

EDITORIAL

Von Thomas Windhöfel

„Viele Fehler“, sagte Herr K., „entstehen dadurch, dass man die Redenden nicht oder zu wenig unterbricht. So entsteht leicht ein trügerisches Ganzes, das, da es ganz ist, was niemand bezweifeln kann, auch in seinen einzelnen Teilen zu stimmen scheint, obwohl doch die einzelnen Teile nur zu dem Ganzen stimmen.“ (Bertold Brecht)

Im zweiten Jahr der Pandemie braucht man wohl niemanden davon zu überzeugen, dass das Verhältnis zwischen der Selbstbestimmung des Einzelnen einerseits, der staatlichen Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit andererseits, zu den zentralen Angelegenheiten des Gemeinwesens gehört. Die Frage nach diesem Verhältnis, im Großen und Ganzen wie im einzelnen Fall, ist der zentrale Gegenstand der ZfL.

Die Bundesgesetzgebung wie die Rechtsprechung der obersten Gerichte unseres Landes haben in den letzten Jahren, was diesen Punkt angeht, eine rasante Entwicklung genommen. Der Trend ging dabei – etwas vereinfachend, doch kaum verfälschend gesagt – dahin, der Selbstbestimmung einen grundsätzlichen Vorrang einzuräumen, zumindest in der Theorie. Das Suizidassistenz-Urteil des Bundesverfassungsgerichts¹, das erste Pentobarbital-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts², die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen zum Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen³, die „Einwilligungslösung“ des 2. Strafsenats des BGH⁴ und die Aufgabe der „Wittig-Doktrin“ durch dessen 5. Strafsenat⁵ sind Meilensteine dieses Weges, und alle diese Wegmarken sind, jedenfalls im Prinzip, bestimmt vom Autonomiedenken.

Die Pandemie hat freilich gezeigt, dass die Tendenz nicht für alle Zeiten nur in eine Richtung geht, dass bei drohendem Zusammenbruch wichtiger Infrastrukturen des Lebens- und Gesundheitsschutzes weitestgehende Freiheitsbeschränkungen nicht nur von den politischen Entscheidungsträgern fast einmütig durchgesetzt, sondern auch von einer breiten Mehrheit der Bevölkerung die längste Zeit nahezu klaglos akzeptiert wurden. Zuletzt hat der Klimaschutz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts⁶ in erfreulicher Weise verdeutlicht, dass der Schutz einer freien Gesellschaft und ihrer vitalen Grundlagen eben nicht gleichzusetzen ist mit Hedonismus und Libertinage.

Dass es von Vorteil ist, wenn diese Entwicklungen, in beiden Richtungen, von einer juristischen Fachzeitschrift kritisch begleitet werden, hat sich inzwischen durchaus auch über eine dankenswerth treue Abonnentenschar hinaus in Wissenschaft und Praxis herumgespro-

¹ BVerfGE 153, 182.

² BVerwGE 158, 142.

³ BGHZ 202, 226.

⁴ BGHSt 55, 191.

⁵ BGH, NJW 2019, 3092.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20.

chen. Heft 1 des Jahrgangs 2021 belegt dies in doppelter Weise. Entsprechend der selbst gestellten Hauptaufgabe der ZfL besteht, erstens, der fachliche Schwerpunkt der vorliegenden, beinahe idealtypischen ZfL-Ausgabe darin, die Entwicklung der Rechtsprechung unserer Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte zum Lebensrecht, gemeint in einem ganz umfassenden Sinne, mit der „kritischen Sonde“⁷ zu beleuchten. Und zweitens hat uns eine bemerkenswerte Zahl namhafter Autoren gerade zu diesem Zwecke ihre Feder geliehen.

Nikolaj Fischer beschäftigt sich in seinem Aufsatz mit der Frage der Räumungsvollstreckung. Bereits 2020 hatte sich *Judith Froese* in der ZfL mit diesem Thema auseinandergesetzt.⁸ Dabei lagen in ihrem Fokus die staatlichen Schutzpflichten in dieser besonderen Dreiecks-Konstellation mit dem Ziel der Herstellung praktischer Konkordanz. Nun skizziert Fischer ausführlich die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zum Thema mitsamt ihren vollstreckungsrechtlichen Auswirkungen und untersucht dabei besonders das vielschichtige Verhältnis von Verfassungs- und zivilprozessualen Verfahrensrecht. Im Prinzip gelangen beide zu der Auffassung, dass eine Lösung durch den Gesetzgeber geboten ist, um der staatlichen Schutzpflicht für das Leben und den Grundrechten des Vollstreckungsgläubigers gleichermaßen gerecht zu werden.

Manchmal erstaunt es den einen oder anderen Juristen, der nicht täglich mit Fragen des Strafrechts befasst ist, dass es immer wieder höchstrichterliche Entscheidungen gibt, in denen klassische strafrechtliche „Lehrbuchprobleme“ praktische Bedeutung erlangen. So geschah es im Januar dieses Jahres zum sog. *dolus alternativus*.⁹ Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs kommt dabei zu der Auffassung, dass die Feststellung eines Alternativvorsatzes der Annahme von zwei bedingt vorsätzlichen Körperverletzungen nicht entgegenstehe. Wenn sich der alternative Vorsatz des Täters auf höchstpersönliche Rechtsgutsträger richte und einer der erwarteten Erfolge eintrete, stünden das vollendete und das versuchte Delikt zueinander in Tateinheit (§ 52 StGB). Dass diese Entscheidung

⁷ So die stehende Rede von Wolfgang Hefermehl (1906–2001), in dessen berühmter Heidelberger Wertpapierrechts-Vorlesung ich vor drei Jahrzehnten sitzen durfte. Zu Hefermehl s. die Biographie von *Peter Ulmer*, in: Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer in Berichten ihrer Schüler. Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen*, Bd. 1, Berlin 2007, S. 238–259; dort auch S. 240 ff. zur vieldiskutierten Rolle Hefermechs im Reichsjustizministerium während der nationalsozialistischen Herrschaft und zu seiner eigenen Stellung dazu nach dem Krieg (S. 243); vgl. ferner im vorliegenden Zusammenhang ebd. S. 256 ff. zu „Hefermehl als Hochschullehrer“. Vgl. ergänzend ebenfalls aus Schülerperspektive *Werner Knopp*, in: *Juristen im Portrait*. Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten. Festschrift zum 225-jährigen Jubiläum des Verlages C. H. Beck, München 1988, S. 396–405. Bezeichnend für den ungewöhnlichen Erfolg Hefermechs als Lehrer ist unter den (soweit ersichtlich) insgesamt sieben ihm gewidmeten Festgaben besonders die von Ernst-Wolfgang Böckenförde herausgegebene Festschrift zu seinem 65. Geburtstag „Rechtsfragen der Gegenwart“ (Stuttgart 1972), deren Beiträge ausschließlich aus der Feder von Hörern seines ehemaligen Münsteraner Repetitoriums stammen. Aus rechtshistorischer Perspektive zu Hefermehl zuletzt *Louis Pahlow*, in: Simon Apel/Louis Pahlow/Matthias Wießner (Hrsg.), *Biographisches Handbuch des Geistigen Eigentums*, Tübingen 2017, S. 133–137 sowie *ders.*, *Zeitschrift für geistiges Eigentum* 2019, 485–489; vgl. auch schon *dens.*, *Die Emanzipation des Warenzeichens. Rechtshistorische Überlegungen zum Verhältnis von Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht*, in: Knut Werner Lange/Diethelm Klippel/Ansgar Ohly (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Wettbewerb*, Tübingen 2008, S. 69–87.

⁸ *Judith Froese*, *Lebensschutz in der Zwangsvollstreckung – Ein Beitrag zur grundrechtsdogmatischen Verortung*, ZfL 2020, 149–167.

⁹ BGH, NJW 2021, 795 m. Anm. *Wolfgang Mitsch*. Vgl. zum *dolus alternativus* auch schon die Entscheidung RGSt 39, 44 aus dem Jahre 1906.

im Schrifttum unterschiedlich bewertet wird, ist nicht überraschend.¹⁰ Wir setzen die Debatte fort. *Joerden* kritisiert, dass in beiden Fällen Vorsatz angenommen wird. Dies führe zur Gleichstellung von *dolus alternativus* und *dolus cumulativus*, obwohl im Falle des Alternativvorsatzes doch nur eine Person getroffen werden soll. Daher müsse das verminderte Handlungsunrecht beim *dolus alternativus* bereits auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes und nicht erst auf der Konkurrenzebene zur Geltung gebracht werden. Dagegen meint *Sowada*, das verwirklichte Unrecht werde nur durch diesen erweiterten „Zugriff“ des BGH vollständig erfasst. Eine Berücksichtigung des verringerten Handlungsunwertes sei im Rahmen einer differenzierten Konkurrenzlösung und nicht erst auf der Ebene der Strafzumessung geboten.

Dass Fragen des strafrechtlichen Lebensschutzes auch außerhalb der erwartbaren Zusammenhänge auftreten können, belegt ein Beschluss des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 17. Mai 2020.¹¹ Der BGH sah sich dabei vor die Frage gestellt, ob der tatbestandsspezifische Gefahrenzusammenhang beim Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB) durch eine Patientenverfügung gemäß § 1901a BGB bzw. einen rechtmäßigen ärztlichen Behandlungsabbruch unterbrochen werde. Der Senat hat dies – im Ergebnis wie in der Begründung zurecht – verneint. *Eisele* unterzieht die Entscheidung für uns einer ausführlichen Besprechung.

Zwei neuere Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts¹² und des Bayerischen Obersten Landesgerichts¹³ befassen sich mit Rechtsfragen des Embryonenschutzgesetzes. So unterschiedlich die Sachfragen, so verschieden die Standpunkte unserer beiden Autoren. Während *Hillgruber* die Gelegenheit wahrnimmt, anhand des Falles des BVerwG seine grundsätzlichen Bedenken gegen die PID¹⁴ in konkrete Fragen zu fassen, sieht *Lindner* mit dem Urteil des BayObLG seine Auffassung¹⁵ bestätigt, dass es einer Reform des deutschen Fortpflanzungsmedizinrechts bedarf. Die Debatte wird weitergeführt werden müssen, auch wenn durchaus offenbleiben muss, ob sie angesichts der unvereinbaren jeweiligen Grundanliegen – Embryonenschutz hier, Reproduktionsmedizin da – jemals zu einem Konsens führen kann. Das mindert keinesfalls den Wert des Dialogs. Denn die Methode einer Wis-

¹⁰ Vgl. von den bisherigen Bespr. außer *Mitsch* (Fn. 9) noch *Stephan Beukelmann*, NJW-Spezial 2021, 121; *Jörg Eisele*, JuS 2021, 366; *Hans Kudlich*, JA 2021, 339; ausführlich *Lukas Schefer/Simon Kemper*, Zur Behandlung des sogenannten „Alternativvorsatzes“, HRRS 2021, 173–177.

¹¹ BGH, NJW 2020, 3669 = JZ 2021, 264 mit Anm. *Felix Ruppert*.

¹² BVerwG, Urt. V. 5. 11. 2020 – BVerwG, 3 C 12.19.

¹³ BayObLG, Urt. v. 04. 11. 2020 – 206 StRR 1461/19; vgl. zur Vorinstanz (LG Augsburg, NJW 2019, 382) auch *Carina Dorneck*, Embryonenspende – was ist „Befruchten“?, ZfL 2019, 139–149 (gegen *Jochen Taupitz*, Verbot der Eizellspende – modern interpretiert?, NJW 2019, 337–340).

¹⁴ Vgl. etwa *Christian Hillgruber*, Präimplantationsdiagnostik – verfassungsrechtlich verboten, gesetzlich erlaubt?, in: Manfred Spieker/Christian Hillgruber/Klaus F. Gärditz, Die Würde des Embryos. Ethische und rechtliche Probleme der Präimplantationsdiagnostik und der embryonalen Stammzellforschung, Paderborn 2012, S. 57–86; vgl. auch *dens.*, Ethische und rechtliche Einwände gegen die Präimplantationsdiagnostik, in: Ursula Nothelle-Wildfeuer/Christian Hillgruber/Michael Pawlik/Magnus Striet/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Zum Fest der Freiheit. Gedächtnisschrift für Eberhard Schockenhoff, i. Vb.

¹⁵ Vgl. z. B. *Josef Franz Lindner*, Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinrecht für Deutschland, ZRP 2019, 171–174; ferner die Gemeinschaftsarbeit *Ulrich M. Gassner/Jens Kersten/Matthias Krüger/Josef Franz Lindner/Henning Rosenau/Ulrich Schroth*, Fortpflanzungsmedizinengesetz. Augsburg-Münchner-Entwurf (AME-FMedG), Tübingen 2013.

senschaft wie der Jurisprudenz besteht darin, Lösungen auszuprobieren, der Kritik aussetzen: „Lösungen werden vorgeschlagen und kritisiert. Wenn ein Lösungsversuch der sachlichen Kritik nicht zugänglich ist, so wird er eben deshalb als unwissenschaftlich ausgeschaltet, wenn auch vielleicht nur vorläufig.“¹⁶

Die Frage, ob die Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind einen ersatzfähigen Schaden darstellen kann, ist seit den Grundsatzurteilen des BGH aus den Jahren 1993¹⁷ und 2000¹⁸ immer wieder Gegenstand obergerichtlicher Entscheidungen.¹⁹ Das Schrifttum ist kaum noch überschaubar.²⁰ Dabei geraten, selbst wenn man den Ausgangspunkt des Bundesgerichtshofs akzeptiert, mitunter die Wertmaßstäbe durcheinander. Dies ist nach Auffassung von *Christopher Schmidt* bei der Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 19.02.2020²¹ geschehen.

Eine besonders interessante Entscheidung des OLG Frankfurt am Main²² bespricht *Spickhoff*. Es geht dabei um den Einsatz der Bahn als Suizidmittel und die für die zivilrechtlichen Haftpflichtfolgen entscheidende Frage nach der Verschuldensfähigkeit der Suizidenten. Die Erwägungen des Oberlandesgerichtes sind gerade vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Suizid als Akt „autonomer Selbstbestimmung“ im Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts²³ von besonderem Interesse.

¹⁶ *Karl Popper*, Die Logik der Sozialwissenschaften, in: Theodor W. Adorno (Hrsg.), *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, Frankfurt 1972, S. 103–124 (106).

¹⁷ BGHZ 124, 128; vgl. dazu auch BVerfGE 96, 375 und 409.

¹⁸ BGHZ 143, 389.

¹⁹ Vgl. zuletzt etwa OLG Hamm, Urt. v. 19.06.2018–26 U 91/17.

²⁰ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: *Ralph Backhaus*, Inwieweit darf die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden bewertet werden?, *MedR* 1996, 201–205; *Rainer Beckmann*, Karlsruhe und das „Kind als Schaden“, *ZfL* 1998, 1–5; *Erwin Deutsch*, Schadensrecht und Verfassungsrecht – Unterhalt oder Kind als Schaden, *NJW* 1994, 776–778; *ders.*, Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden – Eine methodische Grundfrage des geltenden Rechts, *VersR* 1995, 609–616; *ders.*, Das behindert geborene Kind als Anspruchsberechtigter, *NJW* 2003, 26–28; *Uwe Diederichsen*, Unterhaltskosten als Vermögensschäden, *VersR* 1981, 693–696; *Dieter Giesen*, Geburt eines ungewollten Kindes – Wertverwirklichung oder Schadensereignis?, *FamRZ* 1970, 565–572; *ders.*, Schadensbegriff und Menschenwürde – Zur schadensrechtlichen Qualifikation der Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind, *JZ* 1994, 286–292; *Wolfgang Grunsky*, „Kind als Schaden“, *Jura* 1987, 82–86; *Adolf Laufs*, Schädliche Geburten – und kein Ende, *NJW* 1998, 796–798; *Dirk Looschelders*, Schadensersatz bei „einseitiger“ Durchkreuzung der Familienplanung durch den kinderwilligen (Ehe-)Partner?, *Jura* 2000, 169–175; *Dieter Medicus*, Zivilrecht und werdendes Leben, *Bayerische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-Historische Klasse, Sitzungsberichte Jahrgang 1985, Heft 1*; *Eduard Plicker*, Schadensersatz für das unerwünschte Kind („Wrongful birth“): Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt?, *AcP* 195 (1995), 483–547; *Andreas Roth*, Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden, *NJW* 1994, 2402–2404; *ders.*, Kindesunterhalt als Schaden, *NJW* 1995, 2399–2400; *Walter Selb*, Eltern wider Willen: Geburtenplanung und Schadenersatzrecht, *JZ* 1971, 201–208; *Rolf Stürner*, Das nicht abgetriebene Wunschkind als Schaden, *FamRZ* 1985, 753–761; *ders.*, Schadensersatz für missglückte Abtreibung – ein Problem der Schadenszurechnung?, *JZ* 1986, 122–126; *ders.*, Das Bundesverfassungsgericht und das frühere menschliche Leben – Schadensdogmatik als Ausformung humaner Rechtskultur?, *JZ* 1998, 317–330.

²¹ OLG Karlsruhe, *MedR* 2021, 52 m. Anm. *Anne Ziegler*; vgl. ausführlich auch *dies.*, „Kind als Schaden?“ – Arzthaftung bei Behinderungen des ungeborenen Kindes, *MedR* 2021, 34–40.

²² OLG Frankfurt a. M., *Beschl.* v. 24.06.2020–16 U 265/19.

²³ BVerfGE 153, 182.

Juristische Entscheidungsrezensionen werden von beteiligten Richtern und Parteien nicht immer als wohlthätig, manchmal gar als Besserwisseri *ita in malum* empfunden.²⁴ Die Urteilsbesprechungen in diesem Heft sind gedacht als heilsame Unterbrechungen im Sinne des eingangs zitierten, Brecht'schen Herrn K. Sie wollen eine „fruchtbare Brücke“²⁵ zwischen Rechtswissenschaft, Rechtsprechung und Rechtsanwendung bauen. Wer es weniger literarisch und mehr juristisch liebt, dem sei das Wort des bedeutenden Verfassungsrechtlers *Ernst Friesenhahn*²⁶ ans Herz gelegt: „Auch für den Praktiker tut es not, sich gelegentlich einmal wieder mit den theoretischen Grundlagen seiner Arbeit vertraut zu machen, wie andererseits der Theoretiker der Berührung mit der praktischen täglichen Arbeit in Verwaltung und Gericht bedarf, soll er nicht lebensfremd an seinem Schreibtisch konstruieren.“²⁷ Das gilt umso mehr für Grundfragen des Gemeinwesens wie die Rechtsfragen des Lebensschutzes.

Eine Zeitschrift für Lebensrecht tut nach allem dringender not denn je. Dass unsere Zeitschrift ab dem 30. Jahrgang 2021 nun in dem berühmten, 1798 begründeten, 1809 von Carl Duncker und Peter Humblot übernommenen Verlag erscheint, mag dies unterstreichen und die Zeitschrift einem breiteren Leserkreis zugänglich machen. Als der Verleger im Sommer 2020 an den Unterzeichneten herantrat, um uns das Angebot zu machen, die ZfL künftig unter dem Dach seines Hauses erscheinen zu lassen, waren wir spontan von seinem Vorschlag eingenommen. In dem Wissenschaftsverlag, der Carl Samuel Grünhut, John Maynard Keynes, Ulrich von Lübtow, Leopold von Ranke, Carl Schmitt, Gustav von Schmoller, Joseph Schumpeter, Georg Simmel, Rudolf Smend, Rudolf Sohm, Andreas von Tuhr und Max Weber herausgebracht hat, in dem zu erscheinen mag auch der ZfL anstehen. So wurden wir rasch einig, zumal uns die ZfL gut in das Zeitschriftenportfolio juristischer Fachzeitschriften unseres Verlages Duncker & Humblot zu passen scheint: Der *Staat*²⁸ und die *Verwaltung*, die *Rechtstheorie* ebenso wie *Recht und Politik* sind jeweils traditionell Zeitschriften mit einem besonders markanten Charakter, einem ganz unverwechselbaren Profil.

²⁴ Grundsätzlich zur Problematik *Wulf Goette*, Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in Deutschland am Beispiel des Gesellschaftsrechts, *RabelsZ* 77 (2013), 309–321. Vgl. auch den didaktischen Ratschlag für die Abfassung von Schwerpunktthausarbeiten von *Daniel Kaiser*, *ZJS* 2018, 221 (223): „Seien Sie mutig in der Kritik und zurückhaltend in der Formulierung.“

²⁵ So der schöne Ausdruck von *Carsten P. Claussen/H.-Michael Korth*, Das Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers/Gesellschafters einer GmbH, in: Heinrich Beisse/Marcus Lutter/Heribald Näger (Hrsg.), *Festschrift für Karl Beusch*, 1993, S. 111–131 (112).

²⁶ Für die jungen Juristen unter unseren Lesern, derer es hoffentlich viele gibt: Vgl. zu Friesenhahn *Jochen Abr. Frowein*, *AöR* 110 (1985), 99–102; *Josef Isensee*, in: *Staatslexikon*⁷, Sp. 765 f.; *Hans Meyer*, in: Peter Häberle/Michael Kilian/Heinrich Wolff (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 2. Aufl., Berlin 2018, S. 693–708; *Stefan Stolte*, in: Matthias Schmoeckel (Hrsg.), *Die Juristen der Universität Bonn im Dritten Reich*, Köln 2004, S. 185–232; *Dan Bastian Trapp*, in: *Bonner Rechtsjournal Sonderausgabe 1/2014*, 20–26; *Christian Waldhoff*, in: Internetportal Rheinische Geschichte (<http://www.rheinische-geschichte.lvr.de/Persoenlichkeiten/ernst-friesenhahn/DE-2086/lido/57c6c07a2c68b3.04131812>).

²⁷ *Ernst Friesenhahn*, Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in: *Recht – Staat – Wirtschaft* Bd. 2, 1950, S. 239 (241).

²⁸ Zur besonders interessanten Gründungsgeschichte der Zeitschrift „Der Staat“ vgl. z. B. *Ewald Grothe*, Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900–1970, München 2005, S. 402–405; *Frieder Günther*, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970. München 2004, S. 225–229.

Etwas unbescheiden könnten wir sagen: Da passt die ZfL gut hinein. Bescheiden wir uns stattdessen mit einem guten Vorsatz: Der neue Verlag ist der Redaktion Ehre und Ansporn, den bisherigen Weg weiter zu verfolgen.