BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

ZIVILRECHT

Antonia Albes
Urheberrechtlicher Schutz von Produkten Künstlicher Intelligenz

ÖFFENTLICHES RECHT

Alexander Kloth
Der kleine Unbekannte – Art. 15 GG:
Die Sozialisierungsermächtigung des Grundgesetzes im Lichte der Berliner Enteignungsinitiative

Lena Sophia Mitterrutzner
Accusing and Judging the President:
A Comparison of Impeachment and Removal Procedures of Presidents in Presidential Systems

STRAFRECHT

Luise Pfitzinger
Wie wird die Community in Restorative-Justice-Maßnahmen einbezogen?

Tarik Khettal
Vollendung und Beendigung echter Unterlassungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht

2. Ausgabe | Seiten 73-128
www.berlinerrechtszeitschrift.de
ISBN 978-3-00-066808-1 | ISSN 2699-2132

AUSGABE 2/2020

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

Juristische Fachzeitschrift am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

Herausgeber

Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Redaktion

Schriftleitung:
Lukas Böffel, Elif Dilek, Alexander Kloth, Jan Rinklake, Hendrik Schwenke

Verlagsleitung:
Valentina Kleinsasser, Leo Miura, Ida Herbold (Stellv.)

Ressort Inhaltliche Konzeption:
Piet Akkermann, Rebecca Apel, Moritz Breckwoldt, Leah Gölz, Julian Hettihewa, Dariush Kraft, Laetizia Krigar, Justus Laßmann, Melina Rebensburg, Felix Schott, Lena Schreiber

Ressort Verlagsorganisation:
Sina Bierwirth, Charles Müller, Meron Woldegiorgis

Wissenschaftlicher Beirat

Univ.-Prof. Dr. *Christian Armbrüster*
Univ.-Prof. Dr. *Helmut Philipp Aust*
Prof. Dr. *Burkhard Breig*
Univ.-Prof. Dr. *Christian Calliess*, LL.M. Eur
Univ.-Prof. Dr. *Ignacio Czeguhn*
Univ.-Prof. Dr. *Kirstin Drenkhahn*
Univ.-Prof. Dr. *Andreas Engert*, LL.M. (Univ. Chicago)
Dr. *Andreas Fijal*
Univ.-Prof. Dr. *Johannes W. Flume*
Prof. Dr. *Thomas Grützner*
Univ.-Prof. Dr. *Felix Hartmann*, LL.M. (Harvard)
Univ.-Prof. Dr. *Markus Heintzen*
Prof. Dr. *Peter Kreutz*
Univ.-Prof. Dr. *Heike Krieger*
Prof. Dr. *Bertram Lomfeld*
Prof. Dr. *Dorothea Magnus*
Univ.-Prof. Dr. *Cosima Möller*
Univ.-Prof. Dr. *Carsten Momsen*
Univ.-Prof. Dr. *Olaf Muthorst*
Dr. *Hilmar Odemer*
Univ.-Prof. a. D. Dr. *Helmut Schirmer*
Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Seher*
Dr. *Michael Sommerfeld*
Prof. Dr. *Maik Wolf*
Prof. Dr. *Johanna Wolff*, LL.M. eur. (KCL)

Zitiervorschlag:
Name, BRZ 2020, (Seite)

Vorwort der Schriftleitung

„*Aller Anfang ist schwer, heißt es*" – mit diesen Worten begann das gemeinsame Vorwort von Redaktions- und Schriftleitung im letzten Heft. Die erste Ausgabe stellte sich bereits als besondere Herausforderung dar. Dann kam Corona.

Infolge der Pandemie erfolgte die redaktionelle Arbeit an diesem Heft fast ausschließlich digital. Trotz dieses Umstands wuchs unser Redaktionsteam auf nunmehr 22 Mitglieder an, deren stetige Arbeit gerade in den ersten Monaten der Krise diese Ausgabe überhaupt erst möglich machte. Aber nicht nur personell hält das zweite Heft einige Neuerungen und Premieren bereit.

Dazu zählt zunächst das Editorial, das die BRZ in ihrer zweiten Ausgabe eröffnet. Es soll studentischen Redaktionsmitgliedern eine Plattform geben, sich zu aktuellen Themen mit rechtlichem Bezug zu äußern. Daher freuen wir uns, dass mit *Justus Laßmann* und *Meron Woldegiorgis* zwei Redakteure die weltweit hitzig geführte Debatte rassistisch motivierter Polizeigewalt aus einer Berliner Perspektive pointiert beleuchten.

Der zivilrechtliche Teil der BRZ 2/2020 fällt in diesem Heft trotz zahlreicher, gelungener Einreichungen mit einem Beitrag schlanker aus als noch in der Gründungsausgabe. Im *peer review* und in der Auswahlsitzung durch die Gesamtredaktion überzeugte der Beitrag von *Antonia Albes* mit dem Titel „*Urheberrechtlicher Schutz von Produkten Künstlicher Intelligenz*". Er befasst sich mit einem Thema, das mittlerweile als „Dauerbrenner" rechtswissenschaftlicher Diskussion bezeichnet werden kann: KI-Technologien. Dies zudem in einem Bereich, in dem man sie weniger erwarten würde, nämlich der Kunst. Dahingehend betont die Autorin zu Recht, dass auch hier KI-Technologien bereits Einzug gefunden haben und Algorithmen weitestgehend autonom Gemälde, Musikstücke oder Drehbücher generieren. Ihr Beitrag untersucht anschaulich die Frage nach der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit solcher KI-basierter Erzeugnisse im Kreativbereich. Auch einem potenziellen Reformbedarf nimmt sich die Autorin an.

Im öffentlichen Recht kann die zweite Ausgabe der BRZ mit einem hochaktuellen Thema aufwarten: So hat spätestens mit der Einigung von Senat und Vertretern der Initiative *Deutsche Wohnen & Co enteignen* über einen Abstimmungstext für ein potenzielles Volksbegehren die Diskussion um die Möglichkeit einer Vergesellschaftung des Immobilienbestands der namensgebenden Wohnungsbaugesellschaften wieder an Fahrt aufgenommen. In der politisch aufgeladenen Debatte um deren rechtliche Zulässigkeit, schafft der Beitrag von *Alexander Kloth* die Voraussetzungen für einen unbedingt erforderlichen sachlichen Blick auf die Problematik. Der Beitrag stellt darüber hinaus insoweit eine Premiere dar, als dass es sich um die erste außerhalb des universitären Kontexts entstandene Einsendung handelt.

Dem steht auch der zweite öffentlich-rechtliche Beitrag an Aktualität und Brisanz in nichts nach. Er beschäftigt sich mit dem *Impeachment*, das spätestens seit dem gescheiterten Amtsenthebungsverfahren gegen U.S. Präsident *Trump* Anfang dieses Jahres wieder in aller Munde ist. Wie genau dieser verfassungsrechtliche Kontrollmechanismus jedoch funktioniert und warum er bisher noch nie zur tatsächlichen Amtsenthebung eines Präsidenten geführt hat, dürfte weithin unbekannt sein. Hier versucht *Lena Sophia Mitterrutzner* mit ihrem Beitrag Klarheit zu schaffen, indem sie zunächst rechtsvergleichend untersucht, wie entsprechende Verfahren in anderen Präsidialsystemen ausgestaltet sind. Anschließend hinterfragt sie kritisch, welche Rückschlüsse sich daraus für das in der U.S. Verfassung vorgesehene *Impeachment* ziehen lassen. Ihr Aufsatz ist dabei nicht nur der erste

englischsprachige Beitrag, der in der BRZ erscheint, sondern wurde darüber hinaus auch mit dem *CALI Excellence for the Future Award* der University of California, Hastings College of the Law ausgezeichnet. Das gibt gleich doppelt Anlass, sich über die Veröffentlichung zu freuen.

„*Welche Strafe ist größer als die Wunde des Gewissens*?“ Diese seit der Spätantike aktuell gebliebene Frage geht im Schatten von Geld- oder Freiheitsstrafe allzu oft unter. Das ist erstaunlich; denn laut Studien führt die Auseinandersetzung mit der Straftat bei Tätern zu einer geringeren Rückfälligkeit. In diesem Sinne freuen wir uns über den Beitrag von *Luise Pfitzinger*, in dem sie sich mit der Frage auseinandersetzt, wie die *Community* in *Restorative-Justice*-Maßnahmen einbezogen wird.

Schließlich befasst sich *Tarik Khettal* in seiner Untersuchung zur Vollendung und Beendigung unechter Unterlassungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht zwar nicht mit Alternativen zur Strafe, dafür jedoch dezidiert mit deren Bildung und Verjährung. Gerade im Zusammenspiel mit außerstrafrechtlichen Normen kann es bei Wirtschaftsstraftaten hierbei zu höchst verwunderlichen Ergebnissen kommen. Ein zentraler Angelpunkt des Beitrags ist dabei ein Urteil des Bundesgerichtshofs, der sich in 2019 diesbezüglich zu einer grundlegenden Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung entschloss.

Wir freuen uns, dass die BRZ trotz dieser bewegten Zeiten derart großen Zuspruch erhalten hat. Besonders beeindruckt hat uns der Tatendrang der Studierenden, ihre Arbeiten vielzählig bei uns einzureichen. Wir hoffen, dass Sie, liebe Leserinnen und Leser, ebenso große Freude bei der Lektüre der BRZ 2/2020 haben werden, wie wir bei ihrer Erstellung hatten.

Lukas Böffel, *Elif Dilek*, *Alexander Kloth*,
Jan Rinklake und *Hendrik Schwenke*

Die BRZ sagt Danke!

Das Team der BRZ bedankt sich herzlich bei ihren Kooperationspartnern:

HAUSFELD®
RECHTSANWÄLTE LLP

KISS AKADEMIE
JURISTISCHES REPETITORIUM

RAUE

KANZLEI LUFT

Das Team der BRZ bedankt sich außerdem beim Dekanat des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin.

Freie Universität Berlin

Sie möchten die BRZ unterstützen? Dann werden Sie Mitglied im Berliner Rechtszeitschrift e.V.! Mehr Informationen dazu auf www.berlinerrechtszeitschrift.de!

Gedanken zu juristischen Handlungsmöglichkeiten gegen Rassismus und Diskriminierungen

Der Tod des Afroamerikaners George Floyd im Mai 2020 in der US-amerikanischen Stadt Minneapolis hat weltweit Aufsehen erregt. Ein Polizeibeamter hatte für eine Dauer von 8:46 Minuten auf dem Hals des in Handfesseln gelegten Mannes gekniet, der wiederholt zu verstehen gab, dass er nicht mehr atmen könne, ehe er erstickte. Es folgten rund um die Welt Proteste gegen Polizeigewalt und Rassismus, und auch in Deutschland rückten diese Problemfelder weiter in die Öffentlichkeit.

Insofern gilt es, die nationalen, insbesondere länderspezifischen Regelungen aus einer grundrechtlichen Perspektive genauer in den Blick zu nehmen. Dabei darf der Status quo einerseits nicht fälschlich idealisiert werden. Andererseits ist es aber ebenso wenig zielführend, die Polizei als solche in Frage zu stellen oder gegen sie einen pauschalen Rassismusvorwurf zu erheben. Vielmehr muss es Ziel des Diskurses sein, zu erkennen, wo in Deutschland Defizite bestehen und wie diesen durch geeignete juristische Instrumentarien begegnet werden kann.

Obwohl der Gesetzgeber sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene bereits verschiedene Impulse gesetzt hat, verfassungsrechtliche Werte im Antidiskriminierungsrecht umzusetzen, bietet das momentane Schutzniveau noch Raum für Verbesserungen. Ansetzen soll hier etwa das unlängst vom Land Berlin verabschiedete Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG), das Diskriminierungen iRv öffentlich-rechtlichem Handeln entgegenwirken soll. Die Debatte über das umstrittene Gesetz fokussiert sich dabei zuvörderst auf § 7 LADG, der eine Exkulpationspflicht der öffentlichen Stelle bei Glaubhaftmachung entsprechend belastender Tatsachen vorsieht. Problematisch erscheint hierbei in erster Linie das Missbrauchspotenzial, das sich sowohl zu Lasten der Effektivität polizeilichen Handelns wie auch durch eine überbordende Inanspruchnahme der Gerichte auswirken kann. Es ist insbesondere an Fälle zu denken, in denen die herabgesetzte Beweislast ausgenutzt wird, um staatliche Stellen in ihrer Arbeit zu behindern. Begrüßenswerter Regelungsgehalt des Gesetzes ist jedoch, dass Opfern staatlicher Diskriminierung besondere Aufmerksamkeit geschenkt und ein Versuch angestellt wird, deren Verfahrenspositionen zu verbessern. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob durch dieses Gesetz die Interessen der Betroffenen und das öffentliche Interesse an einer funktionierenden Exekutive in einen schonenden Ausgleich gebracht werden oder ob die Suche nach einem ausbalancierten Mechanismus gegen Rassismus und Diskriminierung künftig weitergeht. Die praktischen Konsequenzen des LADG bleiben diesbezüglich abzuwarten.

Aus einer verwaltungsverfahrensrechtlichen Perspektive fragt sich bereits jetzt, ob die derzeitige Umsetzung der Dienstaufsichtsbeschwerde in ein Spannungsverhältnis mit dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG tritt. Wenn ein rassistisch motiviertes oder sonstig diskriminierendes Fehlverhalten zu einer Beschwerde gegen einen Beamten führt, dieses aber vom Dienstvorgesetzten nicht geahndet oder gar unterstützt wird, könnten Angriffe auf rechtsstaatliche Werte ungerügt bleiben. Andererseits würde ein unmittelbarer Rückgriff auf die Verwaltungsgerichte zu deren weiterer Belastung beisteuern. Ein transparent ausgestalteter Verfahrensgang – wie bspw. durch ein eigenes öffentliches Komitee, wobei rechtsvergleichend auf das britische *Independent Office for Police Conduct* hingewiesen sei – könnte eine praktikable Alternative sein, um Fällen des institutionellen Rassismus zu begegnen.

Mangels Erhebung lässt sich die Fallzahl von institutionellem Rassismus in Deutschland derzeit nicht sicher bestimmen. Zwar ist es schon jetzt möglich, Vorschriften zu erlassen, die die Problemlage antizipieren und so institutionellem Rassismus entgegenwirken. Das zeigt bspw. das LADG. Indes ist eine genaue Bestandsaufnahme unerlässlich, um die Gesetzgebung im Antidiskriminierungsrecht zu effektuieren. Dahingehend sollte besonders darauf geachtet werden, dass es einzelnen rechtswidrig handelnden Beamten nicht möglich sein darf, ihr Fehlverhalten zu verdecken oder sich gegenseitig zu schützten, wie es iRd Dienstaufsichtsbeschwerde unter Umständen möglich sein kann.

Wie bereits dieser Ausschnitt eines weiten Themenfeldes zeigt, bietet das deutsche Antidiskriminierungsrecht noch Raum für Verbesserungen. Bestrebungen, den status quo zu optimieren, sind grundsätzlich und generell zu begrüßen. Ob sich die hierbei implementierten Mechanismen letztlich auch bewähren, lässt sich nur nach Ablauf von Zeit beurteilen. Das grundrechtlich gebotene Vorgehen gegen Rassismus und Diskriminierungen ist im Kern mit der Frage verbunden, ob das geltende Recht bereits einen hinreichenden Schutz bietet oder de lege ferenda noch eine Verbesserung zu erreichen ist. Sollte sich ergeben, dass Verbesserungspotential besteht, gebietet es das Grundgesetz, dieses unverzüglich auszuschöpfen.

über die Autoren

Justus Laßmann und Meron Woldegiorgis

Die *Verfasser* sind Redakteure der BRZ und Mitglieder des Vereins Berliner Rechtszeitschrift e.V. Sie studieren im sechsten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Dieses Editorial spiegelt ausschließlich ihre persönliche Meinung wider.

Stand: 04.09.2020

Inhaltsverzeichnis

ZIVILRECHT SEITE

Antonia Albes
Urheberrechtlicher Schutz von Produkten Künstlicher Intelligenz 73

ÖFFENTLICHES RECHT

Alexander Kloth
Der kleine Unbekannte – Art. 15 GG: Die Sozialisierungsermächtigung des Grundgesetzes im Lichte der Berliner Enteignungsinitiative 86

Lena Sophia Mitterrutzner
Accusing and Judging the President: A Comparison of Impeachment and Removal Procedures of Presidents in Presidential Systems 98

STRAFRECHT

Luise Pfitzinger
Wie wird die Community in Restorative-Justice-Maßnahmen einbezogen? 107

Tarik Khettal
Vollendung und Beendigung echter Unterlassungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht 116

Seiten 73-128
Heft 2
15. Oktober 2020

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT BRZ

Herausgeber: *Berliner Rechtszeitschrift e.V.*

Schriftleitung: *Lukas Böffel, Elif Dilek, Alexander Kloth, Jan Rinklake, Hendrik Schwenke*

Redaktion: *Piet Akkermann, Rebecca Apel, Sina Bierwirth, Moritz Breckwoldt, Leah Gölz, Ida Herbold, Julian Hettihewa, Valentina Kleinsasser, Dariush Kraft, Laetizia Krigar, Justus Laßmann, Leo Miura, Charles Müller, Melina Rebensburg, Felix Schott, Lena Schreiber, Meron Woldegiorgis*

Wissenschaftlicher Beirat: Univ.-Prof. Dr. *Christian Armbrüster*, Univ.-Prof. Dr. *Helmut Philipp Aust*, Prof. Dr. *Burkhard Breig*, Univ.-Prof. Dr. *Christian Calliess*, LL.M. Eur, Univ.-Prof. Dr. *Ignacio Czeguhn*, Univ.-Prof. Dr. *Kirstin Drenkhahn*, Univ.-Prof. Dr. *Andreas Engert*, LL.M. (Univ. Chicago), Dr. *Andreas Fijal*, Univ.-Prof. Dr. *Johannes W. Flume*, Prof. Dr. *Thomas Grützner*, Univ.-Prof. Dr. *Felix Hartmann*, LL. M. (Harvard), Univ.-Prof. Dr. *Markus Heintzen*, Prof. Dr. *Peter Kreutz*, Univ.-Prof. Dr. *Heike Krieger*, Prof. Dr. *Bertram Lomfeld*, Prof. Dr. *Dorothea Magnus*, Univ.-Prof. Dr. *Cosima Möller*, Univ.-Prof. Dr. *Carsten Momsen*, Univ.-Prof. Dr. *Olaf Muthorst*, Dr. *Hilmar Odemer*, Univ.-Prof. a. D. Dr. *Helmut Schirmer*, Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Seher*, Dr. *Michael Sommerfeld*, Prof. Dr. *Maik Wolf*, Prof. Dr. *Johanna Wolff*, LL.M. eur. (KCL)

Antonia Albes[*]

Urheberrechtlicher Schutz von Produkten Künstlicher Intelligenz

Künstliche Intelligenz wird zunehmend leistungsfähiger und ist schon jetzt aus kaum einem Lebensbereich noch wegzudenken. Auch in die Kunst haben KI-Technologien bereits Einzug gefunden – Algorithmen generieren weitestgehend autonom Gemälde, Musikstücke oder Drehbücher. Im Oktober 2018 wurde im Auktionshaus Christie's erstmals ein durch KI generiertes Portrait versteigert.

Der Beitrag untersucht die urheberrechtliche Schutzfähigkeit solcher kreativer Erzeugnisse Künstlicher Intelligenz nach aktueller Rechtslage. Darüber hinaus geht er der Frage nach, ob diese noch befriedigende Lösungen bereithält oder ob an dieser Stelle Reformbedarf besteht.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung 73
B. Zur Terminologie 74
C. Schutzfähigkeit de lege lata 75
  I. Schutz gem. § 2 UrhG 75
    1. Originärer Schutz 75
    2. Derivativer Schutz 77
  II. Schutz durch Leistungsschutzrechte 77
    1. Lichtbildschutz, § 72 UrhG 77
    2. Schutz des Herstellers von Tonträgern, §§ 85 f. UrhG 77
    3. Datenbankherstellerrecht, §§ 87a ff. UrhG 78
    4. Leistungsschutzrecht für Presseverleger, §§ 87f ff. UrhG 80
    5. Laufbildschutz, § 95 UrhG 80
  III. Fazit 81
D. Schutz de lege ferenda? 81
  I. Urheberrechtlicher Schutz 82
    1. Individualistische Perspektive 82
    2. Ökonomische Perspektive 82
    3. Rechtliche Rahmenbedingungen 83
    4. Zwischenfazit 84
  II. Schutz nach einem verwandten Schutzrecht 84
  III. Fazit 85
E. Zusammenfassung und Ausblick 85

A. Einleitung

Der Portraitdruck *Edmond de Belamy* wurde im Oktober 2018 für 432.000 Dollar bei *Christie's* versteigert.[1] Was auf den ersten Blick wirkt wie der gewöhnliche Alltag des Kunstbetriebs, ist auf den Zweiten bemerkenswert: Denn das verschwommene Bild hat kein menschlicher Maler geschaffen – es wurde von einem Algorithmus generiert.

Künstliche Intelligenz (KI) durchdringt mit rasanter Geschwindigkeit sämtliche Lebensbereiche. Wie *Edmond de Belamy* anschaulich demonstriert, scheint dabei auch künstlerisches Schaffen nicht mehr dem Menschen vorbehalten. Spezielle Algorithmen komponieren, schreiben Fortsetzungsromane und Drehbücher, übersetzen Texte aus Fremdsprachen und erschaffen Gemälde.[2] Dabei ist sie längst in der Lage, Kunst nicht nur zu imitieren, sondern eigene, innovative Ergebnisse zu realisieren, die teils von menschlichen Werken kaum noch zu unterscheiden sind: Das von einer KI geschaffene und mithilfe eines leistungsstarken 3D-Druckers hergestellte Gemälde *The Next Rembrandt* beispielsweise erweckt den authentischen Eindruck

[*] Die *Verfasserin* studiert im neunten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Schwerpunktbereich Immaterialgüterrecht und gewerblicher Rechtsschutz. Die Themenstellung erfolgte durch Prof. Dr. *Peter Raue* und Dr. *Felix Stang*, LL.M. (Columbia).

[1] Vgl. *Graff*, „Künstliche Intelligenz und Kunst – Urheberrecht 2.0", SZ vom 02.01.2019, https://www.sueddeutsche.de/kultur/kuenstliche-intelligenz-kunst-urheberrecht-1.4269906, zuletzt abgerufen am 27.09.2020.

[2] Vgl. *Schmiechen*, „Kann künstliche Intelligenz jetzt auch Popmusik?", Welt vom 12.02.2018, https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article173477070/Flow-Machine-Kuenstliche-Intelligenz-steckt-hinter-Skygge-Album.html, zuletzt abgerufen am 27.09.2020; *Armbruster*, „Computer schreibt sechstes Buch von Game of Thrones", FAZ vom 30.08.2017, https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/kuenstliche-intelligenz/game-of-thrones-kuenstliche-intelligenz-schreibt-sechstes-buch-15175025.html, zuletzt abgerufen am 27.09.2020; *Kühl*, „Und der Oscar geht an…", Zeit vom 10.06.2016, https://www.zeit.de/digital/internet/2016-06/sunspring-kurzfilm-kuenstliche-intelligenz, zuletzt abgerufen am 27.09.2020; *Kreye*, „Ein echter Rembrandt – aus dem Rechner", SZ vom 15.04.2016, https://www.sueddeutsche.de/kultur/kuenstliche-intelligenz-ein-echter-rembrandt-aus-dem-rechner-1.2949787, zuletzt abgerufen am 27.09.2020.

eines altmeisterlichen Originals und die im Zuge eines Experiments der Universität Rutgers mittels Computer generierten Bilder wurden von einer Jury teils sogar besser bewertet als ihre von Menschen gemalten Pendants.[3]

Solche Beispiele illustrieren nicht nur die Leistungsfähigkeit von KI, sondern stellen in Anbetracht zunehmend verschwimmender Grenzen zwischen menschlichem und maschinellem Schaffen auch das romantische Bild des menschlichen Schöpfers in Frage.

So werfen sie zwangsläufig auch urheberrechtliche Fragen nach der Autorenschaft und Schutzfähigkeit solcher Erzeugnisse und den daraus erwachsenden rechtlichen Herausforderungen auf. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs finden diese erst seit Kurzem Beachtung.[4]

Auch die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit KI-„Schöpfungen" aus urheberrechtlicher Perspektive. Dabei wird zunächst das weite Themenfeld KI unter besonderer Berücksichtigung kreativ-schöpferischer Anwendungsbereiche in einem groben Überblick skizziert. Weiterhin wird untersucht, inwieweit KI-generierte Erzeugnisse nach dem bestehenden Urheberrecht und seinen verwandten Schutzrechten schutzfähig sind. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird dabei ausschließlich die deutsche Rechtslage betrachtet; rechtsvergleichende Aspekte werden nicht einbezogen. Abschließend wird erörtert, ob die aktuelle Rechtslage der kreativen und innovationstechnischen Wirklichkeit noch gerecht wird oder ob in dieser Hinsicht rechtspolitischer Handlungsbedarf besteht.

B. Zur Terminologie

KI ist als Begriff äußerst breit, nicht einheitlich definiert und damit schwer abzugrenzen. Häufig wird er als Synonym für maschinelles Lernen benutzt, ein Verfahren, bei dem ein Algorithmus nicht auf klare Einzelfälle hin programmiert wird, sondern aus großen Datenmengen lernt, gewünschte Verhaltensweisen zu zeigen und so eigenständig Probleme zu lösen.[5] Maschinelles Lernen stellt jedoch nur einen methodischen (Kern-)Bereich der KI dar, die sich durch eine Vielzahl von komplexen Forschungsbereichen und Lösungsansätzen auszeichnet.[6] Ebenso vielfältig wie ihre Methoden sind auch ihre Anwendungsbereiche: Aufgaben von Spracherkennung und Suchmaschinen, über autonomes Fahren und Pflegassistenz bis hin zu komplexer Entscheidungsunterstützung, beispielsweise im Rahmen medizinischer Differenzialdiagnostik, können von KI übernommen werden.[7]

Pauschal betrachtet stellt KI Informatik-Anwendungen für Problembereiche dar, die bisher nur Menschen lösen konnten – kurz gesagt, sie versucht, dem Menschen ähnliche Verhaltensweisen und Entscheidungsmuster nachzubilden.[8]

Die Vorstellung eines Computers, der menschliches Verhalten vollumfänglich nachbildet, bleibt jedoch weiterhin eine Zukunftsvision. Bislang ist die Entwicklung einer solchen sog. starken KI, die menschliche Intelligenz imitiert oder sogar überholt, noch keine Möglichkeit, weshalb sie eher auf philosophischer Ebene von Interesse ist. Nach derzeitigem Entwicklungsstand haben KI-Technologien eine größtenteils unterstützende Funktion im Rahmen einzelner, ausgewählter Problemlösungen (sog. schwache KI).[9]

Im Bereich „schöpferisch" tätiger KI sind vor allem künstliche neuronale Netzwerke, eine Form des maschinellen Lernens, von praktischer Bedeutung. Generell ist KI in der Lage, Kunst zu schaffen, indem sie in einer großen Masse an Trainingsdaten, zum Beispiel digitalisierten Gemälden einer bestimmten Epoche oder dem Gesamtwerk eines Musikers, selbstständig bestimme Muster erkennt und anhand der daraus erlernten Regeln neuartige Ergebnisse generiert.[10]

Auch dabei sind die Lösungsansätze so komplex wie vielfältig. Die surreal anmutenden Bilder der Bildverarbeitungssoftware *Google Deep Dream* werden beispielsweise mithilfe eines *Convolutional Neural Network* erzeugt – eines Algorithmus, der erlernte Formen und Strukturen in eingegebenen Bildern erkennt und diese über mehrere Schichten hinweg verstärkt.[11] Auch zur Generierung des oben genannten Portraits *Edmond de Belamy* wurde ein neuronales Netzwerk verwendet. Das sog. *Generative Adversiable Network* erzeugt in einem ersten Schritt Daten, die es in einem zweiten so lange mit bestehenden Trainingsdaten abgleicht, bis es sie von menschengeschaffenen Originalen nicht mehr unterscheiden kann.[12] So schafft es einzigartige Bilder, die durch gezielte Auswahl der Trainingsdaten gewünschten Merkmalen entsprechen.

Dabei kann dieser kurze Abriss nur einen groben Überblick über das breite Themenfeld KI geben. Es soll vor allem die

[3] *Voon*, Humans Prefer Computer-Generated Paintings to Those at Art Basel, https://hyperallergic.com/391059/humans-prefer-computer-generated-paintings-to-those-at-art-basel/, zuletzt abgerufen am 07.04.2020.
[4] Vgl. *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 ff.; *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 ff.; *Ory/Sorge*, NJW 2019, 710 ff.
[5] *Bitkom/DFKI*, Künstliche Intelligenz, 2017, S. 35.
[6] *Bitkom/DFKI*, Künstliche Intelligenz, 2017, S. 33 ff.
[7] *Fraunhofer*, Zukunftsmarkt Künstliche Intelligenz, S. 44 ff.; *Bitkom/DFKI*, Künstliche Intelligenz, 2017, S. 35.
[8] *Görtz/Schneeberger/Schmidt*, Handbuch der künstlichen Intelligenz, 5. Aufl. 2014, S. 1.
[9] *Bitkom/DFKI*, Künstliche Intelligenz, 2017, S. 31.
[10] *Lenzen*, Künstliche Intelligenz: Was sie kann und was uns erwartet, 3. Aufl. 2019, S. 121.
[11] *Graff*, „Hilfe, die Computer bekommen Augen!", SZ vom 17.07.2015, https://www.sueddeutsche.de/digital/kuenstliche-intelligenz-hilfe-die-computer-bekommen-augen-1.2570782, zuletzt abgerufen am 27.09.2020.
[12] *Ory/Sorge*, NJW 2019, 710 f.; *Goodfellow et al*., Generative adversarial nets, Proceedings of the 27th International Conference on Neural Information Processing Systems 2, 2672.

Komplexität und Vielfältigkeit von KI-Technologie verdeutlicht werden, die auch die rechtliche Einordnung erschwert.

C. Schutzfähigkeit de lege lata

I. Schutz gem. § 2 UrhG

1. Originärer Schutz

Wie die oben genannten Beispiele illustrieren, ist KI in der Lage, „schöpferisch" tätig zu werden und Produkte zu erzeugen, die sich dem Werkartenkatalog des § 2 Abs. 1 UrhG zuordnen lassen. Ein originärer Schutz von durch KI generierten Erzeugnissen kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn diese auch als Werk im Sinne des Urheberrechts einzuordnen sind.

Der § 2 Abs. 2 UrhG definiert Werke als persönliche geistige Schöpfungen. In Literatur und Rechtsprechung besteht dabei die einhellige Ansicht, dass das Werk auf einer „menschlich-gestalterischen" Tätigkeit beruhen muss, sodass der Schöpfer eines Werks nur eine natürliche Person sein kann.[13] Diese Auslegung entspricht zum einen dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 UrhG („persönlich") und wird zum anderen auch dem gesetzgeberisch intendierten Zweck des Urheberrechts gerecht, das nicht das Werk selbst, sondern in erster Linie den Urheber und seine Beziehung zum Werk schützen soll.[14]

Einzig *Kummer* folgt einem wesentlich anderen Werkbegriff. Er argumentiert, dass es zur Schutzbegründung neben statistischer Einmaligkeit bereits ausreiche, eine zufällig vorgefundene Sache als Kunstwerk zu präsentieren.[15] In Konsequenz dieser Theorie könnte urheberrechtlicher Schutz für ein KI-generiertes Ergebnis erlangt werden, indem jemand es als ein Werk präsentiert, für das Rechtsschutz begehrt wird.

Dieser Werkbegriff ist jedoch berechtigterweise größtenteils auf Ablehnung gestoßen: Nicht nur knüpft er entgegen dem wesentlichen Grundgedanken des Urheberrechts an das Werk statt an den Urheber an,[16] er unterstellt die Schutzfähigkeit eines Werkes auch auf eine mit der Gesetzessystematik unvereinbare Weise der Dispositionsfreiheit des Einzelnen.[17] Zudem ist zweifelhaft, ob diese Theorie, die sich wohl kaum auf Erzeugnisse moderner KI-Technologien beziehen wollte, hinsichtlich der infrage stehenden Sachverhalte überhaupt herangezogen werden kann.

KI selbst kann folglich, ebenso wie Tiere[18] oder andere Maschinen, keine urheberrechtlich schutzfähigen Werke im Sinne dieser Norm erschaffen, selbst wenn sich die Ergebnisse kaum von Menschengeschaffenem unterscheiden lassen.

Trotzdem schließt der Einsatz von KI einen urheberrechtlichen Schutz nicht aus, solange das Ergebnis klar auf einen menschlichen Schaffensprozess zurückzuführen ist. Der Einsatz technischer Hilfsmittel wie Software hindert grundsätzlich nicht die urheberrechtliche Schutzfähigkeit. In nahezu allen Bereichen schöpferischer Tätigkeit bedient man sich Werkzeuge – der Einsatz von Kameras, Pinseln, Instrumenten oder auch Software wie Photoshop oder Audio-Workstationen hat dabei auf die urheberrechtliche Schutzfähigkeit keinen Einfluss.[19] Wenn eine KI in diesem Sinne also lediglich Ausführungsmittel zur Schöpfung des Werkes ist, stünde einer Schutzfähigkeit gem. § 2 UrhG nichts im Wege. Da selbstständige Problemlösung jedoch gerade ein kennzeichnendes Merkmal von KI ist, deckt dieser Fall naturgemäß nur einen Bruchteil der KI-basierten Erzeugnisse ab.

Gleichzeitig wird man selten von völliger Autonomie der eingesetzten KI sprechen können.[20] Ohne menschliches Zutun kann ein KI-Produkt nicht entstehen. Eher werden Erzeugnisse vorliegen, in deren Schaffensprozess auch ein Mensch planend und gestaltend eingegriffen hat. KI-basierte Technologie bietet eine Vielzahl von Stellschrauben, die Raum für menschliche Kreativität und Einflussnahme lassen: Durch gezielte Auswahl und Anpassung der Trainingsdaten oder Selektion bestimmter Ergebnisse oder Ausschnitte können Gestaltungsentscheidungen getroffen werden, die das Endergebnis wesentlich beeinflussen.[21] Der deutsche Künstler *Mario Klingemann* entwickelte beispielsweise im Rahmen seines Projekts *Memories of Passersby I* ein mit einer Reihe künstlicher neuronaler Netzwerke ausgestattetes Gerät, das konstant Bilder generiert und dabei auf zwei Bildschirme projiziert. Durch Programmierung und Eingabe der Trainingsdatensätze legte er bewusst die Grundlagen für die Art von Bild, das die Maschine kreieren soll: altmeisterlich anmutende Portraits, links ein männliches, rechts ein weibliches Gesicht. Damit lag ein großer Teil der Gestaltung in seiner Hand. Auf das endgültige Ergebnis hat er allerdings keinen Einfluss; es entsteht scheinbar zufällig durch die Arbeit neuronaler Netzwerke.[22]

---

[13] LG Berlin GRUR 1990, 270 – *Satelllitenfoto*; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 5. Aufl. 2019, § 2 UrhG Rn. 15; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 2 UrhG Rn. 38; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 2 UrhG Rn. 21; dem entspricht auch die Auslegung des Werkbegriffs durch die Rechtsprechung des EuGH, vgl. dazu EuGH GRUR 2009, 1041 – *Infopaq/DDF*.

[14] BT-Drucks. IV/270 S. 37.

[15] *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbare Werk, 1968, S. 75 f.

[16] *Loewenheim* (Fn. 13), § 2 UrhG Rn. 30.

[17] *Loewenheim* (Fn. 13), § 2 UrhG Rn. 36.

[18] Zum „*Affen-Selfie*" *Beck/König*, ZUM 2016, 34 (36).

[19] *Loewenheim* (Fn. 13), § 2 UrhG Rn. 40.

[20] Vgl. *Lenzen* (Fn. 10), S. 124 ff.

[21] *Ory/Sorge*, NJW 2019, 710 (711).

[22] *Moorstedt*, „Künstliche Kunst", SZ vom 10.03.2019, https://www.sueddeutsche.de/kultur/netzkolumne-kuenstliche-kunst-1.4361445, zuletzt abgerufen am 27.09.2020.

Ein anderes illustratives Beispiel liefert ein Forschungsprojekt des *Sony*-Musikforschungsinstituts, das KI-basierte Software im Bereich der Komposition entwickelt.[23] Die Software *Flow Machines* schafft eigenständig hunderte von Melodien und Akkorden, die dann jedoch noch von Musikern und Produzenten gefiltert, arrangiert und zu Musikstücken verarbeitet werden müssen. Jüngst konnte auf diese Weise ein ganzes Album entstehen.[24]

An dieser Schnittstelle zwischen menschlicher Gestaltung und maschineller Schöpfung gestaltet sich die Einordnung schwieriger. Es stellt sich die Frage, wie groß der menschliche Einfluss letztendlich sein muss, um einen urheberrechtlichen Schutz zu begründen und ob eine KI, die unvorhersehbare, scheinbar zufällige Ergebnisse erzeugt, noch als bloßes Werkzeug angesehen werden kann.

Die Problematik um den Einfluss menschlicher Gestaltung bei Einsatz maschineller Hilfsmittel ist dem Urheberrecht nicht neu und wurde insbesondere bereits im Zusammenhang mit Zufallsgeneratoren diskutiert. Im Zuge dessen wurde teils gefordert, die Schutzfähigkeit aleatorischer Kunst grundsätzlich abzulehnen.[25] Diese sehr enge Auffassung wird allerdings richtigerweise kaum noch vertreten. Das Bestehen einer Zufallskomponente im Schaffensprozess kann nicht grundsätzlich zur Verneinung der Werkeigenschaft führen.[26] Auch Werken, die ohne maschinelle Hilfsmittel entstehen, kommt eine gewisse Unvorhersehbarkeit zu – man denke beispielsweise an die Bildhauerei oder Aquarellmalerei, bei denen das Ergebnis wesentlich von der Beschaffenheit des Materials abhängt.[27] Entsprechenden Werken wird aus diesem Grund allerdings nicht die Werkqualität aberkannt. Es wird zwar nicht ausreichen, dass ein Mensch den Schaffensprozess lediglich auslöst, während das Ergebnis vollkommen zufällig ist, da in diesem Fall kein schöpferischer Gedankenprozess eines Menschen im Werk zum Ausdruck kommt.[28] Hingegen kann eine Kombination aus Zufallselementen und bewussten Gestaltungsentscheidungen genügend Raum für solche Gedankenprozesse lassen, sodass das Werk letztlich noch auf eine menschliche Leistung zurückzuführen ist.[29] Ein veranschaulichendes Beispiel im Bereich der KI sind hier Gedichte, die mithilfe der intelligenten Tastatur *QuickType* erstellt werden.[30] Diese auf Verfahren des maschinellen Lernens basierende Software generiert im laufenden Schreibprozess mit jedem getippten Wort mehrere kontextbasierte Wortvorschläge. Durch schrittweise Auswahl der vorgegeben Möglichkeiten sowie Anordnung in Zeilen und Strophen entwickelt sich abstrakt anmutende Lyrik. Das Werk entsteht letztlich durch eine Mischung aus zufälligen und selektiv-gestalterischen Elementen, da der Künstler immer wieder konstruktiv eingreifen muss.

Dagegen ist der verbreiteten Meinung im Schrifttum, dass auch eine Selektionsentscheidung unter mehreren generierten Ergebnissen ausreichen solle, um urheberrechtlichen Schutz iSd § 2 Abs. 2 UrhG zu begründen,[31] nicht zuzustimmen. Wie *Lauber-Rönsberg* treffend entgegnet, würde das den urheberrechtlichen Werkschutz, ähnlich der Präsentationslehre nach *Kummer*, einer unzulässigen Dispositionsfreiheit des Einzelnen unterstellen.[32]

Auch die bloße Auswahl von Trainingsdaten erscheint nicht ausreichend, da in diesem Fall nur eine Idee vorgegeben oder ein bestimmtes Genre festgelegt werden kann. Ideen oder Stile sind jedoch urheberrechtlich nicht geschützt und können so folglich auch keinen Werkschutz begründen.[33]

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Schutzfähigkeit von KI-Erzeugnissen nach § 2 UrhG im entscheidenden Unterschied zwischen sog. „*computer-generierten*“ und „*computer-assistierten*“ Werken liegt.[34] Es kommt folglich wesentlich darauf an, wie viel Einfluss ein Mensch auf Gestaltungsentscheidungen genommen hat und ob das Ergebnis trotz Einsatz von KI als Hilfsmittel einer natürlichen Person zugeordnet werden kann. Wird eine KI weitestgehend autonom tätig, kann kein urheberrechtlich schutzfähiges Werk entstehen, da es in diesem Fall bereits an einer persönlichen geistigen Schöpfung fehlt.

Angesichts der hohen Komplexität der verwendeten Verfahren ist es äußerst schwierig, trennscharf abzugrenzen, wann die menschliche Einwirkung zur Schutzbegründung ausreicht. Letztendlich ist wohl im Einzelfall zu entscheiden.[35] Mögliche abstrakte Kriterien zur Abgrenzung könnten dabei sein, dass eine natürliche Person wiederholt gestalterisch in den Schaffensprozess eingegriffen, gravierende Überarbeitungen am Endprodukt vorgenommen oder die Gestaltungsparameter so eingegrenzt hat, dass nicht mehr von einem Zufallsprodukt gesprochen werden kann.[36] Das bedeutet, je geringer das Maß an maschineller

[23] *Lenzen* (Fn. 10), S. 121.
[24] *Schmiechen*, „Kann künstliche Intelligenz jetzt auch Popmusik?“, Welt vom 12.02.2018, https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article173477070/Flow-Machine-Kuenstliche-Intelligenz-steckt-hinter-Skygge-Album.html, zuletzt abgerufen am 27.09.2020.
[25] *Brutschke*, Urheberrecht und EDV, 1972, S. 47 f.
[26] *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 2 UrhG Rn. 8; *Bullinger* (Fn. 13), § 2 UrhG Rn. 17.
[27] *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (247).
[28] *Rack/Vettermann*, „KI-Kunst und Urheberrecht“, https://www.telemedicus.info/article/3353-KI-Kunst-und-Urheberrecht-die-Maschine-als-Schoepferin.html, zuletzt abgerufen am 07.04.2020.
[29] *Bullinger* (Fn. 13), § 2 UrhG Rn. 17.
[30] *Setz*, Logbuch Suhrkamp QuickType, https://www.logbuch-suhrkamp.de/clemens-j-setz/quicktype/, zuletzt abgerufen am 07.04.2020.
[31] *Bullinger* (Fn. 13), § 2 UrhG Rn. 17; *Schulze* (Fn. 26), § 2 UrhG Rn. 8; *Loewenheim* (Fn. 13), § 2 UrhG Rn. 41.
[32] *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (247).
[33] *Loewenheim* (Fn. 13), § 2 UrhG Rn. 71 ff.
[34] So auch *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (247).
[35] So auch *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (247).
[36] *Rack/Vettermann*, „KI-Kunst und Urheberrecht“, https://www.telemedicus.info/article/3353-KI-Kunst-und-Urheberrecht-die-Maschine-als-Schoepferin.html, zuletzt abgerufen am 07.04.2020.

Autonomie und Unvorhersehbarkeit ist, desto eher wird auch eine persönliche geistige Schöpfung in dem Werk zum Ausdruck kommen.

Aus rein praktischer Sicht gestaltet sich die Anwendung solcher Kriterien jedoch schwierig, da es oftmals kaum möglich sein wird, nachträglich zu erfassen, zu welchen Teilen ein Mensch Einfluss im diffizilen Arbeitsprozess einer KI genommen hat.[37]

2. Derivativer Schutz

Neben der originären Schutzfähigkeit KI-erzeugter Produkte gem. § 2 UrhG stellt sich die Frage, ob sich diese auch aus der Schutzfähigkeit der entsprechenden Software ableiten lässt; ähnlich dem derivativen Erzeugnisschutz, wie er im Patentrecht angenommen wird.[38]

Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG gehören Computerprogramme als Sprachwerke zu den urheberrechtlich geschützten Werken und genießen Schutz, solange sie die entsprechenden Voraussetzungen des § 69a UrhG erfüllen.[39]

In älterer Literatur wurde daraus teilweise ein Schutzrecht zugunsten des Programmierers abgeleitet, da in diesem Fall die reine Verantwortlichkeit für das Endprodukt ausreiche und dem Programmierer einer Software somit auch deren Output urheberrechtlich zuzurechnen sei.[40] Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass derivative Schutzrechte der Systematik des Urheberrechts fremd sind. Die Schutzfähigkeit der KI bedingt somit nicht die Schutzfähigkeit der damit generierten Ergebnisse.[41]

II. Schutz durch Leistungsschutzrechte

Neben dem originären Schutz nach § 2 UrhG stehen die sog. verwandten Schutzrechte bzw. Leistungsschutzrechte des UrhG. Diese schützen Leistungen, die zwar nicht die von § 2 Abs. 2 UrhG erforderte Qualität der „*persönlichen geistigen Schöpfung*“ erreichen, aufgrund ihrer immateriellen Natur jedoch ähnlich schutzwürdig erscheinen. Sie sind gekennzeichnet durch reduzierte Anforderungen an die Schutzvoraussetzungen und einem damit einhergehenden geringeren Schutzumfang.[42]

1. Lichtbildschutz, § 72 UrhG

Für Lichtbilder, die nicht unter den Werkbegriff des § 2 Abs. 2 UrhG fallen, kommt § 72 UrhG als Leistungsschutzrecht in Betracht. Im Unterschied zu den Lichtbildwerken gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG erfordert § 72 UrhG keine persönliche geistige Schöpfung, sondern – ausweislich der Gesetzesbegründung – lediglich eine rein technische Leistung ohne besondere Fähigkeiten des Fotografen.[43]

Indes fordert die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung ein gewisses Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung zur Schutzbegründung.[44] Dafür spricht vor allem der für ein Leistungsschutzrecht vergleichsweise große Schutzumfang, [45] der, von der eingeschränkten Schutzdauer abgesehen, dem urheberrechtlichen Werkschutz entspricht.[46]

Es stellt sich die Frage, ob diese Voraussetzung auch bei mittels KI erzeugter Lichtbilder vorliegt, die gerade aufgrund fehlender menschlicher Einflussnahme nicht urheberrechtlich schutzfähig sind.

Nach herrschender Ansicht gehen auch automatisierte Aufnahmeverfahren, beispielsweise Satellitenbilder, auf eine ausreichende menschlich-geistige Leistung zurück. [47] Diese liegt dabei in der Vorbereitung der Aufnahme durch Bedienung, Ausrichtung oder Wahl des Aufnahmeorts.[48] Insoweit könnten beispielsweise die Ergebnisse spezifischer Technologien wie der 2018 eingeführten KI-basierten Kamera *Google Clips*, die automatisiert Fotosequenzen aufnimmt und dabei den Aufnahmezeitpunkt selbstständig auswählt, der Person zugerechnet werden, die die Kamera bedient und den Aufnahmeort ausgewählt hat.

Darüber hinaus fallen unter den § 72 UrhG allerdings ausschließlich Abbildungen, die mittels „*strahlender Energie*“ entstanden sind.[49] KI-erzeugte Bilder, die am Computer und somit durch elektronische Befehle erzeugt werden, sind nicht als Lichtbilder im Sinne der Norm schutzfähig.

2. Schutz des Herstellers von Tonträgern, §§ 85 f. UrhG

Die §§ 85 f. UrhG schützen die wirtschaftlich-organisatorische Leistung, die ein Tonträgerhersteller durch die

[37] *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (248).
[38] *Ensthaler*, in: BeckOK Patentrecht, 17. Ed. 2020, § 9 PatG Rn. 53.
[39] *Schulze* (Fn. 26), § 2 UrhG Rn. 127.
[40] Speziell wurde Kompositionssoftware diskutiert bei *Weissthanner*, Urheberrechtliche Probleme Neuer Musik, 1974, S. 75 ff.
[41] *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (248); *Loewenheim* (Fn. 13), § 2 UrhG Rn. 41.
[42] *Dreier*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, Vor §§ 70 ff. UrhG Rn. 1-4.
[43] BT-Drs. IV/270, S. 88.
[44] BGH GRUR 1990, 669 (673) – *Bibelreproduktion*; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 8. Aufl. 2017, Rn. 722; *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 72 UrhG Rn. 32; *Lauber-Rönsberg*, in: Möhring/Nicolini, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 13.
[45] *Stang*, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist, 2011, S. 166.
[46] *Lauber-Rönsberg* (Fn. 44), § 72 UrhG Rn. 2.
[47] LG Berlin GRUR 1990, 270 (270) – *Satellitenfoto*; *Vogel* (Fn. 44), § 72 UrhG Rn. 24; *Nordemann* (Fn. 13), § 72 UrhG Rn. 10; einschränkend allerdings LG Hamburg ZUM 2004, 675 (677).
[48] *Katzenberger*, GRUR Int 1989, 116 (118 f.); *Nordemann* (Fn. 13), § 72 UrhG Rn. 10; aA *Schack* (Fn. 44), Rn. 723.
[49] Ganz herrschende Meinung vgl. OLG Köln GRUR RR 2010, 141 (142) – Messestände; LG Köln MMR 2008, 556 (558); *Schack* (Fn. 44), Rn. 771; *Vogel* (Fn. 44), § 72 UrhG Rn. 25; *Lauber-Rönsberg* (Fn. 44), § 72 UrhG Rn. 11; *Nordemann* (Fn. 13), § 72 UrhG Rn. 8.

Aufzeichnung des Tonmaterials erbringt.[50] Dabei ist irrelevant, ob die auf dem Tonträger festgehaltenen Tonfolgen urheberrechtlich schutzfähig sind.[51] Wie das größtenteils von KI generierte Album *Hello World* veranschaulicht,[52] erweist sich KI im musikalischen Bereich bereits als leistungsstarkes Kompositionswerkzeug. Sind diese Stücke mangels persönlicher, geistiger Schöpfung nicht schutzfähig gem. § 2 UrhG, bietet sich zumindest das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers an. Somit würde auch die Aufnahme oder Herstellung KI-generierter Musik in den Schutzbereich des Leistungsschutzrechts fallen.

3. Datenbankherstellerrecht, §§ 87a ff. UrhG

Auf Grundlage der europäischen Datenbankrichtlinie (RL 96/9/EG) normieren die §§ 87a ff. UrhG ein Leistungsschutzrecht *sui generis* zum Investitionsschutz in Datenbanken. Im Gegensatz zum urheberrechtlichen Schutz für Datenbanken (§ 4 UrhG) greift es dabei nicht den allgemeinen Werkbegriff des § 2 Abs. 2 UrhG auf, sodass auch der Schutz nichtschöpferischer Datenbanken gewährleistet wird.[53] Folglich könnte den §§ 87a ff. UrhG auch in Bezug auf KI-generierte Produkte praktische Bedeutung zukommen.

a) Schutz KI-generierter Datenbanken

Daten und Datenbanken spielen im Bereich KI-gestützter Arbeit eine große Rolle. Ein aktuelles Schlagwort ist das im urheberrechtlichen Diskurs sehr umstrittene[54] *Data Mining*. Mithilfe dieser KI-basierten Verfahren können auch komplexe Zusammenhänge aus riesigen Datenmassen (Stichwort *Big Data*) extrahiert und so mit vertretbarem Aufwand bewältigt werden.[55] Aber Daten können mithilfe von KI nicht nur besonders gut erfasst, geordnet und ausgewertet werden, auch der Prozess des maschinellen Lernens stützt sich zum Großteil auf Datenbanken.[56] Dass KI in der Lage ist, Datenbanken zu erzeugen, die unter den Datenbankbegriff der §§ 87a ff. UrhG fallen, kann an dieser Stelle somit vorausgesetzt werden.

Neben dem Vorliegen einer Datenbank als solches ist zur Begründung der Schutzfähigkeit gem. § 87a UrhG eine wesentliche Investition in die Beschaffung, Prüfung und Darstellung der gesammelten Daten erforderlich. In Bezug auf KI stellt sich dabei die Frage, ob auch der Aufwand in die entsprechenden Anwendungen selbst eine solche Investition darstellen können.[57]

Berücksichtigungsfähig iSd § 87a UrhG sind unter anderem Investitionen in die Entwicklung von Software, die Aufbau und Pflege der Datenbank unterstützt.[58] Dementsprechend sind auch Investitionen in die Entwicklung einer KI, die solche Aufgaben übernimmt, grundsätzlich berücksichtigungsfähig. Ebenso verhält es sich mit dem Entgelt für Nutzungsrechte an einer entsprechenden KI.[59] Zu beachten ist allerdings, dass die Investition unmittelbar in den Datenbankaufbau getätigt werden muss, was im Fall einer KI mit einem breitem Anwendungsfeld, das über datenbankspezifische Aufgaben hinaus geht, nicht gegeben wäre.[60] Da KI aktuell allerdings größtenteils für sehr spezifische Anwendungsbereiche entwickelt wird, ist diese Überlegung praktisch wohl weniger relevant.

Fraglich ist ferner, wem das Schutzrecht an einer von KI erstellten Datenbank zustehen würde. Gem. § 87a Abs. 2 UrhG ist der Inhaber des Schutzrechts derjenige, der die wesentliche Investition in die Datenbank vorgenommen hat und damit das „*organisatorische und wirtschaftliche Risiko*“ trägt.[61] Bezüglich KI käme damit sowohl der Hersteller der Anwendung in Betracht als auch ihr Verwender, der eine wesentliche Investition in Form eines Lizenzentgelts vorgenommen hat.[62]

Sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, ist ein Schutz KI-generierter Datenbanken unabhängig vom traditionellen Werkbegriff des Urheberrechts damit wohl unproblematisch gegeben.

b) Schutz einzelner Produkte

Es stellt sich nun die Frage, ob neben computergenerierten Datenbanken auch einheitlich zu betrachtende KI-Erzeugnisse, wie einzelne Musikstücke, Gedichte oder Bilder, unter den Anwendungsbereich des § 87a UrhG subsumiert werden können.

Gemäß der Legaldefinition des § 87a UrhG ist eine Datenbank eine Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind und deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert.

[50] *Schulze* (Fn. 26), § 85 UrhG Rn. 4.
[51] *Schäfer*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 5. Aufl. 2019, § 85 UrhG Rn. 3.
[52] *Schmiechen*, „Kann künstliche Intelligenz jetzt auch Popmusik?“, Welt vom 12.02.2018, https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article173477070/Flow-Machine-Kuenstliche-Intelligenz-steckt-hinter-Skygge-Album.html, zuletzt abgerufen am 27.09.2020.
[53] *Hermes*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 5. Aufl. 2019, Vor §§ 87a ff. UrhG Rn. 1.
[54] Vgl. *Spindler*, GRUR 2016, 1112.
[55] Zum Begriff Data Mining *Spindler*, GRUR 2016, 1112 f.
[56] *Ehinger/Stemerling*, CR 12 (2018), 761 (764); *Ertel*, Grundkurs Künstliche Intelligenz: eine praxisorientierte Einführung, 3. Aufl. 2013, S. 177 ff.
[57] Hierzu auch *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 (578).
[58] BGH GRUR 2011, 724 – *Zweite Zahnarztmeinung II*.
[59] *Hermes* (Fn. 53), § 87a UrhG Rn. 39.
[60] *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 (578).
[61] *Vogel* (Fn. 44), § 87a UrhG Rn. 71.
[62] *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 (578).

Da die Anforderungen hinsichtlich der Art der gesammelten Komponenten nicht besonders hoch sind, könnten auch einzelne Töne, Worte oder Pixel eines von KI generierten Produkts unkompliziert als Elemente einer Datenbank qualifiziert werden.[63] Ferner ermöglichen es moderne technische Methoden, fast jedes kleinste Einzelteil aus einer Datenbank zu extrahieren, sodass auch ihre einzelne Zugänglichkeit in den allermeisten Fällen gegeben sein wird.[64]

Um dennoch eine trennscharfe Abgrenzung des Datenbankbegriffs zu gewährleisten, wird dieser sehr weite Rahmen durch das zusätzliche Erfordernis der Unabhängigkeit der einzelnen Elemente eingeschränkt.[65] Eine solche Unabhängigkeit sieht der EuGH in einem selbstständigen, in sich geschlossenen Informationsgehalt jedes einzelnen Elements, der auch bei Trennung von der Datenbank nicht verloren geht.[66] Diese Voraussetzung liegt jedoch gerade dann nicht vor, wenn die einzelnen Teile der Sammlung ihre Aussage erst in Einheit mit dem Ganzen entfalten und somit außerhalb des Gesamtzusammenhangs ihren inhaltlichen Wert verlieren.[67] Das schließt einen rein äußerlichen Zusammenhang der einzelnen Daten zwar nicht aus – es wird regelmäßig der übergeordnete Zweck einer Datenbank sein, einen solchen herauszustellen und zugänglich zu machen.[68] Um eine Datenbank im Sinne der Norm handelt es sich jedoch nur, wenn die Elemente durch ihren selbstständigen Informationsgehalt trotzdem gesondert verwertbar und nicht in einem „*einheitlichen Schaffensprozess miteinander verschmolzen*“ sind.[69] Nur dann besteht eine Sammlung von Daten; in Abgrenzung zu einheitlich zu betrachtenden Werken, die gegebenenfalls anderen Schutzrechten unterfallen.[70] Dies bestätigt auch Satz 3 des 17. Erwägungsgrunds der Datenbank-RL, der die „*Aufzeichnung eines audiovisuellen, kinematographischen, literarischen oder musikalischen Werkes*“ explizit aus ihrem Anwendungsbereich ausschließt.[71]

In Konsequenz dieser Auslegung wären insbesondere die klassischen urheberrechtlichen Werkformen nicht vom Leistungsschutzrecht für Datenbankhersteller umfasst. Zur Veranschaulichung: Der einzelne Pixel eines von KI generierten Bildes, wie beispielsweise das oben genannte Portrait *Edmond de Belamy*, weist für sich genommen keinerlei eigenständigen Wert auf, sondern erhält diesen erst in Kombination mit den restlichen Bildpunkten.[72]

Demgegenüber bediente sich der EuGH in seiner *Esterbauer-Entscheidung* einer großzügigen Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Unabhängigkeit und klassifizierte einzelne geographische Koordinaten einer topographischen Karte als unabhängige Elemente.[73] Dies begründete er damit, dass sich der Informationsgehalt eines einzelnen Elements nicht an der Perspektive eines typischen Nutzers der Datenbank messe, sondern an jedem vorstellbaren Wert für einen unabhängigen Dritten. Insbesondere sei auch eine Minderung des Informationsgehalts bei selbstständiger Betrachtung unschädlich, solange nur weiterhin ein inhaltlicher Wert bestehen bleibt.[74] Darüber hinaus kämen neben Einzeldaten auch Datenkombinationen als unabhängige Elemente in Betracht.[75] Diese Auslegung werde nicht nur der Anreizfunktion des Datenbankherstellerrechts als Leistungsschutzrecht gerecht, sondern entspreche auch dem unionsgesetzgeberischen Willen eines weiten Datenbankbegriffs.[76]

Obgleich diese Entscheidung – aufgrund der Gefahr einer Überdehnung des Schutzbereichs – in der Literatur kritisiert wurde,[77] kann darin eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 87a UrhG gesehen werden.[78] Wenn auch Datenkombinationen als Elemente einer Datenbank in Betracht kommen, müssten KI-generierte Erzeugnisse nicht auf ihre kleinsten Bestandteile reduziert werden. Während einzelne Wörter oder Bildpunkte wohl keinen relevanten Nutzen haben, wird es nicht auszuschließen sein, dass Teile eines Werkes, seien es Melodiekombinationen oder Textabschnitte, für unabhängige Dritte einen eigenständigen Wert besitzen können. Der Verweis auf die *Metall auf Metall*-Entscheidungen des BGH unterstützt diese Überlegung. Darin legte der BGH den Schutz des Tonträgerherstellers (§ 85 UrhG) weit aus und unterstellte auch eine einzelne Tonsequenz dem entsprechenden Investitionsschutz.[79] Daraus folgernd kann also auch schon einem solchen kurzen *Sample* ein selbstständiger Wert zukommen.

[63] *Haberstrumpf*, GRUR 2003, 14 (18).
[64] *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 (578).
[65] *Leistner*, GRUR Int 1999, 819 (820 f.); *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 87a UrhG Rn. 9.
[66] EuGH GRUR 2005, 254 (254) – *Fixtures-Fußballspielpläne II*; dem folgend dann auch BGH GRUR 2005, 940 (941) – *Marktstudien*.
[67] *Leistner*, GRUR Int 1999, 819 (821 f.); *Hermes* (Fn. 53), § 87a UrhG Rn. 12.
[68] *Haberstrumpf*, GRUR 2003, 14 (18).
[69] *Hermes* (Fn. 53), § 87a UrhG Rn. 12.
[70] *Ensthaler*, NJW 2016, 3473 (3474); *Leistner*, GRUR Int 1999, 819 (821 f.); *Vogel* (Fn. 44), § 87a UrhG Rn. 9.
[71] RL 96/9/EG, Erwägungsgrund 17.
[72] Zum Informationswert von Pixeln *Vohwinkel*, in: Möhring/Nicolini, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 87a UrhG Rn. 20.
[73] EuGH GRUR 2015, 1187, Rn. 25 f. – *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer GmbH*.
[74] EuGH GRUR 2015 1187, Rn. 24 – *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer GmbH*.
[75] EuGH GRUR 2015 1187, Rn. 20 – *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer GmbH*.
[76] EuGH GRUR 2015 1187, Rn. 16 u. 26 – *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer GmbH*.
[77] Vgl. *Czychowski*, EuZW 2015, 955 (958); *Czychowski* (Fn. 65), § 87a UrhG Rn. 9; zustimmend allerdings *Leistner*, GRUR 2016, 42 ff.
[78] Vgl. dazu *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 (578); *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (248).
[79] BGH GRUR 2009, 403 (403) – *Metall auf Metall*; ähnlich entschied auch der EuGH, der die Schutzfähigkeit auch sehr kurzer Audiofragmente annimmt, solange diese nicht zur Unkenntlichkeit verändert werden, vgl. EuGH MMR 2019, 596, Rn. 39 – *Pelham/Hütter ua*.

Allerdings erscheint die Übertragung dieser Auslegung auf typische Einzelwerke wie Musikstücke oder Texte problematisch. Das betrifft insbesondere die Einordnung beliebiger Datenkombinationen als unabhängiges Element im Sinne der Norm. Wie *Leistner* zutreffend anmerkt, würde das tatbestandsbegrenzende Merkmal der Unabhängigkeit damit ausgehebelt und eine Abgrenzung des Datenbankbegriffs angesichts der sonst sehr weiten Voraussetzungen nicht mehr gewährleistet.[80] Stattdessen könnte dann nahezu „*jede Informationszusammenstellung*" unter den Schutz des Datenbankherstellerrechts subsumiert werden.[81] Damit würde der Datenbankbegriff völlig beliebig und könnte missbräuchlich als Auffangbecken für Schöpfungen dienen, die nicht die erforderliche Werkhöhe des § 2 UrhG erreichen. Vielmehr muss darauf abgestellt werden, ob die Entnahme der Konzeption der infrage stehenden Datenbank entspricht. Damit ist die Auslegung von Datenkombinationen als unabhängige Elemente nicht ausgeschlossen, gleichzeitig wird aber weiterhin eine trennscharfe Abgrenzung des „*kompilatorischen Datenbankbegriffs*" von einheitlichen Werken ermöglicht.[82] Gerade künstlerische Originalwerke wie einzelne Musikstücke oder Bilder sind nicht zur Entnahme einzelner Informationen konzipiert, sondern für eine Betrachtung ihres Gesamtzusammenhangs.

Letztendlich wird auch hier im Einzelfall entschieden werden müssen, ob eine ausreichende Unabhängigkeit bejaht werden kann und somit auch einzelnen KI-Produkten ein Schutz nach dem Datenbankherstellerrecht zukommt. Ein Schutz für zumindest datenbankähnliche Erzeugnisse, wie ein sich aus mehreren Stoffen zusammensetzendes Medikament,[83] erscheint dabei in Anbetracht der großzügigen Auslegung des EuGH nicht ausgeschlossen, gerade in Bezug auf die klassischen künstlerischen Werkformen, wie die oben zur Veranschaulichung genannten Bilder, ist ein solcher Schutz allerdings weiterhin abzulehnen.

Damit kommt auch ein aus dem Datenbankherstellerrecht abgeleiteter Schutz nicht in Betracht. Zwar liegen die Ergebnisse maschinellen Lernens regelmäßig auch in Datenbankform vor, jedoch setzt sich das mögliche Leistungsschutzrecht an einer solchen Datenbank nicht auch an den mithilfe des Erlernten generierten Produkten fort.[84]

4. Leistungsschutzrecht für Presseverleger, §§ 87f ff. UrhG

Auch im journalistischen Bereich gewinnt die KI-Forschung an Bedeutung. Vor allem im Finanz- oder Sportjournalismus werden bereits sog. Journalismusroboter eingesetzt, um weitestgehend eigenständig Textbeiträge zu verfassen oder redaktionelle Unterstützung zu leisten.[85]

Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger (§§ 87f ff. UrhG) schützt die presseverlegerische Leistung im Internet vor Zugriff durch Suchmaschinen und andere Dienste. Mit dem zunehmenden Einsatz automatisiert erstellter Nachrichten stellt sich die Frage, ob ein Pressunternehmen für eine verlegerische Zusammenstellung solcher Texte Schutz gem. § 87a Abs. 1 UrhG beanspruchen kann. *Katzenberger* jedenfalls lehnt dies mit der Begründung ab, § 87f UrhG schütze ausschließlich die Zusammenstellung journalistischer Beiträge, nicht aber die Zusammenstellung bloß computergenerierter Ergebnisse.[86]

Dies erscheint mit Blick auf den Schutzgegenstand der §§ 87f ff. UrhG – einem Presseerzeugnis im Sinne einer redaktionellen Festlegung journalistischer Beiträge – jedoch nicht vertretbar. Journalistische Beiträge in diesem Sinne sind nach der gesetzlichen Definition in § 87f Abs. 2 S. 2 UrhG Artikel und Abbildungen, die der Informationsvermittlung, Meinungsbildung oder Unterhaltung dienen. Unter diese Definition lassen sich problemlos auch KI-generierte Beiträge subsumieren. Zudem schützen die §§ 87 ff. UrhG ebenso wie die Leistungsschutzrechte des Tonträgerherstellers und des Filmherstellers eine wirtschaftliche, organisatorische und technische Leistung.[87] Gerade in Hinblick auf den erheblichen wirtschaftlichen sowie technischen Aufwand, den der Einsatz KI-basierter Technologien mit sich bringt, besteht eine solche gerade auch in der verlegerischen Aufbereitung KI-generierter Beiträge.

5. Laufbildschutz, § 95 UrhG

Das Potential KI-generierter Filme demonstriert der Science-Fiction Kurzfilm *Zone Out*, bei dem sowohl Musik und Drehbuch als auch die filmische Umsetzung – mittels Neukombination bestehender Filmsequenzen, *Face-Swap*-Technologien und Stimmgeneratoren – von dem künstlichen neuronalen Netzwerk *Benjamin* übernommen wurden.[88] In solchen Fällen käme § 95 UrhG in Betracht – ein Leistungsschutzrecht für Filme, die keine Werkqualität

[80] *Leistner*, GRUR 2016, 42 (43 f.); zustimmend auch *Vogel* (Fn. 44), § 87a UrhG Rn. 19.
[81] *Vogel* (Fn. 44), § 87a UrhG Rn. 19; nach *Leistner*, GRUR 2016, 42 (43).
[82] *Leistner*, GRUR 2016, 42 (44); *Wiebe*, GRUR-Prax 2016, 49 (50).
[83] Vgl. *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 (578).
[84] *Ory/Sorge*, NJW 2019, 710 (712).
[85] *Peiser*, „The Rise of the Robot Reporter", The New York Times vom 05.02.2019, https://www.nytimes.com/2019/02/05/business/media/artificial-intelligence-journalism-robots.html, zuletzt abgerufen am 27.09.2020.
[86] *Weberling*, NJW 2018, 735 (738).
[87] BT-Drs. 17/11470, S. 8
[88] *Bovermann*, „Träumen Androiden von elektrischen Schafen?", SZ vom 16.06.2018, https://www.sueddeutsche.de/kultur/kuenstliche-intelligenz-traeumen-androiden-von-elektrischen-schafen-1.4017518, zuletzt abgerufen am 27.09.2020.

erreichen (sog. Laufbilder).[89] Dabei stellt sich zum einen die Frage, ob KI-generierte Filme wie der oben genannte überhaupt in den Tatbestand der Norm fallen.

Laufbilder sind Filme, die keine Werke gem. § 2 UrhG darstellen.[90] Ein Film wiederum ist „*die Bild- und Tonfolge, die den Eindruck des bewegten Bildes entstehen lässt*".[91] Auf Aufnahmeverfahren oder Trägermaterial kommt es dabei nicht an, auch digital hergestellte Bildfolgen fallen unter den Filmbegriff iSd Vorschrift.[92] Im Gegensatz zum Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG besteht dabei nicht die Gefahr bloßer Reproduktionen, sodass auch kein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung erforderlich ist.[93] Damit erfüllen auch mittels autonom agierender KI hergestellte Filme wie das darlegte Beispiel diese Voraus-setzungen und können unter den Tatbestand des § 95 UrhG subsumiert werden.

Weiterhin muss geklärt werden, wem das Schutzrecht zugeordnet werden kann. § 95 UrhG ist ein Leistungsschutzrecht zugunsten des Filmherstellers. Filmhersteller ist derjenige, der die wirtschaftliche und organisatorische Verantwortung für die Filmherstellung übernimmt.[94] Wem diese bei einem KI-generierten Film zuzurechnen ist, kommt auf die Umstände der Herstellung an. Aktuell handelt es sich wohl eher um kleinere Produktionen, bei denen die wirtschaftliche und organisatorische Verantwortung direkt bei den Programmierern und Benutzern der KI liegt. Sollte die Technologie jedoch massentauglich werden, könnte die Rechtsträgerschaft in der Zukunft auch bei juristischen Personen wie etwa Filmstudios liegen, welche die Filmherstellung organisatorisch koordinieren und wirtschaftlich verantworten.

III. Fazit

Das geltende Recht bietet einen nur sehr eingeschränkten Schutz für KI-generierte Produkte. Zwar zwingt die äußerst unscharfe Schnittstelle zwischen „*computer-generierten*" und „*computer-assistierten*" Erzeugnissen zu einer differenzierten Betrachtung im Einzelfall, sodass ein urheberrechtlicher Schutz für entsprechende „Werke" nicht pauschal zu verneinen ist. Für „Schöpfungen" ohne ausreichende menschliche Beteiligung ist ein urheberrechtlicher Werkschutz iSd § 2 UrhG jedoch grundsätzlich ausgeschlossen. Insofern kommen nur die verwandten Schutzrechte des Urhebergesetzes in Betracht. Allerdings decken auch diese nur einen Teil möglicher KI-basierter Erzeugnisse ab. Der Ansatz, dieses Problem durch eine stark erweiterte Auslegung des Anwendungsbereichs vollständig über das Datenbankherstellerrecht lösen zu wollen, erscheint angesichts der drohenden Abgrenzungsschwierigkeiten nicht vertretbar.

D. Schutz de lege ferenda?

Schon seit seiner Entstehung musste sich das Urheberrecht immer wieder an die fortlaufende Entwicklung neuer Formen und Techniken schöpferischer Arbeit anpassen. Gerade die unaufhaltsame technische Entwicklung und die fortschreitende Digitalisierung bringen eine Vielzahl neuartiger und teils unvorhergesehener Werkformen hervor. Angesichts ihrer Aktualität und rasanten Entwicklung ist es nicht überraschend, dass auch KI zu einer neuen Quelle von Kreativität geworden ist. Ähnlich wie bei techno-logischen Neuerungen der Vergangenheit stößt das Urheberrecht dabei in seiner Flexibilität an seine Grenzen und scheint nicht mehr zuverlässig befriedigende Lösungen zu gewährleisten.[95]

Beispiele wie der für über 400.000 Dollar versteigerte Druck *Edmond de Belamy* veranschaulichen das. Summen dieser Größenordnung demonstrieren sowohl den ökonomischen Wert als auch den künstlerischen Reiz, den artifizielle Schöpferkraft ausmachen. Umso stärker wiegen etwaige rechtliche Unklarheiten und Zuordnungsschwierigkeiten. Der Programmierer *Robbie Barrat* selbst twitterte am Tag der Versteigerung des durch das Künstlerkollektiv *Obvious* mithilfe seines Algorithmus hergestellten Portraits: „*Spinne ich, wenn ich denke, dass sie ausschließlich meine Arbeit genutzt haben und nun deren Resultat verkaufen?*"[96]

Darüber hinaus sind KI-Anwendungen schon jetzt leistungsfähig genug, um Produkte zu erzeugen, die von menschlichen Schöpfungen nicht zu unterscheiden sind oder diese sogar übertreffen.[97] Zwar trifft dies aktuell sicher noch nicht auf alle KI-Erzeugnisse eines Künstlers zu, bei Betrachtung der unaufhaltsamen Fortentwicklung und Verbesserung von entsprechenden Technologien scheint es jedoch realistisch, dass KI in Zukunft gerade in eher handwerklich als schöpferisch geprägten Bereichen, wie beispielsweise Schlagermusik oder Nachrichtentexten, zu vergleichbaren Ergebnissen kommen wird wie ein menschlicher Künstler.[98]

---

[89] *Schulze* (Fn. 26), § 95 UrhG Rn. 6.
[90] *Schulze* (Fn. 26), § 95 UrhG Rn. 6.
[91] *Nordemann* (Fn. 13), § 2 UrhG Rn. 203.
[92] *Nordemann* (Fn. 13), § 2 UrhG Rn. 203.
[93] Vgl. BGH GRUR 1990, 669 (673) – *Bibelreproduktion*; *Schulze*, (Fn. 26), § 72 UrhG Rn. 9.
[94] BGH UFITA 1970, 319 f.; BGH NJW 1993, 1470 (1471); *Katzenberger/N. Reber*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht 6. Aufl. 2020, Vor §§ 88 ff. UrhG Rn. 31.
[95] So auch *Ory/Sorge*, NJW 2019, 710 (713).
[96] *Graff*, „Künstliche Intelligenz und Kunst – Urheberrecht 2.0", SZ vom 02.02.2019, https://www.sueddeutsche.de/kultur/kuenstliche-intelligenz-kunst-urheberrecht-1.4269906, zuletzt abgerufen am 27.09.2020.
[97] Vgl. *Lenzen* (Fn. 10), S. 122 f.
[98] *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (252).

Vor diesem Hintergrund stellt sich unvermeidlich die Frage, ob an dieser Stelle gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht und ob ein urheberrechtlicher Schutz für „schöpferische" KI-Produkte in der Zukunft sinnvoll erscheint.

I. Urheberrechtlicher Schutz

Zunächst ist zu ergründen, ob der urheberrechtliche Werkschutz iSd § 2 UrhG in Zukunft auf KI-Erzeugnisse ausgeweitet werden sollte. Dabei stellt sich die Frage, wie ein Bedarf an Urheberrechtsschutz generell begründet wird.

Da der urheberrechtliche Werkschutz die Gemeinfreiheit als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit einschränkt, ist er rechtfertigungsbedürftig.[99] Das deutsche Urheberrecht als klassisches *Droit d'auteur*-System stützt sich dabei in erster Linie auf naturrechtlich-individualistische Begründungsansätze.[100] Daraus resultiert eine enge Ausrichtung auf menschliches Schaffen, die auch die fehlende Schutzfähigkeit KI-generierter Produkte zur Folge hat. Zunehmend gewinnen jedoch auch utilitaristische Rechtfertigungstheorien an Bedeutung, die eine wirtschaftliche und nutzenorientierte Funktion des Urheberrechts betonen.[101]

Es bietet sich folglich an, auch einen möglichen urheberrechtlichen Schutz für KI-generierte Produkte aus diesen Perspektiven zu beleuchten.

1. Individualistische Perspektive

Naturrechtlich-individualistische Theorien gehen davon aus, dass zwischen einem menschlichen Schöpfer und seinem Werk eine ideelle Beziehung besteht, die einen Urheberrechtsschutz moralisch rechtfertigt.[102] Dieser Kerngedanke ist materiell fest im Urheberrecht verankert − zum einen in der Anknüpfung der Schutzfrist an den Tod des Urhebers, zum anderen in den Urheberpersönlichkeitsrechten.[103]

Aus dieser Rechtfertigungsperspektive erscheint ein urheberrechtlicher Schutz von KI-Produkten nicht angemessen. Natur- und persönlichkeitsrechtliche Gedanken lassen sich nicht auf eine Maschine übertragen. Gleichzeitig steht dieser urheberrechtliche Legitimationsgrundsatz auch wiederholt in der Kritik.[104] Gerade in Bezug auf KI stellt sich die Frage nach der Zukunftsfähigkeit dieses Begründungsmodells. KI-generierte Schöpfungen sind teils kaum noch von menschlichen Werken zu unterscheiden. Es ist also fraglich, ob die urheberrechtliche Ausrichtung auf rein menschliche Schöpfungen überhaupt noch gerechtfertigt ist.

Lauber-Rönsberg, die sich jüngst mit dieser Frage auseinandersetzte, sieht die Rechtfertigung im wesentlichen Unterschied zwischen menschlicher und maschineller Kreativität. Zum einen fehle es einer KI an menschlicher „*Erlebnis- und Empfindungsfähigkeit*",[105] die kreativen Schöpfungen als wesentliche Grundlage dient. Zum anderen ist es einem Menschen im Gegensatz zu KI möglich, mit ihrem Werkschaffen ein übergeordnetes Ziel zu verfolgen.[106]

Daneben stellt dieses persönlichkeitsrechtliche Fundament des Urheberrechts auch einen entscheidenden Grundstein für die Akzeptanz seiner Notwendigkeit dar. Es fußt ganz wesentlich auf dem kulturellen Gedanken, die schöpferische Leistung als Ausdruck der Persönlichkeit als etwas Besonderes und Schützenswertes anzusehen. Wird diese Annahme hingegen durch den zunehmenden Schutz nicht ausreichend eigenschöpferischer Leistungen, wie es KI-Erzeugnisse sind, immer mehr verwässert, könnte ein steigender Respekt- und Akzeptanzverlust vor dem urheberrechtlichen Schutz die Folge sein. Gerade im digitalen und vernetzten Zeitalter des Internets, in dem grenzenlose Veröffentlichung und Vervielfältigung beinahe aufwandsfrei möglich ist, sind vor allem Immaterialgüterrechte ganz entschieden auf diese Akzeptanz angewiesen.[107]

Aus dieser Perspektive erscheint eine Ausdehnung des Schutzbereichs auf KI-erzeugte Produkte folglich nicht angebracht.

2. Ökonomische Perspektive

Im Rahmen ökonomisch orientierter Begründungsansätze wird vor allem auf die Anreizfunktion des Urheberrechts abgestellt.[108] Ohne immaterialgüterrechtlichen Schutz verliert ein Erschaffer aufgrund der Ubiquität geistiger Erzeugnisse nach Veröffentlichung die Herrschaft über sein Werk, es wird zu einem öffentlichen Gut.[109] Es kann von jedermann gleichzeitig genutzt und ungehindert weiter vervielfältigt werden. Aus diesem Grund würde sich der Marktpreis auf Dauer an den reinen Vervielfältigungskosten messen[110], sodass eine wirtschaftliche Verwertung der Arbeit für den Werkschöpfer nicht mehr sichergestellt wäre. Darüber hinaus sind Werkschöpfungen oft mit erheblichem Aufwand und Kosten verbunden, die infolge

[99] *Ohly*, in: Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, 2008, S. 141 (143).
[100] *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479 (479 f.).
[101] *Ohly*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, Einl. UrhG Rn. 8.
[102] *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, 2006, S. 57.
[103] *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (245).
[104] Vgl. *Stallberg* (Fn. 102), S. 57 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479 (480 f.).
[105] *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (251 f.).
[106] *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (251 f.).
[107] *Schack* (Fn. 44), Rn. 672.
[108] *Loewenheim* (Fn. 13), Einl. UrhG Rn. 9.
[109] *Bisges*, in: Handbuch Urheberrecht, 2016, Kap. 1 Rn. 22; *Ohly*, in: Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, 2008, S. 141 (144).
[110] *Ohly*, in: Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, 2008, S. 141 (144).

fehlender Verwertungsmöglichkeiten nicht gedeckt werden könnten.[111] Langfristig könnte das zur Folge haben, dass Werkschöpfer Abstand von ihrer Arbeit nehmen oder es ihnen durch fehlende Ressourcen schlichtweg nicht möglich ist, diese weiter auszuführen.[112] In Konsequenz würden so weniger Arbeiten produziert, was sich wiederum wirtschaftlich wie kulturell negativ auswirken würde.

Ein immaterialgüterrechtlicher Schutz, in diesem Fall das Urheberrecht, schafft dagegen ein Verwertungsmonopol zugunsten des Urhebers und stellt so die wirtschaftliche Verwertung der Arbeit sowie die Amortisierung der aufzuwendenden Investitionen sicher.[113] So wiederum schafft es (in erster Linie finanzielle) Anreize, überhaupt in diesem Bereich tätig zu werden.[114] Gerade die Entwicklung neuronaler Netze, die im Bereich KI-generierter Schöpfungen eine große Rolle spielen, erfordern ein hohes Maß an zeitlichem wie wirtschaftlichem Aufwand. Neben dem Aufwand der experimentellen Ermittlung der Netzwerkstruktur sind zum „Training" künstlicher neuronaler Netzwerke große Datenmengen notwendig.[115] Unternehmen, die diesen Aufwand getätigt haben, werden großes Interesse daran haben, diese Investitionen auch abzusichern und die Ergebnisse wirtschaftlich zu verwerten.[116] Immaterialgüterrechtliche Schutzmöglichkeiten, die einen solchen Investitionsschutz bieten, könnten somit einen wichtigen Anreiz in die Entwicklung von KI-Technologien setzen. Mit Blick auf die absehbare wirtschaftliche Bedeutung dieses Forschungsfelds erscheint es sinnvoll, den Markt in dieser Hinsicht zu fördern. Aber auch aus kultureller Perspektive wirken solche Anreize lohnenswert, da sie Schöpfungen im Bereich KI-generierter Kunst anregen und somit innovative Werkformen fördern können. Umgekehrt könnten fehlende Schutzmöglichkeiten den technischen sowie kulturellen Fortschritt auf lange Sicht ausbremsen.[117]

Diese Anreizfunktion erschöpft sich auch nicht schon in der Schutzmöglichkeit der KI selbst.[118] Zwar kann eine einmal entwickelte KI den Aufwand zur Entwicklung eines neuen Produkts zur Nullgrenze senken.[119] Wenn der Schutz ihrer Ergebnisse jedoch nicht zuverlässig gegeben ist, hätte das unumgänglich auch eine Entwertung der KI selbst zur Folge,[120] da der gewünschte Output regelmäßig Zweck und Funktion einer solchen Technologie darstellen wird. Auf dieser Basis klingt das Anreizargument zumindest plausibel, bedarf jedoch weiterer empirischer und ökonomischer Analysen, die die Erforderlichkeit immaterialgüterrechtlicher Anreize für die Entwicklung von KI untermauern.[121] Zu beachten ist weiterhin, dass die Überzeugungskraft des Anreizarguments entscheidend davon abhängt, wem die Urheberschaft an einem KI-Produkt zugerechnet wird.[122] KI ist weder für finanzielle noch für ideelle Anreize empfänglich. Den Schutz der KI selbst zuzuschreiben würde das Argument demnach völlig entkräften.

3. Rechtliche Rahmenbedingungen

Bei der Beantwortung der Frage, ob ein urheberrechtlicher Schutz für KI-Erzeugnisse *de lege ferenda* sinnvoll erscheint, müssen auch die Ausgestaltungsmöglichkeiten eines solchen Rechtsrahmens betrachtet werden.

Zum einen ist zu klären, wem die Rechte an KI-Produkten zugeordnet werden sollten. Im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung, insbesondere im Zusammenhang mit autonomen Fahrzeugen, wurde in der Vergangenheit die Idee aufgeworfen, intelligenten autonomen Systemen eine eigene Rechtspersönlichkeit (sog. *E-Person*) zuzuerkennen.[123] In Übertragung dieses Gedankens auf das Urheberrecht könnte man die Überlegung anstellen, eine KI selbst als Urheber anzuerkennen.[124] Dieser Vorschlag ist jedoch auf mehreren Ebenen problematisch.

Zum anderen wäre eine KI momentan schlicht nicht dazu in der Lage die Verwertungs- oder gar Persönlichkeitsrechte eines Urhebers durchzusetzen.[125] Wie bereits zu Anfang dargelegt, wird KI aktuell ausschließlich für begrenzte Anwendungsbereiche entwickelt.[126] Eine sog. starke KI, die einem Menschen ähnlich denken und handeln kann, bleibt dagegen bislang ein visionärer Gedanke. Eine KI, die beispielsweise zur Generierung von Bildern konzipiert wurde, ist darüber hinaus nicht in der Lage, Entscheidungen bezüglich einer möglichen Verwertung ihres Erzeugnisses zu treffen. Aufgrund der persönlichkeitsrechtlichen Dimension des Urheberrechts in Form der Urheberpersönlichkeitsrechte würde es im Unterschied zur zivilrechtlichen Gefährdungshaftung[127] auch nicht ausreichen, der KI ein Vermögen beizuordnen oder sie entsprechend zu versichern. In Konsequenz würde die Anerkennung einer KI als Urheber gewissermaßen ins Leere laufen.

---

[111] *Bisges* (Fn. 109), Kap. 1 Rn. 23.
[112] *Bisges* (Fn. 109), Kap. 1 Rn. 25.
[113] *Bisges* (Fn. 109), Kap. 1 Rn. 23.
[114] *Bisges*, ZUM 2014, 930 (938).
[115] Vgl. *Ehinger/Stiemerling*, CR 12 (2018), 761 (764).
[116] *Ehinger/Stiemerling*, CR 12 (2018), 761 (764).
[117] *Hristov*, IDEA 57, (453).
[118] Zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von künstlichen neuronalen Netzwerken *Ehinger/Stiemerling*, CR 12 (2018), 761 ff.
[119] *Scheufen*, Die Bedeutung des Urheberrechts im Zeitalter Künstlicher Intelligenz, IW-Kurzbericht 6/2019, S. 2, https://demand-projekt.de/paper/Scheufen_2019.pdf, zuletzt abgerufen am 07.04.2020.
[120] *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 (579).
[121] *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (252).
[122] *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (251).
[123] *Müller*, Inter 1/2019, 1; *Schirmer*, JZ 2019, 711 ff.
[124] Dazu auch *Schaub*, JZ 2017, 349; *Heine/Schafdecker*, „Die Maschine als Urheber", LTO vom 1.12.2018, https://www.lto.de/recht/zukunft-digitales/l/ki-kunst-urheber-computer-maschine/, zuletzt abgerufen am 07.04.2020.
[125] *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 (581).
[126] *Bitkom/DFKI*, Künstliche Intelligenz, 2017, S. 31.
[127] Zu KI im Zusammengang mit zivilrechtlichen Haftungsverhältnissen *Müller*, InTeR 2019, 1.

Auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive erscheint die Anerkennung von KI als Urheber und Rechtspersönlichkeit problematisch. Das Urheberrecht ist Grundrecht im Sinne der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) und stützt sich zudem auf das aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht.[128] Eine Maschine kann jedoch nicht Grundrechtsträger sein[129], weshalb die Anerkennung einer KI als Urheber mit diesem verfassungsrechtlichen Rahmen nicht vereinbar wäre.

Darüber hinaus ist es, wie bereits ausgeführt, ohnehin fraglich, ob ein urheberrechtlicher Schutz im Falle der Anerkennung einer *E-Person* überhaupt noch sinnvoll erscheint.

Unter all diesen Gesichtspunkten erscheint es weder sinnvoll noch angebracht eine KI als Urheber anzuerkennen. Stattdessen könnte man die Überlegung anstellen, die Rechtsinhaberschaft einer natürlichen Person zuzuordnen. Wie bereits erwähnt, ist das Urheberrecht jedoch ganz wesentlich auf menschliche Leistungen ausgerichtet. Die Gewährung urheberrechtlicher Schutzrechte für Maschinenerzeugnisse würde dieser Konzeption grundsätzlich entgegenlaufen. Ein urheberrechtlicher Schutz für autonom erzeugte KI-Schöpfungen wäre demnach nur mit erheblichem Reformaufwand widerspruchsfrei realisierbar.[130]

4. Zwischenfazit

Zwar spricht vor allem das wirtschaftliche Argument der Innovationsförderung für einen Urheberrechtsschutz *de lege ferenda*, vor allem unter dem Gesichtspunkt der persönlichkeitsrechtlichen Dimension des Urheberrechts sowie der rechtlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten überwiegen jedoch die Bedenken hinsichtlich einer solchen Schutzbereichserweiterung.

II. Schutz nach einem verwandten Schutzrecht

Sinnvoller erscheint stattdessen die Ausgestaltung eines Leistungsschutzrechts zugunsten desjenigen, der eine wesentliche wirtschaftliche oder technische Leistung zur Herstellung des KI-Produkts erbracht hat.[131]

Wie oben erläutert, wird zwar bei (weitestgehend) autonom geschaffenen und damit urheberrechtlich nicht geschützten KI-Erzeugnissen regelmäßig keine persönliche geistige Schöpfung erbracht. Dennoch sind KI-generierte Erzeugnisse ohne eine menschliche Leistung (technischer oder wirtschaftlicher Art) nicht möglich. Auch wenn ein urheberrechtlicher Schutz dieser Leistungen nicht angebracht erscheint, so erscheinen sie angesichts des großen Aufwands und der Investitionen, die in KI getätigt werden müssen, doch schutzwürdig. Gedanken an die Leistungsschutzrechte liegen nahe. Ein solches setzt in der Regel keine Schöpferperson voraus, sondern schützt wesentliche Leistungen anderer Art, die in ein Immaterialgut getätigt werden.[132] Gerade unter dem oben diskutierten Gesichtspunkt der Anreiz- und Investitionsschutzfunktion erscheint ein immaterialgüterrechtlicher Schutz sinnvoll.[133] In Anbetracht der dogmatischen Unterscheidung zwischen dem schöpferzentrierten Urheberrecht und den in erster Linie ökonomisch begründeten Leistungsschutzrechten[134] können persönlichkeitsrechtliche Argumente an dieser Stelle dagegen außer Acht gelassen werden.

Wie oben bereits diskutiert, erscheint die Ausweitung eines bestehenden Leistungsschutzrechts wie des Datenbankherstellerrechts (§§ 87a ff. UrhG) dabei allerdings nicht sachgemäß. Denkbar wäre jedoch eine Neuregelung, die den speziellen Anforderungen von KI-Technologie entsprechend angepasst ist.[135] In Anbetracht der immensen Vielfalt und Komplexität von KI-Technologien sowie ihrer rasanten Weiterentwicklung, dürfte es an dieser Stelle allerdings schwierig sein fixe Schutzvoraussetzungen zu definieren.[136]

Einen Gestaltungsvorschlag liefert *Dornis*, der für ein solches Schutzrecht (neben der Autonomie der KI) tatbestandlich ein Mindestmaß an Kreativität bei KI-generierten Produkten fordert. In Anlehnung an den sog. *Turing*-Test, bei dem Probanden im Blindtest menschliche von künstlichen Gesprächspartnern unterscheiden sollen, könne eine Beurteilung der Kreativität dabei anhand der hypothetischen Erreichung der Schöpfungshöhe iSd § 2 UrhG erfolgen.[137]

Weiterhin stellt sich auch in Bezug auf ein neuartiges Leistungsschutzrecht die Frage nach der möglichen Rechtsträgerschaft und den Kriterien, nach denen eine solche Zuordnung erfolgen könnte. Denkbar wäre es hier, ähnlich dem Laufbildschutz, auf die technische oder organisatorische Verantwortlichkeit für das KI-Produkt abzustellen. Unter dem Gesichtspunkt des Investitionsschutz- und Anreizarguments erscheint es allerdings sinnvoller, die Rechtsträgerschaft wie im Datenbankherstellerrecht an eine wesentliche Investition anzuknüpfen.[138] Mögliche Rechtsträger wären dann sowohl der Programmierer oder Hersteller der

[128] *Loewenheim* (Fn. 13), Einl. UrhG Rn. 10; *Nordemann* (Fn. 13), Einl. UrhG Rn. 64; *Bisges* (Fn. 109), Kap. 1 Rn. 28.
[129] *Axer*, in: BeckOK GG, 44. Ed. 2020, Art. 14 Rn. 37; *Lang*, in: BeckOK GG, 44. Ed. 2020, Art. 2 Rn. 47.
[130] Zu den Schwierigkeiten, die sich im Rahmen einer solchen Reform ergeben *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 244 (253).
[131] *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 (581).
[132] *Bisges* (Fn. 109), Kap. 10 Rn. 1 ff.
[133] So auch *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 (580).
[134] *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 75.
[135] *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 (580).
[136] *Heine/Schafdecker*, „Die Maschine als Urheber", LTO vom 01.12.2018, https://www.lto.de/recht/zukunft-digitales/l/ki-kunst-urheber-computer-maschine/, zuletzt abgerufen am 07.04.2020.
[137] *Dornis*, GRUR 2019, 1252 (1261).
[138] *Ehinger/Stiemerling*, CR 12 (2018), 761 (769).

KI als auch derjenige, dem die eigentums-, besitz- oder lizenzrechtliche Verfügungsbefugnis zukommt.[139]

III. Fazit

Gerade in Hinblick auf Innovationsförderung gibt es schlagkräftige Argumente für eine Erweiterung des Schutzes für KI-Produkte iSd Urhebergesetzes. Zum einen könnten immaterialgüterrechtliche Schutzmöglichkeiten wirtschaftlich relevante Anreize in Entwicklung und Innovation zukunftsweisender KI-Technologien setzen. In Anbetracht der hohen Wirtschafts- und Zukunftsrelevanz von KI-Technologien kommt einem solchen Argument großes Gewicht zu. Obwohl urheberrechtlich relevante KI-Schöpfungen nur einen vergleichbar kleinen Teil des großen Anwendungs- und Forschungsfelds „KI" ausmachen,[140] stellen die damit verbundenen Lösungsansätze, insbesondere neuronale Netzwerke, Kerntechnologien des aktuellen Forschungsstands dar, deren Weiterentwicklung Innovationen auf dem gesamten Feld fördern könnte.

Dieser Gedanke ist auch politisch hochaktuell: Im Herbst 2018 setzte sich die Bundesregierung in ihrer „*Strategie Künstliche Intelligenz*" zum Ziel, Deutschland zu einem „*weltweit führenden Standort für KI*" zu machen.[141] In Hinblick auf Investitionsschutz und Anreizfunktion könnte auch ein verbesserter Immaterialgüterschutz im Bereich von KI zu diesem Vorhaben beitragen.

Neben solchen wirtschaftlichen Erwägungen spricht auch die kulturelle Innovationsförderung für verbesserte Schutzmöglichkeiten KI-generierter Erzeugnisse.

Allerdings sollte ein solches Immaterialgüterrecht nicht auf einen urheberrechtlichen Schutz hinauslaufen. Neben materiellen Interessen schützt das deutsche Urheberrecht in erster Linie die ideelle Beziehung eines menschlichen Urhebers zu seinem Werk.[142] Ein Schutz von KI-generierten Produkten ist mit diesem Grundgedanken des Urheberrechts nicht vereinbar und würde seine wesentliche Rechtfertigungsgrundlage ins Wanken bringen. Zwar steht infrage, ob diese Ausrichtung noch gerechtfertigt ist. Angesichts der aktuell noch bestehenden Unterschiede zwischen maschinellem Schaffen und menschlicher Kreativität erscheint dies jedoch der Fall. Demnach wird ein urheberrechtlicher Schutz für KI-Erzeugnisse ohne ausreichende menschliche Beteiligung wohl nicht infrage kommen. Sinnvoller erscheint an dieser Stelle die Neuregelung eines Leistungsschutzrechts zugunsten desjenigen, der den entsprechenden Aufwand in die KI getätigt hat.

E. Zusammenfassung und Ausblick

Wie zahlreiche Beispiele illustrieren, sind (autonom) generierte KI-Schöpfungen längst keine Zukunftsvision mehr. Die urheberrechtlichen Schutzmöglichkeiten für solche Erzeugnisse sind nach aktueller Rechtslage jedoch äußerst eingeschränkt. So lassen sich zwar punktuell Ausnahmen wie KI-generierte Lichtbilder, Datenbanken oder Laufbilder unter den Tatbestand entsprechender Leistungsschutzrechte subsumieren. Ein Großteil KI-generierter Schöpfungen ist hingegen nicht schutzfähig.

Diese Rechtslage erscheint in Anbetracht des Raumes, den KI im digitalen Zeitalter einnimmt, auf den ersten Blick nicht mehr zeitgemäß. Aktuelle Fälle wie die Versteigerung von *Edmond de Belamy* veranschaulichen das wirkungsvoll. Umso dringlicher scheint die Frage nach Schutzmöglichkeiten *de lege ferenda* – ob diese notwendig erscheinen und wie sie ausgestaltet werden können.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass ein urheberrechtlicher Werkschutz für KI-generierte Produkte wohl weiterhin nicht infrage kommen wird. Vor dem Hintergrund des stark persönlichkeitsrechtlich geprägten Urheberrechts scheint eine solche Schutzbereichserweiterung weder realisierbar noch angebracht.

Dennoch darf die enorme wirtschaftliche wie gesellschaftliche Relevanz von KI-Technologien auch aus urheberrechtlicher Perspektive nicht übergangen werden. Insbesondere in Hinblick auf das hohe Maß an Aufwand und Investitionen, die vor allem seitens der Entwickler in die Herstellung von KI-Schöpfungen fließen, erscheinen die aktuellen rechtlichen Schutzmöglichkeiten unbefriedigend. Nicht nur sind solche Leistungen in Hinblick auf ihre kulturelle Bedeutung schutzwürdig, Immaterialgüterrechte können darüber hinaus vor allem wichtige Schlüsselreize in die Entwicklung zukunftsweisender Technologien setzen. Vor diesem Hintergrund bietet es sich an, über die Neuregelung eines entsprechenden Leistungsschutzrechts nachzudenken.

KI kommt schon jetzt ein enormer Stellenwert in nahezu allen Lebensbereichen zu. Bei Betrachtung dieser Entwicklung wird sie vermutlich auch aus vielen Bereichen der Kunst bald nicht mehr wegzudenken sein. Ob das aus künstlerischer Perspektive immer wünschenswert ist, steht an anderer Stelle. Dennoch wird auch das Urheberrecht gezwungen sein, neue Lösungen für einen solchen technologisch-gesellschaftlichen Wandel bereitzuhalten. Angesichts des wirtschaftlichen, aber auch kulturellen Fortschritts, den solche Neuerungen erfahrungsgemäß mit sich

[139] *Ehinger/Stiemerling*, CR 12 (2018), 761 (769); *Dornis*, GRUR 2019, 1252 (1262 f.).
[140] *Schaub*, JZ 2017, 342 (348).
[141] BMBF/BMWi/BMAS, Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung, 2018, S. 8, https://www.bmbf.de/files/Nationale_KI-Strategie.pdf, zuletzt abgerufen am 27.09.2020.
[142] *Peukert*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, Vor §§ 12 ff. UrhG Rn. 3.

bringen, erscheint es jedoch – trotz der Herausforderungen, die sich bei der Ausgestaltung rechtlicher Rahmenbedingungen im Zusammenhang mit den komplexen und vielfältigen KI-Technologien ergeben – lohnenswert, die Auseinandersetzung zu dieser Problematik weiter zu vertiefen und mögliche Lösungsstrategien auszubauen. Der rechtswissenschaftliche Diskurs steht an dieser Stelle allerdings noch ganz am Anfang.

Alexander Kloth[*]

Der kleine Unbekannte – Art. 15 GG: Die Sozialisierungsermächtigung des Grundgesetzes im Lichte der Berliner Enteignungsinitiative

Lange Zeit fristete Art. 15 GG ein verfassungsrechtliches Schattendasein. Erst mit der Debatte um die mögliche Vergesellschaftung großer, privater Berliner Wohnungsgesellschaften ist er wieder verstärkt in den Blickpunkt gerückt. Wer die aktuelle Diskussion verfolgt, wird feststellen, dass sie vor allem an Unklarheiten in Hinblick auf Wesen und Wirkweise des Art. 15 GG krankt. Ziel dieses Beitrages ist es daher, die im Rahmen von Art. 15 GG besonders umstrittenen Punkte aufzuarbeiten und einer Lösung zuzuführen.

Inhaltsübersicht

A. Hintergrund 86
B. Art. 15 GG – verfassungsrechtlicher Fremdkörper? ...86
C. Die Rechtsnatur der Sozialisierungsermächtigung....87
D. Viele Fragen, wenige Antworten… 88
I. Verhältnis zur Enteignung....88
1. Die Sozialisierung als Sonderfall der Individualenteignung? 88
2. Die Sozialisierung innerhalb der Schrankensystematik des Art. 14 GG 89
II. Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Sozialisierungen 90
III. Reichweite der Entschädigungspflicht nach Art. 15 S. 2 GG....93
E. Ergebnis mit Blick auf die Berliner Enteignungsinitiative 95
F. Der Zwittercharakter des Art. 15 GG als Gretchenfrage der Sozialisierung....96
G. Ausblick 97

A. Hintergrund

Vor dem Hintergrund eines immer angespannteren Wohnungsmarktes fordert seit 2018 eine Berliner Bürgerinitiative unter dem plakativen Namen „*Deutsche Wohnen & Co. enteignen*“ die Vergesellschaftung großer, privater Wohnungsbestände im Land Berlin. Erklärtes Ziel der Initiative ist die Durchführung eines Volksbegehrens über den Erlass eines „*Gesetzes zur Überführung von Immobilien sowie Grund und Boden in Gemeineigentum zum Zwecke der Vergesellschaftung nach Art. 15 GG*“[1]. Von dem Gesetz erfasst wären laut Beschlusstext der Initiative all jene privaten Wohnungsgesellschaften, die über mehr als 3000 Wohnungen verfügen und damit als „vergesellschaftungsreif“ gälten.[2] Die im Gesetz ebenfalls mitzuregelnde Entschädigung der betroffenen Unternehmen soll nach Vorstellung der Initiatoren deutlich unterhalb des Verkehrswertes der Immobilien liegen.[3]

Angesichts dieser durchaus radikalen Forderungen sowie des Umstandes, dass sich mit den Parteien *Die Linke* sowie *Bündnis 90/Die Grünen* gleich zwei der drei Berliner Regierungsparteien mit der Initiative solidarisiert haben, ist in Politik und Stadtgesellschaft eine lebhafte Debatte entbrannt, die Anlass gibt, sich mit der bisher kaum beachteten Bestimmung des Art. 15 GG auseinanderzusetzen.

Die drängende und für den Erfolg der Initiative sicherlich entscheidende Frage nach der Verfassungsmäßigkeit[4] der geplanten Vergesellschaftungsmaßnahmen soll dabei an dieser Stelle jedoch nicht im Vordergrund stehen. Ihre Beantwortung würde ohnehin den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Wesentliches Ziel der folgenden Ausführungen ist es vielmehr, die aus Art. 15 GG fließenden, einschlägigen verfassungsrechtlichen Prämissen für eine Vergesellschaftung herauszuarbeiten, die sodann als Grundlage für die weitere Diskussion dienen können.

B. Art. 15 GG – verfassungsrechtlicher Fremdkörper?

Auf den ersten Blick wirkt Art. 15 GG wie ein Fremdkörper im System des Grundgesetzes, erlaubt er doch die Vergemeinschaftung von Privateigentum und steht damit in scheinbar offensichtlichem Widerspruch zur

[*] Der *Verfasser* ist geprüfter Rechtskandidat des Landes Berlin sowie Stipendiat am *College of Europe (Bruges)*.

[1] *Mietenvolksentscheid e.V.*, Beschlusstext für unseren Volksentscheid, https://www.dwenteignen.de/2018/11/beschlusstext-fuer-unseren-volksentscheid/, zuletzt abgerufen am 12.4.2020.

[2] *Mietenvolksentscheid e.V.*, Beschlusstext für unseren Volksentscheid, https://www.dwenteignen.de/2018/10/volksentscheid-vorlaeufiger-beschlusstext/, zuletzt abgerufen am 12.4.2020.

[3] *Mietenvolksentscheid e.V.*, Beschlusstext für unseren Volksentscheid, https://www.dwenteignen.de/2018/11/beschlusstext-fuer-unseren-volksentscheid/, zuletzt abgerufen am 12.4.2020.

[4] Diese ist bereits Gegenstand mehrerer Gutachten und wird unterschiedlich bewertet. Siehe hierzu *Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen*, Vergesellschaftung, https://www.stadtentwicklung.berlin.de/wohnen/wohnraum/vergesellschaftung/, zuletzt abgerufen am 2.4.2020.

marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftspolitik der Bundesrepublik. Der ein oder andere mag sich bei der Lektüre von Art. 15 GG gar an überholt geglaubte planwirtschaftliche Instrumentarien erinnert fühlen, die mit dem durch das Grundgesetz verbürgten Recht auf Privateigentum unvereinbar scheinen. Ein Eindruck, der nicht ganz von der Hand zu weisen ist, wenn man bedenkt, dass die Forderung nach Sozialisierung traditionell das Kernstück sozialistischer Wirtschaftspolitik bildet.[5] In der Vergangenheit wurde daher bereits wiederholt gefordert, Art. 15 GG gänzlich aus der Verfassung zu streichen.[6]

Ein „Fremdkörper" ist Art. 15 GG indes keineswegs.[7] Er ist vielmehr wesentliches Element, wenn nicht sogar das Kernstück[8] des sog. *Bonner Kompromisses* zwischen bürgerlichen Parteien und Sozialdemokraten im Parlamentarischen Rat[9], der das Zustandekommen des Grundgesetzes in seiner heutigen Form erst ermöglichte. Noch heute zeugt Art. 15 GG von der einstigen politischen Konkurrenz zweier prinzipiell konträrer Wirtschaftsformen zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes.[10] Auch wenn sich, abgesehen von den *Linken*, inzwischen alle politischen Parteien zur Marktwirtschaft bekennen, hält Art. 15 GG dennoch das Bewusstsein wach, dass das Grundgesetz nicht auf eine rein marktwirtschaftliche Ordnung festgelegt ist,[11] sondern mit der Sozialisierungsermächtigung einen dauerhaften Hebel zur (wenigstens teilweisen) Umgestaltung der Sozial- und Wirtschaftsordnung bereit hält.[12] Seine verfassungsrechtliche Funktion wird vom *BVerfG* daher darin gesehen, Ausdruck der sog. wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes zu sein,[13] auf die im Folgenden noch näher eingegangen wird.

Jenseits dieser (verfassungs-)historischen Dimension ist die praktische Relevanz des Art. 15 GG hingegen gering geblieben. Bisher ist es in der Bundesrepublik noch nie zu einer auf Art. 15 GG gestützten Sozialisierung gekommen. Der Zusammenbruch der DDR und das damit verbundene offensichtliche Scheitern des real existenten Sozialismus wird sein Übriges dazu beigetragen haben, dass spätestens seit den Godesberger Beschlüssen der SPD im Jahr 1959 keine der großen politischen Parteien ernsthafte Sozialisierungsbestrebungen geäußert hat. Gänzlich an Bedeutung verloren hat Art. 15 GG dennoch nicht. Zwar ist aus der jahrzehntelangen Nichtanwendung der Norm zum Teil geschlossen worden, die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG sei obsolet geworden.[14] Abgesehen von der darin liegenden zutreffenden politischen Einschätzung geht die Behauptung eines normativen Auslaufens der Ermächtigung jedoch fehl,[15] zumal sie keine zeitliche Begrenzung enthält.[16] Art. 15 GG ist nach wie vor geltendes Ver-fassungsrecht, das – zumindest theoretisch – jederzeit zur Anwendung kommen könnte.[17]

Auch wenn Art. 15 GG aus heutiger Sicht wie ein „*Verfassungsfossil*"[18] erscheinen mag, ist es doch gerade jene, vom Grundgesetz gewollte Antinomie zwischen der Verfassungsgarantie des Privateigentums auf der einen und der Verfassungsermächtigung, eben jenes Privateigentum zu beseitigen, auf der der andere Seite, die das Wesen des Art. 15 GG als zentrales Element politischer Einheitsbildung ausmacht[19] und ihm seine verfassungsrechtliche Daseinsberechtigung verleiht. Welche praktischen Schlüsse aus diesem latenten Widerspruch[20] zu ziehen sind, wird im Folgenden freilich noch zu klären sein.[21]

C. Die Rechtsnatur der Sozialisierungsermächtigung

Art. 15 GG steht nicht nur räumlich, sondern auch systematisch in engem Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.[22] Diese bildet daher auch den Ausgangspunkt für das weitere Verständnis der Norm. Nach Auffassung des *BVerfG* stellt die in Art. 15 GG enthaltene Sozialisierungsermächtigung „*eine der traditionellen Beschränkungen des Eigentums*"[23] dar, indem sie die in Art. 14 GG angelegten Beschränkungsmöglichkeiten des Eigentums um die Möglichkeit der Vergesellschaftung bestimmter, näher benannter Güter erweitert.

Unter Vergesellschaftung oder gleichbedeutend Sozialisierung versteht man dabei den Übergang von einer auf private Gewinnerzielung gerichteten Organisationsform des Wirtschaftens in eine gemeinnützige.[24] Die für das Privateigentum charakteristische Privatnützigkeit wird dabei aufgehoben und durch eine am Gemeinwohl orientierte Form des Wirtschaftens ersetzt. Hier wird sogleich der

[5] *Depenheuer/Froese*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2017, Art. 15 Rn. 1; siehe aber auch *Leisner,* JZ 1975, 272 (277).
[6] *Durner*, in: Maunz/Dürig, Komm-GG, Bd. II, 90. EL, Art. 15 Rn. 3; *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 15 Rn. 11; zuletzt sprach sich die FDP auf ihrem 70. Bundesparteitag für eine Aufhebung des Art. 15 GG aus.
[7] *Bryde*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 15 Rn. 1; *Depenheuer/Froese* (Fn. 5), Art. 15 Rn. 2.
[8] *Depenheuer/Froese* (Fn. 5), Art. 15 Rn. 2.
[9] *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 1.
[10] *Hummel*, JuS 2008, 1065 (1066).
[11] *Berkemann*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 15 Rn. 29.
[12] *Schliesky*, in: Bonner Kommentar GG, Ordner 5, 200. AL 2019, Art. 15 Rn. 2.
[13] Vgl. BVerfGE 4, 7 (17 f.).
[14] *Ridder*, in: VVDStRL 10, 1952, S. 124 (146 f.); aA *Leisner,* JZ 1975, 272; *Wendt,* in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 15 Rn. 2; *Durner* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 1.
[15] *Depenheuer/Froese* (Fn. 5), Art. 15 Rn. 3; *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 3.
[16] *Dietlein*, in: Stern, Staatsrecht IV/1, 2006, S. 2306; ebenso *Bäumler*, Staatliche Investitionsplanung unter dem Grundgesetz, 1980, S. 62.
[17] *Schliesky* (Fn. 12), Art. 15 Rn. 1. So auch schon *Leisner,* JZ 1975, 272, der zu bedenken gibt, dass Verfassungsnormen durch ihre Existenz und nicht nur durch Anwendung wirken.
[18] *Depenheuer/Froese* (Fn. 5), Art. 15 Rn. 4.
[19] *Mayer-Abich*, Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie, 1980, S. 154.
[20] Vgl. dazu *Schliesky* (Fn. 12), Art. 15 Rn. 7.
[21] Siehe dazu Punkt VI.
[22] *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 6.
[23] BVerfGE 22, 387 (422).
[24] *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 7.

Unterschied zu einer fiskalisch motivierten Verstaatlichung von Wirtschaftsgütern deutlich, die mangels Änderung der Wirtschaftsform nicht der Ermächtigung des Art. 15 GG unterfällt.

Eine über die Wirkung als Grundrechtsschranke hinausgehende Funktion ist Art. 15 GG nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur hingegen nicht zu entnehmen.[25] Insbesondere enthält Art. 15 GG weder einen Verfassungsauftrag[26] zur Sozialisierung noch eine objektive Wertentscheidung zugunsten einer solchen.[27] Auch zwingt Art. 15 GG nicht dazu, vom Inkrafttreten des Grundgesetzes an alles zu unterlassen, was eine künftige Sozialisierung erschweren könnte.[28] Einige Autoren sehen in Art. 15 GG zwar zudem ein „*Freiheitsrecht auf Nichtsozialisierung*“[29] für den Fall, dass die in Art. 15 GG genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind.[30] Diese Konstruktion ist jedoch grundrechtsdogmatisch nicht haltbar.[31] Anders als Art. 14 GG verbürgt Art. 15 GG gerade kein eigenständiges Freiheitsrecht[32], sondern eröffnet lediglich eine zusätzliche Möglichkeit für Eingriffe in das Privateigentum. Freiheitssichernde Wirkung kommt der Sozialisierungsermächtigung daher allenfalls im Zusammenspiel mit Art. 14 GG zu. Indem Art. 15 GG den *numerus clausus* der Eingriffe in das Eigentumsgrundrecht um eine zusätzliche Möglichkeit erweitert, schließt er zugleich weitere denkbare Handlungsalternativen aus und setzt somit der staatlichen Ausgestaltung der Eigentumsordnung Grenzen.[33]

D. Viele Fragen, wenige Antworten…

Es ist wohl dem durchaus bemerkenswerten Umstand seiner ausnahmslosen Nichtanwendung geschuldet, dass im Rahmen von Art. 15 GG noch immer viele, grundlegende Fragen ungeklärt sind. Das *BVerfG* hat sich bisher nur sehr vereinzelt zu Art. 15 GG geäußert und das Feld weitgehend der Literatur überlassen. Um – auch hinsichtlich der aktuellen Debatte – etwas mehr Licht ins Dunkel zu bringen, sollen im Folgenden zunächst die drei wohl umstrittensten und für das Verständnis der Norm wichtigsten Punkte genauer untersucht werden. Konkret geht es hierbei um das Verhältnis der Sozialisierung zur Enteignung (I.), die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auf Vergesellschaftungsmaßnahmen nach Art. 15 GG (II.) sowie die Frage, ob sich die gemäß Art. 15 S. 2 GG zu leistende Entschädigung am Verkehrswert der betroffenen Sozialisierungsgüter zu orientieren hat oder nicht (III.).

Die bemerkenswerte Polarisierung in der verfassungsrechtlichen Debatte um Art. 15 GG wird sodann zum Anlass genommen, am Ende des Beitrages einige grundsätzliche Überlegungen zum Wesen der Sozialisierungsermächtigung und ihrer Rolle im Gesamtgefüge des Grundgesetzes anzustellen. Dabei soll vor allem die Frage im Vordergrund stehen, welche Konsequenzen sich aus der politischen Prägung des Art. 15 GG für dessen Auslegung ergeben und wie der bereits angesprochene (scheinbare) Widerspruch zwischen der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG und der Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG sinnvoll aufgelöst werden kann (F.). Der Beitrag schließt im Anschluss an diese Ausführungen mit einem Ausblick (G.).

I. Verhältnis zur Enteignung

1. Die Sozialisierung als Sonderfall der Individualenteignung?

Seit jeher besonders umstritten ist das Verhältnis von Art. 15 GG zur Enteignung in Art. 14 Abs. 3 GG. Es sei bereits eingangs darauf hingewiesen, dass es sich hierbei in erster Linie um eine dogmatische Frage handelt, auf deren mögliche praktische Konsequenzen später noch genauer eingegangen wird.

Bereits im Parlamentarischen Rat gab das Verhältnis der beiden Normen Anlass zu kontroversen Diskussionen, was zu einer Vielzahl von Formulierungsvorschlägen führte.[34] Zu einem abschließenden Ergebnis gelangte man indes nicht. Die Mütter und Väter des Grundgesetzes vertrauten allem Anschein nach vielmehr darauf, dass Gesetzgeber und Rechtsprechung Art. 15 GG durch Konkretisierung und Auslegung zu klarer Gestalt verhelfen und das Verhältnis zur Enteignung auf diese Weise klären würden.[35] Dass es dazu nicht kam, ist wohl im Wesentlichen dem Siegeszug der Marktwirtschaft in Deutschland ab den 1950er Jahren geschuldet,[36] der Sozialisierungen politisch unattraktiv machte und Art. 15 GG zu einer Dunkelnorm in der Verfassung werden ließ. Die (Verfassungs-)Rechtswissenschaft beschäftigte sich freilich dennoch (oder gerade deshalb) mit Art. 15 GG und bemühte sich, den juristischen und terminologischen Schleier, der sich seit dem Erlass des Grundgesetzes um die Problematik von Enteignung und Sozialisierung gelegt hatte, zu lüften. Während dabei in

[25] Siehe *Durner* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 17 ff.
[26] BVerfGE 12, 354 (363 f.).
[27] *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Komm-GG, 16. Aufl. 2020, Art. 15 Rn. 1; *Depenheuer/Froese* (Fn. 5), Art. 15 Rn. 7.
[28] BVerfGE 12, 354 (364).
[29] *Ipsen*, in: VVDStRL 10, 1952, S. 74 (108). So wohl auch *Dietlein* (Fn. 16), S. 2302, der die abwehrrechtliche Grundausrichtung des Art. 15 GG betont. Vgl. auch *Berkemann* (Fn. 11), Art. 15 Rn. 29, der diese Deutung zumindest in einem „*metaphorischen Sinne*“ für zulässig hält.
[30] *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 5; *Leisner*, JZ 1975, 172; *Depenheuer/Froese* (Fn. 5), Art. 15 Rn. 8.
[31] So iE auch *Durner* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 20; *Schliesky* (Fn. 12), Art. 15 Rn. 16.
[32] *Rittstieg*, in: Alternativkommentar GG, 3. Aufl. 2001, Art. 14/15 Rn. 238; *Schliesky* (Fn. 12), Art. 15 Rn. 4; aA *Becker*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 15 Rn. 9.
[33] So auch *Dietlein* (Fn. 16), S. 2304.
[34] *Axer*, in: BeckOK GG, 44. Ed. 2019, Art. 15 Rn. 3; *Becker* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 5. Zur Genese der Norm siehe *Durner* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 11 ff.; *Dietlein* (Fn. 16), S. 2307.
[35] *Wieland* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 10; *Becker* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 7.
[36] *Kloepfer*, NJW 2019, 1656 (1658).

frühen Kommentierungen des Grundgesetzes noch mehrheitlich davon ausgegangen wurde, Art. 15 GG stelle einen Sonderfall der Enteignung dar,[37] sieht die überwiegende Literatur Art. 15 GG inzwischen als eigenständiges Rechtsinstitut an, das sich nach Zielsetzung, Voraus-setzungen und Formtypik grundsätzlich von der Enteignung unterscheidet.[38]

Angesichts der systematischen Nähe der beiden Normen scheint jedoch auf den ersten Blick vieles für die Annahme eines Spezialitätsverhältnisses zu sprechen. Insbesondere der Umstand, dass sich die Vergesellschaftung ebenso wie die Enteignung als entschädigungspflichtiger Eingriff in das Eigentum darstellt und insofern als „*strukturelle Enteignung*“[39] bezeichnet werden könnte[40], legt die Einordnung der Sozialisierung als Sonderfall der Enteignung nahe. In diese Richtung ließe sich auch der Verweis in Art. 15 S. 2 GG auf die Junktim-Klausel des Art. 14 Abs. 3 GG verstehen, der auf eine Konnexität der beiden Rechtsinstitute hindeutet. [41] Insofern liegt der Schluss nahe, bei der Sozialisierung handele es sich lediglich um einen (Unter-)Fall der Enteignung, der besonderen Zwecken diene.[42]

Beschäftigt man sich jedoch mit der Genese der Norm, ergibt sich schnell ein anderes Bild. Die Dokumente über die Beratungen im Parlamentarischen Rat belegen, dass ein früher Formulierungsvorschlag, demzufolge die Sozialisierung „*im Wege der Enteignung des Art. 14 GG*“[43] (damals noch Art. 17) erfolgen sollte, vom Verfassungsgeber bewusst verworfen wurde.[44] Legt man diese Formulierung der heutigen Fassung des Art. 15 GG, die einen derartigen Verweis nicht mehr enthält, als Kontrastfolie zugrunde, so deutet der direkte Vergleich eher auf eine strukturelle Trennung von Enteignung und Sozialisierung hin. Davon scheint im Übrigen auch das *BVerfG* auszugehen, wenn es ausführt, dass „*unabhängig vom Enteignungstatbestand*“[45] die Sozialisierung als eine der „*traditionellen Beschränkungen des Eigentums*“[46] existiert. Gestützt wird dieser Befund auch durch einen Blick in die Kompetenzordnung des Grundgesetzes, [47] die für Enteignung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 14 GG) und Sozialisierung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 15 GG) jeweils einen eigenständigen Kompetenztitel bereithält.

Den endgültigen Beweis, dass die Sozialisierung als eigenständiges, neben der Enteignung stehendes Rechtsinstitut zu qualifizieren ist, liefert jedoch ein direkter Vergleich der beiden Normen. Anders als die Enteignung setzt die Sozialisierung nämlich nicht zwingend einen Eigentumsübergang voraus.[48] Gemäß Art. 15 S. 1 GG kann die Sozialisierung zwar auch durch Umwandlung des bestehenden Privateigentums in Gemeineigentum erfolgen. Gleichfalls möglich ist jedoch die Überführung der sozialisierungsfähigen Güter in andere Formen der Gemeinwirtschaft. Der für die Qualifikation als Enteignung entscheidende teilweise oder vollständige Entzug konkreter, durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteter subjektiver Rechtspositionen[49] ist für die Sozialisierung nach Art. 15 GG gerade nicht konstitutiv.[50] Zentrales Wesensmerkmal der Sozialisierung ist zudem ohnehin weniger der Entzug einer bestimmen Eigentumsposition als vielmehr die Neuausrichtung des wirtschaftlichen Umgangs mit derselben.[51] Das Rechtsinstitut der Sozialisierung kann somit schon *per definitionem* kein Sonderfall der Enteignung sein, da sie die Voraussetzungen des vom *BVerfG* entwickelten Enteignungsbegriffes nicht erfüllt. Der aus der bloßen – wie *Ridder* sie bezeichnet – „*fatalen nachbarlichen Enge*“[52] resultierenden Annahme eines Spezialitätsverhältnisses zwischen den beiden Normen kann daher nicht gefolgt werden.

2. Die Sozialisierung innerhalb der Schrankensystematik des Art. 14 GG

Damit ist allerdings noch nicht die Rolle der Sozialisierungsermächtigung innerhalb der Schrankensystematik des Art. 14 GG geklärt, zu der Art. 15 GG zweifelsohne gehört.[53] Der Schlüssel hierzu liegt in der bereits angesprochenen Rechtsprechung des *BVerfG* zu den Voraussetzungen und Grenzen des Enteignungsbegriffes, durch die es den Anwendungsbereich der Enteignung ab den 1980er Jahren zunehmend eingeschränkt und somit dogmatischen Raum für die Sozialisierung geschaffen hat.[54]

Nahm die Rechtsprechung früher an, dass eine grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmende Inhalts- und Schrankenbestimmung bei Überschreitung einer gewissen Grenze in eine entschädigungspflichtige Enteignung umschlagen könne, wurde dieser Ansatz vom *BVerfG* im

[37] Nachweise bei *Ridder*, in: VVDStRL 10, 1952, S. 124 f.; heute noch *Dietlein* (Fn. 16), S. 2305.
[38] *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 6; *Becker* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 38 f.
[39] *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 35. Aufl. 2018, Rn. 1093.
[40] *Dietlein* (Fn. 16), S. 2305.
[41] *Becker* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 37.
[42] So *Jerusalem*, NJW 1950, 210.
[43] Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 5/II, S. 738.
[44] *Becker* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 6, 8.
[45] Vgl. BVerfGE 22, 387 (422).
[46] Vgl. BVerfGE 22, 387 (422).
[47] *Kloepfer*, NJW 2019, 1656 (1658); *Schede/Schuldt*, ZRP 2019, 78 (79); *Berkemann* (Fn. 11), Art. 15 Rn. 42.
[48] *Sodan*, Rechtsgutachten für den BBU zur Sozialisierung, S. 35, https://bbu.de/sites/default/files/press-releases/bbu-sodan-rechtsgutachten-2019-endfassung.pdf, zuletzt aufgerufen am 12.4.2020; ebenso *Durner* (Fn. 6), Art. 15, Rn. 65.
[49] BVerfG 52, 1 (27).
[50] So auch *Depenheuer/Froese* (Fn. 5), Art. 15 Rn. 14; *Becker* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 38.
[51] *Rittstieg* (Fn. 32), Art. 14/15 Rn. 237. Vgl. auch *Berkemann* (Fn. 11), Art. 15 Rn. 29, der insofern den Begriff der „*Gemeinwirtschaft*“ in Art. 15 GG als zentral erachtet.
[52] So *Ridder*, in: VVDStRL 10, 1952, S. 124.
[53] Siehe BVerfGE 22, 387 (422).
[54] So auch *Becker* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 39; *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 6.

Nassauskiesungsbeschluss [55] bewusst aufgegeben. [56] Art. 14 GG sieht demnach zwei strikt voneinander zu trennende Eingriffsmöglichkeiten vor, wobei ein „*Umschlagen*" einer Inhalts- und Schrankenbestimmung hin zu einer Enteignung nicht mehr möglich ist.[57]

Geht man nun davon aus, dass die Sozialisierung weder entschädigungslos zu duldende Inhalts- und Schrankenbestimmung noch entschädigungspflichtige Enteignung ist, verbleibt als einziger Anwendungsbereich der Sozialisierung die unverhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung, also die gesetzliche Beschränkung des (Privat-)Eigentums, die zwar nach modernerer Begrifflichkeit keine Enteignung darstellt, den Kern der Privatnützigkeit jedoch so stark berührt, dass sie – an Art. 14 Abs. 1 GG gemessen – unverhältnismäßig wäre.[58]

Art. 15 GG erweitert das Spektrum der Eingriffsmöglichkeiten des Staates in das Eigentumsgrundrecht somit in materieller Hinsicht um einen Bereich, der von den Instrumentarien des Art. 14 GG nicht gedeckt ist. Die Sozialisierung setzt – anders gesagt – dort an, wo weder Enteignung (mangels formellen Eigentümerwechsels) noch Inhalts- und Schrankenbestimmung (aufgrund der vollständigen Aushöhlung der Privatnützigkeit) greifen, die staatliche Ausgestaltung der Eigentumsordnung also ohne die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG eine verfassungsrechtliche Grenze fände.

Legt man ein solches Verständnis der Norm zugrunde, lässt sich auch der Verweis auf die Junktim-Klausel in Art. 15 S. 2 GG erklären. Die für Sozialisierungen ausnahmslos geltende Entschädigungspflicht erscheint nämlich nur dann sachgerecht, wenn die durch sie erfassten Vergesellschaftungen die (materielle) Schwelle der entschädigungslos hinzunehmenden Sozialbindung des Eigentums überschreiten. [59] Ebendies wäre bei einer nach Art. 14 Abs. 1 GG unverhältnismäßigen Inhalts- und Schrankenbestimmung der Fall.

Zum zentralen Abgrenzungskriterium zwischen Enteignung und Sozialisierung wird somit die der Sozialisierung immanente Beseitigung der Privatnützigkeit des Eigentums.[60] Wollte man also den Begriff der Sozialisierung iSv Art. 15 GG in Abgrenzung zur Enteignung definieren, ließe sich festhalten, dass von Art. 15 GG allein solche auf die Errichtung gemeinwirtschaftlicher Strukturen gerichtete Eingriffe in das Eigentum erfasst sind, die das Privateigentum derart weitreichenden Beschränkungen unterwerfen, dass seine Privatnützigkeit ganz oder nahezu vollständig aufgehoben wird. [61] Auf diese Weise wird Art. 15 GG ein eigenständiger und sinnvoller Anwendungsbereich neben den Eingriffsmöglichkeiten des Art. 14 GG eröffnet, der sich auch systematisch in die vom *BVerfG* entwickelte Eigentumsdogmatik des Grundgesetzes einfügt.

II. Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Sozialisierungen

Mindestens ebenso umstritten und für die aktuelle Debatte von großer Bedeutung ist die Frage, inwieweit die Schranke des Art. 15 GG, abgesehen von den dort explizit genannten tatbestandlichen Voraussetzungen, ihrerseits weiteren materiellen Beschränkungen unterliegt. Im Kern geht es dabei um die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auf Sozialisierungen nach Art. 15 GG. Dies mag zunächst verwundern, da sich grundsätzlich jedes Staatshandeln[62] – insbesondere da, wo es Eingriffsqualität aufweist – am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen muss. Nichtsdestotrotz gibt es Stimmen in der Literatur,[63] die insoweit von einem Dispens ausgehen, der zur Folge hätte, dass das Übermaßverbot auf Sozialisierungen nur beschränkt oder gar überhaupt keine Anwendung fände.

Wie bereits eingangs dargestellt, wird Art. 15 GG überwiegend die Bedeutung beigemessen, eine wirtschaftspolitisch neutrale Verfassung zu schaffen. Gemeint ist damit, dass sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden, sondern diese Entscheidung bewusst in das Ermessen des Gesetzgebers gestellt hat.[64] Die bestehende Wirtschafts- und Sozialordnung ist demnach nur eine nach dem Grundgesetz mögliche, keineswegs aber die allein zulässige. Art. 15 GG kommt im Gefüge des Grundgesetzes somit bildlich gesprochen die Funktion zu, die Tür in Richtung einer sozialistischen Wirtschaftsordnung auch in Zukunft zumindest einen Spalt breit offen zu lassen.

Einige Stimmen in der Literatur befürchten diesbezüglich jedoch, dass sich diese Tür für immer schließen könnte, sollte der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch für Sozialisierungen nach Art. 15 GG in vollem Umfang gelten. Eine strikte Anwendung des Übermaßverbotes auf Sozialisierungen würde die Anforderungen an eine solche nämlich derart signifikant erhöhen, dass die Offenheit des Grundgesetzes gegenüber anderen Wirtschaftsformen

[55] BVerfGE 58, 300 (330 ff.).
[56] *Epping*, Grundrechte, 8. Aufl. 2019, Rn. 469.
[57] *Kingreen/Poscher* (Fn. 39), Rn. 1057.
[58] So *Durner* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 63.
[59] *Durner* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 64.
[60] Vgl. *Durner* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 64.
[61] *Durner* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 65.
[62] BVerfGE 23, 127 (133); *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 12 Rn. 84.
[63] So zB *Berkemann* (Fn. 11), Art. 15 Rn. 91; *Kingreen/Poscher* (Fn. 39), § 23 Rn. 1094; *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 10; *Battis*, BB 2019, 1; *Rittstieg* (Fn. 32), Art. 14/15 Rn. 243; aA *Dietlein* (Fn. 16), S. 2317.
[64] So BVerfGE 4, 7 (17 f.).

erheblich beschränkt würde.[65] Art. 15 GG liefe somit Gefahr, seine zentrale verfassungsrechtliche Funktion zu verlieren.

Was die vielbeschworene wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes betrifft, erscheint es jedoch bereits fraglich, wie weit diese tatsächlich reicht. *Ipsen*[66] merkt dazu treffend an, dass das Urteil des *BVerfG* zum *Investitionshilfegesetz*[67] keineswegs für ein anderes als ein marktwirtschaftlich orientiertes Wirtschaftssystem in Anspruch genommen werden könne. In der Tat ließe sich angesichts des vom Grundgesetz garantierten Privateigentums sowie des Grundrechts auf Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG ein wirtschaftspolitischer Systemwandel im Sinne einer gänzlichen Abkehr vom System der Marktwirtschaft kaum verfassungsrechtlich rechtfertigen. Art. 15 GG setzt Individualeigentum als Einrichtung der Wirtschaftsordnung voraus[68] und steht daher in einem unumkehrbaren Regel-Ausnahme-Verhältnis[69] zu Art. 14 GG. Es wäre insofern verfehlt, die vom *BVerfG* ausgemachte wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes mit einem Schweigen desselben zur Wirtschaftsverfassung gleichzusetzen.[70] Mit Art. 14 GG hat das Grundgesetz eine Grundentscheidung zugunsten des Privateigentums getroffen und damit zugleich den Maßstab aufgestellt, an dem sich künftige Sozialisierungsbestrebungen messen lassen müssen.[71]

Eingedenk dessen scheint es durchaus gerechtfertigt, der Sozialisierung – ebenso wie den anderen Eingriffen in das Eigentum – gewisse bzw. dieselben verfassungsrechtlichen Schranken zu setzen. Zwar mag die Offenheit des Grundgesetzes gegenüber anderen Wirtschaftsformen historisch gesehen für dessen Entstehung von großer Bedeutung sein. Sie kann jedoch nicht als Argument dafür herhalten, elementare rechtsstaatliche Grundsätze, namentlich das Übermaßverbot als zentrales Element staatlicher Machtmäßigung, völlig außer Kraft zu setzen.[72] Dies gilt umso mehr, als dass es sich bei Sozialisierungen nach hier vertretener Ansicht um einen gravierenden Eingriff in das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG handelt.[73] Die (vermeintliche) wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes vermag einen Dispens vom Übermaßverbot somit nicht zu rechtfertigen.

Ein solcher könnte sich jedoch aus Überlegungen zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit selbst ergeben. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz setzt voraus, dass der Gesetzgeber ein legitimes Ziel verfolgt und die fragliche Maßnahme darüber hinaus zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist und in einem angemessenen Verhältnis zu selbigem Ziel steht. Hieran anknüpfend wird von einigen Stimmen in der Literatur in Bezug auf die Sozialisierung angeführt, dass die gemeinwirtschaftliche Umgestaltung der Wirtschaft durch Art. 15 GG selbst bereits zum legitimen Ziel des Gesetzgebers erhoben werde[74]. Einer gesonderten Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Sozialisierungsmaßnahmen bedürfe es daher nicht mehr.

Dies erscheint insoweit konsequent, als die hypothetische Prüfung eines Sozialisierungsgesetzes unter dieser Prämisse tatsächlich schwerlich zu dem Ergebnis der Unverhältnismäßigkeit desselben gelangen könnte.[75] Wenn nämlich bereits das Grundgesetz die Vergesellschaftung als legitimes Ziel vorgibt, wären die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzten und ebenfalls vom Grundgesetz genannten Mittel der Überführung in Gemeineigentum oder andere Formen der Gemeinwirtschaft bereits unter Gesichtspunkten der Logik auch als geeignet und erforderlich anzusehen.[76] Dies gilt umso mehr, wenn man den diesbezüglich bestehenden weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers[77] bedenkt. Schließlich wäre auch die Angemessenheit der in Rede stehenden Maßnahme regelmäßig zu bejahen, da sich deren Prüfung als Konsequenz des zuvor Gesagten lediglich auf die Modalitäten der jeweiligen Vergesellschaftung bezöge.[78] Die verfassungsrechtliche Schranke der Verhältnismäßigkeit liefe bei Sozialisierungen damit quasi leer und bedürfte demnach auch keiner Anwendung.

Diese Überlegungen mögen *prima facie* zwar durchaus schlüssig sein, im Ergebnis gehen sie aber dennoch fehl. Wie *Ipsen*[79] zurecht bemerkt, besteht der rechtsstaatliche Fortschritt, der mit den Grundrechten erzielt worden ist, gerade in der Rechtfertigungspflicht des Staates in Bezug auf grundrechtseinschränkende Maßnahmen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das in ihm enthaltene Übermaßverbot kann dabei als Konkretisierung ebenjener Rechtfertigungspflicht verstanden werden. Warum

---

[65] Vgl. dazu *Sodan*, Rechtsgutachten für den BBU zur Sozialisierung, S. 47, https://bbu.de/sites/default/files/press-releases/bbu-sodan-rechtsgutachten-2019-endfassung.pdf, zuletzt aufgerufen am 12.4.2020.
[66] *Ipsen*, NVwZ 2019, 527 (528).
[67] BVerfGE 4, 7 ff.
[68] *Depenheuer/Froese* (Fn. 5), Art. 15 Rn. 8.
[69] *Wendt* (Fn. 14), Art. 15 Rn. 20; *Becker* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 14; *Sodan*, Rechtsgutachten für den BBU zur Sozialisierung, S. 28, https://bbu.de/sites/default/files/press-releases/bbu-sodan-rechtsgutachten-2019-endfassung.pdf, zuletzt aufgerufen am 12.4.2020; aA *Dopotka*, in: Winter, Sozialisierung von Unternehmen – Bedingungen und Begründungen, 1976, S. 156 (167); *Rittstieg* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 231.
[70] *Schliesky* (Fn. 12), Art. 15 Rn. 7.
[71] So auch *Schliesky* (Fn. 12), Art. 15 Rn. 7; ebenso *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 15 Rn. 21, wonach die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG den „*konstitutionellen Grundsatz*" bildet.
[72] *Schede/Schuldt*, ZRP 2019, 78 (80).
[73] Ebenso *Hummel*, JuS 2008, 1065 (1069 f.).
[74] So *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 10; *Becker* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 25. So auch *Axer* (Fn. 34), Art. 15 Rn. 20, der aber dennoch die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bejaht.
[75] So auch *Ipsen*, NVwZ 2019, 527 (528).
[76] Vgl. zu diesem Gedankenspiel die Ausführungen bei *Ipsen*, NVwZ 2019, 527 (528); so auch *Durner* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 85.
[77] BVerfGE 12, 354 (364).
[78] Vgl. dazu auch *Durner* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 85.
[79] *Ipsen*, NVwZ 2019, 527 (529).

ausgerechnet bei Sozialisierungen, die, wie das *BVerfG* bestätigt hat, Teil der Schrankensystematik des Art. 14 GG sind, dieser allgemeine verfassungsrechtliche Grundsatz nicht zum Tragen kommen soll, ist nicht ersichtlich. Hinzu kommt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips Verfassungsrang genießt und sich damit normhierarchisch auf einer Stufe mit der Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG befindet.[80] Ein dem Art. 15 GG immanenter Dispens vom Übermaßverbot liegt somit auch unter diesem Gesichtspunkt fern.

Jenseits dieser allgemeinen grundrechtsdogmatischen Erwägungen sprechen aber auch normimmanente Gründe für eine Anwendung des Übermaßverbotes auf Sozialisierungen. So ließe sich bereits am Wortlaut des Art. 15 S. 1 GG („*zum Zwecke der Vergesellschaftung*“) anknüpfen und argumentieren, dass die Sozialisierung – anders als von Vertretern der Gegenansicht angenommen – gerade keinen Selbstzweck darstellt,[81] der eine Verhältnismäßigkeitsprüfung obsolet machen würde. Vielmehr wird der Gesetzgeber bei einer Sozialisierung oft einen hinter der bloßen Vergesellschaftung bestehenden Zweck (etwa die Bekämpfung von Wohnungsnot) verfolgen, der den Eingriff in die Eigentumsfreiheit rechtfertigen muss.[82] An diesem gesetzgeberischen Ziel wäre dann die Verhältnismäßigkeitsprüfung auszurichten.

Die Richtigkeit dieser Auslegung wird deutlich, wenn man die Argumentation derer, die eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen von Art. 15 GG ablehnen, auf den Fall der Individualenteignung in Art. 14 Abs. 3 GG überträgt. Ebenso wie eine Vergesellschaftung ausweislich des Art. 15 GG „*zum Zwecke der Vergesellschaftung*“ erfolgt, vollzieht sich auch eine Enteignung – wenn man so wollte – stets „*zum Zwecke der Enteignung*“. Dennoch würde wohl niemand ernsthaft behaupten, dass bereits der bloße Enteignungsvorgang als solcher einen legitimen Zweck darstellte, der geeignet wäre, den mit der Maßnahme verbundenen Eingriff in die Freiheit des Einzelnen zu rechtfertigen. Maßgeblich ist hier vielmehr – wie stets bei Grundrechtseingriffen – das vom Gesetzgeber konkret verfolgte Gemeinwohlinteresse. Diesbezüglich für Vergesellschaftungen eine Ausnahme zu konstruieren, ist nicht mit tragenden Gedanken des deutschen Verfassungsrechts vereinbar. Die in Art. 15 GG enthaltene Wendung „*zum Zwecke der Vergesellschaftung*“ stellt sich somit als Pleonasmus heraus,[83] der einen Dispens von der Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht zu begründen vermag.

Ein letzter, obgleich etwas komplizierterer Begründungsweg führt über den Verweis in Art. 15 S. 2 GG auf die Junktim-Klausel des Art. 14 Abs. 3 GG. Danach ist die Entschädigung für die Sozialisierungsmaßnahme „*unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen*“. Die vom Gesetzgeber geforderte Abwägung kann aber nur erfolgen, wenn er zuvor die widerstreitenden Interessen ermittelt hat.[84] Dabei darf er sich nicht darauf beschränken, Art. 15 GG gebe das relevante Allgemeininteresse im Sinne eines Sozialisierungsinteresses bereits vor. Ein Sozialisierungsauftrag ist Art. 15 GG nach allgemeiner Auffassung nämlich nicht zu entnehmen.[85] Vielmehr ist – in Übereinstimmung mit oben Gesagtem – im Einzelfall zu ermitteln, worin das die Sozialisierung rechtfertigende Interesse der Allgemeinheit konkret besteht. Zwar bezieht sich die in Art. 15 S. 2 GG geforderte Interessenabwägung ihrem Wortlaut nach nur auf die Frage der Entschädigung und nicht die der Verhältnismäßigkeit. Die Entschädigungsregelung verfolgt jedoch den Zweck, die Wirkungen des mit der Vergesellschaftung regelmäßig verbundenen, schwerwiegenden Grundrechtseingriffes für die Betroffenen abzumildern und steht somit in unmittelbarer Verbindung mit der Frage der Verhältnismäßigkeit der in Rede stehenden Maßnahmen. Zudem gebietet es die Junktim-Klausel des Art. 15 S. 1 GG, dass das Sozialisierungsgesetz die Entschädigung selbst bestimmt. Aus dieser Verknüpfung von Eingriff auf der einen und korrespondierender Entschädigung auf der anderen Seite ergibt sich eine einheitliche richterliche Prüfung von Sozialisierungsmaßnahmen, die eine strikte Trennung beider Fragen ohnehin unmöglich macht.

Ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nun also bereits auf Rechtfertigungsebene oder erst im Rahmen der Entschädigung zur Anwendung kommt, ist für die letztlich entscheidende Frage nach der Rechtfertigungspflicht des Staates zweitrangig.[86] Entscheidend ist vielmehr, dass eine solche auch bei Vergesellschaftungsmaßnahmen nach Art. 15 GG besteht.[87]

[80] *Sodan*, Rechtsgutachten für den BBU zur Sozialisierung, S. 47, https://bbu.de/sites/default/files/press-releases/bbu-sodan-rechtsgutachten-2019-endfassung.pdf, zuletzt aufgerufen am 12.4.2020.
[81] *Sodan*, Rechtsgutachten für den BBU zur Sozialisierung, S. 48 f., https://bbu.de/sites/default/files/press-releases/bbu-sodan-rechtsgutachten-2019-endfassung.pdf, zuletzt aufgerufen am 12.4.2020.
[82] *Sodan*, Rechtsgutachten für den BBU zur Sozialisierung, S. 48, https://bbu.de/sites/default/files/press-releases/bbu-sodan-rechtsgutachten-2019-endfassung.pdf, zuletzt aufgerufen am 12.4.2020; so wohl auch *Wendt* (Fn. 14), Art. 15 Rn. 14; differenzierend *Kloepfer*, NJW 2019, 1656 (1660).
[83] *Dietlein* (Fn. 16), S. 2311.
[84] *Ipsen*, NVwZ 2019, 527 (529).
[85] *Wendt* (Fn. 14), Art. 15 Rn. 3.
[86] So auch *Ipsen*, NVwZ 2019, 527 (529).
[87] Sich ebenfalls für eine Anwendbarkeit des Übermaßverbotes auf Sozialisierungen aussprechend *Schliesky* (Fn. 12), Art. 15 Rn. 38; *Depenheuer/Froese* (Fn. 5), Art. 15 Rn. 39; *Kloepfer*, NJW 2019, 1656 (1660); *Wolfers/Opper*, DVBl 2019, 542 (544); *Ipsen*, NVwZ 2019, 527 (528).

III. Reichweite der Entschädigungspflicht nach Art. 15 S. 2 GG

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der von der Initiative pauschal geforderten Entschädigung der betroffenen Unternehmen „*deutlich unterhalb des Verkehrswertes*“ stellt sich schließlich die Frage nach der Reichweite der in Art. 15 S. 2 GG vorgesehenen Entschädigungspflicht. Auch dies ist im Einzelnen umstritten. Von besonderer Bedeutung ist dabei, ob die oben ausgemachte strikte Trennung von Individualenteignung und Sozialisierung dazu führt, dass die für Vergesellschaftungen geltende Entschädigungspflicht gegenüber der Enteignungsentschädigung modifiziert werden muss oder ob insofern dieselben Maßstäbe Anwendung finden.

Gemäß Art. 15 S. 2 GG gilt für die Sozialisierungsentschädigung die Junktim-Klausel des Art. 14 Abs. 3 GG bzw. dessen Sätze 2 und 3 entsprechend. Ausgangspunkt für die Ermittlung der Reichweite der in Art. 15 S. 2 GG enthaltenen Entschädigungspflicht ist damit erneut die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Der Umstand, dass sowohl bei Enteignungen als auch bei Sozialisierungen überhaupt eine Entschädigung zu leisten ist, erklärt sich aus der durch Art. 14 GG grundsätzlich gewährleisteten Bestandsgarantie des Eigentums. Wird dem Eigentümer eine Eigentumsposition durch eine verfassungsgemäße Maßnahme entzogen oder deren Privatnützigkeit aufgehoben, tritt an die Stelle der Bestandsgarantie eine Wertgarantie, die sich auf die Gewährung einer vom Gesetzgeber dem Grunde nach zu bestimmenden Entschädigung richtet.[88] In der Entschädigung setzt sich der durch Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistete Schutz des Privateigentums somit gewissermaßen fort.

Was die Höhe der Entschädigung betrifft, ist damit – zumindest nach unten hin – bereits eine Grenze gezogen. Nach allgemeiner Auffassung ist eine Konfiskation, also die entschädigungslose Vergesellschaftung wegen angeblich sozialschädigender Eigentumsnutzung, nicht möglich.[89] Fraglich bleibt damit jedoch die konkrete Höhe der Entschädigung und insbesondere, ob sich diese am Verkehrswert der betroffenen Güter zu orientieren hat oder nicht.

Ein beachtlicher Teil der Literatur geht davon aus, dass eine Verkehrswertbindung der Sozialisierungsentschädigung nicht besteht.[90] Zur Begründung verweisen die Vertreter dieser Ansicht vor allem auf die Rechtsprechung des *BVerfG* zu Art. 14 Abs. 3 GG, wonach eine „*starre, allein am Marktwert orientierte Entschädigung dem Grundgesetz fremd sei*“.[91] Der Gesetzgeber könne vielmehr nach den Umständen entweder vollen Ersatz, aber auch eine darunter liegende Entschädigung bestimmen.[92]

Dass eine verkehrswertorientierte Entschädigungspflicht für Sozialisierungen nicht in Betracht kommt, ergäbe sich zudem bereits aus der Zielsetzung der Norm. Würde man nämlich stets eine Entschädigung in Höhe des Markwerts der zu vergesellschaftenden Güter fordern, liefe dies darauf hinaus, dass eine Anwendung des Art. 15 GG aus fiskalischen Gründen praktisch ausgeschlossen wäre.[93] Dies könne jedoch vom Grundgesetz nicht gewollt sein, da Art. 15 GG ansonsten funktionslos würde.[94] Die zu leistende Entschädigung müsse daher gänzlich von Äquivalenzvorstellungen gelöst werden.[95] Nur so könne die durch Art. 15 GG verbürgte wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes gewahrt bleiben.[96]

Die Verfechter einer solchen Auslegung sehen durch eine äquivalente Entschädigung der Betroffenen zudem den politischen Zweck möglicher Sozialisierungsmaßnahmen bedroht. Ziel der Vergesellschaftung sei es nämlich gerade, dem Betroffenen seine von der Mehrheit der Bürger als nicht länger erträglich erachtete wirtschaftliche Machtposition zu nehmen.[97] Eine volle Entschädigung hätte hingegen zur Folge, dass er diese auch weiterhin kaum verändert behaupten könnte.[98] Die Junktim-Klausel des Art. 14 Abs. 3 GG könne daher nur in modifizierter Weise auf Sozialisierungen nach Art. 15 GG Anwendung finden. Der Entschädigung nach Art. 15 S. 2 GG käme somit in erster Linie Billigkeitscharakter[99] zu.

So schlüssig und nachvollziehbar diese Argumentation auf den ersten Blick auch scheinen mag, unterliegt sie dennoch grundlegenden Bedenken.

Wollte man dem folgen, ergäbe sich nämlich eine Situation, in der sich die betroffenen Eigentümer einerseits einem erheblichen Eingriff in ihr Eigentum ausgesetzt sähen, ohne dafür aber auf der anderen Seite einen angemessenen Ausgleich seitens des Staates zu erhalten. Frei nach dem Motto „der Zweck heiligt die Mittel“ könnten somit bestimmte – eben die als sozialisierungswürdig eingestuften – Güter unter deutlich erleichterten Voraussetzungen staatlichen Beschränkungen unterworfen werden. Aus rechtsstaatlicher Perspektive scheint dies jedoch durchaus problematisch. Dadurch würden nämlich nicht nur die konkret betroffenen Eigentümer einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff

[88] BVerfGE 58, 300 (323).
[89] *Wendt* (Fn. 14), Art. 15 Rn. 17; *Dietlein* (Fn. 16), S. 2318 f.
[90] So etwa *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 22; *Berkemann* (Fn. 11), Art. 15 Rn. 96 f.
[91] BVerfGE 24, 367 (421); so zB auch *Berkemann* (Fn. 11), Art. 15 Rn. 96.
[92] BVerfGE 24, 367 (421).
[93] *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 22; *Wieland* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 31.
[94] *Rittstieg* (Fn. 32), Art. 14/15 Rn. 246; *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 22; aA *Becker* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 34.
[95] *Weber*, NJW 1950, 401 (402).
[96] Vgl. *Berkemann* (Fn. 11), Art. 15 Rn. 97, demzufolge die Entschädigungshöhe nicht „*prohibitiv*“ wirken dürfe.
[97] *Dopotka* (Fn. 69), S. 169; so auch *Weber*, NJW 1950, 401 (402).
[98] *Weber,* NJW 1950, 401 (402).
[99] Sich schon früh dafür aussprechend *Ridder*, in: VVDStRL 10, 1952, S. 124 (144).

ausgesetzt, sondern auch die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG als solche in fragwürdiger Weise relativiert. Dies gilt umso mehr, wenn man die vom *BVerfG* ausgemachte Rolle des Eigentums als elementares Grundrecht bedenkt, welches in einem engen inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit des Einzelnen steht.[100]

Etwas anderes lässt sich auch nicht etwa aus dem politischen Zweck der Sozialisierung herleiten. Für die Schutzwürdigkeit einer Eigentumsposition kommt es nach der Konzeption des Grundgesetzes gerade nicht darauf an, ob diese Teil einer wie auch immer gearteten wirtschaftlichen Machtstellung ist oder nicht.[101] Die Garantie des Privateigentums gilt vielmehr für jede Eigentumsposition, und zwar unabhängig davon, in welcher Hand sie sich befindet.[102] Zwar mag, was den Gebrauch des Eigentums angeht, mit der Sozialbindung (vgl. Art. 14 Abs. 2 GG) eine verfassungsrechtliche Grenze existieren, die zumindest mittelbar auch in der nach Art. 15 GG durchzuführenden Interessenabwägung berücksichtigt werden muss und unter Umständen zu einer Minderung der Entschädigung führen kann.[103] Jedoch ist dies stets eine Frage des Einzelfalls, die für die Bestimmung der abstrakten Ausrichtung der Entschädigungspflicht keine Rolle spielt.

Hinzu kommt, dass die finanzielle Leistungsfähigkeit des Staates kein relevantes Kriterium für die Bestimmung der Grenzen eines Eingriffs in das Eigentumsgrundrecht sein kann.[104] Diese hat allein am Grundgesetz zu erfolgen. Sollte der Staat eines Tages weniger kostspielige Sozialisierungsobjekte als Banken und große Immobilienbestände in den Blick nehmen, ist es überdies durchaus denkbar, dass sich die mit einer am Verkehrswert orientierten Entschädigung verbundenen Belastungen für den Staatshaushalt so weit in Grenzen halten, dass der Erfolg etwaiger Sozialisierungsmaßnahmen nicht schon aus diesem Grunde von vorneherein in Frage gestellt wäre.

Des Weiteren findet die Annahme, dass für die Sozialisierungsentschädigung andere Grundsätze gälten als für die Enteignungsentschädigung nach Art. 14 Abs. 3 GG, auch keinerlei Grundlage im Verfassungstext.[105] Insbesondere kann der Wortlaut des Art. 15 GG („*entsprechend*“) nur dahingehend verstanden werden, dass bei einer Vergesellschaftung, die unter Umständen ganze Wirtschaftszweige betreffen kann, schon aus der Natur der Sache heraus im Rahmen der Interessenabwägung regelmäßig andere Faktoren Berücksichtigung finden müssen als bei einer Individualenteignung.[106] Daraus den Schluss zu ziehen, Art. 15 GG verlange lediglich eine Billigkeitsentschädigung, geht jedoch zu weit. Hätte der Verfassungsgeber für Art. 15 GG eine von den für Art. 14 Abs. 3 GG geltenden Grundsätzen gänzlich losgelöste Entschädigung gewollt, wäre der Verweis auf Art. 14 Abs. 3 GG überflüssig gewesen.[107]

Die Argumentation derer, die im Zusammenhang mit Art. 15 GG eine vom Äquivalenzgedanken losgelöste Entschädigung verlangen, erscheint schließlich insofern nicht ganz schlüssig, als sie zur Untermauerung ihrer Thesen auf die Rechtsprechung des *BVerfG* zu Art. 14 Abs. 3 GG verweisen (s.o.) und damit implizit anerkennen, dass die hierzu entwickelten Grundsätze wohl auch für Art. 15 GG zu gelten haben.

Dabei verkennen sie jedoch, dass die Ausführungen des *BVerfG* im Urteil zum *Hamburgischen Deichordnungs-gesetz*[108] keinesfalls dahingehend zu verstehen sind, dass eine am Marktwert orientierte Entschädigung generell ausgeschlossen wäre oder nur in seltenen Ausnahmefällen in Frage käme. Lediglich eine „*starre, allein am Marktwert orientierte Entschädigung*“[109] lehnt das *BVerfG* ab. Aufgabe des Gesetzgebers ist es somit – ebenso wie im Rahmen von Art. 14 Abs. 3 GG – dem Betroffenen einen angemessenen, d.h. vom Äquivalenzmaß nicht völlig losgelösten Ausgleich für seinen Rechtsverlust zu gewähren.[110] Die konkrete Höhe der Entschädigung ist dabei stets im Einzelfall zu ermitteln, wobei von einer grundsätzlichen Ausrichtung der Entschädigung am Verkehrswert ausgegangen werden kann.[111] Dies gilt selbst dann, wenn dadurch die Durchführung von Sozialisierungen praktisch erschwert wird und die Entschädigungspflicht zur „*Sozialisierungsbremse*“ gerät.[112] Dieser Effekt ist vom Grundgesetz angesichts der erheblichen freiheitsbeschränkenden

[100] Siehe dazu BVerfGE 24, 367 (389).
[101] Davon wohl aber ausgehend *Dopotka*, in: Winter, Sozialisierung von Unternehmen – Bedingungen und Begründungen, 1976, S. 156 (169).
[102] So iE auch schon *Leisner,* JZ 1975, 272 (276).
[103] *Bryde* (Fn. 7), Art. 14 Rn. 90; dagegen *Hien*, ZfIR 2019, 226 (231); *Zippelius/Würtenberger* (Fn. 62), § 31 Rn. 63.
[104] *Schede/Schuldt*, ZRP 2019, 78 (80).
[105] So iE auch *Durner* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 98; ebenso *Wendt* (Fn. 14), Art. 15 Rn. 20, der sogar von einem dem Art. 15 GG zu entnehmenden Verbot ausgeht, diesbzgl. unterschiedliche Maßstäbe zu entwickeln; *Dietlein* (Fn. 16), S. 2318; *Sodan*, Rechtsgutachten für den BBU zur Sozialisierung, S. 93, https://bbu.de/sites/default/files/press-releases/bbu-sodan-rechtsgutachten-2019-endfassung.pdf, zuletzt aufgerufen am 12.4.2020; dagegen *Dopotka*, in: Winter, Sozialisierung von Unternehmen – Bedingungen und Begründungen, 1976, S. 156 (169); *Ipsen*, in: VVDStRL 10, 1952, S. 169 (174); *Ridder*, in: VVDStRL 10, 1952, S. 124 (144 f.).
[106] So wohl auch *Bäumler* (Fn. 16), S. 83; *Sodan*, Rechtsgutachten für den BBU zur Sozialisierung, S. 95, https://bbu.de/sites/default/files/press-releases/bbu-sodan-rechtsgutachten-2019-endfassung.pdf, zuletzt aufgerufen am 12.4.2020; *Schliesky* (Fn. 12), Art. 15 Rn. 55; aA *Dopotka*, in: Winter, Sozialisierung von Unternehmen – Bedingungen und Begründungen, 1976, S. 156 (168), der von dem Wort „*entsprechend*“ ausgehend auf eine Modifikation der Entschädigungspflicht schließt.
[107] Dasselbe Argument findet sich in anderem Kontext bei *Schede/Schuldt*, ZRP 2019, 78 (79).
[108] BVerfGE 24, 367 ff.
[109] BVerfGE 24, 367 (421).
[110] *Hummel*, JuS 2008, 1065 (1070); *Wendt* (Fn. 14), Art. 15 Rn. 18; *Becker* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 34.
[111] *Depenheuer/Froese* (Fn. 5), Art. 15 Rn. 46; *Leisner,* JZ 1975, 272 (276); *Hien*, ZfIR 2019, 226 (230).
[112] *Axer* (Fn. 34), Art. 15 Rn. 22; *Depenheuer/Froese* (Fn. 5), Art. 15 Rn. 46.

Wirkung von Sozialisierungsmaßnahmen gewollt.[113] Das auch in Art. 15 S. 2 GG zum Ausdruck kommende Abwägungsgebot lässt dem Gesetzgeber einen hinreichenden Gestaltungsspielraum, der es ihm ermöglicht, im Zweifel auch eine Entschädigung unterhalb des Verkehrswertes festzusetzen.[114] An der grundsätzlichen Ausrichtung der Entschädigung am Verkehrswert ändert dies jedoch nichts.[115]

E. Ergebnis mit Blick auf die Berliner Enteignungsinitiative

Als Ergebnis der obigen Untersuchungen lässt sich somit Folgendes festhalten:

1. Die Sozialisierung nach Art. 15 GG ist kein Sonderfall der Enteignung, sondern ein eigenständiges Rechtsinstitut, das sich nach Zielsetzung, Voraussetzungen und Form von dieser unterscheidet.[116] Der sowohl im Namen der Initiative als auch in der Diskussion häufig gebrauchte Begriff der *Enteignung*[117] ist demzufolge unglücklich gewählt. Zwar mag er das von Sozialisierungsbefürwortern verfolgte Ziel umgangssprachlich treffend umschreiben, rechtlich geht er jedoch fehl.

   Da den Berliner Aktivisten der zwischen Enteignung und Vergesellschaftung bestehende Unterschied indes bekannt zu sein scheint,[118] drängt sich die Frage auf, weshalb sie dennoch am falschen Terminus *Enteignung* festhalten. Vor diesem Hintergrund haben einige Autoren bereits die Vermutung geäußert, die mit der Verwendung des Schlagwortes *Enteignung* einhergehende „*Irreführung der […] Öffentlichkeit*“ (Anm. d. Verf.) sei von den Initiatoren beabsichtigt, um das eigentliche Ziel der Initiative zu verschleiern.[119] Im Bewusstsein der im linken politischen Spektrum seit jeher populären Forderung nach der Verstaatlichung großer Wirtschaftsunternehmen hätten die Aktivisten gezielt einen eigentlich falschen Begriff gewählt, um „*unter dem populistischen Deckmantel einer sich gegen ein Unternehmen richtenden Enteignung*“ die weitgehende Abschaffung von Privateigentum im gewerblichen Immobilienmarkt zu erreichen und somit – zumindest partiell – eine sozialistische Eigentumsordnung zu schaffen.[120]

   In der Tat scheint die von den Berliner Aktivisten ins Leben gerufene Initiative stark von sozialistischen Kampfbildern vom „*Großaktionär*“ auf der einen und dem „*Kleinhäusler*“[121] auf der anderen Seite zu leben.[122] Der Vorwurf des Populismus verwundert daher nicht wirklich. Inwieweit dahinter jedoch tatsächlich weitergehende Utopien von der Errichtung einer Eigentumsordnung nach sozialistischem Vorbild stehen, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben.[123] Denn selbst wenn man sich auf derlei Spekulation nicht einlassen will, lässt sich zumindest festhalten, dass der Begriff der *Enteignung* im hiesigen Zusammenhang mehr zur Verwirrung denn zur Klärung beiträgt, da er die Komplexität einer Vergesellschaftung begrifflich auf den Vorgang des Eigentumsentzugs verkürzt (der ja gerade kein Wesensmerkmal der Sozialisierung ist). Es wäre daher wünschenswert, wenn in der Debatte zukünftig einheitlich der Begriff Vergesellschaftung bzw. Sozialisierung verwendet würde. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG selbst unter Juristen weitgehend unbekannt ist und Missverständnisse insofern vorprogrammiert sind.

2. Auch Sozialisierungsmaßnahmen gemäß Art. 15 GG müssen sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen. Den Staat trifft hier, ebenso wie bei anderen Grundrechtseingriffen, eine Rechtfertigungspflicht. Die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG ist Teil des dem Staat durch die Verfassung zur Verfügung gestellten Instrumentariums, das es ihm ermöglicht, zur Verwirklichung bestimmter Gemeinwohlinteressen Eingriffe in die Grundrechte seiner Bürger vorzunehmen. Dass er dabei im Falle der Vergesellschaftung von den sonst geltenden rechtlichen Schranken entbunden wäre bzw., anders gesprochen, der Sozialisierung eine prominente Ausnahmestellung eingeräumt wäre, lässt sich dem Grundgesetz nicht entnehmen. Der von den

[113] *Wendt* (Fn. 14), Art. 15 Rn. 18; so auch *Dietlein* (Fn. 16), S. 2318; *Hien*, ZfIR 2019, 226 (231); *Schliesky* (Fn. 12), Art. 15 Rn. 55; dagegen *Berkemann* (Fn. 11), Art. 15 Rn. 97.
[114] *Becker* (Fn. 32), Art. 15 Rn. 34.
[115] *Sodan*, Rechtsgutachten für den BBU zur Sozialisierung, S. 98, https://bbu.de/sites/default/files/press-releases/bbu-sodan-rechtsgutachten-2019-endfassung.pdf, zuletzt aufgerufen am 12.4.2020.
[116] *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 6.
[117] So findet sich etwa auf der Website der Initiative die Rubrik „*Warum enteignen?*“.
[118] So zielt das von der Initiative angestrebte Volksbegehren laut veröffentlichtem Beschlusstext auf ein „*Vergesellschaftungsgesetz von Grund und Boden*“, wobei korrekterweise auf Art. 15 GG abgestellt wird. Auch findet sich auf der Website der Initiative ein Positionspapier mit dem Titel „*Vergesellschaftung und Gemeinwirtschaft*“, in dem der Terminus „*Enteignung*“ nicht einmal auftaucht. In der öffentlichen Debatte dominiert – wohl vor allem aufgrund des Namens der Initiative – dennoch weiterhin der Begriff „*Enteignung*“.
[119] Vgl. dazu *Wolfers/Opper*, DVBl 2019, 542 (544).
[120] *Wolfers/Opper*, DVBl 2019, 542 (544); angesprochen, aber offengelassen von *Kloepfer*, NJW 2019, 1656 (1657).
[121] Vgl. die Terminologie bei *Dopotka*, in: Winter, Sozialisierung von Unternehmen – Bedingungen und Begründungen, 1976, S. 156 (169), dessen Ausführungen in seiner hier zitierten Monographie von den Initiatoren an mehreren Stellen zur Begründung herangezogen werden.
[122] *Mietenvolksentscheid e.V.*, Warum enteignen?, https://www.dwenteignen.de/warum-enteignen/, zuletzt abgerufen am 28.6.2020, hier wird etwa die Stadtbevölkerung Berlins als „*Beute*“ der als „*gierige Profitjäger*“ titulierten Wohnungsunternehmen bezeichnet. An anderer Stelle wird für die *Deutsche Wohnen* der Terminus „*Miethai*“ verwendet.
[123] Angesprochen, aber ebenfalls offengelassen von *Kloepfer*, NJW 2019, 1656 (1657).

Sozialisierungsbefürwortern geäußerten Annahme, wonach die Entscheidung für eine Vergesellschaftung eine „*rein politische*“[124] sei, die keinen rechtlichen Hürden unterliege, kann demnach nicht gefolgt werden.[125] Das „Ob“ einer Vergesellschaftung mag zwar in das politische Ermessen des Gesetzgebers gestellt sein, die konkrete Ausgestaltung, also das „Wie“, muss sich jedoch – wie jede freiheitsbeschränkende Maßnahme – an den hierfür geltenden verfassungsrechtlichen Vorgaben und Grenzen messen lassen. Dass sich die praktische Durchführung von Sozialisierungen damit in letzter Konsequenz als schwierig gestalten dürfte, mag zutreffen, kann jedoch nicht dazu führen, dass der grundrechtliche Schutz betroffener Eigentümer zugunsten von Sozialisierungsmaßnahmen gemindert wird. Art. 15 GG ist keine staatliche Allzweckwaffe zur Marktregulierung, sondern – wie *Bryde*[126] es so treffend auf den Punkt bringt – vielmehr ein fortbestehendes Angebot an diejenigen, die die augenblickliche marktorientierte Wirtschaftsordnung ablehnen, für ihre Ziele zu kämpfen. Dieser Kampf – ob man ihn nun politisch gutheißen mag oder nicht – muss jedoch stets innerhalb der vom Grundgesetz gezogenen Grenzen erfolgen, was ihn zwar nicht zwingend erleichtern mag, ihn jedoch auch nicht völlig aussichtslos macht.

3. Bei der Bemessung der gemäß Art. 15 S. 2 GG zu leistenden Entschädigung ist vom Verkehrswert der betroffenen Güter auszugehen. Sinn und Zweck der Entschädigungspflicht ist es, den mit der Vergesellschaftung verbundenen schwerwiegenden Eingriff in das Eigentumsgrundrecht zu kompensieren und somit einen verfassungsgemäßen Zustand herzustellen.[127] Die Gewährung einer bloßen Billigkeitsentschädigung würde jedoch dazu führen, dass sich der Eingriff für die betroffenen Eigentümer als unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig darstellte. Das von den Initiatoren mit der Forderung nach einer deutlich unter dem Verkehrswert angesiedelten Entschädigung offenbar verfolgte Ziel, nämlich die Sanktionierung eines vermeintlich sozialschädlichen Verhaltens der Berliner Immobilienunternehmen,[128] ist mit dem beschriebenen Charakter der Sozialisierungsentschädigung daher nicht vereinbar. Die damit verbundene Umdeutung der Entschädigungspflicht in ein staatliches Sanktionsinstrument zur Pönalisierung privater Eigentümer ist rechtsstaatlich bedenklich.

Die Argumentation der Berliner Aktivisten entbehrt demnach – zumindest was die hier untersuchten Aspekte des Art. 15 GG betrifft – einer belastbaren verfassungsrechtlichen Grundlage.

F. Der Zwittercharakter des Art. 15 GG als Gretchenfrage der Sozialisierung

Damit wären zwar die eingangs aufgeworfenen Fragen geklärt. Der Schlüssel zum Verständnis der gesamten Problematik liegt jedoch weniger in den hier geschilderten Einzelproblemen, sondern vielmehr in dem besonderen Wesen des Art. 15 GG selbst. Anders nämlich als etwa die Enteignung ist die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG nicht nur bloße Grundrechtsschranke, sondern vor allem Projektionsfläche für politische Utopien von einer Um- und Neugestaltung der bundesdeutschen Wirtschaftsordnung. Art. 15 GG befindet sich damit in einer Zwitterstellung zwischen (wirtschafts-)politischer Alternative auf der einen und Eingriffsermächtigung auf der anderen Seite und nimmt insofern eine Sonderrolle unter den Normen des Grundgesetzes ein. Wohl kaum eine andere Verfassungsbestimmung ist in derart starker Weise politisch aufgeladen und von konkreten politischen Ideen geprägt wie die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG.

Dieser (Art. 15 GG immanente) Widerspruch schlägt sich, wie die oben nachgezeichnete verfassungsrechtlichen Debatte gezeigt hat, vor allem in der Frage nach der richtigen Auslegung des Art. 15 GG nieder. Die Meinungen in der Literatur sind diesbezüglich in zwei Lager gespalten,[129] deren Grundpositionen sich wie folgt zusammenfassen lassen:

Auf der einen Seite stehen diejenigen, für die der ordnungspolitische Charakter der Sozialisierungsermächtigung überwiegt. Diese sei zwar auch Teil der Schrankensystematik des Art. 14 GG. In erster Linie handele es sich bei Art. 15 GG jedoch um eine vom Verfassungsgeber bewusst im Grundgesetz installierte politische Alternative zur aktuellen Wirtschaftsordnung.[130] Angesichts dieser besonderen Funktion der Sozialisierungsermächtigung verbiete es sich, Art. 15 GG in harmonisierender Weise in die

[124] Vgl. dazu *Mayer-Abich* (Fn. 19), S. 154.
[125] Ebenso *Sodan*, Rechtsgutachten für den BBU zur Sozialisierung, S. 27, https://bbu.de/sites/default/files/press-releases/bbu-sodan-rechtsgutachten-2019-endfassung.pdf, zuletzt aufgerufen am 12.4.2020.
[126] *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 3.
[127] Vgl. dazu *Schliesky* (Fn. 12), Art. 15 Rn. 55, der explizit den Zusammenhang zwischen Entschädigung und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme herstellt.
[128] So auch *Kloepfer*, NJW 2019, 1656 (1657), der von einer „*kollektiven Strafe*“ spricht; vgl. *Mietenvolksentscheid e.V.*, Warum enteignen?, https://www.dwenteignen.de/warum-enteignen/, zuletzt abgerufen am 28.6.2020, ausweislich der von der Initiative auf ihrer Website aufgeführten „*Gründe für eine Enteignung*“, soll mittels der Vergesellschaftung an der *Deutsche Wohnen* als „*großem Miethai*“ ein „*Exempel statuiert*“ werden. Art. 15 GG wird hier als Mittel verstanden, der *Deutsche Wohnen* „*das Handwerk zu legen*“.
[129] Vgl. auch eine ähnliche Unterscheidung bei *Ipsen*, NVwZ 2019, 527 (528), der zwischen einer „*sozialisierungsfreundlichen*“ und einer „*sozialisierungsskeptischen*“ Auffassung trennt.
[130] Davon offensichtlich ausgehend *Battis*, BB 2019, 1.

Grundrechtssystematik des Grundgesetzes einzufügen.[131] Ziel der Auslegungsbemühungen um Art. 15 GG müsse es vielmehr sein, einer solchen Auslegung das Wort zu reden, welche keine allzu hohen rechtlichen Hürden für mögliche Sozialisierungsmaßnahmen aufstellt und somit die Offenheit der Verfassung gegenüber alternativen Wirtschaftsformen sichert. Wer das Grundgesetz hingegen auf die strenge Einhaltung einer kapitalistischen Wirtschaftsordnung reduziere, betreibe einen Dogmatismus, durch den demokratische Handlungsspielräume verschlossen würden.[132]

Demgegenüber stehen die Vertreter der auch hier als vorzugswürdig erachteten Ansicht, wonach Art. 15 GG zuvorderst als eine weitere Beschränkungsmöglichkeit des Eigentumsgrundrechts aufzufassen ist, welche sich nahtlos in die von Rechtsprechung und Literatur über Jahrzehnte entwickelte Grundrechtsdogmatik einfügt und auch einzufügen hat.[133] Weder die Entstehungsgeschichte der Norm noch die diesbezügliche Rechtsprechung des *BVerfG* rechtfertigen es, Art. 15 GG einen Ausnahmecharakter in dem Sinne beizumessen, dass allgemeine verfassungsrechtliche Grundsätze auf die Sozialisierungsermächtigung keine Anwendung fänden. Die politische Prägung der Norm ist zwar nicht von der Hand zu weisen, sollte jedoch nicht überbewertet werden. Sinn und Zweck des Art. 15 GG ist es nicht, als Allheilmittel einer jahrzehntelang verfehlten Wohnungspolitik zu fungieren, sondern, in Ausnahmefällen,[134] etwa wenn die individuelle Bedürfnisbefriedigung nicht mehr ausreichend gewährleistet ist,[135] vereinzelte Eingriffe in die Wirtschaftsverfassung zu ermöglichen. Die Sozialisierung erweist sich damit als verfassungsrechtliche *ultima ratio*[136] mit der Folge, dass an sie strenge Anforderungen zu stellen sind. Dass dadurch demokratische Handlungsspielräume verengt werden, mag zutreffen. Es liegt jedoch im Wesen des demokratischen Rechtsstaats, dass sich jede demokratisch legitimierte Entscheidung stets im Rahmen der durch die Verfassung gezogenen Grenzen bewegen muss. Nichts anderes kann für Sozialisierungen gelten, selbst wenn sie von einer demokratischen Mehrheit gewollt wären.

Diese Polarisierung in der Diskussion um Art. 15 GG ist freilich kein Zufall, sondern Folge einer tiefgreifenden Unklarheit darüber, welche Konsequenzen sich aus dem Zwittercharakter der Sozialisierungsermächtigung für deren Einordnung in das Gesamtgefüge des Grundgesetzes ergeben. Der verfassungsrechtliche Diskurs verengt sich damit am Ende des Tages auf eine schwierige und von politischen Vorprägungen sicherlich nicht gänzlich freie Grundsatzentscheidung,[137] die zugleich zur entscheidenden Weichenstellung für den weiteren Umgang mit der Norm wird.

G. Ausblick

Angesicht des damit umrissenen janusköpfigen Wesens des Art. 15 GG und der um ihn kreisenden verfassungsrechtlichen Diskussion bleibt es somit durchaus spannend, wie sich das *BVerfG* positionieren wird, sollte es eines Tages die Gelegenheit erhalten, sich umfassend zur Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG zu äußern. Bis dahin wird Art. 15 GG ein Hoffnungsschimmer für all jene bleiben, die von einer neuen oder zumindest anderen Wirtschaftsverfassung träumen.

Möglicherweise scheitert der Vorstoß der Initiative aber ohnehin aus Gründen, die in der hier nachgezeichneten verfassungsrechtlichen Debatte bisher kaum Beachtung gefunden haben. Durch die zunehmende Überformung des Grundgesetzes durch Normen des europäischen Rechts dürfte sich dessen wirtschaftspolitische Offenheit gegenüber alternativen Wirtschaftsformen in den vergangenen Jahrzehnten nämlich stark reduziert haben.[138] Sowohl die EMRK als auch die Grundfreiheiten des Binnenmarktes enthalten Vorgaben, die deutlich weniger Spielräume lassen, als es die unter deutschen Verfassungsrechtlern geführte Diskussion um Art. 15 GG vermuten lässt.[139] Angesichts der Bemühungen des *BVerfG* um ein Kooperationsverhältnis zu den Gerichtshöfen in Straßburg und Luxemburg erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass es die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG im Lichte der einschlägigen europarechtlichen Vorgaben interpretieren und umfassenden Sozialisierungsvorhaben auf diesem Wege eine Absage erteilen wird.

---

[131] So *Bryde* (Fn. 7), Art. 15 Rn. 3.
[132] *Pichl*, „Verfassungspositionen verteidigen": Gedanken zur Debatte um die Vergesellschaftung von Wohneigentum 2019, https://verfassungsblog.de/verfassungspositionen-verteidigen-gedanken-zur-debatte-um-die-vergesellschaftung-von-wohneigentum/, zuletzt abgerufen am 10.4.2020.
[133] So auch *Schliesky* (Fn. 12), Art. 15 Rn. 7; *Durner* (Fn. 6), Art. 15 Rn. 27; *Dietlein* (Fn. 16), S. 2301.
[134] So auch *Wendt* (Fn. 14), Art. 15 Rn. 19.
[135] *Hösch*, Eigentum und Freiheit, 2000, S. 264; ebenso *Dietlein* (Fn. 16), S. 2317.
[136] *Dietlein* (Fn. 16), S. 2317; aA *Berkemann* (Fn. 11), Art. 15 Rn. 91; *Battis*, BB 2019, 1.
[137] Vgl. *Pichl*, „Verfassungspositionen verteidigen": Gedanken zur Debatte um die Vergesellschaftung von Wohneigentum 2019, https://verfassungsblog.de/verfassungspositionen-verteidigen-gedanken-zur-debatte-um-die-vergesellschaftung-von-wohneigentum/, zuletzt abgerufen am 10.4.2020, der ebenfalls anmerkt, dass sich die Problematik allein auf verfassungsrechtlicher Ebene nicht einseitig auflösen lässt.
[138] *Dietlein* (Fn. 16), S. 2301; vgl. dazu auch *Schliesky* (Fn. 12), Art. 15 Rn. 10; ebenso *Schede/Schuldt*, ZRP 2019, 78 (81), der zudem auf mögliche, entgegenstehende völkerrechtliche Verbindlichkeiten aus Investitionsschutzabkommen verweist.
[139] Näheres dazu bei *Thym*, BAB 2019, 218 ff.

Lena Sophia Mitterrutzner[*]

Accusing and Judging the President: A Comparison of Impeachment and Removal Procedures of Presidents in Presidential Systems

With the accusation and the trial of Republican President Trump in the United States, impeachment was anew in the headlines all over the world. Neither the accusation of President Trump by the House of Representatives, nor his acquittal in the Senate trial were particularly surprising. However, the outcome of the procedure was not predetermined by the strength or weakness of the evidence of presidential wrongdoing, but rather the relative majority of Democrats in the House and Republicans in the Senate. This article firstly compares various constitutional procedures to impeach, or accuse, and judge the president in 13 different (semi-) presidential systems. Secondly, this article engages critically with the arguments that can be made in favor and against these different constitutional approaches, in particular from a United States constitutional law perspective.

Table of Contents

A. Introduction 98
B. Comparison of Procedures in (Semi-) Presidential Systems 99
I. Lower House Accuses, Upper House Judges: Argentina, Paraguay, Philippines, United States 99
II. Legislative Body Accuses, Legislature as a Whole Judges: France 99
III. Lower House Accuses, Judicial Body Checks, Upper House Makes Final Decision: Indonesia & Russia 100
IV. Legislature as a Whole Accuses, Judicial Body Judges: Bolivia, Nicaragua, South Korea, Turkey, Venezuela 100
V. Lower House Accuses, Judge Depends on Substantive Grounds: Brazil 101
VI. Conclusion: Comparison of Procedures in (Semi-) Presidential Systems 101
C. Discussion 101
I. Discussion of Arguments in Favor and Against Making the Upper House of Parliament the Judge 101
1. Representatives of the People Should Both Accuse and Judge the President 101
2. Upper House as Judge Conflicts with the Separation of Powers Doctrine 102
II. Discussion of Arguments in Favor and Against Making a Judicial Body the Judge 103
1. Two Different Trials Held by the Same Court Removes Double Security of Having Two Trials in Two Different Courts 103
2. Judicial Body Lacks "Fortitude", "Credit" and "Authority" 104
3. Judicial Body as Judge Respects the Separation of Powers Principle 104
4. Development of Precedent to Guide Future Impeachment and Removal Procedures 105
D. Conclusion 106

A. Introduction

Most democratic constitutions contain a clause that allows a public body to initiate a formal proceeding with the aim of resolving in a trial whether a public official, like the president, should be removed from his office or not for some wrongdoing.[1] In December 2019, the United States House of Representatives accused, i.e. impeached, President *Donald J. Trump* for abuse of power and obstruction of Congress.[2] This made *Trump* the third president in American constitutional history, after *Andrew Johnson* and *Bill Clinton*, to be judged in a trial by the Senate with the potential consequence of removal from office.[3]

In spring 2019, President *Trump* warned that he would request the Supreme Court to interfere, if the House of

[*] The *author* is a law student in her seventh semester at Freie Universität Berlin. This article was written in the seminar on Comparative Constitutional Law during the fall semester 2019/20, while the *author* completed her specialization in International and Comparative Law at the University of California, Hastings College of the Law in San Francisco. The *author* thanks Professor *Radhika Rao* for her valuable comments and giving encouragement to submit this article for publication. The *author* was awarded with the CALI Excellence for the Future Award for this article.

[1] *San Juan/Trojanco*, Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law (2016), Impeachment, para. 1, https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e311, lastly accessed on 16.6.2020.
The full definition of impeachment provided in *San Juan/Trojanco*: "*Impeachment is a formal proceeding instituted by a public body (usually the legislature) for determining through a trial whether a public official – usually although not necessarily high ranking, and who has a fixed term of office or protected tenure – must be either removed from office or held accountable in other ways.*"

[2] *Fandos/Shear*, "Trump Impeached for Abuse of Power and Obstruction of Congress", The New York Times (18.12.2019), https://www.nytimes.com/2019/12/18/us/politics/trump-impeached.html, lastly accessed on 18.6.2020.

[3] *Pasley/Engel/Frias*, "Here are all the US Presidents who have been impeached", Business Insider (6.2.2020), https://www.businessinsider.com/list-of-impeached-us-presidents-2019-12, lastly accessed on 18.6.2020.

Representatives impeaches him.[4] Actually, the United States Constitution does not authorize the involvement of the Supreme Court in the impeachment and removal procedure of the president. The House of Representatives has the "*sole power of impeachment*"[5] and the Senate has the "*sole power to try all impeachments*"[6]. In *Nixon v. United States*[7], the Supreme Court also clarified that the "*judiciary, and the Supreme Court in particular, were not chosen to have any role in impeachments*". Because the procedure only involves the political branches of government, impeachment is widely considered in the United States to be a political, rather than a judicial, mechanism to remove the president from office.[8] In contrast to the United States Constitution, other presidential systems involve the judicial branch in the impeachment and removal procedure in distinct manners.[9] This raises the question: Should the impeachment and removal procedure of presidents only be assigned to the legislative branch or should it also involve the judicial branch of government?

Part I of this article compares constitutional procedures to accuse and judge the president. Impeachment procedures exist in almost every presidential system. The following presidential systems were chosen to illustrate the different forms that presidential impeachment and removal procedures may take and shall serve as a basis for discussion: Argentina, Bolivia, Brazil, France, Nicaragua, Paraguay, Bolivarian Republic of Venezuela, the Philippines, Indonesia, Korea, Turkey, Russia and the United States. Part II of this article engages critically with the arguments that can be made in favor and against these different constitutional approaches, in particular from a United States constitutional law perspective.

B. Comparison of Procedures in (Semi-) Presidential Systems

I. Lower House Accuses, Upper House Judges: Argentina, Paraguay, Philippines, United States

Argentina, Paraguay, the Philippines and the United States all have bicameral legislatures.[10] Under these constitutions, the lower house has the sole power to initiate the removal procedure by accusing the president, i.e. bringing charges.[11] The upper house of the legislature under all four constitutions holds the trial of impeachment.[12] When sitting for the purpose of trying the accused president, the senators of Argentina[13], the Philippines[14] and the United States[15] shall be on oath or affirmation. The Constitution of Paraguay is silent in this respect.

II. Legislative Body Accuses, Legislature as a Whole Judges: France

The French bicameral parliament[16], established a procedure to remove the president only in 2014 *via* constitutional amendment.[17] Similarly to type one constitutions, the French amendment assigns both the task of accusing and judging the president to the legislative branch. In contrast to the type one constitutions, which assign the impeachment power to the lower house of the legislature alone, the French Constitution allows both the lower and the upper house to initiate the procedure.[18]

Also in contrast to the type one constitutions, which assign the authority to judge the accused president to the upper house alone, the French trial is conducted by parliament as a whole sitting as a "*high court*"[19]. Although the term "*high court*" suggests some involvement of the judicial branch, it is actually wholly comprised of members of the legislative branch, i.e. elected politicians. In contrast to the type one constitutions, which assign a member of the judicial branch the duty to preside over the impeachment trial, the French Constitution requires the president of the lower house, i.e.

[4] *Liptak*, "Can Trump Challenge His Impeachment in the Supreme Court?", The New York Times (17.12.2019), https://www.nytimes.com/2019/11/25/us/trump-impeachment-supreme-court.html, lastly accessed on 18.6.2020.
[5] Art. I, § 2, Cl. 5, Constitution of the United States of America.
[6] Art. I, § 3, Cl. 6, Constitution of the United States of America.
[7] Nixon v. United States, 506 U.S. 224 (1993).
[8] *Gerhard*, "Impeachment is the law. Saying 'political process' only helps Trump's narrative", The Washington Post (14.12.2019), https://www.washingtonpost.com/outlook/2019/12/14/impeachment-is-law-saying-political-process-only-helps-trumps-narrative/, lastly accessed on 18.6.2019.
[9] See Part B.III., B.IV. and B.V. of this article.
[10] Art. 44, Constitution of Argentina; Art. 182, Cl. 1, Constitution of the Republic of Paraguay; Art. VI, § 1, Constitution of the Philippines; Art. I, § 1, Constitution of the United States of America.
[11] The Argentinian Chamber of Deputies has the "*right to bring charges against the president.*", Art. 53, Constitution of Argentina; in Paraguay, the "*accusation will be formulated by the Chamber of Deputies.*", Art. 225, Cl. 1, Constitution of the Republic of Paraguay; The House of Representatives of the Philippines has the "*exclusive power to initiate all cases of impeachment.*", Art. XI, § 3, Cl. 1, Constitution of the Philippines; the United States "*House of Representatives* […] *shall have the sole power of impeachment.*" (*annot. by auth.*), Art. I, § 2, Cl. 5, Constitution of the United States of America.
[12] In Argentina, the "*Senate is charged with trying in public the person impeached by the Chamber of Deputies*", Art. 59, Constitution of Argentina; in Paraguay, it is the Chamber of Senators that "*judge*[s] *in public trial those accused by the Chamber of Deputies*" (*annot. By auth.*), Art. 225, Cl. 2, Constitution of the Republic of Paraguay; in the Philippines, the Senate has the sole power to try all cases of impeachment, Art. XI, § 3, Cl. 6, Constitution of the Philippines; the United States Senate has the sole power to try all cases of impeachment, Art. I, § 3, Cl. 6, Constitution of the United States of America.
[13] Art. 59, Constitution of Argentina.
[14] Art. XI, § 3, Cl. 6, Constitution of the Philippines.
[15] Art. I, § 3, Cl. 6, Constitution of the United States of America.
[16] Art. 24, Cl. 2, Constitution of France.
[17] *McPartland*, "France gets new power to sack the president", The Local (19.11.2014), https://www.thelocal.fr/20141119/france-president-sack-impeachment, lastly accessed on 18.6.2020.
[18] Art. 68, Cl. 2, Constitution of France.
[19] Art. 68, Cl. 1, Constitution of France.

a member of the legislature, to preside over the trial.[20] Similarly to the type one constitutions, the only consequence of presidential conviction by the "*high court*" is removal from office.[21]

III. Lower House Accuses, Judicial Body Checks, Upper House Makes Final Decision: Indonesia & Russia

Indonesia and Russia both have bicameral legislatures. Similarly to the type one systems, the Indonesian and Russian Constitutions assign the authority to bring charges against the president to the lower house of parliament.[22] Furthermore, both the Russian and the Indonesian Constitution allow a body of the legislative branch to make the final decision as to whether the president should be removed from office or not. Equivalently to type one systems, the final decision in Russia is made by the upper house of parliament alone.[23] In Indonesia, the final decision is made by parliament as a whole, just like in the type two system.[24]

In contrast to both the type one and two systems, the Indonesian and Russian Constitution assign the judicial branch a role in the impeachment and removal procedure. The Indonesian Constitution requires judicial involvement *before* the parliament makes the final decision to convict or to acquit the president. Before the Indonesian lower house can actually submit the proposal for impeachment of the president to the parliament as a whole, it must first request the "*Constitutional Court to investigate, bring a trial, and issue a decision on the opinion*" of the lower house.[25] Only if "*the Constitutional Court decides that the president* […] *is proved to have violated the law* […] *and/or no longer meets the qualifications to serve as president*" (*annot. by auth.*) shall the lower house of Indonesia "*hold a plenary session to submit the proposal to impeach the president*" to the parliament as a whole.[26]

Under the Russian Constitution, the judicial branch becomes involved *after* the lower house has brought charges against the president. The Russian Supreme Court is asked to confirm the "*existence of indications of a crime in the actions of the president*".[27] Further, the Russian Constitutional Court must confirm that the "*established procedure for bringing charges has been observed*".[28]

IV. Legislature as a Whole Accuses, Judicial Body Judges: Bolivia, Nicaragua, South Korea, Turkey, Venezuela

In contrast to the bicameral legislatures established by type one, two and three constitutions, the legislative branches of Nicaragua, South Korea, Turkey and Venezuela are unicameral. The only exception is Bolivia with a bicameral parliament. At the first stage, the procedure established under these constitutions is somewhat similar to the one followed in type one, two and three constitutions. Both the South Korean[29] and Turkish[30] legislature as a whole may accuse the president. Although Bolivia has two distinct legislative chambers, the Bolivian parliament as a whole may authorize the trial of the president.[31] In addition to the authorization by the Bolivian parliament the trial also requires the request "*supported by the Prosecutor or the Attorney General of the State, who shall formulate the accusation if he believes that the investigation provides the basis for trial*".[32] Nicaragua stands out among the type four constitutions for allowing its parliament to initiate the impeachment and removal procedure by passing a resolution to deprive the president of his immunity.[33] The Constitution of Venezuela is silent with respect to the initiation of the procedure.

The difference to the type one, two and three constitutions becomes evident at the second stage of the procedure. The body that tries the president does not originate from the legislative, but from the judicial branch. The president is acquitted or convicted by the Constitutional Court in South Korea,[34] the Supreme Court in Turkey,[35] the Supreme Court of Justice in Bolivia,[36] the Supreme Court of Justice in Nicaragua[37] and the Supreme Tribunal of Justice in Venezuela[38]. Similarly to the procedures described under I. and II., the only consequence of presidential conviction by the South Korean Constitutional Court is removal from office. The removed president still remains liable for criminal or civil offenses.[39] The remaining type four constitutions are silent in this respect.

[20] Art. 68, Cl. 3, Constitution of France.
[21] Art. 68, Cl. 1, Constitution of France.
[22] The Indonesian lower house may adopt the "*proposal for the dismissal of the president*", Chapter III, Art. 7B, Cl. 1, Constitution of the Republic of Indonesia; Art. 93, Cl. 2, Constitution of the Russian Federation.
[23] Art. 93, Cl. 2, Constitution of the Russian Federation.
[24] Chapter III, Art. 7B, Cl. 6-7, Constitution of the Republic of Indonesia.
[25] Chapter III, Art. 7B, Cl. 1, Constitution of the Republic of Indonesia.
[26] Chapter III, Art. 7B, Cl. 5, Constitution of the Republic of Indonesia.
[27] Art. 93, Cl. 1, Constitution of the Russian Federation.
[28] Art. 93, Cl. 1, Constitution of the Russian Federation.
[29] The South Korean National Assembly may pass motions for impeachment of the president, Art. 65, Cl. 1, Constitution of the Republic of Korea.
[30] The Turkish Grand National Assembly may pass motions for impeachment of the president, Art. 105, Cl. 1-3, Constitution of the Republic of Turkey.
[31] Art. 184, Cl. 4, Constitution of Bolivia.
[32] Art. 184, Cl. 4, Constitution of Bolivia.
[33] Art. 130, Cl. 1, Constitution of Nicaragua.
[34] Art. 111, Cl. 1, Nr. 2, Constitution of the Republic of Korea.
[35] Art. 105, Cl. 3 and Cl. 5, Constitution of the Republic of Turkey.
[36] Art. 184, Cl. 4, Constitution of Bolivia.
[37] Art. 130, Cl. 2, Constitution of Nicaragua.
[38] Art. 266, Cl. 2, Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela.
[39] Art. 65, Cl. 4, Constitution of the Republic of Korea.

V. Lower House Accuses, Judge Depends on Substantive Grounds: Brazil

The legislature of Brazil is bicameral.[40] Similarly to all the systems outlined *supra*, the lower house of Brazil has the power to accuse the president[41]. However, whether the trial is held by the legislative or the judicial branch depends on the substantive grounds of the accusation. If the president is accused of committing an "impeachable offenses", the trial is assigned to the upper house of parliament.[42] In this case, the procedure is equivalent to the one described under I. However, if the president is accused of committing "*common criminal offenses*", then the trial is held by the Supreme Federal Tribunal.[43] In this case, the procedure followed under the Brazilian Constitution is identical to the one described under IV.

VI. Conclusion: Comparison of Procedures in (Semi-) Presidential Systems

Under all of the constitutions examined, the procedure to remove a president must follow at least two common steps. At the first stage, these procedures all look very similar: a body, which is part of the legislative branch of government, passes a bill that serves the purpose of an indictment. At the second, final stage of the procedure, another body makes a decision on whether the president should be convicted and consequently removed from office. At this second stage, the procedures under examination actually differ from each other. In Argentina, Paraguay, the Philippines, the United States, Indonesia and Russia, the upper house of the legislative branch makes the final decision as to whether the president should be removed from office or not. The French Constitution assigns this task to the parliament as a whole. In Bolivia, Nicaragua, South Korea, Turkey and Venezuela, a judicial body decides whether the president should be removed from office or not. Under the Brazilian Constitution, depending on the substantive grounds, the final decision can be made by either a legislative or a judicial body. While the final decision is made by the upper house of the legislative branch in Indonesia and Russia, both constitutions assign the judicial branch a distinct role in the impeachment and removal procedure of the president.

C. Discussion

I. Discussion of Arguments in Favor and Against Making the Upper House of Parliament the Judge

1. Representatives of the People Should Both Accuse and Judge the President

The United States Constitution, adopted in 1787, was the first written constitution. It influenced the content of many constitutions that were adopted later in the world and it continues to serve as a source of inspiration to constitutional designers today.[44] It is thus of interest to understand why the founding fathers of the United States decided to authorize the upper house of the legislature to judge the accused president.[45] In Federalist Paper No. 65, the founding father *Alexander Hamilton* only made one main argument in support of this decision. The court of impeachment has the jurisdiction to try "*offenses which proceed from the misconduct of public men, or, in other words, from the abuse of violation of some public trust*". The substantive grounds that lead to impeachment are "*injuries done immediately to society itself*". They are thus "*political*" in nature. Designed "*as a method of national inquest into the conduct of public men*", *Hamilton* concluded that the "*inquisitors for the nation*" should be the "*representatives of the nation themselves*".[46] Judicial bodies are not directly elected by the people and thus not representatives of the people.[47] This is probably the strongest and only argument that can be made in favor of making the upper house of the legislature sit as court of impeachment.

However, underlying the argument seem to rest some questionable assumptions, namely that the people prefer their direct representatives to judge the president and that the public opinion will favor conviction if the lower house decides to accuse the president. People might actually prefer a judicial over a political body to hold the trial of the president. Also, empirical evidence from past impeachment efforts indicates that the opinion of the majority of the public on whether the president should be removed or not, does not always match the opinion of their direct representatives. In South Korea, for instance, seven out of ten Koreans opposed the decision to accuse President *Roh-Moo-hyun* at the first stage and preferred his acquittal at the second stage.[48] Similarly, the majority of the American population disliked the decision of the House of Representatives to

[40] Art. 44, Constitution of Brazil.
[41] Art. 86, Cl. 1, Constitution of Brazil.
[42] Art. 86, Cl. 1, Constitution of Brazil.
[43] Art. 86, Cl. 1, Constitution of Brazil.
[44] *Blaustein*, The U.S. Constitution: America's Most Important Export 2004, https://usa.usembassy.de/etexts/gov/constexport.pdf, p. 1, lastly accessed on 23.6.2020.
[45] Federalist Paper No. 65, "The Powers of the Senate continued" (7.3.1788).
[46] Federalist Paper No. 65, "The Powers of the Senate continued" (7.3.1788).
[47] The president of the United States has the power to nominate by and with the Advice and Consent of the Senate and to appoint the Judges of the Supreme Court, Art. II, § 2, Cl. 2, Constitution of the United States of America.
[48] *Len*, "President's Impeachment Stirs Angry Protests in South Korea", The New York Times (13.3.2004), https://www.nytimes.com/2004/03/13/world/president-s-impeachment-stirs-angry-protests-in-south-korea.html, lastly accessed on 18.6.2020.

accuse President *Clinton* and wanted him to remain in office.[49]

2. Upper House as Judge Conflicts with the Separation of Powers Doctrine

a) *Conflict with the Separation of Powers between Legislature and Executive*

The framers of the United States Constitution conceived the idea of involving solely the legislature in the procedure to accuse and judge the president from Great Britain.[50] There, the mechanism of impeachment first emerged in the mid-14th century during the conflict between the British monarch and Parliament. At that time, the king held a vast amount of power,[51] while the legislative and judicial branch only had very restricted means of scrutinizing the executive branch of government.[52] The British Parliament established the impeachment procedure in order to grant itself some sovereign power. As the Monarch was indisputably "*above the law*"[53], the only possibility the parliament had, was to target the immunity of the crown's ministers. This means, the impeachment and removal procedure was first created in a monarchy for the very purpose of providing the legislative branch with a "political weapon" and the ability to restrain the monarch by checking his appointees.[54]

The contemporary political setting in Great Britain is fundamentally different from the context, in which the impeachment and removal procedure first emerged. Today, the British view impeachment as an archaic and outdated procedure that does not fit into the modern British parliamentary system.[55] Symptomatic of the constitutions of parliamentary systems, such as the United Kingdom or Germany, is that the separation of powers between the executive and the legislative branch of government is not strictly respected.[56] Typically, the head of the executive is elected by and accountable to the legislature.[57] The legislatures are allowed to remove the head of the executive for political reasons through a simple vote of no confidence.[58] This also explains, why the rather lengthy impeachment and removal procedure of heads of the executive is considered obsolete in Great Britain today.

In contrast, the constitutions of presidential systems, like the one of the United States and each of the countries examined in the first part of this article, follow the separation of powers between the legislative, executive and judicial branch of government very strictly. Characteristically for this stern separation of powers is the president, as the head of the executive, elected by and accountable only to the people, not to the legislature. Hence, only the electorate can remove the president for political reasons. The legislature is not authorized to remove the head of the executive for political reasons through a vote of no confidence. The legislatures may only remove the president for wrongdoing in office through the impeachment and removal procedure laid down in the constitution.[59]

However, empirical evidence of the impeachment and removal procedure practice of the United States legislature suggests that the strongest predictor of how individual legislators are going to vote is not the strength of the evidence of presidential wrongdoing collected, but rather party membership of the legislators.

In the impeachment procedure of former Democratic President *Clinton*, the House of Representatives passed two articles of impeachment. The first of these two articles was adopted by a 228-206 vote. All, except for five, Democrats plus five Republicans voted against impeachment of the Democratic president. The other article passed by a vote of 221-212. Similarly to the first article, all Democrats, except for five, plus five Republicans voted against impeachment.[60] At the Senate trial, a two-thirds-majority, i.e. 67 "guilty" votes, are necessary to convict the president.[61] The Senate did not find President *Clinton* guilty on either of the two articles passed by the House. On the first article, 45 Republicans voted "guilty", while 45 Democratic plus ten Republican senators voted "not guilty". On the second article, 50 Republican senators voted to convict, while 45 Democrats plus five Republicans voted to acquit.[62]

The impeachment of Republican President *Trump* shows a very similar picture. The House of Representatives passed two articles of impeachment. The first article was adopted by a 230-197 vote. All, except for four, Democrats and no Republican voted in favor of the impeachment of the

[49] *Riley*, "Bill Clinton: Domestic Affairs", Miller Public Center of Public Affairs, University of Virginia, https://millercenter.org/president/clinton/domestic-affairs, lastly accessed on 18.6.2020.
[50] Federalist Paper No. 65, "The Powers of the Senate continued" (7.3.1788).
[51] *Walthall*, New England Law Review (N. Eng. Law Rev.) 9 (1974), 257 (258).
[52] *Caird*, Commons Briefing Paper Number CBP7612 on "Impeachment", House of Commons Library (6.6.2016), https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7612, p. 7, lastly accessed 19.6.2020.
[53] *Walthall*, N. Eng. Law Rev. 9 (1974), 257 (259).
[54] *Walthall*, N. Eng. Law Rev. 9 (1974), 257 (259).
[55] *Caird*, Commons Briefing Paper Number CBP7612 on "Impeachment", p. 7, House of Commons Library (6.6.2016), https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7612, lastly accessed on 19.6.2020; Joint Committee on Parliamentary Privileges Report, HL 43-I / HC 214-I (1999), para. 16.
[56] For a good description of the differences between the parliamentary and the presidential system see *Szucs*, George Washington International Law Review (Geo. Wash. Int'l L. Rev.) 46 (2014), 409 (421, 422).
[57] E.g. Art. 63, the Basic Law for the Federal Republic of Germany.
[58] E.g. Art. 67, the Basic Law for the Federal Republic of Germany.
[59] *Szucs*, Geo. Wash. Int'l L. Rev. 46 (2014), 409 (421, 422).
[60] *Chemerinsky*, Constitutional Law, Sixth ed. 2019, p. 417.
[61] Art. I, § 3, Cl. 6, Constitution of the United States of America.
[62] *Riley*, "Bill Clinton: Domestic Affairs", Miller Public Center of Public Affairs, University of Virginia, https://millercenter.org/president/clinton/domestic-affairs, lastly accessed on 18.6.2020.

Republican president. The second article was adopted by a 229-198 vote. All Democrats, except for five, and no Republican voted in favor of impeachment on the second article. One of the two Democrats who voted "no" on both articles of impeachment had previously announced his intent to switch parties[63] and officially became a Republican at the beginning of January 2020[64]. In the Senate trial of Republican President *Trump*, all Democratic senators voted in favor of *Trump*'s conviction under both articles. Except for Senator *Mitt Romney*, all Republican senators voted in favor of *Trump*'s acquittal on both articles.[65]

This empirical evidence from the United States suggests that legislatures tend to abuse their impeachment and removal authority to remove the head of the executive for political reasons, rather than actual proof of wrongdoing in office. This practice amounts to something comparable to a vote of no confidence symptomatic of parliamentary systems, that clashes with the separation of powers principle between the legislature and the executive fundamental to presidential systems.[66]

Alexander Hamilton did not foresee that the impeachment and removal procedure would in practice serve as a "political weapon" to the legislature against the president. Rather, he assumed that dividing the authority to accuse and judge between the two houses of the legislature would suffice to protect the president from political removals.[67] This false prediction could probably be explained as follows. Firstly, *Hamilton* did not think of senators as directly elected politicians. Under the United States Constitution adopted in 1788, senators are elected by state legislatures.[68] Popular elections for senators were only introduced later with the adoption of the 17th amendment.[69]

Secondly, *Hamilton* did probably not foresee the development of the modern-day two-party system. In his Federalist Papers, he actually expressed extreme hostility to the idea of political party formation in general.[70] In light of this, it was reasonable for *Hamilton* not to anticipate that the outcome of the impeachment and removal procedure would be dictated more by comparative strength of either the Democratic or the Republican Party, rather than actual evidence of presidential wrongdoing.

b) Conflict with the Separation of Powers between Legislature and Judiciary

Under the separation of powers principle, the capacities of the government are divided among the three branches of government, namely the executive, legislative and judicial branch. Each of the three branches has distinct responsibilities and is typically not permitted to exercise the responsibilities of another governmental branch.[71] The court of impeachment has the responsibility to compel the production of evidence and testimony in a trial in order to make a reasoned judgement as to whether the actions of the accused president constitute the substantive grounds for removal provided under the constitution. In essence, the court of impeachment has the duty to apply the law of the constitution to the facts of the case. This is a task typically reserved for the judicial, not the legislative branch.[72] Hence, granting the upper house of the legislature the authority to sit as court of impeachment confuses legislative and judicial powers in the same body. This conflicts with the separation of powers doctrine, more specifically between the legislative and the judicial branch of government.[73] Why the founding father of the United States Constitution thought the upper house must sit as court of impeachment nevertheless will be explained below.

II. Discussion of Arguments in Favor and Against Making a Judicial Body the Judge

1. Two Different Trials Held by the Same Court Removes Double Security of Having Two Trials in Two Different Courts

The only consequence of a presidential conviction at trial is removal from office. As outlined *supra*, the president still remains liable and subject to trial and punishment according to the law.[74] *Hamilton* anticipated that the Supreme Court would be assigned with the duty to hold this second criminal trial of the president. This disqualifies the Supreme Court from also sitting as a court of impeachment.

[63] *Cai et al.*, "Impeachment Results: How Democrats and Republicans Voted", The New York Times (18.12.2019), https://www.nytimes.com/interactive/2019/12/18/us/politics/trump-impeachment-vote.html, lastly accessed on 18.6.2020.
[64] Biographical Directory of the United States Congress, "Biography of Jefferson Van Drew", https://bioguideretro.congress.gov/Home/MemberDetails, lastly accessed on 16.6.2020.
[65] *Cai et al.*, "Trump Impeachment Results: How Democrats and Republicans Voted", The New York Times (5.2.2020), https://www.nytimes.com/interactive/2020/02/05/us/politics/impeachment-vote-results.html, lastly accessed on 16.6.2020.
[66] *Ginsburg et al.* argue that the power of the legislature to impeach and remove the head of the executive "*violates the usually structural independence*" of the two branches of government in presidential systems. *Ginsburg et al*. seem not to differentiate in this regard based on the (political) motivations of the legislators. See *Ginsburg*/*Huq*/*Landau*, University of Chicago Law Review (Forthcoming) (2020), 1 (47).
[67] Federalist Paper No. 66, "Objections to the Power of the Senate to sit as a Court of Impeachments further considered" (11.3.1788).
[68] Art. III, § 3, Cl. 1, Constitution of the United States of America.
[69] Amendment XVII, Constitution of the United States of America.
[70] Federalist Paper No. 10, "The Same Topic Continued, The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection", (23.11.1787).
[71] Legal Information Institute – Cornell University, Separation of Powers, https://www.law.cornell.edu/wex/separation_of_powers, lastly accessed on 19.6.2020.
[72] For a description of the typical tasks assigned to the judiciary in the United States presidential system of government see The White House, The Judicial Branch, https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/the-judicial-branch/, lastly accessed on 19.6.2020.
[73] Federalist Paper No. 66, "Objections to the Power of the Senate to sit as a Court of Impeachments further considered" (11.3.1788).
[74] Art. I, § 3, Cl. 7, Constitution of the United States of America.

If an error is made in the impeachment trial or the decision is biased, then it is very likely that this error or this bias will also occur in the second criminal procedure. According to *Hamilton*, making the Senate sit as the court to try the first impeachment trial and the Supreme Court sit as the court to try the second criminal trial provides the advantage of double security.[75]

However, the text of the United States Constitution and Supreme Court practice do not support *Hamilton*'s conclusion that the Supreme Court would actually have the duty to hold this second criminal trial. In general, the Supreme Court has appellate jurisdiction[76] and does not hold trials.[77] Only in "*cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls and those in which a State shall be a party*" does the Supreme Court have original jurisdiction.[78] Neither an incumbent president, who has been acquitted in the first trial by the Senate, nor a president who is convicted and thus removed from office by the Senate falls under one of the enumerated cases in which the Supreme Court has original jurisdiction under the United States Constitution. Consequently, allowing the Supreme Court to sit as court of impeachment would not remove the double security of having the two trials in two different courts.[79]

2. Judicial Body Lacks "Fortitude", "Credit" and "Authority"

Alexander Hamilton predicted that individual Supreme Court justices would not have the necessary "*fortitude*" to try the president and the Supreme Court as a whole would not have the required "*credit and authority*" among the people to sit as court of impeachment.[80] In general, *Hamilton* expected the judicial branch to be the weakest among the three branches of government, because it has "*no influence over either the sword or the purse*" and it has "*neither force nor will, but merely judgement*".[81]

This perception of the judicial branch as the least powerful among the three branches of government seems inadequate today. In the context of the global trend often referred to as the "*judicialization of politics*", judicial bodies have significantly enlarged their clout in the political field over the past decades.[82] Justices became increasingly bolder in making decisions that span into the fields of politics.[83] Moreover, judicial bodies have gained authority in making such political judgements. The *Bush v. Gore*[84] judgment, in which the Supreme Court determined the outcome of a presidential election, is probably the most outstanding United States example of this global phenomenon.[85] Before this background it is very unlikely that the judgement of a judicial body as to whether the president should be removed from his office or not would have less legitimacy than the one rendered by a body of the legislative branch.

3. Judicial Body as Judge Respects the Separation of Powers Principle

Allowing a judicial body to make the final decision as to whether the president should be removed from his office or not respects the separation of powers principle. Firstly, the duties of the court of impeachment are duties typically assigned to the judicial, not the legislative branch of government.[86] Hence, the issue of confusing legislative and judicial functions in the same body by making the upper house of the legislature the court of impeachment could be avoided by assigning this task to a judicial body.

Secondly, allowing a judicial body to sit as court of impeachment could prevent presidential removals by the legislature for purely political reasons, amounting to a clash with the separation of powers between the legislature and the executive. In contrast to members of the legislature, Supreme Court Justices are not popularly elected politicians, who run their election campaigns as members of either the Democratic or the Republican Party.[87] Consequently, they are more likely to base their judgement in an impeachment trial on actual evidence of innocence or guilt rather than their party membership. The judicial body could thus exercise a check on the decision of the legislative body to accuse the president and protect the president from removal for purely political reasons. The impeachment of President *Wahid* in Indonesia and President *Roh-Moo-hyun* in South Korea, described in detail below, serve as an illustration to show how judicial involvement in the impeachment and removal procedure can help enforce the separation of powers doctrine between the legislature and the executive.

a) Impeachment of Indonesian President Wahid (2001)

In 2001, the first democratically elected President of Indonesia, *Wahid*, was accused of not making a $2 million

[75] Federalist Paper No. 65, "The Powers of the Senate continued" (7.3.1788).
[76] Art. III, § 2, Cl. 2, Constitution of the United States of America.
[77] The White House, The Judicial Branch, available at: https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/the-judicial-branch/, lastly accessed on 28.7.2019.
[78] Art. III, § 2, Cl. 2, Constitution of the United States of America.
[79] I would like to thank Professor *Matthew Coles* for discussing this issue with me and guiding me to this answer.
[80] Federalist Paper No. 65, "The Powers of the Senate continued" (7.3.1788).
[81] Federalist Paper No. 78, "The Judiciary Department" (28.5.1788).
[82] *Hirschl*, in: The Oxford Handbook of Political Science (2011), 253.
[83] *Lin*, UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs (JILFA) 20 (2016), 275 (277).
[84] Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).
[85] *Hunt*, The Judicialization of Politics in Canada and the United States, https://scholarworks.bgsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=honorsprojects, p. 20, lastly accessed on 19.6.2020.
[86] See Part B.I.2.b of this article.
[87] The president of the United States has the power to nominate by and with the Advice and Consent of the Senate and to appoint the Judges of the Supreme Court, Art. II, § 2, Cl. 2, Constitution of the United States of America.

donation public and of stealing $4.1 million from a public agency.[88] No evidence was found to support these accusations,[89] leading the Indonesian Attorney General to the conclusion that there was no presidential wrongdoing.[90] The Indonesian Parliament at the time disliked President *Wahid* for what is often referred to as his "*erratic behavior*"[91] and his failure to properly address economic issues of the country[92]. The legislature thus recognized an opportunity in the corruption scandal[93] and removed him from office[94], despite the lack of actual evidence of wrongdoing. Effectively, the Indonesian Parliament abused the impeachment procedure to remove the president for political reasons. This amounts to something equivalent to a vote of no confidence peculiar to parliamentary systems, which violates the separation of powers principle between the executive the legislature intrinsic to presidential systems.

At the time, the Indonesian impeachment procedure used to be designed in a similar manner to the type one constitutions, authorizing the upper house to make the final decision on whether the president should be removed from office or not.[95] The Indonesian judiciary did not have a role in the impeachment and removal procedure. The removal of President *Wahid* for political reasons could have been avoided by allowing a judicial body to sit as court of impeachment and to conclude that there is not enough evidence to remove him from office. In fact, after the highly controversial impeachment of President *Wahid*, Indonesian legislators recognized the need to protect prospective presidents from politically motivated removals.[96] The establishment of the Indonesian Constitutional Court in 2001 with the power to review presidential impeachments was regarded as the means to achieve this end.[97]

b) Impeachment of South Korean President Roh-Moo-hyun (2004)

In March 2004, the opposition of incumbent President *Roh-Moo-hyun* had control over the South Korean National Assembly.[98] The Korean Parliament impeached him for a minor election law violation.[99] This motion was widely regarded as a political move, taken by the opposition for the purpose of putting an end to *Roh*'s political agenda, including rapprochement with North Korea.[100] Under type one constitutions, the Korean Parliament would have effectively had the possibility to remove the president for purely political motivations, amounting to something equivalent to a vote of no confidence peculiar to parliamentary systems. However, the South Korean Constitution avoids the danger of the violation of the separation of powers between the executive and the legislature by allowing the Constitutional Court to judicially check the decision of the parliament. Two months after the impeachment motion was filed by the Korean Parliament, the Constitutional Court rejected the impeachment.[101] The Court found that President *Roh* did in fact violate Korean law, but that these violations were not of sufficient gravity to justify removal from office.[102]

4. Development of Precedent to Guide Future Impeachment and Removal Procedures

Alexander Hamilton anticipated the problem that the court of impeachment will inevitably have very much discretion.[103] This prediction has proved to be true. In the context of President *Clinton*'s impeachment procedure, senators clashed over what presidential conduct actually provides grounds for removal from office and whether *Clinton*'s

[88] *Chandrasekaran*, "Indonesian President Censured Wahid May Face Impeachment Vote over Corruption", The Tech (1.5.2001), http://tech.mit.edu/V121/N22/Indonesia-22.22w.html, lastly accessed on 18.6.2020.
[89] *Chandrasekaran*, "Indonesian President Censured Wahid May Face Impeachment Vote over Corruption", The Tech (1.5.2001), http://tech.mit.edu/V121/N22/Indonesia-22.22w.html, lastly accessed on 18.6.2020.
[90] CNN, "Timeline: Indonesia's Road to Crisis", (23.7.2001), https://www.cnn.com/2001/WORLD/asiapcf/southeast/07/22/indonesia.timeline/index.html, lastly accessed on 18.6.2020; even Indonesian party officials have admitted, that no wrongdoing of the president was actually proved, *Landler*, "Indonesian Parliament Approves Motion to Impeach President", The New York Times (30.5.2001), https://www.nytimes.com/2001/05/30/world/indonesian-parliament-approves-motion-to-impeach-president.html, lastly accessed on 18.6.2020.
[91] *Budiman*, in: Southeast Asian Affairs, 2001, p. 145.
[92] *Chandrasekaran*, "Indonesian President Censured Wahid May Face Impeachment Vote over Corruption", The Tech (1.5.2001), http://tech.mit.edu/V121/N22/Indonesia-22.22w.html, lastly accessed on 18.6.2020.
[93] CNN, "Timeline: Indonesia's Road to Crisis", (23.7.2001), https://www.cnn.com/2001/WORLD/asiapcf/southeast/07/22/indonesia.timeline/index.html, lastly accessed on 18.6.2020.
[94] *Schuman/Mapes*, "Indonesia's Megawati to Replace Wahid as President, Assembly Chairman Says", The Wall Street Journal (23.7.2001), https://www.wsj.com/articles/SB995798136911339684, lastly accessed on 18.6.2020.
[95] *Lin*, JILFA 20 (2016), 275 (292).
[96] *Lin*, JILFA 20 (2016), 275 (292).
[97] *Lin*, JILFA 20 (2016), 275 (292).
[98] *Len*, "South Korea Parliament Votes to Strip President of Powers", The New York Times (12.3.2004), https://www.nytimes.com/2004/03/12/world/south-korea-parliament-votes-to-strip-president-of-powers.html, lastly accessed on 18.6.2020.
[99] *Brooke*, "Constitutional Court Reinstates South Korea's Impeached President", The New York Times (14.5.2004), https://www.nytimes.com/2004/05/14/world/constitutional-court-reinstates-south-korea-s-impeached-president.html, lastly accessed on 18.6.2020.
[100] *Faiola*, "Court rejects South Korean President's Impeachment", The Washington Post (14.5.2014), https://www.washingtonpost.com/archive/politics/2004/05/14/court-rejects-s-korean-presidents-impeachment/917ed896-e2a3-4b62-ae16-b41d3d232f7f/?fbclid=IwAR2MkHKHl4sJVluhQt2Q2zV-9BMZQ0GZb7LRJHb26EFZMXMPjlEJQ1Uw1vc, lastly accessed on 18.6.2020.
[101] *Brooke*, "Constitutional Court Reinstates South Korea's Impeached President", The New York Times (14.5.2004), https://www.nytimes.com/2004/05/14/world/constitutional-court-reinstates-south-korea-s-impeached-president.html, lastly accessed on 18.6.2020.
[102] *Lee*, The American Journal of Comparative Law (Am. J. Comp. L.) 53 (2005), 403 (415).
[103] Federalist Paper No. 65, "The Powers of the Senate continued" (7.3.1788).

actions do so.[104] The majority of the senators concluded that his action did not meet the constitutional standard for removal[105] without issuing any official document explaining the reasons for *Clinton*'s acquittal.[106] And even if the Senate did issue such an explanation, it would not have any legally binding effect for prospective Senates.[107] Arguably, what constitutes an impeachable offense is just as unclear today as it was before the first presidential impeachment took place.[108]

This level of uncertainty could be reduced by making a judicial body sit as court of impeachment and thus allowing for the development of precedent to guide future impeachment and removal decisions. The decision of the South Korean Constitutional Court regarding the impeached President *Roh-Moo-hyun* supports this argument. President *Roh-Moo-hyun* was the first president ever to be impeached under the South Korean Constitution.[109] The South Korean Constitution only states that the president can be impeached on the basis of a violation of the constitution or other "*acts in the performance of official duties*".[110] The Constitutional Court acquitted President *Roh-Moo-hyun* and issued a binding decision specifying the grounds on which a president can be impeached under the South Korean Constitution, namely for: "*violations of law*", "*conduct only while in office*", and "*only when the damage he has inflicted on the free and democratic basic order is so grave that only his removal from office can repair the damage*".[111] Future Korean parliaments have less discretion in determining for what types of offenses a president can be impeached, because the legislature will be legally obliged to take these standards, developed by the Constitutional Court, into account.[112]

D. Conclusion

Allowing a judicial body to make the final decision on whether the president should be removed from his office or not is the better approach. Making the upper house sit as court of impeachment conflicts with the separation of powers principle, which is intrinsic to presidential systems, in two ways: firstly, this approach allows the legislature in practice to remove the head of the executive for political reasons; secondly, this approach confuses legislative and judicial functions in the same body. The arguments that convinced the framers of the United States Constitution to make the upper house of the legislature, not a judicial body, the court of impeachment are weak and in part implausible from a modern-day perspective. In contrast, very strong arguments can be made contemporarily to assign the authority to make the final decision to a judicial body. This approach respects the separation of powers principle, by allowing a judicial body to exercise a function typically reserved for the judiciary as well as to exert a check on the decision of the legislature to accuse the president and in this way protect presidents from being removed for purely political reasons. Furthermore, granting a judicial body the authority to hold the impeachment trial of the president allows for the development of binding precedent to guide future proceedings, which helps reduce the degree of uncertainty related to this rarely used constitutional mechanism.

[104] *Cole/Garvey*, Impeachment and the Constitution, Congressional Research Service (20.11.2019), https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46013, p. 30, lastly accessed on 19.6.2020.
[105] *Riley*, "Bill Clinton: Domestic Affairs", Miller Public Center of Public Affairs, University of Virginia, https://millercenter.org/president/clinton/domestic-affairs, lastly accessed on 18.6.2020.
[106] *Lee*, Am. J. Comp. L. 53 (2005), 403 (420).
[107] *Walthall*, N. Eng. Law Rev. 9 (1974), 257.
[108] *Chemerinsky*, Fn. 60, p. 417 states that "*it is unclear what lesson is to be learned from any of these*" past uses of the impeachment procedure in the United States concerning what constitutes the substantial grounds for impeachment, namely "*high crimes and misdemeanors*".
[109] *Sang-Hun*, "South Korea's Impeachment Process, Explained", The New York Times (27.11.2016), https://www.nytimes.com/2016/11/27/world/asia/impeaching-south-korea-president.html, lastly accessed on 18.6.2020.
[110] Art. 65, Cl. 1, Constitution of the Republic of Korea.
[111] *Lee*, Am. J. Comp. L. 53 (2005), 403 (421).
[112] *Lee*, Am. J. Comp. L. 53 (2005), 403 (421).

Luise Pfitzinger[*]

Wie wird die Community in Restorative-Justice-Maßnahmen einbezogen?

Der Begriff der Community ist eines der zentralen Konzepte im Bereich von Restorative Justice. Die Arbeit zeigt bespielhaft anhand von vier wichtigen Restorative-Justice-Maßnahmen (Täter-Opfer-Ausgleich, Family-Group-Conferencing, Circles und Local Citizens Reparative Boards) wie unterschiedlich die Verständnisse des Begriffes der Community sind. Hierauf aufbauend soll sowohl die Art der Einbeziehung der Community in die jeweilige Maßnahme als auch ihre dortigen Aufgaben betrachtet werden. Der Vergleich soll die verschiedenen Möglichkeiten der Einbeziehung aufzeigen und eine kritische Betrachtung dieser ermöglichen.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung 107
B. Begrifflichkeiten 107
I. Restorative Justice 107
II. Community 108
III. Täter*in und Opfer 109
C. Historische Ursprünge der Einbeziehung der Community in Restorative-Justice-Maßnahmen 109
D. Einbeziehung der Community in den verschiedenen Restorative-Justice-Maßnahmen 109
I. Täter-Opfer-Ausgleich 109
II. Erweiterter Täter-Opfer-Ausgleich 110
1. Was ist der erweiterte Täter-Opfer-Ausgleich? 110
2. Die Community im erweiterten Täter-Opfer-Ausgleich 110
3. Wie wird die Community einbezogen? 111
III. Family-Group-Conferencing 111
1. Was ist Family-Group-Conferencing? 111
2. Die Community im Family-Group-Conferencing 111
3. Wie wird die Community einbezogen? 112
IV. Circles 112
1. Was sind Circles? 112
2. Die Community in Circles 113
3. Wie wird die Community einbezogen? 113
V. Local Citizens Reparative Boards 113
1. Was sind Local Citizens Reparative Boards? 113
2. Die Community in Local Citizen Reparative Boards 114
3. Wie wird die Community einbezogen? 114
E. Fazit 114

A. Einleitung

Restorative Justice beschäftigt sowohl die kriminologische als auch die soziologische Forschung. Der Begriff der *Community* ist unabdingbar mit dem Thema verknüpft. Trotzdem herrscht nicht überall Konsens darüber, was *Community* eigentlich bedeutet. Aus diesem Grund wird sich diese Arbeit zunächst mit ihrer Bedeutung beschäftigen. Dabei soll unter anderem hinterfragt werden, welche Auswirkungen das jeweilige Verständnis von *Community* auf die verschiedenen *Restorative-Justice*-Maßnahmen hat. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die historischen Hintergründe von *Restorative Justice* zu beachten. Nur so lässt sich verstehen, warum der *Community*-Bezug in diesem Bereich eine derart essentielle Grundlage ist.

Die Frage, wie die *Community* in *Restorative-Justice*-Maßnahmen einbezogen wird, soll im Folgenden anhand der am weitesten verbreiteten Maßnahmen aufgezeigt werden. Dazu gehören neben dem Täter-Opfer-Ausgleich (TOA) primär auch das *Family-Group-Conferencing* (FGC), die *Circles* sowie die *Local Citizens Reparative Boards*. Damit schließt die Liste der *Restorative-Justice*-Maßnahmen nicht ab. Die vorliegende Arbeit erhebt somit nicht den Anspruch auf Vollständigkeit. Vielmehr kann sie nur einen kleinen Teil der vorhandenen Maßnahmen behandeln. Mit dem TOA, dem FGC, den *Circles* und den *Local Citizens Reparative Boards* sollen die vier bekanntesten Formen von *Restorative Justice* vertreten sein.

Zunächst werden diese Modelle einzeln dargestellt. Darauf folgt die Frage, was in dem jeweiligen Modell unter *Community* verstanden wird. Erst wenn diese Frage beantwortet ist, kann darauf eingegangen werden, wie die *Community* in der Maßnahme einbezogen wird. Auch für die Frage der Einbeziehung gilt, dass diese innerhalb der Modelle nicht überall auf die gleiche Art und Weise stattfindet. Die tatsächliche Einbeziehung der *Community* in *Restorative-Justice*-Maßnahmen kann deshalb nur ausschnittweise wiedergegeben werden.

Schließlich soll auch die Wirkung der Einbeziehung in *Restorative-Justice*-Maßnahmen auf die *Community* selbst betrachtet werden.

B. Begrifflichkeiten

I. Restorative Justice

Restorative Justice ist der am häufigsten verwendete und umfassendste Begriff für ein neueres Denkmuster in der modernen Strafrechtswissenschaft im Umgang mit

[*] Die *Autorin* studiert im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Aufsatz geht aus einem Kriminologie-Seminar zur Viktimologie aus dem Sommersemester 2019 hervor, das von Univ.-Prof. Dr. *Kirstin Drenkhahn* betreut wurde.

Straftaten, Täter*innen und Opfern.[1] *Restorative Justice* wird unter anderem beschrieben als *„a process whereby all the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future*“[2].

Dabei unterscheidet sich *Restorative Justice* stark von der repressiven Strafjustiz. Während das Ziel der repressiven Strafe auch die Abschreckung und/oder Vergeltung ist,[3] steht bei *Restorative Justice* der Tatfolgenausgleich im Fokus. Die Reaktion beruht deswegen auch auf dem Opferleid und nicht – wie bei der repressiven Strafe – auf der Schwere des Delikts. Während das Endziel bei der repressiven Strafjustiz abhängig von der theoretischen Ausprägung in der absoluten Gerechtigkeit liegen soll, soll *Restorative Justice* zu einer Wiederherstellung des Gemeinschaftsfriedens führen.

Restorative Justice ist ein weiter Begriff, der diverse Maßnahmen erfasst.[4] Dazu gehört unter anderem der in der deutschen Praxis gebräuchliche TOA.[5] Ein Vorteil von Restorative *Justice* ist die Flexibilität, mit der verschiedene Maßnahmen kombiniert und laufend neue Modelle kreiert werden können.[6] Die Maßnahmen gestalten sich abhängig von dem Ort und den beteiligten Personen sehr unterschiedlich. Somit existieren diverse *Restorative Justice* Programme, deren Verbreitung und Umsetzung sich von Land zu Land stark unterscheiden.[7]

II. Community

Der Begriff der *Community* wird unterschiedlich genutzt und interpretiert.[8] Unter anderem wird *Community* als Gemeinschaft oder als „*Gruppe von Menschen, die ein gemeinsames Ziel verfolgen, gemeinsame Interessen pflegen [und] sich gemeinsamen Wertvorstellungen verpflichtet fühlen*“ (Anm. d. Verf.), definiert.[9] Außerdem wird Community auch als „*a group of people living in the same place or having a particular characteristic in common*“, insbesondere als „*the people of a district or country considered collectively, especially in the context of social values and responsibilities*“, bezeichnet.[10] Hieraus wird deutlich, dass der Begriff sprachlich für verschiedene Verständnisse offen und keine eindeutige Bedeutung vorhanden ist, wodurch auch eine Übersetzung in die deutsche Sprache erschwert wird.

Die *Community* im Rahmen von *Restorative-Justice*-Maßnahmen wird ebenfalls verschieden definiert. Im Bereich des erweiterten Täter-Opfer-Ausgleichs (e-TOA) wird sie beschrieben als die Gruppe der unmittelbar oder mittelbar durch die Tat betroffenen beteiligten Personen. Zu diesen zählen hiernach – insbesondere bei Jugendlichen – folgende Personen: Freund*innen, Mitschüler*innen, Nachbar*innen, Partner*innen, Familienmitglieder, Mitbewohner*innen und Mitarbeiter*innen.[11]

Insbesondere die Familienmitglieder werden jedoch nicht in allen Modellen als Teil der *Community* gesehen. Stattdessen wird in manchen Fällen zwischen den Familien der Beteiligten und den Vertretern aus der *Community* differenziert.[12] In *Restorative-Justice*-Programmen, die ihrem Wortlaut nach nur die Familien der Beteiligten miteinbeziehen (wie zum Beispiel das FGC), werden auch andere Personen aus der *Community* herangezogen, die nicht zur Familie gehören. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Betroffenen keine eigene Familie haben.[13] Eine Abgrenzung gestaltet sich demnach mangels einheitlicher Verwendung der Begriffe schwierig.

Zusätzlich zu der Frage, wer zu der jeweiligen *Community* gehört, ist auch die Frage zu beantworten, wie viele und welche Personen aus der *Community* an dem *Restorative-Justice*-Programm teilnehmen sollen. Dabei haben sich insbesondere drei Gruppen herausgebildet: ausgebildete Freiwillige, Personen aus dem sozialen Umfeld des Opfers und des/der Täter*in und die Anwohner*innen bzw. die lokale *Community*.[14] Insbesondere ist zwischen der Einbeziehung von Freiwilligen aus der Umgebung, die dem Opfer oder dem/der Täter*in nicht zwingend bekannt sein müssen, und der Einbeziehung von Personen aus dem Lebensumfeld von dem Opfer oder dem/der Täter*in zu unterscheiden. Letztere werden *Community of care*[15] bzw. teilweise auch *micro-Community*[16] genannt. Zu der *micro-Community* gehören Personen, die eine persönliche Beziehung zueinander haben. Abzugrenzen ist diese von der *macro-Community,* zu der dagegen Personen gehören, die nur eine geografische Verbindung zueinander haben oder durch eine Form von Mitgliedschaft verbunden sind.[17]

[1] *Horrer*, Restorative Justice im Strafrecht, 2014, S. 19.
[2] *Marshall*, European Journal on Criminal Policy and Research 4 (1996), 21 (37).
[3] Vgl. BVerfGE 45, 187 ff.
[4] *Wemmers/Cyr*, International Review of Victimology 11 (2004), 259 (261).
[5] *Horrer* (Fn. 1), S. 40.
[6] *Gerkin*, Contemporary Justice Review 15 (2012) (CJR), 277 (278).
[7] Vgl. *Horrer* (Fn. 1), S. 18.
[8] *Hatton*, in: Smelser/Baltes, International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, 2015, S. 378.
[9] *Duden*, Community, die, https://www.duden.de/rechtschreibung/Community, zuletzt abgerufen am 5.5.2020.
[10] *lexico*, community, https://www.lexico.com/definition/Community, zuletzt abgerufen am 5.5.2020.
[11] *Nöthe/Hagemann*, TOA-Magazin 1/2018 (TM), 12.
[12] *Braithwaite*, Journal of Social Issues 62 (2006), 393 (395).
[13] *Bazemore*, Justice System Journal 19 (1997) (JSJ), 193 (206).
[14] *Fonseca Rosenblatt*, The Role of Community in Restorative Justice, 2015, S. 47.
[15] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 46.
[16] *Weitekamp*, Developing Peacemaking Circles in a European Context – Final Research Report presented to the European Commission, 2013, S. 25.
[17] *McCold*, in: Zehr/Toews, Critical Issues in Restorative Justice, 2004, S. 155.

Die Antwort auf die Frage, inwieweit die Beteiligten auf die an dem jeweiligen *Restorative- Justice*-Programm teilnehmenden Personen Einfluss nehmen können, variiert ebenfalls. So wird beim e-TOA darauf Wert gelegt, dass die Beteiligten selbst entscheiden, wer an dem Ausgleichsgespräch teilnehmen soll.[18] In anderen Modellen – wie den *Circles* – darf grundsätzlich jede Person aus der *Community* an dem Treffen teilnehmen. Die Teilnahme von vielen Mitgliedern ist ausdrücklich erwünscht.[19]

Der Begriff wird somit in der *Restorative-Justice*-Literatur nur vage definiert.[20] Deshalb wird teilweise auch vertreten, dass *Community* nur im Kontext des jeweiligen Konfliktes definiert werden könne.[21]

III. Täter*in und Opfer

Die Verwendung der Begriffe „Täter*in" und „Opfer" ist problematisch. Teilweise kommen *Restorative-Justice*-Maßnahmen schon im Ermittlungsverfahren in Betracht. So wurden zum Beispiel im Jahr 2014 im TOA 85,6 % der Fälle bereits im Vorverfahren initiiert. Zu diesem Zeitpunkt steht jedoch noch nicht fest, ob es sich bei der beschuldigten Person tatsächlich um eine/n Täter*in handelt. Der Begriff des TOA negiert damit rein sprachlich betrachtet die Unschuldsvermutung, die der beschuldigten Person gegenüber gilt.[22] In manchen Fällen werden deswegen auch die Begriffe „beschuldigte Person" und „geschädigte Person" verwendet.[23] Trotz einer solchen Negierung der Unschuldsvermutung sollen im Folgenden stets die Begriffe „Täter*in" und „Opfer" verwendet werden.

C. Historische Ursprünge der Einbeziehung der Community in Restorative-Justice-Maßnahmen

Ein Blick in die Menschheitsgeschichte zeigt, dass *Restorative Justice* die längste Zeit der Zivilisation als primäres Strafmodell genutzt wurde. Dies endete mit dem Ende des Mittelalters. Ab diesem Zeitpunkt wurde ein Verbrechen nicht mehr als ein Übel einem anderen Menschen gegenüber, sondern dem Herrschenden gegenüber angesehen.[24] In den 1990er Jahren fand insbesondere das neuseeländische FGC in vielen Staaten weltweit Beachtung.[25] Das FGC sei eine direkte Weiterentwicklung der Tradition der indigenen Bevölkerung Neuseelands, nämlich der Maori.[26] Allerdings wird diese Betrachtung auch kritisiert.[27] Einige Stimmen gehen davon aus, dass das FGC nur dem Einfluss der Maori-Kultur unterliege, nicht jedoch eine direkte Weiterführung der dortigen Tradition sei.[28] Fernab dieser Frage, ob das FGC eine direkte Weiterentwicklung der Maori-Kultur ist, kann jedoch festgestellt werden, dass ihre Einflüsse zu einer stärkeren Einbeziehung der *Community* in die Konfliktbearbeitung führten.[29]

Historisch gesehen kann ebenso in anderen indigenen Kulturen eine starke Einbeziehung der *Community* in den Prozess der Sanktionierung beobachtet werden. So liegt zum Beispiel in der Kultur der indigenen Völker Kanadas das Ziel der Justiz darin, den Frieden und die Balance innerhalb der *Community* wiederherzustellen.[30] Der Schwerpunkt in den historischen Formen von *Restorative Justice*, die die aktuellen Modelle stark beeinflusst haben,[31] lag demnach auf den Familien der Betroffenen und der *Community*.[32]

D. Einbeziehung der Community in den verschiedenen Restorative-Justice-Maßnahmen

Im Nachfolgenden sollen die verschiedenen *Restorative-Justice*-Maßnahmen daraufhin untersucht werden, was jeweils unter dem Begriff der *Community* verstanden wird. In einem zweiten Schritt wird sodann beleuchtet, wie die *Community* in die einzelnen Maßnahmen einbezogen wird.

I. Täter-Opfer-Ausgleich

Der TOA ist als gängigste *Restorative-Justice*-Maßnahme[33] in Deutschland gesetzlich ausdrücklich vorgesehen. Sowohl die strafrechtliche Rechtsfolge als auch die Vermittlungstätigkeit in strafrechtlich relevanten Konfliktsituationen werden zwar beide als TOA bezeichnet. Sie sind jedoch nicht deckungsgleich. Während die Mediations- und Schlichtungsstellen die Parteien bei der Klärung des Konfliktes unterstützen, entscheidet erst die Justiz, ob die selbst getroffene Regelung als TOA im Sinne der strafrechtlichen Regelungen bewertet werden kann.[34] Der TOA, die in den USA verbreitete *Victim-Offender-Mediation* und das Modell des Tatausgleiches in Österreich stellen grundsätzlich das gleiche *Restorative-Justice*-Modell dar.[35] In

[18] *Nöthe/Hagemann*, TM 1/2018, 12.
[19] *Bazemore*, JSJ 19 (1997), 193 (207).
[20] *McCold/Wachtel,* "Community Is Not a Place: A New Look at Community Justice Initiatives", IIRP News vom 7.6.1997, https://iirp.edu/news/Community-is-not-a-place-a-new-look-at-Community-justice-initiatives, zuletzt abgerufen am 5.5.2020.
[21] *McCold*, "Restorative Justice: The Role of the Community", IIRP News vom 31.3.1995, https://iirp.edu/news/restorative-justice-the-role-of-the-Community, zuletzt abgerufen am 5.5.2020.
[22] *Horrer* (Fn. 1), S. 22.
[23] *Hartmann et al.*, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2013 und 2014, 2016, S. 6.
[24] *Braithwaite*, Crime and Justice 25 (1999), 1 (2).
[25] *Braithwaite*, Crime and Justice 25 (1999), 1 (2 f.).
[26] *Shearing*, Punishment & Society 3 (2001), 203 (218).
[27] *Daly*, Punishment & Society 4 (2002), 55 (63).
[28] *Maxwell/Morris*, Social Policy Journal of New Zealand 1 (1993), 1 (4).
[29] *Daly*, Punishment & Society 4 (2002), 55 (63).
[30] *Baskin*, Child Care in Practice Journal 8 (2002) (CCIP), 133.
[31] *Daly*, Punishment & Society 4 (2002), 55 (63).
[32] *Baskin*, CCIP 8 (2002), 133.
[33] *Horrer* (Fn. 1), S. 40.
[34] *Waage Hannover e.V.*, Unser Selbstverständnis: Restorative Justice und Mediation, https://waage-hannover.de/waage/unser-selbstverstaendnis-restorative-justice/, zuletzt abgerufen am 5.5.2020.
[35] *Horrer* (Fn. 1), S. 22.

Deutschland findet der TOA unter anderem Erwähnung in den §§ 155a, 155b StPO und in dem § 46a StGB, der die Strafzumessung nach der Durchführung eines TOA regelt. Die Durchführung des TOA ist jedoch gesetzlich nicht geregelt, sondern vielmehr ein informelles Verfahren.[36] Gem. § 46a Nr. 1 StGB wird er als Ausgleich zwischen dem/der Täter*in und dem/der Verletzten definiert.

Der TOA als Vermittlungstätigkeit in strafrechtlichen Konflikten sieht ausdrücklich eine unmittelbare Auseinandersetzung zwischen der beschuldigten und der geschädigten Person zur Aufarbeitung der Tat vor.[37] Er wird in den Bereich der Mediation eingeordnet. Außer den beiden am Konflikt beteiligten Parteien wirkt noch eine vermittelnde dritte Person mit, die zum einen moderiert und zum anderen die Parteien unterstützt.[38] Im Idealfall werden die Motive, Hintergründe und Folgen der Tat besprochen und eine Ausgleichsvereinbarung getroffen.[39] Heute gibt es von diesem Modell jedoch auch Abweichungen,[40] unter anderem den e-TOA.

Das Ziel des gesetzlich vorgesehenen TOA ist auf der einen Seite, dem Opfer sowohl beim Abbau von Ängsten als auch durch Schadenskompensation zu helfen. Auf der anderen Seite soll aber auch der Täter zur Einsicht in die Verwerflichkeit seines Handelns und zur Übernahme von Verantwortung veranlasst werden.[41] Nicht erwähnt wird jedoch die Wirkung der Straftat auf die *Community*. Eine Einbeziehung der *Community* ist jedenfalls nach den gesetzlichen Vorgaben nicht vorgesehen. Nur in wenigen Ausnahmesituationen – wie in dem e-TOA – erfolgt eine derartige Einbeziehung.[42] In der klassischen Form des TOA kann lediglich der Einfluss der *Community* durch die vermittelnde Person (auch Mediator*in[43]/Vermittler*in[44]/Konfliktmittler*in[45]) diskutiert werden. Die vermittelnde Person ist im TOA grundsätzlich dafür zuständig, zwischen den betroffenen Personen einen Dialog herzustellen und diese zu unterstützen.[46] Teilweise wird jedoch angenommen, die vermittelnde Person repräsentiere auch die Interessen der *Community* bzw. die *Community* selbst.[47] Obwohl die vermittelnde Person auch Teil der jeweiligen *Community* sein kann, ist jedoch davon auszugehen, dass sie vielmehr eine neutrale Stellung einnimmt und weniger in der Absicht handelt, die *Community* zu repräsentieren.[48] Eine Einbeziehung der *Community* im TOA ist somit kaum vorhanden. Dies wird unter anderem damit begründet, dass die Reduzierung der beteiligten Personen auf die beschuldigte und die geschädigte Person und eine vermittelnde Person den Vorteil habe, dass der Fokus mehr auf dem Opfer und seinen Bedürfnissen liege. Größere Gruppen könnten dazu führen, dass das Opfer weniger Zeit zum Sprechen bekäme. Außerdem sei die Hemmschwelle zur Aussprache für viele Opfer in kleinen Gruppen geringer als in großen, da Letztere oftmals einschüchternd wirkten.[49]

II. Erweiterter Täter-Opfer-Ausgleich

1. Was ist der erweiterte Täter-Opfer-Ausgleich?

Eine Form des TOA, die von dem ursprünglichen Modell abweicht, ist der e-TOA. Obwohl der Begriff des e-TOA nur in Deutschland verbreitet ist, liegen auch hier nur wenige Informationen dazu vor. Der folgende Abschnitt beruht deshalb ausschließlich auf Berichten über die Arbeit zweier Einrichtungen: der Waage Hannover e.V.[50] und des Vereins für Jugendhilfe und Soziales Pinneberg e.V.[51]. Anders als im allgemeinen TOA wird im e-TOA neben den direkt beteiligten Personen auch die *Community*[52] in Form von nahestehende Personen (Unterstützer*innen) miteinbezogen.[53] Der Begriff des e-TOA wird dabei teilweise auch als Oberbegriff für andere *Restorative-Justice*-Maßnahmen – wie der Gemeinschaftskonferenz – verwendet, die innerhalb des e-TOA stattfinden könne.[54] An anderer Stelle wird wiederum klar zwischen TOA und anderen Formen von *Restorative Justice* abgegrenzt.[55] Eine genaue Differenzierung zwischen dem e-TOA und anderen *Restorative-Justice*-Maßnahmen gestaltet sich somit schwierig.

2. Die Community im erweiterten Täter-Opfer-Ausgleich

Die *Community* wird im e-TOA als die unmittelbar und mittelbar durch die Tat betroffenen Personen oder auch als Vertrauenspersonen definiert. Auch an dieser Stelle zählen dazu – insbesondere bei Jugendlichen – Personen wie

[36] *Winter/Matt*, Neue Kriminalpolitik 24 (2012), 73 (74).
[37] *Hartmann/Stroezel*, in: Dölling, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland: Bestandsaufnahme und Perspektiven, 1998, S. 149 (180).
[38] *Hassemer*, in: Dölling, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland: Bestandsaufnahme und Perspektiven, 1998, S. 373 (397).
[39] *Hartmann/Stroezel*, in: Dölling, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland: Bestandsaufnahme und Perspektiven, S. 149 (179).
[40] *Horrer* (Fn. 1), S. 39.
[41] *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 46a Rn. 1.
[42] *Nöthe/Hagemann*, TM 1/2018, 12.
[43] *Hartmann et al.* (Fn. 23), S. 38.
[44] *Horrer* (Fn. 1), S. 39.
[45] *Hartmann et al.* (Fn. 23), S. 38; *Horrer* (Fn. 1), S. 39.
[46] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 48.
[47] *McCold*, in: Zehr/Toews, Critical Issues in Restorative Justice, 2004, S. 155.
[48] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 48.
[49] *Umbreit/Stacey*, Juvenile and Family Court Journal 47 (1996) (JFCJ), 29 (36).
[50] *Waage Hannover e.V.*, https://waage-hannover.de/, zuletzt abgerufen am 5.5.2020.
[51] *Verein für Jugendhilfe und Soziales Pinneberg e.V.*, https://www.jupi.de/index.htm, zuletzt abgerufen am 5.5.2020.
[52] *Nöthe/Hagemann*, TM 1/2018, 12.
[53] *Verein für Jugendhilfe und Soziales Pinneberg e.V.*, Erweiterter Täter-Opfer-Ausgleich für Jugendliche und Heranwachsende, https://www.jupi.de/erweiterter-taeter-opfer-ausgleich.htm, zuletzt abgerufen am 5.5.2020.
[54] *Nöthe/Hagemann*, TM 1/2018, 12.
[55] *Diepholz et al.*, TM 1/2018, 7.

Freund*innen, Mitschüler*innen, Nachbar*innen, Partner*innen, Familienmitglieder, Mitbewohner*innen und Mitarbeiter*innen. Die beschuldigten und die geschädigten Personen entscheiden selbst darüber, ob sie einen erweiterten oder einen einfachen TOA haben möchten. Entscheiden sie sich für den e-TOA, werden auch die teilnehmenden Personen von ihnen selbst benannt. Dies wird auch *Ownership*-Grundsatz genannt und soll durch die Möglichkeit der eigenen Mitgestaltung zum Erfolg des e-TOA führen.[56] Die Mediator*innen besprechen mit den Betroffenen die Auswahl der Personen und geben Anregungen, damit ein ausgeglichenes Verhältnis von Personen auf beiden Seiten vorhanden ist und kein Konfliktpotential auf Seiten der Unterstützer vorliegt.[57]

3. Wie wird die Community einbezogen?

Bei der Durchführung des e-TOA sind die Unterstützer*innen grundsätzlich während des gesamten Ausgleichgespräches anwesend. Ihre Aufgabe liegt zum Beispiel darin, neben Informationen über die betroffenen Personen, auch die Auswirkungen der Tathandlungen auf die Betroffenen und andere persönliche Konsequenzen mitzuteilen. Weiterhin dürfen die Unterstützer*innen Fragen stellen und Anregungen geben. Durch die vermittelnde Person soll jedoch sichergestellt werden, dass sie das Gespräch nicht dominieren oder eigenes Konfliktpotential einbringen. Des Weiteren sollen die Unterstützer*innen den Betroffenen emotional beistehen. So sei es den Betroffenen wichtig, dass eine andere Person für sie „intervenieren" könne, falls ihnen die Worte fehlen oder sie sich nicht ausreichend behaupten können. Nach dem Gespräch können Unterstützer*innen die Emotionen der Betroffenen auffangen und sie bei künftig zu erfüllenden Vereinbarungen unterstützen.[58]

Die Einbeziehung von Unterstützer*innen erhöhe die Chance auf eine umfassende und nachhaltige Klärung der Konflikte. Besonders sinnvoll sei die Einbeziehung bei Beziehungskonflikten und in Fällen von häuslicher Gewalt. Hier könne das Umfeld im Nachhinein als Mittel zur sozialen Kontrolle dienen und der geschädigten Person Schutz bieten.[59]

Die Rolle der *Community* liegt im e-TOA demzufolge hauptsächlich in der Unterstützung der Mediation zwischen dem/r Täter*in und dem Opfer. Dies wird bereits aus der Bezeichnung „Unterstützer*innen" deutlich.

III. Family-Group-Conferencing

1. Was ist Family-Group-Conferencing?

Das FGC wird auch *Conferencing* genannt.[60] Anders als im TOA ist eine Einbeziehung von weiteren betroffenen Personen – außer dem/der Täter*in und dem Opfer – Voraussetzung für das FGC.[61] Im Gegensatz zu der *Restorative-Justice*-Maßnahme der *Circles* wird hier jedoch lediglich die *micro-Community* miteinbezogen.[62] Der Schwerpunkt liegt somit auf dem Schaden, den die unmittelbar Betroffenen erleiden. Dazu wird neben dem/der Täter*in und dem Opfer auch deren direktes Umfeld gezählt. Die *macro-Community* wird jedoch anders als bei den *Circles*, bei welchem der Schwerpunkt auf dem Effekt der Tat für die Nachbarschaft und die Gesellschaft liegt, nicht miteinbezogen.[63]

Wie beim TOA gibt es auch hier eine vermittelnde Person, die die Kommunikation zwischen den Parteien erleichtern soll. Das FGC wird häufiger in nicht-europäischen Ländern angewandt. Jedoch finden auch in Europa einige Formen Anwendung.[64]

2. Die Community im Family-Group-Conferencing

Die *Community* im FGC wird als *Community of care*[65] oder *Community of intimates*[66] bezeichnet. Danach müssen alle teilnehmenden Personen entweder zum/zur Täter*in oder zum Opfer eine persönliche Beziehung haben.[67] Allerdings handelt es sich – anders als der Wortlaut vermuten lässt – nicht ausschließlich um Familienmitglieder. Auch andere Personen, zu denen eine enge Beziehung besteht, sind zugelassen (zum Beispiel Freund*innen).[68] Dies kann als eine Gegenmodel zur Einbeziehung der umfassenderen, auch geographischen *Community* gesehen werden, die zum Beispiel bei den *Circles* erfolgt.[69]

Es wird angenommen, dass bestimmte, dem/der Täter*in vertraute Personen während des Prozesses die Einstellung des/der Täter*in besonders beeinflussen können. Sie können ihm dazu verhelfen, sowohl Scham für die Tat zu empfinden als auch Verantwortung für diese zu übernehmen. Deshalb wird insbesondere die Einbeziehung der *Community of intimates* des/der Täter*in als essentiell angesehen.[70] Hierzu kann zum Beispiel auch das Trauern von Angehörigen des Opfers in der Gegenwart des/der Täter*in beitragen. Dieses Konzept wird *reintegrative shaming* genannt.[71]

---

[56] *Nöthe/Hagemann*, TM 1/2018, 12.
[57] *Nöthe/Hagemann*, TM 1/2018, 12 (13).
[58] *Nöthe/Hagemann*, TM 1/2018, 12 (15).
[59] *Diepholz et al.*, TM 1/2018, 7.
[60] *Bazemore*, JSJ 19 (1997), 193.
[61] *Bazemore*, JSJ 19 (1997), 193 (206).
[62] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 49.
[63] *McCold*, in: Zehr/Toews, Critical Issues in Restorative Justice, 2004, S. 155 (157).
[64] *Zinsstag*, in: Zinsstag/Vanfraechem, Conferencing and Restorative Justice, 2012, S. 11 (16).
[65] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 49.
[66] *Bazemore*, JSJ 19 (1997), 193 (206).
[67] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 49.
[68] *Bazemore*, JSJ 19 (1997), 193 (206).
[69] *Bolivar*, CJR 15 (2012), 17 (18).
[70] *Bazemore*, JSJ 19 (1997), 193 (206).
[71] *Braithwaite/Mugford*, British Journal of Criminology 34 (1994), 139 (140).

Für das Opfer kann ein solches Treffen mit schmerzhaften Erfahrungen verbunden sein. Deshalb besteht während des FGC ein Vorteil darin, dass es durch seine Familie und Freund*innen unterstützt werden kann.[72] Allerdings kann sich die Einbeziehung der *Community of care* des Opfers als Herausforderung gestalten. Zum einen sprechen viele Opfer einer Straftat nur mit wenigen Personen offen über die Tat. Zum anderen kann auch das Bedürfnis des Opfers, die Personen in seinem persönlichen Umfeld zu schützen, zu einer kritischen Haltung gegenüber dem FGC führen.[73]

3. Wie wird die Community einbezogen?

Ein wichtiger Grund der Einbeziehung der *Community* im FGC ist nicht nur die Konfrontation des/der Täter*in mit der Missbilligung des gezeigten Verhaltens durch bekannte Personen.[74] Vielmehr spielt die *Community* im FGC eine aktive Rolle. Die Mitglieder der *Community* unterstützen das FGC, indem sie ihre Reaktionen auf die Tat äußern, Vorschläge für eine Entschädigung machen und sich überlegen, wie diese Entschädigung umgesetzt werden kann. Anders als die vermittelnde Person im TOA soll die *Community* im FGC aktiv an der Entscheidungsfindung teilhaben. So soll eine größere Vielfalt an Perspektiven eingebracht werden, wodurch tragfähige, nachhaltige und kreative Ideen für eine Wiedergutmachungsvereinbarung entwickelt werden sollen.[75]

Außerdem besteht ihre Rolle darin, nach dem FGC einen regelmäßigen Kontakt zum/zur Täter*in oder zum Opfer aufrechtzuerhalten. Insbesondere der/die Täter*in soll durch die *Community of care* darin unterstützt werden, den Entschädigungsplan einzuhalten. Dies kann durch die *Community* beobachtet werden.[76] Das FGC soll jedoch auch der *Community* selbst bewusst machen, dass langfristig eine Wiedereingliederung des/der Täter*in nötig ist.[77]

Es könnte der Eindruck entstehen, dass FGC-Maßnahmen denen des e-TOA, bei dem die Angehörigen der Betroffenen miteinbezogen werden, entsprechen. Der bedeutende Unterschied zwischen den beiden Maßnahmen ist jedoch, dass sich der TOA auf das Gespräch zwischen dem/der Täter*in und dem Opfer konzentriert. Weitere Personen dienen in diesem Fall lediglich als Unterstützung für die Betroffenen und haben während des Gespräches nicht jederzeit die Möglichkeit, sich zu äußern. Im Gegensatz dazu sollen beim FGC der/die Täter*in, das Opfer und die *Community* zusammen einen Plan erstellen und in eine Diskussion kommen.[78]

IV. Circles

1. Was sind Circles?

Eine andere Form von *Restorative Justice*, die sich stark von den zuvor genannten Modellen unterscheidet, sind die sog. *Circles*[79]. Der *Circle* ist eine *Restorative-Justice*-Maßnahme, die am stärksten von der Idee der Einbeziehung der *Community* beeinflusst ist.[80] Durch die Einbeziehung aller Beteiligten in die Aufarbeitung der Tat und unter Berücksichtigung der Bedürfnisse unmittelbar Betroffener soll eine bestmögliche Lösung für die *Community* gefunden werden.[81]

Auch der Begriff des *Circles* lässt sich in verschiedene Untergruppen aufteilen. Allgemein werden die diversen Formen von *Circles* oft auch als *Peacemaking Circles* (Übersetzungsvorschlag: Friedenszirkel) bezeichnet.[82] Hiervon können insbesondere zwei große Untergruppen gebildet werden: *Healing Circles*[83] und *Sentencing Circles*[84]. Während die *Healing Circles* auf die Unterstützung einer geschädigten Person (zum Beispiel dem Opfer einer Straftat) gerichtet sind, steht bei den *Sentencing Circles* die Lösung eines Konflikts durch die *Community* im Vordergrund.[85] Ein anderer Begriff, der im Zusammenhang mit den *Sentencing Circles* benutzt wird, ist der Begriff der *Restorative Circles*[86]. Ein Grund für die umfangreichen Ausprägungen der *Circles* liegt darin, dass sie in vielen verschiedenen Lebensbereichen zur Anwendung kommen. So werden *Circles* zum Beispiel in Schulen bei Konflikten zwischen Schüler*innen, in der Arbeitswelt zwischen Kolleg*innen und eben auch im Bereich von *Restorative Justice* genutzt.[87] Im Folgenden werden ausschließlich die *Sentencing Circles* (bzw. *Restorative Circles*) im Bereich von *Restorative Justice* behandelt. *Sentencing Circles* werden momentan zum Beispiel in Kanada und den USA genutzt. In Europa sind sie noch kaum etabliert.[88]

[72] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 46.
[73] *Bolivar*, CJR 15 (2012), 17 (30).
[74] *Bazemore*, JSJ 19 (1997), 193.
[75] *Muhl/Willms*, Bewährungshilfe 2019 (BewHi), 159 (164).
[76] *Umbreit/Stacey*, JFCJ 47 (1996), 29 (33).
[77] *Bazemore*, JSJ 19 (1997), 193.
[78] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 50.
[79] *Centre for Justice & Reconciliation*, Lesson 3: Programs, http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3-programs/Circles/#sthash.pYfaINBm.dpbs, zuletzt abgerufen am 5.5.2020.
[80] *Bazemore*, JSJ 19 (1997), 193 (207).
[81] *Pranis/Stuart/Wedge*, Peacemaking Circles: From Crime to Community, 2003, S. 54 f.
[82] Vgl. *Weitekamp/Ehret*, Einführung von Friedenszirkeln in Europa, https://uni-tuebingen.de/fakultaeten/juristische-fakultaet/forschung/institute-und-forschungsstellen/institut-fuer-kriminologie/kriminologie/institut-fuer-kriminologie/forschung/sanktions-und-strafverfahrensforschung/abgeschlossene-projekte/einfuehrung-von-friedenszirkeln-in-europa/#c1076271, zuletzt abgerufen am 5.5.2020.
[83] *Weitekamp*, (Fn. 16), S. 31.
[84] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 50.
[85] *Weitekamp*, (Fn. 16), S. 31.
[86] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 50.
[87] *Weitekamp*, (Fn. 16), S. 30.
[88] *Weitekamp*, (Fn. 16), S. 2.

2. Die Community in Circles

Auch in den *Circles* liegt der Schwerpunkt auf der Einbeziehung der *Community*. Wie im FGC können neben dem Opfer und dem/der Täter*in auch deren Unterstützer*innen am Gespräch teilnehmen.[89] Zusätzlich sind andere Mitglieder der *Community* sowie Vertreter*innen der Justiz eingeladen, mitzuwirken.[90] Somit wird sowohl die *micro-Community* als auch die *macro-Community* miteinbezogen.[91] Nicht alle Personen, die an dem *Circle* teilnehmen, müssen dem/der Täter*in und/oder dem Opfer bekannt sein.[92] Neben den Effekten, die die Tat auf den/die Täter*in und das Opfer hat, werden in den *Circles* auch der Einfluss der Tat auf die *Community* diskutiert. So soll durch die Einbindung aller Betroffenen die Schäden der Tat nachvollzogen und ein Weg zur Wiedergutmachung gefunden werden.[93]

Eine Voraussetzung für die gewünschte Einbeziehung der *Community* ist die Teilnahme von möglichst vielen *Community*-Mitgliedern an der Maßnahme. Die Anzahl der teilnehmenden *Community*-Mitglieder wird dabei nur durch die Größe des Raumes, der für die Maßnahme gewählt wurde, begrenzt. Außerdem sollen Personen, die den *Circle* durch den Konsum von Alkohol oder Drogen stören, ausgeschlossen werden.[94] Diese *inclusivity* ist ein grundlegendes Prinzip der *Circles*. Keine teilnahmewillige Person soll ausgeschlossen werden. Dies wird als Notwendigkeit gesehen, um Gerechtigkeit zu erreichen.[95] Die *Community* in den *Circles* wird – in Abgrenzung zu der *Community of care* – sogar als *Community of life* bezeichnet, da sie nicht nur eine Balance wiederherstellen soll, sondern die Zukunft aktiv mitgestalten will.[96]

3. Wie wird die Community einbezogen?

Die Einbeziehung der *Community* in die *Circles* erfolgt eher nach einem flexiblen als nach einem festen Muster. Der jeweilige *Circle* wird an die Bedürfnisse und Kultur der betroffenen *Community* angepasst.[97] Trotz dieser Offenheit für individuelle Bedürfnisse kann ein ähnlicher Aufbau bei vielen *Restorative Circles* gefunden werden.[98] In einem *Restorative Circle* sitzen alle Teilnehmenden in einem Kreis, ohne einen Tisch oder Ähnliches zwischen sich zu haben. Das Treffen wird von einer Person moderiert[99] und es wird ein *talking piece* genutzt, das von Person zu Person weitergegeben wird.[100] Das Treffen besteht aus den folgenden vier Phasen:

> „(1) *Meeting and introduction*, (2) *Building trust*, (3) *Identifying issues and needs* [und] (4) *Developing an action plan*“ (Anm. d. Verf.).[101]

In den ersten beiden Phasen sollen die Teilnehmenden Vertrauen aufbauen, indem sie persönliche Informationen und ihre Erwartungen bezüglich des *Circles* teilen. Hierdurch wird für alle deutlich, wer aus welchen Gründen an dem *Circle* teilnimmt. So kann eine positive Grundeinstellung für das folgende Gespräch über den Konflikt geschaffen werden.[102]

Ein Leitbild der *Circles* ist, dass der Konflikt zwischen den unmittelbar betroffenen Personen auch für die *Community* die Möglichkeit bietet, dazu zu lernen.[103] So soll nicht nur die einschlägige Tat thematisiert werden. Vielmehr sollen auch die Vorereignisse in der *Community* behandelt werden, die zu dieser Tat geführt haben.[104] Dies kann als eine Erweiterung der Frage gesehen werden, wer für die Tat verantwortlich ist. In den *Circles* wird über die Verantwortlichkeit des Täters hinaus nämlich zusätzlich über die der *Community* diskutiert.[105]

Obwohl an den *Restorative Circles* oft auch Richter*innen, Anwält*innen oder Polizist*innen teilnehmen, treffen diese nicht alle Entscheidungen. Vielmehr teilen sie diese mit dem Rest der *Community*.[106] Die *Community* soll in allen Phasen des *Circles* mitentscheiden dürfen. Dies beginnt bereits mit der Frage, ob ein *Circle* überhaupt stattfinden soll. Außerdem soll die *Community* an der Planung und Vorbereitung des *Circles* beteiligt sein, über die Sanktionen des/der Täter*in entscheiden und im Nachhinein die Entscheidungen des *Circles* befolgen.[107] Auch hier kann festgestellt werden, dass die Ausgleichsvereinbarungen, die in den *Circles* festgelegt werden, oft umfassender, nachhaltiger und kreativer sind als zum Beispiel in einer einfachen Mediation.[108]

V. Local Citizens Reparative Boards

1. Was sind Local Citizens Reparative Boards?

Eine weitere *Restorative-Justice*-Maßnahme, in der die *Community* involviert wird, sind die *Local Citizen Reparative Boards*.[109] Auch hier gibt es je nach Region

[89] *Bazemore*, JSJ 19 (1997), 193 (207).
[90] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 51.
[91] *Weitekamp*, (Fn. 16), S. 44.
[92] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 50.
[93] *Bazemore/Umbreit*, Juvenile Justice Bulletin 2001, 1 (6).
[94] *Bazemore*, JSJ 19 (1997), 193 (207).
[95] *Pranis/Stuart/Wedge* (Fn. 80), S. 17.
[96] *Braithwaite/Strang*, in: Braithwaite/Strang, Restorative Justice and Civil Society, 2001, S. 1 (3).
[97] *Bazemore/Umbreit*, Juvenile Justice Bulletin 2001, 1 (6).
[98] *Pranis/Stuart/Wedge* (Fn. 80), S. 21.
[99] *Weitekamp*, (Fn. 16), S. 16.
[100] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 50.
[101] *Weitekamp*, (Fn. 16), S. 16.
[102] *Weitekamp*, (Fn. 16), S. 17.
[103] *Stuart*, in: Bazemore/Schiff, Restorative Community Justice. Repairing harm and transforming communities, 2001, S. 219 (220).
[104] *Weitekamp*, (Fn. 16), S. 12.
[105] *Pranis/Stuart/Wedge* (Fn. 80), S. 17.
[106] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 51.
[107] *Bazemore*, JSJ 19 (1997), 193 (215).
[108] *Muhl/Willms*, BewHi 2019, 159 (166 f.).
[109] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 51.

verschiedene Namen für das Modell, wie zum Beispiel *Community Reparative Boards* in Vermont (USA), *Neighborhood Accountability Boards* in Kalifornien (USA), *Community Councils* in Toronto (Kanada), *Youth Offender Panels* in England und Wales und *Community Panels* in Neuseeland.[110] Im Folgenden liegt der Schwerpunkt auf dem Modell der *Reparative Boards* in Vermont. Die Wortwahl *Reparative* soll hier keine Abgrenzung zu *Restorative Justice* darstellen. Zum Zeitpunkt der Entstehung der *Reparative Boards* war *Restorative Justice* jedenfalls dem US-amerikanischen Justizsystem als Konzept jedoch nicht bekannt. Das Vermont-Modell entstand somit nicht vor dem Hintergrund von *Restorative Justice*.[111] Die Motivation für die Einführung der *Reparative Boards* war vielmehr eine gesteigerte Einbeziehung der *Community*.[112]

Die *Reparative Boards* werden auf Beschluss eines Gerichts hin aktiv. Es handelt sich um eine Bewährungsstrafe mit der Auflage, dass sich der/die Täter*in mit dem *Reparative Board* treffen muss.[113] Eine kleine Gruppe von ausgebildeten Freiwilligen trifft sich daraufhin mit dem/der Täter*in, um einen *Restoration Plan* festzulegen und dessen Umsetzung zu beobachten.[114] Die teilnehmenden Täter*innen werden anhand der jeweils begangenen Straftat ausgewählt. Dabei fällt die Wahl hauptsächlich auf solche Straftaten, bei denen niemand geschädigt wurde (wie zum Beispiel alkoholisiertes Autofahren oder Alkoholkonsum bei Minderjährigen).[115]

Die *Local Citizen Reparative Boards* ähneln anderen *Restorative-Justice*-Maßnahmen, insbesondere den *Circles*. Allerdings sind *Reparative Boards* formeller und weniger flexibel und integrativ als die *Circles*. Ihr Aufbau ist systematischer und stärker institutionalisiert.[116] Die Ziele sind jedoch ähnlich. Sowohl die öffentliche Sicherheit als auch die *Community* sollen gestärkt werden. Letztere soll insbesondere darin gestützt werden, ihre eigenen Konflikte selbständig zu lösen und Lösungsstrategien zu entwickeln.[117] Die *Local Citizen Reparative Boards* sind insbesondere in Nordamerika verbreitet.[118]

2. Die Community in Local Citizen Reparative Boards

Die *Community* in den *Local Citizen Reparative Boards* besteht hauptsächlich aus vier bis sechs freiwilligen, aber ausgebildeten Vertreter*innen der örtlichen *Community*, in der die Tat begangen wurde. Die teilnehmenden Personen werden aus einem Pool aller Freiwilligen ausgewählt. Demnach müssen sie – wie die vermittelnde Person im TOA – keine besondere persönliche Beziehung zum/zur Täter*in oder zum Opfer aufweisen. Falls das Opfer an dem Treffen teilnimmt, kann auch die *Community of care* des Opfers zu dessen Unterstützung dabei sein. Die Partizipation des Opfers ist jedoch keine Voraussetzung für die *Reparative Boards*, da opferlose Taten im Fokus liegen. Gibt es jedoch ein Opfer der Tat, ist seine Teilnahme durchaus erwünscht.

Auch die *Community of care* des/der Täter*in soll an dem Treffen teilnehmen und – ähnlich wie im FGC – eigene Ideen bezüglich des *Restoration Plans* einbringen.[119]

3. Wie wird die Community einbezogen?

Die Einbeziehung der *Community* erfolgt durch drei Treffen der Vertreter*innen der *Community* und dem/der Täter*in. Die Treffen sind dabei weniger formell als eine Gerichtsverhandlung.[120] Bei dem ersten Treffen wird zwischen den Teilnehmenden ein *Reparative Agreement* ausgehandelt. Dieses beinhaltet Aufgaben, die der/die Täter*in während der Bewährungsstrafe erfüllen muss. Nach der Hälfte der Bewährungsstrafe findet ein weiteres Treffen statt, bei dem die Fortschritte des/der Täter*in bezüglich des *Agreements* besprochen werden. Das dritte und letzte Treffen findet kurz vor dem Ende der Bewährungsstrafe statt.

Die Mitglieder des *Reparative Boards* können entscheiden, ob der/die Täter*in erneut vor Gericht gehen muss, wenn er/sie sich zum einen weigert, das *Agreement* zu unterschreiben, oder sich zum anderen nicht an dieses hält.[121] Die Entscheidungen der *Community* werden von der Justiz durchaus ernst genommen und nicht als bloße Empfehlungen verstanden. Gewissermaßen besteht eine Partnerschaft zwischen der Justiz und der lokalen *Community*.[122]

Die Mitglieder der *Community* sind weder neutral noch übernehmen sie – wie im TOA – eine lediglich vermittelnde oder moderierende Rolle. Vielmehr repräsentieren sie die *Community* und sind an der Entscheidungsfindung aktiv beteiligt.[123]

E. Fazit

Der Begriff der *Community* ist geprägt von ebenso zahlreichen Bedeutungen wie Ideen, wie diese in *Restorative-Justice*-Maßnahmen einbezogen werden können. Dabei haben die unterschiedlichen Auffassungen dazu geführt, dass sich

[110] *Karp/Drakulich*, Criminology & Public Policy 3 (2004) (CPP), 655 (658).
[111] *Karp/Drakulich*, CPP 3 (2004), 655 (657).
[112] *Karp/Drakulich*, CPP 3 (2004), 655 (657).
[113] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 51.
[114] *Karp/Drakulich*, CPP 3 (2004), 655 (660).
[115] *Karp/Drakulich*, CPP 3 (2004), 655 (656).
[116] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 51.
[117] *Karp/Drakulich*, CPP 3 (2004), 655 (657).
[118] *Karp/Drakulich*, CPP 3 (2004), 655 (658).
[119] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 52.
[120] *Karp/Drakulich*, CPP 3 (2004), 655 (660).
[121] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 52.
[122] *Karp/Drakulich*, CPP 3 (2004), 655 (658).
[123] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 52.

die einzelnen Maßnahmen stark voneinander unterscheiden.[124]

Während die einzelnen Maßnahmen oft befürwortet werden, gibt es auch stetig Kritik an ihnen. So wird teilweise kritisiert, dass die Einbeziehung lediglich der *Community of care* – wie im FGC – das Potential von *Restorative Justice* schmälern würde.[125] Andere Stimmen argumentieren, dass gerade nur die *micro-Community* einbezogen werden solle. Die Bedürfnisse von *micro-Community* und *macro-Community* seien so unterschiedlich, dass sie nicht zeitgleich durch dieselbe *Restorative-Justice*-Maßnahme erfüllt werden können. Die Einbeziehung der *micro-Community* reiche aus, da die Bedürfnisse der *macro-Community* bereits durch die Ausführung der *Restorative-Justice*-Maßnahme erfüllt seien.[126]

In Maßnahmen wie dem TOA wird eine Einbeziehung der *Community* so gut wie gar nicht vorgenommen. Einem solchen Ausschluss ist kritisch zu begegnen, wenn man berücksichtigt, warum eine Einbeziehung der *Community* in *Restorative-Justice*-Maßnahmen erstrebenswert ist. Da der Erfolg der *Restorative-Justice*-Maßnahme nicht selten von der Einbeziehung der *Community* abhängt, profitieren sowohl der/die Täter*in als auch das Opfer davon.[127] Dies geschieht insbesondere dadurch, dass der/die Täter*in und das Opfer durch die *Community* unterstützt und erneut in die Gesellschaft integriert werden.[128] Andererseits soll auch die *Community* selbst von der Einbeziehung profitieren. Unter anderem soll sie durch die Teilnahme an *Restorative Justice* in der Hinsicht verändert werden, dass der gleiche Schaden in Zukunft nicht noch einmal entstehen kann.[129] Außerdem soll die *Community* dazu angeregt werden, über Straftaten, ihre Konsequenzen und den Umgang mit diesen nachzudenken.[130] Teilweise wird auch angenommen, die Einbeziehung der *Community* sei der zuverlässigste Weg, sicherzustellen, dass ihre Interessen beachtet werden.[131] Ebenfalls sollen die Maßnahmen nicht nur zur Stärkung der *Community*, sondern auch zur Stärkung der sozialen Beziehungen in dieser beitragen. Die Art der Einbeziehung der *Community* ist jedoch je nach *Restorative-Justice*-Maßnahme sehr unterschiedlich. In manchen Fällen wird angenommen, dass zwischen den einbezogenen Mitgliedern der *Community* ein vielmehr kollegiales statt eines freundschaftlichen Verhältnisses bestehe. Dies sei insbesondere bei den *Circles* der Fall, da sich die Vertreter*innen der *Community* oftmals nicht von vornherein kennen.[132]

Ebenfalls wird kritisiert, dass die Übertragung der Verantwortung auf die *Community* im Umgang mit Straftaten gefährlich sein könne. So besteht das Risiko, dass aufgrund von strukturellen Problemen – wie beispielsweise Rassismus – einzelne Mitglieder aus der *Community* und somit auch von einer effektiven Teilnahme an den *Restorative-Justice*-Maßnahmen ausgeschlossen werden.[133]

Nichtsdestotrotz hat die Einbeziehung der *Community* eine positive Auswirkung auf die Rückfälligkeit der Täter. Nach einer Rückfalluntersuchung weisen nämlich solche Täter*innen, die an einer *Restorative-Justice*-Maßnahme teilgenommen haben, im Vergleich zu anderen Täter*innen eine reduzierte Rückfälligkeit auf.[134]

[124] *McCold* (Fn. 17), 155.
[125] *Umbreit/Coates/Vos*, CJR 7 (2004), 81 (85).
[126] *McCold*, in: Zehr/Toews, Critical Issues in Restorative Justice, 2004, S. 155 (161).
[127] *Horrer* (Fn. 1), S. 202.
[128] *Gerkin*, CJR 15 (2012), 277 (278).
[129] *Zehr/Mika*, in: McLaughlin et al., Restorative Justice. Critical Issues, 2003, S. 40 (43).
[130] *Crawford*, in: Walgrave, Restorative Justice and the Law, 2002, S. 101 (119).
[131] *Gerkin*, CJR 15 (2012), 277 (278).
[132] *Fonseca Rosenblatt* (Fn. 14), S. 57.
[133] *Pavlich*, in: Braithwaite/Strang, Restorative Justice and Civil Society, 2001, S. 56 (62).
[134] Vgl. *Gerhard*, Rückfalluntersuchungen nach Restorative Justice Programmen: ein kritischer Überblick, 2004, S. 16 ff.

Tarik Khettal[*]

Vollendung und Beendigung echter Unterlassungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht

Die Deliktstadien der Vollendung und Beendigung spielen in der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis eine bedeutende Rolle. Gerade die Verschmelzung von Wirtschaftsstrafrecht und außerstrafrechtlichen Gesetzen sorgt für ein faktisches Außerkrafttreten von Verjährungsvorschriften und Folgeproblemen bei der Gesamtstrafenbildung. Dieser nimmt sich der vorliegende Beitrag an und macht Vorschläge zu deren Lösung. Dass es an der Zeit ist, alternative Lösungswege zu finden, spiegelt sich nicht zuletzt in der neueren Entscheidungspraxis des BGH wider. Ein aktueller Beschluss des 1. Strafsenats des BGH [BGH, Beschluss vom 13.11.2019 - Az.: 1 StR 58/19] führte dabei letztlich zu einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Beendigungszeitpunkt des § 266a StGB.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung 116
B. Deliktsverwirklichungsstadien einer Straftat 117
I. Vollendungsstadium 117
II. Beendigungsstadium 117
C. Echte Unterlassungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht 117
D. Spezifische Anwendungsprobleme ausgewählter echter Unterlassungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht 118
I. Problem der Verjährung 118
1. Verjährungsbeginn gemäß § 78a StGB bei echten Unterlassungsdelikten 118
2. Bestimmung der Vollendungs- und Beendigungszeitpunkte ausgewählter echter Unterlassungsdelikte des Wirtschaftsstrafrechts 118
3. Erschütterung des Verjährungssystems 119
4. Ungleichbehandlung verschiedener Beteiligter 121
II. Problem der Gesamtstrafenbildung 122
1. Nachträgliche Gesamtstrafenbildung gemäß § 55 Abs. 1 StGB 122
2. Nachträgliche Gesamtstrafenbildung am Beispiel von § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB 122
3. Zwischenfazit 122
III. Kritik und Lösungsansätze zu den Problematiken 123
1. Subventionsbetrug gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB 123
2. Vorenthalten von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB 124
E. Fazit 126
I. Schlussfolgerungen 126
II. Ausblick 127

A. Einleitung

Die Einordnung einiger dem Wirtschaftsstrafrecht zugeordneter Straftatbestände als echte Unterlassungsdelikte hat zum Teil zur Folge, dass vom Gesetzgeber geschaffene Regelungen – durch die Akzessorietät wirtschaftsstrafrechtlicher Normen zu außerstrafrechtlichen Gesetzen – in ihren Grundsätzen erschüttert werden bzw. unter Umständen leerlaufen können. Dies betrifft vor allem die Bereiche der Verjährung und Gesamtstrafenbildung. Gerade die Verjährung hat aufgrund der regelmäßig langen Verfahrensdauer von Wirtschaftsstrafsachen eine signifikante Bedeutung.[1] Besonders akut wird dieses Problem bei § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB sowie bei § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB, auf deren Untersuchung daher ein Schwerpunkt des vorliegenden Beitrags liegt. Ausgehend von einer kritischen Auseinandersetzung mit den sich aus der Charakterisierung als echte Unterlassungsdelikte ergebenden Konsequenzen werden Lösungsvorschläge dargestellt, die sowohl Rechtssicherheit geben als auch dem Willen des Gesetzgebers entsprechen sollen. Der Ablauf der Untersuchung stellt sich wie folgt dar: Zum Verständnis werden im Anschluss an diese Einleitung (A.) zunächst die allgemeinen Grundsätze zu den Deliktsverwirklichungsstadien einer Straftat (B.) erläutert. Im Anschluss an die Aufzählung derjenigen Wirtschaftsstraftaten, die nach überwiegender Ansicht als echte Unterlassungsdelikte verstanden werden (C.), folgt als Schwerpunkt der Arbeit die Auseinandersetzung mit den spezifischen Anwendungsproblemen, die sich aus eben dieser Einordnung als echte Unterlassungsdelikte ergeben (D.). Nach einer abstrakten Betrachtung des Zeitpunkts, zu dem die Verjährung bei echten Unterlassungsdelikten beginnt, beschränken sich die Ausführungen von dort an auf den Subventionsbetrug gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB sowie das Vorenthalten von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB. Anhand dieser ausgewählten Wirtschaftsstraftaten

[*] Der *Verfasser* studiert im neunten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Universität Potsdam. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit im Schwerpunktbereich Wirtschafts-, Steuer- und Umweltstrafrecht. Die Themenstellung erfolgte durch Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. (SZTE) *Uwe Hellmann*.

[1] *Schäfer*, in: FS Dünnebier, 1982, S. 541.

werden die spezifischen Probleme im Rahmen der Verjährung und der Gesamtstrafenbildung dargestellt. Schließlich werden im Fazit (E.) die sich aus der Ausarbeitung der Thematik ergebenden Schlussfolgerungen gezogen und eine mögliche Prognose für die Zukunft vorgenommen.

B. Deliktsverwirklichungsstadien einer Straftat

Eine Straftat lässt sich zeitlich in Vorbereitungs-, Versuchs-, Vollendungs- sowie Beendigungsphase untergliedern.[2] Wichtig für den weiteren Gang der Untersuchung sind vor allem Vollendung und Beendigung, die im Folgenden kurz genauer beleuchtet werden sollen.

I. Vollendungsstadium

Die Vollendung eines Delikts tritt ein, wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind.[3] Die im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs genannten Straftatbestände umschreiben diejenigen Voraussetzungen, die ein Täter erfüllen muss, um wegen Vollendung des jeweiligen Delikts bestraft zu werden.[4]

II. Beendigungsstadium

In Abgrenzung zur Vollendung tritt die materielle Beendigung als ungeschriebenes Merkmal der Straftat ein, wenn das strafbare Tatunrecht seinen Abschluss gefunden hat.[5] Die Tatbeendigung stellt den Abschluss des rechtsvernichtenden Handelns und damit den Zeitpunkt dar, in dem das Tatunrecht in vollem Umfang verwirklicht worden ist.[6] Um die endgültige Rechtsgutsverletzung zu bestimmen, bedarf es der Auslegung des durch die jeweilige Norm geschützten Rechtsguts.[7] Bei Tötungsdelikten (zB Totschlag, § 212 StGB) sind der Vollendungs- und der Beendigungszeitpunkt identisch, da das Leben als geschütztes Rechtsgut durch den Todeseintritt vernichtet wird. Auf der Hand liegt ein Auseinanderfallen von Vollendung und Beendigung bei Dauerdelikten (zB Freiheitsberaubung, § 239 Abs. 1 StGB), da diese bis zur Beendigung noch in tatbestandsmäßiger Weise verwirklicht werden.[8] Gleiches gilt bei Delikten mit *iterativer* Handlungsstruktur (zB mehrere Schläge bei einer Körperverletzung), da hier mehrere, eine Handlungseinheit gemäß § 52 Abs. 1 Var. 2 StGB bildende Akte wiederholt werden.[9] Aufgrund des aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Bestimmtheitsgebots und da sich der Beendigungszeitpunkt nicht immer eindeutig bestimmen lässt, muss die Unterscheidung von Vollendung und Beendigung in ihrem Anwendungsbereich jedoch eingeschränkt sein.[10] Bereits der gesetzlich geregelte Tatbestand begründet das strafbare Unrecht und begrenzt dieses, so dass der Begriff der Beendigung nach der tatbestandskonformen Beendigungslehre mit der gesetzlichen Tatbeschreibung in Einklang stehen muss, um die Tatbestände nicht unzulässig in ihrem Anwendungsbereich zu erweitern.[11] Je nach Bedeutung und Konsequenz für den Täter sowie deliktspezifisch ist deshalb auf eine Verhaltens- oder Erfolgsbeendigung abzustellen.[12]

C. Echte Unterlassungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht

Echte Unterlassungsdelikte sind Straftaten, bei denen die Nichtvornahme der gesetzlich geforderten Handlung den Tatbestand unmittelbar erfüllt, da das Gesetz solche Gebotsverletzungen unter Strafe stellt.[13] Die Rechtspflicht zum Handeln folgt dabei unmittelbar aus dem Gesetz. Nach überwiegender – jedoch keinesfalls einheitlicher[14] – Ansicht handelt es sich bei folgenden Tatbeständen, die dem Wirtschaftsstrafrecht zuzuordnen sind, um echte Unterlassungsdelikte: Im Insolvenz- und Bilanzstrafrecht fallen die Tatbestände des Bankrotts nach § 283 Abs. 1 Nr. 5 Var. 1[15] und Nr. 7b Var. 2 StGB[16], die soweit an den Gesetzeswortlaut des Bankrotts angelehnte und als Auffangtatbestand fungierende Verletzung der Buchführungspflicht nach § 283b Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 und Nr. 3b Var. 2 StGB[17] sowie die Insolvenzverschleppung gemäß § 15a Abs. 4 InsO[18], die einheitlich Regelungen zur Insolvenzantragspflicht trifft,[19] unter diese Deliktskategorie. Als weiteres echtes Unterlassungsdelikt gilt nach allgemeiner Auffassung die Tathandlungsalternative des Kreditbetrugs in § 265b Abs. 1 Nr. 2 StGB,[20] die dem Kapitalmarktstrafrecht zuzuordnen ist. Daneben gelten im Strafrecht der

[2] *Kühl*, JA 2014, 907.
[3] *Jescheck*, in: FS Welzel, 1974, S. 683 (685).
[4] *Kühl*, in: FS Roxin, 2001, S. 665 (667).
[5] *Fischer*, in: Fischer, 67. Aufl. 2020, § 22 Rn. 6.
[6] BGH NJW 2003, 2996 (2997).
[7] *Kühl*, in: FS Roxin, 2001, S. 665 (669).
[8] *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 105.
[9] *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 14 Rn. 23.
[10] *Kühl*, in: FS Roxin, 2001, S. 665 (671).
[11] Dies liegt sowohl an der strafschärfenden Bedeutung für Alleintäter, der Möglichkeit strafbegründender Bedeutung für Beteiligte (sukzessive Beihilfe bzw. Mittäterschaft) als auch an der verfolgungsverlängernden Bedeutung.
[12] Ausführlich dazu *Kühl*, Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974, S. 80 ff.; *Hillenkamp*, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, Vor § 22 Rn. 19 ff.
[13] *Bosch*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 134.
[14] AA *Möhrenschläger*, in: LK-StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266a Rn. 3; *Rönnau/Kirch-Heim*, wistra 2005, 321 (324) (zu § 266a Abs. 1 StGB als Erfolgsdelikt); *Hellmann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 940 (zu § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB als Erfolgsdelikt).
[15] *Himmelreich*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 7. Teil 1. Kap. Rn. 139.
[16] *Himmelreich* (Fn. 15), 7. Teil 1. Kap. Rn. 155.
[17] *Straßer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, Vor §§ 283-283d Rn. 24.
[18] *Kraatz*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 269.
[19] Dieser ersetzt durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (BGBl. I 2008, 2026) eine Vielzahl der zuvor in gesellschaftsrechtlichen Spezialgesetzen geregelten Vorschriften zur Insolvenzverschleppung (u.a. § 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG a.F., § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG a.F.).
[20] *Heger*, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 265b Rn. 6.

Wirtschaftslenkung der Subventionsbetrug gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB[21] sowie speziell aus dem Arbeitsstrafrecht das Vorenthalten von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Abs. 1[22] und Abs. 2 Nr. 2 StGB[23] als echte Unterlassungsdelikte, wobei sich die Ausarbeitung auf diese drei Straftatbestände beschränkt.

D. Spezifische Anwendungsprobleme ausgewählter echter Unterlassungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht

I. Problem der Verjährung

Ob man die genannten Straftatbestände des Wirtschaftsstrafrechts als echte Unterlassungsdelikte einordnet, hat insbesondere Auswirkungen auf das Rechtsinstitut der Verjährung. Um die mit der Einordnung in die Deliktskategorie der echten Unterlassungsdelikte einhergehenden Rechtsfolgen nachvollziehen zu können, erfolgt nach einer abstrakten Bestimmung, zu welchem Zeitpunkt die in § 78a StGB geregelte Verjährung bei echten Unterlassungsdelikten beginnt, eine konkrete Betrachtung des Vollendungs- und Beendigungszeitpunkts und dem damit einhergehenden Verjährungsbeginn der drei ausgewählten Straftatbestände des Wirtschaftsstrafrechts.

1. Verjährungsbeginn gemäß § 78a StGB bei echten Unterlassungsdelikten

Mit der Tatbeendigung beginnt nach § 78a S. 1 StGB grundsätzlich die Verfolgungsverjährung. Beendet sind echte Unterlassungsdelikte, wenn die Handlungspflicht des Täters entfällt.[24] Das Entfallen der Handlungspflicht kennzeichnet damit bei echten Unterlassungsdelikten den Beginn der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung.[25] Der Beendigungszeitpunkt ist dabei in Abgrenzung zur Vollendung zu bestimmen. Diese tritt bei echten Unterlassungsdelikten ein, wenn die strafbewehrte Handlungspflicht zum ersten Mal hätte erfüllt werden müssen, aber nicht erfüllt worden ist.[26] Damit gilt es, die Tatbestände der vorliegend ausgewählten Wirtschaftsstraftaten dahingehend auszulegen, den Erlöschenszeitpunkt der jeweiligen Handlungspflicht bestimmen zu können.

2. Bestimmung der Vollendungs- und Beendigungszeitpunkte ausgewählter echter Unterlassungsdelikte des Wirtschaftsstrafrechts

a) Subventionsbetrug gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Strafbar ist gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB derjenige (Subventionsnehmer[27]), der den Subventionsgeber entgegen den Rechtsvorschriften über die Subventionsvergabe über subventionserhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt. Eine solche Unterlassungshandlung ist vollendet, wenn iVm § 3 SubvG der Subventionsnehmer es entgegen seiner Rechtspflicht gegenüber dem Subventionsgeber unterlässt, unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern,[28] Angaben über subventionserhebliche Tatsachen zu machen.[29] Nach überwiegender Ansicht[30] tritt Tatbeendigung bei § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB in dem Moment ein, in dem die Subvention dem Subventionsnehmer endgültig belassen wird.[31] Die jeweils einschlägigen verwaltungsrechtlichen Durchführungsvorschriften bestimmen diesen Zeitpunkt.[32] Problematisch ist die Feststellung des Zeitpunkts, zu dem die Subvention endgültig belassen wird, insbesondere bei Subventionen in Form von Investitionszulagen nach dem InvZulG 2010[33].[34] Dieses erklärt in § 14 InvZulG 2010 die Normen der Abgabenordnung mit Ausnahme von § 163 AO, mithin aber auch die Regelungen zur Festsetzungsverjährung in den §§ 169 ff. AO für anwendbar. Danach ist erst bei Eintritt der Festsetzungsverjährung, d.h., wenn eine Rückforderung der bewilligten Subventionen rechtlich unmöglich geworden ist, davon auszugehen, dass die Subventionen dem Subventionsnehmer endgültig belassen werden.[35] Angenommen, A beantragt als Geschäftsführer für die G-GmbH bei der Subventionsvergabestelle S eine Investitionszulage und lässt S dabei über die tatsächlichen Vermögenswerte der GmbH in Unkenntnis. Indem A es entgegen seiner Rechtspflicht unterlassen hat, S unverzüglich die tatsächlichen Vermögenswerte der G-GmbH mitzuteilen (Verstreichen der Offenbarungsfrist), hat sich A wegen vollendeten Subventionsbetrugs gemäß §§ 264 Abs. 1 Nr. 3, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Beendet ist die Tat des A dagegen erst, wenn Festsetzungsverjährung eingetreten ist. Der in den Vorschriften zur Festsetzungsverjährung geregelte § 171 Abs. 7 AO legt fest, dass in den Fällen des § 169 Abs. 2 S. 2 AO die in der Regel zehn- bzw. fünfjährige Festsetzungsfrist nicht endet, bevor die Verfolgung der Steuerstraftat oder der Steuerordnungs-

[21] *Hellmann* (Fn. 14), Rn. 901.
[22] BGHSt 57, 175 (177) = NJW 2012, 2051 (2052).
[23] BGH NJW 2011, 3047 (3048); nach BGH wistra 2018, 206 (207) ist selbst § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB ein echtes Unterlassungsdelikt.
[24] BGHSt 28, 371 (380) = NJW 1980, 406 (408).
[25] *Bosch* (Fn. 13), § 78a Rn. 6.
[26] *Hüls/Reichling*, StraFO 2011, 305.
[27] Im Fall, dass der Subventionsnehmer ein steuerpflichtiges Unternehmen ist, dass nach §§ 1, 2 InvZulG 2010 Anspruch auf Investitionszulagen hat, richtet sich die Strafandrohung an denjenigen, der im Sinne des § 14 StGB Unternehmensleiter ist.
[28] Die Legaldefinition lässt sich aus § 121 BGB entnehmen.
[29] *Fischer* (Fn. 5), § 264 Rn. 38a.
[30] *Wohlers/Mühlbauer*, in: MünchKomm-StGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 264 Rn. 115; *Perron*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 264 Rn. 66; aA *Hentschel*, wistra 2000, 81 ff.
[31] *Fischer* (Fn. 5), § 264 Rn. 38a.
[32] *Hentschel*, wistra 2000, 81 (82).
[33] Enthält Regelungen über die staatlichen Subventionen (Investitionszulagen) in Deutschland.
[34] *Wattenberg*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 4. Teil 2. Kap. Rn. 69.
[35] *Wattenberg* (Fn. 34), 4. Teil 2. Kap. Rn. 70.

widrigkeit verjährt ist. Damit wird der Fristablauf gehemmt. Obwohl in § 169 Abs. 2 S. 2 AO explizit die Festsetzungsfrist für die Hinterziehung bzw. Verkürzung von Steuern geregelt ist und es deshalb Stimmen gibt, die eine Anwendung auf den Subventionsbetrug aufgrund des Wortlautes und der Rechtsnatur ausschließen,[36] geht der Bundesfinanzhof beim Erschleichen von Subventionen in Form von Investitionszulagen eindeutig von einer analogen Anwendung des § 169 Abs. 2 S. 2 AO aus[37]. Nach dieser Auffassung tritt Festsetzungsverjährung im Beispielsfall (da es in diesem um Subventionen in Form von Investitionszulagen geht und § 169 Abs. 2 S. 2 AO entsprechend Anwendung findet) wegen der Ablaufhemmung des § 171 Abs. 7 AO erst ein, wenn das strafbare Unterlassen des A verjährt ist[38]. Durch diese Ablaufhemmung ist der Eintritt der Verjährung faktisch ausgeschlossen. Dies ist der Fall, da die Tatbeendigung und somit der Verjährungsbeginn beim strafbaren Unterlassen erst mit der Festsetzungsverjährung eintritt. Die Festsetzungsverjährung wiederum tritt aufgrund der in § 171 Abs. 7 AO geregelten Ablaufhemmung erst ein, wenn die Straftat verjährt ist. Im Sinne eines Zirkelschlusses führt dies im Ergebnis zu einer faktischen Unverjährbarkeit des Subventionsbetrugs nach § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB, sofern der Subventionsgeber (hier: S) nicht pflichtgemäß unterrichtet wird, da durch die Anwendung strafrechtlicher sowie steuerrechtlicher Vorschriften beide jeweils aufeinander verweisen.[39] So ist bei § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB, sofern die Tat unentdeckt bleibt, erst mit dem Tod des Täters (hier: A) Tatbeendigung anzunehmen. Erst dann kann (zumindest, wenn man annimmt, dass die Tat erst mit dem endgültigen Belassen der Subvention beendet ist[40]) Verfolgungsverjährung eintreten.

b) Vorenthalten von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB

Nach § 266a Abs. 1 StGB ist zu bestrafen, wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält. Dagegen wird nach § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB derjenige mit Strafe bedroht, der als Arbeitgeber die für den Einzug der Beiträge zuständige Stelle pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dadurch dieser Stelle vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält. Mit dem Verstreichen des in § 23 Abs. 1 SGB IV geregelten Fälligkeitszeitpunkts (ohne dass bis dahin die entsprechenden Beiträge abgeführt worden sind) tritt beim Vorenthalten von Arbeitsentgelt Tatvollendung ein.[41] Da nach den zuvor festgestellten Grundsätzen zum Beendigungsbeginn echter Unterlassungsdelikte an das Entfallen der Handlungspflicht angeknüpft wird,[42] ist der Zeitpunkt des Erlöschens der Beitragspflicht entscheidend für den Verjährungsbeginn von Taten nach § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB[43]. Als Gründe, die zum Erlöschen der Beitragspflicht führen, zählen neben der nachträglichen Erfüllung der entsprechenden Beiträge[44] auch das Ausscheiden des für den Beitragsschuldner handelnden Täters aus seiner Vertreterstellung gemäß § 14 StGB[45] sowie beispielsweise bei der Auflösung einer GmbH der Wegfall des Beitragsschuldners[46]. Daneben können auch die Niederschlagung der Beitragsforderung gemäß § 76 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB IV[47] durch die dafür zuständige Einzugsstelle des Versicherungsträgers und die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Arbeitgebervermögen[48] zum Erlöschen der Beitragspflicht führen. Weitaus problematischer gestaltet sich der Verjährungsbeginn, wenn keiner der eben genannten Erlöschensgründe eintritt. Dann nämlich entfällt die Handlungspflicht des Täters erst mit der Verjährung der Beitragsschuld, die gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV bei vorsätzlich vorenthaltenen Beiträgen 30 Jahre nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden ist, eintritt. Erst von da an beginnt die regelmäßige, in diesem Fall fünfjährige Verjährungsfrist des § 266a StGB.

3. Erschütterung des Verjährungssystems

Die sich aus der Einordnung als echte Unterlassungsdelikte und der sozial- bzw. steuerrechtlichen Koppelung ergebenden Beendigungszeitpunkte des Subventionsbetrugs gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB bei Investitionszulagen sowie des Vorenthaltens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB sorgen für eine Erschütterung des Verjährungssystems, welches vom Gesetzgeber in den §§ 78 ff. StGB konstituiert ist. Zur Verdeutlichung dient folgender Beispielsfall zur Strafbarkeit wegen Vorenthalten von Arbeitsentgelt[49]: Arbeitgeber A muss am 01.10.2020 nach den Regelungen des Sozialrechts die Arbeitnehmeranteile an die Sozialkassen abführen. A tut dies mit den Sozialversicherungsbeiträgen seiner Arbeitnehmer B und C trotz Fälligkeit jedoch wissentlich nicht. Mit

[36] *Banniza*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, Bd. VI, 257. AL 2020, § 169 AO Rn. 42.
[37] BFHE 183, 324 = NVwZ 1999, 222 (223).
[38] Vgl. *Wattenberg* (Fn. 34), 4. Teil 2. Kap. Rn. 69.
[39] So auch *Krug/Skoupil*, wistra 2016, 137 (139).
[40] So *Fischer* (Fn. 5), § 264 Rn. 38; aA *Momsen/Laudien*, in: BeckOK StGB, 46. Ed. 2020, § 264 Rn. 41.1, die es als sachgerecht erachten, auf den Abschluss der im Zusammenhang mit dem Subventionsvorgang erforderlichen Handlung abzustellen.
[41] *Radtke*, in: MünchKomm-StGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 266a Rn. 115.
[42] *Radtke* (Fn. 41), § 266a Rn. 116.
[43] BGH wistra 2012, 235.
[44] BGHSt 53, 24 (31) = NJW 2009, 157 (160).
[45] OLG Dresden NStZ 2011, 163.
[46] BGH wistra 2010, 408 (409).
[47] *Perron* (Fn. 30), § 266a Rn. 31.
[48] OLG Dresden NStZ 2011, 163.
[49] Ähnlich auch *Hüls/Reichling*, StraFO 2011, 305 (307).

Ablauf des Fälligkeitszeitpunkts vollendet A eine Straftat nach § 266a Abs. 1 StGB. Beendet ist die Tat jedoch erst mit Entfallen der Handlungspflicht, mithin – sofern wie im Beispiel kein spezieller Erlöschensgrund greift – mit der Verjährung des sozialrechtlichen Anspruchs der Sozialkasse. Ansprüche auf vorsätzlich vorenthaltene Beiträge verjähren gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV in 30 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Dies würde im vorliegenden Fall bedeuten, dass der Anspruch der Sozialkasse mit Ablauf des Jahres 2050 verjährt. Somit entfällt erst zu diesem Zeitpunkt die Handlungspflicht des A, so dass Tatbeendigung eintritt. Da der Zeitpunkt der Tatbeendigung für die strafrechtliche Verjährungsfrist ausschlaggebend ist, beginnt die strafrechtliche Verjährungsfrist erst im Jahr 2050 und endet gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB nach 5 Jahren am 31.12.2055, also nach einer Gesamtverjährungszeit von mehr als 35 Jahren nach Tatvollendung. In den Fällen des Subventionsbetrugs nach § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB iVm § 3 SubvG bei Subventionen in Form von Investitionszulagen führt es gar zu einer faktischen Unverjährbarkeit, sofern es der Subventionsnehmer unterlässt, entgegen seinen Pflichten den Subventionsgeber über subventionserhebliche Tatsachen in Kenntnis zu setzen und so die Tat unentdeckt bleibt. Vergleicht man nun die – durch die bestehende Koppelung des Sozial- bzw. Steuerrechts – tatsächlichen Verjährungsfristen der §§ 264 Abs. 1 Nr. 3, 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB mit anderen Straftaten und deren Verjährungsfristen, lässt sich festhalten, dass das Vorenthalten von Arbeitsentgelt bezüglich der Verjährungsfrist auf einer höheren Stufe als Erpresserischer Menschenraub gemäß § 239a Abs. 3 StGB oder Raub mit Todesfolge gemäß § 251 StGB steht, für dessen Begehung der Gesetzgeber aber jeweils als Höchststrafe lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht.[50] Ein Subventionsbetrug gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB bei Investitionszulagen, der faktisch unverjährbar ist, bewegt sich damit gar auf einer Stufe mit Mord gemäß § 211 StGB, der ebenfalls nicht verjährt.

a) Wille des Gesetzgebers

Grundsätzlich hat der Gesetzgeber mit den Vorschriften zur Verfolgungsverjährung (§§ 78-78c StGB), die von der Rechtsnatur ein Prozesshindernis darstellen[51], in einem nach Deliktschwere abgestuften Verjährungssystem eindeutig entschieden, nach einer bestimmten Zeit darauf zu verzichten, gegen Straftäter mit den Mitteln des Strafrechts vorzugehen[52]. So unterliegen nach Auffassung des Gesetzgebers nur Verbrechen nach § 211 StGB (Mord) nicht der Verjährung, vgl. § 78 Abs. 2 StGB.

b) Sinn und Zweck der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung

Der Wegfall der strafrechtlichen Verfolgbarkeit hat dabei unterschiedlichste Gründe, die sowohl auf praktischen als auch auf theoretischen Gesichtspunkten beruhen.[53] Zu den praktischen und damit insbesondere verfahrenstechnischen Erwägungen der Verfolgungsverjährung zählt die mit der Beschleunigungsmaxime des Art. 6 Abs. 1 EMRK[54] verbundene Disziplinierungsfunktion gegenüber den Strafrechtspflegeorganen[55]. Diese Funktion, die dazu dient, dass die Organe der Strafrechtspflege eine zügige, effiziente und ökonomische Verfahrenspraxis betreiben, würde durch die herausgearbeiteten Gesamtverjährungszeiten leerlaufen. Als Nebeneffekt der Verjährung einer auch praktisch nicht durchführbaren uneingeschränkten Strafverfolgung[56] wird weiterhin die Entlastung der Justiz angeführt.[57] Dafür sprechen auch die im Laufe der Zeit schwindenden Aufklärungs- und Beweismöglichkeiten, die insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Beweisvergänglichkeit[58] die Chance eines Fehlurteils erhöhen können.[59] Auch ist eine Bestrafung nach einem deutlichen Zeitablauf regelmäßig nicht mehr verhältnismäßig (sog. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz[60]), da die Rechtsfolgen einer Straftat meist weder spezial- noch generalpräventiv nötig erscheinen. Dass das Strafbedürfnis mit zunehmender zeitlicher Entfernung zur Tat abnimmt,[61] hat zum einen damit zu tun, dass sich ein Täter, der im Laufe der Zeit keine weiteren Straftaten mehr begangen hat, bereits ohne Bestrafung resozialisiert hat[62]. Zum anderen hat es damit zu tun, dass es aufgrund eines scheinbaren Lebenswandels des Täters auch keiner Abschreckung mehr bedarf.[63] Des Weiteren nehmen unter generalpräventiven Aspekten bei großen Zeitabständen zwischen Tatbegehung und Möglichkeit, diese zu ahnden, sowohl das Sühnebedürfnis als auch das Verlangen nach Ahndung einer Straftat im Allgemeinen ab.[64] Mithin dienen die Normen der Verfolgungsverjährung dem Rechtsfrieden[65] und damit einhergehend der Rechtssicherheit[66]. Somit stellt die Verfolgungsverjährung, deren Rechtsfolge besagt, dass keine Strafverfolgung mehr eingeleitet werden darf, eine fiktive Aussöhnung des

[50] Ähnlich *Krug/Skoupil*, wistra 2016, 137 (139).
[51] *Mitsch*, in: MünchKomm-StGB, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 78 Rn. 1.
[52] *Bosch* (Fn. 13), Vor §§ 78 ff. Rn. 1.
[53] *Satzger*, Jura 2012, 433 (434).
[54] *Reichling/Winsel*, JR 2014, 331.
[55] BGHSt 11, 393 (396) = NJW 1958, 1307 (1308).
[56] *Bloy*, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, S. 190.
[57] *Mitsch* (Fn. 51), § 78 Rn. 4.
[58] *Otto*, in: FS Lackner, 1987, S. 715 (720).
[59] *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil 2, 8. Aufl. 2014, § 76 Rn. 11.
[60] *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 78 ff. Rn. 5.
[61] *Satzger*, Jura 2012, 433 (434).
[62] *Mitsch* (Fn. 51), § 78 Rn. 3.
[63] *Satzger*, Jura 2012, 433 (434).
[64] *Bloy* (Fn. 56), S. 184.
[65] *Schmitz*, Unrecht und Zeit, 2001, S. 223.
[66] BGHSt 51, 72 (78) = StraFo 2006, 380 (382).

Täters mit der Gesellschaft dar, die einem Schlussstrich gleicht.[67] Durch den zeitlich verzögerten Verjährungsbeginn der ausgewählten Wirtschaftsstraftatbestände kann von Rechtssicherheit augenscheinlich jedoch nicht gesprochen werden.

c) Zwischenfazit

Dem Sinn und Zweck der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung nach zu urteilen stehen die sich aus der Einordnung der §§ 264 Abs. 1 Nr. 3, 266a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 StGB als echte Unterlassungsdelikte ergebenden Gesamtverjährungszeiten nicht im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers. Mit Blick auf § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB gilt dies zumindest für den Fall, dass ein sozialversicherungsrechtlicher Anspruch besteht.

4. Ungleichbehandlung verschiedener Beteiligter

Daneben sorgt der Beendigungszeitpunkt der § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB hinsichtlich der Verfolgungsverjährung für eine Ungleichbehandlung verschiedener Beteiligter. So kommt es zum einen zu einer verjährungsrechtlichen Schlechterstellung von Einzelunternehmern gegenüber den Vertretungsorganen juristischer Personen sowie den vertretungsberechtigten Gesellschaftern von rechtsfähigen Personengesellschaften,[68] zum anderen zur Privilegierung von Tätern einer Straftat gegenüber Teilnehmern einer solchen[69].

a) Schlechterstellung von Einzelunternehmern gegenüber den Vertretungsorganen juristischer Personen

Die §§ 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB sind Sonderdelikte, die nur von einem Arbeitgeber oder einer ihm nach § 266a Abs. 5 StGB gleichgestellten Person begangen werden können.[70] Neben einem Einzelunternehmer, der zweifelsohne als Arbeitgeber zu qualifizieren ist, können auch eine juristische Person sowie rechtsfähige Personengesellschaften, bei denen die Straftat jeweils von den vertretungsberechtigten Organen begangen werden kann, gemäß § 14 Abs. 1 StGB Arbeitgeber im Sinne des § 266a StGB sein.[71] Mit Blick auf die möglichen Erlöschensgründe führt die Anknüpfung der Tatbeendigung an das Erlöschen der Beitragspflicht zu einer Schlechterstellung von Einzelunternehmern gegenüber den Vertretungsorganen juristischer Personen bzw. deren Mitgliedern und den Gesellschaftern rechtsfähiger Personengesellschaften, die vertretungsberechtigt sind. Eine solche Schlechterstellung fußt auf den beschränkten Möglichkeiten von Einzelunternehmern, ihre Handlungspflicht entfallen zu lassen.[72] So können vertretungsberechtigte Organe sowie deren Mitglieder als für den Beitragsschuldner (beispielsweise eine GmbH) handelnde Täter ihre Handlungspflicht schon dadurch entfallen lassen, dass sie aus ihrer Vertreterstellung ausscheiden.[73] Die Zahlungspflicht der GmbH als Beitragsschuldner bleibt hingegen bestehen. Auch kann eine Gesellschaft als solche durch ihre Auflösung bzw. Liquidation und dem damit verbundenen Wegfall von ihr als Beitragsschuldner den Wegfall der Handlungspflicht bewirken.[74] Beide eben genannten Erlöschensgründe sind Einzelunternehmern verwehrt, sodass ihnen im Vergleich nur begrenzte Möglichkeiten zum Erlöschen der Handlungspflicht zustehen.

b) Besserstellung von Tätern gegenüber Teilnehmern

Die in bestimmten Fallkonstellationen (Grenzfälle zwischen Täterschaft und Teilnahme, §§ 25 ff. StGB) gegebene Besserstellung von Tätern gegenüber Teilnehmern hinsichtlich der Verfolgungsverjährung mag verwundern, lässt sich aber wie folgt am Beispiel des § 266a StGB anschaulich erklären. Dabei ist zu beachten, dass die Verjährung von Teilnahmehandlungen in der Regel von der Beendigung der Haupttat abhängt (sog. Akzessorität der Teilnahme)[75] – wie bei den zuvor festgestellten Gesamtverjährungszeiten im Extremfall also auch erst in bis zu 36 Jahren nach Tatvollendung des Haupttäters. Einem Täter hingegen bleiben die zuvor erläuterten Möglichkeiten, seine konkrete Handlungspflicht selbst erlöschen zu lassen, sofern er Vertretungsorgan oder Mitglied eines Organs einer juristischen Person oder alternativ (jedenfalls faktisch) vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft ist.[76] Die damit einhergehende Privilegierung von Tätern gegenüber Teilnehmern veranschaulicht der folgende Beispielsfall:[77] Der formale GmbH-Geschäftsführer A wird von dem Geschäfte lenkenden und mit Entscheidungsmacht ausgestatteten Gesellschafter B im März 2014 aufgrund eines „Sparkurses“ der G-GmbH dazu veranlasst, für den aktuellen Monat der Sozialkasse die Arbeitnehmerbeiträge nicht korrekt abzuführen. Während A die folgenden Jahre weiterhin als Geschäftsführer der GmbH agiert, scheidet B im April 2015 aus seiner Stellung als Gesellschafter endgültig aus. Im September 2020 klagt die Staatsanwaltschaft nach ausführlichen Ermittlungen A und B wegen Vorenthaltens von Arbeitsentgelt nach § 266a Abs. 1 StGB an. Hinsichtlich der Strafbarkeit des B (zum Zeitpunkt September 2020) stellt sich im Prozess die

[67] *Mitsch* (Fn. 51), § 78 Rn. 3.
[68] *Loose*, wistra 2018, 207 (208).
[69] *Loose*, Das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung gemäß § 266a Abs. 2 StGB, 2017, S. 178.
[70] *Perron* (Fn. 30), § 266a Rn. 11; *Hellmann* (Fn. 14), Rn. 922.
[71] *Loose* (Fn. 69), S. 176.
[72] So auch *Bachmann*, in: FS Samson, 2010, S. 233 (239).
[73] OLG Dresden NStZ 2011, 163.
[74] BGH wistra 2010, 408 (409).
[75] BGHSt 20, 227 (228) = NJW 1965, 1817.
[76] *Loose* (Fn. 69), S. 178.
[77] Dieser ist von der Grundkonzeption angelehnt an *Hüls/Reichling*, StraFo 2011, 305 (306 f.).

Frage, ob dieser als Anstifter (§ 26 StGB) oder aufgrund seiner faktischen Geschäftsführerstellung als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) zu qualifizieren ist. Die Antwort auf die Frage hat, wie nachfolgend näher erläutert wird, erhebliche Konsequenzen für die Verjährung der Straftat des B. Geht man davon aus, dass B den A zu der Tat angestiftet hat, kann die Verjährung der Tat des B erst nach Tatbeendigung der Haupttat des A beginnen. Da dieser jedoch immer noch formaler Geschäftsführer ist und ihn weiterhin eine Handlungspflicht trifft, beginnt die Verjährungsfrist der Tat des B noch nicht einmal zu laufen. Würde man B hingegen als Täter qualifizieren, wäre die Handlungspflicht des B ab dem Zeitpunkt erloschen, zu dem er aus seiner Vertreterstellung ausgeschieden ist. Mithin würde die fünfjährige Verjährungsfrist der Straftat ab April 2015 zu laufen beginnen. Die Tat wäre also im September 2020 bereits verjährt gewesen. Im Ergebnis führt dies dazu, dass B, um straflos zu bleiben, dem Gericht glaubhaft machen müsste, zum Zeitpunkt der Tat im März 2014 faktischer Geschäftsführer der GmbH und mithin Täter gewesen zu sein, da in einem solchen Fall die stärkere Beteiligungsform der Täterschaft für ihn günstiger wäre.[78]

c) Zwischenfazit

Mangels sachlicher Gründe für eine solche Ungleichbehandlung ist die verjährungsrechtliche Schlechterstellung von Einzelunternehmern gerade mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG ein Problem.[79] Bezogen auf die Besserstellung von Tätern gegenüber Teilnehmern verwundert es, dass ein Rechtsbeistand in solchen Fällen vor Gericht alles versuchen wird, seinen Mandanten möglichst als Täter statt lediglich als Teilnehmer darzustellen. Auch die Tatsache, dass die Täterschaft als intensivere Form der Tatbegehung dennoch zu tätergünstigeren Ergebnissen führt, erscheint zweifelhaft.

II. Problem der Gesamtstrafenbildung

Weiterhin hat der Zeitpunkt der materiellen Beendigung von Straftaten gemäß §§ 264 Abs. 1 Nr. 3, 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB mitunter auch entscheidende Auswirkungen auf die nachträgliche Gesamtstrafenbildung nach § 55 Abs. 1 StGB. Hauptaufgabe der in den §§ 53, 54 StGB geregelten Gesamtstrafenbildung ist es, unter bestimmten, in den Vorschriften geregelten Voraussetzungen, tatmehrheitlich begangene Straftaten zu einer Gesamtstrafe zusammenzufügen.[80] Da eine solche Gesamtstrafe gemäß § 54 Abs. 2 S. 1 StGB die Summe der Einzelstrafen der jeweiligen Taten nicht erreichen darf, ist dieses vom Gesetzgeber geschaffene Konstrukt – jedenfalls im Vergleich zu bestimmten anderen Rechtsordnungen[81] – täterfreundlich.

1. Nachträgliche Gesamtstrafenbildung gemäß § 55 Abs. 1 StGB

Sinn und Zweck der nachträglichen Gesamtstrafenbildung ist es, für den Täter einen Ausgleich zu schaffen, wenn mehrere von ihm begangene Straftaten trotz theoretischer Möglichkeit nicht zusammen abgeurteilt worden sind.[82] Voraussetzung für eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung ist, dass die aktuell abzuurteilende Tat vor der früheren Verurteilung begangen wurde, vgl. § 55 Abs. 1 S. 1 StGB. Wann eine Tat als begangen gilt, hängt wiederum von der Tatbeendigung eben dieser Straftat ab, da eine solche erst zu diesem Zeitpunkt abschließend beurteilt werden kann.[83]

2. Nachträgliche Gesamtstrafenbildung am Beispiel von § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB

Da bei Straftaten gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB aufgrund ihrer Einordnung als echte Unterlassungsdelikte Tatbeendigung erst mit dem Entfallen der Handlungspflicht eintritt, müsste das Gericht, um im aktuell abzuurteilenden Fall eine nachträgliche Gesamtstrafe bilden zu können, prüfen, ob die sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht zum Zeitpunkt der früheren Verurteilung bereits erloschen war. Wie eingangs erwähnt können Taten gemäß § 266 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB jedoch in der Praxis im Extremfall Gesamtverjährungszeiten von bis zu 36 Jahren haben. So sind diese zum Zeitpunkt der aktuellen Verhandlung zumeist nicht beendet. Dies bedeutet wiederum, dass dadurch, dass zumeist keine Tatbeendigung eingetreten und damit die aktuell abzuurteilende Tat nicht vor der früheren Verurteilung begangen worden ist, keine für den Täter günstige nachträgliche Gesamtstrafe gemäß § 55 Abs. 1 StGB gebildet werden kann.

3. Zwischenfazit

Wendet man die allgemeinen Kriterien und Voraussetzungen der nachträglichen Gesamtstrafenbildung auf Taten gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB an, würde diese regelmäßig leerlaufen:[84] Begeht ein Täter neben anderen Straftaten auch eine Straftat nach § 266a Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 2 StGB, so wird ihm aufgrund des deutlich später verorteten Beendigungszeitpunkts in den meisten

[78] So auch im Ergebnis *Hüls/Reichling*, StraFo 2011, 305 (307).
[79] *Loose*, wistra 2018, 207 (208).
[80] *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 53 Rn. 1; *Frister*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 53 Rn. 13.
[81] So beispielsweise die US-amerikanische Rechtsordnung, welche im Strafrecht das Additionsprinzip kennt, wonach im Falle mehrerer Gesetzesverstöße die Einzelstrafen grundsätzlich addiert werden.
[82] *Fischer* (Fn. 5), § 55 Rn. 2.
[83] BGH StV 2018, 559 (560).
[84] So auch *Loose*, wistra 2018, 207 (208).

Fällen die Chance genommen, in den Genuss einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung zu kommen. Es besteht dann lediglich die Möglichkeit der Verwirklichung eines Härteausgleichs im Rahmen der Strafzumessung gemäß § 46 Abs. 1 StGB sowie in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO[85]. Weiterhin unterstreicht diese Feststellung auch die bereits erwähnte Schlechterstellung von Einzelunternehmern, denen bekanntlich eine weitaus weniger vielfältige Bandbreite an Erlöschensgründen zur Verfügung steht.

III. Kritik und Lösungsansätze zu den Problematiken

Die überwiegende Ansicht, dass es sich bei den §§ 264 Abs. 1 Nr. 3, § 266 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB um echte Unterlassungsdelikte handelt, bei denen Tatbeendigung mit dem Entfallen der Handlungspflicht eintritt, führt zu den augenscheinlich zweifelhaften Konsequenzen. Um diesen Problematiken entgegenzuwirken, werden nachfolgend verschiedene dogmatische Lösungsansätze dargestellt.

1. Subventionsbetrug gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB

a) Tatentdeckung als Verjährungsbeginn

In den Fallkonstellationen des Subventionsbetrugs gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB, in denen die Abgabenordnung Anwendung findet, wäre es zu goutieren, dass die Tatbeendigung auch zum Zeitpunkt der Entdeckung der Tat eintreten kann und mithin ab dann die strafrechtliche Verfolgungsverjährung zu laufen beginnt.[86] Sollte man beim Subventionsbetrug durch Unterlassen auf die Tatentdeckung als Erlöschen der Handlungspflicht abstellen, entfiele gleichwohl der Zwang des Täters, sich selbst zu belasten, nur um die strafrechtliche Verfolgungsverjährung beginnen zu lassen. Daneben spricht die Systematik der Regelungen zur Verjährungsunterbrechung in § 78c StGB für einen Verjährungsbeginn bei Tatentdeckung bzw. alternativ mit Bekanntgabe des Ermittlungsverfahrens. Die Verjährung wird gemäß dem Katalog des § 78c StGB beispielsweise durch die erste Vernehmung des Beschuldigten oder die Bekanntgabe, dass ein Ermittlungsverfahren eingeleitet ist, unterbrochen und beginnt zuungunsten des Beschuldigten von Neuem zu laufen. Vergleicht man die genannten Zeitpunkte, die zur Unterbrechung führen, drängen sich im Umkehrschluss die Tatentdeckung bzw. die vom Gesetzgeber bereits in anderer Weise in § 78c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB normierte Bekanntgabe des Ermittlungsverfahrens als Beendigungszeitpunkte des Subventionsbetrugs gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB auf.

b) Nemo-tenetur-Grundsatz

Mit Blick auf den Subventionsbetrug gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB bietet sich damit eine nähere Betrachtung des verfassungsrechtlich verankerten *nemo-tenetur-se-ipsum-accusare*-Grundsatzes[87] an. Dieser besagt, dass niemand dazu verpflichtet ist, sich selbst anzuzeigen oder gegen sich selbst Zeugnis abzulegen.[88] Als solcher bildet er eine Grundlage des Strafprozesses. Dabei findet sich der *nemo-tenetur*-Grundsatz prozessrechtlich in den §§ 136 Abs. 1 S. 2, 55 StPO wieder und gilt damit aus strafprozessualer Sicht entsprechend auch für die hier einschlägigen Wirtschaftsstraftatbestände. Dieser im Verfassungsrecht verankerte Grundsatz erlangt insofern Bedeutung, als dass zu den bereits genannten Erlöschensgründen auch die Unzumutbarkeit zählt,[89] die insbesondere bei der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Gesellschaftsvermögen zum Entfall der Handlungspflicht führen kann[90]. Dies liegt auf der Hand, da im Falle eines Insolvenzverfahrens sämtliche Rechte des Schuldners, über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und verfügen, gemäß § 80 InsO auf einen Insolvenzverwalter übergehen und eine Handlung dem dazu Verpflichtenden schlichtweg unmöglich bzw. unzumutbar ist.[91] Tatbeendigung wegen Unzumutbarkeit könnte aber auch – gerade mit Blick auf den *nemo-tenetur*-Grundsatz – ab dem Zeitpunkt der Tatentdeckung, spätestens jedoch zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Ermittlungsverfahrens eintreten, da es von da an für den Täter unzumutbar ist, seine Handlungspflicht zu erfüllen. Allgemein gilt, dass es für die Feststellung einer Unzumutbarkeit nötig ist, die widerstreitenden Interessen der handelnden Personen gegeneinander abzuwägen.[92] In den Fällen des Subventionsbetrugs durch Unterlassen haben die zur Unterrichtung der subventionserheblichen Tatsachen Verpflichteten in der Regel das Interesse, sich nicht selbst der Strafverfolgung aussetzen zu müssen.[93] Dementgegen stehen die fiskalischen Interessen des Subventionsgebers. Prinzipiell macht die Gefahr der Strafverfolgung die Handlungspflicht „*nicht schlechthin und in jedem Fall unzumutbar*“[94]. In Konkretisierung dessen wird jedoch nur in den Fällen von einer Zumutbarkeit für den zur Handlung Verpflichteten ausgegangen, wenn es sich bei den Interessen seines Gegenübers (in diesem Fall den Interessen des Subventionsgebers) um die Erhaltung von Leib und Leben handelt.[95] Da es sich hier jedoch „lediglich“ um die fiskalischen Interessen des Subventionsgebers handelt, könnte

[85] BGH NJW 2010, 2600.
[86] Ebenso *Hentschel*, wistra 2000, 81 (83).
[87] *Möller*, JR 2005, 314 (315).
[88] *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 63. Aufl. 2020, Einl. Rn. 29a.
[89] *Perron* (Fn. 30), § 266a Rn. 31.
[90] OLG Dresden NStZ 2011, 163.
[91] OLG Dresden NStZ 2011, 163; *Hüls/Reichling*, StraFo 2011, 305 (306).
[92] BGH NStZ 1984, 163 (164).
[93] So auch *Krug/Skoupil*, wistra 2016, 137 (142).
[94] So schon BGHSt 11, 353 (354) = NJW 1958, 957.
[95] BGH NStZ 1984, 164.

nach der Abwägung der widerstreitenden Interessen eine Unzumutbarkeit vorliegen. So wäre es mit Blick auf den ansonsten sich aus der Natur der Sache ergebenden Selbstbelastungszwang nachvollziehbar, die Handlungspflicht im Rahmen des § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB jedenfalls mit Tatentdeckung oder spätestens mit Bekanntgabe des Ermittlungsverfahrens[96] entfallen zu lassen. Würde man also das Entfallen der Handlungspflicht und damit Tatbeendigung wegen Unzumutbarkeit bereits zu diesen Zeitpunkten annehmen, würde ab diesem Moment die gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB regelmäßige Verjährungsfrist von fünf Jahren zu laufen beginnen. Wäre dies dagegen nicht der Fall und die Handlungspflicht würde auch nach Einleitung eines Ermittlungsverfahrens weiterhin gegeben sein, würde ein Beschuldigter vor eine (verfassungsrechtlich) unzulässige Wahl gestellt werden. Entweder müsste er offenbaren, seinen Pflichten in der Vergangenheit nicht nachgekommen zu sein und damit quasi ein Geständnis ablegen. Andernfalls träfe ihn weiterhin eine Handlungspflicht zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge bzw. zur Unterrichtung des Subventionsgebers, die dazu führt, dass die Verfolgungsverjährung nach den §§ 78 ff. StGB nicht zu laufen beginnt.[97] Dies würde dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz, sich nicht selbst belasten zu müssen, zuwiderlaufen. Die gleichen Ausführungen könnten in ihren Grundzügen auch als Lösungsansatz beim Vorenthalten von Arbeitsentgelt dienen.

c) Stellungnahme

Beim Subventionsbetrug durch Unterlassen gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB müsste die Handlungspflicht im Einklang mit dem Verfassungsrecht zum Zeitpunkt der Tatentdeckung oder spätestens mit Bekanntgabe des Ermittlungsverfahrens entfallen, da von dem Moment an – mit Blick auf den Grundsatz, sich nicht selbst belasten zu müssen – es für den Täter unzumutbar wird, seiner Verpflichtung nachzukommen.

2. Vorenthalten von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB

a) Fälligkeitszeitpunkt als Verjährungsbeginn

Bei Taten nach § 266a StGB dagegen würde eine Abkopplung vom Sozialrecht den Problematiken entgegenwirken.[98] Danach könnte die strafrechtliche Verfolgungsverjährung schon mit dem Verstreichenlassen des Fälligkeitszeitpunkts der Sozialversicherungsbeiträge beginnen.[99] Dies hätte zur Konsequenz, dass eine Tat nach § 266a StGB bereits mit der Tatvollendung gleichzeitig beendet wäre und von diesem Zeitpunkt an die fünfjährige Verjährungsfrist gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB laufen würde.[100] Ein Auseinanderfallen von Vollendung und Beendigung der Tat lässt sich zwar bei Dauerdelikten, bei welchen sich die Rechtsgutsverletzung offensichtlich mit fortschreitender Untätigkeit intensiviert,[101] rechtfertigen. Im Unterschied dazu ist das tatbestandliche Unrecht beim Vorenthalten von Arbeitsentgelt bereits bei Nichtzahlung zum Fälligkeitszeitpunkt vollständig eingetreten.[102] Die Rechtsgutsverletzung ist bei § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB also schon (irreversibel) mit Nichtzahlung zum Zeitpunkt der Fälligkeit eingetreten.[103] Ein weiteres Untätigbleiben des Täters vertieft die Rechtsgutsverletzung dagegen nicht mehr. Dieser Umstand spricht neben dem *Ultima-ratio*-Gedanken[104] ebenso für einen Verjährungsbeginn zum Fälligkeitszeitpunkt. Ein solcher Lösungsansatz ließe sich zum Beispiel begründen, wenn man das Vorenthalten von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB (entgegen der überwiegenden Ansicht[105]) nicht als echtes Unterlassungsdelikt, sondern vielmehr als Erfolgsdelikt einordnet.

aa) Einordnung des gesamten § 266a StGB als Erfolgsdelikt

Bezüglich § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB spricht bereits dessen Normstruktur für eine Einordnung als Erfolgsdelikt.[106] Die in Abs. 2 verwendete Begriffsbezeichnung „*und dadurch*“ zeigt eindeutig, dass die Erklärungspflichtverletzung ursächlich für das Vorenthalten der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung werden muss. Ein solcher Kausalzusammenhang ist ein spezifisches Merkmal eines Erfolgsdelikts.[107] Zudem ist der Begriff des *Vorenthaltens*

[96] So auch für das Steuerstrafrecht OLG Hamburg StV 1996, 437 (438), danach ergibt sich der Entfall der Handlungspflicht „*nicht aus dem Wortlaut des das Verhältnis von Straf- und Besteuerungsverfahren grundsätzlich regelnden § 393 Abs. 1 AO*“, sondern aus dem *nemo-tenetur-Grundsatz* als übergeordneter Rechtsgrundsatz.

[97] *Gaede*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, StGB/StPO/Nebengesetze, 4. Aufl. 2017, § 13 StGB Rn. 18.

[98] So auch *Reichling/Winsel*, JR 2014, 331 (341).

[99] *Gercke*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 12. Teil 2. Kap. Rn. 92; so nunmehr auch der 1. Strafsenat des BGH in seinem Beschl. v. 13.11.2019 - Az.: 1 StR 58/19, Rn. 13 ff. – juris.

[100] So u.a. *Bachmann*, in: FS Samson, 2010, S. 233 (233 ff.); *Hüls/Reichling*, StraFo 2011, 305 (308).

[101] *Bachmann*, in: FS Samson, 2010, S. 233 (236).

[102] *Gercke* (Fn. 99), 12. Teil 2. Kap. Rn. 92; kritisch zur damit einhergehenden faktischen Unverjährbarkeit des § 266 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB verbunden mit der Forderung, § 266a Abs. 1 und Abs. 2 StGB jeweils als ein Erfolgsdelikt zu qualifizieren, LG Baden-Baden StV 2019, 759 (762).

[103] BGH, Beschl. v. 13.11.2019 - Az.: 1 StR 58/19, Rn. 13 ff. – juris.

[104] *Reichling/Winsel*, JR 2014, 331 (341); *Hüls/Reichling*, StraFo 2011, 305 (308).

[105] BGH NJW 2011, 3047 (3048) = wistra 2011, 426 (427); BGHSt 57, 175 (177) = wistra 2012, 307 (309).

[106] So auch *Rönnau/Kirch-Heim*, wistra 2005, 321 (323).

[107] *Roxin/Greco* (Fn. 8), § 10 Rn. 102.

der Systematik nach als Taterfolg zu verstehen:[108] So ist beispielsweise § 212 Abs. 1 StGB ebenfalls ein Erfolgsdelikt, das jedoch im Gegensatz zu § 266a Abs. 2 StGB nicht die Worte „*und dadurch*" verwendet. Auch dies unterstreicht die Annahme, dass Abs. 2 ganz besonders als Erfolgsdelikt zu handhaben ist. Im umgekehrten Fall, nämlich dann, wenn man den Begriff des *Vorenthaltens* neben der Verletzung von Erklärungspflichten als weitere Tathandlung einstuft, müsste der Täter durch eben diese Erklärungspflicht selbst ursächlich für sein eigenes bloßes Unterlassen geworden sein.[109] Ein solcher Kausalzusammenhang ist dem deutschen Strafrecht zwar nicht gänzlich unbekannt,[110] dennoch wäre eine Kausalität zwischen zwei Handlungen in der Praxis schwer nachzuweisen und nur wenig praktikabel. Aufgrund der vom Gesetzgeber gewählten unterschiedlichen Tatbestandsstrukturen der Absätze 1 und 2 kann man eine Einordnung des § 266a Abs. 1 StGB als Erfolgsdelikt, die dogmatisch begründen würde, den Verjährungsbeginn an den Fälligkeitszeitpunkt anzuknüpfen, nicht bejahen. Vielmehr erfordert eine mögliche Einordnung des § 266a Abs. 1 StGB als Erfolgsdelikt eine gewisse Vorsicht. Zwar erscheint es mit Blick auf das Strafmaß zweifelhaft, ein bloßes Untätigbleiben (schlichtes Nichtzahlen) mit bis zu fünf Jahren[111] Freiheitsstrafe zu ahnden.[112] Allerdings stünde auch der Wortlaut einer Einordnung als Erfolgsdelikt nicht entgegen: Im Strafgesetzbuch finden sich sowohl Normen, die bezüglich des Begriffs *Vorenthalten* keinen spezifischen Vorenthaltungserfolg voraussetzen (Verletzung der Unterhaltspflicht, § 170 Abs. 2 StGB) als auch Vorschriften, bei denen neben der Tathandlung explizit eine Erfolgskomponente gefordert wird (Entziehung Minderjähriger, § 235 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB). Dennoch ist die gespaltene Auslegung ein und desselben Begriffs in den Absätzen die Konsequenz der vom Gesetzgeber gewählten unterschiedlichen Tatbestandsstruktur der Absätze 1 und 2.[113]

bb) Zwischenfazit

Demnach bleibt festzuhalten, dass sich durch die Einordnung des § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB als Erfolgsdelikt dogmatisch begründen lässt, einheitlich den Fälligkeitszeitpunkt bei § 266a Abs. 2 StGB als Verjährungsbeginn anzunehmen. Für § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB als ein an aktives Tun anknüpfendes Erfolgsdelikt, bei dem sich das tatbestandliche Verhalten nicht im schlichten Nichtzahlen der fälligen Sozialversicherungsbeiträge erschöpft, sondern das Vorenthalten vielmehr Folge der vorausgegangenen tatbestandlichen Handlung ist, ist dies ohnehin unstrittig.[114] Danach würde die Verjährung gemäß § 78a S. 2 StGB zum Zeitpunkt beginnen, zu dem der Vorenthaltungserfolg eingetreten ist. Dieser tritt ein, wenn zum Fälligkeitszeitpunkt kein Zahlungserfolg (Ausbleiben des Zahlungseingangs) in der geschuldeten Höhe bei der zuständigen Stelle eingetreten ist[115] bzw. die fälligen Beiträge zur Sozialversicherung verkürzt wurden[116]. Im Ergebnis würden der Vollendungs- und der Beendigungszeitpunkt zeitlich zusammenfallen.

Dagegen bleibt bei § 266a Abs. 1 StGB zu konstatieren, dass sich lediglich sachgerechte Argumente, bezogen auf das Strafmaß oder die Vorteile einer einheitlichen Auslegung innerhalb desselben Paragraphen[117], finden, die für eine Einordnung des Abs. 1 als Erfolgsdelikt sprechen. So erscheint schon die Strafbewehrung eines weiteren Unterlassens nach Vollendung des Tatbestands im Rahmen des § 266a Abs. 1 StGB als nicht gerechtfertigt.[118] Eine solche würde vielmehr voraussetzen, dass für das von § 266a Abs. 1 StGB geschützte Rechtsgut eine spezifische Gefahrenlage aufgrund der Unterlassung über den Zeitpunkt der Vollendung hinaus fortbesteht.[119] Dies ist bei § 266a StGB nicht der Fall und lässt sich auch nicht allein mit einer Erhöhung des Verspätungsschadens begründen.[120]

b) Vergleich zum Steuerstrafrecht

Mit Blick auf § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB, der vom Gesetzgeber ausdrücklich an den Straftatbestand der Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 AO angelehnt ist,[121] bietet sich ein Vergleich zum Steuerstrafrecht allgemein und insbesondere zur Lohnsteuerhinterziehung durch pflichtwidriges In-Unkenntnis-Lassen der Finanzbehörde gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO an. Neben ihrer tatbestandlichen Struktur weisen beide Straftatbestände zudem den gleichen Strafrahmen auf (Geldstrafe bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe). Gleichzeitig bedeutet dies, dass beide Vorschriften dieselbe Verjährungsfrist haben (5 Jahre).[122] Und auch dadurch, dass sowohl bei den Sozialbeiträgen als auch bei der Lohnsteuer ähnliche Erhebungsverfahren[123] durchgeführt werden, bietet sich eine nähere Betrachtung der

[108] *Spatscheck/Wulf/Fraedrich*, DStR 2005, 129 (134).
[109] Ähnlich *Krack*, wistra 2015, 121.
[110] Ein Kausalzusammenhang zwischen zwei Tathandlungen ist ausnahmsweise möglich, wird jedoch nur angewendet, wenn es um Handlungen unterschiedlicher Personen geht (zB bei der Tötung auf Verlangen gemäß § 216 Abs. 1 StGB oder beim Betrug gemäß § 263 Abs. 1 StGB).
[111] In besonders schweren Fällen mit bis zu zehn Jahren, vgl. § 266a Abs. 4 StGB.
[112] *Rönnau/Kirch-Heim*, wistra 2005, 321 (323).
[113] *Loose* (Fn. 69), S. 122.
[114] BGH NJW 2011, 3047 (3048) = wistra 2011, 426 (427); BGHSt 57, 175 (177) = wistra 2012, 307 (309).
[115] So im Ergebnis auch *Rönnau/Kirch-Heim*, wistra 2005, 321 (324).
[116] *Hellmann* (Fn. 14), Rn. 917.
[117] *Loose* (Fn. 69), S. 126.
[118] So auch BGH, Beschl. v. 13.11.2019 - Az.: 1 StR 58/19, Rn. 15 – juris.
[119] LG Baden-Baden StV 2019, 759 (762).
[120] BGH, Beschl. v. 13.11.2019 - Az.: 1 StR 58/19, Rn. 15 – juris.
[121] BT-Drucks. 15/2573, S. 28.
[122] *Loose* (Fn. 69), S. 171.
[123] Bei der Lohnsteuer: Lohnsteuervoranmeldung gemäß § 41a Abs. 1 Nr. 1 EStG iVm § 150 Abs. 1 S. 3 AO.

Unterschiede der beiden Tatbestände hinsichtlich ihrer Verjährung an. Da es sich bei § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ebenfalls um ein Unterlassungsdelikt handelt,[124] tritt bei der Lohnsteuerhinterziehung (die zu den sog. Fälligkeitssteuern gehört) durch Unterlassen Tatbeendigung grundsätzlich erst mit Entfall der Steuererklärungspflicht ein[125]. Da dies erst mit dem Eintritt der Festsetzungsverjährung geschieht, würde auch im Steuerstrafrecht – genau wie eingangs zum Subventionsbetrug ausgeführt – aufgrund der Regelung des § 171 Abs. 7 AO ein Teufelskreis zwischen Strafverfolgungs- und Festsetzungsverjährung, die sich gegenseitig am Eintritt hindern, entstehen. Sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur nehmen deshalb bei Fälligkeitssteuern einheitlich als Tatbeendigungszeitpunkt den Zeitpunkt an, in dem die gesetzliche Anmeldefrist verstreicht, damit die Steuerhinterziehung durch Unterlassen nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO nicht faktisch unverjährbar wird.[126] Denn bereits eine verspätete Steueranmeldung begründet gemäß § 370 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 AO als Erfolg eine Steuerverkürzung, die einer Steuerfestsetzung gleichsteht, vgl. § 168 S. 1 AO.[127] Im Ergebnis fallen bei der Steuerhinterziehung durch Unterlassen nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO der Vollendungs- und der Beendigungszeitpunkt zeitlich zusammen.[128] Damit beginnt die gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB fünfjährige strafrechtliche Verfolgungsverjährung bei Straftaten nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO zu diesem Fälligkeitszeitpunkt. Der Vergleich zur Rechtsprechung zum Verjährungsbeginn bei Taten nach § 370 AO (auch hier besteht der staatliche Steueranspruch nach den insofern angenommenen Beendigungszeitpunkten fort) zeigt also, dass das Fortbestehen der Verpflichtung zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge der Annahme einer früheren Tatbeendigung nicht zwingend entgegenstehen muss.[129] Zwar findet sich im § 266a StGB keine mit § 370 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 AO vergleichbare Vorschrift wieder. Dennoch liegt zumindest bezüglich § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB aufgrund der deutlich erkennbaren Strukturgleichheit der Normen sowie der erwähnten Parallelen der beiden Vorschriften hinsichtlich der Tatbeendigung und somit der Verjährung durch den Vergleich zum Steuerstrafrecht eine deckungsgleiche Handhabung nah.

c) Rechtsprechungsänderung des 1. Strafsenats des BGH

Nachdem auch die Rechtsprechung lange Zeit den Verjährungsbeginn bei Taten nach § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB an das Erlöschen der Beitragspflicht geknüpft hatte,[130] gab der 1. Strafsenat des BGH die bisherige Rechtsprechung zum Beginn der Verjährungsfrist bei den genannten Wirtschaftsstraftatbeständen mit Beschluss vom 13.11.2019[131] ausdrücklich auf. Vorangegangen war dem Beschluss die Verurteilung eines GmbH-Geschäftsführers wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt sowie wegen (Lohn-)Steuerhinterziehung durch das LG Kiel[132]. In der Folge schlossen sich auch der 3. Strafsenat[133] sowie der 5. Strafsenat[134] des BGH der Sichtweise des 1. Senats an, sodass von einer einheitlichen Rechtsprechungsänderung ausgegangen werden kann. Dogmatisch ergibt sich ein Beginn der Verjährungsfrist des § 266a StGB mit dem Verstreichenlassen des Fälligkeitszeitpunkts nunmehr auch nach neuerer (höchstrichterlicher) Rechtsprechung aus der Deliktsnatur des § 266a StGB, dem Gleichlauf zum Steuerstrafrecht sowie der Umgehung von Verwerfungen im Bereich des Verjährungssystems.[135]

E. Fazit

I. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die spezifischen Anwendungsprobleme allesamt dadurch entstehen, dass es sich bei den näher beleuchteten Straftaten des Wirtschaftsstrafrechts nach überwiegender Ansicht um sog. echte Unterlassungsdelikte handelt, bei denen folglich Vollendungs- und Beendungszeitpunkt zeitlich auseinanderfallen. Des Weiteren ist das faktische Außerkrafttreten der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung sowie das Leerlaufen der Regelungen zur nachträglichen Gesamtstrafenbildung Folge einer komplexen Regelungstechnik, welche unter anderem aus einer Verschmelzung von strafrechtlichen und verschiedenen außerstrafrechtlichen Gesetzen resultiert. Dieser aktuell in der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis noch vorherrschenden, jedoch unbefriedigenden Rechtslage zur strafrechtlichen Verfolgungsverjährung echter Unterlassungsdelikte würden die dargestellten Lösungsansätze entgegenwirken.[136] Die aufgezeigten Lösungsvorschläge sind hilfreich, um solche reflexartig aufgrund der Anwendung außerstrafrechtlicher Normen entstehenden Gesamtverjährungszeiten, die sich zum Teil nicht einmal im Bereich der absoluten

[124] *Joecks*, in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht, 8. Aufl. 2015, § 370 AO Rn. 235.
[125] *Bachmann*, in: FS Samson, 2010, S. 233 (234).
[126] BGH wistra 1991, 215 (216); *Joecks* (Fn. 124), § 376 AO Rn. 34.
[127] So auch *Bachmann*, in: FS Samson, 2010, S. 233 (235).
[128] *Rolletschke*, Steuerstrafrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 479; zur Umsatzsteuerhinterziehung, die ebenfalls zu den Fälligkeitssteuern gehört, BGH wistra 2011, 346.
[129] BGH, Beschl. v. 13.11.2019 - Az.: 1 StR 58/19, Rn. 16 – juris.
[130] Zu § 266a Abs. 1 StGB BGH ZWH 2019, 91 (92); zu § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB BGH NStZ 2012, 510 (511).
[131] BGH, Beschl. v. 13.11.2019 - Az.: 1 StR 58/19, Rn. 8 ff. – juris.
[132] LG Kiel, Urt. v. 29.08.2018 - Az.: 3 KLs 7/16, Rn. 1 ff. – juris.
[133] BGH, Beschl. v. 04.02.2020 - Az.: 3 ARs 1/20 – juris.
[134] BGH, Beschl. v. 06.02.2020 - Az.: 5 Ars 1/20 – juris.
[135] BGH, Beschl. v. 13.11.2019 - Az.: 1 StR 58/19, Rn. 8 ff. – juris.
[136] So im Ergebnis auch *Krug/Skoupil*, wistra 2016, 137 (142).

Schwerstkriminalität wiederfinden und mit Sicherheit auch nicht vom Gesetzgeber gewollt sind, zu vermeiden und für Rechtssicherheit zu sorgen. Zumindest bezogen auf § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB führen die dargestellten Lösungsansätze zu der Konsequenz, dass Vollendungs- und Beendigungszeitpunkt zusammenfallen. Das würde dazu führen, dass die Verjährung für Taten gemäß § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB mit der Vollendung und der gleichzeitigen Beendigung zu laufen beginnt, sofern im Fälligkeitszeitpunkt ein in der Höhe korrekter Zahlungseingang ausgeblieben ist. Gerade mit Blick auf die beiden Tatbestandsvarianten des § 266a Abs. 2 StGB erscheint eine einheitliche Verjährung sachgerecht. In Bezug auf den Unrechtsgehalt macht es keinen wesentlichen Unterschied, ob die zum Vorenthalten der Beiträge führende Verletzung der sozialrechtlichen Meldeplicht im Wege unrichtiger oder unvollständiger Angaben oder durch pflichtwidriges In-Unkenntnis-Lassen erfolgt.[137] Die damit einhergehende fünfjährige Verjährungsfrist würde im Einklang mit dem gesetzgeberischen Willen zur strafrechtlichen Verfolgungsverjährung stehen.[138] Zum selben Ergebnis kommen nunmehr – unter Aufgabe der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung – auch die zuständigen Strafsenate des BGH.[139]

II. Ausblick

Mit Blick in die Zukunft käme eine komplette Umgestaltung des § 266a StGB in Betracht. Dies wäre hilfreich, um die Widersprüche, die sich aus der Einordnung der jeweiligen Absätze in unterschiedliche Deliktskategorien ergeben könnten, innerhalb ein und derselben Strafnorm zu umgehen und würde stattdessen für eine einheitliche praktikable Rechtsanwendung sorgen. Ein neugestalteter § 266a StGB könnte wie folgt aussehen:

„Wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers oder vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“[140]

Wie man dem vorgeschlagenen Normtext entnehmen kann, wird dabei neben dem Vorenthalten der Arbeitnehmerbeiträge, welches bereits in Abs. 1 identisch geregelt ist, auch das bloße Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen – unter Verzicht auf die Verletzung etwaiger Erklärungspflichten – unter Strafe gestellt. Eine derart simple Lösung wäre für die Praxis äußerst praktikabel und würde sicherlich begrüßt werden. Der im damaligen Gesetzgebungsverfahren dahingehend geäußerte Einwand, dass eine solche Strafbewehrung „*der Nichtzahlung einer den eigenen Vermögensbereich betreffenden Schuld*“ dem deutschen Strafrecht grundsätzlich fremd sei,[141] kann mit dem Argument entgegengetreten werden, dass gegen eine solche Maxime bereits mit dem derzeitigen § 266a Abs. 1 StGB verstoßen wird.[142] Da gemäß § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV der Arbeitgeber der alleinige Schuldner der in Abs. 1 geregelten Arbeitnehmeranteile ist,[143] wird dieser bei einem Verstoß gegen § 266a Abs. 1 StGB aufgrund der bloßen Nichtleistung auf eine eigene Schuld bestraft[144]. Anzumerken bleibt, dass, falls eine derartige Neugestaltung stattfinden würde, aus den Materialien zum Gesetzesentwurf zwingend hervorgehen muss, dass die „neugefasste“ Vorschrift sehr wohl einen Vorenthaltungserfolg voraussetzt. Ansonsten würde man den spezifischen Anwendungsproblemen hinsichtlich der Verjährung und der nachträglichen Gesamtstrafenbildung nicht entgegenwirken.

Ein weiterer Lösungsvorschlag wäre, dass man den gesamten § 266a StGB einheitlich an die Vorschrift der Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 AO anlehnt.[145] Ein solches Modell würde die zum Teil aus der nicht einheitlichen Tatbestandsstruktur von Abs. 1 und Abs. 2 resultierenden Problematiken beseitigen. Auch bietet sich, wie eingangs erwähnt, ein Vergleich zum Steuerstrafrecht aufgrund derselben Interessenlage mit der des Vorenthaltens von Arbeitsentgelt sehr wohl an, da es sich bei Sozialversicherungsbeiträgen ebenso wie bei Steuern um gleichermaßen schutzwürdige Abgaben handelt, die der Öffentlichkeit zugutekommen[146]. Um dennoch auch das schlichte Nichtabführen von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung unter Strafe zu stellen, bietet sich darüber hinaus ein an § 380 AO angelehnter Bußgeldtatbestand an. Mit diesem wäre das Sozialversicherungsaufkommen als Rechtsgut des § 266a StGB umfassend geschützt.[147] Zudem könnte man bestehende Grundsätze des Steuerstrafrechts, die bereits in der Praxis gelten, auch in die wirtschaftsstrafrechtliche Praxis übertragen.[148]

Bezogen auf den Subventionsbetrug durch Unterlassen in den Fällen, in denen die Abgabenordnung zur Anwendung kommt, müsste der Gesetzgeber in den jeweiligen Verweisungsnormen explizit die entsprechende Anwendung des

[137] *Loose* (Fn. 69), S. 182; so mittlerweile auch BGH, Beschl. v. 13.11.2019 - Az.: 1 StR 58/19, Rn. 18 – juris.
[138] Ähnlich *Hüls/Reichling*, StraFo 2011, 305 (308).
[139] BGH, Beschl. v. 13.11.2019 - Az.: 1 StR 58/19 – juris; BGH, Beschl. v. 04.02.2020 - Az.: 3 ARs 1/20 – juris; BGH, Beschl. v. 06.02.2020 - Az.: 5 ARs 1/20 – juris.
[140] *Rönnau/Kirch-Heim*, wistra 2005, 321 (327).
[141] BT-Drucks. 14/8221, S. 18.
[142] *Rönnau/Kirch-Heim*, wistra 2005, 321 (326).
[143] BGHSt 47, 318 (319) = wistra 2002, 340 (341).
[144] *Schmitz* (Fn. 65), S. 128; *Rönnau*, wistra 1997, 13 (16).
[145] *Möhrenschlager*, in Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 266a Rn. 6.
[146] So auch *Loose* (Fn. 69), S. 65.
[147] *Loose* (Fn. 69), S. 65.
[148] So auch *Krug/Skoupil*, wistra 2016, 137 (142).

§ 171 Abs. 7 AO ausschließen.[149] Alternativ würde sich auch eine Regelung im Subventionsgesetz anbieten, welche den Zeitpunkt eindeutig bestimmt, zu dem die Anzeigepflicht des Subventionsnehmers gemäß § 3 SubvG entfällt.[150]

[149] *Hentschel*, wistra 2000, 81 (84).
[150] *Hentschel*, wistra 2000, 81 (84).

IMPRESSUM

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

Juristische Fachzeitschrift am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

Herausgeber

Die Berliner Rechtszeitschrift wird herausgegeben vom gemeinnützigen Verein *Berliner Rechtszeitschrift e.V.* (eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, Registernummer: VR37649 B).

c/o Freie Universität Berlin, Van't-Hoff-Straße 8, 14195 Berlin | E-Mail: verein@berlinerrechtszeitschrift.de

Vertreten durch den Vorstand: *Jan Rinklake* (1. Vorsitzender), *Maarten van der Werf* (2. Vorsitzender), *Ida Herbold* (Schatzmeisterin), *Lukas Böffel* (Beisitzer), *Leah Gölz* (Beisitzerin)

Redaktion

Schriftleitung: *Lukas Böffel*, *Elif Dilek*, *Alexander Kloth*, *Jan Rinklake*, *Hendrik Schwenke*

Redaktionsleitung: *Elif Dilek* (ViSdP), *Jan Rinklake* (ViSdP)

Verlagsleitung: *Valentina Kleinsasser*, *Leo Miura, Ida Herbold* (Stellv.)

Ressort Inhaltliche Konzeption: *Piet Akkerman*, *Rebecca Apel*, *Moritz Breckwoldt*, *Leah Gölz*, *Julian Hettihewa*, *Dariush Kraft*, *Laetizia Krigar*, *Justus Laßmann*, *Melina Rebensburg*, *Felix Schott*, *Lena Schreiber*

Ressort Verlagsorganisation: *Sina Bierwirth*, *Charles Müller*, *Meron Woldegiorgis*

Manuskripte zur Veröffentlichung werden in digitaler Form an redaktion@berlinerrechtszeitschrift.de erbeten. Mehr Informationen unter https://berlinerrechtszeitschrift.de/hinweise-fuer-veroeffentlichende/. Für unverlangt eingereichte Mansukripte haftet der Berliner Rechtszeitschrift e.V. nicht. Eine Rücksendung von unverlangt eingereichten Manuskripten erfolgt nur bei Übersendung von Rückporto und einem entsprechenden Rückumschlag.

Die Redaktion bedankt sich herzlich bei den Mitgliedern des Wissenschaftlichen Beirats für die Betreuung der Beiträge dieser Ausgabe. Darüber hinaus dankt sie Frau Prof. Dr. *Christine Morgenstern* für ihre Betreuung von Beiträgen dieser Ausgabe.

Die Berliner Rechtszeitschrift wird im Rahmen von Kooperationspartnerschaften unterstützt von *HAUSFELD LLP*, der *KissAkademie GbR*, *Raue LLP* sowie der *Kanzlei Luft*. Weiterhin bedankt sich die Redaktion beim Dekanat des Fachbereichs Rechtswissenschaft der *Freien Universität Berlin* für seine Unterstützung.

Verantwortliche für Anzeigen und Betreuung von Kooperationspartnern: *Sina Bierwirth*
verlag@berlinerrechtszeitschrift.de

Layout/Satz: *Sina Bierwirth*, *Leo Miura*, *Charles Müller*, Berlin

Bei Rückfragen bezüglich des Heftes sind die vorstehend genannten Personen über die obenstehende Vereinsanschrift erreichbar.

Druck: WIRmachenDRUCK GmbH, Mühlbachstraße 7, 71522 Backnang

Erscheinungsort: Berlin | Auflage: 250 Exemplare | ISBN 978-3-00-066808-1 | ISSN 2699-2132

© 2020 Berliner Rechtszeitschrift e.V. Alle Rechte vorbehalten.

www.berlinerrechtszeitschrift.de