

HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

AUS DEM INHALT

AUFSATZ

Nicolai Wacker
Kritik des Asylrechts

Lasse Ramson
Ausschluss von der
Parteienfinanzierung

Feist / Moslehi
Urteilsentwürfe im
Strafprozess

STUDIUM

Christina Lemke
Klausur Gesetzliche
Schuldverhältnisse

Fynn Wenglarczyk
Politische und religiöse
Motive bei der Strafzu-
messung und § 211

1-2
2017

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Stud. iur. Nicolai Wacker Zur Kritik des deutschen Asylrechts – Ein Versuch	1
Stud. iur. Mats Andresen Social Bots: Legitimes Mittel im Wettstreit der Ideen?	9
Stud. iur. Lasse Ramson Zur Recht- und Zweckmäßigkeit der neuen Regelung zum Ausschluss von der Parteienfinanzierung	12
Stud. iur. Arne Nis Meyn, stud. iur. Hendrik Schwager Der Urlaubsanspruch: Arbeitsschutz zwischen deutschem Privatrecht und europäischem Sanktionsrecht. Eine dogmatische Einordnung	17
Stud. iur. Robert F. Feist, stud. iur. Sina Aaron Moslehi Urteilsentwürfe im Strafprozess	26

Klausuren

Stud. iur. Christina Lemke Klausur Gesetzliche Schuldverhältnisse	31
--	----

Hausarbeiten

Stud. iur. Fynn Wenglarczyk Examenshausarbeit: Töten im Namen des Islam: Berücksichtigung religiöser und politischer Tötungsmotive bei den Mordmerkmalen und der Strafzumessung	36
Stud. iur. Jan-Alexander Jeske Examenshausarbeit: Die Bedeutung der Freizügigkeit zwischen Wirtschaftsrecht, Bürgerrecht und Menschenrecht am Beispiel der aktuellen Rechtsprechung des EuGH	48

Rechtspolitisches

Wiss. Mit. Janwillem van de Loo Den Palandt umbenennen – ein Zwischenstand	58
---	----

Rezensionen

Mag. Phil. Andreas Raffener Rezension: Internationale Strafgerichtsbarkeit unter sowjetischem Einfluss	61
Impressum	62

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

mit dieser Ausgabe der Hamburger Rechtsnotizen erwarten Sie einige Neuerungen, auf die wir Sie gerne hinweisen möchten.

Als drittes Heft in studentischer Redaktion möchten wir wieder verstärkt auf Beiträge von Studierenden setzen, um wissenschaftliche Publikationen schon früh zu fördern und so einen Anreiz zu schaffen, Beiträge zu juristischen Themen zu verfassen.

Neben Klausuren und Hausarbeiten soll der Schwerpunkt der Hamburger Rechtsnotizen auch in Zukunft weiter auf Aufsätzen liegen, die nicht nur Spezialprobleme behandeln, sondern sich auch mit Thematiken aus den Grundlagenfächern auseinandersetzen sollen.

Darüber hinaus werden die Ausgaben in Zukunft auch online zur Verfügung stehen. Auf unserer neu gestalteten Internetseite haben Sie die Möglichkeit, die Ausgaben vollständig einzusehen und herunterzuladen.

In diesem Heft erwarten Sie unter anderem ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Kritik des deutschen Asylrechts sowie eine Schwerpunkthausarbeit zur Frage der Berücksichtigung religiöser und politischer Tötungsmotive im Rahmen der Mordmerkmale und der Strafzumessung. Außerdem freuen wir uns über kritische Beiträge zu Social Bots und der Parteienfinanzierung. Aus dem Strafrecht erwartet Sie weiter ein Beitrag zu dem relativ unbearbeiteten Feld der Urteilsentwürfe im Strafprozess und den damit verbundenen Fragen des rechtlichen Gehörs, der freien richterlichen Beweiswürdigung und des Ablehnungsrechts.

Wir danken unserem Vereinsvorsitzenden Herrn Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, welcher den Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge an der Universität Hamburg innehat, für seine jederzeitige Hilfsbereitschaft und sein Vertrauen in die studentische Redaktion. Unser Dank gilt selbstverständlich ebenso den Autorinnen und Autoren der Beiträge in dieser Ausgabe.

Letztlich möchten wir noch darauf hinweisen, dass wir uns über neue Interessierte an redaktioneller Mitarbeit sehr freuen. Durch das kleine Team bietet die Mitarbeit in der Redaktion die Möglichkeit, eigene Ideen einzubringen, umzusetzen und so die Gestaltung einer juristischen Zeitschrift zu verstehen und zu erleben. Der direkte Kontakt mit den Autorinnen und Autoren und ihren Beiträgen bietet zudem einen Einblick in interessante Themenfelder, für welche der Rahmen einer Vorlesung meist nicht ausreicht. Auch über Einsendungen von Manuskripten sowie Klausuren und Hausarbeiten freuen wir uns sehr.

Und nun wünschen wir Ihnen viel Freude beim Lesen der aktuellen Ausgabe. Sollten Sie Fragen, Anregungen oder Kritik haben, dann zögern Sie nicht, uns eine E-Mail an redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de zukommen zu lassen.

Ihre Redaktion der Hamburger Rechtsnotizen

Nicolai Wacker*

Kritik des deutschen Asylrechts – Ein Versuch

Dieser Beitrag soll als Versuch dienen, in Fragen zu Migration, Asyl und Zuwanderung eine systematische, rechtsphilosophische Argumentationsrichtung zu erläutern. Pragmatische Fragen der Umsetzbarkeit sollen hierbei ausgespart werden, können aber im Licht der hier vermittelten Grundposition angenähert werden. Auf Grundlage der Kantischen Philosophie (vornehmlich seiner Friedensschrift und der Metaphysik der Sitten) wird durch Ergänzung einer normativen Sphäre ein allgemeiner Rechtsanspruch auf Asyl formuliert, der die aktuelle rechtliche Situation in ihrer beschränkenden Form kritisiert.

I. Philosophische und begriffliche Bezugspunkte

Flucht ist kein neues Phänomen: Wie rechtlich mit Migration umzugehen ist, steht regelmäßig zur Debatte. Dieser Beitrag bezieht sich hauptsächlich auf den kosmopolitischen Aufklärer Immanuel Kant.¹ Zur sprachlichen Klärung der etwas verquerten Situation in der sogenannten Flüchtlingsdebatte wird eine eigene Terminologie vorgeschlagen. Es soll gerade nicht allgemein die Rede von Flüchtlingen sein, da diese Bezeichnung einem Rechtsstatus entspricht. Stattdessen soll grundsätzlich die jeweilige Handlung der betroffenen Person Bezugspunkt für die Bezeichnung sein. Daher ergeben sich Formulierungen wie Zugewanderte, Schutzsuchende oder Geflüchtete. Die räumliche Bewegung von Menschen in Verbindung mit der Verlegung ihres Lebensmittelpunktes wird grundsätzlich als Migration bezeichnet.² Ausgehend von diesem Migrationsbegriff ist zwischen internationaler Migration und Binnenmigration zu differenzieren. In diesem Beitrag wird der Terminus Migration synonym für eine internationale Verlegung des Lebensmittelpunktes, also über Staatsgrenzen hinweg,

* Der Autor studiert an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf der Arbeit im rechtsphilosophischen Seminar zum Begriff des internationalen Rechts bei Prof. Dr. iur. Michael Köhler und wurde für die Veröffentlichung in den HRN überarbeitet.

1 Kants Werke werden in diesem Beitrag nach der Akademie Ausgabe, hrsg. von der Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften Berlin, 1902, wie folgt zitiert: *Kant*, AA, Band, Seite.

2 Vgl. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF)/ Bundesministerium des Innern (BMI), Migrationsbericht 2015, 2016, S. 1 (30); Oltmer, Migration: Geschichte und Zukunft der Gegenwart, 2017, S. 20.

verwendet. Der Begriff Asyl ist im Zweifel synonym dem Begriff Schutz oder Obdach verwendet. Auf diese sprachliche Besonderheit wird allerdings noch einmal eingegangen.

II. Rechtsphilosophische Herleitung

1. Freiheit, Gleichheit und Würde

In erforderlicher Knappheit ist auf die vorpositiven Rechtsprinzipien Freiheit, Gleichheit und Würde einzugehen. Mit diesen Begriffen sind wir bei der Grundlage unserer modernen Gesellschaftstheorie – zumindest in der abendländisch neuzeitlichen Philosophie – angelangt. Auf diesem Bereich soll kein Schwerpunkt liegen; diese Grundlage ist für die systematische Begründung eines allgemeinen Asylrechts allerdings entscheidend.

Der historische Weg der Menschheit hin zu einem innerweltlichen Verständnis der Staatsbegründung ausgehend von Freiheit und Gleichheit der Menschen ist genauso lang wie vielbesprochen. Thomas Hobbes schreibt in seinem „Leviathan“ über den Naturzustand, in dem alle Menschen grundsätzlich „gleichmäßig begabt“³ seien. In diesem Naturzustand habe jeder Mensch ein Recht auf alles, wodurch sich „ein Krieg aller gegen alle“⁴ ergebe. Mittels eines Gesellschaftsvertrages verließen die Menschen, laut Hobbes, den Naturzustand und träten in den bürgerlichen Zustand ein. Durch den Gesellschaftsvertrag übertragen die Individuen in Hobbes Theorie dann allerdings so gut wie alle Rechte an den sogenannten Leviathan, der im Sinne eines autokratischen Herrschers alle Macht im Staate innehat. Für Kant ist die Freiheit die individuelle „Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür“, welche jedem Menschen kraft seiner Menschheit zukommt und das einzige ursprüngliche Recht darstellt.⁵ Die Freiheit der Menschen ist hierbei grundsätzlich und allgemeingültig, daher auch als gleiche Freiheit aller zu verstehen. Somit ergibt sich die Gleichheit in Kombination mit Freiheit. Denn

3 Hobbes, *Leviathan*, übersetzt von Jacob Peter Mayer, 1970, S. 112.

4 Hobbes, *Leviathan*, 1970, S. 115.

5 Kant, AA, VI, S. 237.

auch wenn es unterschiedliche Begabungen geben mag, so seien wir Menschen alle in unserer Besonderheit und Vielfältigkeit gleich. Da alle Menschen gleichermaßen frei seien, träfen mitunter individuelle Freiheitsverwirklichungen bzw. Freiheitssphären aufeinander. Die individuelle, inhaltlich selbstbestimmte und gleiche Freiheit aller Menschen fände daher ihre Grenzen in den allgemeinen Gesetzen.⁶ Diese allgemeinen Gesetze unterlägen auch der Freiheit der Menschen, welche ihr Zusammenleben nur nach den Regeln ausrichten müssten, die sie sich selbst gegeben haben. Da der Mensch ein grundsätzlich vernunftbegabtes Wesen sei, gelte dabei der Handlungsgrundsatz des kategorischen Imperatives, also nur „nach der Maxime, die sich selbst zugleich zum allgemeinen Gesetze machen kann“ zu handeln.⁷ Es setzt somit eine Regulierung der natürlichen Freiheit des Einzelnen zu Gunsten der Freiheit aller Individuen ein. Entscheidend ist hierbei, dass bei aller inhaltlich selbstbestimmten Freiheit, so „gutartig und rechtliebend“⁸ sie auch gedacht sein mag, die jeweiligen individuellen Freiheitsvorstellungen durch allgemeine Rechtsgesetze (die also mit äußerem Zwang durchgesetzt werden können) miteinander in Einklang gebracht werden müssen. Kant formuliert: „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“⁹ Das Recht bezieht sich auf die äußerlichen Verhältnisse zwischen Personen.¹⁰ Somit besteht genau zum Schutz der individuellen Freiheit die Pflicht zum Eintritt in den bürgerlichen Zustand unter Rechtsgesetzen.¹¹ Dieser bürgerliche Zustand ist der Staat: Ein Staat ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen.¹² Weiterführend soll auf die Staatsrechtsphilosophie Kants im Rahmen diesem Beitrag nicht eingegangen werden. Die besondere Rolle des Menschen als vernunftbegabtes Wesen wird deutlich an der sogenannten Zweck-an-sich-Formel. Kant postuliert, dass „der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen existiert als Zweck an sich selbst.“¹³ Hiermit wird konstatiert, dass jeder Mensch individuell für sich selbst steht und Selbstzweck hat. Als allgemeine Handlungsregel in zwischenmenschlicher Aktion heißt es: „Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.“ Damit wird die Idee der Würde aller vernünftiger Wesen zur Formel eines grundsätzli-

chen Respekts der Person vor sich selbst und gegenüber anderen Personen.¹⁴ Die Würde des Menschen ist damit Grundlage aller faktischen subjektiv-öffentlichen Rechte. Auch ein subjektiv-öffentliches Recht auf Asyl basiert somit auf dem Würdebegriff.

2. Weltbürgerrecht

Notwendigerweise müssen Freiheit, Gleichheit und Würde des Menschen globale Geltung besitzen, denn Menschen bevölkern den gesamten Erdball. Da alle Menschen weltweit Rechtsprinzipien unterliegen, scheint es zunächst einleuchtend, dass auf dieser Grundlage ein Weltstaat¹⁵, also die Vereinigung aller Menschen unter weltweiten Rechtsgesetzen, folgt. Kant argumentiert für das „negative Surrogat“ der Weltrepublik, welches er als die dreigliedrige Verfassungsidee von Staatsrecht, Völkerrecht und Weltbürgerrecht ansieht.¹⁶ Das Recht der Freiheit und die Würde des Menschen sind hierbei natürlich unabhängig von den jeweiligen Staatsgrenzen anzuerkennen, denn sie stehen den Menschen kraft ihrer Menschheit zu. Die kosmopolitische Idee Kants bedarf der Einheit der dreigliedrigen Verfassungsidee und sowohl die Nationalstaatsebene als auch die Völkerbundebene können beim Weltbürgerrecht nicht hinweggedacht werden. Rechtssubjekte der Ebene des Weltbürgerrechts sind sowohl Individuen als auch Staaten.¹⁷ Es ergeben sich somit Konstellationen zwischen einzelnen Bürger/innen (B-B), zwischen einzelnen Staaten (S-S) in Bezug auf Bürger/innen und zwischen Bürger/innen und fremden Staaten (B-S). Entscheidender Bezugspunkt ist nun die dritte Konstellation zwischen Weltbürger/in und einem fremden Staat.

Kant definiert das Weltbürgerrecht negativ: „Das Weltbürgerrecht findet seine Grenzen in den Regeln der allgemeinen Hospitalität.“¹⁸ Mit allgemeiner Hospitalität ist mithin gerade kein Gastrecht aller Menschen auf allen Gebieten der Erde gemeint. Es geht vielmehr darum, dass jeder Mensch das (Weltbürger-)Recht hat, auf dem Boden eines fremden Staates „nicht feindselig behandelt zu werden,“¹⁹ solange man sich selbst friedlich verhält. Daraus folgt also ein Freizügigkeitsrecht auf der

6 Hackel, Kants Friedensschrift und das Völkerrecht, 2000, S. 53; Kant, AA, VI, S. 237; Köhler, Recht und Gerechtigkeit, 2017, S. 224.

7 Hackel, Kants Friedensschrift, 2000, S. 53; Kant, AA, IV, S. 436.

8 Kant, AA, VI, S. 311.

9 Kant, AA, VI, S. 230.

10 Mahlmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 4. Aufl. 2017, § 6 Rn. 16.

11 Kant, AA, VI, S. 311 f.

12 Kant, AA, VI, S. 313.

13 Kant, AA, IV, S. 428.

14 Kant, AA, IV, S. 435; Köhler, Recht und Gerechtigkeit, 2017, S. 210.

15 Die Idee einer Weltrepublik qualifiziert Kant im zweiten Definitivartikel seiner Friedensschrift als in thesi richtig. Die Überlegung hin zu einem Weltstaat ist durchaus stringent, wird aber letztendlich von Kant abgelehnt, da die Verschiedenheit der Menschen in ihrem positiven Charakter, der fehlende Wille der Nationalstaaten hin zur Aufgabe ihre Souveränität und die Unregierbarkeit einen Weltstaat praktisch unmöglich machen; siehe Kant, AA, VIII, S. 357; ebd., AA, XXIII, S. 171; vgl. Flikschuh, Kant and modern political philosophy, 2000, S. 184; Hackel, Kants Friedensschrift, 2000, S. 78 f.; Kersting, Kant über Recht, 2004, S. 155 ff.; Llanquic, Ideengeschichte I: Von der Antike bis zur Französischen Revolution, in: Schmidt, Wolf, Wurster (Hg.), Studienbuch Politikwissenschaft, 2013, S. 51 (74).

16 Kant, AA, VIII, S. 357.

17 Kant, AA, VIII, S. 349 Anm.; Kleingeld, in: JRE 1997, S. 333 (338).

18 Kant, AA, VIII, S. 357.

19 Kant, AA, VIII, S. 358.

gesamten Erde, welches als individuelles Kommunikationsrecht verstanden werden kann.²⁰ Jeder Mensch solle das Recht haben, „sich zum Verkehr untereinander anzubieten.“²¹ Es besteht ein Anspruch auf der Seite des/der Zugereisten, ein Kommunikationsangebot machen zu dürfen.²² Man könnte das Weltbürgerrecht somit allgemein als Anbahnungsrecht verstehen. Welche Folgen sich dann aus dem Kommunikationsversuch ergeben, muss offenbleiben und liegt in den Händen der einzelnen verhandelnden Menschen und Staaten. Eine allgemeine Rechtspflicht zur Aufnahme von Menschen besteht somit nicht, wenn sich die Menschen nicht darauf einigen. Eine solche Einigung beschreibt Kant als „besondere[n] wohlthätige[n] Vertrag“,²³ der ein Gastrecht begründen würde. Diese Einigung unterliegt allerdings der nationalen Souveränität.²⁴ Die negative Formulierung des Weltbürgerrechts wird vielfach darauf zurückgeführt, dass Kant ein scharfer Kritiker des Kolonialismus war und die Rechte der Zugereisten deutlich beschränken wollte.²⁵ Es soll ausgeschlossen werden, dass fremde Menschen sich ein Land zu eigen machen, wie es z. B. im Amerika des 16. Jahrhunderts in grausamer Weise geschehen ist.²⁶ Verdeutlicht wird diese Ansicht mit der Einführung des Konzepts der Inhospitalität: Einerseits verhält sich der/die Besuchte inhospitabel, wenn er/sie den/die Zugereiste/n per se nicht anhört und andererseits verhält sich der/die Zugereiste inhospitabel, wenn er/sie den/die Besuchte/n zu kolonialisieren versucht.²⁷

3. „Nothilfepflicht“

Das allgemeine Weltbürgerrecht, welches also ein Besuchsrecht gewährt, wird nun allerdings durch eine spezielle Ausnahmeregelung ergänzt. Das kantische Besuchsrecht räumt es Menschen ein, sich zum Verkehr anbieten zu dürfen, was aber eine Abweisung zur Folge haben kann. Nun kommt allerdings eine Ergänzung in Form eines Abweisungsverbotes in einer Notsituation zum Tragen. Nach dem allgemeinen Charakter des Weltbürgerrechts ist der Besuch der Person auf dem Boden eines fremden Staates zunächst legitim. Mit dem Besuchsrecht ist allerdings ausdrücklich kein Gast- oder Niederlassungsrecht gemeint. Der Staat kann einen „Gastvertrag“ verweigern und eine Ausweisung wäre die Folge. Die entscheidende Ausnahme bildet nun allerdings die Notsituation. „Dieser [Staat] kann ihn [den fremden Menschen]

abweisen, wenn es ohne seinen Untergang geschehen kann.“²⁸ Kant beschreibt die Notsituation als die Gefahr des Untergangs der betreffenden Person.

Wenn ein Mensch durch die Abweisung eines fremden Staates oder dessen Menschen den Untergang fürchten muss, so muss eine Abweisung unterbleiben. Konkretes Beispiel einer solchen Notsituation ist meist der Schiffbrüchige, der in einem fremden Land anlandet.²⁹ Dieser Mensch kann nicht abgewiesen werden, da er/sie in Not ist und eine Abweisung auf das offene Meer seinen/ihren sicheren Tod bedeuten würde. Inzident ergibt sich aus dieser entscheidenden Einschränkung eine allgemeine Anhörungspflicht auf der Seite des Staates, auf dessen Gebiet eine fremde Person anlandet. Denn es ist nur möglich, die Lage eines fremden Menschen zu beurteilen, wenn man sich seiner/ihrer annimmt und sein/ihr Anliegen zur Kenntnis nimmt. Wie bereits gesehen, hat der/die Zugereiste einen Anspruch darauf, Kommunikationsangebote machen zu dürfen. Sollte eine Abweisung ohne eine Anhörung des/der Zugereisten stattfinden, so liegt die Verantwortung für einen möglichen Untergang der Person beim potentiell Schutzgebenden.³⁰

Folgt man nun also der Argumentation Kants, dann muss ein Staat Menschen aufnehmen, wenn deren Abschiebung wiederum ihren „Untergang“ bedeuten würde.³¹ Im Sinne eines Ausnahmetatbestandes wird systematisch eine Notstandssituation umschrieben. Im Falle des Notstands („Untergang“) darf eine Abschiebung nicht erfolgen. In einer Notsituation ergibt sich damit eine „Nothilfepflicht“, die dem Staat obliegt.³² Wie eine solche Nothilfepflicht en détail begründet werden kann, bedarf der weiteren Diskussion und Ausarbeitung.³³

²⁸ Kant, AA, VIII, S. 358.

²⁹ Hoesch, Allgemeine Hilfspflicht, Territoriale Gerechtigkeit und Wiedergutmachung: Drei Kriterien für eine faire Verteilung von Flüchtlingen – und wann sie irrelevant werden, in: Grundmann/Stephan (Hg.), Welche und wie viele Flüchtlinge sollen wir aufnehmen?, 2016, S. 15 (17).

³⁰ So auch Eberl/Niesen, in: Kant, Zum ewigen Frieden, 2009, S. 89 (252).

³¹ Kleingeld, in: JRE 1997, S. 333 (339).

³² Zur Begründung einer allgemeinen Nothilfepflicht müsste die systematische Ähnlichkeit zwischen dem Weltbürgerrecht und der Konzeption des Notstandes näher ausgearbeitet werden. Dabei fallen Vergleiche zu Hilfspflichten im Strafrecht (Nothilfepflichten im deutschen § 323 c StGB und schweizerischen Art. 128 StGB zur Unterlassung der Nothilfe) ins Auge. Zum Unterschied oder der Gemeinsamkeit zwischen moralischen und rechtlichen Pflichten wäre gerade unter Bezugnahme auf Entwicklungen der Moralkognition Stellung zu beziehen. Kant liefert keine abschließende Notstandslehre, dazu Köhler, Recht und Gerechtigkeit, 2017, S. 262, Fn. 123. Eine enge Rechtspflicht bleibt nach Kant nicht ausgeschlossen. Zu einer Nothilfepflicht siehe kritisch Helters, Möglichkeiten und Inhalt eines Notstandsrechts, 2016, S. 142 ff., 154. Das konkrete Ausmaß von einsprechenden Pflichten muss einer weiteren systematischen Betrachtung unterzogen werden.

³³ Siehe dazu Hössl, Das kantische Weltbürgerrecht als komplementäre Verfassungsform des internationalen Austauschs Privater? Zur Leistungsfähigkeit des Konzepts als Baustein des Friedens, in: Köhler/Hössl (Hg.), Si vis pacem, para pacem?: Friede durch internationale Organisation als Option für das 21. Jahrhundert, 2007, S. 137 (142).

²⁰ Eberl/Niesen, Kommentar zum ewigen Frieden, in: Kant, Zum ewigen Frieden, 2009, S. 89 (251); Kleingeld, in: JRE 1997, S. 333 (339).

²¹ Kant, AA, VI, S. 352.

²² Eberl/Niesen, in: Kant, Zum ewigen Frieden, 2009, S. 89 (252); Flikschuh, Kant and modern political philosophy, 2000, S. 186.

²³ Kant, AA, VIII, S. 358.

²⁴ Kleingeld, in: JRE 1997, S. 333 (339).

²⁵ Siehe Eberl/Niesen, in: Kant, Zum ewigen Frieden, 2009, S. 89 (255); Gerhardt, Immanuel Kants Entwurf „Zum ewigen Frieden“: Eine Theorie der Politik, 1995, S. 105; Kleingeld, in: JRE 1997, S. 333 (340).

²⁶ Siehe Kant, AA, VIII, S. 358.

²⁷ Eberl/Niesen, in: Kant, Zum ewigen Frieden, 2009, S. 89 (254); Winkler, Die Freiheit im und vom Staate bei Immanuel Kant, 2011, Rn. 493.

4. Begründungen³⁴

a) Kants empirische „Begrenztheit der Oberfläche der Erde“

Um eine Begründung für den kosmopolitischen Gedanken zu liefern, stellt sich die Frage, was Menschen auf der gesamten Welt vereint. Kant stellt unmittelbar auf den ursprünglichen „gemeinschaftlichen Besitz der Oberfläche der Erde“³⁵ aller Menschen an der gesamten Erdoberfläche ab.³⁶ Entscheidende Prämisse ist, dass der Platz auf Erden begrenzt ist. In der MdS beschreibt es Kant wie folgt: „Die Natur hat sie alle zusammen [...] in bestimmte Grenzen eingeschlossen.“³⁷ Diese Begrenztheit der Oberfläche der Erde ist ein empirisches Faktum. In der MdS führt er ergänzend aus, dass alle Völker „ursprünglich in einer Gemeinschaft des Bodens“³⁸ stehen würden. Aus dieser ursprünglichen Gemeinschaft erwächst keineswegs eine rechtliche Gemeinschaft oder gar ein allgemeiner Eigentumsanspruch aller auf allen Erdboden. Vielmehr wird ein (Natur-)Zustand, also eine ursprüngliche Situation vor dem Privateigentum, angenommen, in dem die Regel gilt, dass „ursprünglich aber niemand an einem Orte der Erde zu sein mehr Recht hat, als der andere.“³⁹ Mit der ersten „Besitznehmung [...], welche ein Akt der Willkür ist“⁴⁰, also mit der Einführung des Privateigentums beginnt der Prozess der Inbesitznahme der gesamten Welt. Sollte das begrenzte Territorium der Welt vollständig in Besitz genommen sein, dann besteht die Möglichkeit, dass jemand nirgends auf der Welt rechtmäßig anwesend sein kann.⁴¹ Für diese problematische Notlage schafft das Weltbürgerrecht Abhilfe und sichert Menschen ein allgemeines Besuchsrecht zu. In der Notsituation des Untergangs begründet das Weltbürgerrecht aufgrund einer begrenzten Oberfläche der Erde eine Schutzpflicht.

b) Kleingelds Freiheitsrecht

Bei Kleingeld wird die Argumentation i. S. d. ursprünglichen Gemeinbesitzes der Oberfläche der Erde durch das angeborene Menschenrecht auf Freiheit erweitert.⁴² Die Freiheit der Menschen kann nur in gegenseitiger Aner-

kennung in prinzipieller und allgemein anwendbarer Art gedacht werden. Dadurch, dass ich selbst ein kategorisches Recht auf Freiheit habe, hat dieses Recht auch mein Gegenüber. Indem ich also einer Nothilfpflicht gegenüber einem Menschen nicht nachkomme, handle ich gegen das Prinzip der Freiheit der Menschen. Auch das Besuchsrecht nimmt seinen Ausgang bei der Freiheit der Menschen, denn die Chance zum Kommunikationsversuch muss Teil der Freiheit einer jeden Person sein. Kleingeld fasst diese Herleitung wie folgt zusammen: „humans have a right to freedom, freedom requires existence, and human existence requires a place on the globe; therefore, one has a right to be where one cannot help being and not to be sent away if this would lead to one’s ‘demise’“⁴³ Ein möglicher Untergang eines Menschen macht dessen universelles Menschenrecht auf Freiheit zunichte.⁴⁴ Ein direkter Bezug zu Kants Friedensschrift wird damit hergestellt, dass er die Idee des Weltbürgerrechts als eine „notwendige Ergänzung [...] zum öffentlichen Menschenrechte“⁴⁵ beschreibt. Dieser Ansatz kann durch die Überlegungen Hubers zur Kategorie des „earth dweller“⁴⁶ ergänzt werden. Dabei ist es Menschen gemein, dass sie körperlich ausgedehnte, existierende und vernünftige Wesen sind und auf dem Erdenrund unausweichlich in direkter physischer Konfrontation mit ihresgleichen stehen. Der begründende Charakter liegt mitunter in der Verbindung der Ansätze aus ursprünglichem Gemeinbesitz der begrenzten Erdoberfläche und einem angeborenen Freiheitsrecht der körperlich-ausgedehnten, vernünftigen Menschen, die unweigerlich aufeinandertreffen.

5. Überführung von der Pflicht zum Recht

Mit dieser Begründung eines Weltbürgerrechts und einer Schutzsphäre bei drohendem Untergang muss eine spezielle Nothilfpflicht in ein individuelles Recht überführt werden. Konkretisiert soll die rechtliche Pflicht dem Schutze der Person in einer Notsituation dienen. Damit ergibt sich, dass die Nothilfpflicht und ein allgemeines Asylrecht zwei Seiten derselben Medaille sind. Einerseits besteht die Schutzpflicht für den Staat und dessen Bevölkerung. Andererseits besteht das allgemeine Asylrecht für jeden Menschen.⁴⁷ Eine solche rechtliche Pflicht bedarf schließlich der Überführung in öffentliches Recht; das Weltbürgerrecht soll „öffentlich gesetzlich werden.“⁴⁸ Der Transformationsprozess oder die Institutionalisierung eines positiven Asylrechts kön-

³⁴ Die Darlegung der Begründung mit Bezug auf eine globale politische Gemeinschaft muss ausgespart werden, siehe dazu *Habermas*, Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren, in: *Kritische Justiz*, 28. Jg., Nr. 3, 1995, S. 293 (303 f.); *Held*, Kosmopolitische Demokratie und Weltordnung. Eine neue Tagesordnung, in: *Lutz-Bachmann/Bohman* (Hg.), *Frieden und Recht*, 1996, S. 220 (237 ff.); *Müller*, Weltbürgerrecht (§ 62) und Beschluß, in: *Höffe* (Hg.), *Immanuel Kant, Metaphysische Anfangszüge der Rechtslehre*, 1999, S. 257 (273); vgl. auch *Hössl*, in: *Köhler/Hössl* (Hg.), *Si vis pacem, para pacem?*, 2007, S. 137 (143 f.).

³⁵ *Kant*, AA, VIII, S. 358.

³⁶ *Eberl/Niesen*, in: *Kant, Zum ewigen Frieden*, 2009, S. 89 (262); *Kleingeld*, in: *JRE* 1997, S. 333 (341).

³⁷ *Kant*, AA, VI, S. 352.

³⁸ *Kant*, AA, VI, S. 262, 352.

³⁹ *Kant*, AA, VIII, S. 358.

⁴⁰ *Kant*, AA, VI, S. 263.

⁴¹ *Eberl/Niesen*, in: *Kant, Zum ewigen Frieden*, 2009, S. 89 (264).

⁴² *Kant*, AA, VI, S. 237; *Kleingeld*, *Kant and cosmopolitanism: The philosophical ideal of world citizenship*, 2011, S. 85.

⁴³ *Kleingeld*, *Kant and cosmopolitanism*, 2011, S. 84.

⁴⁴ *Kleingeld*, in: *JRE* 1997, S. 333 (341 f.).

⁴⁵ *Eberl/Niesen*, in: *Kant, Zum ewigen Frieden*, 2009, S. 89 (260); *Kant*, AA, VIII, S. 360.

⁴⁶ *Huber*, *Cosmopolitanism for Earth Dwellers: Kant on the Right to be Somewhere*. *Kantian Review*, Volume 22, Issue 1, 2017, S. 1 (22).

⁴⁷ *Eberl/Niesen*, in: *Kant, Zum ewigen Frieden*, 2009, S. 89 (253); *Flikschuh*, *Kant and modern political philosophy*, 2000, S. 187; *Kleingeld*, in: *JRE* 1997, S. 333 (340); *Kleingeld*, *Kant's cosmopolitan patriotism*, in: *Kant-Studien*, 94. Jg., Nr. 3, 2003, S. 299 (302).

⁴⁸ *Kant*, AA, VIII, S. 358.

nen in diesem Betrag leider keine Betrachtung finden.⁴⁹ Unter Asyl ist ganz allgemein der Schutz vor Gefahr zu verstehen.⁵⁰ Genauer meint Asyl einen allgemeinen Schutz des menschlichen Lebens vor Gefahr. Ein enger Begriff des Asyls, also nur der Schutz vor politischer Verfolgung, den z. B. auch Gerhardt verwendet,⁵¹ erscheint zu kurz. Gerade in der breit angelegten Sphäre der kantischen Formulierung des „Untergangs“ kann ein allgemeiner Schutz verstanden werden.

III. Das deutsche Aufenthalts- und Asylrecht

Um nun einen Vergleichspunkt zur vorgenommenen Herleitung zu haben, soll auf die deutsche Rechtsordnung im Bereich des Aufenthalts- und Asylrechts eingegangen werden, wobei eine ausführliche Betrachtung leider aufgrund des begrenzten Umfangs dieses Beitrages unterbleiben muss. Gegenstand dieser Betrachtung ist deshalb ausschließlich der Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen, der in Abschnitt 5 des deutschen Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) geregelt ist. Wie der Migrationsbericht 2015 zeigt⁵², bezieht sich der Großteil der Anerkennungen in diesem Bereich auf § 25 AufenthG, also den Aufenthalt aus humanitären Gründen.⁵³ Der Aufenthalt aus humanitären Gründen selbst wird wiederum hauptsächlich in vier Statusgruppen untergliedert: (1.) Asylberechtigung nach Art. 16 a GG, (2.) Flüchtlingsstatus nach der Genfer Flüchtlingskonvention⁵⁴ (GFK), (3.) Berechtigung als subsidiär Schutzbedürftige und die sogenannte (4.) Duldung.

1. Asylberechtigung

Art. 16 a unseres Grundgesetzes erklärt: „Politische Verfolgte genießen Asyl.“ Das Grundrecht auf Asyl wird in § 25 I AufenthG konkretisiert, spielt allerdings in der Praxis nur noch eine untergeordnete Rolle.

2. Flüchtlingsstatus

Der sogenannte Flüchtlingsstatus wird ausgehend vom völkerrechtlichen Abkommen der GFK, auch in der so-

genannten EU-Anerkennungsrichtlinie⁵⁵ und in § 3 AsylG gesichert. § 25 II AufenthG bezieht sich hierbei explizit auf die Flüchtlingseigenschaft im Sinne des § 3 I AsylG, die wiederum auf die GFK verweist. Nach der GFK ist ein Flüchtling eine Person, die aus „der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will; oder die sich als staatenlose infolge solcher Ereignisse außerhalb des Landes befindet, in welchem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und nicht dorthin zurückkehren kann oder wegen der erwähnten Befürchtungen nicht dorthin zurückkehren will.“⁵⁶ Zusätzlich zu dieser Definition regelt Art. 33 GFK das sogenannte Verbot der Ausweisung und Zurückweisung: „Keiner der vertragschließenden Staaten wird einen Flüchtling auf irgendeine Weise über die Grenzen von Gebieten ausweisen oder zurückweisen, in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde.“⁵⁷ Ergänzt wird die GFK durch das sogenannte Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1967, welches die Anwendbarkeit der GFK entscheidend erweitert hat.⁵⁸ Denn die GFK ist im Jahr 1951 unter dem Eindruck des Zweiten Weltkriegs entstanden und bezog sich deshalb nur auf Geflüchtete, die vor Ereignissen in Europa, welche vor dem 1. Januar 1951 eingetreten sind, geflohen sind.⁵⁹ Die EU-Anerkennungsrichtlinie konkretisiert den Flüchtlingsbegriff und die Fluchtumstände genauer.⁶⁰ Nach Art. 9 der EU-Anerkennungsrichtlinie muss grundsätzlich eine Verfolgungshandlung vorliegen, damit ein Flüchtlingsstatus zuerkannt wird.⁶¹ Es zeigt sich also, dass die Bezeichnung „Flüchtling“ einen genaueren definierten rechtlichen Status beschreibt.

⁵⁵ EU-Richtlinie 2011/95/EU

⁵⁶ GFK, Artikel 1 A Nr. 2.

⁵⁷ Ebd., Artikel 33 Nr. 1.

⁵⁸ Hruschka, 50 Jahre weltweiter Flüchtlingsschutz – das New Yorker Protokoll von 1967 und seine Bedeutung für den Flüchtlingsschutz, in: Informationsbrief Ausländerrecht, 39. Jg., Nr. 1, 2017, S. 1 (2).

⁵⁹ Maier-Borst, Asyl- und Flüchtlingsrecht, in: Meier-Braun/Weber (Hg.), Deutschland, Einwanderungsland, 2013, S. 119 (119).

⁶⁰ Es werden z. B. speziell Verfolgungshandlung (Art. 9 Richtlinie-2011/95/EU; Implementierung in § 3 a AsylG), Verfolgungsgründe (Art. 10 Richtlinie-2011/95/EU; Implementierung in § 3 b AsylG) und Verfolgungsakteure (Art. 6 Richtlinie-2011/95/EU; Implementierung in § 3 c I AsylG) konkretisiert.

⁶¹ Fraglich ist, ob z. B. Klimaflucht diese Maßgabe erfüllen würde. Siehe dazu Ammer/Nowak/Stadlmayr/Hafner, Rechtsstellung und rechtliche Behandlung von Umweltflüchtlingen. Kurzfassung, Umweltbundesamt, 2010; Herbeck/Klepp, Decentering Climate Change: Verhandlungen um Klimawandel und Migration in Europa und Ozeanien, Artec, Forschungszentrum Nachhaltigkeit, 2015; Docherty/Giannini, Confronting a rising tide: a proposal for a convention on climate change refugees, Harvard Environmental Law Review 33, 2009, S. 349 (402).

⁴⁹ Siehe dazu Kleingeld, Kant and cosmopolitanism, 2011, S. 86 ff.; Niesen, What Kant would have said in the refugee crisis, forthcoming in: Danish Yearbook of Philosophy, https://www.academia.edu/31559494/_What_Kant_would_have_said_in_the_refugee_crisis_, S. 1 (8 ff.).

⁵⁰ Vgl. Dudenredaktion (Hg.), Duden – Das Fremdwörterbuch, Band 5, 11. Auflage, 2015, S. 122.

⁵¹ Gerhardt, Immanuel Kants Entwurf, 1995, S. 106

⁵² BAMF/BMI, Migrationsbericht 2015, 2016, S. 48.

⁵³ Ein nicht unerheblicher Teil ergibt sich aus sogenannten Aufenthaltsgestattungen, welche nach § 55 I S. 1 AsylG Personen erhalten, über deren Asylantrag noch nicht entschieden worden ist (Asylbewerber/innen). Die spätere Entscheidung, ob diese Asylbewerber/innen eine Aufenthaltserlaubnis erhalten oder nicht, richtet sich dann allerdings auch zum überwiegenden Teil nach § 25 AufenthG.

⁵⁴ Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) vom 28. Juli 1951 (BGBl. 1953 II S. 560)

3. Berechtigung als subsidiär Schutzbedürftige

Die Berechtigung zum subsidiären Schutz erhält nach § 4 AsylG, wer „stichhaltige Gründe für die Annahme vorgebracht hat, dass ihm in seinem Herkunftsland ein ernsthafter Schaden droht.“ Als ernsthafter Schaden gilt im Sinne von § 4 AsylG „(1.) die Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe, (2.) Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung oder (3.) eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts.“

4. Duldung

Ein Verbot der Abschiebung mit einer vorübergehenden Aussetzung der Abschiebung nach § 60 V, VI AufenthG i. V. m. § 60 a I AufenthG wird auch Duldung genannt. Diese Norm stellt ein rein nationales Abschiebeverbot dar. Die Qualifizierung der Duldung wird in § 60 V, VII AufenthG getroffen. Dabei wird auf die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950⁶² abgestellt und es wird beschrieben, dass eine Abschiebung unzulässig ist, wenn sie gegen diese Konvention verstößt. Außerdem ist noch von der Abschiebung eines Ausländers abzusehen, wenn eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit besteht.

5. Rechtsfolgen und „Sichere Drittstaaten“

Alle vier beschriebenen Statusgruppen ziehen verschiedene Rechtsfolgen nach sich. Konkret geht es dabei um die Themenbereiche Aufenthaltsdauer, Arbeitsmarktzugang, Familiennachzug, Sozialleistungen und zukünftige Niederlassungsmöglichkeiten, welche regelmäßig Inhalt politischer Debatten sind und häufig Änderungen unterliegen.

Gemäß § 26 I AufenthG wird Asylberechtigten und Flüchtlingen ein Aufenthalt von zunächst drei Jahren gestattet, hingegen wird subsidiär Schutzberechtigten und Geduldeten nur ein Aufenthalt von zunächst einem Jahr gestattet, wobei Verlängerungen jeweils möglich sind.⁶³ Der Aufenthalt von allen Schutzbedürftigen ist nach § 26 II AufenthG nicht zu verlängern, wenn entsprechende Aufenthaltsgründe entfallen. Der Arbeitsmarktzugang ist nach § 25 AufenthG uneingeschränkt für Asylberechtigte, Flüchtlinge, subsidiär Schutzberechtigte und seit dem 01. Juli 2013 auch für Geduldete möglich.⁶⁴ Im Bereich des Familiennachzuges gibt es deutliche Unterschiede zwischen den verschiedenen Sta-

tusgruppen. Asylberechtigte und Flüchtlinge haben das Recht auf Familiennachzug enger Familienangehöriger wie Ehepartner/innen und Kindern nach § 29 II AufenthG.⁶⁵ Für subsidiär Schutzberechtigte wurde durch die Reform des sogenannten Asylpakets II gemäß § 104 XIII AufenthG das Recht auf Familiennachzug bis zum 16. März 2018 ausgesetzt.⁶⁶ Geduldeten Personen ist der Familiennachzug gemäß § 29 III AufenthG nur unter deutlich erschwerten Bedingungen möglich. Für einen Familiennachzug müssen „zusätzliche völkerrechtliche/humanitäre Gründe“ einschlägig sein.⁶⁷

Eine Besonderheit in Art. 16 a II GG ist das Konzept der sogenannten „Sicheren Drittstaaten“. Diese Regelung stellt eine Folge des sogenannten Asylkompromisses aus dem Jahr 1993 dar und verwehrt Staatenangehörigen aus besagten Staaten grundsätzlich das Recht auf Asyl. Es wird hierbei durch Gesetz des Aufnahmelandes Deutschland genauer bestimmt, welche Staaten als „sichere Drittstaaten“ gelten.⁶⁸ Entsprechende Bemühungen gab es z. B. auch im Jahr 2016 bezüglich der Länder Tunesien, Algerien und Marokko.⁶⁹ Allerdings sprach sich der Bundesrat am 10. März 2017 gegen die Aufnahme dieser Länder in die Liste der sicheren Drittstaaten aus.⁷⁰

IV. Kritik

Bevor die eigentliche Kernthese der Kritik des deutschen Asylrechts auf der Grundlage der rechtsphilosophischen Annäherung folgt, soll eine Verknüpfung zwischen Rechtsprinzipien und positivem Recht hergestellt werden.

1. Verfassungsrechtliche Einbettung

Entscheidende Rechtsprinzipien wie Freiheit und Gleichheit finden ihre Entsprechung im deutschen Verfassungsrecht. Sie werden damit positives Recht, also Recht, „was aus dem Willen eines Gesetzgebers hervorgeht“⁷¹. Das Grundgesetz bietet vielfach Anknüpfungspunkte an eine allgemeine politische Philosophie der Freiheit, wobei nun näher auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 I GG und die Schutzgarantie der Menschenwürde in Art. 1 I GG eingegangen wird.⁷² Die allgemeine Handlungsfreiheit in ihrem universellen Charakter wird in Art. 2 I GG als das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit mit der Einschränkung in Form der Freiheitsphären anderer Menschen, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Sittengesetz ausformuliert.

⁶⁵ Marx, Handbuch, § 5 Rn. 23.

⁶⁶ Tewocht, in: Kluth/Heusch, AufenthG, § 29 Rn. 5.

⁶⁷ Tewocht, in: Kluth/Heusch, AufenthG, § 29 Rn. 9; Marx, Handbuch, § 5 Rn. 47.

⁶⁸ Siehe Art. 16 a II S. 2 GG, Art. 16 a III S. 1 GG, § 29 a AsylG.

⁶⁹ BR-Drucksache 257/16 vom 27.05.2016.

⁷⁰ BR-Plenarprotokoll 954, S. 96.

⁷¹ Kant, AA, VI, S. 237.

⁷² Dederer, Die verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde, in: Beck/Thies (Hg.), Moral und Recht, 2011, S. 125 (131); Köhler, Recht und Gerechtigkeit, 2017, S. 225.

⁶² Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (BGBl. 1952 II S. 685).

⁶³ Marx, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht – Handbuch, 6. Aufl., 2017, § 5 Rn. 11, 33, 40.

⁶⁴ Maaßen/Kluth, in: Kluth/Heusch (Hg.), Ausländerrecht Kommentar, 2016, AufenthG, § 25 Rn. 60; Marx, Handbuch, 2017, § 5 Rn. 11, 33.

Die systematische Ähnlichkeit zu Kant in seiner Einteilung der Rechtslehre fällt auf. Dort definiert er die Freiheit als Recht, sofern sie [die individuelle Freiheit] mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann.⁷³ Das allgemeine Menschenrecht der Freiheit ist somit der umfassendste Begriff des subjektiven Rechts.⁷⁴ Die freie Entfaltung der Persönlichkeit enthält zwei grundsätzliche Gewährleistungen: Einerseits hat man die Handlungsfreiheit, „zu tun und zu lassen, was man will“ und andererseits hat jeder Mensch ein allgemeines Persönlichkeitsrecht.⁷⁵ Weitergehend gilt die Menschenwürde in Art. 1 I GG als oberster Wert des Grundgesetzes und muss ausnahmslos jedem Menschen zukommen.⁷⁶ Auch die Menschenwürde wird in ihrem Kern von Kant durch seine Zweckansich-Formel beschrieben. Kant geht in seiner Abhandlung zur Beantwortung der Frage „Was ist Aufklärung?“ auch auf den staatlichen Grundsatz ein, „den Menschen, der nun mehr als Maschine ist, seiner Würde gemäß zu behandeln.“⁷⁷ Dass die Menschenwürde jedem Menschen a priori zukommt, steht fest.⁷⁸ Ob allerdings die Menschenwürde auch als Grundrecht, also im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts verstanden werden darf, ist umstritten. Große Bedeutung hat in dieser Diskussion das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Februar 2010.⁷⁹ In dieser Entscheidung äußert sich das Gericht wie folgt: „Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind. Dieses Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG hat als Gewährleistungsrecht in seiner Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG neben dem absolut wirkenden Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG auf Achtung der Würde jedes Einzelnen eigenständige Bedeutung.“ Damit begründet die Menschenwürde auch ein subjektiv-öffentliches Recht. Dieses subjektiv-öffentliche Recht kommt nach dem BVerfG auch Ausländerinnen und Ausländern zu: „Art. 1 Abs. 1 GG begründet diesen Anspruch [auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums] als Menschenrecht. [...] Das Grundrecht steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die

sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu.“⁸⁰

Eine Anwendung der Rechtsprinzipien von Freiheit und Gleichheit auf positives Recht kann auch mit Blick auf internationale Verträge⁸¹, die Entsprechendes regeln⁸², stattfinden.

2. Kernthese der Kritik

Eine hierarchische Anordnung und Trennung nach Beweggründen im deutschen Aufenthalts- und Asylrecht stellt eine nach Rechtsprinzipien unzulässige Ungleichbehandlung von Menschen in Not dar.

Die verschiedenen Statusgruppen im deutschen Aufenthaltsrecht ziehen unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich und stellen eine Ungleichbehandlung von Schutzsuchenden dar. Diese Ungleichbehandlung widerspricht mit Blick auf die rechtsprinzipielle Einheit der Notstandsgründe dem Notcharakter eines Asylrechts.

Kant formuliert anhand des Begriffs „Untergang“ ein Einzelnotrecht. Konkretisiert werden kann die Formulierung „Untergang“ durchaus mit verfassungsrechtlichen Termini. Art. 2 II GG schützt das Leben und die körperliche Unversehrtheit. Auch bei der Gewährung eines Asylrechts geht es grundsätzlich um den Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit. Der Einzelfallcharakter der Regelung muss ersichtlich sein. Jede einzelne Person muss angehört werden und die Situation ist individuell zu prüfen. Allerdings spiegeln die aktuellen Statusgruppen im Gesetz wie auch das Konzept der „sicheren Drittstaaten“ pauschale Beurteilungen über Staaten und Menschengruppen wider. Die Tatsache, dass per Gesetz darüber entschieden wird, ob ein Staat als sicherer Drittstaat zu qualifizieren ist, verwundert, wenn der Schutz von hilfebedürftigen Menschen im Mittelpunkt eines Asylrechts stehen soll. Ob ein Staat wie die Bundesrepublik entscheiden kann, ob in einem anderen Staat u. a. akzeptable „politische Verhältnisse“ i. S. d. Art. 16 a III 1 GG herrschen, erscheint unter Beachtung einer prinzipiellen Nothilfepflicht sehr fraglich. Die historischen Entwicklungen⁸³ des Asylrechts zeigen, dass die Rechtsordnung immer wieder maßgeblich durch

73 Kant, AA, VI, S. 237.

74 Köhler, Recht und Gerechtigkeit, 2017, S. 225.

75 Murswiek, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., 2014, Art. 2 Rn. 2.

76 BVerfGE 115, 118 [152]; Dederer, in: Moral und Recht, 2011, S. 125; Dreier, in: ders., Grundgesetz Kommentar, Band I, 3. Aufl., 2013, Art. 1 I Rn. 42.

77 Kant, AA, VIII, S. 42.

78 Dederer, in: Moral und Recht, 2011, S. 126; Dreier, in: ders., GG, Art. 1 I Rn. 64; Höfling, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 56.

79 BVerfGE 125, 175.

80 BVerfGE 132, 134.

81 Vgl. Art. 2 EUV, die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Art. 1 III UN-Charta (Gesetz zum Beitritt der BRD zur Charta der Vereinten Nationen und die Charta der Vereinten Nationen (BGBl. 1973 II S. 430 ff.) und die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte.

82 Siehe Art. 2 EUV; Art. 1 III UN-Charta; Dreier, in: ders., GG, Vorb. Rn. 24 ff.; Sachs, in: ders., GG, Vor Art. 1 Rn. 18.

83 Die gesellschaftliche Haltung gegenüber Geflüchteten variiert historisch massiv (Als kurzer Abriss: 50er: Ungarn-Aufstand; 60er: Prager Frühling; 70er: „boat-people“ aus Vietnam; 80er: Konflikte in Ost-, Ostmittel- und Südosteuropa; 90er: Wiedervereinigung, Jugoslawienkrieg, Rostock-Lichtenhagen 1992, Mölln 1992, Solingen 1993, Asylkompromiss), dazu genauer Oltmer, Migration, 2017, S. 224 ff.

politische Individualinteressen und temporäre Gesellschaftsstimmungen geprägt wurde. Von politischen Interessen, Aushandlungsprozessen oder gar Stimmungen sollte ein individuelles Schutzrecht allerdings unabhängig sein. Eine Einteilung nach Fluchtursachen, also politischer Verfolgung, Verfolgung wegen Rasse, Religion, Hautfarbe, Ethnie oder Ähnlichem darf in der Entscheidung und deren Folgen keine ausschlaggebende Rolle spielen. Schutzbedürftigkeit kann sich nicht nach der Fluchtursache bemessen, sondern muss für sich bestehen.

In einer breiten medialen Aufbereitung des Themas „Flucht und Migration“ wird häufig sichtbar, dass die rechtlichen Differenzierungen von vielen Menschen nicht nachvollzogen werden, sondern Verwirrung über die Regelungen vorherrscht.⁸⁴ Auch die offensichtliche sprachliche Unklarheit in der öffentlichen Debatte, welche vielfach aufzuklären versucht wird⁸⁵, scheint Indiz für die Verwirrung zu sein. Gerade die vielen verschiedenen gesetzlichen Grundlagen⁸⁶ machen den Überblick über all die rechtlichen Maßgaben für Betroffene, Mitarbeiter/innen in den Ausländerbehörden, aber auch für das Fachpublikum schwer verständlich.⁸⁷ Es entsteht der Eindruck, als habe die Kategorisierung innerhalb des Asylrechts ein Abhandenkommen des Wesentlichen, nämlich des Schutzes von Menschen in Notsituationen, verursacht. Schlechterdings entsteht durch die Label der verschiedenen Statusgruppen der Eindruck von „guten und schlechten“ Geflüchteten.⁸⁸ Vielleicht ist diese allgemeine Verwirrung auch durch eine kontraintuitive Differenzierung in unserem Asylrecht hervorgerufen. Denn die Frage, ob einem fremden Menschen Hilfe entgegengebracht werden sollte oder nicht, bemisst sich nach allgemeinem Verständnis nicht daran, woher dieser Mensch kommt, weshalb er in der hilfebedürftigen Lage ist oder warum er/sie ggf. von einer dritten Person in diese Lage gebracht wurde. Nach allgemeinem Verständnis würde man viel eher von einer allgemeinen

Verpflichtung zu Hilfe gegenüber anderen Menschen in Not ausgehen.⁸⁹ Dabei würde vermutlich dann die Frage gestellt, ob eine Person hilfebedürftig ist oder nicht.

In diesem Lichte scheint eine abstrakte rechtliche Lösung, die nicht von Stimmungen abhängt, daher dringend geboten.⁹⁰ Auch wenn einzelne Formulierungen wie z. B. in § 60 VII AufenthG mittels der „erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit“ eine genügend abstrakte Regelungsform kennen, erscheint es nicht nachvollziehbar, warum sie nur als Auffangnormen gelten. Um einen effektiven und nachhaltigen Rechtsschutz von Geflüchteten im Sinne einer demokratisch-republikanischen Verfassungsordnung zu sichern, muss die Abhängigkeit von politischen Stimmungen und historischen Ereignissen als Grundlage des Asylrechts beendet werden. Daher sollte ein Asylrecht als Einzelfall-Notrecht prinzipiell begründet und auf Freiheit, Gleichheit und Würde aufgebaut werden.

Das Grundgesetz spielt in diesem Kontext aufgrund seiner Grundsätzlichkeit als Verfassung eine herausragende Rolle. Ein prinzipielles Asylrecht, welches im Sinne eines individuellen Schutzanspruchs unabhängig von festen Statusgruppen jeden Menschen an sich schützt und auch die Rechtsfolgen einheitlich gestaltet, entspräche dieser Rolle. Zwar regelt Art. 16a GG bereits den spezifischen Asylstatus, allerdings kommt diesem praktisch so gut wie keine Bedeutung zu. Basierend auf unserer verfassungsmäßigen Ordnung und einer Verwirklichung von Freiheitsrechten, ist eine Neuregelung der grundgesetzlichen Asylrechtssystematik vorzuschlagen, bei der sich einfachgesetzliche Regelungen und Ausführungen am Verfassungsrang des Asylrechts zu orientieren haben. Eine Regelung, die anhand eines abstrakten Begriffs von Statusgruppen und Einzelfällen absieht, stattdessen aber eine Gleichbehandlung von Menschen in Not zur Folge hat, würde sowohl einer prinzipiellen Betrachtung Rechnung tragen, als auch den aktuellen internationalen Vereinbarungen Genüge tun. Dabei ist eine Orientierung an dem besonderen Charakter des Weltbürgerrechts für eine allgemein-abstrakte Regel naheliegend.

Mit der folgenden Formulierung könnte diesem Anliegen beispielsweise entsprochen werden: *Art. 16a GG – Menschen, die bei Ausweisung aus der Bundesrepublik Deutschland vom Untergang bedroht sind, genießen Asyl.*

⁸⁴ So auch *Avanessian*, Diese Menschenschwärme, in: Zeit Online, 19.09.2015, <http://www.zeit.de/2015/36/fluechtlinge-migration-kapitalismus-rassismus/komplettansicht> (22.03.2017).

⁸⁵ Siehe Differenzierungs- und Aufklärungsversuche am Beispiel der Termini Flüchtling und Asylsuchender beispielsweise unter <https://www.tagesschau.de/inland/fluechtlinge-531.html> (26.03.2017); https://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/DE/Themen/Fluechtlings-Asylpolitik/4-FAQ/_node.html (26.03.2017); <https://www.welt.de/regionales/hamburg/article154341499/Fluechtling-oder-doch-Asylsuchender.html> (26.03.2017); <http://www.br.de/fernsehen/ard-alpha/sendungen/punkt/syrien-fluechtling-asylbewerber-100.html> (26.03.2017).

⁸⁶ AufenthG, AsylG, AsylbLG, Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Besser bekannt als Zuwanderungsgesetz (BGBl. I S. 1950), welches das AufenthG und das FreizügG/EU eingeführt hat)

⁸⁷ Vgl. *Meier-Braun*, Zuwanderungsgesetz, in: Meier-Braun/Weber (Hg.), Deutschland, Einwanderungsland, 2013, S. 123 (123 f.).

⁸⁸ So auch *Pazarkaya*, Kommentar: „Gute“ und „schlechte“ Flüchtlinge, im SWR International vom 23.07.2015, <http://www.swr.de/international/kommentar-gute-und-schlechte-fluechtlinge/-/id=233334/did=15881584/nid=233334/meqq96/index.html> (11.01.2017).

⁸⁹ *Hoesch*, in: Grundmann/Stephan (Hg.), Welche und wie viele Flüchtlinge sollen wir aufnehmen?, 2016, S. 15 (17).

⁹⁰ So auch *Marx*, Eine menschenrechtliche Begründung des Asylrechts: Rechtstheoretische und dogmatische Untersuchung zum Politikbegriff im Asylrecht, 1984, S. 111.

Mats Andresen*

Social Bots: Legitimes Mittel im Wettstreit der Ideen?

Fake News und Social Bots sind Ausdruck veränderter Paradigmen des demokratischen Meinungsbildungsprozesses. Die Digitalisierung stellt neue Mittel der Tätigkeit, Verbreitung und Kontextualisierung von Äußerungen zur Verfügung, welche teilweise die freiheitlich-demokratische Grundordnung vor neue Herausforderungen stellen. Hierunter fällt die Frage, ob Social Bots den Schutz der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 I 1 GG genießen. Nach einer Erörterung des Phänomens und der allgemeinen Grundlagen des Schutzzumfangs von Art. 5 I 1 GG diskutiert dieser Beitrag die Möglichkeit einer Schutzbereichsausnahme für durch Social Bots verbreitete Äußerungen. Dabei wird auf die Figur der „rechtlich relevanten Modalitätstäuschung“ im Hinblick auf die damit verbundene Verschiebung von Meinungsmacht eingegangen und zu den gegenläufig vorgebrachten Argumentationen Stellung bezogen. Ergebnis dieser Betrachtung ist, dass Social Bots durch spezifische Wirkmuster eine Gefährdung der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung darstellen können. Demnach lässt sich eine Schutzbereichsausnahme unter Bezug auf den Schutzzweck mit guten Gründen vertreten.

I. Einführung

Die vergangenen Jahre könnten als Zäsur des politischen Diskurses eingehen. Schlagworte veränderter Verhältnisse der Meinungsbildung sind beispielsweise: „filter bubbles“, „fake news“ oder „hate speech“. Auch im Rahmen Big-Data-gestützter Wahlwerbung entstand ein neuer Diskurs über die Rahmenbedingungen insbesondere der digitalisierten Meinungsbildung im 21. Jahrhundert.

Teil dieser neuen Entwicklungen ist auch das Phänomen der sogenannte „social bots“ oder Social Bots. So werden Programme bezeichnet, welche automatisiert in sozialen Netzwerken Aussagen verbreiten, auf andere Nutzer antworten und dabei mit scheinbar echten Nutzerprofilen wie gewöhnliche Teilnehmer des Netzwerks aussehen. In der Praxis werden für die Nutzung eines Bots massenweise Profile in sozialen Netzwerken erstellt, welche im Internet unproblematisch erhältlich sind. Diese Profile werden durch das dem Bot zugrundeliegende Programm zum Leben erweckt und treten automatisiert, ohne die Steuerung durch einen Menschen, in Aktion. Der Bot reagiert sodann nach den im Programm festgelegten Kriterien etwa auf bestimmte Aussagen oder Hashtags (etwa #Iamwithher).

* Der Autor studiert an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Der Beitrag ist zunächst bei rechtundnetz.com erschienen und wurde für die HRN überarbeitet.

In Anbetracht immer neuer Möglichkeiten autonomer Systeme bis hin zu selbstlernenden Algorithmen und neuronalen Netzwerken stellt sich die Frage der rechtlichen Regulierung solcher Praktiken.

II. Social Bots und die Meinungsfreiheit nach Artikel 5 II 1 GG

Recht schnell nach Bekanntwerden der Verwendung von Social Bots im US-Wahlkampf 2016 stellte sich die Frage nach einem rechtlichen Umgang mit diesem Phänomen; auch in der Bundesrepublik. Bisher wurde dabei mit Blick auf eine mögliche gesetzliche Regulierung die Frage nach einem grundrechtlichen Schutz von Social Bots aufgeworfen.¹

In Betracht kommt hierbei ein Schutz durch Art. 5 I 1 GG (Meinungsfreiheit). Durch die Meinungsfreiheit des GG ist das Haben, Äußern sowie die Möglichkeit zur freien Bildung von Meinungen geschützt.² „Meinungen“ meint hierbei zunächst Werturteile. Diese sind Äußerungsformen, welche durch ein Element des Dafürhaltens geprägt sind, wie Positionierungen oder Kundgaben von Überzeugungen.³ Werturteile bilden daher eine Beziehung des Äußernden zu dem Äußerungsgegenstand ab und sind deshalb niemals dem Beweis zugänglich.⁴ Ebenso geschützt sind Äußerungsformen abseits der Meinungsäußerung, soweit sie der Gewährleistung eines freien individuellen und überindividuellen Meinungsbildungsprozesses dienen, etwa Tatsachenbehauptungen, Fragen oder in Grenzen Appelle und Aufrufe.⁵ Das den Grundrechten des Art. 5 GG insgesamt übergeordnete Prinzip der Gewährleistung eines vielfältigen, freien Meinungsbildungsprozesses als konstitutiver Bestandteil einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung muss grundsätzlich bei jeglicher Auslegung der betroffenen Grundrechte einbezogen werden.

Insoweit ist es korrekt festzustellen, dass Äußerungsformen eines Bots grundsätzlich in den Schutzbereich eines Grundrechts fallen, soweit es sich bei diesen nicht etwa um bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen handelt. Äußerungen, welche für die Meinungsbildung nicht förderlich sind, beispielsweise ihren Zweck gänzlich darin haben, eine Person herabzuwürdigen ohne jeglichen

1 Vgl. Milker, <https://www.juwiss.de/91-2016/> (16.01.2017).

2 Vgl. BVerfGE 27, 71 (81).

3 BVerfGE 7, 198 (210).

4 Vgl. BVerfGE 33, 1 (14).

5 BVerfGE 61, 1 (8).

sachlichen Bezug zu haben, werden nach verbreiteter Ansicht ebenso nicht von Art. 5 I 1 GG geschützt.⁶ Für alle übrigen Äußerungsformen kann allerdings nicht davon ausgegangen werden, dass ein automatisiert ablaufender Äußerungsprozess per se keinen Beitrag darstellen kann. Vielmehr zeigen die aktuellen Entwicklungen eine gegenteilige Wirkung.

Auch ist ein grundrechtlicher Schutz der durch einen Bot veröffentlichten Äußerung nicht allein schon deshalb zu verwehren, weil dieser nicht unmittelbar, sondern lediglich mittelbar, durch einen Grundrechtsträger erfolgt.⁷ Grundsätzlich ist die durch ein Programm automatisiert verbreitete Äußerung dem Botnutzer zuzurechnen, welcher die Verbreitung durch Festlegung der relevanten Parameter bestimmt und den Inhalt der Äußerung formuliert.⁸

Problematisch sind im Hinblick auf die Verwendung von Social Bots allerdings zwei Punkte:

1. Rechtlich relevante Modalitätstäuschung oder zulässige Pseudonymisierung?

Für einen Außenstehenden scheint zunächst die durch ein Programm veröffentlichte Äußerung eine durch einen privaten Einzelakteur verbreitete Ansicht zu sein. Die hinter der Äußerung stehende Person wird nicht nur unkenntlich gemacht. Die Identität wird von einem tatsächlich nichtexistierenden Anderen in Form eines Userprofils mit Namen, Bild und persönlichen Daten überlagert.

Brings-Wiese wirft die Frage auf, ob Social Bots in Form einer Schutzbereichsausnahme dem Grundrechtsschutz der Meinungsfreiheit zu entziehen sind, weil diese über relevante Meinungsäußerungsmodalitäten, d. h. relevante Begleitumstände, hinwegtäuschen.⁹

Der übergreifende Schutzzweck der Grundrechte des Art. 5 GG, die individuelle und überindividuelle Meinungsbildung und Positionierung im demokratischen Prozess zu sichern, hat in diesem Zusammenhang weitreichende Bedeutung.

Obwohl diese Schutzrichtung den sachlichen Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG zumeist erweitert hat, findet dieser in ihr auch seine Grenzen, etwa bei Äußerungen, welche dem Meinungsbildungsprozess entgegenstehen und diesen in seiner Wirksamkeit bedrohen. Dass die begleitenden Umstände für die Bewertung einer Äu-

ßerung – auch gerade bei der Erwägung von Schutzbereichsausnahmen von erheblichen Gewicht sind – stellt auch die Rechtsprechung fest, indem sie die Auslegung einer Äußerung im Spannungsfeld von Meinungsäußerungen und Beleidigungen immer im Kontext betrachtet.¹⁰ Soweit die Täuschung über Meinungsäußerungsmodalitäten qualitativ den Meinungsbildungsprozess vergleichbar schädigt, wie etwa eine bewusst unwahre Tatsachenbehauptung, ist eine Ausnahme von diesem Schutzbereich geboten.

Social Bots, wie etwa in der im US-Wahlkampf benutzten Form, treten im Internet als scheinbare Einzelakteure in Form von Privatpersonen auf. Dies suggeriert dem Meinungsmarkt die Äußerung eines einfachen Teilnehmers an der öffentlichen Diskussion, dessen persönliche Erfahrungen, Wertungen und Auseinandersetzungen mit anderen Akteuren in diese eingeflossen sind und daraufhin zu einer öffentlichen Kundgabe mit einer daraus resultierenden persönlichen Positionierung geführt haben.

Sowohl der Schein einer persönlichen Auseinandersetzung in Verbindung mit anderen als auch der persönlichen Positionierung in der Öffentlichkeit haben einen Einfluss auf die Wertung des Gewichts der inhaltlichen Aussage. An der gezielten Verwendung von Prominenten oder charakteristischen Personen im Bereich der Werbung ist zu erkennen, dass die Person des Äußernden in erheblichem Maße die Einordnung einer Botschaft beeinflusst.

In Abgrenzung zu anonymisierten Kampagnen ist dem Teilnehmer der Diskussion bei Social Bots nicht nur der Äußerungskontext in wesentlichem Maße unklar, er wird aktiv über diesen erheblichen Teil der Gesamtaussage getäuscht.¹¹

Neben dem konkret meinungsmarktschädlichen Element der Identitätstäuschung in jedem Einzelfall kommt auch ein abstrakt meinungsmarktschädliches Element und zwar bezüglich der Institution des Meinungsmarktes hinzu.

Der konsumierende, kritisierende und kommunizierende Einzelakteur als Kernstück des demokratischen Meinungsmarktes wird in seiner Authentizität geschädigt. Die Kernrolle des Einzelnen spiegelt sich u. a. darin wieder, dass die Willensbildung des Volkes durch Stimmabgabe Einzelner in Wahlen erfolgt. Das Argument, der Meinungsmarkt müsse sich den neuen Gegebenheiten einer digitalisierten Umgebung soweit beugen und ein

⁶ *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II Rn. 70 zu Schmähkritik; vgl. Argumentation des BVerfGE 54, 208 (219); vgl. BVerfGE 12, 113 (130).

⁷ Vgl. *Milker*, <https://www.juwiss.de/91-2016/> (16.01.2017).

⁸ *Brings-Wiesen*, <https://www.juwiss.de/93-2016/> (16.01.2017); vgl. *Milker*, <https://www.juwiss.de/91-2016/> (16.01.2017).

⁹ Vgl. *Brings-Wiesen*, <https://www.juwiss.de/93-2016/> (16.01.2017).

¹⁰ BVerfG, Urteil v. 29.06.2016 – 1 BvR 2646/15 in ZUM-RD 2016, 569 (570).

¹¹ Vgl. *Brings-Wiesen*, <https://www.juwiss.de/93-2016/>, Stand: 16.01.2017; vgl. *Milker*, <https://www.juwiss.de/91-2016/>, Stand: 16.01.2017; die sich in dieser Frage auch einig sind.

dementsprechendes Risiko dulden, wenn er sich derartiger Mittel bediene, ist eher unzeitgemäß und wird dem hohen Wert der Meinungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaftsordnung nicht gerecht.

Die Ansicht von *Zumkeller-Quast*, die Täuschung über die Identität des Verbreitenden sei als Pseudonymisierung zulässig, verkennt, dass der Wortlaut des Art. 5 I 1 GG keine Zulässigkeit der Pseudonymisierung ausdrücklich vorsieht, diese vielmehr einer teleologischen Auslegung nach zu Gunsten des freien, pluralistischen Meinungsmarktes, besteht.¹² Der Einzelne soll gewisse Werturteile und Tatsachenbehauptungen auch dann verbreiten können, wenn ihm unter Verwendung eines echten Namens etwa berufliche oder private Konsequenzen drohen würden.¹³ Im Umkehrschluss kann diese Ausdehnung des sachlichen Schutzbereiches nur soweit gelten, als dass dieser Schutzzweck nicht gefährdet wird. Genau dies ist hier jedoch der Fall.

Im Übrigen handelt es sich bei den in Frage stehenden Täuschungen um weit mehr als einfache Pseudonymisierungen. Diese erstreckten sich in aller Regel allein auf den Namen des Äußernden oder auf weitere identitätsstiftende Eigenschaften in Form einer als solchen klar erkennbaren, überzeichneten Kunstfigur. Die Erstellung eines vollständig erfundenen Profils mit der oben bezeichneten Zweckrichtung geht hierüber weit hinaus.

Ein Fall der zulässigen Pseudonymisierung wird bei Social Bots daher in der Regel nicht vorliegen.

Der Einwand, es könne sich nicht um eine relevante Täuschung über Meinungsäußerungsmodalitäten handeln, weil jedenfalls eine echte Person hinter automatischen Äußerung stehe, ist lediglich für die Eröffnung des persönlichen Schutzbereiches relevant und verkennt darüber hinaus die Tragweite und Art des geschilderten Problems.¹⁴ Ein Dilemma durch die Abhängigmachung des sachlichen Schutzbereiches der Meinungsfreiheit von technischen Begebenheiten ist deshalb nicht auszumachen, weil eine Äußerung niemals für sich allein abschließenden Deutungsgehalt erhält und stets im Kontext verstanden werden muss. Ob dieser Kontext technisch oder durch Druckerzeugnisse bedingt ist, kann keinen Unterschied machen.¹⁵ Der Einwand, mit allgemeinen technischen Kenntnissen und kritischer Herangehensweise seien automatisierte Äußerungen leicht erkennbar, hat selber bisher nicht vermocht über den Status einer gänz-

lich unbegründeten Behauptung hinauszutreten. Er verkennt außerdem die sich ständig wandelnden technischen Möglichkeiten und die allgemeine Technikaffinität eines der demographisch ältesten Länder der Welt.¹⁶

In Anbetracht dieser Erwägungen scheint die Annahme einer Schutzbereichsausnahme nicht fernliegend.¹⁷ Klarheit in dieser Frage, in Bezug auf das konkrete Phänomen der Social Bots, ergibt sich in Kombination mit der Betrachtung des zweiten Problembereichs.

2. Meinungsmacht

Das zweite Problem liegt in der Verbreitungsmöglichkeit der Äußerung durch einen Einzelnen, welches diesem in Verbindung mit dem oben genannten Problem der Identitätstäuschung ein erhöhtes, den freien Meinungsmarkt gefährdendes Maß an Meinungsmacht verleiht.

Dabei ist allein das massenhafte Verbreiten von Äußerungen als Grundlage jeder Kampagne nicht zu beanstanden.¹⁸ Die Verwendung eines Bots ist insoweit auch durch die Technologieneutralität der Meinungsfreiheit gedeckt.¹⁹ Jedoch trifft dieses Vorgehen dort an seine Grenzen, wo es sich mit der Identitätstäuschung vereint und diese auf ein erweitertes Niveau hebt. Hier wird deutlich, dass der Botnutzer nicht allein im Einzelnen für jede Einzeläußerung eine falsche Identität vorspiegelt, er täuscht auch über die abstrakte Tatsache hinweg, dass eine Einzelperson Urheber hunderter, scheinbarer Einzelbeiträge ist. Wie *Brings-Wiesen* richtig feststellt, täuscht der Verwender der Technik damit einen tatsächlich nicht existenten Rückhalt in der Bevölkerung vor.²⁰ Dabei handelt es sich bei dem Rückhalt nicht um eine Äußerungsmodalität, sondern um eine direkte Manipulation des Meinungsmarktes selbst. Dies muss so gesehen werden, wenn man die Tatsache betrachtet, dass Petitionen oder Demonstrationen als Mittel im Meinungskampf fast ausschließlich darauf ausgerichtet sind, gesellschaftlichen Rückhalt zu bezeugen. Dem besonderen Wert des Versammlungsrechts in der Bundesrepublik würde eine entgegenstehende Wertung nicht gerecht werden.

Letztlich wird das dem Schutzzweck des Grundrechts entgegenstehende Nutzungspotential besonders da deutlich, wo mehrere Bots gemeinsam agieren. Hierbei ist es denkbar, dass Bot 1 auf eine beliebige Äußerung reagiert und Bot 2 daraufhin in gezielter Weise die Äußerung von Bot 1 aufgreift und unterstützt. Dieses Schema ließe sich endlos fortführen, um eine Diskussion zu simulieren, und ist in dieser Form technisch ohne Probleme möglich. Dem einzelnen Nutzer wäre es mithin möglich ei-

¹² Vgl. BGH vom 23.06.2009 – VI ZR 196/08, Rn. 38 = BGHZ 181, 328; vgl. zur Pseudonymisierung *Zumkeller-Quast*, <https://www.juwiss.de/2-2017/>, (16.01.2017).

¹³ BGH vom 23.06.2009 – VI ZR 196/08, Rn. 38 = BGHZ 181, 328; vgl. *Ballhausen/Roggenkamp*, Kommunikation und Recht (K&R) 2008, 403, 406.

¹⁴ So aber *Dankert/Dreyer*, K&R, 2/2017, S. 73, 75.

¹⁵ So aber *Dankert/Dreyer*, K&R, 2/2017, S. 73, 75.

¹⁶ So aber *Milker*, <https://www.juwiss.de/91-2016/> (16.01.2017).

¹⁷ *Brings-Wiesen*, <https://www.juwiss.de/93-2016/> (16.01.2017).

¹⁸ *Brings-Wiesen*, <https://www.juwiss.de/93-2016/> (16.01.2017).

¹⁹ Vgl. *Zumkeller-Quast*, <https://www.juwiss.de/2-2017/> (16.01.2017).

²⁰ *Brings-Wiesen*, <https://www.juwiss.de/93-2016/> (16.01.2017).

nen ganzen „Sekundärmeinungsmarkt“ zu eröffnen, der für Außenstehende nicht ersichtlich ist und auf Grund seiner automatisierten Verbreitung geeignet ist, den übrigen Meinungsmarkt zu verzerren. Der Einzelmeinung übriger Personen würde als Konsequenz faktisch ein geringeres Gewicht schon deshalb zukommen, weil diese einer vermeintlich schon gefestigten Gegenmeinung gegenübersteht.

Das aus dem Rundfunkrecht bekannte Modell der Meinungsmachtkontrolle ist hier auf Grund der gemeinsamen Schutzrichtung des Art. 5 GG entsprechend zu berücksichtigen. Dem Botnutzer kommt eine erheblich gesteigerte Meinungsmacht zu, indem ihm ein Mittel höchst aktueller, suggestivkräftiger und breitenwirksamer Beeinflussung gegeben ist.²¹ Nimmt das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf Rundfunkanbieter an, der

21 Vgl. BVerfGE 119, 181, 215.

Meinungsmarkt dürfe nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen werden, so muss dies auch bei gezielter Einflussnahme im Internet gelten. Dem muss in besonderen Konstellationen nachgekommen werden können, indem den Meinungsmarkt direkt beeinträchtigende Mittel dem Schutz der Meinungsfreiheit entzogen werden, um die neu entstehende Meinungsmacht Einzelner zu regulieren.

III. Zusammenfassung

Die Nutzung von Social Bots läuft somit dem Schutzzweck des Art. 5 I 1 GG entgegen. Social Bots täuschen nicht allein über wesentliche Teilaspekte oder Äußerungsmodalitäten hinweg; sie sind geeignet, den gesamten Meinungsmarkt zu verzerren und Einzelnen unkontrollierte und regulierungsfreie Meinungsmacht zu verleihen.

Die Nutzung von Social Bots ist daher nicht durch die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 I 1 GG geschützt.

Lasse Ramson*

Zur Recht- und Zweckmäßigkeit der neuen Regelung zum Ausschluss von der Parteienfinanzierung

Das vieldiskutierte NPD-Parteiverbotsurteil des BVerfG hat zwar nicht zu einem Verbot der Partei geführt, allerdings mittelbar eine Grundgesetzänderung verursacht. Der Beitrag hinterfragt die Recht- und Zweckmäßigkeit des neuen Artikel 21 Absatz 3 Grundgesetz, der es erlaubt, Parteien mit verfassungswidrigen Zielen die staatliche Finanzierung zu entziehen. Ist die Regelung gar als „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ zu qualifizieren?

I. Das Urteil

Das Nicht-Verbotsurteil des Bundesverfassungsgerichts¹ im Verfahren um den Antrag des Bundesrates, die NPD gemäß Art. 21 II GG verbieten zu lassen, war im Ergebnis von verschiedener Seite erwartet worden.²

Schon vor dem neuerliche Verbotsantrag waren Stimmen laut geworden, welche die Sinnhaftigkeit, Zweckmäßigkeit und Erfolgsaussichten eines solchen Verfahrens in Zweifel zogen.³ Der „neue“ Verbotsantrag war

dann auch nicht von der Bundesregierung und vom Bundestag mitgetragen worden.⁴

Das Gericht entschied sich, in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung in den Verbotsverfahren der Parteien SRP und KPD⁵ das Tatbestandsmerkmal des darauf Ausgehens in Art. 21 II GG dahingehend auszulegen, dass ein aktives Handeln und ein gewissen Verwirklichungspotenzial nötig sind.⁶ Dieses Kriterium sah das Bundesverfassungsgericht allerdings als nicht gegeben an, da die NPD sich seit einiger Zeit am Rande der völligen Bedeutungslosigkeit bewegt.⁷ Insoweit kann von einem Verfassungswandel gesprochen werden, der sicherlich in großen Teilen dem Versuch einer Anpassung an die Rechtsprechung der EGMR geschuldet war,⁸ der die verschiedenen Aspekte der Parteienfreiheit in den Art. 10,

Endlosdebatte NPD-Verbot, Blätter 2009, 33 (33).

4 BVerfG NJW 2017, 611 (612).

5 SRP: BVerfGE 2, 1 ff., KPD: BVerfGE 5, 85 ff.

6 BVerfG NJW 2017, 611 (611 Nr. 6).

7 Vgl. BVerfG NJW 2017, 611 (651 Rn. 897); siehe auch *Brandstetter*, Zu bedeutungslos für ein Verbot. Die Entwicklung der NPD seit 2013, 2017, S. 39; Oswald, Verbot trotz Bedeutungslosigkeit? Die NPD, ihre Strategie und die Erfolgsaussichten des neuen Verbotsantrags, ZParl 2014, 440 (459).

8 Vgl. schon vorher *Epping*, Eine Alternative zum Parteiverbot. Der Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung, 2013, S. 13; Vgl. *Bröhmer*, in Grote/Marauhn (Hg.), EMRK/GG, 1. Aufl. 2006, Kap. 19 Rn. 98.

* Der Autor studiert an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

1 BVerfG NJW 2017, 611ff.

2 *Emek*, Die Europäisierung des Parteiverbots – dargelegt am NPD-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, RuP 2017, 174 (174).

3 Z. B. *Emek/Meier*, Über die Zukunft des Parteiverbots. Europäische Standards und deutsches Grundgesetz, RuP 2013, 74 (80); *Meier*,

11, 14 EMRK verortet,⁹ wenngleich teilweise bezweifelt wird, ob eine solche Anpassung nötig war¹⁰ und andererseits, ob die Rechtsprechungsänderung den EGMR-Maßstäben genügt.¹¹

Das Urteil wurde gemischt aufgenommen; einige Kommentatoren lobten es als Betonung der außerordentlichen Bedeutung des Parteienverbots¹², andere sahen in ihm gar das „Ende des Parteienverbots“¹³.

II. Der Weg zu Art. 21 III GG

Ungewöhnlich und unerwartet war allerdings jedenfalls, dass das Gericht in Person von Präsident Voßkuhle bei der Urteilsverkündung einen Vorschlag machte, wie man damit umgehen könne, dass eine verfassungsfeindliche Partei nur aufgrund ihrer mangelnden Erfolgsaussichten nicht verboten wird: Indem man ihr stattdessen die staatliche Parteienfinanzierung entzieht. Dahinter steckt vermutlich die Vorstellung eines „milderen Mittels“ im Sinne von Verhältnismäßigkeit. Mildere Mittel als ein vollständiges Verbot einer Partei sind in einigen Rechtsordnungen vorgesehen und werden vom EGMR regelmäßig zur Bewertung der Rechtmäßigkeit eines Parteienverbots im Sinne der EMRK herangezogen.¹⁴ Auch insoweit kann man wohl von einer Europäisierung des deutschen Parteiensanktionsrechts sprechen. Solche Mittel sind in der deutschen Parteienforschung kein grundsätzlich neuer Ansatz¹⁵, spielten bisher allerdings in der Verfassungspraxis und -diskussion eine untergeordnete Rolle.¹⁶

Die Implementation eines Entzugs von Parteienfinanzierung wurde von Politik und Verwaltung schnell als Arbeitsauftrag aufgegriffen.¹⁷ In Hessen wurde das übereilige Vorhaben einer Gemeinde, NPD-Ratsmitgliedern ihre Mandatsbezüge zu streichen,¹⁸ zu Recht gerichtlich unterbunden.¹⁹ Das Land Niedersachsen brachte inspi-

riert von den Äußerungen des BVerfG²⁰ schließlich einen ersten Vorschlag ein. Nach den verschiedenen Vorschlägen²¹ wurde schließlich der Art. 21 GG um einen neuen Absatz 3 ergänzt.²² Er lautet:

„Parteien, die nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgerichtet sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind von staatlicher Finanzierung ausgeschlossen. Wird der Ausschluss festgestellt, so entfällt auch eine steuerliche Begünstigung dieser Parteien und von Zuwendungen an diese Parteien.“

Gleichzeitig wurde in Absatz 4 (Abs. 3 a. F.) in seiner neuen zweiten Alternative verankert, dass das Bundesverfassungsgericht auch für diese Entscheidung zuständig ist. Dies ist angesichts der Bedeutung der Parteienfreiheit für den politischen Wettbewerb höchst begrüßenswert.²³

Gleichzeitig wurden verschiedene Nebengesetze angepasst,²⁴ die vor allem steuerrechtliche Folgen betreffen. Sehr wichtig für die Bewertung der neuen Norm ist zudem die vorgesehene Befristung des Parteienfinanzierungsentzugs in § 46 a I 1 BVerfGG:

„Erweist sich der Antrag auf Entscheidung gemäß Artikel 21 Absatz 3 des Grundgesetzes als begründet, so stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Partei für sechs Jahre von der staatlichen Finanzierung nach § 18 des Parteiengesetzes ausgeschlossen ist.“

Es bleibt darüber nachzudenken, ob ein solches Mittel von seiner Grundkonzeption mit dem Gedanken der Parteiengleichheit des Art. 21 I GG vereinbar ist oder ob es gar – noch weitergehender – ein Beispiel „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“²⁵ darstellt. Des weiteren soll auch ein Blick geworfen werden auf politikwissenschaftliche Bewertungen von Parteisanctionen, auch unterhalb des Verbots, in der Bundesrepublik Deutschland.

9 Schaefer, Das Parteiverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskommission, AöR 2016, 594 (606); Vgl. Bröhmer, in Grote/Marauhn (Hg.), EMRK/GG, 1. Aufl. 2006, Kap. 19 Rn. 89 ff.

10 Ipsen, Verfassungswidrig, aber nicht verboten. Das NPD-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, RuP 2017, 3 (7); Vgl. Pabel, Parteiverbote auf dem europäischen Prüfstand, ZaöRV 2003, 921 (932).

11 Leggewie u. a., „Hohe Hürden“ sehen anders aus. Das abermalige Verbotverfahren gegen die NPD. Kritik des Urteils (Teil 3), RuP 2017, 145 (161); Vgl. Höhner/Jürgensen, Europäisierung des Parteiverbots? – Das Merkmal der „Potentialität“ im Licht der Rechtsprechung des EGMR –, MIP 2017, 103 (109 f.).

12 Jürgensen/Ramson, Die Demokratie hält es aus. Das NPD-Parteiverbotsurteil des BVerfG, JuWissBlog, 25.01.2017, juwiss.de/9-2017 (13.09.2017).

13 Ipsen, RuP 2017, 3 (8).

14 Emek, RuP 2017, 174 (177 f.).

15 Emek/Meier, RuP 2013, 74 (81).

16 Morlok, Kein Geld für verfassungsfeindliche Parteien?, ZRP 2017, 66 (66).

17 Vgl. Rath, Gleichbehandlung ist unverzichtbar, DRiZ 2017, 90 (90).

18 Zum Vorgang Meyer, Anmerkung zu HessVGH NVwZ 2017, 886 (888).

19 HessVGH NVwZ 2017, 886 (887).

20 Laubinger, Verfassungswidrigkeit politischer Parteien. Entscheidung durch den Bundespräsidenten?, ZRP 2017, 55 (56).

21 Siehe die Übersicht bei Kloepfer, Parteienfinanzierung und NPD-Urteil. Zum Ausschluss der der staatlichen Teilfinanzierung für verfassungsfeindliche Parteien, NVwZ 2017, 913 (917 f.).

22 Durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 13. Juli 2017, BGBl. I S. 2346.

23 Dagegen Ipsen, RuP 2017, 3 (8), der die Überantwortung an das BVerfG „grotesk“ findet; Epping, Alternative zum Parteiverbot, 2013, S. 64, 68; Vgl. gleichfalls von Münch, Ist das Bundesverfassungsgericht für „Signale“ zuständig?, in: Leggewie/Meier (Hg.), Verbot der NPD oder mit Rechtsradikalen leben?, 2002, S. 51 (54).

24 Durch das Gesetz zum Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien von der Parteienfinanzierung vom 18. Juli 2017, BGBl. I S. 2730. Dies betrifft das BVerfGG, das PartG, das EStG, die EStDV, das KStG, das ErbStG und das UStG.

25 So wohl Rath, DRiZ 2017, 90.

III. Rechtliche Bedenken

Verfassungsändernde Gesetze unterliegen gegenüber einfachem Gesetzesrecht nur einer sehr eingeschränkten Prüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit. Dies liegt auf der Hand, kann doch ein Gesetz, welches zulässigerweise einen Teil der Verfassung ändert, denklogisch nicht an den zu ändernden Normen gemessen werden. Auch eine verfassungsmäßige Auslegung an selbst veränderlichen Verfassungsnormen scheidet daher aus.²⁶ Da aber beinahe alle Normen des Grundgesetzes veränderlich sind, scheidet eine Prüfung der veränderlichen Normen bei verfassungsändernden Gesetzen aus. Das Grundgesetz enthält allerdings Bereiche, die über die so genannte Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG dem verfassungsgeberischen Zugriff vollständig entzogen sind. Eine materielle Prüfung eines verfassungsändernden Gesetzes, dass formell korrekt zustandekommen ist, kann sich somit nur auf die in Art. 79 III GG eingegrenzten Belange beziehen.²⁷ Der Maßstab des „Berührens“ in Art. 79 III GG ist nicht eindeutig geklärt. Teilweise wird davon ausgegangen, dass Grundsätze erst dann berührt sind, wenn ihnen nicht mehr im Allgemeinen Rechnung getragen wird und sie unsachgerecht ergänzt werden, was dem Maßstab des Art. 19 II GG gleichkäme.²⁸ Dieser Maßstab wird teilweise als zu weitgehend angesehen.²⁹ Eine pauschale Antwort auf diese Frage ist indes kaum möglich. Vielmehr muss es auf den betroffenen Belang ankommen, da nicht alle durch Art. 79 III GG geschützten Belange in gleichem Umfang ausstattungsbedürftig sind. Insbesondere die im Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze sind von hoher Bedeutung, da sie als Staatstrukturprinzipien die gesamte demokratische Ordnung der Bundesrepublik Deutschland konturieren und Verfassungsänderungen gerade im Bereich der Regelung politischer Verfahren diese Bereiche üblicherweise betreffen. Parteienrecht ist „demokratisches Wettbewerbsrecht“.³⁰ Daher verwundert es nicht, dass – besonders in der Parteienfinanzierung³¹ – Gleichheitsfragen eine große Rolle spielen.

Die Fragen, die sich abzeichnen, sind jene, ob sich ein Gebot der Gleichbehandlung der politischen Parteien nur aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG (i. V. m. Art. 19 III GG) oder ob ein solches seine Her-

kunft auch in Art. 21 I GG oder Art. 20 II GG findet und welche Auswirkungen dies hat.

Der allgemeine Gleichheitssatz unterliegt der Schranke anderer Verfassungsgüter. Auf eine Prüfung dieser Schranke kommt es aber bei verfassungsändernden Gesetzen schon von vornherein nicht an (s. o.), sodass der Verfassungsgeber in der Modifikation bis zu den Grenzen des Art. 1 GG frei ist.³² Dies erscheint allerdings kaum sachgerecht für den Status und die Aufgabe der politischen Parteien, welchen im demokratischen – und damit staatslegitimierenden – Prozess eine elementare Rolle zukommt.³³ Daher ist es richtig, wenn ein spezieller Gleichheitssatz zumindest aus Art. 21 I GG angenommen wird.³⁴ Allerdings ist auch der Art. 21 I GG durch den Verfassungsgeber prinzipiell unbeschränkt modifizierbar. Es wäre allerdings zu kurz gegriffen, an dieser Stelle aufzuhören. Aufgrund der Position der Parteien im Kern des demokratischen Prozesses – dem Wahlakt – ist auch das Demokratieprinzip des Art. 20 II GG heranzuziehen. Daran müssen sich zumindest auch solche verfassungsändernden Regelungen messen lassen, die die Chancengleichheit der politischen Parteien bei der Wahl betreffen. Dabei ist es allerdings wichtig, präzise zwischen den verschiedenen Komponenten und Schutzrichtungen der jeweiligen Normen zu unterscheiden; der Art. 3 I GG schützt die Gleichbehandlung der Parteien außerhalb des unmittelbaren Wahlprozesses, will heißen beim Zugang zu öffentlichen Gebäuden oder bei Geschäftstätigkeiten (bspw. das Führen eines Kontos). Der Art. 21 I 2 GG schützt zunächst – veränderlich, s. o. – den Bestand des Parteiwesens sowie ihre freie Gründung³⁵ und konturiert den Art. 3 I GG außerhalb der Wahl³⁶. All diese Schutzgehalte ergeben sich nicht aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 I GG.³⁷ Das Demokratieprinzip schützt vielmehr die gleichberechtigte Teilnahme der politischen Parteien an Wahlen, will heißen die gleichberechtigte Präsentation auf dem Stimmzettel, die Beeinflussungsfreiheit der Wahlbüros u. ä.³⁸ Diese zunächst einfach zu scheinende Trennung der verschiedenen Schutzgehalte gerät an ihren Überschneidungspunkten naturgemäß an ihre Grenzen: Wenn einer Partei verboten würde, mittels Plakaten für ihre Ziele zu werben – welche Schutzgehalte wären betroffen? Wie verhielte es sich, wenn einer einzelnen Partei

26 Geller/Schlabrendorff/Rupp, Sondervotum BVerfGE 30, 1 (34), anders die Senatsmehrheit BVerfGE 30, 1 (19).

27 Dazu zählt ohne ausdrückliche Benennung logischerweise auch der Art. 79 III GG selbst.

28 BVerfGE 30, 1 (24); ähnlich Epping, Alternative zum Parteiverbot, 2013, S. 39.

29 Geller/Schlabrendorff/Rupp, Sondervotum BVerfGE 30, 1 (41, 47); Vgl. Kingreen, Auf halbem Weg von Weimar nach Straßburg: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im NPD-Verbotsverfahren, JurA 2017, 499 (510).

30 Schönberger, Vom Suchen und Finden der Macht im Verfassungsrecht – Neujustierungen im Verständnis von Art. 21 GG, JZ 2017, 701 (706).

31 Gusy, Verfassungswidrig, aber nicht verboten!, NJW 2017, 601 (603).

32 Epping, Alternative zum Parteiverbot, 2013, S. 41f.

33 Vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth (Hg.), GG, 14. Aufl. 2016, Art. 21 Rn. 24.

34 Klein, in: Maunz/Dürig, GG, 79. EL 12/2016, Art. 21 Rn. 296ff. m. w. N.

35 Klein, in: Maunz/Dürig, GG, 79. EL 12/2016, Art. 21 Rn. 273.

36 Bröhmer, in: Grote/Marauhn (Hg.), EMRK/GG, 1. Aufl. 2006, Kap. 19 Rn. 91; Kingreen, JurA 2017, 499 (508).

37 Dagegen bezüglich der Existenz von Parteien Epping, Alternative zum Parteiverbot, 2013, S. 42; Robbers, in: BoKo GG, 137. Akt. 12/2008, Art. 20 Abs. 1 Rn. 513.

38 Vgl. Robbers, in: BoKo GG, 137. Akt. 12/2008, Art. 20 Abs. 1 Rn. 562.

die Werbung nur in den vier Wochen vor einer Wahl erlaubt würde, allen anderen hingegen immer? Diese Probleme stellen sich üblicherweise an der Stelle, an der auch die Grenze zwischen Demokratieprinzip und (einfacher) Parteilichkeit zu ziehen wäre. Es gebietet sich daher, einen Maßstab zu entwickeln, der dem absoluten Schutz des Demokratieprinzips Rechnung trägt und gleichzeitig dem Verfassungs- und Gesetzgeber Handlungsmöglichkeiten nicht völlig entzieht. Das Demokratieprinzip ist daher erst dann berührt, wenn die Einschränkung der allgemeinen Parteilichkeit so weit geht, dass eine gleichberechtigte Teilnahme an Wahlen schlechterdings unmöglich gemacht wird, also immer dann, wenn eine nicht verbietende Parteisanction der Wirkung eines Parteiverbots praktisch gleichkommt. Dies könnte schon bei einer unmittelbar vor der Wahl liegenden Verhinderung von Öffentlichkeitsarbeit gegeben sein.³⁹

Das Demokratieprinzip schützt nicht den Bestand der Parteien (s. o.) und erst recht nicht ihre Finanzierung.⁴⁰ Aus der Existenz des Parteienverbots lässt sich nicht von vornherein herleiten, dass das „mildere Mittel“ Finanzierungsentzug gleichfalls zulässig ist,⁴¹ denn es hat weniger strenge Anforderungen. Allerdings fordert das Demokratieprinzip nicht grundsätzlich, dass von einer zu sanktionierenden Partei eine Gefahr für die Demokratie ausgehen muss.⁴² Durch einen bloßen Entzug der Parteienfinanzierung ist daher das Demokratieprinzip in der Regel nicht betroffen, es sei denn, es liegt ein atypischer Fall dergestalt vor, dass der Entzug der Parteienfinanzierung in Hinblick auf eine bestimmte Wahl der Wirkung eines Verbots gleichkommt.⁴³ Dies ist allerdings aus mehrerlei Gründen eher fernliegend: Der Ausschluss aus der Parteienfinanzierung soll im Regelfall nach § 46 a I 1 BVerfGG nur 6 Jahre betragen (s. o.).⁴⁴ Somit wird der betroffenen Partei ermöglicht, diese Zeit zu überbrücken und währenddessen ihr Programm zu verändern. Ohne eine solche Befristung hätte es sich bei dem Entzug der Parteienfinanzierung schon nicht um ein milderes Mittel gehandelt.⁴⁵ Weiterhin sind die Parteien, auf die die neue Norm zielt – nämlich solche, die eigentlich Kandidaten für ein Verbot wären, denen es aufgrund ihrer mangelnden Bedeutung aber am demokratiegefährdenden Moment fehlt – auch solche Parteien, die nur in geringem Maße Mittel aus der staatlichen

Parteienfinanzierung erhalten⁴⁶ und somit ihre Partizipation an Wahlen schon allein aufgrund der unsicheren Finanzierungsgrundlage, die an vergangene Wahlerfolge gekoppelt ist, nicht von der staatlichen Finanzierung abhängig machen können. Sie setzen daher ohnehin im starken Maße auf Finanzierung durch Spenden.⁴⁷

Somit ist die neue Regelung des Art. 21 III GG keine solche, die das Demokratieprinzip antastet. Die verschiedenen antragsbefugten Organe in § 43 I 1 BVerfGG haben zudem die Möglichkeit, das Verfahren in Randfällen atypischer Natur demokratieprinzipskonform (nicht) einzuleiten. Dies sei dringend geraten. Es wird zudem bei einer Einzelfallprüfung in Verfahren nach Art. 21 III GG darauf ankommen, die Norm demokratieprinzipskonform auszulegen und dann nicht zur Anwendung kommen zu lassen, wenn die Wahlteilnahmegleichheit (s. o.) durch den Entzug der Finanzierung der Partei schlechterdings unmöglich gemacht wird, die Sanktion also eine verbotsgleiche Wirkung hat. In solchen Fällen wird man stets die strengeren Maßstäbe des Verbotsverfahrens anwenden müssen. Sofern aber diese Möglichkeiten offen stehen, ist andererseits nicht schon durch die Möglichkeit einer demokratieverkürzenden Anwendung das Demokratieprinzip berührt. Dies wird man trotz der sich etwas störrisch in das System der Parteilichkeit einfügenden Regelung zugeben müssen.

IV. (Rechts-) Politische Bedenken

Trotz der Rechtmäßigkeit der Vorschrift und auch des Parteienverbots wurden und werden weiterhin (rechts-) politische Argumente gegen Parteisanctionen im Allgemeinen und den Entzug von Parteienfinanzierung im Speziellen erhoben. Dabei sind Argumente, die sich gegen oder für ein Parteiverbot richten, zumindest insofern übertragbar, wie sie das Sanktionieren als solches rügen oder befürworten.

Bisweilen wird schon grundsätzlich bezweifelt, ob eine Regelung über Parteisanctionen überhaupt in die rechtliche Sphäre gehört oder ob nicht die Auseinandersetzung auch mit extremen Ansichten Sache der Zivilgesellschaft und der Politik sei.⁴⁸ Der Parteienwettbewerb ist ein Wettbewerb unter Gleichgestellten. Mit dem Entzug der Parteifinanzierung entsteht die absurde Situation, dass eine Partei zwar als nicht so verfassungsfeindlich angesehen wird, dass sie nicht am Wahlkampf teilnehmen darf, aber immerhin schlechter gestellt ist. Damit entsteht ein Wettbewerb, der im Kern keiner mehr ist,

³⁹ Morlok, ZRP 2017, 66 (67).

⁴⁰ Das tut selbst Art. 21 Abs. 1 GG nicht: Epping, Alternative zum Parteiverbot, 2013, S. 21.

⁴¹ Vgl. Kingreen, JurA 2017, 499 (509).

⁴² So aber die EMRK aufgrund ihrer anderen Regelungssystematik: Kontopodi, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Verbot politischer Parteien, 2007, S. 90.

⁴³ Zur Möglichkeit eines solchen Falls Kingreen, JurA 2017, 499 (509); Vgl. Rath, DRiZ 2017, 90.

⁴⁴ Insofern unberechtigt die Kritik von Rath, DRiZ 2017, 90, der eine dauerhafte Benachteiligung fürchtet.

⁴⁵ Emek, RuP 2017, 174 (185); Kingreen, JurA 2017, 499 (510); Morlok, ZRP 2017, 66 (67).

⁴⁶ Morlok, ZRP 2017, 66 (68).

⁴⁷ Siehe z. B. der Rechenschaftsbericht der NPD in BT-Drucks. 18/13030, 97.

⁴⁸ Petschke, Sowohl politisch aussichtsreich als auch politisch zweckmäßig? Ein Beitrag zur Debatte um ein Verbot der NPD, RuP 2009, 11 (16).

da eine Wettbewerberin einen Startnachteil qua Verfassung hat.⁴⁹ Dies rüttelt am demokratischen Moment der Wahl selbst.⁵⁰ Zudem verleitet eine Sanktionsregelung insbesondere bei der Bekämpfung von Extremismus dazu, den Blick von den eigentlichen Problemen abzulenken.⁵¹ Zwar ist der Entzug der Parteienfinanzierung geeignet, eine Differenzierung zu erzeugen zwischen den Extremen „unbedenklich“ und „verboten“,⁵² allerdings wäre eine solche Möglichkeit auch mittels anderer milderer Parteisanctionen, wie beispielsweise einem zeitweisen Betätigungsverbot,⁵³ denkbar. Sicherlich stellt die Finanzierung politischer Parteien, die demokratiefeindlich agieren, eine „Selbstparadoxierung“ dar,⁵⁴ die Frage bleibt allerdings, inwieweit auch Feinden der Demokratie ein gewisser Betätigungsspielraum zugewiesen muss, sofern von ihnen keine Gefahr ausgeht – und wenn dies nur deswegen geschieht, um das Bundesverfassungsgericht nicht der Last zeitraubender Bagatellverfahren auszusetzen.⁵⁵ Dagegen wird eingewandt, eine Demokratie müsse es nicht tolerieren, dass Freiheitsfeinde die ihnen gewährten Freiheitsrechte zur Bekämpfung der Freiheiten (Anderer) einsetzen.⁵⁶ Zudem ist der vielbeschworene zivilgesellschaftliche Widerstand gegen NPD und andere zwar in vielerlei Hinsicht möglich,⁵⁷ allerdings wiederum von Verfassungs wegen aufgrund des starken Schutzes der Freiheit und Gleichheit der Parteien stark eingeschränkt.⁵⁸

Deshalb erscheint der Ruf nach Sanktionsmöglichkeiten von Parteien unterhalb einer Gefährlichkeitsschwelle zunächst naheliegend. Er verkennt aber in einem zweiten Schritt ebendiese Qualität der verfassungsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten – auch im EMRK-Verständnis⁵⁹ – nicht als Gesinnungssanktionierung,⁶⁰ sondern

49 *Erbentraut*, Ist ein Verbot der NPD sinnvoll? Die Pioniere der deutschen Parteienlehre im Vormärz wären skeptisch, ZParl 2013, 137 (145); *Jesse*, Die Diskussion um ein neuerliches NPD-Verbotsverfahren – Verbot: kein Gebot, Gebot: kein Verbot, ZfP 2012, 296 (307); *Meier*, Blätter 2009, 33 (35); Vgl. *Morlok*, ZRP 2017, 66 (68).

50 *Petschke*, RuP 2009, 11 (12).

51 Vgl. *Leggewie u. a.*, RuP 2017, 145 (161); vgl. *Bale*, Are Bans on Political Parties to Turn Out Badly? A Comparative Investigation of Three 'Intolerant' Democracies: Turkey, Spain and Belgium, Comparative European Politics 2007, 141 (155).

52 *Van Ooyen*, Kein zweites Verbotverfahren gegen die NPD. Streichung der staatlichen Parteienfinanzierung als „flexible Response“, RuP 2013, 84 (85).

53 *Emek*, RuP 2017, 174 (184).

54 *Morlok*, ZRP 2017, 66 (67).

55 Vgl. *Ipsen*, RuP 2017, 3 (8).

56 *Leutheusser-Schnarrenberger*, Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im NPD-Verbotsverfahren – Kein Geld mehr für Verfassungsfeinde!?, VerfBlog, 21.01.2017, verfassungsblog.de/nachder-entscheidung-des-bundesverfassungsgerichts-im-mpd-verbotsverfahren-kein-geld-mehr-fuer-verfassungsfeinde (13.09.2017); *Pabel*, ZaÖRV 2003, 921 (933f.).

57 *Kloepfer*, Über erlaubte, unerwünschte und verbotene Parteien, NJW 2016, 3003 (3005).

58 *Ipsen*, RuP 2017, 3 (7).

59 *Pabel*, ZaÖRV 2003, 921 (930).

60 *Jürgensen*, Das Parteiverbot ist tot, es lebe der Entzug staatlicher Parteienfinanzierung?, VerfBlog, 30.05.2017, verfassungsblog.de/das-

als Schutz der Verfassungsordnung vor ihr drohenden Gefahren. Dies hat das Bundesverfassungsgericht als Ausdruck einer – im Gegensatz zu den früheren Verbotsverfahren – gestärkten Verfassungsordnung erkannt.⁶¹ Denn je stärker eine Demokratie ist, desto gelassener kann sie Kräften, die an ihren Grundfesten rütteln wollen, entgegentreten.⁶² Zugleich ist höchst zweifelhaft, ob ein solches Vorgehen statt verfassungsfeindliche Bestrebungen wirksam zu bekämpfen nicht eher in der Lage ist, den Eindruck zu erzeugen, es seien wirksame Maßnahmen getroffen worden, die stattdessen aber diese Strömungen nur aus der Öffentlichkeit,⁶³ aber weder aus den Parteien noch aus der Bevölkerung herauszulösen in der Lage sind⁶⁴ und sich ohnehin immer wieder in neue, breitenanschlussfähigere Gruppierungen verlagern⁶⁵ oder gar zu einer „Martyrrolle“ der betroffenen Partei beitragen.⁶⁶

V. Fazit

In der Gesamtschau ergibt sich ein schaler Beigeschmack: Der Verfassungsgeber verwendet Kraft und Regelungsarbeit für eine Grundgesetzänderung aus Anlass einer bedeutungslosen Splitterpartei und wählt dabei auch noch ein schwierig in das Gefüge der Parteiengleichheit einzufügendes Mittel. Das ist misslich, wäre doch angesichts steigender Zahlen von Straftaten mit rechtsextremem Hintergrund⁶⁷ ein wirklich wirksames Vorgehen von Zivilgesellschaft und Politik gegen demokratiebedrohende Tendenzen wünschenswert.⁶⁸ So bleibt nur eine vermutlich weitestgehend bedeutungs- (da die NPD selbst, auf die die Vorschrift gemünzt ist, nach der Bundestagswahl diesen Jahres keinen Anspruch auf Parteifinanzierung mehr hat) und wirkungslose, wenn auch rechtmäßige Regelung.

partieverbot-ist-tot-es-lebe-der-entzug-staatlicher-parteienfinanzierung (13.09.2017)

61 *Höhner/Jürgensen*, Europäisierung des Parteiverbots? – Das Merkmal der „Potentialität“ im Licht der Rechtsprechung des EGMR –, MiP 2017, 103 (111).

62 *Henkel/Lembcke*, Wie sinnvoll ist ein Verbot der NPD? Zum Zusammenhang von streitbarer Demokratie und politischer Kultur, KJ 2001, 14 (28); *Leggewie u. a.*, „Hohe Hürden“ sehen anders aus. Das abermalige Verbotverfahren gegen die NPD. Kritik des Urteils (Teil 4/Schluss), RuP 2017, 324 (348).

63 Denn extreme Parteien sind „früh anzeigende Sensoren populistischen Unmuts“: *Morlok*, ZRP 2017, 66 (69); Siehe auch *Petschke*, RuP 2009, 11 (16).

64 *Oswald*, Verbot trotz Bedeutungslosigkeit? Die NPD, ihre Strategie und die Erfolgssaussichten des neuen Verbotsantrags, ZParl 2014, 440 (460).

65 Siehe die schon beginnende Debatte über ein AfD-Verbot: *Lühmann*, Sollte die AfD verboten werden?, The European, 03.02.2016.

66 *Morlok*, ZRP 2017, 66 (68); *Von Münch*, in: *Leggewie/Meier* (Hg.), Verbot der NPD?, 2002, S. 51 (33).

67 *Bundesministerium des Innern*, Verfassungsschutzbericht 2016, S. 41.

68 Vgl. *Jürgensen/Ramson*, juwiss.de/9-2017 (13.09.2017).

Arne Nis Meyn/Hendrik Schwager*

Der Urlaubsanspruch: Arbeitsschutz zwischen deutschem Privatrecht und europäischem Sanktionsrecht

Eine dogmatische Einordnung

Die Verfasser stellen zunächst die Grundzüge der deutschen Urlaubsrechtsdogmatik und deren Entwicklung unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung zum Urlaubsrecht dar. Dieser wird eine Auslegung des unionsrechtlichen Urlaubsanspruchs aus Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) nach Wortlaut, Systematik und Telos gegenübergestellt, wobei insbesondere die EuGH-Entscheidungen Schultz-Hoff (C-350/06), KHS (C-214/10), Tirol (C-486/08), Brandes (C-415/12) und Bolacke (C-118/13) eingehend analysiert werden. Auf dieser Grundlage erfolgt eine dogmatische Einordnung des unionsrechtlichen Urlaubsanspruchs. Die Verfasser kommen zu dem Ergebnis, dass das unionsrechtliche Verständnis des Urlaubsanspruchs als Arbeitsschutzrecht wirksame Sanktionsnormen erfordere, die öffentlich-rechtlich als Bußgeld- oder Strafnormen, aber auch privatrechtlich ausgestaltet sein können. Die Darstellung schließt mit der Erkenntnis, der vom BAG eingeschlagene Weg einer richtlinienkonformen Auslegung der BUrlG-Vorschriften führe dazu, dass das aus deutscher Sicht ungewöhnliche Institut des sanktionierenden Privatrechts Einzug in das deutsche Urlaubsrecht erhalten habe.

I. Einleitung

Das Arbeitsrecht ist gemeinhin für seine vergleichsweise große Dynamik und Wandlungsfähigkeit bekannt bis berüchtigt – eine Entwicklung, die durch den stetig zunehmenden Einfluss des europäischen Rechts zusätzlich beflügelt wird. Unter der Prämisse, dass dieser Rechtsbereich für die meisten Bürger Europas von existentieller Bedeutung ist, darf eine Harmonisierung der einzelstaatlichen Regelungen zur EU-weiten Schaffung fairer Arbeitsbedingungen als hehres Ziel angesehen werden. Aus demselben Grund wiegt aber die Kehrseite der Entwicklung umso schwerer: (Bislang) unbeantwortete Fragen der Vereinbarkeit deutschen und europäischen Rechts führen zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Anschaulich wird das im Urlaubsrecht: Hier gab es in den letzten Jahren etliche überraschende Kehrtwenden. Mit jeder Entscheidung des EuGH über die Auslegung des für den Urlaub maßgeblichen Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeit-

gestaltung (AZRL) wird ein weiteres Puzzleteil des europäischen Urlaubsverständnisses aufgedeckt und die deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit abermals vor die Frage gestellt, inwiefern sie das Unionsrecht (noch) mit dem tradierten Verständnis urlaubsrechtlicher Ansprüche nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) in Einklang bringen kann. Die Ergebnisse erscheinen dogmatisch gewagt bis inkonsistent; insbesondere scheuen die Erfurter Bundesarbeitsrichter – wohl mit Blick auf etwaige überraschende Entscheidungen ihrer Luxemburger Kollegen am EuGH – vor einer grundlegenden dogmatischen Neueinordnung des deutschen Urlaubsverständnisses zurück. Eine solche würde die Rechtssicherheit erhöhen und ist schon wegen der zentralen Bedeutung des Urlaubsrechts für alle Arbeitsverhältnisse dringend geboten. Auch die Beantwortung der aktuellen urlaubsrechtlichen Streitfrage nach einer Initiativpflicht des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung hängt wesentlich an dieser dogmatischen Klassifizierung.

Nachfolgend soll in einem ersten Schritt die Entwicklung des rechtlichen Urlaubsverständnisses aufgezeigt und zusammengefasst werden (II), um auf dieser Grundlage die Dogmatik des Urlaubsanspruchs im unionsrechtlichen Kontext zu entwickeln (III).

II. Entwicklung der deutschen Urlaubsrechtsdogmatik

Zunächst soll die rechtliche Einordnung des Urlaubsanspruchs nach tradierter Auffassung (I) und deren Wandel unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 7 AZRL (2) dargestellt werden.

1. Tradiertes Urlaubsverständnis vor Inkrafttreten der AZRL

a) Inhalt des Urlaubsanspruchs

Das BUrlG regelt den gesetzlichen Mindestjahresurlaub, auf den jeder Arbeitnehmer (auch arbeitnehmerähnliche Personen, § 2 BUrlG) nach § 1 BUrlG Anspruch hat. Bis 1982 vertrat das BAG – dem RAG folgend – die Auffassung, der Urlaubsanspruch stelle einen einheitlichen Anspruch auf bezahlte Freizeitgewährung dar.¹ Seit Aufga-

* Die Autoren studieren an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im arbeitsrechtlichen Schwerpunkt.

¹ Z. B. BAG vom 22.06.1956 – 1 AZR 296/54; Linck, in: Schaub (Begr.), ArbR-Hdb, 16. Aufl. 2015, § 104 Rn. 2.

be dieser Rechtsprechung gilt der Urlaubsanspruch indes als Freistellungsanspruch, der den Arbeitgeber verpflichtet, die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers – die Arbeitspflicht – für einen bestimmten Zeitraum zu beiseitigen, während dem Arbeitnehmer weiterhin ein Anspruch auf Arbeitsentgelt aus § 611 I BGB bzw. nunmehr § 611a II BGB i. V. m. dem Arbeitsvertrag zusteht.²

Der Urlaubsanspruch ist gem. § 7 III 1 BUrlG so geltend zu machen, dass der Urlaub innerhalb des Entstehungsjahres genommen wird (Bezugszeitraum) bzw., wenn er nach Maßgabe des § 7 III 2 BUrlG übertragen wurde, bis zum 31. März des Folgejahres (§ 7 III 3 BUrlG, Übertragungszeitraum). Wird der Urlaub nicht rechtzeitig genommen, erlischt der Anspruch; dies gilt nach tradierter Auffassung auch bei unberechtigter Verweigerung des rechtzeitig beantragten Urlaubs durch den Arbeitgeber.³ Der Arbeitnehmer kann dann aber Schadensersatz in Form eines Ersatzurlaubsanspruchs als Naturalrestitution gem. § 249 I BGB verlangen (Anspruchsgrundlage nach BAG: §§ 275 I, 280 I, 283, 286, 287 S. 2 BGB).⁴

b) Erholungszweck

Der Erholungszweck des Urlaubs ist Dreh- und Angelpunkt des gesamten BUrlG: Einerseits verleiht er dem Urlaubsanspruch einen höchstpersönlichen Charakter, er ist daher nach tradierter Auffassung weder vererblich noch in dem Sinne auf Dritte übertragbar, dass diese den Anspruch für eigene Freistellung geltend machen könnten.⁵ Dies ist konsequent vor dem Telos der Zweckgebundenheit des Anspruchs: Das Gesetz geht von der Erholungsbedürftigkeit des Arbeitnehmers aus und spricht ihm allein deshalb einen Urlaubsanspruch zu. Diese Wertung würde unterlaufen, wenn der Arbeitnehmer seinen Anspruch etwa zulasten seiner eigenen Freistellung abtreten könnte. Dogmatisch wird diese teleologische Überlegung durch die Konstruktion als Anspruch auf Freistellung von der Arbeitspflicht umgesetzt: Diese Pflicht ist gem. § 613 BGB höchstpersönlich, deshalb ist der Anspruch auf Freistellung untrennbar auf die konkrete Arbeitspflicht desjenigen Arbeitnehmers bezogen, dem der Urlaubsanspruch entstanden ist.⁶ Andererseits ist ein tatsächliches Erholungsbedürfnis nicht erforderlich, ein solches wird vielmehr vom Gesetz unwiderleglich vermutet.⁷ Der Urlaubsanspruch nach § 1 BUrlG steht und fällt damit allein mit der theoretischen Erholungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer.

c) Verhältnis von primärem Urlaubsanspruch und Abgeltungsanspruch

Damit dieser zentrale Normzweck nicht umgangen wird, ist die Abgeltung des Urlaubsanspruchs – also eine Auszahlung in Geld anstelle der Freistellung – im laufenden Arbeitsverhältnis (sog. „Abkaufen“ des Urlaubs) ausgeschlossen. Nur im Falle eines beendeten Arbeitsverhältnisses sieht § 7 IV BUrlG einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Abgeltung des bereits entstandenen Urlaubsanspruchs vor. Diese scheinbare Ausnahme vom Dogma des Erholungszwecks stellt sich bei genauerer Betrachtung als systemkonform dar: Der Abgeltungsanspruch soll es dem Arbeitnehmer finanziell ermöglichen, zur Erholung trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses Freizeit zu nehmen.⁸ Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Arbeitnehmer nach Beendigung direkt eine neue Arbeitsstelle antritt und deshalb die vom Gesetz vorgesehene Mindesterholungszeit nicht wahrnimmt. Die Option jedoch, den rechtlich unmöglich gewordenen⁹, faktisch aber noch ausstehenden Urlaub im Anschluss an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu nehmen und erst im Anschluss eine neue Beschäftigung zu beginnen, wird dem Arbeitnehmer durch § 7 IV BUrlG zumindest so nah wie möglich gebracht.¹⁰

Betreffend die Dogmatik des Abgeltungsanspruchs vertrat das BAG bis zuletzt die sog. Surrogatstheorie: Danach entsteht der Abgeltungsanspruch als Surrogat – also ersatzweise – für den Anspruch auf Freistellung von der Arbeitspflicht, deren Erfüllung durch den Arbeitgeber wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses unmöglich geworden ist, und ist deshalb davon abhängig, ob der Urlaubsanspruch bei fingiertem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses erfüllbar gewesen wäre.¹¹ Dementsprechend ist eine Abgeltung ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer etwa vom Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende des (unterstellten) Bezugs- bzw. Übertragungszeitraums (Jahresende bzw. 31.3. des Folgejahres) arbeitsunfähig ist.¹² Auch kann nach tradierter Auffassung den Erben eines verstorbenen Arbeitnehmers, dem ein Urlaubsanspruch zustand, kein Abgeltungsanspruch zufallen: Da die höchstpersönliche Arbeitspflicht des Arbeitnehmers mit dem Tod erlösche, gehe zeitgleich auch der auf Freistellung von dieser Pflicht gerichtete Urlaubsanspruch unter – folglich entsteht kein Abgeltungsanspruch, weil kein Urlaubsanspruch mehr existiert, der surrogiert werden könnte.¹³ Vor dem Telos des Erholungszwecks ist dieses Ergebnis nur einleuchtend, denn ein toter Arbeitnehmer

² St. Rspr. seit BAG vom 13.05.1982 – 6 AZR 360/80.

³ Dörner, in: ErfK, 8. Aufl. 2008 (sic!), § 7 BUrlG Rn. 38.

⁴ Vgl. BAG NZA 2015, 123 (123).

⁵ Zur Abtretbarkeit des Urlaubsanspruchs siehe Gallner, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 1 BUrlG Rn. 24.

⁶ Vgl. Linck, in: Schaub (Begr.), ArbR-Hdb., 16. Aufl. 2015, § 104 Rn. 3.

⁷ BAG vom 20.05.2008 – 9 AZR 219/07; Gallner, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 1 BUrlG Rn. 5.

⁸ Vgl. BAG vom 23.06.1983 – 6 AZR 180/80, zu 3. der Gründe.

⁹ Gallner, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 7 BUrlG Rn. 71.

¹⁰ Vgl. in diesem Sinne Kamanabrou, Urlaubsabgeltung bei Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis, RdA 2017, 163ff.

¹¹ Etwa BAG vom 19.08.2003 – 9 AZR 619/02.

¹² BAG vom 05.12.1995 – 9 AZR 871/94; Gallner, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 7 BUrlG Rn. 77.

¹³ BAG vom 20.09.2011 – 9 AZR 416/10.

kann sich nicht mehr erholen und bedarf aus diesem Grund weder eines Urlaubsanspruchs noch eines diesen ersetzenden Abgeltungsanspruchs.

d) Rechtsnatur – Privatrecht oder Arbeitsschutzrecht?

Da das Individualarbeitsrecht die privatrechtlichen Regelungen des Arbeitsvertragsrechts mit solchen des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes vereint¹⁴, ist auch zu fragen, in welcher Kategorie der Anspruch auf Erholungsurlaub nach dem BUrlG zu verorten ist. Vor Inkrafttreten der AZRL bestand weitgehend Einigkeit über die privatrechtliche Natur des Urlaubsanspruchs.¹⁵ Begründet wurde dies in erster Linie damit, dass die Gewährung des gesetzlichen Mindesturlaubs – im Gegensatz etwa zur Einhaltung des ArbZG – nicht durch öffentlich-rechtliche Maßnahmen erzwungen werden kann; vielmehr müsse der Arbeitnehmer selbst die Urlaubsgewährung durch Stellen eines Urlaubsantrags einfordern bzw. notfalls vor den Arbeitsgerichten einklagen.¹⁶ Zur Einordnung des Urlaubsanspruchs als öffentlich-rechtliches Arbeitsschutzrecht fehlten demnach etwa Straf- oder Bußgeldvorschriften zur Bewehrung des Anspruchs.¹⁷

2. Änderungen unter dem Einfluss des Art. 7 AZRL

Das vergleichsweise gefestigte und dogmatisch konsistente Verständnis des Urlaubsrechts wurde mit Inkrafttreten der AZRL 2003 mit ihrem den Urlaub regelnden Art. 7 insofern infrage gestellt, als nun zu klären war, ob das BUrlG den Richtlinienvorgaben genügt. Dies gestaltete – und gestaltet – sich nicht unproblematisch: Der erste Absatz des Art. 7 AZRL erlaubt zwar eine Urlaubsgewährung „nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung [...]“, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind“, wonach die im (übrigen) BUrlG geregelten Modalitäten der Urlaubsgewährung etwa hinsichtlich Wartezeit, Übertragung oder Verfall grundsätzlich – als Durchführungs- und Anwendungsbestimmungen¹⁸ – zulässig sind. Dies gilt jedoch nur, soweit diese Bestimmungen den unionsrechtlichen Urlaubsanspruch aus Art 7 AZRL selbst unangetastet lassen, denn ansonsten wären sie wegen Kollision mit Unionsrecht unanwendbar, wenn keine unionsrechtskonforme Auslegung (mehr) möglich ist.¹⁹

Wann allerdings eine solche Kollision mit Art. 7 AZRL vorliegt und welche Regelungen demgegenüber noch zulässige Durchführungs- und Anwendungsbestimmungen sind, lässt sich allein anhand des äußerst knappen Richtlinienwortlauts schwer bestimmen. Um in Detailfragen Klarheit zu erhalten, war und ist die deutsche Jurisprudenz deshalb auf die Auslegung des Art. 7 AZRL durch den EuGH im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV angewiesen. Faktisch bedeutet das: Die in sich schlüssige Dogmatik des BUrlG war nun dem Einfluss des europäischen Case Law ausgesetzt und muss sich dessen Wertungen anpassen. Es liegt auf der Hand, dass dies nicht immer reibungslos möglich ist. Insbesondere die nachfolgend in ihren Kernaussagen dargestellten EuGH-Entscheidungen sorgten für wesentliche Umbrüche im deutschen Urlaubsrecht.

a) Schultz-Hoff-Entscheidung

In der Entscheidung in Sachen Schultz-Hoff stellte der Gerichtshof zunächst fest, dass der Urlaubsanspruch zum Ende eines Bezugs- bzw. Übertragungszeitraums grundsätzlich erlöschen darf (vgl. § 7 III BUrlG).²⁰ Dies gelte aber nur, soweit es dem Arbeitnehmer in diesem Zeitraum möglich war, den Urlaub auch tatsächlich zu nehmen; ist dies etwa wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit infolge Langzeiterkrankung nicht der Fall, so dürfe der Urlaubsanspruch nicht verfallen.²¹ Gleiches sei anzunehmen, wenn es dem Arbeitnehmer zunächst möglich war, den Urlaub zu nehmen, er dann aber durch unvorhersehbare Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Bezugs- bzw. Übertragungszeitraums daran gehindert wurde.²² Der Urlaubsanspruch sei demnach nicht davon abhängig, ob der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum tatsächlich gearbeitet hat.²³ Dies wurde damit begründet, dass Erwägungsgrund 6 der AZRL auf Art. 5 IV des ILO-Übereinkommens verweise, wonach Arbeitsversäumnisse, die unabhängig vom Willen des Arbeitnehmers eintreten, als Dienstzeiten anzusehen seien. Außerdem differenziere die AZRL nicht zwischen Arbeitnehmern, die gearbeitet haben und solchen, die nicht gearbeitet haben.²⁴

Zur Umsetzung dieser Wertungen entschied sich das BAG für eine „unionsrechtskonforme Fortbildung“ des § 7 III BUrlG mittels teleologischer Reduktion in Fällen dauerhafter Arbeitsunfähigkeit; im Übrigen blieb es also beim Verfall des Urlaubsanspruchs nach zwölf bzw. fünfzehn Monaten.²⁵ Diese nicht unumstrittene dogmatische Konstruktion entspricht im Ergebnis der Rechtslage zu Zeiten des Einheitsanspruchs (also vor 1982), als dasselbe Ergebnis einfacher hergeleitet wurde.²⁶ Konse-

14 Vgl. *Richardi* in: MüArbR Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 4 Rn. 16.

15 *Gallner*, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 1 BUrlG Rn. 12.

16 *Schlottfeld*, Europarechtliche „Baustellen“ des deutschen Urlaubsrechts, ZESAR 2013, 222ff.; ebenso *Gallner*, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 1 BUrlG Rn. 12.

17 Vgl. *Hackmann*, Kein Ende der Bewegung im Urlaubsrecht, in: Faber u. a. (Hrsg.), Gesellschaftliche Bewegungen – Recht unter Beobachtung und in Aktion. FS Kothe, 2016, 293 (307).

18 Vgl. *Schneider*, Anm. zu EuGH v. 20.07.2016, EuZA 2017, 62.

19 Zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts: BVerfGE 123, 267.

20 EuGH vom 20.01.2009 – C-350/06 – *Schultz-Hoff*, Rn. 43.

21 Ebd., Rn. 49.

22 Ebd., Rn. 52.

23 Ebd., Rn. 40.

24 Ebd.

25 *Gallner*, in: ErfK, 17. Auflage 2017, § 7 BUrlG Rn. 50.

26 *Kamanabrou*, SAE 2009, 236.

quenterweise sah sich das BAG gezwungen, seine Surrogatstheorie aufzugeben und betrachtete den Abgeltungsanspruch fortan als reinen Geldanspruch, der nicht mehr dem Fristenregime des § 7 III BUrlG unterfällt.²⁷

b) KHS-Entscheidung

Die Unverfallbarkeit der Urlaubsansprüche führte insbesondere beim Ausscheiden langfristig arbeitsunfähiger Arbeitnehmer zu kaum mehr mit dem Erholungszweck des Urlaubsanspruchs vereinbaren Ergebnissen. So wurde ein Arbeitgeber vor dem LAG Hessen zur Abgeltung von Urlaubsansprüchen verurteilt, die sich über dreizehn Jahre auf 29.183,23 € summiert hatten.²⁸ In der Rechtssache KHS befand auch der EuGH, dass ein unbegrenztes Ansammeln von Urlaubsansprüchen nicht dem Zweck des Urlaubsanspruchs entspreche.²⁹ Er „nuancierte“ daher die Wertung der Schultz-Hoff-Entscheidung insofern, als er den Verfall von Urlaubsansprüchen generell – also auch solcher, die vom Arbeitnehmer weder im Bezugs- noch im Übertragungszeitraum ausgeübt werden konnten – für mit Art. 7 I AZRL vereinbar erklärte, soweit der Übertragungszeitraum den Bezugszeitraum deutlich überschreitet.³⁰ Einen Übertragungszeitraum von fünfzehn Monaten für den Jahresurlaubsanspruch befand der Gerichtshof für zweckmäßig und daher zulässig.³¹ Dabei stützte er sich erstmals auch konkret auf die Erwägung, der Arbeitgeber müsse vor den Gefahren der Urlaubsansammlung geschützt werden.³²

Das BAG setzte die KHS-Entscheidung um, indem es bei dauerhafter Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers die in § 7 III 3 BUrlG normierten drei Monate Übertragungszeitraum in unionsrechtskonformer Auslegung als fünfzehn Monate liest.³³

c) Bollacke-Entscheidung

Einen weiteren Schlag versetzte der EuGH der deutschen Urlaubsrechtsdogmatik mit seiner Entscheidung in Sachen Bollacke. Im Urteil stellte der Gerichtshof klar, dass es für eine Urlaubsabgeltung nach Art. 7 II AZRL ausschließlich darauf ankommt, dass das Arbeitsverhältnis beendet und der zustehende Urlaub noch nicht vollständig genommen wurde.³⁴ Der Abgeltungsanspruch darf also nicht von einem vorherigen Urlaubsantrag des Arbeitnehmers abhängen.³⁵ Auch den Tod des Arbeitnehmers sieht der EuGH – entgegen der deutschen

Abgeltungsdogmatik – als eine den Abgeltungsanspruch auslösende Beendigung an.³⁶

Erstaunlicherweise bezieht der EuGH keinerlei Erwägungen des Arbeiterschutzes ein. Hätte man indes in konsequenter Fortschreibung der KHS-Rechtsprechung auch hier das Arbeitgeberinteresse in Verhältnis zum – mit dem Tod freilich entfallenen – Erholungsinteresse des Arbeitnehmers gesetzt, spräche dies eher gegen die Entstehung eines Abgeltungsanspruches mit dem Todesfall.

d) Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs

Während der Urlaubsanspruch nach tradierter deutscher Auffassung als privatrechtlich eingeordnet wurde, ist dies infolge der EuGH-Rechtsprechung zusehends in Zweifel gezogen worden. Eine im Vordringen befindliche Ansicht insbesondere in der Rechtsprechung beruft sich vorrangig auf Art. 1 Abs. 1 AZRL, wonach die gesamte Arbeitszeitrichtlinie – und damit auch der den Urlaub regelnde Art. 7 – „Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung“ setzt; diese Ansicht sieht daher auch das Urlaubsrecht als Teil des Arbeitsschutzrechts an.³⁷

Die Relevanz dieses Streits zeigt sich besonders in der aktuellen Diskussion um die Frage, ob den Arbeitgeber eine Initiativpflicht zur Gewährung des Jahresurlaubs trifft. Die vorgenannte Ansicht in der Rechtsprechung bejaht eine solche mit Verweis auf den arbeitsschutzrechtlichen Charakter des Urlaubsanspruchs.³⁸ Der EuGH, der in der Bollacke-Entscheidung bereits klar gestellt hatte, dass zumindest der Abgeltungsanspruch nach Art. 7 II AZRL nicht von einem vorherigen Urlaubsantrag des Arbeitnehmers abhängen darf, wird diese Frage auch in Bezug auf den primären Urlaubsanspruch aus Art. 7 I AZRL beantworten.³⁹

So wird auch in der deutschen Dogmatik ein Wertungswiderspruch erkannt zwischen der öffentlich-rechtlich erzwingbaren und mit Straf- und Bußgeldvorschriften belegten Nichtgewährung von Ruhepausen einerseits und der öffentlich-rechtlich sanktionslosen Nichtgewährung von Urlaub andererseits.⁴⁰

3. Zwischenergebnis

Die Dogmen des deutschen Urlaubsrechts wurden durch die Entscheidungen des EuGH an vielen Punkten aufgebrochen und die deutsche Rechtsprechung versucht, die hergebrachte Dogmatik notdürftig auszubessern. Dies

27 BAG vom 19.06.2012 – 9 AZR 625/10.

28 LAG Hessen vom 07.12.2010 – 19 Sa 939/10.

29 EuGH vom 22.11.2011 – C-214/10 – KHS, Rn. 30.

30 Ebd., Rn. 38.

31 Ebd., Rn. 43.

32 Ebd., Rn. 39.

33 Vgl. BAG NZA 2012, 1216 (1222).

34 EuGH vom 12.06.2014 – C-118/13 – Bollacke, Rn. 23.

35 Ebd., Rn. 28.

36 Ebd., Rn. 29.

37 LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2014, 631 (633).

38 LAG München vom 06.05.2015 – 8 Sa 982/14, Rn. 61.

39 EuGH, Az. C-684/16 – bei Redaktionsschluss noch anhängig.

40 Schlottfeldt, ZESAR 2013, 222 (223).

geschieht im Wege richtlinienkonformer Auslegung durch die Arbeitsgerichte, um eine direkte Anwendung der Richtlinie zu verhindern. Es ist indes nur eine Frage der Zeit, bis diese Dogmatik den vom EuGH veranlassenen Anpassungen nicht mehr standhalten kann. Deshalb spricht einiges dafür, dass die Diskrepanz zwischen europäischem Recht und deutschem Recht der eigentliche Grund dafür ist, dass die Auslegung der deutschen urlaubsrechtlichen Vorschriften durch das BAG regelmäßig vom EuGH verworfen wird.⁴¹

III. Der Urlaubsanspruch nach europäischem Verständnis

Was ist also die „wahre“ Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs aus Art. 7 AZRL? Zunächst ist festzuhalten, dass europäisches Recht nicht eins zu eins in deutsches Recht übertragbar ist – dass die AZRL unter Arbeitsschutzrecht dasselbe versteht wie die deutsche Dogmatik ist keineswegs zwingend. Zur Versöhnung der deutschen Rechtsordnung mit dem Europarecht sind beide unterschiedlich gewachsenen Rechtsbegriffe deshalb auszulegen und voneinander abzugrenzen. Um also herauszufinden, ob der Urlaubsanspruch nach dem Unionsrecht arbeitsschutzrechtlich ist, muss die Richtlinie und insbesondere ihr Art. 7 nach Wortlaut, Systematik und besonders nach dem Telos ausgelegt werden.

1. Anspruch auf Erholungsurlaub gem. Art. 7 Abs. 1 AZRL

Zunächst soll der primäre Anspruch auf Urlaub aus Art. 7 I AZRL ausgelegt werden.

a) Wortlaut und Systematik der Richtlinie

Der Anspruch auf Mindesturlaub ist in der Arbeitszeitrichtlinie geregelt. Diese soll Mindeststandards i.S.e. „Sicherheitsnetzes“ für die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer setzen.⁴² Dies ist eindeutig eine arbeitsschutzrechtliche Erwägung.

Grundlage des Urlaubsrechts im Unionsrecht ist im Primärrecht Art. 31 II ChGR, dieses Recht ist im Sekundärrecht durch Art. 7 AZRL näher ausgestaltet.⁴³ Art. 31 II ChGR setzt tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie einen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub fest. Insofern nennt Erwägungsrund 5 der AZRL Mindestruhezeiten pro Tag und Woche, aber auch pro Jahr, namentlich den Jahresurlaub. Ebenso nennt Art. 1 II lit. a) AZRL, der den Gegenstand der Richtlinie definiert, tägliche und wöchentliche Mindestruhezeiten, wöchentliche Höchstarbeitszeit, Ruhepausen und den Mindestjahresurlaub gemeinsam. Der Umstand, dass all diese unstreit-

tig arbeitsschutzrechtlichen Institute immer unmittelbar zusammen mit dem Mindestjahresurlaub geregelt sind, spricht ebenfalls für einen arbeitsschutzrechtlichen Charakter des Anspruchs auf Jahresurlaub.

Der EuGH selbst bezeichnet den Urlaub in steter Regelmäßigkeit als „besonders bedeutsamen Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft und der europäischen Union“.⁴⁴ Die Richtlinie lasse keine (nachteilige) Abweichung von Art. 7 I zu.⁴⁵ Der Anspruch auf Jahresurlaub dürfe nicht restriktiv ausgelegt werden.⁴⁶ Wenngleich der europäische Begriff des Sozialrechts an sich weiter gefasst ist und auch das Arbeitsrecht umfasst, tritt durch die Betonung der Indisponibilität und des Erfordernisses einer restriktiven Auslegung der besondere schutzrechtliche Charakter zutage, der nach Auffassung des EuGH auch dadurch deutlich wird, dass sich die AZRL nicht mit Fragen der Vergütung beschäftigt.⁴⁷ Einzige „Ausnahme“ sei insoweit die Gewährleistung der Vergütung während des Urlaubs.⁴⁸ Tatsächlich ist dies bei binnensystematischer Betrachtung jedoch nicht einmal eine Ausnahme: Nach Auffassung des EuGH dient die Vergütung während des Urlaubs auch der Erholung und Gesundheit, als sie nämlich verhindern soll, dass aus finanzieller Erwägung der Urlaub nicht genommen wird – der EuGH nennt dies „zwei Aspekte eines einzigen Anspruchs“.⁴⁹

Auch die Gewährleistung ausschließlich eines Mindestanspruchs durch Art. 7 I AZRL spricht dafür, dass es sich um Arbeitsschutzrecht handelt. Dies entspricht ganz dem bereits erwähnten Charakter der in den AZRL ausgestalteten Regelungen als „Sicherheitsnetz“ für die Arbeitnehmer.

Nach dem Wortlaut und der Binnensystematik spricht alles dafür, dass es sich auch beim Mindestjahresurlaub um Arbeitsschutzrecht handelt. Freilich darf dieses eindeutige Ergebnis nicht im Widerspruch zum Telos stehen.

b) Telos

Zunächst stellt sich hierbei die Frage, aus welchem Grund der Urlaubsanspruch entsteht: Die Entstehung beruht entweder auf arbeitsschutz- oder auf privatrechtlichen Erwägungen; der Anspruch wächst dem Arbeitnehmer also entweder zu, weil seine Gesundheit unabdingbar geschützt werden soll, oder weil die Urlaubsgewährung –

⁴⁴ Jüngst etwa EuGH vom 20.07.2016 – C-341/15 – *Maschek*, Rn. 25.

⁴⁵ EuGH vom 20.01.2009 – C-350/06 – *Schultz-Hoff*, Rn. 24.

⁴⁶ EuGH vom 13.06.2013 – C-415/12 – *Brandes*, Rn. 29.

⁴⁷ Mitteilung zu Auslegungsfragen des europäischen Parlaments und des Rats ABI C-165 vom 24.05.2017, S. 16, mit Verweis auf Rs. *Vorel* (C-437/05) und Rs. *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras* (C-266/14).

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ EuGH vom 20.01.2009 – C-350/06 – *Schultz-Hoff*, Rn. 60.

⁴¹ In diese Richtung auch *Schlottfeldt*, ZESAR 2013, 222 (223).

⁴² Mitteilung zu Auslegungsfragen des europäischen Parlaments und des Rats, ABI C-165 vom 24.05.2017, S. 16.

⁴³ *Linck*, in: *Schaub* (Begr.), *ArbR-Hdb*, 16. Auflage 2015, § 104 Rn. 5.

wie von der tradierten deutschen Auffassung angenommen – ausschließlich privatrechtliche Nebenpflicht des Arbeitsverhältnisses sein soll.

Es stellt sich deshalb die Frage, was allgemein unter Arbeitsschutz zu verstehen ist. Arbeitsschutzrecht kann entweder eine konkrete Gefahr für die Gesundheit verhüten – etwa eine Helmpflicht – oder aber präventiv die Verhütung abstrakter Gefahren durch Ruhepausen und Rehabilitation bezwecken – etwa Ruhepausen, wöchentliche Höchstarbeitszeit etc.⁵⁰ Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob psychische oder physische Gefahren drohen.⁵¹

Allen diesen möglichen Gegenständen des Arbeitsschutzrechts gemein ist das Erfordernis eines unmittelbaren Bezugs zur Arbeitstätigkeit. Eine arbeitsschutzrechtliche Helmpflicht bezweckt den Schutz vor Herabfallendem bei der Arbeit; ein arbeitsschutzrechtliches Verbot, mehr als eine bestimmte Zahl Stunden pro Tag zu arbeiten, bezweckt den Schutz vor abstrakten Gesundheitsgefahren, die durch Überarbeitung drohen; Ruhepausen sollen die abstrakte und konkrete Gefahr überanstrengungsbedingter Fehler verhüten, die sich gesundheitsschädigend auswirken können. Arbeitszeitrecht, wie es durch die AZRL mit dem Ziel Gesundheitsschutz und Sicherheit geregelt ist, hat in arbeitsschutzrechtlicher Hinsicht seinen Schwerpunkt klar in der Prävention abstrakter Gefahren.

Der Mindestjahresurlaub im Unionsrecht bezweckt ausweislich des EuGH, dem Arbeitnehmer Möglichkeit zur Erholung und Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu bieten.⁵² Dieses Freizeitelement soll nach europäischem Verständnis nicht bloßer Nebeneffekt sein, beide Aspekte sollen vielmehr gleichbedeutend nebeneinander stehen.⁵³

c) Rechtsprechung des EuGH

Im Lichte dieser Feststellungen gilt es nun, die Aussagen des EuGH in Hinblick auf den Telos des Art. 7 AZRL zu bewerten.

aa) Entscheidungen Schultz-Hoff und KHS

Die Schultz-Hoff-Entscheidung schien zunächst eine endlose Ansammlung von Urlaubsansprüchen zu ermöglichen (s. o.). Das Urteil wurde so aufgefasst, dass hier der Erholungszweck offenkundig zurücktrat, weil durch diese Anhäufung der zeitliche Bezug des Urlaubs zum Bezugszeitraum vollkommen verloren ging zu-

gunsten eines rein geldwerten Freizeitanspruchs.⁵⁴ Der EuGH weist zur Begründung darauf hin, dass die Bedeutung des Urlaubsanspruchs nicht davon abhängt, ob dieser im Bezugszeitraum genommen wird.⁵⁵

Der reine Freizeitanspruch vermag jedoch eine gesundheitsschützende Wirkung nicht mehr zu entfalten, weil er gerade nicht mehr mit dem von der AZRL intendierten jährlichen Erholungsbedarf im Sinne eines „Sicherheitsnetzes“ korrespondiert. Neben der zeitlichen Entkopplung spricht vor allem die legislative Wertung des Art. 7 AZRL gegen die Annahme eines Arbeitsschutzzweckes. Art. 7 I fordert selbst nur vier Wochen Urlaub pro Jahr. Diese vier Wochen reichen also nach der legislativen Wertung aus, um den Erholungszweck und damit die Sicherheit und den Gesundheitsschutz i. S. d. Art. 1 I AZRL zu gewährleisten. Mehr Urlaubszeit pro Jahr ist demnach aus Erwägungen des Gesundheitsschutzes offensichtlich nicht geboten. Dieser Befund wird noch unterstützt durch den zur Begründung herangezogenen Art. 5 IV des ILO-Übereinkommens Nr. 132, der bei Arbeitsunfähigkeit eine Dienstzeit fingiert. Eine fingierte Dienstzeit kann aber nach dem oben Gesagten nicht Bezugspunkt von Arbeitsschutzrecht sein, denn es fehlt der unmittelbare Bezug zur Arbeitstätigkeit.

An diesem Grundsatz vermag auch die Deckelung des Ansammelns von Urlaubsansprüchen durch die KHS-Entscheidung nichts zu ändern, wonach ein Recht auf ein unbegrenztes Ansammeln von Urlaubsansprüchen nicht mehr dem Zweck des Anspruchs entspreche.⁵⁶

Zwar ist es richtig, dass durch die engere zeitliche Bindung an das Bezugsjahr der Erholungszweck verglichen mit der unbegrenzten Schultz-Hoff-Konstellation wieder mehr in den Vordergrund rückt.⁵⁷ Dennoch ist jeder Tag Urlaub mehr pro Jahr zwar nice to have, aber eben nicht relevant für die Verwirklichung des konkreten arbeitsschutzrechtlichen Ziels „Sicherheit und Gesundheitsschutz“ gem. Art. 1 I AZRL.

Die Entscheidungen Schultz-Hoff und KHS sind demnach Ausdruck bloßer Wertung des EuGH: Der Arbeitnehmer soll seinen Anspruch auf Urlaub durch eine Arbeitsunfähigkeit nicht verlieren. Mit Arbeitsschutz hat dies indes nach dem eben Gesagten nichts zu tun. Es handelt sich vielmehr um eine bloße Regelung zur Verteilung des Risikos einer Arbeitsunfähigkeit, wie im deutschen Recht etwa § 9 BUrlG, der eine Erkrankung im Urlaub regelt. Der Arbeitgeber soll das Risiko für eine ganzjährige Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers für fünfzehn Monate tragen. Der Arbeitnehmer erhält inso-

⁵⁰ Schubert, Der Erholungsurlaub zwischen Arbeitsschutz und Entgelt, NZA 2013, 1105 (1108).

⁵¹ Vgl. § 4 Nr. 1 ArbSchG.

⁵² St. Rspr, jüngst etwa EuGH vom 20.07.2016 – C-341/15 – Maschek, Rn. 34.

⁵³ So Höpfner, Das deutsche Urlaubsrecht in Europa – Zwischen Vollharmonisierung und Koexistenz – Teil 2, RdA 2013, 65 (67).

⁵⁴ Höpfner, RdA 2013, 65 (67).

⁵⁵ EuGH vom 20.01.2009 – C-350/06 – Schultz-Hoff, Rn. 30.

⁵⁶ EuGH vom 22.11.2011 – C-214/10 – KHS, Rn. 30.

⁵⁷ Höpfner, RdA 2013, 65 (67).

fern einen ausschließlich geldwerten Vorteil in Form bezahlter Freistellung.

bb) Entscheidungen Tirol und Brandes

In der Folge von Schultz-Hoff entschied der EuGH in der Rechtssache Tirol, dass § 4 Nr. 2 Anhang Teilzeitrichtlinie (Richtlinie 97/81/EG) einer Reduzierung von noch nicht gewährtem Erholungsurlaub aus dem Vorjahr entgegensteht, wenn der Arbeitnehmer im laufenden Kalenderjahr von einer Vollzeit- in eine Teilzeitbeschäftigung wechselt.⁵⁸ Begründet wurde dies wiederum damit, dass der Urlaub seine positive Wirkung auch zu einem späteren Zeitpunkt entfaltet.⁵⁹ Eine auf denselben Erwägungen beruhende Entscheidung mit konkretem Bezug zu deutschem Recht erging drei Jahre später in der Rechtssache Brandes.⁶⁰

Auch hier findet wieder eine Erwägung statt, die mit Arbeitsschutzrecht nicht zu begründen ist. Weder besteht ein Anspruch des Teilzeitarbeitnehmers im Vergleich zum Vollzeitarbeitnehmer auf dieselbe vergütete Erholungszeit noch auf dieselbe vergütete Zeit an präventivem Gesundheitsschutz. Von einer arbeitsschutzrechtlichen Perspektive aus ergäbe sich eine Reduzierung des konkreten Erholungsbedürfnisses proportional zur Reduzierung der Arbeitszeit.⁶¹ Tatsächlich aber stellt der EuGH zentral darauf ab, dass der Anspruch schon entstanden war.⁶² Auch hier wird also über die nebulöse Formulierung, dass die positive Wirkung auch verspätet erhalten bleibe⁶³, aus rein wertender Überlegung der Anspruch erhalten, anstatt ihn einer stringenten arbeitsschutzrechtlichen Betrachtung zu unterziehen nach Maßgabe der Frage: Wie viel Jahresurlaub erfordert der konkrete Gesundheitsschutz?

cc) Zwischenergebnis

Zwar ist der Anspruch auf Jahresurlaub nach Wortlaut und Systematik klar arbeitsschutzrechtlich. Auch der Telos Gesundheitsschutz und Sicherheit der AZRL sowie der immer wieder vom EuGH sinngemäß angeführte Erwägungsgrund der Ermöglichung von Erholung und Zeit für Entspannung sind nominell klar dem Arbeitsschutzrecht zuzuordnen. Jedoch stellte der EuGH in den genannten Fällen immer wieder Erwägungen an, die unter vermeintlicher Aufrechterhaltung des arbeitsschutzrechtlichen Telos den Weg ebneten für die Erlangung ausschließlich geldwerter Freizeitansprüche, die mit den rein arbeitsschutzrechtlichen Zielsetzungen nicht vereinbar sind.

2. Abgeltungsanspruch gem. Art. 7 II AZRL

Der Abgeltungsanspruch ist ein eigenständiges Institut, das die Durchsetzung des Urlaubsanspruchs aus Art. 7 I AZRL unterstützt. Er bezweckt wie § 7 IV BUrLG, dass der Arbeitnehmer zumindest finanziell in die Lage versetzt wird, seinen Jahresurlaub zu nehmen, obwohl der primäre Urlaubsanspruch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlischt.⁶⁴ Gleichzeitig ist der Abgeltungsanspruch auch auf Fälle der Beendigung beschränkt. Ihm wohnt somit ein Abgeltungsverbot während des Arbeitsverhältnisses inne, was schon die Formulierung des Art. 7 II AZRL nahelegt, aus der sich der Abgeltungsanspruch eher im Umkehrschluss ergibt.

Voraussetzung für den Anspruch auf Abgeltung ist nur die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der Umstand, dass der Jahresurlaub zumindest teilweise noch nicht genommen wurde.⁶⁵ Insbesondere spielt es hier keine Rolle, ob ein Antrag gestellt wurde.⁶⁶ Eine Abgeltung im laufenden Arbeitsverhältnis ist nie möglich, sonst würde ein Anreiz geschaffen, den Erholungsurlaub nicht zu nehmen und sich so der tatsächlichen Ruhezeit inkl. Schutz von Gesundheit und Sicherheit zu begeben.⁶⁷ Keine Rolle spielt der Beendigungsgrund.⁶⁸

Das Abgeltungsverbot unterstützt die Durchsetzung des Anspruchs auf Erholungsurlaub – ebenso wie die Vergütungsgrundsätze im Sinne des einheitlichen Anspruchs –, indem es verhindert, dass der Urlaub während des Arbeitsverhältnisses abgegolten statt tatsächlich genommen wird. Dieses Abgeltungsverbot ist also ein Institut des Arbeitsschutzes.

Dieses Bild des Abgeltungsanspruchs als arbeitsschutzrechtliches Institut wird jedoch durch die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Bollacke getrübt. Art. 7 Abs. II AZRL gelte demnach auch bei Tod des Arbeitnehmers⁶⁹. Es ist freilich widersinnig, dass Arbeitsschutz einem Toten oder – nicht minder absurd – dessen Erben zuteilwird. In mortem non vivitur!⁷⁰

Das Ergebnis begründet der EuGH damit, dass dem Erben des Arbeitnehmers nicht ein unwägbares Ereignis zum Verlust des Anspruchs führen könne und dass ansonsten die praktische Wirksamkeit des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaubs nicht sichergestellt wäre.⁷¹ Diese Begründung der „praktischen Wirksamkeit“ verleiht

⁵⁸ EuGH vom 22.04.2010 – C-486/08 – *Tirol*, Rn. 32.

⁵⁹ Ebd., Rn. 30.

⁶⁰ EuGH vom 13.06.2013 – C-415/12 – *Brandes*, Rn. 36.

⁶¹ Im Ergebnis ebenso *Höpfner*, RdA 2013, 65 (66).

⁶² *Schubert*, NZA 2013, 1105 (1106).

⁶³ EuGH vom 22.04.2010 – C-486/08 – *Tirol*, Rn. 30.

⁶⁴ Jüngst etwa EuGH vom 20.07.2016 – C-341/15 – *Maschek*, Rn. 26.

⁶⁵ St. Rspr., jüngst etwa EuGH vom 20.07.2016 – C-341/15 – *Maschek*, Rn. 27.

⁶⁶ EuGH vom 12.06.2014 – C-118/13 – *Bollacke*, Rn. 27 f.

⁶⁷ EuGH vom 06.04.2006 – C-124/05 – *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, Rn. 32.

⁶⁸ EuGH vom 12.06.2014 – C-118/13 – *Bollacke*, Rn. 25.

⁶⁹ Ebd., Rn. 23 ff.

⁷⁰ Frei nach einem unterhaltsrechtlichen Grundsatz.

⁷¹ EuGH vom 12.06.2014 – C-118/13 – *Bollacke*, Rn. 24 f.

der bisherigen Erwägung, dass der Anspruch auch nach dem Ablauf des Bezugsjahres noch seine Wirkung entfalte, eine neue Dimension, die sich noch weiter vom Erholungszweck löst.

Auch in Sachen Urlaubsabgeltung im Todesfall gibt der EuGH demnach der Anspruchserhaltung den Vorzug vor einer Erwägung unter Gesichtspunkten des Arbeits- und Gesundheitsschutzes. Das Ergebnis ist, wie auch in den Rechtssachen Schultz-Hoff, KHS und Tirol, dass der Arbeitnehmer einen geldwerten Anspruch zugesprochen bekommt. Dogmatisch scheint dies insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass es sich hier ja um einen Anspruch aus der AZRL mit den Zielen Gesundheitsschutz und Sicherheit handelt, nicht erklärlich.

3. Sanktionen

Die Unklarheiten um die dogmatischen Brüche lassen sich jedoch beseitigen, wenn man neben den der deutschen Arbeitsrechtsdogmatik bekannten Kategorien des Privatrechts und des (öffentlich-rechtlichen) Arbeitsschutzrechts eine dritte Kategorie hinzufügt, die dem deutschen Rechtskreis wenig bekannt ist: Die Kategorie der Ansprüche mit Sanktionscharakter.

Der EuGH intendiert offenbar, dass der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch so oder so zu zahlen haben soll, gleich ob dies dem Erholungs- und Freizeitweck oder – mit Blick auf die Bollacke-Entscheidung – überhaupt auch nur dem Arbeitnehmer selbst zugutekommt. Überrasgender Zweck ist es demnach offenbar, den Arbeitgeber zur Urlaubsgewährung (notfalls Abgeltung) zu zwingen: So muss der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch auch dann abgelden, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr lebt (vgl. Bollacke). – So muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch dann bezahlen freistellen, wenn er nicht gearbeitet hat (vgl. Schultz-Hoff). – So kann der Arbeitgeber dem die Arbeitszeit reduzierenden Arbeitnehmer den Urlaubsanspruch nicht kürzen (vgl. Tirol).

Sehr deutlich wird diese Intention in der Bollacke-Entscheidung: Das Urteil enthält den bemerkenswerten Passus, ein Urlaubsabgeltungsanspruch nach dem Tod des Arbeitnehmers erweise sich „als unerlässlich, um die praktische Wirksamkeit des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub sicherzustellen, der dem Arbeitnehmer nach der Richtlinie 2003/88 zusteht.“⁷² Diese Wertung ist vor dem deutschen Telos, der einzig auf die Erholung des Arbeitnehmers abstellt, welche wiederum mit dessen Tod unmöglich wird, nicht erklärlich.⁷³ Der EuGH führt zwar die dogmatische Überlegung an, dass ein einmal entstandener Urlaubsanspruch nicht durch einen von keiner Partei beherrschbaren Umstand untergehen darf,

sondern (notfalls in Form eines Abgeltungsanspruchs) weiterbestehen muss⁷⁴ – er verhält sich freilich nicht dazu, weshalb genau das zur Sicherstellung der „praktische[n] Wirksamkeit“ unentbehrlich ist. Dies kann nur so verstanden werden, dass der EuGH dem Anspruch eine über rein arbeitsschutzrechtliche Erwägungen hinausgehende zusätzliche Sanktionsfunktion gegenüber dem „säumigen“ Arbeitgeber beimisst.

Durch keine der EuGH-Entscheidungen werden Gesundheitsschutz oder Sicherheit des Arbeitnehmers im Sinne der AZRL gestärkt, wohl aber dessen geldwerte Ansprüche auf Freistellung und Vergütung.⁷⁵ Das Signal ist klar: Jeder Arbeitnehmer erhält in jedem Fall – ob arbeitsschutzrechtlich erklärlich oder nicht – vier Wochen vergütete Freistellung. Dies lässt sich nur so deuten, dass durch derlei Sanktionsmechanismen präventiv auf den Arbeitgeber eingewirkt werden soll, den Urlaub auch ja zu gewähren, weil er letztlich sowieso nicht umhinkäme.

Eine derartige Praxis, Ansprüche aufgrund general- und spezialpräventiver Erwägungen zuzusprechen, dürfte dem deutschen Rechtskreis im Zuge unionsrechtlicher Entwicklungen mittlerweile eigentlich nicht mehr völlig unbekannt sein.⁷⁶ Die Ansicht, Normen des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes müssten mit Bußgeld- oder Strafvorschriften, keinesfalls aber mit präventiven privatrechtlichen Sanktionsmechanismen (private enforcement) bewehrt sein, beruht lediglich auf den historisch gewachsenen Prinzipien des deutschen Schadensersatzrechts⁷⁷ bzw. auf der Annahme, dass es allein dem Staat aufgrund seines Gewaltmonopols zustehe, die Einhaltung objektiven Rechts zu überwachen.⁷⁸ Nach unionsrechtlichem Verständnis ist das Privatrecht dagegen durchaus als funktionales Äquivalent zu öffentlich-rechtlichem Vollzug anzusehen.⁷⁹ Die effektive Bewehrung ist dabei unabhängig von seiner konkreten Ausgestaltung durch den *effet utile* geboten.⁸⁰ Dennoch will sich die Erkenntnis, dass erstens die Durchsetzung unionsrechtlicher Ansprüche durch sanktionierendes Privatrecht möglich ist und zweitens dies auch faktisch bereits durch die deutsche Rechtsprechung geschehen ist⁸¹, nicht recht durchsetzen.

⁷⁴ EuGH vom 12.06.2014 – C-118/13 – *Bollacke*, Rn. 25.

⁷⁵ Vgl. *Schubert*, NZA 2013, 1105 (1107).

⁷⁶ Vgl. hierzu nur die Ausführungen von *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (389 ff.) zu § 611a a. F. BGB.

⁷⁷ *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (394).

⁷⁸ Vgl. *ebd.*, 399.

⁷⁹ *Ebd.*, 405.

⁸⁰ EuGH vom 17.09.2002 – C-253/00 – *Muñoz*, Nr. 28, 30; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (414).

⁸¹ Vgl. etwa die Umsetzung der EuGH-Entscheidungen *Schultz-Hoff* bzw. *KHS* und *Brandes* durch richtlinienkonforme Auslegung deutschen Rechts.

⁷² *Ebd.*, Rn. 24.

⁷³ Vgl. *Kamanabrou*, RdA 2017, S. 163.

Wird in der deutschen Rechtswissenschaft also immer wieder darauf hingewiesen, dass es keine Bußgeldvorschriften im BUrlG gibt⁸², so muss im Ergebnis konstatiert werden, dass faktisch nunmehr doch etwas sehr Ähnliches Einzug in das deutsche Urlaubsrecht gehalten hat.

4. Zwischenergebnis

Die Richtlinie 2003/88 intendiert „Gesundheitsschutz und Sicherheit“ des Arbeitnehmers und ist mithin Arbeitsschutzrecht. Die europäische Rechtsprechung zum Jahresurlaub demgegenüber folgt in den analysierten Fallgruppen vordergründig nicht diesem Richtlinienzweck. Stattdessen werden verschiedene Wege gefunden, um Arbeitnehmern geldwerte Ansprüche zuzuwenden. Vergleicht man die Fallgruppen, in denen die arbeitsschutzrechtliche Dogmatik durchbrochen wird, so haben sie alle gemein, dass Billigkeitserwägungen mit dem Ziel angestellt werden, den geldwerten Anspruch – zumindest auf Urlaubsabgeltung – in jedem Fall gegen den Arbeitgeber durchzusetzen. Hintergründig stärkt damit der EuGH den Urlaubsanspruch und damit den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer durch bezahlte Arbeitsfreistellung, weil er dem Anspruch eine Sanktionsdimension beimisst und so dessen Durchsetzung garantiert.

IV. Ergebnis

Versteht man das europäische Urlaubsrecht als ein System von konkreten Arbeitsschutzmaßnahmen in Verbindung mit Sanktionsnormen, so ergibt sich durchaus ein stimmiges System. Die Ansprüche werden durchgesetzt durch privatrechtliche Sanktionsnormen, die im deutschen Recht durch unionsrechtskonforme Auslegung entstehen. Dies ist nur nach deutschem Verständnis ungewöhnlich, nach europäischem dagegen völlig unproblematisch.

Die Sanktionsvorschriften wurden insbesondere durch die KHS-Entscheidung weniger willkürlich, da sie auf einen billigen Umfang beschränkt werden.

Der Umstand, dass unionsrechtlich ein stimmiges System besteht, dass isoliert betrachtet durchaus funktionsfähig und sachgerecht ist, kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass privatrechtliche Sanktionierungsvorschriften in der deutschen Systematik bislang ungewohnt erscheinen.

Es steht demnach keinesfalls zu erwarten, dass sich die europäische Rechtsprechung von ihrem restriktiven Standpunkt entfernen wird. Eines ist offenkundig: Wo das Risiko einer Arbeitsunfähigkeit oder eines Todes

des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber auferlegt wird, da erscheint es a maiore ad minus undenkbar, dem Arbeitnehmer etwa eine Pflicht zum Urlaubsantrag zuzumuten.

V. Ausblick

Die europäischen Einflussmöglichkeiten auf das deutsche Urlaubsrecht werden mit Beendigung des Streits um die Antragspflicht vorerst ausgeschöpft sein. Die deutsche Dogmatik mag unter den systemfremden Modifikationen durch das Unionsrecht ächzen, aber es zeigt sich bereits heute, dass die europäischen Neuerungen sich in die deutsche Praxis einbetten lassen. Es erscheint daher durchaus möglich, das deutsche Urlaubsrecht danach auch weiterhin als Privatrecht zu deklarieren, welches von der europäisch-öffentlich-rechtlichen Normgebung ausgelegt durch den EuGH mitsamt seiner Sanktionsanspruchssystematik eingehegt wird. Auf diese Weise werden nämlich die europarechtlichen Vorgaben umgesetzt – und im Übrigen sind die Mitgliedsstaaten gem. Art. 7 I AZRL frei in der konkreten Umsetzung des Urlaubsanspruchs.⁸³ Solange sich der deutsche Gesetzgeber also nicht bereit erklärt, den Urlaubsanspruch mit (öffentlich-rechtlichen) Sanktionsnormen zu beweisen, erscheint die Umsetzung durch das BAG mittels sanktionierenden Privatrechts zwar für das deutsche Recht ungewohnt, ist aber im Ergebnis unionsrechtlich geboten.

Die erwartbare Pflicht des Arbeitgebers, den Urlaub initiativ zu gewähren, würde bei einem Verstoß zu Schadensersatz nach §§ 280 I 1, III, 283 BGB i. V. m. § 275 I BGB wegen arbeitgeberseitig verschuldeter Unmöglichkeit führen. Dies würde dem Arbeitnehmer eine Schutzposition gewähren, die mit der öffentlich-rechtlichen zumindest im Ansatz vergleichbar wäre. Über § 2 S. 2 BUrlG würde dieser Schutz auch den unwissend Scheinselbständigen zugutekommen. Negativ betroffen wäre nur der rechtswidrig handelnde Arbeitgeber – durchaus nicht unbillig.

Gleichzeitig wäre es in tatsächlicher Hinsicht weiterhin möglich, im Falle einer konkret drohenden Insolvenz auf Urlaubsansprüche zu verzichten und so finanziellen Druck vom insolvenzbedrohten Arbeitgeber zu nehmen, ohne dass hierfür Bußgelder und Verwaltungsmaßnahmen etc. fällig würden. Eine solche Praxis wäre zwar nach Gesagtem unionsrechtswidrig, doch würde zumindest mittelfristig der große Vorteil des privatrechtlichen Verständnisses vom Urlaubsanspruch erhalten bleiben: die größere Flexibilität. Denn so hehr das Ziel des Arbeitnehmerschutzes auch ist: Für den Arbeitnehmer wiegt der Verlust des Arbeitsplatzes schwerer als nicht genommener Urlaub.

⁸² Etwa Kielkowski/Happ, in: jurisPR 3/2015 Anm. 4 unter C.II.

⁸³ Hackmann, in: Faber u. a. (Hrsg.), FS Kohte, 2016, 293 (308).

Robert F. Feist, Sina Aaron Moslehi*

Urteilsentwürfe im Strafprozess

Dieser Beitrag befasst sich mit der Frage, ob die Praxis von Urteilsentwürfen im Strafprozess gesetzeskonform ist. In diesem Zuge werden zunächst blankettartig terminologische Fragen behandelt (II), bevor eingehend untersucht wird, ob Urteilsentwürfe beim Tat- (III) und Revisionsgericht (IV) rechtlichen Bedenken begegnen. Hierbei werden Art. 103 I GG, § 261 StPO und § 24 I, II StPO in den Blick genommen.

I. Einleitung

Die Vorverurteilung eines Angeklagten durch denjenigen Richter, der über den ihm gemachten Tatvorwurf zu entscheiden hat, stellt in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren ein Odium dar. Der diesbezüglichen Gefahr wird in verschiedenen Gesetzeswerken – nicht zuletzt im Grundgesetz – entgegengetreten.

Es ist nämlich der Strafrichter, der aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung (§ 261 StPO) seine entscheidungserhebliche Überzeugung zu schöpfen hat. Er hat deshalb innerhalb des Verfahrens eine herausragende Position inne. Am Ende kommt es auf ihn an¹, da er durch seine Sachaufklärungsbemühungen (§ 244 II StPO) und sein auf deren Ergebnis gestütztes Urteil den – sei es zum Freispruch, sei es zu einem Schuldspruch führenden – Sachverhalt „erschafft“.²

Dennoch hört man nicht selten – vor allem von Seiten der Strafverteidigung – von Hauptverhandlungen, in denen ein verkündungsreifer Urteilsentwurf vor deren Ende geschrieben worden sein muss, da er unmittelbar im Anschluss an die Schlussvorträge und die Gewährung des letzten Wortes (§ 258 StPO) aus der Akte gezogen und vorgetragen wurde. Zudem wird darüber geklagt, eigentlich schein sich in manchen Fällen oder bei manchen Spruchkörpern ein Plädoyer in der Revisionshauptverhandlung (§§ 350, 351 StPO) nicht wirklich zu lohnen, da der Berichterstatter seine Senatskollegen zu deren Vorbereitung mit einem Entscheidungsentwurf ausgestattet habe, der dann auch noch während der Sitzung drei- oder fünffach auf der Richterbank liege.

Deshalb lohnt es sich, der Frage nachzugehen, ob eine derartige Verfahrensweise – wie verbreitet sie in der fo-

rensischen Praxis auch sein mag – rechtlich unproblematisch ist.³

II. Terminologie

Der Bundesgerichtshof nimmt weder eine Unterscheidung dahingehend vor, zu welchem Zeitpunkt ein Urteilsentwurf gefertigt wird, noch wie dieser ausgestaltet ist. Es wird stets von einem „Urteilsentwurf“ gesprochen.

Es lässt sich nur schwerlich festlegen, ab welchem Grad der Ausgestaltung, ab welcher Form, ein Urteilsentwurf rechtlichen Bedenken begegnet. Die Praxis der Tatgerichte bei der Entscheidungsfindung und Urteilsabfassung ist selbstredend – vor dem Hintergrund der richterlichen Unabhängigkeit – nicht einheitlich. Es lassen sich aufgrund der daraus rührenden zahlreichen Möglichkeiten, wie ein Urteil zustande kommt, nicht alle Fallgruppen behandeln.

Auf einfache Formalia kann es jedenfalls nicht ankommen: Trägt ein Urteilsentwurf kein Landeswappen, mangelt es am Rubrum oder beinhaltet der Entwurf kleinere Lücken, wird man nicht davon ausgehen können, dass es sich schon deshalb um ein von rechtlichen Bedenken freies Papier handelt. Schwierig wird es jedenfalls dann, wenn Detailfragen im Raume stehen; etwa, wenn es um die Frage geht, ob der Tenor alleine bereits problematisch ist, der Urteilsentwurf erhebliche Lücken aufweist oder beim Kollegialgericht der den Urteilsentwurf verfassende Richter in gutachterlicher Form den Sach- und Streitstand erörtert und einen Entscheidungsvorschlag formuliert.

In diesem Beitrag wird davon ausgegangen, dass ein Urteilsentwurf zumindest den Tenor und die Urteilsgründe umfasst.

III. Urteilsentwürfe beim Tatgericht

Bei einem Tatgericht sind Urteilsentwürfe in zwei Entstehungskonstellationen denkbar: Je nach Spruchkörper, werden sie entweder von einem Amtsrichter als Einzelrichter oder von einem Kollegialgericht⁴ angefertigt.

* Die Autoren sind Studenten der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg und haben ihr strafrechtliches Schwerpunktstudium an der Humboldt-Universität zu Berlin absolviert.

1 Vgl. Ott, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 261 Rn. 2.

2 Vgl. Velten, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § Vor 261 Rn. 12 f.

3 Bei der Beantwortung dieser Frage wird ausschließlich das nationale Recht beleuchtet.

4 Hierunter fallen das Schöffengericht, das erweiterte Schöffengericht, die große Strafkammer, die kleine Strafkammer und der OLG-Senat.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist der einheitlichen Auffassung, dass Urteilsentwürfe, ganz gleich zu welchem Zeitpunkt sie verfasst werden, keine Gesetzesverletzung darstellen⁵; sie würden auch nicht die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen.⁶ Schließlich würden solche Entwürfe „unter dem Vorbehalt gefertigt werden, dass die Verhandlung oder weitere Verhandlung keine Gesichtspunkte ergibt, die zu einer abweichenden Entscheidung zwingen.“⁷ Diese Praxis sei nicht nur unproblematisch, sie diene gar einer „Richtigkeitskontrolle dahingehend, dass sich die Beweisaufnahme auf alle erheblichen Tatsachen und Beweise erstreckt“ sowie der Verfahrenskonzentration.⁸

Gegen die klare Meinung der Rechtsprechung tun sich dennoch einige Zweifel auf.

1. Mögliche Verstöße

Namentlich kommen Verstöße gegen Art. 103 I GG und gegen § 261 StPO in Betracht; zudem könnte ein Ablehnungsantrag des Angeklagten gem. § 24 I, II StPO begründet sein.

a) Art. 103 I GG

Der Anspruch auf das rechtliche Gehör – häufig mit dem Sinnspruch „audiatur et altera pars“ bezeichnet – wird als prozessuales Urrecht des Menschen verstanden.⁹ Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung hat die Zwecke dieses in Art. 103 I GG verbrieften grundrechtsgleichen Rechts klar bezeichnet: Es soll eine „objektive, faire Verhandlungsführung“ durch die richterliche „unvoreingenommene Bereitschaft zur Verwertung und Bewertung“ des Vorbringens des Betroffenen sicherstellen.¹⁰ Das Gericht muss hierfür die Äußerungen des Betroffenen berücksichtigen, also in seine Erwägungen einbeziehen.¹¹

Die Ablehnung eines Verstoßes gegen Art. 103 I GG durch die höchstrichterliche Rechtsprechung lässt sich, von allen möglichen Gesetzesverstößen, wohl am ehesten nachvollziehen. Freilich ist die Anfertigung von Urteilsentwürfen verfassungsrechtlich nicht gänzlich bedenkenfrei.¹² Es ist nämlich gar nicht oder nur schwer-

lich möglich, festzustellen, ob das Gericht nach dem Verfassen eines Urteilsentwurfes entgegenstehende Argumente noch aufzunehmen bereit ist. Bei der richterlichen Kenntnisnahme und Entscheidungsfindung handelt es sich schließlich um „einen inneren Vorgang, der sich einer genaueren Überprüfung entzieht.“¹³ Daran kann auch der Begründungszwang wenig ändern – vor allem, weil die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung die Evidenz der fehlenden Kenntnisnahme oder der fehlenden Erwägung eines Vorbringens fordert.¹⁴ Dass eine solche Eindeutigkeit nur in den seltensten Fällen nachweisbar sein dürfte, liegt auf der Hand.¹⁵

Die Rechtsprechung behauptet zwar, sie würde neuen Argumenten offen gegenüberstehen¹⁶, allerdings sprechen schon psychologische Gesichtspunkte, wie der Inertia-Effekt¹⁷, gegen dieses angenommene Ideal. Der Richter wird – ohne jegliche Börsartigkeit – unterbewusst nur schwerlich offen sein für neue Gesichtspunkte, die seinem Urteilsentwurf entgegenstehen. Je mehr Aufwand er für das Verfassen seines Entwurfes betrieben hat, desto weniger offen wird er für entgegenstehende Argumente sein.

Dem lässt sich zwar entgegenhalten, dass ein Richter durch seinen Urteilsentwurf gut vorbereitet und damit „seiner selbst und der Sache sicher [...] den Beteiligten offener“ zugewandt ist, als ein Richter, der durch mangelnde Vorbereitung dem Vorbringen des Angeklagten abweisend gegenübersteht.¹⁸ Allerdings wird hier außer Acht gelassen, dass eine gute richterliche Vorbereitung sich nicht zwingend in der Fertigung eines Urteilsentwurfes äußert. Das Gericht könnte auch ein Gutachten anfertigen, in welchem die für das Verfahren relevanten tatsächlichen und rechtlichen Fragen erörtert werden. Dass ein solches Gutachten wegen der Überlastung der Justiz aus zeitlichen Erwägungen unpraktikabel ist¹⁹, darf sich nicht zu Lasten des Angeklagten auswirken und darin münden, dass zugunsten der Verfahrensökonomie auf Urteilsentwürfe zurückgegriffen wird. Auch

hend mit der rechtlichen Problematik auseinandergesetzt hätten.

¹³ *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Rn. 96, Stand: Juni 2017.

¹⁴ BVerfGE 86, 133 (145 f.): „klar ergibt“; BVerfGE 88, 366 (375 f.): „deutlich ergibt“; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 27; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 103 Rn. 14 f.

¹⁵ Siehe nur die Entscheidung des BVerwG BayVbl. 1980, 56 (57), welche nahezu unüberwindbare Hürden an den Beschwerdeführer stellt.

¹⁶ So BGHSt 11, 74 (76 f.).

¹⁷ Der sog. Inertia-Effekt beschreibt, dass „Informationen, die eine zuvor schon einmal für richtig gehaltene Hypothese bestätigen, systematisch überschätzt, während entgegengesetzte, zu der ursprünglich akzeptierten Hypothese dissonante Informationen systematisch unterschätzt werden“, *Schünemann*, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterchlussbeffekt, StV 2000, 159 (160).

¹⁸ Vgl. *Sendler*, Anspruch auf Gehör und Effizienz richterlicher Tätigkeit, in: Badura (Hg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens – Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 833 (841).

¹⁹ Vgl. *Sendler*, in: FS Lerche, 1993, S. 833 (838).

⁵ BGHSt 11, 74 (76 f.); BGH vom 10.11.2004 – 1 StR 414/04; BSozG MDR 1959, 793 (794); BVerwG BayVbl. 1980, 56 (57); für die Revisionsinstanz BVerfGE 9, 213 (215).

⁶ BGH vom 10.11.2004 – 1 StR 414/04; weitergehender BSozG MDR 1959, 793 (794).

⁷ BGHSt 11, 74 (76 f.).

⁸ BGHSt 11, 74 (76 f.).

⁹ BVerfGE 55, 1 (6).

¹⁰ BVerfGE 52, 131 (156), zwar für das zivilgerichtliche Verfahren, allerdings erst recht auf das Strafverfahren anwendbar, in welchem dem Betroffenen nicht ein Bürger, sondern gewissermaßen der Staat gegenübersteht.

¹¹ BVerfGE 70, 288 (293); *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Rn. 96, Stand: Juni 2017.

¹² So auch *Wassermann*, in: AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 103 Rn. 35 mit Blick auf BGHSt 11, 74 (76). Es wäre wünschenswert gewesen, dass sich der BGH und auch das BVerfG (BVerfGE 9, 213, (215)) tieferge-

im Hinblick auf die Verteidigungsrechte und -möglichkeiten des Angeklagten erscheint es zweifelhaft, das Fertigen von Urteilsentwürfen zu tolerieren, da dieser sich veranlasst fühlen könnte, seine Verteidigung zumindest zu reduzieren, weil er davon ausgeht, dass sein Schicksal „bereits beschlossen“ ist.²⁰

All diesen rechtlichen Bedenken zum Trotz, wird ein Beschwerdeführer große Schwierigkeiten haben, die geforderte Evidenz nachzuweisen. Aus diesem Grund wird das Bundesverfassungsgericht in Fällen von Urteilsentwürfen keinen Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör annehmen.²¹ Freilich sollten die Anforderungen an die Offenkundigkeit nicht allzu überspannt werden, denn anderenfalls würde die notwendige Kontrolle zu sehr eingeschnürt werden.²²

b) § 24 I, II StPO

Während bei der Frage nach einem Verstoß gegen Art. 103 I GG auf einen objektiven Maßstab abgestellt wird²³, kommt es bei § 24 I, II auf die subjektive Sicht eines vernünftigen²⁴ Angeklagten an.²⁵

Das Recht der Ablehnung des Richters ist ein prozessuales Grundrecht²⁶, welches den unparteilichen und unvoreingenommenen gesetzlichen Richter garantieren soll.²⁷ Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters ist gerechtfertigt, wenn der Ablehnende bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, dass der abgelehnte Richter ihm gegenüber eine innere Haltung eingenommen hat, die besorgen lässt, dass die erforderliche Neutralität und innere Distanz negativ beeinflusst sein könnte.²⁸ Hierbei kommt es nicht darauf an, ob der Richter tatsächlich befangen ist;²⁹ es wird auf die Perspektive eines vernünftigen Angeklagten abgestellt.³⁰ Ein Ablehnungsgesuch ist

u. a. dann begründet, wenn der Richter ein vorverurteilendes Verhalten an den Tag legt, indem dieser beispielsweise den Eindruck erweckt, er habe sich hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme schon entschieden.³¹

Die Rechtsprechung verneint in Fällen von Urteilsentwürfen einen Schluss auf Vorverurteilung und Befangenheit.³² Sie legt damit einen allzu objektiven Maßstab an. Es mag zwar sein, dass der Richter nicht vorverurteilend ist, allerdings erweckt er, aus der Sicht des Angeklagten, den Eindruck, dass er sich hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme festgelegt hat.³³ Diesen Eindruck wird auch ein vernünftiger Angeklagter haben dürfen. Es ist fehlerhaft, einen juristischen Laien in die Lage eines Juristen zu versetzen und von ihm das Verständnis dafür zu erwarten, ein Urteilsentwurf sei keine Vorverurteilung. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Urteilsentwurf optische Merkmale – wie etwa das Landeswappen oder das Rubrum – aufweist, die eine Endgültigkeit suggerieren. Der Bundesgerichtshof hat in deutlich „milder“ gelagerten Fällen die Richterablehnung als begründet angesehen; etwa dann, wenn der Richter in der Hauptverhandlung seine Befriedigung darüber zum Ausdruck gebracht hat, dass der Angeklagte keinen Kontakt mehr zu dem Mitangeklagten pflege³⁴, oder wenn der Richter das Verhalten bei der Tat mit starken Worten und abwegigen Vergleichen kennzeichnet.³⁵ Es ist, auch aufgrund der unübersichtlichen Kasuistik³⁶, nicht problemlos feststellbar, weshalb im Falle von Urteilsentwürfen ein augenscheinlich strengerer Maßstab für die Ablehnung angelegt wird. Das ist insbesondere aus der Sicht eines Angeklagten problematisch.

Zudem sind Konstellationen denkbar, in denen der Angeklagte vom Bestehen eines Urteilsentwurfes erst nach der Urteilsverkündung, mithin nach seinem letzten Wort, Kenntnis erhält. In dieser Hinsicht erscheint die Frage interessant, ob die starre Grenze des § 25 II StPO im Hinblick auf den Ablehnungszeitpunkt des Richters aufrechterhalten werden sollte. Der Bundesgerichtshof hat offen gelassen, ob es in Fällen, „bei denen die Ablehnungsgründe erst nach dem letzten Wort entstanden oder bekannt geworden sind, geboten sein kann“, Ausnahmen vom § 25 II StPO anzunehmen, „um unerträgliche Ergebnisse zu vermeiden.“³⁷ Man wird wohl kaum meinen, dass die Unzulässigkeit der Richterablehnung

20 Vgl. *Rüping*, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1976, S. 179 f.

21 BVerfGE 9, 213 (213 ff.)

22 *Lerche*, Dunklere und hellere Seiten des Anspruchs auf rechtliches Gehör, in: Lorenz (Hg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 1283 (1289).

23 *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Rn. 1, Stand: Juni 2017; vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 103 I Rn. 62.

24 Durch die Bezugnahme auf die Vernunft des Angeklagten wird der rein subjektive zu einem „subjektiv-objektiven“ Maßstab, *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 732.

25 BGHSt 1, 34 (37); BGHSt 24, 336 (338).

26 BGH NSTz 2006, 584 (584) mit Verweis auf *Lamprecht*, Befangenheit an sich: Über den Umgang mit einem prozessualen Grundrecht, NJW 1993, 2222 (2222), der zudem gar davon spricht, dass das Institut der Richterablehnung „das einzige“ sei, „das dem rechtsunterworfenen Bürger im Verkehr mit der übermächtigen dritten Gewalt zur Verfügung steht.“

27 *Kudlich/Noltensmeier*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2. Aufl. 2014, § 24 Rn. 1.

28 BVerfGE 32, 228 (290); BVerfGE 21, 139 (146); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 24 Rn. 8.

29 BVerfGE 20, 9 (14); BGHSt 24, 336 (338).

30 Der Bundesgerichtshof stellt auf den Standpunkt eines vernünftigen Angeklagten ab, vgl. nur BGHSt 1, 34 (37); krit. hierzu *Strate*,

Richterliche Befangenheit und rechtliches Gehör, in: Brüssow (Hg.), Strafverteidigung und Strafprozess – Festgabe für Ludwig Koch, 1989, S. 261 ff.

31 *Weßlau*, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2013, § 24 Rn. 34 m. w. N.

32 BGH vom 10.11.2004 – 1 StR 414/04; BSozG MDR 1959, 793 (794).

33 Vgl. *Weßlau*, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2013, § 24 Rn. 34.

34 BGH vom 07.06.1991 – 2 StR 146/91.

35 *Siolek*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2006, § 24 Rn. 18.

36 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 24 Rn. 8.

37 BGH NSTz-RR 2009, 1 (2).

in Fällen von erst nach der Urteilsverkündung bekannt gewordenen Urteilsentwürfen, per se zu unerträglichen Ergebnissen führt. Eine Beurteilung hierüber bedarf einer umfassenden Gesamtbetrachtung. Von einem klaren Extremfall wird man allerdings wohl dann sprechen dürfen, wenn der Verteidiger nach der Urteilsverkündung der Akte entnehmen kann, dass ein Urteilsentwurf schon vor dem ersten Hauptverhandlungstag vorlag.

c) § 261 StPO

Weiteres Konfliktpotential könnten Urteilsentwürfe mit Blick auf eine die Hauptverhandlung bestimmende Grundsatznorm bieten³⁸: Der § 261 StPO normiert nicht nur die freie richterliche Beweiswürdigung, sondern auch das Gebot, alle beweisheblichen Tatsachen aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung zu schöpfen.³⁹

Das zentrale Argument des Bundesgerichtshofs gegen einen Verstoß ist die „vorläufige Meinungsbildung“ des Gerichts. Die richterliche Überzeugungsbildung beginnt eben nicht erst nach dem letzten Wort des Angeklagten. Es sei denklogisch, dass der Richter schon frühzeitig „eine Meinung von der Schuld des Angeklagten“ gewinnt. Diese sei „aber nur eine vorläufige Meinung, die [...] aufgrund der weiteren Verhandlungsvorgänge bis zuletzt ständig“ einer Überprüfung unterliege und ggfs. wieder aufgegeben werde.⁴⁰

Es wäre nicht nur lebensfremd davon auszugehen, dass Richter dazu in der Lage sind, sich über eine Strafsache – zumindest nach dem ersten Aktenstudium – keine vorläufige Überzeugung zu bilden. Die Strafprozessordnung setzt gar eine vorläufige Überzeugung des Richters voraus. Sie billigt dem Richter gewissermaßen ein gesetzlich hingenommenes Maß an Befangenheit zu; zumindest aber duldet sie eine Befangenheitsgefahr.⁴¹ Anderenfalls könnte der Richter, ohne eine vorläufige Überzeugung, keinen Beweisantrag gem. § 244 III StPO wegen Bedeutungslosigkeit oder Wahrunterstellung ablehnen; dasselbe gilt auch für die Ablehnung eines Beweisantrages auf Augenschein und auf Ladung eines Auslandszeugen, § 244 V StPO. Auch könnte der Richter nicht über eine

Fortdauer der Untersuchungshaft entscheiden, § 112 StPO. Für die vorläufige Überzeugungsbildung streitet auch die Befugnis des Richters, in der Hauptverhandlung mit den Verfahrensbeteiligten den Stand des Verfahrens zu erörtern, § 257b StPO. Er wäre ohne eine vorläufige Überzeugungsbildung schlicht nicht in der Lage dazu, die mit der Norm beabsichtigte Verfahrensförderung⁴² vorzunehmen. Die Regelung wäre vor diesem Hintergrund unnütz.

Es mag zwar eigentümlich anmuten, dass ein Urteilsentwurf nicht gegen § 261 StPO verstößt, doch es wäre nicht plausibel, die Existenz einer vorläufigen Überzeugungsbildung zu verneinen oder zu verbieten, wenn zeitgleich ebensolche im Gesetz zwingend vorausgesetzt wird.

2. Besonderheit Einzelrichter

All diese Problematiken betreffen selbstredend nicht nur das Kollegialgericht, sondern auch den Einzelrichter. Die rechtlichen Bedenken, die Urteilsentwürfen im Hinblick auf Art. 103 I GG anhaften, gewinnen gar an Gewicht, wenn nur eine Person auf der Richterbank Platz nimmt. Der Einzelrichter unterliegt nämlich keiner Kontrolle durch Kollegen, die einen möglichen Gesetzesverstoß „abwenden“ könnten. Es liegt auf der Hand, dass ein Einzelrichter, dem kein Kollege in seine Meinung und in seinen Urteilsentwurf „reinredet“, eher Gefahr läuft, sich auf seine Erwägungen zu versteifen und gegenläufige Argumente abzutun.⁴³ Er ist damit einem Verstoß gegen Art. 103 I GG noch näher.

In Fällen, in welchen der Einzelrichter die Urteilsformel während der Schlussvorträge des Verteidigers oder während des letzten Wortes des Angeklagten niederschreibt, bestehen ebenso verfassungsrechtliche Bedenken. Der Anspruch auf rechtliches Gehör setzt nämlich die Aufnahmefähigkeit und -bereitschaft des Richters voraus.⁴⁴ Diese lässt der Einzelrichter vermissen, wenn er schriftlich etwas fixiert, was mit dem Plädoyer oder dem letzten Wort des Angeklagten nur entfernt zusammenhängt. Es ist in diesem Zuge auch nicht unbeachtlich, dass es sich beim Schlussvortrag der Verteidigung und bei dem letzten Wort des Angeklagten um wesentliche Verteidigungsmomente handelt.

³⁸ Das zeigt sich bereits darin, dass sich verschiedene Oberlandesgerichte der Frage der Vereinbarkeit mit § 261 StPO angenommen haben, sich allerdings hinsichtlich der rechtlichen Würdigung uneinig gewesen sind: Das OLG Köln (NJW 1955, 1291 ff.) und das OLG Hamm (DAR 56, 254 ff.) sahen in dem Niederschreiben von Urteilsentwürfen einen absoluten Revisionsgrund. Das OLG Hamburg (VRS Bd. 10 (1956), 374 ff.) erblickte darin zwar immer einen Verstoß gegen § 261 StPO, forderte allerdings zudem das Beruhen des Urteils auf diesem Verstoß. Das OLG Bremen (VRS Bd. 5 (1953), 297 ff.) und das OLG Celle (NJW 1957, 1002 ff.) hielten das Gesetz für nicht verletzt. Schließlich hat der Bundesgerichtshof Klarheit geschaffen und Urteilsentwürfe für rechtmäßig erklärt: BGHSt 11, 74 (76 f.); BGH vom 10.11.2004 – 1 StR 414/04 bringt es in einem Beschluss obiter dictum zum Ausdruck.

³⁹ Vgl. *Schluckebier*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StPO, 2. Aufl. 2014, § 261 Rn. 1.

⁴⁰ BGH vom 10.11.2004 – 1 StR 414/04.

⁴¹ *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. 2010, Rn. 371.

⁴² Näheres mit Erwähnungen von Beispielen findet sich in der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/12310 vom 18.03.2009, v. a. S. 2 u. S. 12 f.

⁴³ Vgl. *Sendler*, in: FS Lerche, 1993, S. 833 (837, 843).

⁴⁴ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 103 I Rn. 61 f.; vgl. auch *Rüping*, Rechtliches Gehör, 1976, S. 179 f. und *Baudisch*, Niederschreiben der Urteilsformel vor den Schlussvorträgen, in: NJW 1960, 135 (136), die gar eine „ungeteilte Aufmerksamkeit“ des Richters fordern.

IV. Entscheidungsentwürfe beim Revisionsgericht

Die zum Tatgericht getroffenen Ausführungen lassen sich nicht ohne Weiteres auf die Revisionsinstanz übertragen. Vielmehr bedarf es einer Hervorhebung der Unterschiede.

In der Revisionsinstanz ist es gängige Praxis, dass die Revisionsfälle im sog. Berichterstatterverfahren⁴⁵ erörtert werden. Hierbei ist der Berichterstatter mit der Aufbereitung des Falles für den gesamten Senat vertraut, indem er das Senatsheft studiert und den Sach- und Streitstand in einem mündlichen Vortrag den übrigen Senatsmitgliedern vorstellt. Zudem verfasst er einen Entscheidungsentwurf.⁴⁶

Bei einem Revisionsgericht liegt der wesentliche Unterschied zum Tatgericht darin, dass es hinsichtlich des Tatvorwurfes nicht auf tatsächliche, sondern lediglich auf rechtliche Fragen ankommt. Die diesbezüglichen Rechtsansichten werden von den Revisionsverfahrensbeteiligten regelmäßig in ihren Schriftsätzen dargelegt: Nach der Begründung der Revision vonseiten des Revisionsführers erhält der Revisionsgegner die Möglichkeit zur Abgabe der Revisionsgegnerklärung (§ 347 I StPO), auf die zu erwidern wiederum dem Beschwerdeführer freisteht. Sofern im Senat Einstimmigkeit herrscht, wird durch Beschluss entschieden. Ist dies nicht der Fall, wird eine Hauptverhandlung anberaumt, deren Gang § 351 StPO regelt. Aber auch hier gilt, dass die Rechtsansichten regelmäßig bereits dargelegt wurden. Neue Rechtserkenntnisse könnten nur in der Zeit zwischen Einreichung des letzten Schriftsatzes und der Hauptverhandlung gewonnen werden. Kurzum: Dem Senat sind in der Revisionsinstanz in der überwältigenden Mehrzahl der Fälle alle entscheidungserheblichen Komplexe bereits bekannt.⁴⁷ Diese Sachlage ist mit der eines Tatgerichts nicht vergleichbar, wenn man bedenkt, dass dort auch im fortgeschrittenen Verfahrensstadium tatsächliche Gegebenheiten sich plötzlich wenden können.

Wenn man dem Angeklagten zutraut, ein Verständnis dafür aufzubringen, dass in der Revisionsinstanz Tat-

⁴⁵ Vgl. näher zu dem Verfahren als solches *Mosbacher*, Die Beratungspraxis der Strafsenate des BGH und das Gesetz, NJW 2014, 124 ff.; *Lamprecht*, Ein Gericht, zwei Lager – Der BGH zwischen Anonymität und Transparenz, NJW 2013, 3563 ff.; krit. hierzu *Fischer*, Der Einfluss des Berichterstatters auf die Ergebnisse strafrechtlicher Revisionsverfahren, NSTZ 2013, 425 ff.

⁴⁶ In der Revisionsinstanz kann in den Fällen des § 349 I, § 349 II und § 349 IV StPO durch Beschluss entschieden werden. Es kann also nicht stets von einem *Urteilsentwurf* gesprochen werden.

⁴⁷ *Wohlers*, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2014, § 351 Rn. 7, spricht passend – wenngleich in einem anderen inhaltlichen Zusammenhang – von „alle[n] als entscheidungserheblich in Betracht zu ziehenden Umstände[n]“, von einem vollständigen „Bild des revisionsrechtlich relevanten Sachverhaltes und der insoweit relevanten Rechtsfragen“.

sachenfragen im Hinblick auf den Tatvorwurf schlicht irrelevant sind und die Möglichkeit besteht, sein Rechtsmittel im Beschlusswege zu bescheiden, wird man ihm zwangsläufig auch zutrauen müssen, dass er Entscheidungsvorschläge beim Revisionsgericht hinnimmt; dies gilt insbesondere im Hinblick auf § 24 I, II StPO.

All diese Gesichtspunkte streiten dafür, dass es dem Revisionsgericht unbenommen bleiben kann, die Praxis der Entscheidungsentwürfe fortzuführen, auch wenn rechtliche Bedenken hinsichtlich des Berichterstatterverfahrens per se bestehen; bei seiner Abschaffung würden die Vielzahl der Revisionen durch die Strafsenate wohl nicht zu bewerkstelligen sein.

V. Fazit

Resümierend ist festzustellen, dass Urteilsentwürfe insgesamt nicht nur einen faden Beigeschmack hinterlassen, sondern auch im Hinblick auf das Recht zu Zweifeln veranlassen. Bereits aus psychologischen Erwägungen liegt der Gedanke nahe, dass Urteilsentwürfe gegen Art. 103 I GG verstoßen. Dies gilt vor allem für den Einzelrichter, der keiner Kontrolle durch Richterkollegen unterliegt und deshalb noch mehr Gefahr läuft, sich Gegenargumenten zu verschließen. Allerdings wird die verfassungsgerichtlich geforderte Evidenz der Gehörverletzung den Beschwerdeführer scheitern lassen, einen Verstoß gegen Art. 103 I GG erfolgreich darzulegen.

Ein Verstoß gegen § 261 StPO lässt sich guten Grundes nicht annehmen, denn die Strafprozessordnung verlangt von dem Richter gar eine vorläufige Überzeugungsbildung, um seine verfahrensrechtlichen Aufgaben tauglich wahrnehmen zu können.

Allerdings liegen regelmäßig die Gründe für die Ablehnung des Richters vor, § 24 I, II StPO, weil der vernünftige Angeklagte den Eindruck gewinnen darf, der Richter habe sich hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme bereits festgelegt.

Die Ausführungen zu Art. 103 I GG und § 261 StPO gelten für das Tat- und Revisionsgericht gleichermaßen. Lediglich im Hinblick auf § 24 I, II StPO muss eine Differenzierung vorgenommen werden. Bei dem Revisionsgericht muss der verständige Angeklagte es hinnehmen, dass Entscheidungsentwürfe im Zuge des Berichterstatterverfahrens – welches zweifellos kritikwürdig ist – verwendet werden. Denn hier kommt es, anders als bei dem Tatgericht, im Hinblick auf den Tatvorwurf nur auf Rechtsfragen an; zudem sind dem Gericht in der überwältigenden Mehrzahl der Fälle alle entscheidungserheblichen Komplexe bereits bekannt.

Christina Lemke*

Klausur Gesetzliche Schuldverhältnisse

Sachverhalt/Aufgabenstellung

Aufgabe 1

Erläutern Sie Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen (vertraglichen) Schuldverhältnissen.

Gehen Sie in Ihren Ausführungen insbesondere auf folgende Punkte ein:

- Definition und Wirkungsweise von Schuldverhältnissen im Allgemeinen,
 - Entstehungsgrund der beiden Arten von Schuldverhältnissen,
 - Zweck bzw. Ziel der beiden Arten von Schuldverhältnissen
 - Verhältnis der beiden Arten von Schuldverhältnissen zu privatautonomem Handeln der Beteiligten
- Nennen Sie zu b) bis d) jeweils Beispiele zur Veranschaulichung der einzelnen Aspekte.

Aufgabe 2

Doktorandin D tut sich mit dem Verfassen ihrer Doktorarbeit sehr schwer; sie sitzt nun schon seit ewigen Zeiten daran, hat aber noch kein einziges Wort geschrieben. Eines Tages begegnet sie ihrem Bekannten B, der ihr anbietet, dafür zu sorgen, dass sie ohne weitere Mühen einen Dokortitel bekommt. D müsse ihm dafür nur 20.000 € in bar zukommen lassen. Er, B, habe gute Kontakte zu Professor P, der alles Nötige in die Wege leiten werde, ohne dass D dafür einen Text abliefern müsse.

D fühlt sich zwar nicht hundertprozentig wohl bei der Angelegenheit; sie ignoriert ihre Bedenken jedoch, da ihr der Deal in Anbetracht der weiteren Jahre an mühevoller Arbeit an der Doktorarbeit, die sie sich damit ersparen kann, extrem verlockend erscheint. Dementsprechend händigt sie B den verlangten Betrag aus. Dieser versteckt die Hälfte des Bargelds zuhause an einem sicheren Ort und leitet die andere Hälfte an Professor P weiter, der ihm zugesagt hat, sich um die Ausstellung der Doktorurkunde zu kümmern.

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2017 von Jun.-Prof. Dr. Mareike Schmidt zur Vorlesung Gesetzliche Schuldverhältnisse an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Klausur wurde mit 16 Punkten (sehr gut) bewertet.

In den nächsten Wochen unterhält sich D mit dem befreundeten Jurastudenten J über die Angelegenheit. Dieser sieht das Geschäft sehr skeptisch. Seiner Meinung nach handelt es sich dabei um „eine ganz üble Geschichte“. Man könne sich seinen Dokortitel doch nicht einfach so kaufen, dann seien „diese zwei Buchstaben“ doch gar nichts mehr wert. Schließlich arbeiteten andere hart für einen solchen Titel – so wie D ursprünglich auch.

Nachdem ihr J so ins Gewissen geredet hat, kontaktiert D den B. Dieser informiert sie, dass sie sich nur noch ein wenig gedulden müsse. Professor P sei auf bestem Wege; bald werde sie die Doktorurkunde in den Händen halten. Doch darauf will sich D nun nicht mehr einlassen. Sie verlangt von B sofortige Rückzahlung der 10.000 €, die er für sich behalten hat. B hat das Geld zwar noch, weigert sich jedoch, es ihr zurückzuerstatten.

Da D nicht mehr weiß, was sie tun soll, wendet sie sich an Rechtsanwältin R. Von ihr erfährt sie, dass ein solcher „Titelkauf“ durch eine einschlägige landesrechtliche Vorschrift gesetzlich verboten ist. Auf diese Idee war D vorher nicht gekommen. Die Anwältin beruhigt sie, dass die Kenntnis einer solchen Vorschrift auch niemand von ihr verlangen könne. Gleichzeitig warnt sie D aber auch vor: wer sich auf „so einen krummen Deal“ einlasse, habe häufig keine besonders guten Karten.

Prüfen Sie in einem Rechtsgutachten, ob D von B aus dem Recht der GoA, dem Bereicherungsrecht und/oder dem Deliktsrecht Rückzahlung der 10.000 € verlangen kann.

Gehen Sie dabei (ggf. hilfsgutachterlich) auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ein. Sollten Sie zu dem Schluss kommen, dass die Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts oder des Deliktsrechts ausgeschlossen ist, dann merken Sie dies bei in Betracht kommenden Ansprüchen an der betreffenden Stelle im Gutachten an und prüfen Sie anschließend im Hilfsgutachten weiter.

Unterstellen Sie, dass der Vertrag zwischen D und B gemäß § 134 BGB nichtig ist.

Folgende Punkte sind nicht zu prüfen:

- Ansprüche aus Vertrag oder culpa in contrahendo (c. i. c.)
- Dingliche Ansprüche sowie
- Etwaige Gegenansprüche des B

Lösung

Aufgabe 1

Ein Schuldverhältnis ist grundsätzlich ein rechtliches Verhältnis zwischen zwei (oder mehr) Personen, bei dem die Parteien zumeist wechselseitig Leistungen voneinander verlangen können, mindestens aber eine Person von der anderen Leistung verlangen kann.

Die Wirkung der Schuldverhältnisse ist relativ, also nur zwischen den jeweiligen Parteien (*inter partes*).

Grundsätzlich herrscht das Prinzip der Privatautonomie, sodass sich die Parteien ihre Vertragspartner frei aussuchen können. Auf diesem Wege kommen auch die vertraglichen Schuldverhältnisse zustande. Hierfür braucht es (mindestens) zwei mit Rechtsbindungswillen abgegebene, aufeinander bezogene Willenserklärungen, das Angebot und die Annahme. So kommt (unter Beachtung der Bestimmung der *essentialia negotii* im Angebot) beispielsweise ein Kaufvertrag gem. § 433¹ zustande.

Maßgeblich für die vertraglichen Schuldverhältnisse ist mithin, dass diese aufgrund privatautonomer Entscheidungen nach Kontakt der Parteien entstehen.

Dagegen entstehen gesetzliche Schuldverhältnisse gerade nicht durch privatautonomes Handeln, sondern durch gesetzliche Anordnung. Dies ist z. B. an den gesetzlichen Schuldverhältnissen des Bereicherungsrechts, §§ 812 ff., oder des Deliktsrechts, §§ 823 ff., gut erkennbar.

Auch Vorschriften wie die Haftung des Anfechtenden (§ 122) oder des *falsus procurators* (§ 179) zeigen, dass gesetzliche Schuldverhältnisse gerade durch ihre Anordnung im Gesetz entstehen, und nicht durch Willenserklärungen mit entsprechendem Erklärungsbewusstsein.

Die unterschiedliche Entstehung lässt sich auf den Zweck der Schuldverhältnisse zurückführen. Während vertragliche Schuldverhältnisse dem Gütertausch dienen, dienen die gesetzlichen Schuldverhältnisse dem Güterschutz bzw. der Rückgängigmachung unbilliger Vorgänge i. R. d. Gütertauschs. Das Bereicherungsrecht beispielsweise befasst sich u. a. mit den unbilligen Folgen der Anfechtung eines Kaufvertrages aber der wirksamen Übereignung des Kaufgegenstandes (Trennungs- und Abstraktionsprinzip), indem es entsprechende Regelungen (z. B. § 812 I 1 Alt. 1) für die Rückabwicklung trifft.

Das Deliktsrecht als gesetzliche Schuldverhältnis modifiziert den Ausgangspunkt *casum sentit dominus* des

Rechtsverkehrs dahingehend, dass es bestimmte Rechtsgüter vor rechtswidrigen Eingriffen schützt.

Die GoA gem. §§ 677 ff. ordnet als gesetzliches Schuldverhältnis sogar potentiell entgegen des Parteiwillens (unberechtigte GoA, angemessene Eigengeschäftsführung) entsprechende Ansprüche für einen gerechten Interessenausgleich bei Eingreifen in fremde Rechts-/Interessenskreise an.

Insofern sind gesetzliche Schuldverhältnisse anders als Vertragliche auch dann möglich, wenn die Parteien vorher niemals miteinander in Kontakt standen. Alleine das Erfüllen des gesetzlichen Tatbestandes ist ausreichend.

Gesetzliche Schuldverhältnisse schränken privatautonomes Handeln der Beteiligten insoweit ein, während die Vertraglichen gerade das Ergebnis des privatautonomen Handelns sind bzw. dieses ermöglichen.

Andererseits wird mit den gesetzlichen Schuldverhältnissen gerade auch ein rechtlicher Rahmen geschaffen, in dem das privatautonome Handeln möglich bleibt und der Einzelne, z. B. durch den Rechtsgüterschutz im Deliktsrecht, vor unbilligen Folgen des privatautonomen Handelns anderer geschützt wird. Dieser Schutz ist am Beispiel des Deliktsrechts absolut in dem Sinne, dass ein entsprechendes Schuldverhältnis mit potentiell jedem zustande kommen könnte, der die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt. Ist das gesetzliche Schuldverhältnis aber entstanden, ist dessen Wirkung genau wie bei den vertraglichen Schuldverhältnissen *inter partes* beschränkt und das Schuldrecht AT anwendbar.

Insofern kann zusammenfassend gesagt werden, dass sowohl vertragliche als auch gesetzliche Schuldverhältnisse nach ihrem Entstehen die Wirkung zwischen den Parteien entfalten, dass (zumindest) eine von der anderen eine Leistung verlangen kann. Vertragliche Schuldverhältnisse kommen dabei aufgrund privatautonomer Entscheidungen zustande, Gesetzliche hingegen durch gesetzliche Anordnung. Die vertraglichen Schuldverhältnisse haben den Austausch von Leistungen/Gütern zum Gegenstand, die gesetzlichen Schuldverhältnisse dienen hingegen dem Güterschutz bzw. dem Interessenausgleich.

Vertragliche Schuldverhältnisse ermöglichen privatautonomes Handeln bzw. sind Ergebnis davon, gesetzliche Schuldverhältnisse schränken das privatautonome Handeln zumindest ein.

¹ Folgende Normen sind, soweit nicht anders gekennzeichnet, solche des BGB.

Aufgabe 2

A) Anspruch der D gegen B auf Rückzahlung der (noch bei B befindlichen) 10.000 €

I. aus §§ 677, 681 S. 2, 677 BGB

Ein Rückzahlungsanspruch könnte sich für D als Geschäftsherrin gegen B als Geschäftsführer aus §§ 677, 681 S. 2, 677 ergeben.

1. Geschäftsbesorgung

Zunächst müsste B ein Geschäft besorgt haben, wobei der Geschäftsbegriff weit zu verstehen ist. Umfasst wird jedes rechtsgeschäftliche und/oder tatsächliche Tätigwerden. Vorliegend leitete B den Kontakt zu Professor P ein, der der D eine Doktorurkunde ausstellen würde. Es liegt mithin ein tatsächliches Tätigwerden und somit eine Geschäftsbesorgung vor.

2. „Für einen anderen“

B müsste gem. § 677 auch für einen anderen, also vorliegend die D, tätig geworden sein.

a) Fremdheit des Geschäfts

Zunächst müsste das Geschäft hierfür fremd sein. Eine objektive Fremdheit läge vor, wenn das Geschäft schon nach dem äußeren Erscheinungsbild in den Rechts- und Interessenkreis eines anderen fielen. Das Beschaffen einer Doktorurkunde für die D betrifft schon äußerlich ihren Rechts- und Interessenkreis. Allerdings kam der B durch die Herstellung des Kontaktes zu P auch seinem eigenen Versprechen gegenüber der D nach, sodass die Geschäftsbesorgung auch seine Interessen berührt. Das Geschäft ist mithin auch-fremd. Diese eigene Pflichterfüllung des B ändert jedoch an der schon rein äußerlich bestehenden Fremdheit nichts, sodass bei dem auch-fremden Geschäft die Regelungen für ein objektiv fremdes Geschäft weiterhin anwendbar bleiben. Mithin ist die Fremdheit des Geschäfts gegeben.

b) Fremdgeschäftsführungswille

Der B müsste auch mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt haben. Dieser setzt sich zunächst aus dem Fremdgeschäftsführungsbewusstsein und dem Fremdgeschäftsführungswillen im engeren Sinne zusammen.

Problematisch ist vorliegend, dass der B mit seiner Geschäftsbesorgung seiner Pflicht aus dem nach § 134 nichtigen Vertrag nachgekommen ist. Insofern handelte er bei der Vornahme seiner Handlung grundsätzlich nur in seinem Interesse, die Pflicht aus dem nichtigen Vertrag zu erfüllen. Ein Handeln für die D und somit auch der entsprechende Fremdgeschäftsführungswille würden entfallen.

Im Rahmen der Rückabwicklung nichtiger Verträge ist dies jedoch umstritten. Bei objektiv als auch bei auch-fremden Geschäften wird der Fremdgeschäftsführungswille zunächst widerlegbar vermutet. Auch im vorliegenden Fall wäre dieser folglich grundsätzlich gegeben. Tatsächlich nach außen tretende Anzeichen, dass B gerade nur im Eigeninteresse handelt, ergeben sich nicht. Insofern läge die Voraussetzung des Fremdgeschäftsführungswillens auch bei nichtigen Verträgen vor. Dagegen spricht jedoch zunächst die bereits oben getroffene Bemerkung, dass es dem B, wie jedem Schuldner, vorrangig um die Erfüllung eigener Pflichten und somit nicht um die Führung eines fremden Geschäftes ging. Die Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens bei auch-fremden Geschäften ist ohnehin umstritten und gerade im vorliegenden Fall des nichtigen Vertrages fraglich.

Hinzu kommt, dass für die Rückabwicklung von (nichtigen) Verträgen das Bereicherungsrecht weitgehende Regelungen enthält, die gerade auch hinsichtlich der §§ 815, 817 abschließenden Regelungscharakter haben. Eine Anwendung der GoA würde bei nichtigen Verträgen diese Regelungen unterlaufen. Mithin sprechen die besseren Argumente dafür, nichtige Verträge nicht auch nach der GoA abzuwickeln und die Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens des auch-fremden Geschäftes im vorliegenden Fall wiederlegend zu verneinen.

c) Zwischenergebnis

B hat kein fremdes Geschäft geführt, mithin sind die Voraussetzungen der GoA nicht erfüllt.

Hilfsgutachten

Zu b)

Nähme man die Anwendbarkeit der GoA-Regelungen im vorliegenden Fall unter Voraussetzung des vermuteten Fremdgeschäftsführungswillens an, ergäbe sich folgender Prüfungsaufbau:

c) Zwischenergebnis Fremdgeschäftsführungswille

Der Fremdgeschäftsführungswille liegt vor, mithin hat B ein fremdes Geschäft geführt.

3. Ohne Auftrag/sonstige Berechtigung

B müsste dieses fremde Geschäft auch ohne Auftrag bzw. ohne sonstige Berechtigung geführt haben; er dürfte also keiner rechtlichen Verpflichtung zum Tätigwerden unterlegen haben.

Zwar gab es grundsätzlich den zwischen D und B geschlossenen Vertrag, dieser ist jedoch gem. § 134 von Anfang an nichtig, sodass sich hieraus auch keine Rechtspflichten des B ergeben haben. Er handelte mithin ohne Auftrag und/oder sonstiger Berechtigung.

4. Im Interesse und im Willen des Geschäftsherrn (berechtigte GoA)

B müsste auch im Interesse und im Willen der D gehandelt haben. Im Interesse des Geschäftsherrn ist alles, was rein objektiv nützlich für diesen ist. Bezüglich des Willens muss auf tatsächliche Äußerungen bzw. bei Fehlen dieser auf den mutmaßlichen Willen abgestellt werden. Vorliegend äußerte die D gerade bei Eingehen des „Vertrages“ ihren Willen dahingehend konkludent, dass der B den Kontakt zu P herstellt und die Ausstellung der Doktorurkunde in die Wege leitet. Auf den ersten Blick ist dies auch objektiv nützlich für D, da sie mit Dokortitel einen höheren akademischen Grad erhält und dadurch vermutlich mehr Ansehen und eventuell auch bessere Verdienstmöglichkeiten bekommt. Jedoch sind erkaufte Dokortitel bei ihrem Entdecken regelmäßig Skandale, die sich Rufschädigend und somit auch sehr negativ auswirken können. Ob solche Ereignisse, die nicht mit gewisser Wahrscheinlichkeit vorhergesagt werden können, auch unter die Umstände fallen, die für das Interesse der D maßgeblich sind, kann dahingestellt sein, sofern nur auf den wirklichen Willen abzustellen ist. Dies ergäbe sich durch eine teleologische Reduktion des § 683 S. 1. Für eine solche spräche, dass die GoA gerade die Privatautonomie einzelner und damit vorrangig deren Willen schützt. Eine Einschränkung der Beachtlichkeit des Willens ergibt sich lediglich aus § 678.

Insofern ist eine teleologische Reduktion angebracht und nur auf den Willen der D abzustellen. Dieser war gerade auch auf die Geschäftsbesorgung durch B gerichtet.

5. Rechtsfolge

Mithin lägen die Voraussetzungen der §§ 677, 681 S. 2, 677 vor. Gem. § 681 S. 2 ist B daher u. a. auch gem. § 667 zur Herausgabe desjenigen verpflichtet, was er zur Ausführung erlangt hat. Dies sind im vorliegenden Fall insbesondere die 10.000 €, die der B noch bei sich zu Hause versteckt hat.

6. Ergebnis

Insofern hätte die D – nähme man die Anwendbarkeit der GoA vorliegend an – einen Anspruch auf Herausgabe der 10.000 € gem. §§ 677, 681 S. 2, 677.

II. Anspruch gem. § 823 I BGB

Die D könnte gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung in Form der Naturalrestitution (§ 249) haben. Hierfür bräuchte es jedoch eine Verletzung einer des in § 823 I normierten Rechte bzw. Rechtsgüter; eine bloße Vermögensschädigung reicht hingegen nicht aus.

Vorliegend erlitt die D allerdings nur den Verlust von 10.000 €, sodass insofern lediglich eine Vermögensschädigung vorliegt. Mithin kann die D gegen B keine Ansprüche aus § 823 I geltend machen.

Gleiches gilt auch für etwaige Ansprüche aus § 823 II i. V. m. der landesrechtlichen Vorschrift, die den Titelkauf verbietet – wobei hier schon problematisch wäre, ob diese Vorschrift auch den Schutz der Titelkaufenden im Sinne einer Schutznorm bezwecken würde.²

III. Ansprüche aus Bereicherungsrechts, §§ 812 ff. BGB

1. Anspruch gem. § 817 S. 1 BGB

Die D könnte ein Anspruch auf Rückzahlung in Form der Herausgabe gegen B gem. § 817 S. 1 haben. Hierfür müsste B als Empfänger durch den bestimmten Leistungszweck gegen ein Gesetz oder die guten Sitten verstoßen haben. Dies scheint vorliegend zwar naheliegend, jedoch handelt es sich hier um Ansprüche, die aufgrund eines von Anfang an nichtigen Vertrages bestehen. Für § 817 dürfte aber der Vertrag gerade nicht nichtig sein, da insofern § 812 I 1 Alt. 1 (condictio indebiti) anzuwenden ist. Der Vertrag zwischen D und B ist jedoch schon nach § 134 nichtig. Insofern findet § 817 S. 1 keine Anwendung.

2. Anspruch gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB

D könnte jedoch einen Anspruch gem. § 812 I 1 Alt. 1 haben.

a) etwas erlangt

Hierfür müsste der B etwas erlangt haben. Dieses etwas kann jede vermögensrechtlich vorteilhafte Rechtsposition sein. Vorliegend erlangte der B Eigentum sowie Besitz an Geldwertzeichen in einer Gesamthöhe von 10.000 €. Insofern hat B etwas erlangt.

b) durch Leistung

B müsste die 10.000 € auch durch Leistung erlangt haben. Eine Leistung ist die bewusste und – im Gegensatz zur bloßen Zuwendung – zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens, wobei sich das Vorliegen einer Leistung aus Sicht des objektiven Empfängers bestimmt. Vorliegend zahlte D insgesamt 20.000 € an den B um ihrer Pflicht aus dem Vertrag nachzukommen. Mithin mehrte sie bewusst und zweckgerichtet das Vermögen des B, es liegt eine sog. Leistung solvendi causa vor.

c) ohne rechtlichen Grund

B müsste die 10.000 € auch ohne rechtlichen Grund erlangt haben. Als Rechtsgrund käme hier jedoch der Vertrag zwischen B und D in Betracht. Dieser ist jedoch gem. § 134 nichtig, insofern liegt kein Rechtsgrund vor, der dem B die 10.000 € zuschreibt. Diese Nichtigkeit be-

² Anmerkung zum Ergebnis aus dem Hilfsgutachten: Für einen Anspruch aus § 823 I bzw. II bedürfte es im Übrigen auch der Rechtswidrigkeit. Diese ist aber gerade aufgrund des Vorliegens der berechtigten GoA als Rechtsgrund nicht gegeben. Etwaige deliktische Ansprüche würden demnach auch an diesem Kriterium scheitern.

stand auch gerade schon bei Leistung der D, sodass B die 10.000 € auch ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

d) Keine Konditionssperren

Darüber hinaus dürfte die Kondition nicht ausgeschlossen sein. Vorliegend ist die Einschlägigkeit der Konditionssperren spezifisch für die *condictio indebiti* nicht ersichtlich. Jedoch könnten die Voraussetzungen der Sperre des § 817 S. 2 gegeben sein und diese analoge Anwendung finden.

aa) Analoge Anwendung des § 817 S. 2

§ 817 S. 2 schließt die Rückforderung des Geleisteten aus, sofern neben dem Empfänger auch der Leistende ein Gesetzes- oder Sittenverstoß zur Last fällt.

Hieraus ergibt sich zunächst, dass der gegen Gesetze bzw. Sitten verstoßende Leistende selbst dann nichts zurückfordern kann, wenn auch dem Empfänger ein Verstoß zur Last fällt. Wenn schon dies nicht möglich ist, muss a fortiori die Rückforderung des verstoßenden Leistenden gegen einen rechtstreu handelnden Empfänger ausgeschlossen sein. Zudem greifen diese Gedanken des § 817 S. 2 bei Verstößen i. S. d. § 817 S. 1. Wie bereits unter Gliederungspunkt III 1 dargelegt, ist der Anwendungsbereich des § 817 S. 1 jedoch auf solche Verstöße beschränkt, die nicht das gesamte Rechtsgeschäft erfassen und insofern die *condictio indebiti* einschlägig wäre. Dies sind in der Regel jedoch sehr viel schwerwiegendere Verstöße gegen die Rechtsordnung.

Wenn schon bei kleineren Verstößen des Leistenden bzw. des Leistenden und des Empfängers die Kondition ausgeschlossen ist, muss dies a fortiori auch bei den schwereren Verstößen, insbesondere der *condictio indebiti*, der Fall sein.

Aufgrund dieser Ratio ergeben sich gerade auch die planwidrige Regelungslücke und die vergleichbare Interessenlage, wie sie für die analoge Anwendung benötigt werden. Insofern findet § 817 S. 2 analoge Anwendung.

bb) Voraussetzungen des § 817 S. 2 (analog)

Für die Sperre der *condictio indebiti* müssten auch die Voraussetzungen des § 817 S. 2 erfüllt sein. Aufgrund der unter aa) erläuterten Ratio des § 817 reicht es aus, wenn dem Leistenden ein Gesetzes- bzw. Sittenverstoß zur Last fällt. Gegen die guten Sitten verstößt, wer gegen das Anstands- und Gerechtigkeitsgefühl der billig und gerecht Denkenden verstößt.

Vorliegend käme zunächst ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, namentlich der landesrechtlichen Vorschrift, welche den Titelkauf verbietet, in Betracht. Gegen diese hat D mit Eingehen des Vertrages eindeutig verstoßen. Jedoch müsste sie in Kenntnis dieses Verstoßes gehan-

delt bzw. sich dieser Kenntnis zumindest fahrlässig verschlossen haben.

Vorliegend kannte D die landesrechtliche Norm nicht, sodass positive Kenntnis ausscheidet. Als Jurastudentin hätte die D die Norm eventuell kennen müssen und sich mangels Nachforschung somit zumindest fahrlässig der Kenntnis verschlossen. Laut Sachverhalt musste jedoch selbst D die Norm nicht kennen, sodass sie auch keine fahrlässige Unkenntnis durch Sich-Verschließen hat. Der Gesetzesverstoß ist somit der D nicht vorwerfbar.

Jedoch könnte sie gegen die guten Sitten verstoßen haben. Ein Dokortitel ist mit sehr viel Arbeit verbunden, die die D durch den Kauf einfach umgangen hätte. Zudem ist der Arbeitsaufwand gerade dadurch gerechtfertigt, dass man mit der entspr. Doktorarbeit ein gewisses Expertenwissen erlangt, welches nach außen gerade ruffördernd durch den Titel ausgedrückt wird. Dabei wird es dem Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden entsprechen, dass ein Dokortitel auch gerade auf die reguläre, mit Arbeit verbundene Weise erworben wird, und nicht erkauft. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass andere i. d. R. von einer Person mit Doktorgrad erwarten werden, dass diese das o. g. Expertenwissen in wissenschaftlicher Arbeit errungen hat. Es widerspricht somit dem Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden, dass sich akademische Titel erkauft werden.

Anders als die positive Kenntnis der landesrechtlichen Norm muss die D zumindest die Umstände, aus der sich die Sittenwidrigkeit ergeben, erkannt haben. Die rechtliche Wertung hingegen muss nicht erfolgt sein.

D fühlte sich bei Vertragsschluss nichtwohl, was auf Kenntnis von eventuell fragwürdigen Umständen schließen lässt. Ihren Bedenken ging sie gerade deshalb nicht weiter nach, um sich weitere Arbeit zu ersparen. In Betracht der hohen Geldsumme sowie ihres mulmigen Gefühls hätte D jedoch erkennen können, dass der mit B geschlossene Vertrag nicht zwingend rechtens sein muss. Indem sie das nicht getan hat, verletzte sie zumindest die von ihr erwartbare, erforderliche Sorgfalt. Sofern aufgrund ihrer Bedenken die Kenntnis der sittenwidrigkeitsbegründenden Umstände nicht schon bejaht werden kann, verschloss sie sich diesen zumindest fahrlässig. Insofern kann ihr der Sittenverstoß auch vorgeworfen werden.

Insofern lägen auch die Voraussetzungen des § 817 S. 2 (analog) vor.

Fraglich ist, ob es zu einer Einschränkung des § 817 S. 2 (analog) kommen muss, da das Ergebnis im Hinblick auf das gleichsam verwerfliche Verhalten des B unbillig erscheint.

Eine solche Einschränkung traf die Rspr. früher in Schwarzarbeitsfällen, um den Arbeiter (Leistenden) die entstehende Unbilligkeit zu ersparen. Einer entsprechenden Einschränkung im vorliegenden Fall würde entgegenkommen, dass die D, anders als Schwarzarbeiter, bei Eingehen des Vertrages keine positive Kenntnis über dessen Nichtigkeit hatte und insofern sogar im Vergleich zum Leistenden in Schwarzarbeitsfällen noch schütz-würdiger erscheint. Dagegen spricht jedoch der eindeutige Regelungsgehalt des § 817 S. 1, S. 2. Der Gesetzgeber hat sich bewusst für die Konditionssperre entschieden, wenn es sich um einen Leistenden handelt, dem ein Sittenverstoß zur Last fällt. Im Übrigen ist die Rechtsprechung mittlerweile gerade auf Grund dieser Erwägung auch von ihrer Korrektur bei Schwarzarbeitsfällen abgewichen.

cc) Zwischenergebnis Konditionssperre

Insofern bleibt festzuhalten, dass die Sperre des § 817 S. 2 analog eingreift.

e) Zwischenergebnis zu § 812 I 1 Alt. 1

Mithin ist die Kondition gesperrt, die D hat keinen Rückzahlungsanspruch aus § 812 I Alt. 1.³

3. Zwischenergebnis Bereicherungsrecht

D hat gegen B keine Ansprüche auf Rückzahlung in Form der Herausgabe aus dem Bereicherungsrecht.

B) Endergebnis

Die D hat gegen B keine Ansprüche auf Rückzahlung der 10.000 € (außer im Hilfsgutachten, in dem sich der Anspruch aus der GoA ergibt).

³ Anmerkung zum Hilfsgutachten: Sofern mit dem Hilfsgutachten von einer berechtigten GoA ausgegangen wird, stellt diese im Bereicherungsrecht den Rechtsgrund dar, sodass insofern bereicherungsrechtliche Ansprüche schon alleine aufgrund des Vorliegens eines Rechtsgrundes scheitern würden.

Fynn Wenglarczyk*

Töten im Namen des Islam: Berücksichtigung religiöser und politischer Motive bei den Mordmerkmalen und der Strafzumessung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, „ob“ politische und religiöse Motive im Strafrecht überhaupt Berücksichtigung finden dürfen und „wie“ diese de lege lata berücksichtigt werden. Nach einer Analyse des Mordtatbestandes stellt die Arbeit normative Inkonsistenzen bei der Berücksichtigung von Motiven auf Tatbestandsebene fest und weist im Rahmen der Strafzumessung auf die Schwierigkeiten hin, einen Maßstab für die Bewertung religiöser und politischer Motive zu finden. Die Antwort auf die Frage des „Ob“ und des „Wie“ wird dabei abschließend unter Bezugnahme auf die Rechtsbegründungskonzeption Kants und das damit verbundene Verständnis des (Straf-)Rechts als Abgrenzung der äußeren Freiheitsrechte beantwortet.

* Stud. iur. an der Universität Hamburg, 8. Fachsemester. Der Beitrag beruht auf einer Examenshausarbeit, die der Verfasser im Rahmen des von PD Dr. Dorothea Magnus veranstalteten Seminars „Rechtsphilosophische Fragen des Strafrechts im Bereich religiös und politisch motivierter Gewaltdelikte“ im Sommersemester 2017 verfasst hat. Die Arbeit wurde mit „sehr gut“ (16 Punkte) bewertet.

Einführung

Der Islam ist kontrovers diskutiert. Allzu oft wird er durch das Erstarken der Terrororganisation „Islamischer Staat“ neben der Flüchtlingskrise vor allem mit islamistischem Terrorismus¹ in Zusammenhang gebracht und erfährt dadurch seine gesellschaftlich-politische Relevanz. Täter, die „im Namen des Islam“ überzeugt oder scheinbar altruistisch töten und in den „Heiligen Krieg“ ziehen, bedrohen die innere Sicherheit nicht nur Deutschlands.

Nach einer Übersicht des Bundesamts für Verfassungsschutz² gab es weltweit seit dem 26. Februar 1993 61 islamistisch-terroristische Anschläge – darunter 14, die deutsche Todesopfer zu beklagen hatten.

¹ Definitionsversuch *Kauffmann*, Terrorismus im Wandel, JURA 2011, 262 f.; *Hoffmann*, Terrorismus. Der unerklärte Krieg, 2001, 13 ff.

² *Bundesamt für Verfassungsschutz*, Übersicht ausgewählter islamistisch-terroristischer Anschläge, <https://www.verfassungsschutz.de/de/arbeitsfelder/af-islamismus-und-islamistischerterrorismus/zahlen-und-fakten-islamismus/zuf-is-uebersicht-ausgewaehelter-islamistisch-terroristischer-anschlaege> (3.5.2017).

Neben der kriminalpolitischen Aufgabe, diesen Gefahren zu begegnen, stellt sich für das Strafrecht die Frage nach der Bewertung derartiger Tötungsdelikte. Geht es dabei konkret um die Berücksichtigung der inneren Einstellung der Täter – ihrer Motive – so stellen sich intuitiv zunächst zwei assoziative Fragen:

1. Darf das Strafrecht solche Motive überhaupt für das Vorliegen eines Mordmerkmals oder für die Schärfung oder Milderung der Strafe berücksichtigen?

2. Wenn ja, wie können Motive überhaupt bewertet werden – vor allem, wenn sie auf abweichenden religiösen oder politischen Anschauungen basieren?

Die strafrechtlichen Probleme beginnen in der Einordnung spezifischer Motive in die seit jeher umstrittenen³ Mordmerkmale der Verwerflichkeit des Beweggrundes in § 211 Abs. 2 StGB und der Strafzumessung hinsichtlich einer etwaigen Milderung oder Schärfung der Strafe.

Die nachfolgende Arbeit will sich den angedeuteten Problemen in kritischer Würdigung annehmen. Die Beschäftigung mit der Frage nach der Berücksichtigung von Motiven des Täters führt dabei zwangsläufig in eine abstrakt-theoretische Erörterung.

Dabei münden die Probleme bei ihrer Aufarbeitung letztlich auch in Bereiche der Rechtsphilosophie. Aus dieser Perspektive soll am Ende eine umschließende Argumentation und Würdigung der strafrechtlichen Bezugnahme auf Motive des Täters angestrebt werden.

1. Berücksichtigung religiöser und politischer Tötungsmotive im Rahmen der Mordmerkmale

Dass namentlich im Zusammenhang mit terroristischen Anschlägen in Form von Sprengstoffanschlägen oder Flugzeugentführungen neben Motivmerkmalen der 1. und 3. Gruppe in der Regel auch Mordmerkmale der 2. Gruppe, sogenannte objektive Mordmerkmale, vorliegen können, ist zunächst einmal nicht notwendig, sondern zufallsbedingt.⁴

a) „Sonst niedrige Beweggründe“ als maßgebliches Mordmerkmal

Wenn es bei einem Tötungsdelikt um die Berücksichtigung von Motiven geht, so kommen daher vor allem die Mordmerkmale der Verwerflichkeit des Beweggrundes (1. Gruppe) sowie die der Verwerflichkeit des deliktischen Ziels (3. Gruppe) in Betracht.⁵

³ Nachweise unter 1. a).

⁴ Geilen, Das politische Attentat als „Mord“? – Tatbestandsprobleme des § 211 StGB im Spiegel des Terrorismus, in: Kaufmann u.a. (Hg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 613 (615).

⁵ Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 211 Rn. 7, 62.

Allerdings werden bei isolierter Betrachtung religiöser und politischer Motive die täterbezogenen Mordmerkmale der Mordlust, der Befriedigung des Geschlechtstriebs und der Habgier in der Regel ausscheiden, da diese derart bewusstseinsprägend sind, dass daneben nicht auch religiöse und politische Motive vorliegen können.⁶ Auch die Verdeckungs- und Ermöglichungsabsicht kommen wegen ihrer spezifischen deliktischen Zielsetzung nicht in Betracht, sodass es vor allem auf das Mordmerkmal der *sonst niedrigen Beweggründe* ankommen wird.

Nach gängiger Auffassung sind solche Beweggründe niedrig, „die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich sind.“⁷ Die Beurteilung der Beweggründe soll dabei stets einer Gesamtwürdigung unterfallen, in die „alle äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren“ einzubeziehen sind.⁸

Zwei Elemente scheinen auf den ersten Blick ausschlaggebend zu sein für die Frage nach dem Vorliegen eines *sonst niedrigen Beweggrundes*, und zwar erstens, dass der Beweggrund *verwerflich* sein muss und zweitens, dass dies durch eine *allgemeine sittliche Wertung* festgestellt werden soll.

aa) Konkretisierung des Verwerflichkeitsgedankens

Ein erster Blick auf die Konzeption der §§ 212, 211 StGB lässt erkennen, dass sich der erhöhte Unrechtsgehalt beim Mord entweder durch die Niedrigkeit der Motive, die besondere Gefährlichkeit oder inhumane Art der Tausführung oder die besondere Zielsetzung kennzeichnet und sich die Bewertung der Tat und der Motive gegenüber der vorher geltenden „Überlegungskonzeption“ nun an einem Verwerflichkeitsgedanken orientiert.⁹

Neben Erwägungen, den erhöhten Unrechtsgehalt des Mordtatbestands mit dem Gedanken einer besonderen Verwerflichkeit zu rechtfertigen, gab es Ansätze dergestalt, die Beweggründe seien Ausdruck einer besonderen Gefährlichkeit des Täters. Nach *Jakobs* ergäbe sich diese aus der Annahme, dass Täter, die mit verwerflichen Motiven wie beispielsweise der Mordlust handeln, auch weiterhin veranlagt seien, mit diesem Motiv zu töten.¹⁰ Dieser Ansatz stieß in der Literatur allerdings zu Recht auf

⁶ Vgl. v. Selle, Zur Strafbarkeit des politisch motivierten Tötungsverbrechens, NJW 2000, 992 (993).

⁷ BGHSt 3, 133; 35, 127; ähnl. BGHSt 50, 1, 8; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 211 Rn. 5; Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 211 Rn. 14 a.

⁸ BGHSt 35, 127; 47, 130.

⁹ Heine, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“. Eine erfahrungswissenschaftlich-strafrechtsdogmatische Untersuchung zur Motivgeneralklausel bei Mord, 1988, S. 18 ff., 23; Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 89.

¹⁰ Jakobs, Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in § 50 Abs. 2 und 3 StGB, NJW 1969, 489 (490).

Bedenken hinsichtlich des Schuldprinzips¹¹, als auch darauf, dass die gesteigerte Straferwartung bei § 211 StGB dann vor allem auf Präventionsgesichtspunkte gestützt würde.¹²

In der Rechtsprechung¹³ und Literatur¹⁴ wurde daneben oft das Missverhältnis von Mittel und Zweck zur Präzisierung der *sonst niedrigen Beweggründe* herangezogen. Allerdings wurden Vorwürfe erhoben, es handle sich beim Mittel-Zweck-Verhältnis um eine „manipulierbare Leerformel“, weil die Prüfung des Missverhältnisses regelmäßig zur Annahme eines *sonst niedrigen Beweggrundes* führen müsse und daher kein Erkenntnisgewinn zu erwarten sei.¹⁵ Zwar führte *Schroeder* aus, das Unrecht steige sozusagen proportional je geringwertiger das erstrebte Objekt, sodass es verwerflicher sei, jemanden *ohne* Grund zu töten, als *mit* irgendwelchen Gründen¹⁶, allerdings entferne man sich so dogmatisch zweifelhaft vom eigentlichen Begriffskern des „Beweggrundes“.¹⁷

Für *Heine*, der sich in seiner Monografie grundlegend mit dem Mordmerkmal auseinandersetzt, besteht die den *sonst niedrigen Beweggründen* zugrunde liegende Verwerflichkeit letztlich in einer in der Tat zum Ausdruck kommenden rücksichtslos-solipsistischen Interessenverwirklichung, die den Rechtswert des Lebens in absoluter Gleichgültigkeit degradiert. Diese solipsistische Rücksichtslosigkeit ist nach *Heine* auch „gemeinsamer Nenner“ aller Mordmerkmale, die sich am Verwerflichkeitsgedanken orientieren.¹⁸

Eine systematische Erwägung stützt die Gleichbehandlung der Mordmerkmale, nämlich, dass zwischen Beweggrund und Absicht nicht differenziert werden kann, denn „(...) ob T den O getötet hat, weil er eine vorangegangene Straftat verdecken wollte (dann ein Beweggrund), oder ob er ihn getötet hat, um diese Straftat zu verdecken (in diesem Fall Absicht)(,)“ ist nur eine willkürliche sprachliche Differenzierung, sodass die Motivmerkmale (1. Gruppe) und die Absichtsmerkmale (3. Gruppe) durchaus gemeinsam betrachtet werden können.¹⁹

In der Zusammenschau kommt die rücksichtslos-solipsistische Interessenverwirklichung dann auch zum Aus-

druck, indem das Leben, mit den Worten *Heines*, „(...) eher alltäglichen Interessen untergeordnet und dadurch in besonderem Maße relativiert(,)“ wird.²⁰

bb) Die allgemeine sittliche Wertung

Neben der Feststellung, dass das Mordmerkmal der *sonst niedrigen Beweggründe* immer dann vorliegen soll, wenn im Tötungsmotiv zum Ausdruck kommt, dass der Täter nur das eigene Ich gegenüber dem anderen Leben als einzig Wirkliches gelten lässt²¹ und in der Negation dieses Solipsismus – also bei Handeln aus altruistischen Motiven – verneint werden muss, ist eine *allgemeine sittliche Wertung* gefordert. Dieses Element zur Beantwortung der Frage, ob Tötungsmotive grundsätzlich, aber auch religiöse und politische Motive speziell, besonders verwerflich und somit verächtlich sind, evoziert die Frage nach Maßstäben und Anhaltspunkten für die Wertung.

Für eine sittliche Wertung spricht zunächst, dass diese gegenüber einer rechtlich-normativen weitgefassere Beurteilungsgrundlagen hat und die in Rede stehende Handlung im Einzelfall ganzheitlich bewerten kann.²² Dass auch der entscheidende Richter die nötige Kompetenz zur sittlichen, mithin auch zur ethischen Bewertung des Beweggrundes hat, lässt sich dabei aus der Forderung nach einer *allgemeinen* sittlichen Wertung rechtfertigen.²³

Einführend wurde aber schon angedeutet, dass nicht gleich auf der Hand liegt, wie mit abweichenden kulturellen, religiösen oder politischen Anschauungen umzugehen ist. Legte man sich nämlich auf die Wertentscheidungen Deutschlands fest, so ließe sich der Vorwurf der Intoleranz gegenüber abweichenden Vorstellungen erheben und das, obwohl die Bundesrepublik Deutschland doch gerade eine liberale Gesellschaft sei.²⁴

(1) Abweichende kulturelle Wertvorstellungen

Im Spannungsfeld zu dieser Frage stehen die Auffassung der neueren Rechtsprechung²⁵, wonach es für die Bewertung eines Beweggrundes objektiv auf die Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland ankommen müsse und der Auffassung, dass sich aufgrund der Wertpluralität der liberalen Gesellschaft in Deutschland keine Allgemeinverbindlichkeit von Werten ausmachen lasse.²⁶

11 Siehe zum Schuldprinzip *Kaufmann*, Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl. 1976, S. 127 ff., der strafrechtliche Schuld als sittliche Schuld versteht.

12 *Heine*, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, 1988, S. 196 ff.

13 BGH NJW 1954, 565; OGHSt 2, 392.

14 Z. B. *Schroeder*, Grundgedanken der Mordmerkmale, JuS 1984, 257 (277 f.); *Jakobs*, Niedrige Beweggründe, NJW 1969, 489.

15 *Heine*, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, 1988, S. 207.

16 *Schroeder*, Mordmerkmale, JuS 1984, 257 (277).

17 Vgl. *Saliger*, Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht, ZStW 1997, 302, (302, 308 f., 314, 316 f., 324).

18 *Heine*, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, 1988, S. 213, 217 ff., 221.

19 *Grünwald*, Tötungsdelikt, 2010, S. 94.

20 *Heine*, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, 1988, S. 213 ff.

21 *Schneider*, in: MüKo, StGB, 3. Aufl. 2016, § 211 Rn. 74.

22 *Kühl*, Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten, JA 2009, 833 (835); für eine rechtlich-sittliche Bewertung *Küper/Zopfs*, StGB, 9. Aufl. 2015, Rn. 154.

23 *Kühl*, JA 2009, 833 (835).

24 *Renzikowski*, Strafrecht in einer multikulturellen Gesellschaft, NJW 2014, 2539.

25 Erstmals BGH NJW 1995, 602; vorher sprach sich der BGH für eine objektive Berücksichtigung aus, z. B. BGH NJW 1980, 537.

26 Z. B. *Sonnen*, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 27.11.1979, JA 1980, 746 (747); *Köhler*, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 27.11.1979,

Der Perspektivwechsel der Rechtsprechung zur Außerachtlassung fremdkultureller Wertvorstellungen ist in der Literatur größtenteils auf Zustimmung gestoßen.²⁷ Gegen eine Berücksichtigung fremder Wertvorstellungen bei der Bewertung der Niedrigkeit der Beweggründe spreche nämlich nicht nur, dass das Strafrecht empfindlich an seiner Geltung verlore, wenn das Vorliegen eines Tatbestandes von individuellen Maßstäben abhänge, sondern auch, dass andernfalls Motive, die fremdkulturell als niedrig zu bewerten wären, nach den Wertvorstellungen der Bundesrepublik jedoch nicht, ebenfalls zur Annahme eines *sonst niedrigen Beweggrundes* führen müssten.²⁸

Allerdings ist eine Schwierigkeit bei dieser Ansicht noch nicht aus dem Weg geräumt. Selbst wenn eine täterprivilegierende objektive Berücksichtigung fremdkultureller Wertvorstellungen zunächst nicht in Betracht kommt, ist noch nicht gleich gesagt, dass mittels deutscher Wertvorstellungen einheitliche Ergebnisse getroffen werden könnten. Es geht hier um die objektive Feststellung allgemeinverbindlicher Werte. Denn gerade in freiheitlich-liberalen Gesellschaften wie der Bundesrepublik Deutschland ist ein einheitlicher sittlicher Wertekanon nicht auszumachen. Demnach müssten zwangsläufig auch abweichende Wertvorstellungen berücksichtigt werden.²⁹

Allerdings wird hier übersehen, dass niemals umfängliche Erkenntnis eines Wertesystems möglich ist. *Grünwald* zeigt anschaulich, dass gerade auch eine Berücksichtigung fremdkultureller Wertvorstellungen bei Blutrachetötungen und Ehrenmorden mit Bezugnahme auf die Rechtsordnung im Vergleich zu kulturellen Disparitäten einer Bezugnahme auf Sitten und Bräuche der Türkei zu keinem einheitlichen Ergebnis komme.³⁰

(2) Kritik

So einleuchtend eine soziaethische Wertung von Beweggründen mittels einer Bezugnahme auf sittliche Maßstäbe der Bundesrepublik Deutschland auch sein mag, ist eine kritische Würdigung unabdingbar.

Man muss sich vor Augen halten, dass die Höchststrafe des deutschen Strafrechts ohne normativ-rechtlichen Bezug auf einer an der Soziaethik ausgerichteten Deutung, also letztlich auf Gründen der Moralität, basiert.³¹ Daran anknüpfend lässt sich auch der Finger zur Mahnung vor einem Gesinnungsstrafrecht erheben. Das sittlich-geistige Verhalten, aus dem heraus der Täter die

Tat begangen hat³², kann nicht maßgeblich sein zur Steigerung des Unrechts, sondern allenfalls für gesteigerte „geistige Infragestellung des Rechts“ – die Schuld.³³

Daraus erwächst auch die grundsätzliche Problematik bei der Einbeziehung „alltagsmoralischer Vorstellungen“³⁴ in die Wertung der Motive. Bei einem Rückgriff auf sittliche Wertungen entscheidet sich der Richter womöglich aufgrund persönlicher tagespolitischer oder weltanschaulicher Präferenzentscheidungen und „je nachdem, ob 'der Feind gerade rechts oder links steht“³⁵. Auch eine Kategorisierung von Tötungsverbrechen im Namen politischer Überzeugungen durch Unterscheidung zwischen „lobenswertem Tyrannenmord“ und „verwerflichem Demokratenmord“³⁶ wird der Problematik nicht gerecht, sondern zwingt zu grundsätzlichen Bewertungen.³⁷

Zu grundsätzlichen Bewertungen stößt eine *allgemeine sittliche Wertung* selbst mit Überbrückung pauschaler Ergebnisse durch eine Unterscheidung zwischen egoistischen und altruistischen Motiven vor allem auch bei Gewissens- und Überzeugungstätern.³⁸

Demjenigen, der aus religiöser oder politischer Überzeugung tötet, kann nämlich weder mit einer Differenzierung zwischen altruistischen und egoistischen Motiven noch mit dem Erfordernis, er müsse sich der Umstände bewusst sein, die die Niedrigkeit seines Beweggrundes ausmachen, begegnet werden. Eine Differenzierung stößt hier an ihre Grenzen. Gewissens- und Überzeugungstäter sind sich der Umstände ihrer Beweggründe durchaus bewusst, aber Handeln dennoch, weil sie ihre Wertentscheidungen für richtig und die anderer Rechtsgemeinschaften für falsch halten oder sogar wegen eines Gewissenskonfliktes handeln.³⁹

Pauschale Bewertungen lassen sich letztlich nicht umgehen. Die Unterscheidung zwischen altruistischen und egoistischen Motiven fußt ja gerade auf der *allgemeinen*

³² Dazu insbesondere *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 217 ff.

³³ *Timm*, Gesinnung und Straftat. Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht, 2012, S. 157, 165.

³⁴ *Grünwald*, Tötungsdelikt, 2010, S. 98.

³⁵ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte Lehrbuch, 9. Aufl. 2003, § 2 III Rn. 38.

³⁶ Siehe hierzu *Stock*, Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag, SJZ 1947, 530; *Zinn*, Der politische Mord, SJZ 1948, 141; *Radbruch*, Der politische Mord. Zinn contra Stock, SJZ 1948, 311; *Jagus*, Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone zur vorsätzlichen Tötung, SJZ 1949, 324.

³⁷ *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 29. Aufl. 2014, § 211 Rn. 20 m. w. N.

³⁸ Unmöglichkeit einer Unterscheidung zwischen Gewissens- und Überzeugungstätern *Lange*, Die politisch motivierte Tötung, 2007, S. 234; a. A. *Radtke*, GA 2000, 22.

³⁹ *Lange*, Die polit. motivierte Tötung, 2007, S. 234 f; *Streng*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hg.), StGB, 3. Aufl. 2010, § 46 Rn. 52.

JZ 1980, 238 (239).

²⁷ Anstatt vieler *Trück*, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 10.9.2003, NSTZ 2004, 497; vgl. auch *Grünwald*, Tötungen aus Gründen der Ehre, NSTZ 2010, 1 (9).

²⁸ *Kühl*, JA 2009, 833 (835).

²⁹ *Sonnen*, JA 1980, 746 (747); *Köhler*, JZ 1980, 238 (240).

³⁰ *Grünwald*, NSTZ 2010, 1 (3).

³¹ *Grünwald*, Tötungsdelikt, 2010, S. 113, 118.

sittlichen Wertung und kann daher auch beim religiösen oder politischen Attentat nur zwischen Handeln in sittlich zu bewertender Eigensucht und Handeln zu fremdnützigen Zwecken unterscheiden.

(3) Einordnung am Beispiel islamistisch-terroristischer Anschläge

Dennoch stehen für konkrete Aussagen zunächst das Leitprinzip der rücksichtslos-solipsistischen Interessenverwirklichung und die damit einhergehende *allgemeine sittliche Wertung* zur Verfügung.

Ob bei Tätern, die „im Namen des Islam“ töten, ein *sonst niedriger Beweggrund* vorliegt, entscheidet sich also durch eine Differenzierung zwischen nach sittlicher Wertung zu qualifizierende egoistische oder altruistische Tatantriebe.⁴⁰

Regelmäßig wird es den Tätern dabei auf bestimmte Zwischen- und Fernziele ankommen, die über die unmittelbare Tatbestandsverwirklichung hinausgehen.⁴¹

Bei terroristischen Anschlägen, die sich in der „zufälligen, unterschiedslosen und deshalb willkürlichen Tötung unbeteiligter Menschen“ durch die Verwendung undifferenzierter Tatmittel äußern, würde man um die Bewertung als niedrig und besonders verwerflich nicht umhinkommen. Fernziele wären in diesem Fall die Destabilisierung des Gesellschaftssystems zur Beseitigung des westlich geprägten Wertesystems oder die Erschütterung des Vertrauens der Gesellschaftsmitglieder in den Staat durch eine Instrumentalisierung „unbeteiligter“ Menschenleben.⁴² Die Täter negieren dabei konstitutive gesellschaftliche Wertentscheidungen und wollen „im Namen des Islam“ und der damit einhergehenden Gesellschaftsordnung durch die scheinbar altruistische Tötung „Ungläubiger“ ihre Ziele verwirklichen.⁴³

Demgegenüber könnte ein Beweggrund im Zweifel nicht als niedrig bewertet werden, wenn der Täter in der Wahrnehmung von Allgemeininteressen tötet.⁴⁴ Allerdings müsste es sich dann auch um ein vertretbares Allgemeininteresse handeln, weil ansonsten die *allgemeine sittliche Wertung* überhaupt nicht zum Ergebnis eines Allgemeininteresses kommen kann.⁴⁵

40 Zusammenfassende Darstellung speziell politischer Motivationen bei *Zielke*, Politische Motivation als niedriger Beweggrund im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB, JR 1991, 136; *ders.*, Replik: Die Niedrigkeit politischer Motive nach § 211 Abs. 2 StGB, JR 1992, 230.

41 *Lange*, Die polit. motivierte Tötung, 2007, S. 202 f.

42 *V. Selle*, Zur Strafbarkeit des polit. motiv. Tötungsverbrechens, NJW 2000, 992 (996).

43 Vgl. auch *Schneider*, in: MüKo, StGB, 3. Aufl. 2016, § 211 Rn. 90.

44 *V. Selle*, Zur Strafbarkeit des polit. motiv. Tötungsverbrechens, NJW 2000, 992 (996).

45 Vgl. *Geilen*, in: FS-Bockelmann, 1979, S. 613 (640).

Diese differenzierte Wertung zwischen negativen egoistischen und positiven altruistischen Motiven erscheint auf den ersten Blick zwar einleuchtend, aber orientiert sich doch wieder anhand bedenklicher moralisierender Erwägungen.⁴⁶

Natürlich könnte mit einer *allgemeinen sittlichen Wertung* nicht ernsthaft bestritten werden, dass die Motive des Täters bei religiös oder politisch motivierten Tötungen in Form von Terroranschlägen niedrig sind. Neben der in der Tat zum Ausdruck kommenden Negierung des menschlichen Lebens zur Verwirklichung eigener religiöser und politischer Zwecke (rücksichtslos-solipsistisches Leitprinzip) kommen gerade auch die Missachtung grundlegender Wertentscheidungen (*allgemeine sittliche Wertung*) wie beispielsweise Ausländerfeindlichkeit zum Ausdruck.⁴⁷

Allerdings ist bei näherer Betrachtung doch gleichsam festzustellen, dass eine innere Überzeugung, die sogar bis zur Selbstopferung führen kann, nicht durch eine Unterscheidung mittels des konkretisierten Verwerflichkeitsgedankens in die Kategorien „egoistisch = niedrig“ und „altruistisch = achtenswert“ bewertet werden kann. Sie ließe die komplexe innere qualitative Einordnung der Tat aus Sicht des Täters außer Acht und ist in diesem Sinne zu vordergründig.⁴⁸ Denn der Zusammenhang zwischen Handeln im Allgemeininteresse und der sittlichen Wertung, die nur dieses Handeln als achtenswert qualifizieren kann, lässt gewissermaßen außer Acht, dass auch in vermeintlichem Allgemeininteresse gehandelt werden kann.

cc) Normative Inkonsistenzen und weitere kritische Würdigung

Bei systematisch-dogmatischer Betrachtung der Mordmerkmale ist auch noch auf eine normative Inkonsistenz des Mordtatbestandes hinzuweisen.

Wenn den Motiven *de lege lata* überhaupt eine Bedeutung zugemessen werden soll, so ist nicht einleuchtend, warum dies nicht auch für die objektiven Mordmerkmale der 2. Gruppe gelten soll. Denn wenn die Motive des Täters stets beachtlich für die Begründung des Mordes sein sollen, so müssten „achtenswerte“ Motive die unrechtssteigernde Qualität der objektiven Mordmerkmale beispielsweise ebenfalls ausschließen können.⁴⁹

Wohl zu Recht wird daher auch Ersetzung des Mordmerkmals durch „objektivierbare Klauseln“⁵⁰ oder so-

46 *Grünwald*, Tötungsdelikt, 2010, S. 121.

47 Vgl. auch *Lange*, Die polit. motivierte Tötung, 2007, S. 77 f.

48 Vgl. *Lange*, Die polit. motivierte Tötung, 2007, S. 234, 243; *Geilen*, in: FS-Bockelmann, 1979, S. 613 (640).

49 *Köhler*, Zur Strafbarkeit des Mordes bei „außergewöhnlichen Umständen“ – BGHSt 30, 105, JuS 1984, 762 (765).

50 *Heine*, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, 1988, S. 282.

gar Streichung *de lege ferenda*⁵¹ gefordert. Am Ende wird die große Reichweite des Merkmals durch seine „Bezogenheit auf Moralität statt Rechtlichkeit“⁵² nicht konsequent eingeschränkt werden und sich gegenüber der Kritik nicht behaupten können, das Mordmerkmal sei nur ein „moralischer Blankettbegriff, für einen nach allen Seiten offenen Bewertungsspielraum, der dem Bestimmtheitsgebot, dem Gleichheits- und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“⁵³ widerspreche.

b) Zwischenergebnis

Religiöse und politische Motive werden im Rahmen der Mordmerkmale vor allem bei den *sonst niedrigen Beweggründen* berücksichtigt und führen bei terroristischen Anschlägen im Wege einer durch die sittliche Wertung evozierten Unterscheidung in altruistische und egoistische Interessenverwirklichung zur Niedrigkeit.

Durch die vorstehende Erörterung der Problematik sittlicher Wertung wurde hier schon ein Schwerpunkt dieser Arbeit deutlich. Wenn das Strafrecht Bezug nimmt auf die innere Einstellung des Täters, so ist immer nach den angelegten Maßstäben und der Legitimität einer solchen Bezugnahme überhaupt zu fragen.

2. Berücksichtigung religiöser und politischer Tötungsmotive im Rahmen der Strafzumessung

Der Strafzumessung muss notwendig die Feststellung einer Strafbarkeit vorausgehen, sodass zunächst darauf hinzuweisen ist, dass, sofern bei einem Tötungsverbrechen religiöse und politische Motive zur Annahme eines *sonst niedrigen Beweggrundes* führen, eine Strafzumessung durch die in § 211 Abs. 1 StGB vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe nicht mehr stattfinden kann.

Zunächst erfolgt ein kurzer Überblick zu den hier relevanten Grundlagen der Strafzumessung, vor allem also dem Schuldprinzip.

a) Systematik und Grundlagen der Strafzumessung

Aus § 46 Abs. 1 StGB ergibt sich, dass „die Schuld des Täters Grundlage für die Zumessung der Strafe“ ist.

Neben dem Schuld begriff der Vorwerfbarkeit des tatbestandlichen Verhaltens, also der Verantwortung des Individuums für normwidriges Verhalten im Sinne eines „Anders-Handeln-Könnens“⁵⁴, bezieht sich der Schuldbe-

griff im Rahmen des § 46 Abs. 1 StGB auf den Grad der Rechtsfriedensstörung durch die Tat.⁵⁵

Dieser als Strafzumessungsschuld bezeichnete Schuld begriff ist allerdings von dem der Schuldbegründung nicht völlig unabhängig, die Wertungsbasis aber wesentlich weiter gefasst.⁵⁶ Mit der Strafzumessungsschuld soll nämlich all das erfasst werden, was dem Täter in Bezug auf die begangene Tat vorzuwerfen ist. Die Strafe richtet sich dann neben Präventionszwecken – schuldangemessen – an dem Maß der Vorwerfbarkeit des tatbestandsmäßigen Unrechts.⁵⁷

Zu bedenken ist dabei, dass dem Täter die rechtswidrige Tat und nicht seine Persönlichkeit oder Lebensführung zum Vorwurf gemacht wird, sondern die Persönlichkeit sowie Umstände, die zeitlich weiter vor oder nach der Tat liegen nur insoweit, als dass sie sich in Beziehung zur Tat erfassen lassen.⁵⁸

Der BGH bringt diese Erwägungen zum Ausdruck, wenn er als Grundlagen der Strafzumessung „die Schwere der Tat in ihrer Bedeutung für die verletzte Rechtsordnung und de[n] Grad der persönlichen Schuld“ sieht.⁵⁹ Beide Elemente sind bei der Strafzumessung miteinander verknüpft, denn die Schwere des Unrechts indiziert die Schwere der Schuld.⁶⁰

Dieser knappe Überblick über die Strafzumessung lässt die wesentlich zu beantwortende Frage in diesem Teil der Arbeit schon vermuten. Wenn Grundlage für die Zumessung der Strafe die Tatschuld ist und damit erfasst werden soll, wie sehr sich in der Tat und die sich darin ausdrückende Täterpersönlichkeit eine Rechtsfriedensstörung feststellen lässt, muss maßgeblich beantwortet werden, ob religiöse und politische Motive überhaupt erhöhte individuelle Schuld begründen können.

Für diese Feststellung ist wiederum eine Wertung erforderlich. Das BVerfG bringt demgemäß zum Ausdruck, dass die Strafe an ein „sozialethisches Unwerturteil“⁶¹ anknüpft, sodass auch hier die Frage nach Maßstäben und Anknüpfungspunkten evoziert wird.

51 Arzt/Weber u. a., Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 3. Aufl. 2015, § 2 Rn. 73.

52 Kelker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007, S. 609.

53 Kargl, Gesetz, Dogmatik und Reform des Mordes (§ 211 StGB), StraFo 2001, 365 (368).

54 Vgl. BVerfGE 20, 331; BGHSt 2, 194, 200 f.

55 Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Palhin (Teil I), ZStW 1987, 349 (388).

56 Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 29. Aufl. 2014, § 46 Rn. 9a; Werner, Zum Status fremdkultureller Wertvorstellungen bei der Strafzumessung, 2016, S. 67.

57 Schäfer/Sander u. a., Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. 2012, Rn. 574 f.

58 BGH NStZ-RR 2001, 295.

59 BGHSt 20, 266.

60 Vgl. BGH StV 1983, 332, 333; Theune, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 5.

61 BVerfGE 96, 245, 249.

b) Anknüpfungspunkte der Bewertung

Hinsichtlich möglicher Anknüpfungspunkte hat das Gesetz in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB bereits beispielhaft einige strafzumessungserhebliche Umstände genannt, die für den wertenden Akt Grundlage sein sollen.⁶² Der BGH führt hierzu aus, dass die genannten strafzumessungserheblichen Umstände in Abs. 2 S. 2 solche sind, „die das Geschehen orientiert am regelmäßigen Erscheinungsbild des Delikts milder oder schwerer erscheinen lassen“.⁶³

Die strafzumessungserheblichen Umstände der „Beweggründe und Ziele des Täters“ nach § 46 Abs. 2 StGB meinen nach allgemeiner Auffassung Ursachen und Anreize für die Tat sowie Motive im weitesten Sinne.⁶⁴ Mit der „Gesinnung, die aus der Tat spricht“ ist hingegen die grundsätzliche Einstellung des Täters zur Tat gemeint.⁶⁵ Es ist aber darauf hinzuweisen, dass zwischen Tatgesinnung und Beweggründen, Zielen und Motiven der Tat wegen ihres Zusammenhangs und der im Gesetz nur exemplarisch angelegten Aufzählung relevanter Umstände eine Unterscheidung nur bedingt möglich ist, sodass diese nachfolgend weitgehend nicht stattfindet.⁶⁶

Nach den Worten *Bruns* geht es bei den Strafzumessungstatsachen in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB der Beweggründe und der in der Tat zum Ausdruck kommenden Gesinnung im Gegensatz zum äußeren Erscheinungsbild der Tat um deren „unmittelbare seelische Wurzeln, die ‚innere Persönlichkeitshaltung‘ des Täters“.⁶⁷ Eine „rechtliche Bewertung“ dieser „seelischen Wurzeln“, so *Bruns* weiter, muss einer „vulgär-moralisierenden Bewertung“ vorgehen, wobei er zugibt, dass das „Gesetz dazu keine Stellung nimmt“.⁶⁸

Festgestellt werden kann bis hierher, dass nach dem Gesetzeswortlaut religiöse und politische Motive durchaus strafzumessungsrelevante Faktoren sind. Allerdings lässt sich ohne einen Bezugspunkt für die Wertung eine konkrete Berücksichtigung in Richtung Strafschärfung oder Strafmilderung nicht vornehmen.

aa) Wertmaßstäbe

Wenn die staatliche Strafe als *ultima ratio* für den Rechtsgüterschutz die Reaktion auf die Enttäuschung *rechtlicher* Erwartung ist, dann scheinen moralisierende Erwägungen für eine Bewertung zunächst unzugänglich.⁶⁹

⁶² *Miebach/Maier*, in: MüKo, StGB, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 182; zur Verwendung der Begriffe „Strafzumessungstatsachen“ u. „Strafzumessungsumstände“ *Werner*, Zum Status fremdkulturell. Wertvorstellungen, 2016, S. 68.

⁶³ BGH NStZ 2006, 96.

⁶⁴ *Miebach/Maier*, in: MüKo, StGB, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 183.

⁶⁵ *Timm*, Gesinnung und Straftat, 2012, S. 90f.; *Miebach/Maier*, in: MüKo, StGB, § 46 Rn. 193.

⁶⁶ *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 29. Aufl. 2014, § 46 Rn. 16; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 552.

⁶⁷ *Bruns*, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, S. 210.

⁶⁸ ebd., S. 210f.

⁶⁹ *Frisch*, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Straf-

zumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Palhin (Teil II), ZStW 1987, 751 (767); vgl. auch *Timm*, Gesinnung und Straftat, 2012, S. 90.

Wenn aber nun eine rechtliche Bewertung erfolgen sollte, so ist ein Rückgriff auf moralische Erwägungen für die Feststellung der „Schwere der Schuld“ nicht *per se* ausgeschlossen, sofern diese Erwägungen auch Teilaussage der Rechtsordnung sind, auf die sich die rechtsgutsverletzende Handlung bei der Zumessung der Strafe ja letztlich auch bezieht.⁷⁰

Anknüpfungspunkt der Bewertung der „unmittelbare[n] seelischen Wurzeln“ soll also zunächst die Abweichung von den Wertungen der Rechtsordnung, also von denen, die sich aus dem Gesetz selbst ergeben, sein.⁷¹ Dies ist auch insoweit sinnvoll, da sich der Widerspruch zu dem durch das Gesetz aufgestellten Normbefehl (hier: du sollst nicht töten) in den Auswirkungen des im Schutzbereich liegender Werte besser fassen lässt als die „Verletzung *irgendwelcher* anderer Werte oder eine hinter dem Delikt stehende Motivation“.⁷²

Daneben lassen sich hinsichtlich der „Bedeutung für die verletzte Rechtsordnung“ dann aber auch Wertungen aus den verfassungsmäßigen Wertentscheidungen des Grundgesetzes entnehmen, wenn diese insoweit und in Anknüpfung an präventionsrelevante Strafzwecke für das gesellschaftliche Zusammenleben bedeutsam sind.⁷³ Das lässt sich auf den Bezug auf das Sittengesetz in Art. 2 I GG und § 228 StGB stützen⁷⁴, und dann auch auf die Forderung nach einem „sozialethischen Unwerturteil“ zurückführen, sodass sozialethische Maßstäbe durchaus wertungsrelevant sind, im Rahmen der Strafzumessung richtigerweise aber nur, insofern sie den „Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt“⁷⁵ entsprechen.

bb) Berücksichtigung am Beispiel islamistisch-terroristischer Anschläge

Ob religiöse oder politische Tötungsmotive nun also strafschärfend oder strafmildernd berücksichtigt werden, richtet sich durch eine Abwägung der Umstände in § 46 Abs. 2 StGB nach sozialethischen Maßstäben.

Für konkrete Aussagen müssen die Motive nun allerdings veranschaulicht werden, weil ansonsten die notwendigen Rückschlüsse aus dem äußeren Tatgeschehen

zumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Palhin (Teil II), ZStW 1987, 751 (767); vgl. auch *Timm*, Gesinnung und Straftat, 2012, S. 90.

⁷⁰ Vgl. *Frisch*, ZStW 1987, 751 (767); *Theune*, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 83.

⁷¹ *Frisch*, ZStW 1987, 751 (767).

⁷² Vgl. *Frisch*, ZStW 1987, 751 (766).

⁷³ Vgl. *Roxin/Arzt/Tiedemann*, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2016, S. 2f.

⁷⁴ Vgl. *Kühl*, JA 2009, 836.

⁷⁵ BGH NJW 1995, 602f.

auf die psychischen Wurzeln der Tat nicht gezogen werden können.⁷⁶

In diesem Sinne sollen wieder islamistisch-terroristische Anschläge zur Veranschaulichung genutzt werden, weil „Töten im Namen des Islam“ vor allem diese Kriminalitätsform suggeriert.

In Anknüpfung an das oben Erörterte werden Terrorakte hier vor allem verstanden als die willkürliche Tötung unbeteiligter Gesellschaftsmitglieder zur Verfolgung über die Tatbestandsverwirklichung hinausgehender Fernziele, insbesondere gerade die Unterminierung des Rechts.⁷⁷

Eine Strafmilderung kann bei religiös und politisch motivierten Terrorakten zunächst allein schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil sich in der Tat exemplarisch die in § 46 Abs. 2 StGB enthaltenen „symbolischen“⁷⁸ rassistischen, fremdenfeindlichen und menschenverachtenden Beweggründe widerspiegeln. In Anlehnung an die Wertungen im Rahmen der Mordmerkmale kommt im terroristischen Anschlag gerade die absolute Missachtung des menschlichen Lebens zum Ausdruck und ist rücksichtslos-solipsistisch sowie im Hinblick auf Wertentscheidungen des Grundgesetzes aus Perspektive der Rechtsgemeinschaft verachtenswert.⁷⁹

Die Wertungen für das Vorliegen eines *sonst niedrigen Beweggrundes* und einer Strafschärfung fallen hier denn auch zusammen. Sofern rassistische, fremdenfeindliche oder menschenverachtende Beweggründe vorliegen, wird in der Regel bereits § 211 StGB verwirklicht sein. Dadurch, dass eine Strafzumessung dann notwendigerweise schon vorgezogen werden muss, kann darüber hinaus bei der Bewertung der Beweggründe die sittliche Wertung im Rahmen des § 211 StGB herangezogen werden, wobei die Grenze des § 46 Abs. 3 StGB zu beachten ist. Insoweit hilft eine Unterscheidung in rücksichtslos-solipsistische Interessenverwirklichung und achtenswertes oder jedenfalls begreifliches Handeln im Allgemeininteresse.⁸⁰

Dadurch ergibt sich auch die Schnittstelle zur Strafmilderung bei religiösen und politischen Tötungsmotiven. Neben dem Terroranschlag, bei dem eben in der Instrumentalisierung der Tötung Unbeteiligter ein Verhalten zum Ausdruck kommt, das von der Gemeinschaft als verächtlich angesehen wird und daher niemals schuld mindernd gewertet werden kann⁸¹, sind Attentate denkbar, die nicht willkürlich ausgewählte Unbeteiligte treffen, sondern Verantwortliche für gesellschaftliche

Misstände. Insofern wäre ein Handeln in vertretbarem Allgemeininteresse und mithin aus altruistischen Motiven nicht von vornherein ausgeschlossen und könnte potentiell strafmildernd berücksichtigt werden.⁸²

(1) Gewissens- und Überzeugungstäter

Zu denken ist bei Tätern, die „im Namen des Islam“ töten aber über eine grundsätzliche Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung und über einen etwaigen Verbotsirrtum nach § 17 StGB aufgrund religiöser oder politischer Indoktrination⁸³ hinaus daran, dass zu den Motiven des Täters und somit zu seiner „sittlichen Schuld“⁸⁴ auch seine Überzeugung und sein Gewissen gehört.⁸⁵ Das Besondere bei dieser Tätergruppe liegt gerade darin, dass die womöglich durch sozialetische Wertung gesteigerte Schuld durch ein achtenswertes politisches, sittliches oder eben religiöses Motiv ausgeglichen werden könnte.⁸⁶

Weiterhin besonders ist, dass bei Gewissens- und Überzeugungstätern für das Maß der Schuld nicht danach gefragt werden kann, wie sehr sich in der Tat eine vorwerfbare Missachtung der Rechtsordnung, also eine Rechtsfriedensstörung, feststellen lässt, weil sich gegenüber einer Gewissensentscheidung oder einer ersten inneren Überzeugung der Geltungs- und Normbefolgungsanspruch des Gesetzes als völlig wirkungslos erweist.⁸⁷

Wesentlich für die Strafzumessung muss aber dennoch sein, dass die Voraussetzungen für die Bewertung solcher religiösen und politischen Überzeugungen oder Gewissenszwängen nach den Maßstäben der oben aufgestellten Grundsätze gewahrt werden und insofern auf rechtliche und sittliche Normen zurückgegriffen werden muss und nicht auf die politischen Anschauungen oder religiösen Inhalte selbst.⁸⁸ Der Gewissens- oder Überzeugungstäter kennt nämlich in der Regel die Gültigkeit der Norm, die er übertritt und es „(...) kann nicht sittliche Pflicht sein gegen ein jedes Strafgesetz zu handeln, sofern es sich vor dem eigenen Gewissen nicht zu rechtfertigen vermag, weil mit der daraus sich ergebenden Auflösung aller rechtlichen Ordnung auch alles sittliche Leben untergehen würde.“⁸⁹

Für die Bewertung von Taten, die „im Namen des Islam“ verübt werden und sich als ernste innere Überzeugung

⁷⁶ Vgl. BGH StV 1993, 521.

⁷⁷ Vgl. v. Selle, NJW 2000, 992 (996) u. Kauffmann, JURA 2011, 257 ff.

⁷⁸ Vgl. Miebach/Maier, in: MüKo, StGB, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 187.

⁷⁹ Ebd., § 46 Rn. 186.

⁸⁰ Vgl. Theune, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 84.

⁸¹ BGHSt 8, 162.

⁸² Vgl. v. Selle, NJW 2000, 992 (996).

⁸³ Theune, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 113.

⁸⁴ Kaufmann, Schuldprinzip, 2. Aufl. 2016, S. 137 f.

⁸⁵ Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 29. Aufl. 2014, § 46 Rn. 15.

⁸⁶ BayObLG MDR 1976, 946; NJW 1980 2424, 2425.

⁸⁷ Miebach/Maier, MüKo, StGB, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 186.

⁸⁸ Vgl. Kaufmann, Schuldprinzip, 2. Aufl. 2016, S. 137 ff.; Theune, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 107.

⁸⁹ Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Erster Band. Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren, 1881, S. 530.

gung oder Gewissensentscheidung darstellen, ist also auch hier auf sozialetische Maßstäbe zurückzugreifen. Dies zeigt sich ferner auch in den Lösungsansätzen im Schrifttum⁹⁰ sowie der Rechtsprechung des BVerfG⁹¹.

Danach handelt der Gewissenstäter aus dem Gefühl unbedingter Verpflichtung.⁹² Die Übertretung der Rechtsnorm ist dabei Ausdruck einer Gewissensentscheidung, die auf persönlichen, mithin auch religiösen oder ethisch-moralischen Auffassungen beruht.⁹³ Die Gewissenstat kann dabei zwar weder entschuldigt oder gerechtfertigt sein, weil die Geltung von Rechtsnormen und dem durch das Grundgesetz gewährten Schutz von Individualrechtsgütern nicht von der Gewissensentscheidung der Einzelnen abhängig gemacht werden kann⁹⁴, dennoch gewährt das BVerfG ein „Wohllollensgebot“ hinsichtlich strafzumessungsrechtlicher Erwägungen im Hinblick auf Art. 4 GG, aber nur sofern die Gewissensentscheidung auf eben achtenswerter, durch ernste innere Auseinandersetzung gewonnener Entscheidung beruht.⁹⁵

Nach *Roxin* und *Frisch* kann die Rechtsgemeinschaft durchaus sogar auf Strafe verzichten, wenn der „(...) Abweichler (...) die Verfassungsprinzipien und die Sicherheit des Staates nicht antastet und auch die Grundrechte nicht prinzipiell negiert“⁹⁶ oder die Tat nicht als Missachtung oder Infragestellung der Rechtsordnung gesehen wird.⁹⁷ *Roxin* spricht davon, dass das Grundgesetz Gewissensbetätigungsfreiheit nur im Rahmen des Staates, für den es geschaffen ist, gewährt.⁹⁸

Zwar fehlt dem Überzeugungstäter die Gewissensnot⁹⁹ und er hält seine Entscheidung lediglich für „richtig“ und die des Gesetzgebers für „falsch“¹⁰⁰, allerdings kann es für die Wertung der Überzeugungstat hier auch darauf ankommen, ob der sittliche Wert der Handlung achtenswert ist, somit die Rechtsordnung nicht prinzi-

piell missachtet, die Bedeutung der Tat für die verletzte Rechtsordnung geringer ist und dadurch eine geringere Tatschuld begründen kann.¹⁰¹

Somit kann auch der Gewissens- oder Überzeugungstat kein sittlich achtenswerter Wert zugesprochen werden und folglich keine Strafmilderung in Betracht kommen, wenn der religiös oder politisch überzeugte Täter terroristische Anschläge mittels Verwendung undifferenzierter Tatmittel zur Tötung unbeteiligter „Ungläubiger“ verübt.¹⁰²

Strafmilderung kann nur dann in Betracht kommen, wenn die Entscheidung „(...) Handlungsmaximen entsprang, die – wie etwa der Wille, einem Mitmenschen zu helfen – auch vom Standpunkt der in der Rechtsordnung verkörperten ethischen Werte aus Achtung (...)“¹⁰³ verdient – mit einfachen Worten: wenn sie menschlich noch verständlich ist, was bei islamistisch-terroristischen Taten auch im Gewand einer Überzeugung oder eines Gewissenskonfliktes ausgeschlossen scheint.

(2) Zwischenergebnis

Durch das Erfordernis eines Rückgriffs auf Wertentscheidungen des Grundgesetzes muss auch die Gewissens- oder Überzeugungstat anhand sittlicher Maßstäbe bewertet werden. Zwar wird die Gewissensbetätigung und die Überzeugung, sofern man überhaupt differenziert¹⁰⁴, bei der Strafzumessung berücksichtigt, strafmildernd aber nur, sofern sie nicht die Grenzen verständlichen Rückhalts in der Rechtsgemeinschaft überschreitet.

c) Zwischenergebnis

Religiöse und politische Tötungsmotive finden letztlich bei der Strafzumessung Berücksichtigung, wenn für das Strafmaß eine Gesamtwürdigung mittels der in § 46 Abs. 2 StGB genannten Umstände vorgesehen ist. Ob eine Strafschärfung oder Strafmilderung hinsichtlich der Motivlage in Betracht kommt, richtet sich neben den Auswirkungen an den im Schutzbereich des Tatbestands liegenden Werte nach ähnlichen Wertungen wie für das Vorliegen eines *sonst niedrigen Beweggrundes*.

(Motiv-)Mordmerkmale und Strafzumessung stehen bei der Motivbewertung allerdings in einer Art Ausschlussverhältnis. Sofern ein Tötungsmotiv einen *sonst niedrigen Beweggrund* begründet, kann eine Strafmilderung zumindest nicht in Bezug auf die Beweggründe, die

90 Anstatt vieler *Radtke*, Überlegungen zum Verhältnis von „zivilem Ungehorsam“ zur Gewissenstat, GA 2000, 19 (26 ff.); *Frisch*, Gewissenstaten und Strafrecht, in: Hoyer u. a. (Hg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 1954, S. 11 (12).

91 BVerfGE 23, 127 ff.

92 *Roxin*, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, in: Kaufmann u. a. (Hg.), Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, 1988, S. 389 (392); *ders.* Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl. 2006, § 22 Rn. 103.

93 *Radtke*, Überlegungen zum Verhältnis von „zivilem Ungehorsam“ zur Gewissenstat, GA 2000, 19 (21).

94 *Roxin*, AT I, 4. Aufl. 2006, § 22 Rn. 123; *Frisch*, in FS-Schroeder, S. 11 (17); im Ergebnis auch *Rudolphi*, Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht, in: Stratenwerth u. a. (Hg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1975, 1974, S. 605 (612).

95 BVerfGE 23, 127 ff.; vgl. auch *Theune*, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 107 f.

96 *Roxin*, AT I, 4. Aufl. 2006, § 22 Rn. 123.

97 *Frisch*, in FS-Schroeder, 1954, S. 25 f.

98 *Roxin*, AT I, 4. Aufl. 2006, § 22 Rn. 112.

99 *Radtke*, GA 2000, 19 (21).

100 *Rönnau*, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 360.

101 Vgl. *Kaufmann*, Schuldprinzip, 2. Aufl. 2016, S. 138; *Rönnau*, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 374 m. w. N.

102 BGH 2, 208; 8, 162, 261; *Bruns*, Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, S. 217.

103 BGHSt 8, 162, 163; *Gallas*, Pflichtenkollision als Schuldaußschließungsgrund, in: Engisch/Maurach (Hg.), Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 311 (320); im Ergebnis auch *Heinitz*, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 1966, 615 (632 f.).

104 Hierzu *Lange*, Die polit. motivierte Tötung, 2007, S. 234.

dann eben schon als verachtenswert bewertet wurden, in Betracht kommen. Aber auch eine Strafschärfung ist wegen der Einheitsfreiheitsstrafe und wegen § 46 Abs. 3 StGB nicht denkbar.¹⁰⁵

3. Bisherige Erkenntnisse

Im Ergebnis findet eine Berücksichtigung von Motiven generell und somit auch speziell von religiösen und politischen auf Strafbegründungs- sowie Strafzumessungsebene statt, wobei die konkrete Einordnung jeweils von einer sozialetischen Wertung abhängt.

Bis hierher wurde gezeigt, dass sich eine solche Wertung auf tatbestandlicher Ebene wegen des völligen Verzichts auf rechtliche Maßstäbe als bedenklich erweist. Demgegenüber ist bei der Strafzumessung eine solche Wertung neben Werten aus den Tatbeständen selbst durchaus sinnvoll, weil die Strafzumessung dergestalt Bezug auf die sittlichen Wertmaßstäbe der Rechtsordnung nimmt, als dass sie fragt, wie sehr sich durch die rechtsgutverletzende Handlung eine Rechtsfriedensstörung feststellen lässt. Die Wertung muss also zwangsläufig in der Binnenperspektive des Rechts erfolgen und kann so auch Maßstab an den durch die Verfassung aufgestellten Werten nehmen, um individuelle Schuld zu bestimmen.

Bei einem Vergleich der Berücksichtigungsmöglichkeiten ist allerdings auffällig, dass beim Mordmerkmal der *sonst niedrigen Beweggründe* bereits eine Gesamtwürdigung vorzunehmen ist, in die alle „äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren“ miteinzubeziehen ist – letztlich also eine Einbeziehung aller Umstände, die originär erst im Rahmen der Strafzumessung vorzunehmen wäre und somit bereits in die tatbestandliche Prüfung der niedrigen Beweggründe integriert wurde.¹⁰⁶

Vor dem Hintergrund der in § 211 Abs. 1 angedrohten lebenslangen Einheitsfreiheitsstrafe ist diese Feststellung durchaus verständlich¹⁰⁷, allerdings kommen dann die bereits oben angesprochenen normativen Inkonsistenzen des Tatbestandes zum Tragen.

Grünwald folgert daraus den Vorschlag, es sei vorzuzug, die konzeptionelle Unterscheidung von Totschlag und Mord nicht mit strafzumessungserheblichen Erwägungen, sondern durch eine tatbestandliche Ausgestaltung vorzunehmen.¹⁰⁸ Dieser Vorschlag würde sich auch mit den Ergebnissen der nachfolgenden rechtsphilosophischen Erörterung hinsichtlich der grundsätzli-

chen Legitimität einer strafrechtlichen Bezugnahme auf die innere Einstellung des Täters zur Tat decken.

4. Rechtsphilosophische Bedenken einer wertenden Bezugnahme auf die Motive des Täters

Zunächst: Was könnte eine rechtsphilosophische Erörterung im Rahmen dieser Arbeit überhaupt notwendig machen?

Nach einem bekannten deutschen Volkslied sind die Gedanken frei und: „Kein Mensch kann sie wissen“.¹⁰⁹ Für *Jakobs* ist die Haut des Menschen als natürliche Grenze des Innen und Außen gleichsam Grenze für die rechtliche Einflussnahme.¹¹⁰

Nach den Erkenntnissen der vorliegenden Arbeit ist dem allerdings durchaus nicht so, denn das Strafrecht nimmt Bezug auf die Innenwelt des Täters schon für die Frage des Vorliegens eines strafbegründenden Tatbestandsmerkmals und bestimmt die „Schwere der Schuld“ und somit das Strafmaß, neben anderen Umständen, auch nach den „Beweggründen und Zielen des Täters“.

Man muss sich fragen: darf das Recht das?

Um diese Frage zu beantworten müssen zunächst einige knappe Ausführungen zur Begründung von Recht und Strafrecht überhaupt gemacht werden.

a) Begründung des (Straf-)Rechts

Neben zahlreichen anderen Rechtsbegründungskonzeptionen wird in der Regel auf den *kantischen* freiheitstheoretischen Rechtsbegriff abgestellt.¹¹¹ „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit vereinigt werden kann.“¹¹²

Das Recht konstituiert sich hiernach vor allem durch die Gewährleistung und Abgrenzung der äußeren Freiheitsrechte der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft.¹¹³ Die menschliche Willkür¹¹⁴ muss mit einfachen Worten unter einem Gesetz derart in Einklang gebracht werden, dass es für jedermann gleichermaßen Geltung beanspru-

¹⁰⁹ Volkslied, ca. 1790, bearbeitet von Hoffmann von Fallersleben, 1842.

¹¹⁰ *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsverletzung, ZStW 1985, 751 (755).

¹¹¹ Siehe z. B. *Kelker*, Gesinnungsmerkmale, 2007, S. 187, 339, 649 ff.; *Kühl*, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001, S. 33 ff. *ders.*, Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten, JA 2009, 833 (834); *Grünwald*, Tötungsdelikt, 2010, S. 114 ff.; *Timm*, Gesinnung und Straftat, 2012, S. 76.

¹¹² *Kant*, Gesammelte Schriften, hrsg. v. Preussische Akademie der Wissenschaften, Band VI, S. 230.

¹¹³ Vgl. *Grünwald*, Tötungsdelikt, 2010, S. 114.

¹¹⁴ Begriff der Willkür *Kant*, AA VI, S. 213.

¹⁰⁵ Vgl. *Streng*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hg.), StGB, 3. Aufl. 2010, § 46 Rn. 157 ff.

¹⁰⁶ *Grünwald*, Tötungsdelikt, 2010, S. 101.

¹⁰⁷ Ähnlich auch *Paeffgen*, Einmal mehr – Habgier und niedrige Beweggründe, GA 1982, 255 (270).

¹⁰⁸ *Grünwald*, Tötungsdelikt, 2010, S. 103.

chen kann. Diese Forderung wiederum kann durch den obersten Grundsatz der Rechtslehre „Handle äußerlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne.“¹¹⁵, verwirklicht werden.¹¹⁶

Wenn die Aufgabe des Rechts danach in der Pflicht jedes Einzelnen besteht, die äußeren Freiheitsrechte des anderen zu achten, also seine Willkür mit der Willkür des anderen in Einklang zu bringen, genügt hierfür eigentlich schon äußerlich korrektes, rechtmäßiges Verhalten.¹¹⁷

So unterscheidet denn auch Kant zwischen Legalität und Moralität:

*Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung eine Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die Legalität (Gesetzmäßigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität (Sittlichkeit) derselben.*¹¹⁸

Für das Recht ist es danach also zunächst unbedeutend, ob bei der Handlung des einzelnen neben der äußerlichen Gesetzmäßigkeit gleichzeitig die „Idee der Pflicht aus dem Gesetze“, mithin also die moralische Forderung an das Handeln, verwirklicht ist.¹¹⁹

Nach dem strafrechtslegitimierenden Rechtsgutskonzept¹²⁰ sind daher auch nur solche Straftatbestände legitim, die Verletzungen von Rechtsgütern und nicht von reinen Moralwidrigkeiten unter Strafe stellen.¹²¹

b) Legitimität einer sozialetisch wertenden Bezugnahme auf Tatmotive

Wenn im obigen Teil dieser Arbeit nun aber festgestellt wurde, dass die Wertung der Tatmotive bei der Strafbegründung und der Wertung im Rahmen der Strafzumessung bei systematisch-dogmatischer Betrachtung zusammenfallen und das Vorliegen eines *sonst niedrigen Beweggrundes* somit erhöhtes Unrecht und erhöhte individuelle Schuld begründet, so widerspricht dies doch dem Konzept des (lediglichen) Schutzes von Rechtsgütern – dem wechselseitigen Schutz der äußeren Freiheitsrechte.

Eine Bezugnahme auf die Unterscheidung *Kants* zwischen Moralität und Legalität scheint hier zunächst auszuscheiden: *Kant* spricht letztlich nur davon, dass bei äußerlich rechtmäßigem Verhalten nicht noch die innere moralische Einstellung hinzukommen muss. Demnach könnte man

ja durchaus bei Vorliegen eines *sonst niedrigen Beweggrundes* wegen religiöser und politischer Tötungsmotive den Sanktionensprung von Totschlag zu Mord durch moralwidrige innere Einstellung rechtfertigen.¹²²

Es erscheint jedoch höchst fragwürdig, ob allein eine sozialetische Wertung die Begründung für die Höchststrafe des § 211 Abs. 1 StGB tragen sollte.¹²³ Ein prägnantes Beispiel für das Mordmerkmal der *Habgier* macht die Zweifel einer sozialetischen Wertung deutlich: Wer für eine Dose Kaviar tötet, um sich einen „Gaumenkitzel“ zu verschaffen, begründet nicht das Vorliegen von *Habgier*, sondern lediglich das Motiv der „Genußsucht“. *Habgier* läge dagegen nur vor, wenn er tötet, um sich das begehrte Objekt um seiner selbst willen anzueignen, „sich in dem Besitz des Objekts sonnen“ oder etwa verkaufen oder wirtschaftlich nutzen wolle.^{124, 125}

Darüber hinaus kann auch das Unrecht über die Handlung des Tötens hinaus nicht mehr gesteigert werden. Aus Perspektive des Opfers ändert an der äußeren Rechtsverletzung nämlich nicht, dass der Täter mit niedrigen Beweggründen handelt.¹²⁶

Wenn das Recht, konstituiert durch den Anspruch des gegenseitigen In-Einklang-Bringens jedermanns Willkür betrachtet wird und durch den Anspruch an jeden Einzelnen, dies durch Handeln nach dem obersten Satz der Rechtslehre zu verwirklichen, so drückt sich in jeder Verletzung des „allgemeinen Gesetzes“ auch eine die Rechtsgemeinschaft betreffende Missachtung des gegenseitigen Anerkennungsverhältnisses aus.¹²⁷ Der Täter bestimmt in dieser Hinsicht gerade nicht durch das äußere Erscheinungsbild der Tat, mit welcher „inhaltlichen Allgemeinheit (...) die objektive Norm außer Kraft“¹²⁸ gesetzt wird, sondern durch den „schließend-urteilenden Selbstbestimmungsprozeß des Subjekts“¹²⁹ – nach *Kant* durch seine Willkür – in welchem Maß von gesteigerter Schuld gesprochen werden kann.

Gerade darin muss sich die strafrechtliche Bezugnahme auf die Motive des Täters ausdrücken, nämlich die „(...) gesteigerte Schuld des Täters zu erfassen, und zwar dort, wo sich der Täter mit seiner Tat in einem besonderen Maße gegen die sich in der Norm ausdrückende Allgemeingültigkeit und gegen das wechselseitige Verhältnis auf Anerkennung von Autonomie (...)“¹³⁰ gestellt hat.

115 *Kant*, AA VI, S. 231.

116 *Kelker*, Gesinnungsmerkmale, 2007, S. 376.

117 *Grünwald*, Tötungsdelikt, 2010, S. 114; *Kühl*, JA 2009, 823.

118 *Kant*, AA IV, S. 219.

119 Vgl. *Kühl*, JA 2009, 833.

120 Hierzu *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 1 Rn. 1 ff.

121 *Kühl*, JA 2009, 833 (837).

122 Vgl. *Kühl*, JA 2009, 833 (834).

123 *Grünwald*, Tötungsdelikt, 2010, S. 118.

124 *Paeffgen*, GA 1982, 255 (264 f.).

125 Vgl. *Grünwald*, Tötungsdelikt, 2010, S. 114.

126 *Kühl*, JA 2009, 833 (834).

127 Vgl. *Kelker*, Gesinnungsmerkmale, 2007, S. 466 ff.

128 *Köhler*, Zur Abgrenzung des Mordes. Erörtert am Mordmerkmal „Verdeckungsabsicht“, GA 1980, 121 (138).

129 Ebd.

130 *Kelker*, Gesinnungsmerkmale, 2010, S. 515, 648.

Eine Bezugnahme auf die innere Einstellung des Täters ist vor diesem Hintergrund also im Rahmen der Strafzumessung durchaus legitim, als rechtfertigende Unrechtssteigerung durch eine sozialetische Wertung im Rahmen der Mordmerkmale allerdings nicht.¹³¹

c) Zwischenergebnis

Eine strafrechtliche Bezugnahme auf die Innenwelt des Täters lässt sich hinsichtlich des Gedankens der Verletzung des gegenseitigen Anerkennungsverhältnisses durchaus rechtfertigen, allerdings ist eine präzise Verortung von Motivmerkmalen vor dem Hintergrund freiheitstheoretischer Bedenken notwendig.

Schlussbetrachtung

Die Probleme der strafrechtlichen Berücksichtigung religiöser und politischer Motive wurden einfühend durch zwei Fragen angedeutet und zwar, *wie* das Strafrecht das Innenleben eines Menschen bewerten will und noch viel grundlegender, *ob* eine Berücksichtigung überhaupt legitim ist.

Die Arbeit hat deutlich gemacht, dass eine sittliche Wertung zumindest für das Vorliegen eines Mordmerkmals aus verschiedenen Gründen nicht zugänglich erscheint. Unklar blieb bei einer dogmatischen Betrachtung der Berücksichtigung im Rahmen der Mordmerkmale und der Strafzumessung aufgrund ihrer systematischen Ver-

zahnung eine präzise Einordnung als Unrechts¹³² – oder Schuldmerkmale¹³³.

Die „freiheitstheoretischen Bedenken“¹³⁴ konnten die Problematik erhellen, indem sie feststellten, dass eine Bezugnahme auf die Innenwelt des Täters zumindest zur Feststellung erhöhter individueller Schuld notwendig ist, wenn es dort gerade auf das Maß der Missachtung der Rechtsordnung, mithin um die Intensität der Verletzung des gegenseitigen Anerkennungsverhältnisses geht.

Das „Wie“ und das „Ob überhaupt“ einer Bewertung, so lässt sich letztlich beantworten, kann hinsichtlich der Frage nach der Strafzumessungsschuld durchaus sittlich und moralisch sein.

Ein Reformvorschlag für die Neugestaltung der Tötungsdelikte, insbesondere hinsichtlich der *sonst niedrigen Beweggründe*, soll hier aufgrund der Vielzahl von Reformbestrebungen¹³⁵ nicht angemaßt werden. Allerdings soll diese Arbeit mit der Aufforderung enden, dass eine „Ethisierung des Strafrechts“¹³⁶ nicht vor dem Hintergrund der Bedrohung durch islamistischen Terrorismus noch verschärft werden sollte.

¹³³ Roxin, AT I, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 73.

¹³⁴ So bezeichnet bei Grünwald, Tötungsdelikt, 2010, S. 110.

¹³⁵ Deckers/Fischer/König/Bernsmann, Zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag – Überblick und eigener Vorschlag, NSTZ 2014, 9; Walter, Vom Beruf des Gesetzgebers zur Gesetzgebung – Zur Reform der Tötungsdelikte und gegen Fischer et al. in NSTZ 2014, 9, NSTZ 2014, 368 und vor allem Bundesministerium für Justiz und für Verbraucherschutz, Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211 – 213, § 57 a StGB) dem Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas im Juni 2015 vorgelegt, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/06292015_Expertengruppe_Toetungsdelikte.html (3.5.2017), S. 15 ff.

¹³⁶ Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 42 I. 2.

¹³¹ So auch Kelker, Gesinnungsmerkmale, 2010, S. 613 u. Roxin, AT I, 4. Aufl. 2016, § 10 Rn. 73.

¹³² Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normtheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, 1954, S. 208 ff.; auch Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 211 Rn. 6a.

Jan-Alexander Jeske*

Die Bedeutung der Freizügigkeit zwischen Wirtschaftsrecht, Bürgerrecht und Menschenrecht am Beispiel der aktuellen Rechtsprechung

Dieser Aufsatz befasst sich mit den wirtschafts-, bürger- und menschenrechtlichen Implikationen der speziellen Gewährleistung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV und dem allgemeinen Freizüchtigkeitsrecht nach Art. 21 AUEV und zeichnet diese anhand der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nach. Dabei wird schwerpunktmäßig der umfassende wirtschaftsrechtliche Bedeutungsgehalt anhand der Arbeitnehmerfreizügigkeit herausgearbeitet und die Problematik der Erweiterung des Art. 21 AEUV zu einem Inländergleichbehandlungsanspruch analysiert.

I. Einleitung

„Das Weltbürgerrecht soll auf Bedingungen der allgemeinen Hospitalität eingeschränkt sein.“, formulierte Immanuel Kant im Jahre 1795 programmatisch den dritten Definitivartikel der ersten Auflage seines Werkes „Zum ewigen Frieden“.¹ Gemeint war hiermit keineswegs ein Ansprüche begründendes Gastrecht,² sondern ein Besuchsrecht menschenrechtlicher Prägung,³ welches sich aus dem Recht des gemeinschaftlichen Besitzes der Erdoberfläche ableiten lasse und seine Grenzen dort finde,⁴ wo sich ein Fremdling nicht friedlich verhalte.⁵ Der Gedanke eines dem Menschen eigenen Freizüchtigkeitsrechts findet sich heute wohl am ehesten in der völkerrechtlichen Kodifizierung des Art. 2 vom 4. Zusatzprotokoll zur EMRK, der für alle Personen, die sich rechtmäßig in einem Staat aufhalten, das Recht sichert, sich in diesem Staat frei zu bewegen, ihren Wohnsitz frei zu wählen und das Land zu verlassen. Das deutsche Grundgesetz vom 24. Mai 1949 enthält in Art. 11 für alle Deutschen im Sinne des Art. 116 GG die

Garantie der Freizügigkeit im gesamten Bundesgebiet,⁶ welche in sachlicher Hinsicht die Einreise, den Aufenthalt und die Wahl eines Wohnsitzes ohne Behinderung durch die deutsche Staatsgewalt schützt.⁷ Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG beinhaltet das Freiheitsrecht von Ausländern, sich zu jedem Ort des Staatsgebietes der Bundesrepublik Deutschland zu bewegen, wenngleich dieses Recht seine Eingrenzung in dem Ausländergesetz vom 1. Januar 2005 erfährt, welches die spezielle Ausgestaltung des einfachen Gesetzesvorbehaltes darstellt.⁸ Wenngleich eine Analyse der oben genannten Normen Erkenntnisse über den Bedeutungsgehalt der Freizügigkeit geben mag, wird in dieser Darstellung allein die Bedeutung der europarechtlichen Gewährleistungen in ihrem Spannungsfeld zwischen Wirtschaftsrecht, Bürgerrecht und Menschenrecht anhand der aktuellen Rechtsprechung herausgearbeitet. Hierbei bildet die Untergliederung in das allgemeine Freizüchtigkeitsrecht des Art. 21 AEUV einerseits und die Freizügigkeit der Arbeitnehmer des Art. 45 AEUV den konzeptionellen Rahmen. Die gegenständlichen theoretisch-abstrakten Rechtsfragen beider Ausgestaltungen der unionsrechtlichen Freizügigkeit sind von immenser praktischer Relevanz: Die deutsche Zuwanderungsstatistik aus dem Jahr 2012 zeigt, dass etwa 433.000 Unionsbürger in die Bundesrepublik Deutschland zogen.⁹ Während der Anteil von Menschen aus den Ländern Griechenland, Portugal und Spanien bei absolut 34.394 Personen lag, wurde im Hinblick auf die Mitgliedstaaten Polen, Bulgarien und Rumänien ein Saldo von 146.131 Personen verzeichnet. Diese Daten verdeutlichen, dass nur eine Analyse der rechtlichen Situation von erwerbstätigen und nicht-erwerbstätigen Unionsbürgern eine umfassende Würdigung der Bedeutung der Freizügigkeit in seinem Spannungsfeld zwischen Wirtschaftsrecht, Bürgerrecht und Menschenrecht ermöglicht.

II. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Art. 45 AEUV

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet die unionsinterne Beweglichkeit einer der aus gesamtwirt-

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit des Verfassers aus dem Sommersemester 2017 im von Prof. Dr. Bengt Beutler an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg veranstalteten Seminar zum Europarecht, die mit 15 Punkten und der Note „gut“ bewertet wurde.

1 Immanuel Kant, Eberl/Niesen, Zum ewigen Frieden – Kommentar, 2011, S. 30 Rz. 2f.

2 Immanuel Kant, Eberl/Niesen, Zum ewigen Frieden – Kommentar, 2011, S. 30 Rz. 11.

3 Immanuel Kant, Eberl/Niesen, Zum ewigen Frieden – Kommentar, 2011, S. 30 Rz. 14.

4 Immanuel Kant, Eberl/Niesen, Zum ewigen Frieden – Kommentar, 2011, S. 30 Rz. 20.

5 Immanuel Kant, Eberl/Niesen, Zum ewigen Frieden – Kommentar, 2011, S. 30 Rz. 10.

6 Pagenkopf, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 11 Rz. 11.

7 Pagenkopf, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 11 Rz. 14; BVerfG NVwZ 2014, 211.

8 Pagenkopf, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 11 Rz. 11.

9 Thym, Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, 81 (81).

schaftlicher Sicht der Europäischen Union zentralen Produktionsfaktoren – der *Arbeit*.¹⁰ Art. 45 Abs. 1 AEUV garantiert die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Europäischen Union, wobei der Begriff des Arbeitnehmers unionsrechtlich auszulegen ist und nach ständiger Rechtsprechung alle Tätigkeiten umfasst,¹¹ die ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates für eine andere Person weisungsgebunden erbringt,¹² die einen wirtschaftlichen Wert aufweisen und der Gegenleistungen gegenüberstehen, soweit es sich um eine echte und tatsächliche Tätigkeit handelt.¹³

1. Grundsatz des Diskriminierungsverbotes

Art. 45 Abs. 2 AEUV enthält ein umfassendes Gebot der Inländergleichbehandlung,¹⁴ das neben offenen oder direkten Diskriminierungen ebenfalls mittelbare oder versteckte Ungleichbehandlungen erfasst.¹⁵ Das Verbot von an die Staatsangehörigkeit eines Unionsbürgers anknüpfenden Maßnahmen ist von grundsätzlicher Bedeutung für die wirtschaftsrechtliche Ausgestaltung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Würden diskriminierende Maßnahmen der Mitgliedstaaten erlaubt, so wären die Auswirkungen auf grenzüberschreitende Sachverhalte innerhalb der Union hinsichtlich der Arbeitnehmer enorm: Ihnen stände nur der Schutz der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen zur Seite, mit der Folge einer generellen Gefahr der Ungleichbehandlung und Besserstellung von bestimmten Staatsangehörigen. Insbesondere im Hinblick auf die Voraussetzungen, die an einen Bewerber gestellt werden, können sich faktisch mit der Staatsangehörigkeit verbundene Unterschiede ergeben, die es (potentiellen) Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten schwerer machen, die konkreten Anforderungen zu erfüllen als Staatsangehörigen des die Regelung erlassenden Mitgliedstaates. Hiermit verbunden ist eine ungleiche Ausgangssituation zwischen Bewerbern aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten, die europarechtlich durch das wirtschaftsrechtliche Instrument der Arbeitnehmerfreizügigkeit und dem in ihr enthaltenen Diskriminierungsverbot verhindert werden soll.

Die wirtschaftsrechtliche Bedeutung des Verbotes der versteckten Ungleichbehandlung nach Art. 45 Abs. 2 AEUV – im Zusammenspiel mit der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 (insbesondere deren Artikel 3) – zeigt sich beispielhaft an der Entscheidung der sechsten

Kammer des Europäischen Gerichtshofes vom 5. Februar 2015.¹⁶ In der Rechtssache C-317/14 klagte die Europäische Kommission gegen das Königreich Belgien und beantragte die Feststellung der Unvereinbarkeit der besagten europarechtlichen Normen mit einer Regelung wie dem fraglichen belgischen Gesetz, nach welchem Bewerber auf lokale Dienststellen im französischen oder deutschen Sprachgebiet den Nachweis für ihre Sprachkenntnisse nur in einer einzigen amtlichen belgischen Einrichtung mittels einer in Belgien abzulegenden Prüfung erbringen konnten.¹⁷ Der EuGH unterschied den Nachweis eines bestimmten Niveaus an Sprachkenntnissen, welchen er als mit Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 der VO Nr. 492/2011 vereinbar ansah,¹⁸ von dem Erfordernis der Erbringung dieses Nachweises bei einer *bestimmten* belgischen Einrichtung, welches der Gerichtshof als unverhältnismäßig verwarf.¹⁹

2. Erweiterung des Art. 45 Abs. 2 AEUV zu einem Beschränkungsverbot

In der *Bosman*-Entscheidung hat der EuGH das in Art. 45 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 39 Abs. 2 EGV) niedergelegte Diskriminierungsverbot zu einem Beschränkungsverbot weiterentwickelt.²⁰ Eine Beeinträchtigung liegt nach Auffassung des Gerichtshofes bei Maßnahmen vor, die geeignet sind, einem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates den Zugang zum Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedstaates zu erschweren.²¹ Indem der Gerichtshof entgegen des Wortlautes des Art. 45 Abs. 2 AEUV – der lediglich von auf der Staatszugehörigkeit fußenden Ungleichbehandlungen spricht – die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu einem Beschränkungsverbot fortentwickelt hat, zeigt sich eine klare Entwicklung hin zu einer Stärkung des wirtschaftsrechtlichen Gehaltes der Freizügigkeit. Diese bleibt nunmehr nicht mehr auf Fälle von Diskriminierungen beschränkt, sondern wird auf subtilere Maßnahmen der Mitgliedstaaten angewendet, die nicht offen oder versteckt an die Staatsangehörigkeit anknüpfen.

Der wirtschaftsrechtliche Gehalt der Arbeitnehmerfreizügigkeit hängt im Wesentlichen auch von dem Umfang des Anwendungsbereiches des Art. 45 AEUV ab. Während der Arbeitnehmerfreizügigkeit bei einem weiten Verständnis des Tatbestands ein breites Anwendungsfeld zukommt und sich hieraus eine hinsichtlich der erfassten Fälle quantitativ höhere Bedeutung ableiten lässt,

¹⁰ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 6. Aufl. 2015, S. 430 Rz. 977.

¹¹ Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union, 12. Aufl. 2016, § 9 Rz. 83.

¹² Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union, 12. Aufl. 2016, § 9 Rz. 83.

¹³ Brechmann, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 45 AEUV Rz. 12; EuGH NJW 1983, 1249.

¹⁴ Franzen, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45 Rz. 81.

¹⁵ Franzen, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45 Rz. 83.

¹⁶ EuGH EuZW 2015, 486.

¹⁷ EuGH EuZW 2015, 486 (487).

¹⁸ EuGH EuZW 2015, 486 (487) Rz. 24, 26.

¹⁹ EuGH EuZW 2015, 486 (488) Rz. 28.

²⁰ Brechmann, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 45 Rz. 50; Franzen, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45 Rz. 86; EuGH NJW 1996, 505.

²¹ Windisch-Graetz, in: Mayer/Stöger, Kommentar zu EUV/AEUV, 2016, Art. 45 Rz. 67; EuGH NJW 1996, 505.

ist die wirtschaftsrechtliche Bedeutung bei einem engen Tatbestand tendenziell eher als gering zu bewerten.

In diesem Zusammenhang erläuterungswürdig ist daher die Frage, welche Fälle von Art. 45 Abs. 2 AEUV erfasst werden und wie *restriktiv* bzw. *extensiv* der Tatbestand des Beschränkungsverbot ausgelegt werden muss.

a) Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat eine Verletzung des Beschränkungsverbot in Art. 45 Abs. 2 AEUV etwa in der grundlegenden Entscheidung *Bosman* bei Transferzahlungen im Profisport, die einen Unionsbürger von einem Wechsel in einen anderen Mitgliedstaat abhalten,²² im Urteil *van Lent* für die Untersagung der Nutzung eines in einem anderen Mitgliedstaat zugelassenen Dienstfahrzeugs durch einen in einem Mitgliedstaat wohnenden Arbeitnehmer angenommen.²³

aa) Zulassungspflicht eines Fahrzeuges

Eine ähnliche Konstellation hatte der EuGH in der Rechtssache C-420/15 zu bewerten: Der bei der Europäischen Kommission als Beamter beschäftigte Eigentümer eines in Italien zugelassenen Kraftfahrzeugs wurde in Belgien basierend auf Art. 3 des Königlichen Erlasses vom 20. Juli 2001, der die Zulassungspflicht eines im Eigentum des Halters stehenden und – wenngleich auch nur vorübergehend – im Königreich Belgien genutzten Kraftfahrzeuges durch die belgischen Behörden vorsieht, durch das *Tribunal de police de Bruxelles* am 10. September 2014 zu einer Geldbuße verurteilt.²⁴ Das in der Rechtsmittelinstanz angerufene *Tribunal de première instance francophone de Bruxelles* legte dem EuGH die Frage der Auslegung des Art. 45 AEUV hinsichtlich der Vereinbarkeit mit einer Bestimmung wie jener des Art. 3 des Königlichen Erlasses vom 20. Juli 2001 zur Vorabentscheidung vor.²⁵ Der EuGH bekräftigte in seiner Entscheidung vom 31. Mai 2017 die Unvereinbarkeit von Maßnahmen mit Art. 45 AEUV, die geeignet sind, die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Freiheiten durch die Unionsbürger zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, wenngleich diese nicht in diskriminierender Weise an die Staatsangehörigkeit anknüpfen.²⁶ Bestimmungen, die einem in Belgien lebenden und arbeitenden Unionsbürger, der sein Kraftfahrzeug lediglich in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen hat, ein Bußgeld für die fehlende Zulassung des Fahrzeugs im Königreich Belgien aufzuerlegen, hindern nach Auffas-

sung des Gerichtshofes Unionsbürger daran, von Art. 45 AEUV Gebrauch zu machen.²⁷

bb) Übertragung von Liegenschaften

Am 8. Mai 2013 urteilte der EuGH über die Auslegung der Art. 21,²⁸ 45, 49, 56, 63 AEUV sowie der Richtlinie 2004/38/EG und stellte einen Verstoß gegen das Beschränkungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit fest.²⁹ Art. 45 AEUV sei so auszulegen, dass eine Regelung wie jene in Buch 5 des Dekretes der Flämischen Region vom 27. März 2009 über die Grundstücks-Immobilienpolitik nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist, nach der die Übertragung von Liegenschaften in bestimmten flämischen Gemeinden von der Voraussetzung abhängig gemacht wird, dass dem Erwerber von einer provinziellen Bewertungskommission eine „ausreichende Bindung“ zu den fraglichen Gemeinden zugesprochen wird, die potentiellen Erwerber aus anderen Mitgliedstaaten hindern oder davon abhalten,³⁰ von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen.

cc) Einbeziehung von Sozialversicherungsbeiträgen in die Bemessungsgrundlage

Am 22. Juni 2017 stellte der EuGH in der Entscheidung der Rechtssache C-20/16 klar, dass Art. 45 AEUV dahingehend auszulegen ist, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit einer Regelung entgegensteht, welche die im Mitgliedstaat der Beschäftigung durch einen Steuerpflichtigen abgeführten Altersversicherungs- und Krankenversicherungsbeiträge nicht in die Bemessungsgrundlage der Einkommenssteuer des Wohnsitzstaates miteinbezieht.³¹ Konkret behandelt das Urteil die Frage, ob eine Bestimmung wie das Verbot der Einbeziehung von Vorsorgeaufwendungen als Sonderausgaben und die hiermit implizierte Verweigerung des Rechts eines betroffenen Unionsbürgers, den Abzug seiner in einem anderen Mitgliedstaat gezahlten Sozialversicherungsbeiträge von der Bemessungsgrundlage des Wohnsitzstaates geltend zu machen, geeignet ist, die Inanspruchnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit ungerechtfertigt zu beschränken,³² was der EuGH bejahte.³³ Der nicht erfolgte Abzug von Zusatzaltersvorsorge- und Zusatzkrankenversicherung führe im Ergebnis zu einer höheren Besteuerung der Steuerpflichtigen als dies bei einer Anstellung der Betroffenen in der Bundesrepublik Deutschland der Fall gewesen wäre.³⁴ An dem rezipierten Urteil lässt sich exemplarisch die Bedeutung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für das Steuerrecht erkennen.

²² *Windisch-Graetz*, in: Mayer/Stöger, Kommentar zu EUV/AEUV, 2016, Art. 45 Rz. 67; EuGH NJW 1996, 505 (510) Rz. 99f.

²³ *Windisch-Graetz*, in: Mayer/Stöger, Kommentar zu EUV/AEUV, 2016, Art. 45 Rz. 67; EuGH EWS 2004, 327.

²⁴ EuGH Urt. v. 31.5.2017, Rs. C-420/15, BeckRS 2017, 111492.

²⁵ EuGH Urt. v. 31.5.2017, Rs. C-420/15, BeckRS 2017, 111492 (Rz. 12, 19).

²⁶ EuGH Urt. v. 31.5.2017, Rs. C-420/15, BeckRS 2017, 111492 (Rz. 20).

²⁷ EuGH Urt. v. 31.5.2017, Rs. C-420/15, BeckRS 2017, 111492 (Rz. 25 f).

²⁸ EuGH EuZW 2013, 507 ff.

²⁹ EuGH EuZW 2013, 507 (509) Rz. 41.

³⁰ EuGH EuZW 2013, 507 (509).

³¹ EuGH Urt. v. 22.06.2017, Rs. C-20/16.

³² EuGH Urt. v. 22.06.2017, Rs. C-20/16 Rz. 24.

³³ EuGH Urt. v. 22.06.2017, Rs. C-20/16 Rz. 51.

³⁴ EuGH Urt. v. 22.06.2017, Rs. C-20/16.49.

Doch auch eine zweite wirtschaftsrechtliche Dimension wird hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs erkennbar: Die Bereichsausnahme des Art. 45 Abs. 4 AEUV erklärte der EuGH für nicht einschlägig,³⁵ obgleich die Klägerin bei der öffentlichen Finanzverwaltung der Französischen Republik beschäftigt war.³⁶ Hintergrund ist die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, welche die Bereichsausnahme des Art. 45 Abs. 4 AEUV nach dem *Telos* der Norm auf die Fälle reduziert, in welchen aufgrund einer besonderen Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie der Rechte und Pflichten, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen, ein Beschränkungsvorbehalt für ausländische Staatsangehörige im Hinblick auf bestimmte Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung legitim ist.³⁷ Unionsbürger, die bereits eine Anstellung in der öffentlichen Verwaltung eines Mitgliedstaates vorweisen können, sind demnach nicht von Art. 45 Abs. 4 AEUV umfasst mit der Folge, dass diese sich weiterhin auf die Gewährleistungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen können.³⁸ Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit als Wirtschaftsrecht bedeutet die Erstreckung auf in der Verwaltung Beschäftigte ein breiteres personelles Anwendungsfeld.

dd) Besteuerung von getauschten Geschäftsanteilen

Eine ebenfalls steuerrechtliche Fragestellung hat der EuGH am 21. Dezember 2016 unter dem Aktenzeichen C-503/14 entschieden.³⁹ Im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 258 AEUV gegen die Portugiesische Republik beantragte die Kommission, eine Verletzung, unter anderem der Bestimmung des Art. 45 AEUV, festzustellen, da die Regelung des Art. 10 Abs. 9 lit. a) des portugiesischen Einkommenssteuergesetzes *Codigo do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares*, nach welchen ein Steuerpflichtiger, der Geschäftsanteile tauscht und seinen Wohnsitz in das Ausland verlegt, die nicht verrechneten Einkünfte in die Bemessungsgrundlage des letzten Veranlagungszeitraums einbeziehen muss, indem er noch als gebietsansässiger Steuerpflichtiger galt. Die Kommission trug in dem Verfahren vor, dass ein Teilhaber oder ein Gesellschafter allein aufgrund des Wegzuges hinsichtlich der Wertzuwächse, welche in der Differenz zwischen einerseits dem tatsächlichen Wert der erhaltenen und andererseits dem Anschaffungswert der ursprünglichen Anteile bestünde, steuerpflichtig werde.⁴⁰ Die portugiesischen Bestimmungen setzten allerdings die getauschten Anteile im Falle keiner Wohnsitzverlegung wertmäßig gleich, mit der Folge der lediglich spä-

teren Besteuerung beim Verkauf der durch den Tauschvorgang erhaltenen Anteile.⁴¹ Dies sei allerdings eine hinsichtlich der Art. 21, 45 und 49 AEUV unzulässige Bevorteilung der steuerpflichtigen Bürger, die weiterhin ihren Wohnsitz in Portugal beibehielten gegenüber jenen Personen, die sich für einen Umzug aus Portugal in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union entschließen.⁴² Die Erhebung einer Steuer auf die Veräußerung von Anteilen, die ein aus Portugal in einen anderen Mitgliedstaat ziehender Unionsbürger in Portugal durch Tauschvorgang erworben hat, sei hingegen nach Auffassung der Kommission legitim und könne durch eine Pflicht zur Information über die fraglichen Gesellschaftsanteile realisiert werden.⁴³

Die ebenfalls in dem Verfahren beteiligte Bundesrepublik Deutschland vertrat hingegen die Meinung, dass eine etwaige Beschränkung der Freizügigkeit gerechtfertigt sei, indem der Sinn und Zweck des Art. 10 CIRS einerseits in der Besteuerung der in Portugal erwirtschafteten Gewinne liege, aber auch die Bewahrung der Besteuerungsbefugnis umfasse.⁴⁴

Der EuGH begründete einen Verstoß gegen die Art. 45 und 49 AEUV, indem er zwar einerseits den von Portugal geltend gemachten Grund der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten als legitimes Ziel anerkannte,⁴⁵ sodann aber unter Verweis auf das Urteil des EuGHs vom 29. November 2011 in der Rechtssache *National Grid Indus* C-371/10 die sofortige Erhebung einer Steuer bei einem Wohnortwechsel als unvereinbar mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip beurteilte.⁴⁶

ee) Die Rechtssache Graf

Andererseits hat der EuGH einen Verstoß gegen das Beschränkungsverbot aufgrund eines zu indirekten Bezuges einer Regelung zum Freizügigkeitsrecht in seinem Urteil der Rechtssache *Graf* abgelehnt. Fraglich war die Vereinbarkeit einer Regelung wie jener des österreichischen § 23 Abs. 7 AngG, die eine Abfertigung nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses nur im Falle der nicht durch den Arbeitnehmer selbst mittels einer Kündigung durch den Arbeitgeber herbeigeführten Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorsah.⁴⁷ Als Kriterium zur Beurteilung eines Verstoßes gegen Art. 45 Abs. 2 AEUV führte der EuGH den Marktzugang an,⁴⁸ der in dem vorliegenden Fall nicht betroffen sei, da der Abferti-

³⁵ EuGH Urt. v. 22.06.2017, Rs. C-20/16 Rz. 36.

³⁶ EuGH Urt. v. 22.06.2017, Rs. C-20/16 Rz. 14.

³⁷ EuGH Urt. v. 22.06.2017, Rs. C-20/16 Rz. 35; EuGH NJW 1981, 2635.

³⁸ EuGH Urt. v. 22.06.2017, Rs. C-20/16 Rz. 35; EuGH IStR 2007, 371.

³⁹ EuGH IStR 2017, 69.

⁴⁰ EuGH Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-503/14 Rz. 24.

⁴¹ EuGH Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-503/14 Rz. 24.

⁴² EuGH Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-503/14 Rz. 25.

⁴³ EuGH Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-503/14 Rz. 28.

⁴⁴ EuGH Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-503/14 Rz. 33.

⁴⁵ EuGH Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-503/14 Rz. 51.

⁴⁶ EuGH Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-503/14 Rz. 58.

⁴⁷ *Windisch-Graetz*, in: Mayer/Stöger, Kommentar zu EUV/AEUV, 2016, Art. 45 Rn. 68; EuGH EuGRZ 2000, 48.

⁴⁸ EuGH JZ 2001, 87 (Rz. 23).

gungsanspruch nicht von der Entscheidung des Arbeitnehmers, eine selbständige Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, abhinge, sondern von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses als einem hypothetischen Ereignis in der Zukunft.⁴⁹ Die fragliche Regelung erfülle nicht die Voraussetzung der Beschränkung des Marktzugangs.⁵⁰

ff) Fazit

Die Urteile zeigen eine vom Profisport ausgehende Erstreckung der Jurisdiktion des Europäischen Gerichtshofes im Bereich der Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf weite Teilbereiche des Wirtschaftslebens. Regelungen über die Nutzung von Kraftfahrzeugen und den Erwerb von Liegenschaften sowie das Steuerrecht sind hierbei nur einige Regime, die sich an dem umfassenden Beschränkungsverbot messen lassen müssen. Die Erläuterungen zeigen exemplarisch die Vielfältigkeit der Wirtschaftsbereiche, die sich unionsrechtlich an dem Maßstab der Arbeitnehmerfreizügigkeit messen lassen müssen. Daher kann die Folgerechtsprechung zur Erweiterung des Diskriminierungsverbotes zu einem umfassenden Beschränkungsverbot als grundlegend für die wirtschaftsrechtliche Bedeutung der Arbeitnehmerfreizügigkeit bewertet werden. Die Erstreckung der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf alle Maßnahmen, welche die Ausübung der Grundfreiheit lediglich beschränken, zeugt in ihrer ausdifferenzierten Rechtsprechung von der umfassenden wirtschaftsrechtlichen Bedeutung des Art. 45 AEUV.

b) Schrifttum

In der Literatur wird mehrheitlich die Differenzierung zwischen Verkaufsmodalitäten und produktbezogenen Maßnahmen aus der *Keck*-Rechtsprechung auf die Bestimmung der Weite des ungeschriebenen Tatbestandes der Beschränkung in Art. 45 Abs. 2 AEUV übertragen.⁵¹ So fordert *Röthel*, dass im Bereich des Profisports Verbandsregelungen, die lediglich die Ausübung des Sportes, nicht aber den Zugang zur Betätigung betreffen, tatbestandlich aus dem Eingriffsbereich herauszunehmen seien, da kein Binnenmarktbezug solcher Bestimmungen bestehe.⁵² Eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Arbeitnehmerfreizügigkeit befürwortet auch *Schroeder*, der die Berufsausübung vor dem Hintergrund der *Bosman*-Entscheidung allerdings nicht eindeutig vom Anwendungsbereich des Art. 45 AEUV herausgenommen sieht.⁵³

⁴⁹ EuGH JZ 2001, 87 (Rz. 24).

⁵⁰ *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45 Rn. 90; EuGH NJW 2000, 1175.

⁵¹ *Brechmann*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 45 Rz. 51.

⁵² *Röthel*, Anmerkung zur Entscheidung des EuGH: Freizügigkeit von Basketballspielern, EuZW 2000, 379 (380).

⁵³ *Schroeder*, Anmerkung zur Entscheidung *Bosman*, JZ 1996, 254 (255).

Freilich führt eine solche Unterscheidung, die bestimmte Maßnahmen bereits aus dem Tatbestand des Art. 45 Abs. 2 AEUV aussondert und so keiner Rechtfertigung zugänglich macht, zu einer zahlenmäßigen Begrenzung der Fälle, die der Schrankenprüfung unterliegen.

3. Horizontale Wirkung

Während Art. 45 Abs. 2 AEUV grundsätzlich nur die Mitgliedstaaten bindet und somit lediglich Schutzpflichten der Vertragsparteien des AEUV gegenüber Unionsbürgern enthält,⁵⁴ ist spätestens seit der Entscheidung *Angonese* die unmittelbare Wirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im horizontalen Verhältnis zwischen privaten Akteuren höchststrichterlich anerkannt.⁵⁵

Hintergrund der Entscheidung war die dem EuGH im Wege eines Verfahrens nach Art. 267 AEUV (ex-Art. 177 EGV) vorgelegte Frage, ob unter anderem Art. 45 AEUV (ex-Art. 48 EGV) einer Regelung wie jener der Bank „Pretura Bozen“ entgegensteht, welche die Anerkennung des Nachweises der Zweisprachigkeit von der Vorlage eines Zertifikates abhängig macht, welches in Bozen erworben wurde.⁵⁶

Die Folge der Entscheidung des EuGHs im Fall *Angonese* ist ein enormer Bedeutungsgewinn der Arbeitnehmerfreizügigkeit hinsichtlich seines wirtschaftsrechtlichen Gehaltes, indem sie nunmehr nicht ausschließlich verpflichtend für die Träger hoheitlicher Staatsgewalt wirkt, sondern darüber hinaus auch von privaten Akteuren beachtet und verwirklicht werden muss. Diese Entwicklung erweitert die Grundkonzeption der Grundfreiheiten, welche ursprünglich als Abwehrgewährleistungen des Unionsbürgers gegen Maßnahmen der Mitgliedstaaten ausgestaltet worden sind.

Zwar wird seitens des Schrifttums Kritik an der Ausweitung des Anwendungsbereiches des Diskriminierungsverbotes der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf grenzüberschreitende Sachverhalte zwischen Privaten vorgebracht.⁵⁷ So lehnt *Burgi* etwa die unmittelbare Drittwirkung und insbesondere das Konzept der Verpflichtung der sog. *intermediären Gewalten*, also die Bindung nicht-staatlicher Akteure wie etwa Sport- und Berufsverbände sowie Tarifvertragsparteien an die Arbeitnehmerfreizügigkeit zugunsten der Privatautonomie ab und fordert demgegenüber eine mitgliedstaatliche Garantienpflicht.⁵⁸ In systematischer Hinsicht seien

⁵⁴ *Brechmann*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 45 Rn. 53; EuGH, EuZW 2000, 468ff.

⁵⁵ EuGH EuZW 2000, 468 (470).

⁵⁶ EuGH EuZW 2000, 468 (468).

⁵⁷ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 45 Rn. 166.

⁵⁸ *Burgi*, Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EWS 1999, 327 (332).

die Rechtfertigungsmöglichkeiten der Grundfreiheiten hinsichtlich privat zu verantwortenden Beeinträchtigungen nicht passend.⁵⁹ Ebenfalls sei der (damalige) EG-Vertrag als ein System der Freiheit und nicht der Bindung konzipiert,⁶⁰ weshalb eine durch die unmittelbare Drittwirkung verursachte Beeinträchtigung der privaten Akteure mit dem Telos des EG-Vertrages unvereinbar sei.

Forsthoff hingegen arbeitet die zahlreichen Auswirkungen einer Drittwirkung der Grundfreiheiten auf den Privatrechtsverkehr heraus,⁶¹ welche sich vom Mietrecht über das Kaufrecht bis hin zum AGB-Recht erstrecken würden, gibt aber gleichzeitig zu bedenken, dass sich der Sinn und Zweck der Grundfreiheiten als Ausgestaltungen des Binnenmarktprinzips nicht in einem bloßen Austausch erschöpfen, sondern vielmehr ein Ordnungsverständnis voraussetzen,⁶² welches nicht zu einer bedenklichen Beschränkung der Privatautonomie führe.⁶³

Ungeachtet der Diskussion hat indes Art. 7 Abs. 4 VO 492/2011 klargestellt, dass

„alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend Zugang zur Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeits- und Kündigungsbedingungen von Rechts wegen nichtig sind, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen.“

Hiermit wurde die in der *Angonese*-Entscheidung angelegte Erweiterung des wirtschaftsrechtlichen Gehaltes der Arbeitnehmerfreizügigkeit um das Element der Einwirkung auf Privatrechtsverhältnisse nunmehr sekundärrechtlich festgeschrieben.

III. Die Allgemeine Freizügigkeit des Art. 21 AEUV

1. Gewährleistungsbereich

Das Recht der Freizügigkeit in Art. 21 AEUV ist konzeptionell als ein allgemeines Recht auf Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit ausgestaltet,⁶⁴ welches gem. Art. 21 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 AEUV Unionsbürgern vorbehalten

⁵⁹ *Burgi*, Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EWS 1999, 327 (329).

⁶⁰ *Burgi*, Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EWS 1999, 327 (329).

⁶¹ *Forsthoff*, Drittwirkung der Grundfreiheiten Das EuGH-Urteil *Angonese*, EWS 2000, 389 (389).

⁶² *Forsthoff*, Drittwirkung der Grundfreiheiten Das EuGH-Urteil *Angonese*, EWS 2000, 389 (394).

⁶³ *Forsthoff*, Drittwirkung der Grundfreiheiten Das EuGH-Urteil *Angonese*, EWS 2000, 389 (397).

⁶⁴ *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union, 12. Aufl. 2016, § 2 Rn. 29.

ist. Diese können sich auf die in Art. 21 AEUV enthaltene Garantie unmittelbar berufen,⁶⁵ wobei der Wortlaut des Art. 21 Abs. 1 AEUV das Recht der allgemeinen Freizügigkeit unter den Vorbehalt der in den Verträgen und den Durchführungsverordnungen vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen stellt. Die Gewährleistung des Art. 45 i. V. m. Art. 52 Abs. 2 GRCh ist im Hinblick auf Art. 21 AEUV als deckungsgleich anzusehen.⁶⁶

2. Erweiterung zu einem Inländergleichbehandlungsanspruch

Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts in Kombination mit dem Diskriminierungsverbot und seinen sekundärrechtlichen Ausgestaltungen in Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und den durch dieses Recht abgelösten Sekundärnormen hat die Frage virulent werden lassen, ob, in welchem Maß und für welche Unionsbürger ein Anspruch auf (vollständige) Inländergleichbehandlung hinsichtlich des Zugangs zu nationalen Sozialhilfesystemen besteht.⁶⁷

a) Das Urteil *María Martínez Sala* als Ausgangspunkt

In seinem Urteil *María Martínez Sala* / Freistaat Bayern vom 12. Mai 1998 hat der EuGH die vom BayLSG in einem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EGV) u. a. vorgelegte Frage, ob Unionsrecht dahingehend auszulegen ist, dass es einer Bestimmung wie jener des deutschen Bundeserziehungsgeldgesetzes entgegensteht, nach der die Gewährung von Erziehungsgeld für EU-Ausländer, die sich rechtmäßig in dem betreffenden Mitgliedstaat aufhalten, von der Vorlage einer förmlichen Aufenthaltserlaubnis abhängig gemacht wird, bejaht.⁶⁸ Das ausschließlich für Angehörige anderer Mitgliedstaaten bestehende Erfordernis der Vorlage eines förmlichen Nachweises bei gleichzeitiger Gewäh-

⁶⁵ *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union, 12. Aufl. 2016, § 2 Rn. 31; EuGH EuZW 2002, 761.

⁶⁶ *Kluth*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 21, Rz. 3; *Jarass*, Die EU-Grundrechte, 1. Aufl. 2005, § 2 Rz. 13 ff.

⁶⁷ *Kluth*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 21 Rz. 6; *Magiera*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 21 Rz. 15.

⁶⁸ EuGH EuZW 1998, 372 (372 ff.).

zung von Erziehungsgeld für Inländer, wenn diese lediglich einen Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat aufweisen, stelle eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung im Sinne von Art. 18 AEUV (ex-Art. 6 EGV) dar.⁶⁹ Bereits in den Folgejahren des EuGH-Urteils *María Martínez Sala / Freistaat Bayern* vom 12. Mai 1998 war im Schrifttum streitig, ob sich aus der Entscheidung eine bürgerrechtliche Dimension in Form eines Gleichbehandlungsanspruches von Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten ableiten lässt.⁷⁰

Scheuing betrachtete die Gleichbehandlung von Inländern und Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten bei der Gewährung von Sozialleistungen als „zwangsläufiges“ Verknüpfungselement, das mit der Regelung des Aufenthaltsrechts des Art. 20 AEUV (ex-Art. 17 EGV) untrennbar verbunden sei.⁷¹ *Hailbronner* wendete dagegen ein, dass sich eine zwangsläufige Verknüpfung zwischen Aufenthaltsrecht und Sozialleistungen nicht aus dem EG-Vertrag entnehmen ließe, der die Unionsbürgerschaft lediglich als ein zur Staatsbürgerschaft hinzutretendes Element betrachte.⁷² *Borchardt* wählte ebenfalls eine Interpretation, die den bürgerrechtlichen Gehalt des allgemeinen Freizügigkeitsrechts erkennen ließ, und entwickelte das Gebot der sozialrechtlichen Gleichstellung aller Unionsbürger.⁷³ Dem Unionsbürger stehe demnach bei Vorliegen eines sachlichen Bezuges zum Gemeinschaftsrecht ein umfassender Anspruch auf Nichtdiskriminierung zu.⁷⁴ Zwar sei das Aufenthaltsrecht nicht unmittelbar an das Recht einer sozialen Absicherung geknüpft, wie es bei dem Recht des Erhalts einer Aufenthaltsbescheinigung oder bei der Geltendmachung bestimmter Rechte gegen eine Ausweisung der Fall sei – indes ergebe sich für die Mitgliedstaaten eine unmittelbar aus Art. 21 AEUV (ex-Art. 18 EGV) folgende Verpflichtung, neben dem Aufenthaltsrecht selbst auch alle hiermit im Zusammenhang stehenden oder ableitbaren Rechte zu garantieren, wobei der letzteren Kategorie Sozialleistungen zuzuordnen seien.⁷⁵ *Pechstein* und *Bunk* gingen über diese Ansicht hinaus und forderten eine gänzliche Inländergleichbehandlung,⁷⁶ die letztlich zu einer Vollintegration führen sollte. *Schulz* regte indes bereits vor Urteilsverkündung an, die Inländergleichbehandlung eingrenzen und nur für solche Handlungen

gelten lassen, die in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Zweck des Aufenthaltes stehen und seiner wirkungsvollen Ausübung nützen.⁷⁷ Schließlich kritisierte *Hailbronner* die unzureichende Begründung des vom EuGH ausgesprochenen Postulats eines Anspruchs auf Inländergleichbehandlung von Unionsbürgern, die sich rechtmäßig im Gebiet des Aufnahmestaates aufhalten und monierte die fehlende Auseinandersetzung des Gerichtshofes mit sekundärrechtlichen Regelungen.⁷⁸

b) Die Rechtssache *Grzelczyk*

Das Urteil des EuGHs vom 20. November 2001 unter dem Aktenzeichen C-184/99 beinhaltet unter anderem die Beantwortung der vom belgischen *Tribunal du travail Nivelles* vorgelegten Frage,⁷⁹ ob die Art. 6, 8 und 8a EGV und die Richtlinie 93/96/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten mit einer Regelung wie Art. 1 Nr. 1 der Königlichen Verordnung vom 27. März 1987 vereinbar ist, die den Anwendungsbereich von Art. 1 des belgischen Gesetzes vom 7. August 1974 zur Einführung des Anspruchs auf ein Existenzminimum nur auf Personen ausdehnt, welche in den Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft fallen.⁸⁰ Art. 1 des belgischen Gesetzes vom 7. August 1974 zur Einführung des Anspruchs auf ein Existenzminimum bestimmte, dass jeder volljährige Belgier, der einen tatsächlichen Aufenthalt in Belgien aufweist und nicht über ausreichende Mittel verfügt, einen Anspruch auf ein Existenzminimum hat. Konkret behandelt die Entscheidung den Fall eines französischen Studenten, der während seines vierten Studienjahres in Belgien bei den dortigen Behörden erfolglos Sozialhilfe beantragte, da er mangels Arbeitnehmereigenschaft nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft fiel und daher nicht die Voraussetzungen des Art. 1 Nr. 1 der Königlichen Verordnung erfüllte. Der EuGH stellte fest, dass die Situation eines belgischen Studenten, der nicht die Arbeitnehmereigenschaft i. S. der Verordnung (EWG) Nr. 612/68 erfülle, einen Anspruch auf Gewährung des Existenzminimums inne habe, während dieser für eine Person wie den Kläger allein aufgrund dessen Staatsangehörigkeit ausgeschlossen sei.⁸¹ Dies stelle eine verbotene Diskriminierung nach Art. 6 des EG-Vertrages dar,⁸² die im Zusammenhang mit dem Recht der Unionsbürger zu sehen sei, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehalten

69 EuGH EuZW 1998, 372 (375) Rz. 54 f., 63 f.

70 *Kahn*, in: Geiger/Kahn/Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2016, Art. 21 Rn. 7.

71 *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, 744.

72 *Hailbronner*, Diskriminierungsverbot, Unionsbürgerschaft und gleicher Zugang zu Sozialleistungen, ZaöRV 2004, 603 (606).

73 *Borchardt*, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, 2057 (2057 ff.).

74 *Borchardt*, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, 2057 (2058).

75 *Borchardt*, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, 2057 (2059).

76 *Pechstein/Bunk*, Das Aufenthaltsrecht als Auffangrecht, EuGRZ 1997, 547 (553).

77 *Schulz*, Freizügigkeit für Unionsbürger, 1997, S. 273.

78 *Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2185 (2188).

79 EuGH EuZW 2002, 52 ff.

80 EuGH EuZW 2002, 52 (53) Rz. 9.

81 EuGH EuZW 2002, 52 (54) Rz. 29.

82 EuGH EuZW 2002, 52 (55) Rz. 30, 46.

lich der Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten.⁸³

Der Entscheidung *Grzelczyk* aus dem Jahre 2001 kann ein umfassender Anspruch auf volle Gleichbehandlung freizügigkeitsberechtigter Studenten mit Inländern im Hinblick auf existenzsichernde Maßnahmen entnommen werden.⁸⁴ Allerdings war diese Lesart nicht unumstritten. So wurde insbesondere die Auslegung der Richtlinie 93/96/EWG kritisiert, da diese Studenten von einem Anspruch auf sozialhilfegleiche Unterhaltsstipendien deutlich ausschleife und sich aus einem Verweis auf keine gegenteiligen Richtlinienbestimmungen mitnichten eine Begünstigung durch einen Anspruch auf Sozialhilfeleistungen ergebe.⁸⁵ Insbesondere ergäben sich Zweifel an der Methodik der Argumentation des EuGHs, der etwa den von Art. 1 der Richtlinie 93/96/EWG geforderten Nachweis ausreichender Mittel für die Bestreitung des Lebensunterhaltes unter Verweis auf den sechsten Erwägungsgrund, welcher eine übergebührende Belastung der öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates durch die Aufenthaltsberechtigten verhindern möchte, in sein Gegenteil modifiziere.⁸⁶

c) Die Rechtssache Trojani

Eine ähnliche Konstellation wie jene des Sachverhaltes *Grzelczyk* hat der EuGH am 7. September 2004 – geführt unter dem Aktenzeichen C-456/02 – entschieden. Gegenstand des Vorlageverfahrens war u. a. die Frage, ob einer Person, die sich in einer vergleichbaren Lage wie jener des Klägers befindet, allein aufgrund ihrer Unionsbürgerschaft im Aufnahmemitgliedstaat ein auf der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 18 EG (heute Art. 21 AEUV) beruhendes Aufenthaltsrecht zustehen kann.⁸⁷ Der Kläger hatte ein vorläufiges Aufenthaltsrecht in Belgien erhalten, verfügte nicht über ausreichende Existenzmittel und leistete zugunsten eines Wohnheims Dienste in einem Umfang von etwa 30 Stunden je Woche, wofür er Naturalleistungen zur Deckung seiner Grundbedürfnisse erhielt.⁸⁸ Der EuGH bestätigte die unmittelbare Geltung des Art. 18 Abs. 1 EG (heute Art. 21 Abs. 1 AEUV)⁸⁹ und erinnerte an die Beschränkungen und Bedingungen der Freizügigkeit,⁹⁰ wozu gem. Art. 1 der Richtlinie 90/364 das Recht der Mitgliedstaaten gehöre, das Freizügigkeitsrecht u. a. von einer Krankenversicherung und ausreichenden Existenzmitteln des betroffenen

den Unionsbürgers abhängig zu machen.⁹¹ Indem der Kläger nicht über ausreichende Existenzmittel verfügte stellte sich nunmehr die Frage,⁹² ob für einen Unionsbürger, der eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, das Prinzip der Gleichbehandlung aus Art. 12 EG (heute Art. 18 AEUV) mit der Konsequenz Anwendung findet,⁹³ dass eine Person in der Situation des Klägers einen Anspruch auf Leistung des sog. *Minimex* geltend machen kann, was der EuGH für den vorliegenden Fall bejahte.⁹⁴ Indem die große Kammer in der Entscheidung *Trojani* das Aufenthaltsrecht des Klägers als Ausfluss der unmittelbaren Anwendung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts (Art. 18 Abs. 1 EG) betrachtete, bekräftigte der EuGH seine Rechtsprechung der unmittelbaren Anwendbarkeit der Freizügigkeit und betonte die Möglichkeit der Geltendmachung von Sozialleistungsansprüchen nunmehr auch für Konstellationen, in denen bestimmte Unionsbürger ihr Aufenthaltsrecht nicht aus spezielleren primärrechtlichen Normen (etwa Art. 39, 43 und 49 EG) herleiten konnten. Basierend auf der Verknüpfung des Aufenthaltsrechts und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 Abs. 1 EG (heute Art. 18 Abs. 1 AEUV) erweiterte der EuGH das Anwendungsfeld für die Geltendmachung von Sozialleistungsansprüchen. Diese, den gemeinschaftsbürgerrechtlichen Gehalt der Freizügigkeit stärkende Tendenz spiegelt sich darüber hinaus in der Bekräftigung der Luxemburger Richter wieder, dass Inanspruchnahmen des sozialen Sicherungssystems nicht automatisch Ausweisungsmaßnahmen nach sich ziehen dürften.⁹⁵ Die damit einhergehende Verbesserung der rechtlichen Situation von sozialhilfebedürftigen Unionsbürgern kam bereits in der Rechtssache *Grzelczyk* zum Tragen,⁹⁶ in der eine Beendigung der Aufenthaltserlaubnis nur im Rahmen der vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen zugelassen wird. Diese Begrenzung ist sekundärrechtlich in Art. 14 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG verankert, dessen Sinn und Zweck in der Sicherung des Gewährleistungsgehaltes der primärrechtlich abgeleiteten Gleichbehandlungsansprüche besteht, die ansonsten Gefahr laufen würden, entwertet zu werden.⁹⁷

d) Die Rechtssache Brey

In der Rechtssache C-140/12 und dem für dieses Verfahren am 19. September 2013 ergangene Urteil handelte es sich um den Fall eines nach Österreich übergesiedelten deutschen Staatsbürgers, dessen Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszulage mit der Begründung abgelehnt

⁸³ EuGH EuZW 2002, 52 (55) Rz. 37.

⁸⁴ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, 744 (786).

⁸⁵ *Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2185 (2186).

⁸⁶ *Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2185 (2187).

⁸⁷ EuGH NZA 2005, 757 Rz. 30.

⁸⁸ EuGH NZA 2005, 757 Rz. 12.

⁸⁹ EuGH NZA 2005, 757 Rz. 31.

⁹⁰ EuGH NZA 2005, 757 Rz. 32.

⁹¹ EuGH NZA 2005, 757 Rz. 33.

⁹² EuGH NZA 2005, 757 Rz. 39.

⁹³ EuGH NZA 2005, 757 Rz. 40.

⁹⁴ EuGH NZA 2005, 757 Rz. 46.

⁹⁵ EuGH NZA 2005, 757 Rz. 45.

⁹⁶ EuGH EuZW 2002, 52 (55) Rz. 42f.

⁹⁷ *Kingreen*, In love with the single market? Die EuGH-Entscheidung Alimanovic zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundversicherungsleistungen, NVwZ 2015, 1503 (1504).

wurde, dass er basierend auf der niedrigen Rentenhöhe nicht über ausreichende Existenzmittel verfüge, so dass ihm kein rechtmäßiger Aufenthalt in Österreich zustehe.⁹⁸ Die Beurteilung der Frage, ob ein wirtschaftlich nicht aktiver Angehöriger eines anderen Mitgliedstaates nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt, um Sozialhilfeleistungen gem. Art. 7 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2004/38/EG nicht unangemessen in Anspruch zu nehmen, sei nur nach einer umfassenden Prüfung der individuellen Umstände des Klägers und den konkreten Auswirkungen auf das nationale Sozialhilfesystem in seiner Gesamtheit zulässig.⁹⁹

Damit führt die Rechtssache *Brey* die Annahme eines Anspruchs auf Sozialhilfe fort, wenngleich eine Versagung nur nach einer strengen Gesamtwürdigung der individuellen Einzelumstände erfolgen darf.¹⁰⁰

e) Die Rechtssache *Dano*

Der Diskurs um das Bestehen, den Inhalt und die Tragweite eines Gleichbehandlungsanspruches von Inländern in Bezug auf die Gewährung von Sozialleistungen erfuhr durch die vom EuGH in der Rechtssache C-333/13 in dem Verfahren *Dano* / Jobcenter Leipzig gefällte Entscheidung neue Brisanz.¹⁰¹

Im Kern beinhaltet das am 11. November 2014 im Rahmen eines Vorlageverfahrens gem. Art. 267 AEUV (ex Art. 234 EGV) ergangene Urteil die Frage der Auslegung des in Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG und in Art. 4 der VO (EG) Nr. 883/2004 für Unionsbürger niedergelegten Diskriminierungsverbotes.¹⁰² Streitig war konkret, ob nichterwerbstätigen EU-Ausländern, die keine Arbeit suchen und allein zum Zwecke des Bezuges von Sozialhilfe in das EU-Ausland reisen, existenzsichernde Sozialleistungen unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländern zu gewähren sind.¹⁰³ Der EuGH führte aus, dass der Tatbestand des Diskriminierungsverbotes in Art. 24 Abs. 1 S. 1 RL 2004/38/EG einen Aufenthalt „aufgrund dieser Richtlinie“ voraussetze.¹⁰⁴ Art. 7 Abs. 1 lit. b) RL 2004/38/EG knüpfe das Aufenthaltsrecht von nicht erwerbstätigen Unionsbürgern, die sich über einen längeren Zeitraum als drei Monate in einem anderen Mitgliedstaat befinden, an die Voraussetzung des Verfügens über ausreichende Existenzmittel.¹⁰⁵ Diese sei Ausdruck des zehnten Erwägungsgrun-

des der Richtlinie 2004/38/EG, der auf die Verhinderung unangemessener Inanspruchnahmen von Sozialleistungen zielt.¹⁰⁶ Indem Frau *Dano* die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 lit. b) RL 2004/38/EG nicht erfülle,¹⁰⁷ sei eine Anwendung des Diskriminierungsverbotes im Hinblick auf den Zugang zu Sozialleistungen aus Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG für sie als nicht erwerbstätige Unionsbürgerin ausgeschlossen.¹⁰⁸

Fraglich ist, welche Auswirkungen die Entscheidung *Dano* auf die Bedeutung der Freizügigkeit für nicht erwerbstätige Unionsbürger hat. Einerseits könnte die Entscheidung als eine generelle Abkehr von der vorherigen Rechtsprechung gedeutet werden,¹⁰⁹ die etwa in der Rechtssache *Sala* soziale Gleichbehandlungsansprüche annahm – mit der Folge einer Rückorientierung an dem Leitbild des „Marktbürgers“.¹¹⁰ Diese Abkehr von den bürgerrechtlichen Implikationen der Rechtsprechung vor dem Urteil *Dano* hätte eine stärkere Akzentuierung des wirtschaftsrechtlichen Gehaltes zur Folge. Nähme man mit *Thym* an, dass das Unionsrecht Nichterwerbstätigen ohne Freizügigkeitsrecht generell keinen Gleichbehandlungsanspruch im Hinblick auf Sozialleistungen einräumt, liefe man Gefahr ähnliche, aber subtil anders gelagerte Einzelfälle vorschnell nicht eingehender hinsichtlich etwaig bestehende Ansprüche auf Inländergleichbehandlung zu untersuchen. Diese Sichtweise unterstreicht auch die Tatsache, dass es sich bei dem am 11. November 2014 vom EuGH entschiedenen Sachverhalt um eine Extremkonstellation handelt: Nichterwerbstätige Unionsbürger, die sich *allein* zum Zwecke des Erhalts von Sozialleistungen in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union begeben, haben nach Ansicht des EuGHs keinen Anspruch auf Inländergleichbehandlung. Dass sämtliche Ansprüche nicht erwerbstätiger Unionsbürger allgemein abgelehnt werden sollten, erscheint indes in dieser Absolutheit nicht sachgerecht.

Die Anwendung des in der Rechtssache *Brey* herausgearbeiteten Erfordernisses einer Betrachtung der konkreten Umstände auf den spezifischen Fall *Dano* ließe kein anderes Ergebnis zu:¹¹¹ Die persönlichen Umstände, die Aufenthaltsdauer und die finanzielle Perspektive der Klägerin legten nahe, dass es sich nicht um eine vorübergehende Bedürftigkeit handeln würde und somit eine unzumutbare Belastung des Sozialsystems dro-

98 EuGH NZS 2014, 20.

99 EuGH DÖV 2013, 907 Rz. 63f.

100 *Brechmann*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016 Art. 48 AEUV Rz. 19.

101 EuGH NJW 2015, 145 ff.

102 EuGH NJW 2015, 145 (146).

103 EuGH NJW 2015, 145 (146), *Wollenschläger*, Keine Sozialleistungen für nichterwerbstätige Unionsbürger? Zur begrenzten Tragweite des Urteils des EuGH in der Rechtssache *Dano* vom 11.11.2014, NVwZ 2014, 1628 (1628).

104 EuGH NJW 2015, 145 (146) Rz. 68.

105 EuGH NJW 2015, 145 (147) Rz. 73.

106 EuGH NJW 2015, 145 (147) Rz. 74.

107 EuGH NJW 2015, 145 (147) Rz. 81.

108 EuGH NJW 2015, 145 (147) Rz. 69.

109 *Thym*, „Die Rückkehr des „Marktbürgers“ - Zum Ausschluss nichterwerbsfähiger EU-Bürger von Hartz IV-Leistungen, NJW 2015, 130 (132).

110 *Thym*, „Die Rückkehr des „Marktbürgers“ - Zum Ausschluss nichterwerbsfähiger EU-Bürger von Hartz IV-Leistungen, NJW 2015, 130 (130).

111 *Greiner/Kock*, Sozialleistungsansprüche für Unionsbürger im Spannungsfeld von Missbrauchsprävention und Arbeitnehmerfreizügigkeit, NZS 2017, 201 (204).

he. Verneint man diesem Gedanken folgend einen in der EuGH-Entscheidung vom 11. November 2014 in der Rechtsache *Dano* implizierten Bruch mit der zuvor verfolgten Linie der Rechtsprechung, ist es daher treffender von einer begrenzten Gleichstellung nichterwerbstätiger EU-Ausländer im Hinblick auf Sozialleistungen zu sprechen.¹¹² In der besonderen und extrem gelagerten Fallgestaltung der konkreten Rechtssache *Dano* ist jedenfalls die Ablehnung eines Gleichbehandlungsanspruches für Unionsbürger, die sich allein zum Zwecke des Erhalts von Sozialleistungen in das EU-Ausland begeben, auch hinsichtlich des Verhältnismäßigkeitsprinzips überzeugend.¹¹³

f) Die Rechtssache *Alimanovic*

Ferner hat der EuGH am 15. September 2015 in der Rechtssache *Alimanovic* über die Auslegung von Art. 24 der Richtlinie 2004/38/EG und Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 entschieden.¹¹⁴ Diese Normen stünden einer Regelung eines Mitgliedstaates nicht entgegen, nach der Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten, die in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates eingereist sind, um dort Arbeit zu suchen, von bestimmten „besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen“ i.S. von Art. 70 Abs. 2 VO Nr. 883/2004, welche als Sozialhilfeleistungen nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 zu qualifizieren seien, ausgeschlossen werden, wenngleich Staatsangehörige des betreffenden Mitgliedstaates in einer vergleichbaren Lage diese Sozialhilfeleistungen erhalten. Der Vorabentscheidung vorausgegangen war ein Rechtsstreit zwischen dem Jobcenter Berlin und Frau *Alimanovic*, die zunächst zwischen Juni 2010 und Mai 2011 kürzeren Beschäftigungen und Arbeitsgelegenheiten nachgegangen war, den Anspruch auf Sozialhilfe indes erst sechs Monate nach Beendigung der Erwerbstätigkeit geltend machte,¹¹⁵ in denen gem. Art. 7 Abs. 3 Buchst. c RL 2004/38 unter bestimmten Voraussetzungen die Erwerbstätigeneigenschaft fingiert wird.¹¹⁶

Der EuGH modifizierte in der Rechtssache *Alimanovic* den Maßstab für das Vorliegen einer unangemessenen Belastung für das nationale Sozialhilfesystem und entwickelte die exemplarisch in der Rechtssache *Brey* zum Tragen kommende individuelle Prüfung der Umstände der klagenden Person zu einer Summenbetrachtung der Auswirkungen sämtlicher Einzelanträge auf das gesamte

Wohlfahrtssystem fort.¹¹⁷ Betrachtet man diese Akzentverschiebung von einer *konkret-individuellen* Einzelfallabwägung zu einer Analyse der *abstrakt-generellen* Beurteilung der Leistungsanträge in ihrer Gesamtheit im Hinblick auf ihre Auswirkungen,¹¹⁸ so wird ein nunmehr geringerer Begründungsaufwand ersichtlich: Während vor dem Urteil des EuGHs vom 15. September 2015 in der Rechtssache *Alimanovic* eine unangemessene Belastung für die mitgliedstaatlichen Wohlfahrtssysteme anhand von strengeren Kriterien wie den persönlichen Umständen, der Aufenthaltsdauer und der finanziellen Perspektive des Antragsstellers dargelegt werden musste,¹¹⁹ ist nach der Entscheidung eine individuelle Prüfung für Fallgestaltungen wie in der Rechtssache *Alimanovic* obsolet.¹²⁰ Dieser Aspekt wirkt sich praktisch einschränkend auf die bürgerrechtlichen Implikationen des Freizügigkeitsrechts aus, indem ein Anspruch auf Sozialhilfe für Unionsbürger, die zwar zwischenzeitlich erwerbstätig waren, nur noch dann in Frage steht, wenn eine Vielzahl von vergleichbaren Fällen keine unverhältnismäßige Minderung der staatlichen Sozialhilfemittel zur Folge haben würde.

g) Fazit

Der EuGH hat den in der Entscheidung *Sala* angelegten Inländergleichbehandlungsanspruch hinsichtlich des Zugangs zu den nationalen Sozialsystemen schrittweise auf spezifische Personengruppen der nicht erwerbstätigen Unionsbürger ausgebaut. So können Erziehungspersonen, Studenten, Aufenthaltsberechtigte und Rentner unter bestimmten Voraussetzungen die Gewährleistungen des allgemeinen Freizügigkeitsrechts in Verbindung mit den sekundärrechtlichen Ausgestaltungen des Diskriminierungsverbotes insoweit nutzen, als ihnen ein Anspruch auf Sozialleistungen zusteht. Grundsätzlich zeigt die durch den EuGH vorgenommene Auslegung in den analysierten Urteilen somit den bürgerrechtlichen Gehalt des Freizügigkeitsrechts auf. Während der Europäische Gerichtshof in den Rechtssachen *Sala*, *Grzelczyk*, *Trojani* und *Brey* eine tendenziell großzügige Bewertung zugunsten nicht erwerbstätiger Unionsbürger vornahm, lässt sich seit den Entscheidungen *Dano* und *Alimanovic* ein strengerer Maßstab der Gleichbehandlungsproblematik erkennen, der als stärkere Akzentuierung der wirtschaftsrechtlichen Implikationen des allgemeinen Freizügigkeitsrechts gedeutet werden kann.

¹¹² *Wollenschläger*, Keine Sozialleistungen für nichterwerbstätige Unionsbürger? Zur begrenzten Tragweite des Urteils des EuGH in der Rechtssache *Dano* vom 11.11.2014, NVwZ 2014, 1628 (1632).

¹¹³ *Wollenschläger*, Keine Sozialleistungen für nichterwerbstätige Unionsbürger? Zur begrenzten Tragweite des Urteils des EuGH in der Rechtssache *Dano* vom 11.11.2014, NVwZ 2014, 1628 (1630); Schlussanträge v. Generalanwalt *Wathelet* vom 20.05.2014 zur Rs. C-333/13 (*Dano*) Rz. 126ff.

¹¹⁴ EuGH NJW 2016, 555 (555).

¹¹⁵ EuGH NJW 2016, 555 (556) Rz. 55.

¹¹⁶ EuGH NJW 2016, 555 (556) Rz. 54, (557) Rz. 61.

¹¹⁷ EuGH NJW 2016, 555 (557) Rz. 62.

¹¹⁸ *Greiner/Kock*, Sozialleistungsansprüche für Unionsbürger im Spannungsfeld von Missbrauchsprävention und Arbeitnehmerfreizügigkeit, NZS 2017, 201 (205).

¹¹⁹ *Greiner/Kock*, Sozialleistungsansprüche für Unionsbürger im Spannungsfeld von Missbrauchsprävention und Arbeitnehmerfreizügigkeit, NZS 2017, 201 (204).

¹²⁰ EuGH NJW 2016, 555 (557) Rz.59.

Janwillem van de Loo*

Den Palandt umbenennen – ein Zwischenstand

*Kaum ein Studierender wird das 1. Juristische Staatsexamen bestehen, ohne seinen Namen gehört zu haben. Im 2. Staatsexamen sogar wirklich niemand. Die Rede ist vom „Palandt, dem juristischen Standardkommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen“. Weniger bekannt ist jedoch derjenige, der dem „Palandt“ seinen Namen gab: Otto Palandt. Wer nachliest, wird erschrecken: Der angepasste Karrierist hatte unter den Nationalsozialisten den NS-Staat mit aufgebaut. Warum er der Namensgeber wurde, obwohl er nie in dem nach ihm benannten Werk kommentierte und welche besonderen Gründe es für Studierende und Referendar*innen gibt, den Kommentar endlich umzubenennen, wird nun diskutiert. Ein Zwischenstand.*

Eine Diskussion, die fast 80 Jahre hat auf sich warten lassen, wird selten so schnell auf die Titelseite der größten seriösen Tageszeitung Deutschlands gehoben, wie in diesem Fall. Nachdem in einem Artikel des *Verf.* in der Juristenzeitung die schon länger bekannte, problematische Geschichte von Otto Palandt auf die Forderung zugespielt wurde, den „Palandt“ deswegen umzubenennen, setzte Ronen Steinke von der Süddeutschen Zeitung das Thema kurzerhand auf die erste Seite der SZ vom 11.09.2017.¹ Wenig später begrüßte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz die Diskussion und stellte sozusagen amtlich fest: Ein Nazi als Namenspatron sei ungeeignet.² Seit dem entfaltet sich eine Diskussion,³ in der sich jetzt schon fast 1000 Juristinnen und Juristen vom BGH-Richter bis zu Studierenden, sowie mehrere juristische Vereinigungen der Forderung nach einer Umbenennung angeschlossen haben.

Dies ließ den Verlag C.H. Beck offensichtlich nicht unbeindruckt. Am 25.10.2017 kündigte Prof. Dr. Klaus We-

ber aus der Geschäftsleitung des Verlags C.H. Beck in einem Radio-Interview bei Bayern 2 die Einfügung eines „Stolperblatts“ an, in dem schon ab der nächsten Auflage auf das problematische Wirken Palandts im Dritten Reich hingewiesen werden soll. Die vom *Verf.* mitbegründete Initiative „Palandt umbenennen!“ (IPU) begrüßte daraufhin, dass der Verlag C.H. Beck nun bereit zu sein scheint, durch die Einfügung eines historischen Erläuterungstexts endlich einen ersten Schritt zu tun, die unkritische Ehrung Otto Palandts aufzugeben. Damit würde aber einmal mehr deutlich, dass Palandt als Namenspatron für den wichtigsten deutschen Zivilrechtskommentar völlig ungeeignet ist. An einer Umbenennung – begleitet und ergänzt durch ein erinnerndes Vorwort – führt aus ihrer Sicht nach wie vor kein Weg vorbei. Die Debatte ist also in vollem Gange und scheint den Nerv eines schon länger laufenden Prozesses getroffen zu haben, der sich treffend mit zwei Buchtiteln beschreiben ließe: Furchtbar und Furchtlos.⁴ Zum einen wird die NS-Vergangenheit und ihre Kontinuitäten neu untersucht, zum anderen diejenigen neu in den Blick genommen, die Widerstand leisteten und jene die zu Opfern wurden. Aber eins nach dem anderen.

I. Stolpersteine für Täter?

In Hamburg und anderen deutschen Städten erinnern „Stolpersteine“ alle, die vorübergehen: Hier wohnten einst Menschen, denen der NS-Staat zwischen 1933 und 1945 alles nahm: Nicht nur ihre Zukunft, sondern auch ihr Eigentum, ihr Recht, ihr Leben. Es ist gut, dass dieser Opfer gedacht wird. Dass das Andenken an Täter und Gehilfen gepflegt wird, die im NS-Staat Karriere machten, ist hingegen untypisch. Otto Palandt ist so ein Fall. Er spielte als Rechtswissenschaftler und Justiz-Funktionär eine prominente Rolle im nationalsozialistischen Staat und dennoch wird ihm ein besonderes Andenken zu Teil: Bis heute ist Palandt der meist verkaufte deutsche Zivilrechtskommentar gewidmet. Was schwer zu glauben ist, wird bei der Lektüre einiger Originalzitate umso erschreckender. So schrieb Palandt, junge Juristen müssten „*sich vor allen Dingen [...] mit dem Nationalsozialismus ernsthaft beschäftigen*“, lernen, „*Volksschädlinge zu bekämpfen*“ und die „*Verbindung von Blut und Boden, von Rasse und Volkstum*“ begreifen.⁵ Keiner von uns, der damals auch nur annähernd die Werte des Grund-

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Hamburg und Promovend an der Universität Bremen. Der Beitrag ist zunächst in Karriere im Recht (KIR)/STUD.IUR 02/2017 erschienen und wurde für die Veröffentlichung in den HRN überarbeitet und erweitert. Der Autor dankt Kilian Wegner, Marc Philip Greitens und der Initiative „Palandt umbenennen“, die auf palandtumbenennen.de unterstützt werden kann.

1 Van de Loo, Den Palandt umbenennen – Ein Beitrag zu juristischer Erinnerungskultur in Deutschland, JZ 2017, 827 ff.; Steinke, Braunschweig – Warum ein juristisches Standardwerk nach einem Nazi heißt, Süddeutsche, 11.09.2017, Titelseite.

2 Müller-Neuhof, Bücher unter Druck: Justizministerium möchte Nazi-Namen aus Gesetzeskommentaren streichen, Der Tagesspiegel, 19.09.2017.

3 Martini/Wegner, Eher Baustelle als Stolperstein, Legal Tribune Online, 27.09.2017, https://www.lto.de/persistent/a_id/24729/ (26.10.2017); Rath, Den „Palandt“ umbenennen?, Legal Tribune Online, 17.09.2017, https://www.lto.de/persistent/a_id/24547/ (26.10.2017); Kooß, Weg mit den NS-Juristen, TAZ, 20.10.2017, S. 18, <https://www.taz.de/Archiv-Suche/?!5455115/> (26.10.2017).

4 Müller, Furchtbare Juristen – Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz, 1987, Neuausgabe 2014; Maas (Hrsg.), Furchtlose Juristen – Richter und Staatsanwälte gegen das NS-Unrecht, München 2017.

5 Palandt, Der Werdegang des jungen Juristen im nationalsozialistischen Staat, Deutsche Justiz 1935, 586 (587).

gesetzes vertreten hätte, wäre folglich ohne Selbstverleugnung durch das Studium der Rechtswissenschaft gekommen. Palandts erklärtes Ziel war es, die nationalsozialistische Ideologie im Rechtssystem zu voller Entfaltung zu bringen. Der nach ihm benannte Kommentar, so rühmte Palandt, betrachte „die Gesetze“ nicht einzeln wie die „unheilvolle“ Weimarer Rechtslehre, sondern stelle das Recht in seiner Gesamtheit „unter Berücksichtigung der nationalsozialistischen Rechts- und Lebensauffassung [dar]“.⁶ Bei alledem trug Palandt selbst keine Zeile zur Kommentierung bei, sondern verfasste lediglich den Nationalsozialismus lobende Vorworte. Die Zitate Palandts sowie sein JAO-Kommentar sprechen für sich. Umso mehr wundert es, dass der Verlag C. H. Beck bis heute am Namen „Palandt“ festhält.

II. Aufarbeitung der „zweiten Schuld“

Der ehemalige Bundespräsident Joachim Gauck drückt es so aus: „Die Aufarbeitung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft in Deutschland ist eine fortwährende Aufgabe“ und sein Nachfolger Frank-Walter Steinmeier mahnte in seiner Vereidigungsrede, dass die Demokratie weder selbstverständlich noch mit Ewigkeitsgarantie ausgestattet ist. Gerade die Geschichte der Weimarer Republik, deren 100. Jubiläum wir im nächsten Jahr begehen, zeige, dass sie auch wieder verloren gehen kann, wenn wir uns nicht um sie kümmern. Die historische Forschung und das leider oft viel zu späte Aufdecken nationalsozialistischer Verbrechen sind und bleiben ein wichtiger Teil dieser Aufgabe, der sich erfreulicherweise seit einigen Jahren verstärkt gewidmet wird.⁷ Gerade heute, wo Rechtspopulisten eine „erinnerungspolitische Wende um 180 Grad“ fordern und versuchen, zentrale Begriffe der nationalsozialistischen Ideologie wie z. B. „völkisch“ wieder positiv zu besetzen, müssen Juristinnen und Juristen das Grundgesetz und seine historische Genese betonen. Es lohnt sich also, die beibehaltene Namensgebung in den Blick zu nehmen. Der „Palandt“ dürfte dabei neben anderen der prominenteste „braune Fleck“ sein.

III. Von Liebmann über Wilke zu Palandt

Die wechselreiche Geschichte des Palandt begann mit einem z. T. als „vornehme Arisierung“ kritisierten Ankauf durch den Verlag C. H. Beck, um dessen moralische Bewertung bis heute selbst innerhalb des Verlagshauses gestritten wird.⁸ Erfolgreiche Kurzkommentare waren bis

1933 im jüdischen Berliner Verlagshaus von Otto Liebmann erschienen,⁹ der erst unter dem Druck der immer stärkeren Diskriminierung beschloss, seinen Verlag an Heinrich Beck zu verkaufen.¹⁰ Liebmann verarmte und starb 1942 an den Entbehrungen der Verfolgungszeit, seine beiden Töchter wurden im KZ umgebracht.

Für den Verlag C. H. Beck bot der Kauf im drastischen Gegensatz dazu die Chance, aus Liebmanns erfolgreichen Taschenkommentaren die Reihe der Beck'schen Kurzkommentare werden zu lassen. 1934 wurde der Dresdner Oberlandesgerichtsrat Gustav Wilke mit dieser Aufgabe betraut. Er war dabei mit seiner Arbeit so erfolgreich, dass der Kurzkommentar seinen Namen tragen sollte. Doch wenige Monate vor der geplanten Veröffentlichung im Jahr 1938 verstarb Wilke bei einem Verkehrsunfall. Dem Verlag stellte sich nun die drängende Frage, wer Namensgeber des Kommentars werden sollte. Benötigt wurde ein Zugpferd, möglichst ein bekannter NS-Jurist, der helfen sollte, das Produkt erfolgreich zu vermarkten. Die Nationalsozialisten wiederum hatten Interesse an einem Juristen, der das bestehende Recht im nationalsozialistischen Sinne uminterpretieren würde.¹¹ Eine Person erfüllte diese Kriterien: Der Präsident des Reichsjustizprüfungsamts Otto Palandt.¹²

IV. Palandt und die Gleichschaltung des Rechts

Palandt, nicht zuletzt als Bekannter des späteren brutalen Präsidenten des Volksgerichtshofes, Roland Freisler,¹³ war verantwortlich für die Ausbildung des juristischen Nachwuchses und wirkte maßgeblich an deren Reform für den Führerstaat mit.¹⁴ Palandt selber gehörte selbstverständlich seit 1933 der NSDAP an und war zudem bekennendes Mitglied der von den Nationalsozialisten gegründeten „Akademie für Deutsches Recht“. Palandt vertrat nicht nur offensiv, dass ein Rechtsreferendar „*schließlich die Gewähr dafür bieten [muss], daß er jederzeit rückhaltlos für den nationalsozialistischen Staat eintritt.*“¹⁵, sondern er sorgte auch dafür, dass diese Anforderung geltendes Recht wurde und auch durch konkrete Tätigkeit weit ab der juristischen Ausbildung be-

München 2013.

⁹ Vgl. *Rebenich*, C.H. Beck 1763–2013, S. 370.

¹⁰ *Slapnicar*, NJW 2000, 1692 ff.

¹¹ Aufschlussreich ist dazu *Palandt*, BGB, 1. Aufl. (1939), Vorwort III f.; vgl. auch *Hattenhauer*, in: FS Gmür zum 70. Geburtstag, 1983, 255 (258 ff.).

¹² S.a. Reader des AKJ Berlin, Das rechte (Un)Recht – Ein erstes A-Z des Rechts und seiner „Gelehrten“ im Nationalsozialismus und ihr Fortwirken in der Gegenwart, 2015, S. 59 ff., online abrufbar http://kritjur.spline.de/wp-content/uploads/2015/05/Reader_web.pdf.

¹³ Roland Freisler war Strafrichter im nationalsozialistischen Deutschland verantwortlich für etwa 2600 Todesurteile, u. a. gegen die Widerstandsgruppe Weiße Rose und die Teilnehmer des Hitler-Attentats vom 20. Juli 1944.

¹⁴ Vgl. *Sörgel*, Die Implementation der Grundlagenfächer in der Juristenausbildung, 2014, S. 28; s. auch *Wrobel*, KJ 1982, 7.

¹⁵ *Palandt*, in: Palandt/Richter/Stagel (Hrsg.), Justizausbildungsordnung des Reiches, 2. Auflage, 1939, Anm. 2 zu § 32 JAO (§ 25 a. F.)

⁶ *Palandt*, BGB, 1. Aufl., München 1939, Vorwort If.

⁷ Innerhalb nur weniger Jahre wurden die Kontinuitäten des Dritten Reichs im Auswärtigen Amt, BMJV und BND untersucht. Außerdem werden endlich Vorkämpfer der Entnazifizierung wie Fritz Bauer oder das Ehepaar Klarsfeld gewürdigt.

⁸ Nachzulesen sind die unterschiedlichen verlagsinternen Positionen in den beiden Büchern von *Rebenich*, C.H. Beck 1763–2013. Der kulturwissenschaftliche Verlag und seine Geschichte, München 2013 und *Wesel*: 250 Jahre rechtswissenschaftlicher Verlag. C.H. Beck 1763–2013,

wiesen werden musste. Palandts Kommentierung von § 3 Abs. 2 JAO 1939 empfahl dazu, einer der zahlreichen paramilitärischen NS-Organisationen beizutreten: „Gedacht ist natürlich in erster Linie an Dienst in der SA, der SS, dem NSKK und dem NSFK. Es kommt aber z. B. auch eine Tätigkeit in der Parteiorganisation, in der Hitler-Jugend oder im Luftschutz in Frage.“¹⁶ Bereits 1933 setzte Palandt auch durch, dass Frauen aus dem Justizdienst und den rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten entfernt wurden, um die nationalsozialistische „Manneskraft“ im Rechtswesen zu sichern. Alles andere, so meinte er, sei ein „Einbruch in den altgeheiligten Grundsatz der Männlichkeit des Staates“.¹⁷ Die Literatur von ihm und über ihn legt nahe, dass er nicht nur widerwärtig kalt seine Karriere verfolgte, wie leider viel zu viele damals,¹⁸ sondern sich darüber hinaus bewusst für die nationalsozialistische Ideologie einsetzte.¹⁹

V. Palandts Kameraden

Palandt ist indes kein Einzelfall. Die Loseblattgesetzesammlung „Schönfelder“, ebenfalls ein absolutes Standardwerk, ist nach einem Nationalsozialisten benannt.²⁰ Weithin bekannt ist auch die bis heute erscheinende *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* von Prof. Dr. Karl Larenz, fortgeführt von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris. Karl Larenz, den Bernd Rütters und Uwe Wesel als Kronjuristen des Dritten Reiches einstufen, wollte den § 1 BGB wie folgt ändern: „Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist“. Selbst einer der bekanntesten Grundrechtskommentare, der „Maunz/Dürig“, trägt mit „Maunz“ noch heute den Namen eines wichtigen NS-Juristen, der als Verfassungsrechtler maßgeblich den Führerstaat propagiert hatte.²¹ Sogar noch nach 1945 verfasste Theodor Maunz viele Jahre lang anonym zahlreiche Beiträge für die „National-Zeitung“.²² Die Neuauflagen aller dieser Werke tragen noch heute die Namen dieser furchtbaren Juristen.

¹⁶ Ibid., S. 7.

¹⁷ Rotino, Biographien ohne Brüche – Die Renazifizierung der Rechtswissenschaft, Forum Recht 2012/2013, 12 f.; Dietrich, DJZ 38 (1933), 1255-1259; Palandt, DJ 1935, 13-17; ders., DJ 1935, 91.

¹⁸ Erfreulicher sind Maas (Hrsg.), Furchtlose Juristen - Richter und Staatsanwälte gegen das NS-Unrecht, München 2017.

¹⁹ Rütters/ Schmitt, JZ 1988, 369 (376).

²⁰ Wrobel, Heinrich Schönfelder – Sammler deutscher Gesetze 1902–1944, 1997, S. 102 f.; Pyka, Nazi-Erbe lebt bis heute im deutschen Recht, DIE WELT, 4.3.2013, online abrufbar unter <https://www.welt.de/batte/kommentare/article114087596/> (26.10.2017).

²¹ In seinem 1943 erschienenen Werk „Gestalt und Recht der Polizei“ schrieb Maunz bspw.: „Dieses System hat [...] den alten Gesetzmäßigkeitsgrundsatz ersetzt, seitdem an die Stelle des alten Gesetzes der Wille des Führers getreten ist.“ (S. 26 f.).

²² Mauz, „Ich bin nicht nur wütend“, DER SPIEGEL 42/1993, S. 33 ff., online abrufbar unter <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-13680349.html> (26.10.2017).

VI. Umbenennung – muss das sein?

Wer würde heute noch die Benennung eines Platzes nach einem Nationalsozialisten akzeptieren? Wer bei einer Schule oder auch einem Automodell? Zum Glück (fast) niemand. Die Selbstverständlichkeit, mit der solche Namensgebungen als undenkbar gesehen werden, stehen in starkem Kontrast dazu, dass in fast jeder Universität, jedem Amt, jedem Gericht und jeder Kanzlei ein Buch zu finden ist, welches den Namen eines glühenden Nationalsozialisten trägt. Ob Markenname oder nicht: Es wird Zeit, dass sich die benannte Selbstverständlichkeit der Umbenennung NS-belasteter Namen und Begriffe auch im juristischen Bereich vollständig etabliert. Auch der Verlag C.H. Beck selbst verschweigt Palandts unrühmliche Biographie nicht.²³

Historisch und moralisch bleibt nur ein Schluss: Der „Palandt“ muss umbenannt werden. Dabei wurde schon ein Werk im C.H. Beck-Verlag aus ähnlichen Gründen umbenannt: Der Staub. Der Kommentar zum Handelsgesetzbuch heißt seit 1982 wieder nach seinem jüdischen Gründungsautor, Hermann Staub, nachdem ihn die Nazis von der Titelseite des Buches gestrichen hatten. Möchte der Verlag C.H. Beck die Tradition in diesem Sinne wahren, könnte er den Kommentar beispielsweise „Liebmann“ nennen, dem die öffentliche Anerkennung seiner Lebensleistung bis heute verwehrt geblieben.²⁴ Abgesehen davon ist es heute eigentlich weit verbreitete Praxis, rechtswissenschaftliche Kommentarliteratur nach ihren aktuellen Herausgebern, dem Verlag oder dem Erscheinungsort zu benennen. Denkbar wäre ferner die schlichte Bezeichnung als „Beck’scher Kurzkomentar BGB“. Auch Gertrud Artmaier, die Juristin, die in der Festschrift zur 75. Auflage des Palandts, als die „Frau mit der Goldwaage“ gewürdigt wurde und 55 Jahre lang die Lektoratsleitung des Palandts innehatte, wäre eine würdige Namensgeberin. In jedem Fall wäre es neben einer Umbenennung auch sinnvoll, dem Kommentar ein „Stolperblatt“²⁵ voranzustellen, in dem auf die NS-Geschichte des Werks eingegangen wird. Ein solches hat der Verlag nun bereits angekündigt – will aber paradoxerweise am Namen festhalten. Dabei mangelt es an guten Alternativen zum Namen nicht. Warum also an der Benennung nach Otto Palandt festhalten?

Dass das Stolperblatt-Argument nicht trägt, haben Martini und Wegner überzeugend dargelegt.²⁶ Die Beharrung auf Palandt scheint eher zwischen kommerziellen Erwä-

²³ Barnert, Myops 1/2007, 56–68; eine überarbeitete und erweiterte Fassung des Beitrags findet sich in Beck (Hrsg.), Festschrift zur 75. Auflage des Kurz-Kommentars Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 2016, S. 21-32.

²⁴ Vgl. Rebenich, C. H. Beck: 1763-2013 – Der kulturwissenschaftliche Verlag und seine Geschichte, 2013, S. 375.

²⁵ Krüger, Myops 26 (2016), 6 ff., 17; Myops 31 (2017), 62 ff., 69.

²⁶ Fn. 3.

gungen und Gewöhnung zu rangieren. Das mit einer Umbenennung allerdings auch nur ein Käufer oder Käuferin weniger den dann bspw. „Liebmann“ genannten Kommentar kaufen würde, ist sehr unwahrscheinlich. Im Gegenteil: Die Umbenennung wäre überaus „positive Presse“. Und andersherum: Gewöhnung, eingeschlifene Verhaltensweisen und Traditionen transportieren auch Schlechtes. Entgegen aller Alltäglichkeit sollten wir anerkennen: Männer, die die Gleichschaltung der Rechtspraxis im Sinne der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft vorantrieben, sind bis heute Namensgeber wichtiger juristischer Standardwerke in der Bundesrepublik Deutschland. Die juristische Erinnerungskultur erlebt gerade einen Frühling, der an diesen Standardwerken nicht vorbeigehen sollte. Dadurch wäre viel gewonnen: Kaum ein Akt könnte die Erinnerungskultur so weit in den juristischen Alltag tragen, wie diese Umbenennungen.

VII. Ein Thema für Studierende und Referendar*innen?

Es gibt viele gute Gründe, warum gerade Studierende und Referendar*innen in Bezug auf die hier geforderte Umbenennung gefragt sind. Zum einen ist es immer Aufgabe des Jungen, das Alte zu hinterfragen, kritisch zu sein und ein „haben-wir-schon-immer-so-gemacht“ nicht einfach so zu akzeptieren.²⁷ Der Blick in die Geschichte

27 Für einen Überblick problematischer Kontinuitäten s. a. Forum

sollte den nötigen Mut dazu bereiten. Häufig wurde der Fortschritt, von dem wir heute leben, von jungen (oder zumindest im Geiste jungen) Menschen erkämpft, die nicht ihre Karriere im Auge hatten, sondern das, was sie als gerecht empfanden. Zum anderen sticht der fachspezifische Grund geradezu ins Auge: Nicht nur „ziert“ der Name Palandt zig tausendfach unsere Haus- und Seminararbeiten, im 2. Staatsexamen sind wir sogar gezwungen zu „ihm“ zu greifen. Hat uns jemand gefragt, ob wir dieses „Andenken wider Willen“ pflegen wollen? Nein, und dabei geht es doch gerade um denjenigen Nationalsozialisten, der unsere Ausbildung damals gleichschaltete. Dass wir gerade ihm ungewollt Gedenken widmen, ist besonders zynisch. Unsere Ausbildung soll durch den Geist des Grundgesetzes geprägt sein.²⁸ Palandt war nicht nur ein Feind dieser Werte, er wickelte aktiv die Weimarer Republik ab. Folglich ist er nicht lediglich für Studierende jüdischer Herkunft sowie für Frauen untragbar – nein – für alle Studierenden und Referendar*innen, die es ernst meinen mit dem Geist des Grundgesetzes, ist Otto Palandt eine Beleidigung. Auch ein Stolperblatt, so begrüßenswert es ist, ändert daran nichts. Aufgeklärte geschichtliche Kontextualisierung und Umbenennung müssen vielmehr Hand in Hand gehen.

Recht Heft 2/07: NS-Unrecht – Kontinuität und Gegenwart <http://forum-recht-online.de/wp/?p=777> und INITIATIVE NAZIFREIES RECHT <http://ich-bin-dafuer.org/> (26.10.2017).

²⁸ Nur zu begrüßen ist daher das Vorhaben *Maas*, Nazizeit als Pflichtprogramm in der Ausbildung, FR 20.07.2017, <https://www.fr.de/politik/meinung/gastbeitraege/20-juli-nazizeit-als-pflichtprogramm-in-der-ausbildung-a-1317211> (26.10.2017).

Internationale Strafgerichtsbarkeit unter sowjetischem Einfluss – Der Beitrag der UdSSR zum Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess

(= Beiträge zum internationalen und europäischen Strafrecht, Bd. 27)

Von Andreas Raffener*

Besprechung von Internationale Strafgerichtsbarkeit unter sowjetischen Einfluss – Der Beitrag der UdSSR zum Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess (= Beiträge zum internationalen und europäischen Strafrecht, Bd. 27), Berlin 2016 zugl. Univ. Diss. Marburg 2015, ISBN: 978-3428148677, 119,00 €

Man muss überhaupt kein Prophet sein, um zu wissen, dass sich sowohl der Mensch als auch das Recht in einem steten Wandel befinden. Verlierer kriegerischer Auseinandersetzungen sahen sich früher andauernd mit dem Tod in der Niederlage konfrontiert. Heute droht ihnen ein Gerichtsverfahren, ja ein rechtsstaatliches Verfahren. Dieser Wandel lässt sich an dem Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess nach dem Zweiten Weltkrieg erkennen.

Irina Schulmeister-André gelingt es mit spitzer Feder und überzeugender Lesart die in Marburg angenommene Dissertation so zu verfassen, dass keine Instanz ausgelassen wird und dass sich der Leser rasch mit der Ma-

terie identifizieren kann. Das zu besprechende Buch ist logisch gegliedert und enthält nach einer Einführung über Beweggrund, Zweck, Quellen und Aufbau, acht Kapitel, die sich mit der juristischen Bewältigung von Kriegsverbrechen als Herausforderung der sowjetischen Justiz der 30er- und 40er-Jahre des letzten Jahrhunderts und der Ahndung von Kriegsverbrechen als Themenstellung sowjetischer Regierungspolitik befassen. Aber auch die Entwicklung vom Mai bis zum Juni 1945, die Ausarbeitung des Statuts für das internationale Militärgericht im Zuge der Verhandlungen in London von Ende Juni bis Ende August 1945 dürfen keineswegs fehlen. Ähnlich verhält es sich mit der sowjetischen Darstellung zur Vorbereitung einer Anklage, das explizite Hauptverfahren vor dem Tribunal unter sowjetischer Mitwirkung und der Beeinflussung der Sowjetunion in der Beziehung zur Beratung und Findung eines Urteils.

Die Autorin zeigt detailliert ihre Forschungsergebnisse und kommt zum Fazit, dass die Sowjetunion bei der Ent-

wicklung der Idee eines gerichtlichen Verfahrens gegen die NS-Hauptkriegsverbrecher einen erheblichen Einfluss ausgeübt hat. Überdies ließ die teils ungenügende Durchführung bei der Vorarbeit des Prozesses und die konfrontative Verhaltensweise der USA die Macht auf die wesentlichen Begebenheiten im Kontext mit dem Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess nachlassen.

Alles in allem ist es ein sehr interessantes Werk, das sich mit einem sehr bedeutenden Thema der deutschen und europäischen Nachkriegs(strafrechts)geschichte auseinandersetzt. Bleibt zu wünschen, dass auch ähnliche Gerichtsurteile und Prozesse nach anderen kriegerischen Auseinandersetzungen eine analoge Aufarbeitung wissenschaftlicher Prägung erhalten werden, wie es eben bei Schulmeister-André der Fall ist. Ob es ein Wunschtraum oder ein Beginn einer neuen (akademischen) Realität wird, wird die Zukunft weisen und möglicherweise durch die Öffnung einiger Archive mit einer positiven Antwort zugeführt werden.

Impressum

HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

ISSN 2191-6543

7. Jahrgang (2017) – Heft 1-2 – Februar 2018

Die Hamburger Rechtsnotizen erscheinen zweimal jährlich. Die Redaktion freut sich über Beiträge in digitaler Form für die nächsten Ausgaben.

<http://www.hamburger-rechtsnotizen.de>

Redaktion und Lektorat

Sina Aaron Moslehi
Lasse Ramson
Fynn Wenglarczyk
Baran Özdemir
Wiebke Bernard

E-Mail:
redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de

Vertrieb, Anzeigen & PR

E-Mail:
vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de
anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de

Verantwortlich für Anzeigen:
Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli

Internet

Sina Aaron Moslehi

Herausgeber

Hamburger Rechtsnotizen e. V.

Postanschrift:
Fakultät für Rechtswissenschaft
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg

Hamburger Rechtsnotizen e. V. ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Hamburg unter der Registernummer VR 1030 eingetragen.

Einzelvertretungsberechtigt sind:
Erster Vorsitzender:
Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli
Zweiter Vorsitzender:
Oliver van der Schoot

Layout/Satz

die computerfabrik
Bernsteinstraße 88, 70619 Stuttgart
Valentin Funk, Claudia Wittorf,
Ulrich Böckmann

Druck

Hoffmann-Druck GmbH, Straße der
Freundschaft 8, 17438 Wolgast/Mahlzow

Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingesandt werden. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die/der Autor/in dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts.

HANSEATISCH JURISTISCH

HAMBURGER
RECHTSNOTIZEN

WISSEN, WAS RECHT IST.

Preis: 4,50 € – ISSN 2191-6543