

Heraus-  
geberInnen

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

Heft 3 · 2025  
Jahrgang 58



Nomos

# Kritische Justiz

Vierteljahresschrift für Recht und Politik

## AUSÄTZE

*Vorsteher*, Rechtliche Reaktionen auf rechtsextremistische Raumnahme  
*Markard*, Notstand vs. Asylrecht  
*Seitz*, Mehrarbeitszuschläge für Teilzeitbeschäftigte  
*Röhner*, Wohnen als neue soziale Frage. Rechtliche Perspektiven  
*Mehler*, Drohende Verselbstständigung des polizeilichen  
Informationsverbunds  
*Rieth*, Topoi und Sprache in NS-Verfahren in der DDR

## KOMMENTARE

*Lischewski*, Diversität und Wissenschaftsfreiheit  
*Scheiwe*, Sorgearbeit im Recht  
*Frankenberg* und *Hanschmann*, Die AfD verbieten oder aushalten?

## PRAXISRUBRIK

Mit Beiträgen von *Burghardt* und *Philipps* sowie *Garloff*

## REZENSIONEN

Von *Hanten* zu *Tscheu* und *Maruy* zu *Weißbach*



### Inhalt

#### AUFSÄTZE

Jens Vorstehler

##### Rechtliche Reaktionen auf rechtsextremistische Raumnahme

Der Vorschlag eines Genehmigungsvorbehalts als bodenrechtliches Instrument ..... 323

Nora Markard

##### Notstand vs. Asylrecht: Legitimierung des Rechtsbruchs durch Krisennarrative ..... 343

Maria Seitz

##### Mehrarbeitszuschläge für Teilzeitbeschäftigte

EuGH und BAG stärken Diskriminierungsschutz ..... 357

Cara Röhner

##### Wohnen als neue soziale Frage. Rechtliche Perspektiven ..... 370

Lars Mehler

##### Drohende Verselbstständigung des polizeilichen Informationsverbunds

Eine Untersuchung am Beispiel der „Gewalttäterdateien“ des Bundeskriminalamts ..... 383

Philipp Rieh

##### Strafverfahren im Dienste der Geschichtspolitik

Topoi und Sprache in NS-Verfahren in der DDR ..... 396

#### KOMMENTARE

Isabel Lischewski

##### Radikale Inklusivität als Schutzstrategie

Wie Diversität und eine diskriminierungsarme Sprache die Wissenschaftsfreiheit schützen ..... 411

Kirsten Scheiwe

##### Sorgearbeit im Recht

Ambivalente Solidaritäten und die Notwendigkeit einer solidarischen Care-Politik ..... 422

Günter Frankenberg und Felix Hanschmann

##### Die AfD verbieten oder aushalten?

Ein Streitgespräch zum Parteiverbot gemäß Art. 21 Abs. 2 GG ..... 434

#### PRAXISRUBRIK

Boris Burghardt und Pauline Philipp

##### Kontaktschuld im „schwarzen Finger“?

– Zum Urteil des LG Hamburg – Az.: 612 KLS 17/19 – vom 3. September 2024 ..... 444

Grégory Garloff

##### Tarifpolitik nach der Nachtzuschlagsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Veränderung des „Kerngeschäfts“ oder doch weiter wie bisher? ..... 451

#### REZENSIONEN

Amelie Tscheu, Publizistischer Landesverrat in der Weimarer Republik, Tübingen: Mohr

Siebeck (*Mathias Hanten*) ..... 465

Friedrich Weißbach, Recht und Gemeinschaft: Zu Hannah Arendts Kritik der Menschenrechte,

Berlin: Lukas Verlag (*Rodrigo Maruy*) ..... 468

# KJ Kritische Justiz

Vierteljahresschrift für Recht und Politik

## Schriftleitung:

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

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

## Einsendungen bitte an:

PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Leibniz Universität Hannover  
E-Mail: kj-redaktion@ipw.uni-hannover.de

## Rezensionsangebote bitte an:

Prof. Dr. Felix Hanschmann, Bucerius Law School  
Jungiusstr. 6, D-20355 Hamburg  
E-Mail: felix.hanschmann@law-school.de  
[www.kj.nomos.de](http://www.kj.nomos.de)

## Anzeigen:

Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG  
Media Sales  
Dr. Jiri Pavelka  
Wilhelmstraße 9, 80801 München  
Tel: (089) 381 89-687  
mediasales@beck.de

## Verlag und Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestr. 3-5  
76530 Baden-Baden  
Telefon: 07221/2104-0  
[www.nomos.de](http://www.nomos.de)

Geschäftsführer: Thomas Gottlöber  
HRA 200026, Mannheim  
Sparkasse Baden-Baden Gaggenau,  
IBAN DE05662500300005002266  
(BIC SOLADES1BAD)

Erscheinungsweise: vierteljährlich

## Preise:

Individualkunden: Jahresabo € 89 inkl. digitaler Einzelplatzlizenz  
Vorzugspreis für Studierende € 51,- inkl. digitaler Einzelplatzlizenz  
Institutionen: Jahresabo € 279,- inkl. digitaler Mehrplatzlizenz  
Der Digitalzugang wird in der Nomos eLibrary bereitgestellt.  
Einzelheft: € 24,-  
Die Abopreise verstehen sich einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer und zuzüglich Vertriebskostenanteil € 20,00 bzw. Direktbeorderungsgebühr € 3,50 (Inland)  
Die Rechnungsstellung erfolgt nach Erscheinen des ersten Heftes des Jahrgangs.

**Bestellungen** über jede Buchhandlung und beim Verlag.

## Kundenservice:

Telefon: +49-7221-2104-222  
Telefax: +49-7221-2104-285  
E-Mail: service@nomos.de

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

## Adressenänderungen:

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

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

ISSN 0023-4834

## Manuskripte und andere Einsendungen:

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

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

## Urheber- und Verlagsrechte

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

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

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

# AUFSÄTZE

Jens Vorsteher\*

## Rechtliche Reaktionen auf rechtsextremistische Raumnahme Der Vorschlag eines Genehmigungsvorbehalts als bodenrechtliches Instrument

### 1. Einleitung

Das Verbot des sogenannten ‚Königreichs Deutschland‘ durch das Bundesministerium des Innern am 13. Mai 2025 und die Beschlagnahme von Vereinsimmobilien zeigt, dass der Staat gegen Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung vorgeht, die sich beim sogenannten ‚Königreich Deutschland‘ insbesondere durch eine Raumnahme als beabsichtigte Schmälerung des Staatsgebiets Deutschlands offenbart hat.<sup>1</sup> Das sogenannte ‚Königreich Deutschland‘ ist aber nicht der einzige Akteur, der bodenpolitisch agiert.

*„Der Kampf um Räume gehört seit jeher zum Kernbestand nationalsozialistischer Ansprüche auf ‚Lebensräume‘ ganzer Staaten und aktueller rechtsextremer Bewegungen und Parteien zur Demonstration von Macht in Dörfern oder Stadtteilen.“<sup>2</sup>*

Eine statistische Erfassung und Auswertung der Nutzung von Immobilien durch Angehörige der rechtsextremistischen Szene in Deutschland erfolgt seit 2017. Seitdem wird auf Grundlage einer einheitlichen nicht rechtlich, sondern statistisch begründeten Definition im Verfassungsschutzverbund<sup>3</sup> eine Liste der „rechtsextremistisch genutzten Immobilien“ geführt und einmal jährlich veröffentlicht; „[v]on einer rechtsextremistisch genutzten Immobilie ist auszugehen, wenn eine uneingeschränkte grundsätzliche Zugriffsmöglichkeit auf diese durch ein Eigentum- oder Besitzverhältnis (wie Miete oder Pacht) oder ein Kenn- und Vertrauensverhältnis zum Objektverantwortlichen besteht und diese Nutzung aus einem politischen (rechtsextremistischen) Grund ziel- und zweckgerichtet erfolgt und

\* Der Autor ist Rechtsanwalt für Immobilienrecht in Berlin.

- 1 Pressemitteilung des Bundesministeriums des Innern vom 13. Mai 2025, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2025/05/verbot-koenigreich-deutschland.html> (zuletzt aufgerufen am 21. Mai 2025).
- 2 Wilhelm Heitmeyer, Kampf um Räume, in Lynn Berg/Jan Überlacker (Hrsg.), Rechtes Denken, rechte Räume, Bielefeld 2020, S. 7.
- 3 Zusammenschluss aus Bundesamt für Verfassungsschutz und den Landesbehörden für Verfassungsschutz.

*die Nutzung wiederkehrend ist“.<sup>4</sup>* Von 2017 bis 2023 zeigt sich eine Zunahme rechtsextremistisch genutzter Immobilien von 136 auf 225 Objekte und somit um rund 65 %.<sup>5</sup> Die Zahlen klingen nur scheinbar gering; denn die räumliche Wirkung ist – wie zu zeigen sein wird – schon bei wenigen Objekten für die Menschen vor Ort drastisch. Die Zunahme von rechtsextremistisch genutzten Immobilien in Deutschland deutet auf ein bodenpolitisches Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen (Vereine, Personen- und Kapitalgesellschaften sowie natürliche Personen und deren Zusammenschlüsse) hin. Pointierter formuliert: Es handelt sich um eine rechtsextremistisch begründete Raumnahme, als deren Ausgangspunkt Immobilien dienen – sie ermöglichen Präsenz vor Ort, Vernetzung und Rückzug.

Die rechtsextremistisch motivierte Raumnahme findet vor Ort in den Gemeinden statt und stellt diese vor Herausforderungen. Denn nicht bei allen rechtsextremistischen Akteur\*innen ist wie beim sogenannten ‚Königreich Deutschland‘ ein Verbot mit Beschlagnahme von Vereinsimmobilien realistisch – oft schon mangels Vereinsstrukturen. Die zuständigen Ministerien der Länder versuchen deshalb, die Gemeinden mit anderen Handlungsempfehlungen zu unterstützen, die Veranstaltungsverbote, Ordnungsmaßnahmen, Bau- und Nutzungsauflagen sowie schließlich kommunale Vorkaufsrechte einschließen.<sup>6</sup> Dabei fällt auf, dass sich die empfohlenen rechtlichen Instrumente nicht direkt gegen die Raumnahme wenden und es an solchen zielgerichteten Instrumenten mangelt. Polizei- und strafrechtliche Maßnahmen richten sich zwar gegen Gefahren, die von rechtsextremistischen Akteur\*innen, nicht aber von rechtsextremistisch genutzten Immobilien ausgehen: Die Staatsanwaltschaften können rechtsextremistisch motivierte Straftaten verfolgen und Ordnungs-/Polizeibehörden Veranstaltungen in extremistisch genutzten Immobilien verbieten oder Auflagen für diese Veranstaltungen erlassen. Gegen die Wirkung der Immobilien für die Stadtentwicklung richten sich die Maßnahmen hingegen selten. Denn es obliegt den Sonderordnungsbehörden, gegen immobilienbezogene Gefahren vorzugehen. Den Gemeinden wird dementsprechend empfohlen, bauordnungs- oder denkmalschutzrechtliche Maßnahmen zu ergreifen; sie sollen zum Beispiel Genehmigungen nicht erteilen, Nutzungen untersagen oder Vorkaufsrechte ausüben.<sup>7</sup> Die rechtsextremistischen Nutzungen sind in den bauordnungs- und denkmalschutzrechtlichen Vorschriften aber nicht adressiert, obwohl sie Beweggrund des behördlichen Einschreitens sind. Das ermöglicht den rechtsextremistischen Akteur\*innen, sich zu Opfern zu stilisieren, weil unter dem vermeintlichen Deckmantel des Bauordnungs- und Denkmalschutzrechts gegen sie vorgegangen wird.

Vor diesem Hintergrund scheint ein Vorgehen mit Maßnahmen geboten, die sich ausdrücklich gegen rechtsextremistisch begründete Raumnahme richten. Die genaue Beschreibung der gemeindlichen Herausforderungen wird zeigen, dass es einer entsprechenden Rechtsgrundlage bedarf, um dem bodenpolitischen Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen eine demokratische Bodenrechtsordnung entgegenzusetzen. In den „Fachexperten-Gesprächen 2023 zur Modernisierung des Städtebaurechts“ klang an, dass

4 Ministerium für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt, u. a. (Hrsg.), Lagebild und Handlungsempfehlung für Kommunen und Immobilienbesitzer, Magdeburg 2024, mit Verweis auf weitere Handlungsempfehlungen, S. 11.

5 Drucksache des Deutschen Bundestages 20/12877, S. 2.

6 Ministerium für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt, u. a. (Hrsg.), a. a. O., mit Verweis auf weitere Handlungsempfehlungen, S. 27–31.

7 Ministerium für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt, u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 27–31.

die Bundesregierung ein Vorkaufsrecht beim Ankauf von Immobilien zu extremistischen Zwecken zumindest erwogen hat.<sup>8</sup> Im entsprechenden Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen ist davon anscheinend Abstand genommen worden.<sup>9</sup> Bisher gibt es weder ein Vorkaufsrecht noch ein anderes rechtliches Instrument gegen rechtsextremistisch begründete Raumnahme.

Der Beitrag unterbreitet daher den Vorschlag eines Genehmigungsvorbehals bei der Veräußerung oder Vermietung an rechtsextremistische Akteur\*innen, wo aufgrund bodenpolitischen Agierens dieser Akteur\*innen Missstände der sozialen Stadtentwicklung bestehen. Am Anfang steht eine Darstellung des bodenpolitischen Agierens rechtsextremistischer Akteur\*innen, der rechtsextremistisch begründeten Raumnahme, und ihrer bodenpolitischen Auswirkungen (2.). Danach erfolgt ein Überblick über die bisherigen Reaktionen der Gemeinden und anderer Behörden (3.). Als Handlungsempfehlung wird ein kommunaler Genehmigungsvorbehalt für die Veräußerung und Vermietung an rechtsextremistische Akteur\*innen entwickelt und auf verfassungsrechtliche Bedenken überprüft (4.). Abschließend wird der Vorschlag eines Gesetzestextes formuliert (5.).

## 2. Bodenpolitisches Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen

Bodenpolitisches Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen ist nicht unbekannt. Die neue rechte Ideologie der ‚National befreiten Zone‘ steht als rechtsextremistisch begründete Raumnahme in einer Kontinuitätslinie mit der nationalsozialistischen Ideologie von ‚Blut und Boden‘.<sup>10</sup> Nach der ‚Blut und Boden‘-Ideologie bestehe eine natürliche Verbindung einer vermeintlichen ‚Rasse‘ mit ihrem ‚Lebensraum‘.<sup>11</sup>

In diesem Zusammenhang ist es wichtig, Rechtsextremismus nicht nur räumlich zu verorten, sondern ebenso die von rechtsextremistischen Akteur\*innen instrumentalisierte Raumnahme zu verstehen. Die Grundeigenschaften von Raum bedingen die Beziehungen von Menschen zum und im Raum; das betrifft insbesondere den Raum als Ankerpunkt für Identität und soziale Beziehung einerseits und den Raum als Abgrenzung und aus ihm resultierender Ausgrenzung andererseits.<sup>12</sup> Diese Grundeigenschaften des Raumes können nach rechtsextremistisch begründeter Raumnahme instrumentalisiert werden. Rechtsextremistische Akteur\*innen wollen aufgrund eines vermeintlichen (teils biologisch begründeten) Anspruchs Vorherrschaft über Raum erlangen, um die Deutungshoheit über den Diskurs im Raum zu gewinnen.<sup>13</sup> Um dieses Ziel zu erreichen, versuchen sie, Narrative zu räumlicher Identität und sozialen Beziehungen zu etablieren und so

8 Deutsches Institut für Urbanistik gGmbH (Hrsg.), Fachexperten-Gespräche 2023 zur Modernisierung des Städtebaurechts, Berlin 2023, S. 59 f.

9 [https://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/Webs/BMWSB/DE/Downloads/referentenentwuerfe/novelle-baugb-2024.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/Webs/BMWSB/DE/Downloads/referentenentwuerfe/novelle-baugb-2024.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (zuletzt aufgerufen am 16. Juni 2025).

10 Rolf Frankberger/Lena Hinz/Olaf Kühne/Bjarne Pfau/Emilia Schmid, Raumkonstruktion extrem rechter Parteien in Deutschland, S. 45.

11 Uwe Puschner, Die völkische Bewegung, <https://www.bpb.de/themen/rechtsextremismus/dossier-rechtsextremismus/230022/die-völkische-bewegung/#footnote-target-24> (zuletzt aufgerufen am 23. Juli 2025).

12 Rolf Frankberger/Lena Hinz/Olaf Kühne/Bjarne Pfau/Emilia Schmid, a. a. O., S. 22 f.

13 Susanne Kubiak, Rechtsextremistische lokale Raumaneignung im Spiegel des Diskurses, in Lynn Berg/Jan Überlacker, Rechtes Denken, Rechte Räume, S. 200, 202; Titus Simon, Rechtsextreme

Abgrenzung und Ausgrenzung von Personen und Gruppen zu begründen. Dies erlaubt, einen Raum mit tatsächlicher oder zumindest vermeintlich eigener Ordnung gegenüber der staatlichen Rechtsordnung zu normalisieren.<sup>14</sup> Zugleich setzen rechtsextremistische Akteur\*innen auf Präsenz vor Ort und kümmern sich; das ist für die einen ein Versprechen und für die anderen eine Drohung.<sup>15</sup> Das verstärkt die Wir-Ihr-Dichotomie noch.<sup>16</sup> Die Akzeptanz der Wohnbevölkerung soll den Weg zur angestrebten Vorherrschaft bereiten, mit dem Ziel des sogenannten Ethnopluralismus, einen Lebensraum mit homogener Wohnbevölkerung zu verwirklichen.<sup>17</sup>

Zumindest in der sozialräumlichen Realität gibt es diese rechtsextremistisch dominierenden Räume – nicht im Sinne tatsächlicher ‚national befreiter Zonen‘, sondern mit Situationskontrolle; das heißt, mit temporärer Durchsetzung einer exklusiven und ausschließenden Eigennutzung.<sup>18</sup> Eine Vielzahl an Beispielen lässt sich anführen.<sup>19</sup> Es überrascht wenig, dass der ländliche Raum sowie von Deindustrialisierung getroffene Städte besonders anfällig sind. Rechtsextremistische Akteur\*innen können im sogenannten Kampf um das Gemeinwesen überzeugen, wenn sie kommen, wo andere gehen und sich der Staat zurückzieht.<sup>20</sup> Allgemeine Bekanntheit hat aufgrund medialer Aufmerksamkeit zum Beispiel das Dorf Jamel als rechtsextremistisches Siedlungsprojekt erlangt.<sup>21</sup> Allerdings sind die Räume vielgestaltig und können neben Siedlungsprojekten ebenso nachbarschaftsbezogene Wohnprojekte oder Wohngemeinschaften sowie Gast-, Bildungs- oder sonstige Veranstaltungsorte sein.<sup>22</sup> Genauso vielgestaltig sind die zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse; so sind die rechtsextremistischen Akteur\*innen teilweise Eigentümer\*innen und teilweise Mieter\*innen der Immobilien.<sup>23</sup>

Dadurch, dass rechtsextremistisch begründete Raumnahme auf die Beziehungen von Menschen zum und im Raum und somit unmittelbar auf die Wohnbevölkerung einwirkt, prägt sie mittelbar die Stadtentwicklung (die als bauplanungsrechtlicher Begriff die Entwicklung des ländlichen und somit insgesamt des besiedelten Raums einschließt). Denn das bodenpolitische Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen mindert die Sicherheit

und rechtspopulistische Vormachtstellungen in prekären, ländlichen Räumen, in Lynn Berg/Jan Überlacker, Rechtes Denken, Rechte Räume, S. 164.

14 Uta Döring, Angstzonen – Rechtsdominierte Orte aus medialer und lokaler Perspektive, S. 39.; Susanne Kubiak, a. a. O., S. 202; Wilhelm Heitmeyer, a. a. O., S. 7.

15 Susanne Kubiak, a. a. O., S. 206 f.

16 Susanne Kubiak, a. a. O., S. 216.

17 Andrea Röpke/Andreas Speit, a. a. O., S. 14 f.; Susanne Kubiak, a. a. O., S. 205 f.; Ministerium für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt, u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 19.

18 Uta Döring, a. a. O., S. 263 ff.; ähnlich BVerfG, Urteil vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13 – NJW 2017, 611 Rn. 933 ff., 1008.

19 Vgl. BVerfG, Urteil vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13 – NJW 2017, 611 Rn. 936 ff.; Correctiv/Katapult, 100 Karten über Rechtsextremismus, S. 12 f. („Völkische Landnahme“), 172 f. („Von Rechtsextremen genutzte Immobilien“), 174 f. („Rechte Zentralen“).

20 Titus Simon, a. a. O., S. 163; Andrea Röpke/Andreas Speit, Völkische Landnahme, S. 10.

21 Andrea Röpke/Andreas Speit, a. a. O., S. 148; z. B. [https://taz.de/Gemeinderatssitzung-in-Jamel/!](https://taz.de/Gemeinderatssitzung-in-Jamel/) 6072101/; <https://www.ndr.de/fernsehen/sendungen/panorama/archiv/2016/Neue-Heimat-im-Nazidorf-Allein-unter-Rechten,jamel302.html>; <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/braunes-jamel-ein-dorf-in-der-hand-von-neonazis-a-496755.html> (jeweils zuletzt aufgerufen am 13. März 2025).

22 Titus Simon, a. a. O., S. 170; Ministerium für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt, u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 7, 15.

23 Ministerium für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt, u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 16.

der Wohnbevölkerung, indem – auch aufgrund von homogener Bewohnerstrukturen – „blind spots“ angestrebt werden. Das sind in diesem Zusammenhang Orte, an denen rechtsextremistische Akteur\*innen bei der Verwirklichung von Straftaten vor und unter Gleichgesinnten keine Strafverfolgung mehr erwarten (müssen). Bereits die nach außen zur Schau gestellte Präsenz und beabsichtigte Dominanz von rechtsextremistischen Akteur\*innen im öffentlichen Raum soll dieselbe Wirkung erzielen, zum Beispiel durch das Zeigen von rechtsextremistischen (auch strafrechtlich nicht relevanten) Zeichen. Menschen, die von Diskriminierung betroffen sind, werden versuchen, diese „blind spots“ zu meiden; medial werden sie zu so genannten ‚Angsträumen‘ erhoben.<sup>24</sup> Dadurch dass von Diskriminierung betroffene Menschen (insbesondere Minderheiten) dann diese Räume meiden, wird ihnen der öffentliche Raum – wie von den rechtsextremistisch Akteur\*innen beabsichtigt – faktisch entzogen und insoweit die ideologisch begründete Priorisierung bestimmter Menschen durchgesetzt. Dem Verständnis von sozialen Bedürfnissen aller Menschen tritt das bodenpolitische Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen entgegen. Die ideologisch begründete Ausrichtung auf eine Bevölkerungsgruppe funktioniert somit abwertend und ausschließend und destabilisiert die Bevölkerungsstrukturen insgesamt.<sup>25</sup> Von Diskriminierung betroffene Menschen werden nicht nur den öffentlichen Raum meiden, sondern diesen Raum nicht (mehr) als Wohnraum verstehen wollen und weg- oder nicht mehr hinziehen. Wichtig ist zu bemerken, dass bei der Segregation durch bodenpolitisches Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen am Ende eine Wohnbevölkerung entstehen soll, die sozial stabil erscheinen mag. Die Stabilität ist aber durch Ausschluss und Abwertung entstanden und erhält sich durch Ausschluss und Abwertung.

Zusätzlich kann die Gemeinde wegen des bodenpolitischen Agierens der rechtsextremistischen Akteur\*innen Abwertung erfahren, was eine destabilisierende Homogenisierung nur verstärkt.<sup>26</sup> Dieser sogenannte ‚Trading-down-Effekt‘ ist ein städtebaulicher Erfahrungssatz, dass negative sozioökonomische Faktoren sich selbst verstärken, indem sie in einer weiteren Zunahme dieser Faktoren resultieren.<sup>27</sup>

Rechtsextremistisch genutzte Immobilien, ob Eigentum oder Besitz rechtsextremistischer Akteur\*innen sind wesentlicher Bestandteil des bodenpolitischen Agierens. Die Immobilien sind bereits eine präsente Raumnahme und dienen zusätzlich rechtsextremistischen Akteur\*innen als Ausgangspunkt für personelle Präsenz vor Ort, Vernetzung und Rückzug.

### 3. Bisherige Reaktionen

In der bereits zitierten Handlungsempfehlung der zuständigen Ministerien ostdeutscher Länder heißt es im Vorwort:

*„Die Verantwortungsträger in den Kommunalverwaltungen sind hier besonders gefordert. Ihnen obliegen die rechtliche Prüfung und Durchführung möglicher Maßnahmen*

24 Susanne Kubiak, a. a. O., S. 202.

25 Andrea Röpke/Andreas Speit, a. a. O., S. 14.

26 Lynn Berg/Jan Überlacker, Rechtes Denken, Rechte Räume, in Lynn Berg/Jan Überlacker, Rechtes Denken, Rechte Räume, S. 9; Susanne Kubiak, a. a. O., S. 215 f.

27 BVerwG, Beschluss vom 27. Juni 2023 – 4 BN 38/22 – BeckRS 2023, 20259 Rn. 6.

*zur Eindämmung rechtsextremistischer Immobiliennutzung. Die Verfassungsschutzbehörden der Länder stehen den Kommunen dabei beratend zur Seite. [...] Rechtsextremisten soll es so schwer wie nur irgendwie möglich gemacht werden, Immobilien für verfassungsfeindliche Nutzungszwecke zu erwerben und zu nutzen.“<sup>28</sup>*

In der Handlungsempfehlung folgen sogenannte Best Practice-Beispiele,<sup>29</sup> die in rechtlicher Hinsicht jedoch nicht als solche bezeichnet werden können.

Einerseits wird das Polizei- und Ordnungsrecht und andererseits das Bauordnungs- und Denkmalschutzrecht in Stellung gebracht. Die extremistische Nutzung der Immobilie lässt sich langfristig nicht mit polizeirechtlichem Vorgehen verhindern. Das bauordnungs- und denkmalschutzrechtliche Vorgehen ist zwar dazu geeignet, die Nutzung langfristig zu verhindern. Es ist aber dem Zufall überlassen, ob die Nutzung der Immobilie bauordnungs- oder denkmalschutzrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist. So hat die Gemeinde Kloster Veßra bei dem Erwerb eines Gasthauses durch einen bekannten Rechtsextremen nur deshalb rechtmäßig ein Vorkaufsrecht ausüben können, weil das Gasthaus unter Denkmalschutz steht.<sup>30</sup> Auch wenn rechtmäßig bauordnungsrechtliche Gefahren abgewehrt werden, können sich rechtsextremistische Akteur\*innen als Opfer (z. B. eines Ermessensfehlgebrauchs) präsentieren, wenn die Maßnahme (auch) deshalb ergriffen wird, um die Nutzung durch diese Akteur\*innen zu verhindern. Alle Beteiligten wissen – spätestens durch die Handlungsempfehlungen –, dass die bauordnungs- und denkmalschutzrechtlichen Maßnahmen vorgeschoben werden, um die rechtsextremistische Nutzung zu verhindern.

Eine Rechtsgrundlage, die sich nach ihrem gesetzlichen Regelungszweck gegen die rechtsextremistische Nutzung von Immobilien richtet, ist § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VereinsG. Die Regelung sieht die Beschlagnahme und Einziehung des Vereinsvermögens (einschließlich der Immobilien) bei einem Verbot von Vereinen vor, die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richten. Die Verbotsbehörde soll das Vereinsverbot nach dem Wortlaut in der Regel mit der Beschlagnahme und Einziehung verbinden. Es ist zur effektiven Unterbindung der Vereinstätigkeit in der Regel unentbehrlich und hat nur zu unterbleiben, wenn das Vereinsvermögen (insbesondere mangels relevanten Wertes) die Fortsetzung des Vereins nicht zu befördern vermag.<sup>31</sup> Die Einziehung und Beschlagnahme kann sich ebenso auf Sachen Dritter erstrecken, soweit die berechtigte Person durch die Überlassung der Sachen an den Verein dessen verfassungswidrige Bestrebungen vorsätzlich gefördert hat oder die Sachen zur Förderung dieser Bestrebungen bestimmt sind. Auf dieser Rechtsgrundlage erfolgten allerdings im Jahr 2023 beispielsweise nur die Beschlagnahme und Einziehung von zwei Immobilien im Zusammenhang mit einem Vereinsverbot gegen eine rechtsextremistische Vereinigung sowie im Jahr 2025 die Beschlagnahme und Einziehung von drei Immobilien im Zusammenhang mit dem Verbot des so genannten ‚Königreichs Deutschland‘.<sup>32</sup> Sicherlich ist ein Grund für die seltene Anwendung des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VereinsG, dass sich die Regelung nicht gegen rechtsextrem-

28 Ministerium für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt, u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 5.

29 Ministerium für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt, u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 27 ff.

30 OVG Weimar, Beschluss vom 19. September 2023 – 1 ZKO 397/21 – BeckRS 2023, 43497.

31 Groh, in Vereinsgesetz, 2. Aufl. 2021, VereinsG § 3 Rn. 43.

32 Drucksache des Deutschen Bundestages 20/12877, S. 9; Pressemitteilung des Bundesministeriums des Innern vom 13. Mai 2025, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2025/05/verbot-koenigreich-deutschland.html> (zuletzt aufgerufen am 21. Mai 2025).

mistisch genutzte Immobilien richten kann, die rechtsextremistischen Akteur\*innen außerhalb von Vereinsstrukturen zur Verfügung stehen. So unterliegen beispielsweise die angesprochenen Siedlungsprojekte keiner Vereinsstruktur, sondern sind räumliche Häufungen von rechtsextremistischen natürlichen Personen. Zusätzlich ist das Vereinsverbot – ebenso wie ein Parteiverbot – restriktiv anzuwenden; zuvor trifft den Staat die Schutzwicht, bereits zu einem früheren Zeitpunkt präventiv einzuwirken.<sup>33</sup>

Daneben ist grundsätzlich denkbar, dass bei Täter\*innen einer rechtsextremistisch motivierten Straftat im Fall ihrer Verurteilung eine rechtsextremistisch genutzte Immobilie gemäß § 74 Abs. 1 StGB eingezogen werden kann, wenn ihr Gebrauch als Tatmittel die Straftat gefördert hat.<sup>34</sup> Anders als bei § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VereinsG gilt für die Einziehung von Immobilien im Strafgesetzbuch aber keine Regelvermutung; Rechtsprechung und Literatur sind – insbesondere vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit – zurückhaltend, was die Einziehung von Immobilien als Tatmittel anbelangt.<sup>35</sup> Eine verlässliche Rechtsprechung hinsichtlich rechtsextremistischer Nutzungen ist angesichts der hohen Voraussetzungen des § 74 Abs. 1 StGB und der bisherigen Praxis nicht zu erwarten, sollte zumindest aber von Staatsanwaltschaften und Gerichten bedacht werden.<sup>36</sup>

Die mangelnden Handlungsoptionen der Gemeinden unterstreichen den Bedarf einer bodenpolitischen Reaktion des Gesetzgebers.

#### 4. Bodenpolitische Reaktion des Gesetzgebers

Die negative Wirkung des bodenpolitischen Agierens rechtsextremistischer Akteur\*innen auf die Stadtentwicklung weist, zusammen mit den bisher fehlenden rechtlichen Instrumenten der Gemeinden, auf einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf hin. Um kontinuierliches oder sogar wachsendes bodenpolitisches Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen präventiv zu unterbrechen, braucht es kommunale Genehmigungsvorbehalte. Anders als kommunale Vorkaufsrechte, die nur bei Immobilientransaktionen eine Intervention ermöglichen, können Genehmigungsvorbehalte zusätzlich bei schuldrechtlichen Vertragsverhältnissen über den Gebrauch und die Nutzung bestehen. Zugleich bieten sie gegenüber kommunalen Vorkaufsrechten den Vorteil, dass die Gemeinde grundsätzlich keine finanziellen Mittel zur Ausübung des Vorkaufsrechts aufbringen muss, obwohl sie die Immobilien womöglich gar nicht benötigt.

Regelungszweck dieses Genehmigungsvorbehalts sollte es sein, die Ziele der Bauleitplanung im Sinne des Baugesetzbuches zu schützen, die durch das bodenpolitische Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen und der daraus resultierenden negativen Wirkung für die Stadtentwicklung gefährdet sind (4.1).

Ein solcher Genehmigungsvorbehalt wäre insbesondere wegen einer Gesetzgebungs-kompetenz des Bundes formell verfassungsgemäß (4.2) und begegnet bei grundrechtss-

33 BVerfG, Urteil vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13 – NJW 2017, 611 Rn. 1008.

34 Grundsätzlich bejahend: BGH, Beschluss vom 31. März 2016 – 2 StR 243/15 – NStZ 2017, 89; Joecks/Meißner, in Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2020, StGB § 74 Rn. 8, 14.

35 Grundsätzlich bejahend: BGH, Beschluss vom 31. März 2016 – 2 StR 243/15 – NStZ 2017, 89; Joecks/Meißner, a. a. O., StGB § 74 Rn. 8, 14.

36 Im Kontext von sogenannter ‚Clan-Kriminalität‘ werden die §§ 73 ff. StGB bereits bedacht, vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Vermögensabschöpfung bei „Clanangehörigen“, Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 073/23, 14.09.2023.

sibler Ausgestaltung materiell ebenso keinen Bedenken, welche die Verfassungsmäßigkeit in Frage stellen (4.3).

Um bodenpolitischem Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen zu begegnen, wird in Konsequenz ein kommunaler Genehmigungsvorbehalt im Baugesetzbuch vorgeschlagen, der in festzulegenden Gebieten bei grundstücksbezogenen Rechtsgeschäften mit Vertragspartner\*innen wirken soll, die Bestrebungen verfolgen, wie sie in den Landesverfassungsschutzgesetzen definiert sind (4.4).

#### 4.1 Regelungszweck

Die Einführung eines Genehmigungsvorbehalts entspricht den Zielen der Bauleitplanung. Sie soll der Sicherheit der Wohnbevölkerung dienen (§ 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB), eine sozial stabile Bewohnerstruktur fördern (§ 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB) und die sozialen Bedürfnisse der Bevölkerung unterstützen (§ 1 Abs. 6 Nr. 3 BauGB).

Die Sicherheit der Wohnbevölkerung bezieht sich vorrangig auf die Abwehr von Gefahren, die sich aufgrund des Städtebaus verwirklichen.<sup>37</sup> Klimaangepasste Bauleitplanung kann zum Beispiel Schutz vor klimatischen Gefahren bieten.<sup>38</sup> Es liegt nahe, mit der Bauleitplanung ebenso den Schutz der Wohnbevölkerung vor Gefahren anzustreben, die begünstigt durch den Städtebau von Menschen ausgehen. In der Bauleitplanung können beispielsweise Orte mit fehlender Einsehbarkeit verhindert werden, an denen die Begehung von Straftaten zu befürchten ist.<sup>39</sup> Das bodenpolitische Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen verfolgt – begünstigt durch homogene Bewohnerstrukturen – solche sogenannten ‚blind spots‘, an denen rechtsextremistische Akteur\*innen bei der Verwirklichung von Straftaten vor und unter Gleichgesinnten keine Strafverfolgung mehr erwarten (müssen).<sup>40</sup>

Das Ziel der sozial stabilen Bewohnerstruktur ist (im Gegensatz zur Fassung des Baugesetzbuchs bis 2004) nicht nur auf die Vermeidung homogener Bevölkerungsstrukturen gerichtet. Die aktuelle Fassung erkennt, dass homogene Bevölkerungsstrukturen ebenso (durch zum Beispiel adressatenorientierte Stadtteilpolitik) positiv wirken können; das gilt zumindest, solange sie nicht in Segregation münden, die einerseits zu Abwertung und andererseits zu Ausschluss führen kann.<sup>41</sup> Das bedeutet, dass Homogenisierung immer dann entgegenzutreten ist, wo sie – unabhängig von etwaigen Vorteilen – abwertend und ausschließend funktioniert und somit destabilisiert. Das bodenpolitische Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen destabilisiert Bevölkerungsstrukturen, indem eine auf rechtsextremer Ideologie basierende, einseitige Bevölkerungsstruktur angestrebt wird, die abwertend und ausschließend funktioniert.<sup>42</sup>

37 Söfker/Runkel, in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, 156. Ergänzungslieferung 2024, BauGB § 1 Rn. 119.

38 Mitschang, Klimaschutz und Klimaanpassung im Besonderen Städtebaurecht, ZfBR 2020, 613 (616).

39 Gierke, in Brügelmann, Baugesetzbuch, 132. Ergänzungslieferung 2024, BauGB § 1 Rn. 555.

40 Uta Döring, a. a. O., S. 39; Susanne Kubiak, a. a. O., S. 202.

41 Holze, Milieuschutz als sicherheitsrechtliche Herausforderung, GSZ 2023, 24 (27 m. w. N.); Bunzel, Soziale Wohnraumförderung durch städtebauliche Verträge, ZfBR 2015, 11 (12); Söfker/Runkel, a. a. O., BauGB § 1 Rn. 123; BVerwG, Beschluss vom 17. Dezember 1992 – 4 N 2/91 – NVwZ 1993, 562 (564).

42 Andrea Röpke/Andreas Speit, a. a. O., S. 14.

Soziale Bedürfnisse der Bevölkerung werden bei der Bauleitplanung insbesondere durch Infrastruktur befriedigt.<sup>43</sup> Soziale Infrastruktureinrichtungen sollen insbesondere integrativ und inklusiv sein, um die Bedürfnisse der gesamten Wohnbevölkerung abzubilden und in Ausgleich zu bringen; nicht umsonst erfordert § 1 Abs. 6 Nr. 3 BauGB die Berücksichtigung der Bedürfnisse von Familien, jungen und alten Menschen, Menschen mit Behinderung sowie der unterschiedlichen Auswirkungen auf Frauen und Männer.<sup>44</sup> Dem Verständnis von sozialen Bedürfnissen aller Menschen tritt bodenpolitisches Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen entgegen, indem bewusst ‚Angsträume‘ geschaffen werden, um Menschen den öffentlichen Raum inklusive der Infrastruktur streitig zu machen.

Die vorbenannten Ziele der Bauleitplanung gilt es gegenüber dem bodenpolitischen Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen durchzusetzen. Ein Gesetz gegen das bodenpolitische Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen ist somit ein Gesetz im Sinne der Ziele der Bauleitplanung gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 BauGB.

## 4.2 Formelle Verfassungsmäßigkeit

Bezogen auf die formelle Verfassungsmäßigkeit eines solchen Genehmigungsvorbehalts stellt sich die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz des Bundes – das gilt insbesondere vor dem Hintergrund des sogleich zu erörternden Vorwurfs, die Regelung sei eine sachfremde, weil gesinnungsorientierte Gefahrenabwehr im Bauplanungsrecht, für welche nur die Länder Gesetzgebungskompetenz besitzen.

Im Zusammenhang mit den „Fachexperten-Gesprächen 2023 zur Modernisierung des Städtebaurechts“ gab es eine Stellungnahme von *Olaf Reidt*, der bezogen auf Vorkaufsrechte bei rechtsextremistisch genutzten Immobilien eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für Bodenrecht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 Var. 2 GG ablehnt, weil es sich bei der Verhinderung von rechtsextremistisch genutzten Immobilien stattdessen um allgemeine Gefahrenabwehr handele, die gemäß Art. 70 Abs. 1 GG in der Gesetzgebungs-kompetenz der Länder liege.<sup>45</sup>

Diese Ansicht ist nicht zutreffend, weil ein Lebenssachverhalt je nach Zielrichtung der Gesetzgebung sowohl Kompetenzen des Bundes als auch der Länder begründen kann. Zum einen besteht für Vorkaufsrechte und Genehmigungsvorbehalte die Gesetzgebungs-kompetenz des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 Var. 1 GG für den städtebaulichen Grundstücksverkehr. Zum anderen kann auch die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für Bodenrecht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 Var. 2 GG genutzt werden. Dem bodenpoliti-schen Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen kann auf multiplen Dimensionen begegnet werden. Eine alternative oder zusätzliche Gesetzgebungskompetenz der Länder für die Dimension des (Bau-)Ordnungsrechtes zur allgemeinen Gefahrenabwehr bleibt

43 Söfker/Runkel, a. a. O., BauGB § 1 Rn. 127.

44 Zu den vielfältigen Bedürfnissen vgl. z. B.: Pourroy/Lehnshack: Gender Mainstreaming als Instru-ment nachhaltiger Stadtplanung, KlimR 2024, 232 (232); Zeccola/Pfleiderer, Inklusion durch Beteiligung: Partizipationsrechtliche Möglichkeiten der Teilhabe von Menschen mit Behinderung im Rahmen der Bauleitplanung, KommJur 2024, 441 (441).

45 Reidt, in Deutsches Institut für Urbanistik gGmbH (Hrsg.), Fachexperten-Gespräche 2023 zur Modernisierung des Städtebaurechts, Berlin 2023, S. 151.

unberührt neben der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den städtebaulichen Grundstücksverkehr und das Bodenrecht.

#### 4.2.1 Städtebaulicher Grundstücksverkehr, Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 Var. 1 GG

Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 Var. 1 GG ist dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz gegeben, spezifisch öffentlich-rechtliche Vorschriften über den Verkehr nicht landwirtschaftlich genutzter Grundstücke zu erlassen.<sup>46</sup> Nach herrschender Meinung müssen die Vorschriften nur der Wahrnehmung öffentlicher, nicht aber unbedingt bodenrechtlicher Interessen dienen; städtebauliche Vorkaufsrechte und Genehmigungsvorbehalte gelten sogar als Idealtypen.<sup>47</sup> Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 Var. 1 und Var. 2 GG stehen selbstständig nebeneinander. Dem lässt sich zurecht entgegenhalten, der Bund könne bei einem solchen Verständnis über Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 Var. 1 GG in Gesetzgebungskompetenzen der Länder vordringen, wenn nur irgendein öffentliches Interesse auch ohne Zusammenhang mit sonstigen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes vorliegt. Gleichwohl besteht, unterstellt man aufgrund der Kritik die zusätzliche Voraussetzung eines öffentlichen Interesses im Zusammenhang mit der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, wegen der für die Stadtentwicklung nachteiligen Wirkung des bodenpolitischen Agierens rechtsextremistischer Akteur\*innen nicht nur irgendein öffentliches Interesse, sondern ein öffentliches Interesse im Zusammenhang mit dem Bodenrecht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 Var. 2 GG.

#### 4.2.2 Bodenrecht, Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 Var. 2 GG

„Bodenrecht“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 Var. 2 GG meint die flächenbezogene Ordnung, die Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand hat und deren Nutzung durch den Menschen durch öffentlich-rechtliche Normen regelt.<sup>48</sup> Die Kompetenz umfasst insbesondere das besondere Städtebaurecht mit Blick auf die Funktionalität baulicher Anlagen für das Zusammenleben der Menschen in den Gemeinden.<sup>49</sup> Nicht umsonst benennt § 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB die Sicherheit der Wohnbevölkerung, § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB eine sozial stabile Bewohnerstruktur und § 1 Abs. 6 Nr. 3 BauGB die sozialen Bedürfnisse der Bevölkerung als Ziele für das Instrument des Bodenrechts – die Bauleitplanung.

Um die sozial stabile Bewohnerstruktur und ihre Sicherheit und sozialen Bedürfnisse geht es, wenn ein bodenpolitisches Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen verhindert werden soll, welches die dargestellten negativen Folgen mit sich bringt. Dass daneben allgemeine ordnungsrechtliche Erwägungen zur Gefahrenabwehr stehen, die eine Gesetzgebungskompetenz der Länder gemäß Art. 70 Abs. 1 GG begründen, ist unerheblich.

#### 4.2.3 Multidimensionale Gesetzgebungskompetenz

Schon bei den „Fachexperten-Gesprächen 2023 zur Modernisierung des Städtebaurechts“ wurde thematisiert, dass es insoweit eine multidimensionale Herausforderung gibt, der

<sup>46</sup> Uhle, in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 104. Ergänzungslieferung 2024, GG Art. 74 Rn. 391 m. w. N.

<sup>47</sup> Uhle, a. a. O., GG Art. 74 Rn. 393 m. w. N.

<sup>48</sup> BVerfG, Beschluss vom 7. März 2017 – 1 BvR 1694/13, 1 BvR 1314/12, 1 BvR 1630/12, 1 BvR 1694/13, 1 BvR 1874/13 – NVwZ 2017, 1111 R. 15.; Uhle, a. a. O., GG Art. 74 Rn. 397 m. w. N.;

<sup>49</sup> Uhle, a. a. O., GG Art. 74 Rn. 403 m. w. N.

ebenso multidimensional begegnet werden darf und sollte.<sup>50</sup> Es gibt bei Lebenssachverhalten mit Gesetzgebungskompetenz der Länder immer auch Dimensionen, die nicht von der Gesetzgebungskompetenz der Länder, sondern dann aus einer anderen Perspektive von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes umfasst sind. So hat zum Beispiel der Milieuschutz eine sicherheitsrechtliche Dimension.<sup>51</sup> Das entspricht ebenso der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts. Letzteres hat im Zusammenhang mit Denkmalschutz entschieden, dass für den Denkmalschutz in seiner städtebaulichen Wirkung für das Bauplanungsrecht neben der Gesetzgebungskompetenz der Länder ebenso eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht.<sup>52</sup> In diesem Sinne hat ebenso das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit Spielhallen entschieden; danach bleibe neben der Gesetzgebungskompetenz der Länder für Gefahrenabwehr eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Verfolgung städtebaulicher Ziele unberührt.<sup>53</sup>

Das zeigt, dass aufgrund bodenrechtlicher Erwägungen Genehmigungsvorbehalte mit Gesetzgebungskompetenz des Bundes erlassen werden können, die zugleich aus abwehrrechtlichen Erwägungen eine Gesetzgebungskompetenz der Länder begründen könnten, um beispielsweise Ermächtigungsgrundlagen für die Polizei-, Gewerbe- und Ordnungsbehörden zu schaffen. Eine solche Gesetzgebungskompetenz wird nicht infrage gestellt und ist als zusätzliche Gesetzgebung gegen rechtsextremistische Gefahren wünschenswert, um gezielter gegen rechtsextremistisch genutzte Immobilien vorzugehen (wie zum Beispiel Spezialvorschriften zu Aufenthaltsverboten, Betriebsstilllegungen oder Nutzungsuntersagungen im Zusammenhang mit rechtsextremistisch genutzten Immobilien). Statt unter dem vermeintlichen Deckmantel des Denkmalschutzes gegen rechtsextremistisch genutzte Immobilien vorzugehen, sollte stattdessen der Bund seine Gesetzgebungskompetenz nutzen, um ein bodenrechtliches und somit zielgerichtetes Instrument gegen bodenpolitisches Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen vorzulegen, das mit ordnungsrechtlichen Instrumenten der Länder flankiert werden kann.

#### 4.3 Materielle Verfassungsmäßigkeit

Um einen solchen Genehmigungsvorbehalt materiell verfassungsgemäß zu gestalten, bedarf es eines kritischen Blicks auf etwaig betroffene Grundrechte. Dabei zeigt sich, dass ein Genehmigungsvorbehalt nicht generell materiell verfassungsgemäß ist, sondern einer grundrechtssensiblen Ausgestaltung bedarf. Bedacht werden müssen das Grundrecht auf Freizügigkeit und informationelle Selbstbestimmung sowie die Eigentums- und Vertragsfreiheit.

##### 4.3.1 Freizügigkeit

Bestimmte grundstücksbezogene Rechtsgeschäfte unter Genehmigungsvorbehalt zu stellen, kann den Schutzbereich des Grundrechts auf Freizügigkeit gemäß Art. 11 Abs. 1 GG

50 Deutsches Institut für Urbanistik gGmbH (Hrsg.), Fachexperten-Gespräche 2023 zur Modernisierung des Städtebaurechts, Berlin 2023, S. 59 f.

51 Holze, Milieuschutz als sicherheitsrechtliche Herausforderung, GSZ 2023, 24 (25).

52 BVerwG, Urteil vom 3. Juli 1987 – 4 C 26/85 – NVwZ 1988, 357 (359).

53 BVerfG, Beschluss vom 7. März 2017 – 1 BvR 1694/13, 1 BvR 1314/12, 1 BvR 1630/12, 1 BvR 1694/13, 1 BvR 1874/13 – NVwZ 2017, 1111 R. 15.

berühren. Denn das Grundrecht schützt, „an jedem Ort innerhalb des Bundesgebiets Aufenthalt und Wohnung zu nehmen“.<sup>54</sup>

Ein Genehmigungsvorbehalt verwehrt Personen nicht den Aufenthalt in einem Gebiet mit Genehmigungsvorbehalt, sodass der Schutzbereich insoweit nicht berührt ist. Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Wohnungsnahme entschieden, dass eine Bodenordnung wie das Bauplanungsrecht, welche die Wohnungsnahme an bestimmten Orten ausschließt, den Schutzbereich des Grundrechts nicht betrifft, „wenn sie allgemein gelten und nicht gezielt die Freizügigkeit bestimmter Personen oder Personengruppen treffen soll“; umgekehrt ist der Schutzbereich aber berührt, wenn der Genehmigungsvorbehalt verhindert, dass bestimmte Personen in dem Gebiet eine Wohnung für sich, ihre Familien- oder Haushaltsangehörigen (nicht aber für andere Personen) nehmen können.<sup>55</sup>

Aufgrund der restriktiven Anforderungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts in Art. 11 Abs. 2 GG kann ein Eingriff in den Schutzbereich angesichts des bodenrechtlichen Regelungszwecks nicht gerechtfertigt werden. Denn bezogen auf den beschriebenen Regelungszweck kommen als Rechtfertigung allein zwei der in Art. 11 Abs. 2 GG benannten Alternativen in Betracht, das Vorbeugen von strafbaren Handlungen sowie die Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes. Beide Alternative sind aber jeweils nicht einschlägig.

Das Vorbeugen von strafbaren Handlungen ist angesichts der Hochrangigkeit der übrigen vorbehaltenen Rechtsgüter restriktiv auszulegen und bedarf einer besonderen Qualität der vorzubeugenden strafbaren Handlungen.<sup>56</sup> Der Regelungszweck des Genehmigungsvorbehalts ist aber bodenrechtlich und nicht unmittelbar auf das Vorbeugen von strafbaren Handlungen gerichtet – insbesondere im Hinblick auf die Gesetzgebungs kompetenz des Bundes.

Zwar ist denkbar, dass es eine drohende Gefahr für den Bestand des Bundes oder eines Landes, namentlich der territorialen Integrität, abzuwehren gilt. Denn wie beim sogenannten ‚Königreich Deutschland‘ verfolgen derartige Siedlungsprojekte mit ihrer Raumnahme insbesondere eine Schmälerung des Staatsgebiets.<sup>57</sup> Es handelt sich aber dann gegenüber dem bodenrechtlichen Regelungszweck um eine derart andere Qualität, dass Art. 9 Abs. 2 GG i. V. m. § 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 bis 3 Vereinsgesetz, die geeignetere Rechtsgrundlage zu sein scheint.

Da ein Eingriff in den Schutzbereich aufgrund des bodenrechtlichen Regelungszwecks nicht zu rechtfertigen wäre, muss der Genehmigungsvorbehalt so ausgestaltet sein, dass er den Schutzbereich nicht berührt. Das heißt, dass der Genehmigungsvorbehalt keine Wirkung entfalten darf, insoweit eine zulässige Nutzung als Wohnung für sich, Familien- oder Haushaltsangehörige beabsichtigt ist. Entweder darf der Genehmigungsvorbehalt

54 BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08 – NVwZ 2014, 211 Rn. 254 f.

55 BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08 – NVwZ 2014, 211 Rn. 257 f.

56 Durner, in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 106. Ergänzungslieferung 2024, GG Art. 11 Rn. 185 m. w. N.

57 Pressemitteilung des Bundesministeriums des Innern vom 13. Mai 2025, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2025/05/verbot-koenigreich-deutschland.html> (zuletzt aufgerufen am 21. Mai 2025).

dann nicht gelten oder er gilt alternativ zwar, aber es ist stets eine Genehmigung für eine Wohnnutzung für sich, Familien- oder Haushaltsangehörige zu erteilen. Die allgemeine Geltung des Genehmigungsvorbehalts bietet den Vorteil, dass die erteilte Genehmigung zurückgenommen/widerrufen werden kann, wenn es zu keiner solchen Wohnnutzung kommt. Ein solcher allgemeiner Genehmigungsvorbehalt würde nicht nur für bestimmte Personen, sondern für alle Vertragspartner\*innen im Gebiet mit Genehmigungsvorbehalt gelten. Der Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 GG ist somit nicht schon durch das Vorhandensein eines allgemeinen Genehmigungsvorbehalts berührt, sondern nur durch die Nichterteilung einer Genehmigung für Wohnnutzung für sich, Familien- oder Haushaltsangehörige.

In Konsequenz kann der Genehmigungsvorbehalt dann zwar nicht mehr die Nutzung als Wohnung für rechtsextremistische Akteur\*innen, ihre Familien- oder Haushaltangehörige verhindern, aber immerhin noch Gast-, Bildungs- oder sonstige Veranstaltungsstätten sowie bei Siedlungsprojekte, nachbarschaftsbezogenen Wohnprojekten und Wohngemeinschaften zumindest strategische Rechtsgeschäfte für den zukünftigen Gebrauch und Nutzung durch Dritte. Insoweit berührt ein Genehmigungsvorbehalt nicht den Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 GG.

#### 4.3.2 Informationelle Selbstbestimmung (Trennungsprinzip)

Der Genehmigungsvorbehalt bedarf – unabhängig von seiner genauen Ausgestaltung – Kenntnis der Gemeinde von bodenpolitischem Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen. Dabei ist es nicht die gesetzliche Aufgabe der Gemeinden, sondern der Verfassungsschutzbehörden, diese Informationen zu sammeln und auszuwerten. Die verfassungsgemäße Sammlung und Auswertung der Daten durch diese Behörden unterstellt, ist aber das Übermitteln von Informationen im Hinblick auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zu bewerten. Das ist insbesondere angesichts der in der Vergangenheit teilweise bestätigten Zweifel an der Funktionsfähigkeit der Verfassungsschutzbehörden kritisch zu prüfen, die insgesamt die Tauglichkeit der hier vorgestellten Kooperation zwischen Gemeinden und Landesverfassungsschutzbehörden in Frage stellt.<sup>58</sup>

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung wird aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet und umfasst nicht nur das Sammeln und Auswerten von personenbezogenen (individualisierten oder individualisierbaren) Informationen, sondern jede Verarbeitung einschließlich der Übermittelung.<sup>59</sup> Bezogen auf das Verhältnis von Nachrichtendiensten und sonstigen (Sicherheits-)Behörden hat das Bundesverfassungsgericht für die Übermittlung das „*informationelle Trennungsprinzip*“ entwickelt.<sup>60</sup> Danach sei zu beachten, dass mit der Aufgabenzuweisung der Behörden unterschiedlich intensive Eingriffsbefugnis einhergehen, die umgangen würden, wenn die Übermittlung

58 Zur Funktionsfähigkeit der Verfassungsschutzbehörden im Zusammenhang mit dem sogenannten „Nationalsozialistischen Untergrund“ vgl. exemplarisch: Johannes Radke, Der „Nationalsozialistische Untergrund“, <https://www.bpb.de/themen/rechtsextremismus/dossier-rechtsextremismus/167684/der-nationalsozialistische-untergrund-nsu/> (zuletzt aufgerufen am 21. Mai 2025).

59 Di Fabio, in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 106. Ergänzungslieferung 2024, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 1173, 184.

60 BVerfG, Beschluss vom 10. November 2020 – 1 BvR 3214/15 – NVwZ 2021, 226; vgl. Nöcker, Die Gewähr der Verfassungstreue, Tübingen 2025, S. 356 ff.; Gusy, Das Trennungsprinzip zwischen Informationen von Nachrichtendiensten und Polizei, GSZ 2021, 141.

nicht selbst verfassungsgemäß zu rechtfertigen wäre.<sup>61</sup> Die relativ geringen Voraussetzungen für die Sammlung und Auswertung der Verfassungsschutzbehörden sei dadurch zu begründen, dass ihnen selbst keine weiteren Anschlussbefugnisse zustehen.<sup>62</sup> Die Übermittlung von nachrichtendienstlich beschafften Informationen an sonstige (Sicherheits-)Behörden bedarf daher einer verfassungsgemäßen Rechtfertigung, die das Bundesverfassungsgericht als „*hypothetische Dateneinerhebung*“ beschreibt und die insbesondere die Anschlussbefugnis der empfangenden Behörde zu berücksichtigen hat.<sup>63</sup> Das bedeutet im Ergebnis, dass die Übermittlung an die empfangende Behörde genauso verfassungsgemäß gerechtfertigt können werden muss, wie eine Ersterhebung dieser Behörde unter Berücksichtigung ihrer Anschlussbefugnis.

Hinzukommt, dass es neben der Ermächtigungsgrundlage für die Übermittlung der Informationen durch die Verfassungsschutzbehörden einer ebenso verfassungsgemäß gerechtfertigten Ermächtigungsgrundlage für das Abrufen der Informationen bedarf (so genannte ‚Doppeltür‘, vgl. § 5 Abs. 5 Nr. 4 WaffG).<sup>64</sup>

Allgemeine Informationen über bodenpolitisches Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen berühren den Schutzbereich nicht, soweit Informationen nicht personenbezogen sind, sondern zum Beispiel nur die Anzahl von Grundstücken, Gebäuden oder Gebäudeteilen in einem Gebiet betreffen, die von Personen gebraucht oder genutzt werden, über die aufgrund von Bestrebungen im Sinne des jeweiligen Landesverfassungsschutzgesetzes von der Landesverfassungsschutzbehörde Informationen gesammelt und ausgewertet werden. Dasselbe gilt für die Anzahl von Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten in einem Gebiet. Nicht umsonst werden diese Informationen im Interesse der Öffentlichkeit regelmäßig in Berichten und Statistiken veröffentlicht.<sup>65</sup>

Soll der Genehmigungsvorbehalt aber nur bei Vertragspartner\*innen wirken, die Bestrebungen im Sinne des jeweiligen Landesverfassungsschutzgesetzes verfolgen, müssen die Gemeinden von der jeweils zuständigen Landesverfassungsschutzbehörde in Kenntnis gesetzt werden. Eine entsprechende Mitteilung ist personenbezogenen, insbesondere weil die Landesverfassungsschutzbehörden die gesammelten und ausgewerteten Informationen zusätzlich inhaltlich übermitteln muss, um die Gemeinde zu befähigen, die Nichterteilung einer Genehmigung zu begründen.

Das bedeutet vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben, dass es einer Rechtsgrundlage für das Abrufen und einer Rechtsgrundlage für das Übermitteln der Informationen für die Nichterteilung einer Genehmigung von der zuständigen Landesverfassungsschutzbehörde bedarf. Die Rechtsgrundlage für die Übermittlung muss so gerechtfertigt sein, als ob die Gemeinde mit ihrer Anschlussbefugnis selbst die Informationsbeschaffung vornimmt. Da der Abruf und die Übermittlung in der Nichterteilung einer Genehmigung als Anschlussbefugnis resultieren können, bedarf es weit strengerer Anforderungen an ihre verfassungsmäßige Rechtfertigung, als das bloße Vorliegen tat-

61 Gusy, a. a. O. (142 f.).

62 BVerfG, Urteil vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 – GSZ 2022, 137 Rn. 159; vgl. Nöcker, a. a. O. S. 356 ff.

63 BVerfG, Beschluss vom 10. November 2020 – 1 BvR 3214/15 – NVwZ 2021, 226; BVerfG, Urteil vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 – GSZ 2022, 137 Rn. 159; vgl. Nöcker, a. a. O. S. 359 ff.

64 BVerfG, Beschluss vom 27. Mai 2020 – 1 BvR 1873/13 und 1 BvR 2618/13 – NJW 2020, 2699 Rn. 93; vgl. Nöcker, a. a. O. S. 351 ff.

65 Z. B. durch Anfragen im Bundestag; Drucksache des Deutschen Bundestages 20/12877, S. 2.

sächlicher Anhaltspunkte, wie es für die Sammlung und Auswertung von Informationen im Sinne der Landesverfassungsschutzgesetze genügt.

Der Abruf und die Übermittlung dienen, wie die daraus resultierende Nichterteilung der Genehmigung, dem legitimen Zweck, die Ziele der Bauleitplanung in § 1 Abs. 6 BauGB zu fördern. Nur so kann sich der Genehmigungsvorbehalt zielgerichtet gegen Akteur\*innen wenden, die Bestrebungen im Sinne der Landesverfassungsschutzgesetze bodenpolitisch verfolgen. Auf die inhaltliche Übermittlung und deren Abruf kann nicht verzichtet werden, weil die Gemeinde die Nichterteilung gegenüber der betroffenen Person begründen muss (§ 39 VwVfG). Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann dann dadurch Rechnung getragen werden, dass die Gemeinde nur Informationen für die Nichterteilung einer Genehmigung übermittelt bekommt, wenn die bereits strenge Voraussetzungen für das Festlegen eines Gebiets mit Genehmigungsvorbehalt vorliegen und die zuständige Landesverfassungsschutzbehörde zusätzlich davon ausgeht, dass die Vertragspartner\*innen Bestrebungen im Sinne des Landesverfassungsschutzgesetz verfolgen. Denn das bedeutet, dass nur Informationen übermittelt werden, wenn sich die tatsächlichen Anhaltspunkte bestätigt haben. Ansonsten kommt es zu keiner Übermittlung und der Abruf bleibt wenig eigriffsintensiv. Informationen, welche die Landesverfassungsschutzbehörde unter qualifizierten Voraussetzungen mit verdeckten nachrichtendienstlichen Mitteln beschafft hat, können nicht übermittelt werden, weil die qualifizierten Voraussetzungen für deren Beschaffung beim Genehmigungsvorbehalt nicht vorliegen müssen.

Insoweit ist die Übermittlung bereits durch die entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungsschutzgesetze gedeckt, welche die Übermittlung von personenbezogenen, aber nicht mit nachrichtendienstlichen Mitteln beschafften Informationen zur Erfüllung gemeindlicher Aufgaben ermöglichen (vgl. zum Beispiel § 17 Abs. 2 Satz 3 Var. 1 VSG NRW, Art. 25 Abs. 3 BayVSG, § 10 Abs. 3 LVSG BW). Im Genehmigungsvorbehalt ist allerdings die korrespondierende, so genannte ‚Doppeltür‘ für den Abruf bei der zuständigen Verfassungsschutzbehörde und die zweckgebundene Verwendung der Informationen bei der Gemeinde vorzusehen.

Solche Mitteilungen scheinen heute in anderem Zusammenhang bereits gängige und funktionierende Praxis zu sein.<sup>66</sup> So stehen die Gemeinden bei Anhaltspunkten rechtsextremistisch genutzter Immobilien im Austausch mit den zuständigen Landesverfassungsschutzbehörden.<sup>67</sup> Ebenso schließt nach Aussage der Bundesregierung zum Beispiel die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben keine Immobilienverträge mit extremistischen oder verfassungswidrigen Nutzern; sie holt vor Vertragsschlüssen entsprechende Auskünfte bei den zuständigen Behörden ein, wenn sich bei der Anbahnung von Vermietung oder Verkauf einer Liegenschaft Anhaltspunkte ergeben, wonach potentielle Mieter oder Käufer einer solchen Vereinigung oder Organisation mit Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung nahestehen.<sup>68</sup>

#### 4.3.3 Eigentums- und Vertragsfreiheit

Genehmigungsvorhalte betreffen die Eigentumsfreiheit gemäß Art. 14 Abs. 1 GG der Eigentümer\*innen, hinter welche die Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG subsidiär zu-

66 Wenngleich unklar bleibt, auf welcher Ermächtigungsgrundlage der Austausch beruht.

67 Ministerium für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt, u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 27.

68 Drucksache des Deutschen Bundestages 20/12877, S. 6.

rücktritt, und die Vertragsfreiheit ihrer Vertragspartner\*innen, die als nur zukünftige Rechtsinhaber\*innen nicht in ihrer Eigentumsfreiheit geschützt sind.<sup>69</sup>

Bezogen auf die Eigentumsfreiheit der Eigentümer\*innen hat der Genehmigungsvorbehalt eine relativ geringe Eingriffsintensität, weil weder der Erwerb allgemein unterbunden wird noch sich die Gemeinde (wie bei einem Vorkaufsrecht) als Käuferin aufdrängt. Stattdessen verhindert der Genehmigungsvorbehalt nur Rechtsverhältnisse mit Personen einzugehen, die Bestrebungen im Sinne des jeweiligen Landesverfassungsschutzgesetzes verfolgen. Die Rentabilität ist nicht zwangsläufig betroffen.

Die Eigentumsfreiheit der Eigentümer\*innen kann verfassungsgemäß durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen gestaltet werden, deren Eingriff weiter reichen darf, je mehr die soziale Funktion des Eigentums betroffen ist.<sup>70</sup> Da der Genehmigungsvorbehalt die sozialen Ziele der Bauleitplanung in § 1 Abs. 6 BauGB zu stärken versucht und somit die sozialräumliche Wirkung des Eigentums in Verantwortung nimmt, ist der Genehmigungsvorbehalt unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu rechtfertigen. Nicht umsonst ist die Verfassungsmäßigkeit des ebenso bodenrechtlichen Genehmigungsvorbehals in Sanierungsgebieten wiederholt durch das Bundesverwaltungsgericht und den Bundesgerichtshof bestätigt worden.<sup>71</sup> Um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zusätzlich zu berücksichtigen, können Genehmigungen beispielsweise unter Auflagen, Bedingungen und Befristungen erteilt werden oder die Eigentümer\*innen bei wirtschaftlicher Unzumutbarkeit von der Gemeinde die Übernahme des Grundstücks verlangen (vgl. § 145 Abs. 4 und Abs. 5 BauGB, der das ebenso für den Genehmigungsvorbehalt im Sanierungsgebiet regelt).

Der Eingriff in die Vertragsfreiheit der Vertragspartner\*innen ist zum Zwecke der Gemeinwohlorientierung aus denselben Gründen zu rechtfertigen. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Genehmigungsvorbehalt in seiner Wirkung räumlich und persönlich begrenzt werden kann.

#### 4.4 Genehmigungsvorbehalt

Vor diesem Hintergrund ist ein Genehmigungsvorbehalt zu entwickeln, der geeignet ist, kontinuierliches oder sogar wachsendes bodenpolitisches Agieren von rechtsextremistischen Akteur\*innen zu unterbrechen. Hier kann sich an dem Genehmigungsvorbehalt für Sanierungsgebiete orientiert werden, wonach gemäß § 144 BauGB in Gebieten mit städtebaulichen Missständen für die Stadtentwicklung relevante Vorhaben der Genehmigung bedürfen.<sup>72</sup>

Sachliche Voraussetzung sollte – um den bodenrechtlichen Regelungszweck umzusetzen – ein Missstand der sozialen Stadtentwicklung sein, der anzunehmen ist, wenn rechtsextremistische Akteur\*innen nachweislich räumlich wirksam bodenpolitisch agieren. Persönliche Voraussetzung sollte sein, dass die Vertragspartner\*innen der Eigentü-

69 Di Fabio, a. a. O., GG Art. 14 Rn. 103.

70 Krautzberger/Fieseler, in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, 156. Ergänzungslieferung 2024, BauGB § 144 Rn. 16 m. w. N.

71 Krautzberger/Fieseler, a. a. O., BauGB § 144 Rn. 15 m. w. N.

72 Daneben wären zusätzlich Fördermittel des Bundes wünschenswert, die soziale Projekte zur städtebaulichen Förderung der demokratischen Kultur und Zivilgesellschaft unterstützen (vgl. § 171e BauGB).

mer\*innen Bestrebungen, wie sie in den Landesverfassungsschutzgesetzen definiert sind, verfolgen.

#### 4.4.1 Räumlicher Anwendungsbereich

Sachliche Voraussetzung für einen Genehmigungsvorbehalt ist angesichts des Regelungszwecks ein Missstand der sozialen Stadtentwicklung, der sich also gegen eine soziale Stadtentwicklung im Sinne der Ziele der Bauleitplanung gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 1 bis Nr. 3 BauGB richtet und auf Bestrebungen im Sinne des jeweiligen Landesverfassungsschutzgesetzes begründet ist.

Der Gefahrbegriff soll dem Polizei- und Ordnungsrecht vorbehalten bleiben und keinen Eingang in das Bauplanungsrecht finden. Es geht um tatsächliche, räumliche Entwicklungen, denen es zu begegnen gilt und die somit vorliegen müssen. Vergleichbar dem städtebaulichen Missstand (vgl. § 136 Abs. 2 BauGB), der die Wirkungen baulicher Beschaffenheit im Widerspruch mit den Zielen der Bauleitplanung beschreibt, können die dargestellten negativen Wirkungen von bodenpolitischem Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen als Missstand der sozialen Stadtentwicklung beschrieben werden. Ein Missstand der sozialen Stadtentwicklung ist anzunehmen, wenn in einem Gebiet nachweislich entweder

- eine weit überdurchschnittliche Anzahl von Grundstücken, Gebäuden oder Gebäudeteilen durch Personen oder Gruppen mit Bestrebungen, wie sie in den Landesverfassungsschutzgesetzen, definiert sind, gebraucht oder genutzt wird. Das lässt auf ein strategisches bodenpolitisches Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen schließen; oder
- Ansammlungen und Versammlungen stattfinden, an denen eine überdurchschnittliche Anzahl von Personen mit Bestrebungen im Sinne der Landesverfassungsschutzgesetze teilnimmt. Das sind zum Beispiel Orte, an denen regelmäßig Veranstaltungen rechtsextremistischer Akteur\*innen wie Rechtsrock-Konzerte, Szenetreffen und Schulungen stattfinden.

Die zuständigen Landesverfassungsschutzbehörden sollen die Gemeinden unterstützen, Missstände der sozialen Stadtentwicklung zu erkennen. Die Gemeinden erhalten allgemeine Informationen über bodenpolitisches Agieren rechtsextremistischer Akteur\*innen, soweit Informationen nicht personenbezogen sind, sondern zum Beispiel die Anzahl von Grundstücken, Gebäuden oder Gebäudeteilen in einem Gebiet betreffen, die von Personen gebraucht oder genutzt werden, über die aufgrund von Bestrebungen im Sinne des jeweiligen Landesverfassungsschutzgesetzes von der Landesverfassungsschutzbehörde Informationen gesammelt und ausgewertet werden, durch Übermittlung der zuständigen Landesverfassungsschutzbehörden zur Erfüllung dieser Aufgaben.

Hinzutreten müssen nachweisbare Anhaltspunkte, dass sich die Bestrebungen wahrnehmbar räumlich auswirken – immerhin geht es bei den Genehmigungsvorbehalten im Baugesetzbuch nicht um die Wirkung des einzelnen genehmigungsbedürftigen Vorhabens, sondern um einen bereits bestehenden Missstand der sozialen Stadtentwicklung, deren Zuspitzung verhindert werden soll.

- Der mediale Diskurs mag zwar Missstände und deren Zuspitzung nahelegen, ist aber wohl rechtlich nicht geeignet, einen Genehmigungsvorbehalt zu rechtfertigen – zu zweifelhaft können im Einzelfall die qualitativen Standards der Berichterstattung sein.

- Stattdessen sind als nachweisbare Anhaltspunkte denkbar, dass in diesem Gebiet jeweils eine quantitativ oder qualitativ überdurchschnittliche Anzahl von politisch motivierten Ordnungswidrigkeiten und Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten und Straftaten von Personen mit Bestrebungen im Sinne der Landesverfassungsschutzgesetze verwirklicht sind und Anfangsverdachte bestehen. Denn die Straftaten zeigen eine sozialräumliche Realität, in der rechtsextremistische Akteur\*innen Räume rechtsextremistischer Dominanz mit Situationskontrolle schaffen und das Ziel von Räumen mit rechtsextremistischer Vorherrschaft mit eigener Ordnung verfolgen. Die Anzahl ist durch Polizeiberichte in Erfahrung zu bringen. Ob politisch motivierte Straftaten vorliegen, lässt sich anhand der Bewertung des Bundeskriminalamtes beurteilen.<sup>73</sup> Die Schwere der Taten ist nicht unbedingt von Bedeutung; ebenso kann die Anzahl der Straftaten und Ordnungswidrigkeiten auf diese sozialräumliche Realität hindeuten. Das ist insbesondere in Gebieten vorstellbar, in denen eine weit überdurchschnittliche Anzahl von Personen mit Bestrebungen im Sinne der Landesverfassungsschutzgesetze wohnt und eher Straftaten wie das Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen (§ 86 StGB) und das Verwenden von Kennzeichen verfassungsfeindlicher Symbole (§ 86a StGB) sowie illegaler Waffenbesitz (§§ 51 f. WaffG) stattfinden.
- Ebenso sind Studien zur Wahrnehmung und Entwicklung der Bewohnerstruktur als nachweisbare Anhaltspunkte denkbar, wenn sie auf Beeinträchtigungen der sozial stabilen Bewohnerstruktur durch Segregationsprozesse in einem Gebiet hindeuten – zum Beispiel weil Bewohner\*innen Räume oder das Gebiet insgesamt meiden oder verlassen. Hier sollte die Rechtswissenschaft die Interdisziplinarität nicht scheuen und die Expertise der raumbbezogenen Sozialforschung durch Gutachten der Human-geographie, Soziologie oder anderen Sozialwissenschaften einbeziehen.

Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ist davon auszugehen, dass sich das bodenpolitische Agieren rechtsextremistischer Parteien in Missständen sozialer Stadtentwicklung verwirklicht, wie es den Zielen der Bauleitplanung gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 1 bis Nr. 3 BauGB entgegensteht. Sinnvoll wäre es, dass die Gemeinde das Vorliegen dieser sachlichen Voraussetzungen für ein Gebiet feststellen, dieses Gebiet über eine Satzung festlegen und zum Beispiel aufgrund befristeter Geltungsdauer (von z. B. fünf Jahren) auf das fortbestehende Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen überprüfen muss. Ein solches Verfahren ist bereits für Sanierungsgebiete in den §§ 137 bis 143 BauGB vorgesehen.

#### 4.4.2 Persönliche Voraussetzungen

Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn die Vertragspartner\*innen der Eigentümer\*innen Bestrebungen im Sinne des jeweiligen Landesverfassungsschutzgesetzes verfolgen, und sie keine Wohnnutzung für sich, ihre Familien- oder Haushaltsangehörigen beabsichtigen.<sup>74</sup> So trifft der Genehmigungsvorbehalt ausschließlich Personen, für welche

<sup>73</sup> [https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Deliktsbereiche/PMK/pmk\\_node.html](https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Deliktsbereiche/PMK/pmk_node.html) (zuletzt aufgerufen am 5. Februar 2025).

<sup>74</sup> Der Tatbestand ist folglich nicht auf rechtsextremistische Bestrebungen begrenzt; eine Anwendbarkeit ist ebenso im Bereich des religiösen Extremismus denkbar, sofern die Landesverfassungsschutzbehörden Informationen sammeln und auswerten und im Übrigen die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt werden, insbesondere Missstände der sozialen Stadtentwicklung resultieren.

die zuständige Landesverfassungsschutzbehörde mitteilen kann, dass sich aufgrund von Sammlung und Auswertung von Informationen die tatsächlichen Anhaltspunkte, dass Bestrebungen im Sinne des jeweiligen Landesverfassungsschutzgesetzes verfolgt werden (vgl. zum Beispiel §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 VSG NRW), bestätigt haben. Die Gemeinden erhalten die Mitteilung mit inhaltlicher Übermittlung der gesammelten und ausgewerteten Informationen unter Berücksichtigung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung. Die Gemeinden können die Informationen zwar nur bedingt selbstständig überprüfen, was angesichts der bereits angesprochenen Zweifel an der Funktionsfähigkeit der Verfassungsschutzbehörden nicht unkritisch ist.<sup>75</sup> Eine selbstständige Informationsbeschaffung der Gemeinde als Alternative wäre allerdings schon mangels entsprechender Expertise weniger wünschenswert, sodass die vorgestellte Kooperation das bevorzugte Mittel ist.

Der Rechtsschutz der betroffenen Vertragspartner\*innen ist dadurch gewährleistet, dass zumindest bei Kenntnis für die Sammlung und Auswertung durch die Verfassungsschutzbehörden und im Übrigen für die Erteilung der Genehmigung Rechtsschutzverfahren statthaft sind. Die Sammlung und Auswertung durch die Verfassungsschutzbehörden ist durch Feststellungsklage prüfbar und muss somit belastbar sein.<sup>76</sup> Der Nichterteilung der Genehmigung kann mittels Verpflichtungsklage begegnet werden. Da die Begründung für die Nichterteilung maßgeblich auf den von der Landesverfassungsschutzbehörde übermittelten Informationen beruht, ist die Behörde im Rechtsschutzverfahren voraussichtlich beizuladen.

## 5. Vorschlag für Gesetzestext

Zusammenfassend könnte ein Vorschlag für einen entsprechenden Gesetzestext im Wesentlichen (zum Beispiel ohne Darstellung der Festlegung eines solchen Satzungsgebiets, wie in den §§ 137 bis 143 BauGB für die Festlegung von Sanierungsgebieten bereits vorhanden) lauten:

- (1) Die Gemeinde kann durch Satzung Gebiete mit einer Geltungsdauer von höchstens fünf Jahren bezeichnen, in denen zur Bekämpfung von Missständen der sozialen Stadtentwicklung aufgrund von Bestrebungen, wie sie in den Landesverfassungsschutzgesetzen definiert sind,
  1. Vereinbarungen, durch die ein schuldrechtliches Vertragsverhältnis über den Gebräuch oder die Nutzung eines Grundstücks, Gebäudes oder Gebäudeteils auf bestimmte Zeit von mehr als einem Jahr eingegangen oder verlängert wird;
  2. die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines Grundstücks und die Bestellung und Veräußerung eines Erbbaurechts der Genehmigung bedürfen.

<sup>75</sup> Zur Funktionsfähigkeit der Verfassungsschutzbehörden im Zusammenhang mit dem sogenannten „Nationalsozialistischen Untergrund“ vgl. exemplarisch: Johannes Radke, Der „Nationalsozialistische Untergrund“, <https://www.bpb.de/themen/rechtsextremismus/dossier-rechtsextremismus/167684/der-nationalsozialistische-untergrund-nsu/> (zuletzt aufgerufen am 21. Mai 2025).

<sup>76</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 21. Juli 2010 – 6 C 22/09 – NVwZ 2011, 161.

(2) Missstände der sozialen Stadtentwicklung aufgrund von Bestrebungen im Sinne der Landesverfassungsschutzgesetze sind anzunehmen, wenn in dem Gebiet nachweislich

1. eine weit überdurchschnittliche Anzahl von Grundstücken, Gebäuden oder Gebäudeteilen durch Personen mit Bestrebungen, wie sie in den Landesverfassungsschutzgesetzen definiert sind, gebraucht oder genutzt wird; oder regelmäßige Ansammlungen und Versammlungen stattfinden, an denen eine überdurchschnittliche Anzahl von Personen mit Bestrebungen im Sinne der Landesverfassungsschutzgesetze teilnimmt;

und

2. eine quantitativ oder qualitativ überdurchschnittliche Anzahl von politisch motivierten Straftaten und Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten und Ordnungswidrigkeiten von Personen mit Bestrebungen im Sinne der Landesverfassungsschutzgesetze verwirklicht werden und Anfangsverdachte bestehen; oder die soziale stabile Bewohnerstruktur beeinträchtigt ist.

Die Gemeinde soll dazu bei der zuständigen Landesverfassungsschutzbehörde nicht personenbezogenen Informationen einholen.

(3) Die Genehmigung wird durch die Gemeinde erteilt und ist zu versagen, wenn

1. die zuständige Landesverfassungsschutzbehörde mitteilt, dass der Vertragspartner des Eigentümers Bestrebungen im Sinne des jeweiligen Landesverfassungsschutzgesetzes verfolgt,
2. der Vertragspartner des Eigentümers keine zulässige Nutzung als Wohnung für sich, seine Familien- oder Haushaltangehörigen beabsichtigt; und
3. den sozialen Missständen nicht durch Auflagen, Bedingungen oder Befristung der Genehmigung ausreichend Rechnung getragen werden kann.

Die Gemeinde hat dazu bei der zuständigen Landesverfassungsschutzbehörde eine Mitteilung einzuholen, die – wenn der Vertragspartner des Eigentümers Bestrebungen im Sinne des jeweiligen Landesverfassungsschutzgesetzes verfolgt – die zur Begründung herangezogenen Informationen enthält. Die personenbezogenen Daten dürfen nur zur Begründung der Versagung der Genehmigung verwendet werden.

(4) § 145 Absatz 5 ist entsprechend anzuwenden.

Nora Markard

## Notstand vs. Asylrecht: Legitimierung des Rechtsbruchs durch Krisennarrative<sup>1</sup>

Die gegenwärtige Zurückweisungspolitik an der deutschen Grenze wird von einem Krisennarrativ getragen, das dazu dienen soll, rechtliche Mindeststandards auszusetzen und einen Rechtsbruch zu legitimieren. Damit transportiert es zugleich die latente Gefahr eines Angriffs auf die Justiz, die aufgerufen ist, diese Standards zu verteidigen.

Hierin spiegelt sich eine europäische Entwicklung abnehmender Rechtsstaatlichkeit und wachsenden Drucks auf die Gerichte, wie kürzlich der Brief von neun EU-Mitgliedstaaten an den EGMR verdeutlichte. Die darin geäußerte Behauptung, der menschenrechtliche Refoulementsschutz sei zu weit gegangen, stellt die Bedeutung der Menschenrechte und rechtsstaatliche Standards grundsätzlich in Frage und muss mit De Burca und Young als „missbräuchliche Aneignung“ der Menschenrechte verstanden werden.<sup>2</sup> Gerade in der Krise gilt es dagegen, sich auch gegenüber denjenigen, die lästig oder gar gefährlich sind, an das Recht zu halten. Sonst greift die Krise der Rechtsstaatlichkeit auf die Gesellschaft im Ganzen über.

### I. Ein gefährliches deutsches Krisennarrativ

#### 1. Krise als Auftrag zum Rechtsbruch

Auf das Krisennarrativ, das die gegenwärtige Zurückweisungspolitik an der Grenze tragen soll, legten sich der damalige Kanzlerkandidat Friedrich Merz und der damalige CSU-Landesgruppenchef Alexander Dobrindt bereits in ihrem Entschließungsantrag vom Januar 2025 fest, mit dem sie zugleich die „Brandmauer“ zur AfD einrissen.<sup>3</sup> Dieser

1 Diesem Beitrag liegt das Manuskript eines Vortrags zugrunde, den ich auf dem 25. Berliner Symposium zum Flüchtlingschutz am 23. Juni 2025 gehalten habe. Er wird im Rahmen der Dokumentation des Symposiums auch im Asylmagazin erscheinen. Ich danke Marlene Stiller für Gespräche und Recherchen.

2 Gráinne De Burca/Katharine G. Young, The (Mis)appropriation of Human Rights by the New Global Right: An Introduction to the Symposium, I•CON (2023), Vol. 21 No. 1, 205–223.

3 Die „Brandmauer“ verkündete Friedrich Merz als CDU-Parteivorsitzender 2022. Im November 2024 schlug er SPD und Grünen nach Bruch der Ampelkoalition Absprachen zur Vermeidung von Abstimmungen mit der AfD vor: „Wir sollten vereinbaren, dass wir nur die Entscheidungen auf die Tagesordnung des Plenums setzen, über die wir uns zuvor mit Ihnen von der SPD und den Grünen in der Sache geeinigt haben.“ So könne man „eine zufällige oder tatsächlich herbeigeführte Mehrheit“ mit der AfD vermeiden. „Denn das hätten diese Damen und Herren von Rechtsaußen doch gern, dass sie plötzlich die Mehrheiten besorgen.“ Siehe Evelin Ruhnnow, Merz und die Brandmauer – eine Geschichte in Zitaten, Spiegel v. 31.01.2025, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/friedrich-merz-brandmauer-auftrag-zur-afd-1000000>

Entschließungsantrag enthält ein dreifaches Krisennarrativ. Erstens: „Die aktuelle Asyl- und Einwanderungspolitik gefährdet die Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger und das Vertrauen der gesamten Gesellschaft in den Staat.“ Zweitens seien die bestehenden europäischen Regeln – Dublin III, Schengen, Eurodac – „erkennbar dysfunktional“ und würden von den anderen Mitgliedstaaten sanktionslos gebrochen. Drittens stecke hinter dem Migrationsdruck aus Syrien, via Belarus und aus der Ukraine der russische Präsident Putin, der „Migration als hybride Waffe“ einsetze.<sup>4</sup>

Hieraus folgerte das Papier: „In dieser Gesichtssicht ist es die Pflicht Deutschlands und damit der Bundesregierung, nationales Recht vorrangig anzuwenden, wenn europäische Regelungen nicht funktionieren – so wie es in den Europäischen Verträgen für außergewöhnliche Notlagen vorgesehen ist.“<sup>5</sup> Deutschland müsse „die Abwehr von Gefahren und die Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger an erste Stelle setzen und entschlossen handeln“.<sup>6</sup> Gefordert wurden u.a. dauerhafte Grenzkontrollen und ausnahmslose Zurückweisungen an der deutschen Grenze.

## 2. Europarechtswidrige Grenzpolitik

Diese Forderungen hat Alexander Dobrindt nun als Innenminister am 7. Mai 2025 in die Tat umgesetzt, indem er eine mündliche Weisung vom 13. September 2015 des damaligen Innenministers Thomas De Maizière zur europarechtskonformen Anwendung von § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG zurück nahm und die Bundespolizei anwies, nach dieser Vorschrift nun jegliche irreguläre Einreisen aus sicheren Drittstaaten – also aus allen deutschen Nachbarstaaten<sup>7</sup> – auch im Fall eines Schutzgesuchs zurückzuweisen.<sup>8</sup>

Binnen weniger als vier Wochen hat das VG Berlin diese Politik in drei parallelen Eilentscheidungen für europarechtswidrig erklärt.<sup>9</sup> Es verwies zum Einen (und wenig überraschend) auf die Notwendigkeit eines Dublin-Verfahrens im Fall von Schutzgesuchen. Zum Anderen befand es die Berufung der Bundesregierung auf die Ausnahmeklausel des Art. 72 AEUV – für „außergewöhnliche Notlagen“, wie es im Entschließungsantrag hieß – für unzureichend begründet.

Zu dieser Klausel hatte der EuGH bereits mehrfach Gelegenheit zu entscheiden, und seine Position war jedes Mal klar: Art. 72 AEUV ist kein Freibrief, er ist eng auszulegen, und er verlangt eine Darlegung, warum existierende sekundärrechtliche Mechanismen

d/friedrich-merz-sammlung-seiner-aussagen-zur-zusammenarbeit-mit-der-afd-a-52810f3c-6fbf-4668-82bf-22792883333f.

4 Entschließungsantrag der Fraktion der CDU/CSU zu der Abgabe einer Regierungserklärung durch den Bundeskanzler zu aktuellen innenpolitischen Themen, BT-Drs. 20/14698, 28.01.2025. Die Abstimmung erfolgte am 29.01.2025, dem 80. Jahrestag der Befreiung von Auschwitz.

5 Ebd. (Herv. d. Verf.).

6 Ebd.

7 Gemäß § 26a AsylG i.V.m. Anlage I zum AsylG sind alle EU-Mitgliedstaaten sowie die Schweiz und Norwegen sichere Drittstaaten.

8 § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG lauten: „Dem Ausländer ist die Einreise zu verweigern, wenn 1. er aus einem sicheren Drittstaat (§ 26a) einreist [...].“ Nr. 2 sieht dies vor, wenn Anhaltspunkte für die Zuständigkeit eines anderen Staates vorliegen. Der Notwendigkeit eines Dublin-Verfahrens tragen bei der Vorschrift keine Rechnung.

9 VG Berlin, Beschlüsse v. 02.06.2025 – 6 L 191/25 u.a., ECLI:DE:VGBE:2025:0602.6L191.25.00 u.a.

nicht ausreichen. Bisher hat er die Berufung auf Art. 72 AEUV noch in keinem einzigen Fall anerkannt.

So hat der EuGH bereits 2020 in einem Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Polen, Tschechien und Ungarn, die sich nicht an der Umverteilung von Schutzsuchenden aus Griechenland und Italien beteiligen wollten, klargestellt, dass sich weder aus Art. 72 AEUV noch aus ähnlichen Vorschriften des Primärrechts ein „allgemeiner, dem Vertrag immanenter Vorbehalt ableiten [lässt], der jede Maßnahme, die im Interesse der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen Sicherheit getroffen wird, vom Anwendungsbereich des Unionsrechts ausnähme“.<sup>10</sup> Denn: „Würde ein solcher Vorbehalt unabhängig von den besonderen Tatbestandsmerkmalen der Bestimmungen des Vertrags anerkannt, so könnte dies die Verbindlichkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen.“<sup>11</sup> Daher unterliege die Berufung auf Art. 72 AEUV der Kontrolle durch Kommission und EuGH, insbesondere in Bezug auf die Erforderlichkeit der Ausnahme; er könne „nicht als eine Ermächtigung der Mitgliedstaaten dazu ausgelegt werden, durch bloße Berufung auf diese Zuständigkeiten von einer Bestimmung des Unionsrechts [...] abzuweichen“.<sup>12</sup> Der Mitgliedstaat trage die Beweislast.

Diese Argumentation, die er im selben Jahr für Rückführungsverfahren bestätigte,<sup>13</sup> wandte er auch an, als Litauen 2022 mit der Begründung einer Überlastung aufgrund eines Massenzustroms keine individuellen Asylanträge für irregulär Eingereiste mehr zuließ. Der EuGH stellte klar, dass der Ausschluss vom individuellen Asylantrag nach Art. 72 AEUV schon deswegen nicht als erforderlich gelten könne, weil Art. 43 AsylVfRL bereits besondere Grenzverfahren ermögliche, die einen Rückgriff auf Art. 72 AEUV unnötig machen.<sup>14</sup> Daher stünden Art. 6 und 7 AsylVfRL „der Regelung eines Mitgliedstaats entgegen[...], wonach im Fall der Verhängung des Kriegsrechts oder eines Ausnahmestands oder der Ausrufung einer Notlage wegen eines massiven Zustroms von Ausländern illegal aufhältige Drittstaatsangehörige de facto keine Möglichkeit haben, im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats Zugang zum Verfahren zur Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz zu erlangen“.<sup>15</sup>

Im Fall Österreichs, das seine Grenzkontrollen immer wieder verlängerte, führte der EuGH 2022 aus, dass der Schengener Grenzkodex in Art. 25 bereits Regeln enthalte, die es den Mitgliedstaaten erlaubten, ihre öffentliche Sicherheit und Ordnung durch Grenzkontrollen zu schützen; diese Kontrollen könnten nach Art. 29 SGK bei außergewöhnlichen Umständen sogar von sechs Monaten auf bis zu zwei Jahre verlängert werden. Angesichts dieser detaillierten Abwägung sei „folglich davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber der Ausübung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten im Bereich der öf-

10 EuGH, Urt. v. 02.04.2020, *Kommission/Polen u.a. [Vorübergehender Umsiedlungsmechanismus für internationalen Schutz beantragende Personen]*, C-715/17, C-718/17 und C-719/17, EU:C:2020:257, Rn. 143.

11 Ebd.; Verweis auf EuGH, Urt. v. 15.12.2009, *Kommission/Dänemark*, C-461/05, EU:C:2009:783, Rn. 51, m.w.N.; Urt. v. 04.03.2010, *Kommission/Portugal*, C-38/06, EU:C:2010:108, Rn. 62, m.w.N.; s.a. Urt. v. 17.12.2020, *Kommission/Ungarn [Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen]*, C-808/18, EU:C:2020:1029, Rn. 215.

12 EuGH, Urt. v. 02.07.2020, *WM/Stadt Frankfurt am Main*, C-18/19, Rn. 29 (zur Rückführungsrichtlinie); Verweis auf EuGH, *Kommission/Polen u.a. [Vorübergehender Umsiedlungsmechanismus für internationalen Schutz beantragende Personen]*, Rn. 145 und 152.

13 EuGH, Urt. v. 02.07.2020, *WM/Stadt Frankfurt am Main*, C-18/19, Rn. 28.

14 EuGH, Urt. v. 30.06.2022, *MA/Litauen*, C-72/22 PPU, Rn. 74.

15 Ebd., Rn. 75.

fentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit gebührend Rechnung getragen hat“ und damit ein Rückgriff auf Art. 72 AEUV gesperrt sei.<sup>16</sup>

Trotz der prinzipiellen Natur dieser Gründe tat Minister Dobrindt den Beschluss des VG Berlin als „Einzelfallentscheidung“ ab und hielt an seiner Politik fest.<sup>17</sup> Es müsse lediglich eine bessere Begründung zu Art. 72 AEUV nachgereicht werden.

### 3. Was für eine Krise?

Dies ist an sich bereits irritierend. Denn die Gründe des VG Berlin würden in jeder weiteren Einzelfallentscheidung zum selben Ergebnis führen. Die Bundesregierung ist aber nicht erst auf die konkrete Anweisung eines Gerichts im Einzelfall, sondern auch von sich aus und generell verpflichtet, das Europarecht zu beachten. Auch ist im Lichte der strengen Rechtsprechung des EuGH zu Art. 72 AEUV kaum zu erwarten, dass er eine flächendeckende Zurückweisungen ohne Verfahren für gerechtfertigt erklären würde. Denn die Probleme, die in Deutschland derzeit diskutiert werden, sind lang bekannt; trotzdem wurden die Schengen- und Dublin-Regeln bei der letzten GEAS-Reform nach großen Diskussionen beibehalten. Solche sekundärrechtlichen Regeln des Unionsgesetzgebers dürfen durch Berufung auf Art. 72 AEUV nicht einfach umgangen werden.<sup>18</sup> Nur in „ganz bestimmten außergewöhnlichen Fällen“, die vom Unionsgesetzgeber ungelöst geblieben sind, lässt der EuGH noch Spielraum für Art. 72 AEUV.<sup>19</sup> Allerdings gehen nicht nur die Asylantragszahlen zurück,<sup>20</sup> auch die Belastungen mit der Integration<sup>21</sup> sind keineswegs so unvorhersehbar und außergewöhnlich, dass sie eine Aushebelung des Sekundärrechts unter Rückgriff auf Art. 72 AEUV begründen könnten.<sup>22</sup>

16 EuGH, Urt. v. 26.04.2022, *NW/Landespolizeidirektion Steiermark und Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*, C-368/20 und C-369/20, Rn. 85–90.

17 Überraschend verwies Minister Dobrindt auch darauf, im Hauptverfahren werde die Bundesregierung nachlegen; dazu wird es aber wohl kaum kommen, da die Hauptsache bereits im Eilverfahren vorweg genommen werden durfte und musste. Siehe *Frank Bräutigam*, Mehr als eine „Einzelfallentscheidung“, Tagesschau.de v. 03.06.2025, <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/zurueckweisungen-dobrindt-rechtslage-100.html>.

18 *Anuscheh Farahat/Lisa Steurer*, Grenzgänger: Sind die neuen deutschen Grenzkontrollen zulässig?, Verfassungsblog v. 20.05.2025, [https://verfassungsblog.de/migration\\_notlage\\_schengen\\_zurueckweisungen/](https://verfassungsblog.de/migration_notlage_schengen_zurueckweisungen/).

19 EuGH, Urt. v. 26.04.2022, *NW/ Landespolizeidirektion Steiermark u.a.*, C-368/20 und C-369/20, Rn. 86.

20 Im Zeitraum Januar bis Mai 2025 wurden 54.004 Erstanträge gestellt. „Dies bedeutet einen Rückgang der Antragszahlen um 47,8 Prozent im Vergleich zum Vorjahr“, berichtet das BAMF: Aktuelle Zahlen (05/2025), <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Statistik/AsylinZahlen/aktuelle-zahlen-mai-2025.html>. Auch 2024 (229.751 Erstanträge) waren die Zahlen bereits im Vergleich zu 2023 (329.120 Erstanträge) zurückgegangen; BAMF, Schlüsselzahlen Asyl 2024, <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Statistik/SchlueszelzahlenAsyl/flyer-schlueszelzahlen-asyl-2024.html>.

21 Angeführt etwa von Daniel Thym, vgl. *Philipp May*, Jurist: Zurückweisungen an Grenzen solide begründen, Deutschlandfunk v. 03.06.2025, <https://www.deutschlandfunk.de/nach-entscheidung-ueber-zurueckweisungen-int-daniel-thym-uni-konstanz-100.html>.

22 *Farahat/Steurer* (Fn. 18). Zum Kapazitätsargument und der zeitlichen Absehbarkeit der nötigen Ressourcen s.a. EuGH, Urt. v. 08.05.2025, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid/X*, C-662/23, ECLI:EU:C:2025:326, Rn. 44–48.

Obwohl die Bundesregierung also von allen Seiten auf die Rechtswidrigkeit ihres Handelns hingewiesen wurde und dies sogar von einem Kollegialorgan schwarz auf weiß bescheinigt bekommen hat, will sie an ihrer Politik festhalten und – wie bereits in der Entschließung angekündigt – nationales Recht über Europarecht stellen.<sup>23</sup> Im Verweis auf den „Einzelfall“ wird daher auch der Wille erkennbar, unliebsame Gerichtsentscheidungen nur quasi „1:1“ umzusetzen und im Übrigen zu ignorieren.

Damit aber nicht genug. Mehr noch: Das konservative Medium „NIUS“ trat eine Hetzkampagne gegen den Kammerpräsidenten los, der sich (übrigens in beamtenrechtlich völlig unproblematischer Weise<sup>24</sup>) bei den Grünen engagiert hatte, insinuierten eine Umgehung des Geschäftsverteilungsplans und fantasierten etwas von einem „Geheimplan der Asyllobby“.<sup>25</sup> Sogar der baden-württembergische Staatssekretär für Migration, Siegfried Lorek, verbreitete in einem (inzwischen gelöschten) Instagram-Reel, „ein grüner Verwaltungsrichter“ habe die Entscheidung getroffen,<sup>26</sup> und insinuierte damit eine fehlende politische Unabhängigkeit der Justiz<sup>27</sup> – offenbar, um auf diesem Wege die (Kollegial-)Entscheidung zu diskreditieren.

In dieser Vignette sind zwei bekannte Muster aus dem Playbook autoritärer Staaten zu erkennen: (1.) Krisennarrative legitimieren den Rechtsbruch; (2.) Gerichte, die sich diesem Rechtsbruch in den Weg stellen, müssen in ihre Schranken verwiesen werden.

Die Krise, mit der wir es also zu tun haben, ist nicht nur eine Krise des Vertrauens in die Politik<sup>28</sup> – eine Krise, die nur dadurch verstärkt wird, dass die Politik Dinge verspricht, die sie mit rechtmäßigem Handeln nicht wird halten können. Sie ist auch eine Krise des Rechtsstaats<sup>29</sup> und eine Krise der Menschenrechte.

<sup>23</sup> Noch erstaunlicher klang es im Pressestatement des Kanzlerkandidaten Merz, Deutschland müsse sein „Recht auf Vorrang des nationalen Rechts“ geltend machen. Statement v. 23.01.2025, <https://www.cdu.de/aktuelles/innere-sicherheit/statement-von-friedrich-merz-zur-messerattacke-in-aschaffenburg/>.

<sup>24</sup> Dies unterscheidet diesen Fall, nur um das Offensichtliche auszusprechen, etwa von der Tätigkeit des inzwischen ehemaligen aber weiterhin pensionsberechtigten Richters Jens Meier; vgl. MDR Sachsen, Nach Disziplinar Klage: AfD-Politiker Jens Maier behält Pensionsansprüche, 28.11.2024, <https://www.mdr.de/nachrichten/sachsen/afd-richter-maier-klage-ruhestand-rechtsextremist-100.html>.

<sup>25</sup> Björn Harms/Jan A. Karon/Julian Reichelt, Ein grüner Richter, zwei NGOs und drei Somalis: So lief der Geheimplan der Asyllobby gegen Dobrindts Zurückweisungen, NIUS v. 03.06.2025, <https://www.nius.de/gesellschaft/news/gruene-richter-ngos-somalis-geheimplan-asyllobby-dobrindt-zurueckweisungen/15043449-86af-4ae1-8ef5-d801916c2a12>. Dort heißt es u.a., in Asylsachen sei „eigentlich“ eine andere Kammer zuständig – allerdings war die Beklagte hier die Bundespolizei und nicht das BAMF, sodass die Zuständigkeit keineswegs „bemerkenswert“ war; siehe dazu Max Kolter, Die Mythen über die Zurückweisungsbeschlüsse des VG Berlin, LTO v. 06.06.2025, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vg-berlin-6119125-zurueckweisungen-rechtswidrig-fake-news-faktencheck>.

<sup>26</sup> „Ein grüner Verwaltungsrichter aus Berlin sagt, das ist nicht legal.“ Siehe: CDU-Migrationsstaatssekretär sorgt mit Äußerungen über Richter für Ärger in der BW-Landesregierung, SWR aktuell, 06.06.2025, <https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/zurueckweisungen-asylsuchend-e-kritik-aussagen-cdu-100.html>.

<sup>27</sup> Lorek hat sich von dieser Lesart in einem Folge-Reel freilich distanziert; s. ebenda. Es ist allerdings nicht erkennbar, welchen Mehrwert die Nennung der Parteimitgliedschaft, die bisher nur – in diffamierender Absicht – NIUS genannt hatte, sonst haben sollte.

<sup>28</sup> So die Entschließung des Bundestags (Fn. 4).

<sup>29</sup> Einordnung bei Maximilian Pichl, Law statt Order: Der Kampf um den Rechtsstaat, Suhrkamp 2024.

## II. Europäische Krisennarrative

Die deutsche Krise der Rechtsstaatlichkeit und der Menschenrechte fügt sich ein in eine ebensolche europäische Krise. In der EU ist seit langem zu beobachten, dass die Befolgungsbereitschaft gegenüber rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Standards bei der Behandlung von Schutzsuchenden massiv gesunken ist. Dies äußert sich neuerdings auch in offenem Druck auf den EGMR.

### 1. Sinkende Befolgungsbereitschaft, wachsender Druck auf den EGMR

Die neusten Beispiele für die immer weiter sinkende Befolgungsbereitschaft stammen von der Außengrenze der EU-Mitgliedstaaten Polen, Lettland und Litauen mit dem autokratisch regierten Belarus.

So hat die polnische Regierung das Recht auf Asyl an der polnisch-belarussischen Grenze im März 2025 zunächst für 60 Tage per Ratsbeschluss suspendiert und diese Aussetzung im Mai mit parlamentarischer Zustimmung auf unbestimmte Zeit verlängert. Präsident Donald Tusk kommentierte, niemand spreche davon, Menschenrechte oder das Recht auf Asyl zu verletzen; es gehe lediglich darum, keine Anträge von Menschen zuzulassen, die in vom belarussischen Präsidenten Aleksandr Lukashenko organisierten Gruppen irregulär über die Grenze kämen.<sup>30</sup> Tusk kündigte außerdem an, dass er keinen Migrationspakt noch irgendeine Vorschrift solcher Projekte umsetzen werde, die zur zwangsweisen Aufnahme von Migrant:innen durch Polen führen werde: „This is definitive.“<sup>31</sup> Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen zeigte Verständnis ob der aktuellen Bedrohung Polens durch hybride Attacken, Polen müsse sich jedoch an die GEAS-Reform halten müsse.<sup>32</sup> Auf eine Frage des Parlaments, ob Polen von dem Umlverteilungsmechanismus ausgenommen werde, gab es bisher keine Antwort.<sup>33</sup>

Nicht nur gegen Polen, auch gegen Lettland und Litauen sind inzwischen Verfahren bei der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anhängig, die am 12. Februar 2025 mündlich verhandelt wurden.<sup>34</sup> Im Raum stehen Verletzungen des Refoulementverbots und des Verbots der Kollektivausweisung, Misshandlungen, un-

30 „Nobody is talking about violating human rights, the right to asylum, we are talking about not granting applications to people who illegally cross the border in groups organised by Lukashenko.“ Zum Ganzen *Adam Easton/Ian Aikman*, Poland suspends migrants' right to apply for asylum, BBC v. 27.03.2025, <https://www.bbc.com/news/articles/c8719dl587zo>; *Hélène Bienvêtu*, In Poland, parliament extends suspension of asylum rights at the Belarusian border, Le Monde v. 24.05.2025 [https://www.lemonde.fr/en/international/article/2025/05/24/in-poland-parliament-extends-suspension-of-asylum-rights-at-the-belarusian-border\\_6741605\\_4.html](https://www.lemonde.fr/en/international/article/2025/05/24/in-poland-parliament-extends-suspension-of-asylum-rights-at-the-belarusian-border_6741605_4.html).

31 Poland “will not implement” EU migration pact if it involves receiving relocated migrants, Notes from Poland, 04.02.2025, <https://notesfrompoland.com/2025/02/04/tusk-poland-will-not-implement-eu-migration-pact-if-it-involves-receiving-relocated-migrants/>.

32 *Sou-Jie van Brunnserum*, Poland: Government expresses opposition to implementing EU migration pact if relocation is mandated, InfoMigrants v. 07.02.2025, <https://www.infomigrants.net/en/post/62721/poland-government-expresses-opposition-to-implementing-eu-migration-pact-if-relocation-is-mandated>.

33 [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-10-2025-001204\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-10-2025-001204_EN.html).

34 *R.A. and Others v. Poland*, App. No. 42120/21 (Abgabe an die Große Kammer am 25.06.2024); *H.M.M. and Others v. Latvia*, App. No. 42165/21 (dto. am 02.07.2024); *C.O.C.G. and Others v. Lithuania*, App. No. 17764/22 (dto. am 16.04.2024).

verhältnismäßige Haft und Verletzungen des Rechts auf effektiven Rechtsschutz (Art. 3, 5 und 13 EMRK, Art. 4 Protokoll 4).<sup>35</sup>

Dass diese Pushback-Fälle vor der Großen Kammer gelandet sind, könnte man überraschend finden. Denn gemessen an der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs müssten sie leicht abzuräumen sein. Zwar hat die Große Kammer zuletzt in *N.D. und N.T./Spanien* die Lesart entwickelt, dass „eigenes schuldhaftes Verhalten“ einer Gruppe von Personen dazu führen kann, dass Pushbacks kein Verstoß gegen das Verbot der Kollektivausweisung sind.<sup>36</sup> Dieses Urteil wurde weithin so verstanden, dass der EGMR sich damit bemühte, den Druck der Regierungen aufzufangen, ihnen Pushbacks zu erlauben.<sup>37</sup> Er tat dies freilich, ohne das Refoulementverbot anzutasten.

Dies wäre in den nun anhängigen Fällen anders. Hier ist nämlich in der Sache unbestritten, dass Belarus über kein effektives Asylsystem verfügt, das Schutzbedürftige vor der Abschiebung schützen würde.<sup>38</sup> Und auch dass die Betroffenen im Heimatland Verfolgung oder schwere Misshandlungen zu befürchten haben, steht fest (die Beschwerdeführenden in *C.O.C.G.* etwa sind inzwischen in Litauen als Flüchtlinge anerkannt<sup>39</sup>). Damit ist eine Verletzung des Refoulementverbots vorgezeichnet.<sup>40</sup> Ein „Freispruch“ der Regierungen wäre also nur möglich, wenn der EGMR eine irgendwie geartete Ausnahme vom Refoulementverbot entwickelte – einem bisher als ebenso absolut wie derogationsfest verstandenen Recht.<sup>41</sup>

Der politische Druck auf den EGMR, noch einen Schritt weiter zu gehen, ist dennoch deutlich. Und auch in der mündlichen Verhandlung kommunizierten die Regierungen den 17 Richter:innen, sie gingen davon aus, dass ihr Handeln selbst ohne Derogation von der Konvention gedeckt sei.<sup>42</sup> Dies ist freilich mit der bisherigen Auslegung der Konvention in der ständigen Rechtsprechung des EGMR nicht zu haben.

<sup>35</sup> Transparenzhinweis: Ich habe ich in einer der drei Rechtssachen, *C.O.C.G./Litauen*, eine Third Party Intervention von insgesamt 22 Jurist:innen initiiert und koordiniert, publiziert als: The Absolute Prohibition of Refoulement and Exceptional Circumstances: Third Party Intervention in the Case of *C.O.C.G. and Others v Lithuania* Before the European Court of Human Rights, Bonavero Reports 5/2025, <https://www.law.ox.ac.uk/content/news/bonavero-institute-human-rights-publishes-its-first-report-2025-absolute-prohibition>.

<sup>36</sup> EGMR (GK), *ND und NT/Spanien*, App. Nos. 8675/15, 8697/15, Urt. v. 13.02.2020.

<sup>37</sup> Siehe etwa *Dana Schmalz/Maximilian Pichl*, “Unlawful” may not mean rightless: The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case *N.D. and N.T.*, Verfassungsblog v. 14.02.2020.

<sup>38</sup> S. etwa EGMR, *Sherov and Others v. Poland*, App. No. 54029/17 u.a., Urt. v. 04.04.2024; dazu *Clara Bosch March*, The Chamber Judgment in *Sherov and Others v. Poland: Business as Usual at the Polish Border, or the Calm Before the (New) Storm?*, Cahiers de l’EDEM, June 2024, <https://www.uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/news/bosch-march-juin2024>.

<sup>39</sup> EGMR, Grand Chamber hearing concerning alleged “pushbacks” at the Lithuanian-Belarusian border, Pressemitteilung Nr. ECHR 042 (2025) v. 12.02.2025.

<sup>40</sup> Auch die Ausnahme von Verbot der Kollektivausweisung ist zumindest der Fall *C.O.C.G./Litauen* nicht ersichtlich; die kubanischen Antragsteller:innen waren nur zu viert, reisten ursprünglich ohne belarussische Unterstützung ein und wurden von den litauischen Polizeibehörden immer wieder weit entfernt von Grenzposten im Wald ausgesetzt.

<sup>41</sup> Dazu unten III.1.

<sup>42</sup> Siehe *Alison Jolynn Beuscher/Johanna Bücke/Laura Goller/Lina Sophie Möller/Marlene Stiller/Sarah Isabelle Pfeiffer*, The Claim of Hybrid Attacks: Balancing State Sovereignty and Migrants’ Rights at the European Court of Human Rights, Verfassungsblog v. 21.02.2025, <https://verfassungsblog.de/hybrid-attacks/>.

Mit einem offenen Brief vom 22. Mai 2025<sup>43</sup> haben nun neun EU-Mitgliedstaaten – darunter auch die Beklagten – diesen Druck noch einmal erhöht. Darin werfen sie dem Gerichtshof vor, er sei zu weit gegangen und habe die Rechte der EMRK gegenüber den „original intentions“, dem ursprünglichen Willen der Vertragsparteien, zu weit ausgedehnt und so die Balance zwischen individuellen Rechten und Gemeinschaftsinteressen zu stark verschoben.<sup>44</sup> Sie fordern: mehr Spielraum bei der Ausweisung von ausländischen Straftäter:innen; mehr Überwachungsmöglichkeiten, wenn deren Ausweisung nicht möglich ist; und die Möglichkeit, effektive Schritte gegen „feindliche Staaten“ zu ergreifen, die „unsere Werte und Rechte gegen uns einsetzen“ – etwa, „indem sie Migrant:innen an unseren Grenzen instrumentalisieren“.<sup>45</sup>

## 2. Krisennarrative für außergewöhnliche Maßnahmen

Zur Begründung dieser Forderungen dient wiederum ein Krisennarrativ: Die Welt habe sich seit dem Entstehen der EMRK aus der „Asche der großen Kriege“ fundamental verändert, denn in unserer globalisierten Welt gebe es Migration in einem völlig neuen Ausmaß – und diese führe teils zu Parallelgesellschaften und Kriminalität. Dies erodiere die Grundlagen unserer Gesellschaft, das Vertrauen der Bürger:innen untereinander und das Vertrauen in die Institutionen.<sup>46</sup>

Mit der Forderung nach effektiven Schritten gegen die Instrumentalisierung von Migrant:innen schließt der Brief zudem an das Krisennarrativ an, das auch den Belarus-Fällen zugrunde liegt und das auch von der EU-Kommission in ihrer Mitteilung vom Dezember 2024 (erneut<sup>47</sup>) intensiv bedient wurde: Es handle sich bei den Einreisen an der belarussischen Grenze um einen „hybriden Angriff“, Mittel der „hybriden Kriegsführung“ bzw. einen „hybriden Krieg“; vulnerable Migrant:innen würden dazu als „Waffen“ missbraucht (die Rede ist von einer „weaponisation of migrants“), um Druck auf die Union und ihre MS zu erzeugen; der Zweck dieser hybriden Angriffe sei es, die Region durch den Angriffskrieg gegen die Ukraine zu destabilisieren und gleichzeitig Migration als „Waffe“ einzusetzen, um die Sicherheit der Union zu unterminieren; und die Prinzipien und Werte der EU würden dabei gegen sie gewendet. Letzteres Argument tauchte in den Belarus-Verfahren in Gestalt des Missbrauchsverbots (Artikel 17 EMRK) auf.

Auch wenn die Kommission durchweg bestrebt ist, die Staaten auf die bestehenden Mittel des Unionsrechts zu verweisen:<sup>48</sup> Diese Narrative ebnen den Weg zu einer Aussetzung rechtlicher Bindungen und greifen die Legitimität der Gerichte an.

<sup>43</sup> Offener Brief der Regierungsoberhäupter von Dänemark, Italien, Österreich, Belgien, Tschechien, Estland, Lettland, Litauen und Polen v. 22.05.2025, [https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Lettera\\_aperta\\_22052025.pdf](https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Lettera_aperta_22052025.pdf).

<sup>44</sup> Ebd.

<sup>45</sup> Ebd.

<sup>46</sup> Ebd.

<sup>47</sup> Dazu Mariana Gkliati, Let's Call It What It Is: Hybrid Threats and Instrumentalisation as the Evolution of Securitisation in Migration Management, European Papers, Vol. 8, 2023, No. 2, S. 561–678, doi: 10.15166/2499-8249/675.

<sup>48</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Abwehr hybrider Bedrohungen infolge des Einsatzes von Migration als Waffe und die Stärkung der Sicherheit an den EU-Außengrenzen v. 11.12.2024, COM(2024) 570 final.

- Mit der Militarisierung der Sprache und der Rede vom „hybriden Krieg“ wird ein Selbstverteidigungsszenario entworfen, das nach der Logik des UN-Systems außergewöhnliche, gar gewaltsame Abwehrmaßnahmen erlaubt, die sonst verboten sind. Diese Maßnahmen richten sich allerdings gegen andere Staaten und setzen einen bewaffneten Angriff im engeren Sinne voraus.
- Indem stattdessen die Erleichterung der Einreise schutzbedürftiger Menschen aus Kriegsgebieten als „hybrider Angriff“ und als „Waffe“ bezeichnet wird, wird nahe gelegt, dass sich die Abwehr gegen die zur „Waffe“ gewordenen Menschen richten können muss.
- Die Destabilisierung der Union und ihrer Mitgliedstaaten wird als Folge ihrer zu permissiven Prinzipien und Werte dargestellt, die missbraucht und gegen sie gewendet werden – mit der Folge, dass diese Werte – Menschenrechte und Demokratie – verteidigt werden müssen, indem sie durch Aussetzung oder Einschränkung „missbrauchsfest“ gemacht werden.
- Der Belarus zugeschriebene Missbrauch des europäischen Asylsystems wird dabei schlachtweg den Schutzbedürftigen selbst in die Schuhe geschoben; damit wird ihr eigener Rechtsgebrauch zu einem Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 17 EMRK erklärt, da die Krisenstrategie letztendlich auf die Abschaffung oder übermäßige Einschränkung von Rechten gerichtet sei.
- Der offene Brief macht deutlich, dass an dieser „Schwäche“ der EU auch der EGMR mit seinen zu weitgehenden Urteilen zu menschenrechtlichen Bindungen beim Umgang mit Migration beigetragen habe.

### *III. Zu weit gegangen? Die Bedeutung der Menschenrechte*

Was ist dran an der Behauptung, der EGMR habe es zu weit getrieben?<sup>49</sup> Und gibt es einen Weg zurück?

#### 1. Refoulementschutz als junge Entwicklung

Es stimmt, dass die Non-Refoulement-Rechtsprechung des EGMR erst 1989 mit dem Fall *Soering/Vereinigtes Königreich* begann, also vor 36 Jahren.<sup>50</sup> Und in der Tat ist die EMRK wesentlich älter, nämlich 75 Jahre, ebenso wie der 71 Jahre alte Gerichtshof, dessen Zuständigkeit freilich erst seit 1998 obligatorisch ist.

Aber verbindliche Menschenrechte, auf die man sich auch individuell berufen kann, sind eben insgesamt noch ein relativ junges Phänomen. Die Genfer Flüchtlingskonvention gilt zwar schon seit 1954. Der UN-Zivilpakt trat aber erst 1976 in Kraft, die UN-Anti-Folterkonvention mit ihrem expliziten Refoulementverbot im Jahr 1987, zwei

49 Einordnung bei *Anusbeh Farahat*, Human Rights and the Political: Assessing the Allegation of Human Rights Overreach in Migration Matters, Netherlands Quarterly of Human Rights 2022, Vol. 40(2) 180–201.

50 EGMR, *Soering/Vereinigtes Königreich*, 07.07.1989, Series A no. 161, S. 35, para. 91 (Auslieferung). Siehe dann EGMR (Pl.), *Cruz Varas u.a./Schweden*, 20.03.1991, Nr. 15576/89, para. 70 (Abschiebung); *Vilvarajah u.a./Vereinigtes Königreich*, 30.10.1991, Series A no. 215, S. 34, Rn. 103 (Abschiebung); *Chahal/Vereinigtes Königreich*, 15.11.1996, Nr. 22414/93, Slg. 1996-V, S. 1853, paras. 73–74 (Ausweisung).

Jahre vor *Soering*. Die Amerikanische Menschenrechtskonvention verbietet seit 1978 explizit ein Refoulement im Sinne der GFK, sowie die Kollektivausweisung.<sup>51</sup> Aus dem UN-Zivilpakt hat der UN-Menschenrechtsausschuss ab 1992 ein Refoulementverbot abgeleitet.<sup>52</sup> In diesem globalen Kontext reifte auch das Verständnis der EMRK, das in der seit 1989 wachsenden Refoulement-Rechtsprechung des EGMR seinen Niederschlag gefunden hat.

Zudem gibt es für die Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR auch konkrete praktische und politische Gründe. Bis zum Ende des Kalten Krieges waren Pushbacks an europäischen Grenzen kein großes Thema. Im Kontext des Balkankonflikts wurde das Thema irreguläre Migration zunehmend politisch salient.<sup>53</sup> Damit stieg auch die Bedeutung des Themenkomplexes Abschiebung, Ausweisung, Refoulement. Die Urteile zum Refoulementsenschutz im Rahmen des Dublin-Verfahrens und an den europäischen Außengrenzen, die noch jünger sind, reagierten auf massive und systematische bzw. offene Menschenrechtsverletzungen, angesichts derer ein blindes Vertrauen unter Konventionsstaaten nicht mehr aufrecht zu erhalten war.<sup>54</sup>

Menschenrechte dienen, ebenso wie Grundrechte, gerade auch dem Minderheiten- schutz; sie sollen diejenigen schützen, die im politischen Meinungskampf keine Lobby haben.<sup>55</sup> Für flüchtende Menschen gilt dies umso mehr, als sie noch nicht einmal Zugang zu der politischen Gemeinschaft haben, in der dieser Meinungskampf stattfindet – sie kämpfen ja gerade um das „Recht, Rechte zu haben“.<sup>56</sup> Das menschenrechtliche Refoulementverbot garantiert einen absoluten Minimalschutz: Zugang zu einem effektiven Verfahren und – im Fall extremer Gefahren – das Recht, nicht zurückgeschickt zu werden. Mehr nicht.

51 Art. 22(8) und (9) ACHR: „(8) In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions. (9) The collective expulsion of aliens is prohibited.“

52 UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant, 11.04.1986, Rn. 1: „In general, the rights set forth in the Covenant apply to everyone, irrespective of reciprocity, and irrespective of his or her nationality or statelessness.“; General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), 10.03.1992, Rn. 9: „States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement.“; General Comment No. 31: the Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant, 26.05.2004, Rn. 12: „the article 2 obligation requiring that States parties respect and ensure the Covenant rights for all persons in their territory and all persons under their control entails an obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by articles 6 and 7 of the Covenant, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may subsequently be removed.“

53 Zur Geschichte differenziert Patrice G. Poutrus, Umkämpftes Asyl: Vom Nachkriegsdeutschland bis in die Gegenwart, Ch. Links Verlag 2020.

54 EGMR (GK), *Hirsi Jamaa u.a./Italien*, 23.02.2012, App. No. 27765/09; EGMR (GK), *M.S.S./Belgien und Griechenland*, 21.01.2011, App. No. 30696/09.

55 Grundlegend (zum US-Kontext) John Hart Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Harvard University Press 1980.

56 Hannah Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft, Piper, 20. Aufl. 2017 [1951], S. 614.

## 2. Dynamische Auslegung rückwärts?

Dass die Menschenrechte einer dynamischen Auslegung unterliegen, ist völkerrechtlich inzwischen breit anerkannt.<sup>57</sup> Wie Verfassungen, die – angeblich sagte es Napoleon – am besten „kurz und dunkel“ sind, sind auch Menschenrechtsverträge in der Regel eher wortkarg; damit bleiben sie interpretationsoffen. Die dynamische Auslegung soll sie dann in sich wandelnden gesellschaftlichen Umständen relevant halten; dies ist zugleich die Aufgabe von Gerichten. Verfassungs- oder Vertragsänderungen sind Mittel zum Gegensteuern.<sup>58</sup>

Eine Berufung auf den „original intent“, wie sie – nach dem Vorbild der konservativen Mehrheit im US-Supreme Court<sup>59</sup> – von den neun Konventionsstaaten in ihrem Offenen Brief in Stellung gebracht wird, würde darauf hinauslaufen, diese Entwicklung komplett zurückdrehen. Dies würde aber auch Entwicklungen wie die Anerkennung von Rechten für Lesben, Schwule, Transgender und intersex Personen betreffen. Es würde die Anerkennung von fehlendem Schutz vor häuslicher Gewalt als Menschenrechtsverletzung in Frage stellen. Es beträfe die Relevanz der Menschenrechte für weltweite digitale Überwachungsapparate und die Regulierung von mächtigen Plattformen. All dies war den Vertragsstaaten in den 1950er oder 1970er Jahren noch nicht vorhersehbar. Geht all dies wirklich: zu weit?

Andersherum kann man natürlich auch sagen: Was sich dynamisch in die eine Richtung entwickeln kann, kann sich auch in die andere Richtung entwickeln.<sup>60</sup> Der Konsens der Vertragsstaaten muss sich nicht immer in Richtung von mehr Menschenrechtsschutz entwickeln. Allerdings stellt sich anders als bei der Zunahme des Schutzes bei dessen Abnahme die Schwierigkeit, Rechtsverletzungen von der Herausbildung neuer – niedrigerer – Standards oder neuer Ausnahmen zu unterscheiden.<sup>61</sup> Zudem zeigt das Beispiel USA, was es mit der Legitimität eines Gerichts macht, wenn es aufgrund politischer Trends mehr oder weniger unvermittelt umschwenkt und seine bisherige Rechtsprechung über den Haufen wirft. Anpassungen (so man sie überhaupt erstrebt) dürfen also allenfalls behutsam erfolgen, wenn sie nicht das Kind mit dem Bade ausschütten wollen.<sup>62</sup>

57 Beim EGMR läuft sie unter „living instrument“: EGMR, *Tyler v. The United Kingdom*, App. No. 5856/72, 25.04.1978, Rn. 31: „The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.“

58 Dass dies schwierig ist, ist an sich kein Argument gegen eine dynamische Auslegung; denn wie schwierig eine Änderung ist, ist im Wesentlichen eine Frage politischer Mehrheiten. Beispielsweise sind selbst in den USA, deren Verfassung notorisch schwer zu ändern ist, immer wieder Verfassungsänderungen erfolgt, beginnend mit der „bill of rights“ (den ersten zehn Zusatzartikeln zur Verfassung mit den ersten Grundrechten).

59 Zur Auslegungstheorie des Originalismus siehe etwa Lawrence B. Solum, Legal Theory Lexicon 019: Originalism, zuletzt überarbeitet 07.05.2023, [https://lsolum.typepad.com/legal\\_theory\\_lexicon/2004/01/legal\\_theory\\_le\\_1.html](https://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2004/01/legal_theory_le_1.html).

60 Zur Debatte Laurence R. Helfer/Erik Voeten, Walking Back Human Rights in Europe?, European Journal of International Law 2020, Vol. 31, S. 797 ff.

61 Zur Rolle regressiver Staatenpraxis bei der Auslegung von Menschenrechtsverträgen Farahat (Fn. 49), S. 191 f.

62 S.a. Farahat (Fn. 49), S. 197 f.

Beim Refoulementverbot wird dies, soviel ist klar, besonders schwierig<sup>63</sup> – gerade aufgrund seiner besonders herausgehobenen Stellung. Dieser Schutz ist in vielen Verträgen parallel abgesichert, ist also in vielerlei Hinsicht doppelt genäht.<sup>64</sup> Er ist zudem völkerrechtlich besonders geschützt, indem ihm sogar der Charakter von *ius cogens* zukommt.<sup>65</sup> Und er ist derogationsfest (Art. 15 Abs. 2 EMRK) und absolut, d.h. er kennt keine Ausnahmen; dies ist für eine Nachfolgeentscheidung zu *N.D. und N.T./Spanien* ein besonderes Hindernis.

Dass das Refoulementverbot diese herausgehobene Bedeutung hat, hat paradoixerweise mit seinem minimalistischen Gehalt zu tun.<sup>66</sup> Es schützt diejenigen, die nichts gelten, vor nichts weniger als rechtsfreien Räumen. Es schützt ihre Möglichkeit, als Träger:innen von Rechten behandelt zu werden, jedenfalls im Ausgangspunkt, durch die Gewährung von Verfahrensrechten, durch das Recht, gehört zu werden, Gründe vorbringen zu dürfen.<sup>67</sup> Und damit schützt es den Kern der Menschenrechte als universalistischem Prinzip: dass sie *jeden* Menschen allein aufgrund seiner Menschlichkeit als Träger von Rechten anerkennen.

Geht das wirklich: zu weit?

### 3. Aneignung vs. Missbrauch der Menschenrechte

Andersherum ist zu fragen, ob vielleicht die neun Mitgliedstaaten selbst zu weit gehen mit ihren Forderungen. Näher betrachtet fügen sie sich ein in eine Strategie der missbräuchlichen Aneignung der Menschenrechte<sup>68</sup> und zeigt Anklänge an ein autoritäres Völkerrecht.<sup>69</sup>

Ja, Menschenrechte sind besonders interpretationsoffen und können sich daher in ganz unterschiedliche Richtungen entwickeln. Andere Interpretationen voranzutreiben gehört daher zum ganz normalen Alltag der Menschenrechtspolitik – nicht nur der zivilgesellschaftlichen Akteure sondern auch der Staaten. Und doch gibt es Berufungen auf die Menschenrechte, die nicht mehr als Aneignung (*appropriation*) sondern als missbräuchliche Aneignung (*misappropriation*) beschrieben werden müssen; die also die Sprache der Menschenrechte nutzen, um damit bestehende Menschenrechtsentwicklungen und -ver-

63 Siehe zu den möglichen Techniken und ihrer unterschiedlichen Überzeugungskraft *Farahat* (Fn. 49), S. 193–196.

64 Explizit in der GFK und in der Anti-Folterkonvention, abgeleitet aus Art. 6 und 7 UN-Zivilpakt und div. anderen Konvention; s.o.

65 *Cathryn Costello/Michelle Foster*, Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test, *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, 273–327.

66 Dies begrenzt hier die Überzeugungskraft des Vorschlags, die Menschenrechte auf ein Mindestniveau zurückzuführen; *John Tasioulas*, Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now, Research Paper commissioned by the Nordic Trust Fund and the World Bank, 2017; *ders.*, Saving Human Rights from Human Rights Law, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* Vol. 52, 2019, S. 1167 ff.

67 Siehe etwa *Dana Schmalz*, Refugees, Democracy and the Law: Political Rights at the Margins of the State, Routledge 2020.

68 *De Burca/Young* (Fn. 2).

69 *Tom Ginsburg*, Authoritarian International Law?, *American Journal of International Law* 114:2 (2020), 221–260.

pflichtungen zu unterminieren, sie in eine illiberale Richtung zu drehen und unabhängige Überwachungsmechanismen zu umgehen oder zu sprengen.<sup>70</sup>

Gráinne de Burca und Katharine Young beschreiben fünf Elemente konservativer Menschenrechtsverständnisse: Priorisierung traditioneller Lebensweisen und von Insidern; Ausschluss bestimmter Personen und Gruppen von Rechten; Rücknahme bestimmter Schutzgehalte; Herunterspielen neuer Risiken wie des Klimaschutzes; Ablehnung externer Kontrollmechanismen zugunsten nationaler Souveränität.<sup>71</sup> Es ist nicht schwer zu erkennen, dass in dem offenen Brief zumindest rhetorisch einige dieser Elemente anklingen.

Um zu bestimmen, wann diese Menschenrechtsprojekte in eine „misappropriation“ umschlagen, nennen sie acht Faktoren oder „red flags“, die insbesondere in ihrem Zusammenwirken darauf hindeuten, dass es sich um eine missbräuchliche Aneignung der Menschenrechte handelt: (1.) Die Auslegung oder Forderung hat exkludierende, repressive oder antipluralistische Ziele und Effekte. (2.) Sie fällt hinter den Acquis der Menschenrechtsverträge zurück. (3.) Es wird eine Hierarchie der Menschenrechte befürwortet. (4.) Bestimmte Gruppen von Menschen werden zu Sündenböcken oder für rechtlos erklärt. (5.) Die Spielräume der Zivilgesellschaft werden beschnitten. (6.) Es gibt offensichtliche Fehlinformationen, Verzerrungen, Polarisierungen. (7.) Es gibt Hinweise auf widersprüchliches Verhalten oder Bösgläubigkeit. (8.) Das ganze zielt auf die Umgebung oder Ablehnung externer Kontrolle.<sup>72</sup>

Obwohl die neun Staaten in ihrem Brief ihr Bekenntnis zu den Menschenrechten sehr bemüht herausstreichen; viele dieser „red flags“ liegen hier vor: die Verfolgung exkludierender und repressiver Ziele, ein Zurückfallen hinter den Menschenrechts-Acquis, die Rechtloserklärung von Migrant:innen, Repression gegen humanitäre Akteure der Zivilgesellschaft und Beschränkungen der Pressefreiheit an der Grenze, Polarisierungen und Verzerrungen in der Darstellung der Fakten, eine widersprüchliche Rede vom Missbrauch, der von einem anderen Staat ausgehe, aber Maßnahmen gegen Schutzbedürftige rechtfertigen soll, und eine Ablehnung externer Kontrolle durch den EGMR. Dieser Vorstoß sollte daher nicht als ganz normale Intervention in eine stets in Bewegung befindliche Debatte um die Auslegung der Menschenrechte, sondern als eine missbräuchliche Aneignung der Menschenrechte verstanden werden.

#### *IV. Stärke in der Krise*

Das Krisennarrativ besagt: Wenn wir einfach weiter blind unsere Werte hochhalten, dann sind wir schwach. Die Werte halten uns dabei zurück, Stärke zu zeigen – und damit das zu schützen, was uns erlaubt, nach diesen Werten zu leben. Was aber, wenn gerade die Aufgabe dieser Werte Schwäche ist? Wenn wir es als Stärke verstünden, unsere Werte nicht nur bei Schönwetter, sondern auch in der Krise hochzuhalten?

Das internationale Recht sieht selbst im Krieg noch den Schutz Schwacher vor. Das humanitäre Völkerrecht lässt gerade nicht alles zu, was nötig oder hilfreich erscheint, sondern setzt einige absolute Grenzen. Unzulässig sind zum Beispiel Mittel und Metho-

70 De Burca/Young (Fn. 62), S. 206 f.

71 Ebd., S. 210.

72 Ebd., S. 213.

den der Kriegsführung, die überflüssige Verletzungen oder unnötiges Leid verursachen; und Zivilpersonen und Kampfunfähige müssen human behandelt werden.<sup>73</sup> Auch nach den Terror-Angriffen auf die USA am 11. September 2001 konnten diese sich nicht mit ihrer Forderung nach „Beifreiheit“ im Umgang mit Terrorverdächtigen durchsetzen; stattdessen stehen die Inhaftierungen in Guantánamo, das Verschwindenlassen in „black sites“ und die Folter durch Waterboarding und andere Methoden zu Recht als schwerste Menschenrechtsverletzungen am Pranger. Sowohl der IGH als auch der EGMR haben vielmehr klargestellt, dass die Menschenrechte sogar im Krieg nicht vollständig suspendiert sind.<sup>74</sup>

Rechtsfreie Räume aufgrund großer Gefahren oder schwerer Krisen haben sich also bisher nicht durchsetzen können. Doch befinden wir uns aktuell erneut in einer Situation, in der die Geltung des Rechts wieder systematisch in Frage gestellt wird.

Denn wenn es darum gehen soll, dass diejenigen, die keine Lobby und keine Stimme haben, weil sie noch nicht zu unserer Gesellschaft gehören, die aber auch in ihrem Heimatland nicht dazugehören dürfen, sondern sie dort verfolgt werden – Menschen, die also bei uns um das Recht, Rechte zu haben, anklopfen – wenn es darum gehen soll, dass diese Menschen noch nicht einmal mehr das Recht haben sollen, in einem geordneten Verfahren ihre Gründe vortragen zu können, warum sie nicht zurückgeschickt werden dürfen (und nicht mehr und nicht weniger verlangt das Refoulementverbot), dann bedeutet das im Kern, dass es Menschen geben soll, die keine Rechte haben, denen gegenüber der Staat keinerlei menschenrechtlichen Bindungen unterliegt. Darin liegt eine ganz grundlegende Aufgabe der Kernidee der Menschenrechte: dass sie nämlich universell gelten, für alle Menschen. Dass jeder Mensch, egal in welcher Situation, als Träger von Rechten zu behandeln ist, dem gegenüber Staaten gerade nicht ungebunden sind – und zwar gerade auch dann, wenn dieser Mensch als Problem empfunden wird.

Und wenn manche Menschen sich nicht mehr auf die Universalität der Menschenrechte und auf den Rechtsstaat verlassen können – dann kann sich niemand mehr auf sie verlassen. Hierin liegt das korrosive Potenzial der Forderung nach „mehr Beifreiheit“ an der Grenze. Das ist die Krise, über die wir sprechen sollten.

73 S. etwa Rule 70: The use of means and methods of warfare which are of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering is prohibited. <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule70>; Rule 87: Civilians and persons hors de combat must be treated humanely. <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule87>.

74 S. etwa IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004; EGMR (GK), *Hassan v. The United Kingdom*, App. No. 29750/09, 16.09.2024, Rn. 102.

Maria Seitz

## Mehrarbeitszuschläge für Teilzeitbeschäftigte EuGH und BAG stärken Diskriminierungsschutz

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat den Diskriminierungsschutz von Teilzeitbeschäftigten in zwei Parallelentscheidungen vom 4.12.2024 gestärkt.<sup>1</sup> Das BAG klärte damit einen lange verhandelten Streit über die Ansprüche von Teilzeitbeschäftigten auf Mehrarbeitszuschläge: Diese sind ab Überschreiten der individuellen regelmäßigen Arbeitszeit der Teilzeitbeschäftigten zu zahlen. Regelungen, die das Überschreiten einer Vollzeitgrenze voraussetzen, müssen eine strenge Rechtfertigungsprüfung bestehen. Damit setzte das BAG die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rechtssache KfH Dialyse um.<sup>2</sup>

In der Rechtsprechungsentwicklung zeigt sich die Herausbildung eines starken Diskriminierungsschutzes von Teilzeitbeschäftigten, der jegliche nachteilige Auswirkungen einer strengen Rechtfertigungsprüfung unterwirft. Diese Entwicklung wird in diesem Beitrag nachgezeichnet. Zunächst wird auf das Diskriminierungspotential bei Teilzeitbeschäftigung (I.) und den rechtlichen Schutz vor Diskriminierung bei Teilzeit (II.) eingegangen. Dann wird die BAG-Entscheidung KfH Dialyse (III.) skizziert und diese in die Rechtsprechungslinie des EuGH und BAG (IV.) eingeordnet. Dabei wird auch die aktuelle BVerfG-Rechtsprechung berücksichtigt. Der Beitrag schließt mit einem Ausblick zu den praktischen Folgen (V.).

### *I. Diskriminierungspotenzial bei der Teilzeitbeschäftigung*

Der Schutz von Teilzeitbeschäftigten vor Diskriminierung ist nach wie vor ein wichtiges rechtspolitisches Anliegen. Die aktuelle politische Diskussion um die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit hat erst wieder die Tatsache in die mediale Öffentlichkeit gerückt, dass in Deutschland überproportional viele Frauen in Teilzeit arbeiten.<sup>3</sup> Teilzeitarbeit ist eng verknüpft mit Sorgearbeit – 68% der Mütter arbeiten in Teilzeit.<sup>4</sup> Dass

1 BAG, 5.12.2024 - 8 AZR 370/20, NZA 2025, 431 ff.; BAG, 5.12.2024 - 8 AZR 372/20, NZA 2025, 562 ff. Diskriminierungsschutz wird im Beitrag synonym mit dem Begriff der Pflicht zur Gleichbehandlung verwendet.

2 EuGH, 29.07.2024, C-184/22, C-185/22, ECLI:EU:C:2024:637 (KfH Dialyse).

3 Erwerbstätige Frauen arbeiten zu 49% in Teilzeit, Männer zu 12%, Statistisches Bundesamt, Fast jede zweite erwerbstätige Frau arbeitet in Teilzeit, Pressemitteilung Nr. 175, 19.05.2025; zur durchschnittlichen Arbeitszeit und Teilzeitarbeit, Amelie Sutter-Kipping / Laurens Brandt, Wöchentliche Höchstarbeitszeit: Gefahr für Vereinbarkeit und Gesundheit, HBS-Kommentar Nr. 005, Juni 2025, mwN.

4 Statistisches Bundesamt, (Fn. 3).

Mütter in Teilzeit arbeiten, liegt nicht selten an unzureichender Betreuungsinfrastruktur und an ungleich verteilter Sorgearbeit.<sup>5</sup>

Dabei hat die Teilzeitbeschäftigung für Frauen negative Auswirkungen auf den beruflichen Aufstieg und den Verdienst. So zeigen Studien, dass der Gender Pay Gap ab Anfang 30 signifikant ansteigt, also in die Zeit der Familiengründung fällt.<sup>6</sup> Die negativen Effekte setzen sich über das Erwerbsleben hinweg – bis in die Alterssicherung – fort, weil Teilzeitbeschäftigte schlechtere Chancen beim beruflichen Aufstieg haben. Der Gender Pay Gap bleibt während des Erwerbslebens konstant hoch.<sup>7</sup> Beispielsweise gehen 19% des Gender Pay Gaps auf Teilzeitbeschäftigung zurück, weil Teilzeitbeschäftigte einen geringeren durchschnittlichen Bruttostundenverdienst haben.<sup>8</sup> Die sogenannte Teilzeitfalle führt dazu, dass Frauen in Teilzeitarbeit verbleiben und weniger verdienen, selbst wenn die Kinder bereits erwachsen sind, weil ihnen ein Aufstocken der Arbeitszeit in der Praxis verwehrt wird.<sup>9</sup>

## *II. Schutz vor Diskriminierung bei Teilzeitbeschäftigung und Problem der Mehrarbeitsvergütung*

Historisch hat sich der Diskriminierungsschutz von Teilzeitbeschäftigten aus der Rechtsprechung des EuGH zu mittelbarer Geschlechterdiskriminierung nach Art. 157 AEUV<sup>10</sup> und dessen Vorgängernormen entwickelt.<sup>11</sup> Art. 157 AEUV enthält ein unmittelbar geltendes, besonderes Gleichbehandlungsgebot, welches den Arbeitgeber verpflichtet, Männer und Frauen für gleiche und gleichwertige Arbeit gleich zu entlohen.<sup>12</sup>

5 Zum Gender Care Gap, Clara Schäper / Annekatrin Schrenker / Katharina Wrohlich: Gender Pay Gap und Gender Care Gap steigen bis zur Mitte des Lebens stark an. In: DIW Wochenbericht, 90 (9), 2023, 100, 101 mwN.

6 Ebd. 100 ff.

7 Ebd.

8 Statistisches Bundesamt, Gender Pay Gap sinkt 2024 im Vergleich zum Vorjahr von 18 % auf 16 %, Pressemitteilung Nr. 056, 13.02.2025. Dies wird wiederum damit erklärt, dass teilzeitbeschäftigte Frauen häufiger in schlechter entlohnten Branchen arbeiten und manuellen Tätigkeiten nachgehen, Patricia Gallego Granados / Rebecca Olthaus / Katharina Wrohlich, Teilzeiterwerbstätigkeit: Überwiegend weiblich und im Durchschnitt schlechter bezahlt, DIW Wochenbericht, 46, 2019, 845 ff.

9 Fn. 5, 103 ff.; Sozialwissenschaftliche Studien stellen den Aufstockungswunsch je nach Berechnungsgrundlage unterschiedlich fest. Nach einer Studie des DIW lässt sich bei der Hälfte der Befragten ein Aufstockungswunsch feststellen: Verena Tobsch / Elke Holst, Potenziale unfreiwilliger Teilzeit in Deutschland, SOEPpapers, 2019, 28 ff. Bei einer konservativen Berechnung, die lediglich diejenigen mitzählt, die keine Vollzeitstelle finden konnten, sind dies 5,1%, Statistisches Bundesamt, Unfreiwillig Teilzeitbeschäftigte, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-3/unfreiwillig-teilzeitbeschaeftigte.html> (Abrufdatum: 19.06.2025).

10 Soweit hier auf die Regelung in Art. 157 AEUV Bezug genommen wird, sind jeweils auch die Vorgängernormen mitgemeint.

11 EuGH, 31.03.1981, 96/80, ECLI:EU:C:1981:80 (Jenkins), EuGH 13.05.1986, C-170/84, ECLI:EU:C:1986:204 (Bilka); Kocher, in Pechstein / Nowak / Häge, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band 3, 2017, Art. 157 AEUV, Rn. 118 ff.

12 EuGH, 08.04.1976, 43/75, ECLI:EU:C:1976:56 (Defrenne II), Rn. 12; EuGH 17.09.2002, C-320/00, ECLI:EU:C:2002:498 (Lawrence), Rn. 12; Kotzur / Valentiner in: Geiger et. al., EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 157, Rn. 1, 3, 9; Kocher (Fn. 11), Rn. 2, 151; Krebber in Calliess / Rufert, EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 157, Rn. 1, 51.

Es gilt für Gesetze, Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträge gleichermaßen.<sup>13</sup> Danach ist auch eine mittelbare Diskriminierung erfassbar, wenn eine differenzierende Regel zwar nicht unmittelbar auf das Geschlecht abstellt, Frauen aber in besonderer Weise benachteiligen kann. Der Diskriminierungsschutz beim Entgelt wurde ferner im europäischen Sekundärrecht weiterentwickelt und findet sich in den nationalen Regelungen in §§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 8 Abs. 2, 7 AGG sowie §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG.<sup>14</sup>

Für Teilzeitarbeit gilt nach § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG ein spezielles Diskriminierungsverbot. Teilzeitkräfte dürfen danach nicht ohne Sachgrund wegen der Teilzeitarbeit schlechter behandelt werden als vergleichbare vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer\*innen. Nach § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG gilt für Entgelt oder andere teilbare Leistungen der pro-rata-temporis Grundsatz. Danach ist die Leistung in dem Umfang zu gewähren, die dem Anteil der Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten an der Arbeitszeit von vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer\*innen entspricht. § 4 Abs. 1 TzBfG geht auf § 4 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit der europäischen Sozialpartner UNICE, CEEP und EGB im Anhang der Richtlinie 97/81/EG zurück.<sup>15</sup>

Ferner kommen auf nationaler Ebene je nach Einzelfall auch Art. 3 Abs. 1, 2 und 3 GG sowie der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in Betracht, die allerdings hinter die spezielle Regelung in § 4 Abs. 1 TzBfG zurücktreten.<sup>16</sup>

Die Frage nach der rechtskonformen Ausgestaltung von Mehrarbeitszuschlägen stellt sich immer wieder, weil zahlreiche Überstundenregelungen, häufig in Tarifverträgen, an das Überschreiten einer Vollzeitgrenze anknüpfen. Daneben gibt es zahlreiche weitere Konstellationen zur Mehrarbeitsvergütung, auf die im Folgenden nicht einzeln eingegangen werden kann. Diese betreffen insbesondere Abschläge für Mehrarbeit oder setzen das Erreichen einer bestimmten Stundengrenze voraus, damit eine Vergütung überhaupt gezahlt wird.<sup>17</sup> Die jeweilige Gestaltung wirft die Frage auf, ob Teilzeitbeschäftigte durch solche Regelungen schlechter behandelt werden als Vollzeitbeschäftigte und damit gegen die dargestellten Gleichbehandlungsgebote bzw. Diskriminierungsverbote verstößen wird. Die Rechtssache KfH Dialyse hatte insofern eine Konstellation zum Gegenstand, bei welcher Mehrarbeitszuschläge erst ab der Vollzeitgrenze zu zahlen waren.

13 EuGH Defrenne II (Fn. 12), Rn. 39, 40; EuGH Lawrence (Fn. 12), Rn. 13; EuGH, 09.09.1999, C-281/97, ECLI:EU:C:1999:396 (Andrea Krüger), Rn. 20; EuGH, 07.02.1991, C-184/89 (Nimz), Rn. 11; Kocher (Fn. 11), Rn. 13.

14 Rust in von der Groeben / Schwarze / Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 157 AEUV, 7. Aufl., 2015, Rn. 22 ff.; BAG, 21.01.2021 - 8 AZR 488/19, juris, Rn. 17 ff.; Dette / Gottbehüt in Däubler / Beck, AGG mit EntgTranspG, 5. Aufl. 2022, § 7 AGG, Rn. 99 ff.; zur Kritik an der nationalen Umsetzung BAG, 25.06.2020 - 8 AZR 145/19, juris, Rn. 55 ff.

15 Richtlinie 97/81/EG, ABl. L 14 vom 20.1.1998, 9 ff; BT-Drs. 14/4374, 15; BAG, 23.3.2017 - 6 AZR 161/16, NZA-RR 2018, 45; BAG, 28.05.2013 - 3 AZR 266/11, Rn. 24 mwN; Allerdings gab es bereits zuvor ein normiertes Teilzeitdiskriminierungsverbot in § 2 BeschFG a.F., BGBl. I, 710; siehe ferner Joussen in Boecken / Joussen, TzBfG, 7. Aufl. 2024, § 4, Rn. 2.

16 Preis in Müller-Glöge et. al., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, § 4 TzBfG, Rn. 13 ff; Für Details siehe Anne Wietfeld, RdA 2021, S. 337 ff.

17 Siehe ausführliche Darstellung der Konstellationen bei Wietfeld (Fn. 16), 339 f.

### *III. Entscheidung des BAG in der Rechtssache KfH Dialyse*

#### 1. Sachverhalt

Den aktuellen Entscheidungen des BAG lag der folgende Sachverhalt zugrunde.<sup>18</sup> Ge- klagt haben zwei Frauen, die bei einem ambulanten Dialyseanbieter als Pflegekräfte in Teilzeit tätig waren. Die Klägerinnen arbeiteten im Umfang von 40% bzw. 80% der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden.

Der anwendbare Haustarifvertrag enthielt eine Regelung, wonach Überstundenzuschläge erst ab Überschreiten der kalendermonatlichen Arbeitszeit von Vollzeitbeschäfti- gten zu zahlen waren, wenn diese nicht durch Freizeitgewährung ausgeglichen worden sind. Die Klägerinnen leisteten Überstunden über ihre vertragliche Arbeitszeit hinaus, ihnen wurden allerdings keine Überstundenzuschläge gezahlt bzw. erfolgte keine den Zuschlägen entsprechende Zeitgutschrift auf ihr Arbeitszeitkonto. Die Klägerinnen erhoben Klage wegen Teilzeitediskriminierung nach § 4 TzBfG, insbesondere auf Entschädi- gung nach § 15 Abs. 2 AGG wegen mittelbarer Geschlechterdiskriminierung.

#### 2. Schlechterbehandlung und Rechtfertigung

Nach der Vorlage durch das BAG hatte der EuGH in seiner Entscheidung vom 14. Juli 2024 eine Schlechterbehandlung von Teilzeitbeschäftigten durch die Vollzeitgrenze bejaht und ihnen Mehrarbeitszuschläge ab Überschreiten der individuellen vertraglichen Arbeitszeit zugesprochen.<sup>19</sup> Damit setzte der EuGH seine erst im Dezember 2023 neu ge- fasste Rechtsprechung fort, wonach das Erfordernis der Vollzeitgrenze bei Mehrarbeits- zuschlägen eine Schlechterbehandlung von Teilzeitbeschäftigten darstellt, weil sie da- durch in besonderer Weise belastet werden.<sup>20</sup>

Im Anschluss an die EuGH-Entscheidung KfH Dialyse gab das BAG nun den Revi- sionen der Klägerinnen fast vollständig statt, beschränkte in einem Fall allerdings den Entschädigungsanspruch wegen Geschlechterdiskriminierung der Höhe nach.<sup>21</sup> Das BAG entschied, dass die an der Vollzeit ausgerichtete Auslösengrenze für die Überstun- denzuschläge in § 10 Abs. 7 MTV eine Schlechterstellung von Teilzeitbeschäftigten im Sinne von § 4 TzBfG darstellt, da sie nicht proportional zur individuell geschuldeten Ar- bertszeit des Teilzeitarbeitnehmers vermindert wird. Dadurch komme es zu nachteiligen Auswirkungen auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung für die Teilzeitbe- schäftigten.<sup>22</sup>

Im Anschluss an den EuGH verneinte das BAG auch die sachliche Rechtfertigung.<sup>23</sup> Der Arbeitgeber könne sich nicht damit verteidigen, dass die Vollzeitgrenze ihn von der

18 BAG (Fn. 1).

19 EuGH (Fn. 2).

20 EuGH, 19.10.2023, C-660/20, ECLI:EU:C:2023:789 (EuGH Lufthansa Cityline), Rn. 48.

21 BAG, 5.12.2024 - 8 AZR 370/20, NZA 2025, 431 ff.; Im Parallelverfahren stützte sich der An- spruch wegen Ausschlussfristen auf § 823 Abs. 2 BGB, BAG, 5.12.2024 - 8 AZR 372/20, NZA 2025, 562 ff., Rn. 24; befürwortend Joussen (Fn. 15), Rn. 9; dagegen Preis (Fn. 16), 6.

22 BAG, 5.12.2024 - 8 AZR 370/20, NZA 2025, 431 ff., Rn. 38.

23 Ebd., Rn. 39 ff.

Anordnung der Überstunden abhalten soll.<sup>24</sup> Auch wurde der Grund zurückgewiesen, dass Vollzeitbeschäftigte vor Benachteiligungen durch Auslöstegrenzen nach dem pro-rata-temporis Grundsatz geschützt werden sollten.<sup>25</sup> Darüber hinaus hielt das BAG den Sachgrund des Gesundheitsschutzes nicht für einschlägig.<sup>26</sup>

Hinsichtlich der Rechtsfolge blieb das BAG bei seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung, wonach ein Verstoß gegen § 4 TzBfG zur Nichtigkeit der Tarifnorm gem. § 134 BGB und einer „Anpassung nach oben“ führt.<sup>27</sup> Die Teilzeitbeschäftigten haben deshalb einen Anspruch aus § 4 Abs. 1 TzBfG iVm § 134, 612 Abs. 2 BGB auf Zahlung von Überstundenzuschlägen nach Überschreiten ihrer individuell vereinbarten Arbeitszeit.

### 3. Mittelbare Diskriminierung und Verschulden

Darüber hinaus traf das BAG wichtige Entscheidungen zur mittelbaren Geschlechterdiskriminierung. Im Anschluss an den EuGH sieht es einen Gleichlauf zwischen den beiden Benachteiligungstatbeständen aus § 4 TzBfG (Teilzeitarbeit) und Art. 157 AEUV bzw. § 7 Abs. 1 iVm §§ 3 Abs. 2, 1 AGG (Geschlecht).<sup>28</sup> Der Gleichlauf ergibt sich daraus, dass eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts nach dem BAG vorliegt, wenn sich die Regelung auf einen signifikant höheren Anteil von weiblichen Arbeitnehmerinnen im Vergleich zu männlichen ungünstig auswirkt. Bei einem Anteil von über 90 % Frauen unter den Teilzeitkräften sei dies der Fall. Eine zusätzliche Betrachtung der Geschlechterverteilung im Vergleich zu den Vollzeitbeschäftigten ist nach dem BAG nicht erforderlich.<sup>29</sup> Die Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG beschränkte das BAG allerdings auf 250 Euro. Der Betrag sei aufgrund der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer\*innen ausreichend, um die notwendige abschreckende Wirkung zu erzielen.<sup>30</sup>

Hinsichtlich des Verschuldenserfordernisses nach § 15 Abs. 3 AGG urteilte das BAG, dass das Erfordernis von arbeitgeberseitigem Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bei der Anwendung von Tarifverträgen nach unionsrechtskonformer Auslegung zumindest bei Haistarifverträgen nicht anwendbar ist, da der Arbeitgeber an deren Entstehung unmittelbar mitwirkt.<sup>31</sup> Die (höchst umstrittene) Unionsrechtskonformität der Anwendung des Verschuldenserfordernisses auf Flächentarifverträge bleibt damit noch offen.<sup>32</sup>

## IV. Einordnung in die Rechtsprechungslinie des EuGH und BAG

Die Entscheidungen des EuGH und BAG in der Sache KfH Dialyse reihen sich in den Rechtsprechungskanon zum Thema Mehrarbeitszuschläge ein. Diese jüngste Entwick-

24 Ebd., Rn. 48.

25 Ebd., Rn. 49.

26 Ebd., Rn. 50.

27 Ebd., Rn. 54; Preis (Fn. 16), Rn. 74.

28 BAG (Fn. 22), Rn. 62 ff.; EuGH (Fn. 2), Rn. 54 ff.

29 BAG Ebd., Rn. 79, 80; EuGH Ebd., Rn. 64; ausführliche Besprechung bei Ernesto Klengel, jurisPR-ArbR 46/2024 Anm. 1.

30 BAG Ebd., Rn. 111.

31 BAG Ebd., Rn. 96 ff.

32 Siehe Nadine Brandl, Betriebsrat und Recht, 2025, 11 ff.

lung der Rechtsprechungslinie<sup>33</sup> lässt sich als eine Stärkung des Diskriminierungsschutzes von Teilzeitbeschäftigten interpretieren, die in einem weiten Begriff der Ungleichbehandlung (dazu 1.) und einer strengen Rechtfertigungspflicht (dazu 2.) zur Geltung kommt.

## 1. Begriff der Ungleichbehandlung

Der Rechtsprechungsentwicklung lässt sich eine Hinwendung zu einem weiten Verständnis des Begriffs der Ungleichbehandlung entnehmen, wonach jeglicher nachteilige Effekt auf die Teilzeitbeschäftigen erfasst werden soll, unabhängig davon, ob sich der Nachteil anhand der Einzelvergleichs- oder Gesamtvergleichsmethode feststellen lässt.<sup>34</sup> Als Gesamtvergleichsmethode wird eine Prüfung der Ungleichbehandlung anhand des Vergleichs der Gesamtvergütung von Teilzeitbeschäftigten und Vollzeitbeschäftigten verstanden.<sup>35</sup> Bei der Einzelvergleichsmethode wird zur Bestimmung der Ungleichbehandlung der Entgeltbestandteil „Mehrarbeitszuschlag“ gesondert betrachtet.<sup>36</sup>

Die Gesamtvergleichsmethode wurde in der älteren Rechtsprechung überwiegend dazu genutzt, einen Nachteil unter dem Merkmal Ungleichbehandlung gänzlich abzulehnen, auch wenn nach der Einzelvergleichsmethode nachteilige Effekte feststellbar gewesen wären. Einen wichtigen Bezugspunkt dieser Ansicht bildet das EuGH-Urteil in der Sache Helmig.<sup>37</sup> Gegenstand war eine Überstundenregelung, die für Mehrarbeitszuschläge auf das Überschreiten der Vollzeitgrenze abstellte, also eine Konstellation, die dem aktuellen Sachverhalt in der Sache KfH Dialyse ähnlich war. Die Gesamtvergütung für jeweils dieselbe Anzahl an Arbeitsstunden ist in einer solchen Konstellation für Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte dieselbe (z.B. wenn beide 41 Stunden in der Woche leisten). Der EuGH verneinte deshalb damals die Ungleichbehandlung in knapper Form. Die Schlussanträge des Generalanwalts geben weitere Auskunft zu den hinter der Entscheidung liegenden Wertungen.<sup>38</sup> Aus der Begründung kann geschlossen werden, dass der bloß faktisch anmutenden Ablehnung einer Ungleichbehandlung normative Erwägungen zugrunde lagen, die eigentlich erst im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung anhand der dafür geltenden Maßstäbe zu prüfen gewesen wären.<sup>39</sup>

33 Für Nuancen der Rechtsprechungsentwicklung siehe Eva Kocher, AuR 2024, 204 ff.

34 Kocher (Fn. 33), 206; dagegen Wietfeld (Fn. 16), 341.

35 EuGH, 15.12.1994, C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 u. C-78/93, ECLI:EU:C:1994:415 (Helmig); siehe Zusammenstellung zur BAG-Rechtsprechung zur Gesamtvergleichsmethode in BAG, 9.12.2018 - 10 AZR 231/18, NZA 2019, 790, Rn. 56.

36 EuGH, 27.05.2004, C-285/02, ECLI:EU:C:2004:320 (Elsner-Lakeberg); EuGH Lufthansa Cityline (Fn. 20); EuGH KfH Dialyse (Fn. 2); BAG, 23.3.2017 - 6 AZR 161/16, NZA-RR 2018, 45 ff.; 9.12.2018 - 10 AZR 231/18, NZA 2019, 790 ff.; BAG (Fn. 1).

37 Der Entscheidung lagen mehrere Vorlageverfahren zugrunde, EuGH Helmig (Fn. 35).

38 Schlussanträge des Generalanwalts Marco Darmon, 19.04.1994, C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 und C-78/93, ECLI:EU:C:1994:156, Rn. 26 ff. Er argumentiert, dass ein Überstundenzuschlag ab der ersten Stunde über die individuelle Arbeitszeit hinaus auf eine Benachteiligung von Vollzeitbeschäftigten hinauslaufen würde. Außerdem hielt er die der Regelung zugrunde liegenden Differenzierungszwecke in Bezug auf Teilzeitkräfte für nicht einschlägig.

39 Vgl. ähnliche Kritik bereits bei Peter Schüren, NZA 1999, 529 ff.; Herbert Wiedemann, RdA 2005, 193, 197 f.; aktuell bei Kocher (Fn. 33), 206.

Die Einzelvergleichsmethode geht auf die spätere EuGH-Entscheidung in der Sache Elsner-Lakeberg zurück. Gegenstand war hier eine Überstundenregelung, nach welcher die Mehrarbeitsvergütung erst nach mehr als drei Stunden Mehrarbeit anfiel. Obwohl sich hier eine Benachteiligung auch nach der Gesamtbetrachtungsmethode begründen ließ<sup>40</sup>, stellte der EuGH gesondert auf den Entgelbestandteil Mehrarbeitsvergütung ab und begründete eine Benachteiligung damit, dass eine einheitliche Mindeststundengrenze für Teilzeitbeschäftigte eine größere Belastung darstellt, weil sie gemessen an ihrer individuellen Arbeitszeit prozentual mehr arbeiten müssen als Vollzeitbeschäftigte, um überhaupt eine Überstundenvergütung zu erhalten.<sup>41</sup>

Der EuGH greift die Einzelvergleichsmethode nun auch für Fallkonstellationen auf, die der Rechtssache Helming ähneln, bei denen es um Regelungen geht, die für Mehrarbeitszuschläge an eine einheitliche Auslösegrenze anknüpfen. So ging es z.B. in der aktuellen Rechtssache Lufthansa Cityline um eine Regelung zu Mehrarbeitszuschlägen, die für Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigte einheitlich das Erreichen einer bestimmten abgestuften Anzahl an Flugdienststunden voraussetzte.<sup>42</sup> Obwohl die Gesamtvergütung für beide Beschäftigtengruppen gleich gewesen wäre, entschied der EuGH, dass sich aus einer einheitlichen Auslösegrenze eine besondere Belastung für Teilzeitkräfte gemessen an ihrer Gesamtarbeitszeit ergibt, sodass es zu einer Störung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung kommt. Sie können die Auslösegrenze nicht oder nur mit deutlich geringerer Wahrscheinlichkeit erreichen.<sup>43</sup> Diese Belastungsprüfung nach der Einzelvergleichsmethode setzte der EuGH in der Rechtssache KfH Dialyse nun fort.<sup>44</sup>

Das BAG schließt sich dem EuGH weitgehend an. Die ältere BAG-Rechtsprechung lehnte unter Anwendung der Gesamtvergleichsmethode im Anschluss an EuGH-Helming eine Ungleichbehandlung ab.<sup>45</sup> Dabei behandelte das BAG die zugrunde gelegten Rechtsquellen nicht einheitlich hinsichtlich der Feststellung der Ungleichbehandlung. Es prüfte stellenweise dennoch die Rechtfertigungsgründe unter Art. 3 Abs. 1 GG oder Art. 3 Abs. 3 GG sowie unter der Vorgängernorm von § 4 TzBfG, § 2 BeschFG, obwohl es zuvor eine Ungleichbehandlung nach Art. 157 AEUV vereinte.<sup>46</sup> Ohne dass dies hier vertieft werden kann, deutet eine solche Prüfung auf ein uneinheitliches Verständnis des Ungleichbehandlungsbegriffs hin, welcher entweder als bloß tatsächliche Feststellung

40 In dem Fall betrug die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit für verbeamtete Lehrkräfte 24,5 Pflichtstunden, während die Klägerin 15 Pflichtstunden unterrichtete und 2,5 Mehrarbeitsstunden leistete. EuGH Elsner-Lakeberg (Fn. 36), Rn. 6 f. Für 17,5 Stunden erhielt die Klägerin folglich eine geringere Gesamtvergütung als Vollzeitkräfte, da die ersten drei Mehrarbeitsstunden gar nicht vergütet wurden.

41 EuGH Elsner-Lakeberg (Fn. 36), Rn. 17.

42 EuGH Lufthansa Cityline (Fn. 20).

43 Ebd., Rn. 47 ff. Hier war der Fall allerdings anders gelagert als bei EuGH Elsner-Lakeberg, weil die Belastung nicht in einer Regelung gründete, die für beide Gruppen ab der individuellen Arbeitszeitgrenze galt, sondern eine einheitliche Vollzeitgrenze vorsah.

44 EuGH KfH Dialyse (Fn. 2), Rn. 40 f.

45 BAG, 5.11.2003 - 5 AZR 8/03, NZA 2005, 222 ff.; 16.6.2004 - 5 AZR 448/03, NZA 2004, 1119 ff.; 26.4.2017 - 10 AZR 589/15, NZA 2017, 1069 ff.

46 BAG, 20.06.1995 - 3 AZR 539/93, NZA 1996, 597 ff.; 16. 6. 2004 - 5 AZR 448/03, NZA 2004, 1119 ff., Rn. 50 ff. mit der Prüfung des Belastungsausgleichs in der Rechtfertigung unter Art. 3 Abs. 1 GG, obwohl eine Ungleichbehandlung nach § 4 TzBfG abgelehnt worden war.

von negativen Effekten verstanden werden oder aber bereits normative Elemente enthalten kann.<sup>47</sup>

In der jüngeren Rechtsprechung inklusive in der Sache KfH Dialyse folgt das BAG allerdings der Belastungsprüfung nach Elsner-Lakeberg und prüft etwaige Differenzierungsgründe erst auf der Rechtfertigungsebene.<sup>48</sup>

Die Entwicklung stellt jedenfalls eine Abkehr von der Rechtsprechung des EuGH in der Sache Helming dar.<sup>49</sup> Die Gesamtvergleichsmethode dürfte aber weiterhin anwendbar bleiben, wenn sich anhand dieses Modells ein Nachteil für Teilzeitbeschäftigte feststellen (statt ablehnen) lassen kann.<sup>50</sup> Dies würde beispielsweise für Fallkonstellationen entsprechend der Rechtssache Voß gelten.<sup>51</sup> Dieses EuGH-Urteil hatte eine Regelung zum Gegenstand, die keinen Zuschlag, sondern einen Abschlag für Überstunden gegenüber der Regelvergütung vorsah, und zwar für Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte ab der ersten individuellen Überstunde. Der EuGH bejahte eine Ungleichbehandlung zwar unter Bezugnahme auf EuGH Elsner-Lakeberg, stellte allerdings insgesamt auf einen Nachteil in der Gesamtvergütung ab.<sup>52</sup> Eine Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten kann sich also auch anhand der Gesamtvergleichsmethode feststellen lassen; die Ungleichbehandlung sollte nicht aus formalistischen Gründen abgelehnt werden können, weil die Rechtsprechung vermeintlich nur noch die Einzelvergleichsmethode anwendet. Die Gründe für die unterschiedliche Behandlung sollten auf der Rechtfertigungsebene verhandelt werden.

Eine solche weite Auslegung des Begriffs der Ungleichbehandlung, die jegliche negativen Belastungen für Teilzeitkräfte erfasst, stärkt den Diskriminierungsschutz für Teilzeitbeschäftigte. Sie lässt sich auch mit dem besonderen Stellenwert des Diskriminierungsschutzes begründen. § 4 Nr. 1 Sozialpartner-Rahmenvereinbarung zur Teilzeitrichtlinie 97/81/EG gilt als Ausdruck eines wichtigen Grundsatzes der Union und soll nach der Rechtsprechung des EuGH deshalb nicht restriktiv ausgelegt werden.<sup>53</sup> Dass zudem eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gem. Art. 157 AEUV in Betracht kommen kann, welcher zu den Grundlagen des Unionsrechts zählt<sup>54</sup> und herausragenden Stellenwert im primären und sekundären Unionsrecht hat<sup>55</sup>, spricht ebenfalls für einen

47 Vgl. zu den Prüfmodellen Simon Kempny / Philipp Reimer, Die Gleichheitssätze: Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen, 2012, S. 40 ff., S. 44 f.

48 BAG, 23.3.2017 - 6 AZR 161/16, NZA-RR 2018, 45 ff.; 9.12.2018 - 10 AZR 231/18, NZA 2019, 790 ff.; BAG (Fn. 1); vgl. eine abweichende Entscheidung aus jüngerer Zeit, BAG, 15.10.2021 - 6 AZR 253/19, NZA 2022, 115 ff.

49 Zustimmend bspw. Brandl (Fn. 32); Julia Windhorst, AiB 2025, 21 f.; Thorsten v. Roetteken, ZTR 2025, 4 ff.; Klengel (Fn. 29); Kocher (Fn. 33); Jacob Joussen, RdA 2024, 118 ff.; Daniel Stach, NZA 2023, 1379, 1383 f.; Raquel Hermann / Klocke Kyra, AuR 2022, 57 ff.; Wietfeld (Fn. 16); Preis (Fn. 16), Rn. 32a; Schüren in Kiel / Lunk / Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, § 50 Rn. 219a; Kritisch: Christian Mehrens / Julia Breucker, NZA 2025, 455, 457; Vincent Jungbauer NZA 2024, 304 ff.; Wolfgang Kleinebrink / Christina Schomburg ZFa 2024, S. 435 ff., 439; Gregor Thüsing / Simon Mantsch BB 2023, 2676 ff.

50 Dafür Kocher Frankfurter (Fn. 11), Rn. 77 ff. und (Fn. 33); Kritisch Wietfeld (Fn. 16).

51 EuGH, 06.12.2007, C-300/06, ECLI:EU:C:2007:757 (Voß).

52 EuGH ebd., Rn. 35; vgl. Kritik daran bei Kocher (Fn. 33), 205.

53 EuGH, 7.7.2022, C-377/21, ECLI:EU:C:2022:530 (Hainaut-Centre); Preis (Fn. 16), Rn. 3.

54 EuGH Defrenne II (Fn. 12), Rn. 12.

55 Vgl. Schüren (Fn. 49), Rn. 219; Herms in Meinel / Heyn / Herms, TzBfG, 6. Aufl. 2022, § 4, Rn. 7; Müller-Glöge in Säcker et. al., Münchener Kommentar zum BGB, Rn. 35; Greiner in Ascheid / Preis / Schmidt, Kündigungsrecht, 7. Aufl. 2024, Rn. 16.

starken Diskriminierungsschutz und deshalb eine weite Auslegung des Begriffs der Ungleichbehandlung.

## 2. Maßstab der Rechtfertigungsprüfung und einzelne Rechtfertigungsgründe

Der EuGH und im Anschluss auch das BAG ziehen bei Teilzeitdiskriminierungsfällen nun primär § 4 der Sozialpartner-Rahmenvereinbarung zur Teilzeitrichtlinie 97/81/EG bzw. § 4 TzBfG als Rechtsgrundlage heran, was historisch nicht immer der Fall war.

In den EuGH-Urteilen Helming, Elsner-Lakeberg und Voß zu Mehrarbeitszuschlägen, bei denen eine mittelbare Geschlechterdiskriminierung in Frage kam, stellte das Gericht auf Art. 157 AEUV und die hierzu in der EuGH-Rechtsprechung entwickelten Grundsätze ab.<sup>56</sup> Aus dem besonderen Stellenwert von Art. 157 AEUV hat der EuGH einen strengen Maßstab der Rechtfertigungsprüfung abgeleitet.<sup>57</sup>

In der jüngeren Rechtssache Lufthansa Cityline, mit einem männlichen Kläger, entwickelte der EuGH unter § 4 der Sozialpartner-Rahmenvereinbarung zur Teilzeitrichtlinie 97/81/EG allerdings ein eigenständiges Prüfungsprogramm für die Rechtfertigungsprüfung: Die Ungleichbehandlung muss durch das Vorhandensein genau bezeichneter, konkreter Umstände gerechtfertigt sein, die die betreffende Beschäftigungsbedingung in ihrem speziellen Zusammenhang und auf der Grundlage objektiver und transparenter Kriterien kennzeichnen, sodass die unterschiedliche Behandlung einem echten Bedarf entspricht und zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist.<sup>58</sup> Solche Umstände können sich etwa aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung Teilzeitverträge geschlossen wurden, und ihren Wesensmerkmalen oder gegebenenfalls aus der Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Ziels ergeben. In Bezug auf den Ausgleich von besonderen Belastungen fordert der EuGH, dass diese auf objektiv ermittelten Werten, wissenschaftlichen Erkenntnissen oder auf allgemeinen Erfahrungswerten beruhen müssen.<sup>59</sup>

In der aktuellen Sache KfH Dialyse stellte der EuGH ebenfalls vordergründig auf § 4 Sozialpartner-Rahmenvereinbarung zur Teilzeitrichtlinie 97/81/EG ab samt der eben dargestellten Rechtfertigungsanforderungen. Daran anschließend übernahm das BAG in der aktuellen Sache KfH Dialyse nun das vom EuGH in der Rechtssache Lufthansa Cityline entwickelte und in der Rechtssache KfH Dialyse fortgeföhrte Prüfungsprogramm.<sup>60</sup> Diese detaillierten Rechtfertigungsanforderungen lassen sich als eine Ausformulierung eines strengen Prüfungsmaßstabs interpretieren.<sup>61</sup> Aufgrund dieser genauen Vorgaben lässt sich jedenfalls nicht behaupten, dass für § 4 Sozialpartner-Rahmenvereinbarung zur Teilzeitrichtlinie 97/81/EG bzw. § 4 Abs. 1 TzBfG ein gelockerter Prüfungsmaßstab im Sinne eines Willkürverbots eines einfachen Gleichbehandlungssatzes mit weitem Einschätzungsspielraum gelten kann.<sup>62</sup>

56 EuGH Helming (Fn. 35), Elsner-Lakeberg (Fn. 36), Voß (Fn. 51).

57 Preis (Fn. 16), Rn. 39; Kocher (Fn. 11), Rn. 13.

58 EuGH Lufthansa Cityline (Fn. 20), Rn. 58.

59 EuGH Lufthansa Cityline (Fn. 20), Rn. 61.

60 BAG (Fn. 22), Rn. 43 ff.

61 Siehe auch Kocher (Fn. 33), 205; Joussen (Fn. 49), 121; Friese, ZESAR 2024, 66, 70 f.

62 So aber falsch LAG Thüringen, 27.03.2025 - 2 Sa 411/20, juris, Rn. 41 ff.

Daneben bleibt Art. 157 AEUV und die danach geltenden Wertungen für die Überprüfung von Teilzeitdiskriminierungen weiterhin relevant. Zunächst einmal bei Fällen wie in der Rechtssache KfH Dialyse, bei denen eine mittelbare Geschlechterdiskriminierung in Betracht kommt.<sup>63</sup> Auch im Übrigen dürften die in der Rechtsprechung zu Art. 157 AEUV entwickelten Grundsätze bei der Auslegung von § 4 Sozialpartner-Rahmenvereinbarung zur Teilzeitrichtlinie 97/81/EG bzw. § 4 Abs. 1 TzBfG zu beachten sein, weil sich beide Rechtsquellen aufgrund der historischen Entwicklung des Teilzeitdiskriminierungsschutzes aus Art. 157 AEUV nicht scharf voneinander trennen.<sup>64</sup>

Hinsichtlich spezifischer Rechtfertigungsgründe für die Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten gilt nun Folgendes: Nach dem EuGH und BAG greifen die in der Sache KfH Dialyse vom Arbeitgeber vorgetragenen Rechtfertigungsgründe nicht durch. Dass die Vollzeitgrenze dazu dienen soll, den Arbeitgeber von der Anordnung von Überstunden abzuhalten ist widersprüchlich, da Überstunden von Teilzeitbeschäftigten für den Arbeitgeber günstiger sind und die Regelung deshalb eher einen Anreiz bietet, Überstunden eher bei Teilzeitkräften anzurufen. Auch sei der Schutz von Vollzeitbeschäftigten vor einer Ungleichbehandlung durch Mehrarbeitszuschläge ab der ersten individuellen Überstunde nicht beachtlich, weil nach der Einzelvergleichsmethode bereits keine ungleiche Behandlung in Bezug auf den Entgeltbestandteil Mehrarbeitszuschlag bestehe.<sup>65</sup> Zum Freizeitausgleich wurde bereits zuvor entschieden, dass dieser Teilzeit- und Vollzeitkräfte gleichermaßen betrifft, sodass er sich nicht als Rechtfertigungegrund für die unterschiedliche Behandlung von Teilzeitbeschäftigten eignet.<sup>66</sup> Der Schutz vor gesundheitlichen Belastungen kommt zwar grundsätzlich weiterhin als Differenzierungszweck für eine absolute Auslösegrenzen bei Mehrarbeitszuschlägen in Betracht. Dieser Zweck muss sich im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des BAG allerdings zunächst im Tarifvertrag niederschlagen, was das BAG in der Sache KfH Dialyse verneinte.<sup>67</sup> Zudem muss der Zweck der gesundheitlichen Belastungen nun anhand der oben geschilderten strengen Rechtfertigungsanforderungen des EuGH aus den Rechtssachen Lufthansa Cityline und KfH Dialyse geprüft werden.<sup>68</sup> Hierzu müssen die Umstände der betreffenden Beschäftigungsbedingungen in ihrem speziellen Zusammenhang und auf der Grundlage objektiver und transparenter Kriterien bezeichnet werden, sodass die unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf den Gesundheitsschutz einem echten Bedarf entspricht und zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist.<sup>69</sup> Eine abstrakte Auslösegrenze für Mehrarbeitszuschläge zum Schutz vor gesundheitlichen Belastungen muss

63 Preis (Fn. 16), Rn. 39; Kietabl in Franzen / Gallner / Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2024, RL 97/81/EG, Rn. 4, 5.

64 Vgl. ähnlich Preis (Fn. 16), Rn. 39. Dies ist auch weiterhin richtig, da Teilzeitarbeit weiterhin überwiegend von Frauen geleistet wird.

65 Im Hinblick auf den Schutz der Vollzeitbeschäftigen verneinte das BAG die Ungleichbehandlung. Der Grund lässt sich allerdings auch auf Rechtfertigungsebene zurückweisen, wenn eine Ungleichbehandlung nach der Gesamtvergleichsmethode bejaht werden würde, BAG (Fn. 22), Rn. 49.

66 BAG, 9.12.2018 - 10 AZR 231/18, NZA 2019, 790 ff., Rn. 53 ff. Vgl. auch Kocher (Fn. 33), 206 zum Hinweis auf Sorgeverpflichtungen.

67 BAG (Fn. 22), Rn. 50.

68 EuGH Lufthansa Cityline (Fn. 20), Rn. 61.; EuGH KfH Dialyse (Fn. 2), Rn. 47; BAG (Fn. 22), Rn. 43 ff.; Christian Rolfs, RdA 2025, 47, 56; vgl. auch Klengel (Fn. 29), 3; Stach (Fn. 49), 1384; Kritisch Jungbauer (Fn. 49), 306; aus hiesiger Sicht mit falschem Maßstab, LAG Thüringen (Fn. 62); richtig dagegen LAG Berlin-Brandenburg, 16.05.2025 - 12 Sa 1016/24 -, juris, Rn. 72.

69 EuGH Lufthansa Cityline (Fn. 20), Rn. 58; EuGH KfH Dialyse (Fn. 22), Rn. 47.

auf objektiv ermittelten Werten, wissenschaftlichen Erkenntnissen oder auf allgemeinen Erfahrungswerten beruhen.<sup>70</sup>

### 3. Maßstab und Rechtsfolge vor dem Hintergrund des BVerfG-Beschlusses zu Nachtarbeitszuschlägen

Dieser Maßstab und auch die vom BAG in der Sache KfH Dialyse angeordnete Rechtsfolge der Anpassung nach oben gelten auch für Tarifverträge. Daran dürfte sich auch angesichts des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 11. Dezember 2024 zur Bindung von Tarifverträgen an Art. 3 Abs. 1 GG nichts ändern.<sup>71</sup> Die Entscheidung des BVerfG betraf keine Diskriminierungs- sondern einen Gleichbehandlungskonstellation nach Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>72</sup> Sie wird in der Literatur allerdings zum Anlass genommen, auch für Diskriminierungsfälle zu hinterfragen, ob die strenge Überprüfung von Tarifverträgen und die Rechtsfolgenanordnung der Anpassung nach oben nicht revidiert werden sollten.<sup>73</sup>

Die Verfassungsbeschwerde hatte zwei Urteile des BAG zum Gegenstand, die die unterschiedliche tarifliche Regelung von Nachtarbeits- und Nachschichtarbeitszuschlägen als eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG ansahen. Nach Ansicht des BVerfG hat das BAG bei der Prüfung der Tarifverträge die Bedeutung der Tarifautonomie sowie die Reichweite der Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG und die Folgen seiner Verletzung verkannt.<sup>74</sup> Bei Art. 3 Abs. 1 GG soll ein Willkürmaßstab gelten, welcher von den Tarifparteien im konkreten Fall nicht überschritten worden sei.<sup>75</sup> Für den Fall des Willkürverstoßes soll nach dem BVerfG zunächst den Tarifparteien Gelegenheit eingeräumt werden, im Rahmen ihrer „primären Korrekturkompetenz“ über die Rechtsfolge zu verhandeln.<sup>76</sup> Eine Anpassung nach oben durch Gerichtsurteil soll lediglich dann in Betracht kommen, wenn sich diese als die einzige mögliche Lösung darstellt.<sup>77</sup> Die Entscheidung und die ihr zugrundeliegende theoretische Untermauerung der Tarifautonomie sind bereits aus vielfältigen Gründen kritisiert worden.<sup>78</sup>

Speziell im Hinblick auf den Diskriminierungsschutz ist Folgendes anzumerken. Zwar gilt allgemein, dass den Tarifparteien ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum bei der inhaltlichen Gestaltung von Tarifnormen sowie eine Einschätzungsprärogative bei der Bewertung der tatsächlichen Gegebenheiten und betroffenen Interessen zusteht.<sup>79</sup>

70 EuGH Lufthansa Cityline (Fn. 20), Rn. 61.

71 Ebenso Daniel Ulber, NZA 2025, 449, 451; Wolfgang Däubler, jurisPR-ArbR 17/2025 Anm. 1; Bertram Zwanziger, AuR 2025, Abschnitt III. 2. b) bb) cc), Arnold Arpací, AuR 2025, S. 274 ff.; Grégory Garloff in diesem Heft.

72 BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024 - 1 BvR 1109/21, 1 BvR 1422/23, NZA 2025, 492 ff.

73 zB. Mehrens / Breucker (Fn. 49); vgl. bereits mit falschem Maßstab LAG Thüringen (Fn. 62), Rn. 37 ff., 41 ff.

74 BVerfG (Fn. 72), Rn. 136.

75 Ebd., Rn. 158 ff.

76 Ebd., Rn. 195 ff., 200, 230.

77 Ebd., Rn. 200.

78 (Fn. 71), vgl. auch Florian Rödl, WSI Mitteilungen 3/2023, 168 ff.

79 BAG, 9.7.2024 - 9 AZR 296/20, NZA 2024, 1513 ff., Rn. 29; Ulber in Däubler et. al., TVG, 5. Aufl. 2022, Einleitung, Rn. 373 ff.; Preis (Fn. 16), Rn. 39a; Garloff in diesem Heft.

Dabei sind die Tarifparteien nicht gehalten, das bestmögliche Ergebnis zu erzielen.<sup>80</sup> Für den Diskriminierungsschutz gilt dieser Grundsatz allerdings nicht.<sup>81</sup> Darin wird sich auch angesichts der neuen BVerfG-Rechtsprechung nichts ändern. Zunächst konstatierte das BVerfG selbst, dass seine Ausführungen zur Einschätzungsprärogative nicht für Diskriminierungsfälle gelten.<sup>82</sup> Da der Diskriminierungsschutz europarechtlich geprägt ist, dürfte die Reichweite der BVerfG-Rechtsprechung auf diesem Gebiet ohnehin beschränkt sein. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind Tarifverträge ebenso wie staatliche Normen an Art. 157 AEUV zu messen, ohne dass ein Gestaltungsspielraum zugestanden wird.<sup>83</sup> Explizite Vorlagefragen zur Berücksichtigung der Tarifautonomie im Rahmen der Diskriminierungsprüfung löst der EuGH schon seit längerem zugunsten des Diskriminierungsschutzes auf.<sup>84</sup> Auch bei einer Überprüfung von Tarifverträgen anhand von § 4 Sozialpartner-Rahmenvereinbarung zur Teilzeitrichtlinie 97/81/EG bzw. § 4 TzBfG dürften die zu Art. 157 AEUV entwickelten Grundsätze gelten.<sup>85</sup>

Hinsichtlich der Rechtsfolge dürfte sich durch den BVerfG-Beschluss für Diskriminierungsfälle ebenfalls nichts ändern.<sup>86</sup> Sowohl für Teilzeit- als auch für sonstige Entgelddiskriminierungsfälle gilt nach ständiger Rechtsprechung, dass die betreffende Tarifnorm nichtig ist und nicht angewendet werden darf - ohne dass es zuvor einer weiteren Tarifverhandlung bedarf.<sup>87</sup>

Des Weiteren ist anerkannt, dass die benachteiligte Person einen Anspruch auf die Leistung der bevorzugten Gruppen hat (deshalb der Begriff „Anpassung nach oben“).<sup>88</sup> Neben den breit diskutierten praktischen Problemen einer „primären Korrekturkompetenz“ der Tarifparteien spricht gegen eine Übertragung des BVerfG-Ansatzes auf Diskriminierungsfälle, dass die Anpassung nach oben als positive Lösung des Gleichheitskonflikts unionsrechtlich vorgegeben ist. Art. 157 AEUV dient dem Ziel, die Lebens- und Arbeitsbedingungen von Beschäftigten zu verbessern, woraus der EuGH eine Ergebnisgleichheit ableitet.<sup>89</sup> Die Norm soll bisherige strukturelle Nachteile wieder ausgleichen.<sup>90</sup>

80 BVerfG (Fn. 72), Rn. 160.

81 Zimmer / Heuschmid / Klein in Däubler et. al., TVG, 5. Aufl. 2022, § 1, Rn. 512, 532 ff.; Regine Winter, Soziales Recht 2025, 42, Abschnitt VI.

82 BVerfG (Fn. 72), Rn. 161; Ulber (Fn. 71), 451.

83 Bereits EuGH Defrenne II (Fn. 12).

84 EuGH, 27.06.1990, C-33/89, ECLI:EU:C:1990:265 (Kowalska); Nimz (Fn. 13); 27.10.1993, C-127/92, ECLI:EU:C:1993:859 (Enderby); Winter (Fn. 81).

85 Ähnlich Zwanziger (Fn. 71), Abschnitt III, 2. b) bb); Arpacı (Fn. 71), S. 274; Siehe auch bereits BAG, 09.07.2024 - 9 AZR 296/20, NZA 2024, 1513 ff., Rn. 29; deshalb ist LAG Thüringen (Fn. 62) abzulehnen.

86 So auch Zwanziger (Fn. 71); Ulber (Fn. 71), 454 f.; Arpacı (Fn. 71), S. 274; Däubler (Fn. 71); vgl. LAG Berlin-Brandenburg (Fn. 68), Rn. 86; Siehe Karin Spelge, NZA, 288, 291 ff. mwN mit Darstellung der diskutierten Modelle.

87 BAG (Fn. 22), Rn. 52; EuGH Nimz (Fn. 13), Rn. 20, 21; Kocher (Fn. 11), Rn. 13; Rebhahn in Schwarze et. al., EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 157 AEUV, Rn. 35; Krebber (Fn. 12), Rn. 65, 68; Zimmer / Heuschmid / Klein (Fn. 81), Rn. 544.

88 BAG (Fn. 22), Rn. 53 ff. mwN; BAG 19.12.2018 - 10 AZR 231/18, NZA 2019, 790 ff., Rn. 73; Krebber (Fn. 12), Rn. 65; Kocher (Fn. 11), Rn. 17; Linck in Ahrendt et. al., Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 43, Rn. 38; Zimmer / Heuschmid / Klein (Fn. 81), Rn. 544; zur Unterscheidung zwischen Wirkung für die Vergangenheit und Zukunft bspw. Rebhahn (Fn. 87), Rn. 36; siehe für mögliche zukünftige Vorlagen Inken Gallner, NZA 2025, 880.

89 EuGH Defrenne II (Fn. 12), Rn. 8/11 und 30/34.

90 Zwanziger (Fn. 71), Abschnitt III. 2. cc) (2).

Speziell für den Teilzeitdiskriminierungsschutz gilt außerdem eine positive Förderungspflicht, § 1 b) Sozialpartner-Rahmenvereinbarung zur Teilzeitrichtlinie 97/81/EG.

## V. Praktische Folgen und Ausblick

Angesichts der Rechtsprechungsentwicklung müssen zahlreiche Tarifverträge überarbeitet werden, die Regelungen für Mehrarbeitszuschläge erst ab Überschreiten der Vollzeitgrenze enthalten. Mehrarbeitszuschläge müssen ab Überschreiten der individuellen Arbeitszeit greifen, um dem pro-rata-temporis Grundsatz aus § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG zu genügen. Auslôsegrenzen ab dem Vollzeitvolumen sind nur noch ausnahmsweise zulässig, wenn sie den hohen Rechtfertigungsanforderungen des EuGH aus den Rechtssachen Lufthansa Cityline und KfH Dialyse genügen.<sup>91</sup> Wünschenswert wäre hier eine kollektive Lösung, da Individualklageverfahren zahlreiche Nachteile mit sich bringen.<sup>92</sup> Gewerkschaften haben deshalb bereits die Arbeitgeberverbände aufgefordert, die entsprechenden Regelungen in den Tarifverträgen anzupassen, bisher allerdings erfolglos. Die anvisierte steuerliche Begünstigung von Mehrarbeitszuschlägen im aktuellen Koalitionsvertrag sollte ohne die Vollzeitgrenze umgesetzt werden, falls sie kommen sollte.<sup>93</sup>

Politisch bedarf es darüber hinaus weiterer Maßnahmen zur Verbesserung der Erwerbsbeteiligung von Frauen: Zu nennen wären beispielsweise die Stärkung des Rückkehrrechts von Teilzeitbeschäftigten zum Vollzeitvolumen sowie die Abschaffung des Ehegattensplittings. Der sogenannten Teilzeitfalle wird im Teilzeit- und Befristungsgesetz nach wie vor nicht hinreichend begegnet. Trotz der begrüßenswerten Reform zur Beweislastverschiebung für die Versagungsgründe nach § 9 TzBfG bietet dieser nach wie vor keinen bedingungslosen Anspruch auf Rückkehr zum Vollzeitvolumen.<sup>94</sup> Die Brückenteilzeit nach § 9a TzBfG sollte dem Problem durch die Schaffung von befristeter Teilzeitarbeit begegnet. Die Regelung beinhaltet allerdings zahlreiche Restriktionen, wie den hohen Schwellenwert für die Anwendbarkeit sowie die zwingende Festlegung von Zeitraum und Umfang der Teilzeitarbeit ohne nachträgliche Anpassungsmöglichkeit, die dem Bedarf insbesondere von Sorgeberechtigten nach selbstbestimmter und flexibler Arbeitszeitgestaltung weiterhin nicht gerecht werden.<sup>95</sup>

Dagegen geht der Vorschlag im Koalitionsvertrag zur steuerlichen Begünstigung von Prämien für die Aufstockung auf Vollzeit an der Praxis vorbei.<sup>96</sup> Die Teilzeitbeschäftigen müssen nicht erst durch Prämien zur Aufstockung motiviert werden, sondern häufig ist das Gegenteil der Fall: Es besteht ein realer Wunsch nach Ausweitung der Arbeitszeit, dem allerdings nicht entsprochen wird.<sup>97</sup>

91 Siehe oben in Abschnitt IV. 2.

92 Spelge (Fn. 86), 289; Vgl. Brandl (Fn. 32), 15.

93 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Verantwortung für Deutschland, Z. 569 ff, [https://www.koalitionsvertrag2025.de/sites/www.koalitionsvertrag2025.de/files/koav\\_2025.pdf](https://www.koalitionsvertrag2025.de/sites/www.koalitionsvertrag2025.de/files/koav_2025.pdf) (Abrufdatum: 19.06.2025); Kritisch siehe bereits Tobias Fidan, NZA 2025, 755 ff.

94 Preis (Fn. 16), § 9 TzBfG, Rn. 2.

95 Zur Kritik siehe Deutscher Juristinnenbund e.V., Pressemitteilung Nr. 10-05 vom 15.05.2018; siehe für ein alternatives Regelungskonzept: ders., Konzeption für ein Wahlarbeitszeitgesetz vom 27.02.2016, [https://www.djb.de/fileadmin/user\\_upload/160227\\_WAZG\\_Konzeption.pdf](https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/160227_WAZG_Konzeption.pdf) (Abrufdatum: 02.07.2025).

96 Koalitionsvertrag (Fn. 93), Z. 1478 ff.

97 Tobsch / Holst (Fn. 9), 26 zu den Gründen der unfreiwilligen Teilzeit.

Cara Röhner

# Wohnen als neue soziale Frage. Rechtliche Perspektiven

## I. Wohnen als neue soziale Frage

Jeder Mensch braucht Wohnraum. Die eigenen vier Wände sind die Grundlage für eine selbstbestimmte Lebensführung und die Persönlichkeitsentfaltung. Das Recht auf Wohnen zählt daher zu den sozialen Grund- und Menschenrechten und ist z.B. in der Berliner Verfassung in Art. 28 und in der Bayerischen Verfassung in Art. 106 verankert.<sup>1</sup> Durch die Wohnraumkrise ist Wohnen jedoch zu einem der zentralen sozialpolitischen Themen der letzten Jahre geworden. Es ist die neue soziale Frage unserer Gegenwart. Für Leistungsberechtigte nach dem SGB II oder SGB XII ist es besonders schwer, eine Wohnung zu finden, deren Mietpreis nach den sozialrechtlichen Maßstäben als angemessen gilt.<sup>2</sup> Auch Menschen mit wenig Einkommen und aus der Mittelschicht sind durch hohe Mieten wirtschaftlich belastet und können sich das Wohnen in der Stadt immer weniger leisten.<sup>3</sup>

### 1. Weniger bezahlbarer Wohnraum, mehr Einkommensarmut

Diesem Befund liegen verschiedene Entwicklungen zugrunde. Auf der Angebotsseite ist eine starke Verteuerung des Wohnens durch gestiegene Boden- und Mietpreise zu beobachten. Insbesondere seit der Finanzkrise und der Niedrigzinspolitik der Europäischen Zentralbank sind Immobilien verstärkt Investitions- und Spekulationsobjekte im Rahmen eines finanzierten Kapitalismus geworden.<sup>4</sup> Zugleich gibt es immer weniger so-

1 Schollmeier, Die Gewährleistung von angemessenem und bezahlbarem Wohnraum als Verfassungsfrage, 2020, S. 75 ff.; Steinmeier, Bürger ohne Obdach, 1992; Derksen, Der unionsrechtliche Rahmen für die Wohnungswirtschaft als Daseinsvorsorge, EuZW 2022, 157.

2 Liegen die Wohnkosten oberhalb der von den Kommunen definierten Angemessenheit, entsteht eine sog. Wohnkostenlücke, die von den Leistungsberechtigten aus dem Regelsatz zu finanzieren ist; siehe Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Übersicht: Sozialgerichtliche Entscheidungen zur Rechtmäßigkeit „schlüssiger Konzepte“ im Jahr 2020, WD 6-074-21 (nicht veröffentlicht); Kleine Anfrage der Linken zur Wohnkostenlücke 2023: BT-Drucks. 20/12047 (Kleine Anfrage), BT-Drucks. 20/12470 (Antwort der Bundesregierung).

3 Holm et al., Muster sozialer Ungleichheit der Wohnraumversorgung in deutschen Großstädten, Working Paper Forschungsförderung 2021; Holm et al., Die Verfestigung sozialer Wohnversorgungsprobleme. Entwicklung der Wohnverhältnisse und der sozialen Wohnversorgung von 2006 bis 2018 in 77 deutschen Großstädten, Working Paper Forschungsförderung 2021.

4 Metzger, Die Finanzialisierung der deutschen Ökonomie am Beispiel des Wohnungsmarktes, 2020; Holm, Objekt der Rendite, 2022.

zialen Wohnungsbau und Sozialwohnungen.<sup>5</sup> Nach dem zweiten Weltkrieg herrschte in Deutschland große Wohnungsnot. Die 1950er Jahre waren daher die Hochphase des sozialen Wohnungsbaus. Jährlich wurden damals über 500.000 sozial geförderte Wohnungen gebaut. Heute sieht die Lage anders aus. Der Gesamtbestand an sozialen Mietwohnungen ist von noch 3,9 Mio. im Jahr 1987 auf 1,13 Mio. im Jahr 2019 gesunken.<sup>6</sup> Dieser Rückgang ist zum einen darauf zurückzuführen, dass die deutsche Wohnungsbauförderung eine Objektförderung auf Zeit ist, also keine dauerhafte Sozialbindung der geförderten Mietwohnungen vorsieht. Läuft die Sozialbindung aus, werden die Wohnungen für den freien Markt verfügbar. Zum anderen hatte sich der Staat vor der Finanz- und Wohnungskrise zunehmend aus der Wohnungsbauförderung zurückgezogen und große staatliche Wohnungsbestände privatisiert, um die finanzielle Lage der Städte und Kommunen zu verbessern.<sup>7</sup>

Darüber hinaus lässt sich seit den 1990er Jahren eine verschärzte soziale Ungleichheit in Deutschland feststellen, die sich u.a. in einer zunehmenden Spreizung der Einkommen, in einem der größten Niedriglohnsektoren in Europa sowie einer ansteigenden Armutssquote manifestiert.<sup>8</sup> Im Jahr 2024 war ein Fünftel der Bevölkerung von Armut oder sozialer Ausgrenzung bedroht, das sind 20,9 Prozent der Menschen in Deutschland.<sup>9</sup>

Hohe Mietpreise werden immer mehr zum Armutsrisko und verschärfen die soziale Ungleichheit in Deutschland. Dies weisen die Studien von Berliner Stadtsoziolog:innen zur Lage der Mieter:innen in den deutschen Großstädten nach.<sup>10</sup> Sie zeigen auf, dass sich 1,1 Mio. Mieterhaushalte in einer wirtschaftlich sehr prekären Lage befinden. In diesen Haushalten leben 2,1 Mio. Menschen, denen nach Abzug der Miete und Nebenkosten weniger als das gesetzliche Existenzminimum bleibt. Die hohen Mieten können also zu einem Leben unterhalb des Existenzminimums führen. Besonders betroffen ist die – überwiegend weibliche – Gruppe der Alleinerziehenden. Etwa 25 Prozent der Alleinerziehenden haben nach Zahlung der Miete weniger Geld als das Existenzminimum zur Verfügung. Auch Migrant:innen und Menschen mit niedrigen Bildungsabschlüssen sind besonders mit hohen Mieten belastet. Darüber hinaus leben Mieter:innen mit geringerem Einkommen oft in zu kleinen und unattraktiven Wohnungen und müssen zugleich einen höheren Prozentsatz des verfügbaren Geldes für die Miete einsetzen. Mehr als die Hälfte der Mieterhaushalte in den Großstädten müssen mehr als 30 Prozent des Nettoeinkommens für die Wohnkosten ausgeben. Bei über 40 Prozent spricht man von einer Überbelastung der Haushalte. Davon sind in Deutschland 12 Prozent der Bevölkerung betrof-

5 Lange, Die Entwicklung der Wohnraumversorgung in Deutschland: eine historische Perspektive, Zeitschrift für Umweltrecht 2022, 67.

6 Ebenda, S. 72.

7 Ebenda.

8 Siehe z.B. Der Paritätische Gesamtverband, Armut in der Inflation. Paritätischer Armutsbereich 2024, 2024, S. 5; Collischon u. a., Minijobs in Kleinbetrieben: Sozialversicherungspflichtige Beschäftigung wird verdrängt, IAB-Forum 2021; Lübker, Wer profitiert vom Mindestlohn? Einblicke aus der WSI-Lohnspiegel-Datenbank, Policy Brief WSI 2021; Seils/Emmler, Der untere Entgeltbereich, Policy Brief WSI 2022; zur Vermögensungleichheit siehe Grabka/Halbmeier, Vermögensungleichheit in Deutschland bleibt trotz deutlich steigender Nettovermögen anhaltend hoch, DIW Wochenbericht 2019, 735.

9 Statistische Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 036 vom 29. Januar 2025.

10 Holm et al. (Fn. 3); Holm et al. (Fn. 3).

fen.<sup>11</sup> Damit liegt Deutschland über dem europäischen Durchschnitt von 8 Prozent und gehört – neben Griechenland und Dänemark – zu den Ländern, deren Bevölkerung am stärksten von Überbelastung durch Wohnkosten innerhalb der EU betroffen ist.<sup>12</sup>

## 2. Rechtliche Handlungsmöglichkeiten und Instrumente

Dem sozialen Rechtsstaat stehen ganz unterschiedliche Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung, um Überlastungen durch hohe Mieten und dem Mangel an bezahlbaren Wohnraum zu begegnen. Zunächst ist an sozialrechtliche Instrumente zu denken, die die Einkommensseite der Mieter:innen verbessern. So wurden z.B. im Zuge der Bürgergeldreform die Vorschriften für die Angemessenheit der Wohnkosten im Existenzsicherungsrecht dahingehend verbessert, dass die tatsächlichen Wohnkosten jedenfalls für ein Jahr als angemessen gelten (§ 22 Abs. 1 S. 2, 3 SGB II).<sup>13</sup>

Zudem wurde Ende 2020 der Berechtigtenkreis für das Wohngeld für Haushalte oberhalb des Bürgergeldes ausgeweitet.<sup>14</sup> Dies ist für die Leistungsberechtigten natürlich eine wichtige Sozialleistung. Verteilungspolitisch werden mit dieser Subjektförderung aber auch die Mieterträge der Vermieter:innen staatlich subventioniert und damit eine Umverteilungspolitik von unten nach oben betrieben.<sup>15</sup>

Neben diesen wohnungsspezifischen Sozialleistungen sind allgemeine sozialstaatliche Instrumente gegen Einkommensarmut wichtig, um die finanziellen Ressourcen von Haushalten zu stärken, also z.B. ein auskömmlicher Mindestlohn,<sup>16</sup> die Stärkung von sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen inklusive einer starken Tarifbindung, die Überwindung des Niedriglohnsektors und eine gute sozialstaatliche Absicherung über die gesetzlichen Arbeitslosen- und Rentenversicherungen.

Über diese sozialrechtlichen und arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen hinaus können rechtliche Instrumente ergriffen werden, die auf die Dämpfung der Mieten und die Schaffung von neuem Wohnraum zielen.<sup>17</sup> Die Berliner Stadtsoziolog:innen empfehlen einen deutlichen Ausbau des sozialen Wohnungsbaus und der Wohnungsbauförderung. Sie zeigen aber auf, dass beim aktuellen Förderumfang der Neubau ausreichender Sozialwohnungen fast 60 Jahre dauern würde und die Mieterhaushalte mit geringem Einkommen überwiegend in älteren Gebäuden, die im Zeitraum von 1919 bis 1978 erbaut wurden, wohnen: „Für die große Mehrzahl der Bevölkerung werden die Wohnverhältnisse nicht

11 Statistische Bundesamt, Überbelastung durch Wohnkosten. 12% der Bevölkerung in Deutschland betroffen, Stand: 5.5.2025.

12 Ebenda.

13 Siehe zur Sondervorschrift § 67 SGB II während der Corona-Pandemie Lange, Das wohnungsbezogene Existenzsicherungsrecht – „Krisenrecht“ als Dauerlösung?, Zeitschrift für die sozialrechtliche Praxis, 77.

14 BGBl. I 2020, 2855.

15 Sammet, Die Wohngesetzgebung als Spiegel polit-ökonomischer Annahmen, in: Bahmer et al. (Hrsg.), Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität, Tagungsband der 63. Jungen Tagung Öffentliches Recht, 2023, S. 14.

16 Zur EU-Mindestlohnrichtlinie siehe z.B. Lübker/Schulten, WSI-Mindestlohnbericht 2024: Reale Zugewinne durch die Umsetzung der Europäischen Mindestlohnrichtlinie, WSI-Mitteilungen 20204, 107.

17 Zur neuen Wohnungsgemeinnützigkeit Sammet, Bezahlbare Miete statt Rendite: Die Neue Wohnungsgemeinnützigkeit als kührender Tropfen auf zu heißem Stein, Verfassungsblog v. 10.6.2024.

von den Neubauaktivitäten, sondern vom Umgang mit dem Wohnungsbestand und den Mietpreisregulierungen in diesen Wohnungen bestimmt.“<sup>18</sup>

Der Beitrag wird sich daher im Folgenden auf (II.) die Begrenzung der Mietpreise durch die Mietpreisbremse und den Berliner Mietendeckel sowie (III.) die Entprivatisierung von privaten Wohnungsbeständen durch das Vorkaufsrecht und die Vergesellschaftung konzentrieren.<sup>19</sup> Zu diesen Instrumenten gab es in den letzten Jahren neue rechtliche Entwicklungen sowie kontrovers bewertete Urteile.<sup>20</sup> Der Beitrag schließt mit einem Ausblick (IV.).

## *II. Begrenzung der Mietpreise*

Zum Schutz der Mieter:innen gibt es das sogenannte soziale Mietrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB).<sup>21</sup> Die Miethöhe ist dem Markt nicht vollständig überlassen, sondern wurde vom Bundesgesetzgeber in Grundzügen reguliert. Es sind keine absoluten Höchstpreise vorgesehen, sondern dynamische Preisgrenzen, die sich an der ortsüblichen Vergleichsmiete orientieren.

Die §§ 557 ff. BGB bestimmen, in welchem Rahmen Mieterhöhungen im laufenden Mietverhältnis vorgenommen werden dürfen.<sup>22</sup> Danach kann die Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete unter Beachtung bestimmter Fristen angehoben werden. Innerhalb von drei Jahren darf die Miete insgesamt nicht mehr als 20 Prozent, und in Gemeinden, in denen die angemessene Wohnraumversorgung gefährdet ist, um nicht mehr als 15 Prozent erhöht werden. Die ortsübliche Vergleichsmiete bezieht sich auf die neu abgeschlossenen Mietverhältnisse der letzten sechs Jahre (§ 558 Abs. 2 BGB) und bezieht daher ältere Mietverhältnisse mit regelmäßiger niedrigeren Mietpreisen nicht ein.

Da Wohnraum zunehmend zum Anlage- und Renditeobjekt von großen Investoren geworden ist, sind die Mieten in den letzten Jahren schneller gestiegen als die Einkommen und haben sich entsprechend von der Lohnentwicklung entkoppelt. Die rechtlich zulässige Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete kann daher für Mieter:innen zu erheblichen wirtschaftlichen Belastungen führen.

Da die Vorschriften des sozialen Mietrechts nicht den starken Anstieg der Mietpreise in den letzten Jahren verhindern konnten, wurden vom Bundesgesetzgeber die privat-rechtliche Mietpreisbremse (1.) und vom Landesgesetzgeber Berlin der öffentlich-rechtliche Mietendeckel (2.) als neue Instrumente zur Begrenzung der Miethöhe geschaffen.

18 Holm et al. (Fn. 3), Muster sozialer Ungleichheit der Wohnraumversorgung, S. 55.

19 Auf Milieuschutzverordnungen nach § 172 BauGB wird in diesem Beitrag nicht weiter eingegangen. Diese schützen insbesondere vor mietsteigenden Modernisierungsmaßnahmen und der Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen, sie dämpfen aber nicht die Bodenpreise und Miet erhöhungen, die nicht modernisierungsbedingt sind.

20 Eine deutlich andere Auffassung vertritt Kühling, Gentrifizierung als Rechtsproblem: Wohnungspolitik ohne rechtsstaatliche Leitplanken?, NZM 2020, 521.

21 Ausführlich Eller, Das Privatrecht in der Wohnungskrise: Soziales Mietrecht und die Verfassung des Wohnungsmarktes, in: Croon-Gestefeld et al. (Hrsg.), Das Private im Privatrecht (= Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft), 2022, S. 75.

22 Darüber hinaus wird in den §§ 559 ff BGB die Mieterhöhung nach Modernisierungsmaßnahmen reguliert.

## 1. Mietpreisbremse

Der Bundesgesetzgeber führte im Jahr 2015 die Mietpreisbremse in den §§ 556d ff. BGB ein.<sup>23</sup> Es war das ausdrückliche Ziel, den Mietanstieg zu dämpfen. Mit der Mietpreisbremse wurde nun auch die Miethöhe bei Neuvermietung – und nicht mehr nur in den Bestandsmietverhältnissen – gesetzlich reguliert. Denn die Neuvermietung war gerade der Zeitpunkt, zu dem zwischen den Vertragsparteien der Mietpreis frei vereinbart und von den Vermieter:innen die Miete deutlich hochgesetzt werden konnte. Steigende Mietpreise bei Neuvermietung erhöhen in der Konsequenz auch die ortsübliche Vergleichsmiete, sodass dann auch die Mieten im Bestand gem. §§ 557 ff. BGB zulässigerweise angehoben werden können.

Die Mietpreisbremse bestimmt, dass eine neu vereinbarte Miete die ortsübliche Vergleichsmiete nicht mehr als 10 Prozent übersteigen darf, wenn die Wohnung in einem angespannten Wohnungsmarkt liegt (§ 556d Abs. 1 BGB). Ob ein angespannter Wohnungsmarkt vorliegt, wird durch Rechtsverordnung bestimmt (§ 556d Abs. 2 BGB).

Das Bundesverfassungsgericht urteilte zur Mietpreisbremse im Jahr 2019, dass die Miethöhenregulierung nicht unverhältnismäßig in das von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentumsrecht zur Vermietung bereiter Wohnungseigentümer:innen eingreift.<sup>24</sup> Der Gesetzgeber verfolge ein legitimes Ziel, weil er der direkten oder indirekten Verdrängung von wirtschaftlich weniger leistungsfähigen Bevölkerungsgruppen aus nachgefragten Wohnvierteln entgegenwirken wolle und dies im öffentlichen Interesse liege.<sup>25</sup> Die Regulierung der Miethöhe schneide Preisspitzen ab und könne damit zumindest die Voraussetzungen für einen Marktzugang von Mieter:innen mit wenig Einkommen schaffen.<sup>26</sup>

Das Bundesverfassungsgericht stützt seine Entscheidung auf einen materialisierten Eigentumsbegriff, der seit der Entscheidung zur Unternehmensmitbestimmung aus dem Jahr 1979 entwickelt wurde.<sup>27</sup> Eigentum wird danach nicht pauschal als privates Herrschaftsrecht gedeutet, vielmehr kommt es auf dessen Funktion im gesellschaftlichen Kontext an: Je weniger es der eigenen Freiheitssicherung dient und je stärker andere von diesem betroffen sind, desto mehr Gewicht erhält das Sozialstaatsgebot und desto weiter ist die Gestaltungsfreiheit der demokratischen Gesetzgebung. Die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung gehe umso weiter, je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion stehe, was auf die Miethöhenregulierung in besonderem Maße zutreffe, so das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur Mietpreisbremse. Eine Wohnung habe für den Einzelnen und für

23 Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei Wohnungsvermittlung vom 21.4.2015, BGBl. Teil I 2015, 610. Dazu m.w.N. Schollmeier (Fn. 1), S. 275 ff.; siehe auch Winkler, Die Regulierung von Bestandsbauten in angespannten Wohnungsmärkten, 2023. Zum Bestellerprinzip bei Wohnungsvermittlung BVerfGE 142, 268.

24 BVerfG, Beschluss v. 18.7.2019, 1 BvL 1/18 u.a., Rn. 52 ff.; zur Verlängerung der Mietpreisbremse Gustorff, BGH zur Verfassungsmäßigkeit der (ersten) Verlängerung der „Mietpreisbremse“ (2020). Analyse einer äußerst umfangreichen Entscheidung mit Ausblick auf künftige Verlängerungsvorhaben, NZM 2025, 239.

25 BVerfG, Beschluss v. 18.7.2019, 1 BvL 1/18 u.a., Rn. 60.

26 Ebenda, Rn. 63.

27 BVerfGE 50, 290 (232 f., 340 ff.). Zum materialisierten Eigentumsbegriff in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts siehe Röhner, Ungleichheit und Verfassung, 2019, S. 105 ff.

Familien eine hohe Bedeutung. Auch in nachgefragten Stadtvierteln seien große Teile der Bevölkerung auf Mietwohnungen unausweichlich angewiesen.<sup>28</sup>

Der Gesetzgeber könne mit dem Mietrecht darüber hinaus das gesellschaftspolitische Interesse an einer durchmischten Wohnbevölkerung in innerstädtischen Stadtvierteln verfolgen, sei also nicht auf die Belange der einzelnen Mieter:innen beschränkt. Als langfristige Folge der Gentrifizierung drohe eine Aufteilung der Wohnbevölkerung auf einzelne Stadtteile nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit.<sup>29</sup> Damit hat das Bundesverfassungsgericht die Bekämpfung von Gentrifizierung als Grund, um in das Eigentumsrecht einzutreten, erstmals anerkannt. Es hat außerdem die Grenzen der gesetzgeberischen Befugnis Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen formuliert: Diese seien dann überschritten, wenn die Miethöhenregulierung auf Dauer zu Verlusten für die Vermieter:innen oder zu einer Substanzgefährdung der Mietsache führen würde.<sup>30</sup>

## 2. Mietendeckel

Wie die Mietentwicklung der letzten Jahre in Berlin zeigt, war das privatrechtliche soziale Mietrecht mit den Instrumenten der dynamischen Mietpreisbegrenzung durch die ortsübliche Vergleichsmiete und der Mietpreisbremse bei Neuvermietung nicht erfolgreich,<sup>31</sup> die Mietentwicklung zu dämpfen und bezahlbare Wohnraum für die breite Bevölkerung sicherzustellen. Diese Instrumente haben sich als ineffektiv erwiesen. Dies ist nach *Eller* darauf zurückzuführen, dass das soziale Mietrecht im BGB vom Leitbild der Vertragsparität und dem Schutz der Mieter:innenseite her konzipiert ist, dieser Schutz aber durch die veränderten Kontextbedingungen eines finanzierten Wohnungsmarktes unterlaufen wird und es daher einer institutionellen Wohnungsmarktregulierung bedarf.<sup>32</sup>

Im Sinne einer solchen Wohnungsmarktregulierung entschied sich das Land Berlin im Jahr 2020 für ein Modell der öffentlich-rechtlichen Mietpreisbegrenzung mit absoluten Mietobergrenzen, das bundesweit für Eurore sorgte: der sog. Mietendeckel.<sup>33</sup>

Der Mietendeckel umfasste im Wesentlichen drei Regelungsgehalte: Erstens war ein Mietenstopp für fünf Jahre vorgesehen. Zweitens gab es eine lageunabhängige Mietobergrenze bei Wiedervermietungen. Die Mietobergrenze ergab sich primär aus dem Entstehungsjahr des Gebäudes und umfasste eine Spannweite von etwa 4 bis 10 €/qm, wobei gebäude- und ausstattungsbezogene Zuschläge sowie bestimmte Modernisierungsumlagen erlaubt waren. Drittens sah das Gesetz ein Verbot überhöhter Mieten vor und er-

28 BVerfG, Beschluss v. 18.7.2019, 1 BvL 1/18 u.a., Rn. 70.

29 Ebenda, Rn. 73.

30 Ebenda, Rn. 69.

31 Zu den Möglichkeiten, die Mietpreisbremse zu umgehen Meyer-Abich, Fallstricke des Mietprozesses – Umgehung der „Mietpreisbremse“, NJW 2024, 1792.

32 Eller (Fn. 21).

33 Gesetz zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung vom 11. Februar 2020, Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, Jg. 76, Nr. 6, S. 50. Dazu z.B. Farahat, Eigentum verpflichtet: die Sozialbindung des Eigentums am Beispiel des Berliner Mietendeckels, JZ 2020, 602; Rödl et al., Der Berliner Mietendeckel: Wirkung, Struktur und Kompetenz, Deutsches Verwaltungsblatt 2020, 1455; Kreuter-Kirchhof, Verfassungsmäßigkeit von Mietpreisbremse und Mietendeckel? – Der Schutz von Mietern, Vermieter und Wohnungssuchenden, DÖV 2021, 103.

mächtigte die für das Wohnungswesen zuständige Senatsverwaltung dazu, das Verbot durchzusetzen.

Werden die Grundsätze aus dem Beschluss zur Mietpreisbremse angelegt, spricht einiges dafür, dass auch der Berliner Mietendeckel materiell verfassungsgemäß gewesen wäre. Denn auch hier ging es darum, Gentrifizierung zu verhindern und bezahlbare Mieten im privaten Wohnungsmarkt zu gewährleisten. Die soziale Funktion des Wohneigentums und eine weitgehende soziale Regulierungsbefugnis der Legislative müssten auch beim Instrument des Mietendeckels zu befahren sein. Die Grenze der Regulierungsbefugnis dürften aufgrund der vorgesehenen Härtefallklausel zugunsten der Vermieter:innen nicht überschritten gewesen sein.

Zu einer Entscheidung über die materielle Verfassungsmäßigkeit kam es jedoch nicht, vielmehr wurde allein über die formelle Verfassungsmäßigkeit vom Bundesverfassungsgericht entschieden. Gegen den Mietendeckel waren Verfassungsbeschwerden von Vermieter:innen beim Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts und ein Normenkontrollantrag von Abgeordneten der CDU/CSU und der FDP sowie Vorlagebeschlüsse verschiedener Gerichte beim Zweiten Senat anhängig gewesen. Der Zweite Senat erklärte den Mietendeckel aus formellen Gründen rückwirkend für nichtig,<sup>34</sup> weil das Land Berlin keine Gesetzgebungskompetenz für den Mietendeckel habe.<sup>35</sup>

Bis zur Föderalismusreform I im Jahr 2006 war in Art. 74 GG der Kompetenztitel des Wohnungswesens als Teil der konkurrierenden Gesetzgebung enthalten. Seit der Föderalismusreform ist das Wohnungswesen Ländersache. Nun war die entscheidende Frage, ob das Wohnungswesen auch die öffentlich-rechtliche Mietpreisbegrenzung umfasst und das Land Berlin darauf den Mietendeckel stützen durfte. Zu dieser Frage waren bereits zuvor Gutachten geschrieben worden, die zu dem Schluss kamen, dass zum Wohnungswesen auch die öffentlich-rechtliche Mietpreisbegrenzung gehöre.<sup>36</sup> Die Mietpreise wurden bis in die 1950er Jahre öffentlich-rechtlich reguliert. Seit den 1950er Jahren hat der Bundesgesetzgeber die Mietpreise jedoch über das Bürgerliche Gesetzbuch im Rahmen des sozialen Mietrechts geregelt.

In seiner Entscheidung zum Mietendeckel argumentierte der Zweite Senat, dass das soziale Mietrecht im BGB und der öffentlich-rechtliche Berliner Mietendeckel ähnliche sozialpolitische Ziele verfolgen und denselben Gegenstand regeln, nämlich die Mietobergrenze zum Schutz der Mieter:innen vor überhöhten Mieten für ungebundenen – also nicht sozial geförderten – Wohnraum.<sup>37</sup> Da sich seit 1949 eine Staatspraxis etabliert habe, nach der die Mietobergrenze ausschließlich durch das soziale Mietrecht, also das Bürgerliche Recht, reguliert werde, umfasse der Kompetenztitel des Wohnungswesens nun

34 Das Bundesverfassungsgericht hätte auch die Möglichkeit gehabt, eine Unvereinbarkeitserklärung mit Wirkung für die Zukunft auszusprechen, um schwerwiegende Nachteile für die Mieter:innen durch sog. Schattenmieten abzuwenden; zur Unvereinbarkeitserklärung siehe von Ungern-Sternberg, § 95 BVerfGG, in: BeckOK BVerfGG, 12. Ed. 1.12.2021, BVerfGG § 95 Rn. 37-41.

35 BVerfG, Beschluss v. 25.3.2021 – 2 BvF 1/20. Siehe dazu Nispel, Mietpreisregulierung und Verfassungsrecht, 2023.

36 Kingreen, Zur Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Öffentliche Mietpreisrecht bei Wohnraum, Kurzgutachten für die Bundestagsfraktion DIE LINKE, 20. Februar 2020; Mayer/Arzt, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines »Mietendeckels« für das Land Berlin, Rechtsgutachten für die Fraktion der SPD im Abgeordnetenhaus von Berlin, 16. März 2019.

37 BVerfG, Beschluss v. 25.3.2021 – 2 BvF 1/20, Rn. 164.

nicht mehr das öffentlich-rechtliche Mietpreisrecht für den „freien“ Wohnungsmarkt.<sup>38</sup> Zur Länderkompetenz des Wohnungswesens gehört nach dem Bundesverfassungsgericht also nur noch die Preisregulierung für sozial geförderte Wohnungen. Der Bundesgesetzgeber habe zudem mit dem sozialen Mietrecht von der konkurrierenden Gesetzgebung abschließenden Gebrauch gemacht, weshalb das Land Berlin keinen Raum mehr für eine eigenständige Mietpreisbegrenzung habe.<sup>39</sup>

Diese Entscheidung ist aufgrund ihrer Argumentationsschwächen auf Kritik gestoßen, insbesondere weil die strukturellen Unterschiede zwischen einer privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Preisregulierung verkannt worden seien. Der Vorteil einer öffentlich-rechtlichen Mietpreisbegrenzung gegenüber dem sozialen Mietrecht im BGB liegt für die Mieter:innen nämlich darin, dass hier keine Prozess- und Kostenrisiken wie im Zivilprozess existieren. Die Verantwortung für die Durchsetzung der Mietobergrenze liegt also nicht bei den Mieter:innen, sondern beim Staat.<sup>40</sup> Eine solche Regelung reflektiert also stärker das asymmetrische Machtverhältnis zwischen Vermieter:innen und Mieter:innen und entlastet letztere. Darüber hinaus wird der Mietpreis im sozialen Mietrecht des BGB nur über das Niveau der ortsüblichen Vergleichsmiete reguliert, es fehlen im Vergleich zum Mietendeckel hingegen feste Mietobergrenzen. Von Rödl und Gather wird außerdem eingewendet, dass eine tradierte Staatspraxis nicht den Inhalt von verfassungsrechtlichen Kompetenztiteln definieren könne und historisch das öffentlich-rechtliche Mietpreisrecht durchaus zum Wohnungswesen gezählt habe.<sup>41</sup> Zudem basiere nach Wihl der Beschluss auf einer fiktionalen Unterscheidung von privat und öffentlich, wenn zwischen „frei“ finanzierten und staatlich geförderten Wohnungssektoren unterschieden werde; diese formale Differenzierung von Wohnungssektoren beschreibe weder die Rechtslage noch die soziale Wirklichkeit zutreffend.<sup>42</sup> Klaas weist darauf hin, dass durch die Zuordnung der Mietpreisbremse des Bundes und des Mietendeckels des Landes Berlin zum „sozialen Mietrecht“ und damit zum Kompetenztitel „Bürgerliches Recht“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) die Unterscheidungen in der Stoßrichtung dieser, nämlich Vertragsparität der Mietpreisbremse vs. Marktordnungsrecht des Mietendeckels, zurücktreten würde, dies aber grundlegend unterschiedliche rechtliche Regulierungsmechanismen seien.

Rechtspolitisch wurde im Nachgang der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein bundesweiter Mietendeckel bzw. eine Öffnungsklausel für die Länder gefordert, bislang aber nicht politisch umgesetzt.<sup>43</sup>

38 Ebenda, Rn. 109 ff.

39 Ebenda, Rn. 148 ff.; dazu Lange/Hobbie, Trotz Mietendeckelbeschluss – Gesetzgebungskompetenzen der Länder durch Wohnungsverwaltungsrecht, KJ 2025, 3.

40 Sieh auch König, Vom Papier zur Praxis. Ein kritischer Blick auf die Mobilisierung der Mietpreisbremse, KJ 2025, 80.

41 Gather/Rödl, Formlos verfassungsändernde ‘Staatspraxis’ und Gesetzesauslegung nach Parlamentsrede, Verfassungsblog v. 15.4.2021.

42 Wihl, Zur Mietendeckel-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, KJ 2021, 461.

43 Das Land Berlin hat eine Initiative in den Bundesrat im September 2021 eingebracht; der Antrag wurde an die zuständigen Ausschüsse überwiesen: Antrag des Landes Berlin, Entschließung des Bundesrates zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Mietenregulierung durch Mietendeckel, BR-Drucksache 694/21.

### *III. Entprivatisierung privater Wohnungsbestände*

Nicht nur die Begrenzung der Mietpreishöhe, sondern auch die Entprivatisierung von Grund und Boden sowie der darauf stehenden Wohngebäude stellen eine demokratisch-rechtsstaatliche Handlungsmöglichkeit dar, um bezahlbaren Wohnraum für die Bevölkerung im Allgemeinen und sozial benachteiligte Gruppen im Besonderen zu gewährleisten.

Die Humangeografen *Heinz* und *Belina* haben aufgezeigt, dass im Privateigentum an Grund- und Boden ein wesentlicher Grund für den Anstieg der Grundstücks- und damit auch der Mietpreise liegt.<sup>44</sup> Sie empfehlen daher die Dekomodifizierung des Bodens und eine aktive Bodenbevorratungspolitik der Kommunen, die jedoch in den 1990er/2000er Jahren ihre Grundstücke und Wohngebäudebestand für die Sanierung der öffentlichen Kassen zunehmend privatisiert haben.<sup>45</sup> Die Rekommunalisierung könne Spekulation mit Grundstücken und damit einen wesentlichen Faktor für Bodenpreisseigerungen verhindern und eine soziale Stadtentwicklung befördern. Das Ziel einer Dekomodifizierung und Rekommunalisierung des Bodens kann in rechtlicher Hinsicht durch eine Entprivatisierung von Grund und Boden erreicht werden.<sup>46</sup> In Deutschland findet Entprivatisierung von Grund und Boden zugunsten der Wohnraumversorgung nur in sehr begrenztem Umfang durch die Ausübung des baurechtlichen Vorkaufsrechts durch die Kommunen (1.) statt. Eine umfassendere Perspektive hat nun die neue Debatte um Vergesellschaftung eröffnet (2.).

#### 1. Vorkaufsrecht

Die Entprivatisierung von Wohnungsbeständen als rechtliches Instrument gegen Mietsteigerungen und Mangel an bezahlbarem Wohnraum konnte in deutschen Städten bisher bei einzelnen Immobilien beobachtet werden. Rechtlich wurde dafür auf das kommunale Vorkaufsrecht gem. §§ 24 ff. BauGB zurückgegriffen. Damit sollte verhindert werden, dass es bei Eigentümerwechsel zu mieterhöhende Modernisierungsmaßnahmen oder zur Umwandlung von Mietwohnungen in Eigentumswohnungen kommt.<sup>47</sup>

Das Vorkaufsrecht ermöglichte es den Gemeinden, beim Verkauf einer Immobilie die Käuferinnenposition zum Verkaufspreis einzunehmen und damit einzelne Immobilien zu entprivatisieren. Die Voraussetzungen sind allerdings, dass ein Verkauf überhaupt stattfindet und die Ausübung des Vorkaufsrechts durch das Wohl der Allgemeinheit gerechtfertigt (§ 24 Abs. 3 BauGB) und nicht ausgeschlossen (§ 26 BauGB) ist.

Der Ausübung des kommunalen Vorkaufsrechts im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung wurde vom Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 9. November 2021

<sup>44</sup> Heinz/Belina, Die kommunale Bodenfrage, 2019; siehe auch Pätzold/Reiß-Schmidt, Die Wohnungsfrage war immer (auch) eine Bodenfrage, WSI Mitteilungen 2022, 251.

<sup>45</sup> Ebenda.

<sup>46</sup> Siehe auch z.B. Burgi, Eigentumsordnung und Wohnungsnot: Spielräume für eine wohnraumbegogene Bodenpolitik, NVwZ 2020, 257.

<sup>47</sup> Siehe zum Vorkaufsrecht Kornisch, Zur Rolle der gemeindlichen Vorkaufsrechte bei der Sicherung bezahlbaren Wohnens, NVwZ 2019, 1471 sowie zu verschiedenen Vorkaufsrechten Bunzel/Krusenotto, Vorkaufsrechte – ein Instrument zur Innenentwicklung und zu mehr Wohnungsbau, ZfBR 2025, 121.

jedoch enge Grenzen gezogen.<sup>48</sup> In dem Fall ging es um ein Mehrfamilienhaus in Friedrichshain Kreuzberg mit 20 Wohneinheiten, das im Jahr 2017 für 3,4 Millionen Euro an eine private Immobiliengesellschaft verkauft wurde. Die Vorinstanz hatte argumentiert, dass aufgrund des hohen Kaufpreises eine Erhöhung der Mieten durch bauliche Maßnahmen zu befürchten sei. Dies verstöße gegen das Ziel der einschlägigen Erhaltungssatzung, die Verdrängung von sozial benachteiligten Gruppen zu verhindern.

Gem. § 26 Nr. 4 BauGB besteht ein Ausschlussgrund für die Ausübung des Vorkaufsrechts, wenn das Grundstück entsprechend der Festsetzungen des Baubauungsplans genutzt oder den Zielen und Zwecken der städtebaulichen Maßnahme bebaut ist und genutzt wird und eine auf ihm errichtete bauliche Anlage keine Missstände oder Mängel aufweist. Das Bundesverwaltungsgericht legte diese Vorschrift in dem Fall dahingehend aus, dass es rechtlich allein auf den gegenwärtigen Zustand und die baurechtlich zutreffende Nutzung zum Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts ankommt. Zukünftige Entwicklungen und Befürchtungen einer Verdrängung seien nicht von rechtlicher Bedeutung. Die Begründung für diese weitreichende Entscheidung fiel mit wenigen Seiten sehr knapp aus. Das Bundesverwaltungsgericht setzte sich überraschenderweise nicht mit dem Sinn und Zweck des Vorkaufsrechts im Geltungsbereich von Erhaltungssatzungen auseinander.<sup>49</sup> Durch diese Entscheidung wurde die Ausübung des kommunalen Vorkaufsrechts zum Schutz der Mieter:innen stark eingeschränkt.<sup>50</sup> Rechtspolitisch wird daher gefordert, das kommunale Vorkaufsrecht zu reformieren und wieder zu stärken, um den Gemeinden zukünftig wieder Gestaltungsmacht zum Schutz der Mieter:innen einzuräumen.<sup>51</sup>

## 2. Vergesellschaftung

Ganz neue Perspektiven für die Entprivatisierung von Grund und Boden bzw. großer Wohnungsbestände eröffnet die Vergesellschaftung.<sup>52</sup> Am 26. September 2021 stimmte eine überwältigende Mehrheit der Berliner:innen für die Vergesellschaftung von privaten Immobilienbeständen.<sup>53</sup> Mit 59 Prozent der abgegebenen Stimmen sprach sich die Berliner Bevölkerung für eine gemeinwohlorientierte Wohnungspolitik und eine Entprivatisierung von Teilen des Mietmarktes aus. Verfassungsrechtlich ist die Vergesellschaftung gemäß Art. 15 GG möglich.

48 BVerwG, Urteil v. 9.11.2021 – 4 C 1.20.

49 Ausführlich Putzer, Das kommunale Vorkaufsrecht in Milieuschutzgebieten nach der Grundsatzentscheidung des BVerwG, NVwZ 2022, 222.

50 Putzer, Perspektiven für das Vorkaufsrecht in Milieuschutzgebieten nach seiner Entkernung durch das Bundesverwaltungsgericht, KJ 2022, 514.

51 Siehe den Antrag der Abgeordneten Lay u.a. und der Fraktion DIE LINKE, Kommunales Vorkaufsrecht in Milieuschutzgebieten sofort wiederherstellen v. 9.12.2021, BT-Drucksache 20/236 sowie deren Gesetzesentwurf, BT-Drucksache 20/679, der an den Ausschuss für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen überwiesen wurde.

52 Röhner, Eigentum und Vergesellschaftung in der Wohnungskrise. Zur Aktualität von Art. 15 GG, KJ 2020, 16.

53 Röhner, Ja zur Vergesellschaftung! Berliner:innen stimmen für die Vergesellschaftung von privaten Wohnungsbeständen, in: Will et al. (Hrsg.), Grundrechte Report 2022, 2022, S. 101.

Die Initiative „Deutsche Wohnen & Co. enteignen“ hatte das Volksbegehren in Berlin auf den Weg gebracht.<sup>54</sup> Es wurde allerdings nicht über einen rechtlich bindenden Gesetzesentwurf, sondern über einen Beschlussvorschlag abgestimmt, nach dem der Berliner Senat aufgefordert wird, alle Maßnahmen einzuleiten, die zur Überführung von Immobilien in Gemeineigentum erforderlich sind.<sup>55</sup> Dazu zählte der Beschlussvorschlag die Vergesellschaftung der Bestände aller privatwirtschaftlichen Wohnungsunternehmen mit über 3.000 Wohnungen. Diese Bestände sollten von einer nicht profitorientierten Anstalt des öffentlichen Rechts unter demokratischer Beteiligung der Belegschaft, der Mieter:innen und der Stadtgesellschaft verwaltet werden. Zudem sah der Beschlussvorschlag ein Verbot der Reprivatisierung dieser Wohnungsbestände sowie die Zahlung einer Entschädigung deutlich unter Verkehrswert vor.

Mit diesem Volksbegehren hat die Berliner Initiative nicht nur eine der erfolgreichsten zivilgesellschaftlichen Kampagnen der letzten Jahre auf die Beine gestellt, sondern darüber hinaus ein Rückbesinnen auf die in der Verfassung angelegten gemeinwirtschaftlichen Eigentums- und Wirtschaftsformen forciert. Art. 15 GG spielte nun erstmals seit langer Zeit in der öffentlichen Debatte wieder eine prominente Rolle.

Der Vergesellschaftungsartikel ist ein verfassungsrechtliches Vehikel für die Einführung einer nicht-kapitalistischen Wirtschaftsweise per Gesetz. Damit sollte ursprünglich der legale Weg zum demokratischen Sozialismus offengehalten werden. Heute geht es vor allem um die demokratische Möglichkeit, entkommerzialisierte, entrivalisierte Freiräume innerhalb der kapitalistischen Wirtschaftsweise zu schaffen. Art 15. GG verdeutlicht, dass im Grundgesetz keine Wirtschaftsordnung festgeschrieben ist. Das Bundesverfassungsgericht spricht diesbezüglich von wirtschaftspolitischer Neutralität.<sup>56</sup>

Art. 15 GG bestimmt, dass Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel zum Zwecke der Vergesellschaftung durch ein Gesetz, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt, in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt werden können. Er ermächtigt also die Legislative dazu, für die Gesellschaft wesentliche Güter dem Markt zu entziehen und in gemeinwirtschaftliche Formen zu überführen. Die grundlegende Entscheidung darüber, ob wichtige Wirtschaftsgüter privatnützig zur Gewinnerzielung oder gemeinwirtschaftlich zur Bedürfnisbefriedigung genutzt werden sollen, stellt gemäß Art. 15 GG also eine demokratische Entscheidung dar.

Die Vergesellschaftung großer Wohnungsbestände in Berlin würde für die Mieter:innen einen kollektiven Freiheitsgewinn bedeuten.<sup>57</sup> Die Überführung von Wohnungseigentum in gemeinwirtschaftliche Rechtsformen würde nämlich das asymmetrische Machtverhältnis zwischen Mieter:innen und gewinnorientierten Wohnungsunternehmen aufheben. Sie wären dann nicht mehr mit privaten, z.T. an der Börse gelisteten Immobilienkonzernen und ihrem Gewinnstreben konfrontiert, sondern wären Teil einer gemeinwirtschaftlichen Organisationsform des Wohnens, die die Miethöhe an den zu deckenden

<sup>54</sup> Siehe die Homepage der Initiative DWE [www.dwenteignen.de](http://www.dwenteignen.de).

<sup>55</sup> DWE, Gesetz zur Überführung von Wohnimmobilien in Gemeineigentum (Vergesellschaftungsgesetz – VerfgG), Gesetzesentwurf, Stand: Mai 2021.

<sup>56</sup> BVerfGE 4, 7 (17 f.), Investitionshilfen; 50, 290 (337), Mitbestimmung. Aktuell dazu Flemming Maltzahn, Die Wirtschaftsverfassung des „ökologisch scharfstellten“ Grundgesetzes – Noch immer wirtschaftspolitisch neutral?, DÖV 2025, 413.

<sup>57</sup> Röhner (Fn. 52), 16.

Kosten orientieren würde (sog. Kostenmiete).<sup>58</sup> Durch die niedrigeren Kostenmieten würde auch das Niveau der ortsüblichen Vergleichsmiete für den privaten Wohnungsmarkt gedämpft. Gewinnorientierte Mieterhöhungen wären ausgeschlossen. Art. 15 GG wird daher auch als kollektives Grundrecht auf Entprivatisierung verstanden.<sup>59</sup>

In der öffentlichen und rechtswissenschaftlichen Debatte wurde das Berliner Volksbegehren kontrovers diskutiert.<sup>60</sup> Von der Immobilienwirtschaft und kritischen Stimmen aus der Wissenschaft wurden unterschiedliche Argumente vorgebracht, insbesondere wurde die Verhältnismäßigkeit und die Entschädigungshöhe diskutiert.<sup>61</sup> Die von der Berliner Landesregierung eingesetzte Expertenkommission legte im Juni 2023 einen umfassenden Abschlussbericht zur Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen vor.<sup>62</sup> Die Kommissionsmehrheit kam zu dem Schluss, dass ein Vergesellschaftungsgesetz verfassungsgemäß wäre und die Eigentumsrechte von Immobilienkonzernen nicht verletzen würde.

Nach dem Wortlaut bedarf es für die Vergesellschaftung nur eines Gesetzes, das die gerechte Entschädigung regelt. Daraus folgt auch, dass die Vergesellschaftung nicht letztes Mittel, nicht ultima ratio, sein muss, sondern sich die Legislative auch unabhängig von anderen Maßnahmen dafür entscheiden darf. Angesichts der Wohnungskrise und des Rechts auf angemessenen Wohnraum gemäß Art. 28 der Berliner Landesverfassung wäre eine Vergesellschaftung jedenfalls auch verhältnismäßig und kein unzulässiger Eingriff in die Eigentumsfreiheit der Wohnungsunternehmen.<sup>63</sup> Deren Eigentumsrecht wird durch die Entschädigung Rechnung getragen. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen (Art. 15 S. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG). Dies bedeutet, dass auch die Entschädigungshöhe eine politische Entscheidung darstellt und nicht etwa durch den Verkehrswert vorgegeben ist. Nach der Expertenkommissionsmehrheit gibt es unterschiedliche zulässige Modelle, so könnten, wie von der „Initiative Deutsche Wohnen & Co. enteignen“ vorgeschlagen,<sup>64</sup> die Erträge aus der gemeinnützigen Bewirtschaftung oder auch eine abstrakte fiskalische Leistbarkeitsgrenze – ggf. ausgehend vom Verkehrswert – für die Entschädigungshöhe zugrunde gelegt werden.<sup>65</sup>

<sup>58</sup> DWE, Gemeingut Wohnen. Eine Anstalt öffentlichen Rechts für Berlins vergesellschaftete Wohnungsbestände, 2023.

<sup>59</sup> Röhner, Jenseits des Marktindividualismus: Soziale Demokratie und Vergesellschaftung als solidarische Perspektiven im Recht, in: Susemichel/Kastner (Hrsg.), Unbedingte Solidarität, 2021, S. 237; Wihl, Vergesellschaftung als juristische Kategorie, in: Angebauer et al., Umkämpftes Eigentum. Eine gesellschaftstheoretische Debatte, 2025, S. 219.

<sup>60</sup> Statt vieler: Expertenkommission zum Volksentscheid, Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen. Abschlussbericht, 2. Aufl., Juni 2023.

<sup>61</sup> Im Überblick: Röhner (Fn. 52); Laven, Vergesellschaftung als Selbstzweck, KJ 2023, 313; kritisch zur Vergesellschaftung siehe Battis, Deutsche Wohnen enteignen ist verfassungswidrig, DiRZ 2021, 410; kritisch ebenso Waldhoff/Neumeier, Landesverfassungsrechtliche Besonderheiten der Vergesellschaftung privater Wohnungsunternehmen in Berlin, LKV 2019, 385. Zur Entschädigungshöhe Herrmann/Schott, Grundlage und Umfang der Enteignungsentschädigung, NJW 2023, 3041.

<sup>62</sup> Expertenkommission zum Volksentscheid (Fn. 60), S. 14.

<sup>63</sup> Expertenkommission zum Volksentscheid (Fn. 60), S. 14 ff.

<sup>64</sup> DWE, Was Vergesellschaftung kostet. Zahlen und Mythen, 2020.

<sup>65</sup> Expertenkommission zum Volksentscheid (Fn. 60), S. 15; siehe auch Thiel, Entschädigungsermittlung bei der Überführung von Wohnimmobilien durch Vergesellschaftungsgesetz, LKV 2021, 385.

An der Berliner Diskussion um Vergesellschaftung zeigt sich exemplarisch, dass in der aktuellen Wohnungskrise von Verfassungs wegen rechtlich-demokratische Handlungsalternativen jenseits einer bloßen vertragsrechtlichen Regulierung der Miethöhe im Sinne des vertragsparitätischen Modells des sozialen Mietrechts im BGB existieren. Die Versorgung mit Wohnraum darf nach grundlegend anderen Maximen als einer marktförmigen organisiert werden.<sup>66</sup>

#### *IV. Ausblick*

Zusammenfassend haben sich die bisher etablierten rechtlichen Instrumente, insbesondere zur Begrenzung der Miethöhe als ineffektiv erwiesen, um den Mangel an bezahlbarem Wohnraum zu überwinden und eine angemessene Wohnraumversorgung für die breite Bevölkerung, insbesondere aber für armutsbetroffene Menschen, zu gewährleisten. Ein bundesweiter Mietendeckel oder eine Mietendeckel-Öffnungsklausel für die Länder, die Wiederbelebung und Stärkung des kommunalen Vorkaufsrechts bei spekulativen Immobilienkäufen, die zu Verdrängung führen, sowie die Vergesellschaftung von Wohnungsbeständen großer Wohnungsunternehmen sind demokratisch-rechtsstaatliche Handlungsmöglichkeiten, die einen Beitrag für eine nachhaltige Wohnraumversorgung zu bezahlbaren Mietpreisen leisten können. Sie können vor Verdrängung und Armut durch zu hohe Wohnkosten schützen – und damit eine Antwort auf die soziale Frage unserer Gegenwart geben.<sup>67</sup>

66 Neitzel, Wohnraum-Commons – Rechtliche Ansätze für das Wohnen jenseits von Markt und Staat, KJ 2024, 334; Bornscheuer, Wohnungsgenossenschaften und ihr Beitrag zur sozialen Wohnraumorganisation, KJ 2025, 69.

67 Siehe zu den Vorschlägen die Mitbestimmung im Bereich des Wohnens zu stärken: Sammet (Fn. 15), S. 156; Laven, Mitbestimmung in der Miete. Verfassungsrechtliche Schranken eines kollektiven Mietrechts, KJ 2025, 92; zum Mietwucher Bechtel, Überhöhte Mieten als Fall für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht? – Eine Annäherung an die Sanktionierbarkeit des „Mietwuchers“ (Teil 1), NZWiSt 2024, 216.

*Lars Mehler*

## Drohende Verselbstständigung des polizeilichen Informationsverbunds

Eine Untersuchung am Beispiel der „Gewalttäterdateien“ des Bundeskriminalamts

### *I. Einleitung*

Die polizeilichen Informationssysteme rückten in den letzten Jahrzehnten sowohl auf nationaler wie internationaler Ebene mehr und mehr in den Fokus der Sicherheitspolitik. Besonders augenfällig ist der in Deutschland trotz etlicher Urteile des EuGH, BVerfG und BVerwG seit vielen Jahren andauernde Streit um die Vorratsdatenspeicherung.<sup>1</sup> In den polizeilichen Informationssystemen werden massenweise Informationen über Bürger\*innen gespeichert, um die polizeiliche Gefahrenabwehr zu erleichtern und zu ermöglichen, dass bereits im Vorfeld von konkreten Gefahren aufgrund personenbezogener Gefahrenprognosen eingegriffen werden kann. In den Datenbeständen des Bundeskriminalamts (BKA), der Bundespolizei und von Landeskriminalämtern schlummern mittlerweile Informationen über Millionen von Menschen.<sup>2</sup>

Materialistische Polizeikritiken betrachten rechtswidrige polizeiliche Maßnahmen nicht als isolierte Ereignisse, sondern nehmen die Polizei als Institution und ihre Rolle innerhalb der gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse in den Blick. Aus dieser Perspektive wird ein inhärenter Drang der Polizei erkennbar, sich gegenüber legislativer und judikativer Kontrolle zu verselbstständigen, der greifbar macht, warum die rechtliche Einhebung der Polizei immer wieder scheitert.<sup>3</sup> Vor dem Hintergrund dieses Drangs führt der Ausbau der polizeilichen Informationsarchitektur und die Vorverlagerung der Gefahrenabwehrtauglichkeit insbesondere hinsichtlich der Gewaltenteilung zu rechtsstaatlichen Problemen. Denn je weiter im Vorfeld von konkreten Gefahrenlagen eingegriffen werden soll und je fortgeschritten die eingesetzte Technologie ist, desto schwieriger wird es, der polizeilichen Arbeit rechtsstaatliche Grenzen zu setzen. Hinzu kommt, dass die unbestimmten und unübersichtlichen Ermächtigungsgrundlagen und der intransparente

1 Vgl. etwa: EuGH, Urt. v. 30.04.2024, C-470/21; BVerwG, Urt. v. 14.08.2023, 6 C 6.22; EuGH, Urt. v. 20.09.2022, C-793/19, C-794/19; EuGH, Urt. v. 06.10.2020, C-623/17; BVerfGE 125, 260 - 385.

2 Sebastian Golla, Aufräumen im Datenhaus: Die polizeiliche Datenspeicherung nach BVerfG, BKAG II, VerfBlog, 01.10.2024, <https://verfassungsblog.de/aufräumen-im-datenhaus/>.

3 Maximilian Pichl, Zur Entgrenzung der Polizei – eine juridische und materialistische Kritik polizeilicher Gewalt, KritV 2014, 249-261, 251, 259.

Aufbau der polizeilichen Informationsarchitektur („Vergeheimdienstlichung“<sup>4</sup>) beim Betrieb des Informationsverbunds besonders große Spielräume für die Polizei eröffnen. Im Folgenden soll diese Entwicklung anhand der Gewalttäterdateien des BKA kritisch untersucht werden, da sich an ihnen exemplarisch zeigt, wie groß die polizeilichen Handlungsspielräume beim Betrieb des Informationsverbunds sind und dass sie in der polizeilichen Praxis auch ausgenutzt werden.

## *II. Verselbstständigung polizeilichen Handelns: Materialistische Polizeikritik*

Der inhärente Drang der Polizei, sich gegenüber rechtlichen Bindungen und judikativer Kontrolle zu verselbstständigen, ist ein zentraler Forschungsgegenstand materialistischer Polizeikritiken. Sie widmen sich dem Widerspruch zwischen den rechtlichen Befugnissen oder Bindungen und der gelebten polizeilichen Praxis als maßgeblichem Verhältnis von Recht und Polizei.<sup>5</sup> Dieser Perspektivwechsel soll ermöglichen, sich von der normativ-juristischen Betrachtungsweise zu lösen, die polizeiliche Rechtsbrüche als isolierte Phänomene ansieht und anhand rein rechtlicher Kategorien kritisiert. In Abwendung von der „liberalen Illusion eines unpolitischen Polizeibegriffs“<sup>6</sup> soll die Polizei als aus den gesellschaftlichen Verhältnissen hervorgegangene und damit genuin politische Institution mit eigenen Interessen in den Blick genommen werden. Damit ist selbstverständlich nicht gemeint, dass die normativ-juristische Kritik an polizeilichem Handeln aufzugeben wäre. Es geht vielmehr darum, zusätzlich eine materialistische Kritik zu formulieren, die die Gründe für rechtswidriges polizeiliches Verhalten und Verselbständigungsdynamiken besser greifen kann und erkennbar werden lässt, warum Versuche, die Polizei rechtlich einzuhegen, immer wieder scheitern.<sup>7</sup>

Der Begriff der Verselbstständigung meint einen subtilen Prozess der sukzessiven Verschiebung der Gewaltbalance auf die Exekutive bei gleichzeitiger Loslösung von legislativer wie judikativer Kontrolle. Diese Tendenz ist der Polizei als Institution inhärent: Sie neigt grundsätzlich dazu, sich aus der Rolle als „schlichtes“ staatliches Vollzugsinstrument zu befreien und ihre eigene Agenda zu verfolgen. Ihre Interessen liegen in ihrer Funktion im demokratischen Rechtsstaat begründet. Weil sie einerseits zur Durchsetzung des Rechtsstaats verpflichtet und andererseits durch das Recht in der Wahrnehmung ihrer Aufgabe begrenzt wird, steht die Polizei in einem permanenten Interessenkonflikt zu Recht und Rechtsstaat. Die gesetzlichen Bindungen werden aus der Perspektive der Polizei regelmäßig als Hindernisse aufgefasst, weshalb sie ein akutes Interesse daran besitzt, ihre eigenen Handlungsmöglichkeiten real auszuweiten, die nachträgliche gerichtliche Kontrolle zu erschweren und insbesondere strafrechtliche Konse-

4 Rachor/ Roggan, C. Organisation der Sicherheitsbehörden und Geheimdienste in Deutschland, in: Lisken (Begr.)/ Denninger (Hg.)/ et. al., Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., München 2021, Rn. 7; vgl. schon Hans Lisken, Vorfeldeingriffe im Bereich der „Organisierten Kriminalität“ - Gemeinsame Aufgabe von Verfassungsschutz und Polizei?, ZRP 1994, 264-270; vgl. Erhard Denninger, Verfassungsschutz, Polizei und die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, KritV 1994, 232-241.

5 Pichl (Fn. 3), 251, 260; vgl. bereits Erhard Denninger, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, in: Denninger (Hg.)/ Lüderssen (Hg.), Polizei und Strafprozess im demokratischen Rechtsstaat, Frankfurt a.M. 1978, 102-126, 105.

6 Denninger (Fn. 5), 105

7 Pichl (Fn. 3), 259 f., 263; Maximilian Pichl, Polizei und Rechtsstaat: Über das Unvermögen, exekutive Gewalt einzuhegen, in: Loick (Hg.), Kritik der Polizei, Frankfurt a.M. 2018, 101-118, 103 f., 115 f.

quenzen zu verhindern.<sup>8</sup> Der Drang schlägt sich auch in der polizeilichen (Sub-)Kultur (Cop Culture) nieder, die durch Korpsgeist und Abschottung nach Außen geprägt ist, was einer offenen und konstruktiven Fehlerkultur im Weg steht.<sup>9</sup> An der Vehemenz, mit der Debatten um polizeiliche Kennzeichnungspflichten geführt werden, kann dies exemplarisch nachvollzogen werden.<sup>10</sup>

Besonders problematisch ist aus der Perspektive des demokratischen Rechtsstaats, dass die Verselbstständigung der Polizei die Grundbedingungen der Gewaltenteilung infrage zu stellen droht.<sup>11</sup> Denn in der Exekutive und in der Polizei im Besonderen überkreuzen sich die Funktionen von Judikative, Legislative und Exekutive auf eine spezifische Weise, die die Einhegung des polizeilichen Handelns erschwert bzw. die Verselbstständigung ermöglicht. Dies meint nicht, dass die Polizei dabei im engeren Sinne rechtsetzend tätig wäre, sondern dass sie ein strategisches Verhältnis zum Recht verfolgt und dessen Lücken und (irreduzible) Unbestimmtheit ausnutzt, um sie mit eigenen Zwecken auszufüllen. Gerade die Unbestimmtheit der Ermächtigungsgrundlagen räumt der Polizei in der konkreten Situation der Maßnahmen die Deutungshoheit über das tatsächliche Gesehen ein, sodass spezifische polizeiliche Narrative („polizeiliches Erfahrungswissen“) einsatzleitend werden und die Gefahrenprognosen bestimmen.<sup>12</sup> Die Unbestimmtheit des Rechts, die es ermöglicht, es mit verschiedenen Zwecken auszufüllen, eröffnet der Polizei ihre Spielräume. Es ist daher gerade die Form des Rechts, das eigentlich die Befugnisse der Polizei begrenzen soll, die ihr strukturell die Möglichkeit verleiht, sich im Rahmen des Rechts vom Recht zu entgrenzen.<sup>13</sup>

### *III. Personenbezogene Gefahrenabwehr im Gefahrenvorfeld*

Der Ausbau der Sicherheitsarchitektur in Deutschland konzentrierte sich seit den 1980er Jahren darauf, frühzeitigere Interventionen v.a. durch die Polizeien zu ermöglichen.<sup>14</sup> Dafür war es erforderlich, die Gefahrendogmatik anzupassen, um die Perspektive auf das Vorfeld konkreter Gefahren zu erweitern. Die klassische liberal-rechtsstaatliche Gefahrenabwehrdogmatik, die vor allem aus den Begriffen der konkreten Gefahr, des Gefahrenverdachts und der abstrakten Gefahr bestand, war stets auf konkrete Sachlagen bezogen, die in einen Schaden an polizeilich zu schützenden Gütern umzuschlagen drohten.<sup>15</sup> Die Vorverlagerung der Eingriffe im präventivpolizeilichen Vorfeldrecht stand dagegen vor der Herausforderung, dass im Gefahrenvorfeld gerade keine Sachlage vorliegen konnte, deren Gefährlichkeit zu prognostizieren gewesen wäre: Die Tätigkeit

8 Benjamin Derin/ Tobias Singelnstein, *Die Polizei: Helfer, Gegner, Staatsgewalt*, Berlin 2022, 303, 306 f.; Maximilian Pichl, *Law statt Order: der Kampf um den Rechtsstaat*, Berlin, 2024, 93 ff.

9 Ebd., 139 f., 142, 260 f.; Pichl (Fn. 8), 95; vgl. Alex Vitale, *The End of Policing*, New York 2021, 24 f.

10 Derin/Singelnstein (Fn. 8), 303, 311 f.

11 Pichl, PuR (Fn. 7), 103 ff.; Derin/Singelnstein (Fn. 8), 309 ff.

12 Pichl (Fn. 3), 265; Pichl, PuR (Fn. 7), 107; Denninger (Fn. 5), 108 f.; Derin/Singelnstein (Fn. 8), 53 ff., 309.

13 Pichl (Fn. 3), 266.

14 Vgl. Erhard Denninger, *Der Präventions-Staat*, KJ 1988, 1-15, 10.

15 BVerfGE 141, 220, 271 – BKAG; Matthias Bäcker, D. Polizeiaufgaben und Regelungsmuster des polizeilichen Eingriffsrechts, in: Lisken (Begr.)/ Denninger (Hg.)/ et. al., *Handbuch des Polizeirechts*, 7. Aufl., München 2021, Rn. 105 f., 108, 228 ff.

im Gefahrenvorfeld musste sich von der Betrachtung von Einzelfällen, der zeitlichen Nähe des Umschlags in einen Schaden und dem Bezug zur individuellen Person als Verursacher\*in, gegen die Maßnahmen anzustrengen wären, lösen und es mussten nun alternative Anknüpfungspunkte gefunden werden. Dies erfolgte entweder durch Raumbezug, wie die Konstruktion sog. gefährlicher Orte, oder durch Personenbezug, wie bei der Zuschreibung der Disposition, „Gefährder\*in“ zu sein.<sup>16</sup> Im Folgenden wird es nur um die personenbezogene Gefahrenabwehrtaigkeit im Gefahrenvorfeld gehen.

Die Grundsätze der Gefahrenabwehrdogmatik im Gefahrenvorfeld stellte das Bundesverfassungsgericht in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2016 zur Reform des BKAG von 2008 auf. Die Voraussetzung für personenbezogene Maßnahmen ist demnach, dass ein individualbezogenes Wahrscheinlichkeitsurteil mit einer personenbezogenen Gefährlichkeitsprognose getroffen wurde. Solche individualbezogenen Wahrscheinlichkeitsurteile beziehen sich nicht auf ein zukünftiges Ereignis, sondern die Disposition einer Person, unter geeigneten Eintrittsbedingungen zu Schäden einer bestimmten Art beizutragen, was insbesondere Straftaten umfasst.<sup>17</sup> Dispositionen sind Eigenschaften, die den Personen aufgrund vergangener Handlungen zugewiesen werden und stellen die Grundlage dafür dar, ihnen eine gewisse Gefährlichkeit zuzuschreiben. Gefahrenprognosen in Anknüpfung an Dispositionen funktionieren durch die Annahme, Personen mit einer bestimmten Disposition (bspw. „Gewalttäter\*in im Phänomenbereich Sport“ zu sein), würden unter Eintritt bestimmter Bedingungen (bspw. Hochrisikospiel des favorisierten Sportvereins) zu Schäden bestimmter Art beitragen.<sup>18</sup>

Zunächst ist dies, entsprechend dem Urteil des BVerfG zum BKAG (2016), auf die Abwehr terroristischer Gefahrenlagen bezogen gewesen, wurde aber schrittweise auf weitere Deliktsfelder ausgeweitet. Je nach Tätigkeitsbereich unterscheiden sich die Anforderungen an die beiden Elemente des Wahrscheinlichkeitsurteils, die in einem Verhältnis wechselseitiger Abhängigkeit stehen: Ist der Bestand an personenbezogenen Informationen reduziert, sind auf der Ebene der sachbezogenen Informationen konkretere Anhaltspunkte erforderlich. Und in gewohnter Weise werden die Anforderungen an das Wahrscheinlichkeitsurteil reduziert, je gewichtiger der drohende Schaden und die zu schützenden Rechtsgüter sind. Auf dieser variablen Basis können, abhängig vom Ergebnis des Wahrscheinlichkeitsurteils, Folgemaßnahmen getroffen werden, die von Gefahrerforschungsmaßnahmen über informationelle Maßnahmen hin zu aktionellen Maßnahmen reichen.<sup>19</sup>

Weil die Anhaltspunkte für potentielle Gefahren im Vorfeld allerdings notwendigerweise eine größere Unbestimmtheit und Ambivalenz aufweisen, greifen die klarer geckten Grenzen klassischer Abwehr konkreter Gefahren nicht mehr adäquat. Um im Gefahrenvorfeld gegen Personen vorgehen zu können, ohne dass bereits eine hinreichend verdichtete Sachlage besteht, in der eine klassische „Störer\*innenauswahl“ getroffen werden könnte, sind die Polizeibehörden auf Informationen über Bürger\*innen angewiesen. Aus diesem Grund ist der personalisierten Gefahrenabwehr der Drang danach, immer

16 Simon Egbert, Siegeszug der Algorithmen? Predictive Policing im deutschsprachigen Raum, APuZ 32-33 (2017), 17-23, 19 f. Thomas Darnstädt, Ein personenbezogener Gefahrbegriff – Analyse der Bedingungen des Bundesverfassungsgerichts an Vorfeld-Ermächtigungen im BKA-Gesetz, DVBl. 2017, 88-96, 92 f.

17 BVerfGE 141, 220, 271 – BKAG Rn. 104 ff.; Bäcker (Fn. 15), Rn. 257 ff., 268 f.

18 Matthias Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, Tübingen 2015, 205 ff.; ders. (Fn. 15), Rn. 260.

19 Ders. (Fn. 18), 210 f.; ders. (Fn. 15), Rn. 257 f., 260 ff., 268 ff.

mehr Daten anzuhäufen, strukturell inhärent.<sup>20</sup> Je weniger die Sachlagen konkretisiert sind, desto weiter müssen die potentiell gefährlichen Personen durchleuchtet werden, um umso detailliertere Persönlichkeitsprofile zu erstellen. Die mit der Vorverlagerung deutlich gesteigerte Unbestimmtheit der Ermächtigungsgrundlagen eröffnete in der polizeilichen Praxis zusätzliche Spielräume, um sich von rechtsstaatlichen Bindungen zu verselbstständigen.

#### *IV. Der polizeiliche Informationsverbund des BKA*

Dreh- und Angelpunkt der polizeilichen Informationstätigkeit ist der vom BKA als Zentralstelle unterhaltene polizeiliche Informationsverbund, § 2 Abs. 1, 3 BKAG. Die Vorfäder des einheitlichen Informationsverbunds waren das System INPOL, das in den 1970er Jahren errichtet wurde, und INPOL-neu, das in den 1990er Jahren in Betrieb genommen wurde. INPOL war das gemeinsame, arbeitsteilige, elektronische Informationssystem der Bundes- und Landespolizeibehörden, das aus vielen Einzeldateien zusammengesetzt war.<sup>21</sup> Mit der Agenda Polizei 2020 (2016) der Innenministerien der Länder und des Bundes und dem neuen BKAG (2017) begann eine grundlegende Umorganisation der polizeilichen Informationsverarbeitung. Ziel der Reform war, die Dezentralisierung abzubauen, die als Ermittlungshindernis wahrgenommen wurde bzw. wird, und stattdessen in einem einheitlichen Informationsverbund unterschiedliche Zugriffsrechte festzulegen (Stichwort: „Datenschutz durch Technik“).<sup>22</sup> Der einheitliche Informationsverbund befindet sich aktuell aber noch im Auf- bzw. Umbau.<sup>23</sup>

Eine Kernfrage des Ausbaus der Informationstätigkeit der Polizeien ist die Auswertung der immer größeren und umfangreicheren Datensätze im polizeilichen Informationsverbund. An dieser Stelle setzen Anwendungen zum Data Mining und Predictive Policing sowie sog. Künstliche Intelligenz an, um die menschlich nicht mehr überschaubaren Datenbestände überhaupt auswerten zu können. Data Mining Anwendungen wie HessenDATA der Firma Palantir wurden teilweise schon in die polizeiliche Praxis implementiert, jedoch bereits durch das BVerfG eingehakt.<sup>24</sup> Ob und wann Künstliche Intelligenz auch hier eine Rolle spielen wird, ist noch offen.

20 Vgl. Benjamin Derin/ Christian Meyer/ Friederike Wegner, Blick nach Vorn im Datenschungel – eine Einleitung, CILIP 121 (2020), 3–15, 5 ff.

21 Hartmut Aden, Das Bundeskriminalamt. Intelligence-Zentrale oder Schaltstelle des bundesdeutschen Polizeisystems? In: CILIP 62 (1999), 6–17, 10; Björn Steinat, Die Speicherung personenbezogener Daten gewalttätiger Fußballfans – zur Datei „Gewalttäter Sport“, Hamburg 2012, 94.

22 Clemens Arzt, G. Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahrensrecht, in: Lisken (Begr.)/ Denninger (Hg.)/ et. al., Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., München 2021, Rn. 1117, 1130 f.; Dirk Burczyk, Von der Kartei zum „Datenhaus“: Zur Geschichte polizeilicher Datenhaltung, CILIP 121 (2020), 16–25, 21.

23 Lennart Lagmöller, Sicherheitsrechtliche Wende ohne Gefolgschaft: Die von rechtlichen Maßstäben entkoppelte Datenverarbeitung des BKA, VerfBlog, 30.09.2024, <https://verfassungsblog.de/wende-ohne-gefolgschaft/>.

24 BVerfG, Urt. v. 16.02.2023 - 1 BvR 1547/19; Arzt (Fn. 22) Rn. 1304; Burczyk (Fn. 22).

## V. Die Gewalttäterdateien des BKA

Anhand der Gewalttäterdateien des BKA soll im Folgenden exemplarisch dargestellt werden, welche Spielräume der Polizei beim Betrieb des polizeilichen Informationsverbunds zur Verselbstständigung offenstehen. Dabei soll der Fokus auf die besondere Grundrechtsintensität und die Bedrohung der Gewaltenteilung durch Verselbstständigung gelegt werden.

### 1. Rechtsgrundlagen und Funktionsweise der Gewalttäterdateien

Das BKA führte Stand 2019 in seiner Zentralstellenfunktion (§ 2 Abs. 1, 3 BKAG) ca. 130 Zentral-, 40 Verbund- und 400 Amtsdateien. Sieben der Verbunddateien sollen sog. „Gewalttäter“innen“ in bestimmten Phänomenbereichen erfassen.<sup>25</sup> Sie sind Gegenstand der folgenden Untersuchung und werden verallgemeinernd als „Gewalttäterdateien“ bezeichnet. Die älteste der Dateien ist die Datei Gewalttäter Sport, die bereits 1993 errichtet wurde.<sup>26</sup>

Die Gewalttäterdateien bewegen sich in einem komplexen und unübersichtlichen Normgeflecht, das sich über mehrere Ebenen erstreckt.<sup>27</sup> Unmittelbar eintragungs- und zugriffsberechtigt sind alle am Verbund beteiligten Bundes- und Landesbehörden (vgl. § 29 Abs. 3 BKAG) und teilweise darüber hinausgehend weitere Stellen, wie etwa die Zentrale Informationsstelle Sportheinsätze (ZIS), vgl. Nr. 6.1 Errichtungsanordnung (EAO) Datei Gewalttäter Sport.<sup>28</sup> Der Einspeicherungsbefugnis entsprechend liegt auch die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit, d.h. die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Erhebung, Zulässigkeit der Eingabe sowie Richtigkeit und Aktualität der Daten, bei der Stelle, die die Daten unmittelbar eingab, § 31 Abs. 2 BKAG. Dies umfasst auch die Zuständigkeit für Änderung, Berichtigung und Löschung (Besitzerprinzip).<sup>29</sup> Die Errichtungsanordnungen, die auf Basis von § 17 Abs. 6 BKAG für jede der Dateien separat erlassen wurden, sind Verwaltungsvorschriften, die insbesondere die Hürden für Eintragungen und den Umfang an eintragungsfähigen personenbezogenen Informationen festlegen.<sup>30</sup> Zudem bestehen europarechtliche Einflüsse in Form der EU-Richtlinie für den Datenschutz bei Polizei und Justiz (JI-RL), v.a. Art. 10 JI-RL.<sup>31</sup>

25 Existierende Versionen: Gewalttäter Sport, Gewalttäter rechts, Gewalttäter links, Gewalttäter politisch motivierte Kriminalität - ausländische Ideologie, Gewalttäter politisch motivierte Kriminalität - religiöse Ideologie, Gewalttäter politisch motivierte Kriminalität - nicht zuzuordnen, Gewalttäter Personenschutz.

26 Thomas Kehr, Datei Gewalttäter Sport, Baden-Baden 2015, 52.

27 Neben den im Folgenden angesprochenen Regelungen sind auch die BKA-Datenverordnung (BKADV) sowie mehrere BKA-Dateienrichtlinien zu beachten.

28 Arzt (Fn. 22), Rn. 1208, vgl. auch BVerfG, Urt. v. 01.10.2024 - 1 BvR 1160/19 - BKAG II, Rn. 171

29 Arzt (Fn. 22), Rn. 1209; Clemens Arzt/ Jana Eier, Zur Rechtmäßigkeit der Speicherung personenbezogener Daten in „Gewalttäter“-Verbunddateien des Bundeskriminalamts, DVBl 2010, 816-824, 818.

30 Arzt (Fn. 22), Rn. 1116, 1200; Rechtsgrundlage der EAOn ist weiterhin der seit 2017 nicht mehr bestehende § 32 BKAG aF.

31 Clemens Arzt, Polizeiliche Verarbeitung „besonderer Kategorien personenbezogener Daten“, DÖV 2023, 991-1002, 991 f., 994; Lagmölter (Fn. 23); die JI-RL wurde bei der Novellierung des BKAG (2017) und insb. in den §§ 45-84 BDSG (2018) in Minimalform umgesetzt, allerdings sind die §§ 45 ff. BDSG durch den partiellen Verweis in § 84 BKAG nicht vollumfänglich auf den Infor-

Die Dateien werden als sog. Mischdateien betrieben (vgl. §§ 98c, 161, 483 Abs. 3 StPO). Das heißt, dass in den Dateien Informationen über Personen gespeichert werden dürfen, die bereits wegen Straftaten verdächtigt, beschuldigt oder verurteilt wurden, die in den Errichtungsanordnungen aufgelistet sind (repressive Zwecke), oder wenn befürchtet wird, dass sie in Zukunft einschlägige Straftaten begehen werden (präventive Zwecke).<sup>32</sup> Anders als es der Titel der Dateien vermuten lässt, wurden allerdings nur gegen ein Drittel der Betroffenen tatsächlich wegen gewaltbezogener Delikte Strafverfahren eingeleitet. Ein weiteres Drittel stammt aus sonstigen Strafverfahren, die nicht unter den Begriff der Gewalttat subsumiert werden können und das letzte Drittel aus präventivpolizeilichen Erhebungen.<sup>33</sup> Dieser irreführende Umstand wurde auch vom OVG NRW erkannt, das 2013 den Beschluss verkündete, dass von den eingetragenen Personen nur diejenigen als Gewalttäter\*innen bezeichnet werden dürfen, gegen die tatsächlich wegen einschlägiger gewaltbezogener Delikte ermittelt wurde oder wird.<sup>34</sup> Auf zwei Dritteln der Betroffenen trifft die Bezeichnung „Gewalttäter\*in“ somit nicht zu.

## 2. Problemstellen und Verselbstständigung der Praxis

Der Betrieb der Gewalttäterdateien als Verbunddateien ermächtigt die Polizeien zu weitreichenden Eintragungen und zweckändernden Weiternutzungen in einem zunehmend verschränkten Informationsverbund. Daraus ergibt sich einerseits eine hohe Grundrechtslast für die Betroffenen hinsichtlich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und ein hohes Diskriminierungsrisiko (a.). Andererseits eröffnet das Zusammenspiel der Rechtsgrundlagen, mangelnden Kontrolle und dürftigen Rechtsschutzmöglichkeiten Spielräume für die Polizeien, in denen sich deren Informationstätigkeit verselbstständigen kann (b.). Besonders drängend wird das Problem der Verselbstständigung, wenn auf dieser Basis allein aufgrund von Eintragungen Folgemaßnahmen getroffen werden, sodass ein Kreislauf tatbestandsergänzenden Handelns droht (c.).

### a) Hohe Eingriffsintensität bei Eintragung und Weiterverwendung

Die Speicherung von Informationen in den Gewalttäterdateien betrifft vor allem das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Zunächst hängt das Eingriffsgewicht bei Speicherungen personenbezogener Daten vom Gewicht der vorausgehenden Datenerhebungseingriffe ab. Bereits aus der Datenherkunft kann sich damit im Einzelfall eine hohe Eingriffsintensität ergeben. Maßgeblich geprägt wird Eingriffsintensität darüber hinaus durch Art und Umfang der gespeicherten Daten.<sup>35</sup>

mationsverbund anwendbar. Die DSGVO ist nach Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO nicht auf repressive und präventive polizeiliche Tätigkeit anwendbar.

32 Arztl/ Eier (Fn. 29), 818; Arzt (Fn. 22) Rn. 1255, 1287; Timo Rademacher, Predictive Policing im deutschen Polizeirecht, AÖR 2017, 366-416, 407.

33 Thomas Feltes/ Andreas Ruch, Gewalttäterdateien. Rechtliche Probleme und kriminologische Risiken, in: NK 2016, 66-81, 73 ff.

34 OVG NRW, 5 B 417/13 Rn. 32 ff.

35 BVerfG, Urt. v. 01.10.2024 - 1 BvR 1160/19 - BKAG II, Rn. 159 f.

Die Gewalttäterdateien sehen vor, dass weitreichende Informationen über Personen dokumentiert werden. Dies umfasst einen langen Katalog an personenbezogenen Informationen, personengebundenen sowie ermittlungsbezogenen Hinweisen über Individuen (vgl. Nr. 5 EAO Gewalttäter Sport) und sog. Sondervermerke mit ergänzenden Hinweisen in freier Form (Freitextfelder), die es den Beamten\*innen offenstellen ergänzend einzutragen, was sie individuell als relevant erachten. In Anbetracht dessen wird deutlich, dass die Dateien nicht nur darauf zielen, Personen im jeweiligen Phänomenbereich unzweifelhaft identifizieren zu können, sondern gerade auch auf die Ansammlung sog. „weicher Daten“ abzielen, das heißt von Informationen, die in keinem direkten Zusammenhang zu Straftaten oder einer anderweitigen Gefährdung stehen und die ein umfassendes Bild über die Betroffenen durch Erstellung von Persönlichkeitsprofilen schaffen sollen.<sup>36</sup> Die weitreichenden Eintragungsbefugnisse in irreführenderweise als „Gewalttäterdateien“ bezeichneten Datensammlungen verbunden mit einer Vielzahl an personenbezogenen Informationen, die in den Dateien gespeichert werden, bergen ein hohes Stigmatisierungs- und Diskriminierungsrisiko.<sup>37</sup>

Die Hürden für eine Eintragung in den Gewalttäterdateien sind vor dem Hintergrund der Eingriffsintensität bedenklich niedrig. Eine Eintragung muss dem Zweck der jeweiligen Gewalttäterdatei dienen (Nr. 2.2 der jeweiligen Errichtungsanordnung), eine taugliche Person betreffen (§ 18 Abs. 1 Nr. 1-4 BKAG) und Verbundrelevanz aufweisen (§ 30 Abs. 1 Nr. 1 BKAG). Der in den Errichtungsanordnungen erklärte Zweck der Gewalttäterdateien ist, Anhaltspunkte für sachgerechte Eingriffsmaßnahmen sowie Erkenntnisse für organisatorische und taktische Maßnahmen zu gewinnen, um gewalttätige Auseinandersetzungen und Straftaten zu verhindern.<sup>38</sup> Eintragungen können v.a. im Anschluss an repressive Maßnahmen erfolgen, was eingeleitete und abgeschlossene Ermittlungsverfahren sowie rechtskräftige Verurteilungen bei anlassbezogenen Straftaten im jeweiligen Phänomenbereich umfasst. Außerdem erfolgen Eintragungen nach Präventivmaßnahmen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Betroffenen anlassbezogene Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden oder sichergestellte beziehungsweise beschlagnahmte Waffen oder gefährliche Gegenstände bei der Begehung anlassbezogener Straftaten verwenden wollen.

Der Katalog an Maßnahmen, von denen die Daten herrühren können, ist breit gefächert und reicht von Befragungen und Personalienfeststellungen über Videoüberwachung bis hin zu Observationen und kann entsprechend vielfältige Lebenssachverhalte erfassen.<sup>39</sup> Das breite Spektrum an Anlässen zur Speicherung wird anhand der Auflistung der einschlägigen Straftaten aus den Errichtungsanordnungen deutlich. Die Auflistung umfasst weit mehr als nur Straftaten, die typischerweise mit Gewalteinwirkungen verbunden sind. So erstreckt sich der Katalog auch auf Delikte mit vergleichsweise niedriger Strafanandrohung wie Beleidigung (§ 185 StGB) und Hausfriedensbruch (§ 123 StGB), bei denen schwerlich stets von einer Straftat mit erheblicher Bedeutung ausgegangen werden kann, was sich nicht zuletzt daran erkennen lässt, dass sie als Antragsdelikte ausgestaltet wurden (vgl. §§ 123 Abs. 2, 194 Abs. 1 S. 1 StGB).

36 Feltes/ Ruch (Fn. 33), 68 f.; Clemens Arzt, Verbunddateien des Bundeskriminalamts – Zeitgerechte Flurbereinigung, NJW 2011, 352-354, 353 f.; Steinat (Fn. 21), 209 f.

37 Arzt/ Eier (Fn. 29), 823; Feltes/ Ruch (Fn. 33), 74; vgl. auch OVG NRW, 5 B 417/13 Rn. 32 ff.

38 Vgl. Nr. 2.2 EAO Datei Gewalttäter rechts.

39 Steinat (Fn. 21), 61.

Den Speicherungsanlässen und -zwecken entsprechend ist auch der Personenkreis weit gefasst, der in den Dateien erfasst werden kann. Bei der Datei „Gewalttäter rechts“ umfasst dieser Kreis etwa im Phänomenbereich politisch rechts motivierter Straftaten Beschuldigte, Verdächtige, rechtskräftig Verurteilte und sog. Anlasspersonen, d.h. Personen, bei denen tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die betroffenen Personen in naher Zukunft Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden.<sup>40</sup> Der Speicherungsanlass hat dabei Auswirkungen auf die Eingriffsintensität der Speicherung und insbesondere bei sog. Anlasspersonen (§ 18 Abs. 1 Nr. 4 BKAG) ist angesichts der Eingriffsintensität die Unbestimmtheit der Speicherungsvoraussetzungen zu kritisieren.<sup>41</sup> Das BVerfG hat sich in seinem Urteil vom 01.10.2024 näher mit § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BKAG beschäftigt, der die Speicherung von Beschuldigten im polizeilichen Informationsverbund regelt.<sup>42</sup> In dieser Entscheidung hat das BVerfG beanstandet, dass es bei der Speicherung von Beschuldigten regelmäßig an einer auf zureichende tatsächliche Anhaltspunkte gestützten Negativprognose mangelt, dass die Speicherung der Daten auch in Zukunft für die Verhütung und Verfolgung von Straftaten erforderlich ist.<sup>43</sup> Leider hat es in diesem Rahmen mangels hinreichend substantierter Beschwer nicht näher zu § 18 Abs. 5 BKAG Stellung genommen, der die besonders grundrechtsintensive Weiterverarbeitung der Daten von Freigesprochenen ermöglicht, es sei denn, aus den Entscheidungsgründen ergibt sich, dass die Tat nicht oder nicht rechtswidrig begangen wurde.<sup>44</sup>

Darüber hinaus ist Verbundrelevanz der zu speichernden Daten erforderlich, § 30 Abs. 1 BKAG. Dies meint, dass die am polizeilichen Informationsverbund teilnehmenden Stellen dort ausschließlich personenbezogene Daten verarbeiten, deren Verarbeitung für die Verhütung und Verfolgung von Straftaten mit länderübergreifender, internationaler oder erheblicher Bedeutung erforderlich ist, §§ 16, 18, 19 BKAG.<sup>45</sup> Eine Überprüfung der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) zeigte allerdings, dass die für eine Verbundrelevanz erforderliche Negativprognose regelmäßig fehlt oder lediglich durch das Abschreiben des Gesetzeswortlauts simuliert wird.<sup>46</sup>

Auch die Art und Weise der weiteren Verwendung der durch polizeiliche Maßnahmen erhobenen Daten beeinflusst die Eingriffsintensität. Das BVerfG hat für die Bestimmung der Eingriffsintensität und mögliche Rechtfertigung der Eingriffe die Grundsätze der Zweckbindung und Zweckänderung aufgestellt. Handelt es sich bei der Datenverarbeitung um eine weitere Nutzung, d.h. eine Nutzung innerhalb der ursprünglichen Zwecksetzung seitens derselben Behörde im Rahmen derselben Aufgabe und für den Schutz derselben Rechtsgüter, sind die Grundsätze der Zweckbindung gewahrt. Hingegen stellt jede Datenverarbeitung zu sonstigen Zwecken (sonstige Strafverfahren, Gefahrenabwehr, sonstige polizeiliche beziehungsweise justizielle Tätigkeit) stets einen eigenen Grundrechtseingriff dar und bedarf somit einer gesonderten Rechtsgrundlage. Zudem muss die zweckändernde Weiternutzung dem Kriterium der hypothetischen Dateneuerhebung genügen, d.h. zur Aufklärung vergleichbar gewichtiger Straftaten oder zum polizeilichen

<sup>40</sup> Vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 1-4, Abs. 2 BKAG i.V.m. Nr. 2.2, 3 EAO Gewalttäter rechts.

<sup>41</sup> BVerfG, Urt. v. 01.10.2024 - 1 BvR 1160/19 - BKAG II, Rn. 161; Lagmöller (Fn. 23).

<sup>42</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 01.10.2024 - 1 BvR 1160/19 - BKAG II, Rn. 152 ff.

<sup>43</sup> Ebd., Rn. 186, 211; vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BKAG i.V.m. § 2 Abs. 1-3 BKAG.

<sup>44</sup> Golla (Fn. 2).

<sup>45</sup> Arzt (Fn. 22), Rn. 1206.

<sup>46</sup> Bundesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Tätigkeitsbericht 2021, 05.04.2022, 91.

Schutz von vergleichbar gewichtigen Rechtsgütern verwendet werden.<sup>47</sup> Eine längerfristige Speicherung im polizeilichen Informationsverbund, wie bei den Gewalttäterdateien, ist als sog. vorsorgliche Datenspeicherung eine zweckändernde Weiternutzung, die der Verhütung und Verfolgung von Straftaten dient, § 2 Abs. 1, 3 BKAG.<sup>48</sup> Besonders vertieft wird die Grundrechtsbelastung der Gewalttäterdateien dadurch, dass die Informationen für am Verbund beteiligte Stellen umfassend und breit verfügbar sind und durch den Umbau der polizeilichen Datenbanken in den einheitlichen Informationsverbund eine umfassende Datenbankverschmelzung und -vernetzung stattfand.<sup>49</sup>

### b) Verselbstständigung gegenüber legislativer und judikativer Kontrolle

Das Wechselspiel der komplexen aber unbestimmten Rechtsgrundlagen, mangelnden Kontrolle und hohen Hürden für gerichtlichen Rechtsschutz eröffnet der Polizei beim Betrieb der Gewalttäterdateien und dem Informationsverbund im Allgemeinen einen großen Spielraum, innerhalb dessen sie ihre Informationstätigkeit verselbstständigen und sich von Bindungen zunehmend lösen kann. Um im Hinblick auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) aber verhältnismäßig zu sein, müssten hinreichende Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle gewahrt sein.<sup>50</sup>

Dies beginnt bereits bei der mangels Verweisung in § 84 Abs. 1 BKAG fehlenden Pflicht nach § 56 BDSG, Betroffene darüber zu unterrichten, dass eine Eintragung in einer polizeilichen Datenbank stattgefunden hat und welchen Inhalts sie war. Dies führt dazu, dass Betroffene regelmäßig nichts von einer Speicherung wissen bzw. erst von ihr erfahren, wenn sie (möglicherweise aufgrund dieser Eintragung) Adressat\*innen einer weiteren polizeilichen Maßnahme werden. Zwar haben sie nach § 84 Abs. 1 BKAG i.V.m. § 57 BDSG einen Auskunftsanspruch, es ist aber wohl kaum davon auszugehen, dass viele Betroffene von dieser Möglichkeit Gebrauch machen oder überhaupt von ihr wissen.<sup>51</sup>

In Anbetracht der potentiell sehr intensiven Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung durch Eintragungen und sonstige Weiterverwendungen, wird in der fehlenden Benachrichtigungspflicht regelmäßig ein Problem mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gesehen, die bestimmt, dass der Rechtsweg offenstehen muss, wenn durch exekutive Maßnahmen subjektive Rechte verletzt sein könnten. Es ist davon auszugehen, dass bei fehlender Benachrichtigungspflicht auch weniger Personen gerichtlichen Rechtsschutz begehren, sodass die Polizei den Informationsverbund weitgehend von gerichtlicher Kontrolle gelöst betreiben kann.<sup>52</sup> In einem vergleichbaren Fall, der Verbunddatei „Schläfer“, hat das BVerfG die fehlende Benachrichtigungspflicht als mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar bewertet. Es besteht somit Grund zur Annahme, dass eine Benachrichtigungspflicht auch im Rahmen der Gewalttäterdateien verfassungsrecht-

47 BVerfGE 141, 220, 324 f. – BKAG; Tobias Singenstein, Folgen des neuen Datenschutzrechts für die Praxis des Strafverfahrens und die Beweisverbotslehre, NStZ 2020, 639-644, 641.

48 BVerfG, Urt. v. 01.10.2024 - 1 BvR 1160/19 - BKAG II, Rn. 157 f., 166, 181.

49 Arzt (Fn. 22), Rn. 1117.

50 BVerfG, Urt. v. 01.10.2024 - 1 BvR 1160/19 - BKAG II, Rn. 90, 192; BVerfGE 141, 220, 282 - BKAG.

51 Arzt/ Eier (Fn. 29), 824; vgl. auch: BVerfG, Urt. v. 01.10.2024 - 1 BvR 1160/19 - BKAG II, Rn. 169.

52 Feltes/ Ruch (Fn. 33) 74, 78.

lich geboten ist.<sup>53</sup> Doch selbst wenn eine betroffene Person Kenntnis von der Eintragung erlangt hat, sind die Erfolgsaussichten eines Antrags und einer ggf. folgenden auf Löschung der Daten gerichteten Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO) prekär. Nach § 84 Abs. 1 BKAG i.V.m. § 58 Abs. 1, 2 BDSG stehen den Betroffenen Ansprüche auf Berichtigung und Löschung der Daten zu, sofern diese rechtswidrig eingetragen wurden. Nach § 18 Abs. 5 BKAG ist die Weiterverarbeitung unzulässig und sind somit die Daten zu löschen, wenn die\*der Beschuldigte rechtskräftig freigesprochen, die Eröffnung des Hauptverfahrens unanfechtbar abgelehnt oder das Verfahren nicht nur vorläufig eingestellt wurde und sich aus den Gründen der Entscheidung ergibt, dass die betroffene Person die Tat nicht oder nicht rechtswidrig begangen hat. Davon sind allerdings nicht alle Einstellungsmöglichkeiten der StPO erfasst, die hinsichtlich der Rechtsfolgen selbst nicht zwischen den Einstellungsformen differenziert. Selbst bei Fällen des § 170 II StPO wird sich aus den Einstellungsgründen regelmäßig nicht positiv ergeben, dass eine Einstellung darauf beruht, dass die Tat nicht oder nicht rechtswidrig begangen wurde, da der Maßstab der Anklageerhebung die Feststellung eines hinreichenden Tatverdachts voraussetzt. Wird nur der Mangel eines hinreichenden Tatverdachts festgestellt, ergeben sich daraus nicht zwingend die erforderlichen positiven Feststellungen.<sup>54</sup>

Darüber hinaus bestehen Aussonderungsprüffristen für die eingetragenen Informationen, die maximal fünf Jahre ab dem letzten zu einer Eintragung führenden Ereignis betragen. Liegen die Voraussetzungen nicht mehr vor, sind die Daten zu löschen.<sup>55</sup> Die Frist verlängert sich allerdings mit jedem weiteren Speicherungsanlass innerhalb dieses Zeitraums um maximal fünf weitere Jahre.<sup>56</sup> Die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit tragen im polizeilichen Informationsverbund die eintragenden Stellen, die jeweils die Rechtmäßigkeit der Erhebung, Zulässigkeit der Eingabe sowie Richtigkeit oder Aktualität der Daten zu überprüfen haben, § 31 Abs. 2 S. 1 BKAG. Dies bewirkt eine breite Verantwortungsdiffusion ohne einheitliche Überprüfungspraxis und es bestehen wenig Anhaltspunkte dafür, dass die notwendigen Überprüfungen regelmäßig erfolgen. Zweifel daran schüren stichprobenartige Überprüfungen verwandter Dateien, wie der Zentraldatei politisch motivierter Kriminalität links, bei der eine Überprüfung im Jahr 2015 eine Quote von 90% rechtswidrigen Eintragungen ergab.<sup>57</sup>

### c) Kreislauf der Selbstermächtigung bei Folgemaßnahmen

Ergreifen die Polizeibehörden anlässlich von Eintragungen in polizeiliche Datenbanken Maßnahmen, werden diese als Folgemaßnahmen bezeichnet. Aus ihnen kann sich zusammen mit Dateneintragungen und -weiterverwendungen eine hohe additive und kumula-

<sup>53</sup> BVerfGE 115, 320 – Rasterfahndung II; Thomas Kehr/ Indra Spiecker gen. Döhmann, Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 09.06.2010 – Datei Gewalttäter Sport, DVBl 2011, 930-936, 930, 935; Björn Schiffbauer, Fußballfans im Abseits des effektiven Rechtsschutzes? Das bundesweite Stadionverbot, die Verbunddatei „Gewalttäter Sport“ und Art. 19 Abs. 4 GG, DVBl. 2014, 1173-1179, 1176.

<sup>54</sup> Kehr/ Spiecker (Fn. 53), 932 ff.

<sup>55</sup> vgl. §§ 75 Abs. 2, 4 BDSG, §§ 77 Abs. 1, 17 Abs. 6 Nr. 8 BKAG i.V.m. Nr. 8.1, 8.2 EAO Gewalttäter Sport; Kehr/Spiecker (Fn. 53), 932 ff.

<sup>56</sup> Vgl. Arzt (Fn. 31), 993.

<sup>57</sup> Feltes/ Ruch (Fn. 33), 70.

tive Grundrechtslast ergeben.<sup>58</sup> Folgemaßnahmen werden vor allem im Bereich von personenbezogener Gefahrenabwehr im Gefahrenvorfeld getroffen. Dafür sind situationsbezogene und personenbezogene Anhaltspunkte erforderlich, die die Gefahrenprognose hinreichend stützen. Aufgrund der großen Ambivalenz der Anknüpfungstatsachen sind Maßnahmen im Gefahrenvorfeld besonders fehleranfällig.<sup>59</sup> Als Folgemaßnahmen kommen bspw. Gefährderansprachen, Ausreiseuntersagungen, Aufenthaltsverbote, Platzverweise, Ingewahrsamnahmen sowie Fahrzeug- und Personenkontrollen in Betracht.<sup>60</sup> In Kombination mit dem weitgehend unkontrollierten Betrieb der Datenbanken, die zusätzliche Gründe für polizeiliche Maßnahmen schaffen, droht zudem ein Kreislauf der Selbstermächtigung durch tatbestandergänzendes Handeln.

Die dogmatischen Erfordernisse für personenbezogene Gefahrenabwehrmaßnahmen entstammen vor allem dem Bereich der Abwehr terroristischer Gefahren und sind durch Absenkungen der Eingriffsvoraussetzungen im Gefahrenvorfeld gekennzeichnet. In diesem Bereich ist es für bestimmte Überwachungsmaßnahmen mitunter zulässig, allein auf personenbezogene Prognosen gestützt auch schwerwiegende Grundrechtseingriffe vorzunehmen. Im Bereich der Gewalttäterdateien hingegen ist es nicht ausreichend, dass nur die personenbezogenen Voraussetzungen vorliegen, um Maßnahmen zu ergreifen, d.h. allein auf eine Eintragung können bspw. Überwachungsmaßnahmen nicht gestützt werden.<sup>61</sup> Erforderlich sind vielmehr zusätzliche tatsächliche Anhaltspunkte, die über allgemeine Bedrohungslagen oder Alltagsvermutungen hinausgehen.<sup>62</sup> So führte das VG Hamburg in einem entsprechenden Fall aus, dass bei der Adressat\*in einer Maßnahme zum einen eine aus tatsächlichen Anhaltspunkten gewonnene Disposition zur Straftatbegehung vorliegen muss und zum anderen eine auf vorliegenden Indizientatsachen gegründete konkret-individuelle Prognose erfolgen muss, dass die Adressat\*in in dem betreffenden Gebiet unter den voraussichtlichen Umständen eine Straftat begehen wird.<sup>63</sup> In der Praxis zeigt sich jedoch ein anderes Bild: Eintragungen werden regelmäßig auch allein als Prognosegrundlage für polizeiliche Maßnahmen genutzt, die häufig über reine Gefahrerforschungsmaßnahmen hinausgehen. Vor allem bei aktionellen Maßnahmen, aber auch vielen Überwachungsmaßnahmen, die auf eine Eintragung gestützt werden, ist daher regelmäßig davon auszugehen, dass es sich um rechtswidrige Folgemaßnahmen handelt.<sup>64</sup>

Die Praxis der alleinigen Anknüpfung an Eintragungen für eine Gefahrenprognose birgt vor allem vor dem Hintergrund mangelnder Kontrolle der Einspeicherungen und Aussonderungsprüffristen die Gefahr, dass sich die Polizeien durch tatbestandergänzendes Handeln verselbstständigen. Denn wenn es möglich ist, in Anknüpfung an diverse

58 Dominik Brodowski/ Matthias Jahn/ Charlotte Schmitt-Leonardy, Aufgaben, Anwendungsfälle und Aporien der Gefahrenabwehr durch Strafrecht heute – Teil 2, GSZ 2018, 7-11, 8; vgl. zum additiven Grundrechtseingriff BVerfGE 141, 220, 280 – BKAG.

59 Hanschmann, Felix, „Gefährder“ – eine neue alte Figur im Öffentlichen Recht, KJ 2017, 434-447, 439.

60 Feltes/ Ruch (Fn. 33), 76; Arzt (Fn. 22), Rn. 1257f.

61 Feltes/ Ruch (Fn. 33), 77; Arzt/ Eier (Fn. 29), 819; Kehr (Fn. 26), 173 f.; Kehr/ Spiecker (Fn. 53), 930; Markus Ogorek, Gefahrenvorfeldbefugnisse. Überlegungen zur Struktur und Dogmatik polizeirechtlicher Eingriffstatbestände, JZ 2019, 63-71, 66.

62 Bäcker (Fn. 15), Rn. 287 ff.; Trute, Hans-Heinrich, Zur Entwicklung des Polizeirechts 2009-2013, Die Verwaltung 2013, 537-561, 541.

63 VG Hamburg, Urteil vom 2. Oktober 2012 – 5 K 1236/11; vgl. Trute (Fn. 62), 539 f.

64 Kehr (Fn. 26), 173; Kehr/ Spiecker (Fn. 53), 930; Schiffbauer (Fn. 53), 1175.

Präventivmaßnahmen Einspeicherungen vorzunehmen, diese auch dazu genutzt werden können, um die maximal fünfjährige Löschungsfrist zu aktualisieren, und Folgemaßnahmen allein auf Eintragungen in den Dateien gestützt werden, eröffnet sich für die Polizei die Möglichkeit, die Voraussetzungen für künftige Eingriffsmaßnahmen eigenmächtig zu schaffen.

#### V. Fazit

Der Betrieb des polizeilichen Informationssystems bedeutet für viele Bürger\*innen massive Eingriffe in ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, vor dessen Hintergrund das Ausmaß der Verselbstständigung ein besonders drängendes Problem darstellt und zudem in Konflikt mit dem Rechtsstaatsprinzip und der demokratischen Gewaltenteilung gerät.<sup>65</sup> Der Grad an Intransparenz und mangelnder legislativer wie judikativer Kontrolle ermöglicht es den Polizeibehörden, ihren Informationsverbund relativ ungestört und unkontrolliert zu betreiben. Darüber hinaus können anknüpfend an die Datenbanken eingriffsintensive polizeiliche Maßnahmen ergriffen werden, zu denen sich die Polizeien unter Umständen durch die Datenbanken selbst ermächtigen. Die Ansätze materialistischer Polizeikritiken erweitern die Perspektive der normativ-juristischen Kritik um wichtige Aspekte. Denn wenn der Drang zur Verselbstständigung auf die Rolle der Institution Polizei innerhalb der gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse zurückgeht, reichen strenger formulierte gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen nicht aus, um den strukturell begründeten Überschreitungen der gesetzlichen Ermächtigungen zu begegnen. Vielmehr folgt daraus, dass ein Umdenken in Bezug auf die Institution Polizei selbst notwendig ist.

65 Feltes/ Ruch (Fn. 33), 77; Arzt/ Eier (Fn. 29), 819, 823; Kehr (Fn. 26), 173 f.

*Philippe Rieth*

# Strafverfahren im Dienste der Geschichtspolitik

## Topoi und Sprache in NS-Verfahren in der DDR

### 1 Einleitung

Die strafrechtliche Aufarbeitung der während des Nationalsozialismus (NS) begangenen Verbrechen war in der Bundesrepublik Deutschland (BRD) wie auch in der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) nicht nur ein juristisches Unterfangen. Denn die Gerichte bezogen in ihren Urteilen durch die Darstellung des Nationalsozialismus und seiner Anhänger\*innen stets auch Position zur Vergangenheit – ob intendiert oder nicht. Bereits in den Verfahren der Alliierten unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg „ging es nie nur um punktuelle oder isolierte kriminelle Handlungen und deren Ahndung, sondern stets auch um die Geschichte des Nationalsozialismus“.<sup>1</sup> Auch spätere Verfahren in der BRD waren teils von Bemühungen um die „Nutzung eines Strafverfahrens zu geschichtspolitischen Zwecken“ gekennzeichnet.<sup>2</sup>

Vor diesem Hintergrund untersucht der Beitrag, inwieweit auch in der DDR Verfahren wegen in Konzentrationslagern (KZ) begangener Tötungsverbrechen geschichtspolitisch genutzt wurden. Im Zentrum steht dabei die Frage nach den ideologischen und politischen Hintergründen der Darstellung des Tatkontexts und der Täter\*innen wie auch der Formulierung von Topoi zum Nationalsozialismus. Dabei stützt sich die Untersuchung auf eine qualitative Auswertung der von Christiaan F. Rüter und Dick W. de Milda gesammelten ostdeutschen Verfahren.<sup>3</sup> Ergänzend hierzu werden Beiträge aus der

1 Eckart Conze, Verbrecherische Organisation, in: Hürter/Mayer (Hg.), Das Auswärtige Amt in der NS-Diktatur, Berlin/München/Boston 2014, 219–238, 221.

2 Boris Burghardt, Vor 60 Jahren: Fritz Bauer und der Braunschweiger Remer-Prozess. Ein Strafverfahren als Vehikel der Geschichtspolitik, Journal der Juristischen Zeitgeschichte 6(2) (2012), 47–59, 58. Siehe auch: Boris Burghardt, Ein Teil des Kampfes um Humanität. Fritz Bauers Vorstellungen zur Funktion der NS-Prozesse, in: Rauschenberger/ Steinbacher (Hg.), Fritz Bauer und „Achtundsechzig“, Göttingen 2020, 25–46; Norbert Frei, Der Frankfurter Auschwitz-Prozeß und die deutsche Zeitgeschichtsforschung, in: Fritz Bauer Institut (Hg.), Auschwitz. Geschichte, Rezeption und Wirkung, Frankfurt/New York 1996, 123–138.

3 Christiaan F. Rüter/Dick W. de Milda (Hg.), DDR-Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung ostdeutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945–1990, Amsterdam/München 2002ff. Die zwischen 2002 und 2009 veröffentlichten 14 Bände enthalten Abschriften sämtlicher auffindbaren, nach dem Zweiten Weltkrieg ergangenen Urteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen derjenigen deutschen Gerichte, die in der SBZ und später auf dem Territorium der DDR tätig waren. Die Urteile werden im Folgenden als ‚DJuNSV‘ mit ihrer laufenden Nummer angegeben.

*Neuen Justiz* sowie Artikel aus der DDR-Presse herangezogen, welche die Öffentlichkeit über die Verfahren gegen NS-Verbrecher\*innen informierten.

Mit seinem Forschungsinteresse knüpft der vorliegende Beitrag an das wissenschaftliche Analysekonzept der *Geschichtspolitik* an. Bei diesem handelt es sich nach Edgar Wolfrum um ein an die Öffentlichkeit gerichtetes „Handlungs- und Politikfeld, auf dem verschiedene Akteure Geschichte mit ihren spezifischen Interessen befrachten und politisch zu nutzen suchen.“<sup>4</sup> Hierdurch entsteht ein Geschichtsbild – eine Vorstellung und Deutung der Vergangenheit – das sowohl zur Orientierung für Individuen als auch zur Legitimierung und Stabilisierung des staatlichen Selbstverständnisses dient.<sup>5</sup> Im Mittelpunkt der Untersuchung von Geschichtspolitik steht daher die Herausarbeitung der für die Deutung der Vergangenheit relevanten Akteur\*innen sowie ihrer Intentionen und Handlungen und weniger der Wahrheitsgehalt dieser Deutung.<sup>6</sup>

Im Folgenden wird zunächst der Umgang in der DDR mit der nationalsozialistischen Vergangenheit – zwischen antifaschistischem Staatsumbau und politisch motivierter Strafverfolgung – skizziert (Abschnitt 2). Daran anschließend erfolgt die Darstellung der Rechtsgrundlagen für die Strafverfolgung von NS-Verbrechen, ausgehend vom alliierten Besetzungsrecht hin zu nationalen und völkerstrafrechtlichen Tatbeständen (Abschnitt 3). Die anschließende Analyse der Urteile zeigt, dass die Taten systematisch als staatlich gelenkte Organisationsverbrechen im Kontext eines Klassenkampfes eingeordnet wurden. Dies diente neben der historischen Kontextualisierung der Taten auch der Abgrenzung von der BRD, die als Fortsetzung des Nationalsozialismus delegitimiert werden sollte (Abschnitt 4). Schließlich wird herausgearbeitet, wie die Charakterisierung der Angeklagten als Unmenschen, die sich bereitwillig in das verbrecherische System des Nationalsozialismus eingeordnet hatten, eine ideologische und moralische Distanz zwischen ihnen und der DDR-Gesellschaft konstruiert werden sollte. Hierzu wurden von den Gerichten auch die Nachkriegsbiografien der Angeklagten herangezogen (Abschnitt 5). Insgesamt zeigt sich, dass die Verfahren gegen NS-Verbrecher\*innen in der DDR weniger der individuellen, strafrechtlichen Verurteilung dienten, sondern vielmehr der juristischen Untermauerung des antifaschistischen Selbstverständnisses.

## 2 Der Umgang mit dem Nationalsozialismus in der DDR

Mit der Staatsgründung der DDR verband die kommunistische Führung die Etablierung eines „Gründungsmythos“, der sowohl Legitimation für das neue Staatsgebilde als auch Abgrenzung gegenüber der BRD schuf. Diese Funktion übernahm der Antifaschismus, der fortan die Politik in der DDR bestimmte.<sup>7</sup> Bereits unmittelbar nach Kriegsende

4 Edgar Wolfrum, *Geschichtspolitik in der Bundesrepublik Deutschland: der Weg zur bundesrepublikanischen Erinnerung 1948-1990*, Darmstadt 1999, 25.

5 Gerhard Schneider, *Geschichtsbild*, in: Bergmann/Fröhlich/Kuhn/Rüsen/Schneider/Assmann (Hg.), *Handbuch der Geschichtsdidaktik*, Seelze-Velber 1997, 290–293, 290.

6 Wolfrum (Fn. 4) 26.

7 Herfried Münkler, *Antifaschismus als Gründungsmythos der DDR. Abgrenzungsinstrument nach Westen und Herrschaftsmittel nach innen*, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hg.), *Der Antifaschismus als Staatsdoktrin der DDR*, Sankt Augustin/Berlin 2009, 31-49, 34-42; Raina Zimmering, *Mythen in der Politik der DDR. Ein Beitrag zur Erforschung politischer Mythen*, Opladen 2000, 37; Falco Werkentin, *Politische Strafjustiz in der Ära Ulbricht: vom bekennenden Terror zur verdeckten Repression*, Berlin 1997, 168-171.

identifizierte die Kommunistische Partei Deutschlands (KPD) ein Dreierbündnis aus Nationalsozialisten, Militaristen und Kapitalisten als Hauptschuldige für die Verbrechen des Nationalsozialismus.<sup>8</sup> Dies entsprach der gängigen kommunistischen Faschismusdefinition als „die offene terroristische Diktatur der am meisten reaktionären, chauvinistischen und imperialistischen Elemente des Finanzkapitals“ (*Dimitroff-Formel*).<sup>9</sup> In Abgrenzung zu dieser belastenden deutschen Vergangenheit, die „als etwas Fremdes markiert“ wurde,<sup>10</sup> inszenierte sich die DDR als antifaschistischer Staat und als „das bessere Deutschland“.<sup>11</sup> Dazu gehörte auch der Umbau der gesellschaftlichen Ordnung, welcher die ökologischen und ideologischen Grundlagen für Faschismus, Militarismus und Imperialismus beseitigen sollte.<sup>12</sup> In der Konsequenz wurden die Begriffe Faschismus und Antifaschismus allgemein als Bezeichnung für die Unterscheidung zwischen Freund und Feind sowie zwischen Innen und Außen der Gesellschaft verwendet.<sup>13</sup>

Entsprechend wurde auch in Bezug auf den Umgang mit NS-Verbrecher\*innen das Narrativ verbreitet, dass unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg die Wurzeln des Faschismus radikal beseitigt, die Täter\*innen bestraft und die DDR als antifaschistischer Staat frei von ehemaligen Nationalsozialist\*innen aufgebaut worden sei.<sup>14</sup> Tatsächlich war zunächst eine sehr konsequente Entnazifizierungspolitik verfolgt und Tausende Verfahren wegen NS-Verbrechen geführt worden. Doch bereits zu Beginn der 1950er Jahre ermöglichte die DDR-Führung vielen Belasteten eine Reintegration in die neue Gesellschaft und betrachtete die Strafverfolgung von NS-Verbrecher\*innen auf ihrem Territorium als abgeschlossen.<sup>15</sup> So wurden zwischen 1955 und 1989 lediglich noch 123 Verurteilungen wegen während des Nationalsozialismus begangener Verbrechen ausgesprochen.<sup>16</sup> Dieser Rückgang lässt sich auch mit der Legitimitätsfunktion des Antifaschismus erklären: Regelmäßige Strafverfahren hätten das propagierte Bild einer täterfreien DDR in Frage gestellt, was dem antifaschistischen Selbstverständnis der DDR widersprochen und einen Glaubwürdigkeitsverlust für die Führung der Sozialistischen Einheitspartei Deutschlands (SED) bedeutet hätte.<sup>17</sup> Die Bedeutung dieser Ausblendung

8 Aufruf des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei an das deutsche Volk zum Aufbau eines antifaschistisch-demokratischen Deutschlands vom 11. Juni 1945.

9 Der Faschismus in Deutschland – XIII. Plenum des Exekutivkomitees der Kommunistischen Internationale – Dezember 1933, Moskau/Leningrad 1934, 277–282, 277.

10 Münckler (Fn. 7) 37.

11 Katrin Hammerstein, Gemeinsame Vergangenheit – getrennte Erinnerung? Der Nationalsozialismus in Gedächtnisdiskursen und Identitätskonstruktionen von Bundesrepublik Deutschland, DDR und Österreich, Göttingen 2017, 49.

12 DJuNSV 1068, 6.

13 Christopher Classen, Macht durch Moral?, in: Heitzer, Jander, Kahane, Poutrus (Hg.), Nach Auschwitz: Schwieriges Erbe DDR, Frankfurt am Main 2021, 104–107.

14 Karl-Heinrich Borchert, Verantwortung und Rechtspflicht zur konsequenten Verfolgung von Nazi- und Kriegsverbrechen, Neue Justiz 43(10) (1989), 390–393.

15 Martin Kiechle, Ein „unseren gesellschaftlichen Verhältnissen widersprechendes Ergebnis“. Das Ministerium für Staatssicherheit und die „Euthanasie“-Verbrechen in Stadtroda, in: Ganzenmüller (Hg.), Recht und Gerechtigkeit: die strafrechtliche Aufarbeitung von Diktaturen in Europa, Köln 2017, 88; Henry Leide, Auschwitz und Staatssicherheit: Strafverfolgung, Propaganda und Geheimhaltung in der DDR, Berlin 2021, 11.

16 Die Zahlen zu den Verurteilungen sind entnommen: Christiaan F. Rüter/Dick W. de Mildt (Hg.), Register und Dokumente, Amsterdam/München 2010, 97–99.

17 Henry Leide, NS-Verbrecher und Staatssicherheit: die geheime Vergangenheitspolitik der DDR, Göttingen 2005, 124.

nationalsozialistischer Kontinuitäten wuchs mit fortschreitendem zeitlichem Abstand zum Nationalsozialismus. Spätestens mit der Übernahme der Ermittlungen von NS-Verbrecher\*innen durch das Ministerium für Staatssicherheit Mitte der 1960er Jahre stand die strafrechtliche Verfolgung von NS-Verbrecher\*innen dann auch formal unter einem politischen und ideologischen Vorbehalt. So nahmen die Ermittler\*innen weniger die individuelle Schuld als vielmehr die „[p]olitische Loyalität und soziale Anpassung an sozialistische Normierungsmuster“<sup>18</sup> der Verdächtigen in den Fokus.<sup>19</sup>

### 3 Die Rechtsgrundlagen der Strafverfolgung von NS-Verbrechen

Um nach den Urteilen im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess auch eine entsprechende Strafverfolgungspraxis in den Besatzungszonen zu etablieren, verabschiedete der Alliierte Kontrollrat am 20. Dezember 1946 das Kontrollratsgesetz Nr. 10 (KRG Nr. 10). Als einheitliche Grundlage der Strafverfolgung von NS-Verbrecher\*innen in allen Besatzungszonen gedacht, überführte das KRG Nr. 10 die vom Internationalen Militärtribunal (IMT) etablierten völkerstrafrechtlichen Tatbestände Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit in das Besatzungsrecht. Zudem waren in Art. II Nr. 3 auch mögliche Strafen vorgesehen – von dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte über eine Geldstrafe bis hin zur Todesstrafe. Ergänzend hierzu war bereits am 12. Oktober 1946 die Kontrollratsdirektive Nr. 38 (KRD Nr. 38) als Richtlinie für die Entnazifizierung erlassen worden. Diese sah Sühnemaßnahmen für Förder\*innen und Anhänger\*innen des Nationalsozialismus vor, entsprechend der Einordnung der Betroffenen in fünf Gruppen der Verantwortlichkeit (Hauptschuldige, Belastete, Minderbelastete, Mitläufers und Entlastete). In der Sowjetischen Besatzungszone (SBZ) und später der DDR fand die KRD Nr. 38 jedoch Anwendung als Strafgesetz, insbesondere bei der Strafverfolgung von NS-Verbrecher\*innen. Mit dem Befehl Nr. 201 der Sowjetischen Militäradministration in Deutschland (SMAD-Befehl Nr. 201) vom 16. August 1947 wurden in der SBZ dann auch erstmals deutsche Sonderstrafkammern – besetzt mit politisch zuverlässigen „Volksrichtern“ – mit der Strafverfolgung von NS-Verbrechen auf Grundlage der KRD Nr. 38 betraut.<sup>20</sup>

18 Annette Weinke, Die Verfolgung von NS-Tätern im geteilten Deutschland: Vergangenheitsbewältigungen 1949–1969 oder Eine deutsch-deutsche Beziehungsgeschichte im Kalten Krieg, Paderborn 2002, 75.

19 Jens Gieseke, Antifaschistischer Staat und postfaschistische Gesellschaft: die DDR, das MfS und die NS-Täter, *Historical Social Research* 35(3) (2010), 79–94, 88–89; Clemens Vollnhals, Die Verfolgung von NS- und Kriegsverbrechen durch alliierte und deutsche Gerichte in der Bundesrepublik und der DDR, in: Ganzenmüller (Hg.), Recht und Gerechtigkeit: die strafrechtliche Aufarbeitung von Diktaturen in Europa, Köln 2017, 33–53, 48; Weinke (Fn. 18) 315–316; Hermann Wentker, Die juristische Ahndung von NS-Verbrechen in der Sowjetischen Besatzungszone und in der DDR, *Kritische Justiz* 35(1) (2002), 60–78, 76.

20 Christian Dirks, „Die Verbrechen der anderen“: Auschwitz und der Auschwitz-Prozess der DDR: Das Verfahren gegen den KZ-Arzt Dr. Horst Fischer, Paderborn/München/Wien/Zürich 2006, 31–33, 43–48; Weinke (Fn. 18) 43–47; Annette Weinke, „Alliierter Angriff auf die nationale Souveränität? Die Strafverfolgung von Kriegs- und NS-Verbrechen in der Bundesrepublik, der DDR und Österreich, in: Frei (Hg.), Transnationale Vergangenheitspolitik. Der Umgang mit deutschen Kriegsverbrechern in Europa nach dem Zweiten Weltkrieg, Göttingen 2006, 37–93, 45–48; Hermann Wentker, Justiz in der SBZ/DDR 1945–1953: Transformation und Rolle ihrer zentralen Insti-

Erst als die Sowjetunion am 20. September 1955 die Souveränität der DDR anerkannte, verloren die alliierten Rechtsgrundlagen ihre Gültigkeit für den Rechtsbereich der DDR. Ab diesem Zeitpunkt konnten die während des Nationalsozialismus begangenen Verbrechen in der DDR nicht mehr als Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit verfolgt werden. Die Strafverfolgungsbehörden waren nun auf die Straftatbestände des nationalen Rechts, insbesondere § 211 StGB, beschränkt.<sup>21</sup>

Dies änderte sich im Jahr 1963 mit dem – in Abwesenheit geführten – Prozess gegen den damaligen Chef des Bundeskanzleramts Hans Globke.<sup>22</sup> In seinem Urteil vom 23. Juli 1963 vertrat das Oberste Gericht der DDR (OG) die Auffassung, dass die Verbrechen während des Nationalsozialismus „unmöglich von einer Einzelperson allein begangen werden“ konnten, sondern vielmehr „zentral geplant und geleitet und durch Gesetze, Verordnungen, sonstige Anweisungen und Befehle angeordnet“ worden seien. Erst das Zusammenwirken eines „Heer[s] von Einzelpersonen“ habe „den verbrecherischen Gesamterfolg ergeben“ können, der in der „Durchsetzung der räuberischen ökonomischen und politisch-reaktionären Ziele des faschistischen Staates“ bestanden habe.<sup>23</sup>

Daraus folgte das OG, dass sich die Verbrechen des Nationalsozialismus von der „allgemeinen Kriminalität“ unterschieden und somit nicht allein nach dem nationalen Strafrecht abzuurteilen seien. Auch die in Art. 6 IMT-Statut kodifizierten Tatbestände – welche bereits zum Tatzeitpunkt allgemein anerkannte Normen des Völkerrechts gewesen waren – seien als unmittelbar geltendes Recht gemäß Art. 5 der Verfassung der DDR von 1949 anzuwenden.<sup>24</sup> Damit war es der DDR-Justiz wieder möglich, NS-Verbrechen als Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu verfolgen. Art und Höhe der zulässigen Strafen waren jedoch nicht den Bestimmungen der Alliierten, sondern dem Strafgesetzbuch der DDR zu entnehmen.<sup>25</sup> Dieses Vorgehen wurde auch mit der Neufassung des Strafgesetzbuches in der DDR im Jahr 1968 in § 1 Abs. 6 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch verankert. Nach dem Urteil gegen Globke wurde die Anwendung des Art. 6 lit. c des IMT-Statuts (Verbrechen gegen die Menschlichkeit) zum Standard bei der strafrechtlichen Verfolgung entsprechender Taten.<sup>26</sup>

Bereits drei Jahre später modifizierte das OG seine Rechtsauffassung in seinem Urteil gegen den ehemaligen KZ-Arzt Horst Fischer. Nun argumentierte das Gericht, dass nationale Straftatbestände bei der Verfolgung von NS-Verbrechen nicht zur Anwendung kommen sollten. Denn nur durch die alleinige Anwendung der Straftatbestände des

tutionen Veröffentlichungen zur SBZ-/DDR-Forschung im Institut für Zeitgeschichte, München 2001, 399–432.

- 21 Henry Leide, Die verschlossene Vergangenheit. Sammlung und selektive Nutzung von NS-Materialien durch die Staatssicherheit zu justitiellen, operativen und propagandistischen Zwecken, in: Engelmann/Vollnhals (Hg.), Justiz im Dienste der Parteiherrschaft. Rechtspraxis und Staatssicherheit in der DDR, Berlin 2000, 495–530, 510–511; Leide, Auschwitz und Staatssicherheit (Fn. 15) 68–69; Wentker (Fn. 19) 70.
- 22 Die Analyse der von Rüter und de Mildt dokumentierten Verfahren zeigt, dass alle Verfahren in der Zeit zwischen der Anerkennung der Souveränität und dem Verfahren gegen Hans Globke auf Grundlage des nationalen Strafrechts geführt wurden.
- 23 DJuNSV 1068, 184.
- 24 DJuNSV 1068, 182–183.
- 25 DJuNSV 1068, 193.
- 26 In allen von Rüter und de Mildt gesammelten Verfahren, die nach dem Urteil gegen Hans Globke in der DDR eingeleitet wurden, wurden Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem IMT-Statut angeklagt.

IMT-Statuts sei eine „vollständige Erfassung und richtige Charakterisierung“ der Verbrechen möglich. Eine gleichzeitige Anwendung des nationalen Strafrechts würde „den jeweils spezifischen Inhalt und die Aufgabe dieser unterschiedlichen Normen ausser Betracht [sic]“ lassen.<sup>27</sup> Diese Argumentation hatte bereits ein Jahr zuvor auch der von der DDR zum ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess entsandte Nebenklagevertreter Friedrich Karl Kaul vertreten.<sup>28</sup>

Im Unterschied zur Strafverfolgung von NS-Verbrecher\*innen in der BRD, die primär auf dem nationalen Strafrecht basierte, griff die Justiz in der SBZ und der DDR somit in den 44 Jahren ihrer Tätigkeit überwiegend auf Strafnormen des Besatzungs- und Völkerrechts zurück.<sup>29</sup>

#### *4 Die Darstellung des Tatkontexts*

In ihren Urteilen bewerteten die Gerichte der DDR die verhandelten Taten nicht nur als individuelles Fehlverhalten, sondern als Ausdruck des verbrecherischen NS-Systems. Diese Einordnung erfolgte jedoch unter deutlichen ideologischen Vorzeichen. So wurde der Nationalsozialismus als Resultat des Klassenkampfes interpretiert, wodurch insbesondere die Beteiligung der Industrie am Massenmord in den Fokus gerückt wurde, während die spezifische antisemitische Dimension der Verbrechen in den Hintergrund trat. Zugleich diente die Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus als ideologischer Referenzpunkt, um die politische Situation in der BRD zu verurteilen.

##### **4.1 Der Nationalsozialismus als Klassenkampf**

Die Verfahren wegen NS-Verbrechen dienten in der DDR nicht allein der strafrechtlichen Ahndung, sondern verfolgten stets auch ein politisches Deutungsinteresse. Ziel der Gerichte war insbesondere die „Sichtbarmachung der klassenmässigen [sic] Wurzeln solcher Verbrechen“.<sup>30</sup> Die Darstellung des zeitgeschichtlichen Rahmens, in dem die Taten begangen worden waren, orientierte sich demnach konsequent an der Dimitroff-Formel: Die „ökonomisch herrschenden imperialistischen Kreise“ hätten die NSDAP gefördert, um ihre Machtposition „entgegen dem Widerstand des Volkes“ aufrechtzuerhalten und durch die Ausbeutung Europas „Maximalprofite[]“ zu erzielen.<sup>31</sup>

Diese Klassenkampferzählung bestimmte jedoch nicht nur den Blick auf das nationalsozialistische System, sondern beeinflusste ebenfalls die Bewertung der Täter in den KZ. So sah sich beispielsweise das OG dazu veranlasst, den Landarbeiter Wilhelm Schäfer

27 DJuNSV 1060, 714.

28 Plädoyer des Nebenklagevertreters Kaul zu Mulka, Höcker, Klehr, gehalten am 20.05.1965 vor dem LG Frankfurt a.M. in der „Strafsache gegen Mulka u.a.“, 4 Ks 2/63.

29 In den 932 von Rüter und de Milda dokumentierten Verfahren in der DDR wurde 866 Mal der Straftatvorwurf dem Völkerrecht entnommen. 89% dieser Vorwürfe lauteten auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Beihilfe zu diesen. Weitere 676 Mal wurde Anklage auch auf Grundlage von in der KRD Nr. 38 enthaltenen Bestimmungen erhoben. In lediglich 133 der 932 Verfahren beinhaltete die Anklage auch einen der Straftatbestände des nationalen Rechts.

30 DJuNSV 1001a, 12.

31 DJuNSV 1003a, 51-52; DJuNSV 1068, 183. Siehe auch: DJuNSV 1064a, 3; DJuNSV 1066a, 45; DJuNSV 1068, 75-76.

als von der Arbeiterklasse entfremdetes Individuum darzustellen. Obwohl Schäfer gemäß „seiner sozialen Herkunft, seiner Ausbildung und seiner beruflichen Tätigkeit nach der Arbeiterklasse angehörte“, habe er sich nicht länger mit dieser „verbunden“ gefühlt und „widersinnigerweise in den Arbeitern, besonders in den Kommunisten seine Feinde“ gesehen.<sup>32</sup>

Auch die Opfer des Nationalsozialismus wurden entsprechend der ideologischen Deutung selektiv hervorgehoben. Regelmäßig betonten die Gerichte die Maßnahmen „gegen die Arbeiterklasse und die Kommunistische Partei Deutschlands“<sup>33</sup> als Hauptcharakteristikum des Nationalsozialismus. Der Völkermord an den europäischen Juden fand hingegen über lange Zeit nur nachrangige Beachtung.<sup>34</sup> Erst in den 1980er Jahren wurde er in den Prozessen gegen NS-Verbrecher\*innen als wesentlicher Bestandteil des Nationalsozialismus beschrieben.<sup>35</sup> Jedoch deutete die DDR-Justiz den Völkermord als ideologisches Instrument, mit dem das deutsche Volk „vom objektiv existierenden Klassenkampf weg auf einen ‚Rassenkampf‘“ orientiert werden sollte.<sup>36</sup>

Im Mittelpunkt der gerichtlichen Ausführungen stand darüber hinaus die Verbindung des Völkermordes mit den Aktivitäten der Industriekonzerne. Die KZ seien nicht nur Orte der physischen Vernichtung gewesen, sondern auch in das „Streben nach höchstem Profit“ einbezogen worden.<sup>37</sup> Ganz im Sinne der „faschistischen Staats- und Wirtschaftsführung“ habe die Schutzstaffel (SS) die Voraussetzungen für große Konzerne wie die I.G. Farben, Krupp oder Siemens geschaffen, die KZ-Häftlinge maximal auszubeuten.<sup>38</sup> Diese „Vernichtung durch Arbeit“ beschrieb das Bezirksgericht (BG) Rostock in seinem Urteil gegen drei Aufseherinnen des Frauenkonzentrationslagers Ravensbrück als „spezifische monopolistische Variante des Massenmordens“.<sup>39</sup>

Insbesondere im Verfahren gegen den stellvertretenden Lagerarzt in Auschwitz, Horst Fischer, wurde eine identische Schuld von Konzernen und SS am Völkermord behauptet. Sowohl die Anklageschrift als auch die Presseberichte zum Verfahren, welches im zeitlichen Umfeld des zweiten Frankfurter Auschwitzprozesses stattfand, behandelten weniger die individuellen Taten Fischers als vielmehr die Zusammenarbeit der I.G. Farben mit der SS in Auschwitz.<sup>40</sup> Ergänzt wurde der Prozess durch eine Ausstellung vor dem Verhandlungssaal, welche die Rolle der I.G. Farben für den Lagerbetrieb in Auschwitz anhand von Karten, Dokumenten und Originalgegenständen behandelte.<sup>41</sup> Auch in der Urteilsschrift behandelten zehn der zwölf Absätze zur Darstellung des zeitgeschichtli-

32 DJuNSV 1079, 330.

33 DJuNSV 1055a, 558; DJuNSV 1059a, 671; DJuNSV 1060, 695; DJuNSV 1066a, 45; DJuNSV 1066b, 56; DJuNSV 1079, 331; DJuNSV 1109, 707.

34 Eine Ausnahme bildet das Verfahren DJuNSV 1064a gegen Hans Anhalt. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass die DDR das im Zusammenhang mit dem ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess geführte Verfahren ursprünglich für ihre Kampagnen gegen die DDR nutzen wollte. Siehe hierzu: Leide (Fn. 15) 156–170.

35 DJuNSV 1001a, 5, 14; DJuNSV 1003a, 52.

36 DJuNSV 1003a, 52. Siehe auch: DJuNSV 1064a, 3.

37 DJuNSV 1079, 333.

38 DJuNSV 1055a, 559. Siehe auch: DJuNSV 1055a, 559–562; DJuNSV 1060, 696–700; DJuNSV 1079, 333–334.

39 DJuNSV 1055a, 559.

40 Dirks (Fn. 20) 256, 267–268. Siehe hierzu auch die Anklagerede im Verfahren gegen Horst Fischer. In Auszügen abgedruckt als: Zehntausende auf dem Gewissen, Neue Zeit (NZ) v. 11.03.1966, 3.

41 Dirks (Fn. 20) 259–260.

chen Rahmens in aller Ausführlichkeit die Zusammenarbeit der I.G. Farben mit der SS. Lediglich im letzten Absatz dieser Darstellung fand der millionenfache Mord an den europäischen Juden in Auschwitz Erwähnung – ergänzt um den Hinweis, dass das zur Vergasung eingesetzte Zyklon B von der I.G. Farben bereitgestellt worden war.<sup>42</sup> Nicht erwähnt wurde dabei, dass die Nachfolgefirma von Topf & Söhne (Krematoriumsbauer) und Degesch (Zyklon B-Produzent) ihren Firmensitz in der DDR hatten.<sup>43</sup> Stattdessen nannte die Presse die westdeutschen Industriellen Krupp und Thyssen sowie den Bankier Pferdemenges als Konstrukteure der Krematorien.<sup>44</sup>

Die Verbrechen des Nationalsozialismus, eingeschlossen der Völkermord an den Juden, wurden von der DDR-Justiz konsequent im Sinne der kommunistischen Klassenkampferzählung interpretiert und als Produkt kapitalistischer und imperialistischer Interessen gedeutet. Zwar trugen die Gerichte mit ihrem Fokus zur in Westdeutschland lange vernachlässigten Aufarbeitung der Verstrickung der Industriekonzerne im Massenmord bei, doch geschah dies vorrangig aus ideologischen und politischen Motiven. Die DDR nutzte die Verknüpfung des Nationalsozialismus mit dem Kapitalismus, um sich als sozialistische Gesellschaft selbst die Absolution zu erteilen. Da die Gerichte stets über das ideologisch Fremde richteten, konnten sie das Bild einer täterfreien DDR aufrechterhalten – selbst in jenen Verfahren, in denen sie über NS-Verbrecher\*innen aus der eigenen Bevölkerung urteilten. Dieser Widerspruch wurde ausgeblendet, wodurch eine tiefergreifende Auseinandersetzung mit der Anschlussfähigkeit der völkischen und antisemitischen Ideologie des Nationalsozialismus in der deutschen Gesellschaft unterblieb.

#### 4.2 Die NS-Verbrechen als Organisationsverbrechen

Zwei Jahre nachdem das OG in seinem Urteil gegen Hans Globke erstmals auf den besonderen Charakter der nationalsozialistischen Verbrechen hingewiesen hatte, bezeichnete das BG Cottbus in seinem Urteil gegen den am ‚Euthanasie‘-Programm beteiligten Arzt Dr. Otto Hebold die Verbrechen des Nationalsozialismus als „staatlich gelenkte Organisationsverbrechen“.<sup>45</sup> Diese Bezeichnung fand in späteren Urteilen vielfach Verwendung, um zu verdeutlichen, dass das Ausmaß der Verbrechen während des Nationalsozialismus nicht allein durch das Handeln einzelner Personen, wie sie vor Gericht standen, möglich gewesen war. Vielmehr sei der „verbrecherische[] Erfolg“ erst „durch Arbeitsteilung und Zusammenwirken verschiedener Mordorganisationen und unter Einbeziehung eines Heeres von Einzelpersonen, die diszipliniert verbrecherische Teilaufgaben erfüllten“ möglich geworden.<sup>46</sup>

Der Staatsanwalt beim Generalstaatsanwalt der DDR, Horst Busse, brachte diese Sichtweise in seinem Plädoyer im Verfahren gegen den Gestapo-Offizier Henry Schmidt folgendermaßen auf den Punkt: „Die Gaskammern von Auschwitz wären leer geblieben, wenn nicht Leute wie Schmidt daran mitgewirkt hätten, die Opfer systematisch zu

42 DJuNSV 1060, 695-701.

43 Dirks (Fn. 20) 282-283.

44 SS-Mörder Karl Theiner zum Tode verurteilt, Berliner Zeitung (BZ) v. 05.02.1955, 6.

45 DJuNSV 1061, 734.

46 DJuNSV 1003a, 91. Siehe auch: DJuNSV 1001a, 15; DJuNSV 1003a, 89; DJuNSV 1003b, 101; DJuNSV 1052a, 518; DJuNSV 1055a, 579-581; DJuNSV 1060, 714-716; DJuNSV 1064a, 4; DJuNSV 1068, 184.

entrechten, zu kennzeichnen, zusammenzutreiben und in die Vernichtungsstätten zu transportieren.“<sup>47</sup> Handlungen wie die Selektionen an der Rampe in Auschwitz oder die Bewachung der KZ wurden somit als notwendige und wesentliche Tatbeiträge zur Vernichtung der Juden angesehen, „die sich gegenseitig bedingten und für den verbrecherischen Gesamterfolg unentbehrlich waren.“<sup>48</sup> Die Angeklagten wurden so zu „Rädchen der faschistischen Unterdrückungs- und Ausrottungsmaschinerie“<sup>49</sup>, welche darauf ausgerichtet gewesen sei, die Ziele der „imperialistischen Kreise“<sup>50</sup> und „herrschenden Monopole“<sup>51</sup> durchzusetzen.

Diese ganzheitliche Betrachtung des mörderischen Systems des Nationalsozialismus wurde insbesondere durch den Rückgriff auf völkerstrafrechtliche Tatbestände ermöglicht, die es erlaubten, individuelle Taten auf den verbrecherischen Systemkontext ihrer Begehung zu beziehen. Diese Herangehensweise der DDR-Justiz unterschied sich deutlich von der damaligen Praxis in westdeutschen Verfahren, welche sich auf Tatbestände des nationalen Strafrechts stützte. Der dadurch erforderliche Nachweis individueller Tatmotive bewirkte in der BRD eine Vereinzelung der nationalsozialistischen Verbrechen. Erst in der jüngeren Phase der Strafverfolgung, beginnend mit dem Urteil gegen John Demjanjuk<sup>52</sup>, nahm auch die bundesdeutsche Justiz eine gesamtheitliche Einordnung einzelner Taten des Verbrechenskomplexes KZ vor.<sup>53</sup>

### 4.3 Die BRD als Fortsetzung des Nationalsozialismus

Neben der systematischen Einordnung der Verbrechen, nahmen die Gerichte auch eine ebenso ideologisch motivierte Interpretation der Gegenwart vor. Denn sie sahen ihre Urteile nicht nur als Erfüllung einer völkerrechtlichen Pflicht.<sup>54</sup> Vielmehr war es für die Gerichte eine Frage der Gerechtigkeit, dass das deutsche Volk seiner Verantwortung nachkam, eine Wiederholung seiner Verbrechen – also einen weiteren Weltkrieg – zu verhindern.<sup>55</sup> Während dieser Verantwortung in der DDR vermeintlich nachgekommen wurde, äußerten sich die Gerichte kritisch über die damalige politische Situation in der BRD, die als „Analogie zur Entwicklung in der Zeit des Faschismus“<sup>56</sup> regelmäßig Eingang in die Urteile gegen NS-Verbrecher\*innen fand. So sei die „faschistische Rechtsordnung“ in der BRD erhalten geblieben und „demokratische[] und friedliebende[] Kräfte“ würden weiterhin verfolgt.<sup>57</sup> Mit dieser letzten Formulierung stellte die DDR-Justiz auch

47 Auszug aus den Plädoyers des Anklagevertreters im Prozess gegen Henry Schmidt, abgedruckt in: Neue Justiz 41(11) 440-444, 443.

48 DJuNSV 1060, 716.

49 Auszug aus den Plädoyers des Anklagevertreters im Prozess gegen Jakob Holz, abgedruckt in: Neue Justiz 43(11) 450-453, 450.

50 DJuNSV 1003a, 87.

51 DJuNSV 1066a, 52.

52 LG München II, 12.05.2011, 1 Ks 115 Js 12496/08.

53 Moritz Vormbaum (Hg.), Spätverfolgung von NS-Unrecht, Berlin/Heidelberg 2023.

54 DJuNSV 1001a, 12; DJuNSV 1003a, 57, 88; DJuNSV 1055a, 579; DJuNSV 1066a, 53; DJuNSV 1068, 75-77; DJuNSV 1079, 329.

55 DJuNSV 1052a, 498; DJuNSV 1055a, 558, 579; DJuNSV 1059a, 681; DJuNSV 1060, 695; DJuNSV 1066a, 53; DJuNSV 1079, 344.

56 DJuNSV 1052a, 498; DJuNSV 1055a, 558.

57 DJuNSV 1052a, 498; DJuNSV 1055a, 558. Siehe auch: DJuNSV 1068, 76; DJuNSV 1109, 708.

sprachlich eine Kontinuität zwischen dem Nationalsozialismus und der BRD her, war auch stets vom Terror gegen die „demokratischen und friedliebenden Kräfte“ die Rede, wenn die Errichtung der NS-Diktatur erwähnt wurde.

Zur Untermauerung dieser Sichtweise verwiesen die Gerichte immer wieder auf tagessaktuelle Entwicklungen, wie etwa das Verbot der KPD, die Verabschiedung der Notstandsgesetze oder die Unterzeichnung der Pariser Verträge.<sup>58</sup> Mit der Unterzeichnung letzterer würde die BRD in die „Fussstapfen Hitlers [sic]“ treten und sich in ein „Militärlager und Aufmarschgebiet für die Entfesselung des von den westlichen Imperialisten mit den USA an der Spitze geplanten Aggressionskrieges“ verwandeln, so das Stadtgericht Berlin.<sup>59</sup> Insbesondere in den 1950er Jahren verstanden die Gerichte ihre Urteile daher auch als Appelle „an alle friedliebenden und patriotischen Kräfte“,<sup>60</sup> sich gegen die Politik in der BRD zu stellen und auf „die Wiederherstellung eines einheitlichen, demokratischen, friedliebenden und unabhängigen Deutschland“<sup>61</sup> hinzuwirken. Zugleich sollte „die junge Generation [in den Verfahren, P.R.] den Faschismus kennenlernen, um ihn als den Feind der Menschheit, als den Verderber ihrer eigenen Zukunft hassen und bekämpfen zu lernen“, wie es das BG Rostock formulierte.<sup>62</sup>

## 5 Die Darstellung der Angeklagten

Neben der Einordnung der verhandelten Straftaten in den jeweiligen zeitgeschichtlichen Kontext, gingen die Gerichte in ihren Urteilen auch auf den Charakter der Angeklagten ein. Dabei waren sie bemüht, eine Distanz zwischen den nationalsozialistischen Täter\*innen und der antifaschistischen Gesellschaft in der DDR herzustellen. Aus diesem Grund wurde sowohl die Unmenschlichkeit der Angeklagten als auch ihre negative Einstellung gegenüber der DDR betont. Zudem wurde den Angeklagten ein weiter Entscheidungsspielraum bei der Einordnung in das NS-System zugeschrieben.

### 5.1 Die Angeklagten als Unmenschen

Die Charakterisierung der Angeklagten sollte verdeutlichen, dass diese sich durch ihre Taten außerhalb der menschlichen Gesellschaft gestellt hatten.<sup>63</sup> Folglich betonten die Gerichte immer wieder die „Unmenschlichkeit“<sup>64</sup> und „Gewissenlosigkeit“<sup>65</sup> der Angeklagten und sprachen ihnen jegliches menschliche Gefühl ab.<sup>66</sup> Die Angeklagten hätten kein Mitleid und keine Gnade für ihre Opfer gehabt und vielmehr aus „Menschenfeind-

58 DJuNSV 1052a, 498; DJuNSV 1055a, 558; DJuNSV 1109, 708.

59 DJuNSV 1109, 708.

60 DJuNSV 1109, 715.

61 DJuNSV 1130, 151. Siehe auch: DJuNSV 1109, 715.

62 DJuNSV 1055a, 558.

63 DJuNSV 1055a, 584; DJuNSV 1060, 718; DJuNSV 1218a, 232.

64 DJuNSV 1060, 710; DJuNSV 1219a, 246; DJuNSV 1219b, 249; DJuNSV 1339b, 134; DJuNSV 1464, 68.

65 DJuNSV 1055b, 593; DJuNSV 1060, 718; DJuNSV 1109, 712; DJuNSV 1219a, 246.

66 DJuNSV 1064a, 9; DJuNSV 1079, 330; DJuNSV 1464, 72.

lichkeit“<sup>67</sup> und sadistischen Motiven misshandelt und getötet.<sup>68</sup> Durch diese Charakterisierung wurden die an den Massenverbrechen beteiligten Personen zu einem „Heer von gefüls- und gewissenlosen Helfern“.<sup>69</sup> In den Augen der Gerichte waren sie nicht „ganz normale Männer“,<sup>70</sup> sondern „nur noch Kreatur[en] zur besonderen Verfügung“.<sup>71</sup> Auch die Bezeichnung „Bestie“ findet sich in diesem Zusammenhang häufig.<sup>72</sup> Eine solche Charakterisierung erfüllte eine doppelte Funktion: Zum einen diente sie zur Rechtfertigung einer strengen Bestrafung, zum anderen ermöglichte sie es der DDR-Gesellschaft sich von den nationalsozialistischen Verbrechen moralisch zu distanzieren. Die Entmenschlichung der Täter\*innen untermauerte die Abgrenzung vom Nationalsozialismus. Sie war übrigens keineswegs exklusiv für die DDR. Auch in westdeutschen Prozessen der ersten Nachkriegsjahrzehnte findet sich eine solche „Dämonisierung“ der Täter\*innen.<sup>73</sup>

Zugleich waren die Gerichte bestrebt, die Angeklagten als typische Vertreter\*innen des Nationalsozialismus darzustellen. Die ihnen attestierte Unmenschlichkeit bestimmte somit nicht nur ihre individuelle Schuld, sondern war gleichzeitig Spiegelbild der Unmenschlichkeit des gesamten nationalsozialistischen Systems. So sagte beispielsweise der Vertreter der Generalstaatsanwaltschaft im Verfahren gegen den KZ-Arzt Horst Fischer diesem eine „ausgesprochene SS-Psychologie“<sup>74</sup> nach. Auch der SS-Angehörige Karl Theiner wurde in der Presse als „geradezu typisch für den ‚Charakter‘ und die Handlungsweise aller imperialistischer Schergen und Arbeitermörder“<sup>75</sup> beschrieben. In besonders zugespitzter Weise wurde der Gestapo-Offizier Henry Schmidt vom Anklageverteilter in dessen Plädoyer als „Synonym alles Bösen“ und „Personifizierung des Faschismus“ bezeichnet.<sup>76</sup> Auch im Verfahren gegen Wilhelm Schäfer wurde dieser Symbolismus überbetont. Für das OG „verkörperte sich [in Schäfer, P.R.] der grausame Terror und Vernichtungswille des KZ-Systems“.<sup>77</sup> Der Generalstaatsanwalt bezeichnete Schäfer in seinem Plädoyer sogar als „vergiftete Frucht des faschistischen Baumes, den man mit allen Wurzeln ausrotten muß [sic]“.<sup>78</sup>

67 DJuNSV 1060, 711; DJuNSV 1079, 335.

68 DJuNSV 1001a, 8; DJuNSV 1055a, 584; DJuNSV 1059b, 691; DJuNSV 1064a, 7; DJuNSV 1109, 712; DJuNSV 1219a, 246.

69 DJuNSV 1064a, 4.

70 Christopher Browning, Ganz normale Männer: das Reserve-Polizeibataillon 101 und die „Endlösung“ in Polen, Hamburg 2020.

71 DJuNSV 1464, 69. Siehe auch: DJuNSV 1109, 707.

72 SS-Bestie Schäfer vor Gericht, BZ v. 14.05.1961, 2; KZ-Bestie Theiner vor Gericht, BZ v. 02.02.1955, 6. Ebenfalls finden sich die ähnlichen Bezeichnungen „Bestien“ und „Bestialitäten“ in: DJuNSV 1059b, 690; DJuNSV 1064a, 7; DJuNSV 1439, 576.

73 Thomas Kühne, Dämonisierung, Viktimisierung, Diversifizierung. Bilder von nationalsozialistischen Gewalttätern in Gesellschaft und Forschung seit 1945, in: von Wrochem (Hg.), Nationalsozialistische Täterschaften. Nachwirkungen in Gesellschaft und Familie, Berlin 2016, 32-55, 34-38.

74 Dirks (Fn. 20) 290.

75 SS-Mörder Karl Theiner zum Tode verurteilt, BZ v. 05.02.1955, 6.

76 Plädoyer Anklage Schmidt (Fn. 47) 441.

77 DJuNSV 1079, 335. Siehe auch: Todesurteil für SS-Schäfer, BZ v. 21.05.1961, 2.

78 Todesstrafe beantragt. BZ v. 19.05.1961, 2.

## 5.2 Die Einschätzung des Entscheidungsspielraums

Obwohl die Gerichte den „Ausgangspunkt“ der verhandelten Verbrechen im nationalsozialistischen System sahen, das die zum Tatzeitpunkt teils noch recht jungen Angeklagten im Sinne seiner Ideologie „erzogen“ habe, wurden diese nicht von ihrer Verantwortung entbunden.<sup>79</sup> Denn die Angeklagten hätten sich „willfährig [sic]“ und „bereitwillig“ in ein System eingeordnet, „dessen Leitmotiv die Unmenschlichkeit“ gewesen war.<sup>80</sup> Dieses Verhalten erschien den Gerichten umso verwerflicher, da man den Angeklagten vorhielt, sie hätten den „verbrecherischen Charakter“<sup>81</sup> des Systems erkennen können und gewusst, dass sie sich durch die Arbeit in den KZ an der massenhaften Ermordung von Menschen beteiligen würden.<sup>82</sup> Denn die Angeklagten seien bei Aufnahme ihrer Arbeit sowohl mit den Einrichtungen und Abläufen in den KZ als auch mit ihren zukünftigen Aufgaben vertraut gemacht worden.<sup>83</sup>

Dass die Angeklagten dennoch ihren Dienst in den KZ antraten, war für die Gerichte nicht Folge einer naiven Verblendung, sondern vielmehr Ausdruck einer ideologischen Überzeugung. Denn die Angeklagten seien „bewusste Anhänger des Nationalsozialismus und seiner menschenfeindlichen Ideologie“<sup>84</sup> welche sich mit den Zielen und Verbrechen des Nationalsozialismus identifizieren würden.<sup>85</sup> Den Beleg hierfür sahen die Gerichte unter anderem darin, dass für die Arbeit im KZ „nur dem Faschismus völlig ergebene Personen“ in Frage gekommen seien.<sup>86</sup> Auch persönliche und materielle Vorteile, wie die Umgehung des Fronteinsatzes, der Empfang von Sonderrationen und die Möglichkeit zur Bereicherung hätten zu einer bereitwilligen Arbeitsaufnahme in den KZ geführt.<sup>87</sup>

Vor dem Hintergrund der Zubilligung eines weiten Entscheidungsspielraums, wurde den Angeklagten auch vorgeworfen, sich nicht den Taten entzogen zu haben. Denn die Gerichte der DDR sahen durchaus Spielraum für eine Befehlsverweigerung gegeben. Die sozialen und persönlichen Konsequenzen seien nicht so gravierend gewesen, als dass sie die Taten rechtfertigen oder entschuldigen könnten.<sup>88</sup> Dieser Ausschluss des Befehlnotstandes wurde nicht nur in der Rechtsprechung vertreten, sondern war auch in § 95 StGB der DDR normiert.

Diese Linie wurde auch bei Opfern des Nationalsozialismus beibehalten. Funktionshäftlinge, denen Straftaten vorgeworfen wurden, wurden „auf eine gleiche Stufe mit

79 DJuNSV 1055a, 584; DJuNSV 1060, 718.

80 DJuNSV 1055a, 584; DJuNSV 1059a, 685; DJuNSV 1060, 718, DJuNSV 1064b, 17; DJuNSV 1066b, 62.

81 DJuNSV 1001b, 24.

82 DJuNSV 1001a, 16; DJuNSV 1001b, 24; DJuNSV 1064a, 14; DJuNSV 1439, 574.

83 DJuNSV 1001b, 25; DJuNSV 1001c, 29; DJuNSV 1055a, 582; DJuNSV 1060, 717; DJuNSV 1109, 710-713; DJuNSV 1218a, 230.

84 DJuNSV 1052a, 519; DJuNSV 1055a, 582; DJuNSV 1059a, 685; DJuNSV 1060, 717.

85 DJuNSV 1001a, 16; DJuNSV 1003a, 89; DJuNSV 1001b, 101; DJuNSV 1064a, 4; Plädoyer Anklage Schmidt (Fn. 47) 440-441.

86 DJuNSV 1079, 330. Siehe auch: DJuNSV 1001a, 13; DJuNSV 1003a, 91; DJuNSV 1059a, 685.

87 DJuNSV 1001a, 5; DJuNSV 1060, 717; DJuNSV 1064a, 5; DJuNSV 1066a, 50-51; DJuNSV 1079, 340, 346; DJuNSV 1159b, 423; DJuNSV 2062a, 336.

88 DJuNSV 1001b, 25; DJuNSV 1055a, 583; DJuNSV 1055b, 593; DJuNSV 1060, 717; DJuNSV 1079, 346; DJuNSV 1109, 714; DJuNSV 1130, 149; DJuNSV 1464, 71; Plädoyer Anklage Schmidt (Fn. 47) 443.

den übrigen als Aufsichtspersonal eingesetzten Berufsverbrechern und SS-Banditen<sup>89</sup> gestellt und zu hohen Freiheitsstrafen verurteilt. Diese moralisch fragwürdige Gleichsetzung begründeten die DDR-Gerichte auf zynische Weise: Die Übernahme einer solchen Funktion zum Überleben sei nicht notwendig gewesen, schließlich hätten „hunderttausende lebende ehemalige Häftlinge der KZ-Lager die Zeit der Lager ohne Posten überstanden“.<sup>90</sup>

### 5.3 Die Nachkriegsbiografien der Angeklagten

In ihren Urteilen setzten sich die DDR-Gerichte auch mit den Nachkriegsbiografien der Angeklagten auseinander, denn die Präsenz von NS-Verbrecher\*innen in der vermeintlich antifaschistischen Gesellschaft warf einige Fragen auf. Zum einen musste erklärt werden, warum NS-Verbrecher\*innen jahrelang in einem Staat hatten leben können, der ihre Verfolgung zu seiner Maxime erhoben hatte. Zum anderen musste eine Distanz zum Nationalsozialismus gewahrt werden, dessen Wurzeln entsprechend der offiziellen Sprachregelung in der DDR „ausgerottet“ worden waren.<sup>91</sup>

Dabei wurden einfache Maßnahmen, welche die Angeklagten zur Verbergung ihrer Beteiligung an NS-Verbrechen ergriffen,<sup>92</sup> zu umfangreichen „Täuschungs- und Tarnmassnahmen [sic]“ umgedeutet, welche die Strafverfolgung nahezu unmöglich gemacht hätten.<sup>93</sup> Hierdurch sollte der Eindruck erweckt werden, einzelnen NS-Verbrecher\*innen sei es gelungen, sich in die Gesellschaft der DDR „einzuschleichen“.<sup>94</sup> So behauptete der Anklagevertreter in seinem Plädoyer im Prozess gegen Henry Schmidt, dieser sei Jahrzehntelang „verschollen“ gewesen, nachdem er „sein Untertauchen ebenso gründlich vorbereitet und durchgeführt hatte wie die Verschleppung“ Dresdener Juden nach Auschwitz.<sup>95</sup> Tatsächlich hatte die siebentägige, öffentlich geführte Verhandlung jedoch ergeben, dass Schmidt sich über Jahre hinweg in mehreren gesellschaftlichen Organisationen tatkräftig engagiert hatte und dafür unter anderem drei Mal als *Aktivist der sozialistischen Arbeit* ausgezeichnet worden war.<sup>96</sup> Insofern wies die Verteidigung in ihrem Schlussplädoyer darauf hin, dass Schmidt „sich also nicht verborgen [hatte], sondern [...] gewissermaßen eine stadtbekannte Persönlichkeit“ gewesen war.<sup>97</sup>

89 DJuNSV 1219a, 246.

90 DJuNSV 1339a, 132.

91 Darüber hinaus waren die persönlichen Verhältnisse der Angeklagten in der DDR auch bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Siehe hierzu: Moritz Vormbaum, Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Tübingen 2015, 330-332.

92 Dazu gehörte die Entfernung der SS-Blutgruppentätowierung und die Fälschung des Lebenslaufs. Siehe hierzu: DJuNSV 1001a, 4; DJuNSV 1059a, 671; DJuNSV 1060, 703; DJuNSV 1064a, 11; DJuNSV 1079, 331.

93 DJuNSV 1003a, 62. Siehe auch: DJuNSV 1003b, 103; DJuNSV 1066a, 45; SS-Verbrecher vor Gericht, NZ v. 14.05.1961, 1; Mörder vor Gericht, Neues Deutschland v. 12.12.1963, 1; Hauptverhandlung wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit, NZ v. 13.09.1989, 2.

94 DJuNSV 1066a, 45. Siehe auch: Mörder vor Gericht (Fn. 93) 3.

95 Plädoyer Anklage Schmidt (Fn. 47) 440.

96 DJuNSV 1003a, 61-62. Siehe auch: Leide (Fn. 15) 187-188.

97 Plädoyer des Vertreters der Verteidigung im Prozess gegen Henry Schmidt, abgedruckt in: Neue Justiz 41(11) (1987), 444, 444.

In solchen Fällen, in denen eine Eingliederung in die DDR-Gesellschaft aufgrund vieler Jahre „gesellschaftlich anerkannter, nützlicher und straffreier beruflicher und gesellschaftlicher Tätigkeit bis hinein ins Rentenalter“<sup>98</sup> nicht zu leugnen war, bescheinigten die Gerichte den Angeklagten folglich einen ideologischen Wandel.<sup>99</sup> Konnte den Angeklagten jedoch nachgewiesen werden, dass sie sich nicht von ihrer „verbrecherischen-nazistischen Ideologie“<sup>100</sup> gelöst hatten, war hierdurch belegt, dass sie eigentlich nicht zur antifaschistischen Gesellschaft gehörten.

Aber auch eine äußerlich wahrgenommene Eingliederung in die DDR ließ sich durch den Verweis auf die vermeintlich „wahre Natur“ der Angeklagten negieren.<sup>101</sup> So wurde beispielsweise dem ehemaligen SS-Angehörigen Schäfer, der mittlerweile Ortsvorsitzender in der Vereinigung der gegenseitigen Bauernhilfe geworden war, vorgeworfen, er bleibe „in seinem Inneren der Faschist, der er seit seiner Jugend war“.<sup>102</sup> Diese andauernde, faschistische, innere Einstellung der Angeklagten sollte in manchen der Urteile auch dadurch belegt werden, dass die DDR-Justiz die während des Nationalsozialismus begangenen Handlungen mit nach 1945 begangenen Straftaten verknüpfte. So verurteilte das BG Schwerin den ehemaligen Wachmann in Auschwitz, Willy Käh., nicht nur wegen seiner Taten in verschiedenen KZ, sondern auch wegen eines Vorfalls im Sommer 1953 bei dem Käh. seine Ablehnung der Politik in der DDR geäußert hatte und ausfallend gegenüber SED-Funktionären geworden war. Für das BG war dieser Vorfall charakteristisch für Käh. und entsprach „auch seinem Verhalten während seiner Tätigkeit als Angehöriger der Wachmannschaften der SS in den KZ-Lagern“.<sup>103</sup> Auch im Fall Karl Elie verknüpfte das Landgericht Greifswald die Taten des Angeklagten während des Nationalsozialismus mit seinen Handlungen nach 1945, indem es in der Urteilsbegründung ein Fehlverhalten des Angeklagten in der DDR als Kontinuität seiner Tätigkeit als Schutzpolizist im besetzten Polen darstellte.<sup>104</sup>

## 6 Fazit

Die Gerichte in der DDR nutzten ihre Urteile gegen NS-Verbrecher\*innen maßgeblich für geschichtspolitische Zwecke. So dienten die in den Urteilen verwendeten Topoi nicht allein der strafrechtlichen Ahndung individueller Schuld, sondern vor allem der juristischen Untermauerung der eigenen antifaschistischen Staatsidentität. Kernanliegen der DDR-Justiz war es, mit den Verfahren gegen NS-Verbrecher\*innen eine größtmögliche Distanz zwischen der vermeintlich antifaschistischen DDR-Gesellschaft und dem Nationalsozialismus zu behaupten – in deutlicher Abgrenzung zu den Verhältnissen in der BRD. Diese ideologische Prämissen prägte maßgeblich sowohl die Darstellung des Tatkontexts als auch die Charakterisierung der Angeklagten.

Im Zentrum der Darstellung des zeitgeschichtlichen Kontextes der in den Verfahren verhandelten Verbrechen stand die Einordnung des Nationalsozialismus in eine Klassen-

98 Plädoyer Verteidigung Schmidt (Fn. 97) 444.

99 DJuNSV 1001b, 26; DJuNSV 1003a, 92.

100 DJuNSV 1064a, 12.

101 Mithelfer beim Judenmord, NZ v. 16.03.1952, 5.

102 DJuNSV 1079, 331.

103 DJuNSV 1130, 150.

104 DJuNSV 1159b, 425.

kampferzählung. So wurden die NS-Verbrechen als Resultat der Herrschaft von Imperialisten, Militaristen und Kapitalisten dargestellt und ihre spezifisch antisemitische Dimension nur am Rande thematisiert. Diese Lesart führte zu einer selektiven Fokussierung auf bestimmte Täter- und Opfergruppen im Nationalsozialismus. Zum einen wurde die Verfolgung von Kommunist\*innen besonders hervorgehoben, während der Völkermord an den Juden lange Zeit nur marginal behandelt wurde. Zum anderen nahm die DDR-Justiz vor allem die Verstrickung der Industrie im KZ-System in den Fokus, wodurch allerdings dieser, in der BRD weitgehend unbeachtete, Aspekt thematisiert wurde. Vor diesem ideologisch geprägten Hintergrund stellten die Urteile auch regelmäßig Bezug zur jeweils aktuellen (welt-)politischen Situation her, wodurch eine Delegitimierung der BRD bezweckt wurde. Gleichzeitig diente die Charakterisierung der Angeklagten als gefühls- und gewissenslose Unmenschen dazu, der DDR-Gesellschaft eine größtmögliche moralische und ideologische Distanzierung vom Nationalsozialismus zu ermöglichen. Die Behandlung der Nachkriegsbiografien der Angeklagten war ebenfalls eher auf die Absicherung des Bildes einer täterfreien DDR gerichtet als auf eine ernsthafte Auseinandersetzung mit solchen Kontinuitäten.

Neben dieser ideologischen und politischen Instrumentalisierung waren die Verfahren in der DDR verglichen mit jenen in der BRD jedoch in mancherlei Hinsicht auch fortschrittlich. Besonders hervorzuheben ist die vorrangige Anwendung völkerstrafrechtlicher Straftatbestände. Anders als in der BRD, wo der Nachweis individueller Tatmotive geführt werden musste, konnte so der systemische Charakter der nationalsozialistischen Verbrechen stärker betont werden. Auch in der Bewertung des Entscheidungsspielraums der Angeklagten unterschied sich die DDR-Justiz von der westdeutschen Praxis. So kamen insbesondere die Freiwilligkeit und ideologische Bereitschaft, mit der sich die Angeklagten an den Verbrechen in den KZ beteiligt hatten, zur Sprache und wurden als Ausdruck individueller Verantwortung gewertet. Diese Einordnung entsprach eher dem Charakter der NS-Verbrechen und weist – bei allen ideologischen Differenzen – gewisse Parallelen zu den Verfahren der jüngsten Phase der Strafverfolgung auf.

Für die zukünftige Forschung eröffnet sich hier die vielversprechende Perspektive, einen direkten Vergleich der Darstellung des nationalsozialistischen Kontextes sowie der Charakterisierung der Angeklagten in Verfahren in beiden deutschen Staaten vorzunehmen. Dies würde dazu beitragen, ein gesamtdeutsches Bild der strafrechtlichen Aufarbeitung – und auch Nichtaufarbeitung – der Verbrechen des Nationalsozialismus zu entwickeln.

# KOMMENTARE

*Isabel Lischewski<sup>1</sup>*

## Radikale Inklusivität als Schutzstrategie

Wie Diversität und eine diskriminierungsarme Sprache die  
Wissenschaftsfreiheit schützen

### A. Einleitung

Universitäten sollen subversive Räume sein. Orte, die der Suche nach Wahrheit gewidmet sind, in dem Wissen um des Wissens willen gewonnen wird und nicht vor dem primären Hintergrund der Verwertbarkeit; in denen Wissbegier und der Beitrag zum gemeinsamen Erkenntnisgewinn zählen und nicht, woher jemand kommt. All das bedroht jene, die nur die Sprache von Gewinn, Verlust und Kontrolle verstehen. Die Bedrohlichkeit der Universitäten für autoritäre Bewegungen folgt zudem zunehmend daraus, dass jene sich vielerorts in besonders sichtbarer (wenn auch nicht immer besonders wirksamer oder auch nur aufrichtiger)<sup>2</sup> Weise den Werten der Diversität, Inklusion und Nichtdiskriminierung verschreiben und sich so gesellschaftlicher Spaltung entgegenstellen. Oder mit anderen Worten: Wenn die Donald Trumps dieser Welt die Universitäten zu primären Gegnern bestimmen, dann bedeutet das erst einmal, dass diese ihren Job richtig machen.

Bereits im berüchtigten „Project 2025“, der 900seitigen Roadmap eines rechtsnationalistischen Think Tanks, der die Trump-Regierung II anscheinend folgt, wurden Verbote von Critical Race Theory und ein Ende von sogenannten Title-IX-Regelungen gegen Belästigung von Frauen und queeren Menschen an Universitäten gefordert.<sup>3</sup> In seinem Wahlprogramm versprach Donald Trump, das Bildungssystem von den „Marxist Maniacs“ zurückzufordern, die nach seiner Vorstellung die Universitäten beherrschen und die Studierenden sowie die „westliche Zivilisation“ gefährden.<sup>4</sup>

1 Akademische Rätin a.Z., Universität Münster. Dieser Beitrag basiert auf einem Keynote-Vortrag, den ich auf Einladung des Diversity-Tags der Universität Münster am 27.05.2025 halten durfte. Ich danke Sué González Hauck, Nora Markard, Marlene Stiller, Pia Lotta Storf und Jens T. Theilen sowie der Redaktion der KJ für wertvolles Feedback zu vorherigen Versionen des Manuskripts.

2 Sara Ahmed, The Nonperformativity of Antiracism, *Meridians*, 7 (1) 2006, 104–126.

3 S. bspw. Mary Ellen Flannery, Project 2025 and Higher Education, neaToday, 04.10.2024, abrufbar unter <https://www.nea.org/nea-today/all-news-articles/project-2025-and-higher-education>.

4 S. etwa Video und Transkript auf der Website der „Agenda 47“ der Trump-Kampagne: <https://www.donaldjtrump.com/agenda47/agenda47-protecting-students-from-the-radical-left-and-marxist-maniacs-infesting-educational-institutions>.

In den letzten Monaten hat die Trump-Regierung den privaten Eliteuniversitäten Vorgaben zu ihrer Personalpolitik, ihren Aufnahmeverfahren für neue Studierende und zu Sicherheitsmaßnahmen auf dem Campus gemacht. Studierende landeten in illegaler Abschiebehaft, weil sie sich an Protesten gegen den Gazakrieg beteiligt hatten.<sup>5</sup> Professor\*innen und Universitätspräsident\*innen, die der Sympathie mit oder eines zu laxen Vorgehens gegen eben jene Proteste beschuldigt werden, haben ihren Job verloren.<sup>6</sup> Die Universitäten, die sich nicht den Trumpschen Maßnahmen beugen, sind von milliarden-schweren Budgetkürzungen betroffen.<sup>7</sup>

Von Budgetkürzungen ist im Übrigen nicht nur die Ivy League betroffen: So sieht etwa auch das Institute for American Indian Arts, das einzige durch den Bund geförderte College für indigene Gegenwartskunst, als Teil des Feldzugs gegen Diversität und Inklusion einer kompletten Streichung seiner Mittel entgegen.<sup>8</sup> Und auch nicht-universitäre Forschung wird unter Druck gesetzt, wenn zum Beispiel das US Center for Disease Control unter der neuen Regierung Begriffe wie „transgender“, „pregnant person“, „LGBT“, „non-binary“, „assigned male at birth“ oder „biologically female“ aus den Veröffentlichungen seiner Mitarbeiter\*innen in medizinischen Fachjournals tilgen lässt.<sup>9</sup>

Begründet werden diese Maßnahmen unter anderem mit dem Kampf gegen die Bedrohung von Frauen durch „Gender-Ideologie“<sup>10</sup>, der Wissenschaftsfreiheit und wissenschaftlichen Exzellenz durch „radikalen Marxismus“ und affirmative action wie auch mit dem Schutz jüdischer Universitätsangehöriger gegen den Antisemitismus, der sich in den Campus-Protesten gegen Israels Vorgehen im Gazastreifen ausdrücken soll. Die „woke left“ mit ihrer Betonung von Minderheitenschutz wird rundheraus als *Gefahr* für bestimmte Minderheiten, insbesondere cis Frauen und Jüd\*innen, konzipiert. Dabei geht es jedoch selten um die sehr realen Gefahren, denen diese Personengruppen tatsächlich ausgesetzt sind und die wesentlich komplexere Ursprünge haben.

Auch in Deutschland folgen Interventionen beziehungsweise Interventionsversuche in autonome Räume der Wissensproduktion teils autoritären Playbooks und Begründungsmustern, die denen in den USA gleichen.

Im Bundestagswahlkampf kündigte Alice Weidel auf dem Parteitag der AfD an, dass eine Regierung unter ihrer Führung alle Einrichtungen der Gender Studies schließen und

<sup>5</sup> *Phil Helsel/Chloe Atkins*, Government can't hold Columbia activist Mahmoud Khalil, federal judge rules, NBC News, 11.06.2025, abrufbar unter <https://www.nbcnews.com/news/us-news/ma-hmoud-khalil-columbia-university-rcna212486>.

<sup>6</sup> *Max Matza*, Columbia University president resigns amid Trump crackdown, BBC News, 29.03.2025, abrufbar unter <https://www.bbc.com/news/articles/cvgwg1w34090>.

<sup>7</sup> *Solyré Burga*, What the Trump Administration's Plan to Cancel All Harvard's Federal Funding Means for the University, Time, 27.05.2025, abrufbar unter <https://time.com/7289000/harvard-university-trump-administration-federal-funding-cuts/>.

<sup>8</sup> *Graham Lee Brewer*, White House budget request slashes funding for tribal colleges and universities, ABC News, 09.06.2025, abrufbar unter <https://abcnews.go.com/US/wireStory/white-house-budget-request-slashes-funding-tribal-colleges-122656173>.

<sup>9</sup> *Julie Ehlers/Jen Smith*, Organizations Speak Out Against Trump's Censorship of Data, Journal Publications, Cancer Therapy Advisor, 10.02.2025, abrufbar unter <https://www.cancertherapyadvisor.com/features/trump-censorship-federal-websites-academic-journals/>.

<sup>10</sup> *Donald J. Trump*, Defending Women from Gender Ideology Extremism and Restoring Biological Truth to the Federal Government, 20.01.2025, abrufbar unter <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/defending-women-from-gender-ideology-extremism-and-restoring-biological-truth-to-the-federal-government/>.

die Professor\*innen „rausschmeißen“ würde.<sup>11</sup> Auch stellte die AfD beim Bundestag und den Landtagen Anfragen nach Vertreter\*innen von Critical Race Theory an den Universitäten, um augenscheinlich Druck auf Forschende zu machen, die sich mit diesen Themen beschäftigen.<sup>12</sup>

Und nicht nur aus den Reihen der AfD mehren sich in ihren Auswirkungen kritikwürdige Interventionsansätze. Mit einer hoch umstrittenen Resolution vom 29.01.2025 hat der Bundestag nach der Lesart vieler Beobachter\*innen eingrenzen wollen, welche Formen der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Thema Antisemitismus und Kritik an Israel zulässig sein sollen.<sup>13</sup> In Nordrhein-Westfalen liegt immer noch ein Entwurf eines sogenannten „Hochschulstärkungsgesetzes“ auf dem Tisch, der vom durchaus loblichen Ausgangspunkt der Bekämpfung von Diskriminierung und Machtmissbrauch her äußerst problematische Einschränkungen des Selbstorganisationsrechts der Universitäten vorsieht.<sup>14</sup> Die Liste ließe sich tagesaktuell fortsetzen und wird zum Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung zwangsläufig veraltet sein.

Diese Vorgänge sollten nicht isoliert voneinander betrachtet werden. Im größeren Kontext eines Rechtsrucks in Staat und Gesellschaft illustrieren sie vielmehr die aktuellen Tendenzen politischer und staatlicher Interventionen, die bei ungehindertem Fortgang die Universität in ihrem Wesen als Freiheitsraum dauerhaft zu verändern drohen. Das Perfide dabei: In ihrer Rhetorik können die Akteur\*innen sowohl Ressentiments gegen „woke“ Politiken wie diskriminierungsfreie Sprache als auch den Schutz von marginalisierten Personen argumentativ instrumentalisieren und sich so gewissermaßen in zwei Richtungen absichern. Teilweise gelingt es so auch, diese Strategien und Kampagnen in der politischen Mitte anzudocken. Interessant an diesen Begründungsmustern ist weniger, inwieweit sie auf Tatsachen beruhen oder inhärent widersprüchlich sind, schon allein, weil dies in den entsprechenden Bewegungen oft nur eine geringe Rolle spielt.<sup>15</sup> Diejenigen, die sich wehren wollen, finden sich in einem „double bind“ wieder. Denn wenn sie diskriminierende oder wissenschaftsfeindliche Auswirkungen dieser Policies beklagen, setzen sie sich aufgrund von deren argumentativer Einrahmung dem Vorwurf

- 11 Stellungnahme der Fachgesellschaft Geschlechterstudien - Angriffen auf die Freiheit von Forschung und Lehre entschlossen entgegentreten, 06.02.2025, abrufbar unter <https://tu-dresden.de/gsw/forschung/projekte/weitere-forschungsprojekte-an-den-fakultaeten/genderconceptgroup/aktuelles/stellungnahme-der-fachgesellschaft-geschlechterstudien-angriffen-auf-die-freiheit-von-forschung-und-lehre-entschlossen-entgegentreten>.
- 12 Anfrage im Bundestag: <https://dip.bundestag.de/vorgang/unterricht-und-unterweisung-in-der-critical-race-theory/289278/>; in Berlin: <https://pardok.parlament-berlin.de/starweb/adis/citat/VT/19/SchrAnfr/S19-22512.pdf>; in Hessen: <https://starweb.hessen.de/cache/DRS/21/7/00577.pdf>; in Bayern: [https://www.bayern.landtag.de/www/ElanTextAblage\\_WP19/Drucksachen/Schriftliche%20Anfragen/19\\_0005809.pdf](https://www.bayern.landtag.de/www/ElanTextAblage_WP19/Drucksachen/Schriftliche%20Anfragen/19_0005809.pdf); in Rheinland-Pfalz: <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/drucksachen/11664-18.pdf>.
- 13 Kritische Einordnung: *Ali Ighreiz/Svenja Kantelhardt/Kilian Schayani, Kilian/Joschka Selinger*, Resolution auf Kosten der Grundrechte, Verfassungsblog, 13.11.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/antisemitismus-resolution-grundrechte/>; *Christine Landfried*, Kunst und Politik, Verfassungsblog, 22.11.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/kunst-und-politik/>; *Itamar Mann/Libi Yona*, Wer darf jüdische Identität in Deutschland definieren?, Verfassungsblog, 07.11.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/antisemitismus-resolution-bundestag-ihra/>.
- 14 Kritische Einordnung: *Julian Krüper*, Brandes Verdacht, Verfassungsblog, 06.12.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/brandes-verdacht/>.
- 15 *Jane Suiter*, Post-truth Politics, Political Insight, 7 (3) 2016, 25–27; *Jonathan Rose*, Brexit, Trump, and Post-Truth Politics, Public Integrity, 19 (6) 2017, 555–558.

aus, selbst zu diskriminieren, antisemitisch aufzutreten oder die Wissenschaftsfreiheit über Gebühr einschränken zu wollen.

Warum scheint diese Verquerung von Diversitätsstrategien in repressive Maßnahmen und umgekehrt zu funktionieren – und warum ist sie für die Universitäten besonders gefährlich? Wichtiger noch: Wie können sich die Hochschulen wehren?

Der zunächst naheliegende Instinkt mag sein, die Autonomie der Hochschule durch Abschottung zu verteidigen. Maša Gessen, russisch-amerikanische\*r Autor\*in, schrieb jedoch kürzlich in der New York Times zu Trumps Angriff auf die Universitäten: „[Universities] must abandon all the concerns ... that preoccupy and distract them, and focus on their core mission: the production and dissemination of knowledge.“ Gessen plädiert für eine radikale Öffnung der Universitäten in die Gesellschaft hinein, etwa nach den Vorbildern bereits existierender Projekte in Gefängnissen, Schulen und anderen Orten, die ein ansonsten eher universitätsfernes Publikum erreichen, und bezieht sich dabei auf historische Erfahrungen in Polen und im Kosovo.<sup>16</sup>

Ich möchte Gessens Plädoyer für Offenheit hier weiterdenken. Ich stelle die These auf, dass Universitäten im Kampf gegen drohende autokratische Übernahmen nur dann bestehen können, wenn sie nicht – im vorausseilenden Gehorsam – in ihre eigene Version von „anti-wokeness“ verfallen. Diversität und Inklusion sind Teil der Lösung, wenn sie aus der Wissenschaft heraus betrieben werden, denn sie stärken diejenigen, die besonders von Einschnitten in die Wissenschaftsfreiheit bedroht sind. Hierbei wähle ich diskriminierungsarme Sprache als mein Hauptbeispiel, denn diese ist im deutschen Kontext häufig dem oben beschriebenen argumentativen „double bind“ ausgesetzt: Hochschulen, die sich entsprechende Leitlinien geben wollen, um inklusiver zu werden, erfahren den Vorwurf, Freiheiten zu verletzen.

Diese Gemengelage möchte ich in ihrer Bedeutung für die Wissenschaftsfreiheit im Folgenden verfassungsrechtlich näher beleuchten. Wie verhält sich das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit zur Frage insbesondere sprachlicher Inklusion im universitären Raum? Dabei geht es mir vor allem darum, zu zeigen, wie Wissenschaftsfreiheit sowohl Autonomie als auch Interdependenz voraussetzt, welche Anforderungen sich hieraus an Sprache ergeben und wie diese umgesetzt werden können.

### B. Die Wissenschaftsfreiheit zwischen Autonomie und Interdependenz

Artikel 5 Absatz 3 des Grundgesetzes garantiert unter anderem die Freiheit von Forschung und Lehre. Die Platzierung der unter dem Begriff der Wissenschaftsfreiheit zusammengefassten Grundrechte in diesem Teil der Verfassung ist nicht zufällig. Artikel 5 enthält auch die sogenannten Kommunikationsgrundrechte wie zum Beispiel die Meinungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheiten. Und speziell der Absatz 3 des Artikels setzt die Wissenschafts- neben die Kunstfreiheit. Eine systematische Auslegung der Wissenschaftsfreiheit zeigt also: Wissenschaft ist nach dem Verständnis des Grundgesetzes ein Sachverhalt, der mit Kommunikation und damit auch mit Sprache zu tun hat. Und: Wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeit haben etwas gemeinsam.

16 Maša Gessen, This Is How Universities Can Escape Trump’s Trap, if They Dare, New York Times, 14.04.2025, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2025/04/14/opinion/trump-higher-education.html>.

Wissenschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG wird verstanden als das Streben nach Wissen, also nach Erkenntnissen dazu, in welchen Beziehungen Natur- oder Sozialscheinungen zueinander stehen. Das Bundesverfassungsgericht setzt insoweit an dem „ernsthaften und planmäßigen Versuch zur Ermittlung der Wahrheit“<sup>17</sup> an, nicht jedoch an der Wahrheit selbst. Wissenschaftlichkeit setzt demnach die Vorläufigkeit jeglichen Ergebnisses und die Ausrichtung auf Überprüfbarkeit, Widerlegbarkeit und die offene Diskussion voraus – hier sehen wir schon den Zusammenhang zu den Kommunikationsgrundrechten. Die wissenschaftliche Arbeit darf in einer Sackgasse enden, sie darf alte Wissensgebäude auch ersatzlos zerstören und Gewissheiten beseitigen, ohne zwingend neue zu schaffen, und bleibt gerade deshalb Wissenschaft.<sup>18</sup>

Die wissenschaftliche Tätigkeit umfasst Informationsbeschaffung durch Lesen, Grabungen oder Experimente im Labor ebenso wie das Anhören und Halten von Vorträgen, Gespräche, die Einwerbung von Drittmitteln und die Veröffentlichung der Ergebnisse.<sup>19</sup>

In persönlicher Hinsicht kann sich jede\*r auf das Recht berufen, der\*die in diesem Sinne wissenschaftlich tätig ist oder werden möchte, also auch Studierende, Mittelbauer\*innen und „Privatgelehrte“. Auch die Universitäten selbst und ihre Untereinheiten können sich auf die Wissenschaftsfreiheit berufen, soweit strukturelle Gefährdungen einer wissenschaftsadäquaten Organisation im Raum stehen.<sup>20</sup>

Bei näherer Beschäftigung mit dem Art. 5 Abs. 3 GG kristallisieren sich zwei Dimensionen von Wissenschaftsfreiheit heraus, die nebeneinander stehen und einander gegenseitig bedingen: Wissenschaftlich denken und arbeiten ist zum einen ein Vorgang, der *Autonomie* voraussetzt, weswegen das Recht eine starke Dimension der Abwehr von Fremdbestimmung enthält. Zum anderen aber ist jede Forschung Teil eines kollektiven, interdependenten, also gegenseitigen Prozesses der Wissensgenerierung, der auf Austausch, Kooperation und auch institutionelle Einbettungen angewiesen ist. Die Verfassung schützt auch diesen gemeinsamen Prozess der Wissensgenerierung.

## I. Wissenschaftsfreiheit als Unabhängigkeit

Die Autonomie-Dimension zeigt sich schon in dem, was oft als die Eigengesetzlichkeit der Wissenschaftsfreiheit bezeichnet wird. Wie im Rahmen der Kunstfreiheit geht die Verfassungsdogmatik davon aus, dass es dem Staat nicht zusteht, zu definieren, was Wissenschaft ist.<sup>21</sup> Die Kriterien der Wissenschaftlichkeit folgen nicht aus dem Recht, sondern das Recht schützt die wissenschaftliche Betätigung als etwas, das von all denjenigen definiert und mitgestaltet wird, die Wissenschaft betreiben, so zirkulär das auch klingen mag. Die Verfassung schützt also auch den wissenschaftsinternen Prozess der Definition von Wissenschaftlichkeit. Die entsprechenden Standards sind dem Wandel unterworfen und zwischen Disziplinen unterschiedlich.

Die Personen, die Wissenschaft vorantreiben, brauchen größtmögliche Unabhängigkeit, in persönlicher, zeitlicher, institutioneller, wirtschaftlicher Hinsicht. Nur dann können sie die Risiken eingehen, die mit intellektuell ehrlicher Forschung einhergehen: Sie

17 BVerfGE 35, 79 (112).

18 Statt vieler: *Andreas Paulus* in: Huber/Voßkuhle GG 8. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 473-482.

19 *Andreas Paulus* in: Huber/Voßkuhle GG 8. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 488 f.

20 *Andreas Paulus* in: Huber/Voßkuhle GG 8. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 483-487.

21 S. etwa *Matthias Ruffert*, VVDStRL 65 (2006), 146 (152 ff.).

müssen Fehler machen und diese offen zugeben dürfen und sie müssen ihre Erkenntnisse auch dann ohne Angst vor Sanktionen in die Welt hinaustragen können, wenn diese andere vor den Kopf stoßen werden. Andernfalls kann die Wissenschaft das Ziel der Wahrheitsermittlung nicht gewährleisten.

Die Autonomie der individuellen Wissenschaftler\*innen ist daher ein hohes Gut, ebenso wie die Selbstbestimmung und Selbstorganisation der institutionellen Zusammenhänge, in die sie eingebettet sind. Diese Autonomie kann niemals in Reinform verwirklicht werden, ist aber als überaus gewichtiger Posten in alle Abwägungen mit anderen Zielen von Hochschul- und Bildungspolitik einzustellen. Dies gilt sogar gegenüber Zielsetzungen im Bereich der Bekämpfung von Diskriminierung wie etwa einer diskriminierungsärmeren Kommunikation in der Hochschule.

## II. Wissenschaftsfreiheit als gegenseitige Abhängigkeit

Die Autonomie der einzelnen Wissenschaftler\*innen wie auch des universitären Raums als Ganzem vor äußeren Einflüssen existiert gleichzeitig mit einer fundamentalen Interdependenz innerhalb des Wissenschaftssystems. Das Bild des einsamen Gelehrten (und der ist immer männlich) im Elfenbeinturm, der ganz alleine bahnbrechend geniale Ideen ausarbeitet, ist mindestens überholt, falls es denn je mehr als ein Mythos war. Den Beweis liefert allein schon die Lektüre meines akademischen Lieblingsgenres, nämlich der Danksgesungen und Widmungen in Qualifikationsarbeiten. Niemand denkt für sich allein: Gemäß dem Google-Scholar-Motto „on the shoulders of giants“<sup>22</sup> profitieren alle Wissenschaftler\*innen von der Arbeit all derer, die sich bereits mit ähnlichen Fragen beschäftigt haben. Sie brauchen zudem den Austausch mit anderen Wissenschaftler\*innen, mit denen sie ihre Ideen diskutieren, kritisch durchleuchten und weiterentwickeln können. Wissensentwicklung braucht Verschiebungen und Wiederholungen als eine Art inter- und intragenerationalen Prozess.<sup>23</sup> Hier schließt sich wieder der Kreis zu den Kommunikationsgrundrechten des Artikel 5.

Auf ganz praktischer Ebene ist es heutzutage nahezu unmöglich, Wissenschaft außerhalb eines institutionellen Zusammenhangs zu betreiben: Die Zugänge zu notwendiger Literatur und Equipment können sich die meisten Einzelpersonen schon rein finanziell kaum erschließen; zudem benötigen sie mindestens „a room of one's own“<sup>24</sup> und gegebenenfalls ein Team, das mit ihnen arbeitet. Um das kollektive Gut der Wissensgenerierung zu garantieren und möglichst zugänglich zu gestalten, leisten sich die allermeisten Staaten daher öffentliche Universitäten.

Diese überindividuellen, institutionellen Kontexte sind also Ermöglichungsbedingung für wissenschaftliche Arbeit. Zugleich kann in ihnen auch eine Gefahr für die Autonomie der Einzelnen liegen. Dieses Verhältnis muss immer wieder neu austariert werden. Daher hat das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen oftmals dezidierte Vorgaben für das Organisationsrecht der Hochschulen getroffen.<sup>25</sup>

22 U.a. Isaac Newton zugeschrieben.

23 Gewissermaßen als „case in point“ schulde ich diese Gedanken dem Austausch mit Pia Lotta Storf zu einer frühen Version dieses Beitrags.

24 Titel eines feministischen Essays von Virginia Woolf, zuerst erschienen 1929.

25 Etwa BVerfGE 35, 79; 111, 333; 122, 89; 127, 87; 136, 338; 139, 148. S. zudem Klaus Ferdinand Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009.

Eine Brücke zwischen Autonomie und Interdependenz schlägt übrigens die grundgesetzliche Freiheit der wissenschaftlichen Lehre. Die Weitergabe von Wissen und die Befähigung der nächsten Generation zu eigener wissenschaftlicher Arbeit wird so zum einen institutionalisiert und genießt zum anderen ebenfalls durch die Garantie individueller Autonomie Schutz vor staatlicher Einmischung.

Die Hochschule als realer Raum der gelebten Wissenschaftsfreiheit ist also auf das Miteinander angewiesen. Hierzu gehört auch, dass dieses Miteinander vom Gedanken der Kooperation geprägt ist, davon, dass Kritik auf der Ebene der Sache und nicht der Person geübt wird und dass möglichst viele, am besten sogar möglichst unterschiedliche Köpfe gleichberechtigt am wissenschaftlichen Diskurs teilnehmen können – auch mittels eines Umgangs, der Ausgrenzung und Diskriminierung zum Beispiel auf sprachlicher Ebene vermeidet. Deshalb betreffen Angriffe auf die Wissenschaftsfreiheit kleinerer, marginalisierter Gruppen im Ergebnis alle, die auf die Offenheit und Vielfalt des wissenschaftlichen Diskurses angewiesen sind. Zugespitzt ließe sich sagen: Alle haben nur so viel Wissenschaftsfreiheit wie die Person, die am meisten um die ihre kämpfen muss.

Diejenigen, denen allzu viel Wissenschaftsfreiheit beziehungsweise Wissenschaftsfreiheit für die „Falschen“ ein Dorn im Auge ist, wissen dies im Übrigen. Hier setzt der rechtspopulistische „double bind“, der eine falsche Dichotomie zwischen Freiheit der Wissenschaft und Schutz vor Diskriminierung aufbaut und die Verbindung von Autonomie und Interdependenz negiert, gerade an. Denn wenn einmal das Narrativ im Raum steht, dass mehr Inklusion und Diversität nur auf Kosten von Freiheit gelingen können, können diese Seiten – und zwar auf Kosten der Marginalisierten – gegeneinander ausgespielt werden.

### C. Die Sprache der Wissenschaft

Die Rolle aber von Diskriminierung, Ungleichheit und Ausgrenzung als Gefahr für die Wissenschaftsfreiheit ist in der Verfassungsrechtswissenschaft leider bislang vernachlässigt worden. Daher nun die Frage: Wie verhält sich das so skizzierte verfassungsrechtliche Verständnis von Wissenschaftsfreiheit zur Frage insbesondere sprachlicher Inklusion im universitären Raum?

Um es klar zu sagen: Sprachliche Diskriminierung in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen ist nur eine, aber immerhin eine sehr sichtbare Ausprägung von Ungleichheit als Gefahr für die Wissenschaftsfreiheit. Sprache kann Menschen sichtbarer oder unsichtbar machen, kann sie willkommen heißen oder ausschließen, kann sie annehmen oder sie tief verletzen. Durch inklusivere Sprache können Universitäten *anfangen*, das institutionelle Zusammenleben und Zusammenarbeiten zu verbessern, aber sie können nicht an der Stelle aufhören.

Zunächst ist in rechtlicher Hinsicht zu unterscheiden zwischen Sprache im persönlichen Umgang zwischen Personen auf der einen und in allgemeiner Kommunikation – also wissenschaftlichen Texten, Außen- und interner Kommunikation der Universität, Vorträgen und Vorlesungen – auf der anderen Seite.<sup>26</sup>

26 S. zu dieser Herangehensweise auch Isabel Lischewski, Recht Schreiben? Eine verfassungsrechtliche Betrachtung von „Genderverboten“ an Schulen, *Der Staat* 64 (2) 2025, 221 (229 ff.). Zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit von den Rechtschreibregeln abweichender Schreibweisen s. dort sowie Yannik Breuer, Die Anwendung geschlechtergerechter Sprache durch die Bundes- und Landesver-

Für ersten Fall lässt sich recht klar sagen: Die Ansprache einer Person in einer Weise, die diese nicht wünscht und die diese aufgrund von Geschlecht, Behinderung, Herkunft oder eines anderen Marginalisierungsmerkmals diskriminiert, ist im Ergebnis unter rechtlichen Gesichtspunkten kaum zu rechtfertigen. Insbesondere die Wissenschaftsfreiheit garantiert nicht das Recht, Einzelpersonen herabzuwürdigen – hier fehlt in aller Regel schon der Beitrag zum wissenschaftlichen Prozess, der für den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit Mindestvoraussetzung ist. Die Meinungsfreiheit rechtfertigt derartige Äußerungen ebenfalls nur begrenzt. Insofern als die sprechende Person in staatlicher Funktion auftritt, kann sie hierdurch Grundrechte der angesprochenen Person verletzen.<sup>27</sup>

Ich werde mich im Folgenden in meiner Betrachtung auf den zweiten Fall, also die Frage der allgemeinen Kommunikation im universitären Raum konzentrieren, die sich noch komplexer darstellt und grundlegende Fragen des Verhältnisses von Sprache und Wissenschaft berührt. Diese möchte ich wiederum unter den Gesichtspunkten der Autonomie und der Interdependenz betrachten.

### I. Sprachliche Autonomie

Wissenschaft und Wissenschaftsfreiheit brauchen die Sprache als Werkzeug. Jede wissenschaftliche Disziplin hat ihr eigenes Verhältnis zur Sprache, doch wohl keine kann ohne Sprache funktionieren – hier zeigt sich wieder die Nähe zu den Kommunikationsfreiheiten. Schon der Prozess des Denkens involviert im Regelfall Sprache. Um die Funktionsfähigkeit und Integrität des wissenschaftlichen Prozesses zu gewährleisten, muss dieser eine Sprache nutzen, die frei, wandelbar und wahrhaftig ist. Jede Disziplin bildet ihre eigenen Begriffe aus und formt ihre Fach-Sprache durch Traditionen und auf Grundlage eines gemeinsamen Verständnisses, um eine möglichst genaue Kommunikation von Ideen zwischen Personen zu ermöglichen. Viele Disziplinen sind mehrsprachig, verwenden also zum Beispiel Deutsch, Englisch, Latein und/oder Griechisch nebeneinander oder miteinander vermischt. Diese Sprachen unterscheiden sich teilweise trotz Verwendung derselben Vokabeln deutlich von der Alltagssprache und deren Richtigkeitsmaßstäben. Und auch innerhalb vieler wissenschaftlicher Disziplinen wird um nichts so heftig gestritten wie um die „richtige“ Verwendung beziehungsweise das Verständnis bestimmter Begriffe, was über die Zeit auch zu Veränderungen des jeweils üblichen Sprachgebrauchs führt.

Dies bedeutet: Genau wie nur die Wissenschaft selbst definiert, was Wissenschaft ist, hat sie auch die primäre Autorität über ihre Sprache(n). Denn sprachliche Autonomie ist eine Grundvoraussetzung für wissenschaftliche Autonomie. Staatliche Einmischungen in die Prozesse intra- und interdisziplinärer Sprachfindung und Sprachfortbildung können in den wenigsten Fällen im Lichte der Wissenschaftsfreiheit bestehen. Einer staatlichen Politik, die verbindliche Sprachregelungen für rein wissenschaftliche Kontexte festlegt (hierzu zählen Verbote bestimmter wissenschaftlich üblicher Begriffe wie im Fall des bereits erwähnten CDC ebenso wie „Gender“-Ge- und Verbote oder auch Aufforderun-

waltung, Die Verwaltung 57 (2024) 2, 155-202 (188), der ebenfalls eine hinreichend konkrete Kommunikationsbeziehung verlangt.

<sup>27</sup> Zu im Falle etwa von Misgendering verletzten Rechten vergleiche u.a. BVerfGE 54, 208 (217); 97, 125 (149); 147, 1.

gen an den Staat in den zitierten AfD-Anfragen zur Critical Race Theory, Begriffe wie „Race“ für den wissenschaftlichen Kontext zu definieren<sup>28</sup>), muss die Wissenschaft somit entgegen treten.

## II. Sprachliche Interdependenz

Zugleich ist Sprache der ureigenste Ausdruck zwischenmenschlicher Interdependenz. Wir verwenden Sprache nicht zum Selbstzweck, sondern weil sie uns mit anderen Menschen verbindet. Innerhalb dieser Beziehungen üben wir durch Sprache auch Macht aus. Die Sprache in einem konkreten sozialen Kontext wie zum Beispiel einer wissenschaftlichen Disziplin beruht auf informellen, enorm wirkmächtigen Sprachregelungen, die Ausdruck der impliziten oder expliziten Überzeugungen der strukturell dominanten Gruppen innerhalb dieses Kontexts sind.

In der Rechtswissenschaft etwa gibt es seit einigen Jahren ausführliche empirische Studien dazu, dass in juristischen Übungsfällen mannigfaltige sexistische, rassistische, klassistische und ähnliche Stereotype zum Einsatz kommen, gekleidet in eine pseudohumoristische Sprache, wenn die Schusselige Sekretärin mal wieder die Klageeinreichung verdöst, die Süße Susi den Täter zum Diebstahl des begehrten Diamantrings anstiftet oder der Schmierige Serkan als Autohändler den Schaden am Kfz verschweigt.<sup>29</sup> Auch sprachliche Versteckspiele wie der berühmte „objektive Dritte“<sup>30</sup> oder das verbreitete subjektlose Passiv anstelle des scheinbar zu subjektiven Ichs in der juristischen Literatur sind Ausdrücke in Sprache ge- beziehungsweise verkleideter Hierarchien.

Diejenigen, die mit diesen impliziten Sprachregelungen brechen oder sie auch nur aufzeigen, laufen immer noch erhebliche Gefahr, *innerhalb* des Wissenschaftssystems ausgegrenzt zu werden und Nachteile zu erfahren. Und zwar vor allem dann, wenn sie selbst in diesem System nicht zu den dominanten Personengruppen gehören, also zum Beispiel weiblich, migrantisch oder als queer markiert sind.

Denn das ist die Realität von Autonomie und Interdependenz in der Wissenschaft: Manche sind faktisch autonomer und andere abhängiger, und diese Unterscheidung verläuft zu einem großen Teil entlang von Diskriminierungsformen.<sup>31</sup> Mit Blick auf den persönlichen Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit sind die Abhängigen sogar in der numerischen Mehrheit: Es existieren schlicht mehr Studierende und Mittelbauer\*innen, die Wissenschaft betreiben, als es Lebenszeitprofessuren gibt. Diese Abhängigen sind in den meisten Fächern zudem im Verhältnis zu den Professor\*innen überproportional

28 S. die Berliner Anfrage: [https://pardok.parlament-berlin.de/starweb/adis/citat/VT/19/SchrAnfr/S1\\_9-22512.pdf](https://pardok.parlament-berlin.de/starweb/adis/citat/VT/19/SchrAnfr/S1_9-22512.pdf).

29 Vgl. Dana Valentinier, Stereotype in juristischen Ausbildungsfällen – Eine hamburgische Studie, in: Social Transformations 2018, S. 1-29.

30 Sué González Hauck, Weiße Deutungshoheit statt Objektivität: Der „objektive Dritte“ und die systematische Abwertung rassismuserfahrener Perspektiven, Zeitschrift für Rechtssoziologie 4 (2022) 2, 153-175.

31 Oder auch „Achsen der Ungleichheit“, s. Cornelia Klinger, Gudrun-Axeli Knapp, Birgit Sauer (Hrsg.), Achsen der Ungleichheit – Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität, Campus, 2007.

Frauen,<sup>32</sup> Menschen mit Migrationshintergrund<sup>33</sup> und Erstakademiker\*innen,<sup>34</sup> also von struktureller Diskriminierung innerhalb und außerhalb der Hochschule betroffen. Sie haben weniger Macht, um die Sprachkonventionen der universitären Räume mitzugestalten, und sind zugleich besonders häufig von deren negativen Auswüchsen betroffen.

Die Angriffe auf die Wissenschaftsfreiheit von außerhalb, die wir derzeit erleben, betreffen zum größten Teil die Gruppe der Abhängigen und nur selten die der akademisch Privilegierten. Studierende und Wissenschaftler\*innen ohne den Pass des jeweiligen Landes sind von Festnahmen und Abschiebungsdrohungen aufgrund von Protesten und kritischen Äußerungen betroffen. Frauen und queeren Personen wird ihre Wissenschaftlichkeit abgesprochen, wenn sie zu Themen wie Gender und Sexualität forschen. Rechtswissenschaftler\*innen of Color sind besonders oft Angriffsflächen für Antisemitismus-Vorwürfe aus Politik und auch Medien, wenn sie sich zu völkerrechtlichen Implikationen des Gazakriegs äußern.

Noch einmal: Alle Wissenschaftler\*innen haben nur so viel Wissenschaftsfreiheit wie die Person, die am meisten um die ihre kämpfen muss. Doch autoritäre Einmischung adressiert auch deshalb ganz besonders die vulnerablen Personen im Wissenschaftssystem, weil sie hier recht wenig Solidarisierung durch etabliertere Personen befürchten muss. Zum Beispiel haben rechtskonservative Strömungen als Teil ihrer „double bind“-Strategie das „Gendern“ erfolgreich als vornehmlich größte Bedrohung für die Wissenschaftsfreiheit gerade strukturell etablierter Wissenschaftler\*innen aufgebaut. Denn ihre Analyse ergab zu Recht, dass diejenigen, die sich aus persönlicher Betroffenheit besonders stark für das Thema einsetzen, strukturell weniger Macht hinter sich vereinen. Daher konnten Polarisierungen und Spaltungen weit jenseits der tatsächlichen Relevanz des Themas besonders einfach erreicht werden.

An einem „divide and conquer“-Playbook ist wenig Neues, gerade weil es so wirksam ist. Dieser Strategie kann nur mit einer verstärkten Solidarisierung begegnet werden, mit einem noch besseren Aufeinanderschauen und Aufeinanderachtgeben. Aus dieser Erkenntnis also ziehe ich die These dieses Beitrags: Die Hochschule muss sich zu einem Raum radikaler Inklusivität machen, wenn sie die Wissenschaftsfreiheit bewahren und verteidigen möchte – auch im Bereich der Sprache. Dies gelingt aber nur, wenn die Träger\*innen der Wissenschaftsfreiheit selbst und gemeinsam nach den Logiken der Wissenschaft diese Sprache beziehungsweise Sprachen miteinander aushandeln. Diese Handlungs- und Aushandlungsräume muss sich die Wissenschaft nehmen, nutzen und verteidigen.

#### *D. Freiräume erhalten – Inklusivität fördern*

Wie kann dies nun praktisch am Beispiel einer universitären Policy zu diskriminierungsarmer Sprache aussehen? Dazu sechs grundlegende Punkte:

32 S. hierzu Statista Research Department, Frauenanteil in der Professorenschaft in Deutschland im Jahr 2023 nach Bundesländern, 07.10.2024, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/197898/umfrage/frauenanteil-in-der-professorenschaft-nach-bundeslaendern/>.

33 S. Ole Engel, Herkunft und Selbstverständnis von Professor:innen mit Migrationshintergrund, Die Hochschule 2021 (2), 92-107.

34 S. Hochschulbildungsbereich 2020, Darstellung abrufbar unter <https://hochschulbildungsbereich.de/fokusthemen/arbeiterkinder>.

Erstens muss ein solches Projekt die Unterschiede zwischen den Sprachen der einzelnen Disziplinen ernst nehmen und eine Balance zwischen Vereinheitlichung und Freiraum für Unterschiede herstellen.

Zweitens muss sachgerecht unterschieden werden zwischen Kommunikationssituationen zwischen Personen und Anforderungen an allgemeine Texte, wissenschaftliche Veröffentlichungen und Außenkommunikation der Hochschule als Ganzes, die nicht unmittelbar Personen ansprechen.

Drittens müssen an der Ausarbeitung von Leitlinien möglichst alle an der Wissenschaft mitwirkenden Gruppen demokratisch beteiligt werden. Die Rechtsprechung sieht zu Recht im Sinne der Wissenschaftsfreiheit vor, dass durch die Zusammensetzung universitärer Gremien sicherzustellen ist, dass die Wissenschaftler\*innen nicht überstimmt werden. Allerdings möchte ich daran erinnern, dass die Träger\*innen der Wissenschaftsfreiheit nicht nur im Professorium zu finden sind.

Viertens sollte eine entsprechende Regelung insoweit in Statuten oder anderen Texten verankert werden, als es der Transparenz und dem Schutz diskriminierter Gruppen tatsächlich dient. Starre Regeln sind für laufende Prozesse der gemeinsamen Sprachfindung nur ausnahmsweise dienlich.

Fünftens darf die Um- und Durchsetzung einer solchen Policy nicht nach den Logiken eines „Hochschulsicherheitsrechts“, wie es der Gesetzesentwurf in NRW vorsieht, erfolgen. Die Umsetzung inneruniversitärer Inklosivität sollte ein positiver Prozess der Herausarbeitung gemeinsamer Werte sein und nicht gleichzusetzen mit polizeilicher Kriminalitätsbekämpfung oder Gefahrenabwehr. Die bestehende Expertise der Hochschulverwaltung kann eine sachgerechte administrative Verwirklichung gewährleisten. Dabei müssen Personen, die auf Missstände aufmerksam machen, dies tun können, ohne dass sie Konsequenzen für ihre Karrieren befürchten müssen. Hierfür müssen vertrauliche Stellen existieren – die es zum Teil, aber nicht überall auch schon gibt.

Sechstens schließlich müssen die Universitäten bereit sein, ihre Entscheidung nach außen hin zu verteidigen und gegenüber ungehörlicher Einmischung klare Linien zu ziehen. Dies beinhaltet auch, Druck aus Politik und Medien auf die Universität im Ganzen oder auf einzelne Individuen nachhaltig abzuwehren und für die gemeinsamen Überzeugungen auch dann einzustehen, wenn diese gesamtgesellschaftlich unpopulär sind.

Ich hoffe, im Vorangegangenen gezeigt zu haben, dass sprachliche Inklosivität und Diversität ein Gemeinschaftsprojekt der Universität sein müssen, um Angriffe auf die Wissenschaftsfreiheit abwehren zu können. Die Autonomie der Universität baut auf wechselseitiger Verbundenheit auf und umgekehrt.

Kirsten Scheiwe

## Sorgearbeit im Recht

### Ambivalente Solidaritäten und die Notwendigkeit einer solidarischen Care-Politik\*

Sorge für andere und gegenseitige Unterstützung (*Care*) in Sorgebeziehungen, sei es für Kinder, in Partnerschaften, zwischen den Generationen und in anderen Beziehungen, sind universell<sup>1</sup>; jeder Mensch ist darauf angewiesen, und die meisten sorgen auch zeitweise selbst für andere. Der *Care*-Begriff<sup>2</sup>, der sich in vielen Disziplinen international etabliert hat, knüpft an diesem Verständnis von wechselseitiger Abhängigkeit und Unterstützung an. Care umfasst die gesellschaftlich und individuell notwendigen Formen der Fürsorge, Unterstützung, Betreuung und Pflege von Menschen, sei es bezahlt oder unbezahlt (Sorgetätigkeiten, Familienarbeit, fürsorgliche Praxen, personenbezogene Dienstleistungen). Im Deutschen werden dafür auch die Begriffe *Sorgearbeit*, *Sorgetätigkeiten* oder *Fürsorge* benutzt.<sup>3</sup> Sorgearbeit ist für den gesellschaftlichen Zusammenhalt und die individuelle Entwicklung jedes Menschen essentiell. Individuelle Autonomie ist relational.<sup>4</sup> Sie kann nur in Beziehungen zu und in Abhängigkeit von anderen entwickelt und gelebt werden. Die Angewiesenheit auf andere, Sorgebedürftigkeit und -bedarfe (*care needs*) erfordern Unterstützung durch andere, also solidarisches Handeln auf privater und gesellschaftlicher Ebene, und sozialstaatliche Interventionen.

\* Grundlage dieses Artikels sind Forschungsarbeiten als Fellow am Wissenschaftskolleg Berlin 2023/24. Teile dieses Beitrags sind englischsprachig erschienen in Kirsten Scheiwe, Caring, law, and solidarity — on the need for reorientation, International Journal of Law, Policy and The Family 38 (2024), ebae016.

1 Zur Care-Ethik vgl. Martha Fineman, Vulnerability: Reflections on a new ethical foundation for law and politics, London 2016; Marianne Heimbach-Steins, Care-Ethik, in: Michelle Cottier, Kirsten Scheiwe, Caroline Voithofer (Hg.), Handbuch Sorgearbeit und Recht – Caring and the law, Heidelberg 2025.

2 Zur umfangreichen Diskussion über den Care-Begriff vgl. Mary Daly, Care as a good for social policy, Journal of Social Policy 31 (2002), 251–270; dies., The concept of care: Insights, challenges and research avenues in COVID-19 times, Journal of European Social Policy (2020), 108–118; Ute Gerhard, Care als sozialpolitische Herausforderung moderner Gesellschaften, in: Brigitte Aulenbacher et al. (Hg.), Sorge: Arbeit, Verhältnisse, Regime, Baden-Baden 2014, 73–92; Jonathan Herring, Caring and the Law, Oxford 2013; Kirsten Scheiwe, Michelle Cottier und Caroline Voithofer, Recht, Sorgearbeit und Sorgebeziehungen – eine Einleitung, in: Michelle Cottier, Kirsten Scheiwe, Caroline Voithofer (Hg.), Handbuch Sorgearbeit und Recht – Caring and the law, Heidelberg 2025.

3 Kirsten Scheiwe, Kinderkosten und Sorgearbeit im Recht, Berlin 1999.

4 Susanne Baer, Ute Sacksofsky (Hg.) Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018; Jonathan Herring, Law and the relational self, Cambridge 2020; Beate Rössler, Autonomie: ein Versuch über das gelungene Leben, Berlin 2019,

Zugleich prägen Machtverhältnisse und Abhängigkeiten, Hierarchien und Ungleichheiten Sorgebeziehungen. Dies manifestiert sich darin, dass Care geschlechtsspezifisch organisiert ist, Frauen diese überwiegend übernehmen und dadurch verschiedene Benachteiligungen erfahren. Diese geschlechtsspezifische Arbeit ist jedoch nicht in gleicher Weise sozialstaatlich abgesichert wie Erwerbsarbeit. Auch gibt es kein subjektives Recht auf Pflege. Sorgearbeit wurde und wird im Recht weiterhin überwiegend als Privatsache verstanden. Dieser Beitrag betrachtet *Care* als notwendigen Teil gesellschaftlicher Solidarität und argumentiert für eine rechtlich institutionalisierte, solidarische Care-Politik.

Dafür wird historisch die Entwicklung des Sozialstaates als institutionalisierter Solidarität nachgezeichnet und aufgezeigt, dass Sorgearbeit aus dieser zunächst ausgeschlossen wurde und auch heute noch unzureichend abgesichert ist (I.).

Anschließend werden Schlaglichter auf mögliche Anknüpfungspunkte für solidarische Care-Politiken und die rechtliche Anerkennung von Sorgearbeit im deutschen Verfassungsrecht (II.) sowie auf europäischer (III.) und internationaler Ebene (IV.) geworfen. Der Beitrag endet mit einem Fazit und Ausblick (V.).

## *I. Solidarität, Sozialstaatsentwicklung und Sozialrecht – Sorgearbeit zwischen öffentlicher Aufgabe und Privatheit*

### 1. Solidaritätsbegriff und öffentliche Daseinsvorsorge

Der *Solidaritätsbegriff* hat weit zurückliegende historische Wurzeln; seine Verwendung hat sich stark verändert und ist über Disziplingrenzen und gesellschaftliche Teilbereiche hinweg unterschiedlich.<sup>5</sup> Kennzeichnend ist, dass es keine feste Definition oder klar konturierten Inhalte des Solidaritätsbegriffes gab, sondern teils widersprüchliche Verwendungen.

Der Solidaritätsbegriff, wie er hier im Anschluss an den Soziologen *Durkheim*<sup>6</sup> und den Rechtswissenschaftler *Duguit*<sup>7</sup> verwendet wird, kennzeichnet das Füreinander-Einstehen in einer Gruppe im Spannungsverhältnis von Individuum, individuellen Interessen und Gemeinschaftsinteressen. Solidarität beinhaltet gemeinsame Ziele, Interessen oder

5 Zur Diskussion über den Solidaritätsbegriff und zu Recht und Solidarität vgl. *Kurt Bayertz*, Begriff und Problem der Solidarität, in: ders. (Hg.), Solidarität – Begriff und Problem, Frankfurt a.M. 1998, 11–53; ders., Staat und Solidarität, in: ders. (Hg.), Politik und Ethik, Stuttgart 1996, 305–329; *Erhard Denninger*, Solidarität als Verfassungsprinzip, KritV (2009), 20–30; *Dieter Grimm*, Solidaritätsprinzip, Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart 1987, 2314–2316; *Uwe Volkmann*, Solidarität - Programm und Prinzip der Verfassung, Tübingen 1998; *Alain Supiot*, Sur le principe de solidarité, 6 (2005) Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte 2005, 67–81; *Felix Welti*, Solidarität im Recht, in: Michael Ganner, Caroline Voithofer (Hg.), Recht & Solidarität, Innsbruck 2018, 15–40; aus sozialethischer Perspektive *Barbara Prainsack*, *Alena Buyx*, Das Solidaritätsprinzip, Frankfurt a.M. 2016.

6 *Émile Durkheim*, Über die Teilung der sozialen Arbeit, Frankfurt a.M. 1977/1893.

7 *Duguit* plädierte Anfang des 20. Jahrhunderts für eine soziale Norm der Solidarität, welche der Staat als Grundprinzip konkretisieren bzw. „materialisieren“ müsse durch seine Mittel und Macht, um sie als „service public“ zur Realisierung der zunehmenden wechselseitigen sozialen Abhängigkeit zur Verfügung zu stellen (*Léon Duguit*, Traité de Droit constitutionnel, Paris 1911). Vgl. *Dieter Grimm*, Solidarität als Rechtsprinzip, Frankfurt a.M. 1973; *Karl-Peter Sommermann*, Some Reflections on the Concept of Solidarity and its Transformation into a Legal Principle, Archiv des Völkerrechts 52 (2014), 10–24, 13ff.

Emotionen und die Bereitschaft, dazu einen Beitrag zu leisten, um dieses Gemeinschaftsgut zu schaffen. Das kann durchaus im wohlverstandenen Eigeninteresse von Individuen liegen, die wechselseitig voneinander abhängig sind, denn jede\*r kann irgendwann selbst auf die Solidarität der anderen angewiesen sein.

Historisch betrachtet waren Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts Solidarität sowie die Aufgaben des Staates und des öffentlichen Dienstes (öffentliche Daseinsvorsorge) wichtige Themen der sozialpolitischen Debatte. Es ging um die vom Staat bzw. den Kommunen als öffentliches Gut bereit zu stellenden sozialen Dienstleistungen und Infrastrukturen, welche solidarisch allen Bürger\*innen die Entfaltung ihrer Individualität und Teilhabe ermöglichen sollten.<sup>8</sup> Sorgetätigkeiten und personenbezogene Dienstleistungen wurden dabei jedoch nur selektiv thematisiert (etwa mit Blick auf die Versorgung mit Krankenhäusern). Im Übrigen wurden die Versorgung von Kindern oder von pflegebedürftigen Angehörigen ebenso wie die alltägliche Versorgung und Hausarbeit als quasi ‚natürliche‘ Aufgabe von Frauen verstanden und diesen rechtlich zugewiesen.<sup>9</sup> *Care* wurde als unhinterfragte ‚private Solidarität‘ vorausgesetzt, deren Kosten und damit verbundenen Risiken nur teilweise rechtlich innerhalb von Ehe und Verwandtschaft kompensiert werden konnten.<sup>10</sup> Sorgearbeit wurde also weitgehend als Privatsache definiert und als unbezahlte Arbeit ‚aus Liebe‘ Frauen als Pflicht zugewiesen; das Familien- und Erbrecht konnten unter Umständen eingeschränkte soziale Absicherung gewähren.

Der seit Ende des 19. Jahrhunderts entstehende Wohlfahrtsstaat, der Privatwohltätigkeit, Almosen und *caritas* durch öffentliche Daseinsvorsorge und soziale Rechte ersetzte, blendete diesen zentralen Bereich wechselseitiger Solidarität durch Sorgetätigkeiten in Generationenbeziehungen und privaten Beziehungen weitgehend, aber nicht vollständig aus dem entstehenden Sozialrecht aus. Im Sozialrecht wurden einige familien- und ehebezogene Sozialleistungen eingeführt, mit denen eine partielle indirekte Absicherung von ‚Abhängigen‘ durch abgeleitete Rechte gewährleistet wurde, die an der Ehe anknüpften, aber nicht an der Sorgearbeit. Diese Ambivalenzen und Fragmentierungen charakterisieren die rechtliche Regulierung von Sorgetätigkeiten und -beziehungen bis heute.<sup>11</sup>

## 2. Sorge und Solidarität in der historischen Entwicklung des deutschen Sozialrechts

Das Sozialrecht ist der klassische Rechtsbereich, in dem Solidarität institutionalisiert und verrechtlicht wurde. Die Geburtsstunden des Sozialrechts in Deutschland (Einfüh-

8 Jens Kersten, Begriffsgeschichte und rechtlicher Rahmen, in: Claudia Neu (Hg.), Handbuch Daseinsvorsorge, Bonn 2022, 18–25.

9 Gisela Bock, Weibliche Armut. Mutterschaft und Rechte von Müttern in der Entstehung des Wohlfahrtsstaates 1890–1950, in: dies., Geschlechtergeschichten der Neuzeit: Ideen, Politik, Praxis, Göttingen 2014, 259–301.

10 Zur Diskussion über Solidarität im Familienrecht vgl. Dieter Schwab, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, 521; Volker Lipp, Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und Sozialrecht, NJW 2002, 2201; Volker Lipp, Anne Röthel, Peter Windel (Hg.) Familienrechtlicher Status und Solidarität, Tübingen 2008; Anne Röthel, Solidaritätskonzept und Statusorientierung des Erbrechts, in Lipp et al. (ebd.), 85–120 (85); kritisch zur ungenügenden Anerkennung von *Care* im Familienrecht Kirsten Scheiwe, Sorgetätigkeiten und care im Familien- und Familiensozialrecht – Wie weit sind wir in Deutschland gekommen auf dem Weg zu einem ‚sorgsamen Recht‘?, Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam) 2022, 45.

11 Kirsten Scheiwe, Michelle Cottier, Caroline Voithofer, Einleitung, in: Cottier et al. (Fn. 2).

rung der Krankenversicherung 1883 und der Unfallversicherung 1884<sup>12)</sup> sind in den verschiedenen Ländern stark durch die Arbeiterbewegung und ihre Forderungen nach Solidarität und gesellschaftlicher Umverteilung beeinflusst. Die Sozialversicherung mit Versicherungzwang umfasste auch Elemente des sozialen Ausgleichs (und verhinderte damit die negativen Wirkungen und Ungleichheiten der Versicherungsmärkte), was den allgemeinen Vorsorgezwang und die Schaffung der Solidargemeinschaften der Sozialversicherungen legitimierte. *Ewald* bezeichnet (Sozial-)Versicherung als „eine neue Art der Beziehung der Individuen untereinander, aus der der moderne Begriff von Solidarität entspringt“.<sup>13</sup>

In diesem Sinne umfasste der die staatliche Ordnung begründende Gesellschaftsvertrag die Übereinkunft darüber, welche Risiken kollektiv abgedeckt werden sollen und was als ‚gerecht‘ betrachtet wird. Doch diese staatliche Ordnung gründete zugleich in einem Geschlechtervertrag,<sup>14</sup> der Frauen aus der öffentlichen Sphäre ausgrenzte und ihnen die unbezahlte Reproduktionsarbeit zuwies.

Die Risiken, die mit Reproduktion und Sorgearbeit zusammenhängen, wurden vom Sozialversicherungsrecht in den Anfängen der 1880er Jahre weitgehend, aber nicht vollständig der Privatsphäre zugewiesen. Die Trennung von Privatsphäre und öffentlicher Sphäre ist für die Geschlechterordnung der bürgerlich-kapitalistischen Gesellschaft konstitutiv. Die zur Privatsache deklarierte Sorgearbeit wurde ausgeschlossen aus der öffentlichen Sphäre, in der die Kämpfe um Solidarität und soziale Sicherung ausgetragen wurden. Erst später begann schrittweise die sozialversicherungsrechtliche Absicherung einiger Risiken im Bereich von Mutterschaft sowie der Absicherung von Familienangehörigen von Versicherten.<sup>15</sup>

Kritisiert wurde dies von der damaligen (gespaltenen) Frauenbewegung, deren Kampf sich seit den 1890er Jahren auf die Einführung einer Mutterschaftsversicherung richtete.<sup>16</sup> Die Sozialdemokratin *Lily Braun* forderte ursprünglich eine Mutterschaftsversicherung für die gesamte Bevölkerung, finanziert durch eine progressive Einkommensbesteuerung. Mutterschaft sei eine gesellschaftliche Funktion, die staatlich gesichert werden müsse.<sup>17</sup> Noch weitergehend war die Forderung von *Anita Augspurg* nach einer Mutterschaftsrente für alle Mütter für die Dauer von anderthalb Jahren nach der Geburt.<sup>18</sup> Derartige Forderungen wurden erst Ende des 20. Jahrhunderts im Rahmen des Erziehungsgeldes

12 Zur Geschichte des Sozialrechts vgl. *Eberhard Eichenhofer*, Geschichte des Sozialstaats in Europa, München 2007; *Michael Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, Stuttgart 2003.

13 *François Ewald*, Die Versicherungs-Gesellschaft, KJ (1989), 385 (387).

14 Vgl. die grundlegende Kritik an der Trennung von öffentlicher und privater Sphäre von *Carole Pateman*, *The Sexual Contract*, Standford 1988. Der Gesellschaftsvertrag der Aufklärung, der sich auf den Mann als Staatsbürger und Individuum in der öffentlichen Sphäre bezieht, beruhe auf einem (versteckten) gesellschaftlichen Kontrakt über Geschlechterordnungen (*sexual contract*) mit hierarchischen Zuweisungen von Macht und Aufgaben in der privaten Sphäre. Dieser Geschlechterkontrakt definiere Frauen als Privatpersonen, grenze sie aus der öffentlichen Sphäre aus und weise ihnen die Reproduktionsarbeiten zu, wobei die Institution der Ehe eine zentrale Bedeutung hat.

15 *Ursula Rust*, Familienlastenausgleich in der gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung, Köln 1990.

16 *Theresa Kulawik*, Wohlfahrtsstaat und Mutterschaft: Schweden und Deutschland 1870-1912, Frankfurt a.M. 1999.

17 *Lily Braun*, Die Frauenfrage, Leipzig 1901 (547).

18 *Kulawik* (Fn. 16), (101).

seit 1986 verwirklicht. In der Sozialversicherung wurden zunächst die Risiken von erwerbstätigen Frauen aufgrund von Schwangerschaft und Wochenbett nur in geringem Umfang seit 1883 in der Krankenversicherung abgesichert, erst 1914 wurde im Ersten Weltkrieg ein weitergehender Mutterschutz aus kriegs- und bevölkerungspolitischen Gründen eingeführt.<sup>19</sup> Die erwerbstätigen Frauen waren anfangs weitgehend von der Sozialversicherung ausgeschlossen, die wichtige Bereiche der Frauenerwerbstätigkeit nicht erfasste. Hausgesinde und Dienstmädchen, Heim- und Landarbeiterinnen wurden erst 1911 in den Sozialversicherungsschutz einbezogen. „Frauensolidarität“ war eine Aufgabe der Rechtsschutzstellen, in denen bürgerliche Frauen Arbeiterinnen, Hausangestellte und andere benachteiligte Frauen berieten und unterstützen.<sup>20</sup>

In der weiteren Entwicklung der Sozialversicherung wurden die Leistungsansprüche von (verheirateten) erwerbstätigen Versicherten auf abhängige Familienangehörige ausgeweitet, so dass das Modell des autonomen Erwerbstätigen ohne Sorgeverpflichtungen ergänzt wurde durch abgeleitete Rechte der ‚Abhängigen‘ auf Basis der Versorgerehe (Hinterbliebenenrenten, kostenfreie Mitversicherung der Ehepartner\*in in der Krankenversicherung). Nicht verheiratete Mütter waren und sind bis heute davon ausgeschlossen. Das Modell der Absicherung beruhte weiterhin nicht auf der sozialrechtlichen Anerkennung der Care-Arbeit als solcher, sondern war mit dem Leitbild der Versorgerehe, also ehebezogen und nicht care-bezogen verknüpft.<sup>21</sup> In der Sozial- und Familienpolitik in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhundert spielten die Idee des ‚Familienlohns‘<sup>22</sup> und der Förderung der legitimen ehelichen Familie eine wichtige Rolle.

In den 1950er Jahren wurde Solidarität im Rahmen der Debatten über die *Rentenreformen* häufig öffentlich eingefordert als *Generationensolidarität* und nicht in erster Linie als Solidarität mit denjenigen, die Sorgearbeit oder Familienarbeit leisten. Eigene Rentenanwartschaften unabhängig vom Erwerbsstatus als Anerkennung der Erziehungsarbeit wurden jedoch erst 1986 als rentenrechtliche Erziehungszeiten von drei bzw. zwei Jahren pro Kind eingeführt<sup>23</sup> – eine individuelle, care-bezogene Sozialleistung unabhängig von der Ehe und damit eine echte Neuerung im deutschen Sozialversicherungssystem.<sup>24</sup>

Die Einführung der Pflegeversicherung (SGB XI) 1995 erkannte Pflegebedürftigkeit als sozialversichertes Risiko an und gewährte der pflegebedürftigen Person ein Pflegegeld, das diese an unbezahlt häuslich Pflegende weitergeben kann. Für die unbezahlt häuslich pflegende Person werden auf Antrag auch Beiträge für die Unfall- und Renten-

19 Karin Hausen, Arbeiterinnenschutz, Mutterschutz und gesetzliche Krankenversicherung im Deutschen Kaiserreich und in der Weimarer Republik, in: Ute Gerhard (Hg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1997, 713–743.

20 Beatrix Geisel, Patriarchale Rechtsnormen „unterlaufen“. Die Rechtsschutzvereine der ersten deutschen Frauenbewegung, in: Gerhard (Fn. 19), 683–697; Marie Stritt, Rechtsschutz für Frauen, in: Helene Lange, Gertrud Bäumer (Hg.), Handbuch der Frauenbewegung, II. Teil, Berlin 1901, 123–153.

21 Vgl. Kirsten Scheiwe, Existenzsicherung zwischen Sozial- und Familienrecht in der BRD – individualisiert, ehebezogen, familialistisch, care-orientiert?, in: dies. (Hg.), Soziale Sicherungsmodelle revisited, Baden-Baden 2007, 95–113.

22 Karin Gottschall, Tim Schröder, „Familienlohn“ – Zur Entwicklung einer wirkmächtigen Normierung geschlechtsspezifischer Arbeitsteilung, WSI-Mitteilungen 66 (2013), 161–170.

23 Johanna Kemper, Leistungen für Familienarbeit in der Sozialversicherung, in: Scheiwe (Hg.) (Fn. 21), 113; dies., Absicherung von Erziehungsarbeit, Baden-Baden 2014.

24 Kirsten Scheiwe, Soziale Sicherungsmodelle zwischen Individualisierung und Abhängigkeiten, KJ 38 (2005), 127–151.

versicherung von der Pflegeversicherung gezahlt. Dies war ein Paradigmenwechsel im Recht im Sinne der Anerkennung von *Care*-Bedarfen pflegebedürftiger Personen und einer – allerdings unzureichenden – Absicherung von sorgenden Personen auch über den Kreis der engen Angehörigen hinaus, jedoch nur als ‚Teilkasko‘. Trotz einer Reihe weiterer Reformen in den folgenden Jahren, welche die Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Pflege für pflegende Angehörige erhöhen sollten (Pflegezeitgesetz und Familienpflegezeitgesetz) reichen die Freistellungsmöglichkeiten für erwerbstätige pflegende Angehörige und das geringe Niveau der Leistungen der Pflegeversicherung für die Unterstützung pflegender Angehöriger nicht aus. Auch die kommunale Unterstützungsleistungen und Infrastrukturen sind ungenügend. *Care*-Arbeit im Pflegebereich und *Care*-Bedarfe sind also heute unzureichend abgesichert.

## *II. Verfassungsrechtliche Aspekte: Solidarität, Sorge und Sozialstaatsprinzip*

Während das Solidaritätsprinzip in zahlreichen Verfassungstexten europäischer Staaten nach dem Zweiten Weltkrieg erwähnt wurde,<sup>25</sup> ist dies im Grundgesetz von 1949 nicht ausdrücklich der Fall. Solidarität wird im deutschen Recht (anders als im Europarecht<sup>26</sup>) nicht als Begriff im Grundgesetz verwendet und legaldefiniert und ist nicht einfach subsumierbar; es handelt sich jedoch um ein Rechtsprinzip. Rechtsprinzipien werden aus der Gesamtrechtsordnung deduziert, sind jedoch nur teilweise gesetzlich geregelt. Sie müssen weiter präzisiert und durch Rechtsnormen ausgeformt werden, da sie als solche noch nicht subsumtionsfähig sind.<sup>27</sup>

So enthält das Grundgesetz neben den genannten Bestimmungen zum Sozialstaat keinen Katalog sozialer (Menschen-)Rechte, wie sie nach 1945 zahlreiche ausländische Verfassungen, völkerrechtliche Übereinkommen oder später auch das EU-Recht enthalten, sondern nur das Sozialstaatsgebot. Solidarität ist nicht ausdrücklich erwähnt. Allerdings lässt sich Solidarität als Kern des Sozialstaatsprinzips verstehen. Daher wird *Solidarität* als *Verfassungsgrundsatz* anknüpfend am Sozialstaatsgebot (Art. 20 I, Art. 20 I GG), dem Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I GG) und dem Gleichheitsgrundsatz und den Diskriminierungsverboten (Art. 3 GG) diskutiert.<sup>28</sup> Der Bezug auf soziale Ziele ist zweifelsohne auch in anderen Grundrechten enthalten, etwa in Art. 14 I S. 2 GG (Sozialbindung

25 Vgl. Guido Alpa, *Solidarity: A Normative Principle*, Alphen aan den Rijn 2023 m.w.N.; Veronica Federico, Christian Lahusen, *Solidarity as a Public Virtue?*, Baden-Baden 2018.

26 Unter der Überschrift ‚Solidarität‘ umfasst Kapitel IV der Europäischen Grundrechtecharta (EU-GRCh) in den Artikeln 24 bis 38 grundlegende soziale Rechte, die unterschiedlichen Bindungswirkung entfalten und im deutschen Recht zu berücksichtigen sind. Zur politik- und rechtswissenschaftlichen Literatur zu Solidarität im Europarecht vgl. Andrea Biondi et al. (Hg.), *Solidarity in EU law*, Cheltenham 2018; Floris de Witte, *Justice in the EU – the emergence of transnational solidarity*, Oxford 2015; Irina Domurath, *The three dimensions of solidarity in the EU legal order*, *Journal of European Integration* 35 (2013), 459–475; Andreas Grimmel, Susanne My Giang (Hg.), *Solidarity in the European Union: A fundamental value in crisis*, Cham 2017; Stefan Kadelbach (Hg.), *Solidarität als Europäisches Rechtsprinzip?*, Baden-Baden 2014; Martin Nettessheim, *Konzeptionen und Dimensionen von Solidarität im Recht der Europäischen Union*, in: Peter Becker, Barbara Lippert (Hg.), *Handbuch Europäische Union*, Wiesbaden 2020, 1-14.

27 Vgl. Thomas M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, München, 6. Aufl. 2025, § 9; Christian Linke, *Vertrauenschutz im Zivilrecht*, Jura 2022, 787-792.

28 Alpa (Fn. 25).

des Eigentums), Art. 6 GG (Schutz der Familie), Art. 3 II S. 2 GG (Beseitigung bestehender Nachteile zur Durchsetzung der Gleichberechtigung) u.a.

So hat Solidarität auch den Zweck, *diskriminierungsfreie Teilhabe und Zugehörigkeit* zu ermöglichen.<sup>29</sup> In den rechts- und sozialpolitischen Auseinandersetzungen um eine verbesserte Anerkennung der (unbezahlten und bezahlten) Sorgetätigkeiten und -beziehungen spielen daher die verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze und Diskriminierungsverbote häufig eine Rolle. Dies ist essentieller Bestandteil des Solidaritätsprinzips; Gleichheit ist kein neutraler Maßstab, sondern integraler Bestandteil des Sozialstaatskonzepts.<sup>30</sup>

Das Sozialstaatsprinzip verfolgt die Ziele der sozialen Sicherheit, sozialen Gleichheit und sozialer Gerechtigkeit.<sup>31</sup> Aus dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit der *Menschenwürde* ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die sozialstaatliche Verpflichtung zur Sicherung des sozio-kulturellen Existenzminimums als Menschenrecht.<sup>32</sup> Dies umfasste „auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an *Teilhabe* am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben [...], denn der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen“.<sup>33</sup> Dies lässt sich als Ausdruck des Solidaritätsgedankens verstehen, der die *Individuen als gemeinschaftsgebunden und -bezogen* sieht.<sup>34</sup>

Wie viel Rechtsverbindlichkeit folgt aus dem Sozialstaatsprinzip in seiner Offenheit<sup>35</sup>? Über das verfassungsrechtlich abgesicherte *Recht auf Mindestsicherung* hinaus lassen sich aus dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit dem Schutz der Menschenwürde und dem Solidaritätsgedanken kaum weitere individuelle subjektive Rechte ableiten;<sup>36</sup> dies folgt aus dem weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.<sup>37</sup>

Aus dem *Solidaritätsprinzip als Verfassungsgrundsatz* im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlich abgesicherten Recht auf Mindestsicherung eines menschenwürdigen Daseins lässt sich jedoch das Argument ableiten, dass die Sicherung der Mindestbedingungen der Gewährleistung von sozialstaatlichen *Care*-Dienstleistungen und der Absicherung der Ermöglichung privater Sorgetätigkeiten durch den Staat sozialstaatliche Aufgaben sind. Dies gehört ebenso wie die Versorgung mit Wasser, Strom, Elektrizität etc. zur *Daseinsvorsorge*, d.h. den Leistungen und Infrastrukturen mit öffentlichem Zweck,

29 Constanze Janda, Freiheit, Solidarität und Teilhabe im demokratischen Sozialstaat, Sozialer Fortschritt 71 (2022), 713–729, 723; Stephan Rixen, Sozialrechtliche Regulierung des Sozialstaats, ZfP 65 (2018), 321–334, 322.

30 Susanne Baer, Das Soziale und die Grundrechte, NZS (2014), 1–5.

31 Stephan Rixen in Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, § 21 Das soziale Staatsziel Rn. 23, 24, 2. A. 2022; Janda (Fn 29).

32 BVerfGE 132, 134 (159 ff.); 125, 175 (223 ff.); 120, 125 (155, 166); 99, 246 (261); 91, 153 (172); 87, 153 (172).

33 BVerfGE 125, 175 (223).

34 BVerfGE 4, 7 (15).

35 Im Einzelnen Astrid Wallrabenstein, § 7 Sozialstaat, in: Matthias Herdegen et al. (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, 437–502.

36 BVerfGE 123, 267 (362).

37 „Wenn Art. 20 I GG ausspricht, daß die Bundesrepublik ein sozialer Bundesstaat ist, so folgt daraus nur, daß der Staat die Pflicht hat, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen [...]. Art. 20 I GG bestimmt nur das ‚Was‘, das Ziel, die gerechte Sozialordnung; er läßt aber für das ‚Wie‘, d. h. für die Erreichung des Ziels, alle Wege offen.“ BVerfGE 22, 180 (204). Siehe auch BVerfGE 120, 125 (SGB II-Regelsätze); 40, 121.

die durch den Staat zu gewährleisten sind (Art. 20 I GG) und die zur Sicherung eines menschenwürdigen Lebens unumgänglich sind („derer der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“<sup>38</sup>). Dies umfasst auch Care-Infrastrukturen wie Kindertageseinrichtungen, Pflegeeinrichtungen sowie andere Unterstützungsformen der unbezahlten Sorgearbeit und zur Deckung von *care needs*. Eine veränderte Interpretation des Begriffs der *Daseinsvorsorge*, welche die Bedeutung von Care für das Gemeinwohl angemessen berücksichtigt, ist daher an der Tagesordnung und verfassungsrechtlich geboten.

### *III. Europäische Perspektiven auf Care und Solidarität*

Viele Politikfelder, in denen Care eine wesentliche Rolle spielt, gehören nicht zu den Kompetenzbereichen der EU, in denen verbindliche Rechtsnormen des *Europarechts* verabschiedet werden können. Die Arbeitsmarktzentriertheit der EU-Kompetenzen hatte neben wichtigen Einflüssen auf das nationale Antidiskriminierungsrecht auch die Auswirkung, dass die Gleichstellungs- und Antidiskriminierungspolitik der EU stark auf erwerbstätige Personen konzentriert war und nicht-erwerbstätige Sorgende daraus keine eigenen Rechte ableiten konnten.<sup>39</sup> 1983 formulierte der EuGH noch, die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU hätten „nicht zum Gegenstand, die internen Verhältnisse der Familie zu regeln oder die Aufgabenteilung zwischen den Eltern zu ändern.“<sup>40</sup>

Zwar waren die ungleichen Auswirkungen der Übernahme von Sorgeverantwortung (vor allem der Kinderbetreuung) immer auch ein Thema der EU. Im Rahmen der erwerbszentrierten Antidiskriminierungspolitiken und Rechtsakte<sup>41</sup> wurden die Auswirkungen und Benachteiligungen aufgrund der stärkeren Übernahme von unbezahlten Sorgetätigkeiten von Frauen – etwa im Konzept der *mittelbaren Diskriminierung*<sup>42</sup> oder im Rahmen der Vereinbarkeitspolitik – jedoch nur begrenzt adressiert.<sup>43</sup> Die EU hat aber

38 BVerfGE 66, 248 (258).

39 Kirsten Scheiwe, EC law's unequal treatment of the family, *Social & Legal Studies* 3 (1994), 243–265.

40 Rs. 184/83 Hofmann [1983] Slg. 3047.

41 Vgl. RL 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung; Zusammenfassung der früheren RL 75/117/EWG, 76/207/EWG, 86/378/EWG, RL 97/80/EG), *Karl-Jürgen Bieback*, Kommentierung der RL 2006/54/EG, in: Constanze Janda, Maximilian Fuchs (Hg.), *Europäisches Sozialrecht*, Baden-Baden 2022.

42 *Karl-Jürgen Bieback*, Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, in: Scheiwe (Hg.) (Fn. 21), 19–39.

43 Nicole Busby, A Right to Care? Unpaid Care Work in European Employment Law, Oxford 2011; Eugenia Caracciolo di Torella, One more step along the way: the 2019 Work Life Balance Directive, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 4 (2020), 70–81; dies., Shaping and Re-shaping the Caring Relationship in European Law, *Child and Family Law Quarterly* 28 (2016), 261–279; Mary Daly, Long-term care as a policy issue for the European Union and United Nations organisations, *International Journal of Care and Caring* 1.aop (2023), 1–16; Katri Löhmus, Caring autonomy: European human rights law and the challenge of individualism, Cambridge 2015; Annick Masselot, Elena Zacharenko, Anna Elomäki, Constructions of Care in EU Economic, Social, and Gender Equality Policy, *Social Politics* 29 (2022), 1314–1335; Elena Zacharenko, Long-term care in EU policy 1999–2022, *Journal of Common Market Studies* 62 (2024), 38–54.

bereits früh Initiativen zur Förderung der Kinderbetreuung in Europa ergriffen<sup>44</sup>, bis hin zu den Barcelona-Zielen des Europäischen Rats 2002 für Teilnahmequoten in Kinderbetreuung.<sup>45</sup> Genutzt wurden Kombinationen von *soft law* (Empfehlungen als nicht verbindliche Rechtsakte der EU, Art. 288 AEUV) und Aktionsprogrammen, Bildung von Netzwerken und Monitoring, deren Einfluss auch auf die deutsche Entwicklung nicht unterschätzt werden sollte.

2022 hat der Rat der EU erstmals eine *European Care Strategy* und zwei Empfehlungen zur Langzeitpflege und zur Kinderbetreuung beschlossen, die Empfehlung des Rates über den Zugang zu erschwinglicher und hochwertiger Langzeitpflege (2022/C 476/01) sowie die Empfehlung des Rates zu frühkindlicher Betreuung, Bildung und Erziehung: die Barcelona-Ziele für 2030 (2022/C 484/01). Sie sind rechtlich nicht verbindlich, enthalten aber Berichtspflichten der Mitgliedstaaten und Empfehlungen wie nationale Strategien und Pläne oder Koordinationsmechanismen wie etwa die Einsetzung eines Nationalen Koordinators für Langzeitpflege. Ziel der *European Care Strategy* ist es, durch integrierte Ansätze den Zugang zu erschwinglicher und hochwertiger Langzeitpflege zu verbessern. Die Möglichkeit zur Teilnahme an zugänglicher, bezahlbarer und hochwertiger frühkindlicher Betreuung, Bildung und Erziehung soll erweitert werden. Durch das Recht auf angemessene Freistellungs- und flexible Arbeitszeitregelungen soll auch die Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben für Eltern und Personen mit Betreuungs- oder Pflegepflichten erhöht werden; der Zugang zu entsprechenden sozialen Diensten soll Chancengleichheit verbessern.<sup>46</sup> Der *Gender care gap*<sup>47</sup> (der Unterschied in der Zeitverwendung auf unbezahlte Sorgearbeit zwischen Frauen und Männern) und politische Initiativen zu dessen Überwindung sind ein Fokus der EU-Maßnahmen.

Wie sind diese Entwicklungen einzuschätzen? Eindeutig ist: *Care* und Sorgeverantwortung stehen inzwischen als Thema auf der EU-Agenda. Das wird trotz vielfacher Beschränkungen als substantieller und transformativer Ansatz zu Gleichheit betrachtet. Daly bezeichnet die *European Care Strategy* als bahnbrechend und als das bisher zweifellos wichtigste direkte Engagement der EU im Bereich der Langzeitpflege.<sup>48</sup> Sie begrüßt die Aufmerksamkeit, die den sozialen Diensten und den Arbeitsbedingungen der Beschäftigten im Care-Sektor dadurch zukommt. Den *Zusammenhang zwischen Solidarität, Sorgearbeit und Recht* hat die EU mit Bezugnahme auf die Rechtsgrundlagen der EU-GRCh und der Europäischen Säule sozialer Rechte durch die Europäischen Strategie für Pflege und Betreuung<sup>49</sup> hergestellt.<sup>50</sup> Nun kommt es darauf, wie dies in den

44 Empfehlung des Rates vom 31. März 1992 zur Kinderbetreuung (92/241/EWG).

45 Europäischer Rat (Barcelona) 15. und 16. März 2002, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, SN 100/1/02 REV 1, Rn. 32.

46 Grundsätze 2, 9, 11, 18 der *Europäischen Säule sozialer Rechte* (ESSR) 2017.

47 Ausführlich Zweiter Gleichstellungsbericht der Bundesregierung. Erwerbs- und Sorgearbeit gemeinsam neu gestalten, BT-Drs. 18/2017, 12840.

48 Daly (Fn. 43), 1.

49 EU-Kommission, Eine auf alle Beteiligten ausgerichtete Europäische Strategie für Pflege und Betreuung, Pressemitteilung v. 7.9.2022, [https://employment-social-affairs.ec.europa.eu/news/european-care-strategy-caregivers-and-care-receivers-2022-09-07\\_de](https://employment-social-affairs.ec.europa.eu/news/european-care-strategy-caregivers-and-care-receivers-2022-09-07_de).

50 Weitergehende Vorschläge legte 2013 die NGO *Social Platform* vor: Social Platform, Recommendations for care that respects the rights of individuals, guarantees access to services and promotes social inclusion, 2013, [https://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2013/03/20121217\\_SocialPlatform\\_Recommendations\\_on\\_CARE\\_EN1.pdf](https://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2013/03/20121217_SocialPlatform_Recommendations_on_CARE_EN1.pdf).

Mitgliedstaaten umgesetzt wird und welchen Einfluss dieser Ansatz auf die öffentliche Diskussion hat.<sup>51</sup>

#### *IV. Internationale Entwicklungen solidarischer Care-Politiken*

Von Seiten der *Vereinten Nationen* gibt es bisher keine Allgemeine Empfehlung oder ein vergleichbares Dokument, das die verschiedenen Aspekte zu *Care*-Arbeit und Menschenrechten zusammenfasst. Soziale Menschenrechte und Solidarität sind nicht deckungsgleich, denn Rechtspflichten richten sich zuerst an Staaten. Auch wenn Solidarnormen und ihre Durchsetzbarkeit im Völkerrecht trotz vielfacher Ausprägungen einen relativ schwachen Stand haben, so haben sie doch im Menschenrechtsschutz eine wichtige Dimension gewonnen.<sup>52</sup> Aufgrund der ausgeprägten Genderdimension der *Care*-Problematik ist das CEDAW-Abkommen<sup>53</sup> wichtig. Neuere Übereinkommen wie das UN-Kinderrechteübereinkommen oder die UN-Behindertenrechtskonvention gehen im Detail auf *Care*-Rechte, Sorgebeziehungen und Gewährleistungspflichten der unterzeichnenden Staaten ein. Arbeitsbezogene Rechte für Sorgeleistenden in formellen und informellen Arbeitsbeziehungen enthalten der Sozialpakt (ICESCR) und Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO).<sup>54</sup>

Darüber hinaus gibt es *auf staatlicher Ebene* sehr interessante Ansätze, *Care* im Recht neu zu denken. In Lateinamerika sind *Care*-Politiken und das *right to care* ein prominentes Thema. Die Verfassungen von Ecuador, Venezuela, Bolivien und der Dominikanischen Republik erkennen den Wert unbezahlter Hausarbeit an; mehrere lateinamerikanische Länder, insbesondere Uruguay, entwickeln umfassende *Care*-Systeme.<sup>55</sup>

In diese Richtung sind auch die Mitgliedstaaten der Regionalkonferenz zu Frauen in Lateinamerika und der Karibik auf ihrer Konferenz 2022 gegangen, die das *Buenos Aires Commitment* verabschiedet haben.<sup>56</sup> Dies ist eine zwischenstaatliche Vereinbarung, die *Care* in das Zentrum eines nachhaltigen und geschlechtergerechten Entwicklungsmo-

51 Vgl. etwa die Stellungnahme des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge zur Europäischen Strategie für Pflege und Betreuung (DV 02/23) vom 29.3.2023.

52 Judith Wyttensbach, *Care* und Menschenrechtsübereinkommen, in: Cottier et al. (Hg.) (Fn. 2).

53 Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW), UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, in Deutschland in Kraft seit 9.8.1985 (BGBl. 1985 II 648).

54 Vgl. Wyttensbach (Fn. 52), m.w.N. Die Internationale Arbeitsorganisation thematisiert menschenwürdige Arbeitszeiten mit Blick auf *Care*-Arbeit, Beschäftigung im *Care*-Sektor und in Privathaushalten, Kirsten Scheiwe, Zeit, Sorgearbeit und Recht – Zeit für ein sorgsames Recht, in: Cottier et al. (Fn. 2). Die ILO hat auf der Internationalen Arbeitskonferenz 2024 die Resolution concerning decent work and the care economy (ILC 112/Resolution V) verabschiedet, in der u.a. das *mainstreaming* von *care*-bezogenen Rechten bei der sozialen Sicherung und dem Arbeitsschutz verlangt wird.

55 ECLAC - UN Women, Avances en materia de normativa del cuidado en América Latina y el Caribe, 2022, 15.

56 Buenos Aires Commitment, verabschiedet auf der 15. Sitzung der Regional Conference on Women in Latin America and the Caribbean, organisiert von der Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), the Regional Office for the Americas and the Caribbean of the United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women (UN-Women) and the Government of Argentina and held in Buenos Aires from 7 to 11 November 2022, United Nations 2023.

dells rückt. Der Ansatz unterstützt Maßnahmen in verschiedenen gesellschaftlichen Bereichen, um die ungleiche geschlechtsspezifische Arbeitsteilung in Richtung einer fairen gesellschaftlichen Aufteilung von *Care* im Rahmen eines Entwicklungsmodells, das Geschlechtergleichheit in den ökonomischen, sozialen und umweltbezogenen Dimensionen einer nachhaltigen Entwicklung fördert, zu überwinden.

*Care* wird darin als Recht formuliert, als *a right to provide and receive care and to exercise self-care*.<sup>57</sup> Was dieses Recht genau bedeutet, ist Gegenstand der Debatte. Zwei Staaten, Kanada und die USA, haben in ihren Erklärungen anlässlich der Verabschiedung des Buenos Aires Commitment darauf hingewiesen, dass *a right to care* noch nicht im internationalen Gewohnheitsrecht und im vertraglichen Völkerrecht etabliert sei.<sup>58</sup> Vor dem Inter-Amerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte fand im März 2024 auf Antrag der argentinischen Regierung eine dreitägige Anhörung von Expert\*innen und Verbänden statt zum Thema „Inhalt und Zweck des *right to care* und seiner Wechselbeziehungen mit anderen Rechten“. Dieser Ansatz ist in Deutschland und im deutschen Verfassungsrecht jedoch kaum entwickelt.<sup>59</sup> Im Grundgesetz gibt es kein subjektives Recht auf menschenwürdige Pflege;<sup>60</sup> explizite soziale Grundrechte enthält das Grundgesetz nicht.<sup>61</sup>

## V. Fazit und Ausblick

Wie lassen sich *Care* und das Solidaritätsprinzip aufeinander beziehen? Ausgangspunkt einer *Care*-Ethik ist die Annahme, dass alle Menschen vulnerabel und aufeinander angewiesen sind.<sup>62</sup> Autonomie ist daher relational; in unterschiedlichem Grad bestehen wechselseitige Abhängigkeiten im Lebensverlauf. Die Angewiesenheit auf andere, Sorgbedürftigkeit und -bedarfe (*care needs*) erfordern Unterstützung durch andere, also solidarisches Handeln auf privater und gesellschaftlicher Ebene und sozialstaatliche Interventionen.

Bisher besteht im Grundgesetz keine Norm, welche die Ermöglichung und sozialstaatliche Unterstützung von Sorgetätigkeiten und die sozialstaatliche Versorgung mit *Care*-Dienstleistungen als gesamtgesellschaftliche Aufgabe und sozialstaatliche Verpflichtung formuliert.

Mit Blick auf Recht und Gesellschaft wurde in diesem Beitrag die Frage aufgeworfen, wie *Care* sozialstaatlich organisiert, unterstützt oder abgewertet wird und welche Rechte

57 Laura Pautassi, *The right to care: from recognition to its effective exercise*. Friedrich-Ebert-Stiftung, 2023. Die Inter-American Commission of Women (CIM) hat 2022 ein ‘Model Law on Care’ veröffentlicht (<https://www.oas.org/es/cim/docs/LeyModeloCuidados-EN.pdf>).

58 Buenos Aires Commitment, United Nations Publication 2023 LC/CRM.15/6/Rev.1, S. 18, 20.

59 Aus sozialethischer Perspektive Thomas Noetzel, *Grundrecht auf Pflege?*, APuZ 69 (2019), 12-17; zum Recht des Kindes auf elterliche Pflege Gabriele Britz, *Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung*, JZ 22 (2014), 1069-1074.

60 Vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags (2024) *Menschenrechte in der Pflege*. WD 8 - 3000 - 006/24.

61 Eberhard Eichenhofer, *100 Jahre soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsordnung*, AuR (2019), 200; zum Fehlen eines Katalogs sozialer Rechte im Grundgesetz Karl-Jürgen Bieback, Sammelrezension Soziale Rechte, KJ (2010), 230-234.

62 Vgl. Fn. 1 sowie die Analyse des Rechts ausgehend von einer *Care*-Ethik in Jonathan Herring, *Law and the relational self*, Cambridge 2020.

damit verbunden sind. Exemplarisch wurde das Sozialrecht unter dem Aspekt betrachtet, welche rechtliche Anerkennung und Gestaltung Sorgearbeit und -beziehungen gefunden haben. Andere zweifelsohne wichtige Bereiche konnten hier nicht im Detail berücksichtigt werden.<sup>63</sup> Es fehlt bisher im deutschen Recht und in der Politik eine umfassende Care-Strategie, welche die Ansätze in Teilbereichen zusammenführt. Ziel muss die Aufwertung und Anerkennung von Care-Arbeit sein, sei es bezahlt oder unbezahlt, in privaten Beziehungen, als Erwerbstätigkeit, und die Weiterentwicklung sozialer Dienste und Infrastrukturen um die Bedarfe durch qualitativ hochwertige Dienste zu decken.

Die ambivalente, lückenhafte und widersprüchliche Regulierung von Care im Recht kann kritisiert werden mit dem Argument, dass die Etikettierung vieler Sorgeaufgaben als Privatsache zur Benachteiligung und Diskriminierung von Sorgearbeit beiträgt und dadurch auch viele Care-Bedarfe unzureichend gedeckt werden. Hierfür erweist sich das Rechtsprinzip der Solidarität als produktiv: Das rechtliche Solidaritätsprinzip geht weiter als der Sozialstaatsgrundsatz, denn nicht nur der Staat ist Adressat, sondern es kann auch als Leitprinzip der Gestaltung anderer Solidargemeinschaften (etwa im Familienrecht) gelten, wenn es um die Anerkennung von unbezahlter Sorgearbeit (Kinderbetreuung, Erziehung, Pflege etc.) geht, die nicht nur im privaten Interesse liegt, sondern ein öffentliches Gut darstellt.

Als sozialethisches und als Rechtsprinzip kann Solidarität ein wichtiger Teil der Argumentation sein, denn die gesellschaftliche Unterstützung und Organisation von Care als Teil des Sozialstaats und sozialer Rechte ist im Interesse aller, die im Laufe des Lebens Sorge benötigen oder für andere sorgen. Daran anknüpfend sollte die Idee einer sorgenden Gesellschaft (*caring society*<sup>64</sup>) und eines sorgsamen Rechts systematisiert werden. Mit Blick auf Sorgetätigkeiten und -bedürfnisse finden sich zwar zahlreiche fragmentierte Regelungen im Familien-, Arbeits- und Sozialrecht, die jedoch ambivalent und oft unzureichend sind. Aus der Perspektive eines *Rechts der Sorgearbeit und -beziehungen* sollten sie zusammengeführt und weiterentwickelt werden.

Sozialpolitische Ziele sind eine verbesserte sozialstaatliche und rechtliche Anerkennung von Care und die Aufwertung und erhöhte Sichtbarkeit von bezahlten und unbezahlten Sorgetätigkeiten, insbesondere in den Bereichen der Kinderbetreuung und der Pflege von pflegebedürftigen Menschen.<sup>65</sup> Dies ist Inhalt von *care policies*, wie sie sich in Teilbereichen der internationalen Politik entwickelt haben. Kohärente *care policies*, die vom Rechtsprinzip der Solidarität getragen werden, können Anregung und Inspiration auch für die deutsche Rechtspolitik sein.

63 Insbesondere das Arbeitsrecht sowie Zeit- und Vereinbarkeitsrechte spielen eine wesentliche Rolle, vgl. Eva Kocher, Care als Erwerbsarbeit – arbeitsrechtliche Aspekte, in: Cottier et al. (Fn. 1); Kirsten Scheiwe, Zeit, Sorgearbeit und Recht, in: Cottier et al. (Fn. 1). Einen breiten Überblick über Rechtsfragen und interdisziplinäre Aspekte von Sorgearbeit und Recht wird das Handbuch von Cottier, Scheiwe und Voithofer (Fn. 1) geben.

64 Zur Diskussion vgl. Ulrike Knobloch et al., *Caring Societies – Sorgende Gesellschaften: Neue Abhängigkeiten oder mehr Gerechtigkeit?*, Weinheim 2022.

65 Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht (Fn. 45).

*Günter Frankenberg und Felix Hanschmann*

## Die AfD verbieten oder aushalten?

Ein Streitgespräch zum Parteiverbot gemäß Art. 21 Abs. 2 GG

### *Eröffnung*

Am Verbot von Parteien im Allgemeinen und an der Verfassungswidrigkeitserklärung der AfD im Besonderen scheiden sich die Geister. Parteiverbote treiben den Schutz der Demokratie in ein Dilemma. Dilemma heißt, dass keine der Schutzoptionen – das Verfassungsgericht anrufen oder die Zivilgesellschaft aktivieren – ohne Bedenken zu haben ist. Wer die „politische Option“ befürwortet und gegen ein Verbot ist, muss sich aktuell fragen lassen, ob er/sie die Gefahr, die von der anschwellenden AfD ausgeht, unterschätzt. Wer die „rechtliche Option“ zum Verfassungsgericht vorzieht, wird mit dem Einwand konfrontiert, er/sie traue der demokratischen Bevölkerung wohl nicht über den Weg. Die Alternative scheint sich wie folgt zu stellen: entweder die Zivilgesellschaft mobilisieren und auf eine „bessere“ Politik der demokratischen Parteien hoffen, um der autoritären Versuchung das Wasser abzugraben; oder aber mit einem Antrag das Parteiverbotsverfahren in Karlsruhe eröffnen. Zwei Bedenken liegen bei der jeweils gewählten Option auf der Hand: das Vertrauen auf die Zivilgesellschaft und die Parteien könnte deren Bereitschaft zum nachhaltigen Schutz der Demokratie überschätzen; das Vertrauen auf ein Verbotsverfahren nimmt in Kauf, dass Zivilgesellschaft und Parteien zwangsläufig zum Publikum eines Rechtsstreits, dessen Regeln das Recht diktieren, herabgestuft werden. Im Namen des Volkes soll das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) feststellen, was von Verfassungswegen rechtens ist. Im Ergebnis heißt das: die in einer Demokratie notwendige Kontroverse wird den politischen Arenen entzogen und beim Verfassungsgericht abgelagert. Eine Verbotsentscheidung würde dann von den zuständigen Behörden vollstreckt.

Kein Wunder also, dass ein Verbot in allen gesellschaftlichen Bereichen und im Parlament umstritten ist: Wenn man den Umfragen Glauben schenken darf, spricht sich derzeit eine Mehrheit der Bevölkerung für ein Verbot aus. Im Bundestag blieben allerdings zwei fraktionsübergreifende Gruppenanträge von insgesamt 156 Abgeordneten ohne Erfolg. Die beiden anderen Antragsteller – Bundesrat und Bundesregierung – geben nicht zu erkennen, dass sie geneigt sind, derzeit von ihrem Antragsrecht Gebrauch zu machen. Die Regierungskoalition scheint in dieser Sache gespalten zu sein: die CDU eher gegen Verbot, die SPD eher dafür. Trotz einer an den Innenausschuss des Bundestages gerichteten gutachtlichen Stellungnahme von siebzehn Verfassungsrechtsprofessor:innen und eines offenen Briefes von über 600 Richter:innen, Staatsanwält:innen, Rechtsanwält:innen und Notar:innen hält die überwiegende Mehrheit der Professor:innen des Verfassungsrechts Abstand zu einem Verbot der AfD.

DOI: 10.5771/0023-4834-2025-3-434

*Die Argumente für und gegen ein AfD-Parteiverbotsverfahren im Austausch:***1. Zur Geschichte der „wehrhaften Demokratie“**

*Pro:* Vor dem Hintergrund des nationalsozialistischen Unrechtsregimes sah der Parlamentarische Rat gute Gründe, das in den 30er Jahren von Karl Loewenstein, einem renommierten Verfassungsrechtler und Politologen, entworfene Konzept einer „militant democracy“ (übersetzt als streitbare oder wehrhafte Demokratie) in das Grundgesetz zu übernehmen. „Feinden“ der wertegebundenen Verfassungsordnung sollte keine Freiheit gewährt werden. Mit den Mitteln des demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassungsstaates sollte eben jene Verfassung nicht zerstört werden können. Als zentrales Schutzinstrument war das Parteiverbotsverfahren in Art. 21 Abs. 2 GG vorgesehen. Demgemäß wurde normiert, Parteien für verfassungswidrig zu erklären, wenn sie darauf aus sind, die Freiheitliche demokratische Grundordnung (FdGO) oder den Bestand des Staates zu beeinträchtigen oder zu beseitigen.

*Contra:* Die Geschichte der Verbotsverfahren seit 1949 legt allerdings nicht nahe, das Parteiverbot für ein scharfes Schwert zu halten. Vier Verfahren wurden angestrengt, die zwei ersten endeten mit der Verfassungswidrigkeitserklärung der betroffenen Partei, die beiden letzten endeten wie das Hornberger Schießen. Die Sozialistische Reichspartei, personell und programmatisch eine Wiedergängerin der NSDAP, konnte 1952 aufgrund ihrer „Wesensverwandtschaft“ umstandslos verboten werden (BVerfGE 2, 1). Die Partei, Sammelbecken der rechtsextremistischen Strömungen in der frühen Bundesrepublik, war der Entscheidung durch Selbstauflösung zuvorgekommen. Zeitgleich beantragt, aber vier Jahre später kam das vom BVerfG eher widerwillig verkündete Verbot der KPD (BVerfGE 5, 85): gestützt auf die schier endlose Wiedergabe (auf 350 Seiten!) marxistisch-leninistischer Propaganda einer auf ungefährliche 2,2 % bei den Bundestagswahlen 1953 herabgesunkenen Gründungspartei der Bundesrepublik. Die KPD wurde 1968 unter dem Etikett DKP wieder gegründet – und, obwohl eigentlich eine verbotene Nachfolgeorganisation, in Zeiten der Entspannungspolitik toleriert.

In diesem Jahrhundert richteten sich zwei Verfahren gegen die NPD. Im ersten erkannten drei Mitglieder des Zweiten Senats wegen der möglichen Ausspähung der Partei durch V-Leute des Verfassungsschutzes ein „nicht behebbares Verfahrenshindernis“ (BVerfGE 107, 339). Vier Richter:innen hätten darüber Beweis erheben wollen (2003). Damit war die für ein Verbot notwendige Zwei-Drittel-Mehrheit (§ 15 Abs. 4 BVerfGG) verfehlt. Der Antrag der NPD auf Einstellung des Verfahrens hatte Erfolg. Der zweite, wiederum gegen die NPD gerichtete Verbotsantrag wurde vom BVerfG 2017, nunmehr mit anderer Begründung, gleichfalls abschlägig beschieden: obwohl als „verfassungsfeindlich“ einzustufen, fehlten Anhaltspunkte für die „Potentialität“ einer erfolgreichen Durchsetzung ihrer „verfassungsfeindlichen“ Ziele (BVerfGE 144, 20). Seit 2023 tritt „Die Heimat“ als Nachfolgepartei in die braunen Fußstapfen der NPD. Und heute ist die AfD ihre Wiedergängerin, die auch in den sozialen Medien auftritt – modernisiert, nicht in der Rhetorik, aber ohne Springerstiefel.

## 2. Zu den Voraussetzungen eines Parteiverbots: die Hürden des Art. 21 Abs. 2 GG

**Pro:** Allein die Tatsache, dass in Art. 21 Abs. 2 GG das Parteiverbotsverfahren als (ein) Instrument einer wehrhaften Demokratie vorgehalten wird, ist für sich genommen noch kein Argument für die Einleitung eines solchen Verfahrens. Nur weil etwas in der Verfassung geregelt ist, muss davon nicht unbedingt Gebrauch gemacht werden. Allerdings scheint das Parteiverbotsverfahren exakt für Parteien wie die AfD sowie politisch-gesellschaftliche Konstellationen, wie wir sie gerade in Deutschland erleben, vorgesehen. Eine zunehmende Radikalisierung der AfD in den letzten Jahren ist kaum zu bestreiten. Funktionär:innen und Anhänger:innen der Partei diffamieren Medien als „Lügenpresse“. Alle anderen Parteien werden als „System-“, „Kartell-“ oder „Altparteien“ bezeichnet und deren Politiker:innen – häufig eingebettet in antisemitische Verschwörungserzählungen – als „Marionetten“ oder „Volksverräter“ verunglimpft. Wie im Thüringer Landtag vorgeführt und an den Ordnungsrufen im Bundestag abzulesen, versucht man durch gezielte Provokationen demokratisch gewählte Organe und parlamentarische Prozesse als dysfunktional darzustellen und lächerlich zu machen.

Der Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes, die neben dem Schutz personaler Individualität, Identität und Integrität unabhängig von Herkunft, Geschlecht oder Sexualität auf die elementare Rechtsgleichheit zielt, begegnen unzählbare Äußerungen von AfD-Mitgliedern mit rassistischen, islamfeindlichen, ableistischen, sexistischen, homo-, trans- und queer-feindlichen Äußerungen. Gegenüber der aus dem Demokratieprinzip folgenden Möglichkeit gleichberechtigter Teilhabe aller Bürger:innen am Prozess der politischen Willensbildung beharrt die AfD auf der Unterscheidung zwischen nur formalen „Passdeutschen“ auf der einen und „echten“, d.h. ethnisch verstandenen Deutschen auf der anderen Seite. Eine vermeintlich unveränderliche „kulturelle“ oder „biologische“ Herkunft soll als Merkmal der Zugehörigkeit zum deutschen Volk zählen, nicht hingegen das Band deutscher Staatsbürgerschaft. Auf das Rechtsstaatsprinzip, das eine unabhängige Justiz beinhaltet, antworten Funktionär:innen und Mitglieder der AfD – ganz in Übereinstimmung mit rechten Kräften in anderen Staaten – mit der Diskreditierung des BVerfG und seiner Richter:innen. Gegenüber dem staatlichen Gewaltmonopol, ebenfalls zentraler Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, wird die Notwendigkeit der Bildung von „Bürgerwehren“ behauptet, basierend auf einem krass verzerrten Verständnis des Art. 20 Abs. 4 GG von einem angeblichen „Widerstandsrecht“ gefaselt oder Mitarbeiter:innen der Exekutive kaum verhohlen mit Gewalt gedroht („Mitgehangen-mitgefangen“).

Kontinuierlich und planvoll wird so auf die Verwirklichung eines der FdGO widersprechenden politischen Zustandes hingearbeitet. *Björn Höcke* oder *Birgit Malsack-Winkelmann* (beide im Übrigen verbeamtete Staatsdiener:innen) sind längst keine Einzelfälle mehr, sondern nehmen zentrale Ämter ein und dominieren die ideologische Ausrichtung der AfD. Distanzierungen gemäßigter Kräfte innerhalb der Partei sucht man vergebens. Stattdessen fällt es schwer, von AfD-Mitgliedern oder Parteifunktionär:innen insbesondere auf kommunaler Ebene begangene Straftaten wie Körperverletzung, Bedrohung oder Beleidigung nur noch als Einzelfälle zu bezeichnen. In welchem Ausmaß darüber hinaus Vernetzungen mit gewaltbereiten Rechtsextremist:innen außerhalb der Partei bestehen und damit möglicherweise auch der Zugang zu Waffen, lässt der Bericht des Bundesamtes für Verfassungsschutz, der den Bundesverband der AfD als gesichert rechtsextrem einstuft, offen und bedarf weiterer Aufklärung. Mitglieder in der AfD

müssen solche Personen allerdings nicht sein. Denn zum einen steht ja gerade in Frage, wie sich Mitglieder der AfD gezielt mit solchen Kräften verbinden. Solange die Partei das Verhalten von Personen oder Gruppen billigt oder gar beeinflusst, reicht es für die Zurechnung zum anderen aus, dass sich jene Personen und Gruppen losgelöst von einer Parteimitgliedschaft als „Anhänger:innen“ für die AfD einsetzen und sich zu ihr bekennen.

Sicherlich ist eine Prognose über den Ausgang eines Parteiverbotsverfahrens in Karlsruhe nicht möglich. Kaum bezweifeln lässt sich jedoch, dass erhebliche Indizien darauf hindeuten, dass die hohen materiellrechtlichen Hürden einem Parteiverbot im Fall der AfD nicht im Weg stehen. Wenn das Parteiverbotsverfahren für die drei antragsberechtigten Verfassungsorgane aber nicht nur dann eine Option sein soll, wenn die zu verbietende Partei politisch so unbedeutend ist, dass keine Gefahr für die FdGO oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland besteht (wie in den bisherigen Verbotsverfahren), dann ist zumindest aus verfassungsrechtlicher Sicht nur schwer nachzuvollziehen, warum angesichts der Quantität und Qualität der mittlerweile vorliegenden Nachweise für verfassungsfeindliche Bestrebungen im Fall der AfD auf die Einleitung eines Parteiverbotsverfahrens verzichtet wird.

*Contra:* Die Linien der Argumentation des BVerfG in den oben erwähnten Parteiverbotsverfahren lassen sich nicht leicht rekonstruieren, um daraus eine sichere Prognose abzuleiten, wie die AfD in Karlsruhe beurteilt würde. Einerseits tritt gegenüber den Entscheidungen aus den 50er Jahren die Parteipropaganda in den Hintergrund. Das Gericht hat wiederholt und zu Recht betont, das Grundgesetz errichte in Artikel 21 Absatz 2 kein Weltanschauungs- oder Gesinnungsverbot. In der Tat: Die „wehrhafte Demokratie“ würde damit nämlich der Weltanschauungs- und Meinungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1; Art. 5 Abs. 1 und 2 GG) in den Rücken fallen. Andererseits erhält der Aspekt der Gefährlichkeit einer zu verbietenden Partei mehr Gewicht. Dafür sprechen die Lehren aus dem KPD-Verbot und die gebotene Verhältnismäßigkeit, die das BVerfG im Parteiverbotsverfahren als allgemeinen Grundsatz des Grundgesetzes nicht anwenden möchte (BVerfGE 144, 20), die aber in der Gefährlichkeit ein Echo findet und – spätestens nach einem Verbot – auf dem unweigerlich folgenden Weg zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte von Belang sein wird. Nach allen bisherigen Erfahrungen muss also bei einem Verbotsverfahren – würde sich denn ein Antragsteller finden – ein Scheitern ins Kalkül gezogen werden.

In der öffentlichen Diskussion und unter Fachleuten wird äußerst kontrovers diskutiert, welche Verbotsgründe das Verfassungsgericht überzeugen könnten. Zu vermuten ist, dass wenigstens drei Fragen positiv zu beantwortet wären: Erstens, stellt die AfD die FdGO in Frage? Zweitens, hat sie das Potential, ihre verfassungswidrigen Ziele durchzusetzen? Drittens, setzt die Partei an, ihre verfassungswidrigen Ziele „aggressiv-kämpferisch“, nicht nur in Wort, sondern auch in Tat, das heißt also ggf. auch mit Gewalt durchzusetzen? Nach allem, was bereits vor der Einstufung der AfD als „gesichert rechtsextremistisch“ über die Partei bekannt war, dürfte die erste Frage wohl materialreich zu bejahen sein. Vor allem die Ideologie der Ungleichwertigkeit bestimmter Personengruppen („Kameltreiber“, „Passdeutsche“), das völkisch-nationalistische Gesellschaftsverständnis („Umwaltung“), die Verächtlichmachung der parlamentarischen Parteidemokratie („Kartellparteien“) und auch der Medien („Lügenpresse“) widersprechen Kernkomponenten der FdGO. Auch dass die AfD das Potential hätte, ihre verfassungswidrige Agenda durchzusetzen, kann nach ihrem Abschneiden bei den

letzten Landtags- und Bundestagswahlen kaum bestritten werden. Während sich alle bisherigen Verbotsverfahren gegen Parteien richteten, denen ein solches Potential jedenfalls auf Bundesebene fehlte, stellt sich diese Frage hinsichtlich der AfD sehr anders: Wäre nicht zu bedenken, dass angesichts der zahlenmäßigen Stärke der AfD ein Verbot zu spät käme und nicht durchsetzbar wäre? Darauf ist weiter unten zurückzukommen.

Die Umsetzung der rechtsextremen Agenda, etwa der brachialen Remigrationspolitik, dürfte der entscheidende Gesichtspunkt sein, der jedenfalls in Straßburg am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemessen würde. In Karlsruhe traten an dessen Stelle – bei aller Interpretationsbedürftigkeit, wie zwanglos den Verbotsentscheidungen zu entnehmen ist, – die Kriterien der „hinreichenden Intensität“ und der „spürbaren Gefährdung“, etwa konkretisiert durch Akte der Gewalt als Mittel der Umsetzung. Zwar muss man sich von dem in den 50er Jahren vorherrschenden heute wenig realistischen Bild einer staatsgefährdenden Umsturzpartei verabschieden; dennoch verlangt der Begriff des „Beseitigens“ der FdGO mehr als nur Propaganda, wie widerlich diese auch immer sein möge.

Mit Gewaltaufrufen oder eigenhändig begangenen Taten halten sich die AfD-Kader aber wohlweislich zurück. Ob aus strategischer Vorsicht oder demokratisch-verfassungsrechtlicher Überzeugung, wäre im Verfahren zu klären. Jedenfalls ist auffällig, dass sich die Führungspersonen der AfD hüten, Gewalt zu propagieren. Sie verlegen sich darauf, verfassungsrechtlich problematische Teile der AfD-Agenda, die Intensität anzeigen und auf eine Gefährdung der FdGO hinweisen, durch mit ihr Sympathisierende, locker assoziierte Organisationen und Netzwerke verfolgen zu lassen. AfD-Kader liefern die Ideologie, schreiten aber selbst nicht zur Tat. Entsprechend dem von Wilhelm Heitmeyer für die Analyse von Bedrohungssallianzen entwickelten, konzentrischen Eskalationskontinuum lässt sich zeigen, dass die AfD mit einer »Gewalt-Membrane« arbeitet. Diese trennt eigenständige Gewaltaufrufe oder Gewalttätigkeiten zum Systemsturz von der AfD; aber sie verbindet bzw. ist durchlässig für eine Rhetorik, die als Legitimationsbrücken zu den gewaltbereiten rechtsextremistischen oder neonazistischen Gruppen fungieren. Björn Höcke etwa schafft mit seiner wiederkehrenden Untergangs rhetorik zur deutschen Kultur und zum deutschen Volk eine jener Legimationen zur Konstruktion eines Widerstandsrechts zur »Rettung«, die auch Gewalt legitimieren könnte. Wenn Anhänger:innen über diese Brücke gehen und Gewalttaten begehen, dürfte das den Legitimierenden juristisch schwerlich zuzurechnen sein. Straftaten und insbesondere Gewaltakte einzelner Anhänger:innen könnten bei der Verbotsprüfung allenfalls dann berücksichtigt werden, wenn sie eine Grundtendenz der Partei manifestieren. Das zu beweisen, dürfte schwierig fallen. Umstritten ist auch die Frage, ob sich Gewaltakte zurechnen lassen, wenn die Partei den Täter:innen Rechtsschutz gewährt. Im Übrigen wird sich die Partei hüten, die Anwendung von Gewalt zu sanktionieren und sich im Zweifel – selbst bei Gewährung von Rechtsschutz – distanzieren.

### 3. Probleme eines Verbotsverfahrens:

**Pro:** Es kann sein, dass es der AfD während eines gegen sie gerichteten Verbotsverfahrens gelingt, weitere Mitglieder zu gewinnen oder Anhänger:innen zu mobilisieren. Ebenso kann es aber auch sein, dass die Einleitung eines Parteiverbotsverfahrens in Karlsruhe insbesondere für bürgerliche Sympathisant:innen der AfD eine Abschreckungswirkung entfaltet. Wichtiger ist jedoch, dass ein Parteiverbotsverfahren von Beginn an begleitet

wird von einer Politik, die sich der begrenzten Wirkungen eines solchen Verfahrens bewusst ist und die deshalb in der Bekämpfung des Rechtsextremismus die politische Bildung in Schulen nicht zurückfährt, sondern ausbaut, finanzielle Mittel für Kinder- und Jugendarbeit nicht kürzt, sondern stärkt und zivilgesellschaftliche Kräfte, die sich für den Schutz verfassungsrechtlicher Prinzipien einsetzen, nicht über parlamentarische Anfragen verunsichert und einschüchtert, sondern ihnen – beispielsweise über eine Reform des Gemeinnützigeitsrechts – den Rücken stärkt. Insofern erscheint die eingangs suggerierte Dichotomie „Parteiverbotsverfahren oder Aktivierung der Zivilgesellschaft“ alles andere als zwangsläufig.

*Contra:* Die nicht unproblematischen, materiell-rechtlichen Voraussetzungen, eine Partei für verfassungswidrig zu erklären, werden von Problemen ergänzt, die sich aus dem Verfahren ergeben. Unabhängig von den Erfolgsaussichten wäre mit einer langen Verfahrensdauer zu rechnen. Nur das SRP-Verfahren wurde in zwei Jahren abgewickelt; die KPD musste beinahe sechs Jahre auf das Verbotsurteil warten. Das zweite NPD-Verfahren wurde in vier Jahren abgewickelt. Ein etwaiges Verfahren gegen die AfD würde gewiss über die 21. Legislaturperiode hinausreichen. Angesichts der Wahlerfolge der AfD wäre zu erwarten, dass das BVerfG mit besonderer Sorgfalt die Verbotsvoraussetzungen prüfen würde, auch um dadurch sicherzustellen, dass das Verbotsurteil nicht nur bei den Gegner:innen der AfD auf Akzeptanz stieße. Eine vom Verbot bedrohte AfD würde nicht nur ihren Märtyrer-Mythos als Opfer der „Systemparteien“ kultivieren (das tut sie ohnehin), sondern könnte das schwelende Verfahren als Gelegenheit nutzen, um weitere Anhänger:innen zu mobilisieren und durch zahlenmäßige Stärke die Verbotsschwelle zu erhöhen.

#### 4. Quantität und Qualität der vorliegenden Informationen

Von erheblichem Einfluss auf ein Verbotsverfahren sind Umfang und Qualität der Informationen, aus denen sich die Verfassungswidrigkeit der AfD erschließen müsste. Bereits jetzt schon sind die vorliegenden „Materialien“ Grundlage für unterschiedliche Einschätzungen pro und contra Verbotsverfahren. Dabei ist nicht die Quantität maßgeblich, wenngleich nicht unerheblich. In beiden NPD-Verfahren wurde umfangreiches Beweismaterial vorgelegt, ohne dass dies zum „Erfolg“ geführt hätte.

*Pro:* Die beiden letzten Parteiverbotsverfahren gegen die NPD sind nicht an mangelnden Nachweisen für deren Verfassungswidrigkeit gescheitert. Während beim ersten Verbotsversuch drei Richter:innen der nachvollziehbaren Auffassung waren, dass sich ein von Verfassungsorganen eingeleitetes Parteiverbotsverfahren bei Beachtung rechtsstaatlicher Garantien nur schwer mit dem *während der Durchführung des Verfahrens* anhalten den Einsatz von V-Leuten in Bundes- und Landesvorständen der Partei vereinbaren lässt („Gebot der Staatsfreiheit“), scheiterte der zweite Anlauf explizit nicht an der mangelnden Verfassungswidrigkeit der NPD, sondern an dem vom BVerfG kreierten Merkmal der „Potentialität“ und damit im Ergebnis an der Bedeutungslosigkeit der NPD. Sicherlich ist die AfD gerade auch hinsichtlich der Beweiskraft der vorliegenden Nachweise kaum mit der NPD vergleichbar. Mit dem jüngsten Bericht des Bundesamtes für Verfassungsschutz liegt nun aber eine in quantitativer und qualitativer Hinsicht beeindruckende Sammlung von Nachweisen für die Verfolgung verfassungsfeindlicher Bestrebungen durch die Partei vor. Jene Dokumentation stützt zunächst lediglich die behördeninterne

Klassifikation des Bundesverbandes der AfD als „gesichert rechtsextremistisch“. Die Anforderungen für eine solche Einstufung sind andere und geringere als die Hürden, die bei Art. 21 Abs. 2 GG zu nehmen sind. Infolgedessen kommt den Einschätzungen der Verfassungsschutzbehörden im Rahmen eines Verbotsverfahrens in Karlsruhe maximal eine indizielle Wirkung zu, nicht aber eine unmittelbare rechtliche Bindung. Zudem findet sich in dem Bericht des Bundesamtes für Verfassungsschutz noch zu wenig zu der Frage, ob und wie die AfD die bestehende Ordnung nicht nur verbal diffamiert, sondern darüber hinaus darauf ausgeht, den Staat und seine Verfassung aktiv kämpferisch und aggressiv zu beinträchtigen oder zu beseitigen. Das erfordert allerdings nicht unbedingt den Einsatz von Gewalt, sondern nur die Bereitschaft zur Gewalt. Letztere kann in mehr oder weniger verklausulierten Äußerungen zum Ausdruck kommen. Relevant sein können ferner Verbindungen zu Kreisen und Netzwerken, die über Waffen verfügen. In Betracht kommen neben der Polizei und dem Militär insoweit auch Vernetzungen mit gewaltbereiten Neonazis, Reichsbürger:innen oder anderen rechtsextremistischen Kreisen.

Bezieht man neben dem Bericht des Bundesamtes für Verfassungsschutz andere Quellen, wie die Analyse des Deutschen Instituts für Menschenrechte oder die nach Verbotstatbestandsmerkmalen, Personen und Bundesländern durchsuchbare Nachweissammlung auf der Webseite des Zentrums für politische Schönheit zum AfD-Parteiverbotsverfahren mit ein, findet man hierzu durchaus Nachweise. Auch das Verwaltungsgericht Köln sowie das Oberverwaltungsgericht in Münster haben letztes Jahr in ihren Entscheidungen zur Rechtmäßigkeit der nachrichtendienstlichen Beobachtung der AfD als „Verdachtsfall“ Vernetzungen mit neonazistischen Gruppen wie der „Heimatreuen Deutschen Jugend“ herausgearbeitet und auf zahlreiche Äußerungen hingewiesen, in denen Funktionär:innen der Partei öffentlich oder in geschlossenen Chatgruppen zum Widerstand aufrufen, den Systemumsturz propagieren oder Gewaltfantasien äußern. Dass die ehemalige Bundestagsabgeordnete Birgit Malsack-Winkemann seit über zweieinhalb Jahren in Untersuchungshaft sitzt, weil sie nach einem Umsturz als Justizministerin der neuen Regierung fungieren wollte und sollte, verdeutlicht, dass es zumindest einzelne hochrangige Funktionär:innen der Partei nicht bei Fantasien belassen.

Unzweifelhaft darf nach den insoweit desaströsen Erfahrungen im ersten NPD-Verfahren und den sehr deutlichen Klarstellungen des BVerfG im zweiten NPD-Verfahren ein Verbotsverfahren gegen die AfD nicht auf Beweismaterialien gestützt werden, deren Entstehung zumindest teilweise auf das Wirken von V-Leuten oder Verdeckten Ermittler:innen insbesondere in den Führungsgremien der Partei zurückzuführen ist. Das ist überzeugend, mutet es doch merkwürdig an, dass sonst der Partei im Hinblick auf ihr Verbot Äußerungen oder Handlungen zugeschrieben werden, bei denen jedenfalls nicht auszuschließen ist, dass diese von Seiten des Staates produziert oder beeinflusst worden sind. Allerdings hat das BVerfG das „Gebot der Quellenfreiheit“ in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. So können Äußerungen oder Verhaltensweisen dann verwertet werden, wenn sie – bei Einhaltung eines ausreichenden zeitlichen Abstandes – vor oder nach Beendigung der V-Person-Tätigkeit getätigten worden sind. Zudem folgt aus einer nur teilweisen Infizierung des Beweismaterials dann kein nicht ausgleichbarer und deshalb zur Verfahrenseinstellung führender Verfahrensmangel, wenn der Rest der Nachweise die Durchführung des Verfahrens zulässt. Die Antragssteller haben es in der Hand, die Quellenfreiheit der zur Begründung eines Verbotsantrages vorgelegten Beweise sicherzustellen. Spätestens seit dem Scheitern des ersten Versuchs, die NPD in Karlsruhe verbieten zu lassen, dürfte hoffentlich auch den deutschen Verfassungsschutzbehörden

klar sein, welche Folgen es für ein Parteiverbotsverfahren hat, wenn sie ihre Quellen auch gegenüber den antragsberechtigten Verfassungsorganen nicht offenlegen. Sollten die Verfassungsschutzbehörden den Ernst der Lage hingegen selbst noch nicht verinnerlicht haben, bleibt immer noch der Druck der Antragsteller auf die Geheimdienste.

**Contra:** Der Verfassungsschutz hat die Aufgabe, sich nicht darauf zu beschränken, die öffentlich zugänglichen Quellen zu erschließen, sondern eine Partei jedenfalls nach ihrer Einstufung als „Prüffall“, dann als „Verdachtsfall“ zu beobachten und diese Beobachtung nach der Einstufung als „gesichert rechtsextremistische Bewegung“ durch den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel zu „verschärfen“. Was die Verlässlichkeit der Informationen betrifft, so ist zu bedenken, dass sie geheimdienstlich beschafft werden und dass Geheimdienste nach dem Modus ihrer Tätigkeit dazu neigen, ihre Informationen als Privateigentum zu horten und vor „Enteignungen“ zu schützen. Im ersten NPD-Verfahren führte das dazu, dass der Verfassungsschutz trotz „Vorprüfung“ der Schriftsätze die Antragsteller nicht auf Beweisstücke hinwies, die von V-Leuten produziert worden waren.

Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass von einem Verbot bedrohte Parteien sich in puncto Informationen regelmäßig strategisch verhalten und nach Möglichkeit keine verfassungswidrigen Politiken oder Ziele offen preisgeben. Für den Verfassungsschutz (wie für alle interessierten Analyst:innen) ergibt sich daraus die Aufgabe, programmatische Aussagen und Äußerungen von Kadern zu decodieren und nicht, wie die Wahlprogramme der AfD, nur oberflächlich zu lesen, für bare Münze zu nehmen und ohne weiteres für harmlos zu halten. Ob die Sachbearbeiter:innen des Verfassungsschutzes angemessen geschult werden, den verfassungswidrigen Subtext zentraler Begriffe des „Autoritären Nationalradikalismus“, wie „Umwölkung“, „System“ oder „Volksgemeinschaft“ zu lesen und zu entschlüsseln, lässt sich von außen schwerlich beurteilen. Nach den Erfahrungen im ersten NPD-Verfahren bleiben erhebliche Zweifel.

Die Weitergabe der vom Verfassungsschutz erhobenen Informationen stellt ein weiteres Problem dar. Die Öffentlichkeit – vor allem Sympathisant:innen der AfD, die man gewinnen möchte – wäre nicht nur über die Beobachtung und Einstufung der Partei zu informieren, sondern ihnen wären auch die Materialen insoweit zur Kenntnis zu geben, als sie sich ein Bild davon machen könnten, worauf sich die Entscheidung des Verfassungsschutzes stützt. Davon kann nach der Einstufung der AfD als „gesichert rechtsextremistisch“ derzeit nicht die Rede sein. Der Verfassungsschutz gab die erhobenen Daten an andere Behörden weiter. Vor allem an die Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden. Das verlangt das Gesetz. Und danach?

## 5. Schutzpflicht des Staates?

**Pro:** Verfassungsdogmatisch mag es zwar progressiv erscheinen, aber auf wackligem Grund stehen, die Einleitung eines Parteiverbotsverfahrens gegen die AfD als die Erfüllung von Schutzpflichten des Staates gegenüber denjenigen Bürger:innen zu sehen, die von Funktionär:innen und Anhänger:innen der AfD diffamiert werden. Zumindest rechtspolitisch fällt es hingegen deutlich weniger schwer, die Antragstellung durch Verfassungsorgane als eine symbolische Handlung zu interpretieren, mit der der Staat deutlich macht, dass er Vereinigungen, aus denen solche Äußerungen und Handlungen kommen, entgegentritt und sich insoweit schützend vor seine Bürger:innen stellt.

**Contra:** Das Konzept der „wehrhaften Demokratie“ verpflichtet den Staat nicht dazu, ein bestimmtes Instrument zu ihrer Verteidigung zu ergreifen. Stünde das Vorgehen gegen potentiell verfassungswidrige Organisationen nicht im Ermessen der Behörden, die für die politische Gefahrenabwehr und den Schutz der Demokratie verantwortlich sind, und wäre es durch eine Schutzpflicht gar geboten und nicht abzuwägen, dann wäre schwerlich zu begründen, warum zur Grundrechtsverwirkung gemäß Art. 18 GG seit 1949 kein einziges Verfahren abgeschlossen wurde – und warum die NPD, die zum Nachteil von vulnerablen Minderheiten „Angsträume“ und „national befreite Zonen“ einrichtete, unverboten blieb.

Im Übrigen ist das Verbot einer Partei, mögen ihre Kader wie die der AfD sich auch noch so verabscheugwürdig äußern, in einer Parteidemokratie ein sensibler Vorgang, der anderswo als Merkmal autoritärer Regime gebrandmarkt wird. Ein Parteiverbot ist, wenn man es denn dem Grund nach gutheißt, die *ultima ratio* des Demokratischschutzes: Der Weisheit letzter Schutz, wenn alle Mittel, insbesondere auch die des (politischen) Strafrechts versagen. *Mutatis mutandis* gilt das auch für Vereinsverbote gem. Art. 9 Abs. 2 GG. Zuletzt hat des Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 17.06.2025, das die Verbotsverfügung gegen die Zeitschrift »Compact« aufhob, signalisiert, dass Vereinsverbote (und daher erst recht Parteiverbote) einer besonders stichhaltigen Begründung bedürfen (BVerwG, Pressemitteilung Nr. 48/2025).

## 6. Folgen eines Verbotsverfahrens

**Pro:** Selbstverständlich ist das Parteiverbotsverfahren kein Allheilmittel gegen Rechtsextremist:innen und deren Ideologie. Die vielfältigen Ursachen für den Erfolg der AfD lassen sich mit dem Verfahren nicht beheben. Das ist aber auch nicht der Anspruch eines Parteiverbotsverfahrens, was andererseits nicht bedeutet, dass die spezifischen Folgen aus Art. 21 Abs. 1 GG von geringer Wirkung wären. Dazu gehören zunächst der Entzug des Parteivermögens und der Ausschluss von der staatlichen Finanzierung. Freilich könnte Letzteres auch durch die nach dem zweiten NPD-Verfahren vom Verfassungsgesetzgeber in Art. 21 Abs. 3 GG geschaffene Möglichkeit des Ausschlusses von Parteien von staatlicher Finanzierung und steuerlichen Begünstigungen erreicht werden. Unzweifelhaft wäre das weitgehende Trockenlegen ihrer finanziellen Ressourcen für die AfD ein herber Schlag. Ohne das Verbot der Partei blieben aber nicht nur – wenn auch vermutlich eingeschränkt – ihre organisatorischen Strukturen intakt. Gewählte Abgeordnete der AfD würden weiterhin staatlich alimentiert ihr Mandat ausüben. Nur ein Parteiverbotsverfahren führt dazu, dass Abgeordnete der AfD auf allen staatlichen Ebenen ihre Abgeordnetenmandate verlören.

Diese Rechtsfolge eines Verfahrens nach Art. 21 Abs. 2 GG hatte das BVerfG bereits in seiner ersten Parteiverbotsentscheidung in Bezug auf die SRP im Jahr 1952 ausgesprochen. Obwohl seitdem nicht ohne Kritik in Rechtsprechung und vor allem Literatur geblieben, ordnet mittlerweile § 46 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 BWahlG den Verlust des Mandats im Fall der Verfassungswidrigkeitserklärung einer Partei durch das BVerfG explizit an. Vergleichbare Regelungen finden sich in den Landeswahlgesetzen für Abgeordnetenmandate in den Landtagen (z.B. § 41 des hessischen LandtagswahlG).

Damit wird aber nicht nur der organisatorische Unterbau einer Partei erheblich beschränkt. Der Propagierung rechtsextremer Ideologien wird ferner der Raum und die

Einflussmöglichkeiten in parlamentarischen Debatten und somit mediale Aufmerksamkeit genommen. Eine vergleichbare Regelung findet sich nach der jüngsten Reform des Beamtenrechts für Staatsdiener in der Exekutive nun in § 13 Abs. 3 BDG. Nach dieser disziplinarrechtlichen Vorschrift liegt in der Mitgliedschaft in einer für verfassungswidrig erklärten Partei nunmehr in der Regel ein „schweres Dienstvergehen“ vor, dass nach Absatz 4 der Norm zur Entfernung aus dem Beamtenverhältnis führt. Das ist alles konsequent: hat sich eine Partei mit ihren Funktionär:innen und Mitgliedern erst in der Legislative und Exekutive (und auch der Judikative: siehe nur die Fälle *Jens Maier* und *Birgit Malsack-Winkemann*) erst festgesetzt und verfügen sie über Ämter und damit verbundene Mittel, ist es das Parteiverbotsverfahren, das finanzielle, organisatorische und institutionelle Ressourcen abzugraben in der Lage ist. Neben der langen Verfahrensdauer stellen die hohen prozeduralen und materiellen Voraussetzungen zugleich klar, dass das grundgesetzliche Parteiverbotsverfahren gerade kein Instrument zur schnellen Ausschaltung missliebiger politischer Konkurrenz angesichts bevorstehender Wahlen darstellt. Vielmehr handelt es sich um ein präventives, in seinen Wirkungen aber langfristig angelegtes Instrument zum Schutz der Verfassung.

**Contra:** Zu den Risiken eines Verbotsverfahrens rechnet nicht zuletzt auch die Ungewissheit, wie die zahlenmäßig beachtliche Anhängerschaft der AfD reagieren würde. 10 Millionen Wähler:innen und in einigen Ländern in Ostdeutschland Mehrheitspartei! Wie würde die Anhängerschaft auf die Entscheidung reagieren, die AfD sei eine verfassungswidrige Partei und deshalb verboten worden? Diese Frage illustriert die politische Klugheit des Parlamentarischen Rates und des BVerfG in seinen früheren Entscheidungen, textnah von „verfassungswidrig“ zu sprechen, statt sich – im Geiste von Carl Schmitts „Begriff des Politischen“ – an die geheimdienstliche Terminologie anzupassen und von „verfassungsfeindlich“ zu schreiben.

Würden die Mitglieder und Anhänger:innen der AfD bei einem Verbot von heute auf morgen der autoritären Versuchung widerstehen und einsichtig bei den „Parteien der demokratischen Mitte“ Schutz und Orientierung suchen? Wohl kaum. Nicht ausschließen ließen sich eher deren aggressive Mobilisierung und die gewalttätige Radikalisierung von Teilgruppen. Und gewiss würden von der AfD einmal mehr die eingübten Feindbilder in Anschlag gebracht. Kurzum: Ein Scheitern des Verfahrens, das gewiss nicht auszuschließen ist, würde dem „Autoritären Radikalnationalismus“ in die Hände spielen.

# PRAXISRUBRIK

*Boris Burghardt und Pauline Philippss*

## Kontaktschuld im „schwarzen Finger“?

– Zum Urteil des LG Hamburg – Az.: 612 KLS 17/19 – vom 3. September  
2024

Mit Urteil vom 3. September 2024 hat das Landgericht (LG) Hamburg zwei Angeklagte, den J und die L, wegen Landfriedensbruchs gem. § 125 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen in Höhe von 40 bzw. 15 Euro verurteilt, weil sie im Rahmen der Proteste „Block G20 – Colour the red zone“ gegen den G20-Gipfel in Hamburg am 7. und 8. Juli 2017 teilgenommen haben. Das Urteil verdient entschiedene Kritik, weil das LG aus der Teilnahme an einer Demonstration eine strafrechtliche Zurechnung der Gewalttätigkeiten begründet, die aus der demonstrierenden Menge heraus begangen wurden, ohne Überlegungen zu den das Grundrecht der Versammlungsfreiheit gem. Art. 8 Abs. 1 GG berührenden Fragen anzustellen.

### *Die Sachverhaltsfeststellungen des Gerichts*

Um ihrer Ablehnung der Politik der am G20-Gipfel teilnehmenden Staaten Ausdruck zu verleihen, kam es am 7. Juli 2017 zu großangelegten Gegendemonstrationen verschiedener Organisationen rund um die sogenannte „Rote Zone“, in der Versammlungen politisch untersagt waren. Die Aktionen standen unter dem gemeinsamen Motto „Block G20 – Colour the red zone“. Zu dem Versammlungskonzept gehörte ein spezifisches Aktionsbild, nämlich die Unterteilung der Gegendemonstration in unterschiedliche „Finger“, wobei jeder „Finger“ sich durch unterschiedliche Farben in der Kleidung der Protestierenden kennzeichnen sollte.<sup>1</sup> Die verschiedenen „Finger“ sollten sich der „Roten Zone“ von mehreren Seiten nähern und die Zufahrtswege zum Tagungsort der G20-Vertreter\*innen blockieren.

Den „schwarzen Finger“ betrachtet das LG separat von dieser Demonstration, obgleich auch dieser Zug sich von dem Altonaer Volkspark als Sammlungspunkt in Bewegung setzte. Er sei von dem Bündnis „Fight G20“ organisiert worden und habe sich bewusst nicht dem Organisationskonzept des Aktionsbündnisses „Block G20 – Colour the red zone“ untergeordnet. Vielmehr habe im „schwarzen Finger“ Konsens darüber bestanden, dass „Militanz im Sinne von gezielten Sachbeschädigungen und einem aktiven

1 LG Hamburg, Urteil v. 3.9.2024 - 612 KLS 17/19, Rn. 26 (im Folgenden: LG Hamburg).

Vorgehen gegen Polizeikräfte“ ein probates Mittel darstellen.<sup>2</sup> Der „schwarze Finger“ sei deshalb als eigenständige Aktion zu verstehen. Das LG stützte seine Einschätzung maßgeblich auf das weitgehend einheitliche Erscheinungsbild der dort mitlaufenden Personen. Über das Maß der Einheitlichkeit bestand zwischen der Kammer und dem Sachverständigen keine Einigkeit, das LG gelangte aber auf der Grundlage von Zeugen-aussagen und der Auswertung von Videoaufzeichnungen zu der Überzeugung, dass die Teilnehmenden praktisch ausnahmslos in Schwarz gekleidet gewesen seien. Die Farbe Schwarz stehe für eine „politische Selbstidentifizierung“ mit anarchistischen und autonomen Gruppierungen und mit den militärtaktischen Aktionsformen des „schwarzen Blocks“, die auch die Gewalt gegen ausgewählte Sachen und ungezielte Angriffe auf Polizeibeamt\*innen, etwa durch Steinbewurf, umfassten.<sup>3</sup>

Der „schwarze Finger“ bewegte sich sodann vom Altonaer Volkspark über die Schnackenburgallee zum Rondenbarg, eine ca. 3,5 km lange Strecke, auf die „Rote Zone“ zu. Dabei kam es zu vereinzelten Sachbeschädigungen an Hauswänden und Pkws sowie zu Eingriffen in den Straßenverkehr.<sup>4</sup> Im Rondenbarg stieß der Zug dann mit den vor Ort befindlichen Beweissicherungs- und Festnahmeeinheiten (BFE) der Polizei zusammen. Nachdem Steine und pyrotechnische Gegenstände aus der Menge der Demonstrierenden auf Beamte\*innen geworfen worden seien, erfolgte der Zugriff durch die Einsatzkräfte zum Zweck der Festnahme und der Identitätsfeststellung.<sup>5</sup> Dabei sei es von Seiten der Polizei zu Schlägen und Tritten gegenüber Demonstrierenden gekommen.<sup>6</sup> Mehrere Teilnehmende des „schwarzen Fingers“ hätten sich zum Teil schwere Verletzungen zugezogen, als sie auf der Flucht vor der Polizei ein Geländer überkletterten, das daraufhin einstürzte.<sup>7</sup>

Zu den beiden Angeklagten J und L traf das Landgericht die folgenden Feststellungen: J und L seien Teil des „schwarzen Fingers“ gewesen.<sup>8</sup> Eine direkte Beteiligung an den Sachbeschädigungen oder den Angriffshandlungen gegenüber den Polizeibeamt\*innen habe sich nicht nachweisen lassen. Der Angeklagte J habe sich aber bereits im Vorfeld an der Organisation der Protestaktionen beteiligt.<sup>9</sup> Aus Chatverläufen und Protokollen von Vorbereitungstreffen gehe hervor, dass Debatten über Gewaltanwendung gegen Sachen und Polizeibeamt\*innen bei den Aktionen geführt worden seien.<sup>10</sup> Der Angeklagte J habe folglich gewusst, dass gewaltbereite Personen im „schwarzen Finger“ mitlaufen würden. Zur Angeklagten L beschränken sich die individuell auf sie bezogenen Feststellungen darauf, dass sie das militante äußere Gepräge der im „schwarzen Finger“ mitmarschierenden Personen zumindest vor dem Losziehen des Zuges erkannt haben müsse.<sup>11</sup> Zudem habe sie selbst durch das Tragen schwarzer Kleidung, einschließlich schwarzer Arbeitshandschuhe und eines bestimmten Modells von schwarzen Turnschuhen mit weißer Sohle, das unter den Teilnehmer\*innen besonders verbreitet gewesen sei, zu erkennen

2 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 173.

3 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 355 ff.

4 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 56 ff.

5 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 72, ebenso Rn. 234 ff.

6 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 73, 74.

7 Ebd.

8 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 210 ff.

9 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 377.

10 Ebd.

11 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 376.

gegeben, dass sie über den militärischen Charakter des „schwarzen Fingers“ Bescheid gewusst habe.<sup>12</sup> Der Angeklagte J habe zumindest das Zertrümmern von Steinen durch die Demonstrieren und den Bewurf einer Bushaltestelle wahrgenommen.<sup>13</sup> Bezuglich der weiteren Angriffe und Gewalttaten aus dem „schwarzen Finger“ konnte nicht festgestellt werden, ob die Angeklagten dies überhaupt registrierten.<sup>14</sup>

### *Die rechtliche Bewertung des Landgerichts*

Das Landgericht bewertete die Teilnahme der Angeklagten an dem Demonstrationszug als mittäterschaftliche Begehung eines Landfriedensbruchs in der Begehungsvariante der Bedrohung mit Gewalttätigkeiten gem. § 125 Abs. 1 Nr. 2 StGB sowie der Beihilfe zu einem Landfriedensbruch in der Begehungsvariante der Beteiligung an Gewalttätigkeiten gem. § 125 Abs. 1 Nr. 1 StGB.<sup>15</sup> Zudem sah das Landgericht in der Teilnahme der Angeklagten an dem „schwarzen Finger“ eine tateinheitlich begangene Beihilfe zur versuchten gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4, 22, 23 Abs. 1, 27 StGB sowie eine Beihilfe zum tatsächlichen Angriff auf Vollstreckungsbeamte gem. § 114 Abs. 1, 2 StGB i.V.m. §§ 113 Abs. 2 S. 1, 2 Nr. 1, Nr. 3, 27 StGB und Beihilfe zur Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, 2, 27 StGB.<sup>16</sup>

Hinsichtlich des Landfriedensbruchs durch Bedrohung mit Gewalttätigkeiten stellte das Gericht vor allem auf die Wirkung des „schwarzen Fingers“ auf die Bevölkerung ab.<sup>17</sup> Durch das weitgehend einheitliche Erscheinungsbild hätten die Teilnehmenden des „schwarzen Fingers“ bewusst symbolische Militanz zum Ausdruck gebracht, die auch die Möglichkeit von Sachbeschädigungen von „Symbolen des Staates oder des Kapitalismus“ und der nicht-individualisierten Gewalt gegen Polizeieinheiten, z.B. durch Steinbewurf, umfasst habe.<sup>18</sup>

Die Angeklagten hätten durch ihr eigenes Erscheinungsbild an dem bedrohlichen Erscheinungsbild der Menschenmenge mittäterschaftlich mitgewirkt.<sup>19</sup> Außerdem hätten sie durch ihr Mitlaufen entsprechend dem „Vollbild von Personen“ in einem „schwarzen Block“ auch die Gewalttätigkeiten gefördert, die aus dem Demonstrationszug verübt wurden.<sup>20</sup> Weiterhin hätten J und L sowohl die bedrohliche Wirkung des Zuges sowie die aus der Menge heraus begangenen Sachbeschädigungen und Angriffe auf Polizeibeamt\*innen billigend in Kauf genommen.<sup>21</sup>

Der Angeklagte J sei bereits durch die Organisation und Planung im Vorfeld über einen möglichen gewalttätigen Verlauf der Veranstaltung informiert gewesen und habe dies gebilligt.<sup>22</sup> Für die Angeklagte L schloss das LG diesen Vorsatz erneut allein aus dem Umstand, dass sie in schwarzer Kleidung in dem „schwarzen Finger“ mitgelaufen sei.

12 Ebd.

13 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 385, 286.

14 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 238, 253, 258, 276, 287, 296, 312, 316.

15 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 395 f.

16 Ebd.

17 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 321 ff.

18 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 382.

19 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 336.

20 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 338.

21 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 391 f.

22 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 379 f.

Die Bekleidung deutete das LG dabei als „Zeichen der Solidarität gegenüber den aktiven Gewalttätern“.<sup>23</sup> Außerdem hatten beide Angeklagte den Demonstrationszug nicht verlassen, als sie die zunehmende Bedrohlichkeit wahrnahmen, was als Indiz für die Billigung der von ihm ausgehenden Gewalttaten gewertet werden könnte.<sup>24</sup> Auf dieser Grundlage verurteilte das Landgericht Hamburg die Angeklagten hinsichtlich der Bedrohungsviante des Landfriedensbruchs nach § 125 Abs. 1 Nr. 2 StGB als Täter\*innen und in Bezug auf die Gewalttätigkeiten des Absatz 1 Nr. 1 als Teilnehmer\*innen genauer als Beihelfer\*innen.

### Kritik

Das Urteil zeichnet sich durch einen bemerkenswerten Unwillen aus, zu den relevanten verfassungsrechtlichen Fragen in der strafrechtlichen Rechtsanwendung Stellung zu beziehen. Das Landgericht meint, den Tatbestand des Landfriedensbruchs gem. § 125 StGB und die Regeln der strafbaren Beteiligung gem. §§ 25-27 StGB handhaben zu können, ohne darauf einzugehen, dass es sich bei dem „schwarzen Finger“ um eine Versammlung handelte. Es beschränkt sich insoweit auf den lapidaren Hinweis, die Versammlung sei nicht angemeldet gewesen. Dass in dem 153-seitigen Urteil an keiner Stelle von Versammlungs- oder Meinungsfreiheit gesprochen oder Art. 8 Abs. 1 bzw. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zitiert werden, ist bezeichnend.

Die Strafbarkeit des Landfriedensbruchs nach § 125 StGB erfordert in beiden Varianten eine Menschenmenge, aus der heraus Gewalttätigkeiten begangen werden oder von der eine Bedrohung mit einer Gewalttätigkeit ausgeht. Eine Menschenmenge wird als Ansammlung mehrerer Personen definiert, welche nicht direkt überschaubar ist.<sup>25</sup> Das Tatbestandsmerkmal wirft unvermeidlich die Frage auf, wie es sich zum Begriff der Versammlung gem. Art. 8 Abs. 1 GG verhält. Grundsätzlich wird dabei unter Verweis auf das längst überholte Laepple-Urteil des BGH aus 1969<sup>26</sup> davon ausgegangen, dass der Anwendungsbereich von § 125 StGB den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GG überhaupt nicht tangiere, weil § 125 StGB lediglich unfriedliche Menschenmengen erfasse, die aus dem Schutzbereich der Versammlungsfreiheit herausfallen.<sup>27</sup> Freilich muss dann auch die Auslegung der strafatbeständlichen Anwendungsvoraussetzungen mit den Kriterien zur Bestimmung der Unfriedlichkeit im verfassungsrechtlichen Sinne übereinstimmen. Nur dann ist gewährleistet, dass der Begriff der Menschenmenge gem. § 125 StGB und der Begriff der Versammlung gem. Art. 8 Abs. 1 GG in einem Exklusivitätsverhältnis stehen. Dementsprechend setzt § 125 StGB voraus, dass es sich um eine überwiegend unfriedliche Menschenmenge handelt.<sup>28</sup>

Das LG verhält sich nicht ausdrücklich zu der Frage, ob der „schwarze Finger“ als unfriedlich einzustufen war und ggf. ab welchem Zeitpunkt. Die Feststellungen des Ge-

23 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 339 f.

24 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 391 f.

25 BGH, Beschluss v. 13.05.1993 - 4 StR 187/93 (LG Magdeburg).

26 BGHSt 23, 46 (56 f.).

27 HK-StGB/Hartmann § 125, Rn. 2; NK-StGB/Eschelbach StGB § 125 Rn. 1; Lackner/Kühl/Heger/Heger StGB § 125 Rn. 15.

28 Lackner/Kühl/Heger/Heger StGB § 125, Rn. 3; MüKoStGB/Feilcke StGB § 125 Rn. 16; HK-StGB/Hartmann § 125 Rn. 3.

richts zu Aussagen der Organisatoren von „Fight G20“ zum geplanten Gepräge des Zuges, zu der bedrohlichen Außenwirkung des „schwarzen Fingers“ in der Wahrnehmung unbeteiliger Verkehrsteilnehmer\*innen sowie zu zehn Vorfällen, in denen von Teilnehmer\*innen des „schwarzen Fingers“ Sachbeschädigungen und Körperverletzungsdelikte an Polizeibeamt\*innen begangen oder versucht wurden, legen nahe, dass das Gericht davon ausging, der „schwarze Finger“ sei bereits als unfriedliche Versammlung geplant worden und habe auch von Anfang an einen unfriedlichen Gesamtcharakter gehabt. Die genannten Vorfälle sind in ihrem Gewicht freilich von begrenzter Aussagekraft.

Aber selbst wenn sie die Gesamtbewertung des Zuges als „unfriedlich“ tragen sollten, ändert dies nichts daran, dass es sich bei dem „schwarzen Finger“ um eine Versammlung handelte, die zwar nicht nach Art. 8 Abs. 1 GG geschützt war, wohl aber dem Anwendungsbereich des Versammlungsrechts unterfiel. Es verbietet sich daher, die bloße Teilnahme an der Versammlung als strafbare Beteiligung gem. §§ 25, 27 StGB zu bewerten, bevor die Versammlung aufgrund ihrer Unfriedlichkeit aufgelöst wurde. Denn auch wenn die kollektive Meinungskundgabe durch eine insgesamt als unfriedlich einzustufende Menschenmenge erfolgt, bleibt es eine Meinungskundgabe. Zudem verhalten sich auch innerhalb einer unfriedlichen Menschenmenge eben nicht alle Beteiligten, die ihre Meinung kundtun, ihrerseits unfriedlich. Es wird der grundrechtlichen Bedeutung der Meinungsfreiheit nicht gerecht, wegen der Unfriedlichkeit der Versammlung insgesamt den individuellen Gebrauch der Meinungsfreiheit einzelner Teilnehmer\*innen rechtlich vollständig außer Acht zu lassen.

Für die Frage, welche polizeilichen Maßnahmen gegen die Versammlungsteilnehmer\*innen ergriffen werden können, ist dies unter dem Stichwort der Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts anerkannt. Das allgemeine Gefahrenabwehrrecht findet grundsätzlich erst dann wieder Anwendung, wenn die Versammlung aufgelöst wurde.<sup>29</sup> Das gilt auch bei unfriedlichen Versammlungen.<sup>30</sup> Jüngere verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hatte den Grundsatz der Polizeifestigkeit zuletzt zwar aufgeweicht, indem eine vorherige Auflösung im Falle einer von Beginn an „kollektiv unfriedlichen Versammlung“ nun obsolet sein soll.<sup>31</sup> Diese Entscheidung wurde jedoch zu Recht kritisiert.<sup>32</sup>

Für das Strafrecht ist daran festzuhalten, dass die bloße Teilnahme an einer nicht verbotenen oder nicht aufgelösten Versammlung keine individuelle strafbare Beteiligung an Straftaten darstellt. Ist die Versammlung insgesamt unfriedlich, kann sie aufgelöst werden. Nach der Auflösung mag das Verbleiben in der unfriedlichen Versammlung ggf. als tatbestandsmäßiges Verhalten gem. § 125 Abs. 1 StGB oder zumindest als (psychische) Beihilfe zum Landfriedensbruch gem. §§ 125 Abs. 1, 27 StGB oder einzelnen strafbaren Handlungen, z.B. Sachbeschädigungen, Körperverletzung- oder Widerstandsdelenken, bewertet werden, aber nicht zuvor. Andernfalls würde die Teilnahme an einer Versammlung für den\*die einzelne\*n Teilnehmer\*in mit Strafbarkeitsrisiken einhergehen, die unüberschaubar und individuell überhaupt nicht kontrollierbar sind, weil die Unfriedlich-

29 BVerfG, Beschluss v. 24.10.2001 - 1 BvR 1190/90; Dürig-Friedl/Enders/Dürig-Friedl VersammlG § 15 Rn. 150.

30 BVerwG, Beschluss v. 14.1.1987 - 1 B 219/86, NVwZ 1988, 250.

31 BVerwG, Urteil v. 27.3.2024 - 6 C 1.22, NVwZ 2024, 1008.

32 Anna Bettina Kaiser, Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts, JuS 2024, 998; Benjamin Rustenberg, Unfriedlichkeit statt Verhinderungsblockade, Verfassungsblog v. 22.05.2024, online unter: <https://verfassungsblog.de/unfriedlichkeit-statt-verhinderungsblockade>.

keit einer Versammlung insgesamt aus dieser Perspektive häufig nicht eingeschätzt werden kann.

Die Feststellungen und die rechtliche Würdigung des LG sind insoweit ungenügend. Ob und ggf. wann eine polizeiliche Auflösung der Versammlung erfolgte, bleibt unklar. Das LG formuliert vielmehr an einer Stelle explizit, „(s)owohl der Landfriedensbruch als auch die Beihilfe zum tatsächlichen Angriff auf Vollstreckungsbeamte waren [...] bereits vollendet, als der polizeiliche Zugriff erfolgte.“<sup>33</sup> Als individuelles Verhalten der Angeklagten J und L hat das LG lediglich festgestellt, dass sie im „schwarzen Finger“ mitgelaufen sind, also an der nicht aufgelösten Versammlung teilgenommen haben, und dass sie dies in schwarzer Kleidung getan haben.

Das LG betreibt zwar großen Aufwand, die Symbolik der schwarzen Kleidung als Ausdruck von Militanz und ihre bedrohliche Wirkung auf unbeteiligte Beobachter zu begründen. Die rechtliche Relevanz dieser Ausführungen wird aber nicht näher begründet. Insbesondere hat das LG nicht festgestellt, das Erscheinungsbild hätte gegen ein versammlungsrechtliches Uniformierungsverbot verstossen. Der Punkt wird vom LG zwar an einer Stelle kurz angesprochen, aber in der Sache offengelassen.<sup>34</sup> Vielmehr lässt die Kammer erkennen, dass sie meint, das von J und L geteilte Erscheinungsbild könne unabhängig von seiner versammlungsrechtlichen Zulässigkeit als strafbare Beteiligung gewertet werden. Das überzeugt nicht. Auch argumentiert das LG nicht, dass sich die schwarze Kleidung an sich als strafbare Äußerung deuten lässt, sondern als Symbol von Militanz im Sinne des „schwarzen Blocks“. Selbst wenn diese fragwürdige Deutung akzeptiert wird, ist es nicht verboten, solche Symbole zu tragen. Wenn sie in einer Menschenmenge einheitlich getragen wird und dann als Zeichen der Unfriedlichkeit oder als bedrohliches Erscheinungsbild als Verstoß gegen das Uniformierungsgebot anzusehen ist, kann dies die Auflösung der Versammlung begründen. Aber es geht nicht an, aus zwei für sich betrachtet neutralen Umständen – das Mitlaufen in einer nicht verbotenen und nicht aufgelösten Versammlung und das Tragen schwarzer Kleidung – eine strafbare Beteiligung an einzelnen Sachbeschädigungen oder (versuchten) Körperverletzungsdelikten werden zu lassen, die die Angeklagten nach den Feststellungen des Gerichts bis auf in einem Fall des J nicht einmal wahrgenommen haben.

### Fazit

Nachdem die von J und L zunächst eingelegte Revision Anfang Januar zurückgenommen wurde, ist das Urteil rechtskräftig.<sup>35</sup> Zwei Personen sind dafür verurteilt worden, dass sie in schwarzer Kleidung an einer Kundgebung teilgenommen haben, die versammlungspolizeilich weder verboten noch aufgelöst wurde. Um die Diskussion zu den verfassungsrechtlich relevanten Fragen hat sich das LG erfolgreich gedrückt. Die Entscheidung reiht sich ein in die Kette der Judikate, mit denen die Justiz der politischen Forderung nachgekommen ist, gegen die zum Teil gewalttätig verlaufenden Proteste im Zusammenhang mit dem G20-Gipfel in Hamburg „die ganze Härte des Rechtsstaats“ wirksam werden

33 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 397.

34 LG Hamburg (Fn. 1), Rn. 396.

35 Matthias Monroy, Rondenbarg-Revision zurückgezogen v. 14.1.2025, online unter: <https://www.n-d-aktuell.de/artikel/1188229.repression-bei-g-rondenbarg-revision-zurueckgezogen.html> (zuletzt aufgerufen am 24.3.2025).

lassen.<sup>36</sup> Dass die justizielle Aufarbeitung der Polizeigewalt gegen die Demonstrierenden demgegenüber handzahm geblieben ist, ist keine Überraschung.<sup>37</sup> Für den rechtlichen Umgang mit politisch nicht genehmten Versammlungen verstärkt die Entscheidung die Sorge, dass wir den autoritären Zeiten der Laepple-Entscheidung wieder näher sind als dem Verständnis für den demokratietheoretischen Wert solcher Proteste, die im Brokdorf-Beschluss zum Ausdruck kam.

36 BGH, Beschluss v. 11.5.2022 - 5 StR 306/21; BGH, Urteil v. 29.9.2020 – VI ZR 449/19.

37 Vgl. z.B. Ulrike Donat/Martin Klingner/Dieter Magsam/Hannah Franzki, „Wir haben keine Chance, aber wir nutzen sie“: Versammlungsfreiheit, Polizeigewalt und der umkämpfte Rechtsstaat in der juristischen Aufarbeitung von G20, *Forschungsjournal Soziale Bewegungen* 36 (2023), 283 ff.

*Grégory Garloff<sup>1</sup>*

## Tarifpolitik nach der Nachtzuschlagsentscheidung des Bundesverfassunggerichts

Veränderung des „Kerngeschäfts“ oder doch weiter wie bisher?

### *Einleitung*

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 11.12.2024<sup>2</sup> zwei Urteile des BAG zu unterschiedlich hohen Nachtzuschlägen in Tarifverträgen aufgehoben. Die Entscheidung behandelt einige grundlegende arbeitsrechtliche Fragestellungen<sup>3</sup> und wurde medial als Stärkung der Tarifautonomie aufgefasst.<sup>4</sup> Anlass für die zugrundeliegenden Verfahren war eine tarifpolitische Sondersituation. Fraglich ist, ob die Entscheidung des BVerfG tatsächlich Auswirkungen auf künftige Tarifverhandlungen haben wird.

### *I. Gegenstand der Entscheidung*

Das BVerfG hatte über mögliche Gleichheitsverstöße tariflicher Nachtzuschlagsregelungen zu befinden. Diese stellen Beschäftigte im Schichtsystem in der Regel schlechter – verbreitet sind 50 % für die Nachtarbeit und 25 %, wenn diese Nacharbeit im Schichtdienst verrichtet wird. So ist es auch in den zugrundeliegenden beiden Manteltarifverträgen für die Brauwirtschaft in Hamburg/Schleswig Holstein<sup>5</sup> sowie für die obst- und gemüseverarbeitende Industrie in NRW<sup>6</sup>.

Aus Sicht des Gesundheitsschutzes ist diese Halbierung bemerkenswert: Denn wer oft nachts arbeitet ist eigentlich schutzbedürftiger als die Person, die das nur ganz unregelmäßig tut. Es liegt nahe, dass die Tarifparteien über Jahre irrig von einem Gewöhnungseffekt an die regelmäßige Nachtarbeit ausgegangen sind. Diese Sichtweise war

1 Der Autor ist Leiter der Rechtsabteilung und Justiziar der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Ansicht wieder.

2 BVerfG 11.12.2024 – 1 BvR 1109/21 und 1422/23, veröffentlicht am 19.2.2025.

3 Vgl. Ulber NZA 2025, 449 (455): „Jahrhundertscheidung“; Däubler, jurisPR-ArbR 17/2025 Anm. 1: „zahlreiche Grundsatzfragen“; Gallner, NZA 2025, 877 (878): „von der arbeitsrechtlichen Community seit Jahrzehnten erhoffter Erkenntnisgewinn“.

4 „Verfassungsgericht stärkt die Tarifautonomie“ (tagesschau.de v. 19.2.2025, 16:34 Uhr).

5 Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Brauereien und deren Niederlassungen in Hamburg und Schleswig-Holstein vom 29. Oktober 2005 (BAG 9.12.2020 – 10 AZR 335/20).

6 Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer der obst-, gemüse- und kartoffelverarbeitenden Industrie, der Essigindustrie und der Senfindustrie Nordrhein-Westfalen vom 8. Dezember 2004 (BAG 22.3.2023 – 10 AZR 600/20).

in der Arbeitsmedizin teilweise bis in die Mitte der 1990er Jahre vertreten. Heute ist sie überholt – nach neueren Erkenntnissen wirkt sich vor allem die Dauernachtschicht massiv negativ auf den Körper aus.<sup>7</sup>

## *II. Zugrundeliegende Verfahren und ihre tarifpolitische Ausgangssituation*

Zweifel an der Rechtmäßigkeit solcher (meist in den 1980er Jahren verhandelten bzw. von diesen abgeschriebenen) Tarifregelungen haben sich ergeben, als der zehnte Senat des BAG im Jahr 2018<sup>8</sup> einem in der nordrheinischen Textilindustrie tätigen Schichtarbeitnehmer den Zuschlag für sonstige Nachtarbeit im Wege der „Anpassung nach oben“ zugesprochen hatte. Die Begründung: der Tarifvertrag stelle ihn gegenüber Arbeitnehmern, die außerhalb von Schichtsystemen Nachtarbeit leisten, gleichheitswidrig deutlich schlechter. Hierfür bestehe vor dem Hintergrund der wissenschaftlichen Erkenntnisse über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit kein sachlich vertretbarer Grund.<sup>9</sup>

### 1. Keine Lösung durch die Tarifvertragsparteien

Einige Tarifvertragsparteien nahmen diese Entscheidung zum Anlass, ihre Tarifverträge an die geänderte Rechtslage anzupassen. Im Fall der Gewerkschaft NGG gab es nur vereinzelt entsprechende Anpassungen.<sup>10</sup> Die Spitzenverbände der Ernährungswirtschaft konnten sich trotz entsprechender Versuche nicht auf eine Tarifempfehlung einigen.

In der Folge kam es zu einer Vielzahl individualrechtlicher Klageverfahren, die auch die tarifpolitischen Fronten verhärtete. Auf der einen Seite nahmen die Arbeitgeberverbände den Standpunkt ein, ein Urteil aus der Textilindustrie lasse sich nicht auf die Tarifverträge der Ernährungswirtschaft übertragen. Kolportiert ist die Auffassung, der gewerkschaftliche Rechtsschutz sei strukturell ohnehin nicht in der Lage, eine derartige Verfahrensmenge zu bewältigen. Der Abschluss von Musterprozessvereinbarungen war bis auf wenige Ausnahmen aus diesem Grund nicht möglich (erst viel später entschied das BAG, dass in solchen Fällen eine einmalige ordnungsgemäße Geltendmachung zur Wahrung tariflicher Ausschlusfristen genügt<sup>11</sup>).

Auf der anderen Seite hatte die NGG ihre Mitglieder bereits über das Urteil des BAG informiert. Diese hatten über den Hauptvorstand der NGG beschlossen, Nachtzuschlagsregelungen nicht isoliert in ungekündigten Manteltarifverträgen nachzuverhan-

7 Vgl. Langhoff/Satzer, Gutachten zu arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen zu Nachtarbeit und Nachschichtarbeit im Auftrag der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten, Bund Verlag, S. 32, m.w.Nachw.

8 BAG 21.3.2018 – 10 AZR 34/17. Der Entscheidung zugrunde lag der Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer der nordrheinischen Textilindustrie vom 10. Mai 1087 (MTV 1987) in der ab 1. April 2000 gültigen Fassung und in der ab 1. Januar 2015 geltenden Fassung einschließlich der Protokollnotiz zum Manteltarifvertrag vom 10. Mai 1987.

9 BAG 21.3.2018 – 10 AZR 34/17, Rn. 48 ff.

10 Ein seltenes Beispiel für eine frühzeitige Anpassung der Nachtzuschlagsregelungen ist die Zuckerindustrie. NGG und Arbeitgeberverband (Verein der Zuckerindustrie) haben frühzeitig eine angepasste Nachtzuschlagsregelung gefunden und den bis dato geltenden Manteltarifvertrag mit Wirkung ab 1. September 2019 neu gefasst und einen einheitlichen Nachtzuschlag vereinbart.

11 Vgl. BAG, Urt. v. 22.3.2023 – 10 AZR 553/20, sowie 600/20, jew. Rn. 73 f.

dehn<sup>12</sup> – sie befürchteten, dass dies nur zu einer Verschlechterung der Zuschläge führen würde. Mit seinen zwei ersten Entscheidungen im Jahr 2020 gab der 10. Senat des BAG zwei Klagen aufgrund einer sehr untypischen Formulierung im MTV für die Brauwirtschaft HH/SI statt<sup>13</sup> und legte zwei andere Verfahren dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.<sup>14</sup>

## 2. Die überraschende Haltung des EuGH

Der EuGH entschied anderthalb Jahre später, dass die betreffende tarifliche Nachtzuschlagsregelung nicht die Arbeitszeitrichtlinie<sup>15</sup> umsetze – und damit kein Unionsrecht vollziehe im Sinne von Art. 51 Abs. 1 EGRC.<sup>16</sup> Die Entscheidung verwundert, weil sie im Grunde tariflichen Nachtzuschlägen europarechtlich eine gesundheitsschützende Funktion absprach. Nach Ansicht des EuGH enthält die Arbeitszeitrichtlinie keine spezifischen Vorgaben im Hinblick auf Nachtzuschläge. Er verweist darauf, dass die Richtlinie „lediglich“ Aspekte wie Dauer und Rhythmus der Nachtarbeit, den Gesundheitsschutz sowie die Unterrichtungspflichten regelt. Nachtzuschläge seien hingegen Entgelt – und damit gemäß Art. 153 Abs. 5 AEUV kein Gegenstand europarechtlicher Harmonisierung.<sup>17</sup> Bemerkenswert ist das vor allem deshalb, weil der sechste Erwägungsgrund der Richtlinie ausdrücklich auf das IAO-Nachtarbeits-Übereinkommen<sup>18</sup> verweist. Dieses sieht gerade eine angemessene Entschädigung in Form von Arbeitszeitverkürzung, Zuschlägen oder anderen Vergünstigungen vor. Der EuGH wertet diesen Verweis allerdings nicht als rechtlich bindend – entgegen seiner eigenen Linie in früheren Entscheidungen, in denen er genau daraus Schutzpflichten ableitete.<sup>19</sup> Die Entscheidung erscheint als Ausreißer innerhalb der bisherigen EuGH-Rechtsprechung – sie steht mit der Entstehungsgeschichte der Richtlinie wie auch mit der bisherigen Argumentation des Gerichtshofs nicht in Einklang.

12 Hierzu fasste der – ehrenamtlich besetzte – Hauptvorstand als höchstes politisches Organ der NGG einen entsprechenden verbindlichen Beschluss.

13 BAG 9.12.2020 – 10 AZR 334/20 und 335/20, betreffend den MTV für die Brauwirtschaft HH/SI. Dieser enthält eine Klausel, wonach bei der Durchführung von Mehr-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit auf private und kulturelle Wünsche der Beschäftigten weitgehend Rücksicht zu nehmen ist. Unter den ca. 70 Manteltarifverträgen der NGG, die Gegenstand arbeitsgerichtlicher Verfahren waren, ist sie einzigartig.

14 BAG 9.12.2020 – 10 AZR 332/20 (A) und 333/20 (A), betreffend den MTV Erfrischungsgetränke-industrie Ost („vermittelt“ über einen Haistarifvertrag).

15 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. 2003, L 299, S. 9.

16 EuGH 7.7.2022 – C-257/21 und C-258/21 (Coca-Cola European Partners Deutschland).

17 Vgl. EuGH 7.7.2022 – C-257/21 und C-258/2, Rn. 48.

18 Das Nachtarbeits-Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) (ILO-Übereinkommen Nr. 171 über Nachtarbeit) regelt Schutzmaßnahmen für Nachtarbeitnehmende. Es wurde 1990 verabschiedet und trat 1995 in Kraft.

19 Vgl. EuGH 24.2.2022 – C-262/20 (Glavna direktsia „Pozharna bezopasnost i zashtita na nasele-nieto“), Rn. 51: „Daher müssen [die Mitgliedstaaten] sicherstellen, dass den Nachtarbeitern andere Schutzmaßnahmen in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Ausgleichszahlungen oder ähnliche Vergünstigungen gewährt werden, die es ermöglichen, die namentlich durch die Richtlinie 2003/88 hervorgehobene besondere Belastung auszugleichen, die diese Art von Arbeit mit sich bringt, und somit die Natur der Nachtarbeit anzuerkennen“; s. zum Verweis auf den sechsten Erwägungsgrund Rn. 54 der Entscheidung.

### 3. Ansatz des BAG: Zwecksuche im Tarifvertrag

Die vom EuGH zurückverwiesenen Verfahren entschied der 10. Senat im Jahr 2023 zum Nachteil der Kläger\*innen.<sup>20</sup> Der Senat begründete seine Entscheidung mit dem Ergebnis einer Suche nach Regelungszwecken im Tarifvertrag: Wenn neben dem Gesundheitsschutz weitere Zwecke verfolgt würden, liege kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vor. Ein solcher Zweck könne in dem Ausgleich der zusätzlichen Belastungen aufgrund schlechterer Planbarkeit unregelmäßiger Nachtarbeit liegen.<sup>21</sup> Auf abstrakt denkbare Zwecke komme es dabei nicht an, sondern auf solche, die erkennbar sind, also den Tarifnormen im Weg der Auslegung entnommen werden können.<sup>22</sup> Der Senat stützte sich auf die Begriffe „regelmäßig“ und „unregelmäßig“ im Tarifvertrag. Unregelmäßige Nachtarbeit sei weniger vorhersehbar und die ungeplante und nicht vorhersehbare Heranziehung bringe „eine weitere, anders gelagerte Belastung – nicht unbedingt gesundheitlicher Art – mit sich“.<sup>23</sup> Dass „unregelmäßig“ mit „unplanbar“ gleichzusetzen ist, entlehnte der 10. Senat einer alten Rechtsprechung des 4. Senats. Dieser hatte im Jahr 1973 zugunsten eines bei einer Brauerei angestellter Bier-Auslieferfahrers entschieden, der den höheren Nachtzuschlag für unregelmäßige Nachtarbeit aus dem MTV Brauereien NRW geltend gemacht hatte, weil er – wegen der begrenzten Lagermöglichkeiten frischen Bieres – meist kurzfristig in der Nacht für Bieranlieferungen abgerufen wurde.<sup>24</sup>

Auf dieser Grundlage führte das BAG seine Rechtsprechungslinie weiter fort und setzte sich mit den unterschiedlichen Formulierungen in den Manteltarifverträgen auseinander.<sup>25</sup> Es galt: Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liege (nur dann) vor, wenn sich partout kein anderer Zweck als Gesundheitsschutz für den höheren Zuschlag finden lässt. Wenn das aber (ausnahmsweise) der Fall ist, sei der Anspruch im Wege der Anpassung nach oben zuzusprechen.<sup>26</sup>

20 BAG 22.2.2023 – 10 AZR 332/20 und 333/20.

21 BAG 22.2.2023 – 10 AZR 332/20, Rn. 41.

22 Vgl. BAG 22.2.2023 – 10 AZR 332/20, Rn. 21.

23 BAG 22.2.2023 – 10 AZR 332/20, Rn. 55.

24 BAG 4.7.1973 – 4 AZR 475/72.

25 Beispiellohaft sei genannt: Gegenüberstellung des Begriffspaars „unregelmäßig“ und „regelmäßig“: BAG 22.2.2023 – 10 AZR 332/20, Rn. 53 sowie Hinweisbeschlüsse 30.5.2023 – 10 AZR 152/21 (MTV Molkereien Käsereien NRW), 30.5.2023 – 10 AZR 97/21 (Haus-MTV Trinks); Gegenüberstellung des Begriffspaars „unregelmäßige Nachtarbeit“ und „Nachtshiftarbeit“, bzw. „Schichtarbeit in der Nacht“, vgl. BAG 22.2.2023 – 10 AZR 379/20, Rn. 53 sowie Hinweisbeschluss 3.5.2023 – 10 AZR 80/21 (MTV Brauer Sauer/Siegerländer), materiell BAG 3.5.2023 – 10 AZR 263/21 (Haus-MTV Oldenburger Geflügelspezialitäten); Gegenüberstellung der Begriffe „Nachtarbeit“ einerseits und „Wechselschicht in der Nacht“, „regelmäßige Arbeit in der Nacht“ andererseits: Hinweisbeschluss 30.5.2023 – 10 AZR 188/22 (MTV Fleischwarenindustrie Westfalen); Formulierung von „Vermeidensklauseln“ im Tarifvertrag: BAG 22.2.2023 – 10 AZR 397/20, Rn. 56 ff., BAG 22.3.2023 – 10 AZR 600/20 u. 553/20, jew. Rn. 59. Hinzu kam die dogmatische „Kontrollfrage“, ob der höhere Zuschlagstatbestand – theoretisch – auch Tätigkeiten erfassen könnte, die zwar nicht im regulären Schichtsystem eingeplant sind, aber dennoch regelmäßig oder sogar dauerhaft vorkommen, vgl. BAG 22.3.2023 – 10 AZR 600/20 sowie 553/20, jew. Rn. 59: „Auch im Übrigen ist aus den Regelungen des MTV nicht ersichtlich, dass sonstige Nachtarbeit nicht regelmäßig oder sogar dauerhaft anfallen kann. [...] Insbesondere ist [...] nicht ausgeschlossen, dass ständige oder wiederkehrende Nachtarbeit auf Arbeitsplätzen außerhalb eines Schichtsystems anfällt. Eine solche Arbeitszeitgestaltung ist regelmäßig und planbar.“

26 Hierzu ausführlich BAG 9.12.2020 – 10 AZR 334/20, Rn. 87 ff. m.w.Nachw.

### III. Tarifpolitisch relevante Aspekte der BVerfG Entscheidung

Der Beschluss des BVerfG betrifft eine der oben genannten BAG-Entscheidungen zum MTV „Brauereien HH/S-H“ aus dem Jahr 2020<sup>27</sup> sowie ein Urteil zum MTV „Obst und Gemüse“ NRW aus dem Jahr 2023.<sup>28</sup> Erwähnenswert ist, dass die Streitigkeiten um den MTV Brauereien HH/S-H eigentlich erledigt waren, weil der 10. Senat – zwischenzeitlich unter neuem Vorsitz – seine Sichtweise zu diesem Tarifvertrag nach zweieinhalb Jahren bereits ausdrücklich aufgegeben und die noch verbliebenen anhängigen Klagen abgewiesen hatte.<sup>29</sup> Das BVerfG ging hierauf nicht ein. Die Verfassungsbeschwerden rügten im Wesentlichen die Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz, eine Überschreitung der Grenzen der Tarifautonomie, sowie die Rechtsfolge der „Anpassung nach oben“. Der Beschluss des BVerfG sagt materiell im Wesentlichen drei Dinge aus:

1. Die Tarifvertragsparteien sind an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden,<sup>30</sup>
2. In dessen Anwendungsbereich unterliegen Tarifnormen lediglich einer Willkürkontrolle – soweit die geregelte Materie im „Kernbereich“ von Art. 9 Abs. 3 GG liegt,<sup>31</sup>
3. Zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung kommt jeder denkbare Zweck in Betracht, auch wenn er sich nicht aus dem Tarifvertrag ergibt.<sup>32</sup>

In einem *obiter dictum* entwickelte das BVerfG darüber hinaus das Konstrukt einer „primären Korrekturkompetenz“ der Tarifvertragsparteien.<sup>33</sup> Aus der Entscheidung sind besondere Aspekte im Hinblick auf die Tarifpolitik hervorzuheben.

#### 1. Mehr Verantwortung beim Gesundheitsschutz vor Nachtarbeit

Die Neuerung ist, dass das BVerfG Nachtzuschläge nun ausdrücklich einem „Kernbereich“ des Art. 9 Abs. 3 GG zuordnet.<sup>34</sup> Kein unvorbelasteter Begriff! Die Kernbereichslehre wurde in der Vergangenheit genutzt, um gewerkschaftliche Handlungsfreiheit auf das vermeintlich „Unerlässliche“ zu verengen.<sup>35</sup> Arbeitgebernahe Stimmen wollten so vor allem das Streikrecht aus dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit herauslösen. Dabei geht es im Rahmen des Schutzbereichs nicht um Nähe zu einem Kern, sondern um die Reichweite staatlicher Eingriffe.<sup>36</sup> Dass Gerichte sich aus den Wertungen in Tarifverträgen heraushalten, ist aber richtig. Und tatsächlich besteht das zentrale Geschäft (also doch eher „Kerngeschäft“?) von Tarifverhandlungen häufig darin, mit Ungleichbehandlungen umzugehen. Ob beim Entgelt, Vergütungsgruppen oder Zulagen – die Frage, wer aus welchem Grund wieviel bekommen soll, spielt in den meisten Tarifverhandlungen eine wichtige Rolle. Eigenständige Wertungen der Arbeitsgerichte verbieten sich hier; diese Fragen können die Tarifvertragsparteien sachnäher und praxisgerechter beurteilen.

27 BAG 9.12.2020 – 10 AZR 335/20.

28 BAG 22.3.2023 – 10 AZR 600/20.

29 Vgl. BAG 23.8.2023 – 10 AZR 384/20, Rn. 59 ff.

30 BVerfG, aaO, Rn. 140 – 156.

31 BVerfG, aaO, Rn. 163 – 167.

32 BVerfG, aaO, Rn. 168.

33 BVerfG, aaO, Rn. 195 – 222.

34 BVerfG, aaO, Rn. 171.

35 Siehe hierzu Berg/Kocher/Schumann (BKS)/Kocher, Teil 1, Rn. 69b, m.w.Nachw.

36 Ulber NZA 2025, 449 (450 f.).

Das hat das BAG zu Recht immer hervorgehoben. Auch in den zugrundeliegenden BAG-Entscheidungen war nicht maßgeblich, wie hoch ein Nachtzuschlag im Tarifvertrag konkret ist<sup>37</sup> – jedenfalls nicht, solange die Nachtarbeit „hinreichend kompensiert“ und damit § 6 Abs. 5 ArbZG „verdrängt“ ist.<sup>38</sup>

Für das BVerfG gehört zu diesem Kerngeschäft der Tarifvertragsparteien, was herkömmlicherweise in Tarifverträgen geregelt ist.<sup>39</sup> Dass hierzu auch Nachtzuschläge zählen, folgert das BVerfG dementsprechend aus deren weiter Verbreitung, aber auch aus ihrer „Rolle im Leistungsaustausch“ und ihrem gesundheitsschützenden Effekt.<sup>40</sup> Gerade Letzteres ist ambivalent: Der Gesundheitsschutz, den § 6 Abs. 5 ArbZG fördern soll, ist primär staatliche Aufgabe; Tarifverträge wirken hier lediglich ergänzend. Zugleich bleibt der gesetzliche Rahmen für Nachtarbeit unbestimmt, obwohl die gesundheitsgefährdenden Folgen wissenschaftlich belegt sind. Eine gesetzliche Beschränkung der Nachtarbeit auf das unumgänglich notwendige Maß wäre eigentlich geboten.<sup>41</sup> Dass Nachtarbeit „als solche“ schädlich sei, erkennt das BVerfG an,<sup>42</sup> bleibt damit aber unter dem Minimalkonsens stehen. Im Unterschied zu anderen Bereichen – wie Höchstarbeitszeit und Mindesturlaub, aber auch Befristungen – existiert für Nachtarbeit kein verbindlicher Mindestschutz. Im Gegenteil: Steuerprivilegien fördern sie zusätzlich<sup>43</sup> (küftig soll dies auch für Mehrarbeit gelten).<sup>44</sup> Im Arbeitszeitrecht droht aufgrund eines vermeintlichen Flexibilisierungserfordernisses ein Rückbau medizinisch fundierter Schutzstandards. Stichworte sind hier: Abkehr vom Achtstundentag, Experimentierräume bei der Höchstarbeitszeit und den Ruhezeiten. Das erhöht die Verantwortung für Tarifvertragsparteien. Allerdings wird der Gesundheitsschutz ohne gesetzliche Leitplanken zur ökonomischen Verhandlungsmasse; das kann gefährlich sein, insbesondere wenn es beim Tarifabschluss tatsächlich „allein um ein gemeinsam getragenes Verhandlungsergebnis, nicht aber um die ihm zugrunde liegenden Zwecke geht“ (so das BVerfG an anderer Stelle<sup>45</sup>).

Für den Abschluss künftiger Tarifverträge kann die Entscheidung des BVerfG also zuvorderst Anlass geben, sich verstärkt mit den zugrundeliegenden arbeitsmedizinischen Erkenntnissen auseinanderzusetzen. In der Praxis ist der Verteuerungsgedanke vorherrschend – sprich die Regelung von Zuschlägen. Das ist aber – wenn überhaupt – nur die zweitbeste Lösung. Der Gesundheitsschutz erfordert vielmehr echte, gesundheitsschüt-

37 Deutlich bei BAG 9.12.2020 – 10 AZR 335/20: „Halbierung“.

38 BAG 22.3.2023 – 10 AZR 600/20, Rn. 30 und 32, 26, m.w.Nachw. Bisher war kein tariflicher Nachtzuschlag unter 15 % Gegenstand einer BAG-Entscheidung.

39 BVerfG, aaO, Rn. 171 verweist auf BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, dessen Leitsätze lauten: „Bei der gesetzlichen Ordnung von Materien, die herkömmlicherweise in Tarifverträgen geregelt werden, ist Art 9 Abs 3 GG zu beachten. [...] Bestehende tarifvertragliche Regelungen genießen grundsätzlich einen stärkeren Schutz als die Tarifautonomie in Bereichen, die die Koalitionen unzureichend gelassen haben.“

40 BVerfG, aaO, Rn. 171.

41 Vgl. Buschmann/Ulber, Arbeitszeitrecht § 6 Rn. 5 ff., m.w.Nachw.

42 BVerfG, aaO, Rn. 171: „Sie dienen auch dem Gesundheitsschutz auf der gesicherten Grundlage, dass Nachtarbeit als solche gesundheitsschädlich ist.“

43 § 3b EstG.

44 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD (21. Legislaturperiode), Zeile 569: „Damit sich Mehrarbeit auszahlt, werden Zuschläge für Mehrarbeit, die über die tariflich vereinbarte, beziehungsweise an Tarifverträgen orientierte Vollzeitarbeit hinausgehen, steuerfrei gestellt.“ Zutreffend Seitz – Mehrarbeitszuschläge für Teilzeitbeschäftigte (in diesem Heft): „an der Praxis vorbei“.

45 BVerfG, aaO, Rn. 167.

zende (zeitnahe) Zeitausgleiche.<sup>46</sup> Ob die Verteuerung der Nachtarbeit durch Zuschläge diese verhindert, ist fraglich. Die hohe Verfahrenszahl zu Tarifverträgen der NGG hat auch aufgezeigt, wie verbreitet regelmäßige Nachtarbeit in vielen Bereichen der Ernährungswirtschaft tatsächlich ist. Tarifliche Nachtzuschläge tragen dem Gesundheitsschutz aber schon generell nur unzureichend Rechnung.<sup>47</sup> Schlimmstenfalls setzen sie sogar die falschen Anreize. Beim MTV Obst und Gemüse NRW schien der 10. Senat jedenfalls Zweifel zu haben:

*„Ob § 5 Nr. 2 Buchst. b MTV den Zweck verfolgt, einen Anreiz zu bilden, ggf. dauerhafte oder regelmäßige Nachtarbeit außerhalb von Schichtarbeit zu leisten, kann dahinstehen. Darin läge angesichts der Gesundheitsschädlichkeit von Nachtarbeit kein legitimer Zweck. Durch Ausgleichsregelungen soll die Nachtarbeit verringert und nicht ausgedehnt werden. Eine solche Zwecksetzung könnte daher keinen sachlichen Grund für einen höheren Nachtarbeitszuschlag bilden.“<sup>48</sup>*

In der Praxis ist das Problem, dass Gewerkschaftsmitglieder den Nachtzuschlag als Teil ihres Tariflohns begreifen oder jedenfalls als zusätzliche Möglichkeit, bei Bedarf mehr Geld zu verdienen. Einer Gewerkschaft wird es schwerfallen, sich – belehrend – im Sinne des Gesundheitsschutzes über die Wünsche der eigenen Tarifkommission zu stellen.

## 2. Mehr statt weniger Begründungsaufwand

Ist das „Kerngeschäft“ betroffen, dürfen Tarifvertragsparteien laut BVerfG Sachverhalte bis zur Willkürgrenze unterschiedlich behandeln. Wie für den Gesetzgeber gilt auch für die Tarifvertragsparteien: Unter mehreren Lösungen muss nicht die „zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechte“ Lösung gefunden werden. Sie muss aber – halbwegs – gerecht sein („mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar“). Ein „einleuchtender Grund“ genügt. Überschritten ist die Grenze dann, wenn die Unsachlichkeit auf der Hand liegt („evident ist“).<sup>49</sup> Das ist der wesentliche Grund für die Aufhebung der BAG-Urteile gewesen: Die Zwecksuche im Tarifvertrag hätte der 10. Senat aus Sicht des BVerfG nicht vornehmen dürfen.<sup>50</sup> Daraus folgt angesichts der Bedeutung des Gesundheitsschutzes (und auch sonst) nicht, dass bei Tarifverhandlungen nun „laxer“ differenziert werden sollte (s.o.).

Aber bedeutet es, dass künftig auf Begründungen in Präambeln, Fußnoten oder Protokollnotizen verzichtet werden kann? Au contraire! Eine gute tarifliche Regelung sollte zwar stets aus sich heraus verständlich sein. Sie ist nicht für die Gerichte gemacht, sondern in erster Linie für die betroffenen Beschäftigten. Ihnen muss vermittelt werden können, warum eine Differenzierung vorgenommen wird. Die Entscheidung des BVerfG bedeutet aber keineswegs, dass sich Arbeitsgerichte künftig jeder inhaltlichen Auseinandersetzung mit Tarifnormen enthalten müssten. Die allgemeinen Grundsätze zur Ausle-

46 In EuGH 24.2.2022 – C-262/20 „in Erinnerung gerufen“: Verkürzung der Nacharbeitszeit im Vergleich zur Tagarbeit oder – je nach Tätigkeit – zusätzliche Ruhe- oder Freizeitzeiten.

47 Buschmann/Ulber § 6 ArbZG, Rn. 8, m.w.Nachw.

48 BAG 22.3.2023 – 10 AZR 600/20, Rn. 61, m.w.Nachw.

49 BVerfG, aaO, Rn. 164 f.

50 BVerfG, aaO, Rn. 169 ff.

gung tariflicher Normen<sup>51</sup> hat das BVerfG nicht in Frage gestellt. Vielmehr fordert es die Arbeitsgerichte im Rahmen einer möglichen Aussetzung für die Ermöglichung der „primären Korrekturkompetenz“ zur Suche nach Lösungen im Tarifvertrag und Gestaltungsspielräumen auf.<sup>52</sup> Streitigkeiten um Eingruppierungsregelungen, die Anwendbarkeit von Zuschlagstatbeständen und sonstige Leistungen lassen sich weiterhin nur dann vermeiden, wenn diese sorgfältig formuliert und transparent gestaltet werden. Zudem kann es nicht schaden, wenn die verfolgten Normzwecke „deklaratorisch dargestellt“ werden, bevor dies im Rahmen einer „primären Korrekturkompetenz“ erfolgen muss.<sup>53</sup>

### 3. Weiterhin keine Diskriminierungen

Ohnehin dürfen tarifliche Bestimmungen weiterhin nicht diskriminieren. Es gelten die Schranken des Antidiskriminierungsrechts.<sup>54</sup> Der Willkürmaßstab gilt laut BVerfG nicht, wenn tarifvertragliche Differenzierungen an personenbezogene Merkmale anknüpfen oder Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Minderheiten betroffen sind und diese oder spezifische Gruppeninteressen systematisch vernachlässigt wurden.<sup>55</sup> Es darf keine „Anzeichen gravierend fehlgehender Repräsentation“ geben.<sup>56</sup> Diese Formulierung ist weit gefasst und nicht abschließend; sie umfasst sämtliche Diskriminierungsverbote, unabhängig davon, ob sie verfassungsrechtlich (wie in Art. 3 Abs. 3 GG) oder einfaches gesetzlich, bzw. europarechtlich fundiert sind, etwa im AGG oder TzBfG.<sup>57</sup> Die europarechtlichen Diskriminierungsverbote muss das BVerfG beachten, soweit ihr Anwendungsvorrang greift.<sup>58</sup> Die vorliegende Entscheidung stellt das nicht in Frage;<sup>59</sup> und war im Hinblick auf Nachtzuschläge nur wegen der o.g. EuGH-Entscheidung am Maßstab des nationalen Rechts möglich.

Europarechtliche Vorgaben können zu anderen Bewertungen führen.<sup>60</sup> Das haben die Entscheidungen des EuGH zur Diskriminierung Teilzeitbeschäftiger bei tariflichen Mehrarbeitszuschlägen<sup>61</sup> gezeigt.<sup>62</sup> Dass Tarifverhandlungen hier fehlgehen können, ist kein bloß theoretisches Risiko. In der Vergangenheit waren etwa unterschiedliche Löhne für Männer und Frauen durchaus üblich. Sicher tun die Tarifparteien das nicht bewusst. Diskriminierungen entstehen strukturell und haben verschiedene Ursachen. Die Zusammensetzung von Belegschaften und Tarifkommissionen, aber auch der tarifschließenden

51 Vgl. BAG 22.3.2023 – 10 AZR 600/20, Rn. 44, m.w.Nachw.

52 BVerfG, aaO, Rn. 200 ff.

53 Zur rückwirkenden „deklaratorischen Klärstellung“ vgl. BVerfG, aaO, Rn. 211.

54 Vgl. Ulber NZA 2025, 449 (455), ausführlich Zwanziger AuR 2025, 234 (246 ff.); BKS/Kocher, Teil 1, Rn. 120e und 122a f.

55 BVerfG, aaO, Rn. 161

56 BVerfG, aaO, Rn. 172.

57 Zum Diskriminierungsschutz von Teilzeitbeschäftigten s. Seitz – Mehrarbeitszuschläge für Teilzeitbeschäftigte (in diesem Heft).

58 Vgl. BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessen II), Rn. 50 ff. und 68 ff.

59 Ulber NZA 2025, 449 (455): Keine „Abrissbirne“ für das Antidiskriminierungsrecht.

60 So im Ergebnis auch Spelge NZA 2025, 288 (290).

61 EuGH 19.10.2023 – C-660/20 (Lufthansa CityLine), Rn. 57; EuGH 29.7.2024 – C-184/22 (KfH), Rn. 47; BAG 5.12.2024 – 8 AZR 370/20 Rn. 51.

62 Zu weit gehend daher LAG Thüringen, 27.3.2025 – 2 Sa 411/20, anh. BAG – 5 AZR 96/25. Zutreffend hingegen LAG Berlin-Brandenburg 16.05.2025 – 12 Sa 1016/24, anh. BAG – 5 AZR 122/25.

Verbände ist ein relevanter Faktor. Hinzu kommt, dass sich Widerstand bei Arbeitgebern regt, sobald die Behebung einer Diskriminierung Geld kosten soll.

Die Erwähnung der „fehlgegangenen Repräsentation“ ist mit Blick auf den Schutz vor den Gesundheitsgefahren der Nacharbeit bemerkenswert. Ersichtlich wollte das BVerfG die Möglichkeit offenhalten, im Einzelfall doch noch gerichtlich überprüfen zu können, ob die Tarifparteien beim Gesundheitsschutz zu wenig gemacht haben („hinreichende Kompensation“, s.o.). Bei den konkret streitgegenständlichen Zuschlägen von 25 % sah das Gericht jedenfalls keinen Anlass zur Beanstandung. Außerdem dürfte das BVerfG damit auch auf die „primäre Korrekturkompetenz“ abzielen. Also in den Fällen, in denen die Tarifvertragsparteien entweder keine Nachbesserung regeln wollen oder können. Eindeutig zu kritisieren wäre es, wollte sich das BVerfG darüber hinaus einen Zugriff auf die internen Repräsentationsmechanismen tarifschließender Verbände vorbehalten. Die innere demokratische Willensbildung der Verbände geht die Gerichte nichts an.

Die Zukunft wird zeigen, ob in Tarifverhandlungen künftig intensiver über Gesundheits- und Minderheitenschutz gesprochen wird.<sup>63</sup> Jedenfalls werden die Beteiligten in diesem Bereich besonders sorgfältig agieren müssen.

#### 4. Nachbessern gleichheitswidriger Tarifnormen – „Primäre Korrekturkompetenz“

Neuland betritt das BVerfG mit seinem *obiter dictum*<sup>64</sup> zur „primären Korrekturkompetenz“ für den Fall eines (potenziellen) Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (nur hierauf sind die Ausführungen bezogen). „Aktiviert“ wird dieser Nachverhandlungsprozess dann, wenn im Rahmen der Gleichheitssatzprüfung eine Willkür zu bejahen ist. Da die Entscheidung des BVerfG wie ausgeführt Diskriminierungsverbote nicht erfasst<sup>65</sup>, verbleibt für die Praxis ein denkbar kleiner Anwendungsbereich.<sup>66</sup> Das BVerfG sieht die tarifliche Korrektur als Teil der „Mitgliedschaftsfrüchte“<sup>67</sup> an. Wer die Tarifbindung trägt, soll auch die Korrektur mitgestalten. Wie das genau auszusehen hat, lässt das BVerfG vollkommen offen.<sup>68</sup> Bevor es zu einer Anpassung nach oben durch die Gerichte kommen kann, ist nach den Vorstellungen des BVerfG zunächst zu ermitteln,

1. ob die Regelung selbst eine Lösung vorsieht (entweder direkt oder im Wege der Auslegung) und
2. ob und inwieweit Gestaltungsspielräume für eine eigenständige Neuregelung der Tarifvertragsparteien bestehen.<sup>69</sup>

63 Vgl. Seitz – Mehrarbeitszuschläge für Teilzeitbeschäftigte (in diesem Heft): „müssen zahlreiche Tarifverträge überarbeitet werden“.

64 Mithin unverbindlich, vgl. Zwanziger AuR 2025, 234 (237): „keine tragenden Entscheidungsgründe“.

65 Vgl. auch Gallner, NZA 2025, 877 (880): „besteht nach bisheriger Rechtsprechung des EuGH nicht“.

66 Zutreffend Ulber NZA 2025, 449 (455), zust. Zwanziger AuR 2025, 234 (246 ff.), Arpacı, AuR 2025, 274 (274); zweifelnd auch LAG Berlin-Brandenburg 16.05.2025 – 12 Sa 1016/24, Rn. 85 ff. („stehen noch am Anfang“), anh. BAG 5 AZR 122/25.

67 BVerfG, aaO, Rn. 197.

68 Däubler, jurisPR-ArbR 17/2025 Anm. 1: „Die Betroffenen werden allein gelassen“.

69 BVerfG, aaO, Rn. 200: „Soweit sich nicht aus dem Tarifvertrag selbst bereits die von den Tarifvertragsparteien gewollte Regelung ergibt und den Tarifvertragsparteien vielmehr verschiedene Mög-

## 5. Präventivregelungen als neue Lösung?

Weiterhin ist es theoretisch möglich, Lösungsmechanismen im Tarifvertrag selbst vorzusehen. Salvatorische Klauseln<sup>70</sup> kommen in Tarifverträgen derzeit vereinzelt vor (in der Regel deshalb, weil sie schlicht aus privatrechtlichen Verträgen abgeschrieben wurden). Sie helfen aber nicht weiter: Eine Übertragung der Tarifmacht an die Gerichte kann auf diesem Weg nicht erfolgen.<sup>71</sup> Protokollnotizen im Tarifvertrag könnten Auslegungshinweise für das Gericht bieten (s.o.). Möglich wäre auch, Nachverhandlungsmodalitäten präventiv im Tarifvertrag schuldrechtlich zu vereinbaren. Zumindest dort, wo die Parteien eine Ungleichbehandlung bewusst vorgenommen haben, mag das praktikabel sein. Die meisten Streitigkeiten um Ungleichbehandlungen erfolgen aber, weil ihre Auswirkungen in den Verhandlungen gerade nicht gesehen wurden.

Eine pauschale Pflicht zur Nachbesserung kann dagegen nicht zulässig im Vorfeld vereinbart werden.<sup>72</sup> Auch aus der „primären Korrekturkompetenz“ folgt nicht, dass die Parteien zur Nachbesserung verpflichtet wären („Chance“ zur Korrektur); das BVerfG „zündelt“ kurz bedenklich mit dieser Idee, verwirft sie dann aber am Ende zu Recht.<sup>73</sup> Ebenso helfen pauschale Verpflichtungen, den Tarifvertrag nachzuverhandeln, praktisch nicht wirklich weiter.<sup>74</sup> Sie können zudem ungewünschte Nebenwirkungen haben, etwa auf die Nachwirkung des Tarifvertrags<sup>75</sup> oder den Vertrauensschutz der Normunterworfenen<sup>76</sup>. Bei Regelungen zur Nacharbeit könnten die arbeitsmedizinischen Erkenntnisse als Leitbild in den Tarifvertrag aufgenommen werden. Das setzt wiederum eine vertiefte Befassung mit diesen voraus (s.o.).

## 6. Autonome Nachverhandlungen nur mit Streikrecht

Die Ausführungen zur Suche nach Gestaltungsspielräumen richtet das BVerfG vorrangig an die Arbeitsgerichte, damit diese über eine etwaige Aussetzung zur tariflichen Nachbesserung entscheiden können. Offen bleibt, auf welcher Grundlage, in welchem Verfahrensstadium und von welchem Gericht diese Aussetzung erfolgen soll.<sup>77</sup> Genügt

lichkeiten zur Beseitigung des Gleichheitsverstoßes offenstehen, müssen sie deshalb jedenfalls die Chance zur tarifvertraglichen Korrektur erhalten“.

70 Bsp.: „Sollten Teile dieses Tarifvertrages unwirksam oder nichtig, sein, so wird dadurch nicht die Wirksamkeit der übrigen Teile berührt. Für die unwirksamen oder nichtigen Teile gilt das, was die Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit oder Nichtigkeit stattdessen vereinbart hätten.“

71 BAG 25.9.2013 – 4 AZR 173/12, Rn. 31; Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, TVG § 1 Rn. 1750 („Kernregelung“).

72 Vgl. BAG 25.9.2013 – 4 AZR 173/12, Rn. 33.

73 BVerfG, aaO, Rn. 213; Siehe aber Rn. 212: „Wenn sie sie von ihrer primären Korrekturkompetenz [...] Gebrauch machen“; vgl. auch Ulber NZA 2025 (453): Das wäre „besorgniserregend“, zust. Zwanziger, AuR 2025 (242); Däubler jurisPR-ArbR 17/2025 Anm. 1: „nur auf Wunsch der Tarifvertragsparteien“. So auch schon Spelge, NZA 2025, 288 (293) unter Verweis auf BAG 10.11.2011 – 6 AZR 481/09 und 148/09.

74 BKS/Winkel/Garloff, Teil 2, Rn. 436; BAG 25.9.2013 – 4 AZR 173/12, Rn. 34.

75 BAG 8.10.1997 – 4 AZR 87/96 Rn. 24; zur Kritik hieran s. BKS/Schumann § 4 TVG Rn. 308, m.w.Nachw.

76 BAG 19.12.2024 – 6 AZR 189/23, Rn. 48 (kein Vertrauen in den dauerhaften Fortbestand unveränderter „Senioritätsregelungen“ eines Flugkapitäns).

77 Vgl. ausführlich Zwanziger AuR 2025, 234 (241).

die Möglichkeit der Willkür? Mit welchem Überzeugungsgrad muss diese feststehen? Und wie viel Zeit wäre den Tarifparteien hierfür zu geben? Das Instrument darf nicht Gefahr laufen, den Justizgewährungsanspruch derjenigen zu konterkarieren, die sich zu einer Klage gezwungen sehen, weil die Tarifvertragsparteien – ggf. übereinstimmend – nicht nachbessern wollen.<sup>78</sup> Damit die Idee des BVerfG praktisch funktioniert, darf ein Gericht (noch) nicht von der Willkür oder Nichtwillkür der Tarifregelung überzeugt sein. Andernfalls besteht für keine Seite ein Anlass, die eigene Position zu verschlechtern. Das war die tarifpolitische Pattsituation, die überhaupt zu den zugrundeliegenden Verfahren geführt hatte (s.o.).

Das BVerfG nennt insbesondere zwei Konstellationen, in denen Gestaltungsspielräume bestehen sollen. Erstens bewusste Ausnahmen: Wenn eine Beschäftigengruppe bewusst aus dem Anwendungsbereich einer Norm herausgenommen wurde, kann die Ungleichbehandlung durch Erweiterung des Anwendungsbereichs, Nichtanwendung der Regelung insgesamt oder eine umfassende Neuregelung beseitigt werden. Zweitens ungleichbehandelnde Regelungssysteme: Bei systematisch ungleichen Regelungskomplexen können Systeme gestrichen, in sich neu geregelt, sachlich erweitert oder ihr Verhältnis neu gewichtet werden. Für Tarifverhandelnde sind das keine neuen Erkenntnisse.

Für die Praxis folgt aus diesen Ausführungen aber: Wenn die Tarifvertragsparteien durch das BVerfG die Chance zur primären Korrektur wahrnehmen sollen – dann muss auch das Streikrecht ermöglicht sein. Sonst wäre eine autonome Korrektur<sup>79</sup> nicht möglich. Ein Streikverbot würde die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie wiederum unterlaufen. Nachverhandlungen in struktureller „Schieflage“ bringen nichts. Die normimmanente relative Friedenspflicht<sup>80</sup> ist aufgehoben, wenn die Norm gar nicht mehr wirkt, bzw. künftig nicht mehr wirken soll. Das gilt dann auch für ganze Regelungskomplexe. Die praktische Herausforderung liegt dann in der Reichweite: Wie weit reicht die Friedenspflichtaufhebung? Gilt sie nur für die eine Norm – oder inwieweit für das ganze System, das korrigiert werden muss? Die Formulierungen des BVerfG sprechen für eine weiträumige Freigabe.<sup>81</sup> Begriffe wie „umfassende Neuregelung“ oder „sachliche Erweiterung“ zeigen, dass die Friedenspflicht insoweit hinter dem entsprechenden Handlungsspielraum zurücktritt – bis hinein in angrenzende Regelungskomplexe. Und das ist von erheblicher Bedeutung: Denn ohne diesen erweiterten Raum ist fraglich, ob sich überhaupt eine arbeitskampffähige Forderung aufstellen ließe, die genug Rückhalt findet.

## 7. Weit rückwirkende Tarifregelungen bergen Risiken

Neuregelungen mit Wirkung für die Zukunft sind stets möglich. Das BVerfG leitet hieraus ab, dass Gerichten eine Anpassung nach oben für die Zukunft „regelmäßig“ verwehrt

<sup>78</sup> Vgl. Ulber NZA 2025, 449 (454): „außer weiteren Verfahrensverzögerungen nichts gewonnen“. Etwas zu verallgemeinernd Arpaci, AuR 2025, 274 (277): Orientierung an Dauer der zugrundeliegenden Tarifverhandlungen. Zur Interessenlage bei „mehrpoligen“ Zivilprozessen im Rahmen des § 251 ZPO vgl. BGH 25.11.2014 – X ZR 54/11 Rn. 2.

<sup>79</sup> Vgl. BVerfG, aaO, Rn. 230; BKS/Winkel/Garloff, Teil 4 Rn. 80b.

<sup>80</sup> Vgl. BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, Rn. 27.

<sup>81</sup> So auch Zwanziger AuR 2025, 234 (242): „sakrosant“; interessante Idee bei Arpaci, AuR 2025, 274 (276): „Absicherung“ durch Hinweisbeschluß.

sein soll.<sup>82</sup> Das kann nur dann so sein, wenn die Tarifvertragsparteien auch tatsächlich nachbessern.<sup>83</sup> Gerichtliche Entscheidungen sollen künftige Tarifveränderungen nicht dauerhaft „überschreiben“ können. Tun die Tarifvertragsparteien es (ausnahmsweise?) nicht, bleibt es hingegen weiterhin bei der Anpassung nach oben.

Das BVerfG bestätigt<sup>84</sup> zudem ganz allgemein, dass Tarifverträge auch rückwirkend Regelungen treffen können – sowohl hinsichtlich ihres Inkrafttretens als auch inhaltlich,<sup>85</sup> zum Beispiel bei Standortsicherungstarifverträgen, in denen häufig ein temporärer Verzicht auf Sonderzahlungen vereinbart wird. Soll eine Tarifveränderung rückwirkend geschehen, ist der Vertrauensschutz der Betroffenen zu beachten.<sup>86</sup> Die Arbeitnehmenden vertrauen darauf, keine Leistungen rückwirkend zu verlieren, die Arbeitgeber darauf, nicht später nachzahlen zu müssen.<sup>87</sup> Es sei im Einzelfall abzuwägen, ob das Vertrauen der einen Seite höher zu gewichten ist als dasjenige der anderen.<sup>88</sup> Tarifliche Ausschlussfristen sollen hierbei keine Hürde sein. Auch Rückzahlungsverpflichtungen der Beschäftigten sollen vereinbart werden können – was praxisfern erscheint.<sup>89</sup>

Für die Praxis ergeben sich im Einzelfall daraus rechtliche Unsicherheiten. Rückwirkende Veränderungen über längere Zeiträume sind aus diesem Grund nicht ratsam. Und wie entscheiden Gerichte, wenn eine rückwirkende Nachbesserung gegen den Vertrauensschutz verstößt?

## 8. Neue Rolle der Tarifvertragsparteien in Gerichtsverfahren: Informationsanspruch und Streitbeitritt

Das BVerfG geht in seinem Beschluss auf die Möglichkeit von Verfahren nach § 9 TVG ein. Die Verfassungsbeschwerden der Arbeitgeberverbände wurden wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Subsidiarität als unzulässig verworfen, da sie dieses Verfahren nicht genutzt hatten.<sup>90</sup> Später entschied das BVerfG ebenso zu Verfassungsbeschwerden von Arbeitgebern, die Haustarifverträge betrafen.<sup>91</sup> Diese Sichtweise ist folgerichtig: Das Verfahren nach § 9 TVG hätte es den verklagten Arbeitgebern in der zugrunde liegenden Konstellation ermöglicht, die Vielzahl individualrechtlicher Klagen frühzeitig zu bündeln, da die Verfahren dann ausgesetzt worden wären. Tatsächlich wurde diese Möglichkeit jedoch erst sehr spät und nur vereinzelt genutzt.<sup>92</sup> Für die Gewerkschaft NGG kam dieses Instrumental wegen der bestehenden Ausschluss- und Verjährungsfristen nicht in Betracht. Insgesamt war die vorliegende Verfahrenskonstellation daher außergewöhnlich.

82 BVerfG, aaO, Rn. 209.

83 Vgl. Zwanziger Aur 2025, 234 (241): „Die wichtigste Frage bleibt unbeantwortet“.

84 Bestätigung von BAG 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, Rn. 35.

85 BVerfG, aaO, Rn. 211.

86 BVerfG, aaO, Rn. 210.

87 BVerfG, aaO, Rn. 217.

88 BVerfG, aaO, Rn. 219.

89 Zutreffend Ulber, NZA 2025, 449 (453): „lebensfremd“.

90 BVerfG, aaO, Rn. 117 ff.

91 Nicht veröffentlicht.

92 Es waren sieben Verfahren am Arbeitsgericht Hamburg anhängig.

Unabhängig davon wäre es für die Zukunft sinnvoll, den § 9 TVG zu einer echten Verbandsklage weiterzuentwickeln und im ArbGG zu verankern.<sup>93</sup> Würden dadurch Verjährungs- und Ausschlussfristen für betroffene Gewerkschaftsmitglieder gehemmt, ließen sich systematische Verstöße gegen tarifliche Regelungen und gesetzliche Mindeststandards effektiver bekämpfen. Das könnte verhindern, dass neben einer Verbandsklage weiterhin eine Vielzahl von Individualverfahren geführt werden muss.

Zugleich müssen die Tarifvertragsparteien künftig noch genauer im Blick behalten, welche Verfahren zu „ihren“ Tarifverträgen an den Arbeitsgerichten anhängig sind. Das BVerfG stellt klar: Ohne eine vorherige Rüge, dass die betroffene Tarifvertragspartei nicht beteiligt oder zumindest angehört wurde, bleibt ihr der Weg zur eigenständigen Verfassungsbeschwerde versperrt.<sup>94</sup> Problematisch ist hierbei, dass häufig über Bezugnahmeklauseln in Arbeitsverträgen über tarifliche Inhalte gestritten wird, ohne dass die Tarifvertragsparteien davon Kenntnis erlangen – dies gilt auch bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen. Gewerkschaftlicher Rechtsschutz oder Arbeitgeberverbände sind an solchen Verfahren oft nicht beteiligt.

Vor diesem Hintergrund führt der Beschluss zu einer Informationspflicht der Arbeitsgerichte: Sobald eine tarifliche Norm betroffen ist, müssen sie die jeweiligen Tarifvertragsparteien benachrichtigen.<sup>95</sup> Eine Zunahme der Tarifauskünfte nach § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 293 Satz 2 ZPO ist hingegen nicht zu erwarten, da gerade bei älteren Tarifverträgen die ursprünglichen Tarifparteien oft nicht mehr greifbar sind.

Bemerkenswert ist schließlich der Hinweis des BVerfG, dass Tarifvertragsparteien einem Individualrechtsstreit auch als Nebenintervenienten beitreten können.<sup>96</sup> Gewerkschaften nutzen diese Möglichkeit bislang kaum. Die Nebenintervention kann sinnvoll sein, um die eigene tarifpolitische Intention im Verfahren darzulegen, Fehlinterpretationen tariflicher Normen zu vermeiden und Präzedenzwirkungen zu verhindern. Nicht jeder Rechtsstreit wird zu einem Streitbetrift führen. Sinnvoll ist er vor allem dann, wenn (tarifpolitische) Grundsatzfragen mit Auswirkungen auf den gesamten Tarifvertrag betroffen sind. Langfristig könnte eine gesetzliche Verpflichtung der Gerichte zur Benachrichtigung der Tarifvertragsparteien die Wirksamkeit dieses Instruments erhöhen. Bis dahin sollten Gewerkschaften prüfen, wie sie Nebeninterventionen strategisch in ihre Prozess- und Tarifpolitik integrieren können.

#### *IV. Fazit*

Für die Tarifpraxis kann die Entscheidung des BVerfG den Tarifparteien Anlass geben, mehr miteinander kommunizieren; das Problem struktureller Fehlgänge wird aber wei-

93 Vgl. das DGB-Diskussionspapier zum Verbandsklagerecht unter [https://www.dgb.de/fileadmin/download\\_center/Positionen\\_und\\_Thesen/DGB-Diskussionspapier-zur-Verbandsklage-im-Arbeitsrecht.pdf](https://www.dgb.de/fileadmin/download_center/Positionen_und_Thesen/DGB-Diskussionspapier-zur-Verbandsklage-im-Arbeitsrecht.pdf) (13.6.2025). Interessant der Ansatz von Zwanziger, AuR 2025 (244): „teleologische Extension“ des § 9 TVG auf die Folgen der Ungleichbehandlung.

94 BVerfG, aaO, Rn. 130 (Anhörungsrüge nach Art. 103 Abs. 1 GG; § 78a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ArbGG).

95 Einschränkend Zwanziger AuR 2025, 234 (244): wenn die Ungültigkeit von Tarifnormen geltend gemacht wird.

96 BVerfG, aaO, Rn. 122: „[...] Möglichkeit [...], sich im Wege der Nebenintervention gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG in Verbindung mit § 66 Abs. 1 ZPO [...] am Ausgangsverfahren zu beteiligen, um es gar nicht erst zu den von ihnen behaupteten Grundrechtsverstößen kommen zu lassen“.

terhin nur durch eine gerichtliche Anpassung nach oben gelöst werden können. Ob die Idee der „primären Korrekturkompetenz“ bewirken wird, dass sich Arbeitgeber bei potenziellen Missständen auf autonome Verhandlungen „auf Augenhöhe“ einlassen, bleibt abzuwarten. Sollte sich herausstellen, dass der individualrechtliche Verfahrensanspruch der strukturell benachteiligten Beschäftigten nur unnötig verzögert wird, hätte die Entscheidung ihr Ziel verfehlt. Es ist zudem weiterhin größere Vorsicht beim Abfassen von Tarifnormen geboten, da die rechtlichen Folgen einschneidender sind. Das betrifft nun auch den sensiblen Bereich des Gesundheitsschutzes. An der – bedenklichen – Entwicklung der „Verrechtlichung“ von Tarifverhandlungen hat die Entscheidung insgesamt nichts verändert. Neue Möglichkeiten ergeben sich im Prozessrecht: Die Arbeitsgerichte müssen Tarifvertragsparteien informieren und die Tarifvertragsparteien können sich überlegen, einem Streit als Nebeninterventientinnen beizutreten.

## REZENSIONEN

*Amelie Tscheu, Publizistischer Landesverrat in der Weimarer Republik, Tübingen (Mohr Siebeck – Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 129), 379 S. EUR 84.*

Die Historikerin Amelie Tscheu hat ihre rechtswissenschaftliche Dissertation dem Thema des publizistischen Landesverrats in der Weimarer Republik gewidmet und „Reichsgerichtsurteile gegen pazifistische Kritiker der illegalen Rüstung“ als Untertitel gewählt.

In ihrer Einleitung greift Tscheu zunächst den gescheiterten Wiederaufnahmeantrag zugunsten von Carl von Ossietzky auf. Im Forschungsanliegen fragt die Verfasserin „[...] wie es zu den unter sich inhaltlich teils divergierenden, teils übereinstimmenden Urteilen in den verschiedenen Situationen [...]“ hatte kommen können bzw. durch welche unterschiedlichen Faktoren diese jeweils bedingt waren. [...].

Tscheus Auswahl beschränkt sich auf Verfahren gegen pazifistische Kritiker<sup>1</sup> der illegalen Rüstung.

Die Verfasserin führt zunächst in die Thematik des publizistischen Landesverrats in der Weimarer Republik (A.) ein und beschreibt sodann die Auswirkungen des Versailler Vertrages auf das Weimarer Staatssystem und die Entwicklung der strafrechtlichen Bestimmungen zum Landesverrat (B.). Im Anschluss werden die Verfahren in den Kontext der militärpolitischen Entwicklungen gestellt (C.). In einem nächsten Schritt wird der publizistische Landesverrat als politische Straftat untersucht und das Verhältnis der Weimarer Judikative zum republikanischen Staatssystem betrachtet (D.). Auf dieser Grundlage werden die Urteile gegen Felix Fechenbach vor dem bayerischen Volksgericht und gegen Walter Oehme (E.), gegen Friedrich Küster und Berthold Jacob (F.) sowie gegen Carl von Ossietzky und Walter Kreiser (G.) vor dem Reichsgericht abgehandelt.

Im Rahmen der Einführung in die Thematik stellt die Verfasserin den Ablauf der Prozesse und den Aufbau der erstinstanzlichen Strafjustiz auf Reichsebene, also vor dem Reichsgericht und mit

1 Die historisch zutreffende Behandlung legt das generische Maskulinum nahe, weil nur männliche Akteure belegt sind.

dem Oberrechtsanwalt als Anklagebehörde vorzüglich dar. Es werden auch alle Namen der in den Verfahren beteiligten Sachverständigen oder Zeugen genannt, die entweder unmittelbar vom Gericht oder auf Antrag der Prozessvertreter der Oberrechtsanwaltschaft geladen wurden. Sie alle bekleideten hohe militärische Ränge.

In ihrer Behandlung der rechtlichen Grundlagen des Verfahrens macht die Verfasserin deutlich, dass es mit einer Weiterentwicklung des strafrechtlichen Begriffs des „relativen Geheimnisses“ zu einer erweiterten Fassung des Geheimnisbegriffs kam. Auch die Entwicklung des geschützten Rechtsguts des „Reichswohls“ sei vom Reichsgericht, zeitabhängig, unter Berücksichtigung der jeweils politischen Lage bestimmt worden.

Die Arbeit ordnet dann den publizistischen Landesverrat in den Kontext militärpolitischer Entwicklungen in der frühen Weimarer Republik ein (C. III.). Dabei macht die Verfasserin zunächst darauf aufmerksam, dass die Reichswehr und das zuständige Reichswehrministerium in den Verfahren wegen publizistischen Landesverrats regelmäßig in einer kritischen Doppelrolle, nämlich als Anzeigenerstatterin und mit gerichtlich bestellten Sachverständigen oder sachverständigen Zeugen auftrat. Diese Doppelrolle wird näher untersucht. Dass das Reichswehrministerium eine aggressiv-ablehnende Haltung gegenüber anderen Ministerien einnahm, ergibt sich aus der Denkschrift „Die Preisgabe von Staatsgeheimnissen aus Überzeugung“<sup>2</sup>, die soweit ersichtlich erstmals von Tscheu vollständig ausgewertet wurde.

Unter C. V. skizziert Tscheu das Verhältnis der Fraktionen des Reichstages zur Reichswehr. USPD und KPD bekämpften die interne Heeresstruktur der Reichswehr und lehnten die illegale Aufrüstung und insbesondere deren Geheimhaltung gegenüber den Reichstagsabgeordneten ab. Für die SPD beschreibt Tscheu detailliert den Konflikt zwischen der Reichstagsfraktion, die teilweise die Reichswehrpositionen einnimmt, und der Parteiführung, die sich intensiv um eine Republikanisierung des Heeres bemüht. Trotzdem kam aus der SPD-Fraktion wohl die konsequenterste Kritik an der illegalen Aufrüstung. Bei

2 Bei Tscheu zitiert über BArch RW 6/57, Bl. 71 f.

der DDP sammelte sich auch dezidierte Kritik an der illegalen Rüstung. Demgegenüber versuchten DVP und Zentrum darauf hinzuwirken, dass über illegale Rüstungen nicht berichtet wurde. Die nationalkonservative DNVP und die rechtsradikale NSDAP befürworteten ohnehin die illegale Aufrüstung und lehnten eine Republikanisierung insgesamt und insbesondere die des Heeres strikt ab.

Im folgenden Abschnitt (C.VI.) befasst sich Tscheu mit zahlreichen rechtspolitischen Reformversuchen, die ein Abbild der politischen Änderungen während der Weimarer Republik waren; die Untersuchung der Verfasserin gibt ein sehr gutes, klares und neues Bild über die Mithandlung aller Beteiligten hieran.

Danach (C.VII.) diskutiert Tscheu das Verhältnis zwischen der Militarisierung der Weimarer Gesellschaft und dem deutschen Pazifismus. In diesem Abschnitt gelingt Tscheu ein kleines Meisterstück. Sie schildert den Kampf um die „Wehrhaftigkeit“, auch mit Mitteln der illegalen Rüstung, der in der Weimarer Republik intensiv ausgefochten wird. Sie macht deutlich, dass der deutsche Pazifismus in jeder Phase der Weimarer Republik immer in einer deutlichen Minderheit war. Zudem scheint die pazifistische Bewegung zutiefst zerstritten gewesen zu sein.

Im Kapitel „Der publizistische Landesverrat als politische Straftat und das Verhältnis der Judikative zum republikanischen Staatssystem“ (D.) untersucht Tscheu unter anderem die soziale Herkunft der Justizangehörigen, Besonderheiten des Reichsgerichts in Bezug auf Verfahren wegen publizistischen Landesverrats, den Austausch zwischen Reichsanwaltschaft und Reichsregierung und den innerjuristischen Diskurs zu diesen Verfahren und die Bedeutung der Grundrechte und „Grundpflichten“ in dieser Diskussion. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass die Justizjuristen ein „Ressentiment gegen die republikanische Staatsform“ hatten.

Im Abschnitt D.IV. befasst sich Tscheu mit dem Austausch zwischen Reichsanwaltschaft und Reichsregierung. Die hier dargelegten Erkenntnisse sind neu, etwa, dass Oberreichsanwalt *Ebermayer* zunächst starke Bedenken gegen die Einleitung von Strafverfahren wegen publizistischen Landesverrats hatte. In der Literatur wurde bisher vertreten, dass die Oberreichsanwaltschaft als Schriftstellerin der Strafverfolgung in diesen Verfahren anzusehen war. Tscheu behandelt dies differenzierter und beschreibt auch den Meinungswchsel des Oberreichsanwalts.

Im folgenden Abschnitt fasst Tscheu den „innerjuristischen Diskurs zu den Verfahren publizistischen Landesverrats“ zusammen. Dabei gelingt es ihr, eine kurze Einführung in die juristische Zeitschriftenliteratur der Weimarer Republik – insbesondere zum Verhältnis „DJZ“/ „DRZ“ und „Die Justiz“ zu geben und die Verfechter der jeweiligen juristischen und politischen Auffassungen zu benennen.

Anschließend erörtert sie die Bedeutung der Grundrechte und Grundpflichten der Weimarer Reichsverfassung, soweit diese in Bezug auf den publizistischen Landesverrat von Belang waren.

Im Folgenden behandelt Tscheu den dualen Staatsbegriff in den Verfahren des publizistischen Landesverrats und gibt die Diskussion um das wesentliche Tatbestandsmerkmal „Reichswohl“ wieder. Hier macht die Autorin deutlich, dass die damalige Strafjustiz keinerlei Notiz von der wissenschaftlichen Diskussion nahm und die in der juristischen, kaiserlichen Ausbildungszeit der Juristen uneingeschränkt vertretene Sichtweise des „unpolitischen“ Staats weiterführte.

Mit dem Abschnitt „Gesetzliche Bestimmungen zum Schutz der Republik und ihre Anwendung“ skizziert Tscheu das anwendbare materielle Strafrecht unter Einschluss der Notverordnungen und des Republikschutzgesetzes. Die Arbeit greift die Rechtsprechung des neuen Staatsgerichtshofs und des Reichsgerichts zu Hochverratsfällen auf und macht deutlich, dass diese nicht auf Republikschutz gerichtet war.

Nachdem Tscheu die Szene vorbereitet hat, analysiert sie die Verfahren gegen *Felix Fechenbach* und *Walter Oehme*, das Verfahren gegen *Friedrich Küster* und *Berthold Jacob* sowie den Weltbühne-Prozess gegen *Carl von Ossietzky* und *Walter Kreiser*. Für die Auswahl spricht, dass die Verurteilten Pazifisten im Sinne der vom Reichswehrministerium gewählten Definition und sicher auch Pazifisten im Sinne des Titels der Arbeit waren.

Das erste Verfahren gegen *Felix Fechenbach* sticht insoweit heraus, als es aufgrund Art. 9 VolkgerichtsG<sup>3</sup> dem Volksgericht München II zugewiesen wurde. Die Verfasserin analysiert das Fechenbach-Urteil sehr gründlich und stellt es in seinen politischen und biografischen Rahmen. Das Verfahren selbst war mit zahlreichen Rechtsmängeln behaftet; zudem kannte das Volksge-

<sup>3</sup> Gesetz über die Einsetzung von Volksgerichten bei inneren Unruhen (VolkgerichtsG), Gesetz- und Verordnungsblatt für den Freistaat Bayern, 22.7.1919, S. 365.

richtsG keine Rechtsmittelinstanz, bei der das auf eine hohe Zuchthausstrafe erkennende Urteil hätte angegriffen werden können. Das Urteil ist von vielen Seiten, auch und ausdrücklich von Oberrechtsanwalt *Ebermayer* in einem Gutachten, angegriffen worden, was Tscheu detailliert darlegt. Es hatte weder auf der konservativen, noch auf der linken oder auf der pazifistischen Seite Fürsprecher gefunden.

Diese neue, durch das Fechenbach-Urteil geschaffene Rechtsprechungssituation, beschreibt Tscheu am Beispiel des Verfahrens gegen *Walter Oehme*. Sie referiert dessen Biografie genau. Möglicherweise hätte *Oehme* sich selbst gar nicht als Pazifisten eingeordnet. Trotzdem musste dieses Verfahren hier behandelt werden, weil das Urteil wegweisend für die weitere Rechtsprechung werden sollte.

Tscheu legt detailliert dar, mit welcher Akribie das Reichsgericht das „Reichswohl“ im Tatbestand des § 92 RStG nicht abstrakt, sondern auch unter Berücksichtigung der (republikanischen) Staatsform interpretiert habe; das Gericht habe eine ungewöhnliche Interessenabwägung zwischen dem staatsbürglerischen Interesse, staatliche Ungesetzlichkeiten abzustellen, und dem außenpolitischen Schaden für das „Staatsganze“ getroffen. Der Sachverhalt wird genau in die geschichtliche Situation eingeordnet, den Biografien der Beteiligten, insbesondere der Angeklagten, Angeklagten und Verurteilten, wird Platz eingeräumt, und die Entwicklung der Rechtsprechung wird charakterisiert.

Das vorletzte Urteil, das in der Arbeit behandelt wird, befasste sich mit Veröffentlichungen, die 1925 über die illegale Anwerbung von Zeitfreiwilligen der Reichswehr berichteten. Auch bei diesem Urteil befasst sich Tscheu intensiv mit den Biografien der Angeklagten (*Friedrich Küster/Berthold Jacob*) und beschreibt die Rolle des Reichswehrministeriums, des Auswärtigen Amtes, des Oberrechtsanwalts und des Reichsgerichts. Die Aktenlage erlaubte hier einen vollständigen Zugriff auf ein ausführliches Protokoll des Reichswehrministeriums. Hier schafft es die Verfasserin, den Ton der mündlichen Verhandlung erlebbar zu machen.

Tscheu gelingt es, aus dem Urteil im Vergleich zum Urteil gegen *Oehme* eine Entwicklung abzuleiten. Die Rechtsprechung im Verfahren gegen *Küster/Jacob* verlangt für die Tatbestandsmäßigkeit des publizistischen Landesvertrags bewusstes Dulden durch staatliche Stellen, während bei *Oehme* „Ohnmacht gegen illegale Rüstungsmaßnahmen der Reichswehr“ noch aus-

reichte. Das Strafmaß war wegen der Einordnung als „Überzeugungstäter“ und wegen des fehlenden Schadens gering. Das Urteil wurde veröffentlicht und stellte sich damit der Kritik; auch das Reichswehrministerium war zufrieden. Hier zeigt Tscheu einmal wieder, dass Strafurteil und Resonanz ohne Einordnung in die jeweils aktuelle historische Situation nicht zu verstehen sind.

Der Abschnitt zu den unterschiedlichen Urteilen kulminierte im Weltbühne-Prozess gegen *Carl von Ossietzky* und *Walter Kreiser*, dem wohl bekanntesten Verfahren wegen publizistischen Landesverrats in der Weimarer Republik. Auch hier arbeitet Tscheu die Biografien der Prozessbeteiligten, sowohl auf der Anklage-, der Richter-, der Ankläger-, der Verteidiger- und der Sachverständigenbank sorgfältig aus. Die Analyse der Akten macht deutlich, wieviel Zeit von der Aufnahme der Ermittlungen bis zur Eröffnung des Verfahrens verging. Tscheu zeigt, dass zum Zeitpunkt der Aufnahme der Ermittlungen starke Spannungen zwischen Reichswehrministerium und Auswärtigem Amt bestanden. Sie führt ferner aus, dass es eine interministerielle Übereinstimmung gegeben habe, nach der es nicht zu einer Anklageerhebung kommen sollte, wenn ein begutachtendes Reichsministerium dies nicht wünsche.

Die Verhandlung selbst zeichnete sich dadurch aus, dass ein politisch als Rechtsapologet exponierter Senatsvorsitzender – Alexander Baumann – und ein ebensolcher Vertreter des Oberrechtsanwalts – *Paul Jorns* – für die Justiz aufraten. Das Verteidigerquartett, *Max Alsberg, Alfred Apfel, Rudolf Olden* und *Kurt Rosenfeld*, hätte nicht unterschiedlicher sein können. Die Urteilsbegründung lässt wenig Neues erkennen. Das Strafmaß selbst – Zuchthausstrafen und keine Qualifikation als „Überzeugungstäter“ – identifizierte Tscheu als Abweichung von der sonstigen Rechtsprechung des Reichsgerichts. Im Anschluss schildert Tscheu die Reaktionen auf das Urteil. In ihrer Zusammenfassung charakterisiert sie den Prozess gegen *Kreiser* und *von Ossietzky* als „chronologischen Endpunkt, mit einem hohen Maß an Alleinstellungsmerkmalen“.

Was fehlt? Hinsichtlich des Wiederaufnahmeverfahrens in der Strafsache gegen *Carl von Ossietzky* wäre die Meinung der Verfasserin zu den damaligen geschichtswissenschaftlichen Sachverständigungsgutachten von *Wolfgang Gessenbarter* und von *Manfred Messerschmidt* von Interesse gewesen. Denn das Reichsgericht hatte, wie die Verfasserin detailliert ausführt, bereits während des Kaiserreichs die Rechtsfigur des „relati-

ven Geheimnisses“ geschaffen. Danach konnten auch „relativ“ bekannte Tatsachen im Rechtssinne noch geheim sein, außer sie waren „offenkundig“. Weder das Kammergericht Berlin noch der Bundesgerichtshof hatten diese Rechtsprechung des Reichsgerichts zum „relativen Geheimnis“ im Wiederaufnahmeverfahren in der Strafsache gegen Carl von Ossietzky kritisiert und erkannt, dass die von *Gessenbarter* und *Messerschmidt* dargelegten historischen Ergebnisse keine „Offenkundigkeit“ der veröffentlichten Tatsachen begründet hätten. Eine genauere Kenntnis des Bekanntheitsgrads der veröffentlichten Tatsachen bei den Behörden der Entente wäre deshalb wünschenswert – auch um das Wiederaufnahmeverfahren in der Strafsache gegen Carl von Ossietzky noch einmal neu zu bewerten. Denn es ist bedrückend, dass man den Friedennobelpreisträger und Namensgeber von deutschen Schulen und Hochschulen immer noch mit richterlichem Segen einen Spion und Landesverräter nennen darf. Auch wäre von rechtsgeschichtswissenschaftlichem Interesse, wie Max Alsberg, der zwar ein Starverteidiger seiner Zeit war, aber keinen nachgewiesenen Kontakt zur republikanischen Mitte und Linken pflegte, auf die Verteidigerbank gelangt sein mag.

Zusammenfassend: Tscheus empfehlenswerte Arbeit ermöglicht es, den publizistischen Landesverrat in der Weimarer Republik nicht nur juristisch, sondern auch geschichtlich zu verstehen. Die Verfasserin hat neue Aktenkenntnisse einarbeiten und die jeweils gegenteiligen Ansichten deutscher Reichsministerien herausarbeiten können. Ferner hat sie die interne Entscheidungsbildung innerhalb der Reichsanwaltschaft gut herausgearbeitet und eine insgesamt verschärfende Tendenz der Reichsgerichtsrechtsprechung feststellen können. Hoffentlich wird es noch viele derart lesenswerte Arbeiten geben, die so viel Mut zur fachgebietsübergreifenden Forschung zeigen.

Mathias Hanten

*Friedrich Weißbach, Recht und Gemeinschaft: Zu Hannah Arendts Kritik der Menschenrechte, Berlin: Lukas Verlag, 2025, 191 S., 25,- € [978-3-86732-408-3]*

Friedrich Weißbachs *Recht und Gemeinschaft* setzt bei der hochaktuellen Problematik an, dass die Menschenrechte für international Vertriebene häufig ihre Schutzfunktion verfehlt. Insbeson-

dere für Staatenlose, die am dringendsten auf sie angewiesen wären, bleiben Menschenrechte weitgehend wirkungslos. Wie ist das zu erklären? Um aufzuzeigen, dass dieses Paradox nicht bloß auf institutionelle Fehlentwicklungen zurückzuführen ist, sondern systematisch aus der modernen Konzeption von Recht, Staat und Souveränität hervorgeht, befasst sich Weißbach eingehend mit Hannah Arendts politischem Denken. In Auseinandersetzung mit Arendt, so die Grundthese, erweist sich das gewaltsame Schicksal der Staatenlosen als konsequente Folge einer Souveränitätslogik, die den nationalstaatlichen Herrschaftsordnungen innewohnt. Es handelt sich insofern um einen immanenten Widerspruch, den es theoretisch zu begreifen gilt. Eine zentrale Rolle spielt hierbei *Die Aporien der Menschenrechte* – eines der meistdiskutierten Kapitel von Arendts *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*. In der Tat beansprucht Weißbach, diesen Schlüsseltext als „eine grundsätzliche Kritik am vorherrschenden Konzept des modernen Rechts“ (S. 12) zu interpretieren. Arendts Kritik zielt darauf ab, das notwendige Scheitern eines „auf den Menschenrechten und dem damit implizierten Verständnis von Freiheit und Gleichheit“ (ebd.) beruhenden Rechts darzulegen. Doch damit ist es nicht getan. Denn Weißbach unternimmt daraufhin das ambitionierte Projekt, anhand dieser und weiterer Texte Arendts einen Begriff von Recht und Politik zu rekonstruieren, der grundsätzlich von Souveränität und Herrschaft losgelöst wäre. Dies stelle die eigentliche Pointe von Arendts Kritik der Menschenrechte dar.

*Recht und Gemeinschaft* ist dementsprechend in vier Teilen gegliedert. Der erste Teil widmet sich einer ausführlichen Analyse von *Die Aporien der Menschenrechte*. Hier greift Weißbach Arendts Feststellung auf, dass die französische *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* einen Wendepunkt für das politische Denken der Moderne markiert. Entscheidend daran ist, dass die *Erklärung* traditionelle Legitimationsgrundlagen der Rechtsordnung wie etwa Gott oder die Natur in Frage stellt und stattdessen den Menschen ins Zentrum der Politik rückt. Dabei wird das Volk – verstanden als Vereinigung freier und gleicher Menschen – zum nationalstaatlichen Souverän erklärt. Die Menschenrechte begründen demnach die Souveränität des Volkes im Nationalstaat. Daraus ergibt sich aber ein Problem: Zum einen erheben die Menschenrechte den universalistischen Gültigkeitsanspruch, dass sie jedem Menschen *als Mensch* zustehen sollen. Zum anderen hängt ihre Wirksamkeit jedoch von

einem rechtsdurchsetzenden Souverän ab, sodass sie sich nur im Rahmen eines Nationalstaats *als Bürgerrechte* verwirklichen lassen. Aus dieser Verschränkung von Menschenrechten und nationalstaatlicher Volkssouveränität resultiert nun eine Aporie, die sich am fatalen Schicksal der Staatenlosen zeigt: „In dem Augenblick, in dem Menschen die schützenden Rechte ihres Nationalstaates verloren haben und deswegen eigentlich am stärksten auf die Menschenrechte angewiesen sind, versagen diese in ihrer Wirkkraft“ (S. 29). Mehr noch: Die Staatenlosen werden nicht nur aus einer bestimmten Rechtsgemeinschaft exkludiert. In einer größtenteils von Nationalstaaten aufgeteilten Welt bedeutet der Verlust der Staatsangehörigkeit geradezu einen Ausschluss aus der Menschheit selbst. Arendt, die vor allem an die jüdischen Flüchtlinge während des Holocausts denkt, schildert die Staatenlosen daher als „lebende Leichname“ (S. 37). Hierbei stellt Arendt die wohlbekannte These auf, es gebe letztlich nur ein einziges Menschenrecht – nämlich das Recht, Rechte zu haben. Allein dieses Recht, das im Kern ein Recht auf Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft ist, muss ebenso scheitern: „Denn auch ein solches Recht bedarf eines Souveräns, der es durchsetzt und garantiert“ (S. 60). Das Recht auf Rechte bleibe sonach in der Aporie verfangen.

Um diese Schlussfolgerung theoretisch auszuarbeiten, wendet sich Weißbach im zweiten Teil von *Recht und Gemeinschaft* den anthropologischen Prämissen zu, die Arendts Kritik der Menschenrechte untermauern. Grundbegriffe wie Welt, Öffentlichkeit, Handeln, Pluralität und das Politische, die Arendt erst in *Vita Activa* ausformuliert, werden konzise und sachdienlich erschlossen. Der Ertrag ist zweifach: *Einerseits* verdeutlicht Weißbach die enge Verknüpfung von Arendts Menschenbild und ihrem Weltbegriff. Menschsein heißt demnach, an der „gemeinsamen Welt“ (S. 63) kommunikativ interagierender Menschen teilzuhaben. Dabei wird die Welt zu einem „öffentlichen Erscheinungsraum“ (S. 64), in dem die Menschen – im Plural – als einzigartige Personen einvernehmlich und mithin politisch zu handeln vermögen. Die Teilhabe an einem öffentlich-politisch Raum gilt folgerichtig als konstitutiv für das Menschsein. *Andererseits* substanziert Weißbach Arendts Behauptung, dass der Verlust der Staatsangehörigkeit bzw. der Ausschluss aus jeglicher Rechtsgemeinschaft nichts Geringeres bedeutet als den Verlust der menschlichen Welt. Die Geflüchteten und Vertriebenen, indem sie an „Weltlosigkeit“ (S. 78)

leiden, erscheinen so nicht mehr als wirkliche Menschen.

Nach diesem erläuternden Zwischenschritt kehrt Weißbach im *dritten* Teil seiner Untersuchung zu den Aporien der Menschenrechte zurück. Ziel ist es nun, eine „weitestgehend unbeachtete Tiefendimension von Arendts Kritik an den Menschenrechten“ (S. 82) offenzulegen. In Anlehnung an Rahel Jaeggi vertritt Weißbach die These, Arendt artikulierte eine „immanente Kritik“ (S. 81) an den Konzepten von Freiheit und Gleichheit, wie sie in der französischen *Erklärung* aufscheinen und seither sowohl das politische Denken der Moderne als auch das bestehende Recht durchdringen. Die Aporien werden dadurch als Ausdruck eines *strukturell induzierten Widerspruchs* begriffen. Gleichwohl liegt der Widerspruch nicht in einem Missverhältnis, das auf die unzureichende Umsetzung jener Konzepte zurückginge. Es geht vielmehr darum, dass Freiheit und Gleichheit sich genau dann in ihr Gegen teil verkehren, wenn sie sich verwirklichen. Arendts Kritik der Menschenrechte konturiert laut Weißbach eine solche dialektische Bewegung: „Gerade weil die Menschenrechte als modernes Recht und im Verbund mit einem territorialen Nationalstaat tatsächlich verwirklicht werden, wird ein systematischer Ausschluss von Nicht-Staatsbürgern generiert, der sie in ihrem Universalitätsanspruch unterminiert“ (S. 100). Grundlage des Widerspruchs ist ein defizitäres Verständnis von Freiheit und Gleichheit, das in den Menschenrechten impliziert ist. Demzufolge wird Freiheit auf individuelle Souveränität, Gleichheit auf biologische Gleichartigkeit reduziert. Beide Konzepte werden zudem nicht als das offene Ergebnis eines politischen Aushandlungsprozesses betrachtet, sondern als angeborene Eigenschaften. Der daraus entstehende Widerspruch – und das ist der Witz einer immanrenten Kritik – drängt zur Transformation dieses defizitären Verständnisses sowie der darauf aufbauenden Gesellschaftsordnung (S. 113).

Im *vierten* Teil des Buches geht Weißbach der Frage nach, wie sich mit Arendt denn ein postsouveränes Recht und folglich eine postsouveräne politische Ordnung denken lassen. Ausgangspunkt ist das von Arendt identifizierte „Dilemma“ der modernen Rechtskonstitution“ (S. 118). Demgemäß wird das Recht entweder durch eine „transzendentale Quelle wie einen allmächtigen Gott“ (S. 117) legitimiert, oder es beruht auf einer Logik von Herrschaft und Gewalt, da es als „Befehl“ (S. 118) eines souveränen Staatswillens verstanden wird. Weil die französische *Erklärung*

einzig im Menschen die Legitimationsgrundlage von Recht und Politik erkennt, wird das erste Horn des Dilemmas ausgeschlossen. Das zweite Horn führt hingegen zur in sich widersprüchlichen Souveränitätslogik der Moderne. Um Alternativen zu jener „Form des Rechts“ (S. 119) zu skizzieren, die dieser Logik entspricht, greift Weißbach Arendts Begriffe von *Nomos* und *Lex* auf. Während das altgriechische Nomos einen gewaltfreien politischen Raum instituiert und abzäunt, ermöglicht das römische Lex die zwanglose Etablierung von Bündnissen mit anderen Gesellschaftsordnungen. Doch damit ein „herrschaftsfreies Recht“ (S. 133) zustande kommen kann, müssen sich Nomos und Lex in ihren jeweiligen Funktionen – Schutz nach innen und Erweiterung nach außen – gegenseitig ergänzen. Anhand von Arendts Überlegungen zum Urteil, zur US-amerikanischen Verfassungsrevolution und zum zivilen Ungehorsam verleiht Weißbach solch einer Ergänzungsdynamik Kontur. So erschließt sich ein offenes Rechtsverständnis, wonach jeder Mensch den Anspruch auf Teilhabe an einer bestimmten Gemeinschaft erheben könnte. Zum Schluss macht Weißbach die Institutionalisierung dieser postsouveränen Logik eines Rechts auf Rechte plausibel – nämlich auf Basis von Arendts Vorstellung einer Räterepublik, in der „die Zweiteilung zwischen Herrscher und Beherrschten abgeschafft“ (S. 170) wäre.

Die klar entwickelte Argumentation von *Recht* und *Gemeinschaft* wirft indessen wichtige Fragen auf. Ich beschränke mich im Folgenden auf drei. *Erstens:* Das „Dilemma“ der modernen Rechtskonstitution scheint eine Befehlstheorie des Rechts vorauszusetzen, die keineswegs alternativlos ist. Denn Recht muss nicht notwendig als Befehl eines Souveräns verstanden werden.<sup>1</sup> Auch der Begriff der Souveränität ist womöglich weniger monolithisch, als die Rede von einer „Souveränitätslogik“ suggeriert. Man denke etwa an die rechtsstaatliche Bindung des Souveräns an

die allgemeine Form des Gesetzes<sup>2</sup> – oder an den grundlegenden Begriffswandel, den die egalitäre Prägung der Volkssouveränität mit sich bringt.<sup>3</sup> Sind modernes Recht und Souveränität überhaupt das Problem, oder nur eine bestimmte Auffassung davon? *Zweitens:* Gegen den abstrakten Gleichheitsgrundsatz verteidigt Arendt eine „Gleichheit in Verschiedenheit“, deren Realisierung allerdings „außerhalb der Möglichkeiten des modernen Rechts“ (S. 176) liegen soll. Es stellt sich die Frage, ob die historische Entwicklung des Rechts nicht doch über ein bloßes *equal treatment* der Rechtssubjekte hinausgegangen ist und Möglichkeiten eines differenzierten *treatment as an equal* eröffnet hat<sup>4</sup> – gerade durch Grund- und Menschenrechte. *Drittens:* Weißbach rekonstruiert das „Politikverständnis der Moderne“ nach Arendt als eines, das politisches Handeln „in Kategorien von Herrschern und Beherrschten denkt“ (S. 76). Bereits Aristoteles sah die Tugend des Bürgers in der Fähigkeit, sowohl zu regieren (*ἄρχειν*) als auch regiert zu werden (*ἄρχεσθαι*).<sup>5</sup> Inwiefern unterscheidet sich dies kategorial von Herrschaft? Jenseits der semantischen Ebene liegt nahe: Selbst in einer postsouveränen Räterepublik müssten allgemein verbindende Entscheidungen getroffen und notfalls auch denen auferlegt werden, die sich der Ordnung widersetzen. Man fragt sich daher, inwiefern Arendts politisches Denken der Tatsache gerecht wird, dass Politik nicht nur mit Erscheinen, sondern grundsätzlich auch mit Entscheiden zu tun hat.

Wie dem auch sei: Es gilt festzustellen, dass in *Recht* und *Gemeinschaft* die Relevanz und Radikalität von Arendts Kritik der Menschenrechte in eindrucksvoller Weise hervortreten.

Rodrigo Maruy

2 Ingeborg Maus, Über Volkssouveränität, Berlin 2011, 300–320.

3 Étienne Balibar, Bürger-Subjekt, in: Menke/Raimondi (Hg.), Die Revolution der Menschenrechte, Berlin 2011, 411–441, 424f.

4 Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge 1978, 227.

5 Tim Wihl, Aufhebungsrechte, Weilerwirst 2019, 170–208.

6 Aristoteles, Pol. III 1277a 27–28, 1277b 14–15.

1 H. L. A. Hart, The Concept of Law, Oxford 2012 [1961], 26–49 et passim.

# Autorinnen und Autoren

*Boris Burghardt*

geb. 1976, Prof. Dr., Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Juristische Zeitgeschichte, Philipps-Universität Marburg, Fachbereich Rechtswissenschaften  
Kontakt: boris.burghardt@HU-BERLIN.DE

*Günter Frankenberger*

geb. 1945, Prof. Dr., Goethe-Universität Frankfurt  
Kontakt: Frankenberger@jur.uni-frankfurt.de

*Grégory Garloff*

geb. 1985, Dr., Leiter der Rechtsabteilung/Justiziar, Gewerkschaft NGG Hauptverwaltung, Hamburg  
Kontakt: Gregory.Garloff@ngg.net

*Felix Hanschmann*

geb. 1973, Prof. Dr., Universitätsprofessor an der Bucerius Law School, Hamburg  
Kontakt: felix.hanschmann@law-school.de

*Mathias Hanten*

geb. 1966, Dr. iur; M.B.L-HSG, Rechtsanwalt/Partner Frankfurt am Main  
Kontakt: MHanten@deloitte.de

*Isabel Lischewski*

geb. 1991, Dr., Universität Münster  
Kontakt: lischewski@uni-muenster.de

*Nora Markard*

geb. 1978, Prof. Dr., MA, Lehrstuhl für Internationales Öffentliches Recht und Internationales Menschenrechtsschutz, Universität Münster  
Kontakt: nmarkard@uni-muenster.de

*Rodrigo Maruy*

geb. 1994, M.A., Fellow am Center for Social Critique, Humboldt-Universität zu Berlin  
Kontakt: rodrigo.maruy@hu-berlin.de

*Lars Mehler*

geb. 1997, Referendar, B.A. Philosophie, Frankfurt a.M.  
Kontakt: l.mehler@posteo.de

*Pauline Philipps*

geb. 2001, Studentin, Philipps-Universität Marburg  
Kontakt: line.philipps@gmail.com

*Philipp Rieth*

geb. 1997, LL.M., M.A.  
Kontakt: philipp.rieth97@web.de

*Cara Röhner*

geb. 1987, Prof. Dr., Professorin für Soziales Recht an der Hochschule RheinMain, Wiesbaden  
Kontakt: Cara.Roehner@HS-RM.DE

*Kirsten Scheiwe*

geb. 1956, Dr. jur. habil., M.A., Professorin i.R., Stiftung Universität Hildesheim  
Kontakt: scheiwe@uni-hildesheim.de

*Maria Seitz*

geb. 1987, Ass. jur., Gewerkschaftssekretärin beim IG Metall Vorstand und  
Doktorandin am Institut für Arbeitsrecht, Professur für Bürgerliches Recht,  
Arbeits- und Sozialrecht (Prof. Dr. Florian Rödl) an der Freien Universität Berlin  
Kontakt: maria\_seitz@posteo.de

*Jens Vorsteher*

geb. 1993, Dr. jur.; LL.M., Rechtsanwalt/Berlin  
Kontakt: Jens.Vorsteher@gtlaw.com

# Kritische Justiz

## Geschäftsleitung (ViSdP)

PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Leibniz Universität Hannover  
Email: kj-redaktion@ipw.uni-hannover.de

## Rezensionen

Prof. Dr. Felix Hanschmann  
Bucerius Law School  
Jungiusstr. 6  
20355 Hamburg  
Email: felix.hanschmann@law-school.de

## Redaktion

Dr. Samira Akbarian, Goethe-Universität Frankfurt am Main  
Prof. Dr. Cengiz Barskanmaz, LL.M., Hochschule Fulda  
Prof. Dr. Boris Burghardt, Philipps-Universität Marburg  
Dr. Klaas Hendrik Eller, Universität Amsterdam  
Prof. Dr. Aziz Epik, LL.M. (Cambridge), Universität Hamburg  
Prof. Dr. Isabel Feichtner, LL.M., Universität Würzburg  
Prof. Dr. Felix Hanschmann, Bucerius Law School Hamburg  
PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Universität Hannover  
Dr. Johan Horst, LL.M. (Georgetown), Humboldt-Universität zu Berlin  
Prof. Dr. Eva Kocher, Universität Frankfurt (Oder)  
Prof. Dr. Nora Markard, WWU Münster  
Dr. Kolja Möller, TU Dresden  
Prof. Dr. Cara Röhner, Hochschule RheinMain, Wiesbaden  
Dr. Dana Schmalz, LL.M., Max-Planck-Institut aöRV Heidelberg  
Thilo Scholle, Ass. iur., Bundesministerium für Arbeit und Soziales  
Dr. Inga Schuchmann, Humboldt-Universität zu Berlin  
Dr. Tim Wihl, Universität Erfurt

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Susanne Baer, Humboldt Universität Berlin,  
Richterin des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe  
Prof. Dr. Uwe Berlit, Richter am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig  
Hans-Ernst Böttcher, Präsident des Landgerichts i.R., Lübeck  
Prof. Dr. Sonja Buckel, Universität Kassel  
Prof. Dr. Andrea Fischer-Lescano, Universität Bremen  
Prof. Dr. Günter Frankenberg, Universität Frankfurt am Main  
Prof. Dr. Monika Frommel, Universität Kiel  
Prof. Dr. Thomas Groß, Universität Osnabrück  
Prof. Dr. Klaus Günther, Universität Frankfurt am Main  
Prof. Dr. Roland Hefendehl, Universität Freiburg  
Prof. Dr. Armin Höland, Universität Halle-Wittenberg  
Prof. Dr. David Kennedy, Harvard Law School, Cambridge, Mass., USA  
Prof. Dr. Martti Koskenniemi, University of Helsinki, Finnland  
Prof. Dr. Anne Lenze, Hochschule Darmstadt  
Prof. Dr. Ulrich Mückenberger, Universität Hamburg  
Prof. Dr. Joachim Perels, Universität Hannover  
Prof. Dr. Sibylle Raasch, Universität Hamburg  
Prof. Dr. Dagmar Schiek, Universität Leeds, England  
Prof. Dr. Christoph U. Schminck-Gustavus, Universität Bremen  
Prof. Ulrich Stascheit, Fachhochschule Frankfurt am Main  
Prof. Dr. Leonie Steini, LL.M. (Columbia), Universität Münster  
Prof. Dr. Dieter Sterzel, Universität Oldenburg  
Prof. Dr. Hans Vorländer, TU Dresden  
Prof. Dr. Maria Wersig, Fachhochschule Dortmund  
Prof. Dr. Gerd Winter, Universität Bremen  
Prof. Dr. Peer Zumbansen, York University, Toronto, Kanada