



Gastkommentar	<i>Thomas Eger, Patrick C. Leyens, Stefan Voigt</i> · Ökonomik der Internationalisierung des Rechts: Neue Forschungsfelder zwischen Recht und Ökonomik	91
Aufsätze	<i>Jan Lieder</i> · Regulating Hedge Funds: Investor Protection and Systemic Risk	93
	<i>Henning Wienstroth</i> · Internetregulierung im Lichte des Zensurverbots	98
	<i>Ulrich Wilke</i> · Steuerliche Abziehbarkeit der Kosten für ein Erststudium – Verfassungskonforme Auslegung des § 12 Nr. 5 Einkommensteuergesetz (Entscheidungsanmerkung BFH, Urt. v. 18.06.2009 – VI R 14/07)	104
	<i>Karsten Gaede</i> · Rechtsmissbrauchsvorsorge durch präkludierende Fristsetzungen im strafprozessualen Beweisantragsrecht (Besprechung der Neufassung der sog. Fristenlösung zum Beweisantragsrecht durch den 5. Strafsenat. BGH 5 StR 263/08 vom 9. 7. 2009)	107
	<i>Nils Schramm</i> · Anforderungen an die arbeitsvertragliche Gestaltung von Freiwilligkeitsvorbehalten (Besprechung von BAG, Urt. v. 18.03.2009, Az. 10 AZR 289/08)	112
International	<i>Eliav Lieblich</i> · The Status of mercenaries in International Armed Conflict as a case of politicization Of International Humanitarian Law	115
Streitgespräch	<i>Matthias Hartwig, Uwe Jenisch, Michael Stehr, Hauke Friederichs</i> · Rechtsprobleme der Seepiraterie	124
Rezensionen	Tonio Walter: Kleine Stilkunde für Juristen, Kleine Rhetorikschule für Juristen (<i>Johannes Gerberding</i>)	133
	Klassiker der juristischen Literatur – Jean-Jacques Rousseau: Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts (<i>Anna Bodemann</i>)	

Redaktion der Ausgabe 3/2009

Sascha Arnold
Anna Bodemann
Hendrik Doobe
Stefan Frick
Maximilian Hocke
Christopher Krois
Andreas Lange
Carsten Lindner
Sebastian Schneider
Simon Schönleber
Michael Schramm
Torsten Spiegel
Jan Sturm
Birga Tanneberg
Philipp Tieben
Malte Vollertsen
Manuel Waldmann
Julia Weingart
Daniel Zimmer

Korrespondierender Beirat

Professor Dr. Michael Fehling, Hamburg
Professor Dr. Anne Röthel, Hamburg
Professor Dr. Frank Saliger, Hamburg

Bucerius Law Journal

Dezember 2009 Heft 3/2009 Seiten 91 – 136

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

Bucerius Law Journal e.V.
c/o Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg

ISSN 1864-371X

Urheberrechte: Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autoren oder dem Bucerius Law Journal. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Bucerius Law Journals genutzt oder verwertet werden. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen, nichtgewerblichen Gebrauch.

Manuskripte: Das Bucerius Law Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch das Bucerius Law Journal überträgt der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Erscheinungsweise: Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint dreimal jährlich.

Covergestaltung: gürtlerbachmann Werbung GmbH

Bucerius Law Journal

Schriftleitung: Sascha Arnold, Anna Bodemann, Hendrik Doobe, Stefan Frick, Maximilian Hocke, Christopher Krois, Andreas Lange, Carsten Lindner, Sebastian Schneider, Simon Schönleber, Michael Schramm, Torsten Spiegel, Jan Sturm, Birga Tanneberg, Philipp Tieben, Malte Vollertsen, Manuel Waldmann, Julia Weingart, Daniel Zimmer.

Korrespondierender Beirat: Professor Dr. Michael Fehling, Professor Dr. Anne Röthel, Professor Dr. Frank Saliger

Heft 3/2009

Seiten 91 – 136

2. Jahrgang

31. Dezember 2009

Prof. Dr. Thomas Eger, Jun.-Prof. Dr. Patrick C. Leyens, LL.M. (London), Prof. Dr. Stefan Voigt*

Ökonomik der Internationalisierung des Rechts: Neue Forschungsfelder zwischen Recht und Ökonomik

Das Schlagwort der Globalisierung macht seit Jahren eine erfolgreiche Karriere. Spätestens seit der durch die Lehman-Pleite ausgelösten Finanz- und Wirtschaftskrise ist klar, dass Globalisierung mehr ist als bloß ein Schlagwort. Wir leben in einer Welt hochgradig interdependenter wirtschaftlicher und politischer Zusammenhänge. Die Finanz- und Wirtschaftskrise verdeutlicht, dass wir Regeln benötigen, mit denen negative grenzüberschreitende Effekte eingedämmt werden können. Die Krise ist jedoch nur eines von vielen Beispielen dafür, wie wichtig Regeln jenseits des Nationalstaats sind. Weitere aktuelle Fragestellungen betreffen etwa globale Umweltprobleme und die Übernutzung von Gemeinschaftsgütern, wie sie von Elinor Ostrom (Nobelpreis 2009) aus ökonomischer Sicht erforscht wurde. Zu denken ist auch an die Konsequenzen staatlichen Scheiterns („Failing States“) und an Regeln zur Sicherung von Eigentumsrechten an ausländischen Direktinvestitionen.

Ökonomen und Juristen beschäftigen sich seit langem mit den Konsequenzen der Globalisierung. Eine wichtige Konsequenz der Globalisierung besteht darin, dass sich die bestehenden Rechtsnormen immer weniger aus dem autonomen Wirken der nationalen Gesetzgeber erklären lassen. Das Recht wird zunehmend international – sei es durch bilaterale und multilaterale völkerrechtliche Verträge, sei es durch den Einfluss supranationaler Strukturen auf die nationale Gesetzgebung, sei es aufgrund der Tatsache, dass die betroffenen Parteien aus der nationalen Rechtsordnung herausoptieren können, wie es im Vertragsrecht und – in Europa – inzwischen auch im Gesellschaftsrecht der Fall ist.

Die Kernfrage lautet: Unter welchen Bedingungen wird die Regelsetzung auf den verschiedenen Ebenen zu einer Gestaltung des Globalisierungsprozesses beitragen, die Wohlstandssteigerungen ermöglicht? Auffällig ist, dass die Zusammenarbeit zwischen Ökonomen und Juristen im Bereich des internationalen Rechts bisher keine zentrale Rolle gespielt hat. Im Bereich des Privatrechts ist dies ganz anders.

Wie bei den führenden U.S.-amerikanischen Law Schools ist die ökonomische Analyse des Privatrechts auch aus dem Curriculum der Hamburger Universität nicht mehr wegzudenken. Das Hamburger Graduiertenkolleg soll in die Forschungslücke der „Ökonomik der Internationalisierung des Rechts“ vorstoßen.

Mit Stipendien der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) gefördert, werden von April 2010 an bis zu 15 Doktoranden und ein Post-Doktorand die Arbeit aufnehmen. Hamburg ist wie kein zweiter Forschungsstandort in Deutschland prädestiniert, die Methoden der ökonomischen Analyse des Rechts und der Rechtsvergleichung zusammenzuführen: Langjährige Erfahrungen in der interdisziplinären Forschung und Zusammenarbeit werden vom Institut für Recht & Ökonomik eingebracht, das das Graduiertenkolleg zusammen mit Kooperationspartnern führen wird. In Hamburg verbinden sich mit dem Max-Planck-Institut für internationales und ausländisches Privatrecht, der Bucerius Law School und dem Institut für Recht und Ökonomik drei Einrichtungen mit jeweils eigenem Forschungsprofil zu einer Kooperation, die auf diesem Forschungsgebiet international einzigartig und für den Wissenschaftsstandort zukunftsweisend ist.

Prima facie geht es bei der Internationalisierung des Rechts zunächst darum, wohlfahrtssteigernden Tausch auch über nationalstaatliche Grenzen hinweg abzusichern. So betrachtet, stehen Transaktionen im Fokus der Analyse, und die Transaktionskostenökonomik – im Jahr 2009 ausgezeichnet durch den Nobelpreis an Oliver Williamson – stellt hierfür ein ausgefeiltes Analyseinstrumentarium bereit. Tausch findet aber nicht nur zwischen Privatrechtssubjekten und nicht nur in Bezug auf Güter statt: Nationalstaatliche Regierungen tauschen Versprechungen darüber aus, wie sie sich in Zukunft verhalten bzw. nicht verhalten wollen. Sowohl die Gründe für den Tausch von Versprechen als auch deren Fol-

* Die Verfasser sind am Institut für Recht & Ökonomik der Universität Hamburg tätig; Eger und Voigt als Direktoren, Leyens als Juniorprofessor.

gen sind in den vergangenen Jahren von Vertretern der Konstitutionenökonomik erforscht worden. Herangehensweise wie Ergebnisse sind jetzt für die Analyse der Internationalisierung des Rechts fruchtbar zu machen.

Die von nationalstaatlichen Regierungen gemachten Versprechen richten sich aber nicht nur an andere Regierungen, sondern auch an Privatrechtssubjekte: Das Versprechen, Eigentumsrechte an Direktinvestitionen zu schützen, wendet sich an potentielle Investoren auch im Ausland. Das Versprechen, Menschenrechte zu schützen, richtet sich an alle Menschen, die sich im Hoheitsbereich des jeweiligen Staates aufhalten usw.

Es ist erstaunlich, wie wenig wir über die Folgen der Ratifikation internationaler Abkommen wissen: Führt bereits die Ratifikation einer Konvention dazu, die Reputation der unterzeichnenden Regierung zu erhöhen? Kommt es nach der Ratifikation tatsächlich zu Verhaltensänderungen? Anders formuliert: Wie steht es mit der Implementierung bzw. der Befolgung von Konventionen? Welchen Zusammenhang gibt es zwischen internationalen Konventionen und nationaler Gesetzgebung? Schließlich werden Versprechen, etwa Eigentums- oder Menschenrechte zu schützen, ja auch auf nationaler Ebene abgegeben. Die hiermit zusammenhängenden Fragen sind auch einer ökonomischen Analyse zugänglich, also einer empirischen Untersuchung auf Grundlage quantitativer Daten.

Mit den gerade aufgeworfenen Problemkreisen zu den Ursachen und Folgen der Internationalisierung des Rechts sind grundlegende normative Fragen verbunden: Dazu zählt die vertikale Gewaltenteilung: Welche Aufgaben sollten weiter auf nationalstaatlicher Ebene erledigt und welche an internationale Gremien delegiert werden? Mit einer zunehmenden Zahl internationaler Organisationen ist auch deren Verhältnis zueinander in den Blick zu nehmen: Wie sieht die optimale Aufgaben- und Kompetenzabgrenzung zwischen ihnen aus? Ist es vorteilhaft, mehrere Organisationen mit der Durchführung derselben Aufgabe zu betrauen, weil dadurch ein Wettbewerb zwischen ihnen entsteht? Führt ein solcher Wettbewerb zur Schonung oder zur Verschwendung von Ressourcen? Auf diese im Grunde doch sehr nahe liegenden Fragen gibt es bisher kaum systematisch hergeleitete Antworten. ■

Die hier skizzierten Fragen deuten nur einen kleinen Teil möglicher Forschungsprojekte an, die im Rahmen des Hamburger Graduiertenkollegs thematisiert werden können. Die Ausschreibung für die bis zu 15 Stipendien hat gerade begonnen; Bewerbungsfrist ist der 15.02.2010. Weitere Informationen sind über die Webseite des Instituts erhältlich (www.ile-hamburg.de).

Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard)*

Regulating Hedge Funds: Investor Protection and Systemic Risk

A. Introduction

This paper puts forward two major points on hedge fund regulation in the US. First, there is no need for any regulation in order to protect hedge fund investors. Second, this paper advocates stricter regulation with regard to systemic risk that may be associated with hedge funds depending on their size and complexity. The proposed regulatory approach can be considered as part of a more comprehensive approach to address superior questions of restabilizing financial markets that are raised by the current financial crisis.

B. Basics on Hedge Funds and Hedge Fund Regulation in the US

Hedge funds can be described as pooled investment vehicles, conducted by professional managers and engaged in investment strategies that are limited to hedge funds due to their widely unregulated nature.¹ Intrinsic to hedge funds is in particular that they can engage in a large number of transactions and investment strategies that are unapproachable for traditional institutional investors, such as highly regulated mutual funds and politically influenced public pension funds.² The strategies hedge funds pursue range from traditional investments, like buying and selling stock, to short selling as well as investments in credit default swaps (CDS), collateralized debt obligations (CDO), and other derivative instruments as well as arbitrage strategies.³

In order to avoid the main requirements of US federal securities regulation, hedge funds are structured to comply with various exemptions of the securities laws. In this regard, they are not required to register under the Securities Act of 1933 (SA) if their securities offerings fall within the scope of Rule 506 of Regulation D.⁴ The premise is that hedge funds receive investments in private placements from persons that are able to “fend for themselves”,⁵ such as accredited investors. Under Rule 501(a)⁶, accredited investors are institutional investors, such as banks, insurance companies, and investment companies registered under the Investment Company Act (ICA) of 1940. Furthermore, accredited investors are private individuals whose net worth exceeds \$1 million at the time of the investment or whose income exceeds \$200,000 in each of the two most recent years and the individual reasonably believes that she will meet that threshold in the present year as well.

With regard to the Securities Exchange Act of 1934 (SEA), hedge funds are treated as traders—not dealers—, so that they are not required to register with the SEC.⁷ Furthermore, there is no registration required under Section 12(g) SEA⁸ and Rule 12g-1⁹, unless the hedge fund issues equity securities to 500 or more investors and the amount of its assets exceed \$10 million.

Although hedge funds principally fulfill the requirements of an investment company under Section 3(a)(1) ICA¹⁰, they use the exemption rules of Section 3(c)(1)¹¹ and Section 3(c)(7)¹² in order to avoid the registration and disclosure requirements. Under Section 3(c)(1), a hedge fund is exempted from registering with the SEC if not more than 100 persons own its out-

standing securities, and if it is not engaged in public offerings of its securities. Under Section 3(c)(7), the exemption rule requires that qualified purchasers exclusively own hedge fund’s securities and that the fund does not engage in public offerings of its securities. Qualified purchasers are investors—natural persons or family-owned companies—that own more than \$5 million in investments, and any person that owns and invests on a discretionary basis more than \$25 million in investments.¹³

Under the Investment Adviser Act of 1940 (IAA), until now, hedge fund managers are principally required to register with the SEC, nevertheless, they may avoid registering due to the exemption rule of Section 203(b)(3) IAA¹⁴. According to that rule, investment advisors are not required to register with the SEC if they have less than 15 clients, do not hold themselves out as investment advisors, and are not advising a registered investment company. The term “clients” does not include shareholders, partners, or beneficial owners of a company that is run by a hedge fund manager. That means in practice that hedge fund managers, without registration under the IAA, can run up to 14 separate investment funds and these funds can have several 100 investors and still count as single client of the hedge fund manager.¹⁵

C. Values and Risks of Hedge Funds at a Glance

The impact of hedge funds on both investors and the financial markets is ambiguous. Hedge funds have some significant values, but at the same time, they pose some significant risks, in fact on hedge fund investors the risk of loss and on securities markets the risk of systemic meltdown.

* Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard) is Senior Research Assistant to Prof. Dr. Walter Bayer, Friedrich-Schiller-University Jena. – This paper is a revised and shortened version of the author’s LL.M. paper written at Harvard Law School in 2009.

¹ See, e.g., SEC, Staff Report to the United States Securities and Exchange Commission, Implications of the Growth of Hedge Funds, 2003, 3; *Garbaravicius/Dierick*, Hedge Funds and Their Implications for Financial Stability, European Central Bank, Occasional Paper Series, No. 34, 2005, 6-7; *Stulz*, Hedge Funds: Past, Present and Future, Fisher College of Business Working Paper no. 2007-03-003, 2007, 5, <http://ssrn.com/abstract=939629>.

² *Kahan/Rock*, 155 U. Pa. L. Rev. (2007), 1021, 1048-50, 1057-62.

³ See generally, e.g., SEC (Fn. 1), 3-4; *Issing et al.*, New Financial Order, Recommendations by the Issing Committee, Preparing G-20 – London, April 2, 2009, Version: February 2, 2009, 18; *Stulz* (Fn. 1), 10-11; *Schiessl*, ZIP 2009, 689, 690.

⁴ 17 C.F.R. § 230.506.

⁵ SEC v. Ralston Purina Co., 346 U.S. 119, 125 (1953); see also 17 C.F.R. § 230.506(b)(2)(ii).

⁶ 17 C.F.R. § 230.501(a).

⁷ SEC (Fn. 1), 18.

⁸ 15 U.S.C. 78l(g).

⁹ 17 C.F.R. § 240.12g-1.

¹⁰ 15 U.S.C. 80a-3(a)(1).

¹¹ 15 U.S.C. 80a-3(c)(1).

¹² 15 U.S.C. 80a-3(c)(7).

¹³ Section 2(a)(51) ICA = 15 U.S.C. 80a-2(a)(51).

¹⁴ 15 U.S.C. 80b-3(b)(3).

¹⁵ See also *Paredes*, Hedge Funds and the SEC: Observations on the How and Why of Securities Regulation, Washington University School of Law Working Paper no. 07-05-01, 2007, 5, <http://ssrn.com/abstract=984450>.

Hedge funds benefit the securities markets as they engage in investment strategies that improve the efficiency of and add liquidity to capital markets.¹⁶ A number of hedge funds are engaged in strategies to identify mispriced securities and assets. By trading securities in order to exploit those mispricings, hedge funds facilitate price changes towards the true value of securities.¹⁷ Furthermore, hedge funds serve as significant risk-takers and counterparties to hedging transactions in various financial markets, and they facilitate the distribution of investment risks among a greater number of market participants.¹⁸ Moreover, hedge funds are engaged in experimental trading and investment strategies that may improve efficiency, integrity, and completeness of capital markets, and they help to overcome market imperfections. Generally speaking, hedge funds are able to respond quickly and flexibly to market inefficiencies, faster than regulatory action ever could.¹⁹

In addition, hedge funds provide investors with a broader range of investment opportunities and, thus, a further possibility of risk management and portfolio diversification.²⁰ Investments in hedge funds are beneficial for many investors, because their investment performance frequently features low correlation compared to traditional investments and the capital markets performance as a whole.²¹

On the other hand, there are two major reasons why hedge fund regulation could be necessary: investor protection and systemic risk. The next two sections of this paper will deal with these topics in detail. This paper will not in depth address additional problems of hedge fund regulation, such as issues on short selling,²² empty voting,²³ short-termism,²⁴ and leveraging,²⁵ as well as conflicts of interest of hedge funds²⁶ and their managers²⁷, e.g., in regard to misreported returns²⁸, and taxation of hedge fund managers²⁹. Either these issues are general corporate governance problems that are not unique to hedge funds, such as short selling, empty voting, short-termism, and leveraging, or they are of minor importance compared to issues of investor protection and systemic risk.

D. Investor Protection

Although the number of hedge funds, the assets under their management, and the number of people investing, directly or indirectly, in hedge funds has tremendously increased, there is no need for hedge fund regulation with respect to investor protection.

I. Development of the Hedge Fund Industry

The hedge fund scene has changed a great deal over the years. Two decades ago, there have been only a few hundred funds.³⁰ The number of hedge funds increased from 3,000 in 1999³¹ to 11,000 hedge funds globally in 2007.³² Since this peak, the number of hedge funds dropped to about 9,000 today.³³ In 1998, hedge funds held assets in an amount of \$375 billion,³⁴ whereas they owned assets worth of \$2.25 trillion in 2007.³⁵ In the wake of the current crisis, hedge funds' managed assets amounted to about \$1.3 trillion as of February 2009.³⁶ Until today, hedge funds' assets under management went up again to an amount of \$1.4 trillion with an increasing tendency.³⁷ Furthermore, hedge funds are responsible for about 20% of all trading on the New York Stock Exchange.³⁸

In connection with the rise of the total number of hedge funds and assets under their management, the number of people in-

vesting, directly or indirectly, in hedge funds increased significantly. In particular, as of 2003 about 8.5% of households in the US were able to invest in hedge funds unregistered under the current US federal securities laws, whereas in 1982 only 1.9% of US households had access to those investments.³⁹ In addition, the savings of ordinary people are increasingly invested indirectly in hedge funds by use of mutual funds, pension funds and funds-of-hedge-funds.⁴⁰ Hedge funds are believed to be fed by pension funds to an amount of about 30%.⁴¹ Furthermore, corporate and public pension plans in the US enlarged their investments in hedge funds to 20% in 2002 with an increasing tendency.⁴²

II. Self-protection of Investors as Basic Principle

Nevertheless, hedge fund investors should be left to fend for themselves. Part B has shown that hedge funds are structured in a way to avoid the requirements of the main US securities regulations. As hedge funds comply with the exemption rules of the principal securities laws, investments are limited to

¹⁶ *Garbaravicius/Dierick* (Fn. 1), 25; *Paredes* (Fn. 15), 1; *Kumpan*, ZHR 170 (2006), 39, 52.

¹⁷ SEC (Fn. 1), 4; *Garbaravicius/Dierick* (Fn. 1), 25; *Kumpan*, ZHR 170 (2006), 39, 53.

¹⁸ *Garbaravicius/Dierick* (Fn. 1), 25; SEC (Fn.1), 4.

¹⁹ *Kahan/Rock*, 155 U. Pa. L. Rev. (2007), 1021, 1072.

²⁰ See *Paredes* (Fn. 15), 1; *Kumpan*, ZHR 170 (2006), 39, 52; compared to *Stulz* (Fn. 1), 12.

²¹ SEC (Fn. 1), 5; *Garbaravicius/Dierick* (Fn. 1), 26; *Kumpan*, ZHR 170 (2006), 39, 52.

²² See e.g., *Kahan/Rock*, 96 Geo. L.J. (2008), 1227; *Oesterle*, Regulating Hedge Funds, Ohio State Public Law Working Paper No. 71, 2006, 12-15, <http://ssrn.com/abstract=913045>.

²³ See e.g., *Hu/Black*, 61 Bus. Law. (2006), 1011; *Hu/Black*, 79 S. Cal. L. Rev. (2006), 811; *Hu/Black*, 13 J. Corp. Fin. (2007), 343; *Hu/Black*, 156 U. Pa. L. Rev. (2008), 625; *Kahan/Rock*, 155 U. Pa. L. Rev. (2007), 1021, 1075-77; *Oesterle* (Fn. 22), 15-22.

²⁴ See e.g., *Kahan/Rock*, 155 U. Pa. L. Rev. (2007), 1021, 1083-91.

²⁵ See e.g., *Garbaravicius/Dierick* (Fn. 1), 28-35; *Stulz* (Fn. 1), 14-15; *Oesterle* (Fn. 22), 22-30.

²⁶ See e.g., *Kahan/Rock*, 155 U. Pa. L. Rev. (2007), 1021, 1072-75; SEC (Fn. 1), 83-85.

²⁷ See e.g., SEC (Fn. 1), 79-80; *Kumpan*, ZHR 170 (2006), 39, 55.

²⁸ *Cumming*, Hedge Fund Regulation and Misreported Returns (2009), <http://ssrn.com/abstract=1029195>.

²⁹ See generally, e.g., *Weisbach*, 94 Va. L. Rev. (2008), 715; *Fleischer*, 61 Tax L. Rev. (2008), 89.

³⁰ *Caliari*, Social Watch Report 2007, 52.

³¹ *Caliari*, Social Watch Report 2007, 52.

³² *Issing et al.* (Fn. 3), 18.

³³ *Maisch*, Hedge-Fonds in Not, WiWo, March 23, 2009, <http://www.handelsblatt.com/finanzen/fondsnachrichten/hedge-fonds-in-not;2211666;2>.

³⁴ *Caliari*, Social Watch Report 2007, 52.

³⁵ *Issing et al.* (Fn. 3), 18; see also *Story*, Hedge Funds, Unhinged, N. Y. Times, January 18, 2009, BU1: nearly \$2 trillion.

³⁶ *Maisch* (Fn. 33).

³⁷ *Donohue*, Testimony Concerning Regulating Hedge Funds and Other Private Investment Pools, July 15, 2009, <http://www.sec.gov/news/testimony/2009/ts071509ajd.htm>; FAZ, Sept. 1, 2009, 23.

³⁸ *Donohue* (Fn. 37).

³⁹ SEC (Fn. 1), 24.

⁴⁰ *Danielsson/Zigrand*, Regulating Hedge Funds, in: Financial Stability Review, Special Issue on Hedge Funds, 2007, 29, 31; *Caliari*, Social Watch Report 2007, 52.

⁴¹ *Noyer*, Hedge Funds: What Are the Main Issues?, in: Financial Stability Review, Special Issue on Hedge Funds, 2007, 105, 107; *Caliari*, Social Watch Report 2007, 52; see also *Kahan/Rock*, 155 U. Pa. L. Rev. (2007), 1021, 1068; *Jonna*, 45 San Diego L. Rev. (2008), 989, 993-94.

⁴² *Caliari*, Social Watch Report 2007, 52.

sufficiently sophisticated or wealthy individual and institutional investors that are truly able to fend for themselves. Under the Securities Act, the exemption rule requires offerings to be limited to accredited investors in private placements. The exemptions of the Investment Company Act force hedge funds either to limit the number of investors to fewer than 100 investors or to allow only the investment by qualified purchasers.

1. Due Diligence

According to these high thresholds, it can be expected that those hedge fund investors are sufficiently sophisticated to diversify their portfolios, to appropriately assess the risk of investments in hedge funds in general and to investigate the risk profile of a given hedge fund before making an investment.⁴³ Within the framework of such a due diligence, an investor screens the considered hedge funds and decides which one meets her demands. The investor can undertake this investigation by herself, e.g., she can talk to the hedge fund manager, and she may visit the fund and assess the reliability of its manager. Moreover, there are investigation firms that investors can hire to undertake a due diligence on their behalf.⁴⁴

2. Funds-of-Hedge-Funds

Another option for individual investors to limit their investment risk is not to invest in a single hedge fund, but to make investments in funds-of-hedge-funds. Those funds-of-funds contributed about 30% to the overall investments in hedge funds.⁴⁵ Funds-of-hedge-funds provide several services for investors. They invest their capital in a number of individual hedge funds, so that their portfolio features a wide range of diversification. In Addition, those funds-of-funds are engaged in monitoring and managing the risks of these investments.⁴⁶

III. Particularities Regarding Institutional Investors

Indirect investments made by institutional investors do also not provide any reason to regulate hedge funds, because the investment risk is already captured by the regulation, structure and fiduciary duties of public pension funds and mutual funds.

1. Mutual Funds

To begin with, mutual funds are subject to regulatory restraints and diversification requirements.⁴⁷ Semi-annually, mutual funds must report to their shareholders on the aggregate value of investments as well as the amount and value of securities, which are in their portfolios.⁴⁸ This provides investors with information they need to make a well-informed investment decision, and it prevents that mutual funds accumulate positions that might pose a high investment risk on stockholders of mutual funds.

Furthermore, mutual funds have to comply with the diversification requirements of the Investment Company Act (ICA) in order to advertise themselves as “diversified”, and that is what nearly all mutual funds do today.⁴⁹ Under Section 5(b)(1) ICA⁵⁰, 75% of the assets of mutual funds are subject to the restrictions that mutual funds cannot invest more than 5% of the total value of their assets in stock of any portfolio company, and the fund is not allowed to invest in more than 10% of the outstanding voting securities of any issuer. This means that mutual funds definitely can own interests in hedge

funds, but their opportunities to invest in hedge funds on a large scale are limited.

2. Public Pension Funds

Unlike mutual funds, public pension funds are not subject to federal diversification requirements. However, they are subject to state legislation that requires public pension funds to comply with a prudent person fiduciary standard. Some states enacted statutes that limited percentages of stock a pension fund can own of a single portfolio company. Where such limitations do not exist in an explicit manner, the said fiduciary standard requires a minimum of portfolio diversification.⁵¹ Besides that, under the requirements of Section 13(f) of the Securities Exchange Act⁵², public pension funds have to report their public equity securities holdings on a quarterly basis.⁵³

Furthermore, as public pension funds are politically influenced entities, they are subject to political constraints, and subject to political pressure not to cross the line.⁵⁴ Therefore, state officials running a public pension fund seek to avoid negative publicity,⁵⁵ which could emerge from particularly large or hazardous investments in hedge funds. This limits the overall risk that public pension funds are willing to take when they invest in hedge funds.

E. Systemic Risk

Unlike issues on investor protection, stricter regulation of hedge funds is needed, because their activity may lead to systemic risk. In this regard, however, stricter regulation is required not because of certain particularities of hedge funds, but due to the idea that no financial or non-financial institution of significant size and influence on the capital markets should be completely unregulated.

I. Systemic Significance of Hedge Funds

Hedge funds are systemically significant due to their size and complexity and may be linked to system risk. Generally speaking, systemic risk means the likelihood that the financial system as a whole will collapse, associated with a significant adverse effect on the real economy on a global

⁴³ See *Stulz* (Fn. 1), 9-10; regarding details of the due diligence process see Investors' Committee to the President's Working Group on Financial Markets, Best Practice Reports for Hedge Fund Investors, 2008, 17-22, http://www.mintzgroup.com/pdf/investors_committee_report.pdf; *Brown et al.*, Hedge Fund Due Diligence: A Source of Alpha in a Hedge Fund Portfolio Strategy, NYU Working Paper No. FIN-07-032, 2008, 3-5, <http://ssrn.com/abstract=1300779>.

⁴⁴ With regard to costs, see *Tergesen*, Hedge Fund Sleuths, *BusinessWeek Online*, Nov. 21, 2005, http://www.businessweek.com/magazine/content/05_47/b3960129.htm: \$1,000-\$30,000; see also *Stulz* (Fn. 1), 9: \$50,000; *Brown et al.* (Fn. 43), 10-11: \$50,000-\$100,000.

⁴⁵ *Stulz* (Fn. 1), 10.

⁴⁶ *Garbaravicius/Dierick* (Fn. 1), 7; *Stulz* (Fn. 1), 10; see generally SEC (Fn. 1), 67-68; *Brown et al.* (Fn. 43), 2-3, 12-17.

⁴⁷ See *Kahan/Rock*, 155 U. Pa. L. Rev. (2007), 1021, 1048-1050.

⁴⁸ ICA §29(e) = 15 U.S.C. §80a-29(e) (2000).

⁴⁹ See *Roe*, 91 Colum. L. Rev. (1991), 10, 19-20; *Roe*, 139 U. Pa. L. Rev. (1991), 1469, 1474-1475.

⁵⁰ 15 U.S.C. §80a-5(b)(1) (2000).

⁵¹ See *Romano*, 93 Colum. L. Rev. (1993), 795, 800.

⁵² 15 U.S.C. §78m(f) (2000).

⁵³ *Kahan/Rock*, 155 U. Pa. L. Rev. (2007), 1021, 1057, 1063.

⁵⁴ *Kahan/Rock*, 155 U. Pa. L. Rev. (2007), 1021, 1057, 1059.

⁵⁵ *Kahan/Rock*, 155 U. Pa. L. Rev. (2007), 1021, 1058.

scale.⁵⁶ There are several scenarios, which demonstrate that trading strategies and investment activities of hedge funds may affect financial stability.⁵⁷ First, systemic risks may emerge if large hedge funds get in trouble, e.g., because markets in which they have heavily invested lose liquidity, with the result that hedge funds cannot exit their positions and, thus, default on their duties towards related financial institutions, in particular prime brokers.⁵⁸ Second, market liquidity may also decrease if too many hedge funds have engaged in the same types of trades or similar investment strategies. As a result, not all of them are able to sell their assets, and either prices or liquidity goes down sharply.⁵⁹ Even if hedge funds do not engage in similar investment and trading strategies, empirical evidence shows that there is contagion across different hedge fund styles.⁶⁰ Such events, depending on the hedge fund's overall size and its market positions including the extent of leveraging, can create a significant spillover effect on the concerned capital markets as well as a chain reaction that leads to mass exits from these markets.⁶¹ At the same time, defaults of hedge funds may affect the proprietary market position of prime brokers and other credit institutions, and thereby derogate the stability of the overall financial system.⁶²

Nevertheless, hedge funds may not be blamed for the genesis of the current financial crisis.⁶³ Neither hedge funds' business activity nor their virtually nonexistent regulation can be linked to the origin of the crisis. Hedge funds are victims, rather than initiators of this crisis.⁶⁴ Still, hedge funds have been involved in the transmission of the crisis, because they relied (and still rely) a great deal on financing by credit institutions. In case of crisis, hedge funds are forced to behave procyclically, i.e., they are forced to deleverage their positions and sell their assets, what had a detrimental impact on the liquidity of capital markets.⁶⁵ It is believed that the involvement of hedge funds accelerated the spreading of the crisis over the capital markets, and that their trading activities widened the scope of the crisis as a whole.

II. Hedge Fund Regulation as Part of Restabilizing Financial Markets

To be clear, any regulatory approach addressing systemic risk must not focus exclusively on hedge funds, but must focus on any major player in the capital markets that due to its size and complexity poses a severe threat for the consistency of securities markets. The regulatory approach for hedge funds advocated in this paper is part of the on-going effort to restabilize the global financial markets and to provide for more transparency with regard to all major players in the financial sector if their trading activities and investment strategies can create systemic risk. In this regard, regulation is required not because of certain particularities of hedge funds, but due to the idea that no financial or non-financial institution of significant size and influence on capital markets should remain completely unregulated.

III. Proposed Hedge Fund Regulation

As already proposed by US Treasury Secretary *Timothy Geithner*⁶⁶ and the head-of-government meeting of the G20 in April 2009⁶⁷, this subsection advocates the idea that large hedge funds need to register with the SEC. As of February 2009, a majority of more than 2000 US-based hedge fund firms were already registered *voluntarily* with the SEC, rep-

resenting 71% of the overall hedge fund assets based in the US.⁶⁸ Still, there is no legal obligation to register with regulators. As a result, governmental agencies lack reliable and comprehensive data that is required to monitor the whole hedge fund industry and to assess potential risks hedge funds and other private pools of money pose to the financial system. This should be changed by appropriate regulation. For this reason, there have been several bills proposing stricter hedge fund regulation since the beginning of 2009. Whereas all major bills are calling for a *mandatory* registration requirement, the proposed legislation is pursuing this goal by two different regulatory approaches.

1. Hedge Fund Transparency Act

The well-established Hedge Fund Transparency Act as of January 29, 2009 (Transparency Act) required hedge funds as well as private equity and venture capital funds to register with the SEC if their assets under management amount to at least \$50 million.⁶⁹ Moreover, these investment funds shall electronically file an information form with the SEC on an annual basis, including information as to beneficial owners, any company with an ownership interest, any minimum investment requirements, accountants and prime brokerage, affiliation with financial institutions, an explanation of the structure of ownership interest, and the current value of any assets of the fund and any assets under the fund's management. The SEC would make this information freely available to the public in an electronic, searchable format. Moreover, the SEC may establish rules to maintain books and records. Finally, the concerned funds are required to cooperate with any request for information or examination by the SEC.

The registration requirement as well as the proposed information and examination rights of the SEC contained in the

⁵⁶ See *Schwarzc*, 97 *Geo. L.J.* (2008), 193, 198-204; *Wynkoop*, 76 *Ford. L. Rev.* (2008), 3095, 3105; *Kambhu et al.*, *Hedge Funds, Financial Intermediation, and Systemic Risk*, 2007, 8-9.

⁵⁷ For a case study on the collapse of Bear Stearns' hedge funds in July 2007, see *Chaplinsky*, *Bear Stearns and the Seeds of Demise*, Darden Case No. UVA-F-1574, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1418914>; on the near collapse of Long-Term Capital Management (LTCM), see *Taub*, *Enablers of Exuberance: Legal Acts and Omissions that Facilitated the Global Financial Crisis*, 2009, 44-46, <http://ssrn.com/abstract=1472190>; regarding Madoff, the Bayou Group, and AIG, see *Moglia*, *Am. Bankr. Inst. J.* 2009, 52, 52-53.

⁵⁸ See *Garbaravicius/Dierick* (Fn. 1), 27; *Stulz* (Fn. 1), 23; *Issing et al.* (Fn. 3), 19.

⁵⁹ *Stulz* (Fn. 1), 24; see also *Kambhu et al.* (Fn. 56), 15-16.

⁶⁰ *Boyson/Stahel/Stulz*, *Is There Hedge Fund Contagion?*, 2008, <http://ssrn.com/abstract=884202>.

⁶¹ *Garbaravicius/Dierick* (Fn. 1), 27.

⁶² *Kambhu et al.* (Fn. 56), 11-12; *Garbaravicius/Dierick* (Fn. 1), 35-42, 55.

⁶³ *Issing et al.* (Fn. 3), 19.

⁶⁴ *Issing et al.* (Fn. 3), 19.

⁶⁵ *Issing et al.* (Fn. 3), 19.

⁶⁶ Treasury Outlined Framework for Regulatory Reform, March 26, 2009, <https://treas.gov/press/releases/tg72.htm>; see also *Paletta*, *Geithner Wants New Rules to Check Risks*, *Wall St. J.*, March 26, 2009, A3.

⁶⁷ Declaration on Strengthening the Financial System – London, 2 April 2009, 3, http://www.g20.org/Documents/Fin_Deps_Fin_Reg_Annex_020409_-_1615_final.pdf.

⁶⁸ *Benjamin*, *Bleeding Assets, Hedge Funds Register with the SEC*, *Investment News*, February 2, 2009, <http://www.investmentnews.com/article/20090202/REG/902029987>.

⁶⁹ See S. 344, 111th Cong.: A Bill to require hedge funds to register with the Securities and Exchange Commission, and for other purposes, January 29, 2009; cf. further *Donohue* (Fn. 37), IV B.

Transparency Act is convincing. However, this piece of regulation includes some critical points.

First of all, the registration requirement may be avoided by moving hedge funds offshore. Today, the number of hedge funds domiciled offshore amounts to about 50%.⁷⁰ The most popular places are the Cayman Islands⁷¹, the British Virgin Islands, Bermuda and the Bahamas.⁷² Under the current wording of the Transparency Act, offshore funds are not subject to the proposed regulation. Those funds would not have to register with the SEC, and the SEC could not take any action abroad. This poses a real problem to the efficiency of the Transparency Act, especially with regard to US tax-exempt entities, such as pension funds, endowments and foundations, as well as investors that do not reside in the US, prefer investments in offshore hedge funds.

Another issue is that the Transparency Act provides for public disclosure. Until now, hedge funds—unlike mutual funds—have no regulatory obligation to disclose information to their investors.⁷³ They may decide to reveal some sort of information in order to convince investors to make an investment, but there is no legal obligation to do so. This should not be changed. The purpose of the registration requirement is to provide the SEC with the information necessary to assess and mitigate systemic risk. There are no compelling reasons to require hedge funds to provide market participants with that information as well. Although information helps investors to assess the risk of a fund, they can bargain for that information. Firm regulation should not interfere with the contractual relationship between hedge funds and investors. Moreover, continuous and extensive disclosure may also make a number of trading and investment strategies impossible, or it would lead to a higher number of hedge funds engaging in similar strategies and, thus, increase the probability of systemic events.⁷⁴

2. Adviser Registration Acts

It is not surprising that these critical points and weaknesses of the Transparency Act encouraged further draft legislation. Whereas the Hedge Fund Adviser Registration Act as of January 27, 2009⁷⁵ received only little consideration, influential regulatory ideas were provided by the Private Fund Transparency Act as of June 16, 2009⁷⁶. The major points of this bill have been supported by the SEC⁷⁷, and found their way into the Private Fund Investment Advisers Registration Act as of July 15, 2009 (Registration Act) sponsored by the Obama Administration.⁷⁸ Under this draft legislation, advisers to hedge funds and other private fund, e.g., private equity and venture capital funds, above the threshold of \$30 million of assets under management⁷⁹ are required to register with the SEC.

The most important difference between these bills and the Transparency Act is that not (hedge) *funds* itself are obligated to register with the SEC, but (hedge) fund *managers*. By focussing on managers, this proposed legislation addresses and mitigates the issue of hedge funds moving offshore. Under the Registration Act, fund managers are subject to the regulation as long as they manage a fund that is either domiciled in the US, i.e., organized or otherwise created under the law of the US or of a state, or as long as 10% or more of the fund's outstanding securities are owned by US persons.

The main feature of regulatory oversight under the Registration Act is that all registered investment advisers, besides the

already existing reporting obligations, are required to report the SEC as are necessary in the public interest and for the assessment of systemic risk by the Federal Reserve Board and the proposed Financial Services Oversight Council. Those reports include the amount of assets under management, use of leverage, including off-balance sheet leverage, exposures of counterparty credit risk, trading and investment positions, trading practices and other information that is determined necessary by the SEC or the Federal Reserve Board. In this regard, the Registration Act is much more comprehensive than the Transparency Act. On this basis, the SEC can conduct regular examinations of funds that might be a threat to the overall financial stability by monitoring compliance with the requirements of the Investment Advisers Act and assessing potential systemic risk.⁸⁰

Finally, the Registration Act deals more convincingly with the issue of public disclosure. Under this bill, the SEC is not compelled to disclose any report or information required to be filed with the SEC. However, the SEC is not allowed to withhold information from Congress or any federal agency or self-regulatory authority. As a result, sensitive information of hedge funds is more safeguarded under the Registration Act. As already mentioned above, however, any further reporting obligations under the Registration Act regarding investors are not convincing. At this point, the current state of securities laws should remain unchanged.

IV. Registration as Part of a More Comprehensive Approach

In the end, the registration requirement serves as part of a more comprehensive approach to provide for more transparency in the financial markets and to address the issue of systemic risk. The core problem is that systemic risk is a global phenomenon, whereas the scope of the draft legislation is limited to advisers of investment funds in the US. Therefore, the major US authorities have to cooperate on a global basis with the authorities of other leading economic nations. The here advocated mandatory registration requirement under the Investment Advisers provides the basis for an exchange of systemic risk related information. In this regard, hedge fund regulation is only one small tool to restabilize the financial system of the world.

⁷⁰ *Issing et al.* (Fn. 3), 18.

⁷¹ Regarding current financial issues, see FAZ, Sept. 3, 2009, 11.

⁷² *Garbaravicius/Dierick* (Fn. 1), 13; SEC (Fn. 1), 10.

⁷³ *Stulz* (Fn. 1), 8.

⁷⁴ Cf. *Krug*, The Hedge Fund Transparency Act of 2009, 2009, 3, http://www.law.berkeley.edu/files/Hedge_Fund_Transparency_Act_Comments_A.Krug.pdf; *Issing et al.* (Fn. 3), 20.

⁷⁵ See H. R. 711, 111th Cong.: A Bill to amend the Investment Adviser Act of 1940 to remove the registration exception for certain investment advisers with less than 15 clients, January 27, 2009.

⁷⁶ See S. 1276, 111th Cong.: A bill to require investment advisers to private funds, including hedge funds, private equity funds, venture capital funds, and other to register with the Securities and Exchange Commission, and for other purposes, June 16, 2009.

⁷⁷ *Donohue* (Fn. 37), IV A.

⁷⁸ See Private Fund Investment Advisers Registration Act of 2009, <http://www.treas.gov/press/releases/reports/title%20iv%20reg%20advisers%20priv%20funds%207%2015%2009%20fnl.pdf>.

⁷⁹ See IAA Section 203A(a)(1) = 15 U.S.C. 80b-3a(a)(1); IAA Rule 203A-1 = 17 C.F.R. §275.203A-1.

⁸⁰ Cf. Fact Sheet: Administration's Regulatory Reform Agenda Moves Forward: Legislation for the Registration of Hedge Funds Delivered to Capital Hill, <http://www.ustreas.gov/press/releases/tg214.htm>.

Keeping this in mind, the recent Pittsburgh Summit of the G20 leaders in September 2009 called for enhanced and expanded regulation on hedge funds.⁸¹ More important, however, are plans for strengthening the international financial regulatory system as a whole: "All firms whose failure could pose a risk to financial stability must be subject to consistent, consolidated supervision and regulation with high standards". The two major points of proposed actions are (1) stronger capital standards for credit institutions, including higher capital requirements under the Basel II Capital Framework, in particular, for risky products and off-balance sheet activities, and (2) the implementation of stricter compensation standards in order to align compensation with long-term value creation and to deter from excessive risk-taking.⁸²

V. Indirect Regulation

These two features approach hedge funds using *indirect* regulation that focuses on the counterparties of hedge funds, especially prime brokers. Stricter regulation is necessary in regard to the above-mentioned capital requirements and compensation standards as well as risk management of banks and other credit institutions. In particular, prime brokers and banks—as recommended by IOSCO—should be required to provide for an appropriate risk management system and to monitor their exposure to hedge funds with regard to their counterparty credit risk.⁸³

To be clear, *direct* regulation is important, because it enables the SEC to enforce action directly towards hedge funds and fund managers, whereas indirect regulation enables the responsible agency only to enforce action towards financial institutions that do business with hedge funds, but not towards hedge funds themselves.⁸⁴ On the other hand, direct hedge fund regulation is ineffective in case it can be avoided through moving hedge funds' domicile to another country.⁸⁵ A further advantage of this regulatory approach is that the concerned market participants, i.e., banks and other credit institutions are already subject to regulation by the Basel II Capital Framework.⁸⁶

F. Conclusions

This paper put forward two major points on hedge fund regu-

lation in the US. First, there is no need for any regulation in order to protect hedge fund investors. Second, stricter regulation is necessary with regard to systemic risk that may be associated with hedge funds depending on their size and complexity.

Individual investors are protected by the high thresholds hedge funds must meet in order to be exempted from registering with the SEC. Furthermore, investors may conduct a due diligence by themselves or hire an investigation firm. Another option to limit the risk of loss is to invest in funds-of-hedge-funds. Indirect investments made by mutual funds and pension funds do also not provide any reason to regulate hedge funds, because their investment risk is already captured by regulation, structure and fiduciary duties of public pension funds and mutual funds.

Stricter regulation is needed with regard to systemic risk. The here preferred regulatory approach is based on the idea that no financial or non-financial institution of significant size and influence on capital markets should be completely unregulated. In this regard, hedge funds should be subject to direct and indirect regulation. They should mandatorily register with the SEC according to the model of the Private Fund Investment Advisers Registration Act of 2009 sponsored by the Obama Administration. Indirect regulation should focus on the counterparties of hedge funds, such as prime brokers. Stricter regulation is necessary with regard to higher capital requirements, stricter compensation standards and the risk management of credit institutions. ■

⁸¹ Leaders' Statement: The Pittsburgh Summit, Sep. 24-25, 2009, 7, <http://www.pittsburghsummit.gov/documents/organization/129853.pdf>.

⁸² Leaders' Statement (Fn. 81), 8-9.

⁸³ Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions (IOSCO): Hedge Fund Oversight, Final Report, June 2009, 13; <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD293.pdf>.

⁸⁴ Lehmann, ZIP 2008, 1889, 1897.

⁸⁵ Cf. Garbaravicius/Dierick (Fn. 1), 49; Issing et al. (Fn. 3), 21; Fleischer, ZGR 2008, 185, 212.

⁸⁶ Cf. Hunt, Hedge Fund Regulation: The President's Working Group Committees' Best Practices reports – Raising the Bar but Missing Risks, June 2008, 10, <http://ssrn.com/abstract=1279870>.

Henning Wienstroth, LL.B., Hamburg*

Internetregulierung im Lichte des Zensurverbots

A. Einleitung

Nur selten hat ein Vorstoß der ehemaligen Bundesfamilienministerin von der Leyen – von Gegnern spöttisch „Zensursula“ genannt – für so viel Kontroversen gesorgt, wie jüngst der Versuch, im Internet virtuelle Stopp-Schilder aufzustellen, um damit den Zugang zu kinderpornografischen Seiten zu unterbinden.¹ Erhitzte Gemüter gab es nicht nur in der hinsichtlich Freiheitsbeschränkungen sensiblen Internet-Gemeinde, sondern auch in den klassischen (Print-)Medien und der Politik.² Auch wenn der Vorstoß mit der neuen Regierungskoalition seit Ende Oktober 2009 vorerst auf Eis gelegt zu sein scheint,³ lohnt sich ein Blick auf die bisherigen sowie in der Zukunft möglichen Zugriffsbeschränkungen im Internet. Dabei war und ist immer wieder von „Zensur“ die Rede, wobei der Begriff häufig fälschlich für jede Art von

Freiheitsbeschränkung im Internet verwendet wird. Inwiefern das Zensurverbot des Art. 5 I 3 GG der Regulierung des Internets tatsächlich Grenzen setzt, soll nachfolgend untersucht werden.

Art. 5 I 3 GG formuliert kurz und apodiktisch: „Eine Zensur

* Der Autor ist Absolvent der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Vgl. dazu das „Gesetz zur Erschwerung des Zugangs zu kinderpornografischen Inhalten in Kommunikationsnetzen (Zugangsschwerungsgesetz - ZugErschwG)“, BT-Drs. 16/13411, beschlossen vom Bundestag am 18.06.2009, aber noch nicht verkündet und damit noch nicht in Kraft getreten.

² S. etwa Spiegel-Online vom 18.6.2009, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/0,1518,631299,00.html> (Stand: 10.11.2009)

³ Vgl. den Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom 26.10.2009, S. 105.

findet nicht statt“. Es besteht Einigkeit, dass Zensur eine Form der Inhaltskontrolle sein muss.⁴ Darüber hinaus herrscht hinsichtlich des Zensurbegriffs Streit: Nach der h.M. unterfallen dem Zensurverbot alle „einschränkenden Maßnahmen vor der Herstellung oder Verbreitung eines Geisteswerkes, insbesondere das Abhängigmachen von behördlicher Vorprüfung und Genehmigung seines Inhalts (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)“.⁵ Danach ist nur die sog. Vorzensur, die mittels eines besonderen staatlichen Kontrollakts vorgenommen wird, vom Zensurverbot erfasst. Eine andere Ansicht differenziert nicht zwischen Maßnahmen vor und nach Veröffentlichung eines Werkes, sondern definiert Zensur als eine anlassunabhängige, systematische und planmäßige Inhaltskontrolle.⁶ Welches Verständnis des Zensurverbots angesichts der technologischen Entwicklung neuer Medien überzeugt, wird bei der Prüfung der Vereinbarkeit vorhandener Regulierungsmechanismen mit dem Zensurverbot zu zeigen sein.

B. Das Zensurverbot im Regelungsgefüge des Art. 5 GG

I. Bedeutung des Zensurverbots für die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 GG

Zum Schutz des Kommunikationsprozesses und wegen des Wortlauts des Art. 5 I 3 GG der keine schutzbereichsspezifische Einschränkung vornimmt, gilt das Zensurverbot nach allgemeiner Ansicht für alle Äußerungsgrundrechte des Art. 5 I GG, nicht nur für die Pressefreiheit.⁷ Internet-Inhalte werden angebotsabhängig verfassungsrechtlich teils als Presse, teils als Rundfunk eingeordnet; hilfsweise bleibt die Einordnung in die als Kommunikationsgrundform geschützte Meinungsfreiheit.⁸ Auch die Rezipienten von Online-Angeboten können sich im Rahmen ihrer Informationsfreiheit auf das Zensurverbot berufen. Dagegen wird zwar zum Teil angeführt, die Betroffenheit der Informationsfreiheit sei lediglich ein Reflex.⁹ Richtigerweise kann die Informationsfreiheit jedoch nicht vom Schutz durch das Zensurverbot ausgenommen werden.¹⁰ Dafür spricht sowohl der Wortlaut des Art. 5 I GG als auch der Zweck des Zensurverbots, die Wirkungschancen von Meinungen auf dem „Markt der Meinungen“ sicherzustellen. Denn der Effekt der Beschränkung der „Abrufbarkeit“ einer Meinung ist mit dem der Beschränkung der Äußerung vergleichbar, wobei die Informationsfreiheit nicht bloß reflexartig betroffen ist: Der Meinung wird jene für den Meinungsbildungsprozess essentielle Wirkungschance genommen. Das Zensurverbot schützt demnach sowohl den Anbieter, als auch den Rezipienten von Internet-Inhalten.

II. Dogmatische Einordnung und Qualität des Zensurverbots

Die heute ganz überwiegende Ansicht¹¹ begreift das Zensurverbot als „absolute Schranken-Schranke“ bzw. Ausgestaltungsschranke für Eingriffe in die Kommunikationsgrundrechte. Nach einer anderen Ansicht handelt es sich bei dem Zensurverbot um den „unantastbaren Kerngehalt“ der Grundrechte des Art. 5 I GG.¹² Für die weiteren Ausführungen ist die dogmatische Einordnung jedoch nicht von Bedeutung, da beide Ansichten die absolute Geltung des Zensurverbots – auch hinsichtlich verfassungsimmanenter Schranken – bejahen.¹³ Somit lässt sich Zensur, sofern sie begrifflich vorliegt, auch nicht durch so wichtige Rechtsgüter wie den Jugendschutz oder die innere Sicherheit rechtfertigen.

C. Vorhandene Regelungen auf dem Prüfstand des Zensurverbots

Ein eigenständiges „Internet-Gesetzbuch“ existiert derzeit nicht. Das heutige „Internet-Recht“ (präziser: Telemedienn-Recht) ist vielmehr durch diverse Gesetze und Staatsverträge reglementiert: Das (Bundes-)Telemediengesetz regelt v.a. die Störerverantwortlichkeit von Diensteanbietern. Die §§ 54 ff. Rundfunkstaatsvertrag (RStV) enthalten allgemeine und der Jugendmedienschutzstaatsvertrag (JMStV) besondere inhaltliche Anforderungen an Telemedien (und Rundfunk).¹⁴ Bereits dieses bestehende Regulierungsregime wirft Fragen hinsichtlich des Zensurverbots auf.

I. Sperrverfügungen im Internet (§ 20 IV JMStV, § 59 II-IV RStV)

Ein mögliches, in der Vergangenheit schon herangezogenes Mittel der Rechtsdurchsetzung im Internet ist der Erlass sog. Sperrverfügungen, die Internet-Zugangsanbieter (Access-Provider) verpflichten, den Zugang zu bestimmten Seiten zu unterbinden. Solche Verfügungen sind (politisch wie rechtlich) sehr umstritten.¹⁵ Heute könnten sie auf § 20 IV JMStV i.V.m. § 59 II-IV RStV gestützt werden. Danach kann die Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) als zuständiges Organ im Rahmen der Verbandskompetenz der Landesmedienanstalten (vgl. § 14 II 2 JMStV) wegen Verstoßes gegen den JMStV die Sperrung von Telemedienangeboten anordnen. Das von der Bundesregierung, in der vorangegangenen Legislaturperiode zunächst geplante „Zugangerschwerungs-

⁴ S. nur Starck, in: Mangoldt/Starck, Kommentar zum Grundgesetz⁵, 2005, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 170.

⁵ BVerfGE 33, 52, 72; 42, 143, 154; 87, 209, 230 ff.; aus der Literatur s. etwa Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz: Kommentar⁵³, 2009, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 298 f.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz: Kommentar², 2004, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 171, jeweils m.w.N.

⁶ So vor allem Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, 2002, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 93; Hüper, Kommunikationstechnologien, S.68 f.

⁷ S. etwa Nessel, Das grundgesetzliche Zensurverbot, 2004, S. 198 (dort Fn. 379 m.w.N.).

⁸ Pfeifer, Zensurbehütete Demokratie – das Zensurverbot aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 3 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zur Verfassungsauslegung, 2003, S. 90; vgl. auch Bullinger/Mestmäcker, Multimediendienste: Struktur und staatliche Aufgaben nach deutschem und europäischem Recht, 1997, S. 65 ff.; Degenhart, in: Dolzer, Bonner Kommentar zum Grundgesetz¹⁴², 2009, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 698.

⁹ BVerfGE 27, 88, 102.

¹⁰ So im Ergebnis auch Rohde, Die Nachzensur in Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG: ein Beitrag zu einem einheitlichen Zensurverbot, 1997, S. 164; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, § 109 VI 3 (S. 1605); Bethge, in: Sachs, Grundgesetz: Kommentar⁵, 2009, Art. 5 Rn. 129; a.A. BVerfGE 27, 88, 102; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 5), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 141.

¹¹ S. etwa BVerfGE 33, 52, 71 ff.; Hoffmann-Riem (Fn. 6), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 89; Bethge, in: Sachs (Fn. 10), Art. 5 Rn. 129.

¹² Bullinger, in: Löffler, Handbuch des Presserechts⁵, 2005, § 1 LPG Rn. 124 ff., der auch vom „vor die Klammer gezogenen Wesensgehalt“ spricht.

¹³ Im Ergebnis ganz überwiegende Ansicht: BVerfGE 33, 52, 72; Gucht, Das Zensurverbot im Gefüge der grundrechtlichen Eingriffskautelen, 2000, S. 43; Hüper (Fn. 6), S. 10; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 5), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 173; Bullinger, in: Löffler (Fn. 12), § 1 Rn. 127; Bethge, in: Sachs (Fn. 10), Art. 5 Rn. 129.

¹⁴ Die Zuständigkeit für Medien-Inhalte liegt bei den Ländern (grundlegend: BVerfGE 12, 205 – Deutschlandfernsehen); die Jugendschutzbestimmungen für Trägermedien hingegen regelt das Jugendschutzgesetz (JSchG) des Bundes (gestützt auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, 11, vgl. BT-Drs. 14/9013, S. 17), vgl. § 16 JSchG.

¹⁵ Ausführlich zu den Rechtsfragen (nicht nur die Zensur betreffend) Engel, MMR-Beilage 4/2003, 1-35 (passim.) u. Sieber/Nolde, Sperrverfügungen im Internet, 2009, S. 91 ff.

gesetz“ sollte zudem die Access-Provider verpflichten, den Zugang zu bestimmten, auf Listen des Bundeskriminalamts (BKA) verzeichneten Seiten zu sperren (§ 2 ZugErschwG).¹⁶ Nach h.M. liegt in diesen Sperrungen – sei es aufgrund des JMStV oder des neuen ZugErschwG – kein Verstoß gegen das Zensurverbot, da die Vorschriften nicht zu einer Vorzensur ermächtigen. Da das jeweilige Angebot vor seiner Sperrung im Internet abrufbar, also veröffentlicht ist, ermächtigt die jeweilige Norm „nur“ zu einer – unter den Voraussetzungen des Art. 5 II GG zulässigen – Nachzensur. Ob dieser enge Zensurbegriff überzeugt oder welches Verfahren der Inhaltskontrolle dann als „Zensur“ zu definieren ist, ist anhand der Auslegung des Art. 5 I 3 GG zu ermitteln.

1. Wortlaut des Art. 5 I 3 GG

Der Begriff „Zensur“ wird in der politischen Diskussion häufig benutzt, um jegliche missliebige Einschränkungen der Kommunikationsfreiheiten zu „brandmarken“. Dieses uferlose Verständnis ist zur Bestimmung der Reichweite des Art. 5 I 3 GG jedoch zu unscharf. Der Wortlaut der Norm selbst enthält keinerlei weitere Anhaltspunkte für eine Definition. Der Absolutheit des Zensurverbots lässt sich nichts darüber entnehmen, für welche Maßnahmen es inhaltlich gilt.¹⁷ Eine zeitliche Beschränkung auf die Vorzensur kann dem Wortlaut des Art. 5 I 3 GG jedenfalls nicht entnommen werden. Über das als Zensur zu bezeichnende Verfahren der Kontrolle enthält der Wortlaut keine Anhaltspunkte.

2. Historie

Die Formulierung des heutigen Art. 5 I 3 GG ist mit dem Zensurverbot des Art. 118 II 1 Hs. 1 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) identisch. Schon nach Ansicht der damals h.M. galt dieses Verbot nur für die Vorzensur. Die Übernahme der Formulierung der WRV durch den Verfassungsgeber zeigt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts, dass diese Auslegung des Zensurverbots bestätigt werden sollte.¹⁸ Das Gericht verweist dazu auf eine Aussage des Abgeordneten *Bergsträßer* im Parlamentarischen Rat bei den Beratungen über das Grundgesetz. *Bergsträßer* wandte bei der Diskussion um die Zensurbestimmung ein, dass man die Nachzensur doch auch nicht wolle.¹⁹ Das Bundesverfassungsgericht argumentiert, auf diesen Einwand sei man im weiteren Verlauf der Beratungen über das Grundgesetz im Parlamentarischen Rat nicht mehr eingegangen, was zeige, dass vom Verfassungsgeber nur das Verbot der Vorzensur gewollt sein könne.²⁰ Damit wird jedoch verkannt, dass der Parlamentarische Rat noch länger über die Zulässigkeit repressiver Eingriffe in die Pressefreiheit beriet.²¹ Zudem wurde in mehreren Entwurfsfassungen im Rat die Formulierung „Eine Vorzensur [...] findet nicht statt“ verwendet, aber nicht in die endgültige Fassung übernommen.²² Die Beratungen des Parlamentarischen Rats zeigen also keineswegs, dass man nur die Vorzensur verbieten wollte. Von der „Worttreue“ kann nicht ohne Weiteres auf die „Interpretationstreue“ zu einer (umstrittenen) h.M. geschlossen werden.²³ Die Übernahme ließe höchstens den Schluss zu, dass der Verfassungsgeber den Streit über die Zulässigkeit der Nachzensur nicht entscheiden wollte.²⁴

3. Systematik

Das enge Verständnis der h.M. vom Zensurbegriff lässt sich auf den ersten Blick auf ein wichtiges systematisches Argu-

ment stützen. Es beruht auf dem Zusammenspiel des Art. 5 I 3 GG mit den Schranken des Art. 5 II GG. Sämtliche Maßnahmen (hier: Sperrverfügungen) nach Veröffentlichung von Presse- und Rundfunkwerken bzw. nach Äußerung einer Meinung seien ausschließlich an den Schranken des Art. 5 II GG zu messen. Diese wären nach Ansicht der h.M. gegenstandslos, wenn das Zensurverbot auch die Nachzensur umfasse.²⁵ Der Einwand überzeugt jedoch nicht, denn auch die Gegenansicht geht nicht davon aus, dass jeder Eingriff in den Kommunikationsprozess Zensur darstellt. Vielmehr stellt auch sie bestimmte Anforderungen an das als Zensur zu bezeichnende Verfahren der Inhaltskontrolle. So definiert eine vor allem von *Hoffmann-Riem* vertretene Ansicht Zensur als anlassunabhängige, planmäßige und systematische Kommunikationskontrolle bzw. als eine „von hinreichenden Anzeichen konkreter Rechtsgutsgefährdung unabhängige staatliche Inhaltsprüfung“.²⁶ Nach dieser Ansicht wäre nicht jede inhaltsbezogene Kommunikationsbeschränkung als Zensur anzusehen. So ist etwa die Beschlagnahme von Presseergebnissen (vgl. § 111n StPO) nicht von vornherein wegen Verstoßes gegen Art. 5 I 3 GG verfassungswidrig, sofern es hinreichende Anzeichen einer konkreten Rechtsgutsgefährdung gibt. Art. 5 II GG hätte insoweit einen beträchtlichen Anwendungsbereich, als ihm die Überprüfung aller anlassbezogenen Maßnahmen unterfielen. Dazu gehören vor allem sämtliche Gerichtsentscheidungen, da diese nicht planmäßig, sondern punktuell im konkreten Einzelfall ergehen.²⁷ Somit lässt sich der aus der systematischen Auslegung des Art. 5 I 3 GG herührende Einwand der h.M. entkräften.²⁸

4. Sinn und Zweck

Das Zensurverbot des Art. 5 I 3 GG soll nach einhelliger Auffassung die „Lähmung des Geisteslebens“ (mit anderen Worten: den „chilling effect“) verhindern.²⁹ Wegen der schlechthin konstituierenden Bedeutung der Kommunikati-

¹⁶ S. oben Fn. 1. Nach *Hoffmann-Riem* fehle dem Bund für das ZugErschwG die Gesetzgebungszuständigkeit, da es sich um Gefahrenabwehr (Straftatenverhütung) und den Eingriff in Medieninhalte handle, was beides Ländersache sei. S. ZDF-Sendung *Aspekte* vom 31. Juli 2009, abrufbar unter <http://www.zdf.de/ZDFmediathek/#/beitrag/einzelsendung/809762/aspekte-vom-31-Juli-2009/> (Stand: 10.11.2009).

¹⁷ So auch *Hüper* (Fn. 6), S. 24.

¹⁸ BVerfGE 33, 52, 73.

¹⁹ Nachweis u.a. bei *Rohde* (Fn. 10), S. 47 (dort Fn. 39).

²⁰ BVerfGE 33, 52, 73.

²¹ *Rohde* (Fn. 10), S. 49 f.

²² *Rohde* (Fn. 10), S. 46; *Nessel* (Fn.7), S. 111.

²³ *Nessel* (Fn.7), S. 113 f.

²⁴ So *Hoffmann-Riem* (Fn. 6), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 6; *Pfeifer* (Fn. 8), S. 276 f.; *Hüper* (Fn. 6), S. 39; a.A. (für Verbot der Nachzensur durch den Parlamentarischen Rat) *Nessel* (Fn.7), S. 114 f.

²⁵ So BVerfGE 33, 52, 71 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 5), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 171; *Starck*, in: Mangoldt/Starck (Fn. 4), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 172;

²⁶ *Hoffmann-Riem* (Fn. 6), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 92; *Rohde* (Fn. 10), S. 94; *Hüper* (Fn. 6), S. 41 f.; gegen Beschränkung auf Vorzensur auch *Schulz*, in: Hahn/Vesting, *Rundfunkrecht*², 2008, § 59 RStV Rn. 16.

²⁷ *Rohde* (Fn. 10), S. 94 f.; *Hüper* (Fn. 6), S. 42; ähnlich *Löffler*, NJW 1969, 2225, 2227.

²⁸ *Hoffmann-Riem* (Fn. 6), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 93; *Rohde* (Fn. 10), S. 126; *Hüper* (Fn. 6), S. 44; *Nessel* (Fn.7), S. 215; a.A. (ohne auf die Argumente für den Verbleib eines Anwendungsbereichs des Art. 5 II GG einzugehen): BVerfGE 33, 52, 72; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 5), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 171; *Starck*, in: Mangoldt/Starck (Fn. 4), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 172; *Bethge*, in: Sachs (Fn. 10), Art. 5 Rn. 132.

²⁹ BVerfGE 33, 52, 72; *Hoffmann-Riem* (Fn. 6), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 92.

onsfreiheiten für die Demokratie dürfe keine Situation eintreten, in der kommunikationsbereite Bürger nicht am Meinungsaustausch teilnehmen, weil sie fürchten, ihr Beitrag werde einer (staatlichen) Prüfung unterzogen und im Zweifel für unzulässig befunden. Schon die Existenz eines solchen Prüfverfahrens lähme das Geistesleben und führe zu einem chilling effect.³⁰ Gemessen an diesem Grundgedanken stellt sich die Frage, ob eine „Lähmungsgefahr“ nur von der Vorzensur oder im gleichen Maße auch von der Nachzensur ausgeht. Für eine größere Gefahr der Vorzensur könnte sprechen, dass der Bürger gar nicht erst versuchen wird, eine Äußerung zu tätigen, wenn er sich vor der Veröffentlichung einem Prüfverfahren in der Form eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt gegenüber sieht. Maßnahmen nach Veröffentlichung schränken in den Augen des Grundrechtsberechtigten die Wirkung eines Werkes u.U. nur geringfügig ein, weshalb Geisteswerke unter Inkaufnahme einer möglichen Nachkontrolle hin veröffentlicht würden. Deutlich wird dies am Beispiel der Tagespresse.³¹ Ist die Zeitung erst einmal veröffentlicht, hat der Staat nur noch begrenzt die Möglichkeit, kritische Stimmen von den Zeitungslesern (etwa durch Beschlagnahme der Restexemplare) fernzuhalten. Insoweit scheint die Beschränkung auf das Verbot der Vorzensur nachvollziehbar.

Die These von der größeren Gefährlichkeit der Vorzensur überzeugt jedoch insbesondere nicht für solche Kommunikationsformen, bei denen die Wahrnehmung durch eine große Zahl von Rezipienten über einen längeren Zeitraum gestreckt ist und das Werk erst dann Wirkung entfalten kann. Besonders Angebote im Internet sind von gestreckter Wahrnehmung durch die Rezipienten geprägt.³² Zwar sind neue Informationen binnen Sekunden online verfügbar, doch der Charakter des Internets als individueller Abrufdienst führt dazu, dass die Rezipienten ein Angebot oft erst längere Zeit nach dessen Veröffentlichung wahrnehmen. Hinzu kommt, dass es im Bereich des Internets technisch möglich wäre,³³ den Abruf eines Angebots innerhalb kürzester Zeit nach dessen Veröffentlichung zu unterbinden. Dadurch würde das Geistesleben in gleicher Weise gelähmt, wie es bei der Vorzensur in der Form eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt der Fall wäre.³⁴ Sowohl Maßnahmen vor als auch nach Veröffentlichung können also zu einem chilling effect für das Geistesleben führen. Entscheidend für die negative Wirkung auf den Kommunikationsprozess ist nicht der Zeitpunkt der Inhaltskontrolle (Vor- oder Nachzensur), sondern das jeweilige Verfahren.

Lähmungsgefahren gehen dabei nicht nur von formellen Vorlagepflichten aus. Für einen chilling effect reicht es aus, dass Inhaltskontrollen durchgeführt werden, die sich als ein anlassunabhängiges, systematisches und planmäßiges Verfahren darstellen. Da bei einer derartigen Inhaltskontrolle kritische Stimmen kaum noch Wirkungschancen hätten, würden kommunikationsbereite Bürger von vornherein nicht am Kommunikationsprozess teilnehmen. Dagegen kann auch nicht angeführt werden, die Planmäßigkeit und Systematik der Kontrolle sei meist kaum erkennbar und nachweisbar, denn dieses Argument ließe sich auch gegen die h.M. wenden: Beschränkt man das Zensurverbot nur auf Verbote mit Erlaubnisvorbehalt, so könnten Verwaltung und Gesetzgeber versuchen, dieses sehr formelle Kriterium zu umgehen. Die Folge wären nicht minder schwere Abgrenzungs- und Beweisprobleme zwischen (nach h.M. ebenso unzulässigen) „zensurgelei-

chen Maßnahmen“ und zulässigen Regelungen. Auch der Sinn und Zweck des Art. 5 I 3 GG spricht also gegen die Beschränkung des Zensurverbots auf die Vorzensur im Sinne eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt.

5. Der durch Auslegung ermittelte Zensurbegriff

Die Auslegung des Art. 5 I 3 GG zeigt, dass jede anlassunabhängige, planmäßige und systematische Inhaltskontrolle als Zensur anzusehen und damit verboten ist. Dabei kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Inhaltskontrolle an. Entgegen der h.M. sprechen insbesondere die Historie und Systematik der verfassungsrechtlichen Regelung nicht für eine Beschränkung auf die Vorzensur. Im von Abrufdiensten gekennzeichneten Internet-Zeitalter kann nur ein zeitlich umfassendes Zensurverbot seinem Sinn und Zweck gerecht werden.

6. Konsequenzen für die Beurteilung der gesetzlichen Grundlagen von Sperrverfügungen

Sperrverfügungen sind danach keine unzulässige Zensur, da sie aus Anlass einer konkreten Rechtsgutsgefährdung ergehen.³⁵ Aus den §§ 20 I, III JMStV, 59 III RStV sowie der Gesetzesbegründung zu den Vorgängernormen ergibt sich, dass die KJM nur tätig wird, wenn sie einen Verstoß gegen den JMStV festgestellt hat, und dass eine generelle und lückenlose Überwachung nicht gewollt ist.³⁶ Auch die h.M. verneint (da es sich um bloße Nachzensur handelt) einen Verstoß gegen Art. 5 I 3 GG. Inwieweit Internet-Inhalte für die Aufstellung der Sperrliste durch das BKA nach § 1 ZugErschwG anlassbezogen durchsucht werden, lässt sich nicht ermitteln. Das ZugErschwG enthält diesbezüglich kaum Vorgaben für das BKA und erscheint daher bedenklich.

II. Vorlagepflicht für einmal indizierte Angebote (§ 4 III JMStV)

Auch andere Ermächtigungsgrundlagen im Jugendmedienschutz werfen Fragen mit Blick auf das Zensurverbot auf. Problematisch erscheint § 4 III JMStV, wonach gemäß § 18 JSchG indizierte Angebote in Telemedien (und Rundfunk) solange unzulässig sind, bis die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPjM) über deren Unbedenklichkeit entschieden hat. Verfassungsrechtlich problematisch ist die Vorschrift, weil auch Angebote, die sich durch (wesentliche) inhaltliche Änderungen von nach § 18 JSchG indizierten, bereits veröffentlichten Werken unterscheiden, der BPjM vorgelegt werden müssen. Nach dem hier vertretenen Zensurbegriff kommt es darauf an, ob die Überprüfung des inhaltlich

³⁰ BVerfGE 33, 52, 73.

³¹ Vgl. die weiteren Beispiele bei Bullinger, in: Löffler (Fn. 12), § 1 LPG Rn. 147.

³² Künftig dürfte dies wegen der durch die Digitalisierung steigende Zahl der (near-)video-on-demand-Angebote auch im Rundfunk gelten. Vgl. dazu Hüper (Fn. 6), S. 59 f.

³³ Dazu Faber, Jugendschutz im Internet, 2005, S. 55 ff.; allgemein zu technischen Problemen von Sperr- und Filtermethoden: Schneider, MMR 2004, 18, 21 ff.

³⁴ Hoffmann-Riem (Fn. 6), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 93; Hüper (Fn. 6), S. 68 f.; Engel, MMR Beilage 4/2003, 1, 12; Spindler/Volkmann, MMR 2003, 353, 354; Sieber/Nolde (Fn. 15), S. 105.

³⁵ Sieber/Nolde (Fn. 15), S. 105; Schulz, in: Hahn/Vesting (Fn. 26), § 59 RStV Rn. 16; so auch für die Vorgängervorschrift Hoffmann-Riem (Fn. 6), Art. 5 Abs. 1, 2 GG Rn. 92 (dort Fn. 308). Sonstige Zweifel an der Zulässigkeit solcher Sperrverfügungen (insb. hinsichtlich der Art. 5, 10, 12, 14 GG und der Verhältnismäßigkeit) sind damit freilich nicht ausgeräumt, dazu Marberth-Kubucki, NJW 2009, 1792-1796.

³⁶ S. etwa Bayerischer Landtag, Drs. 13/7716, S. 16.

(wesentlich) geänderten Werkes durch die BPjM anlassunabhängig stattfindet. Man könnte die Indizierung des Ursprungswerkes als ausreichenden Anlass zur Prüfung ansehen. Ein so weit verstandener Anlassbezug, bei dem die Indizierung eines Werkes ausreicht, nicht nur inhaltsgleiche, sondern selbst wesentlich geänderte Fassungen des Werkes zu überprüfen, wäre jedoch uferlos. So könnte praktisch jedes Werk vorab kontrolliert werden, wenn es nur irgendwie im Zusammenhang mit der Indizierung steht. Es widerspräche auch dem Sinn und Zweck des Zensurverbots (Verhinderung eines chilling effects), wenn prima facie selbst wesentlich abgeänderte Fassungen eines Werkes zur Genehmigung vorgelegt werden müssten. Die Vorschrift des § 4 Abs. 3 JMStV fordert für die Inhaltskontrolle also keinen hinreichenden Anhaltspunkt konkreter Rechtsgutsgefährdung und verstößt damit auch nach der hier vertretenen Ansicht gegen das Zensurverbot.³⁷

III. Zensur durch nicht-staatliche Institutionen im Telemedien-Bereich? Die Einrichtungen freiwilliger Selbstkontrolle (§ 19 JMStV)

Das im Jugendmedienschutz vorherrschende Konzept regulierter Selbstregulierung verlagert große Teile der Verantwortung auf Selbstkontrolleinrichtungen, wie z.B. die Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter (FSM). Folge der regulierten Selbstregulierung ist vor allem, dass die Landesmedienanstalten Maßnahmen gegenüber einem Anbieter nicht ergreifen dürfen, wenn dieser sein Angebot vorher einer Selbstkontrolleinrichtung vorgelegt und die Einrichtung ihren Beurteilungsspielraum nicht überschritten hat („Schutzschildwirkung“ des § 20 III, V JMStV). Dieses Verfahren der Inhaltskontrolle ließe sich wegen seiner Anlassunabhängigkeit und Planmäßigkeit durchaus als Zensur i.S.d. Art. 5 I 3 GG bezeichnen. Jedoch wird die Kontrolle nicht von Seiten des Staates durchgeführt. Auch wenn man grundsätzlich eine mittelbare Drittwirkung des Zensurverbots bejaht, ließe sich die Tätigkeit der Selbstkontrolleinrichtungen nicht als Zensur qualifizieren, da sie auf freiwilliger Basis arbeiten.³⁸ Zwar ergeben sich für Anbieter, die nicht Mitglieder dieser Einrichtungen sind, insoweit Nachteile, als die Schutzschildwirkung des § 20 III, V JMStV entfällt. Doch kann dies nicht als (mittelbarer) Zwang angesehen werden, der einen Verstoß gegen das Zensurverbot begründet. Denn selbst ohne die Schutzschildwirkung folgt aus § 20 III, V JMStV lediglich das Recht der Landesmedienanstalten, *anlassbezogen* Maßnahmen zu ergreifen. Somit ist in den Regelungen des JMStV zu den freiwilligen Einrichtungen der Selbstkontrolle kein Verstoß gegen das Zensurverbot zu sehen.³⁹ Ein (wenn auch privatrechtlich organisierter) *Zwangsverband* hingegen hätte keine weiteren Eingriffsbefugnisse als der Staat,⁴⁰ sodass anlassunabhängige Vorlagepflichten gegenüber einem solchen Verband unzulässig wären.

D. Grenzen künftiger Regulierung und „Regulierungspflichten“ im Hinblick auf das Zensurverbot

Die zunehmende Bedeutung des Zensurverbots zeigt sich vor allem in der aktuellen Diskussion um eine rechtspolitisch möglicherweise in Betracht zu ziehende strengere Regulierung des Internets. Dabei wird die Problematik durch die bloße Forderung nach schärferen Gesetzen (Stopp-Schilder, Filter, Sperrungen etc.) verkürzt. Denn es kann nicht nur um die Grenzen der Regulierung gehen, die dem Staat durch das

Zensurverbot gesetzt sind, sondern auch um die Frage, ob und inwieweit das Zensurverbot den Staat verpflichtet, Zensur durch Private zu begrenzen.

I. Regulierungsziele und Zensurverbot

Dies macht es nötig, sich den Zielen der Regulierung des Internets zuzuwenden. Im Mittelpunkt steht dabei die Kommunikationsverfassung des Art. 5 I GG, durch die wesentliche Zielvorgaben für die Regulierung von Telemedien vorgezeichnet sind. Der abwehrrechtliche Charakter begrenzt staatliches Handeln. Aus dem objektiv-rechtlichen Charakter folgt die Gewährleistungsverantwortung des Staates für die freie und offene Kommunikation, die Voraussetzung für Meinungsvielfalt und eine freiheitliche Demokratie ist.⁴¹ Legitime Regulierungsziele des Staates in Telemedien sind z.B. der schon angesprochene Jugendschutz und die Bekämpfung von Rechtsextremismus und Terrorismus. Die technologischen Veränderungen stellen jedoch auch neue Anforderungen an staatliches Handeln. Freiheitssicherung im Medienbereich kann heute nicht mehr nur als Sicherung eines vielfältigen Angebots verstanden werden. Die Aufmerksamkeit muss insbesondere im Hinblick auf das Zensurverbot auch auf die Möglichkeit der Auswahl und des Zugriffs der Nutzer auf das Angebotene gerichtet sein.⁴² Bei der Fülle an verfügbaren Angeboten im Internet kommt den „Orientierungshelfern“ im Netz (etwa Suchmaschinen) eine immer größere Bedeutung zu, da sie Auswahl- und Zugriffsmöglichkeiten direkt beeinflussen können. Deswegen nennt *Hoffmann-Riem* die Manipulationsabwehr bei Suchhilfen und die Vermeidung von Zensuräquivalenten als weitere Regulierungsziele.⁴³ Die Regulierung von Telemedien muss also auch das Ziel verfolgen, dass Angebote dem Nutzer zugänglich bleiben.

II. Regulierungsoptionen (und „Regulierungspflichten“?)

Das Bündel von verschiedenen, teils disparaten Regulierungszielen wirft die Frage nach effektiven Mitteln auf, mit denen die Ziele erreicht und die Rechtsgüter in einen möglichst schonenden Ausgleich miteinander gebracht werden können.

1. Einsatz von Filtersystemen

In technischer Hinsicht bietet sich dabei vor allem der Einsatz von Filtern an. Filtersoftware überprüft die Inhalte einer In-

³⁷ So im Ergebnis auch (allerdings unter Heranziehung des Zensurbegriffs der h.M.) *Schumann*, TV diskurs 2003 (Ausgabe 25), 97, 99; *ders.*, ZUM 2004, 697, 703; *Kousouni*, Die Zensur im Fernsehen im Rahmen der deutschen und der griechischen Rechtsordnung, 2005, S. 182; *a.A. Baum*, Jugendmedienschutz als Staatsaufgabe, 2007, S. 325.

³⁸ So *Ladeur*, NJW 1981, 908, 909, bezogen auf den Deutschen Presserat.

³⁹ Ganz überwiegende Ansicht, s. nur *Starck*, in: Mangoldt/Starck (Fn. 4), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 176. Umstritten ist jedoch die Vereinbarkeit der Freiwilligen Selbstkontrolle der Filmwirtschaft mit dem Grundgesetz (u.a. wegen des staatlichen Einflusses auf die FSK und der wirtschaftlichen Notwendigkeit der Mitgliedschaft), dazu *Degenhart*, in: Bonner Kommentar (Fn. 8), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 915.

⁴⁰ *Starck*, in: Mangoldt/Starck (Fn. 4), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 176; *Degenhart*, in: Bonner Kommentar (Fn. 8), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 930.

⁴¹ BVerfGE 57, 295, 323; *Bethge*, in: Sachs (Fn. 10) Art. 5 Rn. 18; *Schulz/Held*, Der Index auf dem Index? Selbstzensur und Zensur bei Suchmaschinen, in: Machill/Beiler, Die Macht der Suchmaschinen, 2007, S. 82.

⁴² *Hoffmann-Riem*, Der Staat 42 (2003), 193, 217; zu den neuen Aufgaben des Rechts in der Informationsgesellschaft s.a. *Bullinger*, Regulierung von Wirtschaft und Medien: Analysen ihrer Entwicklung, 2008, S. 148 ff.

⁴³ *Hoffmann-Riem*, Der Staat 42 (2003), 193, 217 u. 220.

ternetseite (wenn diese abgerufen wird) und unterbindet ggf. automatisch den Zugang zu dieser Seite. Aufgrund der Privatwirtschaftlichkeit des Internets können Filter nur von Privaten (etwa Access-Providern oder Betreibern von Infrastrukturkomponenten) eingesetzt werden. Eine dahingehende Verpflichtung und der etwaige Verstoß gegen das Zensurverbot wären dem Staat wegen der Zwangswirkung dieser Verpflichtung zuzurechnen.⁴⁴ Ob eine solche Verpflichtung Privater mit dem Zensurverbot vereinbar ist, wird nicht einhellig beurteilt: Nach dem Zensurverständnis der h.M. wäre eine solche Verpflichtung (zumindest als Eingriff in die Informationsfreiheit der Nutzer, ggf. auch als Eingriff in die Presse-/Rundfunkfreiheit der Anbieter) „nur“ an den Schranken des Art. 5 II GG zu messen, da es sich um bloße Kontrolle bereits veröffentlichter Inhalte, also um nicht von vornherein unzulässige Nachzensur handeln würde. Der enge Zensurbegriff der h.M. ist jedoch abzulehnen (s.o.). Maßgeblich für die Beurteilung ist nicht der Zeitpunkt des Eingriffs, sondern vielmehr, ob es sich bei den Maßnahmen um anlassunabhängige, systematische und planmäßige Inhaltskontrollen handelt.

Der Einsatz von Filtern ist eine Form von Inhaltskontrolle. Diese liegt immer dann vor, wenn Erklärungszeichen zur Kenntnis genommen, d.h. die Buchstaben gelesen oder die Bilder betrachtet werden und ihre kommunikative Wirkung Bedeutung für die Kontrolle erlangt.⁴⁵ Filter „lesen“ sämtliche Daten, die sie passieren, also auch den Inhalt einer Internetseite, wenn diese abgerufen werden soll. Dass sie den Inhalt dabei nicht unbedingt immer richtig verarbeiten, es also auch zu Zugangsbeschränkungen für unbedenkliche Internet-Angebote kommen kann, schadet nicht. Entscheidend ist, dass der Inhalt einer (wenn auch nach derzeitigem technologischen Stand fehleranfälligen) Prüfung unterzogen wird. Beim Einsatz von Filtern handelt es sich also im Ergebnis um eine Form von Inhaltskontrolle.⁴⁶

Filter arbeiten ohne Anzeichen einer konkreten Rechtsgutsgefährdung, also anlassunabhängig i.S.d. hier vertretenen Zensurbegriffs. Sämtlicher Datenverkehr, der den mit der Filtersoftware versehenen Punkt passiert, wird auf bestimmte kritische Worte/Wortgruppen (z.B. „Kinderporno“) hin untersucht und ggf. unterbunden. Es kann jedoch nicht prima facie davon ausgegangen werden, dass bei der Verwendung bestimmter Worte/Wortgruppen hinreichende Anzeichen einer konkreten Rechtsgutsgefährdung bestehen, denn solche Wortgruppen können auch auf einen wissenschaftlichen oder nachrichtlichen Kontext hindeuten.⁴⁷ Damit erfolgt die Kontrolle durch Filter sowohl hinsichtlich der legalen Angebote als auch hinsichtlich der potentiell illegalen Angebote unabhängig von einem konkreten Verdacht.⁴⁸

Die Verpflichtung Privater zum Einsatz von Filtersoftware bewirkt also als eine anlassunabhängige, systematische, planmäßige, dem Staat zurechenbare Inhaltskontrolle. Sie ist deswegen als Zensur i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG zu qualifizieren und somit verfassungsrechtlich unzulässig.

2. Weitere Regulierungsoptionen

Unzulässig wäre es auch, privaten Dienste-Anbietern aufzuerlegen, anlassunabhängig nach rechtswidrigen Inhalten zu forschen und diese ggf. zu sperren. Nach der derzeitigen Rechtslage besteht keine solche Erforschungs- oder Überwachungspflicht (vgl. § 7 II 1 TMG). Das Zensurverbot bindet zwar grundsätzlich nur den Staat. Doch kommt es (wie oben dargelegt) für den Inhalte-Anbieter nicht darauf an, ob der

Staat selbst anlassunabhängige Kontrollen vornimmt, oder ob er Private dazu verpflichtet. Wegen der Zwangswirkung wäre ein solche Kontrolle dem Staat zurechenbar. Dementsprechend darf der Staat auch sein Haftungsrecht (insbesondere die in §§ 7-10 TMG geregelte Störerhaftung) nicht so gestalten, dass die Dienste-Anbieter zu einer dem Staat selbst verwehrten anlassunabhängigen und systematischen Kontrolle fremder Inhalte und entsprechender Sperrung verpflichtet (oder faktisch gezwungen) werden.⁴⁹ Anlassunabhängige Überwachungs- und Erforschungspflichten Privater würden demnach einen Verstoß gegen das Zensurverbot darstellen.⁵⁰

3. Schutzpflichten des Staates bei aus Eigeninitiative vorgenommenen Filterungen und Sperrungen

Gefahren für den Meinungsbildungsprozess gehen nicht nur vom Staat aus; auch private Akteure können die freie Kommunikation behindern. Relevant ist daher die Frage, ob und inwieweit der Staat aus Art. 5 I 3 GG verpflichtet wird, die Kommunikationsteilnehmer vor privater „Zensur“ zu schützen.

a) Zensurgefahren von Seiten machtvoller Medienakteure

Keinesfalls ausgeschlossen erscheint es, dass Anbieter aus Eigeninitiative Filter einsetzen und Seiten sperren – sei es aus innerer Überzeugung der hinter dem Anbieter-Unternehmen stehenden Personen oder aus eigennützigem wirtschaftlichen Erwägungen (etwa zur Image-Pflege oder zur Unterbindung kritischer Stimmen). Dies ist besonders bei Suchmaschinen problematisch, da ihnen bei der heute kaum zu überblickenden Angebotsflut im Internet eine „Flaschenhalsfunktion“⁵¹ zukommt. Nutzer sind im besonderen Maße auf die Ergebnisse von Suchmaschinen angewiesen; Inhalte, die nicht (oder nicht auf eine der ersten Seiten) in den Ergebnislisten einer Suche auftauchen, werden nur selten abgerufen. Zudem ist für den einzelnen Nutzer nicht nachvollziehbar, nach welchen Kriterien die Suchergebnisse sortiert werden. Diese Schlüsselposition von Suchmaschinen bei gleichzeitiger Intransparenz und hohem Missbrauchspotential hinsichtlich ihrer Funktionsweise gibt den Betreibern der Suchmaschinen eine machtvolle Stellung im Kommunikationsprozess. Hinzu kommt bei *Google* ein geradezu monopolartiger Marktanteil von in Deutschland ca. 90 %. Solange diese machtvolle Position zur freiwilligen, anlassbezogenen Entfernung oder Sperrung rechtswidriger Inhalte benutzt wird, ist das begrüßenswert. Zutreffend wendet hingegen *Hoffmann-Riem* ein: „Wer garantiert, dass nicht auch Inhalte ausgefiltert werden, die den Providern politisch unerwünscht sind oder die z.B. Kritik an der wirtschaftlichen Macht [...] des Providers üben?“⁵²

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 107, 299, 315 ff. zur Zurechnung von Maßnahmen bei der Telekommunikationsüberwachung.

⁴⁵ So die Definition bei *Fiedler*, Die formale Seite der Äußerungsfreiheit: Zensurverbot und Äußerungsgrundrechte, 1999, S. 71.

⁴⁶ So auch *Hoffmann-Riem* (Fn. 6), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 95; *Hüper* (Fn. 6), S. 6.

⁴⁷ *Hüper* (Fn. 6), S. 106.

⁴⁸ *Stern*, (Fn. 10), § 109 VI 4 (S. 1609); s.a. *Sieber/Nolde* (Fn. 15), S. 106.

⁴⁹ *Hoffmann-Riem* (Fn. 6), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 94.

⁵⁰ *Hoffmann-Riem* (Fn. 6), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 94; *Spindler/Volkmann*, MMR 2003, 353, 354; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 5), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 201 (letzterer spricht jedoch von einer verfassungswidrigen „zensurgleichen Maßnahme“).

⁵¹ Schulz/Held (Fn. 41), S. 83.

⁵² *Hoffmann-Riem* (Fn. 6), S. 65.

b) Gewährleistungsauftrag des Staates aus Art. 5 I 3 GG zur Sicherung freier Kommunikation

Das Missbrauchspotential ist vor dem Hintergrund der stetig steigenden Bedeutung des Internets für den Meinungsbildungsprozess bedenklich. Dabei ist es für den freien Meinungsbildungsprozess essentiell, dass Manipulationen bei Suchsystemen und private Zensur(äquivalente) unterbunden werden. Auch diese Ziele müssen bei der künftigen Regulierung des Internets, wie oben gezeigt, berücksichtigt werden. Zwar ist grundsätzlich nur der Staat an das Zensurverbot gebunden. Doch auch Maßnahmen Privater – die Sperrung bestimmter Seiten, die Herausnahme bestimmter Suchergebnisse aus der Ergebnisliste etc. – können zu einer Lähmung des Geisteslebens führen. Lähmungsgefahren sind insbesondere dann gegeben, wenn der Nutzer keine Ausweichmöglichkeit hat.⁵⁰ Eine anlassunabhängige, systematische und planmäßige Inhaltskontrolle durch private Akteure ist auch nicht weniger gefährlich als vergleichbare Maßnahmen des Staates. Im Gegenteil: Der Staat ist demokratisch organisiert und wird rechtsstaatlich vielfältig kontrolliert; solchen Kontrollvorkehrungen unterliegen private Unternehmen nicht.⁵¹ Es fehlen demokratische Legitimation und Rechtsschutzmöglichkeiten.

Auch wenn freiwillig vorgenommene private Handlungen nicht dem Staat zuzurechnen sind, erwächst dennoch aus Art. 5 I 3 GG die Gewährleistungsverantwortung und Schutzpflicht des Staates für eine freie und offene Kommunikation, nach der auch privater „Zensur“ entgegenzuwirken ist. Für den Staat bedeutet diese Schutzpflicht aus Art. 5 I 3 GG, dass er die Situation auf dem Markt der Zugangsvermittlung und Suchmaschinenbetreiber beobachten und ggf. Maßnahmen ergreifen muss. Dabei verfügt er jedoch über eine weite Einschätzungsprärogative. Die Gewährleistungsverantwortung und damit die Notwendigkeit des Tätigwerdens wird aber voraussichtlich in diesem Bereich an Bedeutung zunehmen.⁵² Möglich wäre etwa die Einrichtung oder Unterstützung einer interessenneutralen Suchmaschine und die Schaffung von Rechtsgrundlagen, aufgrund derer die Landesmedienanstalten geeignete Maßnahmen ergreifen können, sollten sie von unzulässiger privater Zensur Kenntnis erlangen.⁵³

E. Schlussbetrachtung

Seit der Entscheidung des BVerfG⁵⁴ aus dem Jahr 1972, in der es Art. 5 I 3 GG auf die formale Vorzensur beschränkte, lag die Diskussion um den Zensurbegriff in einem rechtswissenschaftlichen Dornröschenschlaf. Dies hat sich in den letzten Jahren mit der stetig wachsenden Bedeutung neuer Medien gewandelt. Die Definition des Zensurbegriffs als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt wird dem Schutzzweck des Zensurverbots jedenfalls im Internet nicht mehr gerecht. Sieht man Zensur als anlassunabhängige, systematische und planmäßige Inhaltskontrolle an, wird ein angemessener Kommunikationsschutz gewährleistet.

In Zukunft wird es schwieriger werden, die legitimen Ziele der Regulierung des Internets – Jugendschutz, Verbrechensbekämpfung, Zugangsoffenheit, Meinungsvielfalt, Sicherstellung von Auswahl- und Zugriffsmöglichkeiten etc. – miteinander in Einklang zu bringen. Das Zensurverbot setzt dabei Grenzen, macht die Regulierung jedoch nicht unmöglich. Gefahren für eine freie Kommunikation ergeben sich im Internet nicht nur von Seiten des Staates, sondern auch von Seiten privater Akteure. Deren (Meinungs-)Macht ist aufgrund der zunehmenden Bedeutung des Internets nicht zu unterschätzen. Gesetzgeber und Verwaltung müssen wegen ihrer Schutzpflicht aus Art. 5 I 3 GG zukünftig verstärkt prüfen, inwieweit es deswegen eines regulatorischen Gegensteuerns bedarf.⁵⁵

Eine in den letzten Jahrzehnten möglicherweise unterschätzte Verfassungsnorm gewinnt also wieder an Aktualität. Dornröschen ist aus dem Schlaf erwacht.

⁵⁰ Zutreffend Hüper (Fn. 6), S. 144 f.

⁵¹ Hoffmann-Riem (Fn. 6), S. 65.

⁵² Schulz/Held (Fn. 42), S. 82.

⁵³ So die Vorschläge von Hoffmann-Riem, Der Staat 42 (2003), 193, 219 bzw. Hüper (Fn. 6), S. 146.

⁵⁴ BVerfGE 33, 52, 72.

⁵⁵ So auch Schulz/Held/Laudien, Suchmaschinen als Gatekeeper der öffentlichen Kommunikation – Rechtliche Anforderungen an Zugangsoffenheit und Transparenz bei Suchmaschinen im WWW, 2005, S. 37.

Ulrich Wilke, LL.B., Hamburg*

Steuerliche Abziehbarkeit der Kosten für ein Erststudium – Verfassungskonforme Auslegung des § 12 Nr. 5 Einkommensteuergesetz (EStG) - Entscheidungsanmerkung BFH, Urt. v. 18.06.2009 – VI R 14/07 -

Amtliche Leitsätze:

1. § 12 Nr. 5 EStG bestimmt in typisierender Weise, dass bei einer erstmaligen Berufsausbildung ein hinreichend veranlasster Zusammenhang mit einer bestimmten Erwerbstätigkeit fehlt. Die Vorschrift enthält jedoch kein Abzugsverbot für erwerbsbedingte Aufwendungen.

2. In verfassungskonformer Auslegung steht § 12 Nr. 5 EStG einem Abzug von Aufwendungen als Werbungskosten für ein Erststudium nach abgeschlossener Berufsausbildung nicht entgegen.

Vorgehend FG Niedersachsen, Urt. v. 7.11.2006 – 8 K 353/06

A. Ausgangslage, einkommensteuerrechtlicher Hintergrund

Nach dem in § 2 Abs. 2 EStG niedergelegten sogenannten objektiven Nettoprinzip unterliegen der Besteuerung nur die Netto- bzw. Reineinkünfte. Vereinfacht gesprochen setzen sich die steuerbaren Einkünfte somit aus den Einnahmen abzüglich der Aufwendungen, die bei der Erzielung der Einnahmen entstanden sind, zusammen.¹ Dieses Nettoprinzip verwirklicht den Grundsatz der Besteuerung nach der indivi-

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Birk, Steuerrecht¹¹, 2008, Rn. 615.

duellen Leistungsfähigkeit, der ein fundamentales Prinzip des Ertragsteuerrechts darstellt.²

Die bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit zu berücksichtigenden Aufwendungen sind die sogenannten Werbungskosten (vgl. § 9 Abs. 1 S. 1 EStG). Solche können grundsätzlich auch schon entstehen, bevor die berufliche Tätigkeit aufgenommen wird (vorweggenommene Werbungskosten).³ Voraussetzung ist allerdings ein hinreichender Bezug zur zukünftigen Einkünfteerzielung. Die frühere Rechtsprechung des BFH differenzierte zwischen Kosten einer Fortbildung in einem bereits ausgeübten Beruf, die als Werbungskosten abziehbar waren, und den Kosten einer Ausbildung zu einem künftigen Beruf. Letztere sollten nur als Sonderausgaben begrenzt abziehbar sein.⁴ Der Sonderausgabenabzug verwirklicht nicht das objektive Nettoprinzip, sondern das subjektive Nettoprinzip: Der Steuerpflichtige soll ausnahmsweise (vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 1 EStG) Kosten, die der privaten Lebensführung zugeordnet sind, abziehen können. Größtenteils handelt es sich dabei um existenzsichernde Aufwendungen, die dem Steuerpflichtigen daher nicht zur Zahlung der Einkommensteuer zur Verfügung stehen.⁵

Mit der Entscheidung des BFH im Jahr 2002⁶ ist diese differenzierende Rechtsprechung jedoch aufgegeben worden. Vielmehr konnten auch Aufwendungen für ein erstmaliges Hochschulstudium als (vorweggenommene) Werbungskosten abgezogen werden. Maßgeblich blieb allein das in § 9 Abs. 1 EStG niedergelegte Veranlassungsprinzip.

Der Gesetzgeber hat auf diese Rechtsprechung 2004 durch eine Gesetzesänderung reagiert und § 12 Nr. 5 EStG in das EStG eingefügt.⁷ Dieser lässt die Abziehbarkeit der Kosten für eine erstmalige Berufsausbildung oder ein Erststudium nicht mehr zu, es sei denn, die Berufsausbildung bzw. das Erststudium findet im Rahmen eines Dienstverhältnisses statt. Der Gesetzgeber hat damit die Studienkosten grundsätzlich den Kosten der privaten Lebensführung zugeordnet.⁸ Zur Verwirklichung des subjektiven Nettoprinzips sind die Kosten zwar nach § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG als Sonderausgaben bis zu einer Höhe von 4.000 € abziehbar. Anders als Werbungskosten können diese jedoch nicht als Verlust in zukünftige Veranlagungszeiträume vorgetragen werden, sondern bedürfen entsprechend hoher aktueller Einkünfte, bei denen sie dann steuermindernd geltend gemacht werden können.⁹

B. Sachverhalt des Falles

Die 1967 geborene Klägerin besitzt eine abgeschlossene Ausbildung als Buchhändlerin. 2002 begann die Klägerin ein Studium zur Grund-, Haupt- und Realschullehrerin. Bis einschließlich 2004 berücksichtigte das beklagte Finanzamt die im Zusammenhang mit dem Studium geltend gemachten Kosten als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit. Die Parteien streiten nunmehr um die weitere Anerkennung der Kosten als Werbungskosten für das Streitjahr 2005. Unter Hinweis auf § 12 Nr. 5 EStG verweigerte das Finanzamt die Anerkennung als Werbungskosten und berücksichtigte die Kosten für das Studium nur als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG i.H.v. 4.000 €. Das Finanzgericht wies die Klage unter Hinweis auf § 12 Nr. 5 EStG ab und ließ die Revision zu. Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung materiellen Rechts. Insbesondere macht sie die Verfassungswidrigkeit des § 12 Nr. 5 EStG geltend, speziell im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG.

C. Entscheidung

Der Einordnung der Kosten eines Studiums als Werbungskosten könnte bereits entgegenstehen, dass § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG diese den Sonderausgaben zuweist. Nach dem Einleitungssatz des § 10 Abs. 1 EStG sind Aufwendungen des Steuerpflichtigen indes nur dann Sonderausgaben, „wenn sie weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind“. Somit ist der Werbungskostenabzug vorrangig vor dem Sonderausgabenabzug. § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG kann daher keine Sperrwirkung für erwerbsbezogene Aufwendungen entfalten.¹⁰

Eine solche könnte sich jedoch aus § 12 EStG ergeben, wenn darin ein genereller Ausschluss der Abziehbarkeit von Studienkosten niedergelegt wäre. Nach § 12 Nr. 1 EStG sind Aufwendungen „für die Lebensführung, die die wirtschaftliche oder gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen mit sich bringt, auch wenn sie zur Förderung des Berufs oder der Tätigkeit des Steuerpflichtigen erfolgen“, nicht abzugsfähig. Der erkennende Senat ist jedoch der Auffassung, dass Bildungsaufwendungen allgemein und Kosten des Studiums im Speziellen durch ein Moment in der beruflichen Sphäre ausgelöst werden, nicht aber der privaten Sphäre entstammen. Sie sind daher nicht zugleich Aufwendungen der privaten Lebensführung i.S.v. § 12 Nr. 1 EStG.¹¹ Allerdings könnte § 12 Nr. 5 EStG der Abziehbarkeit als Werbungskosten entgegenstehen. Der BFH verweist auf die zitierte Rechtsprechung, wonach Bildungskosten Werbungskosten darstellen können, wenn ein erwerbsbezogener Veranlassungszusammenhang besteht.¹² Diese Rechtsprechung soll nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich auch nach der Einfügung des § 12 Nr. 5 EStG weiter gelten.¹³ Insoweit sieht der Senat es als konsequent an, dass Steuerpflichtige, denen im Anschluss an eine erstmalige Berufsausbildung Kosten für eine weitere Berufsausbildung entstehen, diese schon nach dem Wortlaut des § 12 Nr. 5 EStG absetzen können.¹⁴ In diesem

² Siehe hierzu BVerfGE 61, 319, 343 f.; BVerfGE 82, 60, 86; BVerfGE 93, 121, 135; Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht²⁰, 2009, § 4 Rn. 81 ff.; Süß/Wilke, ZSteu 2009, 341, 343. Ob das objektive Nettoprinzip Verfassungsrang genießt, hat das BVerfG bisher immer offen gelassen. Jedenfalls bedürfe es aber gewichtiger Gründe, um dieses Prinzip zu durchbrechen. Der Gesetzgeber kann sich dabei generalisierender, typisierender und pauschalierender Regelungen bedienen. Vgl. hierzu BVerfG, NJW 2009, 48 - PendlerspauSchale.

³ St. Rspr., vgl. z.B. BFHE 160, 466, 478 m.w.N.

⁴ Der BFH knüpfte an die sog. „Lebenskampfhese“ des RFH an, wonach die zur Erlangung der „für den Lebenskampf notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten“ der privaten Lebensführung zuzuordnen und damit steuerlich nicht zu berücksichtigen seien (RFH, RStB1 1937, 1089, 1090).

⁵ Jakob, Einkommensteuer⁴, 2008, Rn. 24; Lang, in: Tipke/Lang (Fn. 2), § 9 Rn. 69 ff.

⁶ BFHE 201, 156.

⁷ Art. 3 Nr. 2 Gesetz zur Änderung der Abgabenordnung und weiterer Gesetze, BGBl. I 2004, 1753.

⁸ Zur Behandlung durch die Finanzverwaltung siehe Verwaltungsanweisung des Bundesfinanzministeriums (BMF-Schreiben), BStBl I 2005, 955.

⁹ Vgl. § 10d Abs. 1 S. 1 EStG: „negative Einkünfte, die bei der Ermittlung des Gesamtbetrags der Einkünfte nicht ausgeglichen werden“ und § 2 Abs. 4 EStG, wonach Sonderausgaben erst von diesem Gesamtbetrag abgezogen werden. Dieser Effekt ist steuerpolitisch durchaus erwünscht.

¹⁰ Vgl. Drenseck, DStR 2004, 1766, 1770.

¹¹ BFH, Urt. v. 18.06.2009 – VI R 14/07, Rn. 19.

¹² BFH, Urt. v. 18.06.2009 – VI R 14/07, Rn. 22.

¹³ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Abgabenordnung, BT-Drucks. 15/3339, S. 10.

¹⁴ BFH, Urt. v. 18.06.2009 – VI R 14/07, Rn. 22.

Fall habe der Gesetzgeber einen hinreichenden Veranlassungszusammenhang gesehen.¹⁵ Aufwendungen für eine erstmalige Ausbildung seien mangels Berufsbezogenheit hingegen im Regelfall nicht ausreichend beruflich veranlasst. Der BFH verweist insoweit auf das Urteil des Senats zum Besuch allgemeinbildender Schulen.¹⁶ § 12 Nr. 5 EStG enthalte somit einen Typisierungsmaßstab.¹⁷ Diese Typisierung kann entgegen § 12 Nr. 5 Hs. 1 EStG jedoch nicht alle Steuerpflichtigen unterschiedslos betreffen, sondern muss in verfassungskonformer Weise teleologisch reduziert werden. Denn eine unterschiedslose Anwendung würde in gleichheitswidriger Weise Steuerpflichtige, die nach abgeschlossener Berufsausbildung erstmalig ein Studium aufnehmen, gegenüber solchen, die eine zweite nichtakademische Berufsausbildung, ein Zweitstudium oder ein Erststudium im Rahmen eines Dienstverhältnisses absolvieren, benachteiligen. Nach Auffassung des Senats steht § 12 Nr. 5 EStG daher der Anerkennung der Kosten des Studiums der Klägerin als Werbungskosten nicht entgegen.¹⁸ Auf eine mögliche Verfassungswidrigkeit des § 12 Nr. 5 EStG kam es somit nicht mehr an.¹⁹

D. Bewertung und Folgen

Der BFH verweist auf die dem Gesetzgeber offen stehende Möglichkeit der Typisierung von Sachverhalten. Im Steuerrecht ist dies aufgrund der hohen Anzahl an Besteuerungsverfahren sowohl notwendig als auch verfassungsrechtlich unbedenklich, solange keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung stattfindet. So kann der Gesetzgeber vom schon erwähnten Gebot der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit und vom Gebot der folgerichtigen Umsetzung einer Belastungsentscheidung²⁰ aufgrund von Typisierungs- und Vereinfachungserfordernissen abweichen,²¹ ohne damit bereits gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen.²² Nach Ansicht des BVerfG bedeutet Typisierung, „bestimmte in wesentlichen Elementen gleich geartete Lebenssachverhalte normativ zusammenzufassen. Besonderheiten, die im Tatsächlichen durchaus bekannt sind, können generalisierend vernachlässigt werden. Der Gesetzgeber darf sich grundsätzlich am Regelfall orientieren und ist nicht gehalten, allen Besonderheiten jeweils durch Sonderregelungen Rechnung zu tragen“²³. Nach Auffassung des BFH und dem Willen des Gesetzgebers typisiert § 12 Nr. 5 EStG den Veranlassungszusammenhang dergestalt, dass dieser bei erstmaliger Ausbildung im weitesten Sinne nicht gegeben ist. Ob diese Typisierung realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zugrunde legt, musste der BFH hier nicht entscheiden. Jedenfalls sind Fälle wie der vorliegende in verfassungskonformer Auslegung der Norm nicht erfasst. Eine Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG konnte daher unterbleiben.

Über das konkrete Urteil hinaus ist aber zuzugeben, dass eine erstmalige Aufnahme eines Studiums bzw. eine erstmalige Berufsausbildung nicht selten ohne Bezug zu einer konkreten Tätigkeit stattfindet. Im vom Senat angeführten Urteil zu den Aufwendungen für den Besuch allgemeinbildender Schulen argumentierte er, dass der erwerbsbezogene Veranlassungszusammenhang nur angenommen werden könne, „wenn die Ausbildung konkret und berufsbezogen auf eine Berufstätigkeit vorbereitet. Erst die Verschaffung von Berufswissen erfüllt den Werbungskostenbegriff“²⁴. Zwar vermittelt ein Studiengang zumeist kein (ausschließlich) auf eine konkrete Be-

rufstätigkeit zugeschnittenes Berufswissen.²⁵ Es genügt insoweit nicht, dass dem Steuerpflichtigen eine andere berufliche Stellung eröffnet wird. Jedoch scheint der Vergleich mit allgemein bildenden Schulen zu kurz gegriffen. Abschlüsse wie die Allgemeine Hochschulreife sind nur mittelbar Voraussetzung für den Zugang zu einem Berufsfeld, der erfolgreiche Abschluss eines Studiums bzw. einer Berufsausbildung dient indes unmittelbar dem Berufszugang. Nach dem Gesetz ist es zudem auch bei einer völligen beruflichen Neuorientierung möglich, die entstandenen Kosten für eine zweite Ausbildung vollumfänglich abzuziehen.²⁶ Dann besteht aber qualitativ kein Unterschied zur erstmaligen beruflichen Orientierung. Indessen hat der Gesetzgeber im Rahmen einer typisierenden Betrachtungsweise einen gewissen Spielraum. Er durfte daher generalisierend vom Regelfall ausgehen, dass die erstmalige Ausbildung anders als eine Fortbildung noch in keinem ausreichenden Veranlassungszusammenhang mit einer zukünftigen konkreten Berufstätigkeit steht²⁷ und musste nicht alle vorstellbaren Sonderfälle regeln.²⁸ Anders erscheint dies insoweit, als die Ausbildung im Rahmen eines Dienstverhältnisses stattfindet (§ 12 Nr. 5 Hs. 2 EStG).²⁹ Der Gesetzgeber hat daher realitätsgerecht typisiert, sodass ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ausfällt.³⁰

Für Studenten, die bisher trotz § 12 Nr. 5 EStG versucht haben, ihre Studiengebühren und weitere studienbezogene Kosten als Werbungskosten geltend zu machen und als Verluste nach § 10d Abs. 1 EStG vortragen zu lassen, und die nicht über eine vorherige Ausbildung verfügen, ergibt sich zudem auch ein prozessuales Problem. Bisher konnte deren Einspruch gegen den den Werbungskostenabzug ablehnenden Bescheid u.U. auf die beim BFH anhängigen Verfahren gestützt werden (vgl. § 363 Abs. 2 S. 2 AO). Die Besteuerungs-

¹⁵ Gleiches gilt gem. § 12 Nr. 5 EStG für Ausbildungen im Rahmen eines Dienstverhältnisses. Diese zweite Ausnahme erscheint vor dem Hintergrund des Leistungsfähigkeitsprinzips allerdings verfassungsrechtlich problematisch, vgl. *Lang*, *StuW* 2007, 3, 12, insb. Fn. 114.

¹⁶ BFHE 214, 250.

¹⁷ BFH, Urt. v. 18.06.2009 – VI R 14/07, Rn. 21.

¹⁸ BFH, Urt. v. 18.06.2009 – VI R 14/07, Rn. 24 f.

¹⁹ BFH, Urt. v. 18.06.2009 – VI R 14/07, Rn. 27.

²⁰ Vgl. BVerfGE 105, 73, 125; BVerfGE 107, 27, 46 f.; BVerfGE 116, 164, 180; BVerfGE 117, 1, 30; BVerfG, *NJW* 2009, 48, 49 f.

²¹ Vgl. BVerfGE 78, 214, 226 f.; BVerfGE 84, 348, 359; BVerfG, *NJW* 2009, 48, 50.

²² St. Rspr., vgl. BVerfGE 84, 348, 359; BVerfGE 113, 167, 236; BVerfG *NJW* 2009, 48, 50.

²³ BVerfG, *NJW* 2009, 48, 50.

²⁴ BFHE 214, 250, 252.

²⁵ Das zeigt nicht zuletzt das Studium der Rechtswissenschaften, das den Zugang zu ganz unterschiedlichen Berufsfeldern eröffnet. Anders ist dies möglicherweise z.B. bei Lehramtsstudenten. Insoweit ebenso *Krumm*, *JuS* 2004, 740, 741; *Morsch/Becker*, *DStR* 2004, 73, 75.

²⁶ Der BFH differenzierte in seiner früheren Rspr., vgl. BFHE 168, 144, 146; BFH, *DStRE* 1997, 235.

²⁷ a.A. *Krumm*, *JuS* 2004, 740, 742: Es soll i.d.R. eine Vermutung für den Veranlassungszusammenhang streiten.

²⁸ Etwa Grad des Praxisbezugs des Studiums oder Berufsaussichten. Siehe hierzu *Morsch/Becker*, *DStR* 2004, 73, 75 mit Hinweis auf weitere Kriterien, die zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen.

²⁹ Vgl. zu solch einem Sachverhalt BFHE 142, 258.

³⁰ Str., a.A. *Lang*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 2), § 9 Rn. 267, der eine Durchbrechung des Nettoprinzips für ungerechtfertigt hält, weil die Gesetzesänderung rein fiskalisch motiviert sei. Siehe ibd. auch zu beachtlichen steuerpolitischen Erwägungen; *Drenseck*, *DStR* 2004, 1766, 1772: „[wird] die verfassungsrechtliche Hürde mit Sicherheit nicht nehmen“; *Lang*, *StuW* 2007, 12 f.

verfahren ruhen insoweit. Mit dem Urteil des Senats kann diesen Einsprüchen jedoch nicht abgeholfen werden. Somit bleibt dem Einzelnen nach erfolglosem Vorverfahren zunächst grundsätzlich nur die Anfechtungsklage (vgl. §§ 40 Abs. 1 Alt. 1, 44 FGO), denn letzte Klarheit vermag hier nur eine Entscheidung des BVerfG zu bringen.³¹ Einsprüche, denen nach der Entscheidung des BFH nicht abgeholfen werden kann, können durch Allgemeinverfügung abgewiesen werden

(§ 367 Abs. 2b AO).

Dr. Karsten Gaede, Hamburg*

Rechtsmissbrauchsvorsorge durch präkludierende Fristsetzungen im strafprozessualen Beweisantragsrecht

Eine Besprechung der Neufassung der sog. Fristenlösung zum Beweisantragsrecht durch den 5. Strafsenat.¹

A. Einführung – Vom strengen gesetzlichen Beweisantragsrecht hin zur Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen

I. Die gesetzliche Ausgestaltung des Beweisantragsrechts

Das Beweisantragsrecht ist in der strafprozessualen Hauptverhandlung *einerseits* als entscheidendes Teilhaberecht insbesondere der Verteidigung fest verankert. Mit diesem Recht wird der Verteidigung über die Aufklärungspflicht des § 244 II StPO hinaus, die von der Beweisantizipation des Gerichts abhängig ist, die selbstbestimmte Mitwirkung an der Wahrheitsfindung ermöglicht.² *Andererseits* ist das Beweisantragsrecht in den Augen vieler Justizjuristen praktisch vor allem eine Bedrohung der sinnvollen und möglichst zügigen Verfahrensdurchführung, die mit der Sachleitungsbefugnis in die Hände des Gerichts gelegt ist.³ Oftmals, so die weitverbreitete Meinung und durchaus nicht stets zu leugnende Praxis, dienen Beweisanträge allein dazu, die Gerichte in Verfahrensabsprachen (vgl. nun § 257c StPO) zu treiben, die sie selbst nicht eingehen wollen.⁴

Auch in Kenntnis dieser gegenläufigen Perspektiven tritt das Gesetz bis zum heutigen Tage für eine starke Stellung des Beweisantragsrechts der Verteidigung ein. Dies erfolgt auch deshalb, weil das Gericht und die Staatsanwaltschaft die tatsächlich gebotene Verteidigung nur bedingt selbst einschätzen können und sollen.⁵ Der Gesetzgeber hat den Vorrang verwirklicht, indem er in § 244 III-IV StPO für die Zurückweisung von Beweisanträgen nur *eng umrissene Ablehnungsgründe* anerkannt hat. Dabei wird der Ablehnungsgrund der sog. Prozessverschleppungsabsicht (§ 244 III 2 6. Var. StPO) auch angesichts des mit ihm verbundenen Missbrauchsvorwurfs vorsichtig behandelt und an strenge Voraussetzungen gebunden.⁶ Damit kann das Beweisantragsrecht auch *nicht ausgehebelt* werden, indem Gericht und Staatsanwaltschaft gegenüber der Verteidigung vorschnell einen Missbrauchsvorwurf erheben. Vor allem aber hat der Gesetzgeber mit § 246 I StPO das *Verbot der Präklusion* ausgesprochen: Ein Beweisantrag darf nicht zurückgewiesen werden, weil er verspätet ist. Der Verteidiger darf gemäß § 246 I StPO über den Zeitpunkt eigenverantwortlich entscheiden, zu dem er Beweisanträge stellt.⁷ Die Verteidigung erfährt folglich durch die StPO eine gezielte Sonderbehandlung, die schon den Parteien des Zivilprozesses nicht mehr gewährt wird (vgl. nur §§ 282, 296 ZPO).

II. Die bisher leitende Grundsatzentscheidung des 1. Strafsenats

Diese Rechtslage ist in der Justiz erheblicher Kritik ausgesetzt. Sie hat Vorschläge zu einer Präklusionsregelung auch im Strafverfahren entwickelt.⁸ Diese Vorschläge haben bislang allerdings trotz angestrebter Gesetzgebungsverfahren nicht zu einer Änderung der Rechtslage geführt.⁹ Präklusionen finden jedoch gerade auch in der heutigen Richterschaft des BGH weiter großen Anklang. So zählt zum Beispiel der Vorsitzende des 5. Strafsenats, *Clemens Basdorf*, seit langem zu denjenigen Bundesrichtern, die sich erklärtermaßen für eine Begrenzung des Beweisantragsrechts zur Vermeidung missbräuchlichen Verteidigungsverhaltens einsetzen.¹⁰

Vor allem im letzten Jahr ist die Rechtsprechung nun selbst aktiv geworden, um trotz der geltenden Prozessgesetze den „Ausweg“ zu finden, den sie angesichts der von ihr jüngst oft

* Der Autor ist wissenschaftlicher Assistent und Habilitand an der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Vgl. das für BGHSt vorgesehene Urteil BGH 5 StR 263/08 vom 9. 7. 2009 = StV 2009, 581 = HRRS 2009 Nr. 717.

² Vgl. m.w.N. BGHSt 21, 118, 124; BGH, NSZ 1997, 504; *Fezer*, HRRS 2008, 457 f.; *Beulke/Ruhmannseder*, NSZ 2008, 300; *König*, StV 2009, 171, 172.

³ Vgl. für diese nur selten so klar ausgesprochene aber oft handlungsleitende Sicht der Dinge *Föhrig*, in: *Kleines Strafrichter-Brevier*, hrsg. von *Basdorf/Harms/Mosbacher*, 2008, S. 56: „mit nichts lässt sich ein Prozess nachhaltiger verschleppen als mit Beweisanträgen.“; zur Sachleitungsbefugnis des Gerichts, das auch die nötige Verfahrensbeschleunigung im Auge haben muss, vgl. *KK-Schneider*, StPO, 6. Aufl., 2008, § 238 Rn. 3 ff., 6.

⁴ Vgl. etwa die Berichte bei *Föhrig* (Fn. 3), S. 60 und *Basdorf*, StV 1995, 310, 311; siehe auch *Beulke*, FS Amelung, 2009, 543, 556.

⁵ Dazu nur *Beulke*, StV 2009, 554, 556 und *Ventzke*, HRRS 2005, 233; vgl. auch zu dem – in anderen Kontexten – vom BGH anerkannten „Kontrollverbot“ BGH 5 StR 495/00, Beschl. v. 5.4.2001; BGHSt 39, 310, 314.

⁶ Vgl. z.B. noch m.w.N. BGHSt 21, 118, 122 f.; RGSt 12, 335, 336; *Meyer-Goßner*, StPO, 52. Aufl., 2009, § 244 Rn. 67-69b.

⁷ Zur Freistellung des Antragszeitpunktes vgl. nur RGSt 12, 335 f.; BGHSt 21, 118, 123 f.; *Strate*, StV 1990, 392 f.; *Wohlers*, StV 1997, 570, 571 f.; *Duttge*, JZ 2005, 1012, 1015; *Eidam*, JZ 2009, 318, 320.

⁸ Siehe etwa den in der Folge wichtigen *Regelungsvorschlag* bei *Basdorf*, StV 1997, 488, 490.

⁹ Zu den entsprechenden mehrfach gescheiterten Initiativen vgl. etwa *Duttge*, JZ 2005, 1012, 1015; *Beulke*, FS Amelung (2009), S. 543, 556; *Jahn*, StV 2009, 663, 667. Siehe auch BGH, NSZ-RR 2009, 21: Es ist bewusst keine Änderung des § 246 I StPO erfolgt.

¹⁰ Vgl. die beiden Abhandlungen *Basdorf*, StV 1997, 488 ff.; *ders.*, 1995, 310 ff., in denen sich *Basdorf* zu einem „Faible für Präklusionen“ bekennt.

artikulierten zunehmenden Misere übereifriger bis missbräuchlicher Verteidigung offensichtlich für unausweichlich hält.¹¹ Nachdem der 1. Strafsenat schon 2007 in einem *obiter dictum* eine „Ankündigungsentscheidung“¹² getroffen hatte, traf er am 23. September 2008 eine Grundsatzentscheidung. Zur „Straffung der Verfahrensführung“ (zur Wahrung des Beschleunigungsgebots) folgte er aus der Sachleitungsbefugnis des Gerichts (§ 238 I StPO), dass die Tatgerichte den Verfahrensbeteiligten und damit insbesondere der Verteidigung eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen setzen dürfen.¹³ Dem soll § 246 I StPO nicht entgegenstehen, weil die Versäumung der gesetzten Frist *nur ein Indiz* für den Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht darstelle. Beweisanträge müssten vom Gericht weiter angenommen und geprüft werden. Daher seien sie nicht präkludiert. Das Indiz der Verspätung kann und muss der Antragsteller nach dieser Rechtsprechung sodann ausräumen, indem er die Gründe für die verspätete Antragstellung „nachvollziehbar und substantiiert“ darlegt. Verfristete Hilfsbeweisanträge sollen nunmehr auch im Urteil wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden können, wenn das Gericht hierauf zuvor hingewiesen hat.¹⁴

Mit dieser sog. Fristenlösung soll dem Beweisantragsrecht sein „Schrecken“ als Drohgebärde vor allem in sog. Umfangsverfahren genommen werden. Die Tatgerichte sollen im Hinblick auf Abspracheverhandlungen nicht mehr durch eine schier unbegrenzte Antragstellung „erpressbar“ sein. Wann aber darf das Gericht zu dieser disziplinierenden Fristsetzung greifen? Die Grundsatzentscheidung des 1. Strafsenats hält sich dazu eher bedeckt. Offenbar besteht die Befugnis zur Fristsetzung erst dann, „wenn die vom Gericht nach dem Maßstab der Aufklärungspflicht ... für geboten gehaltene Beweiserhebung abgeschlossen ist“.¹⁵ Die Fristsetzung soll „bei Verfahren, die bereits seit längerem andauern, insbesondere solchen mit einer Hauptverhandlung, die mindestens zehn Verhandlungstage umfasst ..., regelmäßig ... angezeigt sein“. Der Senat „empfiehlt“, „den Grund der Anordnung und die Angemessenheit der Frist in gebotem Umfang zu begründen.“ *Welcher* Grund für die Fristsetzung vorliegen *muss*, verrät der Senat indes noch nicht.¹⁶ Allenfalls ließe sich der Senat so verstehen, dass schon das Erreichen des zehnten Hauptverhandlungstages und damit ein fortgeschrittenes Prozessstadium Grund genug ist. Zur Art und Weise der Fristsetzung fordert der Senat die Protokollierung gemäß § 273 III 1 StPO. Der Antragsteller ist auf die mögliche Ablehnung verfristeter Anträge wegen Verschleppungsabsicht hinzuweisen. Weiter sind die Antragsteller darauf hinzuweisen, dass sie die Gründe für eine Antragstellung nach Fristablauf substantiiert darlegen müssen.

B. Die Präzisierung und Einschränkung durch den 5. Strafsenat

Die Rechtsprechung des 1. Strafsenats, der sich bislang allein der 3. Strafsenat angeschlossen hatte,¹⁷ wurde im Schrifttum fast ausnahmslos scharf zurückgewiesen.¹⁸ Da die Kritik an der sog. Fristenlösung auch aus den Reihen der Justiz kam,¹⁹ war die weitere Entwicklung innerhalb des BGH mit Spannung zu erwarten. Nun hat sich der 5. Strafsenat anhand eines Hamburger Falles in die Diskussion eingeschaltet und in verschiedenen Facetten der Fristsetzung neue Akzente gesetzt:

I. Die Fallkonstellation der zweiten Grundsatzentscheidung

Der Senat hatte nicht, wie man es vermeinen konnte, einen Fall zu entscheiden, in dem ein Beweisantrag nach einer entsprechenden Fristsetzung wegen Prozessverschleppungsabsicht abgelehnt worden wäre. Vielmehr hatte der Senat insbesondere darüber zu befinden, ob ein vor allem gegen den Vorsitzenden Richter erhobenes Befangenheitsgesuch zu Recht oder zu Unrecht verworfen worden ist (§ 338 Nr. 3 StPO).²⁰ In diesem Verfahren verfuhr der Vorsitzende Richter unter Berufung auf die nicht tragenden Ausführungen der „Ankündigungsentscheidung“ des 1. Strafsenats wie folgt: Zunächst trennte er das Verfahren gegen einen nunmehr geständigen Mitangeklagten in der Hauptverhandlung vom 9. Juli 2007 ab. Sodann setzte er der Verteidigung an eben diesem 9. Juli 2007, dem 9. Verhandlungstag, eine Frist für die Stellung von Beweisanträgen bis zum 10. Juli 2007 10 Uhr, also dem Folgetag. An den vorausgegangenen Sitzungstagen vom 2. und 3. Juli 2007 waren die Verfahrensbeteiligten darauf hingewiesen worden, nach Vernehmung zweier noch zu hörender Zeugen sei „gegebenenfalls damit zu rechnen, dass die Schlussanträge zu halten sein“ würden. Der Verteidiger erblickte darin nicht nur einen „alltäglichen Rechtsfehler“, sondern eine objektiv willkürliche Missachtung des Rechts des Angeklagten auf sachgerechte Verteidigung. Er stellte deshalb das später abgelehnte Befangenheitsgesuch. Für die Angeklagten habe der Schluss nahe gelegen, das Gericht wolle unter Preisgabe elementarer Verteidigungsrechte so rasch wie möglich zur Verurteilung kommen. Dies gelte vor allem auch deshalb, weil durch die kurz zuvor eingetretene Verständigung mit dem (früheren) Mitangeklagten eine grundlegende neue Prozesssituation eingetreten sei.

II. Die Entscheidung des Senats

Der Senat hat die Rüge der fehlerhaften Besetzung des Gerichts – allerdings mit erheblicher Kritik am Tatrichter – ver-

¹¹ Vollständige Auflistung entsprechender „Verwarnentscheidungen“ bei *Ventzke*, FS Fezer, 2008, S. 477 ff. und *Pfister*, StV 2009, 550, 551 ff.

¹² BGHSt 51, 333, 345; dazu schon abl. *Beulke/Ruhmannseder*, NStZ 2008, 300, 302; *Beulke*, FS Amelung 2009, S. 543, 554 ff.; *Tepperwien*, FS Widmaier, 2008, S. 583, 588 ff.; *SK-Frister*, 57. Lfg., 2008, § 244 Rn. 178; vgl. zuvor schon 2005 zum Hamburger „Zantop-Verfahren“ die Entscheidung des 5. Strafsenats BGH, NJW 2005, 2466 m. abl. Anm. *Duttge*, JZ 2005, 1012 und *Ventzke*, HRRS 2005, 233.

¹³ Dazu und zum Folgenden BGHSt 52, 355 ff. unter Berufung auf BGH, NStZ 1990, 350, 351 und BGHSt 51, 333, 345.

¹⁴ Zu diesem hier nicht näher behandelten Aspekt vgl. nur treffend abl. *König*, StV 2009, 171, 173.

¹⁵ Vgl. jeweils BGH, NJW 2009, 605 ff.; vgl. auch BGHSt 51, 333, 346.

¹⁶ Krit. deshalb z.B. schon *König*, StV 2009, 171 f.; *Gaede*, NJW 2009, 608. Offen bleibt auch BGH, HRRS 2009 Nr. 810, dort wird kein Grund für die Fristsetzung gefordert.

¹⁷ BGH, NStZ 2007, 716.

¹⁸ *Fezer*, HRRS 2009, 17; *Gaede*, NJW 2009, 608; *Eidam*, JZ 2009, 318; *König*, StV 2009, 171; *Jahn*, StV 2009, 663, 667 ff.; schon *Tepperwien*, FS Widmaier, 2008, S. 583, 588 ff.; *Beulke/Ruhmannseder*, NStZ 2008, 300, 302; zust. aber *Mosbacher*, NStZ-Sonderheft Miebach 2009, 20, 24, der sich auf den Bad Saarower Tagen aus anderen Gründen jedoch wieder von der Fristenlösung nach Art des 1. Strafsenats distanziert hat.

¹⁹ Vgl. die Vorsitzende Richterin des 4. Strafsenats *Tepperwien*, FS Widmaier, 2008, S. 583, 588 ff.; *Meyer-Goßner* (Fn. 6), § 244 Rn. 69b; siehe auch *KK-Fischer* (Fn. 3), § 244 Rn. 113.

²⁰ Vgl. zum Folgenden BGH, HRRS 2009 Nr. 717.

worfen. Dies folgte im Wesentlichen aus dem Grundsatz, dass aus einem – hier vom Senat angenommenen – irrtümlichen Rechtsfehler noch kein Ablehnungsgrund zu folgern sei, solange dieser nicht abwegig oder willkürlich erscheine.²¹ In unserem Kontext sind allein die folgenden Ausführungen zur Fristsetzung von Bedeutung, die der Senat im Rahmen der Verwerfung der Befangenheitsrüge getroffen hat:

Der 5. Strafsenat hat sich prinzipiell der Fristenlösung des 1. Strafsenats angeschlossen, weil § 246 I StPO wegen der *lediglich indiziell* präkludierenden Wirkung der Fristversäumnis nicht verletzt sei.²² Deutlich benennt er, welchem Zweck die Fristsetzung dient: Beweisanträge *sollen* „unter erleichterten Voraussetzungen“ wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden können. Die Fristsetzung „sucht den dysfunktionalen Einsatz des Beweisantragsrechts zur Prozessverschleppung zu verhindern und schafft in den Gerichten zustehender Erweiterung und Änderung bisheriger Rechtsprechung zu dem entsprechenden Ablehnungsgrund des § 244 III 2, § 245 III 3 StPO einen Weg zu sachgerechter Vorbereitung leichter Ablehnung grundlos spät gestellter Beweisanträge.“

Bemerkenswerterweise räumt der 5. Strafsenat aber nun selbst ein, dass die Fristsetzung „im Spannungsfeld zur grundlegenden Bedeutung des Beweisantragsrechts für eine effektive aktive Verteidigung und zum *Fehlen einer gesetzlichen Präklusionsregelung* für die Stellung von Beweisanträgen“ liegt. Deshalb soll es sich von selbst verstehen, „dass die so entwickelte Verfahrensweise *vorsichtiger und zurückhaltender Handhabung* bedarf.“ Von einer regelmäßigen Fristsetzung ab dem 10. Hauptverhandlungstag ist damit nicht mehr die Rede!

Auch die Prämissen der Fristsetzung benennt der 5. Strafsenat sodann deutlicher als der 1. Strafsenat: Die Fristsetzung „wird regelmäßig erst nach zehn Hauptverhandlungstagen ... und nicht vor Erledigung des gerichtlichen Beweisprogramms in Betracht zu ziehen sein.“²³ Während dies noch unschwer mit der Entscheidung des 1. Senats in Übereinstimmung zu bringen ist, führt der Senat dann aber weiter aus: „Zudem wird Anlass für die in Frage stehende *Fristsetzung überhaupt nur bei bestimmten Anzeichen für Verschleppungsabsicht im bisherigen Verteidigungsverhalten gegeben sein*, die vom Vorsitzenden im Zusammenhang mit der entsprechenden Anordnung ausdrücklich zu bezeichnen sind.“²⁴ In der Auseinandersetzung mit der im Fall „eklatant“ zu kurzen Frist unterstreicht der Senat, dass die gesetzte Frist *angemessen* sein müsse.

Damit hat der Senat deutlicher als der 1. Strafsenat für den Regelfall die Schranken des zehnten Verhandlungstages und des abgearbeiteten gerichtlichen Beweisprogramms aufgestellt. Er hat die Angemessenheit der Fristsetzung betont und – anders als der 1. Strafsenat – als *zu bezeichnenden* Grund für die Fristsetzung eine Art *begründeten Verdacht des bevorstehenden Rechtsmissbrauchs* („einen *berechtigten* Verdacht von Prozessverschleppung“) gefordert. Es hat demnach den Anschein, als habe der 5. Strafsenat die Fristenlösung des 1. Strafsenats eingeschränkt,²⁵ da ihm eine lediglich fortgeschrittenere Prozessdauer offenbar nicht als Grund für die Fristsetzung genügt.

C. Kritische Würdigung der neuen Leitentscheidung

I. Verteidigungsrechte unter dem Vorbehalt des Missbrauchsverdachts

Auch wenn die Fristsetzung damit im Ansatz um eine Voraussetzung ergänzt wurde und die Bedeutung der angemessenen

senen Frist betont wurde, kann ihr nicht zugestimmt werden. Sie gibt ein weiteres Beispiel für die Fehlentwicklung, die Inanspruchnahme von Verteidigungsrechten schon im Fall des *Verdachts auf Missbrauch* vorsorglich zu verwehren oder zu erschweren.²⁶ Die Rechtsprechung will vermuteten Missbräuchen von vornherein „das Wasser abgraben“. Für das Beweis-antragsrecht stellt diese Entwicklung eine besondere Gefahr dar: Die weitgehend in Beurteilungsspielräume des Gerichts gestellte Fristsetzung wirkt gegenüber der Verteidigung in der Hauptverhandlung schon durch ihre mögliche Inaussichtstellung als gewichtiges Druckmittel.²⁷ Wird die vom 5. Strafsenat nun explizit an den vorhandenen Missbrauchsverdacht gekoppelte Frist in einem Verfahren tatsächlich gesetzt, wird die betroffene Verteidigung konkludent oder ausdrücklich *getadelt*. Sie wird als sog. Konfliktverteidigung ein- und zugleich abgestuft. Mit den dann geltenden neuen Bedingungen für die Ablehnung von Beweisanträgen, die einzig und allein auf eine erleichterte Antragsablehnung abzielen, tritt eine Verfahrenszäsur zulasten der Verteidigung ein.

II. Die Marginalisierung des § 246 I StPO

Diese Verfahrenszäsur ist schon mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren, denn sie verstößt gegen § 246 I StPO. Die Fristsetzung und das gerichtlich initiierte Indiz der Fristversäumnis zielen genau auf das ab, was § 246 I StPO untersagt.²⁸ Beweiserhebungen gerade *wegen* eines *zu spät* gestellten Antrages ablehnen zu können.²⁹ Die Fristsetzung ist erklärtermaßen modelliert, um den „verspäteten Beweisantrag“ als Verdikt über den Antrag entgegen der gesetzlichen Norm doch zu einem Begriff der StPO zu machen. Der Verweis darauf, dass die Verfristung nur ein Indiz bei der Prüfung der Verschleppungsabsicht sei und der Antrag damit *nicht nur* wegen der Verspätung abgelehnt werden soll, entkräftet diesen

²¹ Vgl. z.B. schon BGHSt 48, 4, 8; *Meyer-Göfner* (Fn. 6), § 24 Rn. 14 ff. Diese prinzipiell nachvollziehbare Rechtsprechung dürfte indes allgemein zu weit verstanden werden, und erscheint auch im hiesigen Fall angesichts des Gesamtkontextes der Entscheidung überdehnt, vgl. zur all zu strengen Prüfung der Besorgnis der Befangenheit auch m.w.N. *Duttge*, NSZ 2003, 375 f.; *Gaede*, HRRS 2005, 319, 327 f. Dies gilt auch deshalb, weil es sich bei dem Vorsitzenden Richter um einen ehemaligen wissenschaftlichen Mitarbeiter des 5. Strafsenats handelte. Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser für die Fristsetzung nicht entscheidenden Frage soll hier indes unterbleiben.

²² Dazu und zum folgenden jeweils BGH HRRS 2009 Nr. 717 mit kursiv gesetzten Hervorhebungen des Autors.

²³ Mit verblüffender Ähnlichkeit zu dem *Regelungsvorschlag Basdorfs* in StV 1997, 488, 490.

²⁴ Mit Verweis auf § 273 III StPO und auf BGHSt 52, 355, 363, wo eine solche Voraussetzung indes nicht wirklich steht; ähnlich aber schon interpretierbar BGH, NSZ 2007, 716.

²⁵ Zu bemerken ist freilich, dass der 5. Strafsenat im Kontext der Befangenheitsrüge aufscheinen lässt, dass er wohl auch eher allgemeinere und mehrdeutige Indizien für eine „überschießend offensive Verteidigung“ als „berechtigten Verschleppungsverdacht“ genügen lassen könnte.

²⁶ BGH, HRRS 2009 Nr. 717: „dysfunktionalen Einsatz des Beweisantragsrechts ... verhindern“; ein weiteres Beispiel ist die Widerspruchslösung, die praktisch vermutete „Revisionsmissbräuche“ verhindern will, vgl. BGHSt 52, 38, 40 f.; 50, 272, 274 f.; 38, 214, 225 f.; vgl. auch Fn. 38.

²⁷ Siehe auch *König*, StV 2009, 171, 173: „Damoklesschwert“; vgl. so schon *Gaede*, NJW 2009, 608. Vgl. auch schon im Rahmen der Entpflichtung *Seier*, Hirsch-FS, 1999, S. 977, 989; *Gaede*, JR 2004, 342, 343 ff.

²⁸ *KK-Fischer* (Fn. 3), § 244 Rn. 113; *Fezer*, HRRS 2009, 17, 18; *König*, StV 2009, 171 f.: es gibt keine fristbezogenen verspäteten Anträge. Ohne überzeugende Begründung nun aber aA BVerfG, HRRS 2009 Nr. 1116 m. abl. Anm. *Duttge*, HRRS 1/2010.

²⁹ Vgl. nur einräumend BGH HRRS 2009 Nr. 717, wenn er schreibt: Die Fristsetzung „schafft ... einen Weg zu sachgerechter Vorbereitung leichter Ablehnung grundlos spät gestellter Beweisanträge.“

Vorwurf mitnichten: *Erstens* wird die mit Konsequenzen beherrschte Frist in der Praxis nahezu stets als echte Ausschlussfrist wirken, die das Verteidigungsverhalten prägt (vgl. auch IV.), und damit mindestens als materielle Präklusion zu bewerten sein.³⁰ *Zweitens* trägt nun tatsächlich schon die schiere Fristversäumnis die Verschleppungsabsicht, wenn das Gericht die – hier praktisch doppelt verwertete – *Verfristung des Antrages* nicht als „substantiiert und nachvollziehbar“ erklärt ansieht oder der Verteidiger sich der geforderten Einblicknahme in seine Verteidigungsstrategie verweigert.³¹ *Drittens* gibt der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht vor dem Hintergrund des § 246 I StPO gar keine Grundlage dafür, das „Indiz“ der „verspäteten Antragstellung“ gleichsam flächendeckend zu bestellen. Er trägt als exzeptionelles Missbrauchsverbot keine Praxis, die eine fallentscheidende allgemeine „Prozessverschleppungsvermutung“ aufstellt und damit praktisch die „Beweislast“ für die Prozessverschleppungsabsicht umkehrt.³² Dass diese Vermutung das Ablehnungsrisiko im Vergleich zur früher erforderlichen akribischen *Einzelfallbegründung* des Indizes einer späten Antragstellung transparenter macht, legitimiert die mit ihr bewirkte Vorverlegung der Verschleppungsabsicht nicht. Folgte man der Fristsetzungsrechtsprechung, käme vielmehr dem expliziten Präklusionsverbot des § 246 I StPO *in der Prozessrealität kein eigener Anwendungsbereich* mehr zu. Denn seine marginalisierte Restbedeutung, „verspätete Anträge“ noch prüfen zu müssen, ließe sich auch ohne ihn längst schon der Aufklärungspflicht des § 244 II StPO entnehmen. Das Beweisantragsrecht soll aber – so die Grundentscheidung des Gesetzgebers – gerade nicht in der Aufklärungspflicht aufgehen.³³

III. Der Gesetzgebungsvorbehalt

Selbst *wenn* kein Verstoß gegen § 246 I StPO vorläge, so wäre *allein* der Gesetzgeber berufen, die materielle Präklusion durch die „leichter zu erlangende Verschleppungsabsicht“ zu regeln.³⁴ Das zeigt schon der Blick auf die aufzustellenden Voraussetzungen und Rechtsregeln wie die Hinweispflichten, die mittlerweile eine „kleine Strafprozessordnung“³⁵ füllen. Sie werden noch durch viele Regelungen zu Folgefragen zu ergänzen sein.³⁶ Die aufzustellenden Voraussetzungen und Rechtsregeln zeigen, dass einige Senate des BGH ein neues Rechtsinstitut geschaffen haben. Dieses Rechtsinstitut, das sich weder auf die Sachleitungsbefugnis,³⁷ noch auf den primär als Angeklagtenrecht zu begreifenden sog. Beschleunigungsgrundsatz³⁸ stützen lässt, bedeutet vielmehr einen *fehlenden § 246a StPO*, der den Kritikern des § 246 I StPO bislang trotz der vorhandenen Gesetzgebungsinitiativen stets verweigert worden ist.

IV. Gewichtige Verteidigungseinschränkung durch verteidigungsverformende Darlegungspflichten

Ein letzter und besonders erheblicher Kritikpunkt bleibt aufzugreifen. Die kreative Rechtsprechung schafft abermals neue Darlegungspflichten für die Verteidiger.³⁹ Und diese Pflichten sind nicht nur neu! Sie behindern auch die Aufgabe des Verteidigers, den Angeklagten konkret und wirksam und damit unter Ausschöpfung bzw. Prüfung aller legalen Optionen zu verteidigen, weil sie ihm Optionen entziehen, die ihm das Gesetz einräumt.⁴⁰ Auch dies darf nicht – wie man in Diskussionen mit Richtern des BGH vernehmen kann – als nebulöse Befürchtung abgetan werden. Der Verteidiger hat

hier nicht mehr nur – wie es bei der früheren Rechtsprechung der Fall war – die Gelegenheit zu selbstverteidigenden Darlegungen,⁴¹ *wenn* ein Gericht *im Einzelfall* die Überzeugung gewonnenen hat, ein Antrag sei nur zur Prozessverschleppung gestellt. Der Verteidiger unterliegt vielmehr nach der Zäsur der Fristsetzung bei *jeder Antragstellung* einem allgemeinen *rechtser schwerenden Rechtfertigungszwang*. Dieser Zwang verändert die Verteidigung mehr als nur im Einzelfall nach den (Zeit-)Vorgaben des Gerichts, gerade weil der Verteidiger diesem Zwang zur Offenbarung seiner Taktik entgegen will und zugunsten des Mandanten auch entgegen muss.⁴² Ein Verteidiger kann nicht ernsthaft dem Gericht erklären müssen, wie er *eben dieses Gericht* geschickt für den Angeklagten einzunehmen sucht. Die Konsequenzen der Fristversäumnis (Rechtfertigungspflicht, drohende Antragsablehnung) muss und wird der seriöse Verteidiger unweigerlich *ex ante* in seine Überlegungen einbeziehen. Seine *Verteidigungstaktik wird sich entsprechend ändern (müssen)*. Zum Beispiel einen Zeugen, über dessen Glaubwürdigkeit er sich selbst noch nicht sicher ist und den er deshalb zurückhält, müsste er etwa schon früh unter Inkaufnahme etwaiger Nachteile benennen,⁴³ wenn er nicht andere Gründe für eine späte Antragstellung letztlich – im Konflikt mit dem Lügeverbot –

³⁰ Vgl. schon Gaede, NJW 2009, 608; zust. z.B. Beulke, StV 2009, 554, 556; Eidam, JZ 2009, 318, 319; Meyer-Goßner (Fn. 6), § 244 Rn. 69b. Vgl. auch noch ehrlicher BGHSt 51, 333, 346: *signifikantes Indiz!*

³¹ Vgl. auch Fezer, HRRS 2009, 17, 18; König, StV 2009, 171, 173: allein die mit dem Gesetz vereinbare Verweigerung zu einer Begründung ausreichend; Eidam, JZ 2009, 318, 320; noch explizit anders BGH, NStZ 1986, 371: auch dann keine Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht, wenn der Antragsteller die Motive der „späten“ Antragstellung nicht erläutert!

³² Vgl. abl. schon Gaede, NJW 2009, 608; zust. Meyer-Goßner (Fn. 6), § 244 Rn. 69b; siehe auch Eidam, JZ 2009, 318, 319: zirkuläre Rechtfertigung; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 426 ff.

³³ Vgl. abermals BGHSt 21, 118, 124; Fezer, HRRS 2008, 457 f.

³⁴ Wie hier auch KK-Fischer (Fn. 3), § 244 Rn. 113; Beulke/Ruhmannseder, NStZ 2008, 300, 302; Beulke, StV 2009, 554, 555 f.; Fezer, HRRS 2009, 17, 18 f.; Eidam, JZ 2009, 318, 320; Jahn, StV 2009, 663, 668 f.; König, StV 2009, 171, 172 f.; Meyer-Goßner (Fn. 6), § 244 Rn. 69b. Auch Basdorf, StV 1997, 488, 490 unterbreitete 1997 nur einen nicht deklaratorischen Regelungsvorschlag!

³⁵ Begriff entlehnt von Beulke, StV 2009, 554, 556; siehe auch ähnlich Fischer, im Diskussionsbericht des 2. Karlsruher Strafrechtsdialogs, Hrsg. v. Nack/Jahn (2009), im Erscheinen; Ventzke spricht von einer „Nebenverfahrensordnung“.

³⁶ Vgl. Beispiele für Folgefragen bei König, StV 2009, 171, 173 und Beulke, StV 2009, 554, 556.

³⁷ Dagegen schon Fezer, HRRS 2009, 17, 18; Gaede, NJW 2009, 608. Die Ausführungen sollen hier nicht unnötig wiederholt werden.

³⁸ Vgl. zur Scheinargumentation über die Beschleunigung schon m.w.N. Fezer, FS Widmaier, 2008, S. 177 ff.; Beulke, StV 2009, 554, 556; Gaede, HRRS-Festgabe Fezer, 2008, S. 21, 42 f.; Eidam, JZ 2009, 318, 320; Michalke, StV 2008, 228, 229 f.; siehe auch treffend Tepperwien, NStZ 2009, 1, 5 ff.

³⁹ Vgl. neben der Widerspruchslösung (Fn. 26) z.B. auch die Entscheidungen BGH, HRRS 2009 Nr. 646; 2007 Nr. 299; 2005 Nr. 411; BGH, NStZ 2009, 171, 173; NStZ 2003, 381, 382. Zur Rechtfertigungsbedürftigkeit solcher Pflichten anhand von Art. 6 EMRK Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 517 ff., 775 ff.

⁴⁰ Tepperwien, FS Widmaier, 2008, S. 583, 589 f.; Gaede, NJW 2009, 608; Beulke, StV 2009, 554, 556; König, StV 2009, 171, 172; Jahn, StV 2009, 663, 668: Konflikt mit *nemo tenetur*; zum Begriff der konkreten und wirksamen Verteidigung vgl. Gaede (Fn. 39), S. 574 ff., 858 ff., 895 ff., auch 103 ff.

⁴¹ Vgl. zur bislang gebotenen Gelegenheit zur Entkräftung BGHSt 22, 124 f.; BGH, NStZ 1986, 372; 1998, 207; Meyer-Goßner (Fn. 6), § 244 Rn. 44a.

⁴² Vgl. auch abl. König, StV 2009, 171, 172; Gaede, NJW 2009, 608.

⁴³ Vgl. König, StV 2009, 171, 172.

erfinden will. Dies macht eine gänzlich andere Qualität der postulierten Darlegungspflichten aus. Sie machen es entgegen § 246 I StPO und im Widerspruch zum Recht auf ein faires Strafverfahren weitgehend unmöglich, die Beweisaufnahme auch taktisch so mitzugestalten, dass Beweise ihre *aus Sicht der Verteidigung* optimale Wirkung entfalten können.⁴⁴

Die eintretende Verteidigungsbeschränkung fällt zudem besonders erheblich aus, weil keine gesetzlichen oder auch nur richterrechtlichen Maßstäbe vorliegen, die dem redlichen aber ratlosen Verteidiger anstelle des klaren § 246 I StPO vorhersehbar erläutern, wann ein verfristeter Antrag denn nun „substantiiert und nachvollziehbar“ begründet ist.⁴⁵ Der Verteidiger muss *contra legem* richterliche Vorstellungen mit hohem Risiko für den Angeklagten antizipieren. Die früher auch in der Rechtsprechung anerkannte Vorsicht vor dem disziplinierenden und in der Nähe der Strafvereitelung liegenden Missbrauchsvorwurf wird so über Bord geworfen.⁴⁶ Wo früher ein Gesetz die Verteidigung berechtigte, hat sie heute nur noch die vage Chance, dem ehrenrührigen und tatverdachtsbegründenden Verdikt der Verschleppungsabsicht im Einzelfall über eine Gesamtabwägung doch noch zu entgehen. Die Erkenntnis des EGMR, dass gerade die Verteidigung bestimmter Regelungen bedarf, um frei von willkürlichen Eingriffen ihre stets als unbequem empfundene Aufgabe erfüllen zu können, wird zu einem ganz entscheidenden „Parteierecht“ verkannt.⁴⁷

D. Ausblick – die praktische Durchsetzbarkeit der Kritik

Liegt in diesen Einwänden gegen die Fristsetzung nur eine notorisch anmutende „Lehrkritik“,⁴⁸ die angesichts der aktuellen Rechtsprechung keine praktische Bedeutung mehr entfalten kann? Bezieht man sich zunächst vor allem auf den BGH, so ist immerhin festzuhalten, dass der 2. und der 4. Strafsenat des BGH der Fristenlösung noch nicht zugestimmt haben.⁴⁹ Es liegt Rechtsprechung des BGH vor, die § 246 I StPO das Verbot entnommen hat, den Verfahrensbeteiligten einen Zeitpunkt für die Stellung von Beweisanträgen vorzuschreiben.⁵⁰ Auch der präklusionsgeneigte 5. Strafsenat hat zur *Handhabung* der Fristenlösung Vorsicht angekündigt. Es ist daher in der Praxis nicht davon auszugehen, dass Rügen gegen eine Fristsetzung und/oder eine anschließende Antragsablehnung wegen Verschleppungsabsicht chancenlos sein müssen. In Anknüpfung an die zum Teil einschränkende Entscheidung des 5. Strafsenats ist zum Beispiel denkbar, dass ein etwaiger „Kompromiss“ des Großen Senats zu einer Verschärfung der Voraussetzungen für die Fristsetzung führen könnte. Die Senate dürften mindestens bereit sein, übertriebene Darlegungsanforderungen der Tatgerichte zurückzuweisen. Unter Umständen könnte die Rechtsprechung der Verteidigung zur Abmilderung der Problematik die – allerdings unzureichende – Befugnis zubilligen, nähere Angaben zum Schutz ihrer Verteidigungsinterna (vor allem ihrer Strategie) in Anlehnung an die Grundsätze zu § 55 StPO oder zur Entpflichtung bei gestörten Vertrauensverhältnissen zu verweigern.⁵¹

Vor allem muss sich der Blick aber auch auf das Verfassungsrecht und mittelbar auf das BVerfG und den EGMR richten. Gegen die hier besprochene Entscheidung des 5. Strafsenats wurde bereits eine Verfassungsbeschwerde erhoben.⁵² Ihr sind unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf ein faires Strafverfahren und der verfassungsrechtlichen Grenzen

der richterlichen Rechtsfortbildung jedenfalls hinsichtlich ihrer Begründetheit ernsthafte Erfolgsaussichten zuzubilligen. Das BVerfG hat zwar in der Entscheidung zum Rügeverlust infolge einer nachträglichen Protokollberichtigung (sog. Rügeverkümmern) im Ergebnis eine nicht geringe Befugnis der Rechtsprechung zur Rechtsfortbildung auch im Strafverfahren anerkannt. Schon bei der sog. Rügeverkümmern hat aber nur eine Mehrheit des BVerfG den weiten Kurs des – auch zu dieser Rechtsfrage wortführenden – 1. Strafsenats mitgetragen.⁵³ Für die Senatsmehrheit war entscheidend, dass der BGH – nach ihrer Meinung – durch die Zulassung der sog. Rügeverkümmern nicht von einer erkennbaren „gesetzgeberischen Grundentscheidung“ abgewichen ist. Das hier nun betroffene Beweisantragsrecht ist im Vergleich zur sog. Rügeverkümmern (der Protokollberichtigung) aber viel dichter geregelt. Zudem birgt es angesichts seines Regelungsgegenstandes eine Reihe von Grundentscheidungen der Strafprozessordnung.⁵⁴ Die §§ 244 III, 245 ff. StPO sind unbestritten in besonderem Maße verfassungsrechtlich geprägt, da sie im deutschen Strafverfahren wesentlichen Anteil daran haben, das Menschenrecht auf ein faires Strafverfahren (Art. 6 EMRK bzw. Art. 2 I, 20 III GG) effektiv zu gewährleisten.⁵⁵ Indem Teile des BGH nun § 246 I StPO marginalisieren und die eng normierten Ablehnungsgründe gezielt zu „gesenkten Preisen“ an die Tatrichter abgeben wollen, missachten sie „gesetzgeberische Grundentscheidungen“. Sie zeigen damit den mangelnden Respekt vor dem Gesetz, den die Mehrheit des BVerfG zur Rügeverkümmern noch

⁴⁴ Für (weitere) Beispiele vgl. *König*, StV 2009, 171, 172; vgl. auch schon m.w.N. *Wohlers*, StV 1997, 570, 572: legitimes Interesse, über den – auch emotional bestmöglichen – Zeitpunkt der Antragstellung eigenverantwortlich entscheiden zu können; wie er etwa auch m.w.N. *Habetha/Trüg*, GA 2009, 406, 426; *Jahn*, StV 2009, 663, 668 f.

⁴⁵ Vgl. nur zur früheren und noch nicht allseits aufgegebenen Rechtsprechung BGHSt 21, 118, 123.

⁴⁶ Anders z.B. noch m.w.N. BGHSt 21, 118, 122 f.; RGSt 12, 335, 336. Vgl. nun aber BGH, HRRS 2009 Nr. 717: „Erweiterung“, „erleichterte Voraussetzungen“.

⁴⁷ Vgl. EGMR, Rep. 2000-VII, §§ 98 ff., vgl. *Gaede* (Fn. 39), S. 310 ff., 663 ff., 672 ff., 718 ff.

⁴⁸ Vgl. krit. zur Aufnahme wissenschaftlicher Kritik durch die Rechtsprechung statt vieler *Fezer*, HRRS 2009, 17, 18 f.; *ders.*, NSiZ 2009, 524, 525.

⁴⁹ Gegen eine Zustimmung des 4. Strafsenats deuten BGH, NSiZ-RR 2009, 21; *Tepperwien*, FS Widmaier, 2008, S. 583, 588 ff. Der Stellv. Vorsitzende des 2. Strafsenats, Prof. Dr. *Fischer* hat sich in Veranstaltungen mehrfach dahin ausgesprochen, dass § 246 I StPO verletzt sei.

⁵⁰ Vgl. – nicht tragend – BGH NSiZ 1986, 371; BGH StV 1990, 391; *KK-Fischer* (Fn. 3), § 244 Rn. 113, 180.

⁵¹ In diese Richtung *Schneider* (Fn. 35) im Diskussionsbericht: Anlehnung an § 55 StPO. Die „Lösung“ birgt große Risiken für den Angeklagten. Sie ist praktisch schwer vorstellbar. Gerichte könnten und dürften *gerade* bei Anträgen, die von einer „Verweigerung der Verteidigung“ betroffen sind, skeptisch werden und sich angestrengt fragen, ob sie mit dem betroffenen Beweis „übertölpelt“ werden sollen.

⁵² *Jahn*, StV 2009, 663, 668; vgl. nun aber nach Manuskriptschluss den Nichtannahmebeschluss BVerfG, HRRS 2009 Nr. 1116 m. abl. Anm. *Duttge*, HRRS 1/2010.

⁵³ Vgl. jeweils BVerfG, NJW 2009, 1469 ff. mit hinsichtlich des Minderheitenvotums positiver Bespr. *Rüthers*, NJW 2009, 1461 f.; *Möllers*, JZ 2009, 668 ff.; *Jahn*, JuS 2009, 564, 566; zur Problematik der Rügeverkümmern vgl. auch bereits m.w.N. krit. *Kudlich*, BLJ 2007, 125, 128 f.

⁵⁴ Vgl. auch *Tepperwien*, FS Widmaier, 2008, S. 583, 589 und zu § 246 I StPO treffend *Hamm/Hassemer/Pauly*, Beweisantragsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 138: Entscheidung des Strafverfahrensrechts zugunsten des Prinzips der größtmöglichen Annäherung an die „materielle Wahrheit“.

⁵⁵ Vgl. BVerfG, NJW 2001, 2245, 2246; m.w.N. *Habetha/Trüg*, GA 2009, 406, 409 f., 426; auch *Jahn*, StV 2009, Heft 11; zu Art. 6 EMRK im Überblick m.w.N. *Gaede* (Fn. 39), S. 319 ff., 613 ff., 628 f.

nicht festgestellt hatte.⁵⁶ Eine (partielle) Korrektur durch das Bundesverfassungsgericht oder den EGMR liegt daher bei aller erforderlichen Vorsicht für solche Prognosen nahe.

E. Zusammenfassung

Der 5. Strafsenat schreibt die Fristsetzungsrechtsprechung des BGH fort. Er befürwortet die Fristsetzung und gestaltet sie einschränkend explizit als vorbeugende Abwehr eines vermuteten bevorstehenden Rechtsmissbrauchs aus. Diese partielle Reformulierung der Fristenlösung beseitigt die bestehenden Einwände aber mitnichten. Sie bringt lediglich besser

auf den Punkt, dass die Rechtsprechung ein effektives „Gegengift“ schaffen will, mit dem sie schon vermeintlichen Rechtsmissbräuchen vorbeugend und großflächig entgegenzutreten kann. Diese Strategie aber verletzt das Gesetz. Sie beeinträchtigt auch die Verteidigung großflächig, der tatsächlich ein Missbrauchsvorwurf nicht berechtigt gemacht werden kann. ■

⁵⁶ Vgl. BVerfG, NJW 2009, 1469, 1470: Prüfung des Respekts vor gesetzgeberischen Grundentscheidungen.

Rechtsanwalt Dr. Nils Schramm *

Anforderungen an die arbeitsvertragliche Gestaltung von Freiwilligkeitsvorbehalten - Zugleich Besprechung von BAG, Urt. v. 18.03.2009, Az. 10 AZR 289/08 (NZA 2009, 535 ff.) -

A. Einleitung

Für Arbeitgeber ist es von besonderem Interesse, die arbeitsvertraglich vereinbarten Entgeltleistungen möglichst flexibel zu gestalten, um kurzfristig auf veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen reagieren zu können. Da eine Änderungskündigung zwecks Entgeltabsenkung in der Praxis regelmäßig ausscheidet,¹ haben andere arbeitsvertragliche Flexibilisierungsinstrumente – insbesondere Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte sowie die Befristung einzelner Vertragsbestimmungen – an Bedeutung gewonnen. Bei der arbeitsvertraglichen Gestaltung solcher Flexibilisierungsinstrumente sind seit dem 1. Januar 2002 – also nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes – die Vorgaben der AGB-Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB zu berücksichtigen. Während die Wirksamkeitsanforderungen an Widerrufsvorbehalte mittlerweile weitgehend geklärt sind, stellte sich noch bis vor Kurzem die Frage, welche Anforderungen an die zulässige Gestaltung von Freiwilligkeitsvorbehalten zu stellen sind. Einige aktuelle BAG-Entscheidungen – zuletzt das Urteil vom 18. März 2009 – haben insoweit für Rechtssicherheit gesorgt.

B. Die Entscheidung des BAG vom 18. März 2009

Der BAG-Entscheidung vom 18. März 2009 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger war bei der Beklagten, die eine Seespedition betreibt, als Leiter der Befrachtungsabteilung beschäftigt. Aufgrund einer Kündigung des Klägers endete das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 15. Oktober 2006. Die Jahresfestvergütung des Klägers betrug zuletzt € 55.000,00 brutto. Zudem erhielt der Kläger seit 1999 regelmäßig eine jährliche Sonderzahlung zwischen € 15.000,00 und € 30.000,00. Die Auszahlung dieser Sonderzahlung erfolgte nach Feststellung des Geschäftsergebnisses zwischen April und Juni des jeweiligen Folgejahres. Mit der Zahlung erhielt der Kläger regelmäßig ein Schreiben der Beklagten, in dem es beispielsweise wie folgt hieß:

„Wir freuen uns, Ihnen für das Jahr 2001 eine Sonderzahlung in Höhe von 25.500 Euro zukommen zu lassen. Die Auszahlung erfolgt mit dem Gehalt für April 2002. Die Zahlung ist einmalig und schließt zukünftige Ansprüche aus. Wir danken Ihnen für Ihre bisherige Arbeit und wünschen Ihnen weiterhin viel Erfolg in unserem Hause.“

Für das Jahr 2006 erhielt der Kläger keine Sonderzahlung, obwohl das Geschäftsergebnis der Beklagten nicht schlechter

als im Vorjahr ausfiel. Andere, nicht ausgeschiedene Mitarbeiter der Beklagten erhielten hingegen auch im Jahr 2007 die Sonderzahlung für 2006.

Der Kläger war der Auffassung, dass ihm eine anteilige Jahressonderzahlung auch für das Jahr 2006 zustehe, da es sich hierbei um einen Lohnbestandteil handele, der nicht wirksam unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden könne. Er sei daher berechtigt, die Zahlung der Sonderzahlung aufgrund einer betrieblichen Übung zu verlangen. Die Beklagte lehnte dies ab, da auch niemals zuvor Mitarbeiter, die vor dem Auszahlungszeitpunkt ausgeschieden sind, die Sonderzahlung erhalten hätten.

Das BAG hat festgestellt, dass dem Kläger ein Anspruch auf Auszahlung der Sonderzahlung 2006 nicht zusteht. Ein solcher Anspruch ergibt sich insbesondere nicht aus einer betrieblichen Übung, weil der in den jährlichen Schreiben enthaltene Freiwilligkeitsvorbehalt wirksam ist und damit das Entstehen einer betrieblichen Übung verhindert. Die Klausel hält sowohl einer Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB als auch einer Angemessenheitskontrolle nach § 307 II Nr. 1 BGB stand. Ein Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB scheidet bereits deshalb aus, weil sich diese Regelung allein auf solche Vereinbarungen bezieht, die dem Arbeitgeber das Recht einräumen, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen. Bei einem Freiwilligkeitsvorbehalt, der einen Rechtsanspruch für die Zukunft ausdrücklich ausschließt, fehlt es indes schon an einer "versprochenen Leistung" i.S.v. § 308 Nr. 4 BGB.

Ebenso hält der Freiwilligkeitsvorbehalt einer AGB-Kontrolle gem. § 307 II Nr. 1 BGB stand. Danach ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine arbeitsvertragliche Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Zum einen weist das BAG darauf hin, dass gem. § 611 I BGB keine Verpflichtung

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP in Hamburg und Lehrbeauftragter an der Bucerius Law School.

¹ Vgl. zu den ausgesprochen strengen Anforderungen der BAG-Rechtsprechung an eine solche Änderungskündigung etwa BAG, NZA 2003, 147 ff.; BAG, NZA 2006, 587 ff.; hinsichtlich der Voraussetzungen einer außerordentlichen Änderungskündigung zur Gehaltsabsenkung vgl. BAG, NZA 2007, 1445 ff.; umfassend zu diesem Problemkreis Krois, ZfA 2009, 576 ff.

des Arbeitgebers besteht, zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt Sonderzahlungen zu leisten, wenn die Arbeitsvertragsparteien eine monatlich zu zahlende Vergütung vereinbart haben (vgl. § 614 S. 2 BGB). Zum anderen verweist das BAG auf die Regelung in § 4a I EFZG, wonach eine Vereinbarung über die Kürzung von Sonderzahlungen aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich zulässig ist. Eine solche Vereinbarung kann bei längerer Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben, dass der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf die Sonderzahlung hat. Demgegenüber verbietet es § 12 EFZG, den gesetzlichen Anspruch auf laufendes Arbeitsentgelt bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit abzubauen. Hieraus folgt – so der *Zehnte Senat* – dass der Gesetzgeber den Arbeitnehmer in Bezug auf Sonderzahlungen für weniger schutzwürdig ansieht als bei der Zahlung des laufenden Arbeitsentgelts. Klarstellend weist das BAG zudem darauf hin, dass die Wirksamkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts auch nicht von der Höhe der Sonderzahlung abhängt. Eine Abgrenzung nach Prozentsätzen der Jahresgesamtvergütung ist danach nicht gerechtfertigt. Schließlich konnte sich der Kläger auch nicht auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stützen, da die Beklagte ihre Pflicht zur Gleichbehandlung nicht verletzt hat. Sie hat nämlich im Jahre 2007 entschieden, nur solchen Mitarbeitern eine Sonderleistung zu zahlen, die zum Zeitpunkt der Feststellung des Jahresergebnisses für 2006 noch betriebsangehörig waren. Da der Kläger zu diesem Zeitpunkt nicht mehr dem Betrieb angehörte, hat die Beklagte nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen.

C. Praxisfolgen

I. Wirksamkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts in Bezug auf Sonderzahlungen; Abgrenzung zum laufenden Arbeitsentgelt

Mit seiner Entscheidung vom 18. März 2009 hat das BAG klargestellt, dass mit Hilfe eines Freiwilligkeitsvorbehalts eine betriebliche Übung und damit das Entstehen eines Anspruchs auf Sonderzahlungen wirksam verhindert werden kann. Der Arbeitgeber kann daher grundsätzlich einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine in Aussicht gestellte Sonderzahlung ausschließen und sich die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen gewähren will.² Ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt verstößt auch nicht gegen den allgemeinen Grundsatz *pacta sunt servanda*, weil es bereits an einer rechtsverbindlichen Zusage bezüglich der Sonderzahlung fehlt.

Diese Grundsätze gelten indes nur für solche Freiwilligkeitsvorbehalte, die sich auf Sonderzahlungen beziehen. Wie das BAG in seiner Entscheidung vom 25. April 2007 ausgeführt hat, sind diese Grundsätze nicht zu übertragen auf Freiwilligkeitsvorbehalte, die das laufende Arbeitsentgelt betreffen. Insofern schließt sich das BAG denjenigen Stimmen in der Literatur an, die Freiwilligkeitsvorbehalte in Bezug auf Hauptleistungspflichten generell für unwirksam halten.³ In dem der Entscheidung vom 25. April 2007 zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zusätzlich zum monatlichen Grundgehalt eine monatliche Leistungszulage von € 200,00 zugesagt. Das Begleitschreiben des Arbeitgebers enthielt folgenden Hinweis: „Die Zahlung erfolgt als freiwillige Leistung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht. Aus der Zahlung können für die Zukunft keinerlei

Rechte hergeleitet werden.“ Nachdem die Zahlung ohne weitere Begründung eingestellt wurde, machte der Arbeitnehmer geltend, dass der Arbeitgeber zur weiteren Zahlung der Zulagen verpflichtet sei. In diesem Fall gab das BAG dem Arbeitnehmer Recht: Der Freiwilligkeitsvorbehalt stellt gem. § 307 I BGB eine unangemessene Benachteiligung dar. Der Ausschluss des Rechtsanspruchs in Bezug auf das laufende Arbeitsentgelt widerspreche nämlich dem Zweck des Arbeitsvertrages, weil dadurch die synallagmatische Verknüpfung der Leistungen beider Vertragsparteien aufgelöst wird. Die Möglichkeit, die zugesagte Zahlung grundlos und ohne jegliche Erklärung einzustellen, beeinträchtigt die Interessen des Arbeitnehmers grundlegend.⁴

Bei der arbeitsvertraglichen Gestaltung von Freiwilligkeitsvorbehalten ist daher sorgfältig zu prüfen, ob es sich bei der in Aussicht gestellten Leistung tatsächlich um eine Sonderzahlung bzw. Sondervergütung oder um laufendes Arbeitsentgelt handelt. In § 4a EFZG wird der Begriff der Sondervergütung dahingehend definiert, dass es sich um eine Leistung handelt, „die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt.“ Diese Legaldefinition lässt indes weiterhin die Frage offen, ob damit nur jährliche Einmalzahlungen gemeint sind oder davon auch laufende Zusatzleistungen zum Arbeitsentgelt erfasst sind. Nicht ausreichend ist es jedenfalls, wenn der Arbeitgeber die zusätzliche Leistung lediglich als „Sonderleistung“ bezeichnet.⁵ Regelmäßig wird eine Sondervergütung dann anzunehmen sein, wenn sie aus einem bestimmten Anlass (z.B. Jubiläum, Weihnachten) oder nur einmal jährlich geleistet wird.⁶ Allerdings räumt auch das BAG ein, dass eine allgemein gültige Abgrenzung zwischen laufendem Entgelt und einer Sonderzahlung nicht möglich ist.⁷ Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich aus Vorsichtsgründen, grundsätzlich nur solche Leistungen einem Freiwilligkeitsvorbehalt zu unterstellen, die in der Regel nur einmal jährlich vom Arbeitgeber erbracht werden (insbesondere 13. Gehalt, Weihnachts- und Urlaubsgeld, Jahresbonus).⁸ Ansonsten kommt es auf den Zweck der Sonderleistung grundsätzlich nicht an;⁹ Freiwilligkeitsvorbehalte sollen daher auch dann statthaft sein, wenn die Sonderleistung dazu dient, die während des Bezugszeitraums geleistete Arbeit zu vergüten.¹⁰ Es stößt schließlich auch auf keine Bedenken, wenn sich der Freiwilligkeitsvorbehalt zugleich auf mehrere Einmalzahlungen erstreckt. So hat das BAG in einer Entscheidung vom 21. Januar 2009¹¹ folgenden Freiwilligkeitsvorbehalt in Bezug auf die Gewährung eines Weihnachtsgeldes für wirk-

² Vgl. dazu auch BAG, NZA 2009, 310, 311.

³ Preis, in: Festschrift 50 Jahre BAG, 2004, S. 123, 143; Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar², 2006, § 611 BGB Rn. 509.

⁴ BAG, NZA 2007, 853, 854.

⁵ BAG, NZA 2008, 1173, 1178.

⁶ BAG, NZA 2008, 1173, 1178.

⁷ BAG, NZA 2008, 1173, 1178.

⁸ In der Praxis wird der Begriff indes uneinheitlich verwendet, so dass Preis insoweit zu Recht von einem „schillernden Begriff“ spricht, vgl. NJW 1996, 3369, 3376.

⁹ Vgl. jedoch die Besonderheiten bei verhaltens- oder leistungsbezogenen Sondervergütungen unter C. III.

¹⁰ BAG, NJW 2008, 3592 ff.; a.A. Preis, in: Dieterich/Müller-Glöge (Hrsg.), Erfurter Kommentar², 2009, §§ 305-310 BGB Rn. 71; Schramm, NZA 2007, 1325 ff.

¹¹ BAG, NZA 2009, 310 ff.

sam erachtet: „Die Gewährung sonstiger Leistungen (z.B. Weihnachts- und Urlaubsgeld, 13. Gehalt etc.) durch den Arbeitgeber erfolgt freiwillig und mit der Maßgabe, dass auch mit einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet wird.“ Die Verwendung einer solchen Klausel kann aus Transparenzgründen gleichwohl Fragen aufwerfen. Im Einzelfall kann nämlich zweifelhaft sein, ob eine „sonstige Leistung“, die nicht in der Beispielaufzählung aufgeführt ist, von dem Freiwilligkeitsvorbehalt erfasst wird. Da Zweifel bei der Auslegung gem. § 305c II BGB zu Lasten des Arbeitgebers gehen, empfiehlt es sich ausdrücklich klarzustellen, auf welche Sonderleistungen sich der Freiwilligkeitsvorbehalt beziehen soll.

II. Unterschiedliche Anforderungen an die arbeitsvertragliche Gestaltung von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten

In der Praxis werden Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte in Arbeitsverträgen nicht selten miteinander vermengt,¹² da es – vordergründig betrachtet – keinen Unterschied macht, ob ein Vergütungsbestandteil mittels eines Freiwilligkeits- oder eines Widerrufsvorbehalts flexibilisiert wird. Gleichwohl besteht zwischen diesen beiden Flexibilisierungsinstrumenten ein maßgeblicher Unterschied: Im Gegensatz zum Freiwilligkeitsvorbehalt entsteht beim Widerrufsvorbehalt zunächst ein Anspruch des Arbeitnehmers auf die zugesagte Leistung, den der Arbeitgeber erst durch eine entsprechende Widerrufserklärung wieder beseitigen muss.¹³ Demgegenüber genügt beim Freiwilligkeitsvorbehalt bereits ein bloßes Unterlassen des Arbeitgebers – nämlich die Einstellung der Leistung – mit der Folge, dass die Arbeitnehmer künftig keine weiteren Zuwendungen erhalten. Da aber ein Widerruf auch konkludent erklärt werden kann, sind die Unterschiede zwischen einem Freiwilligkeits- und einem Widerrufsvorbehalt oftmals kaum wahrnehmbar, so dass insoweit von einer nur „hauchdünnen rechtskonstruktiven Differenzierung“¹⁴ gesprochen wird.

Die Wirksamkeit eines arbeitsvertraglichen Widerrufsvorbehalts setzt voraus, dass der Widerruf der Leistung nur bei Vorliegen sachlicher Gründe erfolgen darf, was aus Gründen der Transparenz im Arbeitsvertrag ausdrücklich geregelt werden muss.¹⁵ Noch nicht abschließend geklärt ist indes die Frage, wie konkret dieser sachliche Grund in der Widerrufsklausel anzugeben ist.¹⁶ Darüber hinaus kann ein Arbeitgeber einen Vergütungsbestandteil grundsätzlich nur insoweit widerrufen, als dieser nicht mehr als 25 % der Gesamtvergütung ausmacht und der Tariflohn damit nicht unterschritten wird.¹⁷ Bei Vergütungsbestandteilen, die nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen (z.B. Fahrkostenzuschuss), soll eine Widerrufbarkeit bis zu einer Grenze von 30 % zulässig sein.¹⁸ Um die Kontrollmaßstäbe für diese beiden Flexibilisierungsinstrumente zu harmonisieren, wird im Schrifttum teilweise gefordert, dass auch beim Freiwilligkeitsvorbehalt ein sachlicher Grund für die Einstellung der Leistung im Arbeitsvertrag angegeben werden müsse.¹⁹ Zudem wird vertreten, dass auch nur höchstens 25% bzw. 30% der Gesamtvergütung unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden dürften.²⁰ Das BAG folgt dieser Sicht der Dinge hingegen nicht.²¹ Dies ist auch konsequent, da das Erfordernis der Angabe eines sachlichen Grundes dem Charakter der Freiwilligkeit widerspräche. Ist die Einstellung der Leistung an das Vorliegen bestimmter Gründe gebunden, ist der Arbeitgeber

in seiner Entscheidung nicht mehr „frei“. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt ist deshalb begrifflich nur denkbar, wenn der Arbeitgeber – unter Berücksichtigung des Willkürverbots und des Gleichbehandlungsgrundsatzes – auch ohne das Vorliegen eines sachlichen Grundes über die Fortsetzung der Leistung frei entscheiden kann. Schließlich soll auch die 25%-Grenze bei Freiwilligkeitsvorbehalten keine Berücksichtigung finden. Es sei nämlich auch aus Sicht des Arbeitnehmers nicht interessengerecht, wenn es dem Arbeitgeber rechtlich nicht mehr möglich wäre, Sonderzahlungen ab einer bestimmten Höhe unter einem Freiwilligkeitsvorbehalt zu gewähren; die Folge wäre, dass er solche Leistungen nicht oder mit Blick auf eine „drohende“ betriebliche Übung höchstens nur noch zweimal erbringen würde.²²

III. Hinweise zur Vertragsgestaltung

Bei der Vertragsgestaltung eines Freiwilligkeitsvorbehalts ist darauf zu achten, dass in der Klausel klargestellt wird, dass der Arbeitgeber nicht nur freiwillig leistet, sondern auch einen Rechtsanspruch für die Zukunft ausschließt. Erschöpft sich hingegen die arbeitsvertragliche Klausel in dem bloßen Hinweis, dass der Arbeitgeber die Leistung freiwillig gewährt, wird dadurch ein Rechtsanspruch nicht vornherein ausgeschlossen. Durch einen solchen Hinweis werde – so das BAG – lediglich zum Ausdruck gebracht, dass es sich hierbei um eine gesetzlich, tarifvertraglich oder betriebsverfassungsrechtlich nicht vorgesehene, zusätzliche Leistung des Arbeitgebers handelt.²³ Sofern die Sonderleistung im Arbeitsvertrag wirksam unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt ist, muss dieser Vorbehalt im Übrigen nicht vor jeder Gewährung erneut wiederholt werden.²⁴

Schließlich werden in Arbeitsverträgen Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalt nicht selten vermengt (Beispiel: Die Gewährung der Jahressonderzahlung ist freiwillig und jederzeit widerruflich.). Eine solche Formulierung ist widersprüchlich, weil beim Freiwilligkeitsvorbehalt kein Anspruch entsteht, der durch einen Widerruf beseitigt werden könnte. Insofern gehen Auslegungszweifel bei Formularverträgen zu Lasten des Arbeitgebers (Unklarheitenregel, § 305c II BGB) mit der Folge, dass der Freiwilligkeitsvorbehalt ersatzlos

¹² Zu den damit verbundenen Folgen vgl. C. III.

¹³ BAG, NZA 2005, 465 ff.; Strick, NZA 2005, 723, 724; Hanau, in: Richardi (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht², 2000, § 14 Rn. 80.

¹⁴ Strick, NZA 2005, 723, 725; Schrader/Müller, RdA 2007, 145, 146; Preis/Lindemann, NZA 2006, 632, 636.

¹⁵ BAG, NZA 2005, 465; Preis, in: ErfK (Fn. 10), §§ 305-310 BGB Rn. 57 ff.; Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 3), § 611 BGB Rn. 512.

¹⁶ Vgl. dazu Willemsen/Grau, NZA 2005, 1137, 1138 ff., die hinsichtlich der Gewichtigkeit einfache sachliche Gründe für ausreichend erachten und in Bezug auf die erforderliche Konkretisierung empfehlen, „ein möglichst dichtes Klauselwerk unter Ausführung aller aus ex-ante-Sicht in Betracht kommenden Widerrufsgründe zu schaffen“ (a.a.O., 1140).

¹⁷ BAG, NZA 2005, 465 ff.; vgl. Hohenstatt/Schramm, NZA 2007, 238 ff.

¹⁸ BAG, NZA 2007, 87 ff.

¹⁹ Preis/Lindemann, NZA 2006, 632, 636; Preis, NZA Beil. 3/2006, 115, 121; Schoof, in: Kittner/Zwanziger (Hrsg.), Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis⁴, 2007, § 53 Rn. 12.

²⁰ Bayreuther, BB 2009, 102, 103 f.

²¹ BAG, NJW 2008, 3592, 3594; BAG, NZA 2009, 535, 536; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2007, Rn. 268 (S. 106); Hanau/Hromadka, NZA 2005, 73, 75.

²² BAG, NZA 2009, 535, 537.

²³ BAG, NZA 1993, 67, 68; BAG, NZA 2006, 746, 748.

²⁴ BAG, NJW 2008, 3592, 3596.

wegfällt und der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Sonderzahlung erlangt. Eine Umdeutung in einen Widerrufsvorbehalt liefe auf eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion hinaus.²⁵

Bei der Vertragsgestaltung ist des Weiteren darauf zu achten, dass nicht aufgrund anderer Formulierungen im Arbeitsvertrag der Eindruck entsteht, dem Arbeitnehmer stünde ein Anspruch auf die „freiwillige“ Leistung zu. In einer Entscheidung vom 24.10.2007²⁶ hatte sich das BAG mit folgendem Freiwilligkeitsvorbehalt zu befassen: *„Darüber hinaus erhalten Sie einen gewinn- und leistungsabhängigen Bonus, der im ersten Jahr Ihrer Betriebszugehörigkeit EUR 7.700,- nicht unterschreiten wird [...]. Die Zahlung des Bonus erfolgt in jedem Falle freiwillig und begründet keinen Rechtsanspruch für die Zukunft. Der Anspruch auf Zahlung eines Bonus entfällt, wenn Sie am 1. April des Auszahlungsjahres nicht mehr in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis mit unserem Hause stehen.“* Nach Auffassung des BAG ist ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt gem. § 307 I 2 BGB unwirksam, weil diese Regelung zu den übrigen Bestimmungen in Widerspruch steht. Mit der Formulierung *„Darüber hinaus erhalten Sie einen gewinn- und leistungsabhängigen Bonus [...]“* wurde eine Verpflichtung zur Bonuszahlung begründet. Außerdem ist in dem Arbeitsvertrag ausdrücklich die Rede davon, dass *„der Anspruch auf Zahlung eines Bonus“* entfällt, wenn der Arbeitnehmer zu einem bestimmten Stichtag nicht mehr in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht. Ebenso widersprüchlich ist es, wenn die Voraussetzungen und die Höhe der „freiwilligen“ Sonderleistung präzise im Arbeitsvertrag formuliert werden. Dies gilt insbesondere in Bezug auf Vergütungselemente, die gezielt das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers steuern sollen.²⁷ Performance-Boni, Tantieme oder Provisionen können daher in der Regel nicht mittels eines Freiwilligkeitsvorbehalts flexibilisiert werden.

Wie bereits unter C. II. dargestellt, bedarf es schließlich keiner Präzisierung dahingehend, aus welchen Gründen der Freiwilligkeitsvorbehalt vom Arbeitgeber ausgeübt werden kann.²⁸ Darüber hinaus ist der Arbeitgeber frei darin zu ent-

scheiden, in welcher Höhe er eine Sonderzahlung unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt stellt; die sog. 25%-Grenze ist insoweit nicht zu berücksichtigen. Ebenso wenig muss der Arbeitgeber zuvor – etwa zu Beginn des maßgeblichen Bezugszeitraums – ankündigen, dass er keine Sonderzahlung mehr leisten will.²⁹ Der Arbeitgeber ist daher bis zur Grenze der Willkür frei darüber zu entscheiden, ob er die Gewährung der Leistung fortsetzt oder einstellt.

D. Zusammenfassung

Im Vergleich zu einem Widerrufsvorbehalt gewährt die Verwendung eines Freiwilligkeitsvorbehalts grundsätzlich eine weitaus größere Flexibilität, da es für die Wirksamkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts weder auf den Umfang der freiwilligen Leistung noch auf die Angabe eines sachlichen Grundes ankommt. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt kann jedoch nur in Bezug auf Sonderleistungen zulässigerweise vereinbart werden. Leistungen, die zum laufenden Entgelt gehören, können daher nur mittels eines Widerrufsvorbehalts flexibilisiert werden. Bei der Vertragsgestaltung ist schließlich darauf zu achten, dass der Freiwilligkeitsvorbehalt einen ausdrücklichen Hinweis dahingehend enthält, dass die in Aussicht gestellte Sonderleistung freiwillig und ohne Einräumung eines Rechtsanspruchs erfolgt. Formulierungen oder sonstige Abmachungen, die hierzu im Widerspruch stehen, können aufgrund der Unklarheitenregel des § 305c II BGB dazu führen, dass der Freiwilligkeitsvorbehalt unwirksam ist und der Arbeitnehmer somit einen Anspruch auf Gewährung der Sonderleistung erlangt. ■

²⁵ BAG, NJW 2008, 3592, 3598, wobei es das BAG offen gelassen hat, ob bei solchen Klauseln, die in einem sog. „Alt-Arbeitsvertrag“ (Abschluss vor dem 1.1.2002) enthalten sind, eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht kommt.

²⁶ BAG, NZA 2008, 40 ff.

²⁷ BAG, NJW 3592, 3597.

²⁸ BAG, NZA 2009, 310 ff.; a.A. ErfK-Preis, in: ErfK (Fn. 10), §§ 305-310 BGB Rn. 70.

²⁹ BAG, NZA 2009, 310 ff.; a.A. Küttner/Griese, in: Küttner/Röller (Hrsg.), Personalbuch 2008¹⁵, Gratifikation Rn. 7.

■ International

Eliav Lieblich*

The Status of mercenaries in International Armed Conflict as a case of politicization Of International Humanitarian Law

A. Introduction

Legal norms, very often, are translations of common moral perceptions into legal language. Such a moral perception of mercenarism is indeed widespread: undoubtedly, while soldiers are commonly romanticized, mercenaries are broadly viewed as "abhorrent".¹ The same moral notion emerges nowadays regarding the increasing role of Private Security Contractors in many armed conflicts. However, it is doubtful whether International Humanitarian Law ("IHL") is the right platform for the expression of such moral views. It is one of the most basic premises of IHL, that policy considerations external to the narrow realm of the way armed conflict is conducted on the ground, do not affect the rights and duties

of parties. This article argues that in the way it addressed the issue of mercenarism, contemporary IHL has done just that; it injected political considerations into one of the core questions of IHL – who is entitled to the status of combatant.

As would be thoroughly detailed in part III, it was only in 1977, with the coming into being of the additional protocols to the Geneva Conventions, when mercenaries started to receive a different legal treatment than other participants in

* J.S.D. Candidate, Columbia Law School; LL.M. Columbia Law School 2009; LL.B., Hebrew University 2006. I would like to thank Prof. Gabor Rona and the students of the International Humanitarian Law seminar at Columbia Law School, spring 2009.

¹ In the words of the Irish representative to the U.N. See *infra*, note 54.

armed conflict. Article 47 of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 ("Additional Protocol" or "Additional Protocol I"), provides that mercenaries – as these are defined in that article – shall not have the right to be combatants nor prisoners of war. It is this article's argument that this change of the treatment of mercenaries was a result of the political atmosphere at the time, rather than of sound legal reasoning.

Of course, claims regarding the politicization of IHL have been commonly raised regarding Article 1(4) of Additional Protocol I.² However, while Article 1(4) *expands* the recognized rights (and obligations) of certain participants in armed conflict, the rule regarding mercenaries, in theory, *derogates* from rights, and therefore should be treated more carefully.

The article purports to demonstrate that the general unfavorable perception of mercenaries is rooted mostly in the world of *jus ad bellum* and issues of state-sovereignty; and that the relevant Additional Protocol provisions represent an unduly importation of these considerations into IHL. Thus, it suggests – as aforementioned – that the less favorable status afforded to mercenaries in the Additional Protocol is a product of an intense political climate, rather than a result of relevant legal considerations. A similar political climate evolves, nowadays, around the issue of private security contractors,³ ultimately leading to the same dangerous mix between IHL and politics, as before.

Essentially, the article argues that in order to justify the *per se* unfavorable status afforded to mercenaries in the realm of IHL, it is needed to prove that there is something in mercenarism which is *ipso facto* contradictory to the objectives IHL pursues – *even* if the mercenary adheres to the conditions for recognition of a combatant stipulated in Article 4(2) of The Third Geneva Convention of 1949 ("GCIII"). The concretization of this argument is found in the question underlying the article's analysis of the relevant material: did the drafters of the various legal measures consider whether mercenarism *in itself*, is so detrimental to the objectives of *jus in bello*, that it should be *per se* criminalized, or afforded less favorable treatment under IHL? It seems that the answer is no; the status of mercenaries in IHL was determined by considerations external to these objectives – mainly, through the diffusion of the polemics of the U.N. General Assembly's discourse into the Additional Protocol. Thus, the main focus of the article will be the various debates regarding mercenarism between the 1960s and early 1980s – a time when the IHL norm concerning mercenaries was established.

The article does not argue for the merits of mercenarism – on the contrary. However, its basic approach is that affording *less-favorable* treatment *supra* to certain groups – immoral or illegitimate as they may be – strictly on political grounds, is an extremely dangerous route, which could be expanded in the future to encompass other groups. Therefore, it is best that the international community draw a line between General Assembly partisanship and legal discussions taking place in norm-creating international bodies.

B. The Traditional Perceptions Regarding Mercenaries and 1949 Law

A mercenary, according to the common *non-legal* perception, is a person – and a soldier, in particular – who is willing to serve in any army, solely for the motive of personal gain.⁴

The phenomenon of mercenarism is deeply rooted in the history of warfare, and can be traced back to classical Greece and Rome.⁵ For centuries, mercenary armies were used extensively, as nation-states were yet to emerge and therefore regular armies were virtually non-existent.⁶ Mercenarism was abandoned gradually in the 19th century for the sake of "citizen armies," meaning, armies comprised in their entirety of the state's nationals.⁷ Mercenaries ceased to play an important role in the conduct of war, before reemerging in the 1960s during the process of decolonization in Africa.⁸

I. Traditional Approaches Regarding Mercenaries

General hostile attitudes towards mercenarism are deeply rooted,⁹ and could be traced back to classical writers. Aristotle warned of the use of mercenaries since "the general who is in command of them often ends in becoming a tyrant."¹⁰ Balthazar Ayala¹¹ has argued that "sovereigns should be urged to employ as soldiers in war natives rather than foreigners, for the latter serve for pay rather than glory." The premise of this approach was the fear that the sovereign will be unable to disband the foreign mercenaries at the end of hostilities.¹² Another claim was that those who are willing to fight in unjust wars, merely for pay, commit a "mortal sin."¹³ Grotius too objected to the practice of fighting with no regard to the merits of the cause, fearing the moral implications of participation in warfare as a form of livelihood.¹⁴ Yet another writer was concerned with mercenaries' lack of loyalty during battle.¹⁵ Machiavelli, also, believed that mercenaries would not be willing to give their life for the sake of the sovereign.¹⁶ The common ground for these objections to mercenarism is that they raise claims pertaining to interests of the sovereign, or to the moral character of one who agrees to participate in unjust war; they do not make assumptions, or express concerns, as to the *way* the mercenaries conduct hostilities – the focal point of IHL.

² Providing that international armed conflicts "include armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in the exercise of their right of self-determination . . ."

³ Sometimes these are referred to also as private *military* contractors.

⁴ Antonio Cassese, *Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals?*, 40 ZAÖRV 1, 1 (1980).

⁵ Sarah Percy, *Mercenaries: The History Of A Norm In International Relations I* (2007); Abdel-Fatau Musah & J. 'Kayode Fayemi, *Mercenaries: An African Security Dilemma* 5 (2000).

⁶ Cassese, *supra* note 4, at 1.

⁷ Deborah Avant, *From Mercenaries to Citizen Armies: Explaining Change in the Practice of War*, 54 INTERNATIONAL ORGANIZATION 41, 42 (2000).

⁸ For examples of mercenary activity in Africa in the 1960s and 1970s see Cassese, *supra* note 4, at 3–4; see generally Musah & Kayode Fayemi, *supra* note 5 (addressing mercenary activity in Africa in the 1990s).

⁹ Leslie C. Green, *Essays on the Modern Law of War* 175 (1985).

¹⁰ Aristotle, *The Politics* 111 (Benjamin Jowett trans., Indo-European Publishing 2009).

¹¹ A Spanish lawyer (b. 1548), who was referred to by Grotius as a "precursor" of his. See W.S.M. Knight, *Balthazar Ayala and His Work*, 3 J. COMP. LEGISLATION & INT'L L. 220 (1921) (describing the contributions of Ayala to international law).

¹² Balthazar Ayala, III DE Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari 188–189 (John Pawley Bate trans., Carnegie 1912) (1582), quoted in Green, *supra* note 9, at 176.

¹³ Green, *supra* note 9, at 176 (quoting Vitoria).

¹⁴ *Id.* at 176–177.

¹⁵ *Id.* at 178–179 (quoting Belli).

¹⁶ Percy, *supra* note 5 at 76.

Percy locates the origins of the unfavorable "norm" regarding mercenarism in the 12th century. The "dislike" of mercenaries on the basis of their motivation, she argues, had four different sources throughout the centuries: (a) an increasing distinction between "native" and "foreign" soldiers, including the attribution of negative characteristics to whomever is foreign; (b) the perception of just causes for war only as those determined as such by the Church and nobility – a perception which renders unattached mercenaries unable to have just cause. This perception is related to the fear from the undermining of the feudal social order by mercenaries;¹⁷ (c) a growing sense that fighting for one's own community strengthens its fabric, while the use of mercenaries damages it; and (d) the presumption that because of the mercenaries' detachment from any just cause, they are more likely to misbehave on the battlefield.¹⁸ However, such misbehavior can be manifested in wide plethora of conflicting ways – from excessive violence on one end of the spectrum to the lack of "bloodthirsty" motivation on the other.¹⁹ Percy concludes that these four notions regarding mercenaries are not necessarily connected to practical behavior on the field – the sole field of interest of IHL – but rather to perceptions of the morality of their mere occupation:

"The whole point about normative discomfort over the use of mercenaries is that it has frequently existed at the same time as the activities of mercenaries were not causing practical problems at all, or not guilty of the abuses of which they were accused."²⁰

This, according to Percy, was the background to the end of the wide-scale use of mercenaries in the 19th century,²¹ when nationalism – which in itself was perceived as a just cause – dictated that state organs should have a monopoly on power, and that soldiers who do not share the nationalistic cause will be ineffective in the battlefield.²² The modern nationalist dislike of mercenarism was, essentially, built upon – but deviated from – the earlier notions detailed above. Others claim that abandonment of mercenarism can be attributed to the development of neutrality law, which forced states to take responsibility for their citizens' actions abroad;²³ but none claimed that the cessation of mercenary use was based on their actual misconduct on the battlefield.²⁴

II. Mercenaries in the 1949 Geneva Conventions

Notwithstanding the traditional negative *notions* regarding mercenaries, it is widely accepted that the unfavorable treatment of mercenaries in contemporary *law* is only a product of recent decades. Indeed, the current rules of IHL regarding mercenaries are a relatively new development.²⁵ GCIII, regulating the treatment of prisoners of war, did not specifically address the legal status of mercenaries. Article 4 GCIII recognizes, as entitled to status of prisoners of war, members of "armed forces;" "members of militias or volunteer corps forming part of such forces;" as well as "[m]embers of other militias and of other volunteer corps, including those of organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict ...", provided that such groups fulfill the four conditions stipulated in Article 4(2).

Assuming that mercenary forces can "belong" to a party to an international conflict (without being completely absorbed by the party's armed forces, thereby rendering the distinction meaningless), they may be considered, under GCIII, as lawful

combatants, provided they meet the aforementioned four requirements. This approach does not attribute special importance to the mercenary's status *per se*, so as long as the mercenary conforms to norms of international humanitarian law. As late as 1976, the American understanding of the law reflected this approach:²⁶

"The general international practice appears to consider mercenaries in the same status as other combatants and therefore to be treated as such under the terms of the Geneva Conventions of 1949. This has certainly been American practice back to the Revolutionary War ... the act of being a mercenary is not a crime in international law."²⁷

Since non-international armed conflicts are not covered by GCIII, mercenaries taking part in internal strife were perceived as subject to the national law of the relevant state.²⁸ National law, naturally, will legitimize mercenary forces fighting on behalf of the government, and will accordingly criminalize mercenaries employed by the rebels.

GCIII's indifference towards mercenaries, notwithstanding the overall dislike of them in general, is not surprising. One of the basic tenets of IHL is the separation between the legality of the use of force and the practical application of force in the battlefield. The use of force can be completely illegal²⁹ or immoral, but the conduct of hostilities will be judged completely detached from this fact. This separation's rationale is both simple and compelling: in each and every armed conflict one party would have to be in breach of *jus ad bellum*; naturally, both parties will claim that the other is an aggressor.³⁰

¹⁷ *Id.* at 79.

¹⁸ *Id.* at 68.

¹⁹ Machiavelli, for instance, seems to argue that mercenaries are not credible as warriors due to their lack of bloodthirstiness. He actually claimed that battles involving mercenaries result in *less* casualties because of that. *See id.* at 76–77.

²⁰ *Id.* at 77. Interestingly, The Supreme Court of Israel recently expressed a comparable view, setting aside a law authorizing private prisons, holding that such prisons are *per se* unconstitutional since their mere existence violates the prisoners' right to dignity – *without* holding that privatized prisons are more likely to violate prisoners' rights *de facto*. *See* H.C. 2605/06, *Human Rights Division v. Minister of Finance*, (Nov. 19, 2009).

²¹ Percy, *supra* note 5 at. at 86.

²² *Id.* at 91.

²³ Janice E. Thomson, *Mercenaries, Pirates and Sovereigns: State-Building and Extra-Territorial Violence in Early Modern Europe* (1994).

²⁴ For more explanations on the decline of mercenarism see Percy, *supra* note 5, at 94–121.

²⁵ It should be noted, however, that already in Article 17 of Hague Convention V, 1907, indirectly dealt with mercenary activities' implications on neutrality. Notwithstanding the waiver of neutrality, individuals taking part in such activities were still entitled to the same protection as nationals of belligerent states. *See* Katherine Fallah, *Corporate Actors: the Legal Status of Mercenaries in Armed Conflict*, 88 *Int'l Rev. ICRC* 599, 603 (2006); *See also* Green, *supra* note 9, at 192.

²⁶ In the context of the U.S reaction to the Luanda Trial. *See infra* n.34.

²⁷ Department of State Bulletin 340–343 (1976), available at http://www.archive.org/stream/departmentofstata7576unit/departmentofstata7576unit_djvu.txt (testimony before the House by William E. Schauffele, Assistant Secretary of State for African Affairs).

²⁸ Cassese, *supra* note 4, at 5.

²⁹ Be it use of force unauthorized by the Security Council (or possibly force which is not for the sake of humanitarian intervention), or use of force which is not on the grounds of self-defense. *See* U.N. Charter arts. 2(4), 51 & Ch. VII.

³⁰ *See* I Marco Sassòli & Antoine A. Bouvier, *How Does Law Protect in War* 102 (2nd ed., 2006).

Thus, if application of IHL was contingent upon the justness of a respective party's cause, IHL would never be implemented altogether. The separation between *jus ad bellum* and *jus in bello* implies that whatever the *jus ad bellum* status of the conflict – or the belligerents' motivation – these considerations cannot, in any way, affect the *jus in bello* rights and obligations of the parties.³¹

C. The Development of the Status of Mercenarism by the U.N. In the 1960s – early 1980s

The following part surveys the process that led to the regulation of mercenarism in International Humanitarian Law. It is my opinion that when addressing this issue, it was incumbent upon the General Assembly to ask itself whether mercenarism – in itself and disconnected from any context – jeopardizes the objectives of *jus in bello* to such an extent that it is justifiable to criminalize it *per se*, or to afford mercenaries less-favorable treatment under IHL. As detailed below, it seems that the General Assembly did not even consider such a question.

I. The Question of Mercenaries under General Assembly Resolutions addressing Decolonization

Following the influx of mercenary activity in the 1960s, and in particular the use of mercenaries by ex-colonial powers to further their interests in the emerging African states, pressure was mounting from Africa, as well as from the Eastern bloc, to address this question internationally.³² As Green points out, it was only when white settlers started using mercenaries in Africa in the 1960s, that mercenarism started "to have sunk to the level of the supreme crime against mankind."³³ Indeed, and as detailed below, it seems that the renewed disapproval of mercenaries in the 1960s, is very much a result of the political climate – namely, the connection of mercenarism in Africa with racism – and not of a sudden recognition of the merits of a new IHL doctrine. A survey of the U.N. General Assembly discourse regarding mercenarism reveals just that.³⁴

In this context, Cassese argues that the emerging African states have had a complex set of interests. They sought to delegitimize mercenaries when used to hinder their peoples' right to self-determination;³⁵ moreover, they were concerned by the use of mercenaries by opposition groups that threatened their territorial integrity and sovereignty. However, they were also interested in retaining the freedom to employ mercenaries *themselves* in order to fortify their sovereignty. Therefore, a blanket-ban on mercenarism was not perceived as furthering their interests.³⁶

This approach was reflected in General Assembly Resolution 2395 of 1968, sponsored by 54 African, Asian and Middle Eastern states,³⁷ which dealt with the colonial wars undertaken by Portugal against nationalist movements in territories under its administration.³⁸ In the discussion leading to the adoption of the resolution, several African and Eastern Bloc states expressed concern over Portugal's use of mercenaries, and called upon member states to take action to stop recruitment and training of their nationals as mercenaries.³⁹ The General Assembly issued an urgent appeal to states to "take all measures to prevent the recruitment or training in their territories of any persons as mercenaries for the colonial war being waged in the Territories under Portuguese domination

and for violations of the territorial integrity and sovereignty of the independent African States [second emphasis added]."⁴⁰

By condemning the specific use of mercenaries by Portugal (as a colonial power), while emphasizing the overall discontent with their use against territorial integrity and sovereignty of African states generally (thereby entrenching their governments' position when facing internal rebellions), resolution 2395 reflected the interests of African states – as it stopped short from banning mercenarism *per se*, thus opening the door for African states to use mercenaries themselves.⁴¹

A slightly different approach was displayed in General Assembly Resolution 2465,⁴² proposed by the Eastern Bloc and Yemen. During 1968, the General Assembly's Special Committee on the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples ("the Declaration") held meetings to examine the progress of the Declaration's implementation.⁴³ During the discussions, many African and Eastern bloc states, as well as the Rapporteur of the Special Committee, maintained that the implementation of the Declaration by the colonial powers and their allies was unsatisfactory.⁴⁴

Following these discussions, a draft General Assembly resolution⁴⁵ was introduced by Somalia, supported by other Afri-

³¹ *Id.* at 103. See also Peter Kooijmans, *Is There a Change in Jus Ad Bellum and, if so, What Does it Mean for the Jus in Bello?*, in *Making The Voice of Humanity Heard* 225, 232 (Liesbeth Lijnzaad et al., eds. 2004); Christopher Greenwood, *Jus Ad Bellum and Jus In Bello In the Nuclear Weapons Advisory Opinion*, in *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons* 247, 263–264 (Laurence Boisson de Chazournes & Phillip Sands eds., 1999).

³² Cassese, *supra* note 4, at 1; Fallah, *supra* note 25, at 603.

³³ Green, *supra* note 9, at 193.

³⁴ It should be noted, that Security Council resolutions at that time did not deal with the legal status of mercenaries, but rather with their use as a violation of *jus ad bellum*. See *id.* 195–196.

³⁵ Such activities took place, *inter alia*, in Algeria (1956), the Congo (1960s), the Comoros Islands (beginning in the 1970s), Benin (1970s), Angola and Mozambique (1975). See Musah, *supra* note 5, at 6, 265; Cassese, *supra* note 4, at 3. Angola had therefore a strong political interest to criminalize mercenaries that operated in its territory. In 1976, the Angolan People's Revolutionary Tribunal of Luanda convicted 10 British and 3 American nationals for, *inter alia*, the crime of mercenarism *per se* which the Luanda Tribunal found to be based on international law. This finding by the Tribunal was (erroneously) based, *inter alia*, on "norms" found in non-binding U.N. General Assembly resolutions 2395, 2548, 2465 and 3103 which are addressed *infra*. See George H. Lockwood, *Report on the Trial of Mercenaries: Luanda*, 7 *Manitoba L. J.* 183, 195–196, 199 (1977). Simultaneously, and to support the Luanda trial, Angola hosted the "International Commission of Enquiry on Mercenaries" which declared that in international law, a mercenary participating in an armed suppression of self-determination is a criminal. See Green, *supra* note 9, at 200–201, 206; see also Cassese, *supra* note 4, at 14 (criticizing the Luanda trial).

³⁶ Cassese, *supra* note 4, at 8; Green, *supra* note 9, at 195.

³⁷ And notably not the USSR and other socialist states (except Yugoslavia).

³⁸ See 1968 U.N.Y.B. 791 (covering the various actions by U.N. organs regarding the question of territories under Portuguese administration) (hereinafter – *UNYB*).

³⁹ *Id.* at 796.

⁴⁰ G.A. Res. 2395 (XXIII) (Nov. 29, 1968). This resolution along with Resolutions 2465, 3548 and 3103, addressed *infra*, was used to justify the criminalization of mercenaries *per se* in the Luanda Trial. See *supra* n.35.

⁴¹ See Cassese, *supra* note 4, at 8.

⁴² G.A. Res. 2465 (XXIII) (Dec. 20, 1968).

⁴³ U.N.Y.B., *supra* note 38, at 702.

⁴⁴ *Id.* at 709–710.

⁴⁵ U.N. Doc. A/L.560 (XXIII) (Dec. 12, 1968); see also U.N. Doc. A/PV.17 49 (XXIII), 11.

can states, Afghanistan and Yemen. The draft resolution contained vehement condemnations of colonial activities and complicity with them, but did not address the issues of mercenarism.⁴⁶ In the debate regarding the draft resolution, the Soviet representative argued for the inclusion in the resolution of a prohibition on the use of mercenaries "for the oppression of national liberation movements and of movements of independence in general."⁴⁷ "Those professional murderers", he continued, "try to block the process of national liberation."⁴⁸ The USSR argued also that the resolution should include a call to states to criminalize recruitment and training of mercenaries on their territories, and to prohibit their citizens from entering into service as mercenaries "to be used subsequently in the fight against national liberation and independence movements."⁴⁹ An amendment reflecting this position was proposed by the Eastern bloc and Yemen, adding the following paragraph 8 to the draft resolution:

"[The General Assembly] [*declares*] that the practice of using mercenaries against movements for national liberation and independence is punishable as a criminal act and that the mercenaries themselves are outlaws, and calls upon Governments of all countries to enact legislation declaring the recruitment, financing and training of mercenaries in their territory to be a punishable offence and prohibiting their nationals from serving as mercenaries. [emphasis added]."

This draft resolution was accepted hastily by a vote of 87 to 7, with 17 abstentions – only a day after the amendment was introduced,⁵⁰ a fact that precluded any in-depth discussion of its novelty. Several states expressed reservations to the principle reflected in paragraph 8. The Italian representative agreed that states should prohibit the training of mercenaries, but noted that the designation of mercenaries as "outlaws" is unclear as "nobody ... can be outside the law." He further argued that the term "punishable as criminals [sic]" was vague, as it is unclear whether it criminalizes mercenarism in international law or only requires national criminalization.⁵¹ He complained that his delegation did not have enough time to consider the legal implications of the amendment, which involved a "delicate" legal matter.⁵² The Irish representative expressed also frustration with the speedy process; he claimed that while the use of mercenaries against movements for national liberation is indeed "abhorrent",⁵³ the definition of mercenaries as "outlaws" is contrary to Article VI of the Universal Declaration of Human Rights.⁵⁴ Belgium adopted a similar view.⁵⁵ The Greek representative argued that paragraph 8 is "out of context and has nothing to do with the granting of independence to colonial countries and peoples".⁵⁶

In General Assembly resolution 2548,⁵⁷ adopted the following year, a similar clause was included; however, in the subsequent resolution 2708 of 1970 the reference to mercenaries as "outlaws" was omitted. As a matter of fact, the resolution did not refer at all to the status of the mercenaries themselves, but only to the practice of "using" them.⁵⁸ Moreover, and unlike the previous resolutions, resolution 2708 referred explicitly to the use of mercenaries against liberation movements "in the colonial Territories". Both of the above differences in the text could very well be a consequence of the fact that the draft resolution was not proposed by Eastern bloc states, but mainly by African ones,⁵⁹ whom, as mentioned, had themselves an interest to make use of mercenaries and therefore did not wish to see a blanket prohibition on their use.

In 1971 the prohibition on mercenarism was narrowed down even more. In its 1971 resolution regarding the implementation of the Declaration,⁶⁰ the General Assembly did not address mercenarism at all. In fact, it ceased to address the question of mercenarism through its annual sessions regarding the implementation of the Declaration altogether,⁶¹ without any explanation – raising the reasonable assumption that the resolutions' wording was guided by political *quid-pro-quo* rather than by a sound and coherent normative discussion.

II. General Assembly Resolution 3103 Concerning the Status of Combatants Struggling for Self-Determination

The status of mercenaries was addressed again by the General Assembly in 1973, in resolution 3103 concerning "Basic Principles of the Legal Status of the Combatants Struggling Against Colonial and Alien Domination and Racist Regimes" (the "Status of Combatants Resolution").⁶² In addition to defining armed struggles against colonialism, racist regimes and alien domination as "international armed conflicts",⁶³ the resolution provided that any attempt to suppress the struggle against colonialism, alien domination and racist regimes is incompatible with the U.N. Charter,⁶⁴ and that accordingly, "the use of mercenaries by colonial and racist regimes against the national liberation movements struggling for their freedom . . . is considered to be a criminal act and the mercenaries should accordingly be punished as criminals".⁶⁵

It seems that resolution 3103 leapfrogged over a key distinction of international law: from the *jus ad bellum* illegality of the suppression of national liberation struggles, the resolution inferred a clear *jus in bellum* conclusion – that mercenaries participating in such actions are criminals *a priori*, regardless of their actual conduct during the armed conflict. During the debate regarding the resolution, the Rapporteur of the Sixth Committee connected the proposed resolution with the then

⁴⁶ U.N.Y.B., *supra* note 38, at 717.

⁴⁷ U.N. Doc. A/PV. 1749 (XXIII), 43.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.* at 44–45.

⁵⁰ However, it should be noted that the specific amendment regarding mercenarism was only accepted by 53 votes to 8, with 43 abstentions, a fact that illustrates its controversial nature. See U.N.Y.B., *supra* note 38, at 718.

⁵¹ U.N. Doc. A/PV. 1751 (XXIII) 71–72.

⁵² *Id.* at 71.

⁵³ *Id.* at 73–75.

⁵⁴ Providing that "everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law."

⁵⁵ A/PV. 1751 at 79–80.

⁵⁶ *Id.* at 78.

⁵⁷ G.A. Res. 2548 (XXIV) (Dec. 11, 1969).

⁵⁸ G.A. Res. 2708 (XXV), 8 (Dec. 14, 1970) ("*reiterates* that the practice of using mercenaries against national liberation movements in the colonial Territories constitutes a criminal act ..."). [emphasis added]. See also 1970 U.N.Y.B. 695.

⁵⁹ *Id.* at 696.

⁶⁰ G.A. Res. 2878 (XXVI) (Dec. 20, 1971), proposed, again, mainly by the African bloc and Yugoslavia. See 1971 U.N.Y.B. 520.

⁶¹ As there is no reference to mercenaries in G.A. Res. 2908 (XXVII) (Nov. 2, 1972); G.A. Res. 3163 (XXVIII) (Dec. 14, 1973); G.A. Res. 3328 (XXIX) (Dec. 16, 1974); G.A. Res. 3481 (XXX) (Dec. 11, 1975) *et seq.*

⁶² G.A. Res. 3103 (XXVIII) (Dec. 12, 1973).

⁶³ *Id.* 3.

⁶⁴ *Id.* 2.

⁶⁵ *Id.* 5.

upcoming diplomatic conference in Geneva,⁶⁶ in which the Additional Protocols were drafted, thereby prompting the Dutch representative's protest that "the draft resolution is a document tending to prejudice the sovereignty of the forthcoming diplomatic Conference in Geneva." The Dutch representative further argued that "[e]xperts on humanitarian law are better qualified to consider the consequences and the feasibility of any basic principles in that realm of law ... This Assembly might have been better advised to ... [refrain] from formulating norms itself."⁶⁷ The American representative reiterated what would become the traditional U.S. view regarding the favorable status afforded to certain fighting groups; however, he did not address the question of mercenaries directly:

"International humanitarian law by its very nature treats all victims of armed conflicts on an equal plane ... without regard to the cause for which particular persons or groups are fighting. We believe that to classify one kind of conflict as international because of motivation is ... totally unacceptable It seems to us that the key to understanding the restraints placed on conduct by international humanitarian law is that they apply equally to the aggressor and to those acting in self-defense".⁶⁸

As detailed below, later General Assembly resolutions did not do much to clarify the conundrum between *jus ad bellum* considerations *jus in bello* conclusions, embodied in resolution 3103, nor the problematic aspects of the General's Assembly attempt to influence the outcome of the Geneva Conference.

III. The "Universal Realization Resolutions"

Having declared to the Geneva Conference, convening in 1974, its perception regarding the status of combatants, the General Assembly refrained from directly dealing with the issue for three years.

The question resurfaced in 1976, again in the colonial context, this time under the annual resolution regarding the "Importance of the Universal Realization of the Right of Peoples to Self-Determination" ("Universal Realization").⁶⁹ Universal Realization resolution 31/34 reiterated "that the practice of using mercenaries against movements for national liberation and independence constitutes a criminal act and that the mercenaries themselves are *criminals* ...". It is worthwhile to point out two characteristics of this clause: *first*, it was the first decolonization resolution that addressed, since 1969, the status of *individual* mercenaries; however, these were referred to as *criminals*, rather than *outlaws*, unlike in resolution 2465 of 1968.⁷⁰ Presumably, this was an adoption of the approach displayed in the Status of Combatants Resolution.⁷¹ *Second*, it referred to use of mercenaries against movements for national liberation and *independence*. This fact is significant when comparing resolution 31/43 with its subsequent resolution of 1977.⁷² In 1977, the new resolution contained a similar clause – except that the term *independence* was replaced by *sovereign states*.⁷³ Essentially, this change meant that the 1977 resolution called for the prohibition of mercenarism *per se*, whether employed against national liberation movements or against states (presumably – by other states). In that sense, the 1977 resolution went further than the Status of Combatants Resolution.⁷⁴ As we shall see, this new addition coincided with the text of the relevant provisions of Ad-

ditional Protocol I – which was adopted 5 months earlier –⁷⁵ another indication of intertwining discussions in the General Assembly and the Geneva Conference.

Interestingly, the distinction of mercenaries themselves as "criminals" disappeared from the Universal Realization resolutions after resolution 37/43 of 1982. From then on, there was no reference to the status of individual mercenaries in these resolutions. Perhaps unsurprisingly, reading the official records of the 3rd Committee – which prepared the Universal Realization resolutions – reveals no relevant explanations for the criminalization of mercenarism starting in the 1976 Resolution and its later omission after 1982; instead, the records show intense political bickering, characteristic of the Cold-War era U.N., between the dominant members of the Committee – the eastern and non-aligned states – and mainly Israel and certain members of NATO.⁷⁶

IV. The Road to the International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries

The International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries⁷⁷ ("The U.N. Convention"), was opened to signature in 1989, nine years after the ad hoc committee entrusted with its drafting was appointed in 1980's resolution 35/48.⁷⁸ Resolution 35/48 sheds a light on the General Assembly's view regarding the need to curtail mercenarism, in proximity with the time of the adoption of the Additional Protocol. The Resolution explained the need for the Convention in order to promote "strict observance of the principles of sovereign equality, political independence, territorial integrity of states and self-determination of peoples." It then "recognizes" that activities of mercenaries "are contrary to fundamental principles of international law such as non-interference in the internal affairs of States" Albeit being legitimate considerations, these are far removed from any IHL objective, as they all relate to objectives of *jus ad bellum*. However, the 1989 Convention criminalized individual mercenaries as such, thereby leap-

⁶⁶ U.N. Doc. A/PV. 2197 (Dec. 12, 1973), 5.

⁶⁷ *Id.* at 8–11.

⁶⁸ *Id.* at 31.

⁶⁹ G.A. Res. 31/34 6 (XXXI) (Nov. 30 1976). The same opposing arguments were made by the representatives of the UK and Israel, *see id.* 22; Accordingly, the resolution was not supported by the Western bloc. *See* U.N. Doc. A/PV.2197, 18. For another perspective on resolution 31/43 *see* Green, *supra* note 9, at 199–200.

⁷⁰ *See supra*, n.42.

⁷¹ It is also worth noting, that a few months earlier, Angola's International Commission of Enquiry of Mercenaries, assembled in support of the Luanda Trial (*see supra* n.35) drafted its "Draft Convention on the Prevention and Suppression of Mercenarism," which provides that "[m]ercenaries are not lawful combatants. If captured they are not entitled to prisoner of war status." Mercenaries, however, according to the view of the Commission, were only those who fight against self-determination. Draft convention *available at* <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/mercenaryconvention.html>.

⁷² G.A. Res. 32/14 (XXXII) (Nov. 7, 1977).

⁷³ *Id.* 6.

⁷⁴ Which addressed, as aforementioned, only mercenaries employed against national liberation movements, or those fighting against racist regimes and colonial powers.

⁷⁵ June 8, 1977.

⁷⁶ *See, e.g.*, U.N. Doc A/C.3/38/SR. 4–18, 21–23 (1983).

⁷⁷ Opened for signature in 1989, entered into force in October 2001.

⁷⁸ G.A. Res. 35/48 (XXXIV) (Dec. 4 1980).

frogging, in a similar manner to 1973's Status of Combatants resolution, over the barrier between *jus ad bellum* and *jus in bello*.⁷⁹

V. The U.N.'s Consideration of Mercenaries During the 1960s until the early 1980s – A Manifestation of a Political Climate?

The General Assembly is a political body; its resolutions reflect a majority vote determined by voting blocs, interests and political concessions. This trend was especially true in the Cold-War era, and reached its peak in the 1960s.⁸⁰ In addition to its partisan and contentious character – which is contradictory to the basic principle of neutrality of IHL – the General Assembly, like the U.N. in general, is mainly intended to ensure that *jus ad bellum* be respected, as opposed to the *jus in bello* focus of IHL.⁸¹

However, and as evident in the Status of Combatants resolution, states saw the politicized General Assembly as a tool to affect the *legal* discussions at the Geneva Conference, encroaching into the territory of *jus in bello*. It is also evident that throughout the relevant debates in the General Assembly, never there was an argument that championed the objectives of IHL as a premise for the less favorable treatment of individual mercenaries. On the contrary – representatives did not at all conceal the fact that their opposition to mercenarism was based on their frustration with its use by colonial powers. Doing so, they admitted that mercenarism's alleged illegality is derived from *jus ad bellum* considerations.⁸² Percy claims that the General's Assembly vehement condemnation of mercenarism stems from a process in which the general dislike of mercenaries became entangled with the norm of national self-determination. Mercenaries were viewed as a symbol of racist domination, and were condemned for that more than for their actual deeds. In short, mercenaries represented all that African states were against at the time – capitalism and colonial domination.⁸³

Furthermore, the frequent change of wording and omissions in the surveyed resolutions – without any formal explanation; along with states' frequent protests regarding the rushed voting schedule, exemplify the lack of meaningful and coherent discussion of the issue. Complemented with states' admission that at least some of these resolutions were adopted to influence the Geneva Conference, these facts raise a well founded suspicion that the provisions adopted later in Geneva were more of a product of the same General Assembly political climate than of sound legal reasoning.

D. Article 47 of The First Additional Protocol

Additional Protocol I's Article 47 provides the following:

1. A mercenary shall not have the right to be a combatant or a prisoner of war.
2. A mercenary is any person who:
 - (a) is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict;
 - (b) does, in fact, take a direct part in the hostilities;
 - (c) is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and, in fact, is promised, by or on behalf of a Party to the conflict, material compensation substantially in excess of that promised or paid to combatants of similar ranks and functions in the armed forces of that Party;

(d) is neither a national of a Party to the conflict nor a resident of territory controlled by a Party to the conflict;

(e) is not a member of the armed forces of a Party to the conflict; and

(f) has not been sent by a State which is not a Party to the conflict on official duty as a member of its armed forces.

Article 47's problematic aspects are immediately evident – even if one assumes that IHL is indeed the right realm to fight mercenarism. The Article is highly ambiguous and ineffective – a fact which in itself serves to undermine its perceived credibility as a viable instrument of law.

The definition of a mercenary in Article 47(2) provides six cumulative conditions, all of which present immense legal problems. Article 47(2)(a) requires that a mercenary be "especially" recruited to fight in "an armed conflict." The term *especially* can be construed either as a factual condition or as a *mens rea* condition pertaining to the recruiting state; "an armed conflict" could be interpreted to mean that a mercenary is one who is recruited to fight in a specific conflict, thereby excluding soldiers-of-fortune retained by a state for the purpose of participation in multiple, present and future conflicts.

Article 47(2)(b), requiring direct participation, raises a plethora of questions: since mercenaries are deprived of combatant status, they are civilians.⁸⁴ Is the direct participation required in the definition similar to the type of participation required from a civilian in order to be targetable? Does this requirement mean that mercenaries may be targeted only when directly participating in hostilities, exactly as regular civilians?⁸⁵ If the answer is positive, doesn't the clause confer an unfair advantage to mercenaries over regular armed forces – in total contradiction to the Article's purpose?

Article 47(2)(c) raises multiple quandaries. First, it requires the determination of a certain "motivation" – again, a *mens rea* requirement which is especially difficult to determine.⁸⁶ In addition, the condition that the mercenary be paid "substantially in excess" of members of the armed forces is both ambiguous and arbitrary; it means, essentially, that the same person will receive different treatment in two exact situations that differ from each other only with regards to the amount paid to the respective party's armed forces; also, for the purposes of the objectives of IHL, it makes more sense to assume that lower-paid mercenaries would be more likely to

⁷⁹ The other international instrument that criminalizes mercenaries is the OAU's Convention for the Elimination of Mercenarism in Africa. For a comparison between the U.N. Convention and the OAU Convention see, e.g., Emanuela-Chiara Gillard, *Business Goes to War*, 88 Int'l Rev. ICRC 525, 564–567 (2006).

⁸⁰ See Miguel Marín Bosch, *Votes in the U.N. General Assembly*, 145–151 (1998).

⁸¹ Sassòli, *supra* note 30, at 297.

⁸² See Yves Sandoz, *Private Security and International Law, in Peace, Profit or Plunder? The Privatization of Security In War-Torn African Societies*, 203 (Jakkie Cilliers & Peggy Mason eds., 1999).

⁸³ Percy, *supra* note 5, at 188; see also Riley Martin, *Mercenaries and the Rule of Law*, Rev. Int'l Comm. Jurists 51, 52 (1977).

⁸⁴ Jean de Preux, *Article 47: Mercenaries*, in *Commentary to Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977 572, 575–576 (Yves Sandoz et al. eds., 1977) [hereinafter – *Commentaries*].

⁸⁵ Additional Protocol I, article 51(3).

⁸⁶ See, e.g., Diplock Committee, *Report of the Committee of Privy Counselors Appointed to Inquire into the Recruitment of Mercenaries* 7 (1976).

violate IHL; it is unclear therefore why those should be the ones afforded POW status.⁸⁷

Article 47(2)(d), presumably, assumes that the moment the otherwise-mercenary fights by recruitment of his own nation, suddenly his "cause" becomes a national one, thereby curing his "immoral" participation. This is of course highly speculative.

Article 47(2)(e), in essence, allows any state to wantonly circumvent Article 47 by incorporating mercenary troops into their armed forces.⁸⁸ In fact, even the Commentaries to the Additional Protocol agree that this clause rendered the definition of mercenaries "completely meaningless".⁸⁹ As a result, it is widely agreed that Article 47(2) is so ineffective, that it is "virtually impossible" to find an individual who satisfies its conditions.⁹⁰

It is important to note that Article 47 does not criminalize individual mercenaries,⁹¹ although, in essence, the deprivation of POW status may mean just that, as it is safe to assume that mercenaries would be prosecuted by their capturers – *a fortiori* after the 2001 entry into force of the UN Convention Against the Recruitment, Use Financing and Training of Mercenaries, which criminalizes mercenaries.⁹² Nevertheless, mercenaries, albeit not POWs, still enjoy the "fundamental guarantees" protected in the Additional Protocol's Article 75.

The extra-IHL objectives of article 47(2) are evident from the debates leading to its inclusion in the Protocol. As with regard to the General Assembly resolutions concerning mercenarism, it seems that the representatives to the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts ("The Geneva Conference") did not draft article 47 while considering the relevant question – whether mercenaries are more detrimental than others to the objectives of IHL. In this context, one should remember that the Geneva Conference took place between 1974 and 1977, during the time when many anti-colonialist General Assembly resolutions were adopted; hence, it is argued, the polemics of the General Assembly regarding colonialism trickled, unhealthily, into the Conference's debates.

Article 47 was adopted by consensus, "in the spirit of compromise",⁹³ as a product of negotiations mainly between the representatives of Nigeria and the United States.⁹⁴ The main manifestation of the compromise was the "neutrality" of the Article, in the sense that it does not specifically deal with mercenaries engaged in warfare in the context of colonialism, as the Eastern bloc states preferred.⁹⁵

To understand the overall climate surrounding the inclusion of Article 47, it is illustrative to consider the explanation set forth by the Nigerian representative, who argued that "[t]he Conference could not afford to ignore the *several resolutions* adopted by the United Nation and certain regional organizations ... which over the years had condemned the *evils* of mercenaries and their activities, particularly in Africa ... Article [47], therefore, was fully in accordance with the dictates of *public conscience* ... [*l*]aws were never meant to protect criminals. [emphasis added]".⁹⁶ The Iraqi representative claimed that Article 47 was "very necessary ... against a category of persons who acted *contrary to humanitarian law* [emphasis added]",⁹⁷ without explaining how a mercenary, *ipso facto*, actually acts against principles of IHL. The repre-

sentative of Zaire thought Article 47 was not far reaching enough – he thought that the Article should have referred to the "responsibilities of those States in whose territory the mercenaries were recruited."⁹⁸ The representatives of the Holy See and Switzerland answered that Article 47 seems out of place, and that "prohibition" on mercenarism should be only at the "state level".⁹⁹ The Holy See's representative argued that "it was hardly admissible that an article relating to humanitarian law should be more the expression of a passion (albeit understandable) than of cold reason and justice".¹⁰⁰

It is evident, as detailed above – and as admitted in their own words – that some Convention delegates imported the polemic and political style of the General Assembly into the Conference's debates; specifically, they duplicated the discourse prevalent in the General Assembly, at the time, that mixed *jus ad bellum* and *jus in bello* considerations. This duplication paid no mind to the different reasoning that should guide states when engaging in normative, forward-looking international lawmaking. Moreover, the representatives' remarks show that they were concerned, if not with politics, with the "evil" nature of mercenarism or its affects on state sovereignty – issues far removed from IHL. Specifically, the majority of states did not address the problematic aspect of breaking IHL's barrier between *jus ad bellum* and *jus in bello*, or, alternatively, provided an answer to the question whether mercenaries *per se* violate IHL, or are especially, beyond doubt, prone to do so. Some, as we have seen, even sought – in addition to the importation of *jus ad bellum* consideration into IHL – to also do the opposite and expand IHL to encompass pure *jus ad bello* circumstances, by including in Article 47 references to states' recruitment of mercenaries. In summary,

⁸⁷ The "in excess" requirement was introduced to balance the problematic aspect of proving motive; it was thought that payment "in excess" can serve to prove that the motivation for participation is monetary. This again represents a problematic mix between external procedural legal considerations and IHL. See Official records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977) CDDH/236/Rev. 1, 99 [hereinafter CDDH]; PERCY, *supra* note 5, at 177.

⁸⁸ As some private military contractors nowadays require by contract. See Percy, *supra* note 5, at 171, n.11. For the Papua New Guinea–Sandline Agreement for the Provision of Military Assistance between the Independent State of Papua New Guinea and Sandline International, 31 January 1997, available at <http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>.

⁸⁹ COMMENTARIES, *supra* note 84, at 581.

⁹⁰ Fallah, *supra* note 25, at 605; see also the sources cited therein.

⁹¹ As opposed to the General Assembly resolutions detailed above; the 1977 O.A.U. Convention for the Elimination of Mercenarism in Africa; The International Convention Against the Recruitment, Use Financing and Training of Mercenaries; or in the context of the Luanda Trial. See Fallah, *supra* note 25, at 608–609.

⁹² Meaning, in essence, that states party to the U.N. declaration may be required to prosecute mercenaries, while Article 47 merely *allows* states to refrain from afford to them POW status. See COMMENTARIES, *supra* note 84, at 575. It has been argued, in this context, that the U.N. and O.A.U. conventions complement IHL – as IHL deprives mercenaries of a certain status, and the conventions in turn *criminalizes* them. See Gillard, *supra* note 79, at 567–568.

⁹³ *Id.* at 604.

⁹⁴ See CDDH/SR.41 §78.

⁹⁵ See, e.g., the Cuban and Soviet remarks in CDDH/SR.41 183, 203.

⁹⁶ *Id.* §§79–81.

⁹⁷ *Id.* §95.

⁹⁸ *Id.* §100. The Senegalese delegation held the same view. See *id.* at 197.

⁹⁹ *Id.* §§82–85.

¹⁰⁰ *Id.* §86.

the debates in the Conference did not at all clarify the quandaries raised by the inconsistencies of the General Assembly's treatment of the subject – on the contrary, it duplicated them.

E. The calls for Labeling Private Security Contractors as Mercenaries – A Return to the 1960s-1970s Syndrome?

Since the 1990s, private security contractors (PSCs) have performed an increasing role in armed conflicts, a trend leading to the growing "privatization of warfare".¹⁰¹ It is the widespread understanding that PSCs will be considered mercenaries only when fulfilling Article 47's cumulative conditions. It is also accepted that the specific characteristics of PSCs make it even more unlikely, compared to traditional mercenaries, that they will actually fulfill these conditions.¹⁰²

The fact that Article 47 does not "catch" PSCs frustrates some commentators who politically object to the use of these firms – in a similar way that the African states and the Eastern bloc were frustrated that the 1949 Geneva Conventions did not "catch" the mercenaries they were politically opposed to. Indeed, the increasing corporate involvement in warfare raises legitimate concerns about the scope of the legitimacy of privatization – however, some who (understandably) oppose privatization of force,¹⁰³ duplicate the 1960s–1970s discourse by again mixing policy issues with *jus in bello*.¹⁰⁴

For instance, one commentator argues that the "letter" and "spirit" of Article 47 should be interpreted to accommodate PSCs.¹⁰⁵ This approach first identifies the "concerns" raised due to the use of PSCs by democratic states: namely, the unhealthy governmental reliance on private entities; the encroachment of the state's monopoly on the use of force; the threat to the checks and balances on war-making; and the prioritization of private good over public good.¹⁰⁶ Because of these policy considerations, the argument goes, Article 47 should be construed to include PSCs.¹⁰⁷ Although these suggested interpretations of Article 47's conditions are *logically* plausible, the objectives that motivate them are external to IHL. Thus, they result in the narrowing of the category of combatants, when a purposive interpretation of IHL in light of its *true* objectives – namely, incentivizing parties to respect its norms – should result in the widening of this category. Thus, this approach repeats the pitfall of the General Assembly and the Diplomatic Conference by allowing political, policy oriented objectives to penetrate the neutral realm of IHL, and should therefore be avoided.

F. Conclusion

It has been said before that Article 47 is somewhat an odd rule of IHL. This article's contribution is in its attempt to lay

the blame on the flow of 1960s–1970s General Assembly polemics into the discussions of the Geneva Conference, by demonstrating that the General Assembly paid no mind to the objectives of IHL while drafting its anti-mercenary resolutions. Rather, it based its resolutions on extra-IHL considerations such as anti-colonialism, threats to sovereignty and traditional anti-mercenary notions corresponding with general moral perceptions of "just cause." Doing so, Article 47 presents a dangerous precedent in IHL where motivation serves as a justification for *denial* of combatant status. It is further argued that today's critique of private security contractors must not lead to the repetition of the same mistake.

It is beyond doubt that mercenarism raises serious concerns, and represents a clear moral hazard. It is also very reasonable to argue that the increasing reliance on PSCs by states is an extreme and alarming form of privatization. However, the place to address these concerns cannot be IHL. It is of key importance for policy-makers to be aware of the process that lead to the inclusion of Article 47 in the Additional Protocol, to prevent further politicization of IHL and to preserve its credibility in the future.

¹⁰¹ Gillard, *Supra* note 79, at 526.

¹⁰² *Id.* 568. For instance, most PSCs are not hired specifically to take a direct part in specific hostilities; thereby, they do not fall within the ambit of articles 47(2)(a) and (b). Moreover, the condition in article 47(2)(d) is rarely fulfilled, as virtually all of the active PSC employees in contemporary conflicts – for instance, in Iraq, Afghanistan or Israel and the Occupied Palestinian Territories are nationals of one of the parties. *See also* E.L. Gaston, Note, *Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry and Its Implications for IHL Enforcement*, 49 HARV. INT'L L.J. 221, 233 (2008). On the use of PSCs by Israel, see Daniel Levy, *A More Private Occupation*, HAARETZ ONLINE (2008), <http://www.haaretz.com.il/hasen/spages/973974.html>.

¹⁰³ *See, e.g.*, Gaston, *supra* note 102, at 234–240 (surveying the special and different challenges PSCs create). *See also* Claude Voillat (2004) *Private Military Companies: A Word of Caution*, HUMANITARIAN EXCHANGE 28 (2004), <http://www.odihpn.org/report.asp?id=2675>.

¹⁰⁴ This claim does not apply to proposed amendments widening the definition of mercenaries *outside* of the context of IHL, such as in the U.N. Convention. *See, e.g.* Special Rapporteur on the Question of the Use of Mercenaries, *Report on the Question of the Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination* §§61–62, U.N. Doc. A/58/115 (July 2, 2003).

¹⁰⁵ Zoe Salzman, *Private Military Contractors and the Taint of Mercenary Reputation*, 40 INT'L L. & POL. 853, 856 (2008).

¹⁰⁶ *Id.* at 860–874.

¹⁰⁷ *Id.* at 879–887.

Keine Ausgabe mehr verpassen?

Einfach unter www.law-journal.de eintragen und benachrichtigen lassen!

■ Streitgespräch

Dr. Matthias Hartwig, Prof. Dr. Uwe Jenisch, Dr. Michael Stehr, Hauke Friederichs

Streitgespräch: Rechtsprobleme der Seepiraterie

Das Bucerius Law Journal veranstaltete am 1. Dezember 2010 eine Diskussionsrunde zum aktuellen Thema „Rechtsprobleme der Seepiraterie“. Anlass dazu waren die seit 2008 anhaltenden Piratenangriffe vor der Küste Somalias. Es diskutierten drei Experten auf diesem Gebiet, Dr. Matthias Hartwig, Prof. Dr. Uwe Jenisch und Dr. Michael Stehr. Die Moderation des Streitgesprächs übernahm ZEIT-ONLINE-Redakteur Hauke Friederichs.

Zur Einstimmung in die Diskussion hat Prof. Dr. Doris König, M.C.L., Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Allgemeine Staatslehre, Völker- und Europarecht an der Bucerius Law School, in das Thema eingeführt. Dieser Vortrag kann im Format mp3 von der Webseite www.law-journal.de heruntergeladen werden.

Guten Abend, meine Damen und Herren. Ich freue mich für die Veranstalter, dass hier so große Resonanz zu dem Thema Piraterie, das nun schon häufiger eine Rolle gespielt hat, festzustellen ist.

Auch ich begrüße Sie noch einmal ganz herzlich und freue mich, dass Sie alle da sind. Ich werde heute keine umfassende rechtliche Einführung geben, denn wir haben berufenen Rechtsrat hier am Tisch sitzen. Ich habe mir aber ein paar Gedanken darüber gemacht, welche Fragen man zur Piraterie aufwerfen kann und wie komplex dieses Thema ist.

Dazu zunächst ein paar Zahlen: Festgestellt worden ist im *International Maritime Bureau*, das ein *Piracy Reporting Centre* unterhält, dass bereits in den ersten neun Monaten dieses Jahres mehr Piratenüberfälle zu verzeichnen sind als im ganzen Jahr 2008, und auch im Jahr 2008 war das eine nicht unerhebliche Anzahl, nämlich fast 300. Schon Ende September lagen wir bei über 300 und die Zahl steigt noch. Im Augenblick, so war aus Kreisen der Operation EU/Atalanta zu hören, befinden sich noch neun Schiffe mit rund 200 Geiseln in der Gewalt der Piraten – und dies trotz der Militärpräsenz, die wir schon seit Ende letzten Jahres am Horn von Afrika zu verzeichnen haben. Hierbei ist die EU/Atalanta-Mission nur eine von mehreren – daneben hat die NATO die Operation *Ocean Shield* ins Leben gerufen, und die *Task Force 151* unter amerikanischer Führung operiert ebenfalls in diesem Seegebiet. Zudem gibt es noch sogenannte *Freelancer*; also Kriegsschiffe einzelner Nationen, die außerhalb eines Militärbündnisses dort für Ordnung sorgen wollen. Die Zahlen sind zum Teil zurückgegangen, die Überfälle auf die Schiffe des *World Food Programme* haben aufgehört, nachdem die Militärpräsenz zu verzeichnen war. Allerdings haben die Piraten ihr Operationsgebiet ausgeweitet, hinein in den Indischen Ozean, in die Nähe der Seychellen, sodass das Problem insgesamt nicht kleiner geworden ist. Außerdem fokussieren wir uns natürlich im Moment auf das Horn von Afrika, was die Piraterie angeht, aber die Zahlen nehmen auch in anderen Gegenden der Welt wieder zu, besonders an der Westküste Afrikas und hier insbesondere vor den Küsten Nigerias, aber

auch in der Südchinesischen See ist ein Wiederaufflackern der Piraterie festzustellen.

Kurz und gut: Ein Problem, das zu verstärkter Sorge Anlass gibt, das eine massive Gefährdung für den internationalen Transport über See darstellt und – und nun komme ich zum eigentlichen Thema – das vielfältige Rechtsprobleme aufwirft.

Grob kann man die Rechtsprobleme und die Rechtsmaterien, mit denen wir es zu tun haben, auf drei Rechtsebenen verteilen: die Ebene des Völkerrechts, die Ebene des Europarechts und die Ebene des nationalen Rechts.

Wenn wir uns die Ebene des Völkerrechts einmal anschauen, dann geht es natürlich einmal um die Frage, wie weit die Befugnisse jedes einzelnen Staates reichen, auf Hoher See gegen Piraterie vorzugehen. Diese sind festgelegt im Völkergewohnheitsrecht, das wiederum kodifiziert ist in den Artikeln 100 bis 107 und 110 des UN-Seerechtsübereinkommens von 1982. Auch wenn die groben Linien insoweit klar sind, gibt es hier noch zahlreiche Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf Einzelfragen. Hinzu kommen Umfang und Mandat der Sicherheitsratsresolutionen, die in der letzten Nacht wieder verlängert worden sind und die das Operationsgebiet der Streitkräfte auf Hoheitsgewässer und sogar auf das Landgebiet Somalias ausweiten. Von der letztgenannten Ermächtigung ist aber bisher noch kein Gebrauch gemacht worden. Dann geht es um die Frage der Zulässigkeit des Einsatzes von Waffengewalt. Wie viel Gewalt darf eingesetzt werden, um Piratenschiffe aufzubringen? Auch das ist eine Frage, die in den *Rules of Engagement* zwar beantwortet wird – die *Rules of Engagement* haben aber den kleinen Fehler, dass sie nicht öffentlich zugänglich sind, sondern man nur zuweilen einmal hört, was da so drinsteht. Und im Einzelnen kommen diese Fragen natürlich immer erst dann auf, wenn im konkreten Fall zu viel Gewalt angewandt worden ist, denn dann stehen wir vor einem Rechtsproblem. Schließlich, und damit zusammenhängend, die Frage der Anwendbarkeit der Menschenrechte: Was geschieht mit den mutmaßlichen Piraten, die ergriffen worden sind? Dabei möchte ich gar nicht näher eingehen auf die Frage, ob sie nun festgenommen, festgesetzt, in Gewahrsam genommen oder ähnliches werden; je nachdem, welche Rechtsmaterie man für anwendbar hält und welche man für menschenrechtlich unverfänglicher hält, um es einmal despektierlich auszudrücken.

Hat man die Piraten nun festgesetzt, hören die Probleme nicht auf. Dann geht es um die Frage: Wer ist zuständig, die Piraten strafrechtlich zu verfolgen? Dazu finden wir etwas in Art. 105 der Seerechtskonvention. Fraglich ist aber, ob auch die Übergabe an Drittstaaten zulässig ist. Hierzu gibt es unterschiedliche Auffassungen. Und schließlich, und da treffe ich natürlich das Herz der Hamburger, die Frage: Brauchen wir gar ein internationales Tribunal gegen die Piraterie? Und könnte man es dann nicht praktischer Weise beim Seegerichtshof ansiedeln? Das ist natürlich auch eine Frage, die in diesen Bereich mit hineinspielt.

Nun komme ich kurz zur Ebene des Europarechts. Welche Fragen stellen sich da? Nun, Inhalt und Mandat der Operation Atalanta, die gerade bis Dezember 2010 verlängert worden ist. Dann die Frage der Zurechenbarkeit von Maßnahmen einzelner Teilnehmerstaaten, insbesondere wenn es zu Rechtsverletzungen kommt. Wer ist dann eigentlich Anspruchsgegner: Der einzelne handelnde Staat, also unter anderem Deutschland, oder können wir das bequem bei der EU „parken“? Oder vielleicht sogar bei den Vereinten Nationen, denn die haben schließlich die Ermächtigung gegeben. Auch eine interessante Rechtsfrage. Schließlich die Rechtmäßigkeit der beiden mit Kenia und kürzlich erst mit den Seychellen abgeschlossenen Übernahme- bzw. Übergabe-Abkommen. Da steht eine ganze Menge drin; auch was den Menschenrechtsschutz angeht. Die Frage ist nur: Lässt sich das wirklich umsetzen? Und wer sorgt dafür, dass die zahlreichen Schutzbestimmungen eingehalten werden? Wer kontrolliert das, wer führt das Monitoring durch? Es sitzen heute rund 100 mutmaßliche Piraten allein in kenianischen Gefängnissen, über 100 sollen sich in Puntland in den Händen der dortigen Behörden aufhalten, die auf ihren Prozess warten. Bei Kenia stellt sich schon die Frage, wie es mit der Beachtung der Menschenrechte steht; zu Puntland möchte ich gar nichts weiter sagen. Auch das sind Probleme, die sich in diesem Zusammenhang stellen. Und, last but not least, wie sieht es aus mit der Anwendbarkeit der EMRK-Rechte für die Teilnehmerstaaten? Das sind alles Staaten, die Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention sind, und aus der Europäischen Menschenrechtskonvention ergibt sich ein Verbot, jemanden auszuliefern oder zu übergeben an ein Land, in dem ihm die Todesstrafe, Folter oder ähnlich schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen drohen.

Und schließlich und endlich kommen wir dann zum deutschen Recht. Da stellt sich natürlich vor allem die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Anti-Piraterie-Einsätze. Darüber hat sich Herr Stehr, wie ich weiß, viele Gedanken gemacht. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob ein Mandat vorliegt (das ist der einfachere Fall). Viel umstrittener ist die Frage, wie es denn wäre, wenn wir kein Mandat hätten, oder wie es in anderen Weltgegenden wäre, für die es kein Mandat gibt. Dann die Frage: Wie steht es mit dem Trennungsgebot? Nach der deutschen Verfassung ist schließlich die Trennung zwischen polizeilichen und militärischen Maßnahmen einzuhalten. Gilt dieses auch bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr? Lässt sich das Trennungsgebot bei solchen Auslandseinsätzen überhaupt sinnvoll aufrecht erhalten? Das ist hoch umstritten. Und dann die Frage der Anwendbarkeit deutscher Grundrechte: Die deutsche Regierung ist der Auffassung, dass, wenn deutsche Soldaten mutmaßliche Piraten ergreifen, hier nicht deutsche, sondern eine Art völkerrechtliche Hoheitsgewalt ausgeübt wird, so dass deutsche Grundrechte nicht zur Anwendung kommen. Auch darüber kann man sich sehr viele Gedanken machen, ob das eine sinnvolle und eine unterstützenswerte Rechtsauffassung ist. Und schließlich und endlich, und damit will ich schließen, die Frage der Strafverfolgung vor deutschen Gerichten. Möglich wäre dies nach dem Universalitätsprinzip in § 6 Nr. 3 StGB. Praktisch tut Deutschland aber alles, um die Piraten nicht vor deutschen Gerichten aburteilen zu müssen. Auch hier wieder die Frage: Ist das rechtlich indiziert und ist es politisch vertretbar?

Mit diesen Fragen, die wir sicher nicht alle in unserer Gesprächsrunde beantworten können, gebe ich an das Podium ab und bin sicher, dass wir eine spannende Diskussion haben werden über die wesentlichen Fragen, die sich hier stellen. Vielen Dank! ■

Friederichs: Ich darf kurz die Runde vorstellen:

Zunächst Dr. Matthias Hartwig vom Max-Planck-Institut für Ausländisches, Öffentliches und Internationales Recht in Heidelberg. Er lehrt zudem an der juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Wenn man der Suchmaschine Google glauben darf, dann beschäftigt er sich mit zahlreichen spannenden Fragen des Völkerrechts. Zum Beispiel mit den Menschenrechten in Kriegszeiten oder aber auch der Beteiligung von deutschen Soldaten an militärischen Friedensmissionen. Das Thema Piraterie ist nun noch vor kurzem dazugekommen. Außerdem sieht man schnell, dass er ein gefragter Experte für renommierte Medien zu diesen Themen ist. Man findet Interviews mit ihm bei der Süddeutschen Zeitung und bei der Deutschen Welle.

Unser nächster Experte ist Prof. Dr. Uwe Jenisch, Honorarprofessor am Walther-Schücking-Institut of International Law an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Er hat in zahlreichen Fachmedien zur Piraterie und zu anderen Fragen des Seerechts publiziert. Gerade ist ein Artikel von ihm in der NordÖR erschienen zur „Pirateriebekämpfung vor Somalia auf dem Prüfstand – Mandate, Marinen, Mängel“.

Unser dritter Experte, Dr. Michael Stehr, ist Redakteur für See- und Völkerrecht bei der Fachzeitschrift *Marineforum* des deutschen Marineinstituts in Bonn. Seine Schwerpunkte sind u.a. die Piraterie, aber auch maritimer Terrorismus, Sicherheitspolitik, Seerecht und Konfliktvölkerrecht. 2004 erschien sein Buch „Piraterie und Terror auf See“. Auch von ihm sind zahlreiche Aufsätze zu finden, etwa zu internationaler Politik.

Gerichtbarkeit für Piraterie

Nun kommen wir zu meiner ersten Frage: Wie wird die Piraterie rechtlich aufgearbeitet? In Den Haag gibt es Tribunale für Kriegsverbrecher, es gibt den *IGH*, vor dem sich War Lords aus dem Kongo den Richtern stellen müssen. Warum gibt es so etwas nicht für Piraten, Prof. Jenisch?

Jenisch: Die einfachste und erste Erklärung ist, dass Piraterie Kriminalität ist. Piraterie richtet sich ja gegen Schiffe, gegen Eigentum, gegen Reeder. Es ist kein Angriff gegen einen anderen Staat. Wir bewegen uns also nicht im Völkerrecht, sondern im Zivil- bzw. Strafrecht, im nationalen Recht. Im Seerechtsübereinkommen steht in Art. 105 SRÜ, dass der Staat, der die Piraten ergreift, „may decide upon the penalties to be imposed“. Der ergreifenden Staat darf damit Strafen verhängen. Und da sehen wir schon eine Schwachstelle. Es ist keine Pflicht zur Strafverfolgung. Es ist eine Kannbestimmung, bestenfalls eine Bemühensverpflichtung – so hat es das Auswärtige Amt einmal formuliert. Man ist also im nationalen Recht, und dort muss man zunächst einmal die Strafbarkeit der Piraterie statuieren. Die Dänen haben z.B. im Überschlag einmal Piraten festgenommen und mussten dann feststellen, dass sie sie in Kopenhagen nicht anklagen konnten, weil es in Dänemark keinen Straftatbestand für Piraterie gibt. Die Piraten wurden dann, nach kurzem und angenehmen Aufenthalt auf dem dänischen Kriegsschiff wieder an Land

gesetzt. Kanada hat dieselbe Erfahrung machen müssen: Keine Strafbarkeit nach kanadischem Recht für Piraterie. Im deutschen Strafgesetzbuch haben wir allerdings in § 316c StGB die Strafbarkeit dieser Verkehrsgefährdung. In dieser Grauzone - Ergreifung nach Völkerrecht und Strafverfolgung nach nationalem Recht möglich, aber nicht zwingend - kann man natürlich die Frage stellen, ob wir einen internationalen Gerichtshof für diese Art von Gewalt auf See brauchen. Man könnte daran denken, dass es noch andere Gewaltanwendungen auf See gibt, etwa den Terrorismus oder den Drogenhandel. Vielleicht brauchen wir in Zukunft wirklich einen Gerichtshof, der international für solche Delikte zuständig ist. Und da gibt es eine Auswahl: Den internationalen Strafgerichtshof in Rom, den *IGH* in Den Haag und den Seegerichtshof in Hamburg. Man könnte auch ein neues Gericht schaffen. Juristen sind immer schnell bereit, einen neuen internationalen Gerichtshof zu gründen. Das ist Neuland, was wir hier betreten.

Friederichs: Die Frage möchte ich gleich an Dr. Hartwig weiterreichen: Vier Alternativen bestehen, sagt Prof. Jenisch. Welche Option würden Sie wählen? Oder haben sie eine ganz andere Idee?

Hartwig: Zunächst einmal muss man die Frage stellen: Wer will eigentlich im Augenblick die Schaffung einer internationalen Gerichtsbarkeit für die Piraterie? Es gibt eine Initiative einer interessanten Koalition, nämlich der Deutschen und der Russen. Sie wollen die Piraterie vor einem internationalen Gerichtshof abhandeln, ohne dass bis dahin schon konkretisiert worden ist, vor welchem Gericht. Wenn wir mal die existierenden Gerichte durchspielen: Den *IGH* müssen wir eigentlich außen vor lassen, der behandelt ja nur zwischenstaatliche Verfahren und ist für Einzeltäter nicht zuständig. Für das Internationale Strafgericht müsste ein neuer Tatbestand geschaffen werden. Wie Sie wissen, sind ja schon jetzt nicht alle Tatbestände hinreichend implementiert, so ist z.B. „Aggression“ noch nicht hinreichend definiert. Im Moment sind nur drei Tatbestände so hinreichend konkretisiert, dass danach abgeurteilt werden kann. Die Piraterie gehört da nicht dazu, sie müsste erst eingeführt werden. Es müsste zudem verdeutlicht werden, warum ausgerechnet Piraterie einer internationalen Gerichtsbarkeit unterliegen soll, denn es gibt noch andere schlimme Verbrechen in der Welt, die bislang vor dem *ICC* nicht abgeurteilt werden können. Die Einbeziehung der Piraterie in die Straftatbestände, für welche der *ICC* zuständig ist, wäre vermutlich schwer zu vermitteln, vor allem vor dem Hintergrund, dass die USA sich bislang weigern, überhaupt an diesem Gericht mitzuwirken. Sie haben die stärksten Seestreitkräfte der Welt – noch jedenfalls -, und von daher würde die Sache von vornherein hinken, wenn wir eine Lösung anstreben, bei welcher dieser Staat nicht einbezogen wäre, der am ehesten in der Lage ist, eine „Poizeifunktion“ auf den Meeren auszuüben.

Kommen wir jetzt zum Hamburger Seegerichtshof. Der würde sich vermutlich freuen. Nicht nur, weil es für Hamburg schön wäre, etwas Abenteuer zu bekommen, sondern darüber hinaus, weil das Gericht bedauerlicherweise darunter leidet, dass es nicht immer so beschäftigt ist, wie es notwendig wäre, um sein Renommee zu steigern. Piraten – derer gibt es viele, und dementsprechend möglicherweise viele Verfahren. Aber das hieße auch, dass eine Kompetenz geschaffen werden muss, die das Gericht im Augenblick nicht hat. Dafür wäre eine Änderung der Regeln, auf denen dieses Gericht beruht, also in erster Li-

nie durch die Änderung der Seerechtskonvention aus dem Jahr 1982, notwendig. Und das fürchten alle, denn es ist nicht der einzige Punkt, wo die Seerechtskonvention möglicherweise defizitär ist. Wenn man dieses Fass einmal öffnet, dann wollen andere vielleicht in weiteren Bereichen, wie z.B. Meeresboden, Änderungen vornehmen.

Eine Möglichkeit wäre natürlich, ein solches Gericht über einen Sicherheitsratsbeschluss einzurichten. Wir haben bereits über Beschlüsse des Sicherheitsrats Gerichte für Ruanda in Arusha, für Jugoslawien in Den Haag geschaffen. Als Jurist muss ich allerdings sagen, dass es unbefriedigend ist, dass der Sicherheitsrat mit den fünf ständigen Mitgliedern, die da natürlich tonangebend sind, zum Weltgesetzgeber und zum Urheber der Gerichtsbarkeit der Welt werden soll. In den genannten Fällen wurden die Gerichte spezifisch nur für ein bestimmtes Ereignis eingerichtet. Insbesondere war von vornherein gedacht, dass diese Gerichte eine Verfallszeit haben. Wir nehmen an, die Piraterie in Somalia ist mehr als eine Eintagsfliege. Morgen wird sie vielleicht in Nigeria sein und dann wieder auf Straße von Malakka oder an einem anderen Ort der Welt, wo es sich sonst noch lohnt, Schiffe zu überfallen. Ich spreche nicht vom Nord-Ostsee-Kanal – soweit ist es noch nicht... Dann muss man sich fragen, ob es der richtige Ansatz ist, über den Sicherheitsrat zu gehen. Zudem verspreche ich mir auch von diesem Weg nicht zu viel, da die Bereitschaft der Staaten zur juristischen Aufarbeitung der Piraterie bislang zu wünschen übrig lässt und es nicht zu erwarten ist, dass die Sicherheitsratsmitglieder sich des Themas beherzter annehmen werden. Es ist eine gewisse Diskrepanz zu beobachten zwischen dem Willen der Staaten, ihre Marineeinheiten zu stationieren und ihrem sehr starken Unwillen – und hier handelt sich hier nicht nur um Zurückhaltung – die rechtlichen Konsequenzen zu ziehen.

Friederichs: Dr. Hartwig sagte gerade, es wäre schön für Hamburg, wenn es der Seegerichtshof werden sollte. Was glauben Sie, Dr. Stehr, hat Hamburg daran ein Interesse und was wären die rechtlichen Folgen, wenn Piraten in der Hansestadt vor Gericht stünden?

Stehr: Nun bin ich kein Hamburger, aber die Aussicht, Piraten in Fuhlsbüttel zu haben, ist sicherlich nicht unbedingt des Hamburger Bürgermeisters Lieblingsvorstellung. Zwei Jahrzehnte *UN*-Diplomatie wären wahrscheinlich nötig, das Seerechtsübereinkommen weiter zu entwickeln und zumindest von einem Teil seiner Schwächen zu befreien. Die Piraterie wird auch dann noch da sein und sicherlich wäre das ein lohnendes Ziel, doch haben wir die Probleme heute. Und das heißt, wir müssen heute Lösungen finden. Das Abgabeabkommen, das die *EU* mit Kenia abgeschlossen hat, ist auch eine dieser Lösungen. Die *NATO* hat übrigens kein solches Abkommen. Deswegen ist diese *NATO-Taskforce*, die jetzt dort tätig wird, ein zahnloser Tiger: Die müssen sich wirklich auf die reine Gefahrenabwehr beschränken, nämlich das Suchen von Verdächtigen oder das Abwehren von Angriffen, Aufnehmen von Informationen. Und hinterher lässt man die Leute wieder laufen – eine relativ unbefriedigende Situation. Aber immerhin ein Mittel um Druck aufzubauen und den Piraten gewisse Schwierigkeiten zu bereiten. Man muss ja auch überlegen, mit welchen Mitteln wir arbeiten und was für Mandatierungen wir haben. Daran muss man Erfolge messen.

Davon mal abgesehen: Wenn Taten bereits weit fortgeschritten sind, hat man natürlich auch klassische Tatbestände, also

die üblichen Delikte gegen Leib und Leben wie Freiheitsberaubung, Erpressung und ähnliche Tatbestände, die man zur Anwendung bringen kann. Zusätzlich besteht aber natürlich wieder das Problem mit dem internationalen Raum, dem Geschehen in internationalen Gewässern, was wir nicht vergessen dürfen. Deswegen ist Piraterie als Tatbestand so wichtig.

Hartwig: In Deutschland haben wir kein allgemeines Weltrechtsprinzip. Wenn also ein Franzose in Großbritannien einen US-Amerikaner umbringt, ist der deutsche Strafrichter dafür nicht zuständig. Dasselbe gilt natürlich auch für den Somali, der einen Chinesen irgendwo auf Hoher See umbringt. Der Mord für sich genommen ist nicht Piraterie. Das ist klassischer Mord nach dem StGB und in Deutschland nicht strafbar. Nach dem Weltrechtsprinzip kann in Deutschland nur ein Eingriff in den Schiffsverkehr im Sinne des § 316 c StGB bestraft werden; der Begriff Piraterie findet sich im Strafgesetzbuch nicht, doch fällt Piraterie unter die genannte Bestimmung. In Europa handeln wohl nur drei Staaten die Piraterie nach dem Weltrechtsprinzip ab. Dazu gehören neben Deutschland (§ 316c StGB) auch die Niederlande. Die Dänen machen das nicht, die Franzosen machen das auch nicht. Letztere haben übrigens bereits Schwierigkeiten – der französische Präsident Sarkozy hatte in einem Husarenstreich einige Piraten im Fall *Ponant*¹ festnehmen und nach Frankreich bringen lassen. Nun ist die Sache vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Das Hauptproblem ist jetzt nicht mehr die Piraterie, sondern die möglicherweise mit ihrer Verfolgung verbundenen Menschenrechtsverletzungen. Die von den Franzosen festgenommenen Piraten sind jetzt wegen Diebstahls und Geiselnahme angeklagt. Aber irgendwie passt das so nicht ganz. Das zeigt, wie defizitär die Sache ist.

Um kurz auf Kenia zu kommen: Die EU hat im Rahmen der *Atalanta*-Mission einen etwas merkwürdigen Briefwechsel geführt, der sich lange hingezogen hat und im März dieses Jahres geschlossen wurde. Man muss wohl zum Hintergrund sagen, dass von europäischer Seite gewisse Vorleistungen gemacht worden sind und noch Nachleistungen gemacht werden. Dazu zählt, dass die Küstenwache mit Schiffen ausgerüstet, Gefängnisse bezahlt und sonstige Infrastrukturen geschaffen wurden, um Piraterie zu bekämpfen und damit natürlich auch die Macht des kenianischen Staates zu erhöhen. Wenn man sich aber dieses Abkommen bzw. diesen Briefwechsel, der einen Vertrag darstellt, anschaut, dann führt die europäische Seite gewissermaßen den Kenianern die Feder, wie sie mit Piraten umzuspringen haben. Da steht natürlich drin, dass die Menschenrechte zu achten sind. Das kann man noch verstehen, denn das wollen wir ja auch. Aber da steht auch drin, dass Prozesskostenhilfe zu leisten ist, wenn die Leute sich keinen Anwalt leisten können. Das ist zu erwarten, weil die Leute häufig aus Hunger Piraten werden. Auch, dass Mindeststandards in den Gefängnissen aufrecht zu erhalten sind und die Todesstrafe nicht angewendet werden darf. Das ist ein Eingriff in das materielle Strafrecht von Kenia. Man muss sich einmal umgekehrt vorstellen, dass afrikanische Staaten kommen und uns vorschreiben würden, wie wir unsere Prozessordnung oder unser Strafgesetzbuch mit den Regeln über die Strafvollstreckung anwenden sollen. Das erscheint mir merkwürdig. Überspitzt kann man das europäische Vorgehen einen postkolonialen Ansatz nennen. Die europäischen Staaten verbringen die Piraten in den Süden und lassen sie in Kenia wie unseren Giftmüll fallen und sagen,

dass man damit nichts zu tun haben möchte. Das ist nicht unproblematisch, auch aus menschenrechtlichen Gesichtspunkten.

Wir klagen Kenia an, dass sich dort die Prozesse unendlich lange hinziehen – zehn Jahre sitzen Festgenommene oft im Gefängnis, bevor sie vor einen Richter gelangen. Jetzt kommen wir mit den Piraten, die wir von außen hinbringen, die zum Teil gar nichts mit Kenia zu tun haben und mit denen Kenia nichts zu tun haben will, und fordern eine bevorzugte Behandlung der Piraten. Erstens müssen sie bessere Gefängnisbedingungen bekommen und zweitens müssten sie sofort vor Gericht gestellt werden. Der erste Prozess, wo die Deutschen wohl neun Leute abgeliefert haben, soll – was ja erfreulich ist – in ein paar Tagen zu Ende sein. Aber: Wer musste da eigentlich warten? Bilden wir hier sogar auf der einen Seite eine *Fast-Track-Judication* für die Piraten und lassen auf der anderen Seite die eigenen Kenianer, sozusagen die Normalkriminellen, verdursten?

Jenisch: Nur zwei Zwischenrufe dazu. Es macht das Wort vom *African Guantanamo* die Runde. Kenia sei eine Abladestelle, die durch „Justizflucht“ aus Deutschland und der EU erst ermöglicht wird. So kann man es auch sehen. Und ich würde nochmals ein Argument für Hamburg bringen: Hamburg hat natürlich ein historisches Argument: Störtebeker ist hier verurteilt und hingerichtet worden. Daran könnte man anknüpfen...

Friederichs: Obwohl ich als Historiker sagen muss, dass es keine Beweise dafür gibt, dass Störtebeker in Hamburg hingerichtet wurde, sondern nur Hinweise. Ob er wirklich auf dem Grasbrook enthauptet wurde, lassen wir dahingestellt. Aber Hamburg hat natürlich eine große Tradition in der Piratenbekämpfung. Und da schließt sich gleich meine nächste Frage an: Prof. Jenisch, Sie haben das Seerechtsübereinkommen erwähnt und Art. 105 SRÜ. Warum landet denn kein Pirat, den die Deutsche Marine vor der somalischen Küste festsetzt, vor einem deutschen Richter, ob nun in Hamburg, Bremen oder Berlin? Die Möglichkeit dazu, haben Sie gesagt, bestünde.

Jenisch: Die Ursachen dafür liegen in dem deutschen Mandat für *Atalanta*. Da steht drin, dass man in erster Linie die humanitären Nahrungsmitteltransporte nach Somalia, in zweiter Linie die Schifffahrt unterstützen und schützen will, und nur, wenn manifeste deutsche Interessen verletzt sind, würde man zu einer Strafverfolgung in Deutschland greifen. Was sind manifeste deutsche Interessen? Der Angriff auf einen deutschen Marinetanker, ein Kriegsschiff bzw. ein deutsches Staatsschiff, ist nicht als Angriff auf deutsche Interessen gewertet worden. Darüber entscheidet ein Ausschuss von Abteilungsleitern aus den betroffenen Berliner Ministerien. Diese entscheiden im Einzelfall. Der Kommandant des ergreifenden Kriegsschiffs muss am Telefon warten, bis dieser Ausschuss zusammentritt und dann feststellt, ob deutsche Interessen berührt oder verletzt sind. Im Falle des Todes eines deutschen Staatsbürgers würde man wohl um eine Strafverfolgung in Deutschland nicht umhinkommen, obwohl man es gerne täte.

Hartwig: Auch da muss ich etwas pointiert sagen: Da gewinnt man den Eindruck, dass der Kampf zwischen den Ministerien in Deutschland zum Teil heftiger geführt wird als

¹ Anm. der Red.: Festnahme mit dem Lösegeld flüchtender Piraten durch die französische Armee im Frühjahr 2008.

der zwischen den Marineeinheiten und den Piraten. Es gibt auf der einen Seite das Auswärtige Amt, das Innenministerium und das Verteidigungsministerium, die ganz klar sagen: „Wir wollen die nicht hier hochbringen“. Und auf der anderen Seite steht das Justizministerium, das sagt: „Doch, wir sind die einzigen, die einen rechtsstaatlichen Prozess garantieren können“. Diese bekriegen sich, und das geht richtig zur Sache. So ist mir von gut unterrichteten Kreisen aus dem Amtsgericht Hamburg gesagt worden, es sei soweit gewesen, dass der fertige – ob unterschriebene, kann ich nicht sagen – Haftbefehl gegen die ersten von Deutschen Marineeinheiten festgenommen Piraten ausgestellt wird. Und dann kam zum Glück *Atalanta* dazwischen und sagte „Nein, die bringen wir nach Mombasa“. Aber dahinter stand eben der Kampf zwischen den Ministerien, der sich entsprechend lang hingezogen hatte. Und zudem stellt sich bei einer nationalen Verurteilung die Frage: Wie kriegen wir die Piraten denn wieder in ihr Heimatland? Sie können schnell behaupten, dass sie in Somalia verfolgt werden. Da gibt es keine Staatsgewalt, da ist gewissermaßen jeder Verfolger. Ich will nicht in die Einzelheiten des Flüchtlingsrechts einsteigen, aber diese Schwierigkeiten will man nicht. Und viele Piraten wären wahrscheinlich glücklich, wenn sie hier sein könnten – auch im regnerischen Hamburg.

Stehr: Der politische Wille dominiert die Rechtsauslegung, das kann man kurz und knapp so formulieren. Vor dem Asylantrag hätte ich nicht so viel Angst – das dauert ein paar Jahre und dann ist der abgelehnt, denn politische Verfolgung wird kaum ein Pirat belegen können. Was ich am meisten fürchte, ist der Einsatz der somalischen Exilgemeinde in Frankfurt. Es findet sich garantiert früher oder später eine junge Frau mit Duldungsrecht und dann haben wir die Jungs wirklich hier, mit Aufenthaltsrecht. Das Verfahren ist in der Realität ein bisschen komplizierter, aber es ist eines der Probleme, das wir uns natürlich nicht einhandeln wollen.

Ich möchte zudem ein gutes Wort für Kenia einlegen: Anfang der 90er-Jahre gab es einen Parlamentsbeschluss, dass die Todesstrafe nicht mehr angewendet wird. Den hat das Kenianische Parlament vor zwei Jahren sogar erneuert. Und man sollte auch würdigen, dass hier eine Entwicklung da ist, die vielleicht auch an alte Kolonialtraditionen im guten Sinne anknüpft. Denn im Grunde genommen finden hier, auch im Strafverfahren, rudimentäre Elemente des englischen Rechts Anwendung. Dennoch wird das ganze auf afrikanische Weise durchgeführt: Gefängnisse mit Massenunterkünften, 160 Menschen auf engstem Raum, Schlafplatz gerade mal so groß, dass es für die Schulterbreite reicht, etc. Das sind natürlich Umstände, die wir nicht unbedingt goutieren. Dennoch ist es für Menschen mit afrikanischem Hintergrund, also auch Somalis, unter Umständen ein wahrer Segen, in so einem Ding zu sitzen. Denn das bedeutet immerhin regelmäßige Versorgung mit Speis und Trank und man muss nicht mehr täglich darum bangen, ob man morgen noch etwas zum Leben, zum Beißen hat. Ich möchte hier kein Loblied singen auf kenianische Gefängnisse, aber ich denke, wenn die Somalis auf See rausgehen, machen sie das, um ihre Freiheit in irgendeiner Form zu bewahren. Es kommt ihnen darauf an, ihre Position zu verbessern und nicht in einem Gefängnis zu enden.

Friederichs: Bevor die Tinte unter dem Auslieferungsabkommen mit Kenia trocken war, habe ich in Hamburg mit einem Staatsanwalt telefoniert, der die Ermittlungen aufneh-

men sollte. Dieser sagte, er wisse gar nicht genau, wie das gehen soll: Muss er jetzt ins Flugzeug steigen, nach Dschibuti fliegen und dann irgendwie noch fristgerecht versuchen, die festgesetzten Piraten vor einen deutschen Haftrichter zu bringen? Es waren zahlreiche rechtliche Probleme, die er sah. Waren die deutschen Ministerien und Behörden nicht vorbereitet? War man überrascht, als die Piraten auf einmal an Bord waren und fragte sich dann, wohin nun mit den Gefangenen?

Stehr: Ich meine, da ist immer eine gewisse politische Verdrängungstaktik dagewesen. Man hat sich sicherlich nur bedingt auf diese Dinge vorbereitet. Ich kann mir auch vorstellen, dass zuständige Staatsanwaltschaften sicherlich Besseres zu tun hatten, als vorher monatelang Seminare zu diesem Thema abzuhalten.

Hartwig: Wobei ich mir erlaube, etwas zu korrigieren: Es ist kein Auslieferungsabkommen, das geschlossen worden ist, sondern eben ein Abkommen, das sicherstellt, dass die kenianischen Behörden gewillt sind, die übergebenen Personen vor Ort abzuurteilen. Das ist insofern ein wesentlicher Punkt, weil Auslieferungsverfahren förmliche Verfahren sind und dort auf bestimmte Dinge, auch auf Geschehen im menschenrechtlichen Bereich, geachtet wird. Hier wird nicht der Begriff der Auslieferung verwendet, sondern *transfer*. Das ist etwas informelles, so dass unklar ist, was bei diesem *transfer* zu beachten ist – inwieweit beispielsweise bestimmte Kontrollen menschenrechtlicher Art stattfinden. Man muss auch sehen, dass hier ein gewisses Bemühen da ist, solche Sachen informell zu handhaben, auch um sich rechtlichen Bindungen zu entziehen. Was auch ein Problem ist: Wie weit Personen, welche festgenommen worden sind, dann auch an Bord eines Schiffes Grundrechte genießen. Es gibt auch völkerrechtliche Rechtsprechung zu diesen Fragen, die man möglicherweise anwenden kann.

Stehr: Für Kenia ist die Behandlung der Piraten zudem eine politisch und praktisch heikle Frage. Man muss bedenken, dass es im Nordosten Kenias große somalische Flüchtlingslager gibt. In den großen kenianischen Städten im Inneren des Landes leben viele wohlhabende Somalis. Und es gehen jede Menge Waffen und anderes Material über diese grüne Grenzen in den Norden, rauf nach Somalia. Für Kenia ist das eine ausgesprochen brisante Geschichte und die somalische Bürgerkriegspartei *Al-Shabab*, die im Süden des Landes herrscht, hat bereits mit Terroranschlägen gedroht.

Menschenrechtliche Hürden bei der Verurteilung in Kenia

Friederichs: Prof. Jenisch, Dr. Stehr hat hier die kenianischen Gefängnisse verteidigt. Die kenianische Justiz steht jedoch nicht unbedingt für eine faire, objektive Rechtsprechung. Zumindest *Amnesty International*, *Human Rights Watch* und andere Menschenrechtsgruppen rügen immer wieder die Regierung des ostafrikanischen Landes. Finden Sie es vertretbar, dass Deutschland von Bundeswehrsoldaten festgesetzte Piraten an einen solchen Drittstaat übergibt?

Jenisch: Ja, ich denke, das haben die Berliner Juristen wasserdicht gemacht. Es ist eine bequeme Lösung, die sich reiche Staaten leisten können – es wird ja auch dafür bezahlt. Formal werden die Menschenrechte durch diesen Briefwechsel garantiert. Jetzt gibt es zusätzlich ein Übereinkommen mit den Seychellen, in dem es anders geregelt ist: Man darf dort nur

die Piraten abliefern, die man in der Seychellischen Wirtschaftszonen aufgegriffen hat, während wir in Kenia Piraten jeglicher Provenienz abliefern dürfen. Ich würde sagen, das ist zulässig, aber nicht schön und es ist auch kein Dauerzustand. Und gerade Kenia hat einen schlechten Ruf, was seine Gefängnisse angeht. Bei den letzten Unruhen vor wenigen Jahren hat es Tausende von Toten gegeben, die überwiegend in Polizeigefängnissen ums Leben gekommen sind. So weit her mit der Justiz kann es da nicht sein. Wenn das im Bundestag, beispielsweise durch kleine Anfragen, problematisiert würde, müsste das Auswärtige Amt in Erklärungsnot kommen.

Hartwig: Wenn ich ergänzen darf: Wir werfen Kenia auch vor, dass die Justiz korrupt ist. Nun gehen wir hin, geben ihnen Geld und kaufen Gerechtigkeit. Man muss sich die Frage stellen, ob wir eigentlich dabei helfen, die Idee, dass Gerechtigkeit und Geld zwei getrennte Dinge sind, zu stärken? Zudem steht in dem Briefwechsel, der den Inhalt des Abkommens darstellt, dass das Prinzip der Unschuldsvermutung gilt. Nun liefern die Europäer die Piraten an und erwarten natürlich, dass sie verurteilt werden. Die Kenianer sollen die Unschuldsvermutung dort aufrecht erhalten, wo die Europäer sagen: „Jetzt bringen wir euch die Piraten“. Dann sollen die Kenianer einen fairen Prozess betreiben und ihre Urteile auf Beweismittel stützen. Gleich beim ersten Fall, in dem die Deutschen Piraten angeliefert hatten, war es so, dass sie die vorschriftsgemäß sichergestellten Waffen über Bord geworfen hatten. Sie haben völlig korrekt gehandelt, da man nicht weiß, welche Vorgeschichte die Waffen haben und ob sie nicht vielleicht von selbst losgehen. Doch dann fragen die kenianischen Richter: „Wo sind nun die Beweismittel? Hier könntet ihr ja jeden anbringen. Wenn ihr noch nicht einmal die Gewehre habt, dann reicht uns das nicht aus.“ Das heißt, dass jedenfalls zu diesem Zeitpunkt die Marinesoldaten weder darauf geschult noch ausgerichtet waren, Beweise gerichtsverwertbar zu sichern. Das heißt, es bedarf jetzt einer genauen Absprache zwischen den kenianischen Richtern und den Marineeinheiten, welche Beweismittel zulässig sind. Wird eines Tages bei der Piraterie der Videobeweis gelten – der beim Fußball aber ausgeschlossen bleibt? Angesichts der Manipulationsmöglichkeiten, die ich der deutschen Marine nicht unterstelle, muss man sich dennoch fragen, ob das heutzutage ein zulässiges Beweismittel ist. Hinzu kommt dann natürlich das Beweisproblem: Wenn fünf bis zehn Skiffs um einen Riesentanker fahren und man nicht weiß, welches gerade nahe ist und versucht, den Entershaken zu werfen, wer ist es dann gewesen? Das ist nicht so einfach, wie viele es sich vorstellen. Da wird es wahrscheinlich noch Verbesserungen geben, aber noch ist manches sehr rudimentär.

Prozessuale Hindernisse der Pirateriebekämpfung

Friederichs: Dr. Stehr, sie sind der Marine-Experte. Sind die Soldaten an Bord der Fregatten nicht in der Lage, Beweise so sicherzustellen, dass die kenianische Justiz damit etwas anfangen kann?

Stehr: Die Soldaten sind dazu zunächst einmal gar nicht ausgebildet. Diese Defizite sind allerdings dadurch ein wenig behoben worden, dass man die Feldjäger mit an Bord hat. Mittlerweile hat man natürlich auch Erfahrungen gesammelt. Wenn Sie eine fremde Waffe an Bord nehmen, dann haben Sie natürlich eine gewissen Sicherstellungs- und Eigenschutzpflicht. Sie können keine unkalkulierbare Gefahr ein-

gehen. Man kann aber diese Waffen untersuchen, ggf. die gefährlichen Teile aussondern, den Rest behalten. Dann ist natürlich der Beweis durch konventionelle, also nicht digital manipulierbare Fotografie, eine Möglichkeit. Der Videobeweis scheidet weitgehend aus. Das nutzen die Piraten auch gerne aus: Sie setzen den Bordhubschrauber ein, um einen akuten Angriff abzuwehren. Das erste, was die Piraten machen ist, die Kalaschnikow, die Panzerfaust, aber auch die Leitern, die Seile und die anderen Sachen über Bord zu werfen. Das haben Sie alles auf Video und können es sich nachher angucken, aber als Beweismittel vor Gericht taugt es nicht. Es reicht nur so weit, dass man sagen kann, dass es tatsächlich Piraten gewesen sind. Es gab zwar auch dreiste Leute, die behaupteten, sie würden mit diesen Gegenständen fischen gehen, aber es kann nun wirklich niemand ernsthaft glauben, dass das die neue Variante der Dynamit-Fischerei sei. Nur ist der gerichtsfeste Beweis noch eine andere Sache. Andererseits ist auch jeder Polizeibeamte in dieser Situation: Der nimmt irgendjemanden fest, sichert erst einmal die Fakten und gibt diese dann weiter an die Staatsanwaltschaft. Die Unschuldsvermutung gilt ja auch da, selbst wenn der Polizeibeamte sich hundertprozentig sicher ist, denjenigen vor sich zu haben, der die Tat begangen hat. Dieses Problem haben sie überall, nicht nur auf See. Aber hier wird es zusätzlich durch die äußeren Umstände kompliziert.

Hartwig: Es kommt noch etwas dazu: Der Zeugenbeweis ist natürlich für Kenia nicht nur zulässig, sondern auch höchst erwünscht. Und wenn Sie sich den Aufwand und die Kosten ansehen, um den Kommandanten des ersten Schiffes, bei dem die Piraten ergriffen worden sind, aus Manila nach Kenia zu bringen, ist das für ein Land wie Kenia natürlich auch etwas merkwürdig: Diese ungeheuerlichen Ausgaben, die hier in Kauf genommen werden, um Piraten zu verurteilen, die dann für sechs, sieben Jahre ins Gefängnis kommen - und auf der anderen Seite warten wegen Mordes angeklagte Personen zehn, zwanzig Jahre im kenianischen Untersuchungsverfahren, ohne dass es zur Anklage kommt. Hinzu treten die Schwierigkeiten beim Zeugenbeweis. Wenn die Seeleute, die als Zeugen dienen sollen, zudem mehr als eine Woche an Bord ihres Schiffes fehlen, und die Zeugen müssen eben weite Wege, insbesondere von den Philippinen, zurücklegen, dann verlieren sie ihre Arbeitsverträge. Dann sind sie für ein halbes Jahr arbeitslos, bis sie den nächsten Vertrag abschließen können. Das sind Probleme, die man vor Augen haben muss, denn der Umstand, dass jemand als Zeuge nach Mombasa fliegt, ist für den anstellenden Reeder ziemlich irrelevant. Der will Leute haben, die zur See fahren und nicht in Mombasa Aussagen machen.

Friederichs: Wo wir dann wieder in Kenia wären. Prof. Jenisch, Sie haben gesagt, dass Kenia der EU und auch der Bundesregierung zugesichert habe, einwandfreie rechtsstaatliche Verfahren gegen die mutmaßlichen Piraten zu betreiben. Da fragt sich natürlich: Wer soll das überprüfen?

Jenisch: Man muss ergänzen, dass eine der Bedingungen in dem Briefwechsel war, dass die Deutschen das Recht haben, an den Prozessen teilzunehmen und Prozessbeobachter zu entsenden. Der Botschafter hat bei dem ersten Prozess bereits auf der Zuschauerbank gesessen. Im Übrigen ist es aber ungerichtet.

Ich möchte bei der Gelegenheit aber einen anderen Fall in Erinnerung rufen: Indien hat Erfahrung mit Piraten, auch mit

deren Verurteilung. Es gab den Fall *Alhondra Rainbow*, wo Indien indonesische Piraten festgenommen, in Indien verurteilt und dort auch ins Gefängnis geworfen hat. Diese Leute haben Strafen zwischen fünf und sieben Jahren erhalten – in Indien, wo Gefängnisse auch kein Vergnügen sind. Gegen Ende der Zeit, zu der sie begnadigt werden konnten, also nach etwa vier Jahren, haben die Piraten um Asyl gebeten. Die indischen Behörden hatten ihnen geantwortet: Wir sind bereit euch zu begnadigen bzw. die Reststrafe zur Bewährung auszusetzen unter der Bedingung, dass ihr das Land verlasst. So ist es dann geschehen. Indien ist diese Leute wieder los geworden und die Asylgefahr wurde abgewendet.

Im Übrigen glaube ich, dass Kriminelle grundsätzlich kein Asylrecht genießen sollten. Meines Wissens wird Asyl auch nur gewährt, wenn die Personen in ihrem Heimatland politisch verfolgt oder mit menschenrechtswidrigen Strafen rechnen müssen. Die Asylgefahr ist also von unseren Behörden vorgeschoben, mit der Asylangst wird gespielt.

Trennungsgebot

Friederichs: Ich möchte einen Aspekt nicht unbehandelt lassen, den Prof. König in Ihrer Einleitung angesprochen hat: Das Problem, dass die deutschen Soldaten vor Somalia manche Aufgaben übernehmen, für die hierzulande die Polizei zuständig ist. Dr. Stehr, befürchten Sie hierbei eine schleichende Aufweichung des Trennungsgebots?

Stehr: Über das Trennungsgebot könnte man lange streiten. Ich halte das für eine hochgebauchte und überzeichnete Figur, die nicht so klar im Verfassungsrecht gezeichnet ist. Was dort draußen geschieht, ist Gefahrenabwehr. Kann man das aber überhaupt noch als reine polizeiliche Gefahrenabwehr bezeichnen, wenn man großflächig Seeflächen überwachen muss und man es mit militärisch ausgerüsteten sowie teilweise auch militärisch erfahrenen Personen zu tun hat? Dies ist ausgesprochen fraglich. Die Boote unserer Bundespolizei See wären für so etwas überhaupt gar nicht geeignet. Die haben nichts an Bord, das man für die Piratenbekämpfung wirklich gebrauchen könnte. Außer tragbaren Handfeuerwaffen bis hin zum tragbaren Maschinengewehr haben die nichts. Sie haben noch nicht mal ein schweres MG mit Kaliber 12,7 mm, so eine Waffe wäre schon ein Wort. Und so etwas bräuchten sie, um auf 300, 400 Meter zielsicher Schaden anrichten zu können.

Friederichs: Aber das sind ausschließlich praktische Gründe.

Stehr: Das sind praktische Gründe, aber damit sind wir mitten im Problem. Zudem ist die Bundespolizei See überhaupt nicht in diesem Seegebiet unterwegs. Wir stehen da vor einem ähnlichen Problem wie zuvor z. B. bei *Enduring Freedom*. Das ist ja auch eine klassische Polizeiaufgabe, die wir durch die Bundeswehr wahrnehmen. Drogenschmuggel, Waffenschmuggel verhindern, das machen wir bereits seit 2002 in dieser Seegegend, ohne darüber diskutiert zu haben. Denn wir hatten dort den Rettungsanker „Kampf gegen den Terrorismus“, an dem wir aus verschiedenen Gründen - meist mentaler Art und nicht unbedingt argumentativer Art - mitmachen mussten. Denn, ganz unter uns, irgendetwas gefunden haben unsere Leute dort nie. Sie haben zwar viele Schiffe gefilzt, aber Menschenschmuggel gibt es nach wie vor zwischen Somalia und Jemen. Waffentransporte kommen nach wie vor auf allen Wegen, auch über die See, in rauen Mengen nach Somalia. Zum Thema: Wenn sie eine solche Maßnahme

durchführen wollen, brauchen Sie die passenden Mittel dafür. Und es ist die Marine, die diese Mittel bereitstellt. Deshalb müssen sie diese Trennung jetzt aufbrechen. Wo sie früher die Polizei zur Bekämpfung der Kriminalität und die Streitkräfte zur prospektiven Abwehr von Bedrohungen des Bundesgebietes hatten, war eine klare Trennung. Aber in den Sicherheitsbedrohungen, wie sie sich heute ergeben – internationaler Terrorismus, Proliferation – ist diese Trennung nicht mehr so klar zu sehen.

Notwendigkeit einer Grundgesetzänderung

Friederichs: Muss dann aber nicht, Dr. Hartwig, das Grundgesetz geändert werden?

Hartwig: Es stellte sich in der Tat die Frage – und bei der Antwort würde ich polemisch werden: Schaffen eigentlich die Möglichkeiten das Recht und die Kompetenz? Weil die Marine weiter schießen kann und starke Boote hat, darf sie dorthin fahren? Natürlich sage ich auch mit Deutlichkeit: Wir dürfen keine Illusionen darüber haben, dass wir in den bisherigen Militäreinsätzen mit deutschen Soldaten bereits Polizeiaufgaben wahrnehmen. Das ist so in Afghanistan, in der *ISAF*. Dort werden Personen festgenommen und afghanischen Behörden übergeben. Die deutschen Streitkräfte treffen zwar keine Strafmaßnahmen, aber das Übergeben ist eine Polizeiaufgabe. Das ist auch so bei der *KFOR*. Es ist auch vorgesehen in Afghanistan im Rahmen der Operation *Enduring Freedom*, in deren Rahmen wir aber derzeit keine Landstreitkräfte operieren lassen.

Aber, da hat Dr. Stehr völlig Recht, wird die Frage der Zuständigkeit der Streitkräfte für Polizeimaßnahmen in den genannten Ansätzen nicht mit der gleichen Schärfe diskutiert wie im Zusammenhang mit der Piraterie. Bei den Piraten vor Somalia liegt die Aufmerksamkeit natürlich daran, dass einige politische Gruppen die Gelegenheit nutzen und in einem Rundumschlag verfassungsrechtlich verankern wollen, dass die Bundeswehr bei jeder Gelegenheit bedenkenlos innenpolitisch eingesetzt werden und damit Polizeiaufgaben übernehmen kann. Wir haben Art. 87a GG, nach dem die Streitkräfte nur eingesetzt werden dürfen, soweit das im Grundgesetz niedergelegt ist. Bei der Einfügung dieser Vorschrift im Jahre 1968, als die Bundesrepublik noch nicht einmal in der *UNO* war, dachte man nur an den innerstaatlichen Einsatz in Erinnerung an die Weimarer Zeit. Polizeiaufgaben sollten in Deutschland auf keinen Fall durch die Bundeswehr, also durch die Streitkräfte erledigt werden. Man hat damals sicherlich nicht daran gedacht, dass die Bundeswehr jemals jenseits der Ostsee und der Nordsee mit der Marine tätig sein würde, schon gar nicht als Friedenssicherung im fernen Ostafrika.

Heute haben wir die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1994, in der es um den Einsatz von Streitkräften in Somalia und in Jugoslawien ging. Das Bundesverfassungsgericht hat das Problem, ob Auslandseinsätze unter den Verteidigungsbegriff fallen oder ob diese Bestimmung überhaupt auf derartige Einsätze anwendbar ist, umschifft, indem es gesagt hat: Wir interpretieren nicht ganz genau das, was im Art. 87a GG drinsteht, sondern sagen, dass die Bundesrepublik durch Art. 24 GG die Möglichkeit hat, kollektiven Verteidigungs- oder Sicherheitsbündnissen beizutreten. Und mit einem solchen Beitritt kann auch die Verpflichtung einhergehen, dass Streitkräfte bereitgestellt werden müssen. Wenn Deutschland diesen Bündnissen beitritt,

muss es eben auch Soldaten stellen, und der durch Art. 24 GG autorisierte Bündnisbeitritt ist dann gewissermaßen die grundgesetzliche Ermächtigung. Dann haben wir das Problem mit Art. 87a GG umschifft.

Es bleibt aber nichtsdestotrotz immer ein gewisses Unwohlsein, wenn die Bundeswehr außerhalb von Bündnissen eingesetzt wird, wenn also Art. 24 GG nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann – eine Frage, die sich allerdings im Rahmen der EU-Mission *Atalanta* nicht stellt.

Ob mit dem Vorliegen eines Bündnisauftrags auch die innerstaatlich festgelegte Trennung von Aufgaben der Streitkräfte und Aufgaben der Polizei überspielt werden kann, ist nicht abschließend geklärt. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass auch einfachrechtlich im Bundespolizeigesetz von 1994 festgehalten worden ist, dass auch bei der Kriminalitätsbekämpfung außerhalb der Territorialgewässer die Bundespolizei zuständig ist. Das steht da auch heute noch drin.

Stehr: Unbeschadet der Zuständigkeit anderer Sicherheitsbehörden!

Hartwig: Richtig, aber diese Zuständigkeiten sind nicht ausgeführt worden. Es stellt sich also die Frage, welches die Zuständigkeiten der anderen Sicherheitsbehörden sind. Daran wird gearbeitet. Teile meines Instituts argumentieren beispielsweise wie folgt: Wir haben Art. 105 SRÜ, wonach auch Seestreitkräfte gegen Piraten vorgehen dürfen. Die Konvention ist von Deutschland ratifiziert worden. Somit ist anerkannt, dass Kriegsschiffe gegen Piraten vorgehen können. Diese Befugnis wird gleichzeitig zum Völkergewohnheitsrecht erklärt und genießt damit nach Art. 25 GG sogar Vorrang vor allem anderen Recht. Das klingt zunächst einmal klasse, und als guter Anwalt würde man das natürlich so sehen. Wir haben nach dem deutschen Verständnis des Rechtsstaates allerdings die strenge Trennung von Aufgabe und Befugnis. Neben der Aufgabe bedarf es der Erteilung der Befugnis, diese auszuführen. Man wird sicherlich sagen müssen, dass die Seerechtskonvention Aufgaben überträgt, aber man kann nur schwer behaupten, dass die Seerechtskonvention die innerstaatliche Befugniserteilung vornimmt, genauso wenig wie die *UNO* das tut. Daher kann das Bundesverfassungsgericht auch für zulässig erachten, bewaffnete Streitkräfte im Bündnis zur Verfügung zu stellen, aber ob ein Parlamentsvorbehalt besteht oder nicht – was ja eine Frage der Zuständigkeit ist – ist eine rein verfassungsrechtliche Frage, die kein einziger internationaler Vertrag erübrigen kann. Von daher kann ich der Argumentation, dass sich unmittelbar aus der Seerechtskonvention eine Befugnis zum Einsatz der Bundeswehr da draußen ergebe, nicht folgen. Man kann natürlich argumentieren, dass das in Deutschland etwas kleinkariert geregelt sei, beruhend auf der Weimarer Erfahrung, die sich ja wesentlich auf die Trennung zwischen Polizei und Streitkräften im Inneren bezieht. Diese feinsinnigen Unterscheidungen zwischen Polizei und Streitkräften bei der Piratenbekämpfung lassen sich – das sage ich mit aller Deutlichkeit – nach außen nicht vermitteln, aber das ändert nichts an der Rechtslage. Wenn man korrekt vorgehen wollte, müsste man das GG ändern und die Streitkräfte für die Kriminalitätsbekämpfung auf hoher See für zuständig erklären. Damit würden sich allerdings, wie schon gesagt, bestimmte Kreise, die noch andere Begehrlichkeiten haben, nicht zufrieden geben. Die würden die Bundeswehr gerne auch bei Fußballspielen einsetzen, was der Grund ist, warum diese Büchse der Pando-

ra nicht geöffnet wird. In Bezug auf *Atalanta* wird von der Bundesregierung gesagt: Wir handeln im Rahmen eines Verteidigungsbündnisses, und damit kann es auf Art. 87a GG und das darin enthaltene Prinzip der Trennung von Aufgaben der Streitkräfte und Aufgaben der Polizei nicht ankommen. Die Regierung sieht sich in Gefolge der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf sicherem Boden.

Stehr: Ich möchte Ihrer Polemik eine Polemik hinzufügen, die mir vor ein paar Wochen entgegen geschleudert wurde: „Wenn mir mein Segelflugzeug geklaut wird, rufe ich doch auch nicht die Luftwaffe!“ So simpel ist das Ganze letztendlich aber nicht. Ich gebe Ihnen Recht, dass zwischen dem Seerechtsübereinkommen und unserem Grundgesetz ein Scharnier fehlt, eine einfachgesetzliche Befugnisnorm, die klar stellt, dass Streitkräfte bestimmte Dinge tun können. Ich meine aber, es ginge auch ohne.

Ich habe allerdings auch noch einen anderen Gedanken: Das Verständnis des Art. 87a GG ist sehr geprägt durch den Verteidigungsfall i.S.v. Art. 115a GG, also der Vorstellung massiver militärischer Angriffe auf das Bundesgebiet. Ich meine, man muss den Verteidigungsbegriff des Art. 87a GG sehr viel weiträumiger betrachten. Wenn beispielsweise jemand 1985 mit großen Flottenstreitkräften versucht hätte, unsere transatlantischen Handelsverbindungen zu kappen, hätten wir das ohne Weiteres zwar nicht als Verteidigungsfall nach Art. 115a GG angesehen, aber durchaus als Fall der Verteidigung nach Art. 87a GG. Wir hätten gesagt, dass wir unsere Nachschublinien und Handelsverbindungen schützen müssen. Verteidigung heißt ja nicht nur, das Territorium zu verteidigen, sondern auch Leib und Leben, Werte und Interesse der Menschen zu schützen. Wir haben ein ganz vitales Interesse daran, dass die Handelsströme zwischen Asien und Europa – egal ob die durch den Golf von Aden oder um Kapstadt herum fließen – aufrechtzuerhalten. Das ist im Übrigen auch globalpolitisch außerordentlich wichtig, denn die Instabilität der asiatischen Staaten würde auch auf uns zurückfallen. Für mich ist also das, was die deutsche Marine da macht, eine Sache der Verteidigung. Ich interpretiere das als Schutz unseres Interesses an stabilen und sicheren Handelsbeziehungen. Für mich ist das ein Aspekt der militärischen Verteidigung, auch wenn die Gefahrenabwehrarbeit als solche sich dann ziemlich profan ausnimmt, wenn man mit einer Fregatte von zweihundert Mann dort herumsegelt und es mit vier, fünf Männern auf Holzbooten zu tun hat, die zerlumpt, unausgebildet und mit rostigen Waffen ausgerüstet sind. Die können aber einen verdammt großen Schaden anrichten. Ich möchte nur ein Beispiel nennen: Wir erinnern uns alle an den Tanker *Limburg*, der 2002 vor dem Jemen gesprengt wurde. Was hier kaum jemand mitbekommen hat, sind die wirtschaftlichen Folgen für den Jemen. Brutto-sozialprodukt um einige Prozentpunkte gesunken, dreitausend Hafentarbeiter entlassen, Container-In- und -Output stand beinahe auf Null. Der Jemen wurde dann über Saudi-Arabien versorgt. Der Seeverkehr ist massiv eingeschränkt worden. Der Hintergrund war, dass viele Reeder jemenitische Häfen für einige Monate gemieden haben. Das lag natürlich auch daran, dass die Versicherungsprämien etwa um den Faktor zehn explodiert und damit die Transportkosten entsprechend stark gestiegen sind. Nun haben wir eine solche Entwicklung für den Golf von Aden. Im Jahre 2008 sind die Prämien stark angestiegen. Bei den Kosten für eine Reise von Shanghai nach Hamburg macht das noch nicht so viel aus,

weil Versicherungsprämien immer nur für Fahrtgebiete und nicht global gezahlt werden. Sie bezahlen also nicht wie bei der Autoversicherung eine Prämie für das ganze Jahr, sondern für die einzelne Fahrt. Das kurze Stück macht bei so einer langen Tour nicht viel aus. Es kann allerdings Folgendes passieren: Reedereien, die häufig überfallen werden, werden bestimmt Routen ganz meiden. Das verteuert in der Tat die Transportkosten, weil das Angebot schrumpft. Piratenüberfälle stellen für eine Reederei übrigens auch ganz zeitnah ein ziemlich unangenehmes Problem dar: Sie müssen ihre Leute raushauen. Wenn das nicht gelingt, bekommen die Reedereien einen schlechten Ruf und das erschwert das Anheuern von neuen Leuten. Ein Schiff, das keine Besatzung hat, fährt nicht. Sie gelangen also in des Teufels Küche. Der Seeverkehr ist in einem außerordentlich starken Maß gefährdet. Das kann man sich im Moment so noch gar nicht vorstellen, aber die Piraten sind dabei, ihre Möglichkeiten und Operationsgebiete zu erweitern. Dann können sie in der Tat unsere Seeverbindungen nach Asien gefährden. Wenn die Seestreitkräfte verschiedener Staaten in dieser Gegend nicht wären, dann hätten wir es nicht mit 200 offiziellen Überfällen in diesem Jahr zu tun – die Dunkelziffer liegt bei Faktor vier - sondern mit 1000 oder mehr. Und wir hätten es auch nicht mit 40 Entführungen zu tun, sondern mit 100, 200 oder mehr. Es sei denn, die Reedereien hätten auch reagiert und sich selbst bewaffnet. Aber das wirft wiederum Probleme des Heuervertrages der Seeleute und Probleme in der Ausbildung auf – Seeleute haben ohnehin einen sehr gefüllten Arbeitstag, da können sie nicht noch zwei Stunden Waffentraining am Tag unterbringen. Und natürlich die Frage, ob Seeleute denn bereit sind, ständig Leib und Leben aufs Spiel zu setzen. Und wenn Seestreitkräfte nicht in dieser Seegegend so etwas wie eine Verteidigungshandlung vornehmen und ständigen Schutz gewähren würden, was in der Weite der See auch nicht immer geht, dann sähe die Lage jetzt ganz anders aus.

Jenisch: Ich möchte diese wirtschaftlichen Konsequenzen nochmals unterstreichen. Der Schaden für die Weltwirtschaft geht in die Milliarden. Der ganze Asienhandel Europas und der Großteil unserer Rohstoffversorgung, nämlich Öl, geht durch den Golf von Aden, das sind insgesamt 80 Schiffe pro Tag. Wenn das Beispiel verbrecherischer Gewalt auf See Schule macht, wenn das zum Flächenbrand wird, wenn die ganze Nachbarschaft zu *failing states* wird, also nicht nur Jemen und Somalia, sondern auch zum Beispiel Kenia, Äthiopien, Dschibuti und Eritrea, dann haben wir eine neue Afghanistan-Situation, die wir kaum beherrschen können. Auch die Schäden eines einzelnen Piratenüberfalls sind enorm. Ein Mehrfaches der Lösegeldsumme muss aufgewendet werden, um die Vermittler und die Anwälte zu bezahlen und um die Versicherungen zwischenzufinanzieren. Die Versicherungsprämien gehen hoch, die Frachtraten werden teurer. Wir als Verbraucher bezahlen das Ganze. Wir bezahlen übrigens auch den Marineinsatz, der ungeheuer teuer ist. Ich darf daran erinnern, dass eine Fregatte 600 Millionen Euro kostet. Davon haben wir zwei bis drei da unten, dazu kommen Personalkosten und die Versorgung. Das geht auch in die hunderte von Millionen pro Jahr, die aufgewendet werden, um im Einzelfall zehn Meter lange Plastikboote zur Raison zu bringen.

Stehr: 45 Millionen Euro sind veranschlagt.

Jenisch: Ja, vor einem Jahr, mittlerweile ist es sicherlich mehr geworden. Das Ärgernis ist groß und zeigt, dass eine politische Lösung her muss. Die Bekämpfung der Piraterie ist

nur das Arbeiten an den Symptomen. Die Ursachen müssen bekämpft werden, also die Lösung an Land. *State building*, das ist die Herausforderung. Nachdem wir jetzt schon über alles gesprochen haben, erkennen wir, dass wir das Hauptproblem noch gar nicht erkannt haben.

Hartwig: Wenn ich da kurz einige Punkte rausgreifen darf. Ich stimme völlig zu, dass der Verteidigungsbegriff des Art. 87a GG mit dem von Art. 115a GG nicht übereinstimmt, sondern weiter ist. Aber man wird sicherlich nicht so weit gehen können, dass der Kampf um die Höhe der Frachtraten und die Verteidigung unter das fällt, was Art. 87a GG als Verteidigung verstehen will. Das Bundesverfassungsgericht hatte diese Schwierigkeiten bereits mit den Außeneinsätzen der Bundeswehr in Jugoslawien und in Somalia. Gerade in Jugoslawien hätte man noch eher sagen können, dass deutsche Interessen unmittelbar betroffen sind. Trotzdem hat sich das Bundesverfassungsrecht nicht darauf zurückgezogen, sondern hat eine ganz andere Konstruktion gewählt. Von daher wäre ich sehr vorsichtig damit, den Verteidigungsbegriff so weit auszudehnen und Art. 87a GG so zu verstehen. Das heißt nicht, dass ich ein Freund dieser Auslegung bin, aber das ist der Stand der Dinge, und den müssen wir zunächst einmal zur Kenntnis nehmen.

Dann kommen wir zur Frage der Effektivität. Ich meine, natürlich kommt es immer auf den Bezugsrahmen an, was effektiv ist. Ich hatte vor kurzem die Gelegenheit, an einer Tagung zur Piraterie in Freiburg teilzunehmen, wo auch Mitglieder der britischen Marine, die an der NATO-Operation *Ocean Shield* und ein Franzose, der an der *Atalanta-Mission* teilnahmen, waren. Sie haben berichtet, dass es geglückt ist, den Korridor vom Golf von Aden östlich in Richtung des indischen Ozeans weitestgehend piratenfrei zu machen. Die Marineeinheiten hatten sich auf das Gebiet fokussiert und dort ein gut funktionierendes Meldesystem eingeführt. Sie haben auch Radarbilder von der Zeit vor dieser Einrichtung dieser Einheiten, auf denen die Schiffe über den gesamten Auslauf des Golfs von Aden zu sehen waren, und nach der Einrichtung der Korridore, wo nur noch eine einzige Linie zu sehen ist, auf der ein Schiff nach dem anderen aufgereiht ist, gezeigt. Das funktioniert. Jetzt ereignet sich Piraterie im gesamten östlichen Indischen Ozean bis zu den Seychellen. Die Piraten operieren tausend Meilen von der Küste von Somalia entfernt. Zuletzt ist ein chinesisches Schiff angegriffen worden. So weit reicht nicht mal der Auftrag von *Atalanta*, der nur bis 500 Seemeilen geht. Das heißt, die Marine kann dort im Augenblick gar nicht operieren. Zum anderen sprechen die Zahlen dafür, dass wir zwar örtlich erfolgreich waren, insgesamt ist die Zahl der Piratenangriffe jedoch hochgegangen. In den letzten neun Monaten waren so viele Angriffe wie im ganzen Jahr 2008. Im Rahmen von *Atalanta* sind vier Schiffe da, von denen eines ein Versorger ist. Das sind nicht nur die deutschen Schiffe, das sind alle, die daran teilnehmen. Natürlich kommen noch die *Combined Taskforce 151*, *Ocean Shield* und die *Freelancer* dazu. Insgesamt fahren also 50 bis 60 Schiffe dort herum, auch der Iran ist übrigens beteiligt. Aber die Sicherung ist eben lokal begrenzt und jetzt frage ich mal auch das provokativ: Laufen wir jetzt nicht in die Afghanistan-Falle rein? Wir dislozieren dort Kräfte, werden uns aber fragen müssen: Wie kommen wir eigentlich aus dem Golf von Aden wieder raus? Wie lange soll der Einsatz eigentlich gehen? Die Antwort heißt dann immer *eradication of piracy*. Auf der anderen Seite sagen alle, dass

dieses Ziel nicht erreicht werden kann, wenn wir nur auf See gegen die Piraten vorgehen. Ein Erfolg kann nur durch eine Operation an Land herbeigeführt werden. Jetzt hat die *UNO* in der Resolution 1851 eine entsprechende Möglichkeit geschaffen. Einzig Australien hat eine entsprechende Absprache mit Somalia getroffen, sonst kein anderes Land. Und so eine Absprache ist notwendig, damit ein Landeinsatz erfolgen kann. Dennoch hat Australien bislang keine Soldaten dorthin geschickt, da das von den beteiligten Staaten nicht gewollt ist. Das Desaster der Amerikaner und letztlich der ganzen *UNO* von *Black Hawk Down* 1993 will keiner wiederholen. Das bedeutet, die Operation an Land wird nicht stattfinden. Somalia ist seit 20 Jahren *failed state* und wer sagt, dass das die nächsten 20 Jahre nicht so bleiben wird? Wenn wir davon ausgehen, dass der Zustand von Somalia die Ursache für die Piraterie ist, müssen wir uns darauf einstellen, in den nächsten 20 Jahre Schiffe dort zu haben. Das mag Sinn machen, oder auch nicht. Nur stellt sich vor diesem zeitlichen

Hintergrund die Frage neu: Was ist eigentlich der Zweck des Einsatzes? Ich sag jetzt mal etwas ketzerisch, dass wir sicherlich ein Positivum daraus ziehen können: Die Europäische Union übt zum ersten Mal eine Zusammenarbeit der Seestreitkräfte. Egal, wie viele Piraten gefangen werden und ob es funktioniert - wir werden da sehr viele Erfahrungen sammeln. Und das ist vielleicht auch schon etwas Gutes. Aber man sollte sich nicht der Illusion hingeben, dass am Ende alle Piraten verjagt werden sein.

Jenisch: Eine Ergänzung des Grundgesetzes für derartige Fälle des Einsatzes der Bundeswehr auf See in Situationen, wo andere Bundesdienste nicht handlungsfähig sind, ist meines Erachtens notwendig und gerechtfertigt. Es geht um die Klärstellung des Gewaltmonopols und damit um einen Kernbereich staatlichen Handelns. Soldaten, die im staatlichen Auftrag oder in Notfällen militärische Mittel - gelegentlich auch unter Einsatz ihres Lebens - einsetzen sollen, müssen Rechtssicherheit haben.

Rezensionen

Tonio Walter: Kleine Stilkunde für Juristen, Kleine Rhetorikschule für Juristen

Zahlreich sind die Klagen über die stilistische Qualität der Texte, die der „Jurist als solcher“ verfasst. Fast mag man vermuten, dass sich in diesem Lamento ein verborgener Vorzug der Sprache des Rechts offenbart: Welche Formulierung erschiene nicht gleich klarer, prägnanter, geschickter, kurzum: gelungener allein dadurch, dass man sie mit der umständlichen Pedanterie eines juristischen Textes vergliche. Gleichwohl – sich um den juristischen Sprachstil verdient zu machen, darauf zielt die „Kleine Stilkunde für Juristen“ des Regensburger Strafrechtsprofessors *Tonio Walter*. Frisch erschienen liegt sie nunmehr in zweiter, ausweislich des Vorworts moderat überarbeiteter Auflage vor. Ihr hat der Autor eine „Kleine Rhetorikschule“, geschrieben ebenfalls „für Juristen“, zur Seite gestellt. Die Bücher teilen sich nicht nur das Zielpublikum. Oft verweisen sie auch aufeinander. Beide Werke eint zudem ein leichter Plauderton, der dazu verführen soll, die Bücher auch nach Feierabend freiwillig aufzuschlagen. Jedes der Werke lässt sich aber auch einzeln lesen.

Das Herz der Stilkunde sind die vier Kapitel, in denen *Walter* den Leser mit „Stilregeln“ und „Stilmitteln“ bekannt macht, „Stilfragen“ erörtert und vor „Stilsünden“ warnt. *Walter* kommt mit nur wenigen Stilregeln aus. Geheimwissen enthalten die fünf vorgestellten Daumenregeln nicht. Kein Text wird seine Leser allein deswegen beeindrucken, weil ihn sein Autor regelgerecht verfasst hat. Die Anzahl der Mängel, derentwegen sich ein schlecht geschriebener Text gegen die Lektüre sperrt, wird ein Verfasser, der die Regeln beherzigt, aber fühlbar verringern können. Ihre überschaubare Anzahl und ihre prägnante Formulierung sorgen dafür, dass man sie sich beim Schreiben tatsächlich ins Bewusstsein rufen kann. Dies schärft den kritischen Blick auf den eigenen Text auch dann, wenn die Intuition gerade aussetzt.

In seiner Präsentation der „Stilmittel“ widmet sich der Autor unter anderem dem Humor, dem bildhaften Sprechen und dem Thema Satzmelodie und Rhythmus. Das übliche Aggre-

gat rhetorischer Figuren, das man hier erwarten könnte, handelt der Autor dagegen knapp und ziemlich pflichtschuldig ab, genauso wie in der „Kleinen Rhetorikschule“. Das ist stimmig. Das Buch leistet Hilfe bei der Verbesserung eigener Texte, ein Werkzeugkasten zur rhetorischen Analyse will es nicht sein. Und es ist zweifelhaft, ob derjenige einen Chiasmus geschickt verwendet, der ihn zwischen der *captatio benevolentiae* und der *concessio* gefunden hat.

„Stilfragen“ diskutiert *Walter* ähnlich den Stilmitteln in loser Zusammenstellung. Hier finden sich Ausführungen zum Evergreen jeder Stilbetrachtung, dem Ob, Wann und Wie der Verwendung von Fremdwörtern. Stimmig verortet der Autor hier auch seine Überlegungen zu der Möglichkeit, geschlechtsneutral zu schreiben. Die Argumente des Autors für das generische Maskulinum sind zwar – gerade für den juristischen Sprachgebrauch – nicht von der Hand zu weisen. Ein weniger defensiver Umgang mit der Sprachentwicklung wäre trotzdem wünschenswert gewesen. Dies hätte demjenigen geholfen, der bei seiner Textgestaltung Vorgaben unterworfen ist, denen bestimmte Vorstellungen geschlechtergerechter Textgestaltung zugrunde liegen.

Die Ausführungen *Walters* zu allen behandelten Stilfragen eint ihre inhaltliche Offenheit. Der Leser ist aufgefordert, sich zu ihnen zu verhalten. Er hat an einigen erwägenswerten Gedanken teil, seinen Stil muss er letztlich aber selbst finden. Stilpapsttum ist *Walters* Sache nicht, wie er selbst erklärt. Die „Stilsünden“, mit deren Vorstellung *Walter* den Hauptteil des Werkes beschließt, sind deshalb auch ganz unstrittig Sünden.

Das Buch erfüllt sein mit dem Titel gegebenes Versprechen, eine Stilkunde gerade für Juristen zu sein. Die meisten Textbeispiele entnimmt der Autor der Rechtssprache. Adressat seiner Ausführungen ist stets derjenige, der juristisch schreiben muss. Auch auf den Fetisch der Juristenausbildung, Gutachten- und Urteilsstil, kommt der Autor angemessen ausführlich zu sprechen. *Walter* behandelt zahlreiche Besonderheiten juristischer Texte, zum Beispiel in seinen Überlegungen zum Stilmittel des Humors. Sie machen eine der lesens-

wertesten Passagen des Buches aus und zeigen nicht nur das Potential, sondern auch die Grenzen dieses Stilmittels auf – eindrucksvoll ist der nüchterne Blick des Autors nicht bloß auf die ästhetischen, sondern auch auf die juristischen Mängel, an denen das humoristisch ambitionierte Gerichtsurteil meistens leidet. Auch die leidige Frage des „ich“, „man“ und „wir“ ist gerade für den juristisch Schreibenden interessant, ebenso die nach dem rechten Maß an „unmündlichem“ Papierdeutsch.

Unausgesprochen in den Mittelpunkt rückt *Walters* Stilkunde das juristische Schreiben im akademischen Bereich. Zwar zieht der Autor gelegentlich Urteile (nie aber Schriftsatzauszüge) als Beispiel heran. Dennoch – der Jurist, an den sich *Walter* vornehmlich wendet, ist gestalterisch ehrgeizig und schreibt an einem Buch oder einem Aufsatz, dem er weite Verbreitung und wohlwollende Beachtung wünscht. Die Umstände, unter denen die Textmassen produziert und rezipiert werden, welche unser Rechtssystem charakterisieren, rücken aus dem Blickfeld. Dabei darf man vermuten, dass gerade sie zur Erklärung von „Juristendeutsch“ viel beitragen können.

Die „Kleine Rhetorikschule“ versteht sich ebenfalls als Handreichung für die juristische Praxis, hier: die der Rede. Da der Gedanke von der Rhetorik für Juristen aber leicht zur juristischen Rhetorik springt, sind rechtstheoretische und methodologische Ausführungen in diesem Werk zahlreicher; in *Walters* „Stilkunde“ bleibt es bei punktuellen Anmerkungen.

Der Auftakt des Buches widmet sich dem Begriff, der Geschichte und der Ethik der Rhetorik. Es rauschen die Namen, Daten und Ideen am Leser vorbei. Sein rechtes Maß findet das Buch hier noch nicht. Wer lernen möchte, wird sich aus den schlaglichtartig beleuchteten Fragmenten nichts zusammenreimen können (Platon, zum Beispiel, „hat die abendländische Philosophie maßgeblich beeinflusst. Bekannt ist vor allem seine Ideenlehre, die er in dem ebenso bekannten Höhlengleichnis anschaulich gemacht hat“, S. 27); wer mit den Referierten Vorstellungen verbindet, hat über die Themen woanders bereits in ansprechenderer Form gelesen.

Hat der Leser diesen Anfang hinter sich gebracht, erwarten ihn Ausführungen zu den „Besonderheiten des Mündlichen“. Zu ihnen gehört nicht zuletzt auch das Lampenfieber. Gerade weil der Autor dieses Thema ernst, aber nicht zu ernst nimmt, gehören diese Passagen zu den ansprechendsten des Buches. Nicht fehlen dürfen auch Betrachtungen der Mimik und Gestik des Vortragenden und Überlegungen zu Intonation und Satzmelodie. Hier gelingt es *Walter*, Unterhaltsames und Erhellendes ins rechte Verhältnis zueinander zu setzen. Der gefällige Eindruck verfestigt sich in dem sich anschließenden Kapitel „Vom Aufbau einer Rede“. Hier wendet sich der Autor dem inneren Gefüge der Rede zu. Ihre klassische Fünfteilung wird dem Leser plausibel gemacht, Alternativen werden nicht verschwiegen. Besonders dem Redeanfang und -ende schenkt der Autor dabei seine Aufmerksamkeit und gibt hilfreiche Ratschläge zur Gestaltung.

Von seiner schwächsten Seite zeigt sich das Buch in dem Kapitel, das *Walter* seinen rechtstheoretischen Ausführungen, einer Art juristischen Begründungslehre, widmet. Dass er die Mär von den begriffsjuristischen Constructionen und Factoren noch einmal erzählt, auf dass der Leser das 19. Jahrhundert verständnislos belächeln möge – darüber mag

man hinwegsehen. Dann aber findet sich der Leser unversehens im Publikum einer juristischen Sonntagsrede wieder. Die kann aufwarten mit Bekenntnissen zum richtigen Rechtsbegriff („Vielmehr gilt für jeden Juristen *ius est ars boni et aequi*“, S. 147), mit Hinweisen zu den Orten für eine erfolgversprechende Suche nach dem Naturrecht (bei Hans Küng nämlich, S. 182), mit Betrachtungen zur Dogmatik (die sei „am Ende nichts anderes als das Abgrenzen von Begriffen und Begriffskombinationen“, S. 200) oder zur Funktion der Sprache (denn bei der handele es sich mitnichten um „eine neutrale und keimfreie Verpackung der Inhalte, die sie zum Ausdruck bringt“, S. 151).

Solide nimmt sich dagegen die geraffte Vorstellung des juristischen Methodenkanons aus. Für das Jurastudium ist sie gut geeignet. Nur die forciert originell gestaltete Verpackung stört, erzeugt sie doch ein bemerkenswertes Ungleichgewicht. Denn es sind gerade die ausgetretenen Pfade, die der Autor dem Leser weist. Da mutet es reichlich seltsam an, wenn dies unter verrästelten Überschriften wie „Spielen mit der Geschichte“ (zur historischen Auslegung) oder „Spielen mit Sinn und Verstand“ (zur teleologischen) geschieht; beim „Recht auf Fortbildung“ (Analogie usw. usf.) ist man beim Kalauer angekommen.

Zum Schluss wendet sich der Autor wieder der rhetorischen Praxis zu. Hier greift er nicht nur einige Inhalte der „Kleinen Stilkunde“ auf, sondern geht auch auf die Besonderheiten des mündlichen Vortrags ein: Wie frei sollte ich sprechen?, Benutze ich Hilfsmittel? Wie stelle ich mich einer Diskussion nach meinem Vortrag? In neun prägnanten Sätzen fasst der Autor die *essentials* einer gelungenen Rede zum Schluss zusammen; in der „Stilkunde“ finden sich an derselben Stelle einige Hinweise zur formalen Textgestaltung.

Walter tritt dem Leser nie besserwisserisch oder herablassend gegenüber. Er belehrt nicht über Stil- oder rhetorische Mängel, die ihm so unverständlich wie unverzeihlich erscheinen, sondern wirbt stets um das Einverständnis des Lesers. Dogmatismus ist *Walters* Sache nicht. Gerade diese Haltung ermuntert den Leser dazu, das eigene juristische Reden und Schreiben bewusster und kritischer zu betrachten. Zahlreiche Möglichkeiten zur Verbesserung zeigt *Walter* dabei als kompetenter Ratgeber auf.

Es überrascht nicht, dass beide Werke selbst einen ausgeprägten Willen zum Stil erkennen lassen. Dabei glücken dem Autor zahlreiche Formulierungen, er zeichnet manch anschauliches Bild und einige humorvolle Passagen reizen durchaus zum Lächeln. Nur mag manchen Leser derart hochdosierter Esprit übersättigen. Die Stil der „Stilkunde“ und der „Rhetorikschule“ drängt sich bisweilen in den Vordergrund und verstellt den Blick auf den Inhalt der Bücher – ein Effekt, der sich vor allem dann einstellt, wenn man längere Passagen in einem Zug liest. Beide Bücher gehören damit zu einer raren Gattung: Etwas weniger Originalität hätte ihnen gutgetan. Lesenswert sind sie trotzdem. ■

Johannes Gerberding

Tonio Walter: Kleine Stilkunde für Juristen. Erschienen in München im Verlag C.H. Beck. 2. Auflage, 2009. Gebunden, XVI, 276 Seiten, 19,00 Euro.

Tonio Walter: Kleine Rhetorikschule für Juristen. Erschienen in München im Verlag C.H. Beck, 2009. Gebunden, XVI, 319 Seiten, 19,00 Euro.

Klassiker der juristischen Literatur

Jean-Jacques Rousseau: Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts

„Der Mensch ist frei geboren, und überall liegt er in Ketten. Einer hält sich für den Herrn der anderen und bleibt doch mehr Sklave als sie.“ *Jean-Jacques Rousseau* weiß zwar keine Gründe für diesen Wandel, glaubt aber beantworten zu können, was ihm Rechtmäßigkeit verleiht. Er stellt sich die Frage, ob es eine sichere und rechtmäßige Regel für das Regieren geben kann, in der die naturzuständige und für die Selbsterhaltung zwingende menschliche Freiheit und Kraft nicht verloren gehen: „Finde eine Form des Zusammenschlusses, die mit ihrer ganzen gemeinsamen Kraft die Person und das Vermögen jedes einzelnen Mitglieds verteidigt und schützt und durch die doch jeder, indem er sich mit allen vereinigt, nur sich selbst gehorcht und genauso frei bleibt wie zuvor.“

Rousseau erkennt die Lösung in seinem staatsphilosophischen Hauptwerk „Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts“ von 1762 im titelgebenden Gesellschaftsvertrag. Er entsteht, indem „jeder von uns seine Person und seine ganze Kraft unter die oberste Richtschnur des Gemeinwillens“ stellt, so dass wir „als Körper, jedes Glied als untrennbaren Teil des Ganzen“¹ aufnehmen. Der Akt des vielleicht niemals förmlichen Zusammenschlusses schaffe augenblicklich anstelle der Einzelperson jedes Vertragspartners eine sittliche Gesamtkörperschaft, die ebenso viele Glieder beinhaltet, wie die sie konstituierende Versammlung Stimmen hat. Es entsteht eine Republik, die von ihren Gliedern Staat genannt wird, wenn sie passiv ist, und Souverän, wenn sie aktiv ist. Bedingt Verstaatlichung jedoch „die völlige Entäußerung jedes Mitglieds mit allen seinen Rechten an das Gemeinwesen als Ganzes“, scheint *Rousseau* an der selbst gewählten Aufgabe zu scheitern, ein die Freiheit des Einzelnen wahrendes Gesellschaftssystem zu eruieren. Jedoch soll die Hingabe des Einzelnen an alle die Hingabe an niemanden sein. Jeder erwerbe über den anderen ebenso viel Recht, wie man ihm über sich selbst einräume, so dass kein eigener Machtverlust eintrete, sondern sogar die Kraft zunehme, das Eigene zu bewahren.

Politische Herrschaft wird für *Rousseau* folglich weder von der Natur bestimmt noch rechtmäßig sozialdarwinistisch durch überlegene Macht begründet. Bereits der einzig natürliche Personenverband Familie, deren Abbild der Staat sei mit dem Oberhaupt als Vaterfigur und dem Volk als Kindern, fuße bei Selbständigkeit der Nachkommen auf einem Willensentschluss zum Zusammenleben. Recht beruhe nicht auf Macht, weil Stärke als natürliche Eigenschaft keine sittliche Verpflichtung beinhalten könne. „Schließlich ist die Pistole in seiner Hand auch eine Macht“, bemerkt *Rousseau* zu einem Räuber, solle darum aber das Überfallopfer rechtlich zur Herausgabe seiner Habe verpflichtet sein? Mit einer auf Gottesgnadentum und somit christlichem Fundament beruhenden Herrschaft setzt er sich nicht einmal auseinander, obwohl zu seinen Lebzeiten das Heilige Römische Reich Deutscher Nation noch bestand. Das christliche Reich sei nach Jesus nicht von dieser Welt, das christliche Gebot der Achtung jedes Menschen zwingt sogar zum Gehorsam gegenüber ungerechten Herrschern und wahre Christen seien zum Sklavendasein geschaffen.

Der Gesellschaftsvertrag des *Rousseau* ist Menschenwerk, sein Staat eine juristische Person, deren Existenz in der Einheit ihrer Glieder begründet ist. Durch den Gesellschaftsvertrag entsteht kein *Hobbesscher* Leviathan (BLJ 2008, 110 f.), weil er keine Unterwerfung des Volkes unter eine von ihm getrennte Autorität beinhaltet. Verpfände ein Volk seine Freiheit und mache sich zum Sklaven eines Königs, müsse es dessen Hofstaat alimentieren und erwarte im Gegenzug Machtmissbrauch und Willkürherrschaft. Auf diese Weise sei „die menschliche Art in Viehherden aufgeteilt, deren jede ihr Oberhaupt hat, das sie bewacht, um sie zu verschlingen“. Die Absolutismuskritik gipfelt in der Auffassung, ein Unterwerfungsvertrag sei nichtig, weil die sich ergebende Vertragspartei nicht bei Verstand sei und Wahnsinn kein Recht schaffe. Der Freiheitsverlust hieße „auf seine Eigenschaft als Mensch, auf seine Menschenrechte, sogar auf seine Pflichten zu verzichten. Wer auf alles verzichtet, für den ist keine Entschädigung möglich. Ein solcher Verzicht ist unvereinbar mit der Natur des Menschen; seinem Willen jegliche Freiheit nehmen heißt seinen Handlungen jegliche Sittlichkeit nehmen.“

Für *Rousseau* beinhaltet der Gesellschaftsvertrag eine gegenseitige Verpflichtung von Öffentlichkeit und Einzelem, so dass jeder, „indem er sozusagen mit sich selbst einen Vertrag schließt, sich in doppelter Hinsicht verpflichtet findet, nämlich als Glied des Souveräns gegenüber den Einzelnen und als Glied des Staates gegenüber dem Souverän“. Die Pflichten des Einzelnen seien aufgrund dieser Vertragskonzeption ihrer Natur nach „derart, dass man, wenn man sie erfüllt, nicht für einen anderen arbeiten kann, ohne zugleich für sich zu arbeiten“. Der durch Gesellschaftsvertrag entstandene Staat könne nur von dem Gemeinwillen geleitet werden. Sein Ausgangspunkt ist der auf Bündelung der Einzelwillen beruhende Gesamtwille. Nimmt man „von ebendiesem das Mehr und das Weniger weg, das sich gegenseitig aufhebt, so bleibt als Summe der Unterschiede der Gemeinwille“. Die Souveränität wird für *Rousseau*, „da sie nichts anderes ist als die Ausübung des Gemeinwillens“, zur Volkssouveränität. Sie verbleibe ewig in den Händen der Allgemeinheit, weil lediglich die Macht, jedoch nicht der Wille vertreten werden könne. Souveränität sei darum nicht nur unveräußerlich, sondern auch unteilbar. Der Gemeinwille sei Wille des ganzen Volkskörpers, seine Erklärung ein Souveränitätsakt mit Gesetzeskraft. Da der Wille nur eines Teils des Volkes die anderen Willen nicht vertreten könne, sei er als Sonderwille nur Verwaltungsakt. Diese Radikalisierung des Vertragsgedankens führt *Rousseau* dazu, nur die Legislativgewalt als souveräne Gewalt anzuerkennen und allein Gesetze als Souveränitätsakte zu betrachten. Mit äußerster Konsequenz lehnt er jede Form der Repräsentation ab: „Jedes Gesetz, das das Volk nicht selbst beschlossen hat, ist nichtig; es ist überhaupt kein Gesetz.“ In scharfen Worten fordert *Rousseau* die aktive Teilnahme des Volkes am Staatsgeschehen. Wer Abgeordnete wähle, statt sich persönlich politisch zu engagieren, und Truppen ausrüste, um nicht selbst für die Heimat kämpfen zu müssen, treibe den Staat zum Zerfall: „Dank Faulheit und Geld haben sie schließlich Söldner, um das Vaterland zu versklaven, und Volksvertreter, um es zu verkaufen. [...] Gebt Silber, und bald werdet ihr in Eisen liegen.“ Auch *Rousseau* erkennt jedoch die Schwierigkeiten, das gesamte Volk zum

¹ Hervorhebungen entstammen der Werkausgabe.

Gesetzeserlass zu versammeln, und führt darauf den Untertan von Staaten zurück.

Der Antiroyalist ist sich ebenfalls bewusst, dass Gesetze der Umsetzung durch eine Exekutive bedürfen. Regierungsgewalt sei mit Volkssouveränität vereinbar, weil ihre Träger keine allgemeinen Souveränitäts-, sondern nur spezielle Einzelakte wie Kriegserklärungen und Friedensschlüsse tätigen können. Als „Diener“ des Souveräns sei die von Königen ausgeführte Exekutivgewalt nur vermittelnde Körperschaft zwischen ihm und dem Untertan. Der Souverän überträgt der Regierung keinen Willen, sondern Macht, die er zudem jederzeit schmälern oder zurücknehmen kann. In Frankreich findet die Lehre *Rousseaus* Eingang in die Forderungen der Französischen Revolution, in Deutschland wird sein Gedankengut in Art. 20 II GG rezipiert, jedoch ohne die Aversion gegen ein aus Abgeordneten bestehendes Legislativorgan aufzunehmen: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“

Das Leben des 1712 im calvinistischen Genf in eine bourgeoise Uhrmacherfamilie geborenen *Rousseau* lässt sich als unstet zusammenfassen. Der physisch und psychisch bis zum Persönlichkeitszerfall labile Komponist, Schriftsteller und Staatsphilosoph wechselt mehrfach die Religionen, geht zu meist keinem festen Beruf nach und erlebt Zeiten großer Armut. Die Mutter stirbt im Kindbett, wofür *Rousseau* sich Vorwürfe macht. Als er zehn Jahre alt ist, flieht der Vater ohne ihn aus Angst vor Gefängnisstrafe, nachdem er bei einer Auseinandersetzung den Gegner mit dem Degen verletzt hat. Anlässlich seines Übertritts zum Katholizismus lernt *Rousseau* die Konvertitin *Françoise-Louise de Warens* kennen. Fünfzehn Jahre wird er mit Unterbrechungen an ihrer Seite verbringen, die dreizehn Jahre ältere Frau Mama nennen, ihr Geliebter werden und ihre Untreue akzeptieren. *Rousseau* erledigt ihren geschäftlichen Schriftverkehr, nimmt Musikunterricht, arbeitet als Musiklehrer und verletzt sich bei einem Chemieunfall fast tödlich, worauf er spätere Gebrechen zurückführen wird. Er bricht 1742 endgültig nach Paris auf und arbeitet mit wenig finanziellem Erfolg als Komponist und Schriftsteller. Kenntnisse in Diplomatie und Staatsverwaltung erwirbt er während einer einjährigen Tätigkeit bei dem französischen Botschafter in Venedig. *Rousseau* feiert seinen literarischen Durchbruch 1750 durch den Gewinn eines Wettbewerbs der Académie de Dijon. Privat- und Berufsleben bleiben weiter von Brüchen geprägt. *Rousseau* erleidet Nervenzusammenbrüche und gibt seine ab 1745 geborenen fünf Kinder ins Findelhaus, weil er sich finanziell und emotional mit der Erziehung überfordert fühlt. Er heiratet ihre Mutter, die funktionale Analphabetin ohne Schulbildung *Thérèse Levasseur*, erst 1768 zu Versorgungszwecken. *Rousseau* kehrt zum Protestantismus zurück, verfasst sozial- und religi-

onskritische Werke wie „*Émile*“ und wird darum per Haftbefehl gesucht. Von Verfolgungswahn getrieben zieht er bis zu seinem Tod 1778 innerhalb Europas umher.

Der zerrissene *Rousseau* setzt alle Hoffnung für die Entwicklung des Menschen zu einem sittlichen Wesen in die Verstaatlichung. War der Naturzustandsbewohner triebgesteuert und instinktgeleitet, wird der Bürger durch Pflichtbewusstsein und Gerechtigkeitsempfinden zum Vernunftwesen. Es bleibt jedoch fraglich, ob man mit *Rousseau* „ununterbrochen den glücklichen Augenblick segnen müsste“, in dem durch Gesellschaftsvertrag der Tausch stattfindet von natürlicher Freiheit und dem nur durch eigene Stärke gesicherten Besitz gegen die bürgerliche Freiheit und das erst durch die Einführung von Recht mögliches Eigentum am Besitz. *Rousseaus* „sittliche Gesamtkörperschaft“ ist kein *Lockescher* Verfassungsstaat (BLJ 2008, S. 167 f.). Die bürgerliche Freiheit wird durch den Gemeinwillen begrenzt. Der davon geleitete Souverän soll, weil er nur aus Einzelnen besteht, kein anderes Interesse besitzen als das Volk und ihm darum auch nicht schaden wollen können. Vielmehr ist der Souverän, „allein weil er ist, immer alles, was er sein soll“. Der Gemeinwille ist unfehlbar, Grundrechtsschutz in *Rousseaus* Staatsbild darum nicht vorgesehen. Wie könnte der Einzelne, dem *Rousseau* einen Sonderwillen zugesteht, der in Konflikt zum Gemeinwillen stehen kann, „gar seine Rechte als Staatsbürger in Anspruch nehmen, ohne die Pflichten eines Untertanen erfüllen zu wollen“? Es drohte in dieser Situation der Staatszerfall. Für *Rousseau* schließt der Gesellschaftsvertrag stillschweigend die Ermächtigung ein, „dass, wer immer sich weigert, dem Gemeinwillen zu folgen, von der gesamten Körperschaft dazu gezwungen wird, was nichts anderes heißt, als dass man ihn zwingt, frei zu sein; denn dies ist die Bedingung, die den einzelnen Bürger vor jeder persönlichen Abhängigkeit schützt, indem sie ihn dem Vaterland übergibt [...]“. Ist der Wille des politischen Abweichlers irreführend und muss aus Gründen der Staatsräson und zum (vermeintlichen) Vorteil des Betroffenen gebrochen werden, kann der Vorwurf des Totalitarismus nicht ausbleiben, dem sich der Staatsphilosoph auch ausgesetzt sah. Zumindest bei historischer Betrachtung bleibt bei *Rousseau* jedoch ein anderes Bild vor Augen: Der Freiheits- und Gleichheitsexponent wird, den „Gesellschaftsvertrag“ in den Händen haltend, in einem Kartenspiel aus der Zeit der Französischen Revolution zum Ass. ■

Anna Bodemann

Jean-Jacques Rousseau: Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts. Erschienen u.a. bei Reclam in Stuttgart. Broschiert, 240 Seiten, 5,60 Euro.