

# DER JURIST

Studentische Fachzeitschrift

Zweite Ausgabe · Passau 2012

Diese Ausgabe erscheint mit freundlicher Unterstützung unseres Partners



Noerr LLP

[www.noerr.com](http://www.noerr.com)



Freunde und Förderer · Friends

**C L I F F O R D**  
**C H A N C E**

[www.cliffordchance.com/karriere](http://www.cliffordchance.com/karriere)

**BAKER & MCKENZIE**

[www.bakermckenzie.com](http://www.bakermckenzie.com)

**LATHAM & WATKINS** LLP

[www.lw.com](http://www.lw.com)

Chefredaktion · Editors-in-Chief

*David Rüll*

*Kajetan Arno Uhlig*

Redaktion · Editorial Board

*Marie-Christin Bareuther*

*Yue Siebel*

*Rebecca Bruehl*

*Jens Scheller*

*Tamara Campagna*

*Lisa Schimkus*

*Roswitha Endrich*

*Max Schuldt*

*Teresa Gabele*

*Thorben Schütt*

*Tobias Gafus*

*Jan Sochurek*

*Simone Hamberger*

*Philipp Streckenbach*

*Jonas Hartmann*

*Luzie Trittner*

*Tim Hofmann*

*Ulrich Johannes Völker*

*Vanessa Kraus*

*Malina Wehrle*

*Tobias Lang*

*Hannes Weigl*

*Antigona Lesi*

Wissenschaftlicher Beirat · Advisory Board

*Prof. Dr. Christoph Althammer*

*Prof. Dr. Werner Beulke*

*Prof. Dr. Jochen Bung*

*Prof. Dr. Hans-Georg Dederer*

*Prof. Dr. Gerrit Hornung, LL.M.*

*Prof. Dr. Urs Kramer*

*Prof. Dr. Tomas Kuhn*

*Prof. Dr. Dörte Poelzig, M.jur. (Oxon)*

*Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M.*

*Prof. Dr. Rainer Wernsmann*

## Vorwort · Editorial

Mit Stolz präsentieren wir Ihnen diese, die zweite Ausgabe des *Juristen*. Vier Artikel finden sich in dieser Ausgabe. Sie haben die Redaktion in den zwei internen Auswahlrunden begeistert und ein positives Votum des wissenschaftlichen Beirats erhalten. Es freut uns sehr, zu sehen, dass es Studenten gibt, die über das eigentliche *studere*, das eifrige Bemühen dem umfassenden Lernstoff gerecht zu werden, hinaus selbständig weiterdenken, Probleme selbst untersuchen und im Idealfall sogar Lösungen anbieten.

So untersucht *Holger Jacobs* in dieser Ausgabe die betreuungsrechtliche Problematik des § 1906 IV BGB, zeigt Schwächen und Unklarheiten auf und bietet zum Schluss einen Lösungsvorschlag zur Fassung der Norm an. *Nils Zimmermann* hinterfragt am Beispiel des hessischen Landesgesetzes die Zeitgemäßheit von kirchlich geprägten Feiertagsgesetzen und auch er bietet einen Vorschlag zur Modernisierung an. *Manuela Kreuzeder* widmet sich den Tücken der US-amerikanischen Pre-Trial Discovery für deutsche Unternehmen und damit einem praxisrelevanten Thema, das außerhalb des Curriculums liegt. *Philipp Lassahn* stellt schließlich im englischsprachigen Artikel dieser Ausgabe die Behandlung der wiederum höchst prüfungsrelevanten Problematik des Haustyrannenmordes in den USA derjenigen in Deutschland gegenüber. Vier spannende Artikel, vier Studenten, die vorangehen und Mut machen, selbst zur Feder zu greifen.

In Anspielung auf das Grußwort unseres Beiratsmitgliedes *Professor Hans-Georg Dederer* in der Erstausgabe des *Juristen* kann ich mit Freuden sagen: Ja, es schwimmt, das Schiff, das sich *Der Jurist* nennt; es hat sein Fahrwasser gefunden und segelt mit gutem Wind auf dem Meer rechtswissenschaftlicher Zeitschriften, an Bord eine hochmotivierte studentische Crew, die vielfältige Aufgaben meistert und das Schiff auf Kurs hält.

Ihnen, unseren Leserinnen und Lesern darf ich viel Freude beim Lesen dieser Ausgabe wünschen.

## Grußwort · Preface

Dem Vorbild renommierter Universitäten im In- und Ausland folgend, hat sich Anfang des vergangenen Jahres an der Juristischen Fakultät der Universität Passau eine Gruppe ambitionierter Studentinnen und Studenten zusammengefunden, um – jenseits der etablierten Fachzeitschriften – eine fakultätseigene Plattform für den wissenschaftlichen Nachwuchs zu schaffen. Nicht nur Passauer Studentinnen und Studenten wird nun schon zu Beginn ihrer wissenschaftlichen Karriere die Chance geboten, selbst verfasste Beiträge in einem Fachmagazin zu veröffentlichen, um auf diese Weise ihr Wissen zu ausgewählten wissenschaftlichen Fragen zu vertiefen und sich die notwendigen methodischen Grundlagen für das Publizieren wissenschaftlicher Texte *in praxi* anzueignen. Das Projekt nahm rasch an Fahrt auf und heute halten Sie bereits die zweite Ausgabe der aus der Initiative hervorgegangenen Zeitschrift „Der Jurist“ in Händen. Die Feuertaufe wurde also mit Bravour gemeistert, wozu ich den beteiligten Verlegern und Redakteuren aus der Studentenschaft herzlich gratuliere!

Jenseits der Redaktionsarbeit gelang es dem Mitarbeiterteam der Zeitschrift im vergangenen Sommersemester, eine überaus spannende Vortragsreihe an der Universität Passau zu organisieren: *Armin Nack*, Vorsitzender des 1. Strafsenats des BGH, *Prof. Dr. Bruno Simma*, ehemals Richter am IGH, sowie *Prof. Dr. Peter M. Huber*, Richter des BVerfG, berichteten über ausgewählte Aspekte Ihrer höchstrichterlichen Tätigkeit. Dass es die studentischen Organisatoren geschafft haben, derart hochkarätige Referenten zu gewinnen, verdient größten Respekt.

Nun gilt es, den begonnenen Weg mit gleichbleibendem Engagement fortzusetzen! Ausdruck dieser Kontinuität ist beispielsweise, dass in dieser Ausgabe – neben einem bunten Potpourri von Beiträgen aus verschiedensten Rechtsgebieten – erneut ein englischsprachiger Artikel zu finden ist. Auch wenn die Jurisprudenz im Vergleich zu anderen Wissenschaften nach wie vor in vielen

Bereichen stark national geprägt ist, schreitet die Internationalisierung auch hier kontinuierlich voran. Als Reaktion auf diese Entwicklung werden an der Universität Passau zukünftig vermehrt juristische Vorlesungen und Seminare in englischer Sprache angeboten. Vor diesem Hintergrund erscheint es nur konsequent, der Internationalität auch im Rahmen dieser Zeitschrift ausreichend Raum zu gewähren.

Eine der grundlegenden Ideen des „Gründungsteams“ war, dass sich Professoren der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Gutachter und Beiratsmitglieder in die redaktionelle Arbeit einbringen. Dieses Konzept verdient meines Erachtens nicht zuletzt deswegen Unterstützung, weil es – gewissermaßen nebenbei – in erheblichem Maße zur Intensivierung des (wissenschaftlichen) Dialogs zwischen den Lehrenden und der Studentenschaft beiträgt. Die Tätigkeit als Mitglied des wissenschaftlichen Beirats bietet eine hervorragende Möglichkeit, mit dem wissenschaftlichen Nachwuchs in regem Kontakt zu bleiben, und bereitet mir daher große Freude.

Ich drücke allen Mitgliedern des Teams fest die Daumen, dass ihr Engagement auch weiterhin so reiche Früchte trägt, und wünsche Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, viel Spaß bei der Lektüre der vorliegenden Ausgabe!

Passau, im September 2012

*Werner Beulke*



## Das Kreuz mit dem Tanzverbot Christliche Feiertage und Veranstaltungsverbote

In Hessen tobt seit 2011 ein kleiner Kulturkampf. Der Auslöser ist die Existenz eines Tanzverbotes an stillen Feiertagen nach den Vorschriften des seit 1952 geltenden HFeiertagsG (Hessisches Feiertagsgesetz) in der Fassung von 1971. Gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 HFeiertagsG begeht eine Ordnungswidrigkeit, wer u.a. am Karfreitag eine öffentliche Tanzveranstaltung anbietet.

Die Stadt Frankfurt am Main hatte im April 2011 angekündigt, in diesem Jahr das Tanzverbot im engeren Sinne am Karfreitag erstmals durchzusetzen und verschickte Mahnschreiben an Disko- und Clubbetreiber. Derselbe Vorgang wiederholte sich 2012. Obwohl die geltende Fassung des HFeiertagsG seit dem 29.12.1971 in Kraft ist, dürfte das Tanzverbot den meisten Bürgern Hessens völlig unbekannt gewesen sein, da regelmäßig auf dessen Durchsetzung verzichtet wurde. Erst als der Frankfurter Ordnungsdezernent Stein Clubbetreibern im April 2011 Spontankontrollen und „Bußgelder in empfindlicher Höhe“ ankündigte, geriet das Tanzverbot schlagartig ins Bewusstsein der Betroffenen und der Öffentlichkeit. Viele Veranstalter fühlten sich „vor den Kopf gestoßen“, wie sie die damalige Frankfurter Oberbürgermeisterin Roth in einem offenen Brief wissen ließen.<sup>1</sup> Der hessische Innenminister Rhein befürwortet das Verbot hingegen und verweist auf die christlich-abendländische Tradition Hessens.

---

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main.

<sup>1</sup> *Göpfert/Majic*, „Der Ordnungsdezernent als Partyschreck“ v. 13.04.2011, <http://www.fr-online.de/frankfurt/tanzverbot-zu-ostern-der-ordnungsdezernent-alspartyschreck,1472798,8341196.html> (Abruf am 02.04.2012).

Deutlich wird jedenfalls, dass sich hier Rechtsgüter von Verfassungsrang gegenüberstehen: Einerseits der Schutz der Feiertage als „Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung“ (Art. 140 GG iVm Art. 139 WRV), andererseits die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG und die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Auf dieses Spannungsfeld wird später noch genauer einzugehen sein.

Der vorliegende Beitrag untersucht die bestehenden Tanz- und Veranstaltungsverbote an christlichen Feiertagen im weltanschaulich neutralen Staat. Dies geschieht besonders im Hinblick auf die historische Entwicklung der Verbote und die durch sie aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragestellungen.

## 1. Allgemeines

In anderen Bundesländern gelten ähnliche Vorschriften. Obwohl die Feiertagsgesetze ansonsten von föderaler Vielfalt geprägt sind, ist in allen Bundesländern außer Bremen, Berlin und Hamburg<sup>2</sup> ein ganztägliches Verbot von öffentlichen Tanzveranstaltungen (Tanzverbot) vorgeschrieben. In den meisten Fällen liegt in den Feiertagsgesetzen nicht nur ein Tanzverbot, sondern ein abschließender Katalog verbotener Tätigkeiten vor, der auch andere öffentliche Veranstaltungen umfasst (z.B. Sportereignisse).<sup>3</sup> Dies zeigt, dass es sich bei solchen Regelungen keineswegs um Erscheinungen handelt, die sich beispielsweise auf traditionell „schwarze“ Länder mit konservativer Prägung oder etwa auf westdeutsche Bundesländer beschränken. Auch im bis 1999 „roten“ Hessen weist § 8 Abs. 1 HFeiertagsG einen solchen Katalog auf und stellt das Tanzverbot am Karfreitag in eine Reihe mit dem Verbot von öffentlichen sportlichen Veranstaltungen gewerblicher Art (Nr. 2), öffentlichen Veranstaltungen unter freiem

---

<sup>2</sup> In Berlin nur von 4-21 Uhr (§ 4 Nr. 3 FeiertagschutzVO), in Hamburg und Bremen jeweils ab 4 Uhr (für Bremen § 6 Abs. 1 c, Abs. 2 BRE FTG; für Hamburg § 4 Abs. 1, Abs. 2 FeiertagsVO HA).

<sup>3</sup> Vgl. beispielhaft für Bayern Art. 7 BayFTG; für Baden-Württemberg §§ 7, 8 BW-FTG; für Nordrhein-Westfalen § 5 Abs. 1 FeiertagsG NW; für Thüringen § 6 Abs. 1 Thür FtG; für Brandenburg § 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 BB-FTG.

Himmel und Aufzügen jeder Art, soweit sie nicht ernsten Charakter tragen (Nr. 3), und einem generalklauselartigen Verbot aller sonstigen öffentlichen Veranstaltungen, die nicht „der Würdigung der Feiertage (...) dienen“ (Nr. 4). Ein weniger strenger Verbotskatalog, der aber ebenfalls ein Tanzverbot beinhaltet, findet sich für andere Feiertage in § 7 HFeiertagsG. Der Feiertagsschutz weist eine besondere Strenge auf, indem er auch solche Veranstaltungen untersagt, die auch nur abstrakt geeignet sind, die verfassungsrechtlich geschützte Feiertagsruhe zu stören.<sup>4</sup>

Wer vom Tanzverbot spricht, meint oft – pars pro toto – eine den §§ 7, 8 HFeiertagsG ähnliche Reihe von Veranstaltungsverböten an Feiertagen. Deshalb wird im Folgenden zwischen dem Tanzverbot im engeren Sinne und dem Verbot von anderen Veranstaltungen unterschieden. Auf ein ebenfalls in den meisten Feiertagsgesetzen enthaltenes Jagdverbot wird nicht eingegangen. Die Feiertagsgesetze verbieten jeweils nur öffentliche Tanzveranstaltungen. Eine öffentliche Veranstaltung wird man annehmen müssen, wenn ein nicht abgrenzbarer Personenkreis Zutritt zu der Veranstaltung hat.<sup>5</sup>

## II. Grundriss der historischen Entwicklung des Feiertagsschutzes

Die Existenz regelmäßiger Feiertage und rechtlicher Regelungen zum ihrem Schutz bilden (rechts-)historische Konstanten seit der späten Antike. Tanz- und andere Vergnügungsverbote an bestimmten Tagen oder zu bestimmten Zeiten existierten in fast allen Epochen und hatten meist religiöse Gründe.<sup>6</sup> Lediglich die Anzahl der Feiertage und die angedrohten Sanktionen schwankten. In allen Epochen lässt sich aber ein besonderer Schutz des Sonntages beobachten.

---

<sup>4</sup> *Cornils*, zjs.online 2009, S. 435 (437) [http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2009\\_4\\_213.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2009_4_213.pdf) (Abruf am 03.04.2012).

<sup>5</sup> BayObLG in GewArch 1978, 351.

<sup>6</sup> *Mattner* in: Hoeren/Mattner (Hrsg.), Feiertagsgesetze der Bundesländer (1. Aufl. 1989), Einführung Rn. 2.

Voraussetzung für Rechtsvorschriften, die das Verhältnis des Staates zu Religionsgemeinschaften und ihren Feiertagen regulieren, ist eine Trennung zwischen weltlicher und religiöser Gewalt.<sup>7</sup> Die Zeiten, in denen kirchliche und politische Macht auf das Engste oder sogar in Personalunion verbunden waren, werden nicht behandelt. Die heutigen Veranstaltungsverbote und Tanzverbote im engeren Sinne sind in einem anderen Kontext zu sehen als ähnliche Verbote aus Antike und Mittelalter, nämlich im Zusammenhang mit dem weltanschaulich neutralen Staat. Aus diesem Grund ist es verzichtbar, auf frühere Verbote einzugehen. Es wäre auch verfehlt, frühere Vorschriften als (unmittelbare) Vorgänger heutiger Feiertagesetze sehen zu wollen. Solange keine Trennung zwischen Kirche und Staat besteht, ist es unproblematisch kirchliche Feiertage durch weltliches Recht zu schützen.

Die Entwicklung, die zum Entstehen der heutigen Regelungen führte, beginnt erst in der Mitte des 19. Jahrhunderts. Die Forderung der Arbeiterbewegung nach einem regelmäßigen Tag der Arbeitsruhe traf mit der Forderung der Kirchen nach einem stärkeren Schutz des Sonntages zusammen.<sup>8</sup> Die Sonntagsruhe war in der Mitte des 19. Jahrhunderts keinesfalls als Selbstverständlichkeit garantiert, sondern wurde immer wieder durch wirtschaftliche Begehrlichkeiten gefährdet (Sonntagsarbeit etc.). Besonders der preußische Ministerpräsident und spätere Reichskanzler v. Bismarck stellte sich gegen sonntagsbezogene Arbeitsschutzvorschriften unter Hinweis auf die seines Erachtens nach schädlichen Folgen für die Wettbewerbsfähigkeit der preußischen und deutschen Industrie.<sup>9</sup> Erst eine Änderung der Gewerbeordnung vom 1. Juni 1891 nahm sonntagsschützende Änderungen vor.

Die Verknüpfung des sozialen Interesses an einem einheitlichen arbeitsfreien Tag in der Woche und der Sicherung der traditionellen Bedeutung christli-

---

<sup>7</sup> *Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive (1. Aufl. 2006), S. 22 ff.

<sup>8</sup> *Richardi*, Sonn- und Feiertagsarbeit unter der Geltung des Arbeitszeitgesetzes (1. Aufl. 1999) S. 123 ff.

<sup>9</sup> *v. Bismarck*, Die gesammelten Werke (2. Aufl. 1980), Bd. 13 S. 51 ff.

cher Feiertage führte im Jahr 1919 zur Entstehung von Art. 139 WRV<sup>10</sup>, der das noch heute gültige Kernstück des Feiertagsschutzes bildet.

Art. 139 WRV lautet:

*„Der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage bleiben als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt.“*

Art. 139 WRV gehört zu den durch Art. 140 GG inkorporierten Artikeln und ist somit vollgültiges Verfassungsrecht.<sup>11</sup> Auf der Grundlage von Art. 139 WRV ist am 23. November 1931 die Preußische Polizeiverordnung in Kraft getreten, die den heute geltenden Feiertagsgesetzen sehr nahe kommt.

Dort heißt es in § 5:

*„(1) Am Karfreitag sind verboten:*

*a) Rennen, sportliche und turnerische Veranstaltungen gewerblicher Art und ähnliche Darbietungen sowie sportliche und turnerische Veranstaltungen nicht gewerblicher Art, sofern sie mit Um- oder Aufzügen, mit Unterhaltungsmusik oder Festveranstaltungen verbunden sind;*

*b) in allen Räumen mit Schankbetrieb musikalische Darbietungen jeder Art;*

*c) alle anderen der Unterhaltung dienenden öffentlichen Veranstaltungen, sofern sie nicht nach Abs. 2 zugelassen sind.“*

In § 6 heißt es:

*„(1) Am Buß- und Betttag, am Totensonntag und am Vorabend des Weihnachtsfestes sind alle der Unterhaltung dienenden öffentlichen Veranstaltungen verboten, sofern bei ihnen nicht der ernste Charakter gewahrt ist.*

*(2) Am Donnerstag und am Sonnabend der Karwoche sind alle öffentlichen Tanzlustbarkeiten verboten.“*

---

<sup>10</sup> Koriath, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 139 WRV Rn. 9.

<sup>11</sup> BVerfGE 19, 206, 219; BVerfGE 53, 366, 400; *Schmahl* in Sodann (Hrsg.), Grundgesetz (2. Aufl. 2011), Art. 140 Rn.1.

Die genannten Vorschriften hatten Vorbildcharakter für die Feiertagsgesetze in den Ländern der frühen Bundesrepublik, so auch für die ursprüngliche Fassung des HFeiertagsG vom 17. September 1952<sup>12</sup>. Ein tragender Gedanke der damaligen Regelungen ist besonders in den Drucksachen des Bayerischen Landtags bezeugt. „Maßgebend müssen die religiösen Bedürfnisse des Volkes sein. Die Tage der religiösen Erhebung müssen dem Volke bleiben. Es darf nicht im Materialistischen versinken, sein religiöses Erleben darf nicht verarmen“ heißt es dort.<sup>13</sup>

Der Anlass für die Änderung des HFeiertagsG im Jahr 1971 war eine von den Innenministern angestrebte Vereinheitlichung der Feiertagsgesetze der Bundesländer. Die Ständige Konferenz der Innenminister erarbeitete die „Grundsätze für die Ausgestaltung der stillen Feiertage“ vom 4. Juli 1968. Die darin enthaltenen Empfehlungen an die Länder umfassen die Untersagung aller Veranstaltungen, die dem Charakter der jeweiligen Feiertage nicht Rechnung tragen, in der Zeit von 4 bis 24 Uhr. Als Beispiele werden u.a. Tanzveranstaltungen und (am Karfreitag) sportliche Veranstaltungen aller Art genannt.

### III. Feiertagsschutz im Spannungsfeld zwischen seelischer Erhebung und Grundrechten

#### 1. Verfassungsrechtlicher Schutz des Sonntages und der Feiertage

Der Sonntag ist durch Art. 140 GG iVm Art. 139 WRV verfassungsrechtlich geschützt. Art. 139 WRV beinhaltet allerdings kein subjektives Recht<sup>14</sup>. Wäre dies der Fall, hätte jedermann ein subjektives Recht auf Sonntagsruhe. Art. 139 WRV beinhaltet allerdings eine status-quo-Garantie für die Sieben-Tage-Woche mit dem Sonntag als Ruhetag.<sup>15</sup> Anders als alle anderen Feiertage braucht der

<sup>12</sup> Vgl. GVBl S. 145; LT-Drucks. Nr. 235 vom 18.08.1951, S. 327 ff.

<sup>13</sup> *Badura*, Staatsrecht (5. Aufl. 2012), Kapitel L, Rn. 48.

<sup>14</sup> *Badura*, Kapitel L, Rn. 48.

<sup>15</sup> *Pahlke*, Sonn- und Feiertagsschutz als Verfassungsgut in: *Marre/Stütting*(Hrsg.), *Der Schutz der Sonn- und Feiertage*, S.57.

Sonntag somit keinen weiteren Anerkennungsakt des Gesetzgebers. Es steht dem Gesetzgeber insbesondere nicht frei, einen anderen Tag der Woche für Arbeitsruhe und seelische Erhebung freizustellen.<sup>16</sup> Richardi bezeichnet den Sonntag daher als „geborenen Feiertag“, alle anderen als „erkorene Feiertage“.<sup>17</sup> Alle bloß „erkorenen Feiertage“ bedürfen der einfach-gesetzlichen Anerkennung, damit sie von der Schutzwirkung des Art. 139 WRV erfasst werden können.

Aus der Formulierung des Art. 139 WRV, wonach die Feiertage geschützt „bleiben“ lässt sich jedoch kein Bestandsschutz für einen einzelnen Feiertag ableiten. Es soll kein status-quo-ante festgeschrieben werden.<sup>18</sup> Bestandsschutz kommt lediglich den Feiertagen als Institution zu.<sup>19</sup> Es ist grundsätzlich dem Gesetzgeber überlassen, neue Feiertage einzuführen und bisher bestehenden Feiertagen die Anerkennung zu entziehen. So wurde beispielsweise der Buß- und Bettag in allen Bundesländern bis auf Sachsen<sup>20</sup> 1995 aus dem Katalog der Feiertage gestrichen. Ebenso existiert keine Garantie einer bestimmten Anzahl von Feiertagen im Jahreslauf.<sup>21</sup> Allerdings muss der Gesetzgeber eine angemessene Zahl von Feiertagen schützen.<sup>22</sup> Für Änderungen bedarf es einer einfach-gesetzlichen Grundlage.

Auch die meisten Landesverfassungen beinhalten Regelungen zum Sonntag und Feiertagsschutz, z.B. Art. 53 der Hessischen Verfassung (HV) und Art. 147 der Bayerischen Verfassung (BayVerf). Die Formulierungen in Art. 53 HV und Art. 147 BayVerf stimmen teils wortgleich mit Art. 139 WRV überein. Die Bayerische Verfassung nennt zwar im Gegensatz zu Art. 139 WRV und Art. 53 HV die „seelische Erhebung“ als Feiertagszweck vor der Arbeitsruhe. Ein ande-

---

<sup>16</sup> *Morlok* in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3: Art. 83-146(2. Aufl. 2000), Art. 139 WRV Rn.12

<sup>17</sup> *Richardi*, Sonn- und Feiertagsarbeit unter der Geltung des Arbeitszeitgesetzes(1.Aufl. 1999), S. 123 ff.

<sup>18</sup> *Mattner* in: Hoeren/Mattner, Feiertagsgesetze der Bundesländer (1.Aufl. 1989), Einf. Rn. 13.

<sup>19</sup> *Mattner*, NJW 1988, 2207.

<sup>20</sup> Vgl. § 1 SächsFeiertagsG.

<sup>21</sup> *Badura*, Kapitel L, Rn. 48.

<sup>22</sup> *Korioth*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz (2003), Art. 139 WRV Rn. 41.

rer Inhalt ergibt sich daraus aber nicht. Somit bedarf es keiner gesonderten Betrachtung dieser Vorschriften. Enthält eine Landesverfassung von Art. 139 WRV abweichende Regelungen in Gestalt eines schwächer ausgeprägten Schutzes, so ist die Vorschrift gem. Art. 31 GG nichtig oder zumindest nicht anwendbar.<sup>23</sup>

Damit wird der grundlegenden gesellschaftlichen Bedeutung der Existenz von Feiertagen Rechnung getragen. Art. 139 WRV erkennt die Bedeutung des Feiertages als Tag der Arbeitsruhe, der zu einer gleichmäßigen Gestaltung des Lebensrhythmus des Einzelnen und der Gesellschaft verhilft. Regelmäßige Feiertage dienen also der sog. Sozialsynchronisation innerhalb der Familie und der Gesellschaft<sup>24</sup>, indem sie Familien und Freunden ermöglichen, gemeinsam einen freien Tag zu verbringen. Der Bevölkerung soll die Möglichkeit gegeben werden, an bestimmten Tagen zu innerer Ruhe zu finden. Innere Ruhe dürfte zumindest ein bedeutsamer Bestandteil der „seelischen Erhebung“ sein, von der Art. 139 WRV spricht. Jedenfalls handelt es sich um mehr als das bloße Ruhender Arbeitstätigkeit.<sup>25</sup> Eine Erholung von den Anstrengungen des Alltags ist ausgeschlossen, wenn sich der Ruhetag nicht vom Alltag unterscheidet<sup>26</sup>.

Dass „seelische Erhebung“ eine andere Bedeutung als eine bloße Arbeitsruhe haben muss, ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 139 WRV. In der Regel wird ihr eine religiöse, vom BVerfG sogar eine religiös-christliche Bedeutung zugemessen<sup>27</sup>, obwohl dies aus dem Wortlaut nicht ohne Weiteres erkennbar ist<sup>28</sup>. Sie äußert sich jedenfalls durch die kalendarische Anknüpfung des religiös neutralen Staates an eine christlich-abendländische Tradition. Das BVerfG sieht zutreffend in Art. 139 WRV ein „verfassungsverankertes Grund-

---

<sup>23</sup> *Mattner* in: Hoeren/Mattner, Feiertagsgesetze der Bundesländer (1. Aufl. 1989), Einf. Rn. 37.

<sup>24</sup> *Rinderspacher*, Am Ende der Woche - Die soziale und kulturelle Bedeutung des Wochenendes (1. Aufl. 1987), S. 42, 43.

<sup>25</sup> *Mattner* in: Hoeren/Mattner, Feiertagsgesetze der Bundesländer (1. Aufl. 1989), Einf. Rn. 17.

<sup>26</sup> *Häberle*, Der Sonntag als Verfassungsprinzip (2. Aufl. 2006), S. 75.

<sup>27</sup> BVerfG, Urteil v. 1.12.2009, Rn. 139:

[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20091201\\_1bvr285707.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20091201_1bvr285707.html), Abruf am 03.04.2012.

<sup>28</sup> *Bergmann* in: Hömig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, (9. Aufl. 2010), Art. 140, Rn. 24.

element sozialen Zusammenlebens und staatlicher Ordnung“. Der Vorschrift sei „religiöser, in der christlichen Tradition wurzelnder Gehalt eigen, der mit einer dezidiert sozialen, weltlich-neutral ausgerichteten Zwecksetzung einhergeht“.<sup>29</sup>

Es fällt auf, dass das BVerfG die Bedeutung des Kernbestandes der Feiertage für die Lebensgestaltung deutlich hervorhebt. Dass die Wurzeln der meisten Feiertage im christlichen Glauben liegen, erkennt das BVerfG zwar, es spricht aber nicht ausdrücklich von christlichen Feiertagen (sondern vom „in der christlichen Tradition wurzelndem Gehalt“ der Feiertage). Es verlangt jedenfalls nicht ausdrücklich, dass die christlichen Feiertage mehr als andere (z.B. der erste Mai oder der Tag der Deutschen Einheit) geschützt werden müssten. Damit scheint das BVerfG zu erkennen, dass in der Verfassungsrealität die „seelische Erhebung“ längst nicht mehr alleine durch den Kirchgang stattfindet. Das BVerfG erkennt also zumindest implizit an, dass die seelische Erhebung zwar eine religiös-christliche Bedeutung haben kann, während dies aber nicht der einzige Inhalt dieses Feiertagszwecks sein muss.

## 2. Feiertagsgesetze der Bundesländer

In den Katalogen der Art. 73 Abs. 1, 74 Abs. 1 GG findet sich keine Grundlage für eine ausdrückliche Bundesgesetzgebung oder konkurrierende Gesetzgebung zur Festlegung von Feiertagen. Nach dem Grundsatz aus Art. 30, 70 Abs. 1 GG ist die Regelung staatlicher Feiertage somit Aufgabe der Länder. Die konkrete Gestaltung des Feiertagsschutzes ist dem Landesgesetzgeber überlassen.<sup>30</sup>

Die Tanz- und Veranstaltungsverbote der Feiertagsgesetze werfen die Frage auf, wie sich solche Regelungen zu verschiedenen Grundrechten verhalten. Problematisch erscheinen insbesondere das Verhältnis zur Versammlungsfrei-

---

<sup>29</sup> BVerfG, Urteil v. 1.12.2009, Rn. 141.

<sup>30</sup> *Badura*, Kapitel L, Rn. 48.

heit (Art. 8 Abs. 1 GG) und zur Berufsfreiheit der Veranstalter (Art. 12 Abs. 1 GG) auf die hier schwerpunktmäßig eingegangen werden soll.

a. Verhältnis zur Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs.1 GG

aa) Beim Tanzverbot im engeren Sinne ist bereits fraglich, ob überhaupt der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit eröffnet ist. In einer Klausur kann dies im Hinblick auf den Versammlungsbegriff durchaus Probleme bereiten. Der sachliche Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GG umfasst das Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Auch die Bestimmung von Ort, Zeit und Thema der Versammlung wird vom Schutzbereich umfasst.<sup>31</sup> Somit fallen auch Versammlungen nahe eines Gotteshauses während eines Gottesdienstes an Sonntagen oder gesetzlich geschützten Feiertagen in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit.<sup>32</sup> Versammlungen unter freiem Himmel unterliegen dem Gesetzesvorbehalt aus Art. 8 Abs. 2 GG. Dieser umfasst allerdings nur versammlungsspezifische Eingriffe. Für meinungsspezifische Eingriffe bestimmt sich die Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 GG.<sup>33</sup>

aaa) Es werden verschiedene Versammlungsbegriffe vertreten, die trotz ihrer Unterschiede alle verlangen, dass die Teilnehmer einen gemeinsamen Zweck verfolgen.<sup>34</sup> Anhand des gemeinsamen Zweckes wird die Versammlung von der Ansammlung, einem zufälligen Zusammenkommen mehrerer Personen ohne gemeinsamen Zweck, abgegrenzt. Umstritten ist aber, welche Anforderungen an den gemeinsamen Zweck gestellt werden.

Der von einer Mindermeinung vertretene weiteste Versammlungsbegriff will jeden Zweck ausreichen lassen, also auch etwa eine „Freude am Zusammensein“. Begründet wird dies mit einem wirksamen Schutz gegen

---

<sup>31</sup> BVerfGE 69, 315 (343).

<sup>32</sup> *Arndt/Droege*, NVwZ 2003, 906 ff.

<sup>33</sup> BVerfGE 82, 236 (258).

<sup>34</sup> *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II-Grundrechte (27. Aufl. 2011) Rn. 749; ebenso *Blanke* in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar (1. Aufl. 2010), Art. 8, Rn. 20.

Isolierung.<sup>35</sup> Eine weniger strenge Ansicht verlangt, dass die Zusammenkunft auf gemeinsame Meinungsbildung oder -äußerung gerichtet sein muss.<sup>36</sup> Der Zweck der Versammlung ist demnach ein „Ausdruck gemeinschaftlicher auf Kommunikation angelegter Entfaltung“<sup>37</sup>. Der strengste Versammlungsbegriff will nur die Meinungsbildung und -äußerung zu öffentlichen Angelegenheiten als geschützt ansehen.<sup>38</sup>

Eine Einschränkung des Versammlungsbegriffes auf öffentliche Angelegenheiten kann jedoch nicht mit dem Wortlaut des Art. 8 Art. 1 GG, noch mit dessen systematischer Stellung oder seiner Entstehungsgeschichte begründet werden. Ebenso wenig kann aber jeder Zweck ausreichen. Dieser Ansicht zu folgen würde bedeuten, den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GG so weit auszudehnen, dass die Abgrenzung zur Ansammlung regelmäßig erhebliche Schwierigkeiten bereiten würde.

bbb) Unabhängig von der Frage, welcher Versammlungsbegriff in einer Klausur am besten zu vertreten ist, dürfte sich bei Tanzveranstaltungen bereits bei der Abgrenzung zur Ansammlung ein Problem ergeben: Nach der „Heidenspaß-Entscheidung“ des BayVGH<sup>39</sup> muss es auf den Schwerpunkt der Veranstaltung ankommen. Der Entscheidung liegt die Fortsetzungsfeststellungsklage eines Veranstalters aus München zugrunde, dem die Durchführung seiner „Heidenspaß-Party“ am Karfreitag 2007 untersagt wurde. Bei dieser Party, die sich als religionskritisch verstand, sollten u.a. Tanz und Filmaufführungen stattfinden. Der BayVGH entschied, dass Veranstaltungen, die lediglich die Zurschaustellung eines Lebensgefühls zum Zweck haben oder als eine auf Un-

<sup>35</sup> *Gusy* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Band 1 (6. Aufl. 2010), Art. 8 Rn.9.

<sup>36</sup> BVerfGE 69, 315 (312); auch OVG Berlin NJW 2001, 1740; *Jarras/Pieroth*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (7. Aufl. 2007), Art. 8 Rn.2.

<sup>37</sup> BVerfGE 69, 315 (312).

<sup>38</sup> Vgl. *Pieroth/Schlink*, Rn. 752 (die lediglich Argumente gegen diese Ansicht nennen).

<sup>39</sup> VGH Bayern 07.04.2009 - 10 BV 08.1494 (Fundstelle: <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=10%20BV%2008.1494&Suche=10%20BV%2008.1494>) Aufruf am 02.04.2012.

terhaltung ausgerichtete (Massen-)Party gedacht sind, nicht unter den Versammlungsbegriff fallen und folgt somit jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.<sup>40</sup>

Die Teilnehmer einer solchen öffentlichen Tanzveranstaltung dürfen – ebenso wie die Zuhörerschaft bei einem Konzert – nach jedem Versammlungsbegriff als bloße Ansammlung gelten, welche nach keiner Ansicht von Art. 8 Abs. 1 GG erfasst wird. Die Teilnehmer einer öffentlichen Tanzveranstaltung verfolgen zwar alle den gleichen Zweck, nämlich Erholung und Entspannung. Sie verfolgen aber keinen gemeinsamen Zweck, da sie einander für die Zweckerfüllung nicht brauchen und der Spaß-, Tanz- oder Unterhaltungszweck im Vordergrund steht.<sup>41</sup> Ihnen kommt keine Versamlungsqualität zu. Bei solchen Veranstaltungen ist schon nicht der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG berührt. Der Schutzbereich entsprechender Grundrechte aus den Landesverfassungen (vgl. beispielsweise für Hessen Art. 14 I HV, für Bayern Art. 113 BayVerf.) ist ebenfalls nicht berührt.

Grundsätzlich kann nach der Entscheidung des BayVGH auch eine Veranstaltung bei der die musikalische Darbietung im Vordergrund steht, eine Versammlung darstellen, falls die Zusammenkunft auf Teilnahme an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet ist. Allerdings ist selbst dann nicht die Tanzveranstaltung selbst geschützt, sondern ihre Einflussnahme auf die öffentliche Meinung. Eine Musik- oder Tanzveranstaltung könne nicht alleine dadurch zur Versammlung werden, dass bei ihrer Gelegenheit auch eine Meinungskundgabe erfolge. Das Verhalten des Klägers der „Heidenspaß-Entscheidung“ genieße nicht den Schutz des Art. 8 GG. Das Gericht erkannte keinen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung darin, dass mit der Party für eine Lockerung des Tanz- und Veranstaltungsverbots am Karfreitag geworben werden sollte. Durch sein Verhalten habe der Kläger sein Anliegen bereits durch Selbsthilfe in die Tat umgesetzt. Dieses Vorgehen sei nicht von Art. 8 Abs. 1 GG geschützt.

---

<sup>40</sup> Vgl. BVerfGE 69, 315 (342); BVerfG NJW 2001, 2459.

<sup>41</sup> *Beltle*, Die Vereinbarkeit feiertagsrechtlicher Versamlungsverbote mit dem Grundgesetz (Diss. 2009), S.142.

Dieses Ergebnis ist allerdings überraschend: Sieht man das Verhalten des Klägers als Selbsthilfe an, welche nicht von Art. 8 Abs. 1 GG geschützt sei, könnte mit dieser Begründung jeder gegen ein Versammlungsverbot gerichteten Demonstration der Versammlungscharakter abgesprochen werden.<sup>42</sup> Folgt man dem Urteil, wäre jedenfalls auch hier der Schutzbereich nicht eröffnet.

bb) Anders kann es sich beim Verbot anderer öffentlicher Veranstaltungen verhalten, die keinen Tanz beinhaltet. Es kann nicht per se ausgeschlossen werden, dass eine an einem Feiertag stattfindende öffentliche Veranstaltung der gemeinsamen Meinungsbildung dient und somit vom Schutzbereich aus Art. 8 Abs. 1 GG umfasst wird. Dennoch ist auch dieses Verbot verfassungsrechtlich unproblematisch, da beispielsweise § 7 Abs. 1 Nr. 3 HFeiertagsG Ausnahmen zulässt, wenn „ein überwiegendes Interesse der Kunst, Wissenschaft, Volksbildung oder Politik vorliegt“. Ein solches überwiegendes Interesse ist regelmäßig auch geeignet, einen gemeinsamen Zweck der Teilnehmer anzunehmen, was die Veranstaltung in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG fallen lässt. Dem trägt die Ausnahmeregelung Rechnung. In den anderen Feiertagsgesetzen existieren ähnliche Ausnahmen, die teilweise wortgleich mit dem HFeiertagsG übereinstimmen. In der Praxis (und in der Fallbearbeitung) dürften sich entgegen Meinungen im älteren Schrifttum keine Probleme ergeben, solange sich aus dem Gesamtcharakter der Veranstaltung ein genanntes überwiegendes Interesse feststellen lässt. Eine ältere Einsicht, nach der Punk- oder Rockkonzerte niemals den Ausnahmetatbestand des höheren Kunstinteresses erfüllen könnten, weil die Musik keinen ernsten Charakter besitze und keine Kunst sei, muss als überholt angesehen werden. Dieser Ansicht zu folgen würde auch dem in Art. 5 Abs. 3 S. 1 statuierten Verbot staatlichen Kunstrichtertums zuwider laufen.

Die heute vertretene Ansicht geht vielmehr davon aus, dass kulturelle und künstlerische Tätigkeiten regelmäßig von der Ausnahmeregelung erfasst sind.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> *Cornils* in *zjs.online* 2009, S. 435 (437)  
[http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2009\\_4\\_213.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2009_4_213.pdf) (Abruf am 03.04.2012).

<sup>43</sup> *Badura*, Kapitel L, Rn. 48; ebenso *Mattner*, Sonn- und Feiertagsrecht, (2. Aufl. 1991), Rn. 67.

Etwas Anderes ergibt sich nur, wenn bei der verbotenen Veranstaltung der Unterhaltungszweck deutlich im Vordergrund steht und das künstlerische Interesse dahinter zurücksteht.<sup>44</sup> Bei Versammlungen unter freiem Himmel genügt diese Vorschrift auch dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt aus Art. 8 Abs. 2 GG.

cc) Gesondert müssen solche Veranstaltungen berücksichtigt werden, die einen Gottesdienst oder eine andere religiöse Handlung konkret stören. Solche Veranstaltungen werden z.B. von § 7 Abs. 1 Nr. 4 HFeiertagsG erfasst. Hier findet sich eine grundrechtliche Kollisionslage zwischen Religions- und Versammlungsfreiheit. Diese lässt sich durch die Institutsgarantie aus Art. 139 WRV nicht auflösen. Es sprechen jedenfalls gute Gründe für ein Zurücktreten der Versammlungsfreiheit nach einer zu schonendem Ausgleich führenden Abwägung beider Grundrechte. Aufgrund der Bindung der Gottesdienste an eine bestimmte Tageszeit und einen bestimmten Ort wäre ein Ausweichen der Gottesdienstteilnehmer an einen anderen Ort nicht ohne Weiteres möglich. Es wird den Versammlungsteilnehmern aber regelmäßig zumutbar sein, ihr Anliegen zu artikulieren, wenn sie ihre Veranstaltung auf einen Termin außerhalb der geschützten Gottesdienstzeit legen.<sup>45</sup>

#### b) Verhältnis zur Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Das Vorliegen von Tanz- und Verbotensverboten kann einen Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG der Betreiber von Diskotheken etc. darstellen. Ein Beruf ist jede Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.<sup>46</sup> Solange der Betreiber dieser Tätigkeit nicht bloß hobbymäßig nachgeht, ist der Schutzbereich unproblematisch eröffnet. Ob der Betreiber tatsächlich Gewinn erzielt ist für die Eröffnung des Schutzbereiches unbeachtlich.

---

<sup>44</sup> BVerwG NJW 1994, 1975.

<sup>45</sup> *Arndt/Droegge*, NVwZ 2003, 906 ff.

<sup>46</sup> Vgl. nur BVerfGE 7, 377 (397).

Der Schutzbereich umfasst nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts keine verbotenen Tätigkeiten.<sup>47</sup> Sozial- oder gemeinschaftsschädliche Handlungen sollen ebenfalls vom Schutzbereich ausgeschlossen sein<sup>48</sup>, ebenso wie Handlungen die von der Verfassung selbst untersagt sind<sup>49</sup>. Das Betreiben einer Diskothek oder Ähnlichem dürfte aber regelmäßig keines dieser Probleme mit sich bringen.

Die Existenz von Tanz- und Veranstaltungsverböten stellt somit einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Betreiber dar. Das Bundesverwaltungsgericht sieht den Eingriff durch den Feiertagsschutz gerechtfertigt. Es stellte durch Urteil vom 7. September 1981 fest, dass eine Abwägung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG mit Art. 139 WRV ein gesetzliches Tanz- und Veranstaltungsverbot rechtfertigt.<sup>50</sup> Die Tanz- und Veranstaltungsverböte einiger Feiertagsgesetze knüpfen nicht an eine konkrete Gefährdung oder Störung der Ruhe im Einzelfall an, sondern schon an die generelle Unvereinbarkeit einer Tätigkeit mit dem Feiertag. Der Zweck der einfach-gesetzlichen Verböte erschöpft sich somit nicht alleine in der Abwehr konkreter Gefährdungen. Es kommt nach Ansicht des BVerwG für die Rechtfertigung grundrechtlicher Einschränkungen nicht darauf an, ob die verbotenen Tätigkeiten oder Veranstaltungen generell oder im Einzelfall über die Unvereinbarkeit hinaus zu einer konkreten Gefährdung der Feiertagsruhe führen.<sup>51</sup> Der Kläger hatte zuvor erfolglos die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung von den Vorschriften des FeiertagsG NW für seinen Restaurationsbetrieb beantragt. Als Begründung nannte er u.a. die Tatsache, dass seine Gaststätte sich unmittelbar am Stadtwald befindet und die nächste Kirche ca. 2 Kilometer entfernt liegt.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> Vgl. BVerfGE 7, 377 (397); 81, 70 (85); 115, 276 (300).

<sup>48</sup> BVerwGE 22, 286 (289).

<sup>49</sup> *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, S. 1793.

<sup>50</sup> BVerwG GewArch 1982, 20 ff.

<sup>51</sup> BVerwG GewArch 1982, 20 ff. (21).

<sup>52</sup> Vgl. GewArch 1982, 20. ff (21).

### c) Verhältnis zur negativen Bekenntnisfreiheit

Zudem beinhalten Tanz- und Veranstaltungsverbote einen Eingriff in die negative Glaubensfreiheit derjenigen, die auch an Feiertagen Tanz- und andere Veranstaltungen anbieten oder besuchen wollen. Hier ist die auf wenige Kalendertage begrenzte Verbotswirkung jedoch vergleichsweise gering. In den Verboten liege nach Ansicht des BayVGh ein verfassungsmäßiger Ausgleich zwischen der positiven Glaubensfreiheit und der negativen Glaubensfreiheit.<sup>53</sup>

### d) Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Im Gegensatz zu anderen Ansätzen, die mit Art. 2 Abs. 1 GG nur den „Kernbereich der Persönlichkeit“ als geschützt ansehen wollen, ist nach der Ansicht des BVerfG die allgemeine Handlungsfreiheit geschützt als ein „Tun und Lassen, was man will“ geschützt.<sup>54</sup>

Relevant wird die allgemeine Handlungsfreiheit, weil es sich bei der Versammlungs- und Berufsfreiheit um Deutschen-Grundrechte handelt. Als „Auffanggrundrecht“ tritt Art. 2 Abs. 1 GG subsidiär hinter anderen Grundrechten zurück, falls deren Schutzbereich betroffen ist. Die Rechtfertigung ergibt sich dann aus dem bereits zur negativen Bekenntnisfreiheit gesagten.

## IV. Fazit

In Hessen wird die Diskussion wohl bis 2014 andauern. Gem. § 17 tritt das bestehende Feiertagsgesetz mit Ablauf des 31.12.2014 außer Kraft. Da die Problematik rund um Tanz- und Veranstaltungsverbote nun im Blickfeld der Öffentlichkeit steht, ist nicht ausgeschlossen dass der hessische Gesetzgeber Änderungen am Feiertagsgesetz vornehmen wird.

Eine Neufassung müsste jedenfalls den Bedeutungswandel der Feiertage in einer pluralistischen Gesellschaft und die Interessen der christlichen und anderen Religionsgemeinschaften am Schutz ihrer Feiertage berücksichtigen. Beach-

---

<sup>53</sup> VGh Bayern 07.04.2009 - 10 BV 08.1494

<sup>54</sup> BVerfGE 6, 32 (36); 55, 159 (159)

tung verdient dabei aber auch die christlich-abendländische Tradition Hessens. Es ist aber wert hinterfragt zu werden, ob der Feiertagsschutz in einer pluralistischen Gesellschaft (bzw. im religiös-neutralen Staat) so weit gehen muss, dass Anhänger eines christlichen Bekenntnisses vor jeglicher Kenntnisnahme eines „nicht-feiertagskonformen“ Verhaltens geschützt werden müssen. Verfassungsrechtlich ist solch ein strenger Schutz nicht zwingend. Das Bestehen eines Verbotes ohne konkrete Gefährdung erscheint jedoch weder für die Betroffenen noch für einen Großteil der Bevölkerung nachvollziehbar. Die zu starke Divergenz zwischen Gesetz und „Rechtsgefühl“ bzw. gelebter Praxis der Bevölkerung kann aber Probleme nach sich ziehen, die hier nur angerissen werden können: Wenn zu viele Menschen sich in einem alltäglichen Verhalten „kriminalisiert“ sehen, kann dies das Vertrauen in den Rechtsstaat und seine Gesetze mindern. Dies wird nicht alleine durch das Tanzverbot eintreten, sollte aber auch berücksichtigt werden.

Der weiteren Entwicklung im Feiertagsrecht darf also mit Spannung entgegengesehen werden.

HOLGER JACOBS\*

# Freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1906 Abs. 4 BGB Auslegungsprobleme und gesetzgeberischer Nachbesserungsbedarf

## Vorwort

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Genehmigungsbedürftigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen<sup>1</sup> an Betreuten gemäß § 1906 Abs. 4 BGB. Während das Betreuungsrecht im Allgemeinen und die Problematik freiheitsentziehender Maßnahmen im Speziellen in der juristischen Ausbildung allenfalls eine Randnotiz darstellen, ist die Relevanz in der Praxis groß und gewinnt immer mehr an Bedeutung. So hat sich die Zahl der jährlichen Genehmigungen von freiheitsentziehenden Maßnahmen nach § 1906 Abs. 4 BGB seit 1992 etwa verzehnfacht.<sup>2</sup> Im Jahr 2010 wurden etwa 100.000 Genehmigungen erteilt.<sup>3</sup> Kaum abzuschätzen ist außerdem die Zahl derer, die freiheitsentziehenden Maßnahmen ausgesetzt sind, ohne dass eine gerichtliche Genehmigung vorliegt.

Umso kritischer ist es zu bewerten, dass die Rechtslage im Hinblick auf unterbringungsähnliche Maßnahmen alles andere als geklärt ist.<sup>4</sup> Die Uneinigkeit der Rechtsprechung hat zur Konsequenz, dass Betreuer und Pflegeeinrich-

---

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

<sup>1</sup> Die Begriffe „freiheitsentziehende Maßnahme“ und „unterbringungsähnliche Maßnahme“ werden synonym verwendet.

<sup>2</sup> Bundesamt für Justiz, [http://www.bundesjustizamt.de/cln\\_108/nn\\_258694/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Betreuung/Verfahren\\_\\_Betreuungsgesetz.html?\\_\\_nnn=true](http://www.bundesjustizamt.de/cln_108/nn_258694/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Betreuung/Verfahren__Betreuungsgesetz.html?__nnn=true), Erscheinungsdatum 14.02.2012 (Abruf am 08.05.2012); *Jaschinski*, in: jurisPK-BGB, § 1906 Rn. 16.

<sup>3</sup> Ebd.

<sup>4</sup> Vgl. *Hoffmann/Klie*, Freiheitsentziehende Maßnahmen (2004), S. 88.

tungen oftmals nicht wissen, wann freiheitsentziehende Maßnahmen der gerichtlichen Genehmigung bedürfen.<sup>5</sup> Unklar sind insbesondere folgende Punkte: Unter welchen Voraussetzungen kann die eigene Wohnung des Betreuten eine „sonstige Einrichtung“ i.S.d. § 1906 Abs. 4 BGB darstellen? Bedarf es für freiheitsentziehende Maßnahmen einer Genehmigung, wenn die betroffene Person bereits nach § 1906 Abs. 1 BGB untergebracht ist? Wie lange muss die Freiheitsentziehung andauern, dass von einem „längeren Zeitraum“ gesprochen werden kann?

## I. Überblick

§ 1906 BGB ist mit dem Betreuungsgesetz zum 01.01.1992 in Kraft getreten und regelt die Voraussetzungen für die zivilrechtliche Unterbringung sowie unterbringungsähnliche Maßnahmen.<sup>6</sup>

§ 1906 Abs. 4 BGB ordnet für freiheitsentziehende Maßnahmen die entsprechende Geltung der Absätze 1-3, also der Vorschriften über die Unterbringung, an. Daraus folgt, dass freiheitsentziehende Maßnahmen nur unter den materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 und 2 zulässig sind. Ferner ist nach Abs. 2 eine Genehmigung des Betreuungsgerichts erforderlich und nach Abs. 3 hat der Betreuer die Maßnahmen zu beenden, wenn deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Für die Anwendbarkeit des § 1906 Abs. 4 BGB ist zunächst erforderlich, dass der Betroffene volljährig ist<sup>7</sup> und für ihn gemäß § 1896 BGB ein Betreuer mit entsprechendem Aufgabenkreis bestellt ist oder eine Vollmacht nach § 1906 Abs. 5 BGB vorliegt. Ferner muss sich der Betroffene in einer Einrichtung i.S.d. Vorschrift aufhalten.

Als freiheitsentziehende Maßnahmen nennt § 1906 Abs. 4 BGB beispielhaft mechanische Vorrichtungen (z.B. Bettgitter, Fesseln oder Sitzgurte), Medi-

---

<sup>5</sup> *Grauer*, BtPrax 1999, 20 (22).

<sup>6</sup> Zur Gesetzgebungsgeschichte: *Marschner*, in: Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, *Betreuungsrecht kompakt* (5. Aufl. 2002); *Holzbauer*, FuR 1992, 249 (249 ff.).

<sup>7</sup> LG Essen FamRZ 1993, 1347 (1348); *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8 (6. Aufl. 2012), § 1906 Rn. 10.

kamente (z.B. Schlafmittel oder Psychopharmaka) und sonstige Maßnahmen (z.B. Wegnahme von Gehhilfen, Drohungen oder Täuschungen). Genehmigungspflichtig nach § 1906 Abs. 4 BGB sind aber nur solche freiheitsentziehenden Maßnahmen, die über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig erfolgen sollen. Die Maßnahme muss gerade darauf abzielen, den Betreuten in seiner Bewegungsfreiheit einzuschränken.<sup>8</sup> Ist der Betroffene jedoch mit der Maßnahme einverstanden, bedarf es keiner Genehmigung, sofern er Bedeutung und Ausmaß seiner Entscheidung erkennt.<sup>9</sup> Verfügt der Betroffene nicht mehr über die Fähigkeit zur Fortbewegung und äußert er auch keinen entsprechenden Willen, liegt schon begrifflich keine freiheitsentziehende Maßnahme vor.<sup>10</sup>

In materiell-rechtlicher Hinsicht sind nur solche freiheitsentziehenden Maßnahmen zulässig, die zum Wohl des Betreuten entweder aufgrund einer Selbstgefährdung (§ 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB) oder zur Durchführung ärztlicher Maßnahmen (§ 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB) erforderlich sind.

Hat der Betreuer eine gerichtliche Genehmigung zur Vornahme einer freiheitsentziehenden Maßnahme erhalten, kann er die nach § 323 FamFG in der Beschlussformel bezeichnete Maßnahme anordnen. Die Vornahme der freiheitsentziehenden Maßnahme wird also nicht durch den Beschluss des Betreuungsgerichts angeordnet, sondern durch den Betreuer.<sup>11</sup> Sobald die Voraussetzungen der unterbringungsähnlichen Maßnahmen nicht mehr gegeben sind, hat der Betreuer diese gemäß § 1906 Abs. 3 BGB zu beenden und dem Betreuungsgericht Mitteilung zu erstatten.

Die Genehmigung nach § 1906 Abs. 4 i.V.m. Abs. 2 BGB hat neben der Feststellung der zivilrechtlichen Zulässigkeit der freiheitsentziehenden Maßnahme außerdem die Funktion, den oftmals verwirklichten Tatbestand des §

---

<sup>8</sup> OLG Hamm *BiPrax* 1997, 162 (163).

<sup>9</sup> *Dodegge*, in: *Dodegge/Roth*, Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht (3. Aufl. 2010), Teil G Rn. 13 ff., 63.

<sup>10</sup> *Dodegge*, in: *Dodegge/Roth*, Teil G Rn. 11 f..

<sup>11</sup> *Müller*, in Beck'scher Online-Kommentar BGB (Edition 22, Stand 01.03.2011), § 1906 Rn. 18; Lediglich als absolute Eilmaßnahme kann das Betreuungsgericht gemäß §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1846 BGB i.V.m. § 331 FamFG selbst entsprechende Maßnahmen anordnen.

239 Abs. 1 StGB zu rechtfertigen.<sup>12</sup> Daneben kommt ferner eine Rechtfertigung nach § 34 StGB in Betracht. Ein Einverständnis des Betroffenen ist kein Rechtfertigungsgrund, sondern schließt bereits den Tatbestand des § 239 Abs. 1 StGB aus.<sup>13</sup>

## II. Die eigene Wohnung als sonstige Einrichtung?

Der Wortlaut des § 1906 Abs. 4 BGB setzt voraus, dass sich der Betreute in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält. Der Begriff der Einrichtung ist weit auszulegen.<sup>14</sup> Umfasst sind grundsätzlich alle stationären Einrichtungen der Altenhilfe, der Behindertenhilfe sowie der Psychiatrie, unabhängig davon, wie sich die Einrichtung selbst bezeichnet.<sup>15</sup>

Besonders problematisch ist die Frage, ob und unter welchen Bedingungen die eigene Wohnung als sonstige Einrichtung i.S.d. § 1906 Abs. 4 BGB verstanden werden kann. Der Wortlaut scheint zunächst dagegen zu sprechen, da man nach allgemeinem Sprachgebrauch die eigene Wohnung wohl kaum als „Einrichtung“ bezeichnen würde. Das Tatbestandsmerkmal sollte nach der Entstehungsgeschichte jedoch allein dazu dienen, Freiheitsentziehungen innerhalb der sog. Familienpflege vom Anwendungsbereich der Vorschrift auszuschließen.<sup>16</sup> Daher kann unter bestimmten Voraussetzungen eine Einstufung der Privatwohnung des Betreuten als „sonstige Einrichtung“ im Hinblick auf Sinn und Zweck der Vorschrift geboten sein. Es empfiehlt sich zunächst danach zu unterscheiden, ob die Pflege durch Familienangehörige oder durch ambulante Pflegedienste erfolgt.

---

<sup>12</sup> Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Betreuungsrecht Kommentar (5. Aufl. 2011), BGB § 1906 Rn. 259; ausführlich zu dem Verhältnis zwischen freiheitsentziehenden Maßnahmen und § 239 Abs. 1 StGB: Schmidt, Freiheitsberaubung aus Fürsorge, Diss. (Gießen 2010).

<sup>13</sup> Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, BGB § 1906 Rn. 259.

<sup>14</sup> Schwab, in: MünchKomm, BGB, § 1906 Rn. 46

<sup>15</sup> Marschner, in: Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Betreuungsrecht, Rn. 516; Schwab, in: MünchKomm, BGB, § 1906 Rn. 46.

<sup>16</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 209 f..

## 1. Familienpflege

Bei einer „sonstigen Einrichtung“ i.S.d. § 1906 Abs. 4 BGB müsste es sich - wie sich aus dem Wortlaut ergibt - um eine solche handeln, die einer „Anstalt“ oder einem „Heim“ vergleichbar ist.<sup>17</sup> Wohnt der Betreute allerdings in seiner eigenen Wohnung und wird dort von Familienangehörigen gepflegt, ist der Charakter seiner Wohnung nicht mit dem einer Anstalt oder eines Heims zu vergleichen. Denn im Rahmen der Familienpflege fehlt es an einem für Heime typischen institutionellen Rahmen und es findet gerade keine Versorgung durch professionelles Pflegepersonal statt. Zudem hat der Gesetzgeber die Familienpflege bewusst vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen.<sup>18</sup> Daher geht die h.M. zu Recht davon aus, dass die Wohnung in diesen Fällen keine sonstige Einrichtung darstellt.<sup>19</sup> Das bedeutet, dass die freiheitsentziehenden Maßnahmen bei der Pflege durch eigene Angehörige in der Wohnung des Betreuten nicht genehmigungspflichtig und auch gar nicht genehmigungsfähig sind. Daraus folgt jedoch nicht die allgemeine Zulässigkeit von freiheitsentziehenden Maßnahmen in diesem Bereich.<sup>20</sup> Vielmehr finden die allgemeinen Regelungen, insbesondere § 239 StGB, § 823 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 239 StGB Anwendung. Der Gesetzgeber wollte durch den Ausschluss der Familienpflege von der Norm eine Demotivierung von pflegenden Angehörigen vermeiden.<sup>21</sup> Die Angehörigen könnten ein Genehmigungserfordernis als „formalistische zusätzliche Belastung empfinden“.<sup>22</sup>

Eine Mindermeinung hält den Ausschluss der Familienpflege vom Genehmigungserfordernis für verfassungswidrig<sup>23</sup> bzw. befürwortet eine verfassungs-

<sup>17</sup> *Grengel*, Zwangsmaßnahmen des Betreuers, Diss. (Mainz 2009) S. 251.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 210.

<sup>19</sup> BayObLG BtPrax 2003, 37 (37); *Roth*, in: Erman, Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2 (13. Aufl. 2011) § 1906 Rn. 35; *Schwab*, in: MünchKomm, BGB, § 1906 Rn. 46; *Dodegge*, MDR 1992, 437 (437).

<sup>20</sup> *Dodegge*, in: *Dodegge/Roth*, Teil G Rn. 55.

<sup>21</sup> Vgl. *Schumacher*, FamRZ 1991, 280 (282); *Roth*, in: Erman, BGB, § 1906 Rn. 35 (13. Aufl.).

<sup>22</sup> Vgl. *Holzbauer*, Gutachten B für den 57. Deutschen Juristentag (München 1988), B 105.

<sup>23</sup> *Schumacher*, FamRZ 1991, 280 (282); *Marschner*, in: *Marschner/Volckart/Lesting*, Kommentar Freiheitsentziehung und Unterbringung (5. Aufl. 2010), C § 1906 Rn. 42.

konforme Auslegung in der Hinsicht, dass auch für den Bereich der Familienpflege eine Genehmigungspflicht besteht.<sup>24</sup> Gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 2, 3 GG und Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG seien für einen Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit einer Person ein förmliches Gesetz und eine richterliche Entscheidung erforderlich.<sup>25</sup> Die Betreuung sei Teil der im Sozialstaatsprinzip verwurzelten staatlichen Fürsorgepflicht. Auch wenn der Staat sich dem Betreuer als privatrechtlich handelnder Person bediene, um seine Fürsorgepflicht zu erfüllen, sei er weiter an die Rechtsgarantien der Art. 2 Abs. 2 S. 2, 3 GG und Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG gebunden.<sup>26</sup> Grundsätzlich ist dem insoweit zuzustimmen, als auch für den Betreuer Art. 104 Abs. 2 GG (zumindest mittelbar) Wirkung entfaltet und er daher für Freiheitsentziehungen einer gerichtlichen Genehmigung bedarf.<sup>27</sup> Die Ansicht verkennt jedoch, dass der Betreuer durch § 1906 Abs. 4 BGB keinesfalls zu solchen Maßnahmen ermächtigt wird.<sup>28</sup> Er macht sich sogar gemäß § 239 StGB strafbar, wenn keine Einwilligung oder ein sonstiger Rechtfertigungsgrund vorliegt. Es ist auch nicht ersichtlich, warum § 239 StGB mit einer Strafandrohung von bis zu fünf Jahren einen schlechteren Schutz für den Betroffenen darstellen soll, als das Genehmigungserfordernis des Betreuungsrechts.<sup>29</sup> § 1906 Abs. 4 BGB ist daher nicht verfassungswidrig und bedarf in dieser Hinsicht auch keiner verfassungskonformen Auslegung.

---

<sup>24</sup> AG Garmisch-Partenkirchen BtPrax 1999, 207 (207 f.); Voigt, Die Pflichten des Betreuers, Diss. (Hamburg 1994), S. 144.

<sup>25</sup> Nach h.M. sind die Grundrechte im Verhältnis zwischen Betreuer und Betreutem unmittelbar anwendbar, da der Betreuer staatliche Fürsorgeaufgaben wahrnehme, vgl. BGHZ 166, 141 (148); 145, 297 (304, 308). Die Gegenansicht erkennt zumindest eine starke Ausstrahlungswirkung des Art. 104 II GG an, vgl. Kreicker, NJW 2009, 890 (890).

<sup>26</sup> AG Garmisch-Partenkirchen BtPrax 1999, 207 (208).

<sup>27</sup> Vgl. Voigt, Die Pflichten des Betreuers, S. 130.

<sup>28</sup> Vgl. BayObLG BtPrax 2003, 37 (37); Grengel, Zwangsmaßnahmen des Betreuers, S. 251.

<sup>29</sup> Röttgen, Das Betreuungsrecht, Diss. (Bonn 2000) S. 212.

## 2. Ambulante Pflegedienste

Erfolgt die Pflege des Betreuten innerhalb der eigenen Wohnung ausschließlich durch externe Pflegedienste, wird zum Teil von einer sonstigen Einrichtung i.S.d. § 1906 Abs. 4 BGB ausgegangen.<sup>30</sup> In diesen Fällen diene die Wohnung lediglich als Aufenthaltsort und die Situation sei mit der in einem Seniorenwohnheim vergleichbar, in dem die Bewohner ebenfalls häufig in einer eigenen Wohnung leben und von professionellen Pflegekräften versorgt werden.<sup>31</sup> Zudem wäre andernfalls der in seiner eigenen Wohnung lebende Betreute schlechter gestellt als ein Heimbewohner. Denn dem Heimbewohner käme die Schutzvorschrift des § 1906 Abs. 4 BGB zugute.<sup>32</sup>

Eine Gegenauffassung sieht auch bei der Pflege durch ambulante Pflegedienste die eigene Wohnung des Betreuten nicht als sonstige Einrichtung an.<sup>33</sup> Es fehle an einem institutionellen Rahmen der für eine Einrichtung typisch sei.<sup>34</sup> Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass man durchaus auch von einem institutionellen Rahmen sprechen kann, wenn regelmäßige Besuche durch das Pflegepersonal stattfinden und die Wohnung speziell für die Anforderungen der Pflege hergerichtet ist.<sup>35</sup> Außerdem wollte der Gesetzgeber durch die Formulierung „in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung“ lediglich die Familienpflege aus dem Anwendungsbereich herausnehmen.<sup>36</sup> Aus den genannten Gründen ist daher, die eigene Wohnung in diesen Fällen als sonstige Einrichtung i.S.d. § 1906 Abs. 4 BGB einzustufen.

---

<sup>30</sup> LG Hamburg FamRZ 1994, 1619 (1620); LG München FamRZ 2000, 1123 (1123); AG Tempelhof-Kreuzberg BtPrax 1998, 194 (194); *Schwab*, in: MünchKomm, BGB, § 1906 Rn. 46.

<sup>31</sup> LG München FamRZ 2000, 1123 (1123).

<sup>32</sup> AG Tempelhof-Kreuzberg BtPrax 1998, 194 (194).

<sup>33</sup> *Grauer*, BtPrax 1999, 20 (22).

<sup>34</sup> Ebd.

<sup>35</sup> LG München FamRZ 2000, 1123 (1123); LG Hamburg FamRZ 1994, 1619 (1620).

<sup>36</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 210; vgl. *Roth*, in: Erman, BGB, § 1906 Rn. 36 (13. Aufl.).

### 3. „Geteilte Pflege“

In der Praxis ist jedoch häufig die Konstellation anzutreffen, dass sich Familienangehörige und ambulante Pflegedienste die Pflege und Versorgung des Betroffenen teilen.<sup>37</sup> Hier sollte letztlich im Einzelfall entschieden werden. Solange in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht der wesentliche Teil der Pflege bei den Familienangehörigen verbleibt, kann die Wohnung nicht als sonstige Einrichtung eingestuft werden – mit der Konsequenz, dass freiheitsentziehende Maßnahmen dann nicht genehmigungsfähig sind.<sup>38</sup>

Noch problematischer sind insbesondere die Fälle, in denen etwa aufgrund einer Erkrankung von pflegenden Angehörigen, ambulante Dienste, die sonst nur in geringem Umfang die Pflege unterstützen, diese zeitweise komplett übernehmen.<sup>39</sup> Es ist bisher ungeklärt, wie lange ein solcher Zustand andauern müsste, bis die Wohnung als sonstige Einrichtung gelten kann. Denkbar wäre beispielsweise von einer sonstigen Einrichtung ab dem Zeitpunkt auszugehen, von dem an die Pflege durch ambulante Dienste nicht mehr als vorübergehender Ausnahmezustand erscheint.

### 4. Kritik

Unter rechtspolitischen Aspekten kann der Ausschluss der Familienpflege von der Norm durchaus kritisch betrachtet werden.<sup>40</sup> Das Motiv des Gesetzgebers für den Ausschluss der Familienpflege vom Anwendungsbereich des § 1906 Abs. 4 BGB war die Erwägung, dass man die Angehörigen nicht demotivieren dürfe.<sup>41</sup> Da jedoch außerhalb des § 1906 Abs. 4 BGB die allgemeinen strafrechtlichen Regelungen Anwendungen finden, stellt sich die Frage, ob das

---

<sup>37</sup> Vgl. *Grauer*, BtPrax 1999, 20 (22); *Jaschinski*, in: juris Praxiskommentar-BGB, Bd. 4 (5. Aufl. 2010), § 1906 Rn. 85.

<sup>38</sup> *Jaschinski*, in: jurisPK-BGB, § 1906 Rn. 85.

<sup>39</sup> Vgl. *Grauer*, BtPrax 1999, 20 (22).

<sup>40</sup> Vgl. *Schumacher*, Freiheitsentziehende Maßnahmen mit mechanischen Mitteln bei der Betreuung gebrechlicher Menschen (Köln 1997), S. 143 ff.

<sup>41</sup> Vgl. *Holzhauser*, 57. DJT, B 105.

Bewusstsein, sich ggf. am Rande der Strafbarkeit zu bewegen oder sich der Strafverfolgung auszusetzen<sup>42</sup>, nicht ebenso demotivierend wirken kann.

Ferner hat die derzeitige Regelung zur Folge, dass immer dann, wenn freiheitsentziehende Maßnahmen nicht durch allgemeine Rechtfertigungsgründe gedeckt sind, sie aber dennoch notwendig erscheinen, der Betreute in eine offene oder geschlossene Einrichtung verbracht werden muss.<sup>43</sup> Das Ziel des Gesetzgebers, die Angehörigen nicht zu demotivieren und so zu verhindern, dass Betreute in Pflege- oder Altenheime „abgeschoben“ werden, wird damit ad absurdum geführt.

### III. Anwendung auf förmlich Untergebrachte

Bereits seit 20 Jahren wird in Rechtsprechung und Literatur über die Frage gestritten, ob § 1906 Abs. 4 BGB auch auf Betreute Anwendung findet, die bereits nach § 1906 Abs. 1 BGB untergebracht sind. Nach dem Wortlaut findet die Vorschrift nur auf Betreute Anwendung, die sich in einer Einrichtung aufhalten „ohne untergebracht zu sein“.

#### 1. Meinungsstand

In den letzten Jahren hat sich in Rechtsprechung und Literatur überwiegend die Ansicht durchgesetzt, dass freiheitsentziehende Maßnahmen entgegen dem Wortlaut einer erneuten betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedürfen.<sup>44</sup> Stelle sich die freiheitsentziehende Maßnahme nicht bloß als eine Umsetzung der genehmigten Unterbringung dar, sondern habe darüber hinaus eine freiheitsentziehende Wirkung, sei der Schutzbereich des Art. 104 Abs. 2 GG

<sup>42</sup> *Schumacher*, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 144; *Zimmermann*, in: Damrau/Zimmermann, *Betreuungsrecht: Kommentar zum materiellen und zum formellen Recht* (3. Aufl. 2001), § 1906 Rn. 72; *Bohnert*, *Unterbringungsrecht* (München 2000), S. 57.

<sup>43</sup> Vgl. *Grengel*, *Zwangsmaßnahmen des Betreuers*, S. 253, welcher dies jedoch aufgrund der besseren Kontrolle und Überwachung als sinnvoll erachtet.

<sup>44</sup> BayObLG FamRZ 1994, 721 (722); AG Hannover BtPrax 1992, 113 (114); *Marschner*, in: Jürgens, *Kommentar zum materiellen Betreuungsrecht, zum Verfahrensrecht und zum Vormünder- und Betreuervergütungsrecht* (4. Aufl. 2010), BGB, § 1906 Rn. 31; *Roth*, in: Erman, BGB, § 1906 Rn. 26 (13. Aufl.); *Sonntag*, FamRZ 2011, 1635 (1636 ff.).

eröffnet.<sup>45</sup> Dafür spreche auch, dass gemäß § 323 FamFG eine genaue Bezeichnung der Unterbringungsmaßnahme in der Beschlussformel notwendig ist.<sup>46</sup> Maßnahmen, die darin nicht genannt sind, könnten auch nicht von der Genehmigung umfasst sein. § 1906 Abs. 4 BGB sei daher verfassungskonform so auszulegen, dass auch für untergebrachte Personen eine Genehmigung erforderlich sei.

Die Gegenansicht, nach der freiheitsentziehende Maßnahmen an förmlich Untergebrachten keiner weiteren Genehmigung bedürfen, scheint aktuell in der Rechtsprechung wieder vermehrt Zustimmung zu finden.<sup>47</sup> Sie stellt primär auf den Wortlaut der Norm ab.<sup>48</sup> Der Gesetzgeber habe mit der Norm nur Maßnahmen in offenen Einrichtungen regeln wollen.<sup>49</sup> Eine Genehmigungsbedürftigkeit könne daher nur im Hinblick auf Art. 104 Abs. 2 GG erforderlich sein.<sup>50</sup> Durch die richterliche Entscheidung über die Unterbringung sei dem aber Genüge getan.<sup>51</sup> Einzelne Maßnahmen innerhalb des Vollzugs seien nicht erneut genehmigungsbedürftig.<sup>52</sup> So sei auch im Strafvollzug gemäß §§ 88 Abs. 1, 2, 91 Abs. 1 StVollzG eine Fesselung des Gefangenen ohne eine gerichtliche Genehmigung möglich.<sup>53</sup>

Eine weitere vereinzelt vertretene Auffassung differenziert nach dem Grund der Unterbringung.<sup>54</sup> Handle es sich um eine fürsorgliche Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB, seien weitere freiheitsentziehenden Maßnahmen

---

<sup>45</sup> Roth, in: Erman, BGB, § 1906 Rn. 26 (13. Aufl.).

<sup>46</sup> Marschner, in: Marschner/Volckart/Lesting, BGB, C § 1906 Rn. 43; Vgl. Zimmermann, in: Damrau/Zimmermann, BGB, § 1906 Rn. 73: noch zur Vorschrift des § 70 I Nr. 2 FGG.

<sup>47</sup> LG Baden-Baden FamRZ 2010, 1471 (1471); LG Freiburg FamRZ 2010, 1846 (1846); AG Kiel, Beschluss vom 02.02.2011 (2 XVII K 1043).

<sup>48</sup> LG Baden-Baden FamRZ 2010, 1471 (1471).

<sup>49</sup> LG Freiburg FamRZ 2010, 1846 (1846); Klüsener, NJW 1993, 617 (623).

<sup>50</sup> Klüsener, NJW 1993, 617 (623).

<sup>51</sup> LG Freiburg FamRZ 2010, 1846 (1846).

<sup>52</sup> Jeweils unter Berufung auf BverfGE 2, 118: LG Freiburg FamRZ 2010, 1846 (1846); Klüsener, NJW 1993, 617 (623).

<sup>53</sup> Klüsener, NJW 1993, 617 (623).

<sup>54</sup> Weber, Der Einfluß des Betreuungsgesetzes auf die freiheitsentziehende Unterbringung, Diss. (Tübingen 1995) S. 119.

nicht von der Unterbringung „mitgenehmigt“.<sup>55</sup> Aus Art. 104 Abs. 2 GG ergebe sich in diesen Fällen ein Genehmigungserfordernis für weitergehende freiheitsentziehenden Maßnahmen. Erfolge hingegen die Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB zum Zweck der Durchführung einer medizinischen Maßnahme, könne davon ausgegangen werden, dass die dazu notwendigen freiheitsentziehenden Maßnahmen von der Genehmigung umfasst seien.<sup>56</sup>

## 2. Stellungnahme

Entscheidend ist letztlich die Frage, ob die freiheitsentziehende Maßnahme nach Art. 104 Abs. 2 GG einer Genehmigung bedarf. Nach dem Wortlaut der Norm hat nur der Richter über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung zu entscheiden. Liegt die freiheitsentziehende Maßnahme in ihrer Intensität deutlich über der bereits gerichtlich genehmigten Unterbringung, handelt es sich dabei nicht um dieselbe Freiheitsentziehung, sondern um eine weitere eigenständige Freiheitsentziehung.<sup>57</sup> Dies wird deutlich, wenn man sich die mögliche Steigerung der Eingriffsintensität an einem Extremfall verdeutlicht<sup>58</sup>: Ist ein Betreuer in einer weitläufigen geschlossenen Einrichtung untergebracht, in der er sich frei bewegen kann, wird man wohl kaum von der gleichen Freiheitsentziehung sprechen können, wenn er nun über einen längeren Zeitraum an sein Bett gefesselt werden soll.

Eine Genehmigung ist aber nur dann erforderlich, wenn der Eingriff in die körperliche Bewegungsfreiheit nicht schon von der Genehmigung der Unterbringung umfasst ist. Diese deckt nur solche Maßnahmen ab, die typischerweise mit der Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung verbunden sind.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> Ebd. S. 119.

<sup>56</sup> Ebd. S. 119.

<sup>57</sup> Vgl. *Jaschinski*, in: jurisPK-BGB, § 1906 Rn. 86; *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1 (60. Ergänzungslieferung, 2010), Art. 104 Rn. 8.

<sup>58</sup> Vgl. *Dodegge*, MDR 1992, 437 (437); *Zimmermann*, in: Damrau/Zimmermann, BGB, § 1906 Rn. 73.

<sup>59</sup> BayObLG FamRZ 1994, 721 (722); AG Bielefeld BtPrax 1996, 232 (233).

Die fürsorgliche Unterbringung gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB dient dazu, den Betreuten vor sich selbst zu schützen. Als typischen Fall hatte der Gesetzgeber die Unterbringung eines Demenzkranken vor Augen, der „Gesundheit und Leben dadurch aufs Spiel setzt, dass er regelmäßig - auch nachts oder bei großer Kälte – planlos und ohne Beachtung des Straßenverkehrs umherirrt“.<sup>60</sup> Derartige Gefahren können jedoch durch die Unterbringung an sich schon behoben werden, ohne dass dafür weitere freiheitsentziehende Maßnahmen notwendig sind. Denn bereits durch die Unterbringung ist gewährleistet, dass der Betroffene die Einrichtung nicht verlassen kann. Weitere freiheitsentziehende Maßnahmen können bei der Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB zwar notwendig sein, sind dies aber nicht regelmäßig und typischerweise. Sie sind daher von der Genehmigung nicht umfasst.

Fraglich ist, ob bei der Unterbringung zum Zweck medizinischer Maßnahmen nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB zu deren Durchführung regelmäßig weitere freiheitsentziehende Maßnahmen erforderlich sind. § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB setzt voraus, dass die Unterbringung notwendig sein muss, um die Untersuchung, die Heilbehandlung oder den ärztlichen Eingriff zu ermöglichen. Hauptanwendungsfall wird daher die Verweigerung der Behandlung durch den Betroffenen sein.<sup>61</sup> Dann aber ist es naheliegend, dass für die Untersuchung, die Heilbehandlung oder den ärztlichen Eingriff in der geschlossenen Einrichtung weitere freiheitsentziehende Maßnahmen (z.B. regelmäßige Fixierungen zur Verabreichung von Medikamenten) notwendig sind. Daher wird man wohl sagen können, dass auf eine Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB typischerweise und regelmäßig weitere freiheitsentziehende Maßnahmen folgen. Die zur Durchführung der medizinischen Maßnahmen erforderlichen freiheitsentziehenden Maßnahmen sind daher regelmäßig als „mitge-  
nehmigt“ anzusehen und stellen sich lediglich als Umsetzung der Unterbrin-

---

<sup>60</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 146.

<sup>61</sup> Vgl. *Marschner*, in: Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, *Betreuungsrecht*, Rn. 511; *Schwab*, in: *MünchKomm, BGB*, § 1906 Rn. 21.

gung dar. Aus diesen Gründen erscheint eine Differenzierung nach Unterbringungstatbeständen sachgerecht.

Das Argument der Gegenansicht, dass für Strafgefangene gemäß §§ 88 Abs. 1, 2, 91 Abs. 1 StVollzG ebenfalls keine gerichtliche Genehmigung für eine Fesselung notwendig sei, ist insofern nicht überzeugend als es an einer entsprechenden Vergleichbarkeit fehlt. Aufgrund der Notwendigkeit einer effizienten Überwachung und der selbstverschuldeten Straffälligkeit, müssen Strafgefangene Einschränkungen ihrer Grundrechte in weitaus höherem Maße hinnehmen.<sup>62</sup>

Im Ergebnis ist daher entgegen des Wortlauts des § 1906 Abs. 4 BGB eine Genehmigung auch bei bereits untergebrachten Personen erforderlich. Für freiheitsentziehende Maßnahmen zur Durchführung einer medizinischen Behandlung bei einer Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB ist regelmäßig jedoch keine gesonderte Genehmigung notwendig.

#### IV. Längerer Zeitraum

Nach § 1906 Abs. 4 BGB sind nur solche freiheitsentziehenden Maßnahmen genehmigungsbedürftig, die über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig erfolgen. Regelmäßig erfolgt eine freiheitsentziehende Maßnahme nach einhelliger Meinung, wenn sie entweder immer zur gleichen Zeit (z.B. das Anbringen eines Bettgitters zur Nachtzeit) oder aus wiederkehrendem Anlass (z.B. immer, wenn der Betreute die Einrichtung verlassen möchte) wiederholt wird.<sup>63</sup>

Größere Probleme bereitet die Frage, wann man von einem längeren Zeitraum i.S.d. § 1906 Abs. 4 BGB gesprochen werden kann und welche Kriterien dabei zu berücksichtigen sind. In der Gesetzesbegründung wurde als Kriterium ein Rückgriff auf § 128 StPO erwogen.<sup>64</sup> Demnach läge ein längerer Zeitraum vor, wenn die unterbringungsähnliche Maßnahme nicht am Tag nach ihrem

<sup>62</sup> Vgl. *Kreicker*, NJW 2009, 890 (891).

<sup>63</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 149; *Marschner*, in: *Marschner/Volckart/Lesting*, BGB, C § 1906 Rn. 52; *Zimmermann*, in: *Damrau/Zimmermann*, BGB, § 1906 Rn. 76.

<sup>64</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 149.

Beginn wieder beendet werden würde. In der Gesetzesbegründung wurde aber bereits darauf hingewiesen, dass diese Regelung wohl zu unflexibel sei.<sup>65</sup> Im Ergebnis wollte der Gesetzgeber die Frage wohl offen lassen. In der Literatur wird die Frist des § 128 StPO zum Teil als Höchstgrenze herangezogen.<sup>66</sup>

Denkbar ist ferner eine Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände (z.B. Art der Maßnahme, Belastung für den Betroffenen etc.).<sup>67</sup> Dafür spricht, dass die Intensität des Eingriffs bei freiheitsentziehenden Maßnahmen und die Belastung des Einzelnen durch diese Maßnahme sehr unterschiedlich sein können.<sup>68</sup> Vergleicht man etwa das Absperren des Zimmers eines Betroffenen, der gewöhnlich ohnehin den Großteil des Tages dort verbringt, mit der Totalfixierung eines besonders bewegungsfreudigen Heimbewohners, so scheint es naheliegend, für die Frage, ab wann ein längerer Zeitraum vorliegt, diese Umstände zu berücksichtigen.

Gegen eine solche Einzelfallbetrachtung spricht jedoch ihre Unbestimmtheit.<sup>69</sup> Eine genaue, nach Zeiteinheiten bemessene, Frist wäre für Betreuer und Pflegeeinrichtung wesentlich leichter zu handhaben.

Allerdings hat sich der Gesetzgeber wohl bewusst gegen eine starre Regelung entschieden, um eine gewisse Flexibilität zu ermöglichen.<sup>70</sup> Zudem wird auch bei der Freiheitsberaubung gemäß § 239 StGB die Intensität der Einwirkung auf die Bewegungsfreiheit berücksichtigt, ohne dass dabei eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots besorgt wird.<sup>71</sup>

Daher ist letztlich eine am Einzelfall orientierte Betrachtungsweise unter besonderer Berücksichtigung der Eingriffsintensität vorzunehmen. Im Hinblick

---

<sup>65</sup> Ebd.

<sup>66</sup> *Marschner*, in: Marschner/Volckart/Lesting, BGB, C § 1906 Rn. 52; *Hoffmann*, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, BGB § 1906 Rn. 74.

<sup>67</sup> *Marschner*, in: Marschner/Volckart/Lesting, BGB, C § 1906 Rn. 52; *Zimmermann*, in: Damrau/Zimmermann, BGB, § 1906 Rn. 75; einige Minuten ausreichend lassend: BayOBLG FamRZ 1994, 721 (722).

<sup>68</sup> *Hoffmann/Klie*, Freiheitsentziehende Maßnahmen, S. 22.

<sup>69</sup> *Roth*, in: Erman, BGB, § 1906 Rn. 33 (13. Aufl.).

<sup>70</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 149.

<sup>71</sup> *Wieck-Noodt*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3 (1. Aufl. 2003), § 239 Rn. 15.

auf die Rechtssicherheit für die Betreuungspraxis, ist jedoch die Frist des § 128 StPO<sup>72</sup> als zeitliche Höchstgrenze zu befürworten, ab der auch bei weniger einschneidenden Eingriffen von einem „längeren Zeitraum“ zu sprechen ist.

## V. Fazit

Als Fazit lässt sich festhalten, dass eine Neufassung des § 1906 Abs. 4 BGB unter verschiedenen Gesichtspunkten wünschenswert wäre. Zunächst besteht weiterhin Uneinigkeit in Rechtsprechung und Literatur, ob unterbringungsähnliche Maßnahmen bei bereits untergebrachten Personen einer weiteren Genehmigung bedürfen. Ein weiteres Problem stellt der Ausschluss der Familienpflege dar. Während hier die h.M. zu Recht davon ausgeht, dass eine Genehmigung nach § 1906 Abs. 4 BGB nicht in Frage kommt, besteht in Grenzbereichen noch immer keine Klarheit, beispielsweise bei der geteilten Pflege. Zudem ist der Ausschluss der Familienpflege unter rechtspolitischen Aspekten abzulehnen.

Eine gesetzliche Neuregelung des § 1906 Abs. 4 BGB, die die genannten Aspekte berücksichtigt, könnte folgendermaßen aussehen:

*Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend, wenn dem Betreuten durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf sonstige Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll. Ein längerer Zeitraum liegt jedenfalls dann vor, wenn die Maßnahme nicht bis zum Ende des folgenden Tages beendet wird.*

Diese Fassung der Norm würde durch die Streichung des Tatbestandsmerkmals „ohne untergebracht zu sein“ klarstellen, dass freiheitsentziehende Maßnahmen auch bei bereits förmlich Untergebrachten genehmigungsbedürf-

---

<sup>72</sup> Die gleiche Frist beinhaltet auch Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG. Beide enden um 24:00 Uhr des Folgetages: Vgl. *Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 104 Rn. 41; *Schulteis*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (6. Aufl. 2008), § 128 Rn. 5. In der Literatur zu § 1906 Abs. 4 BGB wird die Frist des § 128 StPO häufig als 24-Stunden-Frist missverstanden, so etwa von *Roth*, in: Erman, BGB, § 1906 Rn. 33 (13. Aufl.); *Weber*, Betreuungsgesetz, S. 111.

tig sind. Da zudem die Beschränkung auf Betreute mit Aufenthalt „in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung“ fehlt, wäre der Anwendungsbereich auch für Personen eröffnet, die in der eigenen Wohnung durch Familienangehörige gepflegt werden. Pflegenden Angehörigen, die freiheitsentziehende Maßnahmen nach geltender Rechtslage nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes vornehmen dürfen, wäre nun die Möglichkeit gegeben, die Maßnahmen gerichtlich genehmigen zu lassen. Insoweit würde die hier vorgeschlagene Fassung der Norm den Handlungsspielraum der Angehörigen lediglich erweitern, da sie die Maßnahme neben den allgemeinen Rechtfertigungsgründen auch auf eine gerichtliche Genehmigung nach § 1906 Abs. 4 BGB stützen könnten. Um zusätzlich dem Anliegen Rechnung zu tragen, eine Demotivierung pflegender Angehöriger zu vermeiden, könnte man ggf. für diesen Bereich Verfahrenserleichterungen vorsehen. Zusätzliche Rechtssicherheit würde außerdem die in Satz 2 enthaltene Festlegung einer zeitlichen Höchstgrenze für die Bestimmung des Tatbestandsmerkmals des „längeren Zeitraums“ schaffen.

Wie auch immer man die einzelnen Punkte des Vorschlags rechtspolitisch bewerten mag, so hätte er jedenfalls den Vorteil, dass viele Unklarheiten hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Norm beseitigt würden. Dies wäre wohl nicht nur im Sinne der Betreuer, der Betreuungsgerichte und der Angehörigen, sondern auch im Sinne des Betreuten.

# Battered People Who Kill

## Homicide and Self-Defense Law in the US and in Germany

### I. Introduction

Domestic violence is a more than serious issue in many respects. Legal scholars and practitioners are facing a vast amount of yet unsolved problems relating to this subject. Of course, this text can only deal with one of the multifaceted issues of the problem. In particular, it will focus on a question that only has to be answered when a history of domestic violence has come to its most tragic ending: How can the legal system deal with survivors of domestic violence who finally kill their abuser?<sup>1</sup> Not only for this question, but for all problems that are prompted by domestic violence, it appears to be especially difficult to provide sustainable solutions that are likely to be accepted by a broad majority of the people. This seems to be mainly due to three reasons: First, issues related to this subject necessarily touch the most private and intimate spheres of life. Secondly, domestic violence, unlike most other crimes, holds an enormous range of various different problems (custody issues, diverse immigration and minority questions, special requirements of sentences etc.)<sup>2</sup> and thirdly, it affects a huge portion of the individuals that form our society. Indeed, the German Federal Ministry of Family Affairs, Senior Citizens, Women and Youth

---

\* Philipp Lassahn, LL.B. (Bucerius Law School). This text is based on insights that were gained in a course on Domestic Violence Law taught by Nancy K. D. Lemon at the University of California, Berkeley, in 2010.

<sup>1</sup> Although the terminology may sometimes refer to battered women as murderers of male husbands, the content shall apply to all comparable abusive relationships without any restrictions.

<sup>2</sup> For instance, cf. *Moore*, Understanding The Connection Between Domestic Violence, Crime, and Poverty: How Welfare Reform May Keep Battered Women from Leaving Abusive Relationships, in *Lemon*, Domestic Violence Law (3<sup>rd</sup> ed. 2009), at 979.

found that 18 per cent of all 16 to 60-year-old women had experienced domestic violence, irrespective of age and social class.<sup>3</sup> Moreover, two thirds of all sexual offenses in Germany take place in the domestic environment.<sup>4</sup> Concerning the US, a survey showed that 22 per cent of women, and 7.4 per cent of surveyed men, reported they had experienced physical domestic violence in their life.<sup>5</sup> What is more, 64 per cent of the US women who reported being raped, physically assaulted, or stalked were in fact victims of domestic violence.<sup>6</sup>

Thus, domestic violence not only causes immense bodily and mental harm to those who are directly affected, but is also likely to embody a great challenge to our public health care systems. This means that if domestic violence and the various attempts to trivialize it are not countered with due seriousness and effort, the significant harm that it is already causing to both individuals and society as a whole will not cease. The main reason for domestic violence being a substantial challenge to the overall welfare of society is that it most frequently takes place in the 'germ cell' of society,<sup>7</sup> which still is – the family.

This circumstance is also one of the main reasons why the killing of a batterer cannot be treated just like every other homicide. The relationship between most killers and their victims is completely different from that of a battered person and her perpetrator. In these scenarios, a long lasting history of ongoing, oftentimes extreme violence and intimidation precede the eventual homicide and each of these scenarios is unique. What is more, if domestic violence

---

<sup>3</sup> <http://www.ehe-familie.de/Seite122a.htm> (05/13/2012).

<sup>4</sup> [http://www.bkfrauengesundheit.de/cms/4\\_1\\_gbe/index.html](http://www.bkfrauengesundheit.de/cms/4_1_gbe/index.html) (05/13/2012).

<sup>5</sup> *Tjaden/Thoennes*, Full Report of the Prevalence, Incidence, and Consequences of Violence against Women: Findings from the National Violence against Women Survey, Washington, DC: US Department of Justice, Office of Justice Programs, 2000, Publication No. NCJ183781, <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/183781.pdf> (05/08/2012), at iv.

<sup>6</sup> *Id.* at 46.

<sup>7</sup> Although the role of the family as an economic unit has gradually diminished in modern times, intact families are still essential as a foundation for the development of a sustainable economy. It is therefore an alarming fact that most victims of intimate homicide are killed by their spouses, see *Durose et. al.*, Family Violence Statistics, US DOJ, Bureau Of Justice Statistics, in *Lemon*, supra note 2, at 113.

occurs once, it is almost certain to continue over time,<sup>8</sup> so that it is very likely for such fatal tragedies – the killing of batterers – to happen again and again. The legal problems involved are manifold and in many jurisdictions, the stories of survivors of domestic violence who kill their batterers even serve as well-known examples of classical criminal law debates.<sup>9</sup> Although it is sometimes doubted that the law can be able to handle all aspects of domestic violence,<sup>10</sup> the problem at issue should at least be addressed by the means of law.<sup>11</sup> The reason is that both human nature and societal stability demand the legal system to respond to incidents that reveal parts of the abysmal depths of humanity, as it is always true for the death of a human being if voluntarily caused by another.

The main problem courts and society are facing in the respective situations is that on the one hand, the killing might seem understandable from an emotional perspective, while on the other hand, this feeling has to be brought in line with the right to life and physical integrity that is granted to everyone<sup>12</sup> and with the general prohibition of vigilantism.

In order to further elaborate on this controversial issue, I will describe the way US (and in particular, California) and German criminal law address questions of homicide and self-defense. I will examine how the cases at issue are currently treated by the legal systems and whether or not deviations to the abstract rules are made or may be discussed. Based on these insights, possible adjustments as well as their feasibility will be addressed.

---

<sup>8</sup> Walker, *The Battered Woman Syndrome*, 91 (3rd ed. 2009).

<sup>9</sup> Think of the term '(Haus-)Tyrannenmord' or 'Familientyrann' used frequently in German legal debates concerning problems of perfidiousness and self-defense; see *Rotsch*, JuS 2005, 12 (12).

<sup>10</sup> Goodmark, *Law is the Answer? Do we Really Know that for Sure?: Questioning the Efficacy of Legal Interventions for Battered Women*, in *Lemon*, supra note 2, at 28.

<sup>11</sup> This does not necessarily mean that we must expect the law to provide for a conclusive and satisfying answer.

<sup>12</sup> See Art. 2 II 1 GG as well as the 14<sup>th</sup> Amendment of the US Constitution.

## II. The state of the law – current criminal justice responses

Especially within criminal law, questions concerning both substantive and procedural law issues are still approached in very different manners in the US and in Germany. One of the most important differences is that while in Germany, the design of the written criminal law is exclusively reserved to the federal legislator, the specifics of criminal law in the US may be determined by the single states. This leads to a certain variety of different legal rules and standards. In this text, the in-depth analysis of US law will mainly focus on California, serving as an example for the US criminal justice system in general.

### 1. US (California)

#### a. Murder and manslaughter

In the US in general, and likewise in California, criminal homicide is separated into two classes. It may either be classified as murder or as (the lesser-included offense of) manslaughter,<sup>13</sup> each of which is broken down into two subcategories – namely first and second degree murder or voluntary and involuntary manslaughter.<sup>14</sup> Possible punishments range from 25-years-to-life in prison for first degree murder (or death penalty if special circumstances are asserted)<sup>15</sup> to two years for involuntary manslaughter.<sup>16</sup> The basic requirements of manslaughter are met if a person unlawfully kills another.<sup>17</sup> Cases of intentional killings are considered voluntary manslaughter, whereas involuntary manslaughter applies to cases of accidental or unintentional killings.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> *Within*, California Criminal Law, 817 (3<sup>rd</sup> ed. 2000).

<sup>14</sup> *People v. Pearne*, 118 Cal. 154, 156, 50 P. 376, 377 (1897); sometimes vehicular manslaughter is considered as being a third category, see *Levenson/Ricciardulli*, California Criminal Law § 5:1 (2009).

<sup>15</sup> See *id.*

<sup>16</sup> California Penal Code § 193.

<sup>17</sup> Cal. Jury Instr.-Crim. 8.37.

<sup>18</sup> Cal. Jury Instr.-Crim. 8.40.

A homicide is regarded as murder if certain aggravating circumstances embed the intentional killing, the most relevant of which is the concept of malice aforethought,<sup>19</sup> be it express or implied. Express malice, in this context, is described as the deliberate “intention to unlawfully kill a human being”.<sup>20</sup> Malice is implied when no considerable provocation appeared<sup>21</sup> or when the circumstances attending the killing show an “abandoned and malignant heart”<sup>22</sup>. This said, it is obvious that difficulties in the differentiation between murder and voluntary manslaughter must occur rather frequently, as voluntary manslaughter already presupposes the intentional killing of a fellow creature and the element of malice again focuses on the offender's intention.<sup>23</sup> In fact, reliable definitions are not at hand.<sup>24</sup>

Whenever a killing is accompanied by malice, but is not committed with “premeditation and deliberation”<sup>25</sup> or by one of several statutorily enumerated methods and if it does not qualify as felony-murder, it is second degree murder.<sup>26</sup> Most surprisingly, although one of the most serious crimes of all is at issue, there seems to be no satisfactory definition of premeditation at all and some US courts in the past even admitted that “[p]remeditation has no definite legal limits”.<sup>27</sup> A higher degree of clarity is provided by statutorily enumerated methods of killing, which encompass perpetration “by means of a destructive device or explosive, [...] poison, lying in wait [...] or any murder which is per-

---

<sup>19</sup> If the doctrine of felony-murder applies, evidence of malice aforethought is not necessary, see *Levenson/Ricciardulli*, supra note 14.

<sup>20</sup> Cal. Jury Instr.-Crim. 8.11.

<sup>21</sup> California Penal Code § 188; also see *Blum et. al.*, California Jurisprudence, Criminal Law: Crimes Against the Person, § 25 (3<sup>rd</sup> ed., updated 2010).

<sup>22</sup> California Penal Code § 188.

<sup>23</sup> *People v. Cook*, 39 Cal. 4<sup>th</sup> 566, 596, 139 P.3d 492, 515 (2006).

<sup>24</sup> E.g., cf. *Levenson/Ricciardulli*, supra note 14, at § 5:8: “[A] defendant has a specific [...] *intent to kill* if he or she possesses the *intent to kill* an individual or any member of a specific group” [italics applied by author].

<sup>25</sup> *People v. McNeal*, 160 Cal. App. 2d 446, 449, 325 P.2d 166, 168 (Cal. Ct. App. 1958).

<sup>26</sup> *Levenson/Ricciardulli*, supra note 14, at § 5:31.

<sup>27</sup> *King v. State*, 117 Ark. 82, 173 S.W. 852, 854 (1915); *Bivens v. State*, 11 Ark. 455, 460 (1850); also see the struggles about premeditation in *Polk v. Sandoval*, 503 F.3d 903, 905-06 (9<sup>th</sup> Cir. 2007) and the lack of a clear definition in *People v. Anderson*, 70 Cal. 2d 15, 26, 447 P.2d 942, 948 (1968).

petrated by means of discharging a firearm from a motor vehicle, intentionally at another person outside of the vehicle with the intent to inflict death”.<sup>28</sup> Except for these rather precise ideas, however, this brief overview already prompts the insight that the distinction of homicides appears as a complex and sometimes nebulous area of law – a somewhat dubious situation if we consider that homicide is generally seen as one of the most severe crimes and people should therefore expect the legal system to handle it thoughtfully.

In cases of battered people who kill their abuser, it is evident that the delinquent's intention is to take the batterer's life. Thus on a first step, we have to classify such acts at least as voluntary manslaughter. The crucial point concerns the particular circumstances that occur very frequently in the cases in issue. A battered and coerced person is usually of considerably less physical power than her batterer, which makes it almost impossible for her to kill him in an open fight or with her bare hands. Thus, first, such persons often do not see any other possibility than to kill the abuser at a moment while he is not expecting an attack, e.g. while he is asleep. Second, they are very likely to compensate their lesser physical force by the use of weapons. Both of these measures are seen as circumstances that aggravate the homicide. The fact that somebody is killed in a defenseless state is often seen as an indication of malice, since the 'deliberate intention' required to prove malice is sometimes defined as merely being “the state of mind of one who has an intent to kill”.<sup>29</sup> Obviously, a survivor of domestic violence who shoots or stabs the unsuspecting batterer has the intent to kill, which would suggest that in almost all of the cases one would have to assume murder. However, some more detailed definitions of malice exist as well, e.g. it is described as the “exhibition of a wanton disregard for human life or antisocial motivation; an intentional act that is highly dangerous

---

<sup>28</sup> California Penal Code § 193; as regards the cases at issue, poison and lying in wait may be of relevant importance.

<sup>29</sup> *People v. Antick*, 15 Cal. 3d 79, 87, 539 P.2d 43, 47 (1975); *People v. Tabios*, 67 Cal. App. 4th 1, 7, 78 Cal. Rptr. 2d 753, 756 (Cal. Ct. App. 1998), disapproved of on other grounds by *People v. Sarun Chun*, 45 Cal. 4th 1172, 203 P.3d 425 (2009).

to human life, done in disregard of the actor's awareness that society requires him or her to conform his or her conduct to the law"<sup>30</sup>. Considering this definition makes it easier to draw more attention to the killer's tragic situation and desperation. It is not a wanton disregard for human life that is driving her, but rather the desperate last attempt to prevent her own life, and possibly that of her children, from being completely destroyed. It seems arguable to consider this motivation as being 'antisocial'. In any event, this line of reasoning would only apply in very exceptional cases.<sup>31</sup>

This said, it is clear that the recent design of US law will classify most of the cases we are examining as murder, as an intention to kill will necessarily be given. As deliberation and premeditation might be based on the finding of an intent to kill, survivors that finally save their lives by taking that of their batterer are also very likely to be charged with first degree murder. This finding is of course subject to the somewhat unpredictable application of the imprecise legal 'definitions' that prevail in California homicide law. Moreover, it need not necessarily be inadequate, but rather suggests that the problem should more appropriately be addressed as a question of defenses.<sup>32</sup>

#### b. Self-defense

Under California law, acquittal through perfect self-defense against homicide may be reached if "there [was] reasonable ground to apprehend [the victim's] design to commit a felony or to do some great bodily injury, and imminent danger of such design being accomplished"<sup>33</sup>. The defendant must have been in

---

<sup>30</sup> *Blum et. al.*, supra note 21.

<sup>31</sup> For instance, cf. the facts in the case BGH NStZ 2003, 482 (482).

<sup>32</sup> Since this text has a limited scope, it will focus on the question of self-defense. As to the possibility to rely on the defense of 'heat of the moment' or on insanity, cf. *Tinsley*, 34 Am. Jur. Proof of Facts 2d 1 (1983), § 3; *Hogoboom et. al.*, California Practice Guide Family Law Ch. 7 E (9) [7:404]; as regards § 21 StGB, cf. Rengier, NStZ 2004, 233 (236). Consider that most of the people who finally kill their batterers simply are not insane and that involved custody issues might be negatively affected by relying on defenses related to insanity.

<sup>33</sup> California Penal Code § 197(3).

reasonable fear of imminent danger of great bodily injury.<sup>34</sup> In order to meet the requirement of reasonable fear, the situation must have been such as to excite the fears of a reasonable person, and the offender must have acted under the exclusive influence of this fear.<sup>35</sup> In addition, the force that is used in self-defense must have been necessary to defy the threat under the respective circumstances.<sup>36</sup> Thus perfect self-defense consists of an objective prong – reasonable fear and the reasonable belief that the use of deadly force is necessary given the defendant's situation<sup>37</sup> – and a subjective one, namely the defendant's honest belief that her life is in danger or that great bodily harm will be suffered, unless measures against the attack are taken. If the subjective requirement only is satisfied, imperfect self-defense may be established, which can lead to a conviction for a lower offense.<sup>38</sup>

Considering the situation of many battered people who suffer great bodily harm day after day and who can never be sure when the next attack will occur, it is obvious that in general, fear of great bodily injury must be their sole motivation to kill and that this fear would have been felt by any reasonable person in their shoes. However, even if 'reasonable fear' may be found in the cases at issue, it is still questionable whether the use of deadly force is objectively necessary. On the one hand, one might argue that if a survivor dispatches a person she loves (or once loved), possibly parent to her children, this indicates that a reasonable person in the survivor's place might have seen no other way, too. It is not convincing to generally deprive survivors of domestic violence of the capacity to reasonably assess their situation. In addition, any other measure involving a physical attack on the batterer besides homicide is rather likely to

---

<sup>34</sup> *People v. Flannel* 25 Cal. 3d 668, 672, 603 P.2d 1, 2 (1979); *Witkin*, supra note 13, at 402; for the exception for 'simple battery' see *id.* at 404.

<sup>35</sup> California Penal Code § 198; also see *People v. Glover*, 141 Cal. 233, 241, 74 P. 745, 748 (1903); *People v. Wong*, 83 Cal. App. 2d 60, 64, 187 P.2d 828, 830 (Cal. Ct. App. 1947).

<sup>36</sup> Cal. Jury Instr.-Crim. 5.12.

<sup>37</sup> *People v. Humphrey* 13 Cal. 4th 1073, 1083, 921 P.2d 1, 6 (1996).

<sup>38</sup> *Blum et. al.*, supra note 21, at §§ 97, 229; *In re Christian S.*, 7 Cal. 4th 768, 771, 872 P.2d 574, 575 (1994).

elevate the survivor's level of danger, as the batterer will feel challenged and provoked. This would support the idea that the use of deadly force may be the only possibility to end violence in such cases and therefore a necessary reaction. On the other hand, a common argument at this point emphasizes the idea that one is deprived of the right of self-defense if the circumstances that would allow it are self-inflicted.<sup>39</sup> Sometimes it is argued that battered people should just leave the relationship they know is dangerous for their lives in order to avoid further violence and that staying would be close to the aforementioned self-infliction. However, the common law of self-defense protects the freedom to move and even if people willingly enter a situation they know is dangerous, they are not per se deprived of their right of self-defense.<sup>40</sup> Therefore, asking survivors of domestic violence to leave the relationship raises the question whether the law of self-defense treats battered people less favorably than others.<sup>41</sup> Besides, it is obvious that leaving the relationship oftentimes is simply impossible, e.g. children or parents in need of care cannot be left behind, the survivor may not have sufficient language skills, she may not have a car or sufficient education to grant economic independence, shelters may be unavailable or overcrowded etc.<sup>42</sup> What is more, research shows that the danger of suffering great bodily harm or death increases once a battered woman has unsuccessfully tried to leave her abuser,<sup>43</sup> which would also support the judgment that using deadly force is necessary in order to escape the situation.

But the core problem is cast by the law's requirement of an imminent danger that seems to exclude preemptive self-defense. Since US court decisions,

---

<sup>39</sup> *Tinsley*, supra note 32, at § 4.

<sup>40</sup> Cf. *Nourse*, 68 U. Chi. L. Rev. 1235 (2001), 1-8.

<sup>41</sup> *Id.* at 16.

<sup>42</sup> As an illustrative case, see the factual background of *In re Hudie Joyce Walker*, On Habeas Corpus, 147 Cal. App. 4th 533 (Ca. App., 2007); also see *Leonard*, *Convicted Survivors – The Imprisonment of Battered Women Who Kill*, 132 (2002).

<sup>43</sup> Batterers may also threaten or try to kidnap, harm, or seek custody of the children if their partner tries to leave, see *Skinazi*, 85 Cal. L. Rev. 993 (1997), 1005 (1006); As a documentation for the universal character of this insight, see *Wallace*, *Homicide, The Social Reality*, New South Wales Bureau of Crime Statistics and Research, 98 (1986).

however, show that imminence indeed has many meanings and that it operates rather frequently “as a proxy for any number of other self-defense factors”<sup>44</sup>, the current application of the law of self-defense mainly depends on the interpretations of imminence (and necessity) that prevail among the jury<sup>45</sup> and their sensitivity about domestic violence and its impacts. As battered people live in a constant state of fear that never ceases,<sup>46</sup> it would be possible to judge that the threat of severe injury is always imminent in their situation. But imminence is mostly understood as to require a 'recent' or 'instant' attack.<sup>47</sup> It is evident that this is not the case if a sleeping batterer is put to death. Consequently, if one wants to uphold this definition and also considers that most battered people live in the fear of being abused any time and without the possibility to fight back (as resistance or the use of weapons during a fight will only increase their risk and degree of injuries),<sup>48</sup> survivors of domestic violence are basically deprived of sufficient protection under California criminal law. Subsequently, the idea suggests itself that the law of self-defense is still not free from bias.<sup>49</sup> Indeed, the traditional understanding of self-defense was based on the idea of a “single, violent encounter between two men”<sup>50</sup> and sensitivity for the specific challenges that survivors of domestic violence have to face is not yet spread to a satisfying extent.

In compliance with these findings, a study recently showed that 52 per cent of condemned survivors were convicted of first degree murder, 43 per cent of

---

<sup>44</sup> *Nourse*, 68 U. Chi. L. Rev. 1235 (2001), 1 (8).

<sup>45</sup> The jury system is one of the elements that significantly distinguishes the US criminal justice system from the German approach. Most interestingly, it seems to have been inspired by the ancient custom of Germanic tribes that used a group of men of good character to investigate crimes and judge the accused, cf. *Forsyth*, History of Trial by Jury, 32 (1852).

<sup>46</sup> See *Schneider*, 15 Harv. C. R. - C. L. L. Rev. (1980), 623 (634).

<sup>47</sup> Cf. *Tinsley*, supra note 32, at § 4.

<sup>48</sup> See *Barnard's* expert testimony in *People v. Duran*, F058564, 2010 WL 3135206 (Cal. Ct. App. Aug. 10, 2010) (authority unpublished).

<sup>49</sup> Already described in 1980 by *Schneider*, 15 Harv. C. R. - C. L. L. Rev. (1980), 623 (636).

<sup>50</sup> *Tinsley*, supra note 32.

second degree murder and only 5 per cent of voluntary manslaughter.<sup>51</sup> A great majority of convicted survivors are serving lengthy and indeterminate prison sentences,<sup>52</sup> and 15 per cent were sentenced to life without parole.<sup>53</sup> One may not estimate if or how many survivors currently succeed in relying on self-defense in such cases, but given the structural difficulties they face when attempting to do so, it is highly likely that successful defense cannot be established but for very few and exceptional cases.<sup>54</sup>

## 2. Germany

### a. Murder and manslaughter

Similar to the situation in the US, German criminal law distinguishes between murder and manslaughter. According to § 212 StGB, everyone who kills another person without being a murderer, commits manslaughter and will be convicted to at least five years of imprisonment. A homicide will be classified as murder and result in a life sentence if it is accompanied by at least one of the special circumstances laid down in § 211 StGB. These encompass both subjective and objective circumstances. Definitions of all these elements have been developed in jurisprudence over the years,<sup>55</sup> but life is too multifaceted to be entirely covered by legal definitions, so very often a doubtless application is nearly impossible. Thus the situation seems not to significantly differ from that in California in this respect.

Regarding the cases of domestic violence survivors who dispatch their perpetrators, only one element that may classify these actions as murder is of fur-

---

<sup>51</sup> *Leonard*, supra note 42, at 65. Note that this study was limited to 32 convicted *women* at one California state prison.

<sup>52</sup> *Id.*

<sup>53</sup> However, these statistics need not reflect the results that would follow from a consistent application of the abstract rules, as plea bargaining is considered a legitimate method within in the American legal system and as juries probably do not always adhere to a rational and analytical approach.

<sup>54</sup> *Leonard*, supra note 42, at 44; also see *id.* at 28 with reference to other studies that state conviction rates between 72 and 80 per cent.

<sup>55</sup> Cf. *Eser*, in *Schönke/Schröder*, StGB, Kommentar, at § 211 marginal no. 6 (28<sup>th</sup> ed. 2010).

ther interest, namely perfidiousness (see § 211 II StGB). According to the common definition applied by the courts, perfidiousness is given if the killer knowingly exploits the guilelessness and defenselessness of the victim with a hostile intention.<sup>56</sup> Although the Bundesverfassungsgericht<sup>57</sup> decided that the element of perfidiousness has to be defined and applied in a rather restrictive manner,<sup>58</sup> a large number of minor courts frequently approved perfidiousness whenever a batterer is killed while being asleep.<sup>59</sup> It is a common argument at this point that every sleeping person is guileless and defenseless.<sup>60</sup> However, this point of view was questioned with respect to the cases of battered people – it was even argued that homicides in these cases necessarily appear perfidious, as perfidiousness simply is the weapon of the weak and oppressed if they want to counter violence and brutality, so that it should be regarded as a completely unimportant element of the crime under certain circumstances.<sup>61</sup> Indeed, an unreflected legal approach to perfidiousness could lead to treating the physically weaker less favorably than those with more physical strength.<sup>62</sup> Besides, it may also be questioned whether a batterer is generally unsuspecting of an upcoming attack, and, moreover, whether the law should protect him in the belief that he has generated enough fear to prevent any violent reaction. According to these insights, the Bundesgerichtshof<sup>63</sup> has reversed the rash confirmation of perfidiousness and demanded a high degree of scrutiny in several cases involving domestic violence.<sup>64</sup>

---

<sup>56</sup> BGH NJW 1979, 378 (378); NSStZ 1983, 34 (34); 1984, 261 (261).

<sup>57</sup> Federal Constitutional Court of Germany.

<sup>58</sup> BVerfG NJW 1977, 1525 (1533).

<sup>59</sup> See the trial court's (LG Oldenburg) decision in the case BGH NJW 1983, 2456.

<sup>60</sup> BGH NSStZ 2006, 338 (338).

<sup>61</sup> *Jescheck*, JZ 1957[!], 385 (387); for general criticism of German homicide law, cf. *Lackner*, NSStZ 1981, 344 (350); *Eser*, supra note 55, at § 211 marginal no. 26.

<sup>62</sup> Also see *Der Spiegel* Nr. 37/1991, 198.

<sup>63</sup> Federal Court of Justice of Germany.

<sup>64</sup> BGH NSStZ 1984, 20 (20); also see *Rengier*, NSStZ 2004, 233 (233).

## b. Self-defense

German criminal law knows three different variations of self-defense (§§ 32, 34, 35 StGB). All elements of self-defense need to be approved under an objective perspective, with which the defendant's actual beliefs must comply.<sup>65</sup> If a defendant's perception deviates from the objectively given situation in his favor, this might be classified as an 'error' and might establish a different kind of defense.<sup>66</sup>

'Traditional' self-defense under § 32 StGB grants the possibility to counter an imminent and illegal attack with any force necessary to end it and may also justify homicide.<sup>67</sup> However, jurisdiction is very strict regarding the requirement of imminence and does not consider preemptive self-defense as a matter of § 32 StGB, so that only a recent attack, and not a continuous danger may be countered under the protection of self-defense.<sup>68</sup> Therefore, battered people are typically denied this type of self-defense if they kill a sleeping batterer,<sup>69</sup> despite the argument of some legal scholars who are questioning this point of view and claim that living together with a batterer would equal a permanently imminent attack on the survivor's freedom.<sup>70</sup>

Besides, one may consider the 'state of emergency as a justification', § 34 StGB, as a second type of self-defense. Although an imminent attack is not required under § 34 StGB, the prevailing view is that this type of self-

---

<sup>65</sup> If only the objective prong of self-defense is given, the act at issue may be considered as attempted homicide, see *Lackner/Kühl*, StGB, Kommentar, § 22 marginal no. 16 (27<sup>th</sup> ed. 2011).

<sup>66</sup> See *id.* at § 32 marginal no. 19. Due to the limited scope of this text, no in-depth elaboration on errors can be made. But it must not be left unobserved that the concept of errors could indeed hold for solutions in some cases, e.g. when the battered person only misperceives that external help actually is at hand, and nonetheless acts in subjective hopelessness, see § 35 II StGB and BGH NSTz 2003, 482 (484).

<sup>67</sup> *Perron* in *Schönkel/Schröder*, supra note 55, at § 32 marginal no. 1.

<sup>68</sup> BGH NJW 1979, 2053 (2053).

<sup>69</sup> *Perron*, supra note 65, at § 32 marginal no. 16; *Lackner/Kühl*, supra note 63, at § 32 marginal no. 4; *Welke*, ZRP 2004, 15 (17).

<sup>70</sup> *Trechsel*, "Haustyrannen"mord" – ein Akt der Notwehr?, in *Albrecht et. al.*, Sonderheft der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft: Winfried Hassemmer zum 60. Geburtstag, at 186 (2000); *Rengier*, NSTz 2004, 233 (240) with reference to *Byrd*.

defense can almost never be used to justify homicide.<sup>71</sup> It is argued that the requirement of appropriateness that is stipulated in § 34 StGB demands a weighing of the defendant's interests against those of the victim. As it is undisputed within the German legal system that the right to live is an unalienable and unmeasurable interest,<sup>72</sup> it can not be part of such a weighing. Hence, the prevailing interpretation of § 34 StGB makes it impossible to justify the actions at issue,<sup>73</sup> although there seem to be some attempts to question this result.<sup>74</sup>

However, even if the current law does not seem to provide a possibility to justify those actions, § 35 StGB might hold at least a way to exculpate the survivor. Under the legal norm stated therein, a 'state of emergency as an excuse' is given under similar circumstances as required by § 34 StGB (current danger for enumerated legally protected interests) and might be averted by any use of force necessary to do so. An additional weighing of interests is not demanded, so that a special focus is placed on necessity.<sup>75</sup>

Based on the aforementioned insights on domestic violence,<sup>76</sup> one might think that § 35 StGB could therefore provide the perfect remedy for survivors of domestic violence that kill their sleeping or otherwise defenseless batterers. Most surprisingly, many judgments of lower courts do not even consider a possible excuse under § 35 StGB at all.<sup>77</sup> This might be due to the fact that courts rather prefer simpler solutions, as long as a similar result is achievable. Such a simpler way is provided by the Bundesgerichtshof's so-called 'Strafzumessung-

---

<sup>71</sup> *Perron*, supra note 65, at § 34 marginal no. 23.

<sup>72</sup> BVerfG NJW 2006, 751 (757).

<sup>73</sup> *Perron*, supra note 65, at § 34 marginal no. 31; *Eschelbach* in *Heitschel-Heinegg*, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, at § 211 marginal no. 98 (18<sup>th</sup> ed. 2012); *Welke*, ZRP 2004, 15 (17).

<sup>74</sup> *Rengier*, NStZ 2004, 233 (239) with reference to *Renzikowski*; *Erb*, in *Joecks/Miebach*, Münchener Kommentar zum StGB, at § 34 marginal no. 157 (2003); *Neumann* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Nomos Kommentar zum StGB, at § 34 marginal no. 90 (3<sup>rd</sup> ed. 2010); *Otto*, NStZ 2004, 142 (143-144); also cf. *Jakobs*, Strafrecht AT, 13 (2<sup>nd</sup> ed. 1993).

<sup>75</sup> *Perron*, supra note 65, at § 35 marginal no. 13.

<sup>76</sup> See II 1 b: Most of the problems and arguments discussed in the section on the US law of self-defense also apply to the situation in Germany due to structural similarities.

<sup>77</sup> See *Rengier*, NStZ 2004, 233 (234); *Welke*, ZRP 2004, 15 (17).

slösung' (sentencing solution) that facilitates the mitigation of a sentence under exceptional circumstances even if the written law does not allow for such mitigation.<sup>78</sup> Despite the clear announcement that this subsidiary remedy shall only be used as the last alternative, quite the opposite is the case, probably because the solution enables courts to reach slightly fairer results without being forced to elaborate on difficult legal questions. Although the Bundesgerichtshof at least dealt with § 35 StGB in the respective cases and sometimes showed a high degree of understanding for the issues of battered people in the past,<sup>79</sup> it seems to have stepped back more recently and at some point stated very briefly that the requirement of lacking alternatives would not be met in the cases of battered people, as it would usually be possible for them to seek help.<sup>80</sup> Subsequently, some scholars have supported this view and one may even find that there is a legal presumption that alternatives to homicide do exist in the cases at issue.<sup>81</sup> However, many scholars have criticized this point of view, thereby raising arguments similar to those provided above<sup>82</sup> and detecting the lacking coordination of legal and social science in Germany.<sup>83</sup>

Thus although a wide variety of possible defenses, and rather distinct structures exist under German law, there is no clear guideline in cases of battered persons who put their abusers to death. Trial courts tend to convict of murder without considering all remedies that would actually be at hand.<sup>84</sup> Acquittals are nearly impossible under the current legal practice.<sup>85</sup> These grievances are

---

<sup>78</sup> See BGH NStZ 1981, 344; note that the minimum sentence under application of the sentencing solution is still three years of prison; for the stress on subsidiarity see BGH NJW 1983, 2456; also cf. *Widmaier*, NJW 2003, 2788 (2789).

<sup>79</sup> BGH NJW 1966, 1823; even the Reichsgericht (supreme criminal and civil court in Germany between 1879 and 1945) acquitted a battered woman's son who had killed the abuser according to § 35 StGB, see *Welke*, ZRP 2004, 15, at endnote 23.

<sup>80</sup> BGH NStZ 2003, 482 (483); also see *Widmaier*, NJW 2003, 2788 (2789).

<sup>81</sup> *Lackner/Kühl*, supra note 63, at § 35 marginal no. 2; *Altwater*, NStZ 2004, 23 (30).

<sup>82</sup> See II 1 b.

<sup>83</sup> *Rengier*, NStZ 2004, 233 (235) with reference to *Mauz*; *Welke*, ZRP 2004, 15 (18) with reference to *Schroeder*.

<sup>84</sup> *Rengier*, NStZ 2004, 233 (234); *Welke*, ZRP 2004, 15 (17).

<sup>85</sup> *Id.*

likely to be caused by a yet lacking awareness for the subject of domestic violence within legal and social science in Germany.

### 3. Summarizing comparison

Although the specific legal rules and techniques that affect the cases at issue are different in California and in Germany, the underlying ideas and lines of reasoning are often identical. In both jurisdictions, homicide is either classified as murder or manslaughter, and in both jurisdictions, battered persons who fight back are likely to be convicted of murder. In Germany as well as in California, the 'traditional' defense of self-defense would lead to an acquittal, but requires an imminent attack, and therefore frequently does not help the survivor as a defendant.

In any event, the awareness of domestic violence and its impacts among social and legal science, as well as in society as a whole, is probably higher in the US in general, and in particular in California, as opposed to Germany.<sup>86</sup> This is also illustrated by the fact that although § 35 StGB is often deemed to fit the situation of seriously battered people, trial courts are reluctant to apply the rule. Nonetheless, in both jurisdictions sentences in the cases at issue are often criticized for being too severe and the general law of homicide and self-defense is questioned as being old-fashioned and a reflection of sexual bias of society. Compared to the California legal practice, however, sentences appear to be rather moderate in Germany, and at least cases that are revised by the Bundesgerichtshof may end up with probational sentences.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> As suggested by the existence of domestic violence law classes, awareness days, special evidence code sections (e.g. California Evidence Code § 1107), special federal legislation concerning the issue (VAWA), the work of numerous organizations like CWAA (also consider the movie „Sin by Silence – A Documentary about Domestic Violence“ Copyright 2008 Quiet Little Place Productions, LLC); as to the situation in Germany, see *Eschelbach*, supra note 71, at § 211 marginal no. 4.2; *Welke*, ZRP 2004, 15 (18).

<sup>87</sup> *Rengier*, NStZ 2004, 233 (234).

### III. Possible adjustments and their feasibility

The underlying problem of all the cases at issue may be reduced to the somewhat paradoxical conflict between the right to fight for one's rights and the general prohibition of vigilantism. As vigilantism, however, is allowed under certain circumstances, e.g. in scenarios of self-defense, it has to be discovered which aspects are crucial for solving the conflict in favor of the fight for one's rights. Gradual distinctions should be made in order to facilitate the fairest approach possible.

Another train of thought that must be part of the reflection is that homicides must not be encouraged in any event. Thus even if an acquittal might seem the fairest solution in certain cases, one must be careful that judgments do not contain the statement that the killing was 'all right' or a desirable reaction, but rather the completion of a unique tragedy.

Moreover, insights of social and legal science on domestic violence have to be part of approaching the problem at issue. For instance, it has to be clear that batterers are able to exercise an enormous degree of control and coercion that will inflict incredible physical and mental harm upon the survivor and put her in a unique situation of stress and isolation.<sup>88</sup> It must also be clear that nowadays, society is neither able to effectively prevent domestic violence nor to provide sufficient help.<sup>89</sup> It is also highly important that most of the times leaving the relationship is not an adequate possibility to end violence, but may rather cause violence and danger to increase.<sup>90</sup>

Furthermore, legal solutions should not be limited to special norms that would exclusively apply to battered people, as this might easily evoke the impression that battered people form an isolated group and it also might foster implications of some kind of impairment. It should rather be expressed that

---

<sup>88</sup> Cf. *Walker*, supra note 8; also see *Trechsel*, supra note 70, at 187.

<sup>89</sup> Cf. *Kinports*, So Much Activity, so Little Change: A Reply to the Critics of Battered Women's Self-Defense, in *Lemon*, supra note 2, at 113 (113).

<sup>90</sup> Once again, see the facts in the case BGH NStZ 2003, 482 (482).

such problems may affect everyone and that the finding of reasonable solutions is a task for society as a whole. Therefore, legal responses to the situations at issue should be found within the existing abstract legal remedies.

Taking everything into account, an appropriate approach toward handling the cases at issue could look like the following. Acquittals should be possible when the battered person was living in seriously life-threatening danger (which would at least be the case if the batterer attempted to kill the survivor or if he constantly causes great bodily harm) and had no alternatives left but to fight back (which would at least be the case if the battered person has already tried to escape without success). In most of these situations, it is mere coincidence which one of the intimate partners will be killed by the other one<sup>91</sup> and it would be an estranging situation if the law required the physically weaker party to await death without trying to intervene. For less severe circumstances, sentences should still be drastically mitigated, at least if the batterer had made serious threats to kill or inflict great bodily harm upon the survivor and if the necessity to fight back was given from the (reasonable) survivor's perspective. Of course, acquittal and mitigation shall not be applied in every case that involves domestic violence (e.g., if alternatives were obviously available), but they should be considered as realistic and sometimes as the only alternatives. Since a complete reform of German and California criminal law is rather unlikely, these findings have to be somehow implemented in the existing norms.

As regards Germany, § 35 StGB seems to provide the perfect solution. It facilitates acquittals as well as noticeable mitigation of sentences. What is more, the application of § 35 StGB also serves the goal to use the courtroom as a learning audience, as it makes clear that the homicide was an unjustified crime under the existing law of self-defense, and still the defendant is not guilty, be-

---

<sup>91</sup> In fact, the batterer is even more likely to kill the victim. This can be supported by the fact that US female murder victims are significantly more likely to have been killed by an intimate than their male counterparts and at the same time, women are more likely to be the battered partner in a domestic violence situation; see *Durose et al.*, supra note 7, at 112; *Rennison*, Intimate Partner Violence, in *Lemon*, supra note 2, at 981.

cause the legal system cannot reproach her with the action. The only problem is that courts either do not address it at all or they have incorrect ideas of battered people's situations.

Concerning California, it is slightly more complicated to adjust existing remedies without making more extensive changes. In order to reach an acquittal and avoid relying on the defense of insanity<sup>92</sup> at the same time, the solution has to be found in the law of self-defense. Firstly, the requirement of imminence should also be satisfied if the possibility of being attacked is omnipresent, provided that these attacks reach an outstanding level of violence. The mere aspect of imminence – if interpreted strictly – cannot have the normative power to decide on the central question of culpability. Secondly, the requirement that the objective standard of reasonableness is influenced by the individual situation encountered by the defendant<sup>93</sup> should be taken more seriously. Courts and juries should judge questions of self-defense from the survivor's perspective. It is neither consistent nor convincing that judgments should be made from the perspective of a reasonable person given the defendant's situation, but without considering the defendant's experiences and her ability to predict the victim's behavior. This claim might be supported by the insight that it is simply not possible to agree on an objective 'reasonable person' standard.<sup>94</sup> Who should this person be? Why not a reasonable person that is physically weaker and therefore has no sustainable alternatives to escape the situation? The legal system would not deny children the right to rely on self-defense just because a reasonable man would have acted differently in their situation, so why should it deny this defense to battered adults? By applying a perspective of a reasonable person given the defendant's individual situation and experiences, the law of self-defense could lead to significantly more acquittals in the cases at issue. In cases where a reasonable person would still have acted differently, the doctrine of imperfect self-defense may be applied in order to reduce sentences.

---

<sup>92</sup> Cf. note 32.

<sup>93</sup> *People v. Humphrey* 13 Cal. 4th 1073, 1083, 921 P.2d 1, 6 (1996).

<sup>94</sup> Cf. California Penal Code § 198.

Thus just by expanding legal definitions and people's awareness of the impacts of domestic violence, fairer decisions could be achieved.

Finally, it remains doubtful whether these adjustments may be implemented. On the one hand, an enhancement of special training for judges in all issues of domestic violence might help. What is more, the initial step has to be taken by the Bundesgerichtshof and the Supreme Court of either California or the US, since lower courts tend to adopt the superior court's decisions in Germany and are forced to do so in the US and in California.<sup>95</sup> The superior courts should clarify that acquittals and drastic mitigations of sentences have to be possible in the cases at issue. They have to stress that fighting back is a cry for help, and not an act of revenge. In order to increase the likelihood of the first step being taken, and to counter the lack of understanding that probably prevails even in the highest courts, legal scholars, educated attorneys, domestic violence advocates and society as a whole have to exercise pressure and show that they are willing to support adjustments. The recent development in questions concerning domestic violence,<sup>96</sup> especially the increasing awareness of the phenomenon in general, shows that change is possible.

#### IV. Summary

Cases in which survivors of domestic violence kill their batterers prompt complex legal and moral questions. Under the recent legal practice, acquittals are almost excluded and serious mitigations of sentences are hard to achieve. However, considering the actual situation of a battered person who is eventually forced to kill her abuser and the various inconsistencies of existing

---

<sup>95</sup> *Schafer*, 16 California Jurisprudence 3d, Courts § 273; also see *Blankenburg*, Rechtskultur, in *Hilty et. al.*, Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes: Festschrift für Manfred Reh binder, at 428 (2002).

<sup>96</sup> Cf. [http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung4/Pdf-Anlagen/gewalt-standards-aus-und-fortbildung-haeusliche\\_property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf](http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung4/Pdf-Anlagen/gewalt-standards-aus-und-fortbildung-haeusliche_property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf) (05/13/2012), a German government action schedule to fight domestic violence; also consider the implementation of a law intended to prevent and protect against domestic violence ('Gewaltschutzgesetz'); as to the situation in the US, see note 84.

self-defense law, adjustments are more than necessary. In the US, such adjustments could result in a modified application of the remedy of self-defense. In Germany, they would be achievable through a courageous application of § 35 StGB. The main factors that could obstruct the realization of such adjustments are (sexual) bias affecting the law of self-defense and lawyers' preferences for simple solutions. However, change seems possible if society as a whole makes some effort to prevent the criminal justice system from completing the tragic destruction of battered peoples' lives.

# Die US-amerikanische Pre-Trial Discovery

## Abwehr- und Verteidigungsmöglichkeiten für deutsche Unternehmen

### I. Einführung / Problemaufriss

Die pre-trial discovery ist ein Institut des US-amerikanischen Beweisrechts. Sie trug neben anderen prozessrechtlichen Phänomenen der USA, genannt seien etwa class actions (Sammelklagen) und punitive damages (Strafschadensersatz), zur Einbürgerung des Begriffs „Deutsch-Amerikanischer Justizkonflikt“<sup>1</sup> bei. Vielfach sehen sich deutsche Unternehmen einem vom hiesigen Verfahrensrecht grundsätzlich verschiedenen US-Prozess ausgesetzt; vor allem sog. ausforschende Maßnahmen der pre-trial discovery, bei denen Unternehmen oft ihre kompletten Datenbanken offen legen müssen, sind dabei besonders einschneidend. Dieser Beitrag gibt daher zunächst einen kurzen Überblick über das pre-trial discovery Verfahren und beschäftigt sich anschließend mit den Abwehr- und Verteidigungsmöglichkeiten gegen dieses Institut, sowie deren Erfolgsaussichten.

### II. Überblick über das pre-trial discovery Verfahren

Die pre-trial discovery ist ein Beweiserhebungsverfahren, das in den USA im Zeitpunkt zwischen Klageerhebung und eigentlichem Prozess stattfindet, wobei der Richter dabei nur selten eingeschaltet ist. Die Beweiserhebung obliegt, anders als in Deutschland, den Prozessparteien selbst. Geregelt ist die pre-trial

---

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Passau.

<sup>1</sup> Vgl. *Brand*, NJW 2012, 1116; Meier, DAJV-Newsletter 2012, 9; Hess, AG 2006, 809; zur ähnlichen Situation in Österreich vgl. *Klausegger/Fritz*, DAJV-Newsletter 2012, 12 ff.

discovery im fünften Titel der Federal Rules of Civil Procedure (FRCP), FRCP 26 bis 37. Die FRCP sind die auf Bundesebene der USA geltenden Vorschriften zum Zivilprozess.<sup>2</sup>

## 1. Historische Entwicklung und Begründung

Die Gründe für die Notwendigkeit einer solchen Beweiserhebungsmethode in den USA sind vielfältig. „Before discovery, neither side knew what the other side had“<sup>3</sup>. Da im adversarial system des amerikanischen Rechts der Richter keinerlei Beweise erhebt, sondern die Beweiserbringung und -erhebung den Parteien obliegt, konnten diese vor Einführung der discovery nicht einschätzen, welche Beweise der Gegner kennt. Zudem hatten sie auf Grund fehlender materieller Auskunftsansprüche nicht die Möglichkeit, die Herausgabe von Beweisen zu erzwingen. Das heißt, es konnte im Prozess zu unfairen Überraschungen kommen, auf die nicht mehr angemessen durch die Anwälte der betroffenen Parteien reagiert werden konnte.<sup>4</sup> Mit der Einführung der pre-trial discovery sollte dies verhindert werden und den Parteien die Möglichkeit bereit gestellt werden, alle erforderlichen Informationen bereits vor der Hauptverhandlung zu erlangen. Daher wurde im Jahr 1938 mit Erlass der FRCP die discovery Bestandteil des US-amerikanischen Rechtssystems und ist seither nicht mehr wegzudenken.<sup>5</sup>

## 2. Umfang der möglichen Auskunftsverlangen

Grundsätzlich gilt, dass das Informationsrecht während der discovery alles umfasst, was für den Streitgegenstand des anhängigen Verfahrens relevant sein

---

<sup>2</sup> Die Federal Rules of Civil Procedure sind online verfügbar, vgl. [http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/index.html#chapter\\_v](http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/index.html#chapter_v) (Stand: 29.04.2012). Die FRCP sind Bundesrecht, es existieren jedoch in den meisten Einzelstaaten weitgehend identische Regelungen, vgl. *Henry*, GRURInt 1983, 82 (83), Fn. 11.; *Friedenthal/Kane/Miller*, Civil Procedure (4. Aufl. 2005), S. 397.

<sup>3</sup> Vgl. *Friedenthal/Kane/Miller*, S. 397; *James/Hazard*, Civil Procedure (5. Aufl. 2001) S. 223 f.

<sup>4</sup> Vgl. *Henry*, GRURInt 1983, 82; *Pfeil-Kammerer*, Deutsch-amerikanischer Rechtshilfeverkehr in Zivilsachen (1987), S. 228.

<sup>5</sup> Vgl. *Friedenthal/Kane/Miller*, S. 397.

könnte. Konkrete Gründe für das Verlangen bestimmter Dokumente müssen nicht genannt werden. Der erlaubte Nachforschungsbereich der discovery ist damit sehr weit. Zudem ist gerade auch der Zeitpunkt der discovery problematisch. Diese findet bereits umfassend vor dem eigentlichen Prozess statt, also bevor die Schlüssigkeit der Klage vom Richter geprüft wird. Das heißt, dass selbst bei vollkommen vage umschriebenen, auf bloße Indizien gestützten Klagegegenständen, Unternehmen bereits Unterlagen im Rahmen der discovery herausgeben müssen, um nicht Sanktionen ausgesetzt zu sein.<sup>6</sup> Zusätzlich erhöht wird die Ausforschungsfahr noch dadurch, dass die Vorlagepflicht für alle unter Kontrolle stehenden, konzerninternen Beweismittel gilt, und nicht nur für solche des konkret betroffenen Unternehmens eines Konzerns. So kann beispielsweise über eine amerikanische Tochterfirma Beweismaterial der deutschen Muttergesellschaft verlangt werden, selbst wenn beide eigenständige juristische Personen sind, solange der Mutterkonzern die Tochtergesellschaft in wesentlichen Punkten kontrolliert<sup>7</sup>. Auch umgekehrt ist es möglich, Dokumente einer deutschen Tochtergesellschaft durch deren prozessbeteiligten US-amerikanischen Mutterkonzern zu erlangen.<sup>8</sup>

### 3. Methoden, Durchsetzung und Anwendung im Ausland

#### a. Methoden

Für die Erlangung der Informationen stehen den Parteien bestimmte Methoden zur Verfügung, die in den FRCP 27 bis 37 niedergelegt sind.

Hierzu gehören die schriftlichen Beweisfragen (interrogatories) gemäß FRCP 33. Die erfragende Partei übergibt der ersuchten Partei einen Katalog von 25 Fragen<sup>9</sup>, den diese grundsätzlich innerhalb von 30 Tagen und unter Eid schriftlich zu beantworten hat, vgl. FRCP 33 (b) (1), (3).

---

<sup>6</sup> Zu den einzelnen Sanktionen, vgl. Punkt 3. b).

<sup>7</sup> Vgl. *Pfeil-Kammerer*, S. 201.

<sup>8</sup> Vgl. *Schlosser*, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa* (1985), S. 30 f.

<sup>9</sup> Falls eine Partei mehr Fragen stellen möchte, so kann dies gegebenenfalls vom Gericht zugelassen werden, vgl. FRCP 33 (a).

Des Weiteren kann die Gegenpartei dazu aufgefordert werden, Unterlagen und Gegenstände vorzulegen (discovery of documents). Diese Anfrage nach FRCP 34 (a) (1) kann jegliche Art von Dokumenten und seit 2006 auch sämtliche elektronisch gespeicherte Informationen<sup>10</sup> enthalten (electronic discovery, e-discovery). Die geforderten Gegenstände müssen lediglich angemessen beschrieben, aber nicht einzeln aufgezählt sein.<sup>11</sup> Gerade die discovery of documents, insbesondere in Form der e-discovery, kann von ihr betroffene Unternehmen vor große logistische Probleme stellen. Zum einen muss unter Umständen eine Vielzahl von Mitarbeitern damit betraut werden, die Masse an geforderten Unterlagen herauszusuchen.<sup>12</sup> Um sich das hier mögliche anfallende Ausmaß der discovery vor Augen zu führen, sollte man sich deutlich machen, dass bereits das E-Mail Archiv eines Mitarbeiters mit einem Umfang von 1 GB rund 9000 E-Mails mit etwa 3000 Anhängen enthält, was ungefähr 75.000 ausgedruckten DIN A4 Seiten entspricht<sup>13</sup>, welche bei Anforderung alle herausgegeben werden müssen, selbst wenn die Relevanz der Dokumente nicht geklärt ist. Zum anderen besteht aus Sicht der US-Gerichte eine Aufbewahrungspflicht für elektronisch gespeicherte Informationen, wenn für das Unternehmen absehbar ist, dass ein Rechtsstreit droht. Wann ein Rechtsstreit als vernünftigerweise absehbar anzusehen ist, liegt dabei im Ermessen des Gerichts.<sup>14</sup> Für Unternehmen entsteht so eine Unsicherheit hinsichtlich des Ausmaßes der Aufbewahrungspflicht, zudem ist die kostspielige Speicherung einer großen Anzahl von Dateien zu bewerkstelligen. Auch die durch e-discovery erweiterte Möglichkeit zur Industriespionage darf nicht vernachlässigt

---

<sup>10</sup> Hierzu gehören unter Umständen auch Informationen, die vermeintlich schon gelöscht wurden, durch IT-Spezialisten jedoch wieder zum Vorschein kommen können, vgl. *Friedenthal/Kane/Miller*, S. 435; Hess, AG 2005, 897 (904).

<sup>11</sup> Vgl. *Hazard/Taruffo*, An Introduction (1993), S. 119.

<sup>12</sup> Vgl. ebd. S. 118.

<sup>13</sup> Beispiel aus *Rath/Klug*, K&R 2012, 596 (598, Fn. 29).

<sup>14</sup> Vgl. *Klinger*, RIW 2007, 108 (110).

werden.<sup>15</sup> Schließlich wird gerade bei Klagen von Konkurrenten, diesen ermöglicht, Konstruktionsunterlagen, geplante Marktstrategien, Dokumente zu Innovationsforschungen usw. der gegnerischen Partei nicht nur einzusehen, sondern sogar in gedruckter Form zu erhalten.

FRCP 34 (a) gewährt in section 2 zudem die Möglichkeit zur Ortsbesichtigung (entry onto land). Auch körperliche und geistige Untersuchungen (physical or mental examination) können gefordert werden, vgl. FRCP 35. Zudem kann von der gegnerischen Partei verlangt werden, dass diese bestimmte Behauptungen anerkennt oder abstreitet (demands for admission).

Ein überaus beliebteres Instrument<sup>16</sup> sind die außergerichtlichen eidlichen Partei- und Zeugenaussagen (depositions) nach den FRCP 27 bis 32. Diese oft langwierigen mündlichen Befragungen von Prozessparteien und Zeugen werden von den jeweiligen Anwälten durchgeführt. Ein dabei anwesender Gerichtsschreiber notiert die unter Eid gegebenen Antworten. Gelegentlich wird das Interview auch gefilmt, um vor Gericht ein anschaulicheres Material vorführen zu können. Ein Richter ist während dieser Vernehmung grundsätzlich nicht eingeschaltet. Die Parteien können durch Vereinbarung (stipulation) die näheren Modalitäten der Vernehmungen festlegen, vgl. FRCP 29. Zur Begründung der Aussagepflicht genügt bei beteiligten Parteien die bloße Mitteilung (notice), die Ort und Zeit der Vernehmung enthält. Bei Dritten muss diese notice von einer Vorladung im Namen des Gerichts (subpoena) begleitet werden, um die Aussagepflicht zu begründen.<sup>17</sup> Es darf nicht verkannt werden, dass vorangegangene depositions im Hauptverfahren häufig dazu genutzt werden, Zeugen als unglaubwürdig darzustellen, wenn diese sich im Kreuzverhör

---

<sup>15</sup> Vgl. *Junker*, *Electronic Discovery gegen deutsche Unternehmen: Rechtliche Grenzen und Abwehrstrategien* (2008), S. 22; so wird dem Konkurrenten durch e-discovery ermöglicht, herauszufinden, welche IT-Systeme der Gegner zum Verwalten des Betriebes nutzt, oder auch welche Projekte geplant werden.

<sup>16</sup> *Hazard/Taruffo*, *American Civil Procedure*, S. 116.

<sup>17</sup> Vgl. FRCP 45 (a), (b); s.a. *Haydock/Herr/Stempel*, *Fundamentals of Pretrial Litigation* (3. Aufl. 1994), S. 267; *Junker*, *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr* (1987), S. 155.

nicht mehr an jede, während der deposition erwähnte Einzelheit erinnern können, und diese anschließend falsch wiedergeben.

#### b. Durchsetzung und Sanktionen

Einer gegnerischen Aufforderung zur Auskunft nicht ordnungsgemäß nachzukommen, also etwa ersuchte Dokumente nicht vollständig herauszugeben oder eine legitime Frage während der deposition nicht zu beantworten, ist nicht vorteilhaft. Die ersuchende Partei kann einen Antrag an das Gericht stellen, welches sodann die discovery anordnen kann, vgl. FRCP 37 (a).<sup>18</sup>

Kommt man der gerichtlichen Anordnung nicht nach, so kann dies Sanktionen gemäß FRCP 37 (b) (2) nach sich ziehen. Bei gänzlichem Untätigbleiben einer Partei kann das Gericht auch direkt, ohne vorher eine Anordnung erlassen zu haben, nach seinem Ermessen Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung des discovery-Begehrens verhängen, vgl. FRCP 37 (d). Die möglichen Sanktionen reichen von der Entscheidung, die zu ermittelnden Tatsachen zu Lasten der sich weigernden Partei als bewiesen gelten zu lassen, bis zur vollständigen Klageabweisung. Neben diesen prozessualen Nachteilen können bei Missachtung des Gerichts auch Geldstrafen ergehen, die an die gegnerische Partei zu zahlen sind.<sup>19</sup>

Kommt ein Dritter seiner mittels subpoena begründeten Informationspflicht nicht nach, kann gegen ihn sofort eine Geldbuße verhängt werden, vgl. FRCP 45 (e).

Dieser kurze Überblick zum pre-trial discovery-Verfahren soll deutlich machen, mit welchen Maßnahmen gerechnet werden muss, wenn man in den USA einem Prozess ausgesetzt ist. Kernprobleme sind dabei zum einen die Sicherung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, sowie der Schutz von Zeugen und Parteien vor Ausforschung. Diese Problematik verschärft sich dadurch,

---

<sup>18</sup> Teilweise wird bereits diese Gerichtsanordnung als Sanktion angesehen, vgl. *Junker*, S. 191, Fn. 6.

<sup>19</sup> *Hay*, in: Assmann/Bungert [Hrsg.], *Handbuch des US-amerikanischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts* (2001), S. 572, Rn. 236.

dass in den USA jedermann Zugang zu Gerichtsprotokollen hat, die sich auf der Geschäftsstelle befinden.<sup>20</sup>

c. Ausübung im Ausland sowie gegenüber ausländischen Parteien  
Maßnahmen der discovery werden auch bei Verfahren mit Auslandsbezug und im Ausland angewandt. Für die Anwendung im Ausland gibt es grundsätzlich zwei Wege. Entweder das US-Gericht wendet sich mittels Rechthilfeersuchen nach dem Haager Beweisübereinkommen (HBÜ) an den ausländischen Staat, der sodann die Beweise erhebt. Da diese Vorgehensweise jedoch nicht zwingend ist<sup>21</sup>, kann die Beweisaufnahme auch ohne Rechtshilfe des ausländischen Staates stattfinden. Zwar kann das US-Gericht selbst aus völkerrechtlichen Gründen keine Beweisaufnahme auf fremden Territorium anordnen.<sup>22</sup> Es besteht im kontradiktorischen Verfahren der USA aber eben auch die Möglichkeit, eine private eidliche Beweisaufnahme durch die Prozessparteien im Ausland durchzuführen. Zudem kann eine eidliche Vernehmung auch durch einen deutschen Notar erfolgen, sofern dieser von den Prozessparteien dazu beauftragt wird, vgl. § 22 Bundesnotarordnung.

### III. Abwehr- und Verteidigungsmöglichkeiten

Sofern deutsche Unternehmen von einer discovery betroffen sind, bieten sich verschiedene Möglichkeiten, etwaige ausforschende Maßnahmen abzuwehren. Im Folgenden wird hierbei zwischen Maßnahmen der betroffenen Unternehmen (1.), sowie solcher der Heimatstaaten unterschieden (2.).

---

<sup>20</sup> Vgl. *Nixon v. Warner Communications Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); s.a. *Junker*, S. 140.

<sup>21</sup> Dies ist zwar in der Theorie durchaus strittig, vgl. *Heck*, NJW 1987, 2128; *Koch*, IPRax 1987, 328.; Praktisch besteht aufgrund des Supreme Court Urteils *In re Société Nationale Industrielle Aérospatiale*, 782 F.2d 120 (8<sup>th</sup> Circuit 1986), in deutscher Übersetzung JZ 1987, 984, jedoch keine Exklusivität des HBÜ für Beweisaufnahmen im Ausland.

<sup>22</sup> Vgl. *Junker*, S. 369 f.; US Supreme Court im Fall *In re Anschütz & Co. GmbH*, 754 F.2d 602 (5<sup>th</sup> Circuit 1985).

## 1. Möglichkeiten der betroffenen Unternehmen

Von discovery-Maßnahmen betroffenen Unternehmen stehen, sowohl im Falle der Beweisermittlung aus dem Ausland, als auch bei Maßnahmen in Deutschland, verschiedene Möglichkeiten der Ausforschungsabwehr zur Verfügung.

### a. Im amerikanischen Prozess

Zunächst sollte sich jede Prozesspartei der gleichen Waffen wie die Gegenpartei bedienen und sich auch selbst die Chancen einer pre-trial discovery beim Gegner zunutze machen. Dabei sollten auch die Möglichkeiten der FRCP zur Einschränkung der discovery-Maßnahmen wahrgenommen werden. Die Reichweite der pre-trial discovery ist gem. FRCP 26 (b) (1) jedoch nur für sog. privilegierte Informationen eingeschränkt, über deren Vorliegen das Gericht entscheidet.<sup>23</sup> Anerkannt ist das attorney-client-privilege, wonach der Mandant keine Auskünfte über Tatsachen geben muss, die er seinem Anwalt mitgeteilt hat und wofür er Rechtsrat erhalten hat.<sup>24</sup>

Nach der durch eine Gesetzesänderung 1970 eingeführten Regelung FRCP 26 (b) (3) ist auch das anwaltliche Arbeitsergebnis (work-product-doctrine) vor discovery-Ermittlungen geschützt. Der Umfang dieses Privilegs beschränkt sich allerdings auf Vermutungen, Rechtsansichten und Schlussfolgerungen des jeweiligen Anwalts.<sup>25</sup>

In gewissen Fällen können Informationen auch durch gerichtliche Anordnungen geschützt werden. Dies ist vor allem für die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen relevant. Die ersuchte Partei muss einen Antrag auf Erlass einer Schutzverfügung (FRCP 26 (c)) stellen, dem das Gericht nach seinem Ermessen stattgeben wird. Es kann beispielsweise anordnen, dass die Einsicht in die erfragten Unterlagen ausschließlich oder vorerst nur dem gegnerischen Anwalt

---

<sup>23</sup> Henry, GRURInt 1983, 82 (84).

<sup>24</sup> Vgl. Haydock/Herr/Stempel, S. 214; Friedenthal/Kane/Miller, S. 406; Kurtz, DAJV-Newsletter 2012, 7.

<sup>25</sup> Vgl. Haydock/Herr/Stempel, S. 226 f.; Henry, GRURInt 1983, 82 (85); Kurtz, DAJV-Newsletter 2012, 7.

oder einer neutralen Person, wie etwa einem Sachverständigen, zu gestatten ist<sup>26</sup>. Eine solche Anordnung könnte die geforderten Informationen zumindest Konkurrenten vorenthalten.

Sollen hierbei ausländische Dokumente geschützt werden, so muss deutlich gemacht werden, dass diese die Voraussetzungen des jeweiligen Privilegs, etwa der work-product-doctrine, erfüllen.

Deutsche Parteien können natürlich auch immer versuchen, das US-Gericht von der Anwendung des HBÜ zu überzeugen, welches weitere Schutzmechanismen vorsieht. Dies wird in den meisten Fällen jedoch erfolglos sein.<sup>27</sup>

#### b. Abwehrstrategien in Deutschland

##### aa. Anrufung eines deutschen Gerichts

Droht in den USA eine Klage, so bietet sich die Möglichkeit, internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte vorausgesetzt, in Deutschland eine negative Feststellungsklage gem. § 256 ZPO zu erheben, um die Rechtshängigkeit der Sache herbeizuführen.<sup>28</sup> Gegen Beweisersuchen lassen sich gegebenenfalls auch einstweilige Verfügungen gem. §§ 938, 940 ZPO von deutschen Gerichten erwirken.<sup>29</sup> Allerdings schützen beide Maßnahmen nicht zwingend vor einem US-Prozess mit pre-trial discovery Verfahren. Die Maßnahmen des deutschen Gerichts werden vom US-Richter lediglich nach seinem Ermessen berücksichtigt, können im günstigsten Fall jedoch tatsächlich zur Abgabe des Verfahrens an die deutschen Gerichte führen.<sup>30</sup> Bei einem solchen, nur bedingt erfolgver-

---

<sup>26</sup> Vgl. Kurtz, DAJV-Newsletter 2012, 8; Friedenthal/Kane/Miller, S. 444.

<sup>27</sup> Reufels/Scherer, IPRax 2005, 456; Meier, DAJV-Newsletter 2012, 11; vgl. auch das Urteil des District Court Utah, Accessdata Corporation v. Alste Technologies GmbH, 2010 U.S. Dist. LEXIS 4566 (D. Utah 2010), MMR 2010, 275, in dem das Gericht die Anwendung des HBÜ ablehnt.

<sup>28</sup> Vgl. Schütze, RIW 2005, 579 (584); Stiefel/Petzinger, RIW 1983, 242 (247).

<sup>29</sup> Mössle, Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationalen Wirtschaftsrecht: Eine vergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des US-amerikanischen und deutschen Rechts (1990), S. 293; Schütze, WM 1986, 633 (636).

<sup>30</sup> Vgl. Hess, AG 2006, 809 (812).

sprechenden Vorgehen sollten sich die Parteien auch die zusätzlichen (Anwalts-) Kosten vor Augen führen.

bb. § 23 EGGVG

Wird einem Rechtshilfeersuchen nach HBÜ in Deutschland stattgegeben, kann sich die betroffene Partei nach § 23 EGGVG vor den ordentlichen Gerichten gegen die angeordneten Maßnahmen wehren, wenn diese gegen Vorschriften des HBÜ verstoßen. Aber auch ein Antrag nach § 23 EGGVG ist nur insoweit sinnvoll, als dass die Beweisaufnahme im konkreten Fall nicht auch durch die direkte Anwendung der FRCP in Deutschland möglich ist.

cc. Verhinderung der Anerkennung von Urteilen

Als weitere Möglichkeit bleibt den Parteien, sich in Deutschland gegen die Anerkennung bzw. Vollstreckung US-amerikanischer Urteile zu wehren, die auf einem pre-trial discovery Verfahren beruhen. Einer Anerkennung in Deutschland könnte vor allem fehlende internationale Zuständigkeit des amerikanischen Gerichts gem. § 328 I Nr. 1 ZPO oder ein Verstoß gegen den *ordre public*<sup>31</sup>, also gegen die wesentlichen, elementaren Grundsätze des deutschen Rechts, gem. § 328 I Nr. 4 ZPO entgegenstehen.

Ob ein ausländisches Gericht iSd § 328 I Nr. 1 ZPO zuständig war, wird von den deutschen Gerichten nach dem sog. Spiegelbildprinzip<sup>32</sup> beurteilt. Einer Anerkennung stünde demnach nichts im Wege, wenn das ausländische Gericht bei entsprechender Anwendung der deutschen Regelungen zuständig wäre. Dabei soll es auch im Falle US-amerikanischer Bundesgerichte genügen, wenn nach dieser hypothetischen Prüfung irgendein Gericht der USA zuständig ist.<sup>33</sup> Jedenfalls international zuständig ist das ausländische Gericht, wenn

<sup>31</sup> Ordre public ist ein Begriff des Internationalen Privatrechts, vgl. Art. 6 EGBGB.

<sup>32</sup> *Stadler*, in: Musielak [Hrsg.], Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz (9. Aufl. 2012), § 328 Rn. 9; *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch (9. Aufl. 2004), S. 1062.

<sup>33</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29.04.1999, IX ZR 263-97, NJW 1999, 3198 f.; *Geimer*, IZPR, Rn. 2896.

der Gerichtsstand des Vermögens (§ 23 ZPO), des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO) oder der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) erfüllt ist.<sup>34</sup> Problematisch kann die Anerkennung werden, wenn das US-Gericht seine Zuständigkeit auf den sehr weiten doing business-Gerichtsstand stützt, bei welchem jeglicher Geschäftskontakt in den betreffenden Bundesstaat reicht, um Zuständigkeit anzunehmen.<sup>35</sup> In einem solchen Fall stehen die Chancen also nicht schlecht, dass das betroffene deutsche Unternehmen eine Anerkennung und somit Vollstreckung in Deutschland verhindert.

Die Tatsache allein, dass einem Urteil eine pre-trial discovery vorausgegangen ist, hindert nicht dessen Anerkennung gem. § 328 I Nr. 4 ZPO.<sup>36</sup> Lediglich die Möglichkeit, dass hierbei eine nach deutschem Recht unzulässige Ausforschung erreicht werden kann, reicht für einen ordre public Verstoß nach § 328 I Nr. 4 ZPO nicht aus.<sup>37</sup> Allein die Verletzung von Grundrechten und sonstigen verfassungsrechtlichen Grundsätzen oder Verstöße gegen das Völkerrecht vermögen die Anerkennung eines darauf basierenden Urteils auszuschließen.<sup>38</sup>

Bessere Chancen für eine Ablehnung der Anerkennung wegen Verstoßes gegen den deutschen ordre public bestehen jedoch, wenn das amerikanische Urteil einen sog. Strafschadensersatz (punitive damages) zuspricht.<sup>39</sup> Eine pauschale Ablehnung kann aber auch hier nicht angenommen werden, vielmehr

---

<sup>34</sup> Ob neben den §§ 12 ff. ZPO auch europarechtliche Vorschriften Anwendung finden, ist streitig, die hM verneint dies bisher; vgl. *Stadler*, in: Musielak [Hrsg.], Kommentar zur Zivilprozessordnung, § 328 Rn. 10.

<sup>35</sup> *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (5. Aufl. 2010), Rn. 735; *Hess*, AG 2006, 809 (812).

<sup>36</sup> BGH, Urteil vom 04.06.1992, IX ZR 149/91, NJW 1992, 3096.

<sup>37</sup> BGH NJW 1992, 3096 (3099); *Stürner*, ZVglRWiss 1982, 159 (200).

<sup>38</sup> Vgl. auch BGH NJW 1992, 3096 (3098); *Stiefel/Stürner*, VersR 1987, 829 (830).

<sup>39</sup> BGH NJW 1992, 3096; *Stadler*, in: Musielak-ZPO, § 328 Rn. 25.

muss auf die im Einzelfall zugesprochene Schadensersatzsumme abgestellt werden.<sup>40</sup>

### c. Sonstige Möglichkeiten

Bei Vertragsparteien besteht zudem die Möglichkeit, eine Schiedsklausel in den Vertrag aufzunehmen, um die Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte bei Streitigkeiten zu vermeiden und stattdessen ein privates Schiedsgericht den Streit entscheiden zu lassen. Bei einem Schiedsverfahren können die Parteien dann die jeweils zulässigen Beweiserhebungsmaßnahmen einvernehmlich selbst bestimmen. Aufgrund der großen Bedeutung des US-Marktes befindet sich die pre-trial discovery jedoch auch in Schiedsverfahren auf dem Vormarsch.<sup>41</sup>

## 2. Abwehrmöglichkeiten der Bundesrepublik

### a. Abwehr- und Verbotsgesetze

Für den deutschen Gesetzgeber besteht die Möglichkeit, gezielte Abwehrgesetze, sog. blocking statutes, gegen extraterritoriale discovery-Auskunftsverlangen der Amerikaner zu erlassen.<sup>42</sup> Allein deren Existenz hält US-Gerichte jedoch nicht davon ab, dennoch entgegen der bestehenden Regelungen die Beweisaufnahme anzuordnen.<sup>43</sup> Beschlagnahme ein Staat jedoch angeforderte Dokumente, da die Herausgabe gegen ein Abwehrgesetz verstößt, so kann sich die verpflichtete Partei gegenüber des US-Gerichts zumindest auf fehlende „control“ berufen<sup>44</sup> und muss sodann nur mit abgemilderten Strafen für die Nichtvorlage rechnen. Zu beachten ist aber, dass eine Nichtvorlage von Beweismitteln Sank-

---

<sup>40</sup> Es sei auch auf die in der Literatur diskutierte Möglichkeit hingewiesen, solchen Urteilen die Anerkennung gegebenenfalls nicht völlig, sondern nur teilweise zu versagen; die Schadensersatzhöhe also auf ein nach deutschem Verständnis angemessenes Niveau zu kürzen. Vgl. *Mössle*, S. 295; *Stiefel/Stürmer*, VersR 1987, 829 (837 f.).

<sup>41</sup> Vgl. *Brand*, NJW 2012, 1119.

<sup>42</sup> *Mössle*, S. 299 f.

<sup>43</sup> Vgl. „It is well settled, that foreign blocking statutes do not deprive an American court of the power to order a party [...] to produce evidence even though the act of production may violate the statute.“ *Columbia Pictures, Inc. v. Bunnell*, 245 F.R.D. 443, (C.D. Cal. 2007), S. 457.

<sup>44</sup> *Mössle*, S. 257, 302; in Deutschland gab es bisher keine solche Beschlagnahme.

tionen des US-Gerichts auch dann nicht komplett entfallen lässt. Den meisten blocking statutes kommt so keine große praktische Wirkung zu.<sup>45</sup>

Ähnlich schwache Verteidigungswirkung besitzen andere Verbotsgesetze, welche ebenfalls in bestimmten Fällen den Informationsaustausch verbieten, jedoch nicht eigens zur Abwehr von discovery-Begehren erlassen wurden. Ein solches Verbotsgesetz ist auch das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), das vor allem bei e-discovery Maßnahmen einer rechtmäßigen Übermittlung von Daten entgegenstehen kann.<sup>46</sup> Da die Verwendung von personenbezogenen Daten in jeder Phase eines Rechtsstreits als Verarbeitung iSd § 3 IV BDSG gilt<sup>47</sup>, und die USA kein adäquates Datenschutzniveau gem. § 4 b II BDSG bieten<sup>48</sup>, kann eine Übermittlung nicht ohne weitere Vorkehrungen stattfinden. Möglich wäre natürlich, sich im US-Prozess auf die bestehenden Verbote in Deutschland zu berufen. Der US-Richter wird dies jedoch nur nach seinem Ermessen in die Entscheidung einfließen lassen; zudem kann er den Begriff Datenschutz möglicherweise gar nicht richtig einordnen.<sup>49</sup>

Daher müssen deutsche Unternehmen versuchen, die Zulässigkeit der Übermittlung von personenbezogenen Daten zu Verfahrenszwecken in die USA herzustellen, um sich nicht auch noch in Deutschland einem Datenschutzvergehen ausgesetzt zu sehen. Möglich ist dies beispielsweise durch die Einwilligung der Betroffenen, vgl. § 4 c I Nr. 1 BDSG, oder durch den Beitritt der Empfängerpartei zu den Safe Harbour Principles für den internationalen

---

<sup>45</sup> Auch ein in Deutschland 1965 ergangenes Gesetz zum Schutz der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung der deutschen Seeschifffahrt (BGBl. II 1965, 833.), das für die Übermittlung von Schifffahrtsdokumenten eine eventuelle Genehmigung vorsah, erlangte keine große Bedeutung, vgl. *Mössle*, S. 300, Fn. 90.

<sup>46</sup> Vgl. hierzu *Junker*, *Electronic Discovery gegen deutsche Unternehmen*, S. 73 ff.

<sup>47</sup> Stellungnahme der Art. 29 Datenschutzgruppe, S. 8, vgl. [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp158\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp158_de.pdf) (Stand: 24.04.2012).

<sup>48</sup> Vgl. *Spies/Schröder*, MMR 2008, 275 (279); *Junker*, S. 78 Rn. 193.

<sup>49</sup> „Data security“ meint nur die physische Sicherheit von Daten; „privacy“ ist nur vor Eingriffen durch den Staat geschützt. Ein mit dem europäischen Datenschutz vergleichbares Institut gibt es in den USA nicht. Vgl. *Spies/Schröder*, MMR 2008, 275 (276 f.); v. *Bodenhausen*, DAJV-Newsletter 2012, 16.

Datentransfer.<sup>50</sup> Ratsam ist auch die Pseudonymisierung der Daten von Mitarbeitern und Kunden.<sup>51</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Parteien sich auf Abwehr- und Verbotsgesetze, die der discovery im konkreten Fall entgegenstehen, berufen sollten, da immerhin die Möglichkeit besteht, dass der US-Richter dies berücksichtigt und in der Folge keine discovery-Anordnung erlässt. Im Fall Volkswagen AG v. Valdez, 909 S.W. 2d 900 (Tex. 1995) musste VW beispielsweise ein Telefonverzeichnis nach Abwägung der Richter, unter Berücksichtigung deutschen Datenschutzes, nicht herausgeben. In einem Urteil vom 21. Januar 2010, Accessdata Corporation v. Alsté Technologies GmbH, 2010 U.S. Dist. LEXIS 4566 (D. Utah 2010), MMR 2010, 275, beschäftigte sich der Richter zwar mit deutschem Datenschutz, diesmal jedoch ohne Erfolg für die deutsche Partei.

#### b. Diplomatische Ansätze

Neben den gesetzgeberischen Maßnahmen besteht aus Sicht der Bundesrepublik noch die Möglichkeit, durch Stellungnahmen der Bundesregierung die deutsche Rechtsauffassung zu einem in den USA verhandelten Sachverhalt darzustellen.<sup>52</sup> Hierfür kann das Institut der amicus curiae Schriftsätze genutzt werden, das in den USA als Form der Verfahrensbeteiligung ausländischer Regierungen üblich ist.<sup>53</sup> Jedoch werden auch solche Stellungnahmen vom US-Gericht nur in seiner Interessensabwägung berücksichtigt. Da in früheren europäischen amicus curiae Erklärungen oft pauschal Souveränitätsverletzungen durch discovery-Maßnahmen behauptet wurden, hat zudem die Glaubwürdigkeit solcher Schriftsätze in den Augen der US-Justiz gelitten.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Dieser Fall wäre eine Ausnahme gem. § 4 c II BDSG; vgl. auch Stellungnahme der Art. 29 Datenschutzgruppe, S. 15; *Spies/Schröder*, MMR 2008, 275 (279).

<sup>51</sup> Beispielsweise durch die Ersetzung von Frau Maier durch M.; vgl. Stellungnahme der Art. 29 Datenschutzgruppe, S. 12.

<sup>52</sup> *Stiefel/Petzinger*, RIW 1983, 242 (247).

<sup>53</sup> Vgl. *Mössle*, S. 298; *Hirte*, ZZP 1991, 11 (13), (21).

<sup>54</sup> *Mössle*, S. 298 f.

#### IV. Zusammenfassung und Fazit

Abschließend bleibt die ernüchternde Erkenntnis, dass es kaum Möglichkeiten gibt, die eine sichere Abwehr von discovery-Maßnahmen gewährleisten. Dies liegt vor allem am weitreichenden Ermessensspielraum der US-Gerichte, beispielsweise hinsichtlich der Anordnungen, die sie treffen. Zwar kann man auf deren Interessensabwägung durch Argumentation Einfluss nehmen, im Zweifel wird der US-Richter jedoch nicht von dem ihm bekannten discovery-Verfahren absehen. Eine schwer einzuschätzende Gefährdung für deutsche Unternehmen liegt zudem in der umfassenden Möglichkeit des Konzerndurchgriffs. Denn der betroffene Konzern kann sich nicht auf die juristische Selbstständigkeit seiner einzelnen Gesellschaften verlassen und muss so gegebenenfalls alle von ihm kontrollierten Beweismaterialien herausgeben. Natürlich muss der in den USA tätige Konzernteil damit rechnen, gegebenenfalls einem US-Verfahren und so auch einer pre-trial discovery ausgesetzt zu werden. Die Ausweitung der Vorlagepflicht während der Beweisermittlung auf die Informationen des gesamten Konzerns ist jedoch nicht angemessen. Hier könnte etwa in Form von bilateralen Abkommen Abhilfe geschafft werden. Dass sich die USA auf solche Vereinbarungen einlassen ist allerdings mehr als zweifelhaft.

Oft wird sich daher in der Praxis ein frühzeitiger Vergleich als beste Möglichkeit anbieten, einer weitreichenden discovery zu entgehen. Mit einem Vergleich wird das anhängige Verfahren rechtsverbindlich beendet, so dass auch discovery-Maßnahmen nicht mehr möglich sind. Zudem werden dadurch auch andere Gefahren hinsichtlich des Ausgangs eines US-Prozesses, wie etwa punitive damages in Millionen- oder Milliardenhöhe<sup>55</sup>, vermieden. Bei einem Vergleich machen beide Seiten jeweils Zugeständnisse, was bei dem verklagten Unternehmen oftmals so aussieht, dass dieses sich zu der Zahlung einer pau-

---

<sup>55</sup> Vgl. zugesprochene Schadensersatzsumme in einem Tabakkonzernfall, *Parizzi*, HAVE 2002, 180 (181).

schalen Schadensersatzsumme bereit erklärt<sup>56</sup>, mit welcher dann alle geltend gemachten Ansprüche abgegolten sind. Für Unternehmen ist dies zwar gerade mit Blick auf die Abwehr von Ausforschungen der Unternehmensinterna positiv, aber auch finanziell ist ein Vergleich nicht zwingend nachteilig, schließlich muss eine Partei in den USA ihre Anwaltskosten selbst bei Obsiegen des Prozesses selbst tragen.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> So geschehen kürzlich durch den Nutella-Hersteller Ferrero, welcher in Kalifornien und anschließend auch in anderen US-Bundesstaaten im Rahmen mehrerer class actions verklagt wurde. Das Verfahren wurde mit einem Vergleich beendet, in welchem sich Ferrero bereit erklärte insgesamt ca. 3 Mio. Dollar zu zahlen. Vgl. <http://www.finanznachrichten.de/nachrichten-2012-04/23387171-nutella-hersteller-in-usa-za-ht-nach-klage-wegen-falscher-werbung-016.htm> (Stand: 12.05.2012).

<sup>57</sup> Sog. American rule of costs, vgl. dazu *Hopt/Kulms/v. Hein*, Rechtshilfe und Rechtsstaat (2006), S. 93 f.



*Der Jurist* wird einmal jährlich von Studenten der Universität Passau mit der Unterstützung des Wissenschaftlichen Beirats, unseres Partners und unserer Freunde und Förderer herausgegeben. / *Der Jurist* is published annually by students of the University of Passau with the assistance of the Advisory Board, our Partner and our Friends.

## Herausgeber · Publisher

Der Jurist e. V. · Innstraße 33, 94032 Passau

Vorstand: *David Rüll*, 1. Vorsitzender · *Kajetan Arno Uhlig*, 2. Vorsitzender · *Jens Scheller*,  
Schatzmeister · *Lisa Schimkus*, 1. Schriftführerin · *Vanessa Kraus*, 2. Schriftführerin

Inhaltlich verantwortlich: *David Rüll*, *Kajetan Arno Uhlig*

Leitender Redakteur: *Philipp Streckenbach*

Gestaltung und Textsetzung: *Ulrich Johannes Völker*

## Einsendungen · Submissions

erbitten wir per E-Mail an die Redaktion / should be e-mailed to:  
autoren@der-jurist.de

## Homepage

[www.der-jurist.de](http://www.der-jurist.de)

## Bezugsbedingungen · Terms of Subscription

Die Zeitschrift erscheint einmal jährlich. Der Preis für ein Einzelheft beträgt € 3,- / sFr 3,65 jeweils zzgl. Versandkosten. / The journal shall appear once a year. Single issue price is € 3,- / sFr 3,65. Prices do not include mailing costs.

*Der Jurist* veröffentlicht rechtswissenschaftliche Aufsätze und Urteilsrezensionen in deutscher und englischer Sprache. Ein Leitfaden für Autoren ist auf der Internetseite verfügbar.

*Der Jurist* publishes case notes and articles on all areas of law in English and German. An author's guide is available online.

Diese Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung der Herausgeber. / This journal and all contributions and pictures contained therein are protected by copyright. Any use beyond the strict limits stipulated by copyright laws requires the written permission of the publisher.

Druck- und Bindearbeiten: Druckerei Ostler, Spitalhofstraße 73, 94032 Passau

ISSN 2192-5623