Begründung allgemeiner Belegungsrechte müsste sich im Hinblick auf die Vertragsfreiheit und andere Freiheitsrechte (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG) als verhältnismäßig erweisen. Um dies sicherzustellen, böte es sich an, die Maßnahme jedenfalls auf Gebiete zu beschränken, in denen die Versorgung mit bezahlbarem Wohnraum für die Bevölkerung nicht mehr gewährleistet ist, etwa weil sich das Gebiet in einem Bereich mit angespanntem Wohnungsmarkt befindet. Darüber hinaus würde es die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme absichern und wäre aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG geboten, diese lediglich auf bestimmte Vermieter*innengruppen zu begrenzen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts legt insoweit eine Differenzierung zwischen der unternehmerischen Nutzung des Eigentums und der Vermietung zur privaten Vorsorge geradezu nahe,¹⁷ hierfür ist die Anzahl der Wohneinheiten der Vermieter*innen jedenfalls ein Indiz. Spätestens ab einer gewissen Anzahl an Wohnungen setzt die Vermietung einen planmäßigen Geschäftsbetrieb voraus, der die Unternehmereigenschaft begründet.¹⁸ Um eine überproportionale Inanspruchnahme der Wohnungsunternehmen zu vermeiden, böte sich insoweit eine Anknüpfung an die Anzahl an Wohneinheiten der Vermieter*innen ebenfalls an. Festzulegen, ab welcher Anzahl an Wohneinheiten von einer unternehmerischen Vermietungstätigkeit auszugehen ist, obliegt dabei der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Einer unverhältnismäßigen Inanspruchnahme ließe sich mit einer Härtefallklausel vorbeugen.

2. Inhalte und Dauer des Vertragsverhältnisses

Das zweite Element, bei dem erst infolge einer vollständigen oder teilweisen öffentlich-rechtlichen Überformung eine Kompetenz der Länder gegeben wäre, ist der Inhalt und die Dauer des Vertragsverhältnisses, wobei nicht ausgeschlossen ist, dass subsidiär oder zur Lückenfüllung auf die §§ 535 ff. BGB zurückgegriffen wird.¹⁹ Eine jedenfalls teilweise Überlagerung könnte insoweit durch die Begründung bestimmter Bewirtschaftungsvorgaben für die Vermieter*innen sowie eine Modifikation des Kündigungsrechts erfolgen, die sich aber wiederum innerhalb grundrechtlicher Grenzen bewegen müsste. Ein

Miet- und Wohnrecht“ war. BGBl. 1960 I, S. 389 (392 f.) sowie die als Anlage erlassene Neufassung des Wohnraumbewirtschaftungsgesetzes, BGBl. 1960 I, S. 389 (418). Etwas anderes galt indes für (West-)Berlin, wo die Wohnraumbewirtschaftung einschließlich der Begrenzung der Miethöhe noch bis zum Ende des Jahres 1989 aufrechterhalten blieb. Siehe das Dritte Gesetz zur Änderung mietrechtlicher und mietpreisrechtlicher Vorschriften im Land Berlin, BGBl. 1982 I, S. 1106 ff.

17 BVerfGK, Beschluss vom 18. Juli 2019, 1 BvL 1/18/1 BvL 4/18/1 BvR 1595/18, Rn. 101.

18 BGH, NJW 2002, 368.

19 BVerfGE 157, 223 (Rn. 115).

weiteres wesentliches Element des Vertragsinhalts stellt die Miethöhe dar, die dementsprechend auch öffentlich-rechtlich überformt sein müsste, ohne dabei zu einer unverhältnismäßigen Belastung der Vermieter*innen zu führen.

a) Bewirtschaftungsvorgaben

Eine der vertraglichen Hauptpflichten der Vermieter*innen ist es, das Mietobjekt instand zu halten bzw. zu setzen, § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Durchführung von sog. Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen ist, bezogen auf Wohnraummietverhältnisse, in §§ 555a-f BGB näher geregelt. Teile der Instandhaltungspflichten können auf die Mieter*innen abgewälzt werden, dies ist in der Praxis, bei sog. Schönheits- und Kleinreparaturen, sogar der Regelfall. Diese werden im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen überwiegend auf Mieter*innen übertragen.²⁰ Soweit Vermieter*innen ihren Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten nicht vertragsgemäß nachkommen, haben Mieter*innen einen Anspruch auf Mängelbeseitigung und der geschuldete Mietzins ist für den Zeitraum des vertragswidrigen Zustandes der Mietwohnung ggf. gemindert, § 536 BGB, oder die Mieter*innen können unter bestimmten Bedingungen den Mangel selbst beseitigen und dafür Aufwendungsersatz verlangen, § 536a BGB.

Pflichten zur Instandhaltung des Mietobjekts finden sich darüber hinaus in den Wohnungsaufsichtsgesetzen der Länder, nach welchen eine Anordnung erforderlicher Maßnahmen zur (Wieder-)Herstellung erträglicher Wohnverhältnisse zum einen dann erfolgen kann, wenn die Verfügungsberechtigten ihre Pflicht zur Ausstattung, Erhaltung und Wiederherstellung des Wohnraums in erheblichem Umfang vernachlässigen und dadurch der ordnungsgemäße Gebrauch zu Wohnzwecken gefährdet ist (Verwahrlosung). Zum anderen kann eine behördliche Anordnung dann ergehen, wenn eine erhebliche Beeinträchtigung des Gebrauchs zu Wohnzwecken bereits gegeben ist (Missstand). Die Wohnungsaufsichtsgesetze der Länder sehen – dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechend – Ausnahmen von der Pflicht zur Instandhaltung und -setzung bzw. der Beseitigung von Missständen vor, insbesondere dann, wenn die Beseitigung der Missstände für die Verfügungsberechtigten unter Ausschöpfung aller Finanzierungsmöglichkeiten nicht finanziert werden kann. Daneben enthalten die Wohnungsaufsichtsgesetze unter anderem Vorschriften zur Erklärung der Unbewohnbarkeit sowie der Belegung und Benutzung von Wohnraum.²¹

Sog. Instandsetzungs- oder Erhaltungsrücklagen kennen bislang weder das Mietrecht noch öffentlich-rechtliche Vorschriften. Nur im Wohnungseigentumsgesetz ist für Wohnungseigentümergemeinschaften die Bildung einer angemessenen Erhaltungsrücklage gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 4 WEG vorgesehen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des gemeinschaftlichen Wohneigentums gehört und deren Bildung jede*r Wohnungseigentümer*in von der Gemeinschaft verlangen kann. Ratio der Norm ist, dass das Eigentum der Miteigentümer*innen davor geschützt werden soll, dass im Falle einer dringend notwendigen Reparatur andere Eigentümer*innen nicht leistungsfähig sind und so die Wohnmobilität in ihrem Bestand bedroht sein könnte.²²

20 Arnold Lehmann-Richter, in: Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Hg.), Mietrecht, München 16. Aufl. 2024, Rn. 885, 990 ff.

21 Siehe z.B. §§ 5 ff. HmbWohnSchG, HmbGVBl. 1982, 47, zuletzt geändert am 23. Oktober 2018, HmbGVBl. S. 349.

22 Oliver Elzer, in: Hogenschurz (Hg.), BeckOK WEG, München 2024, § 19, Rn. 134 ff. m.w.N.

Auch Mieter*innen können ein berechtigtes Interesse daran haben, ihren Instandhaltungsanspruch gegen den*die Vermieter*in durch eine entsprechende Instandhaltungsrücklage abzusichern. Zu berücksichtigen ist insofern jedoch, dass den Wohnungseigentümergeinschaften bei der Bildung der Rücklage ein weiter Ermessensspielraum hinsichtlich der Höhe verbleibt,²³ für den im Falle einer öffentlich-rechtlichen Regelung erst einmal Kriterien zur Bemessung herausgebildet werden müssten. Insgesamt wäre die Verpflichtung zu einer Instandhaltungsrücklage für Vermieter*innen wegen der starken Beeinträchtigung der Eigentumsfreiheit schwierig, aber jedenfalls nicht undenkbar, soweit diese verhältnismäßig ausgestaltet werden würde und insbesondere das Vermögen von Vermieter*innen mit verhältnismäßig wenigen vermieteten Wohneinheiten insoweit geschont würde. Vorausgesetzt, eine solche Rücklage wäre verfassungsrechtlich zulässig, könnte deren Höhe individuell für den Instandhaltungsbedarf der Immobilie bemessen werden, wie dies im Bereich des WEG angenommen wird.²⁴ Möglich wäre aber auch die Festsetzung einer Pauschale. Solche sind dem Mietrecht bereits in seiner jetzigen Fassung nicht fremd. Die Zweite Berechnungsverordnung (II. BV), die dazu dient im sozialen Wohnungsbau, sowie im steuerbegünstigten freien Wohnungsbau eine Kostenmiete zu ermitteln, enthält bereits heute eine Pauschalisierung von Instandsetzungskosten in § 28 der II. BV (Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz).

Eine Zweckbindung entsprechender Mittel wäre ggf. möglich, wie dies auch für die Erhaltungsrücklage gem. § 19 Abs. 2 Nr. 4 WEG in ständiger Rechtsprechung angenommen wird; gegebenenfalls müsste aber – ebenfalls in Analogie zur Rechtsprechung zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 WEG – eine Umwidmung der Mittel für den Fall ermöglicht werden, dass diese doch nicht im erwarteten Maße benötigt werden.²⁵ Möglicherweise würde sich eine solche Regelung indes bereits als unverhältnismäßig erweisen, da sich der angestrebte Zweck, den Mängelbeseitigungsanspruch der Mieter*innen zu sichern, bereits durch eine Verpflichtung der Vermieter*innen, für notwendige dringende Reparaturen die kurzfristige Verfügbarkeit von den dafür notwendigen finanziellen Mitteln durch eine Bankbürgschaft nachzuweisen, ebenso effektiv Genüge getan würde. Eine Festlegung von starren zeitlichen Vorgaben für Instandsetzungsmaßnahmen wäre jedenfalls nicht verhältnismäßig, denn soweit sich die Mietwohnung in einem vertragsgemäßen baulichen Zustand befindet, kann dem*der Vermieter*in eine Instandsetzung nicht abverlangt werden.

b) Einschränkung von Kündigungsmöglichkeiten der Vermieter*innen und Gewährung von Räumungsschutz

Für Mieter*innen sind der Verlust ihrer bisherigen Wohnung, die Wohnungssuche und der Umzug mit Belastungen verbunden, die ihren engeren persönlichen Lebenskreis betreffen.²⁶ Ein erzwungener Wohnungswechsel greift schwerwiegend in die sozialen Verhältnisse der Mieter*innen ein. Die sozialen Folgen für den engeren persönlichen Lebenskreis sind umso gravierender, je schwieriger es ist, eine adäquate Ersatzwohnung anzumieten, weil diese entweder gar nicht, nicht zu leistbaren Konditionen oder nur weit

23 Dominik Skauradszun, in: Krüger (Hg.), BeckOGK, Stand: 06/2024, § 19 WEG, Rn. 86.

24 Oliver Elzer, in: Hogenschurz (Hg.), BeckOK WEG, München 2024, § 19, Rn. 150 ff.

25 Oliver Elzer, in: Hogenschurz (Hg.), BeckOK WEG, München 2024, § 19, Rn. 140 ff.

26 BVerfGE 79, 292 (302).

entfernt vom bisherigen Wohnumfeld zur Verfügung steht. Damit einher gehen weitere Belastungen wie zum Beispiel ein Schulwechsel der Kinder, längere Arbeitswege oder der Wegfall eines sozialen Unterstützungsumfeldes am alten Wohnort. Dem könnten öffentlich-rechtliche Regelungen entgegenwirken, die die bestehenden verfassungsgemäßen Einschränkungen von Kündigungsmöglichkeiten der Vermieter*innen²⁷ noch weiter einschränken, indem etwa Eigenbedarfskündigungen generell unter einen behördlichen Genehmigungsvorbehalt gestellt und auf Fälle beschränkt werden, in denen anderenfalls eine besondere Härte für Vermieter*innen oder deren Familien droht, oder diese sogar ganz ausgeschlossen werden in Fällen, in denen die Kündigung für die Mieter*innen eine besondere Härte darstellen würde (z.B. aufgrund des Alters der Mieter*innen, der Mietdauer, der Anzahl der Kinder, niedrigem Einkommen der Mieter*innen, kein Vorhandensein von angemessenem, ortsnahem Ersatzwohnraum). Der notwendige Grad an öffentlich-rechtlicher Überformung wäre damit in jedem Fall erreicht. Allerdings ergeben sich aus der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung relativ konkrete Maßstäbe für die Ausgestaltungsmöglichkeiten des mietrechtlichen Kündigungsrechts. So führt das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss aus dem Jahr 1993, in welchem es das Besitzrecht der Mieter*innen als Eigentumsposition anerkannt hat, zunächst aus, dass

„[d]ie Wohnung [...] für jedermann Mittelpunkt seiner privaten Existenz [sei]. Der einzelne ist auf ihren Gebrauch zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Freiheitssicherung und Entfaltung seiner Persönlichkeit angewiesen. Der Großteil der Bevölkerung kann zur Deckung seines Wohnbedarfs jedoch nicht auf Eigentum zurückgreifen, sondern ist gezwungen, Wohnraum zu mieten. Das Besitzrecht des Mieters erfüllt unter diesen Umständen Funktionen, wie sie typischerweise dem Sacheigentum zukommen.“²⁸

Die Anerkennung des Besitzrechts des Mieters als eigentumsrechtliche Position hat zur Folge, dass der Gesetzgeber zur Erfüllung seines Auftrages aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gehalten ist, die konkurrierenden Eigentumspositionen der Vermieter*innen auf der einen und der Mieter*innen auf der anderen Seite in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.²⁹ Der Gesetzgeber muss bei der Ausgestaltung des mietrechtlichen Kündigungsrechts sowohl das Erlangungsinteresse der Vermieter*innen an der Wohnung als auch das Bestandsinteresse der Mieter*innen am Erhalt der Wohnung beachten.³⁰ Vertragstreue Mieter*innen müssen gegen einen Verlust der Wohnung geschützt werden, der nicht durch berechnete Interessen der vermietenden Eigentümer*innen begründet ist. Die Wohnung als der räumliche Mittelpunkt ihrer privaten Existenz, als Freiraum eigenverantwortlicher Betätigung, darf ihnen nicht ohne triftige Gründe durch Kündigung entzogen werden.³¹ Andererseits ist auch das Interesse der Vermieter*innen, die Wohnung wieder selbst als Lebensmittelpunkt zu nutzen oder durch privilegierte Angehörige nutzen zu lassen, bei der Ausgestaltung des Kündigungsrechts hinreichend miteinzubezie-

27 BVerfGE 37, 132 ff.; 53, 352 (357).

28 BVerfGE 89, 1 (6).

29 BVerfGE 89, 1 (8).

30 BVerfGE 89, 1 (8).

31 BVerfGE 89, 1 (9). Siehe auch schon BVerfGE 68, 361 (371).

hen.³² Die vom Gesetzgeber unter angemessener Berücksichtigung beider Rechtspositionen getroffene Interessenabwägung ist sodann auch von den Gerichten bei der Auslegung und Anwendung der mietrechtlichen Regelungen in einer Weise nachzuvollziehen, die den beiderseitigen Eigentumsschutz beachtet und unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkungen auf Seiten der Vermieter*innen und der Mieter*innen vermeidet.³³ Diese verfassungsgerichtlichen Maßstäbe müssten bei einer weiteren Ausgestaltung des Kündigungsschutzes beachtet werden, damit diese in Ansehung von Art. 14 GG einer Rechtfertigung standhält.

Nach diesen Maßstäben wäre es wohl nicht ausgeschlossen, die Möglichkeit der Eigenbedarfskündigung im Falle eines gravierenden Mangels an Wohnraum in einem bestimmten Gebiet unter einen behördlichen Genehmigungsvorbehalt zu stellen und das Interesse der Vermieter*innen anhand von Regelbeispielen zu konkretisieren, solange das Erlangungsinteresse der Vermieter*innen noch hinreichend Berücksichtigung findet. Nicht mit der Eigentumsfreiheit zu vereinbaren wäre es indes, das Interesse der Vermieter*innen, die Wohnung wieder selbst als Lebensmittelpunkt zu nutzen oder durch privilegierte Angehörige nutzen zu lassen, bei der Ausgestaltung des Kündigungsrechts völlig außer Acht zu lassen, indem die Kündigungsmöglichkeit in bestimmten Fällen vollständig ausgeschlossen wird.³⁴ Dann würde es an einem ausgewogenen Verhältnis im Sinne der Rechtsprechung gerade fehlen.

Die Einführung eines Verbots der Räumung in die Wohnungs- bzw. Obdachlosigkeit könnte indes verfassungsrechtlich anders zu bewerten sein. Hier erschiene es zumindest denkbar, dass man die (engen) Voraussetzungen, unter welchen die polizeiliche Beschlagnahme von Wohnraum zur Unterbringung unfreiwillig Wohnungsloser auch in der ursprünglichen Wohnung möglich ist,³⁵ in eine öffentlich-rechtliche Regelung überführt. Das Erlangungsinteresse der Vermieter*innen duldet indes allenfalls eine zeitlich befristete Regelung.

c) Beschränkung der Miethöhe

Wie oben bereits ausgeführt, ergibt die Begründung von Belegungsbindungen ohne eine gleichzeitige Begrenzung der Miethöhe keinen Sinn, da ansonsten die mit der Maßnahme getroffene Zielsetzung, der adressierten Zielgruppe von Personen mit niedrigen Einkommen Zugang zu für sie bezahlbarem Wohnraum zu schaffen, von vornherein nicht erreicht werden könnte. Hinsichtlich der Beschränkung der zulässigen Miethöhe sind ebenfalls existierende Leitlinien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu beachten. Sowohl die Begrenzung der Miethöhe auf die ortsübliche Vergleichsmiete³⁶ als

32 BVerfGE 89, 1 (8 f.). Dazu bereits BVerfGE 79, 292 (305) mit dem Hinweis, dass die Gerichte den Vermieter*innen dabei auch keine fremden Vorstellungen über angemessenes Wohnen und ihre weitere Lebensplanung bzw. diejenige ihrer privilegierten Angehörigen aufdrängen dürfen.

33 BVerfGE 89, 1 (9).

34 BVerfGE 89, 1 (8 f.). Siehe auch schon BVerfGE 79, 292 (305).

35 Die Inanspruchnahme von privaten Vermieter*innen als Nichtstörer*innen im Rahmen der polizeilichen Generalklausel der Länder erfolgt unter sehr engen Voraussetzungen. Es müssen alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft worden sein und die Einweisung muss aus Verhältnismäßigkeitsgründen zeitlich befristet werden. Ferner steht den Vermieter*innen ein Folgenbeseitigungsanspruch zu. Siehe exemplarisch anhand des Bremer Polizeirechts, Sperlich/Stahnke, in: Fischer-Lescano/Sperlich (Hg.), Landesrecht Bremen, 2. Aufl. Baden-Baden 2021, S. 94 (120).

36 BVerfGE 37, 132; 49, 244; 53, 352.

auch die Mietpreisbremse³⁷ waren nach ihrer Einführung oder Abänderung Gegenstand verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Eine verfassungsgerichtliche Überprüfung der Kappungsgrenze³⁸ wurde bislang erst einmal, und zwar im Jahr 1985 in Bezug auf die 1983³⁹ eingeführte, zeitlich befristete Kappungsgrenze in Höhe von 30 Prozent vorgenommen und als verfassungsgemäß eingestuft.⁴⁰

Das Bundesverfassungsgericht hat zunächst die bereits oben geschilderte Erforderlichkeit der Vornahme einer Abwägung zwischen den Interessen der Mieter*innen bzw. der Allgemeinheit und denjenigen der Vermieter*innen hervorgehoben und dabei zum einen betont, dass der Gesetzgeber – angesichts des Umstands, dass sich grundrechtlich geschützte Rechtspositionen gegenüberstehen – über einen weiten Gestaltungsspielraum verfügt.⁴¹ Zum anderen hat es darauf hingewiesen, dass die Belange von Vermieter*innen und Mieter*innen nicht „zu jeder Zeit und in jedem Zusammenhang dasselbe Gewicht haben müssten.“⁴² Vielmehr ist der Gesetzgeber bei der Wahrnehmung seines Gestaltungsspielraums gehalten, die jeweiligen Verhältnisse und Umstände auf dem Wohnungsmarkt zu berücksichtigen und dabei den unterschiedlich zu gewichtenden Interessen bei einer Miethöhenregulierung im Bereich von Bestandsmieten einerseits und Wiedervermietungsmieten andererseits Rechnung zu tragen.⁴³ Maßgeblich für die Verhältnismäßigkeit jedweder Begrenzung der Miethöhe ist, dass sie den Konflikt zwischen der individuellen Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) und der gleichzeitig bestehenden Sozialpflichtigkeit des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 2 GG im Hinblick auf die jeweils konkrete Situation auf dem Wohnungsmarkt in angemessener Weise auflöst. Je nachdem wie sich die Situation auf dem Wohnungsmarkt darstellt, können daher auch tiefgreifendere eigentumsbeschränkende Eingriffe gerechtfertigt sein. Was den Eigentümer*innen an Einschränkungen abverlangt werden darf, ist insoweit von den jeweiligen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnissen abhängig.⁴⁴

Im Rahmen der Abwägung gilt es ferner zu beachten, dass die Wohnung aufgrund ihrer existenziellen Bedeutung für die einzelnen Personen einen weitaus stärkeren sozialen Bezug aufweist als andere Eigentumsobjekte, was auf Seiten der freiheitsbeschränkenden Maßnahme ebenfalls zu berücksichtigen ist.⁴⁵ Denn je stärker ein Eigentumsobjekt soziale Funktionen erfüllt, desto größere Einschränkungen ihrer Befugnisse müssen die Eigentümer*innen von Verfassungen wegen hinnehmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass große Teile der Bevölkerung aus finanziellen Gründen nicht dazu in der Lage sind, eigenen Wohnraum zu erwerben, und deshalb auf die Nutzung fremden Eigentums angewie-

37 BVerfGK, Beschluss vom 18. Juli 2019, 1 BvL 1/18/1 BvL 4/18/1 BvR 1595/18, juris.

38 BVerfGE 71, 230.

39 BGBl. 1982 I, S. 1912.

40 Siehe BVerfGE 71, 230. Zu einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung der Kappungsgrenze in Höhe von 20 Prozent und der im Jahr 2013 eingeführten zeitlich und regional beschränkten Kappungsgrenze in Höhe von 15 Prozent ist es hingegen bislang nicht gekommen. Zur Berliner Kappungsgrenzenverordnung, welche eine 15 Prozent-Grenze statuiert, siehe jedoch das Urteil des BGH vom 4. November 2015, Az: VIII ZR 217/14, welches die Verfassungsmäßigkeit derselben bejaht.

41 BVerfGK, Beschluss vom 18. Juli 2019, 1 BvL 1/18/1 BvL 4/18/1 BvR 1595/18, Rn. 74.

42 BVerfGE 37, 132 (141).

43 BVerfGK, Beschluss vom 18. Juli 2019, 1 BvL 1/18/1 BvL 4/18/1 BvR 1595/18, Rn. 74.

44 BVerfGE 52, 1 (30).

45 BVerfGE 37, 132 (141); 38, 348 (370); BVerfGE 95, 64 (84); BVerfGK, Beschluss vom 18. Juli 2019, 1 BvL 1/18/1 BvL 4/18/1 BvR 1595/18, Rn. 71.

sen sind.⁴⁶ Daher unterliegt das Eigentum an vermieteten Wohnungen erheblichen Beschränkungen.⁴⁷ Für Bestandsvermietungen gilt dies in besonderem Maße, da ihr Besitzrecht seit dem wegweisenden Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1993 als Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG anerkannt und damit durch eine eigene grundrechtliche Position geschützt ist.⁴⁸

Wohnraum ist zudem abhängig von Grund und Boden und damit nicht beliebig reproduzierbar, was bei der Abwägung ebenfalls miteinzubeziehen ist.⁴⁹ Die unternehmerische Nutzung von Eigentum kann ferner stärkeren Einschränkungen unterworfen werden, als dies bei der Vermietung zur privaten Vorsorge der Fall ist, da dort die Bedeutung des Eigentums für die Freiheit der Einzelnen weniger hervortritt.⁵⁰

Demgegenüber stehen die Interessen der Vermieter*innen an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung ihres Eigentums.⁵¹ Diesbezüglich hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zur Mietpreisbremse allerdings erneut hervorgehoben, dass das Interesse der Eigentümer*innen, mit der Wohnung die höchstmögliche Rendite zu erzielen, durch die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht geschützt wird und es auch kein Schutzrecht auf den Fortbestand hoher Renditen gibt.⁵² Vermieter*innen können – gerade angesichts der vielfach vorgenommenen Gesetzesänderungen im Bereich des Mietrechts – nicht auf den Fortbestand einer für sie günstigen Rechtslage auf alle Zeit vertrauen.⁵³ Mietpreisregulierungen dürfen jedoch nicht so ausgestaltet sein, dass sie „auf Dauer zu Verlusten für den Vermieter oder zu einer Substanzgefährdung der Mietsache“ führen.⁵⁴ Damit hat das Bundesverfassungsgericht seine schon in früheren Entscheidungen genannte, vom Gesetzgeber zu wahrende äußerste Grenze des durch Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutzes für die Vermieter*innen bestätigt.⁵⁵

Darüber hinaus ist die Abwägung im Wege einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen, welche die gesetzliche Neuregelung nicht isoliert bewertet, sondern sämtliche Regelungen zur Miethöhe miteinbezieht.⁵⁶ Im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Ausgestaltung von Mietpreisbegrenzungen gilt es zudem den vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobenen rechtsstaatlichen Grundsatz zu beachten, mietpreisrechtliche Vorschriften nach Inhalt und Voraussetzungen so zu gestalten, dass Vermieter*innen und Mieter*innen in der Lage sind, in zumutbarer Weise die gesetzlich zulässige Miete zu ermitteln.⁵⁷

Eine öffentlich-rechtliche Regulierung der Miethöhe müsste nach diesen Maßstäben so ausgestaltet werden, dass sie nicht auf Dauer zu Verlusten oder einer Substanzgefährdung

46 BVerfGE 79, 292 (302).

47 BVerfGE 79, 292 (302).

48 BVerfGE 89, 1 ff.

49 BVerfGK, Beschluss vom 18. Juli 2019, 1 BvL 1/18/1 BvL 4/18/1 BvR 1595/18, Rn. 71 sowie schon BVerfGE 95, 64 (85).

50 BVerfGK, Beschluss vom 18. Juli 2019, 1 BvL 1/18/1 BvL 4/18/1 BvR 1595/18, Rn. 101.

51 BVerfGE 101, 54 (75); 143, 246 (341) m.w.N.; BVerfGK, Beschluss vom 18. Juli 2019, 1 BvL 1/18/1 BvL 4/18/1 BvR 1595/18, Rn. 70.

52 BVerfGE 37, 132 (142); 71, 230 (250); 91, 294 (310); 100, 225 (242 f.); BVerfGK, Beschluss vom 18. Juli 2019, 1 BvL 1/18/1 BvL 4/18/1 BvR 1595/18, Rn. 76, 88.

53 BVerfGE 37, 132 (142); 71, 230 (250); 91, 294 (310); 100, 225 (242 f.); BVerfGK, Beschluss vom 18. Juli 2019, 1 BvL 1/18/1 BvL 4/18/1 BvR 1595/18, Rn. 76, 88.

54 BVerfGK, Beschluss vom 18. Juli 2019, 1 BvL 1/18/1 BvL 4/18/1 BvR 1595/18, Rn. 69.

55 BVerfGE 71, 230 (250); 91, 294 (310).

56 BVerfGE 71, 230 (248 ff.).

57 BVerfGE 37, 132 (142).

des Mietobjekts führt. Für die Frage, ob es zu Verlusten oder Substanzgefährdungen kommt, sind mehrere Kostenpunkte, die anders als die Nebenkosten nicht auf die Mieter*innen umlegbar sind, einzubeziehen und ggf. in einer Härtefallregelung aufzufangen. Insofern bildet dies die äußerste Grenze für eine Mietpreisregulierung. Unterhalb dieser Grenze bestimmt sich die Verhältnismäßigkeit einer mietpreisbegrenzenden Regelung maßgeblich anhand der jeweiligen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse am Wohnungsmarkt.⁵⁸ Sofern man – wie oben vorgeschlagen – die Begründung von Belegungsrechten ohnehin auf bestimmte Gebiete mit angespannter Wohnungslage und unternehmerische Vermieter*innen beschränkt, ließe sich für die von den Belegungsbindungen betroffenen Wohnungen auch eine Mietbegrenzung als verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung ausgestalten und gleichzeitig auf diese Weise die notwendige öffentliche-rechtliche Überformung des Inhalts des Mietverhältnisses herbeiführen.

III. Fazit und Ausblick

Angesichts des drohenden Auslaufens der Mietpreisbremse Ende des Jahres 2025 auf Bundesebene könnte sich in den Ländern bald erneut die Frage nach einer gesetzgeberischen Regulierung im Bereich des Wohnungswesens stellen. Ein legislatives Tätigwerden der Länder müsste sich jedoch innerhalb eines Korridors zwischen hinreichender öffentlich-rechtlicher Überformung des privaten Mietverhältnisses bei gleichzeitiger Wahrung der Grundrechte bewegen. Dies stellt sicherlich eine große Herausforderung für die Landesgesetzgeber, jedoch keine unüberwindbare Hürde dar. Angesichts dessen, dass im Jahr 2023 rund 1,2 Millionen Haushalte Wohngeld bezogen und dem Umstand, dass mittlerweile – bis auf eine einzige Ausnahme – alle Länder von der Verordnungsermächtigung in § 556d BGB Gebrauch gemacht und Mietpreisverordnungen erlassen haben, in denen sie insbesondere große Städte und Universitätsstädte als „Gebiete mit angespanntem Wohnungsmarkt“ ausgewiesen haben,⁵⁹ ist offensichtlich, dass ein dringender Handlungsbedarf besteht.⁶⁰ Dass sich das Bundesverfassungsgericht im Mietendeckelbeschluss einer Bewertung der materiellen Gesichtspunkte enthalten hat, ist daher umso bedauerlicher. Die Länder können allerdings auf bereits bestehende verfassungsgerichtliche Wertungen zurückgreifen und unter Inanspruchnahme ihrer gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative durch Wohnungsverwaltungsrecht handeln.

58 BVerfGE 52, 1 (30).

59 Namentlich haben Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, das Saarland, Sachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen entsprechende Verordnungen erlassen. Lediglich Sachsen-Anhalt hat gänzlich vom Erlass einer entsprechenden Verordnung abgesehen.

60 Zur Wohnungskrise unlängst <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/verbraucher/wohnungsmarkt-krise-not-100.html>.

Thomas Groß

Das unerfüllte Friedensgebot des Grundgesetzes und der Internationale Gerichtshof

I. Das Friedensgebot

In der Präambel des Grundgesetzes, die insofern im Jahr 1990 nicht verändert wurde, äußert das „Deutsche Volk“ den Willen, „dem Frieden der Welt zu dienen“. Die ganz überwiegende Meinung in der juristischen Literatur sieht darin ein „Friedensgebot“,¹ andere sprechen von der „Friedensstaatlichkeit“² oder einem „Friedensbekenntnis“³. Dabei handelt es sich nicht nur um eine historisch erklärbare Floskel, sondern um ein verbindliches Staatsziel.⁴

Dies ergibt sich nicht nur aus der Präambel, sondern aus einer Gesamtschau mit weiteren Vorschriften im Verfassungstext, die ebenfalls Ausdruck dieses Friedensgebots sind. Einschlägig sind Art. 1 Abs. 2 GG, das Bekenntnis zu den Menschenrechten als Grundlage des Friedens, Art. 9 Abs. 2 GG, der das Verbot von Vereinigungen vorsieht, die gegen den „Gedanken der Völkerverständigung“ gerichtet sind, Art. 24 Abs. 2 GG, wonach sich der Bund „zur Wahrung des Friedens“ einem System kollektiver Sicherheit einordnen kann, Art. 25 GG, der u.a. das Gewaltverbot der UN-Charta als allgemeine Regel des Völkerrechts umfasst,⁵ und schließlich Art. 26 GG, der auf das „friedliche Zusammenleben der Völker“ verweist und deshalb insbesondere Angriffskriege verbietet.

Dass das Grundgesetz in seiner jetzigen Fassung keinen Pazifismus, keinen Frieden um jeden Preis verlangt, belegen auf der anderen Seite die Vorschriften der sog. Wehrverfassung.⁶ Nachdem die Europäische Verteidigungsgemeinschaft gescheitert war, wurden

- 1 Zuleeg, AK-GG, 3. Aufl. 2001, Präambel Rn. 26; Herdegen, in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Präambel Rn. 66; Huber, in Sachs, Grundgesetz, 10. Aufl. 2024, Präambel Rn. 46; Jarass, in Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Präambel Rn. 4; Proelß, Das Friedensgebot des Grundgesetzes, HStR XI, 3. Aufl. 2013, § 227 Rn. 1.
- 2 Dreier, in Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Präambel Rn. 50; übernommen von Wapler, in Dreier, Grundgesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Präambel Rn. 44.
- 3 Boehl/Hobe, in Friauf/Höfling, BerlK-GG, Präambel Rn. 142.
- 4 Dreier, in Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Präambel Rn. 43; Starck, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Präambel Rn. 44; Boehl/Hobe, in Friauf/Höfling, BerlK-GG, Präambel Rn. 148; Krajewski, Völkerrecht, 2017, § 5 Rn. 21; Haedrich, Friedensgebot und Grundgesetz, in Gießmann/Rinke (Hrsg.), Handbuch Frieden, 2. Aufl. 2019, S. 389, 393; unklar Proelß, HStR XI, 3. Aufl. 2013, § 227 Rn. 2 (kein Verfassungsprinzip) und Rn. 13 (Staatszielbestimmung).
- 5 Hobe, in Friauf/Höfling, BerlK-GG, Art. 25 Rn. 27; Wolfrum, Deutschland in den Vereinten Nationen, HStR X, 3. Aufl. 2012, § 219 Rn. 16.
- 6 Boehl/Hobe, in Friauf/Höfling, BerlK-GG, Präambel Rn. 141; Dreier, in Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Präambel Rn. 53; historisch Engelman, Das Ende des antimilitaristischen Charakters des Grundgesetzes?, KJ 2023, 326 ff.

DOI: 10.5771/0023-4834-2025-2-277

mit der Bundeswehr neue nationale Streitkräfte gegründet, die sogleich aber eng in die NATO eingebunden wurden. Aus Art. 87a GG ergibt sich allerdings, dass die Bundeswehr primär dem Ziel der Verteidigung dienen muss. Auch die anderen im Grundgesetz zugelassenen Einsätze, wie etwa im Fall der Katastrophenhilfe nach Art. 35 GG, ermöglichen keine Relativierung des Friedensgebots.

Das Friedensgebot verpflichtet die deutsche Staatsgewalt nicht nur zur Einhaltung des Völkerrechts, sondern zu einer aktiven Friedenspolitik.⁷ Seit der Herstellung der deutschen Einheit und dem Ende des Ost-West-Konflikts hat die deutsche Außenpolitik jedoch immer wieder militärische Mittel eingesetzt, deren Vereinbarkeit mit dem Friedensgebot, insbesondere mit dem Verbot des Angriffskriegs nach Art. 26 Abs. 1 GG, fraglich ist. Dies gilt insbesondere für den Angriff auf Jugoslawien, aber auch für die Besetzung Afghanistans (II.). Beide Fälle offenbaren zudem ein strukturelles Kontrollproblem, das nur durch eine bedingungslose Unterwerfung unter den Internationalen Gerichtshof gelöst werden kann (III.). Die Förderung der gerichtlichen Streitbeilegung ist ein wesentliches Instrument, damit das friedliche Zusammenleben der Völker langfristig gesichert werden kann (IV.).

II. Das Verbot des Angriffskrieges

Als eine der Lehren aus dem Zweiten Weltkrieg wurde in Art. 26 Abs. 1 GG das Verbot einer Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker, insbesondere der Vorbereitung eines Angriffskriegs, aufgenommen.⁸ Die Reichweite dieser Vorschrift ist bis heute ungeklärt.⁹ Es besteht aber Einigkeit darüber, dass es sich um verbindliches Verfassungsrecht handelt, das als unmittelbar anwendbarer Maßstab zur Beurteilung von Maßnahmen der Staatsorgane dienen kann.¹⁰ Inhaltlich verweist die Vorschrift auf völkerrechtliche Maßstäbe, insbesondere auf die Definition der Aggression.¹¹

Das bisher einzige einschlägige Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1987 betraf die Lagerung von US-amerikanischen Chemiewaffen in Westdeutschland. Im Rahmen der Prüfung, ob die Bundesrepublik dadurch gegen Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 GG verstoßen habe, wurde knapp festgestellt, dass allein die Möglichkeit ihres völkerrechtswidrigen Einsatzes für einen Verstoß gegen Art. 26 Abs. 1 GG nicht ausreiche.¹² Das grundsätzliche Verbot solcher Waffen erfolgte erst mit dem Inkrafttreten der Chemiewaffenkonvention im Jahr 1997.

Sowohl der Einsatz der Bundeswehr im Rahmen des Angriffs auf Jugoslawien (1.) als auch im Rahmen der Besetzung von Afghanistan (2.) sind im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 26 GG problematisch.

7 Dreier, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Präambel Rn. 52; Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Präambel Rn. 67.

8 Kurzer Überblick bei Wollenschläger, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 3.

9 Fischer, Militärische Sicherheit unter dem pazifistischen Grundgesetz, NJOZ 2022, 1153, 1156 f.

10 Deiseroth, Das Friedensgebot des Grundgesetzes und der UN-Charta, Betrifft Justiz 2009, 143, 145; Streinz, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 26 Rn. 5; Aust, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 26 Rn. 29; Fink/Langenfeld, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 26 Rn. 7.

11 BVerwGE 127, 302 (314); Wollenschläger, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 31; Fink/Langenfeld, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 26 Rn. 45.

12 BVerfGE 77, 170 (233 f.).

1. Der Angriff auf Jugoslawien im Jahr 1999

Am 16. Oktober 1998 beschloss der Deutsche Bundestag zum ersten Mal, deutsche Soldaten in einen Kampfeinsatz im Ausland zu entsenden. Damit sollten Menschenrechtsverletzungen der jugoslawischen Regierung unter Slobodan Milošević im mehrheitlich albanisch besiedelten Kosovo beendet werden. Der Einsatz der NATO-Truppen, bei dem auch mehrere Dutzend Zivilisten in serbischen Gebieten durch Luftangriffe getötet wurden,¹³ begann im März 1999 und führte letztlich zur Abspaltung des Kosovo von Jugoslawien bzw. Serbien. Die NATO stellte sich damit auf die Seite der Rebellen der UÇK, deren Führung damals bei Hashim Thaçi lag, dem späteren Ministerpräsidenten und dann Staatspräsidenten des Kosovo. Er wurde im Jahr 2020 vor den Kosovo Special Chambers wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen angeklagt, weil er u.a. für etwa 100 Morde während des Kosovokrieges verantwortlich gemacht wird.¹⁴ Der Prozess läuft noch. Es gab also Menschenrechtsverletzungen auf beiden Seiten.¹⁵

Es gibt keinen Zweifel, dass Jugoslawien damals weder Deutschland noch einen anderen Staat angegriffen hat. Der Einsatz der NATO-Truppen wurde vom UN-Sicherheitsrat nicht autorisiert, denn seine Resolution 1199 verlangte nur ein Ende der Menschenrechtsverletzungen durch Jugoslawien. Auch eine nachträgliche Billigung durch den Sicherheitsrat ist nie erfolgt.¹⁶ Vielmehr rechtfertigte die Bundesregierung das militärische Vorgehen mit dem Schutz der Menschenrechte.¹⁷ Auch die überwiegende Meinung in der deutschen juristischen Literatur vertritt die Auffassung, dass wegen der humanitären Zielsetzung kein Angriffskrieg vorgelegen habe.¹⁸

In der Folge gingen bei der Generalbundesanwaltschaft viele Strafanzeigen wegen Verstoßes gegen § 80 StGB a.F. ein. Diese Vorschrift, mit der das Pönalisierungsgebot in Art. 26 Abs. 1 S. 2 GG umgesetzt wurde, war allerdings unglücklich formuliert.¹⁹ Die Ermittlungen wurden schnell eingestellt, was der Generalbundesanwalt in einer Presseerklärung vom 22. April 1999²⁰ damit begründete, dass die Verantwortlichen ausschließlich in dem Bestreben gehandelt hätten, eine völker- und menschenrechtswidrige Unterdrückung und Vertreibung der Kosovo-Albaner abzuwenden und zu beenden. Es sei der Bundesregierung und ihren NATO-Partnern allein darum gegangen, die Führung der

13 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Kosovokrieg#Milit%C3%A4rische_Verluste_und_zivile_Opfer.

14 <https://www.scp-ks.org/en/press-statement>.

15 Mitchell, Menschenrechte im Kosovo, in IFSH (Hrsg.), OSZE-Jahrbuch 2000, Baden-Baden 2000, S. 255 ff.

16 Seeger, Die unilaterale humanitäre Intervention im System des Völkerrechts, 2009, S. 249.

17 BT-Drs. 14/16; s.a. Vöney/Rau, Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1999, ZaöRV 2001, 877, 1085 ff.

18 Herdegen, in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 26 Rn. 33; Wollenschläger, in Dreier, Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 33, 35; Fink/Langenfeld, in Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 26 Rn. 38; anders aber Hobe, in Friauf/Höfling, BerlK-GG, Art. 26 Rn. 10; unentschieden Heintschel v. Heinegg, BeckOK GG, Art. 26 Rn. 25; Jarass, in Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 26 Rn. 4.

19 Dazu Deiseroth, Das Friedensgebot des Grundgesetzes und der UN-Charta, Friedensforum 2010, abrufbar unter <https://www.friedenskooperative.de/friedensforum/artikel/das-friedensgebot-des-grundgesetzes-und-der-un->

20 Abrufbar unter <http://www.glasnost.de/kosovo/urteilstrafanz.html>.

Föderativen Republik Jugoslawien nach langen vergeblichen Verhandlungen zu bewegen, von einer Unterdrückung der albanischen Volksgruppe im Kosovo abzulassen und zu einer friedlichen Politik zurückzukehren.

Diese Entscheidung war wenig überraschend, wenn man berücksichtigt, dass der Generalbundesanwalt nach § 147 Nr. 1 GVG den Weisungen des Bundesjustizministers untersteht, weil die deutsche Staatsanwaltschaft anders als in vielen anderen Staaten nicht unabhängig ist.²¹ Eine Beschwerde gegen die Einstellung von Ermittlungen kann nach § 172 StPO nur durch einen Verletzten erhoben werden (jetzt definiert in § 373b StPO), was aber für § 80 StGB a.F. nicht passte, da er kein individuelles Rechtsgut schützte. Deshalb kam es nie zu einem Strafprozess. Ein Organstreitverfahren der PDS-Fraktion gegen die Bundesregierung und den Bundesverteidigungsminister wegen des Jugoslawieneinsatzes war mangels Betroffenheit eigener Rechte der Fraktion unzulässig.²² Eine Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen, mit denen Entschädigungspflichten für zivile Opfer des Angriffs auf Jugoslawien abgelehnt wurden, blieb erfolglos, ohne dass die Vereinbarkeit des Angriffs mit Art. 26 GG geprüft wurde.²³

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verweigerte sich einer Beurteilung der Rechtmäßigkeit des NATO-Einsatzes. In seiner Entscheidung vom 12. Dezember 2001 im Fall *Bankovic u.a./Belgien u.a.* verneinte er die Anwendbarkeit der EMRK auf die Bombardierung eines Gebäudes des serbischen Rundfunks, weil die Beschwerdeführer nicht der Hoheitsgewalt der beklagten Staaten wegen der fraglichen extraterritorialen Handlungen unterstanden hätten.²⁴ Eine Klage von Serbien und Montenegro wegen behaupteter Völkerrechtsverstöße im Kontext des Kosovo-Konflikts vor dem Internationalen Gerichtshof wurde für unzulässig erklärt, weil sich Deutschland damals seiner Rechtsprechung nicht unterworfen hatte.²⁵ Damit gibt es keine Entscheidung eines unabhängigen Gerichts darüber, ob der Einsatz mit dem deutschen Verfassungsrecht bzw. mit dem Völkerrecht vereinbar war.

Inzwischen ist deutlich geworden, dass die überwiegende Meinung im Völkerrecht die Zulässigkeit der humanitären Intervention nicht anerkennt.²⁶ Der Internationale Gerichtshof hat in seiner Anordnung vom 16. März 2022, mit der er Russland verpflichtete, seine militärischen Operationen auf dem Gebiet der Ukraine sofort zu beenden, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sogar die Pflicht, Völkermord zu verhindern, auf die sich Russland berufen hatte, um seine Intervention zu rechtfertigen, nur im Einklang mit dem Geist und den Zielen der Vereinten Nationen wahrgenommen werden dürfe. Es sei zweifelhaft, ob die Völkermord-Konvention Vertragsparteien autorisiere, einseitig Ge-

21 EuGH, NJW 2019, 2145 (Rn. 76 ff.); zu einer geplanten halbherzigen Reform Krause-Ablaß/Pradel, Transparenz bei Weisungen gegenüber der Staatsanwaltschaft, ZRP 2024, 140 ff.

22 BVerfGE 100, 266 ff.

23 BVerfG (K), BeckRS 2013, 55213.

24 EGMR, NJW 2003, 413 ff.; weniger restriktiv aber später im Fall *Kunduz* EGMR, NJW 2021, 1292 (Rn. 135 ff.).

25 ICJ, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro vs. Germany)*, I.C.J. Reports 2004, S. 422 ff.

26 Umfangreiche Nachweise bei Bothe, Friedenssicherung und Kriegsrecht, in Proelß, Völkerrecht, 9. Aufl. 2024, S. 921 ff.; zum Einsatz der USA in Syrien Dörr, Völkerrechtliche Grenzen des Populismus? Der amerikanische Präsident und das geltende Völkerrecht, JZ 2018, 224, 226 f.

walt auf dem Gebiet eines anderen Staates auszuüben, um einen behaupteten Völkermord zu verhindern oder zu bestrafen.²⁷ Ein endgültiges Urteil in dieser Sache steht noch aus.

2. Die Besetzung Afghanistans im Jahr 2001

Die Rechtmäßigkeit der Beteiligung der Bundeswehr an der Besetzung Afghanistans nach den Anschlägen vom 11. September 2001 wird in der deutschen Literatur kaum thematisiert. Der Militäreinsatz erfolgte zunächst durch eine Ad-hoc-Koalition unter der Leitung der USA. Die Bundesregierung berief sich zur Rechtfertigung des Einsatzes der Bundeswehr darauf, dass es sich um einen Fall der kollektiven Selbstverteidigung handle, der durch Art. 51 UN-Charta und den Bündnisfall nach Art. 5 NATO-Vertrag gedeckt sei.²⁸ Eine ausdrückliche Autorisierung durch den UN-Sicherheitsrat erfolgte aber nicht. Er konstatierte in seiner Resolution 1368 vom 12. September 2001 nur allgemein eine Bedrohung des Weltfriedens und nahm auf das Recht zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung Bezug.²⁹ Die Zustimmung im Deutschen Bundestag konnte von Kanzler Schröder gegen massive Bedenken in den Koalitionsfraktionen nur durchgesetzt werden, weil er sie am 16. November 2001 mit der Vertrauensfrage verband. Zu diesem Zeitpunkt war die Taliban-Regierung allerdings schon gestürzt worden. Bis 2014 war die Bundeswehr an den parallelen Einsätzen der US-geführten Operation Enduring Freedom und der vom Sicherheitsrat in der Resolution 1386 vom 20. Dezember 2001 mandatierten International Security Assistance Force beteiligt. Erst im Juni 2021 verließen die letzten deutschen Soldaten Afghanistan.

Es ist aber fraglich, ob die ursprüngliche Intervention durch das Selbstverteidigungsrecht gedeckt war. Die Anschläge des 11. September 2001 erfolgten nicht durch staatliche Stellen des afghanischen Staates bzw. der Taliban. Sie wurden vielmehr von Mitgliedern des Terrornetzwerks Al-Qaida durchgeführt, die ganz überwiegend saudi-arabische Staatsbürger waren. Eindeutige Beweise dafür, dass die Anschläge von der Leitung von Al-Qaida unter Osama Bin Laden geplant und in Auftrag gegeben wurden, liegen bis heute nicht vor.³⁰ Ob die Duldung der Al-Qaida-Führung durch die Taliban-Regierung ausreichte, um das Selbstverteidigungsrecht der USA gegenüber Afghanistan zu aktivieren, ist nach den Maßstäben der Nicaragua-Entscheidung des IGH aus dem Jahr 1986 durchaus zweifelhaft.³¹

Auch in diesem Fall erfolgte keine gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Bundeswehreinsatzes durch den Internationalen Gerichtshof, den Europäischen Ge-

27 ICJ, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022, S. 211 (Rn. 58 f.).

28 BT-Drs. 14/7296; zu den Vorgängen ausführlich Pfeil, Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 2000 bis 2002 - 3. Teil: Friedenssicherung, ZaöRV 2004, 1105, 1108 ff.; Zwischenbericht der Enquete-Kommission BT-Drs. 20/10400, S. 25 ff.

29 Analyse bei Frowein, Der Terrorismus als Herausforderung für das Völkerrecht, ZaöRV 2002, 879, 885 ff.

30 https://de.wikipedia.org/wiki/Terroranschlag_C3%A4ge_am_11._September_2001#Attentat_C3%A4ter.

31 Moshagen, Krieg gegen das Völkerrecht, in Lutz/Gießmann (Hrsg.), Die Stärke des Rechts gegen das Recht des Stärkeren, 2003, S. 84, 86; anders zu einem Einsatz im Jemen aber OVG Münster, BeckRS 2019, 5666 (Rn. 172 ff.); zurückhaltender BVerwG, NVwZ 2021, 800 (Rn. 72 ff.).

richtshof für Menschenrechte oder das Bundesverfassungsgericht. Deshalb ist auch keine Prüfung der Vereinbarkeit mit Art. 26 GG erfolgt. Immerhin wurde im Fall Kundus anerkannt, dass sich die ausländischen Opfer von Kriegshandlungen der Bundeswehr im Ausland mit Schadenersatzforderungen an die deutschen Gerichte wenden können, doch wurden die Voraussetzungen eines Amtshaftungsanspruchs sehr restriktiv definiert.³² Auch ein strafrechtliches Klageerzwingungsverfahren in dieser Angelegenheit ist mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts gescheitert.³³

III. Das Kontrollproblem

Einige derjenigen, die das Friedensgebot aus der Präambel als Staatsziel anerkennen, vertreten die Auffassung, dass es juristischer Prüfung nicht zugänglich sei.³⁴ Wenn man es allerdings als Verfassungsgrundsatz ansieht, der sich nicht allein aus der Präambel ergibt, sondern aus einer Zusammenschau verschiedener Vorschriften des Grundgesetzes (s.o. I.), so können sehr wohl Rechtsfolgen aus ihm abgeleitet werden, auch bei der Auslegung anderer Vorschriften des Grundgesetzes.

Dies gilt insbesondere für Art. 24 Abs. 3 GG. Nicht zuletzt, weil die Einhaltung des Verbots des Angriffskriegs auf nationaler Ebene nicht wirksam überprüft werden kann (1.), muss diese Vorschrift als Pflicht zur uneingeschränkten Unterwerfung unter den Internationalen Gerichtshof interpretiert werden (2.).

1. Die Kontrolle durch deutsche Gerichte

Letztlich blieb die deutsche Debatte über die Kampfeinsätze der Bundeswehr im Ausland um die Jahrtausendwende ohne eindeutiges Ergebnis.³⁵ Auch die Frage, ob die Unterstützung der USA im eindeutig völkerrechtswidrigen Angriff auf den Irak im Jahr 2003 einen Verstoß gegen Art. 26 Abs. 1 GG darstellte, ist nicht verbindlich geklärt worden.³⁶ Mittlerweile wurde § 80 StGB a.F. zum 1.1.2017 durch § 13 VStGB ersetzt. Die in § 13 Abs. 3 VStGB verwendete Definition der Angriffshandlung als gegen die Souveränität, die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit der Charta der Vereinten Nationen unvereinbare Anwendung von Waffengewalt durch einen Staat würde auf die beiden hier diskutierten Bundeswehreinsätze in Jugoslawien und Afghanistan passen.

Das eigentliche Problem liegt darin, dass es keinen geeigneten Mechanismus gibt, um einen möglichen Verstoß gegen Art. 26 Abs. 1 GG zu überprüfen. Natürlich kann man nicht annehmen, dass eine weisungsabhängige Staatsanwaltschaft bereit sein wird, der eigenen Regierung völkerrechts- und verfassungswidriges Verhalten vorzuwerfen, zumal wenn damit nach § 13 Abs. 2 VStGB eine Mindeststrafe von 10 Jahren und die Möglich-

32 BVerfG (K), NVwZ 2021, 398; krit. Sauer, Der Kunduz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts und das Staatshaftungsrecht: Konstitutionalisierungspotenzial mit Unschärfe, DÖV 2021, 483 ff.

33 BVerfG (K), NJW 2015, 3500.

34 Boehl/Hobe, in Friauf/Höfling, BerIK-GG, Präambel Rn. 144; ähnlich Dreier, in Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Präambel Rn. 50.

35 Zusammenfassung bei Clemens, Der Begriff des Angriffskriegs und die Funktion seiner Strafbarkeit, 2004, S. 76 ff.

36 Dazu z.B. Clemens (Fn. 35), S. 89 ff.; Aust, in v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 26 Rn. 34.

keit lebenslanger Freiheitsstrafe verbunden ist. Die strafrechtlichen Konsequenzen dürfen allerdings nicht als Argument benutzt werden, um den Tatbestand des Art. 26 Abs. 1 GG restriktiv auszulegen.³⁷ Deshalb ist es eigentlich auch eindeutig, dass die Motive bei der Auslegung des Tatbestands eines Angriffs keine Rolle spielen können,³⁸ sondern allenfalls bei der Prüfung einer Rechtfertigung.

Eine präventive gerichtliche Kontrolle für Bundeswehreinsätze ist in Deutschland nicht vorgesehen und auch die bestehenden Verfahrensarten sind kaum geeignet, Art. 26 Abs. 1 GG vor das Bundesverfassungsgericht zu bringen. Die von ihm geschaffene Pflicht zur vorherigen Autorisierung von bewaffneten Auslandseinsätzen durch den Bundestag³⁹ kann keine unabhängige rechtliche Prüfung ersetzen.

Art. 26 Abs. 1 GG hat im Grunde seine Wirksamkeit schon im ersten Kampfeinsatz der Bundeswehr seit der Wiederaufrüstung verloren, weil fast alle politischen Kräfte hinter seinem Ziel standen und kein Gericht angerufen werden konnte, um seine Rechtmäßigkeit zu prüfen. Nach einem Vierteljahrhundert kann man allerdings auch feststellen, dass die Argumentation zur Rechtfertigung des Kosovo-Einsatzes mit der Abwendung einer humanitären Katastrophe⁴⁰ seither in keinem anderen Fall aktiviert wurde, obwohl es weitaus größere Menschenrechtsverletzungen gab, z.B. im syrischen Bürgerkrieg mit mehr als 500.000 Toten oder jüngst im sudanesischen Bürgerkrieg. Auch der Afghanistan-Einsatz wird inzwischen sehr viel kritischer betrachtet.

2. Die Kontrolle durch den IGH

Selbst wenn es einen effektiven Mechanismus gäbe, die Rechtmäßigkeit von Auslandseinsätzen der Bundeswehr von deutschen Gerichten zu prüfen, stellt sich die Frage, inwiefern die Opfer eines solchen Einsatzes Vertrauen in die Justiz des Staates haben würden, dessen Handeln sie für unrechtmäßig halten. Jedoch sind alle bisherigen Versuche, eine materielle Prüfung von Auslandseinsätzen vor deutschen Gerichten zu erreichen, gescheitert. Aufgrund der engen Verbindung von Art. 26 GG mit dem Völkerrecht stellt sich deshalb die Frage, ob solche Streitigkeiten nicht zumindest auch bei einem internationalen Gericht angesiedelt sein sollten, das die letztlich entscheidenden völkerrechtlichen Fragen verbindlich klären kann.

Die Einrichtung einer verbindlichen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit als Mittel der Kriegsverhinderung gehörte zu den frühesten Forderungen der Friedensbewegung, wie sie etwa von der mit dem Friedensnobelpreis 1905 ausgezeichneten Bertha von Suttner populär gemacht wurden.⁴¹ Dies würde auch dem von westlichen Staaten immer wieder geäußerten Bekenntnis zu einer regelbasierten internationalen Ordnung am besten entsprechen. Der Internationale Gerichtshof ist nach Art. 92 UN-Charta das Hauptrechtsprechungsorgan der Vereinten Nationen, deren Mitglieder nach Art. 93 UN-Charta ohne weiteres auch Vertragsparteien seines Statuts sind. Nach Art. 9 IGH-Statut ist bei der Wahl der 15 Mitglieder des Gerichtshofs darauf zu achten, dass alle großen Kultur-

37 Überzeugend Proelß, HStR XI, 3. Aufl. 2013, § 227 Rn. 25.

38 BVerwGE 127, 302 (315); Clemens (Fn. 35), S. 84 ff.

39 BVerfGE 90, 286 ff.

40 BT-Drs. 14/16, S. 2.

41 Überblick bei Lughofer, Bertha von Suttner, 2024, S. 52 ff.

kreise und die hauptsächlichen Rechtssysteme vertreten sind. Damit wird seine Unabhängigkeit gegenüber regionalen Bündnissen gesichert.

Eine große Schwäche des Statuts liegt darin, dass die Zuständigkeit des IGH von einer Unterwerfungserklärung der Staaten nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut oder einer vertraglichen Vereinbarung abhängig ist. Zwar hat die Bundesregierung im Jahr 2008, also 35 Jahre nach dem Beitritt zu den Vereinten Nationen, eine entsprechende Erklärung zur generellen Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit des IGH abgegeben, dabei aber gerade einen Vorbehalt für den Einsatz deutscher Streitkräfte im Ausland erklärt, so dass deren Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht weiterhin nicht vom IGH überprüft werden kann.⁴²

In Art. 24 Abs. 3 GG hat sich Deutschland verpflichtet, Vereinbarungen über eine allgemeine, umfassende, obligatorische, internationale Schiedsgerichtsbarkeit beizutreten. Damit ist jede Form internationaler Gerichtsbarkeit gemeint, nicht nur Schiedsgerichte im völkerrechtlichen Sinn.⁴³ Zwar ist es strittig, ob das Statut des Internationalen Gerichtshofs diese Anforderungen erfüllt, weil seine Zuständigkeit von einer Unterwerfungserklärung abhängt.⁴⁴ Da aber auch eine nicht-obligatorische internationale Gerichtsbarkeit dem Friedensgebot dient, weil sie eine nicht gewaltförmige Austragung von Konflikten zwischen Staaten ermöglicht, ist auch dann aus Art. 24 Abs. 3 GG eine Unterwerfungspflicht abzuleiten, wenn nicht alle seine Anforderungen kumulativ erfüllt sind.⁴⁵ Da es gar nicht in deutscher Hand liegt, ob eine Vereinbarung zustande kommt, die alle Anforderungen erfüllt, wäre das Gebot sonst weitgehend wirkungslos, was angesichts der Entstehungsgeschichte, die insofern nicht eindeutig ist, nicht anzunehmen ist.⁴⁶

Der Einwand, dass dies zu einer weitreichenden außenpolitischen Bindung führen würde,⁴⁷ verkennt, dass die feste Einbindung in das Völkerrecht eine zentrale Intention der Parlamentarischen Rates war, um nach dem Rechtsnihilismus des nationalsozialistischen Regimes das Vertrauen der Staatenwelt in den neuen deutschen Staat wiederherzustellen. Die Bindung an das geltende Völkerrecht ist aber nur dann effektiv, wenn sie auch vor einer unabhängigen Instanz geltend gemacht werden kann. Nur das ist die Aufgabe des Internationalen Gerichtshofs. Das Grundgesetz geht deshalb über das klassische Völkerrecht mit seiner dezentralen Durchsetzungsstruktur hinaus und setzt auf eine Stärkung der Judikative.

Der Vorbehalt der Bundesregierung zur Ausklammerung von Bundeswehreinheiten im Ausland widerspricht deshalb Art. 24 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem Friedensgebot, denn gerade der Streitkräfteeinsatz birgt das Risiko, dass das völkerrechtliche Gewaltverbot ohne hinreichende Rechtfertigung verletzt wird. Für die im Hinblick darauf problematischen Konstellationen im Zusammenhang mit den militärischen Maßnahmen

42 Dazu näher Eick, Die Anerkennung der obligatorischen Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs durch Deutschland, ZaöRV 2008, 763 ff.

43 Streinz, in Sachs, Grundgesetz, 10. Aufl. 2024, Art. 24 Rn. 80.

44 Dagegen z.B. Wolfrum, Das Grundgesetz und die internationale Streitschlichtung, HStR XI, 3. Aufl. 2013, § 242 Rn. 5; dafür z.B. Classen, in Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 24 Rn. 100.

45 Zuleeg, AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 24 Abs. 3/25 Rn. 58; ebenso Deiseroth, in Umbach/Clemens, Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 24 Rn. 354, 360 f.; Zimmermann, ZRP 2006, 248, 250; Calliess, in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 24 Abs. 3 Rn. 38; a.A. Wolfrum, HStR XI, 3. Aufl. 2013, § 242 Rn. 7; Wollenschläger, in Dreier, Grundgesetz, Bd. 2, 3 Aufl. 2015, Art. 24 Rn. 80 m.w.N.

46 Aust, in v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 24 Rn. 96.

47 So Wollenschläger, in Dreier, Grundgesetz, Bd. 2, 3 Aufl. 2015, Art. 24 Rn. 78.

gegen Jugoslawien und Afghanistan, an denen sich Deutschland beteiligt hat, hätte der Internationale Gerichtshof auch heute keine Zuständigkeit. Folglich müssen die Vorbehalte aus dem Jahr 2008 zurückzogen werden.

Im Übrigen ergibt sich aus Art. 24 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem Friedensgebot selbstverständlich auch die unbedingte Pflicht zur Einhaltung der Urteile des IGH, wie sie auch Art. 94 UN-Charta formuliert.⁴⁸ Darüber hinaus sind seine Urteile von der deutschen Gerichtsbarkeit bei der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des innerstaatlichen Rechts zu beachten.⁴⁹

IV. Schlussfolgerungen

Das Verfassungsrecht der Bundesrepublik ist keine Schaufensterauslage, sondern ein verbindlicher Teil der gesamten Rechtsordnung, wie sich aus Art. 20 Abs. 3 GG, aus Art. 93 und 100 Abs. 1 GG, sowie für die Grundrechte außerdem aus Art. 1 Abs. 3 GG ergibt. Das Gegenbild war früher die Verfassung der DDR von 1968, die im Wesentlichen auf dem Papier blieb.⁵⁰ Insbesondere haben sich die Grundrechtsbestimmungen dieser zweiten Verfassung nie auf die Rechtsprechung ausgewirkt.⁵¹ Auf diese „Pseudoverfassung“⁵² hat die westdeutsche Rechtswissenschaft mit Verachtung herabgesehen.

Es gibt aber auch im Grundgesetz Vorschriften, die in der Verfassungspraxis ignoriert werden. Man kann sie deshalb als eine Art „Attrappe“ bezeichnen, also eine Vortäuschung eines Originals.⁵³ Das Friedensgebot des Grundgesetzes droht zu einer solchen Attrappe zu werden, weil immer mehr Parteien gewaltförmige Lösungen außenpolitischer Probleme für legitim halten und völkerrechtliche Bindungen in den Hintergrund treten. Zwar ist durch Art. 25 GG i.V.m. Art. 100 Abs. 2 GG geklärt, dass auch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts justiziabel sind. Dennoch hat die deutsche Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte keinen nennenswerten Beitrag zur Durchsetzung verfassungsrechtlicher bzw. völkerrechtlicher Einschränkungen von Bundeswehreinräsen geleistet.

Wer die Pflicht zur Förderung des friedlichen Zusammenlebens der Völker ernst nimmt, kommt an der internationalen Gerichtsbarkeit nicht vorbei. Innerhalb der Europäischen Union ist eine gewaltsame Austragung von Konflikten inzwischen undenkbar, nicht zuletzt wegen der starken Stellung des Gerichtshofes. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat große Fortschritte in der Zivilisierung internationaler Beziehungen geleistet, so dass der Austritt Russlands aus dem Europarat, der im Jahr 2022 einem Ausschlussverfahren zuvorkam, konsequent gewesen ist. Auf globaler Ebene kommt dem Internationalen Gerichtshof eine entscheidende Rolle zu. Art. 24 Abs. 3 GG und das Friedensgebot des Grundgesetzes verpflichten Deutschland, sich sei-

48 Classen, in Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 24 Rn. 101.

49 BVerfG (K), NJW 2007, 499 (Rn. 57 ff.).

50 Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV, 2012, S. 555.

51 Brunner, Das Staatsrecht der Deutschen Demokratischen Republik, HStR I, 3. Aufl. 2003, § 11 Rn. 84.

52 Fischer, Verfassungsgeschichte der DDR 1990, KJ 1990, 413, 413.

53 So bereits Groß, Das Staatsversagen angesichts der Klimakatastrophe, JZ 2024, 893, 899, zu Art. 20a GG.

ner Rechtsprechung ohne Einschränkungen zu unterwerfen und für seine Stärkung in den internationalen Beziehungen einzutreten.

Dies hat auch Konsequenzen im Zusammenhang mit Waffenlieferungen, denn sie dürfen nicht zur Verletzung von völkerrechtlichen Pflichten führen.⁵⁴ Der IGH hat zwar in seiner Entscheidung vom 30. April 2024 einen Antrag von Nicaragua auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen Deutschlands Unterstützung Israels abgelehnt, dabei aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass alle Staaten die Pflicht haben, bei Waffenlieferungen darauf zu achten, dass es kein Risiko gibt, dass sie zu einer Verletzung der Völkermord-Konvention führen.⁵⁵ Ebenso hat er in seinem Gutachten vom 19.7.2024 festgestellt, dass die Besetzung der palästinensischen Gebiete gegen zahlreiche völkerrechtliche Pflichten verstößt.⁵⁶ Die historisch wohlbegründete Solidarität mit dem Staat Israel darf nicht dazu führen, zu dulden, dass die besetzten Gebiete ein völkerrechtsfreier Raum sind.

Die Verheerungen des Zweiten Weltkriegs haben nicht nur den Parlamentarischen Rat dazu bewegt, das Gebot zur friedlichen Beilegung von Streitigkeiten in das Grundgesetz aufzunehmen. Bereits im Jahr 1945 erfolgte die Gründung der Vereinten Nationen, deren Charta als erstes Ziel die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit nennt. Zwar enthält die Charta Konstruktionsmängel, insbesondere das Vetorecht der ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates und die fehlende obligatorische Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs, so dass die Mechanismen der friedlichen Streitbeilegung immer wieder versagt haben, sobald eine Vetomacht mit eigenen Interessen involviert war. Das darf nicht als Rechtfertigung genommen werden, die internationale Gerichtsbarkeit zu vernachlässigen. Nicht nur die Bekämpfung des Antisemitismus ist eine Lehre aus der Zeit des Nationalsozialismus, sondern auch das verbindliche Gebot des Grundgesetzes, nicht-gewaltförmige Verfahren der Austragung internationaler Konflikte zu fördern und durchzusetzen, um das friedliche Zusammenleben der Völker zu stärken.

54 Aust, in v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 26 Rn. 54; zur entsprechenden Regelung in der italienischen Verfassung Caterina/Giannelli/Siciliano, „Die Ächtung des Krieges ernst genommen“, KJ 2022, 361 ff.

55 ICJ, Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany) - Request for the indication of provisional measures, Rn. 24, abrufbar unter <https://www.icj-cij.org/case/193>; vgl. dazu auch den Bericht von Amnesty International, Israel's Genocide Against Palestinians in Gaza, 2024, abrufbar unter <https://www.amnesty.de/pressemitteilung/israel-gaza-genozid-voelkermord-palaestinsener-innen-amnesty-bericht>.

56 ICJ, Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, abrufbar unter <https://www.icj-cij.org/case/186>; dazu Payandeh, Klare Worte und konstruktive Ambiguität – Das Gutachten des IGH zur Völkerrechts-widrigkeit der israelischen Präsenz auf palästinensischem Territorium, JZ 2024, 789 ff.

PRAXISRUBRIK

André Reinelt

Qualifizierte Grundrechtseingriffe jenseits sozialer Lebensrealitäten

Eine kritische Analyse von BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22 aus der Perspektive soziologischer Jurisprudenz*

I. Fußballgewalt als Entwicklungsfaktor im Rechtssystem

Im Zusammenhang mit Fußballspielen kommt es regelmäßig zu Gewalthandlungen:¹ Immer wieder kommt es zu Gewaltexzessen von Fußballfans, insbesondere von Hooligans und – in deutlich geringerem Maße – Ultras.² Die Gewalt im Fußballsport war und ist Auslöser für unterschiedliche Antworten und Weiterentwicklungen im Rechtssystem: In strafrechtsdogmatischer Hinsicht waren vor allem Verabredungen von Hooligangruppen zu gewalttätigen Auseinandersetzungen anlässlich bestimmter Fußballspieltage relevant.³ Zivilrechtlich versuchen die einzelnen Vereine und Stadionbetreiber:innen mit der Aussprache von Stadionverboten Sicherheit in den Stadien und deren näherer Umgebung zu schaffen. Da es hierbei zu sozialen Exklusionswirkungen gegenüber den Fußballfans kommen kann, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Stadionverbotsbeschluss erstmals den allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, in einem privatrechtlichen Kontext aktiviert⁴ – und damit den Konflikt um Gewalt im Fußballsport auf eine verfassungsrechtliche Ebene gezogen.

Da mit der Gewalt im Fußballsport Gefahren für Leib, Leben und andere Rechtsgüter, insbesondere von anderen Fußballfans, verbunden sind, findet sich das Thema auch im klassischen polizei- und sicherheitsrechtlichen Gefahrenabwehrrecht wieder: Neben Ge-

* Ich danke den anonymen Personen, die den Beitrag durch ihre Anmerkungen im Peer Review-Verfahren redaktionell und inhaltlich bereichert haben.

1 Hans-Jörg Albrecht, Fußball und Gewalt, MschrKrim 2006, 158; zur Typologisierung von (Fußball-)Fangewalt Alexander Leistner, Fans und Gewalt, in: Roose et al. (Hg.), Fans, 2. Aufl., Wiesbaden 2017, 219 (220 – 241).

2 Zum Unterschied zwischen Ultras und Hooligans siehe unten III.2.

3 BGH, Beschl. v. 20.02.2013, 1 StR 585/12; BGH, Urt. v. 22.01.2015, 3 StR 233/14.

4 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – Stadionverbot; dazu André Reinelt, Soziale Inklusion, Baden-Baden 2023.

fährderanschriften⁵ sind auf einen einzelnen Spieltag und auf das jeweilige Stadtgebiet begrenzte Betretungs- und Aufenthaltsverbote⁶ die polizeilichen Maßnahmen der Wahl, um gegen Gefahren vorzugehen. Suchen von solchen Maßnahmen Betroffene dagegen Rechtsschutz, ist der richtige Rechtsbehelf die Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, weil sich diese polizeilichen Maßnahmen in der Regel durch Zeitablauf erledigen. Für die Zulässigkeit einer solchen Klage ist ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nötig.

Das BVerwG hat eine grundlegende Entscheidung zu der Frage getroffen, wann ein solches besonderes Interesse vorliegt. Das Urteil klärt, unter welchen Voraussetzungen sich typischerweise kurzfristig erledigende Maßnahmen kontrollfähig sind. Die Entscheidung verdient besondere Aufmerksamkeit in zweierlei Hinsicht: Zum einen hat das BVerwG in verwaltungsprozessualer Hinsicht eine Grundsatzentscheidung getroffen. Zum anderen betrifft sie eine Frage, die in der sozialen Lebensrealität vieler Fußballfans als besonders relevant wahrgenommen wird: Die Kontrolle von als unrechtmäßig empfundenem Polizeihandeln.

Zentrale Aussage der Entscheidung ist, dass ein sich kurzfristig erledigender Verwaltungsakt nur dann kontrollfähig sei, wenn er in qualifizierter Weise in die Grundrechtspositionen der betroffenen Personen eingreift. Für das in der Entscheidung einzig relevante Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, solle es dabei darauf ankommen, inwieweit unter Berücksichtigung des Gesamtgefüges der Grundrechte die fragliche Maßnahme die Möglichkeit individueller Selbstbestimmung in dem durch das Grundrecht erfassten Lebensbereich beschränkt. Dabei sei von Bedeutung, ob das untersagte Verhalten eine gesteigerte, dem Schutzgut der übrigen Grundrechte vergleichbare Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung besitzt.⁷ Bislang gibt es nur wenige kurze Anmerkungen zu dem Urteil, die allgemein Kritik an der engen Auslegung und der Maßstabsbildung des BVerwG äußern⁸ bzw. diese begrüßen.⁹

Der Beitrag analysiert zunächst die Entscheidung aus der Perspektive soziologischer Jurisprudenz¹⁰ und greift dazu auf die Methode responsiver Rechtswissenschaft¹¹ zurück. Dabei werden die sozialen Realitäten, die der Entscheidung zugrunde liegen, sichtbar gemacht und die dogmatischen Maßstäbe des Gerichts an diesen gemessen. Dadurch wird gezeigt, dass die Entscheidung den von ihr selbst gesetzten dogmatischen Maßstäben und Kriterien nicht gerecht wird, weil sie die soziale Umwelt des Rechts nicht ausrei-

5 Beispielsweise OVG NRW, Beschl. v. 22.08.2016 – 5 A 2532/14; einige Polizeigesetze haben bereits das Gefährderanschriften und die Gefährderansprache als Standardmaßnahmen normiert, z.B. § 12a NPOG (Niedersachsen) oder § 29 PolG (Baden-Württemberg).

6 Ebenfalls jüngst zu Betretungs- und Aufenthaltsverbot gegenüber Ultras VGH München, Beschl. v. 20.03.2024 – 10 CS 24.456.

7 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 34 f.

8 Friedhelm Hufen, Fortsetzungsfeststellungsinteresse, JuS 2024, 902; Stefan Muckel, Fortsetzungsfeststellungsinteresse nach einem sich kurzfristig erledigenden Grundrechtseingriff, JA 2024, 347.

9 Norbert Ullrich/Dirk Hermes, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, NVwZ 2024, 1033; grds. zustimmend mit nur bedingter Kritik Thomas Spitzlei/Maximilian Sperl, Typischerweise kurzfristige Erledigung und tiefgreifender Grundrechtseingriff, JA 2025, 311.

10 Näher Betram Lomfeld, Methoden soziologischer Jurisprudenz, in: ders. (Hg.), Die Fälle der Gesellschaft, Tübingen 2017, 1.

11 Grundlegend Michael Grünberger, Responsive Rechtsdogmatik, AcP 219 (2019), 924; näher zum methodischen Programm Reinelt (Fn. 4), 30 ff.

chend würdigt. Aufbauend auf der kritischen Analyse unterbreitet dieser Beitrag einen Vorschlag, wie die Maßstäbe des BVerwG verstanden werden sollten.

II. Die Entscheidung

1. Sachverhalt

Der Entscheidung des BVerwG lag ein für den Fußballkontext im Wesentlichen typischer Sachverhalt zugrunde:¹² Der Kläger war Mitglied der Dortmunder Fußball-Ultraszene. Innerhalb der Szene nimmt er eine besondere Stellung ein: Er ist ein sogenannter „Capo“. Damit werden in den Ultragruppen diejenigen bezeichnet, die im Fußballstadion Fangesänge anstimmen und andere Choreografien orchestrieren. Darüber hinaus können ihnen je nach Ultragruppe auch weitere Leitungsfunktionen außerhalb des Stadions zukommen.¹³

Am 27.04.2019 fand um 15:30 Uhr in Dortmund ein Revierderby zwischen Borussia Dortmund und Schalke 04 in der ersten Fußballbundesliga statt. Der Kläger wollte dieses Fußballspiel im Stadion besuchen. Mit Bescheid vom 17.04.2019 ordnete das Polizeipräsidium Dortmund gegenüber dem Kläger – nach vorheriger Anhörung – ein Betretungs- und Aufenthaltsverbot für einen Großteil des Stadtgebiets Dortmund für die Zeit von 10.00 Uhr bis 20.00 Uhr des Spieletages an.

Das Verbot wurde maßgeblich damit begründet, dass die Spielbegegnung ein hohes Risiko berge, da die Fanszenen beider Mannschaften verfeindet seien. Das Revierderby habe für beide Fanlager einen hohen emotionalen Stellenwert. Von den 81.000 Besucher:innen würden etwa 1100 Ultras und ultra-nahe Personen aus der Dortmunder Fanszene erwartet, wobei die Polizei etwa die Hälfte davon der Kategorie B (gewaltbereit) und 110 Personen der Kategorie C (gewaltsuchend) einordnet.

Die Polizei rechnete aufgrund des bisher im Zusammenhang mit Fußballgroßveranstaltungen gezeigten Verhaltens des Klägers, dass er im Rahmen der Begegnung Straftaten begehen bzw. zu ihrer Begehung beitragen werde. So sei er in der Vergangenheit an einem Landfriedensbruch beteiligt gewesen, wobei er eine Menge von ca. 300 Personen der Dortmunder Ultraszene zum Durchbruch einer Polizeikette aufgefordert habe. Dass sich der Kläger seit Mitte 2017 polizeilich unauffällig verhalten habe, rechtfertige keine abweichende Beurteilung, weil (1.) nach polizeilicher Erfahrung „Wohlverhaltensphasen“ oft nicht von langer Dauer seien und (2.) von dem Kläger als „Capo“ – also der Führungsebene der Ultragruppe – ein besonders hohes Gefahrenpotential ausgehe, da er große Menschengruppen bewegen könne.

Aufgrund einer Besonderheit war dieser Fall für eine Grundsatzentscheidung des BVerwG zu den Fallgruppen des Fortsetzungsfeststellungsinteresses besonders prädestiniert: In den Fällen des Aufenthalts- und Betretungsverbots für Fußballspiele können die Betroffenen regelmäßig eine konkrete Wiederholungsgefahr vortragen, da sie auch weitere Spiele „ihrer“ Mannschaft besuchen wollen. Vorliegend hatte sich der Kläger jedoch nach der Geburt seines Kindes aus seiner Funktion als „Capo“ zurückgezogen,

¹² BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 1 – 4.

¹³ Siehe dazu Martin Winands, Interaktionen von Fußballfans, Wiesbaden 2015, 109 ff.

sodass keine Wiederholungsgefahr vorlag.¹⁴ Das Gericht musste also auf die übrigen Fallgruppen des Fortsetzungsfeststellungsinteresses eingehen.

2. Maßgebliche Entscheidungsgründe

Die Entscheidung des BVerwG kreist um zwei miteinander zusammenhängende Problemkreise, die auch die beiden Schwerpunkte der Urteilsbegründung bilden:

Den ersten Problemkreis bildet die Frage, unter welchen Voraussetzungen, insbesondere in welchen Fallgruppen, ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse anzunehmen ist. In der Rechtsprechungspraxis haben sich dabei drei anerkannte Fallgruppen¹⁵ herausgebildet, denen gemeinsam ist, dass sie über die bloße Klärung der Rechtmäßigkeit des erledigten Verwaltungsaktes hinaus die Rechtsstellung einer Kläger:in verbessern:¹⁶ Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse besteht bei einer konkreten Wiederholungsgefahr, bei einem Rehabilitationsinteresse sowie – im Falle der Erledigung nach Klageerhebung – zur Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses.¹⁷ Neben der abgelehnten Wiederholungsgefahr verneinte das Gericht auch ein Rehabilitationsinteresse.¹⁸

Hinsichtlich einer vierten Fallgruppe von Verwaltungsakten, die sich typischerweise so kurzfristig erledigen, dass sie ohne die Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses keiner Überprüfung im gerichtlichen Hauptsacheverfahren zugeführt werden könnten, betonte das Gericht, dass es maßgeblich darauf ankomme, dass sich die kurzfristige Erledigung aus der Eigenart des Verwaltungsaktes selbst ergeben müsse. Dies sei im vorliegenden Fall gegeben, da das Aufenthalts- und Betretungsverbot lediglich für den 27. April 2019 verhängt und der Bescheid zehn Tage vorher versendet wurde.¹⁹ Nach Auffassung des BVerwG reiche jedoch eine typischerweise kurzfristige Erledigung allein für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nicht aus. Zusätzlich müsse „darüber hinaus die weitere Voraussetzung eines qualifizierten (tiefgreifenden, gewichtigen bzw. schwerwiegenden) Grundrechtseingriffs erfüllt sein.“²⁰ Der Senat begründet diese zentrale Aussage in den weiteren Entscheidungsgründen ausführlich und mehrdimensional.

Aus dem Wortlaut des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO sowie dem systematischen Zusammenhang mit § 42 VwGO folge, dass die Verwaltungsgerichte nur ausnahmsweise für die Überprüfung erledigter Verwaltungsakte in Anspruch genommen werden dürfen. Auf eine zusätzliche Voraussetzung – über die kurzfristige Erledigung hinaus – dürfe nicht verzichtet werden, da ansonsten in Regelungsbereichen wie dem Polizeirecht, in denen Maßnahmen typischerweise nur eine kurze Geltungsdauer haben, regelmäßig das Fortsetzungsfeststellungsinteresse als Sachurteilsvoraussetzung vorläge; damit „würde das prozessuale Erfordernis eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses insoweit praktisch leer-

14 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 17.

15 Zur Funktion dieser Fallgruppenbildung Emmenegger, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hg.), Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 113 VwGO Rn. 100 f.

16 Zu diesem Erfordernis BVerwGE 138, 186 Rn. 27; E 146, 303 Rn. 20 ff., 29 f.; E 156, 272 Rn. 13; BVerwG, Urt. v. 12.11.2020, 2 C 5 /19.

17 Zu diesen drei anerkannten Fallgruppen siehe ausführlich Patrick Hoffmann, Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse unter besonderer Berücksichtigung des Gebots effektiven Rechtsschutzes, JA 2024, 229 (230 f.).

18 Siehe dazu auch unten IV.1.

19 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 21.

20 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 22.

laufen.“²¹ Diese Auslegung sei auch konsistent mit der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG, insbesondere des 8. Senats.²²

Dieses Auslegungsergebnis sei auch mit verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar. Zwar gewährleiste Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG das Grundrecht auf wirksamen und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt (Effektivität des Rechtsschutzes). Jedoch folge daraus keine grenzenlose Gewährleistung: Eine Einschränkung sei insbesondere zulässig, um die Verwaltungsgerichte zu entlasten, damit Rechtsschutz insgesamt für alle Rechtsschutzsuchenden angemessen schnell und effektiv gewährt werden könne.²³ Dazu stützt sich der Senat auf die Rechtsprechung des BVerfG, wonach eine restriktive Auslegung des Prozessrechts verfassungsrechtlich zulässig sei.²⁴ Keine anderen Maßstäbe folgten aus Art. 47 der EU-Grundrechtecharta.²⁵

Weiter spreche konstruktiv-dogmatisch²⁶ gegen das Erfordernis eines qualifizierten Grundrechtseingriffs nicht, dass verallgemeinerungsfähige Kriterien, anhand derer geprüft werden kann, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, nicht auf der Hand lägen. Man könne zur Orientierung die bisherige Rechtsprechung des BVerfG heranziehen.²⁷ So sei ein Eingriff immer tiefgreifend bzw. schwerwiegend, wenn (1.) eine Verletzung der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, in Frage steht, (2.) ein betroffenes Grundrecht unter Richtervorbehalt steht bzw. das einfache Recht einen solchen anordnet oder (3.) ein Verstoß gegen das Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG naheliegt.

Da ein zeitlich und örtlich begrenztes Aufenthalts- und Betretungsverbot nicht unter diese anerkannten Kategorien falle, musste das BVerwG die bisherigen formalen Kriterien durch ein materielles Kriterium erweitern:

„Hinsichtlich anderer Grundrechte ist bei der Beurteilung der Eingriffsintensität nach der Art des Eingriffs zu differenzieren. Im Rahmen der Einzelfallwürdigung ist [...] zum einen dessen besondere Bedeutung im Gesamtsystem der Grundrechte zu berücksichtigen und zum anderen zu bewerten, inwieweit die fragliche Maßnahme die Möglichkeit individueller Selbstbestimmung in dem durch das Grundrecht erfassten Lebensbereich beschränkt.“²⁸

Gegenüber dieser ausführlichen Begründung des Maßstabs fällt die Subsumtion mit nur zwei Randnummern sehr kurz aus. Das BVerwG verneint einen Eingriff in Art. 11 GG (Freizügigkeit) und Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (Freiheit der Person).²⁹ Daher kam es entschei-

21 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 24.

22 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 36 – 39.

23 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 28 – 30.

24 BVerfG, Beschl. v. 03.03.2004, 1 BvR 461/03 (bzgl. eines Versammlungsverbots) und Beschl. v. 06.07.2016, 1 BvR 1705/15, Rn. 11 (bzgl. einer Organtransplantation).

25 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 31. Ob aus Art. 47 EU-GRCh wirklich die gleichen Maßstäbe folgen, kann hier nicht vertieft werden – vgl. dazu „Grenzfälle“ wie BVerwG, Urt. v. 13.06.2024, 1 C 2.23 und VG München, Urt. v. 31.01.2024, M 23 K 22.3422.

26 Siehe zum konstruktiven Element der Rechtsdogmatik Jannis Lennartz, Dogmatik als Methode, Tübingen 2019, 174 – 179.

27 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 32 f.

28 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 34 [Nachweise des Gerichts ausgelassen].

29 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 41. Einige Instanzgerichte messen zumindest Aufenthaltsverbote, die für sämtliche Spieltage einer Spielzeit erteilt werden, an Art. 11 GG, so z.B. OVG Bremen, Beschl. v. 16.02.2023, 1 B 30/23, Rn. 31 oder VGH München, Beschl. v. 20.03.2024, 10 CS 24.456, Rn. 34.

dend auf die Frage an, ob der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, tiefgreifend ist. Dies verneint das Gericht, da der Eingriff keine gesteigerte, dem Schutzgut der übrigen Grundrechte vergleichbare Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung des Klägers habe.³⁰ Das Aufenthalts- und Betretungsverbot sei räumlich lediglich auf Teile des Gebiets der Stadt Dortmund und zeitlich auf eine Dauer von 10 Stunden beschränkt gewesen. Dadurch werde lediglich seine Möglichkeit zur Gestaltung seiner Freizeit sowie – und man fragt sich, ob das wirklich auf diesen Fall passt – die Möglichkeit der Erledigung seiner alltäglichen Geschäfte beeinträchtigt. Wegen des Ausnahmecharakters des Fortsetzungsfeststellungsinteresses müsse bei der Frage des Gewichts des Grundrechtseingriffs ein objektiver Maßstab angelegt werden: „Auf subjektive Gesichtspunkte wie etwa den gesteigerten Erlebniswert der in Rede stehenden Fußballbegegnung und ihrer Begleitveranstaltungen gerade für den Kläger kann hierbei nicht abgestellt werden.“³¹

III. Kontextualisierung

1. Rechtlicher Kontext

Die verwaltungsprozessrechtliche Grundsatzentscheidung des BVerwG klärt die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine bloße Rechtmäßigkeitskontrolle jenseits damit verbundener tatsächlicher oder rechtlicher Vorteile vor dem Hintergrund von Art. 19 Abs. 4 GG zulässig sein soll. Gerade hier zeigt sich die gesteigerte Bedeutung, die der Konkretisierung des berechtigten Interesses an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes zukommt.³² Die Voraussetzungen einer vierten Fallgruppe entscheiden über den Zugang³³ zu gerichtlichem Rechtsschutz in der Hauptsache und damit über die gerichtlichen Kontrolldichte von Verwaltungshandeln.

In der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Obergerverwaltungsgerichte bzw. der Verwaltungsgerichtshöfe sowie in der Literatur wurden dabei im Groben vier Ansätze vertreten:³⁴ (1.) Ein erster Ansatz stellte alleine auf die Typizität einer hoheitlichen Maßnahme ab, wobei es Art. 19 Abs. 4 GG gebiete, immer dann Rechtsschutz zu gewähren, wenn sich eine Maßnahme typischerweise so kurzfristig erledigt, dass Rechtsschutz in der Hauptsache nicht zu erlangen ist.³⁵ Dem liegt maßgeblich der Gedanke zugrunde, dass auch in solchen Fallgestaltungen Rechtsschutz durch ein Hauptsacheverfahren zu gewähren sei.³⁶ (2.) Ein zweiter Ansatz zog als alleiniges Kriterium die Intensität bzw. das Gewicht des mit der Maßnahme verbundenen Grundrechtseingriffs heran, was mit einer postulierten Kompensationsfunktion der Fortsetzungsfeststellungsklage hinsicht-

30 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 42.

31 Ebenda.

32 Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO, 46. EL Aug. 2024, § 113 Rn. 121.

33 Vgl. Huggins et al. (Hg.), Zugang zu Recht, Baden-Baden 2021.

34 Offen gelassen von OVG Thüringen, Urt. v. 29.08.2022, 3 KO 759/19.

35 Hoffmann (Fn. 17), 232 ff.; VG Freiburg, Urteil vom 15.04.2016 - 4 K 143/15; VG Gera, Urt. v. 03.11.2022, 3 K 673/20 Ge; VG Schwerin Gerichtsbescheid vom 17.09.2021 - 7 A 3538/17 SN; OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.12.2018, 11 LA 66/18, bestätigt von OVG Lüneburg, Urt. v. 28.11.2023, 11 LC 303/20 bestätigt; nunmehr ausdrücklich aufgegeben von OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.12.2024, 4 LA 81/24.

36 Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO, 46. EL Aug. 2024, § 113 Rn. 143 f.

lich Grundrechtseingriffen begründet wurde.³⁷ (3.) Ein dritter Ansatz hielt die beiden Ansätze für überzeugend und erkennt somit beide Kriterien alternativ als vierte bzw. fünfte Fallgruppe an.³⁸ (4.) Der letzte und dabei restriktivste Ansatz hielt die Begründungen der ersten beiden Ansätze jeweils für sich genommen nicht für ausreichend und stellte prozessökonomische Erwägungen in den Vordergrund: Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes zwingt nur dann zu einer Ausweitung der Fallgruppen bei Kumulation von tiefgreifendem Grundrechtseingriff und zugleich einer typischerweise kurzfristigen Erledigung.³⁹

Drei Faktoren innerhalb der Rechtsprechung haben zu dieser Vielfalt an Positionen beigetragen: Zum einen konnte eine Entscheidung des 8. Senats des BVerwG aus dem Jahr 2013 so verstanden werden, dass ein qualifizierter Grundrechtseingriff nicht erforderlich sei.⁴⁰ Mit der Antwort auf die Anfrage des 6. Senats wurde klargestellt, dass dies nicht so gemeint war bzw. diese Tendenz nicht mehr verfolgt werden wird.⁴¹ Zum anderen war bislang die Rechtsprechung bezüglich einer nachträglichen Feststellungsklage – für die gemeinhin dieselben Fallgruppen angenommen werden⁴² – großzügiger.⁴³ Zuletzt kommt hinzu, dass die grundrechtliche Maßstabsbildung zu Art. 19 Abs. 4 GG durch das BVerfG jeweils anhand von Fällen erfolgte, bei denen ein intensiver Grundrechtseingriff angenommen werden konnte.⁴⁴

Durch die Entscheidung des BVerwG des letzten Jahres ist für die Rechtspraxis nunmehr entschieden, dass für die vierte Fallgruppe eine Kumulation aus einer typischerweise kurzfristigen Erledigung sowie eines qualifizierten Grundrechtseingriffs vorliegen muss. Möglicherweise ist diese restriktive Rechtsprechung auch mit Blick auf eine Vielzahl noch anhängiger Corona-Verfahren⁴⁵ bei den Verwaltungsgerichten und dem damit verbundenen Wunsch zu erklären, einen Großteil dieser Klagen als unzulässig abzuweisen.⁴⁶

37 Josef F. Lindner, Die Kompensationsfunktion der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4. VwGO, NVwZ 2014, 180; Pia A. Lange, Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Fall eines erledigten Eingriffs in Grundrechte oder Grundfreiheiten, NdsVBl. 2014, 120; Alexander Thiele, Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei Grundrechtseingriffen in der neueren Rechtsprechung des BVerwG, DVBl. 2015, 954 (956).

38 Kopp/Schenke, VwGO, 30. Aufl. 2024, § 113 Rn. 145 f.

39 Johannes Unterreitmeier, Grundrechtsverletzung und Feststellung der Rechtswidrigkeit, NVwZ 2015, 25 (28); OVG Koblenz, Urt. v. 27.03.2014, 7 A 11202/13; VGH Kassel, Urt. v. 11.03.2021, 23 C 3095/19, Rn. 28; VGH Mannheim, Urt. v. 25.08.2022, 1 S 3575/21, Rn. 32 – 35.

40 BVerwG, Urt. v. 16.05.2013, 8 C 14.12, insb. Rn. 29 f., 32.

41 BVerwG, Beschl. v. 29.01.2024, 8 AV 1.24.

42 Marsch, in: Schoch/Schneider, VwGO, 46. EL Aug. 2024, § 43 Rn. 35; Kopp/Schenke, VwGO, 30. Aufl. 2024, § 43 Rn. 23; Hoffmann (Fn. 17), 230.

43 Statt aller OVG MV, Urt. v. 15.07.2015, 3 L 9/12, Rn. 50 und BVerwG, Urt. v. 25.10.2017, 6 C 46.16, Rn. 20; treffend bezeichnet Dana-Sophia Valentiner, in: Eisentraut (Hg.), Verwaltungsrecht in der Klausur, Berlin 2020, § 6 Rn. 98 hier die Fallgruppe als „typischerweise kurzfristige Erledigung einer Grundrechtsbeeinträchtigung“.

44 BVerfG, Beschl. v. 28.02.2013, 2 BvR 612/12; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2016, 1 BvR 1705/15.

45 Hufen (Fn. 8), 902 f. spricht von einem „Boom“ der Fortsetzungsfeststellungsklage angesichts der Corona-Schutzmaßnahmen.

46 So z.B. durch VGH Mannheim, Beschl. v. 20.12.2023, 1 S 4108/20, Rn. 29 – 52; OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.12.2024, 4 LA 81/24.

Die doppelte Einschränkung – denn auch das Erfordernis der „Typizität“ schränkt bereits die Rechtsschutzmöglichkeiten ein⁴⁷ – ist bereits ausführlich kritisiert worden.⁴⁸ Daher setzt diese Analyse einen anderen Akzent: Die nunmehr geklärten (abstrakten) Voraussetzungen des BVerwG werden als geltendes Recht hingenommen und ihre konkrete Anwendung auf den Fall kritisch geprüft. Dafür ist zunächst der tatsächliche Fußballkontext der Entscheidung in den Blick zu nehmen.

2. Tatsächlicher Kontext: Ultras, Hooligans und „Hooltras“

Der auch im Tatbestand der Entscheidung des BVerwG zum Ausdruck kommenden polizeilichen Einteilung⁴⁹ von Fußballfans in die Kategorien A (friedlich), B (gewaltbereit) und C (gewaltsuchend), steht in der (Fußball-)Fansozio­logie eine andere Kategorisierung gegenüber, die an der persönlichen Bedeutung des Fußballs für die Person anknüpft: So können konsumorientierte, fußballzentrierte und erlebniszentrierte Fans unterschieden werden.⁵⁰ Beide Kategorisierungen können gruppenphänomenologisch zusammengeführt werden, um so insbesondere zwischen Ultra- und Hooligangruppen differenzieren zu können. Beide Gruppen eint, dass sie primär fußball- und erlebnisorientierte Fußballfans sind. Sie unterscheiden sich aber maßgeblich in ihrem Selbstverständnis bezüglich Gewalt, was in der sozialen Umwelt häufig nicht geschieht.⁵¹ Hooligangruppen können relativ homogen in die polizeiliche Kategorie C eingeordnet werden, da für sie Fußball lediglich ein Anlass ist, um Gewalt anzuwenden. Ultragruppen hingegen sind diesbezüglich stark heterogen: Während der Großteil der Ultras friedlich ist und sich ausdrücklich von Gewalt distanziert, gibt es auch gewaltgeneigte Fans, die Gewalt oft instrumentell und sporadisch in Form von jugendtypischen Delikten⁵² ausüben, und zu einem geringen Teil auch gewaltsuchende Ultras.⁵³ Um diesen kleinen Teil der gewaltbereiten Ultras von der überwiegenden Zahl friedlicher Ultras zu unterscheiden wird in der Literatur überzeugend der gruppenphänomenologische Begriff der „Hooltras“ vorgeschlagen.⁵⁴

Die verschiedenen Typen von Fußballfans sind von repressiven Maßnahmen, wie z.B. Stadionverboten oder polizeilichen Aufenthaltsverboten, in unterschiedlich starkem Maße betroffen. Besonders intensiv wirken sie gegenüber Ultras: Wesentliches Element der Ultrakultur – und damit auch soziale Handlungsverpflichtung innerhalb der Gruppe – ist der Besuch von Heim- und Auswärtsspielen der „eigenen“ Mannschaft. Sowohl Stadionverbote als auch polizeiliche Aufenthalts- und Betretungsverbote unterbinden

47 So auch Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO, 46. EL Aug. 2024, § 113 Rn. 143 f.

48 Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO, 46. EL Aug. 2024, § 113 Rn. 142 f.; Kopp/Schenke, VwGO, 30. Aufl. 2024, § 113 Rn. 145; Hoffmann (Fn. 17), 231 ff.

49 Vgl. Zentrale Informationsstelle Sporteinsätze (ZIS), Jahresbericht Fußball Saison 2023/2024, 7.

50 Grundlegend Wilhelm Heitmeyer/Jörg-Ingo Peter, Jugendliche Fußballfans, Weinheim u.a. 1988, 31 – 33.

51 Gabriele Kett-Straub, Hooliganismus in Deutschland, NK 2012, 98 (99).

52 Simon Albers/Thomas Feltes/Andreas Ruch, Kriminelle Fußballfans?, MSchrKrim 2015, 481 (493).

53 Anschaulich dargestellt bei Christoph M. Klein, Sicherheit durch Stadionverbote?, Leverkusen-Opladen 2019, 24, 66 – 73.

54 Gunther A. Pilz, Zuschauergewalt im Fußball, in: Strauß (Hg.), Sportzuschauer, Göttingen u.a. 2012, 214 (231).

diese wichtige Handlungsverpflichtung der Fußballultras.⁵⁵ Dadurch entsteht die Gefahr sozialer Exklusion: Betroffene wenden sich teilweise von der für die eigene Identifikation wichtigen Bezugsgruppe ab.⁵⁶ Durch die (stigmatisierende) Zuschreibung als Gewalttäter und Gefährder suchen sie teils auch Anschluss bei gewalttätigen Gruppierungen wie z.B. örtlichen Hooligangruppen.⁵⁷ Speziell Aufenthaltsverbote werden in jüngerer Zeit gezielt an Ultramitglieder adressiert, denen eine gewisse Führungsposition innerhalb der eigenen Ultraszene zugeschrieben wird.⁵⁸

IV. Kritik – Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse jenseits sozialer Realität(en)

1. Restriktive Interpretation (Verengung) der anerkannten Fallgruppen

Bereits in der Vergangenheit wurde beobachtet, dass die Rechtsprechung des BVerwG dazu neigt, den konkreten Maßstab innerhalb der anerkannten Fallgruppen des Fortsetzungsfeststellungsinteresses immer weiter zu verschärfen und somit die Rechtsschutzmöglichkeiten von Betroffenen zu verengen.⁵⁹ Dass nunmehr das Gericht für die vierte Fallgruppe kumulative Voraussetzungen etabliert, überrascht daher nicht. Die Entscheidung fügt sich nahtlos in diese restriktive Tendenz ein.

Diese Tendenz zur Verkürzung der Rechtsschutzmöglichkeiten zeigt sich in der Entscheidung darüber hinaus auch bei der Bestätigung der Rechtsprechungslinie zur Engführung des Rehabilitationsinteresses: Das BVerwG verneint dieses Interesse hier, weil das in Frage stehende Aufenthalts- und Betretungsverbot lediglich an den Kläger zugestellt worden ist, sodass, sein Ansehen in seinem sozialen Umfeld nicht herabgesetzt worden sei.⁶⁰

Darin verkennt das BVerwG die soziale Einbettung eines Fußballultras allgemein und die soziale Stellung eines „Capo“ innerhalb der eigenen Ultragruppe. Auch wenn der Bescheid nur an den Kläger zugestellt worden ist, besteht eine gewisse Zwangsläufigkeit, mit der das soziale Umfeld des Ultras von dem Aufenthaltsverbot für ein Revierderby erfahren musste. Denn vom „Capo“ wird erwartet, dass er bei einem derart wichtigen Spiel präsent ist.⁶¹ Die restriktive Haltung des BVerwG zum Rehabilitationsinteresse wird daher überzeugend nicht von allen Oberverwaltungsgerichten uneingeschränkt geteilt.⁶²

55 Winands (Fn. 13), 158; Stephanie Moldenhauer/Hendrik Scherer, Stadionverbote in der sozialen Welt der Fußballfans, in: Grau et al. (Hg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, Weinheim 2017, 176 (181).

56 Vgl. dazu Rico Kauerhof, Zwischen Prävention und Repression, in: ders./Nagel/Zebisch (Hg.), Stadionverbote im internationalen Vergleich, Leipzig 2012, 43 (55); Justus Peltzer, WM 2006: Einschränkungen der Fankultur durch neue Überwachungsmechanismen, in: Eick/Sambale/Töpfer (Hg.), Kontrollierte Urbanität, Bielefeld 2007, 285 (289).

57 Thomas Feltes, Sicherheit bei Großveranstaltungen durch Überwachung der TeilnehmerInnen?, NK 2013, 48 (51).

58 So auch bei VGH München, Beschluss v. 20.03.2024 – 10 CS 24.456, Rn. 3: „gewisses Maß an Anerkennung innerhalb der Ultra-Szene“.

59 Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO, 46. EL Aug. 2024, § 113 Rn. 125.

60 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 18.

61 So treffend Ullrich/Hermes (Fn. 9), 1035, die aber gleichzeitig davon ausgehen, dass nur ein Eingriff von geringem Gewicht vorliege.

62 OVG Lüneburg, Beschl. v. 07.05.2015 – 11 LA 188/14.

2. Gesellschaftliche Erwartung: Kontrolle der Polizeitätigkeit

Diese restriktive Rechtsprechungstendenz, die mit der institutionellen Funktionsfähigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit insgesamt begründet wird, ist in polizeirechtlichen Kontexten problematisch. Hier besteht die gesellschaftliche Erwartung, dass mutmaßliches Fehlverhalten der Polizei kontrolliert und aufgearbeitet wird.⁶³ Zwar ist das allgemeine Vertrauen in der Gesellschaft in die Polizei hoch.⁶⁴ Es werden aber Probleme bezüglich polizeilichen Fehlverhaltens wahrgenommen, insbesondere in Bezug auf Ungleichbehandlungen, Rassismus und übermäßige Gewalt.⁶⁵ Konkret besteht die gesellschaftliche Erwartung, dass mit polizeilichem Fehlverhalten transparent(er) umgegangen werden sollte und Fehlverhalten konsequent kontrolliert werden sollte.⁶⁶

Aus der Perspektive der Police Accountability⁶⁷ sind klassische rechtsstaatliche Aufarbeitungsmechanismen nur ein Teil von unterschiedlichen Accountability-Mechanismen, wobei diese juristischen Instrumente Defizite in der Rechtswirklichkeit aufweisen: Eine strafprozessuale Bearbeitung von polizeilichem Fehlverhalten findet nur selten statt, weil Strafverfahren gegen Polizeibeamt:innen wegen rechtswidriger Gewaltausübung in weit überwiegender Zahl eingestellt werden.⁶⁸ Die durch die Entscheidung des BVerwG fortgeschriebene restriktive Interpretation des Fortsetzungsfeststellungsinteresses führt dazu, dass darüber hinaus auch eine verwaltungsprozessuale Bearbeitung seltener möglich wird. Auch aus gesellschaftstheoretischer Sicht wird die Kontrolle der Polizeitätigkeit – als Kontrolle der Organisation zur Kontrolle von Gewalt –, insbesondere hinsichtlich illegitimer Gewaltanwendung, als notwendig erachtet.⁶⁹

Im Fußballkontext tritt die gesellschaftliche Erwartung der Kontrolle der Polizei verstärkt auf. In der sozialen Welt der Fußballfans, insbesondere der Fußballultras, herrscht abweichend ein größeres Misstrauen in die Polizei,⁷⁰ was allgemein auf die Mitgliedschaft in einer Ultragruppe, der Befürwortung von Pyrotechnik und insgesamt negativen (Vor-)Erfahrungen mit der Polizei zurückzuführen ist.⁷¹ Insgesamt stehen sich Fußballultras und Polizist:innen im sozialen Feld des Fußballsports als Antagonisten gegenüber, was aus der sozialen Welt der Ultras insbesondere daraus erklärt werden kann, dass sich diese – aufgrund verallgemeinernder gesellschaftlicher Gewaltzuschreibungen – sozialer

63 Benjamin Derin/Tobias Singelstein, Aber wer bewacht die Wächter?, VerBlog, 2024/7/03, <https://verfassungsblog.de/unabhangige-ermittlungsstellen-fur-straftaten-der-polizei/> sprechen von „Gesellschaftlichen Erwartungen an die Aufarbeitung polizeilichen Fehlverhaltens“.

64 Aaron Bielejewski et al., Vertrauen in Polizei, Justiz und öffentliche Verwaltung, in: Bolesta et al. (Hg.), Panel zur Wahrnehmung von Kriminalität und Straftäter:innen (PaWaKS), 2022, 23 f.; Marie-Theres Piening/Julia Habermann/Tobias Singelstein, Polizei: Vertrauen ist gut, Kontrolle auch, MschrKrim 2024, 373 (381 f.).

65 Piening/Habermann/Singelstein (Fn. 64), 382 f.

66 Piening/Habermann/Singelstein (Fn. 64), 386.

67 Hannah E. Grau/Marie-Theres Piening/Tobias Singelstein, Policy Accountability, NK 2022, 159.

68 Näher dazu und zu weiteren Defiziten Grau/Piening/Singelstein (Fn. 67), 161 f.

69 Sven Körner/Mario S. Staller, Kontrolle der Kontrolle: Systemtheoretische Überlegungen zur Gewalt im System der Polizei, Soziale Systeme 27 (2022), 35; vgl. ausführlich aus organisationssoziologischer Perspektive auch Martin Weißmann, Organisiertes Misstrauen und ausdifferenzierte Kontrolle, Wiesbaden 2023.

70 So bereits Jonas Gabler, Die Ultras, Köln 2013, 198.

71 Melissa Schiefer/Torben Stichling, Misstrauen gegenüber der Polizei im Fußball, in: Schneider et al. (Hg.), Fanverhalten im Sport, Wiesbaden 2017, 77.

und rechtlicher Intervention ausgesetzt sehen.⁷² Hinzu kommt, dass Polizeigewalt – neben Demonstrationen – am häufigsten im Zusammenhang mit Fußballspielen wahrgenommen wird.⁷³ Daraus resultiert im Kontext des Fußballsports eine stärkere Erwartung bezüglich der Kontrolle (mutmaßlichen) polizeilichen Fehlverhaltens gegenüber Fußballfans. Diese Erwartung ist dabei nicht (nur) auf übermäßige Gewaltanwendung durch Polizist:innen gerichtet, sondern auf sämtliche polizeiliche Maßnahmen, die – aus der Sicht der Ultras – die Fußballkultur beschränken. Dies zeigt sich auch in dem Verfahren, das das BVerwG entschieden hat: Die Revision des „Capo“ wurde u.a. damit begründet, dass hinsichtlich des Fortsetzungsfeststellungsinteresses berücksichtigt werden müsse, dass Aufenthalts- und Betretungsverbote im Zusammenhang mit Fußballspielen häufig auf unzutreffender oder vager Grundlage ergingen.⁷⁴ Hier spielt auch die Unterscheidung zwischen Ultra- und Hooliangruppen sowie ihr jeweiliges Verständnis von Gewalt eine Rolle: Da Ultras – im Gegensatz zu Hooligans – in der Tendenz Gewalt punktuell und instrumentell anwenden, ist auch eine individuelle Gefahrenprognose schwieriger zu treffen und die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme zu bewerten.⁷⁵ Genau diese müsste in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachprüfbar sein.⁷⁶

Diese gesellschaftliche Erwartung allgemein und in der sozialen Welt der Fußballultras im Besonderen an die Kontrolle polizeilichen Handelns trifft auf die verwaltungsprozessrechtliche Realität, in der die (individuellen) Rechtsschutzmöglichkeiten – und damit auch die nachträglichen Klärungsmöglichkeiten – durch eine restriktive Interpretation des Fortsetzungsfeststellungsinteresses zurückgedrängt werden. Fußballfans haben die berechnete Erwartung, dass staatliche Maßnahmen auf ihre Rechtmäßigkeit kontrollieren werden, die sie in ihrer gruppenbezogenen kulturellen Praxis einschränken. Ihnen von vornherein die Legitimität zu entziehen, indem die Kläger polemisch als „Prozesshansel“ bezeichnet werden, die „ihrer Rechthaberei frönen“ wollen,⁷⁷ ist damit unangemessen.

3. Bedeutung des Eingriffs in Art. 2 Abs. 1 GG im Gesamtgefüge der Grundrechte

Maßgebliche dogmatische Stellschraube für die Rechtmäßigkeitskontrolle – insbesondere von Polizeihandeln – ist mit der Entscheidung damit nunmehr, ob der jeweilige Grundrechtseingriff „qualifiziert“, also tiefgreifend bzw. schwerwiegend ist. Dabei müssen die Anforderungen des BVerfG vor dem Hintergrund von Art. 19 Abs. 4 GG beachtet werden: „Die Anforderungen an das Gewicht des Grundrechtseingriffs dürfen dabei nicht überspannt werden mit der Folge, dass Rechte – und insbesondere Grundrechte – in bestimmten Konstellationen in rechtsstaatlich unerträglicher Weise systematisch ungeschützt bleiben.“⁷⁸

72 Vgl. dazu Marcus Sommerey, Die Jugendkultur der Ultras, Stuttgart 2010, 71 f.; Jonas Gabler, Die Ultras als Objekt sozialer und rechtlicher Intervention, in: Thole et al. (Hg.), Fußball als soziales Feld, Wiesbaden 2019, 77.

73 Laila Abdul-Rahman et al., Gewalt im Amt, Frankfurt 2023, 67 f.

74 BVerwG, Urt. v. 24.04.2024, 6 C 2.22, Rn. 12.

75 Nur vereinzelt findet sich diese differenzierende Betrachtung auch in der Rechtsprechungspraxis, z.B. bei OVG Bremen, Beschl. v. 16.02.2023, 1 B 30/23, Rn. 19.

76 Die Komplexität beider rechtlicher Fragen zeigen exemplarisch OVG Bremen, Beschl. v. 16.02.2023, 1 B 30/23 und VGH München, Beschl. v. 20.03.2024, 10 CS 24.456.

77 Ullrich/Hermes (Fn. 9), 1034.

78 BVerfG, Beschl. v. 28.02.2013, 2 BvR 612/12, Rn. 19.

Ob ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit qualifiziert ist, beurteilt sich nach der Entscheidung nach dem Gesamtgefüge der Grundrechte und nach einer gesteigerten Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung. Diese Kriterien, die das BVerwG dabei heranzieht, wurden bereits zu Recht wegen ihrer schweren Operationalisierbarkeit kritisiert.⁷⁹ Diese Analyse setzt hingegen innerhalb der nunmehr maßgeblichen Dogmatik an. Dabei zeigt sich, dass die konkrete Einstufung des Aufenthalts- und Betretungsverbots als geringfügigen Grundrechtseingriff dem eigenen Maßstab des Senats – unter Berücksichtigung des Gesamtgefüges der Grundrechte und der besonderen Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung des Betroffenen – nicht gerecht wird. Insbesondere ist die vorgenommene Bewertung hinsichtlich des Stadionverbotsbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts und Art. 3 Abs. 1 GG inkonsistent.

Das BVerwG hat das Aufenthalts- und Betretungsverbot nicht am allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG gemessen. Dass lediglich die Freiheitsgrundrechte thematisiert worden sind, ist erstaunlich: Denn das BVerfG hat – im privatrechtlichen Kontext – bundesweite Stadionverbote am Maßstab der Teilhabedimension⁸⁰ des allgemeinen Gleichheitssatzes gemessen. Möglicherweise liegt dies daran, dass es sich beim Aufenthaltsverbot lediglich um eine zeitlich und örtlich eng umgrenzte Maßnahme – hier 10 Stunden in Teilen einer einzigen Stadt an einem einzigen Spieltag – handelt, während maßgebliches Problem der bundesweiten Stadionverbote ihre bundesweite Geltung (örtliche Dimension), ihre oft mehrere Jahre andauernde Verhängung und ihre Erstreckung auf mehrere Spielklassen ist. Die anhand der Teilhabedimension des Art. 3 Abs. 1 GG zu messende soziale Exklusionswirkung der Stadionverbote gegenüber Fußballultras ist in solchen Fällen deutlich stärker ausgeprägt.

Doch selbst wenn man die Maßnahmen Aufenthalts- und Betretungsverbot lediglich am Freiheitsgrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit misst, hätte das BVerwG die maßgebliche Argumentationslinie des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG im Rahmen seines selbst gesetzten Maßstabes für den qualifizierten Grundrechtseingriff – nämlich die Berücksichtigung des Gesamtgefüges der Grundrechte – berücksichtigen müssen.⁸¹ Denn zentrales Argument des BVerfG, um die Teilhabedimension des Art. 3 Abs. 1 GG im Konflikt um die Stadionverbote in seiner privatrechtlichen Wirkung heranzuziehen, war, dass der Besuch eines Fußballstadions „in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet.“⁸² Dieser vom BVerfG anerkannte Gewährleistungsgehalt des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn private Stadionbetreiber:innen Fußballfans vom Stadionerlebnis ausschließen, wirkt erst recht auch gegenüber staatlichen Akteuren.

Damit steht die Annahme des Gerichts, dass das Aufenthalts- und Betretungsverbot den Kläger im Rahmen seiner allgemeinen Handlungsfreiheit lediglich in seiner – vom Gericht unspezifizierten – Freizeitgestaltung beeinträchtigte, im Widerspruch zum Gewährleistungsgehalt des Art. 3 Abs. 1 GG. Wenn im Rahmen der Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG der Besuch eines Fußballspiels in erheblicher Weise über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet, kann dem gleichen sozialen Verhalten – also die Möglichkeit des Stadionbesuchs – im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG nicht die gesteigerte

79 Muckel (Fn. 8), 349; Hufen (Fn. 8), 904.

80 Reinelt (Fn. 4), 386 ff; Nußberger/Hey, in: Sachs, GG, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 56a.

81 Ähnlich auch Pauline Endres de Oliveira/Rhea Kummer, Erledigt und Pech gehabt?!, VerfBlog, 2024/8/19, <https://verfassungsblog.de/erledigt-und-pech-gehabt/>.

82 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – Stadionverbot, Rn. 41.

Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung abgesprochen werden. Denn die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben kann als intersubjektiver, sozial-kollektiver Aspekt der grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsentfaltung begriffen werden, also dem Teil des Persönlichkeitsschutzes, der an die Grundrechtsausübung anderer Grundrechtsträger:innen anknüpft und diese voraussetzt.⁸³

Um dieses Argument am Beispiel der Fußballultras aus differenzierungstheoretischer Perspektive⁸⁴ zu verdeutlichen: Die soziale Voraussetzung dafür, dass die Teilhabedimension des Art. 3 Abs. 1 GG auch den Stadionbesuch von Fußballfans umfasst, ist, dass sich im sozialen Funktionssystem des (Fußball-)Sports allgemein die Publikumsrolle der Fans und im Besonderen die soziale Gruppe der Ultras ausdifferenziert hat. Der Stadionbesuch ist eine der zentralen Formen, in denen sich die Inklusion der Fans als Publikumsrollenträger vollzieht. Mit anderen Worten: Die grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsentfaltung vollzieht sich – spätestens in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft – in sozialen Strukturen. Wer seine eigene Identität im Fußballsport sucht bzw. sie dort verortet, lebt dies nicht nur für sich alleine in den eigenen vier Wänden oder in der Öffentlichkeit jenseits von anderen Grundrechtsträger:innen aus. Die eigene Identität als Fußballultra – also ein besonders leidenschaftlicher Fan zu sein – ist vielmehr damit verbunden, dass man den Fußballsport mit anderen Fußballfans gemeinsam erlebt, dass man gruppenspezifische Verhaltensweisen der jeweiligen Ultraszene, deren Rituale und deren gruppenbezogene Handlungsverpflichtungen (z.B. Teilnahme an Auswärtsspielen des „eigenen“ Vereins, Erlernen von Sprechchören, Erstellen und Zeigen von Spruchbannern, Durchführen von „Choreographien“ auf der Tribüne etc.) erlernt und tatsächlich ausübt.⁸⁵ Neben eine rein individuell gedachte aktive Komponente der allgemeinen Handlungsfreiheit⁸⁶ tritt damit ein intersubjektives, kollektives⁸⁷ bzw. gruppenbezogenes⁸⁸ Element der Persönlichkeitsentfaltung durch Interaktion⁸⁹ mit anderen Grundrechtsträger:innen.

Der Stadionbesuch entscheidet somit nicht nur aufgrund der subjektiven Empfindung – wie es das BVerwG meint – eines einzelnen Grundrechtsträgers in erheblichem Umfang über die soziale Teilhabe; er kann nur deshalb über die soziale Teilhabe entscheiden, weil es auch andere Grundrechtsträger:innen – andere Fußballultras, Fußballvereine, Betreiber von Fußballstadien etc. – gibt, die ebenfalls innerhalb des sozialen Systems des (Fußball-)Sports agieren. Die Persönlichkeitsausübung als Fußballfan ist sogleich an diesen sozialen Strukturen und an den anderen Grundrechtsträger:innen ausgerichtet: Ich kann nur dann der Rolle als Fußballultra eine gesteigerte Bedeutung zumessen, weil und wenn ich Teil einer Gruppe von Grundrechtsträger:innen – anderer Fußballultras – und in das

83 Vgl. zur sozialen Interdependenz im Kontext der Grundrechtsinterpretation Helmut Willke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, Berlin 1975, 218; ähnlich auch Dieter Suhr, *Freiheit durch Geselligkeit*, EuGRZ 1984, 529.

84 Dazu Uwe Schimank, *Theorien gesellschaftlicher Differenzierung*, 3. Aufl., Wiesbaden 2007.

85 Ähnlich auch Endres de Oliveira/Kummer (Fn. 81): „identitätsstiftende Fankultur“.

86 Siehe zu diesem Element in Abgrenzung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht Barczak, in: Dreier, GG, 4. Aufl., Art. 2 Abs. 1 Rn. 27; Lang, in: BeckOK, GG, Art. 2 Rn. 66.

87 Thomas Vesting/Stefan Koriath/Ino Augsberg, *Einleitung*, in: dies. (Hg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, Tübingen 2014, 1 (6).

88 Peter Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Aufl., Heidelberg 1983, 70 – 125, 376 – 382.

89 Roland Broemel, *Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie*, Tübingen 2021, insb. 31 ff.

Fußballsportsystem inkludiert bin. Dieser soziale Kontext der Grundrechtsausübung von Art. 2 Abs. 1 GG wird von vornherein von dem Mantel der „Freizeitgestaltung“ verdeckt und invisibilisiert.

Wenn also aufgrund dieses soeben aufgezeigten Zusammenhangs von individueller Persönlichkeitsentfaltung und der Inklusion in die sozialen (Funktions-)Systeme der modernen Gesellschaft dem Stadionbesuch im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG eine erhebliche Bedeutung für die soziale Teilhabe zugesprochen wird, kann dies im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG nicht ignoriert werden. Damit ist nicht gemeint, dass der materielle Gewährleistungsgehalt der Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG auf den materiellen Gewährleistungsgehalt von Art. 2 Abs. 1 GG übertragen wird bzw. werden soll. Mein Argument richtet sich primär gegen die Argumentation des BVerwG, nicht zwingend gegen das Ergebnis: Man könnte argumentieren, dass im Ergebnis ein einzelnes Aufenthalts- und Betretungsverbot für einen Spieltag die gruppenbezogenen Handlungsverpflichtungen eines Ultras nicht in der Art wie ein bundesweites Stadionverbot einschränkt, sodass der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG keine mit dem Schutzgut der übrigen Grundrechte vergleichbare Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung hat. Dieses Argument zieht das BVerwG aber nicht heran: Indem lediglich auf eine unspezifische „Freizeitgestaltung“ abgestellt wird, ignoriert das Gericht, dass das BVerfG diese spezifische soziale gruppen- und sportbezogene Grundrechtsausübung – zumindest im Kontext von bundesweiten Stadionverboten – dem Schutzgut des Art. 3 Abs. 1 GG unterstellt hat.

Die Interdependenz von individueller Grundrechtsausübung und sozialen Strukturen kommt nur unzureichend im Text des Grundgesetzes zum Ausdruck. Einige „inpersonale Grundrechte“⁹⁰ wie die Pressefreiheit zeichnen von ihrer Grundkonzeption bereits die funktional-differenzierte Gesellschaft nach und erfassen über eine individuelle Abwehrdimension hinaus auch die sozialen Prozesse innerhalb eines sozialen Systems.⁹¹ Das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit schützt die kollektive politische Meinungsäußerung; Eingriffe in Art. 8 GG werden deshalb völlig zutreffend ohne Weiteres als „qualifiziert“ angesehen.⁹² Die meisten sozialen Systeme finden jedoch keinen entsprechenden ausdrücklichen Schutz unter dem Grundgesetz. Grundrechtsdogmatisch ist dann regelmäßig nur der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit eröffnet. Im Kontext der Entscheidung des BVerwG wurde daher nachvollziehbar gefordert, das soziale System des Fußballsports wegen seiner gesteigerten Bedeutung für das Leben vieler Grundrechtsträger:innen in Deutschland stärker verfassungsrechtlich zu schützen.⁹³ Dies kann auch dadurch erreicht werden, indem der (Fußball-)Sport, andere soziale Systeme und insgesamt die sozialen Kontexte individueller Freiheitsausübung innerhalb der Prüfung der gesteigerten Persönlichkeitsrelevanz bei Eingriffen in Art. 2 Abs. 1 GG stärker berücksichtigt werden.

Der vom BVerwG gewählte dogmatische Maßstab zwingt auf verwaltungsprozessualer Ebene zu einer materiellen Abstufung unterschiedlicher vom Gewährleistungsgehalt der allgemeinen Handlungsfreiheit erfassten Freiheitsausübungen. Das ist vor allem deshalb

90 Helmut Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975, 49 ff., 90 f.

91 Vgl. zu einer solchen systemtheoretischen Deutung der Grundrechte Gunther Teubner, Die anonyme Matrix, Der Staat 45 (2006), 161 (175 f.); Dan Wielsch, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, AcP 213 (2013), 718 (752 f.).

92 Jüngst VGH München, Urt. v. 06.12.2024, 10 B 22.2178.

93 Fiete Kalscheuer, Warum der Fußball stärker durch unsere Verfassung geschützt werden muss, FAZ v. 11.06.2024.

problematisch, weil man dazu einen Maßstab benennen muss, anhand dessen die „Wertigkeit“ der Freiheitsausübung gemessen werden soll.⁹⁴ Wenn man nunmehr mit dem Maßstab des BVerwG auf die gesteigerte Persönlichkeitsrelevanz abstellt, ist die Berücksichtigung sozialer Kontexte eine überzeugende – wenn auch nicht die einzig denkbare – Möglichkeit, diese Abstufung operabel zu machen.

IV. Fazit

Die Bedeutung der Entscheidung ist für Fallgestaltungen im Fußballkontext eher gering, da die meisten Ultras auch weiterhin die Spiele „ihrer“ Mannschaft besuchen möchten. In der Regel können daher Betroffene eine konkrete Wiederholungsgefahr geltend machen. Ihre Bedeutung liegt vielmehr in der konkreten Art, wie das BVerwG das Fortsetzungsfeststellungsinteresse verneint hat. Die (erneute) Verengung der Fallgruppen, in denen ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse anzunehmen ist, ist vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen Erwartung bezüglich der Kontrolle als unrechtmäßig empfundenem Polizeihandeln kritisch zu werten. Entscheidend ist nun, die dogmatischen Begriffe des BVerwG interessengerecht anzuwenden und weiterzudenken. Dabei sind der vom BVerwG gewählte Begriff des qualifizierten Grundrechtseingriffs bei sich typischerweise kurzfristig erledigenden Verwaltungsakten und seine in dem Urteil gewählte Definition bzw. sein Inhalt hinreichend responsiv, um für relevante soziale Konflikte ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse neben den anerkannten Fallgruppen der Wiederholungsgefahr, des Rehabilitationsinteresses und der Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses zu begründen.

Zu begrüßen ist dabei, dass die bisherige formale Betrachtung der Voraussetzungen eines qualifizierten Grundrechtseingriffs durch materielle Kriterien, insbesondere bei Eingriffen in Art. 2 Abs. 1 GG, ergänzt wurde. Hochproblematisch ist jedoch der zur dogmatischen Ausgestaltung gewählte Begriff der „gesteigerten Bedeutung für die Persönlichkeitsausübung“ für Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit. Wie die konkrete Urteilsbegründung zeigt, ist dieser in besonderem Maße anfällig dafür, die soziale Realität der rechtsschutzsuchenden Grundrechtsträger:innen auszublenden – sei es unbewusst oder weil man das Kriterium instrumentell einsetzen möchte, um den Rechtsschutz in bestimmten gesellschaftlichen Konfliktsituationen abzuschneiden. Den einzelnen Verwaltungsrichter:innen kommt die verantwortungsvolle Aufgabe zu, den vom BVerwG gewählten Begriff so auszulegen bzw. anzuwenden, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen nicht zu stark eingeschränkt werden.⁹⁵ Dazu müssen die konkreten sozialen Kontexte der Grundrechtsausübung, insbesondere von Art. 2 Abs. 1 GG, mitberücksichtigt werden.

⁹⁴ Siehe zu damit verbunden Problemen oben die Nachweise in Fn. 79.

⁹⁵ Ähnlich auch das Plädoyer von Endres de Oliveira/Kummer (Fn. 81).

REZENSIONEN

Ricardo Campos, Metamorphosen des globalen Rechts. Vom ius publicum europaeum zum ius digitalis. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023, X, 230 S., 74,-- €

I. Ganz am Ende seines Buchs über das „Recht der Gesellschaft“, in den allerletzten Sätzen des Werks, formuliert Niklas Luhmann einen eigentümlich resignativ eingefärbten, kaum noch näher erläuterten, aber vielleicht eben deshalb berühmt gewordenen Verdacht: Möglicherweise handele es sich, so Luhmann, bei dem auf all den Hunderten von Seiten zuvor in seinen charakteristischen Eigenschaften skizzierten Recht nur um eine „europäische Anomalie“, die in der Entwicklung zur „Weltgesellschaft“ langsam verschwinden und durch andere Verfahren ersetzt werde. Welche anderen Verfahren dies sein könnten, erläutert Luhmann an dieser Stelle nicht mehr; in früheren Veröffentlichungen zum Thema der „Weltgesellschaft“ hatte er aber bereits spekuliert, dass mit der Globalisierung eine (Rück-)Umstellung von normativen auf kognitive Erwartungshaltungen verbunden sein könnte.

Eben dieser Befund bildet den Ausgangspunkt von Ricardo Campos' faszinierender, die bisherigen Debatten um entscheidende Aspekte erweiternder Untersuchung zu den „Metamorphosen des globalen Rechts“. Campos' Text, hervorgegangen aus seiner von Gunther Teubner betreuten, mehrfach preisgekrönten Frankfurter Dissertation, will vor allem zeigen, dass Luhmanns lakonisch formulierter, aber zugleich sehr abstrakt bleibender Verdacht sich konkretisieren und damit verschärfen lässt: Vor dem Hintergrund nicht allein der Globalisierung, sondern zumal der Digitalisierung (deren Auswirkungen zum Zeitpunkt des Erscheinens von Luhmanns Buch, 1993, zwar bereits zu erkennen waren, aber in ihrem nunmehr offensichtlichen ungeheuren Ausmaß doch noch nicht in Rechnung gestellt werden konnten), zeigt sich danach die Veränderung des bisherigen Rechtssystems nicht länger nur als bloße Möglichkeit, sondern als Notwendigkeit. Angesichts der tiefgreifenden Veränderungen der bislang dominierenden Sozialstruktur kann das bisherige Recht nicht mehr in seinen tradierten Formen und Funktionen bestehen bleiben. Es muss sich wandeln. Um den Nachweis dieser Notwendigkeit, weniger um die da-

raus resultierende gewandelte Gestalt des Rechts selbst, geht es dem Buch. Es will erklären, aus welchen Gründen das „luhmannsche Unbehagen“ (S. 5), als ein der Theorie immanenter „permanenter Selbstzweifel“ (S. 60), zu Recht besteht.

II. Dazu setzt das Buch an mehreren Fronten an. Es skizziert zentrale Eigenheiten des von Luhmann beschriebenen bislang bestehenden Rechtssystems, kontrastiert diese mit der Besonderheit der sich aktuell herausbildenden neuen Gesellschaftsstruktur und untersucht kritisch bereits vorliegende Versuche einer Erweiterung des Luhmann'schen Modells auf den globalen Raum.

Interessanterweise steht dabei ausgerechnet der zuletzt genannte Aspekt nicht etwa, wie man mutmaßen könnte, am Ende der Untersuchung, als Zusammenfügung der anderen beiden Punkte. Die genannte Kritik erfolgt vielmehr weitgehend am Anfang der Gesamtanalyse (Kap. 1). Das dürfte damit zusammenhängen, dass die an dieser Stelle unternommene Auseinandersetzung mit Luhmanns Konzeption der Weltgesellschaft und dann vor allem mit Gunther Teubners Modell eines „global law without a state“ und der entsprechenden gesellschaftlichen Konstitutionalisierungsprozesse („societal constitutionalism“) nicht nur auf einer inhaltlichen, sondern insbesondere auch einer methodischen Ebene ansetzt und damit in dieser methodischen Hinsicht den Grund für alle weiteren Debatten bereitet. Gegenüber einer allzu starken „Grenzhygiene“ (Albrecht Koschorke), wie sie Luhmann und, bei aller kritischen Distanz und Perspektiverweiterung gegenüber Luhmanns Modell, auch noch Teubner praktiziert habe, verweist Campos auf bestimmte die saubere funktionale Differenzierung unterlaufende Hybridisierungsprozesse, denen auch methodisch Rechnung zu tragen sei. Das heißt zum einen, dass sich die Arbeit des experimentellen Charakters ihres eigenen Vorgehens sehr bewusst ist: Mangels eines privilegierten Beobachterstandpunkts muss sie selbst vielfältige, multidisziplinäre Sichtweisen ineinander verflechten, ohne dafür wiederum über ein einschlägiges Meta-Wissen zu verfügen (vgl. S. 5). Dabei weiß sie sich, zum anderen, zugleich einem kulturwissenschaftlichen Ansatz verpflichtet, der auf der zumindest ko-evolutionären Verflechtung kulturell-medialer Prozesse mit den Rechtsent-

wicklungen insistiert. Die Arbeit konzentriert sich auf „kulturelle Bedingungsfaktoren“, das heißt namentlich auf „die tragende Rolle der materiellen und infrastrukturellen Bedingungen der rechtlichen Normativität und darauf, wie die Veränderungen dieser Bedingungen das Recht herausfordert“ (S. 63). In diesem Vorgehen halbt der kulturwissenschaftlich informierte Ansatz von Thomas Vesting klar erkennbar nach, den Vesting zunächst vor allem in seinen „Medien des Rechts“ entwickelt und dann in den weiteren Werken, namentlich der „Staatstheorie“ und zuletzt in dem Buch über die Transformationen der Rechtssubjektivität („Gentleman, Manager, Homo Digitalis“) weiter erprobt und ausgebaut hat.

Auf dieser Basis vollzieht die Arbeit im Weiteren fünf entscheidende Argumentationsschritte: In einem ersten Schritt wird mit Blick auf eine für das bisherige Recht entscheidende Funktion der Zusammenhang von Recht und Zeit erläutert (Kap. 2). Ein zweiter Schritt stellt das traditionelle, souveränitäts- und politikzentrierte Ordnungsverständnis vor (Kap. 3), um diese Vorstellung dann in einem weiteren Schritt durch das Modell der „Zerstreuung“ zu ersetzen, das nicht einfach als Zerfall der alten Ordnung fungieren, sondern auf die auch dieser Ordnung immer schon immanenten Brüche verweisen soll (Kap. 4). Nach der Analyse eines gewissen historischen Zwischenschritts in Gestalt der „Gesellschaft der Organisationen“ (Kap. 5) kulminiert die Arbeit schließlich in einer Analyse der gegenwärtigen Situation, die sie als „Plattformgesellschaft“ begreift (Kap. 6).

III. Die demnach relativ prominent weitgehend an den Anfang der Untersuchung gestellte Auseinandersetzung mit dem Zusammenhang von Recht und Zeit mag auf den ersten Blick erstaunen. Sie ist auf den zweiten Blick aber sehr überzeugend, weil sie wiederum nicht allein eine genauere Konturierung des Sachproblems leistet, sondern erneut eine methodische Klärung vornimmt. Campos erläutert eine spezielle Funktion des Rechts als Faktor sozialer Selbstverständigung und -vergewisserung in der Zeit. Im Rückgriff auf Luhmann und Koselleck schildert der Text einen historischen Prozess, in dem ab einem bestimmten Punkt der gesellschaftlichen Entwicklung und der damit einhergehenden Komplexität Zukunft nicht länger als bloße Fortsetzung des bisher Gewesenen und damit Bekannten erscheinen, also nicht länger als schlichte Prolongation der eigenen Erfahrung ruhig- und sichergestellt werden kann, sondern als ebenso umfassende wie eben deswegen un-

fassbare Kontingenz bewusst wird. Die Verarbeitung dieser Kontingenz wird zur Aufgabe des Rechts, das namentlich mit Hilfe seiner Konditionalprogramme für ein gewisses Management der Erwartungshaltung und damit der Stabilisierung der Gesellschaft trotz der notorisch unsicheren Zukunft sorgt. Damit ist zugleich ein Aspekt bestimmt, der in der oben genannten Rede von den „kulturellen Bedingungsfaktoren“ nicht deutlich wird, von Campos aber stets mitgemeint ist: Es geht weder mit Bezug auf die Zeit noch auf die „Kultur“ um einseitige Dependenzverhältnisse. Das Recht wirkt vielmehr auf die es prägenden Bedingungen ebenso sehr selbst ein, bringt sie in eine wiederum sozial operable Form, wie es von ihnen bestimmt wird. Zeit ist in diesem Sinn keine schlicht objektive, äußere Gegebenheit, in der sich die Gesellschaft schlicht befindet. Die sozialen Prozesse im Allgemeinen und das Recht im Besonderen bestimmen vielmehr mit über die Vorstellung dessen, was Zeit für die jeweilige Gesellschaft bedeutet.

Der nächste Schritt der Arbeit untersucht das schon im Untertitel genannte „*ius publicum europaeum*“. Die Auseinandersetzung mit diesem insbesondere für Carl Schmitt zentralen Konzept ist dabei nicht als ein bloßer Übergang zu verstehen, etwa von einem alten, noch staats- und souveränitätsorientierten Ordnungsmodell, das um „das Politische“ herum zentriert ist, zu einem modernen, transnationalen Ordnungskonzept, das den Souveränitätstopos zersetzt, indem es an die Stelle des Politischen eine Vielzahl neuer Beziehungsmöglichkeiten treten lässt. Dieser Übergang ist zwar auch gemeint; es geht Campos jedoch ebenso darum, zu betonen, dass die entsprechende Spannung bereits in das alte Modell selbst eingetragen ist. Schmitts „Epoche der Staatlichkeit“ ist danach nicht einfach an ihr Ende gekommen, um nun von etwas ganz Anderem abgelöst zu werden. Nationales und Transnationales sind vielmehr schon in der Entwicklung des modernen Staates selbst ebenso ineinander verflochten wie das Souveränitätskonzept selbst immer schon von „Erosionen und Risse[n]“ durchzogen war (vgl. S. 108). Eben deswegen soll statt von „Fragmentierung“ zu reden, die einen Bruch einer zuvor bestehenden heilen Einheit suggeriert, terminologisch auf „Zerstreuung“ umgestellt werden, die auf die immer schon bestehende Uneinheit in der angeblichen Einheit verweist. Von Schmitt lernen kann die so bestimmte Analyse demzufolge offenbar kaum etwas, weder in einem strikt positiven noch einem rein negativen Sinn. Sie teilt mit ihm, erbt vielleicht sogar von

ihm aber ein typisches die gesamte Untersuchung charakterisierendes Motiv: die Sehnsucht danach, die gegenwärtige „Lage“ auf den Begriff zu bringen.

Die Verabschiedung des alten „*ius publicum europaeum*“ wird in soziologischer Hinsicht zudem durch die Umstellung auf die „Gesellschaft der Organisationen“ bestimmt. Mit diesem im Kontext der deutschen Rechtswissenschaft insbesondere von Karl-Heinz Ladeur prominent eingeführten Begriff soll der Übergang von einer „Gesellschaft der Individuen“ vollzogen werden. Campos interessiert allerdings weniger die Differenz von Individuum und Organisation als die Individualität der Organisation selbst, die sich sektorspezifisch für bestimmte Aufgaben bildet und dann diese Aufgaben in zunehmender Entkoppelung von klassischen staatlichen Ordnungsvorgaben eigenständig zu bewältigen sucht. In diesem Sinn ist die „Gesellschaft der Organisationen“ ein weiterer Faktor für die Bestätigung des „luhmannschen Unbehagens“ gegenüber der schlichten Kontinuität des klassischen, national-staatlich verorteten Rechts.

Bei Ladeur folgt auf die „Gesellschaft der Organisationen“ als nächster Entwicklungsschritt die „Gesellschaft der Netzwerke“. Campos schließt an diesen Gedanken einerseits an, geht andererseits aber über ihn in einem kritischen Schritt auch hinaus. Beibehalten wird dabei die grundsätzliche Verflechtung von gesellschaftlicher und technologischer Entwicklung; nur der Akzent wird anders gesetzt. An die Stelle der in der Frühphase des Internet die Diskussion dominierenden Netzwerke, die vorwiegend durch ihre heterarchischen Verknüpfungen charakterisiert sind, tritt auf der gegenwärtigen Stufe der Entwicklung des Digitalen die charakteristische Figur von Intermediären, die diese heterarchischen Verknüpfungen einerseits fortsetzen, sogar in erweiterter Gestalt, sie andererseits aber durch neue Formen von Hierarchisierung, im Sinne von gezielter Steuerung und Kanalisierung von Kommunikation, auch unterlaufen. Mit der Rede von der „Plattformgesellschaft“ ist insofern die neue zentrale Rolle der großen Plattformen gemeint, die die dezentrale Kommunikation über das Internet zwar weiterhin ermöglichen, mit ihren speziellen Algorithmen und Datenaggregationsstrategien zugleich aber Prozessen der Pluralisierung ebenso entgegenarbeiten. Campos benennt diese problematischen Aspekte der Plattformökonomie sehr klar und leitet daraus einen entsprechenden gegenläufigen Auftrag an das Recht ab. Er vermeidet aber eine einseitige Zu-

schreibung der Schurkenrolle, die in den neuen Formen des „Plattformkapitalismus“ den Verantwortlichen für alle Übel der gegenwärtigen Welt erkennen will. Es geht ihm vielmehr um die Ambivalenz der Situation, die sowohl heterarchische, pluralisierende Potentiale als auch hierarchische, monopolisierende Tendenzen aufweist.

Mit der Herausarbeitung dieses Gesellschaftsmodells ist die Aufgabe bestimmt, die die vorliegende Arbeit zwar noch andeutet, aber nicht mehr ausarbeitet: die Entwicklung eines neuen *ius digitale*, das dieser Gesellschaftsform gegenüber angemessen ist und eben deswegen das insofern nicht länger zureichende bislang dominierende Rechtsmodell ersetzen könnte. Insofern erscheint der deutsche Untertitel des Werks etwas missverständlich, weil er mit dem genannten Übergang vom einen zum anderen Rechtsmodell eine schon stärker ausgearbeitete Fassung auch des neuen Rechtstypus impliziert. Präziser benannt werden das eigentliche Ziel und Verfahren des Buchs im Untertitel der auf Basis des deutschen Textes vom Autor selbst übersetzten portugiesischen Fassung der Arbeit; er verdeutlicht, dass in diesem Buch vorwiegend eine theoretisch-methodische Vorarbeit zu dieser Frage geleistet werden sollte und geleistet wurde. Das Buch handelt danach „*sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia*“, also von der „Wechselwirkung zwischen Recht, Zeit und Technologie“.

IV. Um eine zumindest etwas genauere Vorstellung von Campos' Werk und dessen gedanklichem Reichtum zu bekommen, reicht es allerdings nicht aus, auf die allgemeine Zielsetzung und den Gedankengang der Arbeit zu verweisen. Hervorzuheben ist vielmehr auch seine eigentümliche Darstellungstechnik, die man als Theoriemosaik bezeichnen könnte. Campos baut in seinen allgemeinen Argumentationsgang ein wahres Feuerwerk an einzelnen Ideen und Assoziationen ein, die allesamt kurz aufblitzen, um dann ebenso rasch wieder ins Dunkel zurückzusinken, während bereits die nächste Rakete zündet. Ob es um Ausführungen zu speziellen, hochkomplexen Theoriekonzeptionen geht, etwa zu Foucault oder Ernst Kantorowicz's „*The King's Two Bodies*“, um einzelne historische Prozesse, zum Beispiel die Geschichte des Zollvereins, oder um bestimmte rechtshistorische Entwicklungslinien, etwa die Entstehung des Rechts des geistigen Eigentums oder, noch viel spezieller, die Haftungserleichterung für Internetunternehmen im US-amerikanischen Recht: All diese einzelnen in den Gesamttext eingeflochtenen Darstel-

lungen eint, dass sie auf lediglich einigen wenigen Seiten angerissen werden, um dann sogleich zum nächsten Komplex überzuleiten. Weil die Darstellung dabei keineswegs nur oberflächlich bleibt, sondern im Gegenteil mit großer Souveränität erfolgt und von bemerkenswerten Kenntnissen zeugt, und weil das Verfahren so konsequent durchgehalten wird, dass es als eigenes Stilmittel fungieren kann, ist das Vorgehen zunächst einmal außerordentlich eindrucksvoll. Trotzdem liegt darin auch ein gewisses Risiko, weil einige der dergestalt in das Textgewebe eingezogenen Assoziationsfäden so vielversprechend erscheinen, dass der dann zuverlässig sogleich wieder erfolgte abrupte Abbruch der Beschäftigung mit dem Thema beim Leser eine gewisse Enttäuschung hinterlässt.

V. Manche denkbaren Assoziationen buchstabiert der Text zudem nicht selbst aus, sondern deutet sie allenfalls an. Dazu zählt der im Titel gewählte Begriff der „Metamorphosen“. Er ermöglicht zunächst einmal eine positive Assoziation, die mit der Metamorphose, in Verknüpfung mit dem biologischen Sprachgebrauch, etwa das Hervorgehen des Schmetterlings aus der Larve verbindet. Weil der Autor aber schon ganz am Anfang seines Werks statt des aus dem Griechischen stammenden Fremdworts auch ein deutsches Äquivalent verwendet und ausdrücklich von der „Verwandlung“ schreibt (vgl. S. 3), und eben dieses mit dem „luhmannschen Unbehagen“ verknüpft, erzwingt er zugleich regelrecht noch eine andere, literarische, erheblich weniger idyllische Assoziation: Eines Tages fand sich das Recht danach, aus unruhigen Träumen in der digitalisierten Weltgesellschaft erwacht, in etwas höchst Unerfreuliches verwandelt. Gegen diesen die Lektüre damit von Anfang an begleitenden Verdacht bietet der Text bis an sein Ende kein beruhigendes Remedium an; er hält die Ambivalenz der Situation vielmehr fest und aus. Ganz am Ende des Werks steht damit auch nicht etwa eine Auflösung der Spannung, sondern allenfalls die Hoffnung auf eine darin liegende Dialektik: Dem Verdacht einer unumkehrbaren „Verwandlung“ im kaskaden Sinn stellt Campos zwei berühmte Zeilen aus Hölderlins *Patmos-Hymne* gegenüber, modifiziert sie in der eigenen Wiedergabe aber zugleich in einer entscheidenden Hinsicht. Was Hölderlins *Hymne* affirmativ behauptet, bleibt nun eine offene Frage: „Wo aber Gefahr ist, wächst das Rettende auch?“ (S. 191). Die Rechtstheorie kann ebenso wenig wie irgendeine andere Wissenschaft die Zukunft voraussagen. Aber sie kann beschreiben, wie unsere Vorstellungen über

die Zukunft mit den gegebenen kulturellen, technischen und schließlich auch rechtlichen Bedingungen zusammenhängen und sich wechselseitig beeinflussen. Eben das leistet die Arbeit in eindrucksvoller Weise.

Ino Augsberg

Philip Manow, Unter Beobachtung. Die Bestimmung der liberalen Demokratie und ihrer Freunde. Berlin: edition suhrkamp, 2024, 252 S., 18,-- €

Die Untersuchung des Politikwissenschaftlers Philip Manow setzt sich mit dem „liberalen Demokratiemodell“ auseinander. Dieses Modell ist dadurch gekennzeichnet, dass die Volkssouveränität und das Mehrheitsprinzip durch unabhängige Institutionen, insbesondere die Verfassungsgerichtsbarkeit, ergänzt werden, um die Grundrechte zu schützen und eine „Tyrannei der Mehrheit“ zu verhindern.¹ Manow untersucht die Folgen und Konflikte, die mit dem liberalen Demokratiemodell verbunden sind, und nimmt in diesem Zusammenhang auch grundsätzlich Stellung zur Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, insbesondere der Kontrolle und Beschränkung des Parlamentsgesetzgebers. Die speziell auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie bezogene Untersuchung schließt an frühere Veröffentlichungen von Manow an, in denen es um die Herausforderungen der repräsentativen Demokratie durch populistische Bewegungen geht.²

Kritisch setzt sich Manow mit Darstellungen auseinander, in denen die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit als Ausdruck „der“ liberalen Nachkriegsdemokratie in Westeuropa nach 1945 angesehen wird, insbesondere mit Blick auf Veröffentlichungen des Politikwissenschaftlers Jan-Werner Müller (S. 68, 150 ff.). Die insgesamt weit verbreitete Behandlung der Verfassungsgerichtsbarkeit als einem quasi abstrakten, zeitlosen Modell im Konstitutionalisierungsprozess moderner Demokratien verkenne, so Manow, die tatsächliche Chronologie des Entstehungsprozesses (S. 13 f., 42 f., 47, 179). In Europa gebe es mehrere Länder mit einer demokratischen Ord-

1 Dazu auch Cas Mudde/Cristóbal Rovira Kaltwasser, *Populismus: Eine sehr kurze Einführung*, Bonn 2019, S. 125.

2 Philip Manow, (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, Berlin 2020; Die politische Ökonomie des Populismus, Berlin 2018.

nung, die keine Verfassungsgerichtsbarkeit kennen (skandinavische Länder, in den Niederlanden keine Normenkontrolle, in Großbritannien lediglich die - inzwischen in Frage gestellte Bindung an die EMRK, S. 47, 59 f., 97 ff., 154). In Europa erfolgte nach 1945 zunächst nur teilweise die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit, in den 1970er Jahren folgte die Einführung in Südeuropa, und später im Zuge des Transformationsprozesses auch in den ostmitteleuropäischen Staaten (S. 150 ff.). Die oft verkürzte Datierung der Durchsetzung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa auf die „Nachkriegszeit“ führt Manow vor allem auf die spezielle bundesrepublikanische Perspektive (Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit als Reaktion auf den Nationalsozialismus) zurück, bei der die sehr unterschiedlichen Entwicklungen in Europa aus dem Blickfeld geraten. Die Verfassungsgerichtsbarkeit wird dabei als ein notwendiger Bestandteil der Demokratie betrachtet, und die vom jeweiligen nationalen Kontext abhängige Frage, ob eine Verfassungsgerichtsbarkeit (insbesondere mit Normenkontrolle) als erforderlich erachtet wird, geht verloren. Manow unterstreicht demgegenüber, dass die Entstehung, Funktion und Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit nur kontextabhängig beurteilt werden können.³

Bei der Untersuchung der Verfassungsgerichtsbarkeit (und weiterer „unabhängiger“ Institutionen wie EuGH und EZB) geht es Manow um die damit verbundene Gefahr einer Überlagerung des politischen Prozesses in der Demokratie durch starke rechtliche Beschränkungen. In der Diskussion in Deutschland vermisst Manow das Problembewusstsein für Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, und nimmt dabei auch Bezug auf die in der wissenschaftlichen Debatte in den USA schon länger vertretene Radikalkritik der Verfassungsgerichtsbarkeit, wie etwa bei Jeremy Waldron (S. 16, 68).⁴ Die Annahme, dass die Demokratie mittels der Verfassungs-

gerichtsbarkeit „unter Beobachtung“ gestellt werden müsse, steht nach Ansicht von Manow in einer langen antidemokratischen Tradition, in der es um die Zähmung des Volkswillens geht (S. 42 ff., 46).⁵ Auch die heutige Populismusdebatte weise Bezüge zu dieser Tradition auf, da Widerspruch in der Gesellschaft in oft sehr verkürzter Wahrnehmung als „Populismus“ bewertet (S. 46; 82 ff.), und seine Hintergründe ausgeblendet werden (S. 55 ff.). Viele der Annahmen einer Selbstgefährdung der Demokratie durch den Populismus beruhen nach Auffassung von Manow auf einem Politikverständnis der neuen Mittelklassen, das die näheren Ursachen und Gründe des Populismus nicht erfasst (S. 57, 75, 78). Zugespitzt formuliert Manow die These: „Der Populismus ist nicht der Gegner, sondern das Gespenst der Demokratie“ (S. 26, 148). Damit will Manow deutlich machen, dass die Demokratie selbst ein Problem hat, da die zunehmende Verrechtlichung im Zuge der Entwicklung der „liberalen Demokratie“, insbesondere durch die Einführung der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit, zu einer Beschnidung bis Erstickung des politischen Prozesses in der Demokratie führt.⁶ Diese Entwicklung rufe immer stärker Widerspruch hervor: „Die Form des Triumphs der Demokratie in den 1980er und den 1990er Jahren bedingt die politische Erscheinungsform ihrer gegenwärtigen Krise“ (S. 26, 91, 115).

Eingehend widmet sich Manow der Verschärfung der hier angesiedelten Problemlage im Rahmen der Europäischen Union. Die Forderungen nach Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten nach Vorgaben der Europäischen Union und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs führten zum Aufbegehren von Populisten gegen die mit der Verrechtlichung verbundene Beschränkung des Politischen (S. 16 f., 99 ff., 125 ff., 155 ff.). Die Struktur der Union eröffne zudem Raum für völlig neue Konstellationen bei der Austragung von politischen Konflikten in den Mitgliedstaaten. Besondere Bedeutung misst Manow dabei dem Vorabentscheidungsverfahren zu, mit dem alle (!) Gerichte der Mitgliedstaaten dem Europäischen Gerichtshof nationale Parlamentsgesetze zur Überprüfung vorlegen können. Damit werde die herkömmliche Verrechtlichung politischer Konflikte im nationalen Rahmen auf eine völlig neue Stufe gehoben (S. 132 ff.). Denn

3 Christian Boulanger, Das Bundesverfassungsgericht in der rechtssoziologischen Forschung, in: Robert Chr. van Ooyen, Martin H.W. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, Wiesbaden 2024, ebook; Signe Rehling Larsen, Varieties of Constitutionalism in the European Union, Volume 84, Issue 3, May 2021, Pages 477-502, <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12614>.

4 Jeremy Waldron, The Core of the Case Against Judicial Review, Yale Law Journal 115 (2006), 1346-1406; Dieter Grimm, Neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders., Verfassungsgerichtsbarkeit, Berlin 2021, S. 357 ff.

5 So bereits Philip Manow, (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, Berlin 2020, S. 36 ff.

6 So bereits Philip Manow, (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, Berlin 2020, S. 22 f.

bei der Kontrolle des nationalen Gesetzgebers durch den Europäischen Gerichtshof fehle auf Grund der Demokratiedefizite der Union und der weit größeren Autonomie des Europäischen Gerichtshofs das im nationalen Kontext immer noch etwas stärker ausgeprägte wechselseitige Zusammenspiel von Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit⁷ mit den daraus erwachsenden Beschränkungen der Entscheidungsspielräume der Verfassungsgerichtsbarkeit (S. 131 ff., 155). Die Streitfälle auf der Ebene der Europäischen Union entwickelten sich deshalb schnell zu grundsätzlichen Kompetenz- und Wertekonflikten zwischen den Institutionen der Union und den Mitgliedstaaten, bei denen sich die ihrer Wählerschaft verpflichtete nationalen Regierungen und die auf Rechtsstaatlichkeit und „ihre“ Werte pochen- de Europäische Union gegenüberstehen (S. 136).

Das Modell der Europäischen Union bewertet Manow als entprozeduralisiert, substanzialisiert und fundamentalisiert, da die Union eine die Verteidigung ihrer zu Rechtspflichten gewordenen Werte anstrebe, die zentral angeordnet und durchgesetzt werden könnten (S. 161 ff., 177). Manow verweist auf die Beitrittsbedingungen der sogenannten Kopenhagen Kriterien von 1993 zur Sicherung der Menschenrechte und die Venedig-Kommission, die schon im Begriff (Europäische Kommission für Demokratie durch Recht) die Überlagerung der Demokratie durch Recht zum Ausdruck bringe. Aber auch die Indikatoren des Varieties-of-Democracy-Projekts müssten unter diesem Aspekt kritisch beleuchtet werden (S. 165 f., 181 ff.). Insgesamt unterliege die weitgehend entprozeduralisierte Demokratie der paternalistischen Beobachtung durch Gerichte und Demokratie-Audit-Agenturen und deren Indikatoren zu Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, Menschenrechten und guter Regierungsführung. Heutige Beschreibungen „der“ Werteordnung der Union versuchten zudem über deutliche Leerstellen der Gründungsgeschichte hinwegzutäuschen, da Demokratie und Menschenrechte keineswegs von Anfang an das zentrale Leitbild der Europäischen Union waren (S. 161 ff.). Insgesamt sieht Manow einen wesentlichen Grund für die Konflikte zwischen der Europäischen Union und einzelnen Mitgliedstaaten in der Missachtung der unterschiedlichen Wege zum Konstitutionalismus und der Pluralität des Konstitutiona-

lismus in Europa.⁸ Die hier angesiedelten Konflikte verschärften sich durch die politische Entwicklung der Union und die sehr dynamische Entwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

Manow stellt die Angriffe auf rechtsstaatliche Strukturen und Demokratie durch die rechtspopulistischen Regierungen in Polen und Ungarn nicht in Frage, fordert aber eine differenziertere Auseinandersetzung mit der jeweiligen Vorgeschichte dieser Entwicklung ein. Denn er ist der Auffassung, dass der aus der jeweiligen Entwicklung einzelner Mitgliedsländer erwachsende Widerstand gegenüber den seitens der Europäischen Union zu Grunde gelegten „liberaldemokratischen Prinzipien“ (insbesondere auch in Ostmitteleuropa) nicht pauschal als „demokratiefeindlich“ diskreditiert werden könne (S. 130 ff., 170 f.). Auch in den westeuropäischen Ländern potenzierten sich die aus der enormen Intensivierung der europäischen Integration erwachsenden Konflikte. Auf Wahlen gegründeten demokratischen Prozessen komme in den Mitgliedsländern der Union im Zuge der Verrechtlichung immer weniger Bedeutung zu, sie würden zunehmend eher als Gefahr für das dominant gewordene Konzept „der“ liberalen Demokratie betrachtet (S. 174 f., 178 f.). Die Untersuchung von Manow schließt damit an andere Untersuchungen an, nach denen der autoritäre Populismus auf reale Schwächen der demokratischen Praxis verweist, vor allem im Zuge des Bedeutungszuwachses nicht-majoritärer Institutionen (NMIs).⁹ Manow ist der Auffassung, dass bei der Kritik der Angriffe auf die Rechtsstaatlichkeit und die Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn und Polen die teils „aktivistische“ Entscheidungspraxis der Verfassungsgerichte und politische Instrumentalisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit durch die

7 Dazu Dieter Grimm, Die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie, in: ders., Verfassungsgerichtsbarkeit, Berlin 2021, S. 321 ff. (333 ff.).

8 Signe Rehling Larsen, Varieties of Constitutionalism in the European Union, Volume 84, Issue 3, May 2021, Pages 477–502, <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12614>.

9 Armin Schäfer/Michael Zürn, Die demokratische Regression. Die politischen Ursachen des autoritären Populismus, Berlin 2021, S. 22, 60, 185 ff.; Kim Lane Scheppele, The opportunism of populists and the defense of constitutional liberalism, German Law Journal, (2019), pp. 314 – 331 DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.25>; Paul Blokker, Response to “Public law and populism”, in: German Law Journal, Volume 20, Special Issue 2: Public Law and Populism, April 2019, pp. 284–290 DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.17> Published online by Cambridge University Press: 25 April 2019.

Vorgängerregierungen oft nicht angemessen berücksichtigt werde.

Auch der Streit einzelner Mitgliedstaaten mit der Europäischen Union bedarf nach Auffassung von Manow einer differenzierten Betrachtung. Zwar sei die Einforderung grundlegender Prinzipien der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit grundsätzlich begründet. Die Entwicklung einer europäischen „Rechts- und Werteordnung“ stelle allerdings weitreichende und sehr konfliktträchtige Anforderungen an die Mitgliedstaaten. Dabei gehe es stets auch um die Frage der politischen Selbstbestimmung in einem Transformationsprozess und den zulässigen Umfang einer Pluralität des Konstitutionalismus in Europa. Der kritischen Analyse der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs von Manow liegt dabei wie in seinen früheren Veröffentlichungen die Annahme zu Grunde, dass es eine funktionierende Demokratie (mit einem Ausgleich unterschiedlicher Interessen) im Prinzip nur auf der Ebene der Nationalstaaten geben kann, und sich Konzepte einer demokratischen Repräsentation auf europäischer Ebene als nicht realitätstauglich erweisen.¹⁰ Manow widerspricht damit anderen Untersuchungen und politischen Stimmen¹¹, nach denen die bestehenden Probleme über eine Stärkung der Demokratie in der Union gelöst werden können.¹²

Manow nimmt auch grundsätzlich zur Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie Stellung. Die tragende Begründung der Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit, nach der einer „Selbstgefährdung der Demokratie“ begegnet werden soll, betrachtet Manow als nicht tragfähig. Dabei bleibe unklar, wieso sich „Interessenausgleich, Harmonie, Fairness und Stabilität wie „von selbst“ ergeben würden, wenn man die politischen Mehrheiten mit möglichst vielen Institutionen um- und zustellt (S. 68, 150). Dazu ist allerdings anzumerken, dass es den eine Verfassungsgerichtsbarkeit befürwortenden Stimmen nicht um die Herstellung eines Harmoniemodells, sondern um eine Grenzziehung gegenüber einer bloßen Mehrheitsherrschaft geht. Zudem geht es heute in der Debatte nicht mehr allein um

das nach 1945 zentrale Motiv der Abwehr totalitärer Machtausübung, sondern um die auch im Alltag einer demokratischen Ordnung mögliche Missachtung von Grundrechten, insbesondere auch Minderheitsrechten, und insgesamt um die Bedeutung der Grundrechte als einem notwendigen Teil einer funktionierenden Demokratie.¹³ Der dagegen gerichtete Einwand von Manow, dass die „rechtliche Selbstbindung“ eigentlich auch im Interesse der Mehrheit liegen müsse, da sie ja zukünftig selbst in die Oppositionsrolle geraten könne (S. 71), fällt schwach aus. Denn wie es sich gerade auch in der aktuellen Praxis rechtspopulistischer Regierungen zeigt, wird durch die Beschneidung von Grundrechten und speziell Minderheitenrechten versucht, die Chancen für einen zukünftigen Regierungswechsel gezielt zu verkürzen.

Auch bei einer grundsätzlichen Befürwortung der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit stellen sich Fragen zur Rolle und Entscheidungspraxis dieser Institution, die insbesondere unter dem Aspekt „aktivistischer“ Haltungen der Verfassungsgerichtsbarkeit diskutiert werden (Selbstermächtigungen zur Normenkontrolle und weit ausgedehnte Auslegung der Verfassung). Manow geht davon aus, dass Verfassungsgerichte, wenn sie erst einmal installiert und etabliert sind, sich ihre Kontrollkompetenzen weitgehend selbst sichern und regelmäßig ausweiten. Am deutlichsten erkennbar werde die „aktivistische“ Auslegung der Verfassung bei der Selbstermächtigung des Supreme Courts in den USA zur Normenkontrolle im Jahre 1803 (und im Fall *Roe vs. Wade* zum Thema Abtreibung [S. 16, 69]), der Selbstermächtigung zur Normenkontrolle durch den Obersten Gerichtshof in Israel in den 1990er Jahren, aber auch bei der zur Allzuständigkeit ausgeweiteten Rechtsprechung des EuGH (S. 64 f., 131 ff.). In diesem Zusammenhang geht Manow auch auf die extensive Auslegung der Normprüfungskompetenzen durch das ungarische und das polnische Verfassungsgericht in den 1990er Jahren vor den Zeiten der Machtübernahme durch Fidesz und PiS ein, die er als eine Ursache für die politischen Konflikte betrachtet (S. 119 f.). Angesichts der Gefahr einer sich ständig ausweitenden Rechtsprechung der Verfassungsgerichtsbarkeit und der daraus erwachsenden Vorgaben für die Politik dränge sich insgesamt die Frage auf: „Wer schützt eigentlich die Politik vor dem Recht?“ (S. 66).

13 Andreas Voßkuhle/Jonathan Flaig, *Demokratie und Grundgesetz*, JuS 2024, S. 617 (624).

10 Philip Manow, (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, Berlin 2020, S. 121 ff., 162.

11 So etwa Arnim Schäfer/Michael Zürn, *Die demokratische Regression. Die politischen Ursachen des autoritären Populismus*, Berlin 2021, S. 214 ff.

12 Skeptisch dazu neuerdings auch Ingolfur Blühdorn, *Unhaltbar. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Berlin 2024, S. 125 ff.

Deutlich wird damit, dass die Untersuchung von Manow nicht nur aus dem Spannungsverhältnis der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie entstehende Konfliktslagen analysiert, sondern letztlich auch ein Plädoyer für ein Demokratiemodell enthält, in dem der Mehrheitswille mehr oder weniger ungehindert von Institutionen wie einer Verfassungsgerichtsbarkeit zum Ausdruck kommen soll. Denn die Vorstellung, das Rechtliche sei etwas Unpolitisches, Neutrales, verkenne, dass Recht immer etwas Instrumentelles ist (S. 72). Die Gefahr einer „aktivistischen“ Ausdehnung der Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit zu Lasten der Demokratie sei bereits grundsätzlich in der Einrichtung einer Institution angelegt, der die Kompetenz zugestanden wird, die Verfassung auszulegen und Handlungsspielräume der Politik zu beschneiden. Auf das Bundesverfassungsgericht und dessen Rechtsprechung geht Manow nicht näher ein, hat dazu aber in einem Spiegel-Gespräch Stellung genommen:

Deutschland hatte lange Zeit ein stabiles Parteiensystem. Wenn Karlsruhe zu übergriffig wurde, gab es aus Bonn oder Berlin hörbaren Protest. Insofern hatte sich das Verhältnis von Recht und Politik recht gut eingespielt. In den vergangenen Jahren ist das Gericht schon deutlich aktivistischer geworden. Denken Sie nur an den Eilbeschluss gegen das Heizungs-gesetz im vergangenen Jahr.¹⁴

Auch in der verfassungsrechtlichen Literatur ist umstritten, ob der Eilbeschluss des Bundesverfassungsgerichts zu dem Heizungs-gesetz „übergriffig“ gegenüber dem Parlamentsgesetzgeber war.¹⁵ Die mit der Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie verbundenen Grundsatzfragen sind in der verfassungsrechtlichen Literatur seit langem Gegenstand einer intensiven Debatte.¹⁶ Der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts Andreas Voßkuhle betont, dass die Entscheidung für oder gegen eine Verfassungsgerichtsbarkeit immer wieder neu abgewogen werden muss, da die „expertokratische Entmajorisierung“ durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem „ambivalenten Effekt der Entpolitisierung“ einherge-

he.¹⁷ Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit müssten deshalb immer wieder neu in einem gemeinsamen offenen Diskurs zwischen den Gerichten, den politischen Akteuren, der Rechtswissenschaft und den Bürgerinnen und Bürgern austariert werden¹⁸, wenn die Lösung nicht in der generellen Abschaffung der Verfassungsgerichtsbarkeit gesehen wird.¹⁹

In diesem Sinne betont auch der ehemalige Verfassungsrichter Dieter Grimm, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht unverzichtbar ist, und auch Risiken in sich birgt. Sie wird allerdings auf Grund der Vorteile für den Schutz der Grundrechte überwiegend befürwortet.²⁰ In der Untersuchung von Manow fehlt eine differenzierte Auseinandersetzung mit den diese Einrichtung befürwortenden Stimmen. Insbesondere auf die wichtige Frage der Leistungen der Verfassungsgerichtsbarkeit für den Schutz der Grundrechte geht Manow in seiner Untersuchung nicht näher ein. Für die Debatte über die Verfassungsgerichtsbarkeit ist dieser Aspekt aber von entscheidender Bedeutung, gerade auch in der Auseinandersetzung mit Populisten, die Spannungen und Konflikte, die von der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie ausgehen, zu ihrem Vorteil zu nutzen versuchen.²¹

Die Stärke der Untersuchung von Manow liegt in der Herausarbeitung des Konfliktpotenzials der Verrechtlichung in der Demokratie. Aktuelle Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Feststellung von Manow zu, dass das Mittel der Verfassungsänderung, das traditionell als Korrekturmöglichkeit der Politik gegenüber einer „zu weit gehenden“ richterlichen Rechtsfortbildung zur Verfügung stand, im Zuge der Fragmentierung des Parteiensystems²² immer stärker ausfällt (S. 65 f., 190), und auf europäischer Ebene ohnehin kaum wirksam werden

14 Philip Manow im Gespräch, Der Spiegel 32/2024.

15 Dazu Wolfgang Hecker, Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG zum Gebäudeenergiegesetz, NVwZ 2024, S. 1246.

16 Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger, Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011; Dieter Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit, Berlin 2021.

17 Andreas Voßkuhle/Jonatan Flaig, Demokratie und Grundgesetz, JuS 2024, S. 617 (624).

18 Andreas Voßkuhle, Die weltweite Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit, JZ 2024, S. 1 (7).

19 Andreas Voßkuhle, a.a.O.

20 Dieter Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit, 61 ff., 357 ff. (380 ff.); Jan Werner Müller, Das demokratische Zeitalter, Berlin 2013, S. 247 ff.

21 Kim Lane Scheppele, The opportunism of populists and the defense of constitutional liberalism, German Law Journal, Volume 20, Special Issue 3: Populist Constitutionalism: Varieties, Complexities and Contradictions, April 2019, pp. 314–331, DOI <https://doi.org/10.1017/glj.2019.25>.

22 Karl-Heinz Ladeur, Verfassungsgericht in der Krise?, Tübingen 2021, S. 25 ff., 547.

kann (S. 132 f.). Kritisch anzumerken ist allerdings, dass Manow den Aufstieg des Populismus viel zu verkürzt auf eine Verrechtlichung der Politik zurückführt, und dabei die weiteren Ursachen des Populismus in der gegenwärtigen Krise der Demokratie vernachlässigt²³. Insbesondere der autoritäre Rechtspopulismus ist geprägt durch völkisch-national geprägte Ressentiments, eine damit verbundene Ungleichheitsideologie und antipluralistische Zielsetzung²⁴, und nutzt Probleme der Verrechtlichung in der Demokratie instrumentell, um demokratische Strukturen zu überwinden. Die Analyse von Manow zum Zusammenhang zwischen dem Aufstieg des Populismus und der gewachsenen Rolle von NMI und speziell der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie liefert zwar wichtige Erkenntnisse zu den Schwachstellen der liberalen Demokratie, ist aber viel zu eindimensional auf diesen Aspekt hin ausgerichtet. Insgesamt wird in der Untersuchung von Manow die Bedeutung der „liberalen Demokratie“ für einen funktionierenden demokratischen Prozess nicht angemessen berücksichtigt.

Wolfgang Hecker

Valentin Feneberg, *Die Heimat der Anderen. Ermittlung und Verwendung von Herkunftslandinformationen in Asylverfahren*. Baden-Baden: Nomos, 2024, 509 S., 169,- €

Diskurse rund um Fluchtmigration polarisieren und werfen Spannungen auf – insbesondere in Zeiten, in denen rechtspopulistische Kräfte in vielen europäischen Staaten mit Anti-(Flucht)Migrationsrhetorik hohe Wahlergebnisse erzielen. Wissenschaftler:innen verschiedener Disziplinen beobachten eine autoritäre Transformation¹ in Europa, wobei antidemokratische Bedrohungen

durchaus auch innerhalb demokratischer Institutionen zu verorten sind.² Ungeachtet internationaler Vereinbarungen und den daraus resultierenden universalen Rechten werden auch aus demokratischen Parteien in Deutschland Forderungen nach ‚wirksamer‘ Begrenzung von Migration sowie konsequenten Abschiebungen laut. Dabei rücken die Gründe, weshalb Menschen aus ihren Heimatländern fliehen, beinahe gänzlich in den Hintergrund. In diesen turbulenten Zeiten stellt sich die Frage, wie die Deutungsmuster derjenigen, die die juristische Umsetzung internationaler Vereinbarungen auf nationaler Ebene vornehmen, die Asylpraxis prägen. Valentin Fenebergs Dissertationsschrift „Die Heimat der Anderen. Ermittlung und Verwendung von Herkunftslandinformationen in Asylverfahren“ setzt genau an dieser Stelle an. Er untersucht, wie Wissen über Herkunftsländer produziert, bewertet und in die richterliche Entscheidungsfindung integriert wird.

Bevor Feneberg seine Analyse (Kap. 5-7) darstellt, beginnt er mit einer Auseinandersetzung mit den zum Verständnis notwendigen Begriffen und Vorgängen: so skizziert er in Kapitel 2 in breiter Auseinandersetzung verschiedene Schutzstatusmöglichkeiten und die daraus resultierenden Rechtsfolgen. Feneberg ordnet diese als kategorisierende Hierarchie ein, die „zwischen legitimen und weniger legitimen Fluchtgründen differenziert“ (S. 117). Außerdem charakterisiert er das Verhältnis aus Normen (Rechtswissen) und Tatsachen (Herkunftslandinformation) als konstitutiv (S. 122) und liefert damit das zum Verständnis notwendige Grundgerüst seiner Analyse der richterlichen Deutungsmuster in Asylentscheidungen (S. 146) (Kap. 3).

Feneberg steigt im Analyseteil thematisch zunächst mit einer Skizzierung verschiedener Strategien von Richter:innen zur Recherche, Bewertung und anschließender Überzeugungsbildung ein (Kap. 5). Basierend auf Expert:inneninterviews liefert er wertvolle Einblicke in (die Selbsteinschätzung) richterliche(r) Tätigkeiten, die sich aufgrund des hohen Fallaufkommens in einem Spannungsfeld zwischen Ressourcenschonung und Gründlichkeit befindet (S. 221). Richter:in-

23 Zur Einordnung des Populismus Marcel Lewandowsky, *Populismus – Eine Einführung*, Wiesbaden 2023; Arnim Schäfer/Michael Zürn, *Die demokratische Regression. Die politischen Ursachen des autoritären Populismus*, Berlin 2021, S. 214 ff.; Jan-Werner Müller, *Was ist Populismus*, Berlin 2016.

24 Marcel Lewandowsky, *Populismus – Eine Einführung*, Wiesbaden 2023, S. 68 ff.; Jan-Werner Müller, *Was ist Populismus*, Berlin 2016, S. 42 ff.

1 Adam, Jens/Hess, Sabine (2024). *Grenzregime und Autoritäre Transformation. Zu Internalisierungseffekten repressiver Grenzpolitiken – das Beispiel Polen*. In: Antje Röder und Dariusz Zifonun (Hrsg.): *Handbuch Migrationssoziologie*. Wiesbaden: Springer VS, S. 497-526

2 Vergleiche hierzu auch: Adam, Jens/Flader, Ulrike / Steinhauer, Hagen/Randeria, Shalini (2024). *Soft authoritarian lawfare. Threats to Democracy from within*. In: Luigi Lonardo (Hrsg.): *Addressing Hybrid Threats. European Law and Policies*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, S. 130-148. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781802207408.00012>

nen pendeln zwischen breiten Recherchen und fallbezogener Einarbeitung (S. 179) und greifen primär auf bestehende Informationen und Rechtsprechung zurück (S. 190), während neue Gutachten nur bedarfsweise eingeholt werden (S. 194f). Ohne Fenebergs Analyse zu schmälern, hätte insbesondere die Erkenntnis, dass Kläger:innen und Dolmetscher:innen während der mündlichen Verhandlung als informelle Quelle von Richter:innen hinzugezogen werden (S. 208), durch eine methodische Ergänzung des Forschungsdesigns um teilnehmende Beobachtung Rechnung getragen werden können und so noch umfassendere Einblicke in die Überzeugungsbildung geliefert. Bei der Bewertung von Erkenntnismitteln (Kap. 5.2) orientieren sich Richter:innen an Kriterien wie Relevanz, methodische Sorgfalt, Neutralität und gleichen verschiedene Quellen miteinander ab. Besonders spannend ist dabei die Erkenntnis, dass amtlichen Berichten nicht pauschal größeres Vertrauen geschenkt wird als NGO-Reports, solange Letzteren ein etablierter Status zugeschrieben wird (S. 239f). Die aus der Beurteilung resultierende richterliche Überzeugung (Kap. 5.3) beschreibt Feneberg als dehnbaren Begriff, geprägt von einem Einzelfallfokus (S. 255) und der Notwendigkeit, Lücken durch Annahmen zu überbrücken (S. 260f) und als ein Konglomerat aus beweisrechtlicher Regulierung, Orientierung an OVGs und Einzelfallentscheidungen (S. 262). Herkunftslandinformationen dienen der Annäherung an die Wirklichkeit, auch wenn diese nie gänzlich rekonstruiert werden kann und deshalb eher Prognoseentscheidungen getroffen werden (S. 244f). Aus seinen Interviews zieht Feneberg die praxisrelevante Erkenntnis, dass Gerichte als wissensgenerierende Organisationen (S. 196) durch Überzeugungsbildung Informationsflut und Beweisnot bewältigen (S. 263ff). Die richterliche Unabhängigkeit dient dabei als Meta-Strategie, um die Vielfalt gerichtlicher Praktiken und uneinheitliche Entscheidungen zu legitimieren (S. 266f).

Im zweiten Teil seiner Analyse blickt Feneberg darauf, wie Herkunftslandinformationen konkret in Urteilen angewandt werden und arbeitet anhand zwei verschiedener Rechtsprechungskontexte (Kap. 6: syrische Militärdienstverweigerer; Kap. 7: Abschiebungsverbote nach Afghanistan) heraus, dass Gerichte Herkunftslandinformationen unterschiedlich interpretieren und gewichten.

Divergierende Interpretationen derselben Informationen

Aus den Urteilen kristallisiert Feneberg jeweils zwei Entscheidungstendenzen in der Rechtsprechung heraus, die in den Erkenntnismitteln beschriebenen Situationen vor Ort unterschiedlich interpretieren und entsprechend verschieden beurteilen.

Im Beispiel Syrien sind sich beide Lager, wie Feneberg die Gerichte mit divergierenden Entscheidungen zusammenfasst, darüber einig, dass das syrische Regime unter enormem militärischen Druck steht und dabei sowohl willkürlich als auch brutal gegen die eigene Bevölkerung vorgeht, was hohe Fluchtbewegungen auslöst (S. 312f, S. 321-322f). Die Gerichte, die bei syrischen Militärdienstverweigerern Flüchtlingschutz verhängen (FlÜS-Gerichte), lesen diese Information als Indiz für ein totalitäres Regime, das nach einem „Freund-Feind-Schema“ handelt und verknüpft damit eine politische Verfolgung. Die Willkür dieser Gewalt betrachten diese Gerichte als Erfüllung des Maßstabs einer menschenrechtsverletzenden Intensität (S. 315, S. 321f, S. 324f) und die hohen Flüchtlingszahlen werden ebenfalls als Indiz für die Verfolgungshandlungen betrachtet. Das andere Lager verhängt subsidiären Schutz (SubS-Gerichte) und geht von einem rationalen Regime, also einem militärisch motivierten Akteur, aus, in dem Militärdienstverweigerung nicht als politisches Statement, sondern als militärische Handlung gewertet wird, die eher mit Zwangsrekrutierung als mit politischer Verfolgung gehandelt wird (S. 316-319, S. 319f, S. 321, S. 323f). Sie argumentieren zudem, dass die große Zahl an Geflüchteten eine Verfolgung aller Rückkehrenden ohnehin unrealistisch macht. Auch in Afghanistan-Fällen zu Abschiebungsverböten zeigt sich, dass die in den Erkenntnismitteln zweifellos existente humanitäre Krise unterschiedlich interpretiert und entsprechend verschiedene Rückschlüsse auf die Schutzwürdigkeit gezogen werden: Während einige Gerichte das Risiko einer Verelendung (u.a. durch fehlende Netzwerke) als hoch einstufen und Abschiebungen verbieten, setzen andere auf die Möglichkeiten eigenständiger Existenzsicherung von jungen alleinreisenden Männern (u.a. begünstigt durch die Rückkehrhilfen). Die Fragen, ob und ab wann eine Verelendung eintritt und damit eine Rückkehr als (un)zumutbar einzustufen ist („Alsald-Maßstab“), wird hier an verschiedenen Wahrnehmungen der Dauer der pandemiebedingten Krise gekoppelt.

Feneberg sieht diese Uneinigkeiten als Folge unterschiedlicher Deutungsmuster: In Bezug auf Syrien setzen FlüS-Gerichte stärker auf Indizien für Menschenrechtsverletzungen, während SubS-Gerichte die staatlichen Motive in den Mittelpunkt stellen (S. 309, S. 327, S. 332). Entscheidend ist die Frage, ob das Regime als rationaler Akteur betrachtet wird und ob die Politisierung von Militärdienstverweigerern plausibel erscheint (S. 321, S. 363): Dreh- und Angelpunkt ist also die Frage der objektiven Gerichtetheit, die im Kontext empirischer Unsicherheiten geklärt werden muss (S. 445). In Bezug auf Afghanistan spielt die Temporalität die zentrale Rolle und der Dissens rührt aus einer unterschiedlichen Wahrnehmung der Krise bzw. einer verschiedenen engen Auslegung des „Als-bald-Maßstabes“ (S. 409) und damit stehen hier eher prognostische Unsicherheiten im Zentrum (S. 445).

Umgang mit Mangel an Informationen

Die dynamischen Entwicklungen sowohl in Syrien (ab 2019 Wandel der militärischen Lage zugunsten des syrischen Regimes) als auch in Afghanistan (Covid-19 Pandemie 2020 sowie Machtübernahme durch die Taliban 2021) führen dazu, dass Gerichte mit einem Mangel an Informationen zu den tatsächlichen Lagen vor Ort konfrontiert sind: Es ist unklar, was tatsächlich mit rückkehrenden syrischen Militärdienstverweigerern passiert (S. 305f) und es gibt es kaum Dokumentation über die Verelendung und damit einhergehend erschwerte Risikoprognosen zu Afghanistan (S. 396). Der Umgang mit diesem Mangel variiert je nach vorherrschenden Erfahrungssätzen und Deutungsmustern: In der Syrien-Rechtsprechung wird der Informationsmangel durch die SubS-Gerichte über Annahmen darüber, was für den syrischen Staat plausibel erscheinen würde, überbrückt (S. 308f); die FlüS-Gerichte lassen fehlenden Informationen selbst Bedeutung zukommen und werten diese als Indiz für ein totalitäres Regime, das Menschenrechte verletzt (S. 306f). In der Afghanistan-Rechtsprechung wird der Mangel an Berichten über die Verelendungsrisiken einerseits als Indikator verstanden, dass es auch faktisch keine Verelendung in Afghanistan gibt (S. 400), andererseits werden Informationslücken durch verschiedene Strategien von Rückkehrenden erläutert, die einer potenziellen Verelendung vorbeugen (illegale Mittel der Existenzsicherung, erneute Ausreise) (S. 401f). Jenseits verschiedener Deutungen des Informationsmangels herrscht im afghanischen Beispiel außerdem bereits Uneinigkeit darüber,

ob es überhaupt Berichte braucht, um ein Verelendungsrisiko zu belegen (S. 402).

Selektive Nutzung und modifizierte Einbettung von Herkunftslandinformationen

Anhand eindrücklicher Beispiele arbeitet Feneberg für beide Fallkontexte heraus, wie auf ein und dieselben Berichte selektiv zugegriffen wird, bzw. Informationen nur partiell oder modifiziert – je nach Deutungsmuster – wiedergegeben werden: So greifen sowohl FlüS- als auch SubS-Gerichte selektiv auf NGO-Berichte zu (S. 342f) und modifizieren Kontextangaben (S. 344), um das Indiz einer politischen Verfolgung zu stärken (S. 340f) oder um die fehlende Gerichtetheit zu belegen (S. 341). Auch im Kontext der Afghanistan-Rechtsprechung werden dieselben Herkunftsländerberichte sowohl als Beleg für Rückkehrhilfen als ausreichende Existenzsicherung (S. 427) oder für die kurzfristige Stütze herangezogen (S. 428).

Kritik an der Qualität der Erkenntnismittel

Die subjektiven Spielräume bei der Bewertung der Berichtsqualität werden insbesondere im Kontext der Syrien-Rechtsprechung deutlich. Die Anforderungen an (Nachweise der) empirische(n) Grundlagen werden auf die Maßstäbe der jeweiligen Lager angepasst: methodische Kritik wird immer dann geübt, wenn die Wertung des Berichts mit den ihren nicht übereinstimmt“ (S. 339). Im Vergleich zur Syrien-Rechtsprechung ist die Bewertung der Qualität der Erkenntnismittel in der Afghanistan-Rechtsprechung weniger zentral. Auch wenn Kritik an der relevanten Aussagekraft bzw. an der methodischen Sorgfalt im Afghanistan-Beispiel nur vereinzelt geübt wird, so wird sie auch hier als Mittel zur Stärkung des eigenen Deutungsmusters genutzt: Die Pandemie würde die humanitäre Lage in Afghanistan nicht gravierend verschlechtern (S. 410ff).

Fenebergs detaillierte Analyse besticht durch umfassendes Material. Er greift Erkenntnisse aus den Interviews in der Analyse der Urteile mit auf und schafft so eine gelungene Verknüpfung und Einordnung des richterlichen Selbstbildes und der Urteilspraxis. Die Arbeit zeigt auf, dass Herkunftsländerinformationen zwar faktisch eine gemeinsame Grundlage darstellen, allerdings in gerichtlichen Entscheidungen selektiv eingebettet, unterschiedlich interpretiert und kontextualisiert werden – somit individuell eine nuancierte Gewichtung erhalten. Dabei macht Feneberg nachvollziehbar, wie richterliche Unabhängigkeit, institutionelle Strukturen und pragmatische Ent-

scheidungsstrategien miteinander in Einklang gebracht werden und verdeutlicht eindrücklich die Relevanz kollektiver Gefährdungslagen in der Beurteilung des Einzelfalls, ohne dabei den subjektiven Rechtsanspruch zu schmälern (S. 454f). Die Analyse hilft also zu verstehen, wie und weshalb Gerichte uneinheitlich urteilen (S. 445) und inwiefern sie dabei abhängig vom Deutungsmuster aktiv verschiedene Wirklichkeiten konstruieren (S. 447). Dies beschreibt Feneberg abschließend auch als unvermeidbar in Anbetracht der Informationslücken und dem Entscheidungszwang in richterlicher Praxis.

Besonders hervorzuheben ist Fenebergs Appell, urteilsprägende Erfahrungssätze transparent(er) zu machen, wodurch seine Arbeit wertvolle Implikationen für die richterliche Praxis liefert. Basierend auf seinen Ausführungen begründet Feneberg diese Forderung stichhaltig: Zum einen mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, den er verletzt sieht, wenn Richter:innen Erfahrungssätze nicht allen Beteiligten mitteilen und diese damit keine Möglichkeit haben, dazu Stellung zu beziehen. Zum anderen eröffnet erhöhte Transparenz laut Feneberg eine Kontrollmöglichkeit des empirischen Gehalts der Erfahrungssätze und fördert so gleichzeitig ihre kritische Reflexion bzw. beugt potenzieller Normativität in der richterlichen Praxis vor (S. 450f). Feneberg sieht darin auch das Potenzial, die Integrität von Asylverfahren zu stärken (S. 460). Die Praxisrelevanz seiner Arbeit macht Feneberg einmal mehr deutlich, indem er darauf hinweist, dass fehlende Transparenz, etwa bei der Bewertung kollektiver Gefährdungslagen im Herkunftsstaat, durchaus als Verfahrensmangel gelten und somit eine Berufungszulassung begründen kann. Fenebergs Analyse liefert also nicht nur wertvolle Einblicke in die richterliche Verwendung von Herkunftslandinformationen in Asylverfahren, sondern richtet einen empirisch fundierten und gleichzeitig kritischen Appell an die richterliche Entscheidungspraxis.

Annelie Neumann

Für ein Aufbrechen der Schubladen des Arbeitsrechts. Eva Kocher, Das Andere des Arbeitsrechts. Perspektiven feministischen Rechtsdenkens. Weilerswist-Mettmich: Velbrück Wissenschaft, 2024, 268 S., 39,90 €

I. Einführung

„Hält das Recht sein Versprechen von Gleichheit und Unabhängigkeit wirklich ein?“ „Reproduziert Recht nicht in seinem Kern Heteronormativität?“ „Geht nicht etwas Wesentliches verloren, wenn Rechtssubjekte allgemein statt konkret gedacht werden?“ – Diese grundlegenden Fragen feministischer Rechtskritik greift Eva Kocher in ihrem Buch „Das Andere des Arbeitsrechts. Perspektiven feministischen Rechtsdenkens“ auf und wendet sie auf das Arbeitsrecht an. Der Begriff „Das Andere“ bezieht sich auf das binäre Geschlechtersystem, das „Frauen“¹ als von einer normativen männlichen Norm abweichend betrachtet. Eva Kochers Buch ist eine Sammlung von 14 Texten, die sie über einen Zeitraum von 22 Jahren (1999–2021) veröffentlicht hat. Die Texte variieren in ihren Sprachstilen, adressierten Personen und Zielsetzungen, reichen von theoretischen Reflexionen bis hin zu konkreten Problemlösungsansätzen und spiegeln die Entwicklung feministischer Arbeitsrechtswissenschaft wider. In den Einleitungen zu den einzelnen Teilen des Buches finden sich regelmäßig aktuelle Anmerkungen der Autorin.

II. Vier zentrale Themen

Trotz der Vielfalt und Unterschiedlichkeit der Texte im Buch kristallisieren sich mehrere „rote Fäden“ heraus, die die Texte miteinander verbinden:

1. Kann das Arbeitsrecht Veränderung bewirken?

Kocher hat sich im Laufe der Jahre immer wieder mit der grundlegenden Frage auseinandergesetzt, ob und inwieweit das Arbeitsrecht zur Veränderung von Geschlechterverhältnissen beitragen kann und greift damit Überlegungen der feministischen Rechtskritik auf. In dem ältesten Text des Buches (1999) behandelt sie diese Frage in ihrer Grundsatzform und spricht von der Aufgabe der

1 Gemeint sind FLINTA*, also heterogene cis-Frauen, Lesben, inter, nicht-binäre, trans und agender Personen und alle die sich als „Frau“ begreifen. An dieser Stelle sei auf die soziale Konstruktion des Begriffs „Frau“ hingewiesen und die Notwendigkeit einer kritischen Reflexion.

Gesellschaft, den „public spirit“ zu bilden, den das Recht nicht verändern könne. In späteren Arbeiten knüpft Kocher an aktuelle Diskussionen an und zeigt die Potenziale des Rechts als Steuerungselement auf, betont aber auch erneut die Bedeutung der Gesellschaft für die Definition von Geschlechterrollen. Recht ist somit kein rein objektives System, sondern Produkt und Spiegel gesellschaftlicher Strukturen. Daraus ergibt sich auch Kochers wiederkehrende Forderung nach interdisziplinären Perspektiven auf das Arbeitsrecht, die sie als unerlässlich für eine kritische Analyse und für eine Veränderung bestehender gesellschaftlicher Strukturen begreift. Diese kritische Reflexion der eigenen Disziplin wirkt überzeugend; sie ist intellektuell anspruchsvoll, dabei aber stets von dem Anliegen getragen, das transformative Potenzial des Rechts zu entfalten. In ihrem Text „Objektivität und gesellschaftliche Positionalität“ (2021) betont sie entsprechend die Notwendigkeit, Reflexionskompetenz als einen Bestandteil der juristischen Ausbildung zu etablieren. Auch Kochers Forderung nach einer Versachlichung der Diskussion um Recht und Geschlecht (2017) bleibt aktuell und entscheidend.

Kocher betont daneben die Notwendigkeit kollektiver Ansätze im Arbeitsrecht, das bereits konkrete Möglichkeiten vorsieht, sich zu wehren und so für mehr soziale Gerechtigkeit zu kämpfen. Dafür müssen in den kollektiven Strukturen jedoch Frauen auch sichtbar und wirksam vertreten werden, sodass ihre spezifischen Interessen mehrheitsfähig eingebracht werden können.

Die Figur der Justitia mit verbundenen Augen, Symbol eines neutralen und gerechten Rechts, wirkt vor diesem Hintergrund beinahe ironisch: Trotz des „objektiven Dritten“ im Zivilrecht und der Unabhängigkeit von Richter:innen bleibt festzuhalten: Recht differenziert, kategorisiert und marginalisiert. Es bedarf daher eines Arbeitsrechts, das der sozialen Wirklichkeit Rechnung trägt und so Teil eines dynamischen Veränderungsprozesses der Geschlechterverhältnisse sein kann.

2. Das Feministische Dilemma

An dieses Bild des (Arbeits-)Rechts als Steuerungsinstrument und gleichzeitig als Spiegel der Gesellschaft schließt sich das „feministische Dilemma“ an. Es beschreibt, dass Recht an Kategorien anknüpfen muss, diese Kategorien aber zugleich reproduziert und oft verstärkt. Bereits im Jahr 1992 stellte das BVerfG klar: „Recht darf nicht dazu beitragen, dass überkommene

Rollenverteilungen verfestigt werden“.² Kocher untersucht, wie das Arbeitsrecht als universelles System von einem geschlechterpolitischen Bias geprägt ist und damit patriarchale Strukturen aufrechterhält. So zeigt sie im Text aus dem Jahr 2009 am Beispiel vom Antidiskriminierungsrecht, wie das Vergleichsgruppenkonzept des BAG die Marginalisierung von Frauen verstärken kann, anstatt sie zu überwinden. Sie appelliert daran, den Fokus auf die Praktiken der Kategorisierung zu legen.

Dass die Realität viel komplexer ist, als das Arbeitsrecht sie in seinen Kategorien abbilden kann, zeigt Kocher im Text zur 24-Stunden-Pflege aus 2019. Arbeitsverhältnisse in der häuslichen Pflege rund um die Uhr werden oft nicht vom Arbeitsrecht erfasst. Das führe zu Rechtsunsicherheit und einer fehlenden Absicherung der Beschäftigten.

An anderer Stelle besteht die Voreingenommenheit des Arbeitsrechts in der Definition von „Normalität“ – etwa durch das Bild des „Alleinernehlers“. Das Arbeitsrecht schafft damit ein Familienleitbild, das Frauen in ihrer Erwerbstätigkeit benachteiligt. Kocher macht in dem Text „Das Andere des Arbeitsrechts“ (2016) deutlich, dass Abweichungen von dieser Norm, wie etwa Teilzeitarbeit oder Karriereunterbrechungen aufgrund von unbezahlter Sorgearbeit, als Lücken in der Erwerbsbiografie betrachtet werden. Bereits in dem Text aus 2013 fordert sie, dass Frauen das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, geknüpft an Art. 12 GG, einfordern können. Die Wiederholung und Erweiterung ihrer Gedanken zeigt die Stringenz in ihrer Forschung.

3. Mütter im Arbeitsrecht

Kocher nennt in ihrem Text aus 2015 den Mutterschutz als ein weiteres Beispiel für die Ignoranz des kategorisierenden Arbeitsrechts. § 1 MuSchG knüpft an das biologische Merkmal des Gebärens eines Kindes an und erkennt dabei soziale und rechtliche Realitäten wie In-Vitro-Fertilisation, Fehlgeburten, Adoptivelternschaft, Leihmutter-schaft sowie die Elternstellung von Vätern. Selbst die Reform, die der Bundesrat am 14. Februar 2025 verabschiedet hat, bringt nur eine Teilerleichterung: Ab dem 1. Juni 2025 erhalten Frauen nach einer Fehlgeburt ab der 13. Woche einen Anspruch auf Mutterschutz. Allerdings bleiben alle anderen Formen weiterhin unberücksichtigt.³

2 BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 – BVerfGE 85, 191.

3 BT-Drs. 20/14231.

Kocher plädiert dafür, zwischen dem notwendigen Anknüpfen an das biologische Moment des Austragens und möglicherweise Gebären eines Kindes einerseits und dem Elternwerden andererseits zu differenzieren. Während der biologische Mutterschutz notwendig ist, um den betroffenen Personen Erholungs- und Schonzeiten zu ermöglichen, müsse das Arbeitsrecht eine umfassendere und inklusivere Definition von Elternschaft entwickeln, so Kocher bereits in ihrem Text aus dem Jahr 2015. Eine positive Entwicklung erkennt sie in der Europäischen Richtlinie 2019/1158, die eine 10-tägige bezahlte Auszeit für das zweite Elternteil vorsieht. Diese Richtlinie sollte durch das sogenannte Familienstartzeitgesetz in das deutsche Recht implementiert werden. Kocher verweist an dieser Stelle – sowie im Text zur 24-Stunden-Pflege – noch hoffnungsvoll auf den Koalitionsvertrag 2021–2025. Beide Vorhaben scheiterten jedoch am vorzeitigen Ende der Regierungskoalition. Auch der aktuelle Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD (2025–2029)⁴ enthält keine Reformankündigungen in diesen Bereichen.

So überzeugend Kochers arbeitsrechtliche Analysen auch sind, ein darüber hinausgehender Aspekt wird in dem Buch nur am Rande behandelt: Die Benachteiligung von Frauen auf dem Arbeitsmarkt erhält für die meisten Betroffenen eine zusätzliche marginalisierende Komponente: die Eigenschaft „Mutter“⁵. Sie ist – neben der Eingehung der Ehe⁶ – eine der Hauptursachen für den Gender Pay Gap. Fast zwei Drittel aller Frauen im Alter zwischen 15 und 75 Jahren haben in Deutschland mindestens ein Kind zur Welt gebracht.⁷ Frauen sind bei der Geburt des ersten Kindes im Schnitt 30 Jahre alt. Zu dieser Zeit verdienen sie etwa 6 % weniger als Männer. Zehn Jahre später hat sich der (unbereinigte)

Gender Pay Gap mehr als verdoppelt und liegt bei 15,3 %.⁸

Neben den gesellschaftlich verankerten Rollenbildern tragen auch konkrete familien-, sozial- und steuerrechtliche Normen dazu bei, die Mutter als primäre Sorge- und Erziehungsperson (im Gegensatz zur gesetzlichen Vaterrolle⁹) zu modellieren. Diese Normen begünstigen eine systematische Benachteiligung von Frauen auf dem Arbeitsmarkt, fördern Diskriminierungen und tragen zu Arbeitsarmut bei. Personen, die sich einer medizinischen Reproduktionsbehandlung unterziehen, ebenso wie schwangere oder stillende Personen, sind aufgrund biologischer Gegebenheiten in ihrer Erwerbstätigkeit eingeschränkt oder vollständig beschränkt. Nach Abschluss dieser Phasen und der entsprechenden Schon- und Erholungszeiten sollte jedoch kein Unterschied mehr im Hinblick auf das Elternsein zwischen verschiedenen Geschlechtern bestehen. Die Entscheidung, ein Kind zu bekommen, ist häufig auch mit einer Partnerschaft verbunden – und damit einer geteilten Verantwortung für das Kind, die gleichwertig aufgeteilt werden muss.

Veränderungen des Normalarbeitsverhältnisses erfordern daher grundlegende Veränderungen in all diesen Bereichen. Zu diesem generalisierenden Ergebnis kommt Kocher ebenfalls im Jahr 2016. Während sie an anderen Stellen zu Recht an die Bedeutung interdisziplinärer Arbeit appelliert, sind zusätzlich „intradisziplinäre“, über das Arbeitsrecht hinausgehende rechtswissenschaftliche Herangehensweisen wichtig, um verworrene Konzepte zu verstehen und tiefgreifende Veränderungen anzustoßen. Mutterschaft ist ein Thema, das an der Schnittstelle von Arbeits- und Familienrecht liegt und eine kritische Analyse dieses Konzepts für eine umfassende feministische Perspektive auf den Arbeitsmarkt unerlässlich ist.

Ein denkbarer Ansatzpunkt für strukturellen Wandel könnte in verpflichtenden Quoten für die zweite Elternstelle in der partnerschaftlichen Care-Arbeit für Kinder liegen. Auch wenn rechtliche Verpflichtungen häufig auf gesellschaftliche

4 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 21. Legislaturperiode, abzurufen unter: <https://www.wiwo.de/downloads/30290756/8/koalitionsvertrag-2025.pdf>

5 Es wird hier auf die rechtliche Definition von Mutterschaft gem. § 1591 BGB abgestellt.

6 Ifo-Institut: Einkommen von Frauen sinken nach Heirat um 20 %, abzurufen unter: <https://www.ifo.de/pressemitteilung/2025-03-07/einkommen-von-frauen-sinken-nach-heirat>.

7 Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 185 vom 8. Mai 2024: Jede fünfte Mutter hat drei oder mehr Kinder zur Welt gebracht, abzurufen unter: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilung/en/2024/05/PD24_185_12.html.

8 Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 027 vom 18. Januar 2024: Gender Pay Gap 2023: Frauen verdienen pro Stunde 18 % weniger als Männer, abzurufen unter: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2024/01/PD24_027_621.html.

9 Die Rede ist hier von „Vater“ und „Mutter“, da das BGB nach diesen Kategorien unterscheidet. Die Rezensentin distanziert sich jedoch von dieser Unterscheidung jenseits biologischer Gegebenheiten und plädiert stattdessen für einen Fokus auf eine geschlechterneutrale Elternschaft.

Skepsis stoßen, sind sie möglicherweise erforderlich, um ein neues „Normal“ herzustellen – eines, das gleichberechtigte Elternschaft nicht nur ermöglicht, sondern auch voraussetzt und damit zu einem gerechteren Arbeitsrecht beiträgt.

4. Veränderungen im Arbeitsrecht?

Von einem Buch, das Texte aus über zwei Jahrzehnten umfasst, könnte erwartet werden, dass es Fortschritte im Hinblick auf Gleichstellung im Arbeitsrecht dokumentiert. Die Texte vermitteln jedoch ein anderes Bild: Sie verdeutlichen, wie wenig sich strukturell für Frauen im Arbeitsrecht tatsächlich verändert hat – eine Diagnose, die Kocher selbst in ihrem Text „Die Organisation der Erwerbsarbeit gemeinsam neugestalten“ (2018) deutlich formuliert. Zwar lassen sich einzelne Fortschritte feststellen – etwa der gesetzlich verankerte Anspruch auf befristete Teilzeit, Elterngeld und -zeit oder punktuelle Veränderungen hin zu familienfreundlicheren Unternehmenskulturen. Doch von grundlegenden Maßnahmen wie verbindlichen Quoten und die Orientierung an der alleinerziehenden Person als „Normal“ ist das Arbeitsrecht noch weit entfernt.

Ein Beispiel für diese Diskrepanz ist der Text über die „Alibi-Frau“ (2009), die für das gesamte „Weibliche“ in einem Unternehmen und die

vermeintlich erreichte Gleichstellung stehen soll – ein Narrativ, das auch 16 Jahre später noch überraschend aktuell ist.

III. Fazit

Insgesamt bietet „Das Andere des Arbeitsrechts. Perspektiven feministischen Rechtsdenkens“ eine tiefgehende und vielseitige Auseinandersetzung mit dem Arbeitsrecht aus feministischer Perspektive. Kocher fordert ein inklusives Verständnis von Erwerbsbiografien und ein Neudenken des „Normalarbeitsverhältnisses“ hin zu einem realitätsgetreueren, gleichberechtigten Konzept. Trotz der umfassenden Analyse bleibt sie bei der Frage nach der strukturellen Benachteiligung von Müttern und der Förderung von Care-Arbeit hinsichtlich gemeinsamer Kinder zwischen Elternteilen vage.

Dennoch ist das Buch ein wichtiger Beitrag zur feministischen Arbeitsrechtskritik. Es regt dazu an, feministisches Rechtsdenken als dynamischen, interdisziplinären Prozess zu begreifen – einen Prozess, der sowohl bestehende Strukturen kritisch hinterfragt, als auch Perspektiven auf ein gerechteres, inklusiveres Arbeitsrecht eröffnet.

Anna Schneeberg

Autorinnen und Autoren

- Ino Augsberg* geb. 1976, Prof. Dr. phil., Dr. iur., Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Kontakt: augsberg@law.uni-kiel.de
- Richard Tsogang Fossi* geb. 1973, Dr., wissenschaftlicher Mitarbeiter, Fachbereich Kunstgeschichte, TU Berlin
Kontakt : Fossi tsogangfossi@yahoo.fr
- Thomas Groß* geb. 1964, Prof. Dr., Universität Osnabrück
Kontakt: thgross@uos.de
- Gerd Hankel* geb. 1957, Dr. jur., M.A., wissenschaftlicher Mitarbeiter, Hamburger Stiftung zur Förderung von Wissenschaft und Kultur
Kontakt: gerd.hankel@web.de
- Wolfgang Hecker* geb. 1951, Prof. Dr., Professor für Staats- und Verfassungsrecht, ehemals Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung
Kontakt: wolfgang.dr.hecker@t-online.de
- Tilko Hobbie* geb. 1997, wissenschaftlicher Mitarbeiter, Universität Bremen/ZERP
Kontakt: hobbie@uni-bremen.de
- Merle Iffert* geb. 1997, wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte (Prof. Dr. Florian Jeßberger), Humboldt-Universität zu Berlin
Kontakt: merle.iffert@hu-berlin.de
- Pia Annika Lange* geb. 1982, Prof. Dr., Universität Bremen/ZERP
Kontakt: pialange@uni-bremen.de
- Manfred Liebel* geb. 1940, Dipl.-Soziologe, Dr. phil., Prof. a.D. für Soziologie an der TU Berlin; Honorarprof. für interkulturelle Kindheits- und Kinderrechtsforschung an der FH Potsdam
Kontakt: manfred.liebel@googlemail.com
- Gwinyai Machona* geb. 1993, wissenschaftlicher Mitarbeiter, Humboldt-Universität zu Berlin
Kontakt: gwinyai.machona.1@hu-berlin.de
- Ulrike A. C. Müller* geb. 1980, Dr. iur., Referentin, Verwaltung des Deutschen Bundestages
Kontakt: ulam@posteo.de

Annelie Neumann geb. 1995, M.A., Promotionsstudentin an der Georg-August Universität Göttingen
Kontakt: annelie.neumann@phil.tu-chemnitz.de

Sophie Petry geb. 1996, wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für
Bürgerliches Recht, Juristische Zeitgeschichte und Wirtschaftsrechtsgeschichte,
Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin
Kontakt: sophie.petry@hu-berlin.de

Anna Schneeberg geb. 2000, LL.B., Dipl. jur., wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin,
Bucerius Law School, Hamburg
Kontakt: anna.schneeberg@law-school.de

John Philipp Thurn geb. 1982, Dr., Richter am Sozialgericht Berlin, Mitglied im Vorstand des Forum
Justizgeschichte e.V.
Kontakt: jpthurn@mailbox.org

André Reinelt geb. 1993, Dr., wissenschaftlicher Assistent und Habilitand, Bucerius Law School
Hamburg
Kontakt : andre.reinelt@law-school.de

Jakob Zollmann geb. 1978, Dr.
Kontakt: jakobzollmann@yahoo.fr

Kritische Justiz

Geschäftsführung (ViSdP)

PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Leibniz Universität Hannover
Schneiderberg 50, 30167 Hannover
Email: kj-redaktion@ipw.uni-hannover.de

Rezensionen

Prof. Dr. Felix Hanschmann
Bucerius Law School
Jungiusstr. 6
20355 Hamburg
Email: felix.hanschmann@law-school.de

Redaktion

Dr. Samira Akbarian, Goethe-Universität Frankfurt am Main
Prof. Dr. Cengiz Barskanmaz, LL.M., Hochschule Fulda
Prof. Dr. Boris Burghardt, Philipps-Universität Marburg
Dr. Klaas Hendrik Eller, Universität Amsterdam
Prof. Dr. Aziz Epik, LL.M. (Cambridge), Universität Hamburg
Prof. Dr. Isabel Feichtner, LL.M., Universität Würzburg
Prof. Dr. Felix Hanschmann, Bucerius Law School Hamburg
PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Universität Hannover
Dr. Johan Horst, LL.M. (Georgetown), Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Eva Kocher, Universität Frankfurt (Oder)
Prof. Dr. Nora Markard, WWU Münster
Dr. Kolja Möller, TU Dresden
Prof. Dr. Cara Röhner, Hochschule RheinMain, Wiesbaden
Dr. Dana Schmalz, LL.M., Max-Planck-Institut aöRV Heidelberg
Thilo Scholle, Ass. iur., Bundesministerium für Arbeit und Soziales
Dr. Inga Schuchmann, Humboldt-Universität zu Berlin
Dr. Tim Wühl, Universität Erfurt

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Susanne Baer, Humboldt Universität Berlin,
Richterin des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe
Prof. Dr. Uwe Berlit, Richter am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig
Hans-Ernst Böttcher, Präsident des Landgerichts i.R., Lübeck
Prof. Dr. Sonja Buckel, Universität Kassel
Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, Universität Bremen
Prof. Dr. Günter Frankenberg, Universität Frankfurt am Main
Prof. Dr. Monika Frommel, Universität Kiel
Prof. Dr. Thomas Groß, Universität Osnabrück
Prof. Dr. Klaus Günther, Universität Frankfurt am Main
Prof. Dr. Roland Hefendehl, Universität Freiburg
Prof. Dr. Armin Höland, Universität Halle-Wittenberg
Prof. Dr. David Kennedy, Harvard Law School, Cambridge, Mass., USA
Prof. Dr. Martti Koskeniemi, University of Helsinki, Finland
Prof. Dr. Anne Lenze, Hochschule Darmstadt
Prof. Dr. Ulrich Mückenberger, Universität Hamburg
Prof. Dr. Joachim Perels, Universität Hannover
Prof. Dr. Sibylle Raasch, Universität Hamburg
Prof. Dr. Dagmar Schiek, Universität Leeds, England
Prof. Dr. Christoph U. Schminck-Gustavus, Universität Bremen
Prof. Ulrich Stascheit, Fachhochschule Frankfurt am Main
Prof. Dr. Leonie Steinl, LL.M. (Columbia), Universität Münster
Prof. Dr. Dieter Sterzel, Universität Oldenburg
Prof. Dr. Hans Vorländer, TU Dresden
Prof. Dr. Maria Wersig, Fachhochschule Dortmund
Prof. Dr. Gerd Winter, Universität Bremen
Prof. Dr. Peer Zumbansen, York University, Toronto, Kanada