

traglichen Gewinnabschöpfung in Analogie zu § 281 oder § 816¹⁸ erscheint demgegenüber schwerer begründbar.

Es leuchtet auch nicht ein, daß systemwidrige Folgen zu befürchten wären. Denn auch sonst gehen h. M. und Rechtsprechung von der Konkurrenz vertraglicher und gesetzlicher Ansprüche aus, wie dies vor allem am Verhältnis von Vertrags- und Deliktsrecht deutlich wird¹⁹. Das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag setzt auch nicht voraus, daß der geschützte Interessenbereich dem Geschäftsherrn absolut vorbehalten sein muß. So wird ein Ausgleich über die Geschäftsführung ohne Auftrag befürwortet, wenn ein Dritter fremde Schulden bezahlt, also ein Geschäft vornimmt, zu dem der Geschäftsherr nur schuldrechtlich verpflichtet ist²⁰. Der § 679 nennt ausdrücklich den Fall der Erfüllung einer schuldrechtlichen Verpflichtung. Zwar geht es in diesen Fällen nicht um Ansprüche des Geschäftsherrn, sondern den Aufwendungsersatzanspruch des Geschäftsführers. Entscheidend ist aber, daß die Position des Geschäftsherrn auch hier nur eine schuldrechtliche ist. Es besteht deshalb kein Grund, dem § 687 II im schuldrechtlichen Regelungsgefüge eine Sonderstellung zuzuweisen. Die Norm richtet sich gegen den, der durch unbeachtete Eigengeschäftsführung die ihm vom Recht gesetzten Grenzen überschreitet²¹. Die Bestimmung dient somit nicht dem Schutz bestimmter Rechtsgüter, sondern dem Interesse des Geschäftsherrn daran, eine vorsätzlich herbeigeführte Verletzung seines rechtlich festgelegten Interessenbereichs durch Übernahme des Geschäftserfolges ausgleichen zu können²².

Die allfällige Abgrenzung zu Eingriffen Dritter, d. h. hier der Übernahme der Prüfung durch andere Konkurrenten des *K* kann problemlos mit der Überlegung erfolgen, daß Dritte nicht in das zwischen *K* und *B* bestehende vertragliche Konkurrenzverbot eingreifen, also kein fremdes Geschäft führen. Das könnte, wie in der unter II genannten Entscheidung des *II. Zivilsenats* des *BGH* judiziert, nur dann der Fall sein, wenn in bestehende Verträge, zwischen *K* und seinen Klienten durch Dritte eingegriffen wird.

Nach alledem hat *B* dadurch, daß er trotz Wettbewerbsverbots seine früheren Klienten betreute, bewußt ein fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt und ist zur Herausgabe des erlangten Honorars verpflichtet (§§ 687 II, 681 S. 2, 667). Die eigene Leistung des *B* ist im Rahmen des Aufwendungsersatzes nach §§ 687 II S. 2, 684 S. 1 zu berücksichtigen²³.

IV. Ausblick

Wenn auch der Entscheidung in ihrer Begründung und im Ergebnis nicht zugestimmt werden kann, so wird sie doch für die Praxis ein Datum setzen. Für Freiberufler, die unter ähnlichen Bedingungen wie der Kläger eine Praxis übernommen haben, bedeutet dies, daß das vereinbarte Wettbewerbsverbot ihnen keinen ausreichenden Schutz dagegen gewährt, daß die bisherigen Kunden vom Veräußerer weiter betreut werden. Der Verpflichtete kann sanktionslos gegen das Verbot verstoßen, wenn die Klienten die weitere Betreuung durch den Übernehmer nicht wünschen und er die Grenzen des § 826 nicht überschreitet. Künftige Praxisübernehmer werden sich deshalb eine zusätzliche Absicherung zu verschaffen suchen. Diese könnte etwa in der Vereinbarung einer spürbaren Vertragsstrafe für den Fall bestehen, daß der Veräußerer Betreuungsverhältnisse mit bisherigen Klienten eingeht.

Professor Dr. Christoph Gusy, Mainz

Arbeitszwang – Zwangsarbeit – Strafvollzug – BVerfGE 74, 102*

Dem Beschwerdeführer war vom Jugendrichter wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis gem. § 10 I 3 Nr. 4 JGG die Weisung erteilt worden, 16 Stunden Hilfsdienst zu leisten. Die Verfassungsbeschwerde, die sich gegen die Weisung richtet, betrifft insbesondere die Vereinbarkeit dieser Weisung mit Art. 12 II, III GG.

I. Zum Problem

Der weit gefächerte Sanktionenkatalog des Jugendgerichtsgesetzes umfaßt Erziehungsmaßregeln (§§ 9–12), Zuchtmittel (§§ 13–16) und Jugendstrafe (§§ 17–19). Solche Maßnahme können einzeln oder kumulativ nach Maßgabe des § 8 JGG im Urteil verhängt werden. Sie sind also weder bloße Auflagen zur Verfahrenseinstellung – vergleichbar etwa denjenigen nach § 153a StPO – noch bloße Bewährungsauflagen zur Vermeidung der Strafvollstreckung. Vielmehr wird auf sie durch gerichtliches Urteil erkannt; sie stehen alternativ neben dem Strafausspruch. Aus eben diesem Grunde kommt dem vorliegenden Beschluß des *BVerfG* besondere Bedeutung zu. Im politischen Raum finden sich zahlreiche Anläufe, auch das Sanktionensystem des Strafgesetzbuchs zu differenzieren, um etwa dem Gericht die Möglichkeit zu verschaffen, durch eigene Entscheidung sicherzustellen, daß nicht der Reiche die Geldstrafe zahlt und der Arme die Ersatzfreiheitsstrafe abbüßt. Bei solchen Erwägungen erlangt der differenzierte Katalog des Jugendgerichtsgesetzes geradezu zwangsläufig Vorbildfunktion. Umso bedeutsamer ist die höchstrichterliche Beantwortung der Frage nach der Vereinbarkeit solcher Sanktionen mit den Grundrechten; eine Frage, die sich bislang offenbar schon deshalb fast niemand gestellt hatte¹, weil die „Sozialstunden“ gegenüber der Jugendstrafe als milderes Mittel empfunden wurden und deshalb ihre Verhängung nicht zum *BVerfG* kam.

Inhaltlich betont der Beschluß zwei Grundrechte, die nicht gerade im Zentrum der Judikatur und damit auch nicht der wissenschaftlichen Erörterung standen. Einigkeit besteht nahezu allein bezüglich ihrer „geringen praktischen Bedeutung“²; so daß das Gericht bei seiner vorliegenden Entscheidung auch kaum auf wissenschaftliche Vorarbeiten zurückgreifen konnte. Auch die bisherige Entscheidungspraxis hatte nur Randbereiche beider Garantien gestreift. Nachdem die Vereinbarkeit von Beileihung und Inpflichtnahme mit Art. 12 II GG bejaht worden war³, wurde dieses Grundrecht später bei naheliegenden Fällen nicht einmal mehr erwähnt⁴. Alle übrigen Entscheidungen zu Art. 12 II, III GG betreffen Fragen des Wehr- und Zivildienstes⁵, die seit der Schaffung des Art. 12a GG im Jahre 1968 dort ihren verfassungsrechtlichen Standort finden. Demnach kommt der vorliegenden Ent-

* Beschl. v. 13. 1. 1987 – 2 BvR 209/84 = NJW 1988, 45.

1) Keine Erörterung etwa bei *Brunner*, JGG, 8. Aufl. (1986), § 10 Rdnr. 9; *Eisenberg*, JGG, 2. Aufl. (1985), § 10 Rdnr. 20.

2) In diesem Sinne *Pieroth-Schink*, Grundrechte, 4. Aufl. (1988), Rdnr. 962; s. aber jetzt noch *BVerfG*, NJW 1988, 477; zur politischen Problematik der Heranziehung als Volkszähler und Art. 12 II, III GG *M. Günther*, DVBl 1988, 429.

3) *BVerfGE* 22, 380 (383).

4) Etwa *BVerfGE* 30, 292 (312); die Anwendbarkeit von Art. 12 II, III GG wurde auch verneint in *BVerfGE* 47, 285 (318f.).

5) *BVerfGE* 12, 45 (53f.); 19, 135 (137f.); 23, 127 (132f.).

18) *Seiler*, in: MünchKomm, § 687 Rdnr. 20.

19) S. nur *Soergel-Zeuner*, Vorb. § 823 Rdnr. 33.

20) *BGH*, BB 1969, 194.

21) *Nipperdey* (o. Fußn. 5), S. 166.

22) *Nipperdey* (o. Fußn. 5), S. 166.

23) *Seiler*, in: MünchKomm, § 687 Rdnr. 16.

scheidung grundsätzliche Bedeutung zu. Das Gericht hat diese Bedeutung offenbar selbst gesehen und deshalb die Verfassungsbeschwerde trotz mehr als zweifelhafter Zulässigkeit angenommen (S. 113–115). Sodann geht es zunächst (S. 115–122) der Frage nach dem Schutzbereich beider Garantien nach. Da Arbeitszwang nach Art. 12 II GG unter anderen rechtlichen Voraussetzungen zulässig sein soll als Zwangsarbeit nach Art. 12 III GG, muß es sich bei beiden um unterschiedliche Phänomene handeln; wobei bislang nicht einmal Zwangsarbeit als besonders intensive Form des Arbeitszwangs⁶ – oder eines Aliuds⁷ stehen. Nachdem das Gericht das Vorliegen eines Eingriffs in beiden Fällen erneuert hat, rechtfertigt es die Weisung aus Art. 6 II GG (S. 124) und bejaht schließlich auch ihre Vereinbarkeit mit sonstigen Grundrechten (S. 125–128). Die zuletzt genannten Passagen bewegen sich in den Bahnen herkömmlicher und bekannter Verfassungsrechtsdogmatik und sollen hier nicht wiederholt werden; vertieft werden sollen die zentralen Aussagen zu Art. 12 II, III GG.

II. Das Verbot des Arbeitszwangs (Art. 12 II GG)

Zur Konkretisierung des Schutzbereichs des Art. 12 II GG argumentiert das BVerfG so: Unter Hinweis auf zahlreiche Äußerungen aus der Entscheidungsgeschichte (S. 116–118) geht es davon aus, daß das Grundrecht offenbar eine derart weitreichende Indienststellung der Person, wie sei totalitäre Staaten vornehmen, nicht vorsehen wolle. Daher sei Art. 12 II GG als grundsätzliches Verbot zu verstehen; zulässig sei nur die Heranziehung zu „zeitlich und inhaltlich eingeschränkter Naturalleistung“ (S. 118). Unter das Verbot falle demnach nicht jede, von einer Person geforderte Tätigkeit; vielmehr seien maßgeblich die Art und Umfang der erzwungenen Arbeit (S. 119f.). Da 16 Sozialstunden einen derartigen, in totalitären Staaten geforderten Umfang offenbar nicht erreichten, greife die Maßnahme auch nicht in das Grundrecht ein (S. 122).

1. Entstehungsgeschichtliche Auslegungshinweise

Da der Wortlaut der Grundrechtsbestimmungen aus Art. 12 I–III GG für die Konkretisierung und damit Abgrenzung ihrer Schutzbereiche wenig ergiebig ist – das Wort „Arbeit“ taucht in allen drei Absätzen auf –, kommt der Entstehungsgeschichte schon zur Aufhellung der unterschiedlichen Komposita Bedeutung zu, in denen das Wort „Arbeit“ in den einzelnen Absätzen steht. Weil der Herrenchiemsee-Entwurf eine Regelung des Inhalts, wie ihn heute Art. 12 II GG statuiert, nicht kannte, begann die Entstehungsgeschichte mit dem Beschluß des Grundsatzausschusses des Parlamentarischen Rates⁸. Seitdem stand in den meisten Entwürfen das Begriffspaar vom Zwang zu einer „bestimmten Arbeit“ einerseits und der „Zwangsarbeit“ andererseits. Andere Vorlagen des allgemeinen Redaktionsausschusses, in welchen statt „Zwangsarbeit“ der sonstige „Zwang zur Arbeit“ angesprochen war⁹, setzten sich demgegenüber nicht durch. Der Grund für ihre Verwerfung lag stets darin, daß „der scharfe Gegensatz zwischen Dienstleistungspflicht und Zwangsarbeit“ in ihnen nicht genügend zum Ausdruck komme¹⁰. Gegenauffassungen, welche die Gemeinsamkeit zwischen beiden betonten, indem sie darauf abstellten, Arbeitszwang und Zwangsarbeit stellten letztlich beide „Zwang zur Arbeit“ dar¹¹, wurden unter Hinweis auf jenen „scharfen Gegensatz“ abgelehnt. Mit dem Hinweis auf solche Unterschiede ist allerdings die Frage nicht beantwortet, worin jener Unterschied konkret liegt. Hierzu wurde einerseits immer wieder auf negative Beispiele

aus der NS-Zeit oder der damaligen „Ostzone“ abgestellt, die im Grundgesetz rechtlich unmöglich gemacht werden sollten. Andererseits ergab sich ein Konsens bei der Frage nach den Grenzen des Art. 12 II GG, also den zulässigen Arbeitspflichten. Hier wurden als Ausnahmetatbestände stets die – damals noch bestehenden – Hand- und Spanndienste, der Deichschutz, die Reinigung der Bürgersteige und die Feuerwehrpflicht genannt¹². Die Diskussion um die Formulierung des Wortlauts der Grundrechtsbestimmung orientierte sich stets an dem Bemühen, solche Pflichten zuzulassen und zugleich die genannten Mißstände auszuschließen. Was hier zugelassen werden sollte, war nach den Vorstellungen der Mitglieder des Parlamentarischen Rates offenbar „Arbeitszwang“. Der Inhalt der Erörterungen läßt einzelne Annäherungen an die Konkretisierung des Grundrechtstatbestandes zu.

a) Dem Parlamentarischen Rat ging es nicht um die „negative Berufsfreiheit“; also die Frage, ob jemand zur Ergreifung oder Ausübung eines bestimmten Berufs gezwungen werden könne¹³. Die systematische Stellung des Grundrechts in Art. 12 GG ist demnach wenig weiterführend: der „Arbeitszwang“ ist keine Einschränkung der Berufs-, sondern vielmehr eine solche der allgemeinen Handlungsfreiheit¹⁴. Demgegenüber unterfällt die „negative Berufsfreiheit“ eher dem Art. 12 I GG¹⁵.

b) Zugleich war es auch nicht der Wille des Parlamentarischen Rates, Arbeitszwang völlig auszuschließen. Im Gegenteil sollten bestimmte Arbeiten gerade auferlegt werden können. Um deren sachgerechte Abgrenzung ging es zentral in der Diskussion. Die Zulässigkeit einer Dienstleistungspflicht setzt demnach nicht notwendig deren Ausnahme aus dem Schutzbereich des Art. 12 II GG, die Notwendigkeit von Arbeitspflichten nicht die enge Auslegung des Grundrechtsschutzbereichs voraus. Arbeitszwang ist demnach – gerade unter dem Grundgesetz – im demokratischen Rechtsstaat nicht grundsätzlich unzulässig, sondern mit Einschränkungen sehr wohl zulässig. Insbesondere ist demnach offenbar nicht jeder Arbeitszwang „entwürdigend“: Wenn dem so wäre, so wäre Art. 12 II GG überflüssig, weil solche Eingriffe sich stets als Verstoß gegen Art. 1 GG darstellen würden; was also nach derartiger Auslegung durch Art. 12 II GG untersagt wäre, wäre stets und in vollem Umfang schon gem. Art. 1 GG untersagt. Vielmehr gibt es offenbar auch nicht entwürdigenden Arbeitszwang¹⁵.

c) Wenn die im Parlamentarischen Rat erörterten Dienstleistungspflichten¹² wegen der Schranken des Art. 12 II GG zulässig sein sollten – und das war gerade der Sinn der Schrankendiskussion –, dann wären jene Pflichten bei Fehlen solcher Schranken offenbar durch das Grundrecht untersagt. Die zu-

6) In diesem Sinne etwa Göppel, Die Zulässigkeit von Arbeitszwang nach Art. 12 II I GG, Diss. 1967, S. 79ff.

7) So offenbar Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 12 Rdnrn. 479, 492f.

8) Art. 5 v. 29. 9. 1948 Kurzprot. Nr. 155, S. 1; Sten. Prot. S. 2–27; ebenso Dr. 294, Art. 6a; Hauptausschuß, Dr. 340, Art. 12.

9) Allg. Redaktionsausschuß, Dr. 282, Art. 5a; ebenso Dr. 370, Art. 12. 10) Abgeordneter Zinn, JöR 1, S. 135; v. Mangoldt, ebda.: Kaufmann, ebda., S. 138; Menzel, ebda.; danach ist die Identitätsthese (s. Göppel [o. Fußn. 6], S. 9ff.) jedenfalls entstellungsgeschichtlich nicht haltbar.

11) Insbesondere Abgeordneter Heuß, JöR 1, S. 138.

12) Abgeordneter Zinn, JöR 1, S. 134; Heuß, ebda., S. 135; v. Mangoldt, ebda., S. 136; Redaktionsausschuß, ebda.; S. 137; Kaufmann, ebda., S. 138; Menzel, ebda.

13) In diesem Sinne BVerfGE 58, 358 (364); anders wohl Uher, in: Festschr. f. Schack, 1966, S. 167, 178.

14) Pieroth-Schlink (o. Fußn. 2), Rdnr. 957.

15) S. zur Menschenwürdegehalt jedes Grundrechts insbesondere Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Rdnrn. 8ff.

lässigen Dienstleistungspflichten sind demnach begriffliche Unterfälle des Arbeitszwangs, welche durch die Schrankenbestimmungen nicht aus dem Schutzbereich ausgeschlossen werden, sondern als rechtlich zulässiger Eingriff qualifiziert werden.

2. Der Schutzbereich des Art. 12 II GG

Arbeitszwang i. S. des Art. 12 II GG ist jede einseitige Heranziehung eines Menschen¹⁶ zu einer selbständigen Arbeit, welche der Erfüllung rechtlicher Pflichten des Staates zu dienen bestimmt ist.

a) Arbeitszwang kann nur durch „einseitige Heranziehung“ in dem Sinne stattfinden, daß der Staat den Betroffenen ohne dessen Zustimmung zu Dienstleistungen verpflichtet. Mit eigener Zustimmung des Betroffenen wird dieser nicht zur Arbeit „gezwungen“¹⁷. Somit unterfällt der öffentliche Dienst nicht Art. 12 II GG, soweit solche Beamten-, Angestellten- und Arbeitsverhältnisse nur konsensual begründet werden dürfen. Das – früher strittige¹⁸ – Problem des einseitig begründeten Wehr- und Zivildienstes ist heute in Art. 12a GG besonders geregelt. Kein Arbeitszwang liegt auch vor, wenn der öffentlich Bedienstete entsprechend dem geltenden Beamten- oder Arbeitsrecht noch Dienste leisten muß, obwohl er dies nicht mehr will, etwa während der Kündigungsfrist¹⁹. Derartigen rechtlichen Sonderregelungen hat sich der Betroffene freiwillig unterworfen.

Die Heranziehung muß zu einer „Arbeit“ erfolgen. Dieses Merkmal grenzt Art. 12 II GG von den Geld- oder Sachleistungspflichten ab. Arbeit in diesem Sinne ist jede Tätigkeit, welche keine bloße Geld- oder Sachleistung darstellt²⁰. Auf den Umfang der Tätigkeit kommt es also ebensowenig an wie auf die Frage, ob sie persönlich zu leisten oder vertretbar ist oder aber körperliche oder geistige Anforderungen stellt oder aber entgeltlich oder unentgeltlich zu leisten ist. Das Grundrecht geht also in diesem Sinne davon aus, daß der Bürger zur Mitwirkung an der Erfüllung staatlicher Aufgaben überwiegend durch Zahlungspflichten herangezogen werden soll; indiziert also die Entwicklung „vom Naturalleistungs- zum Steuerstaat“²¹.

b) Die Arbeitspflicht muß eine „selbständige“ sein. Dieses Merkmal dient nicht zur Abgrenzung „selbständiger“ oder „unselbständiger“ Tätigkeit im Sinne des Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerbegriffs. Vielmehr grenzt es den Schutzbereich des Art. 12 II GG von demjenigen sonstiger Grundrechte und insbesondere von Art. 14 II GG ab. „Selbständig“ muß die Pflicht zur Arbeit, nicht die Arbeit sein. Bloße Nebenpflichten, die sich aus der Eigentümerstellung ergeben, sind kein Arbeitszwang; etwa die Pflicht, sein Eigentum in polizeirechtsgemäßen Zustand zu halten²². Umgekehrt gilt etwa für die Streupflicht auf öffentlichen Straßen, da diese nicht im Eigentum des Verpflichteten stehen und seine Streupflicht somit nicht aus Art. 14 II GG folgen kann. Darüber hinaus gibt es aber nicht nur im Schutzbereich des Art. 14 GG eigentümerbezogene Nebenpflichten; vielmehr sind solche in weiterem Umfang auch im Rahmen des Art. 12 I GG begründet. Das hier bisweilen herangezogene „Spezialitätsverhältnis“ zwischen Art. 12 I und II GG besteht nicht; vielmehr stehen beide Tatbestände nebeneinander: Selbständige Dienstleistungspflichten unterfallen letzterer, unselbständiger Nebenpflichten der Berufstätigkeit ersterer Garantie. Das gilt unabhängig von dem Umstand, daß sich beide bisweilen schwer voneinander abgrenzen lassen.

Nebenpflichten im engeren Sinne sind solche, welche zur ordnungsgemäßen Ausübung des Berufs unabweisbar sind; etwa die Pflicht zur Schaffung, zum Betrieb und zur Einhaltung von Schutzvorkehrungen für Nachbarn, Arbeitnehmer und Kunden. Darüber

hinaus werden aber auch zahlreiche Nebenpflichten im weiteren Sinne begründet. Diese sollen aus einer – analog Art. 14 II GG – aus Art. 12 II GG hergeleiteten „Sozialpflichtigkeit des Berufes“ folgen²³. Dazu zählen etwa die Pflichten der Rechtsanwälte zur Übernahme von Pflichtverteidigungen (§§ 48ff. BRAO), die Beurkundungspflicht der Notare²⁴; ferner der kassenärztliche Notdienst oder der Sonntagsdienst von Ärzten oder Apotheken²⁵.

Von diesen Pflichten zu unterscheiden sind berufsfremde Handlungen, die weder der rechtmäßigen Ausübung des Berufs noch dessen Sozialpflichtigkeit dienen, sondern vom Staat deshalb auferlegt werden, weil der Berufstätige zu ihrer Vornahme aufgrund seiner Berufstätigkeit in besonderer Weise in der Lage ist. Hierzu zählen insbesondere die Fälle der sogenannten Inpflichtnahme, die nach ständiger Rechtsprechung in den Schutzbereich des Art. 12 I GG und nicht denjenigen des Abs. 2 GG fallen sollen. Ein solcher Schuß läßt sich noch am ehesten rechtfertigen, wenn die Inpflichtnahme lediglich umschreibt, was ein Berufstätiger in der jeweiligen Branche ohnehin tun würde²⁶. Verlassen wird dieser Bereich aber, wenn die auferlegte Pflicht völlig berufsfremd ist. Die Mitwirkung der Banken bei der Erhebung der Couponsteuer²⁷ und der Arbeitgeber bei der Einziehung der Lohnsteuer (§ 38 EStG)²⁸ sind demnach entgegen der Praxis der Rechtsprechung nicht im Rahmen des Art. 12 II GG, sondern allein in demjenigen des Art. 12 II Halbs. 2 GG zulässig.

c) Charakteristikum der Arbeit i. S. des Art. 12 II GG ist ihre Zweckbestimmung. Sie dient staatlichen Zwecken, also Zwecken, zu deren Verwirklichung ein Träger öffentlicher Gewalt – auch: Gemeinden – rechtlich verpflichtet ist. Dieses Merkmal grenzt Art. 12 II GG gegenüber Art. 12 III GG ab. Die Heranziehung zur Erfüllung einer derartigen, staatlichen Pflicht kann immer nur eine „bestimmte“ Arbeitspflicht betreffen; diesem Merkmal kommt demnach in Art. 12 II GG keinerlei eigenständige Bedeutung zu²⁹. Die Zweckbestimmung folgt aus der systematischen Auslegung der vom Parlamentarischen Rat als zulässig anerkannten Arbeiten des Arbeitszwanges: Deren gemeinsames Kriterium ist gerade, daß sie der Erfüllung von Aufgaben dienen, welche nach der Rechtsordnung den Staat treffen. Das gilt für die Feuerwehrpflicht, welche zur Erfüllung der öffentlichrechtlichen Pflichten der Gemeinden zur Unterhaltung einer Feuerwehr dienen, ebenso wie für die Deichhilfe³⁰, die Räum-, Streu- und Reinigungspflichten hinsichtlich der öffentlichen Straßen sowie die damals viel diskutierten, heute nicht mehr praktischen

16) Art. 12 II GG ist – im Unterschied zu Art. 12 I GG – ein Menschenrecht, s. Gubelt, in: v. Münch, GG I, 3. Aufl. (1985), Art. 12ff. Rdnr. 72; Rittstieg, AKGG, 1984, Art. 12 Rdnr. 157.

17) BVerwGE 17, 67 (70); Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog (o. Fußn. 7), Art. 12 Rdnr. 491.

18) S. die Nachw. o. Fußn. 5.

19) BVerwGE 35, 146 (149).

20) Gubelt, in: v. Münch (o. Fußn. 16), Rdnr. 74.

21) Isensee, in: Festschr. f. Ipsen, 1977, S. 409, 422.

22) Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog (o. Fußn. 7), Art. 12 Rdnr. 485; wesentlich enger Gubelt, Art. 12 Rdnr. 74, der als Fall fehlenden Arbeitszwangs die „Schneeräumpflicht“ versteht, die im Parlamentarischen Rat gerade als Fall „herkömmlicher Dienstleistungspflicht“ bezeichnet wurde; v. Mangoldt, JöR 1, S. 136.

23) Zum Verhältnis von Art. 12 I 2 GG und Art. 22 I 2 GG Bryde, NJW 1984, 2184f.

24) BVerfGE 47, 285 (318f.).

25) BVerwGE 65, 362ff.

26) So die ausdrückliche Begr. in BVerfGE 30, 292 (324f.).

27) BVerfGE 22, 380 (383).

28) BFH, BStBl III 1963, 469.

29) Grewe, Das Grundrecht der Freiheit von Arbeitszwang, Diss. 1953, S. 64; zweifelnd auch Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog (o. Fußn. 7), Art. 12 Rdnr. 482.

30) Zu den staatlichen Deichaufgaben BVerfGE 24, 367 (410ff.); 25, 112 (120f.).

Hand- und Spanndienste insbesondere in der Straßenunterhaltung. Sind solche Handlungen gerade wegen der Schranken des Art. 12 II GG zulässig, so unterfallen sie tatbestandsmäßig dessen Schutzbereich. Aus den gemeinsamen Eigenschaften der insoweit zulässigen Dienste läßt sich umgekehrt schließen auf die vom Grundrechtstatbestand untersagten Dienste: nämlich alle Heranziehung zur staatsentlastenden Arbeit, die nicht „herkömmlich“ ist. Insbesondere zählt zur Dienstleistung dieser Art auch die Heranziehung als „Ehrenbeamter“ oder für ehrenamtliche Tätigkeiten³¹, die nur im Rahmen der Schranken des Grundrechts zulässig ist.

d) Nicht hierzu gehören unvertretbare Handlungspflichten, die nur vom Bürger ausgeführt werden können und zu deren Erbringung ein gewisser „Arbeitsaufwand“ erforderlich ist. Solche Arbeitspflichten sind keine „selbständigen“; zudem ist der Staat zur Vornahme solcher Handlungen nicht verpflichtet und kann es auch gar nicht sein. Das gilt etwa für die ordnungsbehördliche Meldepflicht (§ 1 MRRG) oder die Pflicht zur Aussage vor Gericht sowie die Pflicht zur Abgabe von Steuererklärungen.

3. Schranken des Art. 12 II GG

a) Grenze der Freiheit vom Arbeitszwang ist die herkömmliche, allgemeine, für alle gleiche öffentliche Dienstleistungspflicht. Ihre Anordnung bedarf der gesetzlichen Grundlage; Gewohnheitsrecht reicht gegenwärtig zur Begründung von Arbeitszwang nicht mehr aus³². In diesem Sinne ermächtigt Art. 12 II GG zur Begründung von Pflichten, ist aber selbst keine Grundpflicht³³. Vielmehr enthält Art. 12 II GG insoweit einen limitierten Gesetzesvorbehalt³⁴. Das einschränkende Gesetz darf daher nur im Rahmen der grundgesetzlich angeordneten formellen und materiellen Vorgaben ergehen.

„Allgemein“ ist die Dienstleistungspflicht, wenn sie grundsätzlich jedermann im Geltungsbereich der anordnenden Norm trifft. Dabei sollen allerdings „sachlich gerechtfertigte Differenzierungen“ nach Maßgabe des Art. 31 GG zulässig sein³⁵. „Gleich“ ist die Dienstleistungspflicht, wenn sie allen Betroffenen ohne sachlichen Unterschied auferlegt wird. Das Merkmal bezieht sich somit nicht auf den betroffenen Personenkreis, sondern auf die zu leistenden Dienste. Herabsetzungen oder Befreiungen sind nur im Rahmen des Art. 31 GG zulässig; sie müssen nach festgesetzten, für alle gleichen Gründen erfolgen³⁶. Ist ein Bürger befreit, kann von ihm eine Ausgleichsleistung in Geld verlangt werden³⁷.

Zentrale Grenze für einschränkende Gesetze ist allerdings das Merkmal der „Herkömmlichkeit“. Das Merkmal bezeichnet das Vorhandensein und die Anerkennung der jeweiligen Dienstpflicht in den überkommenen Rechtsordnungen, wobei für die früheren Zeiten auch Gewohnheitsrecht ausreichen soll³⁸. Dabei ist allerdings allein auf verfassungsrechtlich vergleichbare Epochen abzustellen; also nicht die Zeit des Nationalsozialismus, dagegen insbesondere die Zeit der Weimarer Republik. Insoweit gilt als Maßstab der Herkömmlichkeit nicht nur der traditionelle Bestand an Rechtsnormen, sondern auch deren tatsächlicher Anknüpfungspunkt. Gewandelte reale Verhältnisse können also dazu führen, daß die traditionellen Verpflichtungen unter den gegenwärtigen Umständen nicht mehr als den Überkommenen gleichartig und damit nicht mehr als „herkömmlich“ anerkannt werden können. Dies wird insbesondere im Zuge der Verstärkung bei den eher landwirtschaftsbezogenen Hand- und Spanndiensten anzunehmen sein; bei der Beurteilung ihrer Herkömmlichkeit auf dem Land ist aber auch der Wandel der ländlichen Arbeits- und Produktionsweise zu berücksichtigen³⁹. Dabei muß die Pflicht nicht in dem gesamten Gebiet, in welchem sie gesetzlich eingeführt wird, „herkömmlich“ sein; es genügt, daß dies in nicht unwesentlichen Landesteilen der Fall war⁴⁰. Sinn und Zweck des Merkmals liegen also in einer Beschränkung der Dienstpflichten auf den überkommenen Bestand

und deren allmähliche Zurückdrängung. Gerade dies ist die Intention des Parlamentarischen Rates gewesen, welche allein die traditionellen Arbeitspflichten zulassen wollte. „Herkömmlich“ ist somit nicht als allgemeine Pflicht zur Dienstleistung „in herkömmlichem Umfang“ zu bezeichnen⁴¹. Läßt sich aber eine überkommene Pflicht feststellen, so darf sie umgestaltet werden⁴²; die Neubegründung solcher Pflichten ist demgegenüber unzulässig.

Als zulässige herkömmliche Dienstleistungspflichten dieser Art sind etwa anzusehen – im Gegensatz zu den heute nicht mehr zulässigen Hand- und Spanndiensten³⁹ – die Feuerwehr⁴³, Wasser- und Deichwehrlauf⁴⁴, Straßenreinigungs-, Räum- und Streupflichten⁴⁵, die Katastrophenschutzpflicht⁴⁶ sowie die Hilfspflicht bei Unglücksfällen (Art. 122 BayVerf; 10 BremVerf; 22 RhPfVerf, 19 Saarl-Verf⁴⁶). Hierzu zählt aber auch die Verpflichtung der Arbeitgeber zur Einziehung der Lohnsteuer⁴⁷.

b) Mehr in der Begründung als im Ergebnis ist umstritten, warum und inwieweit Art. 12 II GG die Verleihung staatlicher Ehrenämter einschließlich der Ernennung zum Ehrenbeamten zuläßt. Während hier bisweilen auf Art. 33 GG als überkommene Rechtsgrundlage des Beamtenrechts abgestellt wird⁴⁸, wird andererseits auch Art. 12 II Halbs. 2 GG als Handlungstitel herangezogen⁴⁹. Die unterschiedlichen Auffassungen erlangen umso geringere praktische Bedeutung, als auch Art. 33 V GG die Beamtenpflichten an den „hergebrachten Grundsätzen“, also dem Grundsatz der „Herkömmlichkeit“, mißt⁵⁰. Die allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung von Art. 12 I GG und Art. 33 GG⁵¹ sind hier jedenfalls nicht ohne Modifikation anwendbar. Schützt Art. 12 II GG in differenzierter Weise gegen die zwangsweise Inanspruchnahme für staatliche Aufgaben, so umschreibt die Vorschrift jedenfalls dem Umfang nach die äußerste Grenze der Zulässigkeit einer unfreiwilligen⁵² Übertragung von Ehrenämtern, Art. 33 GG betrifft demnach die Ausgestaltung solcher Pflichten.

31) Anders BayVerfGHE 7, 77 (80f.).

32) Anders noch v. Mangoldt, JöR 1, S. 136, Bachof, Die Grundrechte III 1, 1958, S. 261; Held, DVBl 1954, 345; wie hier Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog (o. Fußn. 7), Art. 12 Rdnr. 490.

33) Art. 12 II GG wird als Grundpflicht qualifiziert von Klein, DSt 1975, 155; Merten, BayVBl 1978, 557; Stober, Grundpflichten und Grundgesetz, 1989, S. 401 ff.; dagegen Gusy, JZ 1982, 657, insb. S. 661 ff.

34) Hierzu allg. Battis-Gusy, Einführung in das StaatsR, 2. Aufl. (1986), Rdnr. 438.

35) BVerfGE 13, 167 (170f.).

36) BayVfGHE 31, 1 (3ff.); BayVGHE 14, 67 (69ff.); eine Doppelbelastung Einzelner ist unzulässig, BVerwG, DÖV 1964, 97 (98).

37) BVerfGE 9, 219 (299); 13, 167 (170).

38) BVerwGE 2, 313 (314); s. auch Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog (o. Fußn. 7), Art. 12 Rdnr. 486; Piroth-Schlink (o. Fußn. 2), Rdnr. 960.

39) Insbesondere die vom Parlamentarischen Rat besonders hervorgehobenen Hand- und Spanndienste sind demnach gegenwärtig nicht mehr als herkömmliche anzuerkennen; einschränkend zu Recht schon BVerwGE 2, 313 (314); OVG Koblenz, OVG 7, 121; Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog (o. Fußn. 7), Art. 12 Rdnr. 486; Gubelt, in: v. Münch (o. Fußn. 16), Art. 12 Rdnr. 82.

40) BayVfGHE 7, 77 (82f.); Göppel, Die Zulässigkeit von Arbeitszwang nach Art. 12 II 1 GG, Diss. 1967, S. 145ff.

41) BVerwGE 2, 313 (314).

42) Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog (o. Fußn. 7), Art. 12 Rdnr. 486, am Beispiel der Katastrophenschutzpflicht aus der Luftschutzpflicht.

43) BVerfGE 13, 167 (170); s. ferner BayVfGHE 31, 3ff.; BayVGHE 6, 75 (82ff.); 15, 34 (38f.).

44) Göppel (o. Fußn. 40), S. 210f.

45) Bachof, JZ 1966, 174.

46) Gätz, VVDStRL 41, 28.

47) BVerfGE 22, 380 (383); die Pflicht besteht in der heutigen Form seit 1920.

48) Etwa: BayVerfGHE 7, 77 (80).

49) So offenbar Stober, Der Ehrenbeamte, 1981, S. 43.

50) Dazu für den Ehrenbeamten Stober (o. Fußn. 49), S. 80ff.

51) BVerfGE 7, 377 (397f.); 16, 6 (21); 39, 334 (369).

52) Auf freiwillige Dienstleistungen findet die Vorschrift hingegen keine Anwendung; s. o. bei Fußn. 17.

c) Aktuellstes Problem des Art. 12 II GG ist die Heranziehung von Sozialhilfeempfängern zu „gemeinnütziger Arbeit“. Die grundsätzliche Arbeitspflicht der Sozialhilfeempfänger (§ 18 I BSHG) stellt schon deshalb keinen Arbeitszwang dar, weil sie weder zu einer bestimmten Arbeit noch zu einer solchen für staatliche Zwecke verpflichtet und so höchstens im Schutzbereich der „negativen Berufsfreiheit“ (Art. 12 I GG) anzusiedeln wäre. Anders verhält es sich insoweit mit der Heranziehung zur „gemeinnützigen“ bzw. „zusätzlichen“ Arbeit nach § 19 II BSHG, die eine bestimmte Arbeit und jedenfalls in ihrer ersten Alternative auch eine Leistung für staatliche Zwecke darstellen kann⁵³. Aber in derartigen Fällen fehlt es an einem Eingriff: *Rechtlich* bleibt die Entscheidung zwischen der Eingehung eines gewöhnlichen, bezahlten Arbeitsverhältnisses einerseits und dem Bezug von Sozialhilfe bei gleichzeitiger Leistung gemeinnütziger Arbeit frei⁵⁴. Anderes gelten kann erst dann, wenn den Betroffenen die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses rechtlich untersagt ist, wie dies etwa in § 19 Ia AFG für Anerkennungsbewerber im Asylverfahren geschehen ist. Deren Wahlfreiheit zwischen einem Lebensunterhalt aus beruflicher Arbeit und der Sozialhilfe ist auch rechtlich ausgeschlossen. In diesen Fällen würde eine Versagung der Unterstützung im Weigerungsfalle gem. § 25 I BSHG faktisch zu der Alternative „Arbeit oder Hungertod“ führen⁵⁵. Zumindest in diesen Fällen läßt sich der Eingriffscharakter nicht verneinen⁵⁵. Daraus folgt aber nicht, daß ein derartiger Arbeitszwang generell unzulässig wäre; sondern lediglich, daß er allein im Rahmen der Schranken des Art. 12 II GG zulässig ist⁵⁶.

4. Zusammenfassung

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung offengelassen, ob die Weisung nach § 10 JGG einen Eingriff in Art. 12 II GG darstellt⁵⁷. Nach der hier vorgenommenen Abgrenzung stellt sie keinen derartigen Eingriff dar. Die Weisung erfolgt zur Leistung von Arbeit ohne besondere Zweckbestimmung; also weder zu einer „bestimmten“ Arbeit noch zu einer solchen, die gerade für staatliche Zwecke erbracht wird. So können die angeordneten „Sozialstunden“ auch in bestimmten privaten Einrichtungen absolviert werden. Demnach kommt eine Prüfung der Maßnahme an den Schranken des Art. 12 II GG nicht in Betracht.

III. Das Verbot der Zwangsarbeit (Art. 12 III GG)

Darüber hinaus verneint das Gericht aber auch einen Eingriff in Art. 12 III GG. Die geforderte Arbeitsleistung stelle nämlich keine „Zwangsarbeit“ dar. Ausgangspunkt dieser Argumentation ist die enge Verknüpfung zwischen der Menschenwürdegarantie (Art. 1 GG) einerseits und Art. 12 III GG andererseits. Danach wollte der Verfassungsgeber insbesondere die Heranziehung zu entwürdigender Arbeit und zu solchen Leistungen untersagen, welche auch nur im Ansatz die Gefahr begründen, auszufern oder mißbraucht zu werden, und so in der Praxis zu einer Verletzung der Menschenwürde führen könnten⁵⁸. Die dadurch angelegte Konsequenz, Art. 12 III GG sei – weil nichts anderes als Positivierung einer einzelnen Dimension der Menschenwürde – eigentlich überflüssig, wird noch nähergelegt durch den Umstand, daß das Gericht aufgrund seiner Auslegung Beispiele für Zwangsarbeit bildet⁵⁹, die sämtlich bereits durch andere Rechtsnormen als durch Art. 12 III GG untersagt sind. Angesichts eines solchen Verständnisses kann der Eindruck entstehen, es handele sich bei dem Verbot der Zwangsarbeit um ein leerlaufendes und damit überflüssiges Grundrecht.

1. Der Schutzbereich des Art. 12 III GG

a) Die entstehungsgeschichtlichen Hinweise zur Konkretisierung des Schutzbereichs dieses Menschenrechts sind wenig ergiebig. Während einerseits darauf hingewiesen wurde, daß etwa der Reichsarbeitsdienst oder einzelne Praktiken in der sog. „Ostzone“ verfassungswidrig sein sollten⁶⁰, bestand andererseits Einigkeit, daß Unterschiede zwischen „Arbeitszwang“ und „Zwangsarbeit“ bestünden⁶¹. Worin diese allerdings konkret lägen, bleibt offen.

Vielfach wird die Abgrenzung allein am Wortlaut gezogen. Danach untersagt Art. 12 II GG die Heranziehung zu „bestimmter Arbeit“; Art. 12 III GG die Verpflichtung zu „unbestimmter Arbeit“⁶². Wenn aber schon das Merkmal der „Bestimmtheit“ der Arbeit in Art. 12 II GG keinerlei eigenständigen materiellen Inhalt entfaltet⁶³, so kann daran auch keine sachliche Abgrenzung geknüpft werden.

Nicht weiterführend ist auch eine rein formale Abgrenzung, welche darauf abstellt, daß als Zwangsarbeit allein solche Tätigkeiten in Betracht kommen, die in Haft, Arbeits- oder sonstigen Lagern geleistet würden. Eine solche Umschreibung macht die Bestimmung überflüssig: Besteht ihr Sinn gerade darin, die Zulässigkeit der Zwangsarbeit auf die gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehungen zu beschränken, so muß es offenbar auch Zwangsarbeit geben, die unzulässig ist. Da andere als gerichtlich angeordnete Freiheitsentziehungen ohnehin nicht in Betracht kommen (Art. 104 II, III GG), muß demnach der Begriff der Zwangsarbeit über denjenigen der Arbeit in Haft hinausreichen. Der Begriff kann demnach nicht allein formal, er muß vielmehr materiell bestimmt werden.

b) Zwangsarbeit ist jede einseitige Heranziehung eines Menschen zu einer selbständigen Arbeit zu anderen als staatlichen Zwecken. Das Merkmal der Einseitigkeit stellt – wie in Art. 12 II GG – auf das Fehlen der Zustimmung des Betroffenen ab. Zentrale Begriffselemente sind die „Selbständigkeit“ der Arbeitspflicht und deren Zweckbestimmung.

Das Merkmal der „Selbständigkeit“ grenzt die Zwangsarbeit – grundsätzlich ebenso wie in Art. 12 II GG – von den Schranken sonstiger Grundrechtsbestimmungen ab. Dabei geht es insbesondere um die zahlreichen Handlungspflichten, welche jedermann gegenüber dem Staat treffen. Das Charakteristikum solcher Handlungspflichten ist ihre Bezogenheit auf die Herbeiführung eines konkreten Erfolges: Der Betroffene ist verpflichtet, sein Fahrzeug auf Weisung der Polizei wegzufahren; der Bürger ist zur Zahlung von Steuern verpflichtet; ferner, seinen Wohnsitz anzumelden und vor Ge-

53) So etwa die Fallgestaltung in BVerfGE 67, 1 (Stadtbücherei); 68, 91 (Friedhofsarbeit).

54) In diese Richtung Oetker, DVBl 1983, 1178.

55) So insb. Friche, NVwZ 1983, 387; Rittstieg (o. Fußn. 16), Art. 12 Rdnr. 160.

56) Probleme bereitet hier allerdings die „Allgemeinheit“ der Dienstleistungspflicht, wo nur „sachgerechte Differenzierungen“ zulässig sind; dazu schon o. Fußn. 35f.; die weitergehende Frage, ob eine solche Alternative von „Arbeit oder Hungertod“ den Zweck des § 19 BSHG verfehlt, weil diese Bestimmung dazu dient, eine positive Einstellung des Betroffenen zur Arbeit herbeizuführen, deren Leistung ihm aber gerade rechtlich untersagt ist, soll hier nicht erörtert werden; s. dazu Schnapp, NJW 1983, 977ff.; Riedel, VerwA 1984, 237; Münder, NVwZ 1984, 206; Friche, DÖV 1984, 243.

57) S. insb. BVerfGE 74, 102 (122f.).

58) BVerfGE 74, 102 (121).

59) Ebda.

60) Dargestellt ebda., S. 116–118.

61) S. o. II 1.

62) Seit Bachof (o. Fußn. 32), S. 155, 256; Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 12 Rdnr. 493; Gubelt, in: v. Münch (o. Fußn. 16), Art. 12 Rdnr. 85.

63) S. o. bei Fußn. 29.

richt auszusagen. Solche Handlungspflichten greifen in Grundrechte ein. Die zu ihrer Bewirkung notwendige Arbeit – Abgabe einer Steuererklärung. Wegfahren des Fahrzeugs, Erscheinen bei der Behörde oder vor Gericht – ist allerdings keine selbständige Verpflichtung, sondern unselbständiger Annex der jeweiligen Handlung. Geschuldet ist in solchen Fällen nicht „Arbeit“, sondern Zahlung, ordnungsgemäßes Abstellen des Fahrzeugs oder bestimmte Angaben⁶⁴. „Selbständig“ ist die Verpflichtung zur Arbeit demgegenüber, wenn primär Arbeitsleistung geschuldet wird (etwa: § 41 I 1 StVollzG; § 91 II JGG). Das heißt nicht, daß solche Arbeit in jedem Fall erfolgsneutral sein muß; vielmehr können durchaus eigenständige Arbeitserfolge eintreten. Die Arbeit ist aber nicht wegen dieser Erfolge geschuldet, sondern unabhängig davon. Der Eintritt eines konkreten Arbeitsergebnisses ist also ein mögliches Resultat der Arbeit, aber nicht Sinn und Zweck der Arbeitspflicht.

Weiteres konstituierendes Merkmal der Zwangsarbeit ist ihr Zweck, der gerade nicht auf die Staatsentlastung gerichtet ist. Zur Zwangsarbeit wird man nicht herangezogen, um bei der Erfüllung von Rechtspflichten des Staates mitzuwirken, sondern aus anderen Gründen. Diese Gründe können etwa strafende oder pädagogische sein; sie können aber auch in jedem sonstigen Motiv außer demjenigen der Staatsentlastung liegen. Auch hier kann zwar die Pflicht zur Arbeit eine Staatsentlastung bewirken; das ist aber nicht Sinn und Zweck der Heranziehung. Wenn also etwa der Strafgefangene im Gefängnis Aktendeckel für Behördenakten herstellt oder bei der Erstellung einer Kanalisation mitwirkt, so kann dies durchaus staatlichen Zwecken dienen. Aber die Herbeiführung solcher Zwecke ist eben nicht das Ziel des § 41 StVollzG.

Beispiele für Zwangsarbeit sind nach dem hier genannten Kriterium der schon erörterte Reichsarbeitsdienst, § 41 StVollzG, § 91 II JGG, der Zivildienst (Art. 12 II GG) mit dem Ziel der Erzielung von „Wehrgerechtigkeit“⁶⁵, die Heranziehung von Frauen nach Art. 12a IV GG oder das „Arbeitshaus“ nach § 42 d StGB a. F.

Demnach unterscheiden sich die verschiedenen Formen von Arbeitspflicht in Art. 12 II, III GG durch ihren Sinn und Zweck. Der Staat ist zur Herstellung seiner Handlungsfähigkeit und zur Erfüllung seiner Aufgaben bisweilen in höherem Maße auf die Mitwirkung seiner Bürger angewiesen; daher sind zu diesem Zweck Heranziehungen in größerem Umfang zulässig als zu sonstigen Zwecken. Eben deshalb sind auch die Schranken des Art. 12 II GG weiter gefaßt als diejenigen des Art. 12 III GG. Es mag systematisch auf den ersten Blick überraschen, die Wehrdienstpflicht dem Arbeitszwang, die Zivildienstpflicht der Zwangsarbeit zuzuordnen. Dies entspricht aber ihrem unterschiedlichen Sinn. Das braucht nicht auszuschließen, auch den Zivildienst als staatsentlastenden Dienst auszugestalten. Dies ist aber gesetzlich jedenfalls bislang nicht geschehen. Eben deshalb bedarf er auch einer besonderen grundgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in Art. 12a II GG.

c) Demnach ist die Weisung nach § 10 JGG entsprechend ihrem Sinn und Zweck dem Schutzbereich des Art. 12 II oder III GG zuzuordnen. Ihr Sinn wird darin gesehen, daß sie „auf die künftige Lebensführung des Jugendlichen und seine Erziehung einwirken kann und soll, zum Beispiel durch positive Beeinflussung der „Einstellung zur Arbeit“⁶⁶; ihr Fehlverhalten soll ihnen bewußt und ihr Verantwortungsgefühl gestärkt werden⁶⁷; die Weisung verfolgt also eine „erzieherische Zielsetzung“⁶⁸. Ist demnach keinerlei Bezug der Arbeitsweisung zur Staatsentlastung festzustellen, so kann sie nicht dem Schutzbereich des Art. 12 II GG, sondern allein demjenigen

des Art. 12 III GG zugeordnet werden. Die Weisung ist also als „Zwangsarbeit“ zu qualifizieren. Dem steht nicht entgegen, daß Weisungen gem. § 10 JGG nicht vollstreckbar sind. Wird ihre Nichtbefolgung gem. § 11 III JGG mit Jugendarrest geahndet, so stellt dies nicht nur einen faktischen, sondern auch einen rechtlichen Zwang zur Erfüllung der Weisung dar.

2. Schranken des Art. 12 III GG

a) Zwangsarbeit ist nach Art. 12 III GG nur zulässig „bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung“. Diese Formulierung begründet erhebliche Zweifel an ihrem Sinn und Zweck, wenn Freiheitsentziehungen nach Art. 104 II, III GG ohnehin lediglich aufgrund gerichtlicher Anordnung zulässig sind. So wird Art. 12 III GG gelegentlich nicht als Grundrecht, sondern als Ermächtigungsgrundlage für die Einführung von Zwangsarbeit während der Freiheitsentziehung verstanden⁶⁹. Dem steht aber entgegen, daß es – bis auf Art. 12 III GG – keine Bestimmung des Grundgesetzes gibt, welche derartige Zwangsarbeit untersagen würde, so daß eine derartige Ermächtigung verfassungsrechtlich überflüssig wäre. Der Sinn und Zweck des Art. 12 III GG liegt offenbar in der Aussage: keine Zwangsarbeit außer bei gerichtlich angeordneter Freiheitsentziehung. Die entspricht auch den – wenigen – Stellungnahmen im Parlamentarischen Rat, denen es gerade nicht um die Zulassung, sondern um die Einschränkung der Zwangsarbeit ging⁷⁰. Eben dieser Kontext von Freiheitsentziehung und Zwangsarbeit wirft allerdings die Frage nach der Vereinbarkeit von § 10 13 Nr. 4 JGG mit Art. 12 III GG auf, da die Weisung eben nicht neben, sondern an die Stelle der Freiheitsentziehung treten soll. Es geht demnach dem Jugendgerichtsgesetz insoweit nicht um Zwangsarbeit in der Haft, sondern um Zwangsarbeit statt Haft. Das BVerfG hat sich zu diesem Komplex nicht zu äußern brauchen, da es den Eingriff in das Grundrecht verneint hatte.

Wird – wie hier – ein Eingriff dagegen bejaht, so kommt nicht in Betracht insbesondere ein Abstellen auf die Kürze der Maßnahme und damit die Geringfügigkeit des Eingriffs. Selbst wenn 16 „Sozialstunden“ nicht das landläufige Bild von der Zwangsarbeit ausfüllen mögen, so wollte doch der Parlamentarische Rat sich außerhalb der Schranken des Art. 12 III GG ausschließen. Gleichfalls nicht in Betracht kommt ein Abstellen auf Art. 6 II GG. Wenn ein Grundrecht eigens angeordnete Schrankenvorbehalte enthält, dürfen diese nicht unter Hinweis auf die allgemeinen, verfassungssystematischen Schranken entwertet oder unterlaufen werden. Insoweit gilt die Spezialisierung der grundgesetzlich ausdrücklich aufgenommenen gegenüber den allgemeinen verfassungssystematischen Schranken.

b) Maßgeblich für die Beantwortung der Verfassungsmäßigkeit der Arbeitsweisung sind demnach allein die Schrankenbestimmungen des Art. 12 III GG. Dieser limitierte Gesetzesvorbehalt kombiniert zwei unterschiedliche Eingriffe miteinander: die – nicht aufgrund Art. 12 III GG, sondern allein aufgrund Art. 104 II, III GG zulässige – Freiheitsentziehung und die Zwangsarbeit. Zugleich wird die Zulässigkeit der ersteren an die letztere gebunden: Keine Zwangsarbeit ohne Freiheitsentziehung. Ganz in diesem Sinne ist Art. 12 III GG als Gebot der Minimierung von Zwangsarbeit zu verste-

64) Ruttig (o. Fußn. 16), Rdnr. 159.

65) BVerfGE 48, 127 (164 ff.); 69, 1 (34 ff.).

66) Eisenberg (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 20 m. w. Nachw.

67) Brunner (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 9.

68) Ebda.

69) Göppel (o. Fußn. 6), S. 79 ff.

70) Abg. Baade, Grundsatzausschuß des Herrenchiemseer Konvents, Sten. Prot. S. 137; Zinn, Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rats v. 29. 9. 1948, Sten. Prot., S. 2 f.; Schmid, ebda., S. 4 f.; Eberhard, Hauptausschuß des Parlamentarischen Rats v. 19. 1. 1949, Sten. Prot., S. 576.

hen; sie ist ausdrücklich „nur“ bei Freiheitsentziehungen zulässig. Sicherlich verfassungsgemäß ist die Zwangsarbeit, wenn die Freiheitsentziehung verhängt und vollstreckt wird. Die Problematik des § 10 I 3 Nr. 3 JGG besteht aber darin, daß gerade dies nicht geschieht. Wenn also Art. 12 III GG lediglich eine Modalität des Strafvollzuges bezeichnet⁷¹, so ist der Schluß auf die Verfassungswidrigkeit des § 10 I 3 Nr. 4 JGG zwangsläufig.

Eine solche Auslegung schöpft allerdings möglicherweise den Wortlaut der Bestimmung nur partiell und ihren grundrechtlichen Gehalt nicht aus. Ist nach dem Wortlaut der Konnex von Freiheitsentziehung einerseits und Zwangsarbeit andererseits unauflösbar, so ist doch die Zwangsarbeit „bei“, nicht hingegen allein „in“ oder „während“ der Freiheitsentziehung zulässig. Dadurch wird zumindest die Fragestellung eröffnet, ob Zwangsarbeit lediglich die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung oder aber ihre Zulässigkeit, Verhängung und Vollstreckung voraussetzt. Eine Antwort auf die Frage nach der Auswahl zwischen diesen Alternativen kann das Übermaßverbot liefern: Verknüpft Art. 12 III GG zwei Grundrechtseingriffe miteinander, so ist die Verhängung lediglich eines Eingriffs ein milderes Mittel. Erscheint demnach die Verhängung von zwei Sanktionen nicht als erforderlich, so gebietet das Übermaßverbot die Verhängung lediglich eine Sanktion. Solange diese eine Sanktion mit dem Wortlaut der Grundrechtsgarantie zumindest vereinbar ist, ist sie die grundgesetzlich intendierte Auslegungsalternative.

Das gilt jedenfalls, soweit Art. 12 III GG als Grundrecht angesehen wird und damit Eingriffe am Übermaßverbot gemessen werden sollen. Eine Gegenauffassung, welche die Zwangsarbeit nur „in“ der Haft zulassen würde, stellte umgekehrt Art. 12 III GG als Ausnahmetatbestand vom Übermaßverbot und damit als Grundpflicht dar. In ihrer Eigenschaft als Grundpflicht verhindert dann die Bestimmung eine Verhängung milderer Sanktionen und verweist auf die Notwendigkeit schwerer wiegender Rechtsfolgen.

Eine grundrechtliche, am Übermaßverbot orientierte Auslegung des Art. 12 III GG hat aber den grundsätzlichen Konnex von Freiheitsentziehung und Zwangsarbeit zu beachten. Letztere ist dann nicht unabhängig von ersterer zulässig; sondern lediglich, sofern erstere zulässig wäre, aber aufgrund des Übermaßverbots von ihrer Verhängung oder Vollstreckung abgesehen würde. Konkret würde dies bedeuten: Zwangsarbeit ist grundgesetzlich erlaubt, wenn (1) der Betroffene einen Tatbestand verwirklicht hat, aufgrund dessen eine Freiheitsentziehung gesetzlich angedroht ist; (2) zugleich eine konkrete Tatmodalität begangen wurde, welche die Freiheitsstrafe nicht ausschließt – etwa kein „milderer Fall“ –; (3) während des Vollzuges dieser Freiheitsentziehung Zwangsarbeit grundsätzlich zulässig wäre; (4) von der Verhängung oder Vollstreckung der Freiheitsentziehung aus Gründen des Strafzumessungs- oder -vollstreckungsrechts im Einzelfall abgesehen worden ist und (5) die Maßnahme durch den Richter angeordnet worden ist.

c) Nach der hier vertretenen Auslegung stellt also Art. 12 III GG nicht auf den Vollzug, sondern auf die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung ab. Ist sie zulässig, so ist auch – oder aus Gründen des Übermaßverbots an ihrer Stelle – die Zwangsarbeit gestattet. Wo keine Freiheitsentziehung droht – sondern etwa nur eine Geldbuße oder –strafe –, ist auch keine Zwangsarbeit zulässig. Auf diese Weise ist demnach § 10 I 3 Nr. 4 JGG grundsätzlich mit Art. 12 III GG vereinbar, obwohl er in dessen Schutzbereich eingreift. Für die Verhängung der Arbeitsweisung im Einzelfall ist allerdings die Erfüllung der genannten Kriterien notwendige Voraussetzung. Und im genannten Rahmen könnte auch ein entsprechendes

Weisungsrecht des Richters in das Erwachsenenstrafrecht übernommen werden. Andernfalls ließe sich dieses nur erreichen, wenn die Weisung als Bewährungsauflage zur Vermeidung der Haft angeordnet würde⁷².

3. Zusammenfassung

Arbeitszwang (Art. 14 II GG) und Zwangsarbeit (Art. 12 III GG) unterscheiden sich hinsichtlich des Zwecks der jeweils geforderten Arbeitsleistung. Danach ist die Heranziehung des Einzelnen zu staatlichen Zwecken gem. Art. 12 III GG in höherem Maße zulässig als eine Heranziehung für sonstige Zwecke. Die hier vorgenommene Abgrenzung der Schutzbereiche ermöglicht eine Zuordnung staatlicher Maßnahmen zu dem einen oder anderen Grundrecht und damit eine Bestimmung der jeweils maßgeblichen Schrankenvorbehalte. Soweit hier die Grenzen des Art. 12 III GG weitgezogen erscheinen, wird dessen ungeachtet ein höheres Maß an Schutz gegen staatliche Verpflichtungen zur Arbeit erreicht, als ihn das BVerfG vornimmt. Dieses mißt die Weisung überhaupt nicht an Art. 12 III GG.

Die dargestellten Gründe des Beschlusses weisen zwei Grundprobleme auf. Die weit verbreitete These, die Grundrechtsgarantien seien Reaktionen auf Menschenrechtsverletzungen durch den Nationalsozialismus und den Stalinismus, darf nicht als dogmatische Aussage mißverstanden werden. Andernfalls entsteht die Gefahr, daß die Freiheits- und Gleichheitsgarantien teleologisch reduziert erscheinen: Sie untersagen dann Freiheitsbeschränkungen von einer Schwere, wie sie die genannten totalitären Systeme zulassen; demgegenüber erscheinen dann Eingriffe des demokratischen Rechtsstaates schon deshalb als zulässig, weil sie als demokratische und rechtsstaatliche weniger schwerwiegend sind. Ein solches Denken würde dann eine Differenzierung nahelegen, welche nur noch danach fragt, *wer* den Grundrechtseingriff vornimmt. Totalitäre Regimes verletzen stets grundrechtliche Standards; der demokratische Rechtsstaat hingegen nicht. Dann allerdings laufen die Garantien des Grundgesetzes, welche gerade im demokratischen Rechtsstaat gelten und diesen binden sollen, tendenziell leer. Gegenüber solchen Argumentationen ist daran festzuhalten, daß Art. 1–19 GG auch in der und für die Bundesrepublik ihren eigenständigen Sinngehalt aufweisen; sie dirigieren und limitieren gerade demokratische – und keine andere – Staatsgewalt.

Gleiches gilt für die Feststellung, wonach alle Grundrechte „Ausprägung der Menschenwürde“ seien. Auch dieser Satz ist nicht als dogmatischer in dem Sinne mißzuverstehen, daß deshalb der Schutzzumfang jedes Einzelgrundrechts mit seinem „Menschenwürdegehalt“ identisch sei. Vielmehr war der Verfassungsgeber berechtigt, in den einzelnen Freiheits- und Gleichheitsgarantien über den Mindeststandard der Menschenwürde hinauszugehen; und er hat dies auch vielfach getan. Solche zusätzlichen Grundrechtsgehalte binden alle Staatsgewalt in gleicher Weise wie die menschenwürdebezogenen Gehalte. Dieser Schritt des Verfassungsgebers darf nicht im Wege der Auslegung korrigiert oder rückgängig gemacht werden. Jedenfalls insoweit erlangt die Argumentation des vorliegenden Beschlusses über den relativ speziellen Bereich seines Gegenstandes hinaus weiterreichende Bedeutung.

71) In dieser Richtung ansatzweise BVerfGE 74, 102 (119), wonach aufgrund Art. 12 III GG es „weiterhin möglich sein sollte, Freiheitsentziehung und Strafvollzug ... mit Hilfe gezielter Arbeitseinsatzes sinnvoll zu gestalten“; Rspr. bei Seeböck, JA 1979, 611 ff.

72) Zur grundrechtlichen Zulässigkeit der Arbeitsauflage als Bewährungsauflage BVerfGE 58, 358 (363 ff.).