ISSN 1864-371X

Bucerius Law Journal

Dezember 2008 Heft 3/2008 Seiten 112 – 167

Gastkommentar

Rüdiger Veil · Börsencrash und Credit Crunch – welche Lehren sind aus der Finanzmarktkrise zu ziehen? 112

Aufsätze

Christoph Brendel · Die Macht des geschriebenen Wortes. Paulskirchenverfassung und EU-Verfassungsvertrag – Werke ohne Wirkung? 114

Johanna Croon · Keck und die Konvergenz der Grundfreiheiten 119

Armin Kockel · Wohin steuert Europa? – Herausforderungen, Chancen und Perspektiven nach dem Lissabonner Verfassungsgipfel 125

Andreas Puhl · Strafverfolgungsverjährung – Ihr Beginn bei der vollendeten Steuerhinterziehung durch Unterlassen 129

Jan Michael Bosak, Reiner Gallei und Susan Just · Die Einziehung verbriefter Forderungen nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz 135

Christopher Krois · Der Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnis am Beispiel ausgewählter Fallkonstellationen 137

Lars Teigelack · „Heuschrecken und Häuslebauer" – Neuerungen bei Immobilienfinanzierungen durch das Risikobegrenzungsgesetz 143

International

Haitham A. Haloush · The Jordanian Landlord Tenant Law: Radical Departure From Protective Measures 148

Streitgespräch

Eugen Brysch, Dieter Graefe, Roger Kusch und Harald Schliemann · Strafbarkeit der Beihilfe zum Suizid?! 151

Rezensionen

Richard Posner: How Judges Think *(Katja Niehnus)*, Chantal Mouffe: Das demokratische Paradox; Günther Jakobs: Norm, Person, Gesellschaft *(Johannes Gerberding)*, Klassiker – John Locke: Über die Regierung *(Anna Bodemann)* 163

www.law-journal.de

Redaktion der Ausgabe 3/2008

Sascha Arnold
Anna Bodemann
Hendrik Doobe
Stefan Frick
Johannes Gerberding
Heiner Kahlert
Christopher Krois
Jan Krauß
Benedikt Laudage
Sebastian Pläster
Sebastian Schneider
Simon Schönleber
Michael Schramm
Jan Sturm
Birga Tanneberg
Julia Weingart

Korrespondierender Beirat

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

Bucerius Law Journal
Dezember 2008 Heft 3/2008 Seiten 112 – 167

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

Bucerius Law Journal
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 beigefügt 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

Redaktion: Sascha Arnold, Anna Bodemann, Hendrik Doobe, Stefan Frick, Johannes Gerberding, Heiner Kahlert, Christopher Krois, Jan Krauß, Benedikt Laudage, Sebastian Pläster, Sebastian Schneider, Simon Schönleber, Michael Schramm, Jan Sturm, Birga Tanneberg, Julia Weingart.

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

Heft 3/2008
Seiten 112 – 167
2. Jahrgang
22. Dezember 2008

Prof. Dr. Rüdiger Veil, Hamburg*

Gastkommentar: Börsencrash und Credit Crunch

Welche Lehren sind aus der Finanzmarktkrise zu ziehen?

Steil fallende Aktienkurse, drohende Insolvenzen von Banken und Versicherungsgesellschaften sowie Staatsbankrott – die Welt musste in den letzten Wochen mit beängstigenden Schlagzeilen leben. Es bedurfte milliardenschwerer Rettungs- und Stützpakete in den USA, Europa und Asien, um den taumelnden Finanzmarktakteuren Halt zu geben. Diese staatlichen Hilfen konnten allerdings nur dazu dienen, die Symptome zu kurieren. Zu Recht haben sich daher die Regierungen der führenden Industrienationen zusammengesetzt und beratschlagt, was zu unternehmen ist, um erneuten Krisen vorzubeugen. Eine Marschroute scheint man schon gefunden zu haben. Der am 15. November von den G20-Staaten auf dem Weltfinanzgipfel beschlossene Aktionsplan benennt fünf Prinzipien einer Finanzmarktreform. Es sollen die Markttransparenz und die Marktregulation verbessert werden, die Marktintegrität gefördert, die internationalen Kooperationen verfestigt und die internationalen Institutionen reformiert werden.

Dies klingt noch sehr abstrakt. Konturen bekommen die Prinzipien für eine Reform der Finanzmärkte erst durch rund 50 Maßnahmen, die nach dem Aktionsplan kurzfristig, nämlich bis zum 31. März 2009, und mittelfristig ergriffen werden sollen. So ist beispielsweise die Rede davon, dass international gültige Richtlinien zur Bewertung komplexer Finanzinstrumente entwickelt, die Tätigkeit der Ratingagenturen reguliert und die Kommunikation zwischen Banken und Aufsichtsbehörden sowie die bankinternen Risikomanagementsysteme verbessert werden sollen.

Was ist von diesen und all den anderen im Aktionsplan aufgeführten Maßnahmen zu halten? Es trifft sicherlich zu, dass Politiker und Aufsichtsinstanzen in einigen entwickelten Ländern die Risiken, die in den Finanzmärkten entstanden sind, nicht richtig eingeschätzt haben. Eine Reform tut daher Not! Die Staats- und Regierungschefs haben bei ihrem Treffen die relevanten Themen erfasst und mit erfreulicher Entschlossenheit bekundet, eine tiefgreifende Reform auf die Beine stellen zu wollen. Es ist aber noch zu früh für eine Bewertung des Reformpakets. Dies wird erst möglich sein, wenn die einzelnen Maßnahmen feststehen. Spannend wird vor allem sein, wie weit der politische Wille reicht, die international tätigen Akteure in ein Korsett effektiver Verhaltensregeln zu zwingen. Wird es gelingen, die Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden in Europa, den USA und Asien zu optimieren? Welche Rolle wird der Internationale Währungsfonds als Kontrolleur spielen können?

Selbst wenn es der Politik gelänge, sich auf eine schlagkräftige Reform zu verständigen, wird noch mehr erforderlich sein, um neue Finanzmarktkrisen zu vermeiden. Denn die jetzige Krise ist auf einen völlig überzogenen Optimismus und ein außerordentliches Maß an Nachlässigkeit verschiedenster Akteure zurückzuführen. Wie war es möglich, dass in den USA massenhaft Kredite zum Hauskauf an Personen vergeben wurden, die aufgrund ihres geringen Einkommens niemals in der Lage sein konnten, die Kredite zu bedienen?

Es bleiben weitere Fragen, die noch zu beantworten sind. Warum beanstandete in den Banken niemand, dass erhebliche Risiken aus dem Hypothekengeschäft auf Zweckgesellschaften verlagert wurden, die „außerhalb der Bilanz“ geführt wurden und für die kein entsprechendes Eigenkapital vorgehalten werden musste? Haben sich die Bankenvorstände mit diesem Thema befasst? Wusste jeder Kontrolleur in den Banken von dem Ausmaß der Risiken bzw. vermochte die

* Der Autor ist Inhaber des Alfried Krupp-Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Unternehmens- und Wirtschaftsrecht und geschäftsführender Direktor des Instituts für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (IUKR) an der Bucerius Law School.

komplexen Finanzinstrumente überhaupt zu verstehen? Die Finanzmarktkrise ist auch Ausdruck einer unzureichenden Corporate Governance. Es wird nicht erforderlich sein, auf diese Mängel mit neuen Regeln zu reagieren. Insbesondere wäre es kontraproduktiv, die Managerhaftung, wie von manchen Stimmen eindringlich angemahnt, zu verschärfen. Stattdessen sollte das Augenmerk der Durchsetzung der existierenden Verhaltensregeln gelten. Die unternehmerische Verantwortlichkeit der Vorstände und Manager gehört auf die Agenda der nächsten Aufsichtsratssitzungen.

Ein letzter Punkt: Mussten wirklich alle Banken – von den privaten Großbanken bis zu den staatlichen Landesbanken – auf den globalen Finanzmärkten aktiv sein und sich zum Ziel setzen, Renditen von 25 % und mehr zu erwirtschaften? Am Ende beklagten diese Banken ungeheure Verluste und ständigen Abschreibungsbedarf. Damit lösten sie einen nicht für möglich gehaltenen Vertrauensverlust aus. Nun ist es an ihnen, durch verantwortungsvolles Handeln den immensen Reputationsschaden wiedergutzumachen. ■

Christoph Brendel, Leipzig*

Die Macht des geschriebenen Wortes

Paulskirchenverfassung und EU-Verfassungsvertrag – Werke ohne Wirkung?

A. Einleitung

Als der Preußenkönig *Friedrich Wilhelm IV.* am 3. April 1849 den Abgeordneten der Frankfurter Nationalversammlung seine kaum verhohlene Ablehnung der Krone mitteilte, diesen „imaginären Reif, aus Dreck und Lettern gebacken“,[1] war der große Traum der Jahre 1848/49 gescheitert. Den „Dreck“ der Revolution, die bewaffneten Bürger der Städte hinter ihren aufgetürmten Barrikaden, hatten die Fürsten schließlich mit der Einnahme der Festung Rastatt in Baden am 23. Juli 1849 aus den deutschen Landen gekehrt. Doch die „Lettern“ blieben. Sie blieben in der „Verfassung des Deutschen Reiches“, verabschiedet am 28. März 1849 in der Frankfurter Paulskirche. Und sie blieben in den Köpfen und Herzen der Menschen und gruben sich tief ein in das Gedächtnis der deutschen Länder.

Auch im Europa des Jahres 2004 hat etwas Außerordentliches stattgefunden. Die Staats- und Regierungschefs der EU unterzeichneten am 29. Oktober in Rom den „Vertrag über eine Verfassung für Europa“[2]. Als am 29. Mai 2005 die Franzosen aber mit 54,8% per Volksabstimmung „Non“ sagten und drei Tage darauf sich die Niederländer mit einem „Nee“ von 61,6% anschlossen, rückte die Vision einer Europäischen Verfassung wieder in weite Ferne. „The constitution is dead“[3], schrieb der Philosoph *Slavoj Žižek*. Doch hatte er sich vielleicht geirrt? Und könnte vielleicht auch für den EU-Verfassungsvertrag zutreffen, was *Ernst Moritz Arndt* angesichts des Scheiterns der Paulskirche 1849 dennoch behauptete: „Es wird sich durch eine innere Notwendigkeit alles doch zuletzt durcharbeiten“[4]?

B. Revolution und Evolution – Wehen der Geburt zweier Dokumente

Unterschiedlicher könnten die Umstände der Entstehung der beiden Dokumente nicht sein. Im März 1848 die Rufe nach Freiheit und Einheit, die die deutschen Staaten aus der starren Umarmung der Jahrzehnte des „Metternichschen Systems“ rissen. Eine Revolution. Sie ermöglichte, was die deutsche Geschichte noch nie gesehen hatte: eine Versammlung von gewählten Vertretern aller deutschen Staaten mit dem Auftrag, eine demokratische Verfassung für Deutschland zu schreiben. Und am 15. Dezember 2001 die „Erklärung von Laeken“[5], die nach mehr als 50 Jahren Verfassungsdiskussion[6] den „Konvent zur Zukunft der Europäischen Union“ einberief. Der Konvent entwickelte ein Dokument, das seinem Namen nach eine veritable Verfassung für Europa entwarf. Der EU-Verfassungsvertrag sollte die Integration der europäischen Staaten mittels völkerrechtlicher Verträge nun erstmals in ein gemeinsames Verfassungswerk münden lassen. Keine Revolution, sondern eine Evolution.

C. Die Paulskirchenverfassung

Die Gedanken von Freiheit und Demokratie hatten sich seit der Französischen Revolution auch in den deutschen Ländern im Rahmen des sogenannten Frühkonstitutionalismus[7] Ende des 18. Jahrhunderts, auf dem Wartburgfest 1817 und auf dem Hambacher Fest 1832 artikuliert. Die Paulskirchenverfassung aber war erstmals eine Verfassung für die Staaten des Deutschen Bundes. Sie sah Grundrechte vor, die „im ganzen Umfange des Deutschen Reichs“ mit ihrer der späteren Verfassung vorgreifenden Verkündung am 27. Dezember 1848 Geltung erlangen sollten.[8] Für die Machtverteilung zwischen Fürst und Volk schuf sie ein Kräfteparallelogramm: ein System einer paritätischen konstitutionellen Monarchie. Die Abgeordneten der Nationalversammlung sollte jeder männliche Deutsche ab dem 25. Lebensjahr wählen können. Aus der Nationalversammlung wiederum sollte eine starke Reichsregierung hervorgehen, die von Fürst und Volk gemeinsam ernannt wurde. Die Paulskirchenverfassung entwarf eine umfangreiche Verfassungsgerichtsbarkeit. Das Institut der Verfassungsbeschwerde sollte Freiheit garantieren und politische Mitwirkung für jeden Bürger bringen sowie – kaum weniger wichtig – die Rechtsangleichung und Vereinheitlichung in den mehr als 30 Ländern des Geltungsgebietes sicherstellen. Organstreitigkeiten zwischen den drei Reichsorganen Staatenhaus, Volkshaus und Reichsregierung und Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Ländern sollten ebenfalls vor dem zu errichtenden Staatsgerichtshof verhandelt werden. Dieser Habenseite steht gegenüber, dass in demokratischer Abstimmung der Nationalversammlung das Reichsoberhaupt, ein deutscher Fürst, gewählt werden sollte. Ein sogenanntes Erbkaisertum war vorgesehen. Dieser Kaiser sollte auch ein suspensives Veto gegen Gesetze besitzen.

I. Verdeckte Fortwirkungen. Biographische Kontinuitäten

Noch während der Verfassungsberatungen in der Paulskirche wurde am 5. Dezember 1848 in Preußen durch den König eine Verfassung oktroyiert.[9] Diese Verfassung war eine taktische Meisterleistung des preußischen Monarchen. Einerseits lehnte sie sich insbesondere in ihren Grundrechten an die

---

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Juristenfakultät der Universität Leipzig. Mit diesem Beitrag gewann der Autor den 1. Platz des ELEC (European Law Essay Competition 2008).

1 In einem Brief an Freiherr v. Bunsen vom Dezember 1848, vgl. *Huber*, Dokumente[3], Bd. 1, 1978, Nr. 110, S. 403.

2 Mit Protokollen und Anhängen abgedruckt in: Bundeszentrale für politische Bildung, Verfassung der Europäischen Union, 2005.

3 The Guardian, vom 4. Juni 2005; abrufbar unter: http://www.guardian.co.uk/politics/2005/jun/04/eu.world1.

4 Zitiert nach *Kühne*, Paulskirchenverfassung: Werk mit später Wirkung, in: Bundeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), Deutsche Verfassungsgeschichte 1849-1919-1949, 1989, S. 45.

5 „Erklärung des Europäischen Rates von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union“; abrufbar unter: http://european-convention.eu.int/pdf/LKNDE.pdf.

6 Wenn man etwa *Winston Churchills* Rede an der Universität Zürich vom 19. September 1946 (abgedruckt in: Randolph S. Churchill [Ed.], The Sinews of Peace: Post-War Speeches by Winston S. Churchill, 1948, S. 198-199) oder den „Vorentwurf einer Europäischen Bundesverfassung“ des *Grafen Coudenhove-Kalergi* vom 6. Mai 1951 (abgedruckt in: *Coudenhove-Kalergi,* Die Europäische Nation, 1953, S. 161-164) als Ausgangspunkte ansieht; vgl. *Herdegen*, Europarecht[10], § 4, S. 42-44.

7 *Wesel*, Geschichte des Rechts[3], 2006, S. 430-431.

8 Einführungsgesetz zum „Reichsgesetz betreffend die Grundrechte des deutschen Volkes“ vom 27. Dezember 1848; vgl. *Huber*, Verfassungsgeschichte[3], Bd. 2, 1988, S. 776.

9 Abgedruckt in: *Huber* (Fn. 1), Nr. 188, S. 484-493.

Paulskirchenverfassung an. Andererseits stärkte sie die Rechte der Krone und ordnete ein Dreiklassenwahlrecht an. *Wilhelm IV.* brach so den gegen ihn gerichteten Angriffen aus Frankfurt die Spitze ab und konnte sich so aus der Defensive manövrieren. Bereits Ende 1848 war klar geworden, dass der Vielvölkerstaat der Habsburger die Paulskirchenverfassung, die mit ihren Regelungen zu Geltungsgebiet und Stimmverteilung im Staatenhaus eigentlich auf eine großdeutsche Lösung hin angelegt war, schon allein aufgrund seiner Nationalitätenkonflikte nicht akzeptieren würde. Die spätere österreichische Verfassungsgebung knüpfte ebenfalls nicht wesentlich an die Tradition der Paulskirchenverfassung an.[10] Der Preußenkönig hingegen verfolgte eine Einigung der deutschen Länder von oben. Nach dem Scheitern der Revolution 1849 legte er den Landesfürsten den Entwurf einer Verfassung für eine kleindeutsche Union unter preußischer Führung vor. Dieser Entwurf entstand unter maßgeblichem Einfluss der Paulskirchenverfassung, vermittelt durch *Joseph v. Radowitz*, einem früheren Abgeordneten der Nationalversammlung und nun Berater des Königs. Über den hauptsächlich von ihm entworfenen Unionsverfassungsentwurf[11] wurden die Gedanken der Paulskirchenverfassung weitergetragen. Auch wenn die preußische Unionspolitik scheiterte, lehnte sich etwa die Verfassungsrevision[12] Preußens vom 31. Januar 1850 stark an ihn an.[13] Bis in die Zeit der Reaktion reichten die Wellen also, die die Paulskirchenverfassung geschlagen hat. Dazu kommt eine weitere, erstaunliche Tatsache: die biographische Kontinuität. Denn schon im Unionsparlament von Erfurt 1850 saß wieder etwa ein Fünftel, also mehr als hundert ehemalige Mitglieder der Paulskirchenversammlung.[14] Angesichts der Repression und der massenhaften Emigration der Revolutionäre ist das ein frappierender Befund.

Als mit dem 1851 unter der Führung von Preußen und Österreich durchgesetzten Bundesbeschluss[15] die 1848 geschaffenen „Institutionen und Zustände [...], welche für die innere Ruhe und Ordnung [...] bedrohlich sind",[16] in ganz Deutschland wieder beseitigt werden sollten, wehrten sich die alten 48er. Der Bundesbeschluss zwang alle Partikularstaaten, die Landesgesetze mit ihrer Garantie der Grundrechte außer Kraft zu setzen. Die Volkskammern einiger Länder fanden jedoch Wege, dies auf einfachgesetzlicher Ebene durch Vorbehaltsklauseln teilweise zu unterlaufen. So blieben etwa in Württemberg für die Hälfte der Grundrechte der Paulskirchenverfassung württembergische Entsprechungen in Kraft.[17] Denn gerade in süddeutsche Volkskammern waren viele Abgeordnete gewählt worden, die selbst in der Paulskirche dabei waren oder zumindest keine entschiedene Abkehr von den Grundgedanken der Paulskirchenverfassung wollten. Amnestien[18] für die eingekerkerten Revolutionäre von 1848/49 stärkten nochmals jene politischen Kräfte personell, die die Paulskirchenverfassung nach wie vor als Leitbild betrachteten.

II. Vermittelte Kontinuitäten. Reichseinigung und Verfassung von 1867/71

Der „Deutsche Krieg" 1866 endete mit einem Sieg für Preußen in einer der größten Massenschlachten des 19. Jahrhunderts bei Königgrätz. Österreich musste der Auflösung des Deutschen Bundes zustimmen und Preußen konnte das Projekt der Reichseinigung mit der Gründung des Norddeutschen Bundes beginnen. Der Entwurf für eine Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 15. Dezember 1866, der dem konstituierenden Reichstag 1867 zur Beratung vorgelegt wurde, stammte aus der Feder eines Mannes, der der Paulskirchenverfassung feindlich gegenüber stand: *Otto v. Bismarck*.[19] Doch auch er lehnte sich bei der Erarbeitung des Entwurfs ganz erheblich an die Verfassung der Paulskirche an. *Bismarck* ließ sich vertraulich einen demokratischen und einen liberalen Entwurf von zwei ehemaligen Abgeordneten der Paulskirche anfertigen. Der endgültige Entwurf mag dies nicht widergespiegelt haben, zumindest Teilanlehnungen enthielt er aber in Bezug auf das Volkshaus und die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Er enthielt auch die Gedanken der Paulskirchenverfassung, die über den Unionsverfassungsentwurf vermittelt wurden und auf den der Entwurf sich offen bezieht. *Bismarck* übernahm das gleiche und allgemeine Wahlrecht der Paulskirche. Letztlich lassen selbst Aussagen *Bismarcks* den Schluss zu, dass er die Ideen der Paulskirchenverfassung bei seinen Entscheidungen bezüglich des Entwurfs in erheblichem Maße mit einbezog. Die Paulskirchenverfassung bezeichnete er nichtöffentlich sogar als „nicht so sehr verschieden von dem, was ich jetzt anstrebe"[20]. In den Beratungen des konstituierenden Reichstags dann, dem wiederum einige 48er angehörten, wurde um eine Annäherung der Verfassung des Norddeutschen Bundes an die Verfassung der Paulskirche heftig gestritten. Sie war Vorbild und Gegenbild. Der Reichstag erreichte zwei wichtige Änderungen: ein erweitertes Budgetrecht und die Verantwortlichkeit des Bundeskanzlers – ganz im Sinne der Paulskirchenverfassung. Der Reichstag scheiterte jedoch, als er das Heeresbudgetrecht beanspruchte, das den weitaus größten Anteil am Haushalt ausmachte, sowie bei der Angleichung des geplanten Bundesrats an das Staatenhaus der Paulskirchenverfassung. Auf dem Gebiet der Grundrechte gelang keine Anknüpfung an die Verfassung der Paulskirche. Die Verfassung enthielt wie schon *Bismarcks* Entwurf keinen Grundrechtskatalog, überließ dem Bundesgesetzgeber aber die Kompetenzen zur Schaffung grundrechtlicher Regelungen auf einfachgesetzlicher Ebene. Das vertröstete auf die Zukunft. Die Verfassung des Norddeutschen Bundes[21] wurde am 16. April 1867 im Reichstag angenommen. Das „Gesetz betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches"[22] vom 16. April 1871 nach dem Deutsch-Französischen Krieg 1870/71 war dann die kaum ergänzte Fortschreibung der Verfassung des Norddeutschen Bundes für das neu gegründete Deutsche Reich. Auch im Kaiserreich wurden viele Gedanken der Paulskirchenverfassung also (verdeckt) weitergetragen und teilweise

---

[10] *Kühne*, Die Reichsverfassung der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben[2], 1998, S. 78-80.

[11] Abgedruckt in: *Huber* (Fn. 1), Nr. 209, S. 551-559.

[12] Abgedruckt in: *Huber* (Fn. 1), Nr. 194, S. 501-514.

[13] Vgl. *Kühne* (Fn. 10), S. 82-85.

[14] Vgl. *Kühne* (Fn. 10), S. 85.

[15] Abgedruckt in: *Huber*, Dokumente[3], Bd. 2, 1986, Nr. 1, S. 1 f.

[16] Vgl. *Huber* (Fn. 15), Nr. 1, S. 1.

[17] *Kühne* (Fn. 10), S. 90-92.

[18] Baden und Mecklenburg bereits in den 1850ern, die zahlenmäßig bedeutendste in Preußen im Jahr 1861, Bayern und Sachsen erst 1865, vgl. *Kühne* (Fn. 10), S. 104 (dortige Fn. 19).

[19] So hatte *Bismarck* die Paulskirchenverfassung in der Preußischen Zweiten Kammer als „faulige Gährung süddeutscher Zuchtlosigkeit" (Sitzg. vom 6. Sept. 1849) und als „Nessusgewand der französischen Staatslehre" (Sitzg. vom 24. Sept.1849) bezeichnet, zitiert nach *Kühne* (Fn. 10), S. 107.

[20] In einem Gespräch mit *Carl Schurz* vom 28. Januar 1867, vgl. *Bismarck*, Die gesammelten Werke, Bd. 7, Nachdruck, 1972, S. 235.

[21] Abgedruckt in: *Huber* (Fn. 15), Nr. 198, S. 272-285.

[22] Abgedruckt in: *Huber* (Fn. 15), Nr. 261, S. 384-402.

sogar durch ihre erklärten Gegner verwirklicht, auch wenn sie das öffentlich kaum eingestehen konnten. Denn offiziell war die Paulskirchenverfassung immer noch ein gescheitertes Gegenbild zur bestehenden konstitutionellen Monarchie unter preußischer Führung. *Theodor Heuss* fasste die Wirkung der Verfassung der Paulskirche so zusammen: „Aus der Auseinandersetzung des Bismarckschen demokratischen Großpreußentums mit der liberalen Parlamentsideologie der Paulskirche ist die Verfassung des Norddeutschen Bundes, Vorform der deutschen Reichsverfassung von 1871, entstanden. Sie wurde ein höchst eigentümliches Gemächte.“ [23]

III. Die Weimarer Reichsverfassung von 1919. Die Paulskirchenverfassung aus der Schublade geholt?

Nach dem 1. Weltkrieg und der Abdankung *Wilhelms II.* war die Möglichkeit einer umfassenden Verwirklichung der Ideen von 1848/49 gekommen, ja sogar „den Verfassungsentwurf des Jahres 1849 aus der Schublade zu nehmen“[24]. Zahlreiche Forderungen von 1848/49 wurden auch an die neue Verfassung gestellt. Die Paulskirchenverfassung diente dabei insbesondere im Hinblick auf ihre Grundrechte, ihre Staatsorganisation bezüglich des Staatenhauses und die Regelungen zum Verhältnis Reich/Preußen als klares Vorbild.[25] Der Hauptreferent für Verfassungsfragen im Reichsamt des Innern, *Robert Alfred Schulze*, hatte schon vor Beginn der Arbeit seine Absicht geäußert, die Abteilung über die Grundrechte „aus der 48er Verfassung ab[zu]schreiben, soweit sie heute noch paßt“[26]. *Hugo Preuß*, aus dessen Entwürfen der Regierungsentwurf hervorging, sagte selbst über seine Grundrechtsbestimmungen, sie seien „fast wörtlich“ der Paulskirchenverfassung entnommen.[27] Obwohl *Preuß* sich mit vielen anderen anfangs gegen weitgehende Grundrechtsregelungen auf Verfassungsebene ausgesprochen hatte, da diese bereits in den Einzelstaaten einfachgesetzlich verwirklicht seien, und langwierige und zeitraubende Grundrechtsdebatten wie 1848/49 vermieden werden sollten, wurde in die Weimarer Reichsverfassung[28] letztlich ein Grundrechtskatalog aufgenommen. Hierin „führte [...] die Arbeit von Weimar zur Frankfurter Paulskirche zurück“[29] und setzte sich eindeutig von 1867/71 ab. In anderen Punkten übernahm sie Teile der *Bismarckschen* Verfassungswerke. Dies waren sowohl originäre als auch an die Paulskirchenverfassung angelehnte Verfassungstraditionen der Reichsverfassung von 1871. In vielen Fällen überlieferten die Verfassungen von 1867/71 aber auch als Mittler Gedanken der Verfassung der Paulskirche. Daher hat *Theodor Heuss* Recht, wenn er schreibt, dass „Weimar als staatsrechtlicher Begriff [...] ohne Frankfurt schwer zu denken“ ist. [30]

IV. Das Grundgesetz von 1949. Späte Vollendung der Paulskirchenverfassung?

Auch nach der Zeit des Nationalsozialismus waren Ideen der Paulskirchenverfassung virulent. Viele Mitglieder des Parlamentarischen Rates, die das Grundgesetz ausarbeiteten, kannten die Verfassung der Paulskirche als historisches Vorbild aus den Beratungen einzelner Landesverfassungen. Mit Ausnahme der Beratung über die Berliner Verfassung 1948, die einen Zusammenhang zur Revolution von 1848 und die Paulskirchenverfassung bewusst herstellte, war sie bei der Verfassungsgebung auf Länderebene allerdings kaum direkt herangezogen worden.[31] Dass die Paulskirchenverfassung durch die *Bismarcksche* Reichsverfassung und insbesondere die Weimarer Reichsverfassung aber vermittelt wurde, war bekannt. Beispielsweise wurden im Hinblick auf Gesetzgebungskompetenzen Vergleiche zwischen dem Werk der Paulskirche und den Reichsverfassungen von 1871 bzw. 1919 angestellt.[32] Das Grundgesetz erweiterte den begrenzten Grundrechtsschutz der Weimarer Reichsverfassung und verwirklichte endlich materiell umfassend personale und politische Grundrechte, wie sie die Paulskirchenverfassung vorsah. Die föderale Struktur der *Bismarkschen* Reichsverfassung wurde, letztlich in ihrer spezifischen Ausprägung auch Erbe der vermittelten Paulskirchenverfassung, im Grundgesetz verankert. Das Bundesverfassungsgericht sollte, wie 1848/49 gedacht, volle richterliche Gesetzeskontrolle und Grundrechtsschutz gewähren. Auch hier sollten gegenüber der Weimarer Republik Versäumnisse bei der Rechtsstaatlichkeit nicht wiederholt werden. Der Vorschlag der Anknüpfung an die Präambel der Paulskirchenverfassung hatte jedoch wie bereits 1919 keinen Erfolg. Die symbolische Anknüpfung an die Tradition von Frankfurt und Weimar mit der schwarz-rot-goldenen Flagge fand allerdings ungeteilte Zustimmung.

V. Kein Scheitern, sondern späte Verwirklichung

In der Gesamtschau kann von einem Scheitern der Paulskirchenverfassung keine Rede sein. Kein Verfassungsgeber nach ihr kam an ihren „Lettern“ vorbei. Die in der Verfassung der Paulskirche niedergelegten Gedanken der Freiheit und Einheit verwirklichten sich letztlich mit dem Beitritt der DDR zum Geltungsgebiet des Grundgesetzes am 3. Oktober 1990. Die Ideen der Paulskirchenverfassung von 1848/49 waren Vorbild und Feindbild, Kristallisationspunkt und Reibungsfläche für die miteinander ringenden politischen Kräfte. Das äußerliche Scheitern mag zeitweise die Sicht auf die fortdauernde Virulenz der Ideenwelt, die die Paulskirchenverfassung vor 160 Jahren für Deutschland geöffnet hat, verdeckt haben. Die Paulskirchenverfassung steckte jedoch einen Rahmen ab, in dem sich verfassungsrechtlich vieles, was bis heute folgte, abspielte. Was *Richard v. Weizsäcker* über die Revolution von 1848 schrieb, gilt für die Paulskirchenverfassung in gleichem Maße: „Und dennoch war nach dem Jahr 1848 nichts wie zuvor. Es hinterließ ein großes, fruchtbares Erbe. Als ein Versprechen an die Zukunft kämpften sich seine Impulse gegen immer neue Brüche und Widerstände schließlich unaufhaltsam vorwärts.“[33]

---

[23] *Heuss*, 1848. Die gescheiterte Revolution, Neuausgabe, 1998, S. 211.

[24] *Theodor Heuss* in einer Rede in Stuttgart vom 17. Januar 1919, in: *ders.*, Die großen Reden. Der Staatsmann, 1965, S. 22.

[25] Art. 61 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung sah sogar einen Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich vor, diese Regelung musste allerdings auf Druck der Alliierten im Nachhinein für ungültig erklärt werden.

[26] Vgl. *Miller*, Die Regierung der Volksbeauftragten 1918/1919 (Quellen zur Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien, Bd. 6), Teil 2, 1969, S. 247.

[27] Zitiert nach *Kühne* (Fn. 10), S. 132.

[28] Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, abgedruckt in: *Huber*, Dokumente[3], Bd. 4, 1992, Nr. 157, S. 151-179.

[29] Reichspräsident *Friedrich Ebert* in der Ansprache anlässlich des 75. Jahrestages der Frankfurter Nationalversammlung, in: Friedrich Ebert: Schriften, Aufzeichnungen, Reden, hrsg. von Friedrich Ebert jun., Bd. 2, 1926, S. 306 f.

[30] *Heuss* (Fn. 23), S. 224.

[31] *Kühne* (Fn. 10), S. 143-145.

[32] So *Walter Strauss* im Ausschuss für Zuständigkeitsabgrenzung, 2. Sitzg. vom 22. September 1948, vgl. *Kühne* (Fn. 10), S. 146.

[33] *Weizsäcker* im Geleitwort zu *Heuss* (Fn. 23).

D. Der Vertrag über eine Verfassung für Europa

Wagen wir einmal den Gedanken, in *Weizsäckers* Zitat das Jahr 1848 mit 2005, dem Jahr der Ablehnung des Verfassungsvertrages durch Franzosen und Niederländer, auszutauschen und zu behaupten: Nach dem Jahr 2005 war dennoch nichts wie zuvor. Der „Vertrag über eine Verfassung für Europa" hinterließ ein großes, fruchtbares Erbe. Als ein Versprechen an die Zukunft kämpften sich seine Impulse gegen immer neue Brüche und Widerstände schließlich unaufhaltsam vorwärts. Hält diese These der Realität stand?

Der EU-Verfassungsvertrag war der erste Versuch eines einheitlichen europäischen Verfassungswerkes.[34] Die Verträge der Europäischen Union (EUV) und der Europäischen Gemeinschaften (EG) sollten aufgehoben und in einem Dokument zusammengefasst werden. Er bestimmte *Beethovens* „Ode an die Freude" zur gemeinsamen Hymne, die zwölf goldenen Sterne auf blauem Hintergrund zur Flagge und beschrieb das Motto der EU als „In Vielfalt geeint". In der Präambel wurde „in der Gewissheit, dass die Völker Europas […] entschlossen sind, […] immer enger vereint ihr Schicksal gemeinsam zu gestalten", Bezug auf die „kulturellen, religiösen und humanistischen Überlieferungen Europas" genommen. Eine wesentliche Errungenschaft war die Verankerung einer Grundrechte-Charta. Obwohl keine europäische Verfassungs- oder Individualbeschwerde geschaffen wurde, wäre der Gang nach Straßburg vor den Gerichtshof für Menschenrechte möglich gewesen, denn mit der Verleihung einer eigenen Rechtspersönlichkeit der EU durch den EU-Verfassungsvertrag und deren Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) hätten auch Unionsakte überprüft werden können. Von besonderer Bedeutung ist, dass erstmals auch ein plebiszitäres Element auf europäischer Ebene verankert werden sollte. Eine Million EU-Bürgerinnen und -Bürger sollten auf diese Weise die Kommission zum Handeln auf einem bestimmten Gebiet auffordern können. Das Europäische Parlament wurde institutionell gestärkt. Es sollte bei der Gesetzgebung neben dem Ministerrat gleichberechtigt werden und den Präsidenten der Kommission wählen. Mit dem „Prinzip der doppelten Mehrheit"[35] bei Abstimmungen des EU-Parlaments, des EU-Rates und des Ministerrates sollte der Übergang von Einstimmigkeit zu Mehrheitsentscheidung weiter vorangetrieben werden. Dem Europäischen Rat sollte ein für zweieinhalb Jahre gewählter Präsident vorstehen. Nach außen sollte die Union ein vom EU-Rat ernannter Außenminister vertreten. Die drei bisherigen Säulen sollten in der einheitlichen EU aufgehen. Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen der EU und ihren Mitgliedsstaaten mit der Einführung von Kompetenzkategorien sollte zusammen mit der Festschreibung der bestehenden Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit klarer die Grenzen der Kompetenzen der EU abstecken. Die Handlungsformen der EU unterschieden sich nach dem EU-Verfassungsvertrag zwischen Rechtsakten mit und ohne Gesetzescharakter. Den nationalen Parlamenten sollte die Möglichkeit einer Klage wegen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips, der Kompetenzüberschreitung der EU, vor dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg eingeräumt werden. Eine Klausel über den Austritt eines Mitgliedsstaates aus der EU untermauerte noch einmal die Freiwilligkeit des europäischen Projektes. Außerdem war ein ordentliches Änderungsverfahren für den Verfassungsvertrag vorgesehen. Dem EU-Verfassungsvertrag war damit nicht nur eine optische Vereinfachung und Übersichtlichkeit gelungen, sondern er bedeutete auch einen notwendigen Schritt zur Aufrechterhaltung der Handlungs- und Steuerungsfähigkeit der EU nach der Erweiterung 2004. Er sollte die EU „fit für das 21. Jahrhundert machen"[36]. Er stärkte die europäische Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Vor allem aber war sein Anspruch, eine Verfassung für Europa zu werden, den Bürgern und Staaten der EU eine gemeinsame, starke Grundlage für die Zukunft zu schaffen.

I. Vorwärts, wir müssen zurück! Rückbau des Verfassungsvertrages und Umbau der bestehenden Verträge

Jene, die den EU-Verfassungsvertrag für tot erklärt hatten, konnten sich nach dessen Aus für einige Monate bestätigt sehen. Es setzte eine „Zeit der Reflexion"[37] ein – ein Euphemismus für das ratlose Schweigen der Europapolitiker. Doch schon im Juni 2006 erteilte der Europäische Rat der deutschen Regierung für ihre Ratspräsidentschaft im zweiten Halbjahr 2007 einen Auftrag: Sie sollte mit den EU-Mitgliedstaaten Gespräche führen und sodann dem Europäischen Rat einen Bericht vorlegen, der mögliche künftige Entwicklungen des EU-Verfassungsvertrags aufzeigt.[38] Bereits davor hatte es Initiativen um den totgesagten Vertrag auf Einzelstaatsebene und insbesondere die Bemühungen Österreichs als Vorsitz des EU-Rats im ersten Halbjahr 2006 gegeben. Unter anderem hatten im Januar 2006 in Salzburg Ratspräsidentschaft und Kommission eine Konferenz über die Zukunft Europas abgehalten.[39] Weitere Vorarbeit leistete die Zusammenkunft einer Gruppe, die sich „Freunde des Verfassungsvertrages" nannte und die ebenfalls im Januar 2006 in Madrid stattfand. Die Gruppe bestand aus den 18 Mitgliedern, die den Verfassungsvertrag vor den Referenden in

---

[34] Hier wird in Übereinstimmung mit *Papier*, Thüringer Verwaltungsblätter 2005, 193 f. die Ansicht vertreten, dass zu Recht vom Begriff der Verfassung auch für zwischenstaatliche Einrichtungen wie die EU gesprochen werden kann. „[D]er souveräne, alle Entscheidungen selbst verantwortende Nationalstaat als Leitbild" wird der Realität immer weniger gerecht. Da die EU wesentliche Verfassungsfunktionen ausübt, erfordert sie daher auch eine Verfassung; zur Frage, ob die EU in ihren Verträgen heute schon verfasst ist: *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001; siehe auch *Hobe*, Quo vadis Europäische Verfassung? Zwischen Vertrag und Verfassung – wie verfasst ist Europa?, in: Sozialer Fortschritt 2007, 116-121; BVerfGE 22, 293, 296 sah schon 1967 im EWG-Vertrag „gewissermaßen die Verfassung dieser Gemeinschaft"; grundlegend auch *Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?: Vortrag, gehalten in der Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung am 19. Januar 1994, Bd. 60, hrsg. von Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung, 1995; zu den legitimatorischen Grundlagen einer Europäischen Verfassung siehe *Chen*, Europäische Verfassung und Europäische Identität – Der EU-Verfassungsentwurf legitimatorisch betrachtet, Diss., 2007.

[35] Das „Prinzip der doppelten Mehrheit" berücksichtigt neben der Zahl der Mitgliedsstaaten auch die Zahl des durch sie repräsentierten Bevölkerungsanteils.

[36] Rede der EU-Außenkommissarin *Benita Ferrero-Waldner* vom 1. Mai 2005; abrufbar unter: http://www.ec.europa.eu/external_relations/news/ferrero/2005/sp_01_05_05_de.htm.

[37] Vgl. Mitteilung der Kommission an den Europäischen Rat vom 10. Mai 2006; abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2006/com2006_0212de01.pdf.

[38] Vgl. Punkt 47-48 der Schlussfolgerungen des Vorsitzes zum Europäischen Rat vom 15./16. Juni 2006, Dok. Nr. 10633/1/06, 17. Juli 2006; abrufbar unter: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/90120.pdf.

[39] „The future sound of Europe", Konferenz des EU-Ratsvorsitzes Österreich und der EU-Kommission am 27./28. Januar 2006 in Salzburg; vgl.: http://www.eu2006.at/de/The_Council_Presidency/Conference_The_Sound_of_Europe/index.html.

Frankreich und den Niederlanden bereits ratifiziert hatten, und vier weiteren, die den EU-Verfassungsvertrag unterstützten. Damit übernahmen nach der Lähmung der vorangegangenen Monate die Befürworter des Verfassungsvertrages wieder die Initiative im Verfassungsdiskurs. Schließlich gelang ihnen unter deutscher Ratspräsidentschaft mit der Unterzeichnung der „Berliner Erklärung" am 25. März 2007 ein weiterer entscheidender Schritt. In der Erklärung nahmen sich alle Staats- und Regierungschefs der EU und die Präsidenten des Europäischen Parlaments und der EU-Kommission vor, bis zu den Wahlen des EU-Parlaments 2009 die EU „auf eine erneuerte gemeinsame Grundlage zu stellen"[40].

Die Hoffnungen lagen auf der deutschen Ratspräsidentschaft, weil die deutsche Regierung am Verfassungsvertrag festhalten und dessen „politische [...] Substanz erhalten" wollte.[41] Die Strategie bestand aus dem Ausloten der Standpunkte der Verfassungsvertrags-Gegner und -Befürworter und der Verhandlungsspielräume für einen neuen konsensfähigen Reformvertrag. Dies geschah ab Anfang 2007 dann in unzähligen Gesprächen zwischen den Chefunterhändlern der Mitgliedsstaaten *(Focal Points)* und den Staats- und Regierungschefs persönlich. Das Ergebnis durfte einerseits die Minimalpositionen der Unterstützer des Verfassungsvertrages, hinter die sie nicht zurück wollten, nicht unterschreiten. Auf der anderen Seite mussten die negativen Referenden der Franzosen und Niederländer sowie die „roten Linien" der Verfassungsvertrags-Gegner bzw. dem Verfassungsvertrag skeptisch gegenüberstehenden Länder wie Großbritannien, Polen und Tschechien beachtet werden. In dem Abschlussbericht der *Focal Points* vom 6. Juni 2007 wurde eine Reform der bestehenden Verträge unter Verzicht auf den Verfassungsbegriff als Grundlage fixiert. Weite Teile des EU-Verfassungsvertrages sollten auf diese Weise in EUV und EG (umbenannt in „Vertrag über die Arbeitsweise der EU") erhalten bleiben. Offene Fragen blieben vor allem die Symbole der EU, der Vorrang des EU-Rechts, die etatistisch konnotierte Terminologie, die rechtliche Qualität der Grundrechte-Charta und der Entscheidungsmodus im Ministerrat.[42] Die Kompromisse und die Streitpunkte wurden dann in das Mandat zur Einberufung einer Regierungskonferenz[43] vom 21./22. Juni 2007 eingearbeitet. Mit diesem „geschlossenen Mandat" berief der EU-Rat eine Regierungskonferenz ein.

II. Der Vertrag von Lissabon. Der Verfassungsvertrag in neuem Gewande?

Am 18./19. Oktober 2007 einigten sich die Staats- und Regierungschefs dann schließlich auf den Reformvertrag, der als „Vertrag von Lissabon" am 13. Dezember 2007 unterzeichnet wurde. Er erhält die Substanz des EU-Verfassungsvertrages.[44] Denn schon bei den Verhandlungen der *Focal Points* hatte sich herausgestellt, dass über seinen Inhalt weiterhin große Übereinstimmung bestand. So enthält der Lissaboner Vertrag die Errungenschaften des Verfassungsvertrages im Bereich der Institutionen, der Kompetenzen und Handlungsformen der EU. Die EU erlangt wie im Verfassungsvertrag eigene Rechtspersönlichkeit und soll der EMRK beitreten.[45] Das europäische Bürgerbegehren bleibt erhalten. Das EU-Parlament behält seine erweiterten Mitwirkungsrechte des EU-Verfassungsvertrages. Auf staatsähnliche Symbole und Begriffe wie Verfassung, Hymne und Flagge, Gesetz und Rahmengesetz wird verzichtet. Der „Außenminister der Union" wird in „Hoher Repräsentant für Außen- und Sicherheitspolitik" umbenannt. Die Grundrechte-Charta wird in Art. 6 EUV für rechtsverbindlich erklärt, ist jedoch nicht im Wortlaut enthalten. Außerdem wird ihre Anwendung für Großbritannien und Polen eingeschränkt. Auch die Austrittsklausel bleibt, genauso wie das ordentliche Verfahren zur Änderung der Verträge. Der Vertrag von Lissabon überführt den Verfassungsvertrag inhaltlich also fast vollständig in die bestehenden Verträge. Gleichzeitig führt der Vertrag von Lissabon gegenüber dem Verfassungsvertrag ausdrücklich nicht das Wort Verfassung in seinem Namen. Der EU-Verfassungsvertrag wird insbesondere mit Blick auf seine strukturellen Lösungen also weitgehend vermittelt. Sein Anspruch, eine Verfassung für Europa zu sein, ist jedoch verloren gegangen. Insbesondere die Identitätsangebote für die europäischen Bürgerinnen und Bürger fehlen aus den oben ausgeführten Gründen. Schwer wiegt die Absage an die Schaffung eines einzigen Dokumentes und die Ausgliederung der Grundrechte-Charta. Der EU-Verfassungsvertrag wird bezüglich dieser Punkte für zukünftige Verfassungsprojekte wichtigster Bezugspunkt bleiben. Die Bandbreite der Möglichkeiten der zukünftigen Wirkungen des Verfassungsvertrages hängt aber auch ganz erheblich davon ab, wie die Entwicklung des „europäischen Konstitutionalismus" verlaufen und die Frage nach der Finalität der EU beantwortet wird. Denn wenn die EU in Richtung eines supranationalen föderalen Bundesstaates unter einer europäischen Verfassung steuert, dürfte der Verfassungsvertrag seiner Vorbildfunktion gewiss sein. Wird Lissabon trotz des negativen Referendums[46] in Irland vom 12. Juni 2008 noch europäische (Verfassungs-)Wirklichkeit, wäre ein Schritt dahin getan. Entwickelt sich die EU hingegen in Richtung eines intergouvernementalen Staatenbundes mit dem gemeinsamen Binnenmarkt als Kern, wird der EU-Verfassungsvertrag in die Museen und dicken Bücher verbannt, die im mitleidsvollen Tonfall daran erinnern, dass es damals ein törichtes, zum Scheitern verurteiltes Projekt namens EU-Verfassung gab oder daran, dass die EU versuchte, sich ein zu großes Paar Schuhe anzuziehen und damit stolperte.

---

[40] „Erklärung anlässlich des 50. Jahrestages der Unterzeichnung der Römischen Verträge" vom 25. März 2007; abrufbar unter: http://www.eu2007.de/de/News/download_docs/Maerz/0324-RAA/German.pdf.

[41] Bundesaußenminister *Frank-Walter Steinmeier* in seiner Rede vor dem deutschen Bundestag vom 6. September 2006; abrufbar unter: http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Infoservice/Presse/Reden/2006/060906-Bundestag.html.

[42] Siehe *Maurer*, Die Verhandlungen zum Reformvertrag unter deutschem Vorsitz, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ), Beilage zu „Das Parlament", 2007, 3-8, abrufbar unter: http://www.bpb.de/files/7SG4Q0.pdf.

[43] Vgl. Rat der EU, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Brüssel am 21./22. Juni 2007, Dok. Nr. 11177/07, 23. Juni 2007, Anlage1, Entwurf des Mandats der Regierungskonferenz 2007; abrufbar unter: http://www.eu2007.de/de/News/download_docs/Juni/0621-ER/010conclusions.pdf.

[44] So auch u.a. *Weber*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2008, 7, 14.

[45] Zuvor muss Russland allerdings noch das 14. Zusatzprotokoll zur EMRK ratifizieren, das sich als einziges der 47 Mitglieder des Europarates noch weigert, der entsprechenden Änderung des Art. 59 EMRK zuzustimmen; vgl. http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=194&CM=8&DF=7/3/2008&CL=GER (Stand: 3. Juli 2008).

[46] 53,4 % der Iren hatten gegen die Annahme gestimmt bei einer Wahlbeteiligung von 53,1 %; vgl. *Seeger*, Und jetzt? Ursachen und Konsequenzen des irischen Neins zum Vertrag von Lissabon, vom 14. Juni 2008, Centrum für angewandte Politikforschung, abrufbar unter: http://www.cap-lmu.de/aktuell/positionen/2008/irland.php.

E. Die Macht der Idee. Die Macht des geschriebenen Wortes

Die Wirkungsgeschichte der Paulskirchenverfassung und des EU-Verfassungsvertrages zeigen – trotz großer Unterschiede ein ihrer Entstehung und ihrem Scheitern – welche visionäre Kraft und überzeugenden, pragmatischen Lösungen in ihnen steckten. Beides waren Erstlingswerke, einmal auf nationaler und das andere Mal auf europäischer Ebene. Beide sind durch das Streben nach Freiheit, Einheit und Demokratie geprägt. Darüber hinaus stellen Paulskirchenverfassung und EU-Verfassungsvertrag aber auch strukturelle Antworten auf damals wie heute drängende Fragestellungen dar. Beide großen Verfassungswerke sind Zeugnisse der Umbrüche und Herausforderungen ihrer Zeit. Die Verfassung der Paulskirche sollte nach dem Willen ihrer Verfasser einem nunmehr geeinten Deutschland den Weg in ein Zeitalter ebnen, in dem Freiheit und politische Mitbestimmung herrschen sollten. Einheit und politische Reformen wiederum waren Bedingungen für den Aufstieg Deutschlands, der sich – nun aber unter eher autoritär-militaristischen Vorzeichen – erst im Kaiserreich vollziehen konnte. Der Verfassungsvertrag wiederum sollte dem sich immer mehr einigenden Europa den Weg in das 21. Jahrhundert weisen. Den europäischen Bürgerinnen und Bürgern wollte er ein Mehr an Demokratie und Freiheit geben und Integrationssymbol und Identitätsangebot sein. Angesichts der bevorstehenden Aufgaben in Europa selbst und für Europa in der Welt war der Verfassungsvertrag ein Wegweiser für die Zukunft.

Die vorliegend aufgezeigten Kontinuitäten der Ideenwelt standen sowohl 1849 als auch 2005 einem äußerlichen Scheitern gegenüber. Die Wirkungsgeschichte der Paulskirchenverfassung gibt jedoch Anlass zur Hoffnung, dass sowohl die Idee einer Europäischen Verfassung als auch der Inhalt des EU-Verfassungsvertrages sich über kurz oder lang durchsetzen werden. Hinsichtlich einer schnelleren Verwirklichung der Ideen des EU-Verfassungsvertrages gegenüber der Paulskirchenverfassung kann es vorsichtig optimistisch stimmen, dass heute auf dem „Schlachtfeld" der Ideen ausgetragen wird, was sich 1848/49 und noch lange danach durch Pulver und Säbel entschied. Denn einmal erdachte Gedanken, die Lösungen von einer gewissen Überzeugungskraft und Dauerhaftigkeit hervorbrachten, setzen sich schließlich durch. Manchmal später als erwartet. ■

Johanna Croon, LL.B., Hamburg*

Keck und die Konvergenz der Grundfreiheiten

A. Einführung

Das Recht der Europäischen Union befindet sich in einem fortschreitenden Konstitutionalisierungsprozess.[1] Bezeichnend hierfür ist, dass sich Strukturen herausbilden, in denen die einzelnen Normen in einen größeren rechtstechnischen Zusammenhang gestellt werden. Ziel der Arbeit ist es, diese Entwicklung exemplarisch an Hand einer Analyse der Bedeutung der Keck-Rechtsprechung für die Grundfreiheitsdogmatik darzustellen.

In dem Fall *Keck et Mithouard* strebten zwei französische Supermarktbetreiber eine Überprüfung eines Verbots des Verkaufs von Waren zu Verlustpreisen an. Der EuGH führte aus, dass

> „entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet [ist], den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Dassonville […] unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern die Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren."[2]

Durch diese Neudefinierung schränkte der EuGH den Anwendungsbereich des Art. 28 EG ein,[3] wobei die Motive und das Ziel dieses Wandels unterschiedlich beurteilt werden. Zum einen wird vorgebracht, der EuGH habe in seinem Urteil lediglich versucht, den Schwerpunkt seiner Betrachtung von der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Rechtfertigungsebene auf die Tatbestandsseite zu verlagern.[4] Zur Begründung verweist man auf den Wortlaut und begrüßt die Unterscheidung zwischen produkt- und verkaufsbezogenen Maßnahmen.[5] Zum anderen wird vertreten, die Erwähnung der Kategorie der Verkaufsmodalitäten solle den Aspekt des ungehinderten Marktzugangs in den Vordergrund stellen.[6] Auch wird angedacht, dass *Keck* die Durchsetzung des Herkunftlandprinzips[7] betonen solle. Demnach seien solche Regelungen weiterhin umfassend vom EuGH zu prüfen, die zu einer Doppelbelastung der Produzenten führen können. Verkaufsmodalitäten seien hingegen nicht länger Befassungsgegenstand, da sie in aller Regel nur einer Modifikation der Vertriebsanforderungen bedürfen[8] und somit keine Mehrkosten entstünden.[9]

Statt starr an einer Wortlautinterpretation festzuhalten,[10] scheint eine verstärkt auf den *telos* abzielende Auslegung den

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 Letzter Meilenstein war die Verabschiedung des Vertrags von Lissabon, s. dazu *Weber,* EuZW 2008, 7.

2 EuGH, verb. Rs. C-267/91 und 268/91- *Keck und Mithouard,* Slg. 1993, I-6097, Rn. 16.

3 *Eberhartinger,* Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 1997, 43, 49.

4 *Adrian,* EWS 1998, 288, 291.

5 *Steindorff,* ZHR 1994, 149, 162.

6 So schon Generalanwalt *Van Gerven* in den Schlussanträgen zu EuGH, Rs. C-145/88 – *Torfaen Borough Council gegen B&Q plc.*, Slg. 1989, 3851, 3872 Rn. 16 und 3874 Rn. 18; s. *Feiden,* Die Bedeutung der „Keck"-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten: ein Beitrag zur Konvergenz der Grundfreiheiten, 2003, S. 34 ff.

7 Vgl. *Maduro,* in: Andenas/Roth (Hrsg.), Services and Free Movement in EU Law, 2002, S. 55 ff.

8 *Plötscher,* Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 299.

9 Für den Fall, dass Verkaufsmodalitäten dennoch zu einer Doppelbelastung ausländischer Anbieter kommen, ist auch nach *Keck* Art. 28 EG eröffnet, da dann In- und Ausländer *tatsächlich* unterschiedlich berührt würden.

10 *Matthies,* in FS Everling, Bd. I, 1995, S. 803, 815.

Kern der Aussage *Kecks* besser zu erfassen. *Keck* macht sowohl deutlich, dass Eingriffe in den Kernbereich der Warenverkehrsfreiheit im Sinne einer Verschließung des Marktzugangs von Art. 28 EG erfasst sind, als auch, dass es eines der primären Anliegen der Norm ist, Doppelbelastungen von Produzenten zu verhindern.

Lässt man sich auf diese Annahme ein, liegt es nahe, nach der Übertragbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung auf die übrigen Grundfreiheiten zu fragen. Dabei sollte man dem Umstand Beachtung schenken, dass *Keck* das Beschränkungsverbot der Waren*einfuhrfreiheit* gem. Art. 28 EG eingrenzt. Bezüglich der Waren*ausfuhrfreiheit* nach Art. 29 EG, welche bislang ausschließlich Diskriminierungen verbietet, ist damit noch keine Aussage getroffen. Evaluiert man die Chancen einer Übertragung auf die übrigen Grundfreiheiten, ist diese Differenzierung bezüglich der Ausfuhrfreiheiten einzubeziehen.

B. Übertragbarkeit auf die übrigen Grundfreiheiten

I. Entsprechende Anwendung auf die Dienstleistungsfreiheit

Wirtschaftlich betrachtet weist die Dienstleistungsfreiheit große Parallelen zur Warenverkehrsfreiheit auf. Aufgrund dieser sachlichen Nähe sieht die herrschende Meinung in der Literatur eine Übertragung der *Keck*-Rechtsprechung als gangbaren Weg an.[11] Insbesondere in Fällen der Dienstleistungsfreiheit, bei denen sich der grenzüberschreitende Bezug nicht auf den ersten Blick erschließt[12], könnte *Keck* von Relevanz sein.[13]

1. Indiz einer Übertragungsmöglichkeit: Alpine Investments

Das erste Mal, dass eine Übertragung und damit Beschränkungen des Überprüfungsumfangs des EuGH in Betracht gezogen wurde, war im Fall *Alpine Investments*[14]. Dem EuGH wurde die Frage vorgelegt, ob das niederländische Verbot, mit potentiellen Kunden ohne deren vorherige Zustimmung zwecks Geschäftanbahnung Kontakt aufzunehmen, gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoße. Das Verbot des so genannten „*cold callings*“ bezog sich nicht nur auf Anrufe innerhalb der Niederlande, sondern auch auf solche ins Ausland. Da die Maßnahme weder diskriminierte noch sich stärker auf ausländische Dienstleistungserbringer auswirkte oder den Marktzugang völlig versperrte, galt es zu klären, ob es sich bei ihm um eine Leistungsmodalität vergleichbar einer Verkaufsmodalität handelte. In den Schlussanträgen ging Generalanwalt *Jacobs* auf eine Übertragung der *Keck*-Doktrin ein[15] und sprach sich dagegen aus:

Erstens habe er hinsichtlich der Klarheit des Begriffs „Verkaufsmodalitäten“ Bedenken.[16] Zweitens handele es sich bei der niederländischen Regelung um eine vom Ausfuhrstaat getroffene Beschränkung und nicht um ein Verbot des Einfuhrstaates.[17] Zwar sei es korrekt, dass Art. 49 f. EG im Unterschied zu Art. 28 und 29 EG sowohl Einfuhr- wie Ausfuhrbeschränkungen der Dienstleistungsfreiheit regele. *Keck* habe sich indessen mit einer Regelung eines Warenbezugsstaats befasst, so dass die Wertungen nicht ohne Weiteres zu übertragen seien. Drittens käme es zu Wertungswidersprüchen im System der Grundfreiheiten.[18] Würde man sowohl Verkaufsmodalitäten des Herkunftsstaates als auch des Einfuhrstaates erfassen, wäre die Folge, dass die Maßnahme aus dem Anwendungsbereich des Art. 49 f. EG heraus fiele, sofern sie nicht diskriminierend sei. Damit würde die Dienstleistungsfreiheit entwertet, da ein Dienstleistungsexporteur Vorschriften des Herkunfts- wie des Einfuhrlandes zu befolgen hätte, selbst wenn diese nicht gerechtfertigt sein sollten.

Der EuGH entschied, dass der Anwendungsbereich der Art. 49 f. EG für das *„cold calling“* Verbot eröffnet, die Maßnahme aber aus Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt sei. Es handele sich nicht um eine Regelung von Modalitäten, da sie vom Ausfuhrstaat ausgehend unmittelbar den Marktzugang in anderen Mitgliedstaaten behinderte.[19] Demnach gelangten die Richter zu dem Ergebnis, dass *Keck* in diesem Fall keine Anwendung finde. Da schon aufgrund der Behinderung des Marktzugangs auf den speziellen Sachverhalt eine Anwendung *Kecks* ausschied, gingen sie auf die von Generalanwalt *Jacobs* geäußerten Bedenken hinsichtlich einer Übertragung auf Ausfuhrbeschränkungen nicht *en detail* ein. Auf der einen Seite wurde die Möglichkeit einer Anwendung *Kecks* in *Alpine Investments* nicht bestätigt. Zudem wird aus dem Umstand, dass sich die Richter in ihrer Urteilsbegründung stark an traditionellen Begründungslinien, wie sie vor *Keck* auch für die Warenverkehrsfreiheit angewandt worden sind, orientierten, vereinzelt eine generell restriktive Auslegung der *Keck*-Formel gefolgert.[20] Auf der anderen Seite schlossen die Richter eine Anwendung *Kecks* in den Gründen zu *Alpine Investments* nicht aus.

2. Bestätigung der Übertragung auf die Ausfuhrfreiheit: Mobistar und Belgacom

Mit *Mobistar und Belgacom*[21] lag dem EuGH ein Fall vor, der deutliche Parallelen, aber auch Unterschiede zu *Keck* aufwies. Gemein war den Fällen, dass die zur Überprüfung vorgelegte Norm In- und Ausländer gleichermaßen berührte und alle potentiellen Teilnehmer Zugang zum Markt hatten. Der Fall ließ sich von *Keck* differenzieren, da er die Dienstleistungsfreiheit und eine Regelung des Herkunftsstaats betraf. Konkret hatte das Gericht zu prüfen, ob Abgabenverordnungen, die Eigentümer von Sendetürmen verpflichteten, eine Gebühr zu entrichten, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar seien. Der EuGH bejahte dies, da nach seiner Ansicht die Verordnungen schon nicht dem Anwendungsbereich des Art. 49 f. EG unterfielen. Für die Eröffnung des Tatbestands von Art. 49 f. EG reiche es nicht aus, wenn die einzige Wir-

---

[11] *Friedbacher,* ELJ 1996, 226, 231; *Vilaça,* in: Andenas/Roth, Services and Free Movement in EU Law, 2002, S. 25; *Eberhartinger,* EWS 1997, 43, 49 f.; *Hatzopoulos/Do*, The Case Law of the ECJ concerning the Free Provision of Services 2000-2005, 2006, S. 36, http://www.coleurop.be/file/cotent/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/ResearchPaper_2_2006_Hatzopoulos_Do.pdf, Stand: 8.06.2008.

[12] Zur (noch) umstrittenen Gruppe der auslandsbedingten Dienstleistung s. *Kluth,* in: Calliess/Ruffert, EU/EG, 2007, Art. 49, 50 EG Rn. 31.

[13] *Eberhartinger,* EWS 1997, 43, 50.

[14] EuGH, Rs. C-384/93 - *Alpine Investments BV / Minister van Financiën*, Slg. 1995, I-1141, im folgenden *Alpine Investments* genannt.

[15] S. *Füller,* Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag, 2000, S. 140; Schlussantrag GA *Jacobs* vom 26.2.1995, EuGH, *Alpine Investments* (Fn. 14), Rn. 60.

[16] *Ibid,* Rn. 60.

[17] *Ibid*, Rn. 60.

[18] *Ibid,* Rn. 60.

[19] EuGH, *Alpine Investments* (Fn. 14), Rn. 38.

[20] *Hatzopoulos,* Common Market Law Review (CMLR) 1995, 1427, 1438.

[21] EuGH, verb. Rs. C-544/03 und C-545/03 - *Mobistar SA/Commune de Fléron und Belgacom Mobile SA/Commune de Schaerbeek,* Slg. 2005, I-7723.

kung der Maßnahme darin bestehe, für die betreffende Leistung zusätzliche Kosten zu verursachen.[22] Kommt es nicht zu einer Doppelbelastung ausländischer Anbieter, weil sie den Anforderungen zweier Rechtssysteme entsprechen müssen, sondern verteuert sich ihre Dienstleistung nur aufgrund einer Abgabe, die die Dienstleistung an sich unberührt lässt, greife die Dienstleistungsfreiheit nicht. Denn auch für sie gilt: Ihr Sinn und Zweck ist der Abbau von Beschränkungen des Gemeinsamen Marktes, nicht das Zur-Verfügung-Stellen einer Garantie grundrechtlichen Gehalts.[23] Obwohl die *Keck*-Entscheidung nicht erwähnt ist, geht aus den Gründen hervor, dass eine Beurteilung des Sachverhalts nach den gleichen Kriterien erfolgt. Auch in *Mobistar und Belgacom* wird darauf abgestellt, dass In- und Ausländer durch die Regelung in rechtlicher und tatsächlicher Weise gleich berührt sein müssen. Zudem wird auf das Argument der Doppelbelastung rekurriert.[24] Der EuGH hat also in beiden Fällen eine entsprechende Anwendung von *Keck* auf Ausfuhrbeschränkungen der Dienstleistungsfreiheit anerkannt.[25]

Interessant ist, dass sich ein Begriff wie der der „Dienstleistungsmodalität" oder der „Verkaufsmodalität" in dem Urteil nicht wieder findet.[26] Dies könnte als Indiz dafür gewertet werden, dass sich der EuGH davon löst, den von *Keck* vorgegebenen Test starr einzuhalten. Der Aussagegehalt von *Mobistar und Belgacom* ist demnach nicht nur in der Bestätigung einer Übertragungsmöglichkeit *Kecks* zu suchen, sondern auch in seiner Schwerpunktsetzung und Begrifflichkeit, die auf eine Betonung des Aspektes der Doppelbelastung angelegt ist.

Hinsichtlich Einfuhrbeschränkungen ist noch kein Urteil ergangen, aus dem sich definitive Schlüsse in die eine oder andere Richtung ziehen ließen.

II. Entsprechende Anwendung auf die Niederlassungsfreiheit

Bei einer Übertragung auf die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) ist zu beachten, dass der EuGH die Niederlassungsfreiheit restriktiv versteht.[27] Schon vor Erlass der *Keck*-Formel war für Art. 43 EG unstrittig, dass sein Anwendungsbereich nicht überdehnt werden solle.[28] Das Bedürfnis einer Begrenzung der Niederlassungsfreiheit besteht demnach nicht in der Dringlichkeit, wie sie damals für die Warenverkehrsfreiheit empfunden wurde.

Zunächst ist an eine Übertragung auf die Aufnahme- als Äquivalent zur Einfuhrfreiheit zu denken. Besonders in der Phase der Ausübung der Tätigkeit in einem anderen Staat wirken Maßnahmen, die nach *Keck*-Standards nicht an einer Grundfreiheit zu überprüfen wären.[29] Denn sobald sich der Erwerbstätige in das andere Marktsystem eingegliedert hat, wird er mit einer Vielzahl von Regelungen konfrontiert, die rein innerstaatliche Vorgänge betreffen und als „Modalitäten" bezeichnet werden können.[30]

Bei einer Übertragung müsste sichergestellt sein, dass vor allem die Garantie des Marktzugangs zum Ausdruck kommt.[31] Auch der Aspekt der Vermeidung einer Doppelbelastung hat bei der Eingrenzung des Beschränkungsverbots hinreichend Beachtung zu finden. Dies ist im Rahmen der Niederlassungsfreiheit besonders wichtig, da Regelungen oft an das Vorliegen bestimmter Qualifikationen anknüpfen. Müssen Ausländer sowohl den Anforderungen ihres Heimatstaates als auch denen des Staates, in dem sie später tätig werden, entsprechen, können zusätzliche Kosten entstehen. Solch entstandene Doppelbelastungen oder Markzugangsbehinderungen wären aber auch nach einer Anwendung *Kecks* an Art. 43 EG zu überprüfen, da sie Ausländer tatsächlich stärker berühren, so dass eine entsprechende Anwendung grundsätzlich möglich erscheint.[32] Erste Indizien einer solchen Übertragung finden sich im Urteil *Semeraro*, in dem sich der EuGH hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit mittelbar auf *Keck* bezieht.[33] Er urteilte, dass auf eine in Italien geltende Ladenschlussregelung nach den Grundsätzen aus *Keck* Art. 28 EG keine Anwendung finde.[34] Danach führten die Richter aus, dass für Art. 43 EG der Befund genüge, dass „wie bereits festgestellt […] die beschränkenden Wirkungen, die sie [die Ladenschlussregelung] für die Niederlassungsfreiheit haben könnte, zu ungewiss und zu mittelbar sind, als dass die in ihr aufgestellte Verpflichtung als geeignet angesehen werden könnte, diese Freiheit zu behindern."[35] Damit wurde in einem Urteil zu Einfuhrbestimmungen bei der Niederlassungsfreiheit auf die *Keck*-Formel abgestellt.[36]

In Bezug auf Art. 43 EG in Gestalt der Ausfuhrfreiheit, welche gemäß den Entscheidungen *Daily Mail*[37] und *Sevic Systems AG*[38] als Beschränkungsverbot zu verstehen ist, nimmt der EuGH an, dass eine Vielzahl an Regelungen der primären Niederlassungsfreiheit schon gar nicht von Art. 43 EG erfasst sei.[39] Für diese bedürfte es demnach auch keiner Anwendung der *Keck*-Formel. Hinsichtlich der verbleibenden Beschränkungskonstellationen hat sich der EuGH noch nicht zu einer Einschränkung nach Art der *Keck*-Formel geäußert,[40] doch ist

---

[22] EuGH, *Mobistar SA/Commune de Fléron und Belgacom Mobile SA/Commune de Schaerbeek* (Fn. 21), Rn. 1.

[23] In Bezug auf alle Grundfreiheiten: *Roth,* in: FS Großfeld, 1999, S. 929, 942.

[24] S. Fn. 22.

[25] *Hatzopoulos/Do* (Fn.11), S. 37 ff.; *Tobler,* Finally: The Keck approach outside free movement of goods, http://comparativelawblog.blogspot.com/2005/09/finally-keck-approach-outside-free.html; *Epiney,* NVwZ 2006, 1244, 1250.

[26] *Ibid*, 1250.

[27] *Eilmansberger*, Juristische Blätter (JBl) 1999, 434, 445; EuGH, Rs. 221/85 - *Kommission / Belgien (Laboratorien)*, Slg, 1987, 719; EuGH, Rs. C-340/89 - *Irène Vlassopoulou / Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, Slg. 1991, I-2357; EuGH, Rs. C-101/94 - *Kommission / Italien*, Slg. 1996, I-2691; EuGH, Rs C-70/95, Sodemare *SA, Anni Azzurri Holding SpA und Anni Azzurri Rezzato Srl gegen Regione Lombardia,* Slg. 1997, I-3395.

[28] Vgl. *Eilmansberger*, JBl 1999, 434, 443 ff.

[29] *Feiden* (Fn. 6) , S. 181 f.

[30] *Feiden* (Fn. 6), S. 209.

[31] Vgl. *Schnichels*, Reichweite der Niederlassungsfreiheit: dargestellt am Beispiel des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 1995, S.117.

[32] *Feiden* (Fn. 6), S. 207 f.

[33] Vgl. *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, 2004, S. 42 und 338 f.; *Eberhartinger,* EWS 1997, 43, 49.

[34] EuGH, verb. Rs. C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94 und C-24/94 - *Semeraro*, Slg. 1996, I-2975, Rn. 28.

[35] *Ibid,* Rn. 32.

[36] *Mühl* (Fn. 33), S. 339.

[37] EuGH, Rs. 81/87 - *The Queen / H.M.Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC,* Slg. 1988, 5483 Rn. 16, im folgenden abgekürzt *Daily Mail*.

[38] EuGH, Rs. C-411/03 - *Sevic Systems AG*, Slg. 2005, I-10805 Rn. 23.

[39] EuGH, *Daily Mail* (Fn. 37) Rn. 23. Begründet wird dies damit, dass die Unternehmen nur nach Maßgabe des nationalen Gesellschaftsrechts bestehen, vgl. *ibid,* Rn. 19. Eine Lösung sei nur im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragschlusses denkbar.

[40] S. *Mojzesowicz,* Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, 2001, S. 111.

eine Übertragung des *Keck*-Gedankens auf sie prinzipiell möglich. Es bliebe zu klären, ob sich eine Anwendung *Kecks* deshalb verbietet, weil es sich um die Ausfuhr- und nicht die Einfuhrfreiheitsausprägung der Niederlassungsfreiheit handelt.

III. Entsprechende Anwendung auf die Arbeitnehmer freizügigkeit

Fraglich ist jedoch, inwieweit es einer Übertragung der *Keck*-Doktrin auf Art. 39 EG bedarf. Bei ihr besteht nämlich die Eigenheit, dass für sie seit je her ein breites Verständnis des Diskriminierungsbegriffs an den Tag gelegt wurde.[41] Im Fall *Bosman*[42] nahm der EuGH aber erstmals eine Beschränkung der Ausfuhrfreiheit an.[43] Die Reichweite des Beschränkungsverbotes galt es in einem nächsten Schritt zu definieren. Dabei äußerte sich der EuGH zu einer entsprechenden Anwendung der *Keck*-Doktrin.[44] Nach seiner Ansicht griff die Formel schon deshalb nicht, da die zur Debatte stehende Regelung geeignet war, den Zugang eines Arbeitnehmers zu einem anderen Markt unmittelbar zu beeinflussen. Mithin handelte es sich um eine Marktzugangsbehinderung, die den Kernbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit betraf. Somit wurde genau wie im Fall *Alpine Investments* nicht näher problematisiert, ob die *Keck*-Formel, die originär für Einfuhrbeschränkungen konzipiert ist, auch im Rahmen einer Ausfuhrfreiheit Anwendung finden kann. Doch allein aus dem Umstand, dass der EuGH in *Bosman* auf die *Keck*-Rechtsprechung einging und die beiden Fälle voneinander unterschied, lässt sich folgern, dass er eine Übertragung für möglich erachtet.[45]

Ein weiterer Beweis für seine generelle Aufgeschlossenheit gegenüber einer Anwendung *Kecks* lässt sich auch dem Urteil *Graf*[46] entnehmen.[47] Dort lehnte der EuGH ab, eine österreichische Regelung, die nur bei Kündigung durch den Arbeitgeber die Auszahlung einer Abfindung in Höhe von zwei Monatsgehältern vorsah, am Gemeinschaftsrecht zu überprüfen. Er entschied, dass der ungehinderte Marktzugang durch die Regelung nicht behindert und somit der Tatbestand des Art. 39 EG nicht eröffnet sei.[48] Dabei zog er mit der Gewährung des Marktzugangs einen der hinter *Keck* stehenden Leitgedanken heran.

Auffällig wird, dass sich die Diskussion schwerpunktmäßig mit Fällen beschäftigt, die Ausfuhrregelungen zum Inhalt haben. Daraus darf jedoch nicht gefolgert werden, dass eine Anwendung bezüglich der Einfuhrfreiheit ausgeschlossen ist. Inzwischen ist größtenteils anerkannt, dass sich auch diese Freiheitsausprägung auf Beschränkungsverbote erweitert hat.[49] Hierfür spricht, dass die Auslegung der beiden Personenverkehrsfreiheiten prinzipiell aufeinander abgestimmt wird[50] und die Ausweitung auf Beschränkungen im Rahmen der Niederlassungseinfuhrfreiheit bereits gefestigte Rechtsprechung ist. Der EuGH hat sich bezüglich der Arbeitnehmereinfuhrfreiheit noch nicht zu der Möglichkeit einer Anwendung *Kecks* geäußert, doch aufgrund der Ausweitung zum Beschränkungsverbot ist grundsätzlich auch eine Eingrenzung durch die *Keck*-Formel denkbar.

IV. Entsprechende Anwendung auf die Kapitalverkehrsfreiheit

Seit dem *Veronica*-Urteil wird sie überwiegend als weites Beschränkungsverbot begriffen.[51] Vor dem Hintergrund eines weiten Beschränkungsbegriffs scheint auch eine entsprechende Anwendung der *Keck*-Rechtsprechung zu ihrer Eingrenzung möglich.[52]

Ob es dieser für die Kapitalverkehrsfreiheit bedarf, wird jedoch vereinzelt bezweifelt.[53] Die Notwendigkeit einer zusätzlichen Beschränkung des Anwendungsbereiches des Art. 56 EG sei nicht gegeben, da Art. 58 EG spezielle Ausnahmen regele. Führt man sich aber vor Augen, dass auch außerhalb der in Art. 58 EG aufgezählten Fallgruppen Handelsmodalitäten den Kapitalverkehr regulieren können, besteht Verwendung für die *Keck*-Formel. So ließe sich bei ihrer entsprechenden Anwendung für Handelsmodalitäten, die in- und ausländische Wirtschaftsteilnehmer gleichermaßen berühren, wie etwa Grundbuchvorschriften, Baubeschränkungen oder Mieterschutzvorschriften,[54] eine Überprüfung an der Kapitalverkehrsfreiheit verhindern. Bislang lag dem EuGH aber noch kein Fall vor, in dem er sich zur entsprechenden Anwendung *Kecks* auf die Kapitalverkehrsfreiheit hätte äußern können.

C. Universales Konzept der Grundfreiheiten

Nachdem eine Übertragung der *Keck*-Formel für die übrigen Grundfreiheiten für möglich erachtet wird, liegt es nahe zu fragen, welchen Beitrag diese Erkenntnis zu einem universellen Konzept der Grundfreiheiten leisten kann. Um dies beurteilen zu können, soll zunächst ihre Konvergenz skizziert werden:

---

[41] *Feiden* (Fn. 6), S. 227; vgl. *Schütz/Bruha/König*, Casebook Europarecht, 2004, S. 639 ff. und *Hobe,* Europarecht³, 2006, Rn. 625, die bemerken, dass Art. 39 EG zunächst schwerpunktmäßig auf das Verbot unterschiedlicher Behandlung abzielt.

[42] EuGH, Rs. C-415/93 - *Union royale belge des sociétés de football association ASBL gegen Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA gegen Jean-Marc Bosman und andere und Union des associations européennes de football (UEFA) gegen Jean-Marc Bosman*, Slg. 1995, I-4921.

[43] *Schütz/Bruha/König* (Fn. 41), S. 643; EuGH, *Bosman* (Fn. 42), Besprechung von *Hilf/Pache*, NJW 1996, 1169.

[44] EuGH, *Bosman* (Fn. 42), Rn. 102 f.

[45] Vgl. *Friedbacher,* ELJ 1996, 226, 231; *Mühl* (Fn. 33), S. 338; *Plath*, Individualrechtsbeschränkung im Berufsfußball – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Bosman-Entscheidung des EuGH, 1999, S. 182 ff.

[46] EuGH, Rs. C-190/98 - *Volker Graf / Filzmoser Maschinenbau GmbH*, , Slg. 2000, I-493.

[47] *Streinz,* Europarecht[8], Rn. 808 f.; kritisch *Randelshofer/Fortshoff,* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zum EUV/EGV, Stand: 2001, vor. Art. 39 – 55, Rn. 114, die davon ausgehen, dass der EuGH in *Graf* auf Formeln zurückgriff, die aus der Zeit vor *Keck* stammen. S. auch *Franzen,* in: Streinz (Hrsg.), Kurzkommentar EUV/EGV, 2003, Art. 39 EG Rn. 91; **a.A:** s. *Deckert/Schröder*, JZ 2001, 88 f.

[48] Vgl. *Deckert/Schröder*, JZ 2001, 88 f. *Randelshofer/Forsthoff* argumentieren in Grabitz/Hilf (Fn. 47), vor. Art. 39 – 55, Rn. 114, dass die Regelung zweifelsohne ein Wegzugshindernis enthalte, da sie die Betriebstreue österreichischer Arbeitnehmer honoriere. Diese Interpretation des Sachverhalts ist nicht zwingend und ändert außerdem nichts daran, dass der EuGH in dem Fall Aussagen traf, die mit denen in *Keck* vergleichbar sind.

[49] Als Grundsatzentscheidung wird in diesem Zusammenhang EuGH, Rs. 19/92 - *Dieter Kraus gegen Land Baden-Württemberg*, Slg. 1993, I-1663 genannt. S. Ausführungen in *Mojzesowicz* (Fn. 40), S. 85 mit Nachweis *Mülbert,* ZHR 1995, 2, 31; *Roth*, CMLR 1993, 1255 ff.; *Feiden* (Fn. 6), S. 221 f.

[50] Vgl. *Mojzesowicz* (Fn. 40), S. 84.

[51] *Ress/Ukrow,* in: Grabitz/Hilf, (Hrsg.), Kommentar zum EUV/EGV, Stand: 2002, Art. 56 Rn. 35; EuGH, Rs. C-148/91 - *Vereniging Veronica Omroep Organisatie / Commissariat voor de Media*, Slg. 1993, I-487.

[52] Befürwortend: *Ress/Ukrow,* in: Grabitz/Hilf (Fn. 51), Art. 56 Rn. 37; *Ohler,* WM 1996, 1801, 1806.

[53] Nachweis bei *Müller,* Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union – Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, 2000, S. 165 f.

[54] *Ress/Ukrow,* in: Grabitz/Hilf (Fn. 51), Art. 56 Rn. 37.

Allen ist als Leitgedanke das Ziel der Verwirklichung eines Binnenmarktes gem. Art. 3 I c EG gemein. Auch sprechen systematische Gründe für eine Konvergenz der vier Grundfreiheiten, denn alle sind im Dritten Teil des EG-Vertrages relativ komprimiert aufgelistet. Tragfähiger als dieses relativ schwache Argument ist die Funktion der Dienstleistungsfreiheit als Rückgriffsfreiheit. Art. 50 EG besagt, dass man sich auf den Dienstleistungsverkehr beziehen kann, wenn Waren-, Kapital- oder Personenverkehr nicht einschlägig sind.[55] Eine vollkommen divergierende Auslegung der Waren-, Kapital-, und Personenverkehrsfreiheit wäre widersinnig, bedenkt man, dass ihnen dieselbe Rückgriffsrubrik gemein ist.[56]

Zudem garantiert eine einheitliche Grundfreiheitsdogmatik ein Mehr an Rechtssicherheit. So könnte eine Regelung, deren Eignung zur Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit bereits verneint wurde, nicht mit denselben Argumenten erfolgreich in Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit angegriffen werden.[57] Der Gleichheitssatz käme in einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten ebenfalls verstärkt zur Geltung.[58]

Auch und entscheidend für eine Übertragung *Kecks* haben sich alle Grundfreiheiten, bis auf das Warenexportverbot aus Art. 29 EG,[59] von Diskriminierungs- zu Beschränkungsverboten entwickelt. Daher scheint es sinnvoll, darüber nachzudenken, ob sich durch eine allgemeine Anwendung der *Keck*-Formel eine Konvergenz bei der Eingrenzung der Beschränkungsverbote erreichen ließe. Denn diese Eingrenzung ist im Bereich einer jeden Grundfreiheit notwendig, damit dem Kriterium des Binnenmarktbezuges weiterhin in Hinsicht auf alle Grundfreiheiten ausreichend Beachtung zuteil wird.

D. Beitrag der *Keck*-Formel zur Universalität

Doch welchen Beitrag kann eine Übertragung *Kecks* für diese Eingrenzung realistischerweise leisten? Ob die Formel auch nach Ansicht des EuGH ein für alle Grundfreiheiten geeignetes Tatbestandsausschlusskriterium darstellt, ist noch nicht abschließend geklärt. Wäre es möglich, hinter *Keck* ein universell anwendbares Konzept zu erblicken, würde dieses auch zu einer Konvergenz der Grundfreiheiten beitragen.

I. Kritik

Gegen diesen Ansatz werden jedoch teils gewichtige Argumente vorgebracht. Erster Kritikpunkt an einer universellen Anwendung *Kecks* ist, dass die Eigenheiten einer jeden Grundfreiheit so bedeutend sind, dass ein konvergentes Konzept zu der Missachtung ihrer Besonderheiten führen würde.[60] Vor allem zwischen der Warenverkehrs- und den Personenfreiheiten würden entscheidende Unterschiede bestehen, so dass sich eine Übertragung verbiete. Dabei kommt die Kritik aus zwei unterschiedlichen Lagern:

Die eine Gruppe, die man als „europäische Liberalisten" bezeichnen könnte, vertritt den Standpunkt, dass besonders im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit Handlungsbedarf beim Abbau von Beschränkungen in Europa besteht. Ihrer Meinung nach traf der EuGH die *Keck*-Entscheidung absichtlich zu einer Zeit, als er die anderen Grundfreiheiten zu Beschränkungsverboten ausweitete, um seine Ressourcen und Bemühungen auf die Reduktion etwaiger Handelshemmnisse in diesen Sektoren zu fokussieren.[61] Die *Keck*-Formel sei nicht auf diese zu übertragen, damit dem EuGH nicht unnötig Betätigungsfelder abgeschnitten würden, auf denen er zu einer Verwirklichung des Binnenmarktes beitragen kann.[62]

Den Vertretern dieser Ansicht kann entgegengehalten werden, dass die Grundfreiheiten gerade nicht als allgemeine Deregulierungsinstrumente zweckentfremdet werden sollen. Die Auffassung, dass der EuGH sich dort verstärkt betätigen sollte, wo legislative Bestrebungen nicht erfolgreich sind, arbeitet konträr zum bzw. außerhalb des europäischen Machtgefüges. Eine solche Nutzung der Grundfreiheiten würde das Subsidiaritätsprinzip durch unlegitimierte Harmonisierungsbestrebungen ersetzen.

Die andere Gruppe, die man unter dem Begriff der „*Keck*-Skeptiker" zusammenfassen könnte, lehnt eine Ausweitung der *Keck*-Rechtsprechung ab, da sie bereits die Ausführungen des EuGH zu *Keck und Mithouard* für verfehlt hält.[63] Sie bemängelt besonders die Formulierung „Verkaufsmodalitäten". Ihrer Meinung nach lässt sich die Unterscheidung zwischen produkt- und verkaufsbezogenen Maßnahmen bei den anderen Grundfreiheiten noch schwieriger durchführen. Im schlimmsten Fall führe eine solche Begrifflichkeit dazu, dass der Personenbezug nicht genügend zur Geltung komme. Es sei die Gefahr einer inhaltlichen Veränderung des Aussagegehalts der *Keck*-Formel gegeben.

Diese Bedenken können aber ausgeräumt werden, wenn man nicht auf einer starren Wortlautinterpretation bzgl. des Begriffs der Verkaufsmodalitäten beharrt.

Auch wenn man die Skepsis nicht teilt, so liegt der Kritik ein Gedanke zu Grunde, der einer genaueren Betrachtung lohnt: Nach Meinung beider Lager ist eine entsprechende Anwendung einer Formel mit Warenverkehrsbezug auf die Personenverkehrsfreiheiten unangebracht. Denn bei den Grundfreiheiten, die die Mobilität von Menschen garantieren sollen, spielten viele andere Faktoren eine Rolle. Niederlassungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit stellten oft auf subjektive Merkmale ab, so dass sich eine Entsprechung zu dem Feilbieten von Produkten verbiete.

Gerade dieser Gedanke spricht aber nicht gegen eine entsprechende Anwendung *Kecks*, sondern vielmehr dafür. Eben weil bei Regelungen mit verstärktem Personenbezug viele andere Belange in die Überlegung mit eingestellt werden müssen, sollten die Gedanken hinter *Keck* bei der Auslegung des Anwendungsbereichs von Art. 39, 43 und 49 f. EG herangezogen werden. Denn im Kern gilt es zu klären, ob eine Maßnahme nur so peripheren Binnenmarktbezug aufweist, dass sich eine Überprüfung an den gemeinschaftsrechtlichen Grund-

---

[55] S. *Snell/Andenas*, in: Andenas/Roth (Hrsg.), Services and Free Movement in EU Law, 2002, S. 79.

[56] Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts *Lenz* in EuGH, *Bosman* (Fn. 42), Rn. 200.

[57] Vgl. *Maduro,* Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJECL) 1998, 298, 316.

[58] Zum koordinationsrechtlichen Verständnis der Grundfreiheiten s. *Kingreen,* in: Calliess/Ruffert, (Hrsg.), EU/EG[3], Art. 28-30 EG Rn. 63. In EuGH, verb. Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 - *De Agostini,* , Slg. 1997, I-384, wurde ein- und dieselbe Vorschrift auch erst auf ihre Vereinbarkeit mit der Warenverkehrs- und danach mit der Dienstleistungsfreiheit überprüft.

[59] S. dazu Teil III.2.

[60] Vgl. *Hatzopolous*, CMLR 2000, 43, 65 f.

[61] *Maduro* (Fn. 7), S.41, 67.

[62] S. in der folgenden Argumentation: *Maduro* (Fn. 7), S. 41, 67.

[63] Vgl. *Tesauro,* Yearbook of European Law (YEL) 1995, 1 ff.; *Müller-Graff,* in: Streinz (Hrsg.), Kurzkommentar EUV/EGV, 2003, Art 43 EGV Rn. 62 und Art. 49 EGV Rn. 88.

freiheiten verbietet. Durch die Anwendung der *Keck*-Formel würde in den als besonders sensibel empfundenen Gebieten der Sozialabgaben, Beschäftigungsbedingungen oder des Kündigungsschutzes im Normalfall der Anwendungsbereich der Personengrundfreiheiten nicht eröffnet; gesetzt den Fall, es handelt sich um unterschiedslos wirkende Maßnahmen. Die Übertragung würde ergo nicht dazu führen, dass die Eigenheiten der Normen, die engen Personenbezug aufweisen, im europäischen Recht zu wenig Beachtung finden würden. Im Gegenteil sichert die Anwendung der Formel ab, dass den Mitgliedstaaten im Kompetenzgefüge zwischen Gemeinschaftsinstitutionen und Nationalstaaten der ihnen zustehende Handlungsspielraum gewahrt wird und sie ihre nationalen Arbeitsmärkte mit den noch bestehenden Besonderheiten gestalten können.

II. Entsprechende Anwendung auf Ausfuhrfreiheiten systemgerecht

Auch wenn man generell eine Übertragung der *Keck*-Formel auf die übrigen Grundfreiheiten für zulässig erachtet, ist hinsichtlich der Annahme der Anwendbarkeit *Kecks* für Ausfuhrfreiheiten die Kontrollfrage zu stellen, ob der EuGH dabei systemgerecht vorginge. Schließlich bezieht sich die Formel originär auf eine Einfuhr-, nicht Ausfuhrfreiheit. Eine genauere Betrachtung dieser Frage lohnt sich, zumal Generalanwalt *Jacobs* in den Schlussanträgen zu *Alpine Investments* Bedenken gegen eine Ausweitung auf Ausfuhrfreiheiten äußerte.

Jacobs' Abneigung gegen eine Ausweitung der *Keck*-Rechtsprechung auf Ausfuhrbeschränkungen ist vor dem Hintergrund zu deuten, dass er die *Keck*-Formel schon als suboptimale Einschränkungsmöglichkeit für die Einfuhrfreiheit versteht.[64] In der Literatur findet seine Ansicht bei *Kort* Zuspruch. Dieser möchte eine Anwendung der *Keck*-Formel auf die Dienstleistungsausfuhrfreiheit mit der Argumentation verneinen, dass jeder Ausfuhrbeschränkung eine Marktzugangsbeschränkung immanent sei, die an den Grundfreiheiten zu überprüfen sei.[65] Doch folgte man dieser Begründung, müsste man in der Konsequenz auch in jeder Einfuhrbeschränkung eine Zugangsbeschränkung erblicken. Somit ist dieses Argument zu verwerfen.[66]

Zudem lassen sich die Bedenken gegen eine Ausweitung auf die Ausfuhrbeschränkungen wie folgt ausräumen: Alle Ein- und Ausfuhrgrundfreiheiten, abgesehen von dem Exportverbot des Art. 29 EG, sind als Beschränkungsverbote zu verstehen. Erstens ist eine subtile Differenzierung zwischen Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen bei Art. 39, 43, 49 f. und 56 EG nicht plausibel.[67] Im Endeffekt darf es nämlich keinen Unterschied machen, ob eine Regelung vom Herkunfts- oder vom Einfuhrstaat getroffen wird. Es kommt nicht darauf an, wer die Regelung trifft, sondern darauf, ob sie geeignet ist, die Erreichung des Ziels eines Gemeinsamen Marktes zu behindern. Dieses Potential können Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen gleichermaßen aufweisen; ebenso, wie es bei beiden Fallgruppen daran mangeln kann. So zeigen die Entscheidungen *Graf* und *Mobistar und Belgacom,* dass auch Regelungen von Herkunftsstaaten existieren können, denen der Binnenmarktbezug fehlt. Beide Urteile widerlegen somit die These, dass es bei Ausfuhrbeschränkungen keinen Anwendungsbereich für die *Keck*-Formel gebe, weil immer eine Marktzugangsbeschränkung angelegt sei.

Zweitens plädiert ein Großteil der Lehre dafür, die Differenzierung zwischen Art. 28 EG und Art. 29 EG aufzugeben und auch das letzte verbliebene bloße Diskriminierungsverbot auf ein Beschränkungsverbot auszuweiten.[68] So würde ein vermeintlich bestehender Wertungswiderspruch zwischen den Waren- und Personenfreiheiten verhindert. Denn gesetzt den Fall, dass es bei Warenausfuhrbeschränkungen zu einer die Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten kompromittierenden Lage käme, müsste ebenfalls an eine entsprechende Anwendung der *Keck*-Formel als Einschränkung des Beschränkungsverbots gedacht werden. Solange es sich bei Art. 29 EG aber noch um ein bloßes Diskriminierungsverbot handelt, sind solche Überlegungen nur *de lege ferenda* anzustellen.

Somit ist es systemgerecht, die *Keck*-Rechtsprechung gleichermaßen für Modalitäten bei Einfuhr- wie Ausfuhrbeschränkungen anzuwenden. Zugleich macht die Analyse deutlich, dass die Trennlinie bezüglich der Anwendungsmöglichkeit von *Keck* auf einer anderen Ebene verläuft: Es geht nicht um den Unterschied zwischen Einfuhr- und Ausfuhrbestimmungen, sondern darum, ob eine Grundfreiheit in ihrer jeweiligen Gestalt nur als Diskriminierungsverbot verstanden wird oder sich ihr Anwendungsbereich auf Beschränkungen ausgedehnt hat.

III. Grenzen der Übertragbarkeit

Eine Grenze der Übertragbarkeit auf die übrigen Grundfreiheiten wäre dort erreicht, wo deren speziellen Inhalten keine Beachtung mehr geschenkt würde. Denn Konvergenz an sich ist kein Selbstzweck.[69]

Keck bietet jedoch ein einheitliches Konzept, ohne dass der Konvergenzgedanke überstrapaziert würde. Die Konvergenz wird nicht nur um der Konvergenz willen angedacht, sondern weil auch für die Dienstleistungs-, Personen-, und Kapitalverkehrsfreiheiten das Bedürfnis besteht, einer uferlosen Ausweitung ihres Anwendungsbereichs entgegen zu wirken. Wie gezeigt, lässt das *Keck*-Urteil eine Interpretation zu, die auf folgendes abstellt: Solange eine Maßnahme alle Marktteilnehmer unterschiedslos berührt, es zu keiner Doppelbelastung dieser kommt und der Markzugang auch für ausländische Anbieter gesichert ist, ist der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten für die Maßnahme nicht eröffnet. Diese Aussage lässt sich als Einschränkung der inzwischen für die übrigen Grundfreiheiten geltenden Beschränkungsverbote durchführen, da sie nicht auf Eigenschaften oder Umstände abstellt, die nur im Bereich des Warenverkehrs anzutreffen sind. Die *Keck*-Formel versteht es daher, die „freiheitsrechtliche Schutzintensität in die Grundfreiheitsdogmatik einzupassen[,] mit dem gleichheitsrechtlichen Schutzgehalt ins Verhältnis zu setzen"[70] und dabei zur Konvergenz der Grundfreiheiten beizutragen. ■

---

[64] *Mojzesowicz* (Fn. 40), S. 39; Schlussanträge GA *Jacobs*, EuGH, Rs. C-412/93 - *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec /TF1 Publicité SA und M6 Publicité SA,* Slg. 1995, I-179 (I-195).

[65] *Kort,* JZ 1996, 132, 137 ff.

[66] *Mojzesowicz* (Fn. 40), S. 101.

[67] *Reich,* EuZW 1995, 407, 408.

[68] *Leible,* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zum EUV/EGV, Stand: 2000, Art. 29 EG Rn. 4; *Roth,* ZHR 1995, 78; *Müller-Graff,* in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft[6], 2003, Art. 29 EG Rn. 19 f.

[69] *Steinberg*, EuGRZ 2002, 13, 18; *Bröhmer,* in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag[3], 2007, Art. 43 EG Rn. 31.

[70] *Baßler,* Internationales Steuerrecht (IStR) 2005, 822.

Armin Kockel, Hannover*

Wohin steuert Europa?

Herausforderungen, Chancen und Perspektiven nach dem Lissabonner Verfassungsgipfel

A. Hinführung: Wohin steuert Europa?

Die Europäische Union ist bekanntlich schon lange keine reine Wirtschaftsgemeinschaft mehr. Neben rein ökonomische Vorgaben wie die Marktliberalisierung ist eine Vielzahl weiterer Ziele getreten. Immer mehr Lebensbereiche werden aus Brüssel maßgeblich beeinflusst. Doch wohin steuert Europa? Die Frage wird von Zeit zu Zeit neu gestellt. Allerdings war sie lange nicht mehr so aktuell wie heute, zwischen dem Verfassungsgipfel von Lissabon (2007) und den Wahlen zum Europäischen Parlament (2009).

Gerade die anstehenden Wahlen richten den Blick – nicht zum ersten Mal – auf das demokratische Dilemma der Union: Die Kompetenzen des Parlaments werden kontinuierlich gestärkt, die Wahlbeteiligung sinkt derweil im gleichen Maße und liegt europaweit unter dem Niveau nationaler Wahlen[1]. Demokratie ist aber nach unserer Weltanschauung das Legitimationspotential für Herrschaftsansprüche.[2] Der europäische Weg ist damit nur scheinbar befestigt; er ist ausbaufähig. Sein Bestand wird auf Dauer von der Legitimation der Organisation abhängen. Mit anderen Worten: die Legitimation durch die Bürger Europas ist die Basis des Staatenverbundes. Die erste Ablehnung (oder deutlicher: das Scheitern) des unter Vorsitz von *Valéry Giscard d'Estaing* in den Jahren 2002 bis 2003 verhandelten Verfassungsvertrages ist weithin als größter anzunehmender Unfall bezeichnet worden. Jedoch erscheint es fundamentalistisch und damit jedem aufgeklärten Ansatz widersprechend, in jedem Bedenkenträger den Anwalt des Teufels zu sehen: Das vorläufige Scheitern konnte andererseits auch als Chance verstanden werden. Ging der Schritt hin zu einer Gemeinschaftsverfassung manchen Bürgern (und auch Regierungen?) zu schnell, so mag in den zurückliegenden Jahren eine notwendige Entwicklung stattgefunden haben. Aus Anlass der gescheiterten Referenden scheinen sich Europas Bürger intensiver mit *ihrem* Europa zu beschäftigen.[3] Jeder hat gesehen: Europa funktioniert nicht (mehr) ohne die Bürger. Dies ist ein erster Schritt wider das so genannte Demokratiedefizit.

Haltern unterscheidet in diesem Zusammenhang zwei Ebenen der Kontrolle politischer Entscheidungsprozesse:[4] Maßstab der Vernunft und Maßstab des demokratischen Willens. Hieraus folgt: soweit der Weg, den die Entscheidungsträger einschlagen wollen, vernünftig ist – wovon in Sachen Europa die Wissenschaft herrschend ausgeht – muss der Bürger davon überzeugt werden. Die diesbezüglichen politischen Niederlagen bei den Referenden am 29.5.2005 in den Niederlanden und am 1.6.2005 in Frankreich boten Anlass, sich in Überzeugungsarbeit zu üben. Insoweit gilt die Sportlerweisheit: Eine knappe Niederlage bringt dich weiter als ein klarer Sieg! Weil in jeder Niederlage bei souveräner Verarbeitung ein neuer Anfang steckt, haben die Eurokraten das Zeichen der Volksbefragungen zum Anlass für eine Weiterentwicklung genommen. Der deutsche Ratsvorsitz brachte im Juni 2007 das, was am 13. Dezember 2007 unter portugiesischem Ratsvorsitz unterschrieben wurde und sich jetzt *Reform Treaty* nennt (nicht *Convention Treaty*). Die Durchsetzungskraft dieses neuen Vertrags steht nun wiederum in Frage, indem das europaweit einzige Referendum vom Volk der Republik Irland am 12. Juni 2008 zu einem ablehnenden Ergebnis kam – und Europa so die nächste knappe Niederlage bescherte.

B. Herausforderungen nach dem Gipfel von Lissabon

I. Symbole und Zusammenhalt

Deutlich wird an diesem Ereignis, dass bestehende Herausforderungen auch nach der Entwicklung von Lissabon verbleiben. Ein Europa, das von seinen Bürgern nicht gewollt ist, hat trübe Zukunftsaussichten. Daher ist aus europäischer Sicht dringend notwendig, dass den EU-Bürgern eine stärkere Identifikation mit Europa ermöglicht wird. Doch auch der veränderte Vertrag würde *keinen* Artikel enthalten, in dem die Symbole der EU wie Flagge und Hymne Erwähnung finden. Die Charta der Grundrechte würde *nicht* Teil des Vertrags sein, sondern ein Querverweis wird der Charta Verbindlichkeit verleihen (Art. 6 I). Ein Protokoll würde festhalten, dass die Charta im Vereinigten Königreich *keine* Anwendung findet, soweit einschlägige Bestimmungen nicht im nationalen Recht ohnehin enthalten sind. Dies ist ein Teil der (nicht völlig neuen) Herausforderungen für Europa und Europäer: Der Versuch, Legitimation durch Identifikation herzustellen, wird letztendlich nur dann von Erfolg gekrönt sein, wenn alle beteiligten souveränen Staaten als Gemeinschaft zusammenarbeiten.

Was wäre dieser Vertrag für Europa also überhaupt wert, wenn Großbritannien als *persistent objector* auftritt? Wird die englische Tradition, Grundrechte durch das Parlament zu schützen, dauerhaft ein Europa der zwei Geschwindigkeiten auch auf dem Gebiet der Menschenrechte konstituieren? Die Prognose lautet erfreulicherweise: nein. Es handelt sich hier eher um eine unwesentliche Störung der Geschäftsgrundlage, die qua Art. 6 III des Vertrags in der Fassung von Lissabon ausgeglichen werden kann: Selbst wenn sich Mitgliedstaaten von der Anwendbarkeit der Charta distanzieren, finden die wesentlichen Grundrechte über Art. 6 III Anwendung, demgemäß die EMRK und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts unmittelbar gelten. Auch die verbindliche Anerkennung europäischer Grundrechte ist damit nicht mehr und nicht weniger als ein wertvolles Symbol. Auf sie sollte in allen Mitgliedsstaaten hingewirkt werden. Eine Verweigerung dürfte demgegenüber die Wirkung des Vertrags von Lissabon nicht langfristig beeinträchtigen.

Hier zeigt sich allerdings die Abhängigkeit der europäischen Integration von den jeweiligen Mehrheitsverhältnissen an der Macht innerhalb der Mitgliedstaaten. Ein weiteres Beispiel

---

* Der Autor ist Student an der Leibniz Universität Hannover. Mit diesem Beitrag gewann der Autor den 2. Platz des ELEC (European Law Essay Competition) 2008.

1 Vgl. http://www.bundeswahlleiter.de/europawahl2004/ergebnisse/bundesergebnisse/grafik_wahlbeteiligung_99.html (zuletzt abgerufen am 18.9.2008).

2 *Zippelius*, Allgemeine Staatsrechtslehre[14], 2003, § 23.

3 Ansatz von *Haltern*, Europarecht, Dogmatik im Kontext[2], 2007, § 2.

4 *Haltern* (Fn. 3), § 2 Rn. 126.

veranschaulichte die Republik Polen, als sie, vertreten durch den Regierungschef, vorübergehend geltend machte, die ausstehenden Rechnungen Hitlers über das hypothetisch bestehende Stimmgewicht in Europa begleichen zu wollen.[5] Auf supranationaler Ebene verfügt die Union freilich über einen politischen Ausgleichsmechanismus für entsprechende Irritationen: Wer im Tagesgeschäft Europas eigene Interessen durchsetzen will, muss zwangsläufig Koalitionen bilden. Als *objector* wird dies schwer fallen, wessenthalben der besonnene Politiker irrationale Erwägungen nicht dauerhaft mit 26 Vertragspartnern aushandeln wird. In Polen daselbst ist die politische Entwicklung mittlerweile über dies Ereignis hinweggegangen. Der Regierungschef hat gewechselt und Polen hat sich schließlich dem englischen Vorbehalt angeschlossen.

II. Krisenmanagement und Kompetenzkonflikte

Eine Herausforderung, die aktuell nicht dringend erscheint, aber nach allgemeiner geschichtlicher Erfahrung eines Tages Gemüter beschäftigen wird, ist die Abgrenzung von Tätigkeitsbereichen: Ob die Kompetenzverteilung zwischen Internationaler Organisation und Nationalstaaten im EU-Raum verlässlich ist, kann sich erst im Rahmen einer schweren Krise zeigen. Erst wenn eine starke Inflation, Ölkrise, ein Börsencrash, kriegerischer Angriff eines Staates, eventuell eine schwere Epidemie oder Ressourcenknappheit nationalstaatlichen Protektionismus aufleben lassen, kann klar werden, ob die an die Gemeinschaft übertragen Kompetenzen tatsächlich ein für alle Mal als Gemeinschaftskompetenzen anerkannt sind. Es bleibt zu hoffen, dass diese Probe so bald nicht anstehen wird.

Die EU ist schließlich auch ein System transnationaler Friedenssicherung. Dessen Erfolgsgeschichte sehen wir 24 Jahre nachdem ein französischer Präsident und ein deutscher Kanzler einander die Hand hielten auf einem früheren Schlachtfeld, das in einem integrierten Europa (wohl) kein Schlachtfeld hätte werden können. Die gemeinsame Verteidigungspolitik würde mit dem Vertrag von Lissabon – so er denn reanimiert wird – erweitert um eine Beistandsklausel für den Terrorismus- Fall (Art. 14). Das kann sich auswirken auf juristische Schauplätze wie Kompetenzkonflikte zwischen UN, NATO und EU sowie Fragen des bewaffneten Konflikts, etwa wenn der Terror nicht von Quaida droht, sondern von Gruppen, die ihrerseits Europäer sind, aber beispielsweise keine Spanier bzw. Briten sein wollen.

III. Gemeinsame Außenpolitik

Bei den innereuropäischen Differenzen, die es mindestens so lange geben wird, wie es sich um einen Zusammenschluss von Nationalstaaten handelt, sticht eine Herausforderung ganz besonders hervor: die Außendarstellung. Unter den wichtigsten Akteuren der Weltpolitik finden sich derzeit etwa vier Staaten und ein Staatenverbund. Darunter sieht sich die EU als Hort der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und der Menschenrechte. Bedenkenträger äußern hiergegen, die Union werde nie so effizient wirtschaftlich agieren können wie die großen Nationalstaaten, die es mit Menschenrechten nicht so genau nehmen und deren Verständnis von Demokratie jedenfalls ein etwas anderes ist, als das der Eurokraten. Grundrechte als Wettbewerbsnachteil? Schwache Gewerkschaften als Standortvorteil? Dagegen spricht, dass einer der stärksten Wirtschaftsräume der Welt derzeit im Konkurrenzkampf besteht. Vielmehr erscheint nun doch Überzeugungsarbeit geboten, um andere Regionen auf den Stand europäischer Grundrechtsgewährleistungen zu bringen und beim Kampf für Rechtsstaatlichkeit weit über den Tellerrand der EU hinaus zu blicken. Aber kommt Europas Kampf für Menschenrechte außerhalb Europas an? Der Einfluss auf die Politik Washingtons, Moskaus, Pekings scheint gering. Ressourcenknappheit und Handelsabhängigkeit verhindern eine klare Position. Europa wird zunehmend mit China, Japan und Amerika um die Ölquellen konkurrieren. Die Bindung an Amerika liegt darüber hinaus im offenkundigen Interesse der Sicherheit des nordatlantischen Raumes. Europas Bedeutung in der Welt wird davon abhängen, dass man, wenn schon nicht mit einer Stimme spricht, dann jedenfalls gemeinsame Leitlinien gegenüber den anderen Mächten der Erde zu vertreten vermag (anders als beispielsweise zum Thema Irak). Dies erfordert ein Maß an Verfasstheit, das über das eines herkömmlichen völkerrechtlichen Vertrags hinausgeht. Eine Verfassung für den Staatenverbund hätte entsprechende Möglichkeiten eröffnen können, nicht zuletzt durch einen gemeinsamen europäischen Außenminister. Doch auch der vorliegende Vertrag von Lissabon könnte Möglichkeiten eröffnen, sich dieser Aufgabe zukünftig selbstbewusst zu stellen.

IV. Zwischenergebnis

Zusammenfassend als aktuell drängende Herausforderungen zu konstatieren sind daher (1) der Fortschritt der europäischen Integration, zunächst unter Verzicht auf Verfassungssymbolik, möglicherweise im Wege der Wiederbelebung des Lissabon-Vertrags (politische Herausforderung), (2) die Lösung – auch vorbeugend – etwaiger Kompetenzkonkflikte (juristische Herausforderung) und (3) die Herstellung einer weltweit beachteten europäischen Außenpolitik ((völker-)rechtliche und politische Herausforderung).

Eines ist bei alledem zu bedenken: Das Projekt Europa kann auch noch scheitern. Staaten wie Bürger müssen in dem Zusammenschluss einen Vorteil für sich sehen. Jede internationale Organisation kann zerfallen, wenn die durch sie erzeugten Nachteile (mitunter auch lediglich gefühlt) wesentlich überwiegen. Dabei werden Störfaktoren schnell ausgemacht, all das Funktionierende wird als selbstverständlich oft übersehen. Grundsätzliche Herausforderung ist mithin, für die Anerkennung der europäischen Idee zu sorgen. Vor allem gilt dabei: Jede Benennung eines Problems geht einher mit der Chance, es zu lösen.

C. Chancen nach dem Gipfel von Lissabon

I. Demokratieausbau

Das berühmteste Problem der Union ist das einleitend angesprochene Demokratiedefizit. Mit der Stärkung des Parlaments durch den Reformvertrag ist die Chance genutzt worden, dieses Defizit zu verringern. Davon ausgehend, dass die irische Blockade auf demokratischer Grundlage sowie mit der nötigen Geduld und mit Rücksicht auf die Vernunft durchbrochen werden kann, bringt der Reformvertrag die Union den Menschen einige Schritte näher. Mit dem Vertrag erhält die Union eine einheitliche Rechtspersönlichkeit: Der Ausdruck „Gemeinschaft“ wird durchgängig durch „Union“ ersetzt (Art. 1 II a), die Union tritt an die Stelle der Gemein-

[5] Zur von Polen vorgeschlagenen Stimmgewichtung vgl. FAZ v. 22.06. 2007, S.1.

schaft, deren Nachfolgerin sie ist (Art. 1 II b). Der EGV wird zum „Vertrag über die Arbeitsweise der Union“ (ebd.). Vor allem werden die Befugnisse des Europäischen Parlaments gestärkt, das Mitentscheidungsverfahren (Art. 251 EGV) wird zum Regelfall (Art. 9a).

Daneben sollte mit dem Reformvertrag Handlungsfähigkeit dadurch sichergestellt werden, dass die Anzahl der Kommissare verringert wird. Außerdem würde es einen Präsidenten geben, dessen Gesicht man sich merken kann, weil er zukünftig für immerhin zweieinhalb Jahre im Amt sein wird. Hierin ist ein Lösungsansatz zu sehen für das weitere bereits genannte Problem der Stellung Europas in der Weltpolitik. Jedenfalls würde die Demokratisierung der Union den Austausch zwischen „Regierten und Regierenden“ verstärken.

II. Eine *Europäische* Lehre

Möglicherweise ist ein solcher Fortschritt auch Anlass dafür, dem Europarecht im deutschen Studium mehr als zwei Semesterwochenstunden zukommen zu lassen. Die erste Generation von Juristen, die Grenzenlosigkeit erlebt, wurde hier bisweilen von den Studienordnungen doch ein wenig beschränkt. „Ohne Rechtsstaatlichkeit und Freiheit, ohne den Fleiß verantwortlicher, gut ausgebildeter, die Gerechtigkeit suchender Juristinnen und Juristen wird die Zukunft nicht gelingen.“[6]

III. Fremdkontrolle der Mitgliedstaaten

Ein weiterer Aspekt, der wieder Aufmerksamkeit verdient, wenn die Reform – vielleicht doch noch über Dublin nach Lissabon – vollzogen sein wird, ist die Chance, über Brüssel für verantwortungsvolles Handeln der mitgliedstaatlichen Regierungen zu sorgen. Die heute junge Generation würde etwa die faulen Früchte verpasster Klimapolitik ernten; sie muss ferner die Hypothek abbezahlen, die sich durch die Verschuldung der Nationalstaaten täglich erhöht. Wir erkennen hierbei das eigentümliche Phänomen, dass die Mitgliedstaaten die Notwendigkeit dieser Thematik erkennen, aber politisch nicht vermögen, entsprechende Standards zu setzen. Die Gemeinschaft, der die Mitgliedstaaten nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (compétence d’attribution, Art. 5 I EGV) Hoheitsgewalt übertragen haben (Art. 23 I 2 GG), ist hingegen in der Lage, Staaten zur Mäßigung zu verpflichten. Der EuGH kann gegen die Nationalstaaten Normen durchsetzen, die deren Zielen widersprechen. Was als Ermächtigung aus den nationalen Parlamenten kommt, kehrt als Handlungspflicht aus Brüssel zurück (Art. 10 EGV). So ist die Chance eröffnet, über Brüssel durchzusetzen, was in nationalen Parlamenten wegen des politisch notwendigen Ringens um Stimmen und Koalitionen nicht oder nur als Kompromiss möglich ist. So ist es ein Geschenk für jede Regierung einer Industrienation, dass man nicht selber als limitierender Faktor vor sein Volk treten muss, sondern vielmehr auf die Vorgabe aus Brüssel verweisen kann. Das zeugt zwar nicht gerade von der Vernunft des Menschen, der Sache nach kann es aber überaus vernünftig sein.

D. Perspektiven nach dem Gipfel von Lissabon

„Die Zukunft Europas, dieses durch die Katastrophen des 20. Jahrhunderts geschwächten, aber seit Jahren wieder aufblühenden Festlandzipfels, lässt sich schwerlich voraussagen.“[7] Ob ein endgültiges Scheitern des Lissabon- Vertrags zu politischer Resignation führen würde, ist nicht vorhersehbar. Juristisch betrachtet bliebe der derzeit gültige Vertrag von Nizza in Kraft und somit vordergründig alles beim Alten. Hier ausgehend vom letztendlichen Erfolg des Reformvertrags bleibt zu hoffen, dass die europäischen Staatsbürger (!) im Jahr 2009 zahlreich zur Wahl schreiten, um den neuen Vertrag zu legitimieren. Sicher ist es auch eine der Aufgaben nationaler Regierungen, ihren Bürgern die Wichtigkeit dieses Ereignisses rechtzeitig vor Augen zu führen und so eine Auseinandersetzung zu fördern. Sollten nicht einmal 50 % der Wahlberechtigten an der europaweiten Wahl teilnehmen, wären weitere Fragen nach der Legitimität des gesamten Systems einschließlich des neuen Vertragswerkes unumgänglich.

Um die besagten großen Chancen zu wahren, müssen die Institutionen nun gewissenhaft Ideen generieren. Einerseits lehrt der missglückte „erste Versuch“, dass dieses grundlegende Arrangement keine Hast verträgt. Andererseits ist aufgrund der anstehenden Wahlen auch ein Zögern nicht geboten. Deutschland hat mit Bundestag und Bundesrat den Vertrag im April/Mai 2008 angenommen. Die Zustimmung mit der erforderlichen verfassungsändernden Mehrheit war niemals in Gefahr, nachdem nur eine im Bundestag vertretene Fraktion die Ablehnung angekündigt hatte; eine Fraktion, die ohnehin den Austritt der Bundesrepublik aus internationalen Zusammenschlüssen fordert und deren außenpolitische Kompetenz daher stets derart in Frage steht, dass ihre Argumente kaum gehört wurden. Die Geräusche aus Karlsruhe, die andeuten, der Vertrag von Lissabon könnte in Konflikt geraten mit der Kompetenzverteilung nach dem Grundgesetz, müssen dann alsbald zu Stimmen werden, damit der Weg zum Erfolg geebnet werden kann, und der Bundespräsident die Wirksamkeit des Zustimmungsgesetzes besiegeln kann. Alles andere würde freilich die Sorge um das irische Votum absurd werden lassen.

E. Der Verfassungsvertrag und die Paulskirchenverfassung

Wird der Lissabon-Vertrag, oder ein wesensähnliches *aliud*, schließlich zur Geltung gelangen, könnte die Frage nach dem Schicksal des ursprünglich beabsichtigten Verfassungsvertrages noch einmal gestellt werden. Auf der Suche nach Antworten kann ein historischer Vergleich gewagt werden: Am 18.5.1848 konstituierte sich in der *Paulskirche* eine Versammlung, die als „Parlament der Professoren“ in die Geschichte einging. Wiewohl deren Paulskirchenverfassung selber nie in Kraft trat, wurde sie doch in weiten Teilen zum Vorbild für die nachfolgenden deutschen Verfassungen.[8] Bereits im März 1849 fand die Paulskirchenversammlung ihr Ende,[9] ihre Fernwirkung kann heute noch erlebt werden. Sie scheiterte an der Obrigkeitstreue des Heeres und somit an mangelndem Austausch zwischen „Regierenden und Regierten“. Das Fehlen eines solchen Austauschs wird heute – freilich unter anderen Bedingungen – innerhalb Europas bemängelt. Dieser Diskrepanz trägt die sog. Berliner Erklärung Rechnung, die seit dem Sommer 2006 ein Europa der Bürger

---

[6] *Laufs*, JuS 2000, 1, 10; vgl. zur Europäisierung der Lehre: *Kadner-Graziano*, Gemeineuropäisches internationales Privatrecht, Harmonisierung des IPR durch Wissenschaft und Lehre, 2002.

[7] *Laufs*, JuS 2000, 1, 10.

[8] Vgl. *Epping*, Grundrechte[3], 2007, Rn. 5.

[9] Vgl. *Zippelius* (Fn. 2), § 32 (V).

fordert. Die doppelte Verfassungsmehrheit (55% der Staaten und 65% der EU-Bevölkerung), die dementsprechend auch der Reformvertrag vorsieht (Art. 9c IV), zeugt indes von einem Europa der Staaten *und* der Bürger. Hierin liegt neben der Stärkung des Parlaments ein weiterer Beitrag zur Verringerung des so genannten Demokratiedefizits und damit ein Ansatz zur Lösung des oben bezeichneten wohl dringendsten, von der juristischen Literatur fast schon zu einem Prinzip der EU geformten Problems. Im Hintergrund glimmt bei alledem der nahezu-Konsens des Verfassungsvertrags. So wie die Paulskirchenverfassung ihre ausstrahlende Wirkung nach ihrem Scheitern entfaltete, könnte dem *Convention Treaty* eine ähnliche Zukunft bevorstehen. Sowohl die überwiegende Übereinstimmung innerhalb der Mitgliedsstaaten als auch die Vernunft werden dafür sorgen, dass der Verfassungsvertrag mindestens als Auslegungshilfe neben den Reformvertrag (im Fall eines endgültigen Scheiterns: neben den Vertrag von Nizza) tritt.

F. Notwendigkeit einer Verfassung?

I. Symbolik und Wertegemeinschaft

Was dem reformierten Europa evident fehlt, sind die vereinenden *Symbole*. Hymne, Flagge und Europatag haben zum Entsetzen vieler leidenschaftlicher Europäer nicht Eingang in das Vertragswerk finden können, obwohl sich viele Mitgliedstaaten in einer gemeinsamen Erklärung zu den Symbolen bekannt haben. Nicht zuletzt stellt eine Verfassung selber ein gewichtiges Symbol mit möglicherweise erheblicher zusammenführender Wirkung dar. Damit geht es in einer Verfassung eher um Gefühle: Sicherheit, Freiheit, Gerechtigkeit, Gemeinschaft – in einer Verfassung können Juristen mit Emotionen arbeiten, ein Gebiet für das sie sonst eher nicht zuständig sind.

Auf eher rationaler Ebene spricht für eine Verfassung, dass sie die rechtliche Grundlage einer *Wertegemeinschaft* bilden kann, in welche die gemeinsamen antiken, christlichen und humanistischen Traditionen einfließen. Bisher benennt Art. 6 I EUV die Grundwerte, zu denen sich die Mitgliedstaaten bekannt haben. Die zahlreichen Debatten etwa über den Gottesbezug in der Präambel zeugen derweil davon, dass die EU keine über Werte definierte Gemeinschaft ist. Jedes europäische Land steht schließlich auf dem Boden einer eigenen Geschichte. Es ist schwer vorstellbar, daraus eine einheitliche Wertegemeinschaft zu bilden. Davor steht ohnehin die Frage, ob man dies denn will: Essentiell wäre eine solche Wertegemeinschaft allenfalls für einen Bundesstaat. Und dieser ist nur eine unter mehreren Perspektiven für Europa und derzeit nur von einer Minderheit gewollt. Solange kein Bundesstaat entsteht, ist der Kampf um nationale Interessen als Element der europäischen Integration als selbstverständlich zu bezeichnen. Im Gegensatz zu den USA, die auf überwiegend jungfräulichem Land bei Null angefangen haben, sind europäische Völker tief verwurzelt in ihren Nationen, was gegen einen Bundesstaat spricht.[10] So sind viele Mitgliedstaaten darum bemüht, dass wesentliche Entscheidungen auch weiterhin nationalstaatlich getroffen werden. Aus dieser Perspektive ist eine künstliche Gleichheit über festgelegte Werte geradezu widersinnig. Eine einheitliche Wertegemeinschaft müsste nicht das erklärte Ziel der EU sein.

Verbindliche Grundrechte zeugen vielmehr von einer EU als *Rechtsgemeinschaft*: Wir sehen eine Rechtsgemeinschaft, die weniger ist als ein Bundesstaat, aber kraft übertragener Hoheitsgewalt doch mehr als ein Staatenbund: ein Staatenverbund[11].

II. (K)eine Verfassung für den Staatenverbund

Benötigt nun ein solcher *Staatenverbund* eine Verfassung? Dagegen spricht zunächst, dass Verfassungen gemeinhin Staaten vorbehalten sind. Geltungsgrund der EU ist aber eine Gemeinschaft von Staaten, die Kompetenzen auf die Union übertragen haben, um gemeinsam stärker zu sein. Die Union sollte gerade nicht einen Staat ersetzen. Sie sollte ein *aliud* sein.[12]

Andererseits handelt es sich heute um einen Staatenverbund, der weit mehr ist als nur ein Zusammenschluss zwecks wirtschaftlicher und politischer Machtkonzentration. Dieser Bund, das soll ihn von allen anderen abheben, soll auch eine Verbindung seiner Völker sein, und damit im Übrigen die beste Versicherung gegen bewaffnete Konflikte innerhalb unserer Region – ein Ziel, das wohl über alle anderen gestellt werden darf und in Friedenszeiten nur zu selten ausgesprochen wird! Soll nun die Völkerverbindung zielgerichtet vorangetrieben werden, so kann als nächste Stufe der Integration die Förderung europäischen Patriotismus‘ postuliert werden. Seine Grundlagen müssten verbrieft sein, damit wirklich ein Europa seiner Bürger entsteht. Einen *European Dream* können die anerkanntermaßen selbstbestimmten (Art. 1, 55 der Satzung der Vereinten Nationen) Völker aber nur auf einer gemeinsamen rechtlichen Grundlage wahr werden lassen. Identifikation kann nicht allein durch Rechtsetzung, nicht durch europäisches Sekundärrecht erreicht werden. Der aufgezwungene Verzicht auf Verfassungssymbole ist aus dieser Perspektive bedauerlich; eine allen EU-Bürgern zugängliche einheitliche Verfassung hätte für ein Gemeinschaftsgefühl sorgen können – und wie oft waren es in der Geschichte doch die Gefühle, die aus einer Idee politische und rechtliche Wirklichkeit machten.

III. Streitentscheidender Artikel 48

Solcher Poesie ist aus rechtlicher Sicht wiederum entgegenzusetzen: Es gibt keine europäische verfassunggebende Gewalt i.S.e. Volkes als Souverän. Änderungen oder Fortentwicklungen der Europäischen Grundordnung funktionieren weiter qua Art. 48 EUV (Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten, keine so genannte Kompetenz-Kompetenz der EU). Mit einem zustandegekommen Verfassungsvertrag hätte demgemäß eher ein Vertrag als eine Verfassung vorgelegen. Auch der *Convention Treaty* wäre ein völkerrechtlicher Vertrag, weil sich darin Völkerrechtssubjekte auf gemeinsame Grundlagen der Zusammenarbeit und allgemeine Gewährleistungen gegenüber den Bürgern verständigt hätten. Eine volksgegebene Verfassung läge nicht tatsächlich vor, nur der Name des Vertrags hätte einen solchen Eindruck vermittelt.

Solange nicht die Entscheidung für einen europäischen Bundesstaat fällt, muss es also keine Verfassung sein, weil die Einzigartigkeit der Europäischen Union unter den Völker-

---

[10] Argument von *Charles de Gaulle*, Für ein Europa der Vaterländer, 1970, in: Bundeszentrale für politische Bildung (Herausgeberin), Nation – Nationalismus – Nationale Identität, Bonn 1998, S. 117 f.

[11] Vgl. BVerfGE 89, 155 (Maastricht).

[12] *Haltern* (Fn. 3), § 2 Rn. 116.

rechtssubjekten ohnehin nicht schematisch mit einem Staatsgefüge gleichgesetzt werden kann. Gleichwohl ist eine weitere Debatte über die europäische Identität alsbald auf den Plan zu rufen, widrigenfalls sich die Bürger nicht geschlossen mit *ihrer* EU identifizieren können. Schließlich würde eine prominente Urkunde, die – unter anderem mittels Festlegung einer einheitlichen Flagge an öffentlichen Gebäuden und eines europaweiten gemeinsamen Feiertags – zur Identifikation beiträgt und so Integrationsschwierigkeiten zu überwinden helfen kann, das Europa der Staaten *und* der Bürger beständiger machen und bestenfalls Europa zu einem unsterblichen Markenzeichen in der Welt werden lassen.

„Unsterblich wird dein Name werden;
denn der fremde Weltteil, der Dich aufgenommen hat, heißt nach Dir: Europa!“

(Worte der Aphrodite[13])

G. Fazit

Zuerst der Verfassungsvertrag, dann der Reformvertrag: Die jüngste Geschichte der Europäischen Union ist von politischen Niederlagen im Innern gekennzeichnet. Das Auftreten dieser Internationalen Organisation nach außen und Kompetenzkonflikte zwischen Mitgliedsstaaten und Union bestehen als Problemschwerpunkte daneben, treten angesichts des Demokratiedilemmas gleichwohl in den Hintergrund: Als Zusammenschluss demokratischer Staaten kann auch die EU selbst ihre Legitimation nur aus der Volksherrschaft ziehen. Doch die Volksgewalt vertraut dem demokratischen Mehrebenensystem Europas nicht, was jüngst das Votum der Iren belegt. Wohin diese Ablehnung uns Europäer führt, entzieht sich derzeit einer sicheren Prognose. Festzuhalten ist aber, dass der Reformvertrag gerade an der Demokratie ansetzt. Allerdings wird für die Demokratisierung der Union eben jenes Vertrauen der Stimmberechtigten benötigt, das derzeit fehlt. Ein möglicher Ansatz zur Befreiung aus dieser klassischen Zwickmühle ist die offensive Betonung der gemeinsamen Interessen aller Europäer auf den verschiedenen Ebenen der Willensbildung. Diese Betonung kann, muss aber nicht in einer Gemeinschaftsverfassung erfolgen. Sicher scheint indes: Die europäische Einheit, die unsere Märkte geöffnet hat und unseren Frieden sichert, muss gelebt werden, von Politikern, von Juristen, von Institutionen, von uns. ■

[13] *Schwab*, Die schönsten Sagen des klassischen Altertums; Bayreuth 1974, S. 37.

Andreas Puhl, LL.B., Hamburg*

Strafverfolgungsverjährung

– Ihr Beginn bei der vollendeten Steuerhinterziehung durch Unterlassen –

A. Grundbegriffe

Das Institut der Strafverfolgungsverjährung ist in den §§ 78 bis 78c StGB geregelt. Es herrscht mittlerweile im Wesentlichen Einigkeit darüber, dass es auch prozessualer Natur ist und somit nicht zum Freispruch, sondern zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens durch die Finanzbehörde nach § 170 II 1 StPO i.V.m. §§ 385, 386 II, 399 I AO[1] bzw. des Hauptverfahrens nach §§ 206a, 260 III StPO führt.[2] Gem. § 78 III StGB richtet sich die Länge der Verfolgungsverjährungsfrist für Straftaten nach der angedrohten Höchststrafe; Steuerstraftaten verjähren regelmäßig gem. § 78 III Nr. 4 StGB in fünf Jahren.

Der Verjährungsbeginn richtet sich nach § 78a StGB. Die wohl herrschende Meinung[3] stellt dabei auf die materielle Beendigung der Tat ab,[4] auch wenn § 78a S. 2 StGB dadurch (zumindest weitgehend) funktionslos wird.[5] Bei vollendeten Erfolgsdelikten[6] wie bei unechten Unterlassungsdelikten[7] spielt die Unterscheidung zwischen Vollendung und Beendigung für den Verjährungsbeginn in der Regel keine Rolle, da Vollendung und Beendigung mit Eintritt des Erfolges regelmäßig zusammenfallen.

Die steuerliche Festsetzungsverjährung ist in den §§ 169 bis 171 AO normiert. Gem. § 169 I 1 AO ist die Steuerfestsetzung, ihre Aufhebung oder Änderung mit Ablauf der Festsetzungsfrist nicht mehr zulässig; entsprechende Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis erlöschen (§ 47 AO).[8]

Die Strafverfolgungsverjährung ist für die steuerliche Festsetzungsverjährung von besonderer Bedeutung, weil gem. §§ 171 VII, 169 II 2 AO im Falle einer Steuerhinterziehung (§§ 370 f. AO) die Festsetzungsfrist nicht endet, bevor die Verfolgung der Steuerstraftat verjährt ist. Dies soll verhindern, dass der Täter eines solchen Delikts zwar noch strafrechtlich belangt werden kann, die Nachforderung der zugrunde liegenden Steuern hingegen ausgeschlossen ist.[9]

B. Steuerhinterziehung durch Unterlassen bei Festsetzungssteuern

Eine Steuerhinterziehung durch Unterlassen gem. § 370 I Nr. 2 AO begeht, wer die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt. Die Pflicht zur Information der Finanzbehörden – ob durch Steuererklärung oder Steueranmeldung – ergibt sich regelmäßig aus den einzelnen Steuergesetzen wie §§ 25 III, 41a I EStG oder § 18 I, III UStG.

Wann bei unterlassener Abgabe einer Steuererklärung für eine Festsetzungssteuer die Steuerhinterziehung vollendet bzw.

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

[1] *J. Müller*, wistra 2004, 11 m.w.N.

[2] S. *Lackner/Kühl*, StGB[26], 2007, § 78 Rn. 2; *Rudolphi/Wolter*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 2005, Vor § 78 Rn. 4; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB[27], 2006, Vorbem. §§ 78 ff. Rn. 5 m.w.N.

[3] BGHSt 27, 342; 28, 371, 379; BGH, wistra 1987, 212; 1992, 253, 254; *Jähnke*, in: Leipziger Kommentar[11], 2003, § 78a Rn. 2; *Rudolphi/Wolter*, in: SK (Fn. 2), § 78a Rn. 3a m.w.N.

[4] S. dazu noch unter B.I. bei Fn. 18.

[5] Vgl. *Stree/Sternberg-Lieben*, in: S/S (Fn. 2), § 78a Rn. 1.

[6] Vgl. nur *Fischer*, StGB[55], 2008, § 78a Rn. 7; **krit**. zu Delikten mit überschießender Innentendenz *Mitsch*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2005, § 78a Rn 5.

[7] *Stree/Sternberg-Lieben*, in: S/S (Fn. 2), § 78a Rn. 6 m.w.N.

[8] Dazu im Überblick etwa *Ruban*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, 2007, Vor § 169 Rn. 19.

[9] *Rüsken*, in: Klein, Abgabenordung[9], 2006, § 171 Rn. 87 m.w.N.

beendet ist und die daran anknüpfende Verjährung beginnt, ist in Rechtsprechung[10] und Literatur[11] sehr umstritten.

Einigkeit besteht mittlerweile darüber, dass es für die Frage der Beendigung der Steuerhinterziehung durch Unterlassen nicht mehr auf den Wegfall oder die Erfüllung einer Erklärungspflicht nach § 149 AO ankommt.[12]

Streitig ist aber, ob – wie bei der Steuerhinterziehung durch aktives Tun – Vollendungs- und Beendigungszeitpunkt zusammenfallen oder ob sich bei der Steuerhinterziehung durch Unterlassen an die Vollendung noch eine Beendigungsphase anschließt (s. unten I.). Weiterhin ist umstritten, ob für den Verjährungsbeginn auf den (allgemeinen) Abschluss der Veranlagungsarbeiten oder auf eine möglichst frühe hypothetisch erfolgte Festsetzung unter Berücksichtigung von *in dubio pro reo* abzustellen ist (II.), wobei unter den Vertretern der letzten Ansicht sodann Uneinigkeit hinsichtlich der genauen Bestimmung dieses Zeitpunkts besteht (dazu III. sowie IV.).

I. Verjährungsbeginn nach Ablauf einer Beendigungsphase?

Zunächst scheint es naheliegend, dass auch bei der Steuerhinterziehung durch Unterlassen Vollendungs- und Beendigungszeitpunkt zusammenfallen. Nach dem Beschluss des BGH v. 07.11.2001[13] schließt sich an die Vollendung der Steuerhinterziehung durch Unterlassen jedoch eine Beendigungsphase an.

Nach ständiger Rechtsprechung[14] sei eine Steuerhinterziehung durch Unterlassen bei Festsetzungssteuern dann *vollendet,* wenn das zuständige Finanzamt die Veranlagungsarbeiten in dem betreffenden Bezirk für den maßgeblichen Zeitraum allgemein[15] abgeschlossen habe. Bis dahin liege nur eine versuchte Steuerhinterziehung vor. Auch die für den Zeitpunkt des Verjährungsbeginns maßgebliche *Beendigung* der Unterlassungstat sei damit erst mit Abschluss der allgemeinen Veranlagungsarbeiten gegeben. Allerdings falle die Tatvollendung nicht ohne Weiteres mit der Tatbeendigung zusammen.[16] Für die Beendigung komme es nämlich nicht auf den Zeitpunkt an, zu dem die Steuern festgesetzt worden wären, wenn der Steuerpflichtige eine Steuererklärung abgegeben hätte, weil ein dauerhafter Erfolg zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht eingetreten sei. Solange die Veranlagungsarbeiten noch im Gange seien, bestehe stets die Möglichkeit einer Veranlagung durch Schätzungsbescheid. Tatbeendigung sei damit erst dann gegeben, wenn ein Steuerbescheid ergangen sei oder wenn feststehe, dass ein solcher nicht mehr ergehen werde, da ein dauerhafter Taterfolg zu einem früheren Zeitpunkt gar nicht möglich sei. Im Übrigen bestehe die Pflicht zur Abgabe einer Steuererklärung auch nach Vollendung der Tat uneingeschränkt bis zum Eintritt der Festsetzungsverjährung fort.

An den Ausführungen des BGH scheint zunächst befremdlich, dass er sowohl den Zeitpunkt der Vollendung als auch den der Beendigung mit dem Abschluss der Veranlagungsarbeiten im betreffenden Bezirk definiert, gleichzeitig aber feststellt, dass Beendigung und Vollendung nicht notwendig zusammenfielen. Zu erklären ist dies wohl damit, dass sich die vom BGH in seiner Entscheidung zitierte Rechtsprechung zum Zeitpunkt der Vollendung auf die Abgrenzung von Versuch und Vollendung bezieht – und insofern *in dubio pro reo* auf einen möglichst späten Zeitpunkt abstellt. Seine Äußerungen sind so zu verstehen, dass – selbst wenn Vollendung (hypothetischer Erlass eines Steuerbescheids) zu einem früheren Zeitpunkt angenommen würde – der Zeitpunkt der Beendigung und damit der Verjährungsbeginn davon unabhängig festgestellt werden müsse und erst dann eintrete, wenn entweder ein Steuerbescheid *tatsächlich* ergangen sei oder wenn feststehe, dass ein solcher Bescheid nicht mehr ergehe.

Doch selbst wenn man dieses Verständnis zugrunde legt, überzeugt die Ansicht des BGH nicht. Denn bei der Steuerhinterziehung gibt es typischerweise keine Beendigungs*phase* zwischen Vollendung und Beendigung.[17] Nach der wohl h.A. ist unter Beendigung der Eintritt der Rechtsgutsverletzung im tatsächlich vom Täter gewollten Umfang zu verstehen – und damit der Zeitpunkt, in dem das Tatunrecht seinen tatsächlichen Abschluss gefunden hat.[18] Eine Beendigungsphase tritt nach der Beendigungslehre in diversen Fallgruppen auf,[19] zu denen u.a. auch Delikte mit vorverlegtem Vollendungszeitpunkt zählen.

Eine Nachphase ließe sich danach bei der Steuerhinterziehung annehmen, wenn man für die Beendigung auf die endgültige Verkürzung des Steueraufkommens abstellt.[20] Dies hätte allerdings zur Konsequenz, dass die Steuerhinterziehung erst mit Ablauf der Festsetzungsverjährungsfrist beendet wäre, da erst zu diesem Zeitpunkt der Steueranspruch erlischt (§ 47 AO). Gem. § 171 VII AO ist der Ablauf der steuerlichen Festsetzungsverjährung aber bis zum Ende der strafrechtlichen Verfolgungsverjährungsfrist gehemmt. Da diese wiederum ohne endgültige Verkürzung des Steueraufkommens nicht begönne, fände bei einer solchen Konstruktion weder der Fristlauf der Strafverfolgungsverjährung noch der steuerlichen Festsetzungsverjährung je ein Ende – ein verjährungsrechtliches *„perpetuum mobile“*.[21]

Daher stellt wohl auch der BGH – trotz seiner Annahme des Fortbestehens der Steuererklärungspflicht – darauf ab, dass die Steuerhinterziehung dann beendet ist, wenn ein Steuerbescheid ergangen ist oder wenn feststeht, dass ein solcher nicht mehr ergeht.[22] Der BGH begründet das Bestehen einer Beendigungsphase mit der Möglichkeit des Finanzamtes zur Veranlagung durch Schätzungsbescheid.[23] Doch auch diese Begründung überzeugt nicht. Zunächst waren in der entschiedenen Konstellation die Steuerpflichtigen dem Finanzamt un-

---

[10] Vgl. erstens BGH, wistra 2002, 64 ff.; zweitens OLG Hamm, wistra 2001, 474 ff.; drittens OLG München, wistra 2002, 34 ff.

[11] Übersicht bei *Schmitz*, wistra 1993, 248 ff.

[12] BGHSt 38, 165, 170; BGH, wistra 1991, 215, 216; 1992, 93, 94; *Joecks*, in: Franzen/Gast/Joecks, SteuerStrR[6], 2005, § 376 Rn. 27 m.w.N.

[13] BGH, wistra, 2002, 64 ff. – zur Vermögensteuer.

[14] BGHSt 30, 122, 123; 36, 105, 111; 37, 340, 344; BGH, wistra 1999, 385, 386.

[15] Dazu näher unter II.

[16] BGH, wistra 2002, 64, 67.

[17] So zutreffend *Wulf*, wistra 2003, 89, 90 f.; dem folgend: *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 78a Rn. 8.

[18] BGHSt 24, 218, 220; 27, 342; 28, 379; *Eser*, in: S/S (Fn. 2), Vorbem. § 22 Rn. 4 m.w.N.

[19] S. *Jescheck/Weigend*, StrafR AT[5], 1996, S. 517; **krit**. *Lackner/Kühl* (Fn. 2), Vor § 22 Rn. 2 m.w.N.; *Schmitz*, Unrecht und Zeit, 2001, S. 213 ff.

[20] *Wulf*, wistra 2003, 89, 91.

[21] So *Wulf*, wistra 2003, 89, 91.

[22] BGH, wistra 2002, 64, 67; dazu *Schmitz*, in: FS Kohlmann, 2003, S. 517, 521 f.

[23] Zustimmend *Rolletschke*, in: Rolletschke/Kemper, Steuerverfehlungen, 2007, § 370 AO Rn. 63.

bekannt, weswegen auch eine Schätzung mangels Schätzungsgrundlage nicht in Frage gekommen wäre.[24]

Des Weiteren überzeugt die Annahme des BGH, der Abschluss der allgemeinen Veranlagungsarbeiten entspreche dem Zeitpunkt, in dem feststehe, dass kein Schätzungsbescheid mehr ergehe, nicht. Dies gilt umso mehr angesichts der im Fall der Steuerhinterziehung verlängerten Festsetzungsfrist von zehn Jahren.[25] Sinn dieser Frist – die deutlich weiter reicht als die Veranlagungsarbeiten – ist schließlich, noch eine Steuerfestsetzung zu ermöglichen, die auch in Form der Schätzung erfolgen kann. Hinzu kommt, dass konsequenterweise der Zeitpunkt, in dem feststeht, dass keine Festsetzung mehr erfolgt, erst mit Verjährung gegeben wäre, was wiederum wegen § 171 VII AO zu einer Endlosverjährung führen würde.[26]

Gegen den BGH spricht schließlich, dass sein Beschluss von seiner eigenen Rechtsprechung[27] zur Umsatzsteuerhinterziehung abweicht, wonach im Zeitpunkt der Vollendung auch Beendigung eintritt.[28] Obwohl es sich bei der Umsatzsteuer um eine Anmeldungssteuer handelt, ist nicht ersichtlich, warum bei Anmeldungssteuern für den Verjährungsbeginn bei der Steuerhinterziehung durch Unterlassen i.S.v. § 370 I Nr. 2 AO etwas anderes gelten soll als bei Festsetzungssteuern; denn auch hier verbleibt dem Finanzamt die Möglichkeit der Schätzung (§ 162 AO).

Die Ansicht des BGH, für Festsetzungssteuern gebe es noch eine „Beendigungsphase", ist demnach abzulehnen und mit der überwiegenden Literatur ist anzunehmen, dass auch bei der Steuerhinterziehung durch Unterlassen Vollendungs- und Beendigungszeitpunkt zusammenfallen.[29]

II. Verjährungsbeginn nach Abschluss der Veranlagungsarbeiten?

Umstritten ist aber auch, ob der Verjährungsbeginn auf den (allgemeinen) Abschluss der Veranlagungsarbeiten oder eine im konkreten Fall möglichst frühe hypothetische Festsetzung unter Berücksichtigung von *in dubio pro reo* fällt.

Das *OLG München* stellt in seinem Beschluss v. 01.10.2001[30] auf den Zeitpunkt ab, in dem das zuständige Finanzamt die Veranlagungsarbeiten für den betreffenden Besteuerungszeitraum abgeschlossen hat und somit den Steuerpflichtigen bei pflichtgemäßer Abgabe der Steuererklärung veranlagt hätte. Bei der Steuerhinterziehung gem. § 370 I Nr. 2 AO handele es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt,[31] bei dem die Verjährung erst beginne, sobald die Pflicht zum Handeln (z.B. durch Nachholen der versäumten Erklärung, Schätzung durch das Finanzamt oder Einleitung eines Steuerstrafverfahrens) erlösche. Weiter sei sie ein Erfolgsdelikt, weshalb Beendigung erst mit Eintritt des tatbestandlichen Erfolges vorliege. Beendigung und Vollendung fielen demnach hier zusammen, daher seien die entwickelten Grundsätze zur Vollendung auf die Beendigung zu übertragen. Vollendung sei anerkanntermaßen im Abschluss der Veranlagungsarbeiten zu sehen, eine Vorverlagerung komme auf der Grundlage von *in dubio pro reo* nicht in Betracht. Der Zeitpunkt des Abschlusses der Veranlagungsarbeiten sei einer Verfügung der OFD München zu entnehmen.

Auch dieses Urteil ist auf deutliche Kritik gestoßen,[32] u.a. wegen der Klassifizierung der Steuerhinterziehung durch Unterlassen gem. § 370 I Nr. 2 AO als echtes Unterlassungsdelikt. Folgt man der wohl herrschenden materiellen Unterscheidungslehre zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten,[33] so muss die Steuerhinterziehung als ein unechtes Unterlassungsdelikt eingeordnet werden, weil sie einen Erfolg voraussetzt.[34] Wie das OLG richtig feststellt, wäre ein echtes Unterlassungsdelikt erst mit Wegfall der Handlungspflicht – hier der Pflicht zur Abgabe einer Steuererklärung (§ 149 II AO) – beendet. Da diese Pflicht gem. § 149 I 4 AO selbst nach einer Steuerschätzung bestehen bleibt, hätte auch dies i.V.m. § 171 VII AO eine nie endende bzw. beginnende Strafverfolgungs- und steuerliche Festsetzungsfrist zur Folge.[35]

Im Gegensatz zum OLG München stellen die *überwiegende Rechtsprechung* und Teile der Literatur[36] bei der Bestimmung des Vollendungszeitpunkts der Steuerhinterziehung auf den Abschluss der „*allgemeinen*"[37] oder der „*wesentlichen*"[38] Veranlagungsarbeiten ab; teilweise wird auch auf den Abschluss „*im Großen und Ganzen*"[39] Bezug genommen. Dieser Zeitpunkt soll – mit Unterschieden im Einzelnen – dann erreicht sein, wenn zwischen 90% und 100%[40] der Steuerpflichtigen veranlagt worden sind. Aber nicht nur der Prozentsatz, auch sein Bezugspunkt wird uneinheitlich beurteilt. Teils wird auf den konkreten Veranlagungsplatz des Finanzamtes,[41] teils auf das gesamte zuständige Finanzamt,[42] teils

---

[24] S. *Joecks*, F/G/J (Fn. 12), § 376 Rn. 29c; *Wulf*, wistra 2003, 89, 91; *Schmitz* (Fn. 22), S. 517, 522 f.; zur umstrittenen Frage, ob bei bekannten Steuerpflichtigen die Steuerschätzungsmöglichkeit der Behörde eine Vollendung der Steuerhinterziehung ausschließt, s. *Wulf*, Handeln und Unterlassen im Steuerstrafrecht, 2001, S. 143 ff.; *Dörn*, NStZ 2002, 189 m.w.N.

[25] So *Grötsch*, in: Wannemacher, SteuerStrR[5], 2004, Rn. 821.

[26] *Grötsch*, in: Wannemacher (Fn. 25), Rn. 822.

[27] BGH, wistra 1989, 188; 1991, 215, 216; 1991, 216, 217; 1991, 222, 223; 1992, 93, 94.

[28] *Wulf*, wistra 2003, 89, 91; *Schmitz* (Fn. 22), S. 517, 524.

[29] S. *Joecks*, in: F/G/J (Fn. 12), § 376 Rn. 27; *Grötsch*, in: Wannemacher (Fn. 25), Rn. 819; *Kohlmann*, SteuerStrR, 2006, § 376 Rn. 43 ff; *Rolletschke*, in: Rolletschke/Kemper (Fn. 23), § 376 AO Rn. 25; *Scheurmann-Kettner*, in: Koch/Scholtz (Hrsg.), Abgabenordnung[5], 1996, § 376 Rn. 6f.; *Hübner*, in: H/H/Sp (Fn. 8), § 376 Rn. 26; *Patzelt*, Ungerechtfertigte Steuervorteile und Verlustabzug im Steuerstrafrecht, 1990, S. 135 ff.; *Schmitz*, wistra 1993, 248, 251 f.

[30] OLG München, wistra 2002, 34 ff.

[31] Das OLG verweist hier auf *Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 370 Rn. 21, der allerdings zumindest seit der Ergänzungslieferung v. Juni 2004 von einem unechten Unterlassungsdelikt ausgeht.

[32] Vgl. *Wulf*, wistra 2003, 89 f.; *Burkhard*, DStZ 2004, 443, 445.

[33] BGHSt 14, 280, 281; *Rudolphi*, in: SK (Fn. 2), Vor § 13 Rn. 8 f. m.w.N. auch zur **a.A.**; ausführlich zur Steuerhinterziehung *Schmitz*, wistra 1993, 248, 249.

[34] So auch BGH, wistra 1984, 142; BGHSt 41, 1, 3; *Senge*, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 31), § 370 Rn. 21 m.w.N.; **a.A.** *Kohlmann* (Fn. 29), § 370 Rn. 272 m.w.N. zur geteilten Rechtsprechung; *Lütt*, Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung, 1988, S. 60.

[35] So auch die Kritik von *Schmitz*, wistra 1993, 248.

[36] *Simon/Vogelberg*, SteuerStrR[2], 2007, S. 100; *Gast-de Haan*, in: Klein (Fn. 9), § 370 Rn. 80; *Rolletschke*, in: Rolletschke/Kemper (Fn. 23), § 370 AO Rn. 63; *Joecks*, in: F/G/J (Fn. 12), § 376 Rn. 29c für den „unbekannten" Steuerpflichtigen; *Kummer*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Steuerstrafrechts[3], 2007, § 18 Rn. 50.

[37] BGH, NJW 1991, 2844, 2846; BGH, wistra 2002, 64, 66.

[38] BGH, wistra 1999, 385, 386; 2001, 194; OLG Hamm, wistra 2001, 474, 476.

[39] So OLG Karlsruhe, MDR 1976, 1042, 1043; *Samson*, in: Franzen/Gast/Samson[3], 1985, § 376 Rn. 24.

[40] Nach BGH, wistra 2002, 64, 67 sollen 94,34 % nicht ausreichend gewesen sein; das OLG Düsseldorf, wistra 1987, 354 lehnte eine Verurteilung wegen vollendeter Tat ab, da im Bezirk des zuständigen Finanzamtes die Veranlagungsarbeiten noch nicht gänzlich abgeschlossen waren.

[41] BGH, NJW 1991, 2844, 2846; OLG Karlsruhe, MDR 1976, 1041, 1042; BayObLG, wistra 1990, 159, 160; OLG Düsseldorf, Stbg 1991, 521.

[42] OLG Hamburg, NJW 1966, 843, 844 f.; wistra 1993, 274, mit Anmerkung *Dörn*, wistra 1993, 241; so auch *Joecks*, in: F/G/J (Fn. 12), § 376 Rn. 27.

auf das ganze Bundesland[43] bzw. auf einen Zeitpunkt abgestellt, den die Oberfinanzdirektion durch Verfügung als allgemeinen Veranlagungsschluss festsetzt (OFD-Zeitpunkt). Nach *Dörn*[44] handelt es sich hierbei um eine Festlegung für das örtliche Rechenzentrum aus EDV-technischen Gründen, um Veranlagungszeiträume abzuschließen und neue Rechnerkapazitäten zu schaffen. Nicht abgeschlossene Fälle würden in „Altfall-Listen" übernommen.[45] Diese Bestimmung des Vollendungszeitpunkts wird sodann auch für den Beendigungszeitpunkt und damit den Verjährungsbeginn übernommen.[46] Eine so unterschiedliche, teils rein EDV-technisch motivierte Bestimmung des Zeitpunkts einer für die Strafbarkeit so zentralen Frage wie der des Vollendungszeitpunktes erscheint jedoch eher willkürlich und kann auch für die Frage der Beendigung nicht überzeugen.[47] Gegen ein Abstellen auf den Abschluss der allgemeinen Veranlagungsarbeiten spricht schließlich, dass es z.B. bei der Erb- und Schenkungsteuer einen solchen Zeitpunkt nicht gibt, weshalb auch hier die Gefahr der Endlosverjährung besteht.[48]

Das OLG München wie die geschilderte wohl h.M. verkennen ferner die Bedeutung des Grundsatzes *in dubio pro reo*. Beide Ansichten setzen nämlich – mit Unterschieden im Einzelnen – den Vollendungszeitpunkt mit dem Abschluss der Veranlagungsarbeiten gleich.[49] Nun ist bei der Abgrenzung von Versuch und Vollendung zwar anerkannt, dass Letztere *in dubio pro reo* erst mit dem Ende der Veranlagungsarbeiten eintritt, um dem Steuerpflichtigen möglichst lange die Möglichkeit des strafbefreienden Rücktritts (§ 24 StGB) bzw. die fakultative Strafmilderung nach §§ 22, 23 II StGB offen zu halten.[50] Dies besagt allerdings nichts über die Auswirkungen des Zweifelssatzes auf den Verjährungsbeginn. Zwar mag erst mit Abschluss der Veranlagungsarbeiten feststehen, wann der Steuerpflichtige *spätestens* veranlagt worden wäre. Allerdings lässt dies keinen Rückschluss darauf zu, ob dies nicht ggf. deutlich *früher* geschehen wäre.[51] Auch in dieser Konstellation verbleiben tatsächliche Zweifel, wann der Steuerpflichtige veranlagt worden wäre – ob als Erster oder eventuell als Letzter des Veranlagungszeitraums. Diese Zweifel müssen sich aber zu seinen Gunsten auswirken, um nicht in eine Rechtsanwendung *in dubio contra reum* umzuschlagen.

Daher ist für die hypothetische Veranlagung im Rahmen der Frage der Verjährung ein möglichst früher Zeitpunkt anzunehmen.[52]

III. Verjährungsbeginn unter Berücksichtigung von *in dubio pro reo*

Doch auch unter Vertretern der Ansicht, die den Verjährungsbeginn *in dubio pro reo* zum möglichst frühen Zeitpunkt annimmt, bestehen noch erhebliche Abweichungen bei der Bestimmung des konkreten Verjährungsfristbeginns.[53] Ursache hierfür ist die Möglichkeit der Finanzämter, den gesetzlich geregelten Fälligkeitstermin der Steuererklärungen (fünf Monate nach Ablauf des Veranlagungszeitraums, § 149 II AO) nach § 109 AO zu verlängern, und die Frage, welche Auswirkung diese Fristverlängerung auf die strafrechtliche Verfolgungsverjährung hat. Regelmäßig ergeht nämlich zu Beginn des Kalenderjahres ein gleich lautender Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder[54] mit allgemeinen Anweisungen an die Finanzämter für die Handhabung der Steuererklärungsfristen für das soeben abgelaufene Kalenderjahr (VZ01). Für Einkommen-, Körperschaft-, Gewerbe- und Umsatzsteuer sieht dieser Erlass vor, die Abgabefrist allgemein bis zum 31.12.VZ02[55] zu verlängern, dem Wortlaut zufolge allerdings nur für Steuerpflichtige, deren Erklärung durch Angehörige der steuerberatenden Berufe (§§ 3 und 4 StBerG)[56] angefertigt wird.[57] Bei begründeten Einzelanträgen kann nach dem Erlass die Steuererklärungsfrist bis zum 28.02.VZ03 ausgedehnt werden. Allerdings wird den Finanzämtern vorbehalten, Erklärungen mit angemessener Frist auch schon für einen Zeitpunkt vor Ablauf der allgemein verlängerten Frist anzufordern.[58]

Für die Frage, welchen Einfluss dieser Erlass auf den Beginn der Verfolgungsverjährung hat, werden im Wesentlichen drei Auffassungen vertreten. Nach einer ersten Ansicht (1.) ist im Zweifel auf eine potentielle Veranlagung im frühestmöglichen Zeitpunkt und den darauf ergehenden Steuerbescheid abzustellen, also auf den Anfang des Folgejahres (VZ02).[59] Eine zweite Ansicht (2.) will zwischen beratenen und nicht beratenen Steuerpflichtigen unterscheiden: Für Erstere sei die gesetzliche Frist bis zum 31.05.VZ02 maßgeblich, für Letztere die allgemein verlängerte bis zum 31.12.VZ02.[60] Eine dritte Ansicht (3.) schließlich geht für beratene wie unberatene Steuerpflichtige vom 31.12.VZ02 aus.[61] Sofern das Finanzamt eine abweichende Frist bestimmt, ist nach den beiden letztgenannten Ansichten ihr Ablauf für den Beginn der Verfolgungsverjährung maßgeblich.[62]

1. Anfang des Folgejahres (VZ02)

Nach der ersten Ansicht ist Verjährungsbeginn Anfang des Folgejahres VZ02. Im Zweifel gelte es, den frühestmöglichen

---

43 OLG Hamm, FR 1963, 301.

44 *Dörn*, Steuerhinterziehung durch Unterlassen?, 2001, S. 35 f.

45 Ausführlich zum „allgemeinen" Veranlagungsabschluss *Dörn* (Fn. 44), S. 33 ff.; *ders.*, wistra 1993, 241 ff.; *Schmitz* (Fn. 22), S. 517, 519; **krit**. zum OFD-Zeitpunkt *Joecks*, in: F/G/J (Fn. 12), § 370 Rn. 37a.

46 *Simon/Vogelberg* (Fn. 36), S. 101; *Spörlein/Dörn*, Steuerstrafrecht von A bis Z, 1994, Verfolgungsverjährung Rn. 15 f.; *Rolletschke*, in: Rolletschke/Kemper (Fn. 23), § 376 AO Rn. 25.

47 Vgl. *Dörn*, wistra 1993, 241 m. Fn. 3; *Joecks*, in: F/G/J (Fn. 12), 376 Rn. 29.

48 *Grötsch*, in: Wannemacher (Fn. 25), Rn. 823.

49 S. *Wulf*, wistra 2003, 89.

50 BGH, wistra 1999, 385, 386; BayObLG, wistra 2001, 194; OLG Hamm, wistra 2001, 474, 476 m.w.N.; *Joecks*, Praxis des Steuerstrafrechts, 1998, S. 55; *J. Müller*, SteuerStud 2003, 371, 378.

51 So aber der BGH, wistra 2002, 64, 67; dem zustimmend *Joecks*, in: F/G/J (Fn. 12), § 376 Rn. 29b.

52 So auch OLG Hamm, wistra 2001, 474, 476; *Kohlmann* (Fn. 29), § 376 Rn. 43 ff; *Grötsch*, in: Wannemacher (Fn. 25), Rn. 824; *Dallmeyer*, in: Beck'scher Online Kommentar StGB, 2007, § 78a Rn. 7; *Schmitz*, wistra 1993, 248, 251; *ders*. (Fn. 22), S. 517, 530 f.; *Wulf* (Fn. 24), S. 174; *ders.*, wistra 2003, 89 f.; *J. Müller*, SteuerStud 2003, 371, 379; *ders.*, wistra 2004, 11, 14; **a.A.** *Dörn*, DStZ 2002, 219, 221, der nur, wenn der „allgemeine" Abschluss der Veranlagungsarbeiten nicht genau festgestellt werden kann, *in dubio* auf einen früheren Zeitpunkt abstellen will.

53 Übersicht bei *Rolletschke*, in: Rolletschke/Kemper (Fn. 23), § 370 AO Rn. 63.

54 Für das Kalenderjahr 2006 BStBl. I 2007, 89.

55 Ältere Erlasse bis zum Veranlagungszeitraum 2004 (BStBl. I 2005, 389) sahen regelmäßig eine Verlängerung bis zum 30.09.VZ02 vor, hierauf beziehen sich auch die Aussagen in der vorliegenden Literatur.

56 Im Folgenden der Einfachheit halber Steuerberater.

57 Für Steuerpflichtige, die den Gewinn aus Land- und Forstwirtschaft nach einem vom Kalenderjahr abweichenden Wirtschaftsjahr ermitteln, tritt an die Stelle des 31.12.VZ02 der 31.03.VZ03.

58 S. auch *Heuermann*, in: H/H/Sp (Fn. 8), § 149 Rn. 24.

59 *Burkhard*, DStZ 2004, 443, 445.

60 *Grötsch*, in: Wannemacher (Fn. 25), Rn. 825; *v. Briel/Ehlscheid*, SteuerStrR^2, 2001, § 1 Rn. 78.

61 *Schmitz*, wistra 1993, 248, 251 f.; *ders.* (Fn. 22), S. 517, 531 ff.; *Buse*, wistra 1997, 173, 174; *Wulf*, wistra 2003, 89, 90.

62 Vgl. nur *Schmitz*, wistra 1993, 248, 251.

Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem der Steuerpflichtige seine Steuererklärung abgegeben haben könnte. Dies sei aber weder der 31.05.VZ02 noch der 31.12.VZ02, sondern – geht man davon aus, dass der Steuerpflichtige schon während des Veranlagungszeitraums seine steuerlichen Angaben permanent bucht – der 01.01.VZ02. Denn dass er seine Steuererklärung spätestens bis zum 31.05.VZ02 oder 31.12.VZ02 abgegeben haben müsse, bedeute nicht, dass er sie nicht bereits früher habe einreichen können. Sodann sei davon auszugehen, dass die Steuererklärung kurzfristig bearbeitet und der Steuerbescheid versandt werde. Der Verjährungsbeginn sei an die fiktive Bekanntgabe dieses Bescheides zu knüpfen.[63]

2. Ablauf der Erklärungsfrist zum 31.05.VZ02 bzw. zum 31.12.VZ02

Ansicht (2) differenziert für den Beginn der Verfolgungsverjährung danach, ob die Erklärung für den Steuerpflichtigen durch einen Steuerberater angefertigt wird oder nicht. Ausgangspunkt für den Zeitpunkt der Beendigung der Steuerhinterziehung sei die in § 149 II AO gesetzlich vorgeschriebene Erklärungsfrist von fünf Monaten, sofern sich keine Besonderheiten aus den einzelnen Steuergesetzen ergäben. Nur wenn der Steuerpflichtige tatsächlich durch einen Angehörigen der steuerberatenden Berufe beraten werde, sei hiervon eine Ausnahme zu machen. Denn nach dem Zweifelssatz sei im Rahmen der Strafverfolgungsverjährung auf den dem Beschuldigten günstigsten Zeitraum abzustellen; insofern sei der 31.05.VZ02 dem 31.12.VZ02 vorzuziehen.[64] Nach dem Wortlaut des gleich lautenden Erlasses solle die Fristverlängerung nämlich einzig demjenigen zugute kommen, dessen Erklärung tatsächlich vom Steuerberater angefertigt werde.[65]

3. Ablauf der Erklärungsfrist einheitlich am 31.12.VZ02

Die dritte Ansicht hält *in dubio pro reo* für alle Steuerpflichtigen, ob beraten oder nicht, den 31.12.VZ02 für den maßgeblichen Zeitpunkt. Dem Finanzamt sei regelmäßig nicht bekannt, ob ein Steuerpflichtiger steuerlich beraten ist. Entsprechend habe es die Wahl, bis zum 31.12.VZ02 abzuwarten oder den Erklärungspflichtigen unter Setzung einer angemessenen Frist zur Abgabe einer Steuererklärung aufzufordern.[66] Außerdem setze die Vollendung der Steuerhinterziehung auch immer ihren Versuch voraus. Der Versuchsbeginn wiederum hänge davon ab, wann der Steuerpflichtige seine Erklärung hätte abgeben müssen, also sie pflichtwidrig nicht abgegeben hat.[67] Ihm stünden aber grundsätzlich zwei gleichwertige Möglichkeiten zur Verfügung, seiner Verpflichtung nachzukommen: zum einen bis zum 31.05.VZ02 eine selbsterstellte, zum anderen bis zum 31.12.VZ02 eine vom Berater angefertigte Steuererklärung abzugeben. Komme er der ersten nicht nach, so habe er immer noch die zweite Möglichkeit. Selbst wenn er zum 31.12.VZ02 nur eine selbstgefertigte Steuererklärung abgäbe, verhalte er sich nicht pflichtwidrig i.S.v. § 370 I Nr. 2 AO, denn diese Vorschrift schütze als Gebotsnorm nicht die Abgabe einer Steuererklärung über einen Steuerberater, sondern die vollständige und rechtzeitige Steuerfestsetzung. Dem Gebot der Vollständigkeit könne aber auch eine selbsterstellte Steuererklärung genügen. Gleiches gelte für die Rechtzeitigkeit, da der Steuerpflichtige nach dem Erlass ohnehin nur gehalten sei, bis zum 31.12.VZ02 seine Steuererklärung einzureichen.[68]

4. Stellungnahme und Zwischenergebnis

Die erstgenannte Ansicht (1.) erfasst zutreffend, wann der Steuerpflichtige bei Abgabe einer Steuererklärung frühestens veranlagt worden wäre.[69] Allerdings übersieht sie, dass der Tatbestand des § 370 I Nr. 2 AO voraussetzt, dass die Steuerbehörde *pflichtwidrig* in Unkenntnis gelassen wird.[70] Eine solche Pflichtwidrigkeit setzt aber die Pflicht zur Abgabe einer Steuererklärung voraus und diese wiederum besteht erst mit Ablauf der Erklärungsfrist. Hierfür entscheidend ist nämlich nicht, wann der Steuerpflichtige seine Steuererklärung hätte abgeben *können*, sondern wann er sie hätte abgeben *müssen*.[71]

Es bleibt aber zu klären, ob zwischen beratenem und nicht beratenem Steuerpflichtigen zu unterscheiden ist. Auch diese Differenzierung ist auf den ersten Blick plausibel. Dem klaren Wortlaut des gleich lautenden Erlasses der obersten Finanzbehörden entspricht es, dass nur beratene Steuerpflichtige in den Genuss der Fristverlängerung kommen. Dies soll eine laufende Bearbeitung, eine gleich bleibende Arbeitsbelastung für Finanzämter und Steuerberater sowie ein gleichmäßiges Steueraufkommen sicherstellen.[72] Die Fristverlängerung steht im Ermessen der Finanzbehörde (§ 109 I AO), gem. § 120 AO kann sie daran grundsätzlich Nebenbestimmungen knüpfen – wie eben die, dass die Erklärung von Steuerberatern angefertigt wird. Es stellt sich also die Frage nach der rechtlichen Bedeutung der gleich lautenden Erlasse und der erfolgenden Fristverlängerung.

Bei den gleich lautenden Erlassen handelt es sich um ministerielle Verwaltungsvorschriften; sie haben grundsätzlich nur Innenwirkung.[73] Die Fristverlängerung erfolgt nicht durch die Verwaltungsanweisung selbst, sondern durch Verwaltungsakt i.S.d. § 118 AO der zuständigen Finanzämter (vgl. § 17 FVG i.V.m. §§ 16, 17 AO).[74] Allerdings bindet der gleich lautende Erlass die Finanzämter in ihrem Ermessen.[75] Problematisch

---

[63] *Burkhard*, DStZ 2004, 443, 445.

[64] *J. Müller*, SteuerStud 2003, 371, 378.

[65] *Kohlmann* (Fn. 29), § 376 Rn. 43.1; *Grötsch*, in: Wannemacher (Fn. 25), Rn. 825; *Lohr*, in: Volk (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 29 Rn. 692; *Riehl*, wistra 1996, 130, 131 f.; *Joecks* (Fn. 50), S. 55 f.; *Simon/Vogelberg*, SteuerStrR[1], 2000, S. 92 f.; für den Zeitpunkt des Versuchbeginns mit dieser Differenzierung *Rolletschke*, in: Rolletschke/Kemper (Fn. 23), § 376 AO Rn. 22.

[66] OLG Hamm, wistra 2001, 474, 476; *Schmitz*, wistra 1993, 248, 251.

[67] BGH, wistra 1987, 354; *Rolletschke,* in: Rolletschke/Kemper (Fn. 23), § 370 AO Rn. 154 m.w.N.

[68] OLG Hamm, wistra 2001, 474, 476; *Schmitz*, wistra 1993, 248, 252 f.; *ders*. (Fn. 22), S. 517, 528; *Buse*, wistra 1997, 173, 174.

[69] Unterstellt, z.B. aufgrund von Aufgabe der Berufstätigkeit und keinen weiteren Einkünften sei nicht bereits vorher eine Steuererklärung abgegeben worden.

[70] *Schmitz*, wistra 1993, 248, 253; *ders*. (Fn. 22), S. 517, 530, der allerdings für die von ihm abgelehnte Meinung irrig auf *Wulf*, wistra 2003, 89 ff. verweist; vgl. *Wulf*, wistra 2003, 89, 90.

[71] So ausführlich – zum Verhältnis Versuch/Vollendung – *Schmitz*, wistra 1993, 248, 251 ff.; *ders*. (Fn. 22), S. 517, 530.

[72] Vgl. BFH, BStBl. II 2000, 514, 518; 2006, 399, 400; *Heuermann*, in: H/H/Sp (Fn. 8), § 149 Rn. 24.

[73] *Kruse/Drüen*, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, 2006, § 4 Rn. 80; *Schwarz*, in: Schwarz (Hrsg.), Abgabenordnung, § 4 Rn. 35 f.

[74] BFH, BStBl. II 2001, 618, 619; *Tipke*, in: Tipke/Kruse (Fn. 73), § 109 Rn. 4 m.w.N.

[75] *Heuermann*, in: H/H/Sp (Fn. 8), § 149 Rn. 24 m.w.N.; *Dumke*, in: Schwarz (Fn. 73), § 149 Rn. 20 spricht in diesem Zusammenhang von einer „faktischen Fristverlängerung".

ist, dass diese den betroffenen Steuerpflichtigen keine schriftlichen Verwaltungsakte über die Fristverlängerung bekannt geben.[76] In Frage kommt jedoch ein – zulässiger[77] – Verwaltungsakt durch Unterlassen.[78] Denn die Fristverlängerung ist von Amts wegen zu gewähren,[79] es besteht keine Antragspflicht,[80] und sie ist grundsätzlich formfrei möglich (vgl. § 109 II AO),[81] auf eine Bekanntgabe kann verzichtet werden.[82] Hierfür spricht, dass die für die Steuerpflichtigen praktisch bedeutsame, angeordnete Fristverlängerung allgemein bekannt ist[83] und es im Massenverfahren der Steuerverwaltung zu arbeitsaufwändig und unverhältnismäßig kostenträchtig wäre, jedem einzelnen Steuerpflichtigen für jede betroffene Steuerart die gewährte Fristverlängerung bekannt zu geben, zumal dies als bloße Formalie erschiene.

Fraglich ist aber, wie die Beschränkung der Fristverlängerung auf beratene Steuerpflichtige zu werten ist, ob als Bedingung (§ 120 II Nr. 2 AO), als Widerrufsvorbehalt (§ 120 II Nr. 3 AO) oder als Auflage (§ 120 II Nr. 4 AO). Davon hängt ab, von welchem Zeitpunkt an die Nebenbestimmung ihre Wirkung entfaltet. Bei der Abgrenzung von Bedingung und Auflage ist grundsätzlich auf den Willen der Verwaltung abzustellen.[84] Soll die Wirksamkeit des erlassenen Verwaltungsaktes von der Beachtung der Nebenbestimmung abhängen, so ist davon auszugehen, dass eine Bedingung gewollt ist. Verbleiben Auslegungszweifel, so ist die Auflage als das i.d.R. mildere Mittel anzunehmen, weil die Nichtbefolgung der Bedingung im Gegensatz zur Auflage automatisch zur Unwirksamkeit der Fristverlängerung führt.[85] Dem gleich lautenden Erlass zufolge müssen die Steuererklärungen nicht durch den Steuerberater eingereicht, sondern nur von ihm „angefertigt" werden, um die allgemeine Fristverlängerung auszulösen. Dies allerdings als Bedingung zu verstehen, erscheint fragwürdig, da eine solche von den Finanzbehörden kaum zu überprüfen wäre[86] und damit unklar bliebe, wann die Erklärungsfrist tatsächlich im Einzelfall abläuft. Denn im Gegensatz zur Auflage führt die Bedingung bei Nicht-Befolgung automatisch zur Unwirksamkeit der Hauptregelung (der Fristverlängerung). Soll die allgemeine Fristverlängerung aber eine laufende Bearbeitung und gleich bleibende Arbeitsbelastung der Finanzämter sicherstellen, so lässt sich daraus, dass ein Steuerpflichtiger seine Steuererklärung unberaten abgibt, nicht *automatisch* darauf schließen, dass dieser Zweck verfehlt wird. Einen solchen Automatismus und damit verbundene schwerwiegende Strafbarkeitsfolgen müsste die Steuerbehörde vielmehr *eindeutig* klarstellen. Daher ist im Zweifel von einer Klassifizierung der Nebenbestimmung als weniger einschneidende Auflage oder als Widerrufsvorbehalt auszugehen.[87] Beide ermöglichen gem. § 131 II Nr. 1, 2 AO einen Widerruf der Fristverlängerung aber nur *für die Zukunft*.

Sofern nicht rechtzeitig vor Ablauf des 31.12.VZ02 eine Aufforderung an den Steuerpflichtigen ergeht, seine Steuererklärung früher abzugeben, ist deshalb davon auszugehen, dass er in den Genuss der Verlängerung der Erklärungsfrist bis zum 31.12.VZ02 kommt – unabhängig davon, ob er bei der Anfertigung der Steuererklärung durch einen Steuerberater unterstützt wird oder nicht.

IV. Hypothetische Bearbeitungszeit und Bekanntgabe

Die Vollendung einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen setzt mit dem Zeitpunkt ein, in dem eine Steuer nicht rechtzeitig festgesetzt wird. Dies geschieht durch Steuerbescheid i.S.d. § 155 I AO, welcher wiederum erst mit Bekanntgabe wirksam wird (§§ 155 I 2, 122 I AO). Für den Verjährungsbeginn im Fall des § 370 I Nr. 2 AO ist somit ausschlaggebend, wann dem Steuerpflichtigen der hypothetische Steuerbescheid bekannt gegeben worden wäre. Aber auch der Zeitpunkt dieser hypothetischen Festsetzung ist umstritten.[88] Zunächst stellt sich die Frage nach der Wirkung der Bekanntgabefiktion gem. § 122 II AO. Weiter ist streitig, welche Zeitspanne für die Bearbeitung der hypothetischen Steuererklärung einzurechnen ist. Hier wird teils eine pauschale minimale Veranlagungszeit von zwei[89] bzw. vier[90] Wochen zugrunde gelegt, teils auf eine minimale theoretische Veranlagungszeit im konkreten Fall[91] abgestellt. Nach Schmitz ist – unter Berücksichtigung der Bekanntgabefiktion – bereits am vierten Tag nach (hypothetischem) Eingang der Steuererklärung eine (hypothetische) Festsetzung denkbar.[92] Dem ist in konsequenter Anwendung von *in dubio pro reo* zu folgen, ist doch kein zwingender Grund für eine pauschale Bearbeitungsfrist ersichtlich.

C. Ergebnis

Im Ergebnis beginnt nach hier vertretener Auffassung die Verfolgungsverjährungsfrist bei einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen regelmäßig mit dem 31.12.VZ02 zuzüglich minimal benötigter Zeit für die Bearbeitung und Bekanntgabe eines zutreffenden Steuerbescheides, also – unter Berücksichtigung von § 122 II AO – am 05.01.VZ03. ■

---

[76] Nach Auskunft der FB Hamburg v. 20.08.2007 hat der Erlass „Außenwirkung", er werde durch Aushang des Erlasses und im BStBl. bekannt gegeben. Ob dies allerdings so überzeugend ist, darf bezweifelt werden, denn selbst ausgehängt entfaltet der Erlass als Verwaltungsvorschrift Innenwirkung, schließlich bleibt Adressat die Behörde.

[77] S. *Tipke*, in: Tipke/Kruse (Fn. 73), § 118 Rn. 12; *Söhn*, in: H/H/Sp (Fn. 8), § 118 Rn. 120; *P. Stelkens/U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG[6], 2001, § 35 Rn. 49, 51; zum Beispiel der Steueranmeldung *Kopp/Ramsauer*, VwVfG[9], 2005, § 35 Rn. 22a.

[78] Vgl. *Buse*, wistra 1997, 173.

[79] *Tipke*, in: Tipke/Kruse (Fn. 73), § 109 Rn. 4; *Schwarz*, in: Schwarz (Fn. 73), § 109 Rn. 11 f.

[80] *Tipke*, in: Tipke/Kruse (Fn. 73), § 109 Rn. 4; *Söhn*, in: H/H/Sp (Fn. 8), § 109 Rn. 16.

[81] *Söhn*, in: H/H/Sp (Fn. 8), § 109 Rn. 19; *Tipke*, in: Tipke/Kruse (Fn. 73), § 109 Rn. 7.

[82] *Brockmeyer*, in: Klein (Fn. 9), § 109 Rn. 1; *Tipke*, in: Tipke/Kruse (Fn. 73), § 122 Rn. 1.

[83] So auch die Auskunft der FB Hamburg v. 20.08.2007.

[84] Statt vieler *Maurer*, VerwR[16], 2006, § 12 Rn. 17.

[85] Vgl. nur *Maurer* (Fn. 84), § 12 Rn. 17.

[86] So *Buse*, wistra 1997, 173, 174.

[87] So auch *Buse*, wistra 1997, 173, 174; nach *Tipke*, in: Tipke/Kruse (Fn. 73), § 149 Rn. 12 kann (im Zusammenhang mit Verspätungszuschlägen) zumindest eine Pflicht zur ausdrücklichen Aufforderung zur Erklärungsabgabe aus vorangegangener Übung der Verwaltung resultieren. Dies muss – *a maiore ad minus* – für eine eventuelle Strafbarkeit der Betroffenen gelten; vgl. auch *Kruse/Drüen*, in: Tipke/Kruse (Fn. 73), § 4 Rn. 139.

[88] Vgl. *Schmitz* (Fn. 22), S. 517, 531.

[89] OLG Hamm, wistra 2001, 474, 476; *Grötsch*, in: Wannemacher[4], 1999, Rn. 598.

[90] *Simon/Vogelberg* (Fn. 55), S. 92 f.; *Eich*, KÖSDI 2001, 13036, 13038.

[91] *Joecks*, in: F/G/J (Fn. 12), § 376 Rn. 28; *Wulf*, wistra 2003, 89, 92; *Grötsch*, in: Wannemacher (Fn. 25), Rn. 825; *Schmitz* (Fn. 22), S. 517, 531 f.

[92] *Schmitz* (Fn. 22), S. 517, 533.

Jan Michael Bosak, Rainer Gallei und Susan Just, Frankfurt am Main*

Die Einziehung verbriefter Forderungen nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz

A. Verbriefungsstruktur

Bei einer Verbriefung (*Asset Backed Securitisation*) veräußert ein finanzierungsbedürftiges Unternehmen (*Originator*) ein Forderungsportfolio an eine in der Regel eigens für die Transaktion gegründete Zweckgesellschaft, die sich durch die Emission von Wertpapieren oder Schuldscheinen, den sogenannten *Asset Backed Securities*, finanziert.

Die Werthaltigkeit der *Asset Backed Securities* ergibt sich primär aus der Ertragskraft des verbrieften Portfolios (samt Sicherheiten) und richtet sich nicht wie bei konventionellen Schuldverschreibungen eines Unternehmens nach der materiellen und personellen Kreditwürdigkeit des Emittenten und seiner Leistungsfähigkeit als Unternehmen insgesamt.

Die Hauptaufgabe der Zweckgesellschaft besteht - neben der Versorgung des *Originators* mit dem Geld der Investoren - in einer zivilrechtlichen und insolvenzrechtlichen Isolierung der verkauften Forderungen. Durch diese Isolierung können die Gläubiger des *Originators* und vor allem ein potentieller Insolvenzverwalter des *Originators* nicht mehr auf das an die Zweckgesellschaft übertragene Portfolio zugreifen. Es steht den Inhabern der *Asset Backed Securities* als Haftungsgrundlage zur Verfügung.

Da alle Gläubiger der Zweckgesellschaft auf eine Klage und die Stellung eines Insolvenzantrags gegen die Zweckgesellschaft verzichten und sich auf eine Befriedigung in Höhe der Vermögenswerte der Zweckgesellschaft in einer vorab vereinbarten Zahlungsreihenfolge (Wasserfall) verständigen, haben die Investoren bei dieser wirtschaftsgütergestützten Finanzierungsform in der Regel ein geringeres Anlagerisiko als sie bei einem Schuldtitel gegen den *Originator* hätten und sind daher mit relativ niedrigen Zinssätzen zufrieden. Dies senkt die Finanzierungskosten des *Originators* im Vergleich zu konventionellen Bankdarlehen erheblich.

Ganz besonders attraktiv sind *Asset Backed Securitisations* für Banken, da verbriefte Kreditforderungen bankaufsichtsrechtlich geringer oder gar nicht mit Eigenkapital unterlegt werden müssen. Die Folge davon ist ein doppelter Liquiditätszuschuss: Wie bei jeder *Asset Backed Securitisation* werden illiquide Aktiva in liquide Mittel umgewandelt. Darüber hinaus wird das aufsichtsrechtliche Eigenkapital frei, das die verbrieften Forderungen vor ihrer Abtretung an die Zweckgesellschaft aus bankaufsichtsrechtlichen Gründen gebunden haben. Es steht nun für neue Investitionen oder eine Ausweitung der Kreditvergabe zur Verfügung.

B. Forderungseinziehung

Die Zweckgesellschaft beauftragt in der Regel den *Originator* mit der Einziehung (*Servicing*) der verbrieften Forderungen. Hintergrund ist vor allem der Umstand, dass es im Interesse aller Beteiligten liegt, den Forderungseinzug nicht zu beeinträchtigen und für Kontinuität zu sorgen. Zudem hat der *Originator* häufig ein Interesse daran, den Schuldnern die Abtretung der Forderungen nicht offenzulegen.

Aber nicht immer wird das *Servicing* vom *Originator* durchgeführt. Wenn bestimmte, vorher definierte Ereignisse (*Trigger Events*) eintreten, wie beispielsweise die Insolvenz des *Originators*, wird die Forderungseinziehung vom *Originator* an einen Ersatzservicer (*Back-up Servicer*) übertragen. Bei notleidend gewordenen Forderungen wird bisweilen ein Inkassospezialist (*Special Servicer*) eingeschaltet. Wenn mehrere *Originatoren* eine Verbriefungsplattform gemeinsam betreiben, so werden die Forderungen häufig zentral von einer Gesellschaft (*Master Servicer*) eingezogen. Gelegentlich beauftragt ein *Servicer* im Wege des *Outsourcing* ein Unternehmen (*Sub-Servicer*) mit dem Forderungseinzug.

C. Die alte Rechtslage unter dem Rechtsberatungsgesetz

Bis zum 1. Juli 2008 war es nach Art. 1 § 1 I RBerG grundsätzlich erlaubnispflichtig, fremde Forderungen einzuziehen. Die Freistellung von *Originatoren*, die im Rahmen einer *Asset Backed Securitisation* die Forderungen selbst einziehen, die sie zuvor an die Zweckgesellschaft verkauft und abgetreten haben, ergab sich aus Art. 1 § 5 Nr. 4 RBerG. Dieses Verbriefungsprivileg erstreckte sich allerdings nicht auf den *Back-up Servicer*, den *Master Servicer*, den *Special Servicer* und den *Sub-Servicer*, deren Tätigkeit grundsätzlich erlaubnispflichtig war. Dies galt nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs (BGH) auch für ausländische Gesellschaften ohne Niederlassung in Deutschland, wenn der Schutzzweck des Gesetzes (der Schutz der Rechtsuchenden, das Interesse der Allgemeinheit an der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, Schuldnerschutz) berührt sei, weil die ausländische Rechtsberatung im Inland wirke.[1] Die Erlaubnispflicht einer ausländischen Rechtsbesorgung wurde vom BGH auch nicht als europarechtswidrig angesehen, da die Regulierung der Rechtsberatung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erforderlich sei und In- und Ausländer gleichermaßen betreffe.[2] In der Praxis lag indes häufig ein Verstoß gegen die europarechtliche Dienstleistungsfreiheit vor, da eine EU-ausländische Gesellschaft außerhalb des Verbriefungsprivilegs zwar nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Rechtsberatungserlaubnis benötigte, sie ohne Gründung einer deutschen Niederlassung aber faktisch keine Behörde fand, die sich für die Erteilung der Erlaubnis örtlich zuständig erklärte. Dies verwunderte, da § 11 II der Verordnung zur Ausführung des Rechtsberatungsgesetzes gerade nicht auf den Sitz des Rechtsbesorgers abstellt, sondern vielmehr auf den Bezirk, in dem die Rechtsbesorgung ausgeübt werden sollte. Demnach wäre bei einer europarechtskonformen Auslegung dieser Vorschrift jedes Amtsgericht zuständig gewesen, in dessen Bezirk ein Forderungsschuldner die Korrespondenz des EG-ausländischen *Servicers* empfangen hätte. In der Praxis wurde indes auf das Amtsgericht der Lokalisation abgestellt. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass nach dem Grundsatz der Lokalisation (§ 1 I 1 der Verordnung zur Ausführung des Rechtsberatungsgesetzes) die Erteilung einer Erlaubnis eine Niederlassung im Inland voraussetze, da die Erlaubnis immer nur für einen bestimmten Ort erteilt wer-

* Dr. Jan Michael Bosak, MBLT, MCL (Mannheim/Adelaide), und Rainer Gallei sind Rechtsanwälte im Frankfurter Büro von Clifford Chance, Susan Just ist dort Rechtsreferendarin.

[1] BGH, GRUR 2007, 245, 246.

[2] BGH, GRUR 2007, 245, 247.

de.[3] Als europarechtskonforme Lösung hätte sich eine analoge Anwendung des § 689 II 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) angeboten. Diese Norm erklärt im Mahnverfahren das Amtsgericht Schöneberg für zuständig, wenn der Antragsteller keinen allgemeinen Gerichtsstand hat. In der Praxis wurde daher in der Tat beim Amtsgericht Schöneberg die örtliche Zuständigkeit für einen EG-ausländischen *Servicer* ohne deutsche Niederlassung informell sondiert. Für eine analoge Anwendung des § 689 II 2 ZPO sah die Berliner Senatsverwaltung allerdings keinen Raum.

D. Die neue Rechtslage unter dem Rechtsdienstleistungsgesetz

Das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG), das das Rechtsberatungsgesetz zum 1. Juli 2008 ersetzt hat, reguliert Rechtsdienstleistungen. Eine Rechtsdienstleistung ist nach § 2 I RDG jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Der Begriff der Rechtsdienstleistung umfasst gemäß § 2 II 1 RDG die Einziehung fremder oder zum Zweck der Einziehung auf fremde Rechnung abgetretener Forderungen, wenn die Forderungseinziehung als eigenständiges Geschäft betrieben wird (Inkassodienstleistungen). Durch eine gesetzliche Fiktion in § 2 II 2 RDG gelten abgetretene Forderungen für den bisherigen Gläubiger als nicht fremd. Dadurch wird die Forderungseinziehung durch *Originatoren*, die im Rahmen einer *Asset Backed Securitisation* die Forderungen selbst einziehen, schon tatbestandlich von der Rechtsdienstleistung ausgenommen. Da das Rechtsdienstleistungsgesetz für die Einziehung verbriefter Forderungen durch den *Originator* nicht einschlägig ist, ist diese Tätigkeit im Gegensatz zur alten Rechtslage, die das Verbriefungsprivileg lediglich als Freistellung von einer Erlaubnispflicht ausgestaltet hatte, nunmehr gänzlich unreguliert.

Eine weitere Deregulierung gibt es beim *Master Servicer*. Zieht ein *Master Servicer* Forderungen zentral im Auftrag für mehrere konzerneigene Originatoren ein, die gemeinsam eine Verbriefungsplattform betreiben, erfüllt dies nach neuem Recht schon nicht mehr den Tatbestand einer Rechtsdienstleistung. Denn nach § 2 III Nr. 6 RDG ist die Erledigung von Rechtsangelegenheiten innerhalb verbundener Unternehmen (im Sinne des § 15 AktG) keine Rechtsdienstleistung.[4] Dies ist eine große Erleichterung für die Verbriefungsindustrie. Denn nach dem Wortlaut des Rechtsberatungsgesetzes musste die Konzerngesellschaft, die das *Servicing* für mit ihr verbundene Unternehmen im Rahmen einer Verbriefungsplattform übernahm, eine Rechtsberatungserlaubnis beantragen. In der Vergangenheit gelang es zwar zumindest bei hundertprozentigen Tochterunternehmen eines *Master Servicers* einen feststellenden Verwaltungsakt in der Form eines Freistellungsbescheids (Negativattest) mit der Argumentation zu erhalten, dass die Tochtergesellschaften wirtschaftlich bloße Betriebsabteilungen des *Master Servicers* seien und die Forderungseinziehung daher keine für den *Master Servicer* fremde Rechtsangelegenheit sei. Der Erfolg bei diesem recht zeitintensiven Vorgehen war indes nicht garantiert, zumal es keinen Anspruch auf Erteilung eines Negativattests gab.

Zieht ein *Master Servicer* Forderungen für konzernfremde *Originatoren* ein, übernimmt ein *Back-up Servicer* beim Eintritt bestimmter Ereignisse das *Servicing* vom *Originator*, werden notleidende Forderungen durch einen *Special Servicer* eingezogen oder findet ein *Outsourcing* des *Servicings* an einen *Sub-Servicer* statt, so sind diese Dienstleistungen nach der Gesetzesreform, sofern sie als eigenständiges Geschäft betrieben werden, nur nach einer Eintragung in das Rechtsdienstleistungsregister zulässig.

Der Antrag auf Registrierung ist nach § 13 I 1 RDG an die für den Ort der inländischen Hauptniederlassung zuständige Behörde zu richten. Hat die registrierungswillige Gesellschaft keine Niederlassung in Deutschland, so kann der Antrag nach § 13 I 2 RDG bei jeder sachlich zuständigen Behörde in Deutschland gestellt werden. Diese Regelung beendet die faktische Niederlassungspflicht für ausländische *Servicer* und stellt so den Einklang des geltenden Rechts mit der europarechtlichen Dienstleistungsfreiheit sicher.

Jede registrierungswillige Gesellschaft muss nach § 12 IV RDG mindestens eine bei ihr dauerhaft beschäftigte, qualifizierte natürliche Person benennen, die die Gesellschaft nach außen vertreten darf und hinsichtlich der Rechtsdienstleistungen weisungsunabhängig sowie weisungsbefugt ist. Diese qualifizierte Person muss nach § 12 I RDG ihre persönliche Eignung, Zuverlässigkeit, Sachkunde sowie eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme von EUR 250.000 für jeden Versicherungsfall nachweisen. Die praktische Sachkunde setzt in der Regel eine mindestens zwei Jahre unter Anleitung erfolgte Berufsausübung oder praktische Berufsausbildung voraus. Bei einer Berufsausübung oder einer praktischen Berufsausbildung im Europäischen Wirtschaftsraum ist ein mindestens sechsmonatiger Anpassungslehrgang obligatorisch. Dem Registrierungsantrag ist unter anderem ein Führungszeugnis, Unterlagen zum Nachweis der Sachkunde und der Berufshaftpflichtversicherung sowie eine zusammenfassende Darstellung des beruflichen Ausbildungsgangs und der bisherigen Berufsausübung beizulegen. Wenn die letzte so qualifizierte Person aus der eingetragenen Gesellschaft ausscheidet, hat die Gesellschaft sechs Monate Zeit, eine weitere qualifizierte Person zu benennen. Geschieht dies nicht, so wird die Registrierung widerrufen (§ 14 Nr. 4 RDG).

E. Rechtsfolgen eines Verstoßes

Bei einem Verstoß gegen das Rechtsberatungs- bzw. das Rechtsdienstleistungsgesetz droht nicht nur nach § 17 OWiG ein Bußgeld und nach § 29a OWiG der Verfall des aus der Ordnungswidrigkeit gezogenen Gewinns.[5] Es besteht auch die Gefahr, dass der Gesetzesverstoß nach § 134 BGB zur Unwirksamkeit der gesetzeswidrigen Regelungen des Forderungseinziehungsvertrags führt,[6] und dass die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Einziehungsvertrages auch auf die dingliche Abtretung der Forderung durchschlägt.[7] Sollten verbriefte Vermögenswerte aufgrund § 134 BGB nicht wirksam aus der Vermögensmasse des *Originators* ausscheiden, so können sie nicht insolvenzfest die Ansprüche der Investoren gegen die Zweckgesellschaft besichern; die Grundlage der Verbrie-

---

[3] Vgl. OLG Köln, NJW 2004, 2684, 2685; OLG Stuttgart, MDR 1997, 285, 285.

[4] Dieses Konzernprivileg gilt auch für den *Back-up Servicer*, den *Special Servicer* und den *Sub-Servicer*. Insoweit ist in der Praxis aber die Deregulierung der konzerninternen Forderungseinziehung von wenig Relevanz, da diese üblicherweise außerhalb des Konzernverbunds des Originators sind.

[5] *Klüwer*, Asset-Backed Securitisation, 2001, S. 225; *Caliebe*, BB 2000, 2369, 2378; *Henssler/Deckenbrock*, DB 2008, 41, 46.

[6] BGHZ 37, 258, 261.

[7] So hinsichtlich Inkassotätigkeiten außerhalb des Verbriefungskontexts: BGH, NJW 1966, 1759, 1760; OLG München, WM 2008, 1156, 1159.

fungstransaktion als wirtschaftsgütergestützte Finanzierungsform wäre gefährdet.

F. Zusammenfassung

Der durch das Rechtsberatungsgesetz normierte Erlaubniszwang wurde am 1. Juli 2008 durch die Registrierungspflicht nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz ersetzt. Das Rechtsdienstleistungsgesetz beendet die europarechtswidrige Niederlassungspflicht für EU-ausländische *Servicer* außerhalb des Verbriefungsprivilegs und dereguliert die zentrale Einziehung von im Konzernverbund originierten Forderungen durch einen konzerneigenen *Master Servicer*. ■

Wiss. Mit. Christopher Krois, LL.B., Hamburg*

Der Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnis am Beispiel ausgewählter Fallkonstellationen

A. „Hochintelligenter Scheiterhaufen der Dogmatik“

So betitelte *Uwe Wesel*[1] vor mittlerweile fast fünfzehn Jahren den Stand der Dogmatik zum Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnis. Und auch heute noch mag so mancher Student vor den – scheinbar – unverständlichen Differenzierungen zurückschrecken, die diese Rechtsmaterie prägen. Indes: Der Einschätzung *Wesels* wurde bereits vor fünfzehn Jahren zu Recht und mit guten Argumenten entgegengetreten.[2] Der folgende Ausbildungsbeitrag möchte sich dem anschließen und den Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis anhand mehrerer kleiner Fälle näher beleuchten.

Der Fokus soll dabei auf Konstellationen gerichtet werden, die in der universitären Ausbildung häufig – zugunsten der meist ausführlicher behandelten Anweisungslagen – zu kurz kommen, sich jedoch hervorragend dazu eignen, die grundlegenden Erwägungen zum Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnis darzulegen: der Vertrag zugunsten Dritter (C.), die Leistung auf fremde Schuld (D.) sowie die Bürgschaft (E.).

B. Grundlagen: Der Lösungsansatz des BGH

Der Übersichtlichkeit halber soll der folgenden Erörterung allerdings zunächst eine kurze Darstellung des vom BGH vertretenen Lösungskonzepts vorangestellt werden. Dieses Modell soll sodann anhand der eingangs genannten, komplexeren Fallkonstellationen „erprobt“ und der in der Literatur vertretenen Kritik gegenübergestellt werden.

I. Moderner Leistungsbegriff

Der BGH – und mit ihm ein Teil der Literatur – verortet, zumindest im Ausgangspunkt,[3] die Lösung des Problems im Begriff der „Leistung“: Kondiktionsgläubiger soll der Leistende sein, Kondiktionsschuldner der Leistungsempfänger.

Fall 1: Erstverkäufer V verkauft ein Grundstück an Erstkäufer K, der dieses an D weiterverkauft und sodann V anweist, das Grundstück direkt an D zu übereignen. (Allein) die Kaufverträge V ↔ K und K ↔ D seien unwirksam.

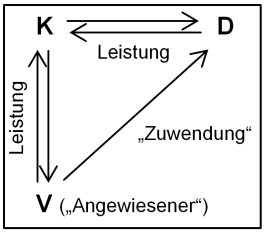
Diese Grundthese wird von der Rechtsprechung durch zwei Annahmen präzisiert bzw. ergänzt, die anhand der „abgekürzten Lieferung“ in Fall 1 kurz erläutert werden sollen:

Zum einen gilt es hier, anhand des Merkmals der *Zweckgerichtetheit* die Leistung von der bloßen Zuwendung abzugrenzen: Denn V *leistet* vorliegend – nach h.M. – nicht etwa an D, sondern tätigt diesem gegenüber eine bloße *Zuwendung* ohne (Erfüllungs-)Zweck. Er leistet vielmehr an K, weil er den Zweck verfolgt, seine kaufvertragliche Verpflichtung diesem gegenüber zu erfüllen (Handeln *solvendi causa*). Gleichermaßen liegt aus Sicht des D (sog. Lehre vom Empfängerhorizont) eine Leistung des K an ihn vor, verfolgt K doch seinerseits den Zweck, eine Verpflichtung gegenüber D zu erfüllen.

II. Das sog. Subsidiaritätsdogma

Zum anderen hat der BGH – eine These von *Esser*[4] aufgreifend – das sog. Subsidiaritätsdogma aufgestellt: Die Nichtleistungskondiktion setze voraus, dass „der Bereicherungsgegenstand dem Empfänger überhaupt nicht, also von niemandem geleistet worden ist.“[5] In Fall 1 hat D daher zwar das Eigentum am Grundstück unmittelbar von V, also „auf dessen Kosten“ i.S.d. § 812 I 1 Var. 2 BGB erlangt,[6] eine Nichtleistungskondiktion V → D scheitert jedoch nach Ansicht des BGH am Vorrang der Leistungs*beziehung*[7] K ↔ D.

Im Ergebnis hat V daher weder die Leistungs- noch die Nichtleistungskondiktion gegen D. Vielmehr kommt es zur Rückabwicklung „im Dreieck“: V kann seine Leistung nur von K kondizieren; K hat seinerseits die Leistungskondiktion gegen D.



C. Die Kritik der Literatur am Beispiel des echten Vertrags zugunsten Dritter

Sind sich Rspr. und Literatur in einfachen Fallgestaltungen – wie derjenigen des Falls 1 – zumindest im Ergebnis noch einig (Abwicklung grundsätzlich „im Dreieck“), so stößt der von der Rspr. favorisierte Lösungsweg über den Begriff der

---

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Matthias Jacobs an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 *U. Wesel*, NJW 1994, 2594, 2595.

2 Vgl. nur den ausführlichen Überblick zur Diskussion bei *St. Lorenz*, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearb. 2007, § 812 Rn. 36.

3 Vgl. in letzter Zeit allerdings die zunehmende Annäherung an die von der Literatur befürwortete wertende Vorgehensweise (dazu unter C.), z.B. in den Entscheidungen zum Bereicherungsausgleich bei Zession einer nicht bestehenden Forderung, BGHZ 122, 46, 50 ff. und BGH, NJW 2005, 1369 f.

4 *Esser*, Fälle und Lösungen zum Schuldrecht[1], 1963, S. 127 f.

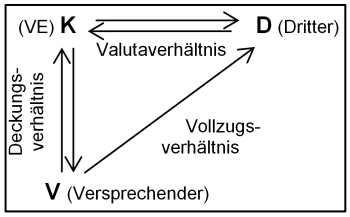
5 St. Rspr. seit BGHZ 40, 272, 278.

6 In der Lieferungskette mit Durchgangserwerb würde eine Nichtleistungskondiktion V → D dagegen schon mangels Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung ausscheiden, vgl. nur *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts[13], Bd. II/2, 1994, § 70 II 1c, S. 203.

7 Zumindest ungenau ist dagegen die häufig anzutreffende Formulierung eines „Vorrangs der Leistungs*kondiktion*“, scheidet die Nichtleistungskondiktion eines Dritten nach dem Subsidiaritätsdogma doch auch und gerade bei intaktem Kausalverhältnis aus: In Fall 1 hat V z.B. auch dann keine Nichtleistungskondiktion gegen D, wenn der Kaufvertrag K ↔ D intakt ist, K also mit Rechtsgrund an D geleistet hat, vgl. *St. Lorenz*, JuS 2003, 729, 731.

„Leistung" in komplexeren Konstellationen an seine Grenzen. Das sei im Folgenden am Beispiel des echten (berechtigenden) Vertrags zugunsten Dritter erläutert.[8]

I. Die Ungeeignetheit des Leistungsbegriffs



Fall 2: D bucht bei Reiseveranstalter K eine Pauschalreise in die Dominikanische Republik. K schließt mit der Fluggesellschaft V daher einen Chartervertrag zur Beförderung der Reisenden ab. Es stellt sich heraus, dass der Chartervertrag zwischen K und V unwirksam ist.

Zwar folgt die h.L. dem BGH darin, das Merkmal der Zweckgerichtetheit zur Konturierung des Leistungsbegriffs heranzuziehen, betont dabei allerdings, dass dieser als zentrales Kriterium zur Bestimmung von Kondiktionsgläubiger und -schuldner ungeeignet ist.[9] Das zeigt sich ganz deutlich an Fall 2: Denn hier haben K als Versprechensempfänger (VE) gem. § 335 BGB und D als nach § 328 I BGB berechtigter Dritter *beide* einen Leistungsanspruch gegen den Versprechenden V,[10] weshalb man bei konsequenter Befolgung der Grundthese des BGH zum absurden Ergebnis gelangte, dass V seine Leistung (wahlweise?) sowohl von K als auch von D kondizieren könnte.

II. Gegenkonzeption: Teleologische Erwägungen

Dass Konstellationen wie dem echten Vertrag zugunsten Dritter mit dem Leistungsbegriff alleine nicht beizukommen ist, dürfte daher heute allgemeine Meinung sein.[11]

1. Die maßgeblichen Wertungen I: Die Risikoverteilung

Im Ausgangspunkt ist man sich weiter einig, dass stattdessen wertend – wohlgemerkt: nicht im Sinne konturenloser Billigkeitsentscheidungen, sondern anhand eines „offenen Systems teleologischer Kriterien"[12] – vorzugehen ist. Die vor allem von *Canaris*[13] in beeindruckender Weise herausgearbeiteten Prinzipien knüpfen zunächst an die von den Parteien selbst geschaffene Risikoverteilung an; jede Partei müsse sich auch bei der Rückabwicklung mit ihrem jeweiligen, in eigener Verantwortung ausgewählten[14] Vertragspartner auseinandersetzen:

- Das dient v.a. der gerechten, da von den Parteien selbst geordneten, Verteilung der *Insolvenzrisiken*: So wäre in Fall 2 eine Direktkondiktion V → D insoweit nicht angebracht, als V dann das Risiko der Insolvenz des D trüge bzw. bei Insolvenz des K unverdient in D eventuell doch noch einen solventen Schuldner finden könnte.
- Weiterhin spricht hierfür der *Einwendungserhalt* im jeweiligen Vertragsverhältnis: In Fall 2 kann V von K bspw. nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der von diesem erhaltenen Gegenleistung kondizieren; bei Zulassung einer Direktkondiktion V → D wäre K dieser Einrede beraubt.[15]
- Umgekehrt müssen die Parteien aber auch vor Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis ihres Vertragspartners mit Dritten *(exceptiones ex iure tertii)* geschützt werden: Wäre D bei Nichtigkeit des Vertrags K ↔ V der Direktkondiktion des V ausgesetzt, müsste er sich mit diesem bspw. über ein Rechtsverhältnis auseinandersetzen, dessen Partei er gar nicht ist.
- Schließlich wird auch die richtige Verteilung der *Partei- und Prozessrollen* gewahrt: In Fall 2 sollte etwa V mit K und nicht mit D einen Rechtsstreit über die Wirksamkeit des Chartervertrags austragen, haben die Vertragsparteien doch den besten Zugang zum einschlägigen Tatsachenmaterial und sollten folgerichtig im Prozess als Kläger bzw. Beklagter und nicht als Zeugen auftreten.

Nach heute wohl h.M.[16] sprechen daher beim Vertrag zugunsten Dritter für den Fall des mangelhaften Deckungsverhältnisses V ↔ K grundsätzlich[17] die besseren Argumente für eine Kondiktion V → K und gegen eine Direktkondiktion V → D.

2. Dogmatische und methodische Umsetzung

Es fragt sich indes, wie diese Erkenntnis dogmatisch und methodisch konsequent umgesetzt werden kann.

a) Tatbestandsmerkmal „Kondiktionsauslösender Mangel"

Trotz der Vielzahl unterschiedlicher Konzeptionen befindet sich in der Literatur eine Auffassung im Vordringen, die Gläubiger und Schuldner mithilfe des kondiktionsauslösenden Mangels als zusätzlichem Tatbestandsmerkmal *neben* der Leistung bestimmen will.[18] Mit anderen Worten wird am Tatbestandsmerkmal der Leistung durchaus festgehalten, jedoch zu Recht betont, dass sich aus dem Wortlaut des § 812 I 1 BGB keineswegs ergibt, dass die Leistung gerade zwischen Gläubiger und Schuldner der Leistungskondiktion erfolgen muss bzw. umgekehrt diese Leistender und Leistungsempfänger sein müssen.[19] Gläubiger und Schuldner der Leistungskondiktion sind vielmehr in Hinblick auf die soeben herausgearbeiteten teleologischen Erwägungen die Partner des jeweiligen *Kausalverhältnisses*, in dem der kondiktionsauslösende Mangel seinen Ursprung hat.[20]

---

[8] Hier soll nur die „Grundkonstellation" des Vertrags zugunsten Dritter behandelt werden; zu weiteren Differenzierungen, insb. zu den sog. Versorgungsfällen, vgl. etwa *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 V 2b u. c, S. 241 f. sowie *St. Lorenz*, in: Staudinger (Fn. 2), § 812 Rn. 37 ff.

[9] Besonders treffend *Canaris*, in: FS Larenz I, 1973, S. 799, 857-859; *Lieb*, in: FS 50 Jahre BGH, Bd. 1, 2000, S. 547, 568.

[10] Vgl. zu den Grundlagen des Vertrags zugunsten Dritter etwa *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil[6], 2008, Rn. 1044 ff.

[11] Vgl. nur *St. Lorenz*, JuS 2003, 839, 840.

[12] So *Canaris*, WM 1980, 354, 368 ff.

[13] Vgl. nur *Canaris* (Fn. 9), S. 799, 814 ff. sowie *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 VI 1b, S. 247.

[14] Mit anderen Worten muss die Risikoverteilung den Parteien auch infolge entsprechender Ausführungshandlungen zurechenbar sein (was bspw. bei Geschäftsunfähigkeit nicht der Fall ist). Hierin liegt der entscheidende Gesichtspunkt, der trotz Unwirksamkeit der Kausalverhältnisse die Maßgeblichkeit der geschaffenen Risikoverteilung rechtfertigt, vgl. ausführlich D. I. sowie *Canaris* (Fn. 9), S. 799, 814 f.

[15] Vgl. *Canaris* (Fn. 9), S. 799, 802 f.; *H.P. Westermann*, JuS 1972, 18, 21; zur damit zusammenhängenden Problematik des Bereicherungsgegenstands bei nichtigem Deckungsverhältnis sowie Doppelmängeln s. *Lieb*, in: Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB[4], 2004, § 812 Rn. 43 ff. und 47 ff. sowie *Canaris* (Fn. 9), S. 799, 809 f.

[16] BGHZ 72, 246, 251 f.; *Canaris* (Fn. 9), S. 799, 828 ff.; *Lieb*, in: MüKoBGB (Fn. 15), § 812 Rn. 130; *St. Lorenz*, in: Staudinger (Fn. 2), § 812 Rn. 38; *Medicus*, Bürgerliches Recht[21], 2007, Rn. 681 f.; *Pinger*, AcP 179 (1979), 301, 323 f.; **a.A.** *Kupisch*, Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht, 1978, S. 100 ff. (insb. S. 105).

[17] An dieser Stelle sei nochmals auf die – im Detail deutlich umstritteneren – Fälle des echten Vertrags zugunsten Dritter als Instrument zur Befriedigung von Vorsorgebedürfnissen hingewiesen, vgl. Fn. 8.

[18] So deutlich *Canaris*, WM 1980, 354, 369 f.

[19] Treffend *Canaris* (Fn. 9), S. 799, 862.

Diesen methodischen Ansatz zu Grunde gelegt, ergibt sich für Fall 2, dass eine *Leistungs*kondiktion V → D zwar nicht mangels Vorliegens einer Leistung an D, wohl aber deshalb ausscheiden muss, weil V und D nicht Partner desjenigen Kausalverhältnisses sind, in dem der kondiktionsauslösende Mangel seinen Ursprung hat. Das sind vielmehr V und K als Partner des Chartervertrags, so dass V tatbestandlich nur *eine* Leistungskondiktion, und zwar gegen K, zusteht.

Bereits hier sei angemerkt, dass auch eine *Nichtleistungs*kondiktion V → D nicht gegeben ist – und zwar sowohl nach herkömmlicher Auffassung (Subsidiarität) als auch nach der hier vertretenen, alsbald darzulegenden Gegenkonzeption.[21]

b) Zwischenfazit für die Leistungskondiktion

Damit bleibt festzuhalten, dass die Bestimmung von Gläubiger und Schuldner der Leistungskondiktion unter Rückgriff auf das Risikoprinzip anhand der Frage zu erfolgen hat, in welchem *Kausalverhältnis*[22] der kondiktionsauslösende Mangel seinen Ursprung hat. Methodisch bietet es sich insoweit an, dieses Kriterium als weiteres Tatbestandsmerkmal *neben* dem Vorliegen einer Leistung zu etablieren.

D. Differenzierung nach Lage und Art des kondiktionsauslösenden Mangels am Beispiel der Leistung auf fremde Schuld (§ 267 BGB)

Von den bisher behandelten Mängeln auf der Ebene der Kausalverhältnisse streng zu unterscheiden sind solche, die auf der *Erfüllungsebene* zu verorten sind. In Hinblick auf die bereits herausgearbeiteten Erwägungen zur Risikoverteilung entlang der Kausalverhältnisse[23] werfen derartige Mängel die Frage auf, ob diese auch gerechtfertigt ist, wenn es bzgl. der Erfüllung an einer hinreichenden Verknüpfung zu den Kausalverhältnissen fehlt. Dabei wird sich zeigen, dass zum einen nur die durch *zurechenbar* veranlasste Erfüllungshandlungen geschaffene Risikoverteilung für die Parteien bindend sein kann, zum anderen aber auch dem Prinzip des Verkehrs- und Vertrauensschutzes hinreichend Rechnung zu tragen ist, so dass manche Mängel auf Erfüllungsebene unter bestimmten Voraussetzungen die Verknüpfung zu den Kausalverhältnissen dennoch nicht aufheben. Das soll im Folgenden anhand der Leistung auf fremde Schuld (§ 267 BGB) näher erläutert werden.

I. Die maßgeblichen Wertungen II: Zurechenbarkeit

1. Maßgeblichkeit des Zurechnungsprinzips

Fall 3: Auf Bitten seiner Freundin K begleicht V im eigenen Namen eine Forderung des D gegen diese. Es stellt sich heraus, dass die Forderung nicht bestand. Kann V von D kondizieren oder muss er sich an K wenden?

Sucht man die Lösung dieser Frage mit dem Leistungsbegriff zu finden, käme man dazu, dass V die Leistungskondiktion gegen D zustehen müsste, ist V doch Leistender.[24] Damit setzte man sich aber in eklatanten Widerspruch zur von den Parteien selbst geschaffenen Risikoverteilung und den bereits herausgearbeiteten Wertungen: So gewährt V insb. der K und nicht dem D Kredit, übernimmt also nur ihr Insolvenzrisiko, nicht seines; außerdem setzt sich V durch seine Leistung nur der Gefahr von Einwendungen der K und nicht des D aus.

So favorisiert denn auch die mittlerweile wohl h.M. für den Fall der *veranlassten* Drittleistung die Abwicklung „übers Dreieck" (V → K und K → D),[25] wenn auch eine Leistungskondiktion K → D über den Leistungsbegriff schwerlich zu begründen sein dürfte, trifft in den Fällen des § 267 BGB der Drittleistende (V) doch gerade eine eigene Tilgungsbestimmung und ist folglich nicht nur Bote oder Stellvertreter des Schuldners (K), sondern selbst Leistender.[26] Bestimmt man den Gläubiger der Leistungskondiktion hingegen als Partner des fehlerhaften, die Kondiktion auslösenden Kausalverhältnisses und nicht als Leistenden, ergibt sich völlig zwanglos, dass K Gläubigerin der Leistungskondiktion gegen D ist.

Fall 4: K erwirbt von D einen Fernseher unter Eigentumsvorbehalt. Zweitkäufer V begleicht die (vermeintliche) Restkaufpreisschuld des K gegenüber D, um das Eigentum am Fernseher zu erlangen. Es stellt sich heraus, dass der Kaufvertrag zwischen K und D unwirksam ist.

Auf den ersten Blick verhält es sich in Fall 4 ebenso, scheint doch auch hier der kondiktionsauslösende Mangel im Verhältnis K ↔ D zu liegen. Der entscheidende Unterschied besteht allerdings darin, dass es auf der *Erfüllungsebene* an jeglicher *Veranlassung* seitens des K fehlt. V hat seine Leistung nämlich aus eigenem Antrieb heraus erbracht, so dass K die erfolgte Vermögensverschiebung V → D nicht zurechenbar ist. Es wäre aber nicht gerechtfertigt, K in der Rückabwicklung an das (schließlich unwirksame!) Kausalverhältnis mit D zu binden, wenn dieses von ihm – mangels jeglicher Veranlassung – gar nicht in eigener Verantwortung umgesetzt wurde.[27] Umgekehrt ist auch kein Grund ersichtlich, warum D in seinem Vertrauen darauf, sich nur mit seinem Vertragspartner K auseinandersetzen zu müssen, schützenswert wäre. Anders gewandt: Fehlt es an einer hinreichenden Veranlassung auf Erfüllungsebene, ist eine Risikoverteilung entlang der Kausalverhältnisse nicht mehr gerechtfertigt. Daraus leitet die wohl h.M. zu Recht ab, dass bei fehlender Zurechenbarkeit eine Direktkondiktion V → D zuzulassen ist.[28]

2. Dogmatische und methodische Umsetzung

Abermals stellt sich die Frage, wie diese Erkenntnis methodisch umgesetzt werden kann. An dieser Stelle ist nun auf die

---

[20] So besonders deutlich *Canaris* (Fn. 9), S. 799, 837; *ders.*, WM 1980, 354, 369 f.; *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 VI 3, S. 249 ff.; *Wendehorst*, in: Bamberger/Roth², Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 2008, § 812 Rn. 167 f. („wenn auch in Nuancen abw."); *Canaris* wohl auch folgend *Koziol*, JBl. 1977, 16, 17. Die Bedeutung der Kausalverhältnisse betonen daneben auch *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung², 1988, S. 13 (abstellend auf den „teleologischen" Leistungsbegriff); *Möschel*, JuS 1972, 297, 301; vgl. im Übrigen aber auch bereits *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934, S. 113.

[21] S. ausführlich unter D. I. 2.

[22] Dazu sogleich näher unter D.

[23] S. oben C. II. 1.

[24] So denn auch *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 12 III 3, S. 468 f.; *Martinek*, JZ 1991, 395, 399.

[25] Vgl. nur *St. Lorenz*, in: Staudinger (Fn. 2), § 812 Rn. 43 f. m.w.N., insbesondere zur im Detail freilich umstrittenen Frage, wann eine hinreichende i.S.v. Zurechenbarkeit begründende „Veranlassung" anzunehmen ist (v.a. anhand des viel diskutierten Falls der Zahlung einer Haftpflichtversicherung aufgrund Schadensmeldung des Versicherungsnehmers).

[26] *Canaris*, NJW 1992, 868; *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 V 3a, S. 242; *Martinek*, JZ 1991, 395, 399; so nunmehr auch *Lieb* (Fn. 9), S. 547, 555; *ders.*, in: MüKoBGB (Fn. 15), § 812 Rn. 116 m.w.N.

[27] Hier zeigt sich erneut, dass es für die Risikoverteilung nicht auf das Eingehen der Kausalverhältnisse ankommt, sondern vielmehr auf die zurechenbare Herbeiführung von Erfüllungshandlungen: bzgl. K also auf die Abgabe einer Tilgungsbestimmung oder Erteilung einer Anweisung bzw. auf die Leistungsveranlassung i.w.S., bzgl. V auf die Befolgung dieser „Weisung" und bzgl. D auf das Einverständnis mit der Leistung vermittels V, vgl. bereits oben Fn. 14 sowie *Canaris* (Fn. 9), S. 799, 814 f.

[28] Vgl. wiederum *St. Lorenz*, in: Staudinger (Fn. 2), § 812 Rn. 44 m.w.N.

zweite, eingangs dargelegte Annahme des BGH zurückzukommen, das sog. Subsidiaritätsdogma. Es entspricht mittlerweile h.L., dass dieses angebliche Dogma verfehlt ist,[29] da es in komplexeren Fallgestaltungen bei konsequenter Durchführung zu falschen Ergebnissen führen würde, was die Rechtsprechung – wie etwa im berühmten *Jungbullenfall*[30] – denn auch zwingt, mithilfe „wertender Ausnahmen" zu operieren.

Ist man sich in der Literatur noch weitgehend einig, dass das Verhältnis von Leistungs- und Nichtleistungskondiktion nicht über eine angebliche Subsidiarität letzterer, sondern vielmehr in Einklang mit den Wertungen des übrigen Rechts, insbesondere des Sachenrechts und dort der §§ 932, 935 BGB zu lösen ist,[31] wird die Frage der methodischen Umsetzung uneinheitlich beantwortet. Überzeugend scheint es, am Tatbestandsmerkmal der Rechtsgrundlosigkeit der *Nichtleistungs*kondiktion anzusetzen,[32] was unter Rückgriff auf Fall 1 kurz erläutert werden soll: Eine *Nichtleistungs*kondiktion V → D scheidet dort nicht aufgrund angeblicher Subsidiarität, sondern deshalb aus, weil die Übereignung V → D fehlerfrei und damit nicht rechtsgrundlos erfolgte. Ist nämlich eine Vermögensverschiebung infolge gutgläubigen Erwerbs in Einklang mit den in §§ 932 ff. BGB getroffenen Wertungen nach allgemeiner Auffassung kondiktionsfest, so muss die (gänzlich) fehlerfreie Übereignung *a fortiori* einen Rechtsgrund – im Rahmen der *Nichtleistungs*kondiktion (!) – darstellen. Ersetzt wird damit das wenig überzeugende Subsidiaritätsdogma durch eine in sich stimmige Rechtsgrundkonzeption für die *Nichtleistungs*kondiktion: Eine Vermögensverschiebung, die als solche fehlerlos ist, trägt ihren Rechtsgrund im Rahmen der *Nichtleistungs*kondiktion in sich.

Damit ist aber auch der Weg für eine Differenzierung zwischen Fall 3 und Fall 4 gewonnen: In Fall 3 erfolgte die Vermögensverschiebung auf Veranlassung der K und folglich mit Bezug auf das Kausalverhältnis K ↔ D. Die Vermögensverschiebung *als solche* war dabei fehlerfrei; einziger Grund für die Rückabwicklung ist das Nichtbestehen eines wirksamen Kausalverhältnisses K ↔ D, weshalb K gegen D die Leistungskondiktion zusteht. Eine Nichtleistungskondiktion V → D scheidet hingegen deshalb aus, weil die Vermögensverschiebung insoweit mit Rechtsgrund erfolgte.

In Fall 4 führt die fehlende Zurechenbarkeit der Vermögensverschiebung zu K hingegen dazu, dass der kondiktionsauslösende Mangel nicht im Kausalverhältnis K ↔ D begründet ist. Anders gewandt: Die Risikoverteilung entlang der Kausalverhältnisse kann mangels Setzung eines diese Verteilung legitimierenden Aktes durch K (d.h. Tilgungsbestimmung, Anweisung, Veranlassung i.w.S.) nicht maßgeblich sein. Vielmehr ist die Vermögensverschiebung zwischen V und D bereits *als solche* fehlerhaft und damit rechtsgrundlos. Liegt somit eine Vermögensverschiebung[33] zugunsten des D und auf Kosten des V *ohne Rechtsgrund* vor, so ist folgerichtig die Nichtleistungskondiktion V → D eröffnet. Noch deutlicher wird dies, wenn man die Parallele zur Anweisung zieht. Dazu kurz

Fall 5: K schuldet D 100 EUR. Obwohl K nur eine Überweisung von 10 EUR in Auftrag gegeben hat, überweist Bank V aufgrund eines Computerfehlers einen Betrag von 100 EUR an D. Kann K oder kann V von D die 90 EUR kondizieren?

Hier wird die Kondiktion zum einen nicht durch einen Fehler im Kausalverhältnis K ↔ D ausgelöst, weshalb eine Leistungskondiktion K → D ausscheidet.[34] Zum anderen ist die fehlende Anweisung des K zur Überweisung der 90 EUR auch kein Mangel des Girovertragsverhältnisses zwischen der Bank V und dem Zahlungsempfänger D, sondern liegt außerhalb desselben und macht die Vermögensverschiebung als solche fehlerhaft. V kann daher direkt gegen D vorgehen und zwar im Wege der *Nichtleistungs*kondiktion.[35]

3. Behandlung von Zurechenbarkeitsmängeln

Damit lässt sich festhalten, dass bei Vorliegen eines Zurechenbarkeitsmangels auf Erfüllungsebene eine Direktkondiktion in Form der Nichtleistungskondiktion eröffnet ist. Neben der fehlenden Veranlassung gehören in diese Kategorie etwa auch *vis absoluta*, Fälschung, Geschäftsunfähigkeit des Anweisenden bzw. Veranlassers sowie Anweisung bzw. Veranlassung durch einen *falsus procurator*.

II. Die maßgeblichen Wertungen III: Verkehrs- und Vertrauensschutz

1. Anwendung von Rechtsscheingrundsätzen

Fall 6: K bittet aus Geldmangel seinen guten Freund V darum, eine offene Verbindlichkeit gegenüber D zu begleichen, für die Zahlung in fünf Raten vereinbart wurde. K informiert D hierüber telefonisch. V zahlt daraufhin im eigenen Namen vier Raten an D. Als sich die Unwirksamkeit der Verbindlichkeit herausstellt, weist K den V an, die letzte Rate nicht an D zu zahlen. Aus Unachtsamkeit überweist V dennoch die letzte Rate an D. Kann er diese von D kondizieren?

In Fall 6 liegt die Situation auf den ersten Blick ganz ähnlich wie in Fall 4, hat K doch den V ausdrücklich angewiesen, die Zahlungen an D einzustellen, so dass es auch hier an einer Zurechenbarkeit der Vermögensverschiebung V → D fehlt und damit grundsätzlich eine Direktkondiktion des V gegen D in Betracht kommt. Indes: Anders als in Fall 4, in dem es an jedweder Veranlassung seitens des K fehlte, hat K in Fall 6 den V zunächst zur Leistung an D veranlasst und dies gegenüber D auch offengelegt. Es stellt sich daher die Frage, ob D in seinem (eventuell fortwährenden) Vertrauen darauf, dass auch die letzte Zahlung auf Veranlassung des K hin geschah und er sich deshalb auch nur mit diesem auseinandersetzen muss, nicht geschützt werden sollte; insbesondere könnte V dann seine Leistung an K von der Rückgewähr der eigenen, an K erbrachten Gegenleistung abhängig machen.

Ansatzpunkt für eine Berücksichtigung des Verkehrs- und Vertrauensschutzes ist eine Analogie zu §§ 170 ff. BGB, die ursprünglich für den Überweisungsverkehr, also Anwei-

---

[29] So etwa *Füller*, in: MüKoBGB (Fn. 15), § 951 Rn. 15; *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 III 2d, S. 215 f.; *Lieb*, in: MüKoBGB (Fn. 15), § 812 Rn. 282-284; *Medicus* (Fn. 16), Rn. 727 ff. (jedenfalls für Dreipersonenverhältnisse) jeweils m.w.N; i. Erg. auch *W. Lorenz*, FS Serick, 1992, S. 255, 270 ff.

[30] BGHZ 55, 176, 177 f.

[31] **A.A.** im Wesentlichen nur *Reuter/Martinek* (Fn. 24), § 10 II 2 b, S. 404 ff.; hiergegen ausführlich *Lieb*, in: MüKoBGB (Fn. 15), § 812 Rn. 284 m.w.N.

[32] Eingehend hierzu *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 67 IV 3, S. 144 f. sowie § 70 III 2b-e, S. 213-217.

[33] Dabei handelt es sich um eine Aufwendung, so dass richtigerweise eine Nichtleistungskondiktion in Form der Aufwendungskondiktion gegeben ist, vgl. dazu *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 IV 2e, S. 228 f.; **a.A.** etwa *Lieb*, in: MüKoBGB (Fn. 15), § 812 Rn. 60 (Leistungskondiktion).

[34] Daneben dürfte es freilich schon mangels Tilgungsbestimmung des K, die V als Bote übermitteln könnte, an einer Leistung fehlen.

[35] Aus Sicht der herkömmlichen Ansicht ließe sich argumentieren, dass die Bank ihrerseits keine eigene Tilgungsbestimmung gegenüber D setzt.

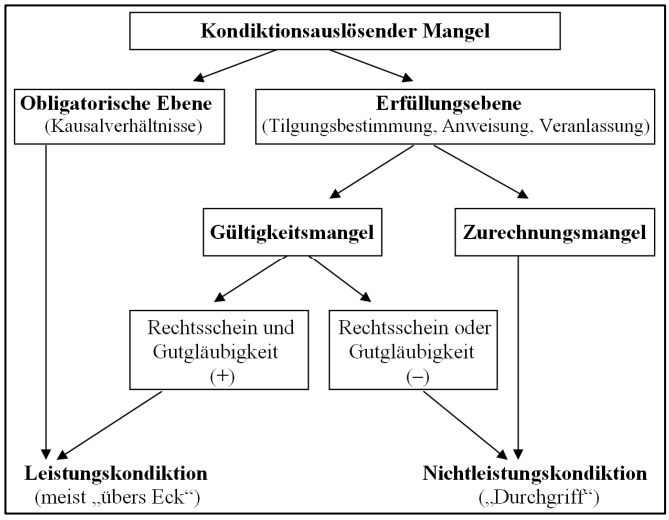
sungslagen, entwickelt wurde.[36] Voraussetzung ist danach zum einen ein Kundgabeverhalten auf Seiten des K,[37] zum anderen Gutgläubigkeit des D, wobei nach der Wertung des § 173 BGB bereits fahrlässige Unkenntnis schadet.[38] Sind diese beiden Voraussetzungen gegeben, ist die erfolgte Vermögensverschiebung K weiterhin zurechenbar. Konsequenz ist, dass auf Erfüllungsebene eine hinreichende Verknüpfung zum Kausalverhältnis K ↔ D gegeben ist und der kondiktionsauslösende Mangel folglich in diesem Kausalverhältnis zu verorten ist, so dass K gegen D die Leistungskondiktion hat. Die Vermögensverschiebung *als solche* ist in diesem Fall hingegen fehlerfrei, so dass eine Direktkondiktion V → D in Form der Nichtleistungskondiktion ausscheidet.

2. Behandlung von Gültigkeitsmängeln

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass bestimmte, auf der Erfüllungsebene liegende Mängel bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Rechtsscheinschutzes die Zurechnung dennoch nicht beseitigen. Zu diesen Gültigkeitsmängeln[39] gehören neben dem Widerruf bspw. auch die (gegenüber dem Zahlungsempfänger nicht offen gelegte) Bedingung oder Befristung der Anweisung bzw. Veranlassung.

III. Zwischenfazit zum Verhältnis von Leistungs- und Nichtleistungskondiktion

Damit lässt sich das Verhältnis von Leistungs- und Nichtleistungskondiktion – und damit grundsätzlich auch der Abwicklung „übers Eck" zum Direktdurchgriff – anhand einer Dreiteilung der kondiktionsauslösenden Mängel folgendermaßen beschreiben:[40]



- Die Leistungskondiktion ist eröffnet, wenn der kondiktionsauslösende Mangel auf Ebene der *Kausalverhältnisse* liegt; die Rückabwicklung erfolgt dann zwischen den Partnern des fehlerhaften Kausalverhältnisses (zusätzliches Tatbestandsmerkmal „Partner des fehlerhaften Kausalverhältnisses" neben dem Merkmal „Leistung").
- Liegt der kondiktionsauslösende Mangel dagegen auf Erfüllungsebene in Form eines *Zurechenbarkeitsmangel*s, ist die Vermögensverschiebung an sich fehlerhaft und damit rechtsgrundlos, so dass die Nichtleistungskondiktion eingreift; sie erfolgt zwischen denjenigen Parteien, zwischen denen eine unmittelbare Vermögensverschiebung vorliegt (Tatbestandsmerkmal „auf dessen Kosten").
- Liegt schließlich ein *Gültigkeitsmangel* auf Erfüllungsebene vor, so greift grundsätzlich ebenfalls die Nichtleistungskondiktion ein, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen für einen Rechtsscheinschutz vor (Analogie zu §§ 170 ff. BGB oder §§ 932 BGB, 366 I HGB).

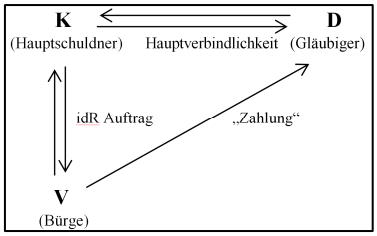
Auch bei diesem Verständnis schließen sich Leistungs- und Nichtleistungskondiktion grds. gegenseitig aus:

- Sind Tilgungsbestimmung oder[41] Anweisung (bzw. Veranlassung i.w.S.) gegeben, scheidet eine Nichtleistungskondiktion aus, da die Vermögensverschiebung dann fehlerfrei, mithin (bezüglich der Nichtleistungskondiktion) nicht rechtsgrundlos erfolgte; bei Fehlerhaftigkeit eines Kausalverhältnisses kommt daher nurmehr eine Leistungskondiktion zwischen den Parteien desselben in Betracht.
- Sind Tilgungsbestimmung und Anweisung (bzw. Veranlassung i.w.S.) infolge eines Zurechenbarkeits- oder Gültigkeitsmangels nicht intakt, greift die Nichtleistungskondiktion ein, da die Vermögensverschiebung dann ebenfalls nicht fehlerfrei und somit rechtsgrundlos erfolgte. Eine Leistungskondiktion scheidet dagegen entweder mangels Vorliegens einer Leistung (keine Tilgungsbestimmung) oder aber deshalb aus, weil der kondiktionsauslösende Mangel nicht im Kausalverhältnis liegt.

E. Bürgschaftskonstellationen

Dass auch die Orientierung an teleologischen Kriterien bisweilen nicht einfach gerät, soll schließlich anhand der fehlerhaften Bürgschaft kurz dargelegt werden. Grundsätzlich muss dabei zwischen zwei Konstellationen unterschieden werden.

I. Allein unwirksamer Bürgschaftsvertrag



Fall 7: V verbürgt sich für eine Schuld des K gegenüber D. Er wird sodann von D in Anspruch genommen und zahlt an diesen. Später ficht V den Bürgschaftsvertrag wegen Eigenschaftsirrtums an. Kann V seine Leistung von D kondizieren?

Ist der Bürgschaftsvertrag aus Gründen unwirksam, die ihren Ursprung allein im Verhältnis Gläubiger ↔ Bürge finden, steht nach ganz h.M. die Kondiktion dem Bürgen zu; dieser kann sich also direkt an den Gläubiger wenden.[42]

Die herkömmliche Argumentation mit dem Leistungsbegriff gerät dabei freilich wieder schwierig: Ist die Zahlung des Bürgen V Leistung auf die eigene (akzessorische) Schuld, Leis-

---

[36] Hierzu ausführlich *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 IV 3, S. 229 ff.; *Lieb*, in: MüKoBGB (Fn. 15), § 812 Rn. 59 jeweils m.w.N.; grundlegend *Wilhelm*, AcP 175 (1975), 304, 347 f.

[37] Welche Anforderungen an ein solches zu stellen sind, ist im Einzelnen durchaus umstritten, doch dürfte – wie in Fall 6 – zumindest mehrmaliges, gleichförmiges Verhalten rechtsscheinbegründend wirkend; vgl. hierzu *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 IV 3a, S. 230 f.

[38] So auch *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 IV 3b, S. 231.

[39] Zur aus dem Wertpapierrecht stammenden Terminologie vgl. *Canaris*, WM 1980, 354, 359; *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 III 5, S. 223.

[40] Nach *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 VI 3a, S. 249 f.; ganz ähnlich *Wendehorst*, in: Bamberger/Roth (Fn. 20), § 812 Rn. 167 f.

[41] Hierzu ausführlich *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 IV 5b, S. 236.

[42] *von Caemmerer*, in: FS Dölle, Bd. 1, 1963, S. 135, 143; *Canaris* (Fn. 9), S. 799, 838; *Lieb*, in: MüKoBGB (Fn. 15), § 812 Rn. 155; *Reuter/Martinek* (Fn. 24), § 12 VII 2, S. 495; *St. Lorenz*, in: Staudinger (Fn. 2), § 812 Rn. 47.

tung an den Hauptschuldner K[43] oder bloße Zuwendung an D und damit eigentlich eine Leistung des K auf die Hauptverbindlichkeit? Begnügt man sich dagegen mit der Feststellung, dass eine Leistung an D vorliegt und bestimmt sodann den Gläubiger der Leistungskondiktion als Partner des fehlerhaften Kausalverhältnisses, so ergibt sich wiederum völlig zwanglos, dass diese dem V gegen D zusteht.

II. Unwirksamkeit der Hauptschuld

Fall 8: V verbürgt sich für eine Schuld des K gegenüber D. Er wird von D in Anspruch genommen und zahlt an diesen. Später stellt sich heraus, dass die Hauptschuld nicht bestand.

Schwierigkeiten bereitet hingegen die Konstellation, in der die zu sichernde Forderung nicht besteht. *Canaris*[44] hat zunächst den Standpunkt vertreten, fehlerhaft und kondiktionsauslösend sei hier das Hauptschuldverhältnis, so dass dem Hauptschuldner K die Leistungskondiktion gegen D zustehe. Andernfalls nähme man D die ihm gegen K zustehenden Einwendungen; insbesondere müsste D dem V seine Zahlung selbst dann zurückgewähren, wenn K die Gegenleistung aus dem Valutaverhältnis (bspw. den Kaufgegenstand) nicht herausgeben kann. D stünde damit im Ergebnis schlechter als für den Fall, dass nicht V, sondern K selbst leistet, obwohl er doch typischerweise nur deshalb in Vorleistung tritt, weil ihm die Bürgschaft als Sicherung dient.

Dagegen lässt sich freilich einwenden, dass dieser Einwendungsverlust im Risikobereich des Gläubigers D liegt, der sich bewusst auf eine akzessorische Bürgschaft eingelassen hat; will D eine Benachteiligung infolge seiner Vorleistung vermeiden, scheint es durchaus angemessen, ihn auf die Möglichkeit zu verweisen, eine abstrakte Garantie zu vereinbaren.[45] Sieht man das Interesse des D, durch Vorleistung gegen Stellung einer Bürgschaft im Ergebnis nicht schlechter zu stehen als bei Zug-um-Zug-Leistung an K, dennoch als schutzwürdig an, bliebe einzig die Möglichkeit, im Wege ergänzender Vertragsauslegung die Bürgschaft bei Nichtbestehen der Hauptschuld auch auf die bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüche zu erstrecken, wie es etwa auch für Pfand- und Grundpfandrechte teilweise vertreten wird. Nähme man eine solche Erstreckung vorbehaltlos an, stellte dies indes eine Überspannung der in der Bürgschaft liegenden Normalgarantie dar; letztlich kann nur die Auslegung des konkreten Bürgschaftsvertrags entscheidend sein.[46] Die Einzelheiten gehören freilich ins Sachen- und Kreditsicherungsrecht und sollen hier nicht näher thematisiert werden.

Gegen eine Leistungskondiktion V → D lässt sich dogmatisch weiter anführen, dass natürlich auch der Bürgschaftsvertrag – aufgrund seiner Akzessorietät – unwirksam ist. Wenn aber bei alleiniger Unwirksamkeit des Bürgschaftsvertrags dem Bürgen die Direktkondiktion gegen den Gläubiger zusteht, scheint es wenig überzeugend, ihm diese allein deshalb zu versagen, weil zusätzlich noch die zu sichernde Forderung nicht besteht. Zudem führte dies zum Auseinanderfallen von Einwendungsmöglichkeiten und Rückabwicklungsansprüchen: Denn vor Zahlung könnte V gegen eine Inanspruchnahme ohne weiteres einwenden, die Hauptschuld bestehe nicht, während nach erfolgter Zahlung allein K kondizieren könnte. Ob der Bürge schutzwürdig ist, kann jedoch nicht davon abhängen, ob er den Mangel des Rechtsgrundes bereits vor oder erst nach der Zahlung entdeckt (sog. Gleichlaufgedanke).[47] Schließlich wäre der Bürge mit dem Insolvenzrisiko sowohl des Hauptschuldners K als auch – über den Einwand der Entreicherung – des Gläubigers D belastet, könnte er nur gegen K Rückgriff nehmen. Das überzeugt insofern nicht, als V lediglich verspricht, die Bürgschaft zu übernehmen, im Übrigen aber keine, eine solche Belastung rechtfertigende Zahlungsverpflichtung gegenüber K eingeht.

All dies spricht dafür, das die Kondiktion auslösende fehlerhafte Kausalverhältnis in der – aufgrund ihrer Akzessorietät unwirksamen – Bürgschaft zu sehen und damit dem Bürgen V die Leistungskondiktion gegen D zuzusprechen.[48]

F. Fazit

Insgesamt hat sich gezeigt, dass eine Orientierung – allein – am Leistungsbegriff in Verbindung mit dem Subsidiaritätsdogma nur in einfach gelagerten Konstellationen weiterhilft, in komplexeren Fallgestaltungen allerdings versagt, etwa weil der Leistende gleichzeitig nach mehreren Seiten hin leistet. Desgleichen versperrt dieses starre Verständnis jedwede Differenzierung nach Zurechnungsgesichtspunkten (etwa mangelnder Geschäftsfähigkeit oder fehlender Veranlassung) ebenso wie eine solche nach der Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Leistungsempfängers. Die von der Literatur stattdessen herausgearbeiteten teleologischen Kriterien zum Bereicherungsausgleich, die unter anderem diese beiden Aspekte mit aufgreifen, werden von der Rechtsprechung nicht nur für richtig befunden, sondern auch zunehmend zur Entscheidung konkreter Fallgestaltungen herangezogen.[49] Dennoch wäre auch eine methodisch und dogmatisch konsequente Umsetzung dieser Erkenntnisse – mit anderen Worten eine deutliche Abkehr von der Überstrapazierung des Leistungsbegriffs und dem wenig überzeugenden Subsidiaritätsdogma – wünschenswert. In der Literatur werden bereits seit langem gangbare Wege hierfür aufgezeigt; es wäre an der Zeit, diese Vorschläge aufzugreifen – nicht nur für die Rechtsprechung, sondern auch für die Ausbildung. ■

---

[43] Die Zahlung des Bürgen ist typischerweise zugleich eine Leistung an den Hauptschuldner – sei es, weil ein Auftragsverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner besteht oder der Hauptschuldner den Bürgen um Befriedigung des Gläubigers gebeten hat, was regelmäßig eine Ermächtigung i.S.d. § 783 BGB darstellen dürfte. **A.A.** *Lieb*, in: MüKoBGB (Fn. 15), § 812 Rn. 156; hiergegen ausführlich und treffend *Koziol*, ZBB 1989, 16, 19.

[44] *Canaris* (Fn. 9), S. 799, 837.

[45] So nun auch *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 V 4b, S. 244 f.

[46] Ebenso *St. Lorenz*, in: Staudinger (Fn. 2), § 812 Rn. 49 a.E.

[47] *Koziol*, ZBB 1989, 16, 20.

[48] So nunmehr auch *Larenz/Canaris* (Fn. 6), § 70 VI 3a, S. 250.

[49] Vgl. bereits die Hinweise in Fn. 3 sowie die Nachweise bei *St. Lorenz*, in: Staudinger (Fn. 2), § 812 Rn. 36 a.E.

Dr. Lars Teigelack, Hamburg*

„Heuschrecken und Häuslebauer“

– Neuerungen bei Immobilienfinanzierungen durch das Risikobegrenzungsgesetz –

A. Einleitung

Kreditnehmer, die mit einem Darlehen eine Immobilie finanzieren, sind in Berührung mit dem internationalen Kapitalmarktgeschehen gekommen, denn sie sahen sich mit neuen Gläubigern, den von der Politik sogenannten Heuschrecken, konfrontiert, weil ihre Hausbank „die Kredite verkauft“ hatte. Verschiedene, nicht immer richtige Medienbeiträge haben diese Begegnungen als existenzielle Bedrohung für die Kreditnehmer dargestellt.[1] Als Reaktion auf diese Vorkommnisse hat der Gesetzgeber kürzlich im Risikobegrenzungsgesetz[2] Maßnahmen zum Schutz der Kreditnehmer getroffen. Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die Struktur der Kreditverkäufe und geht der Frage nach, ob die neuen Regelungen wirksam, überflüssig oder schädlich sind.

Am Anfang stehen eine Einführung in die Motive und Technik der Kreditverkäufe sowie einige begriffliche Unterscheidungen (B. I., II.). Darauf folgt eine kurze Darstellung der Vertragsbeziehungen zwischen den beteiligten Parteien (B. III.). Anschließend wird die Rechtslage vor dem Risikobegrenzungsgesetz geschildert (C.), und schließlich werden die neuen Regelungen vorgestellt und bewertet (D.).

B. Kreditverkäufe

I. Begriffe und Motive

Als „Kreditverkäufe“ bezeichnet man umgangssprachlich die Übertragung entweder einer Forderung aus einem Darlehensverhältnis oder die Übertragung dieser Forderung und aller oder einiger Rechte und Pflichten aus dem Darlehensverhältnis.[3] Es soll im Folgenden nur um solche Fälle gehen, in denen nicht nur der Rückzahlungsanspruch, sondern auch weitere, aber nicht alle Rechte aus dem Kreditverhältnis übertragen werden. Die öffentliche Diskussion rankte sich zumeist um diese Fälle. Weiterhin ist zwischen notleidenden und nicht notleidenden Darlehensverhältnissen zu unterscheiden. Eine allgemeingültige Definition hat sich noch nicht herausgebildet. Als notleidend werden in der Regel solche Kreditverhältnisse bezeichnet, die entweder schon gekündigt wurden oder außerordentlich kündbar sind.[4] Zu dieser Gruppe können auch Problemkredite unterhalb der Kündigungsschwelle gehören.[5]

Der *Veräußerer* solcher Kredite möchte Risiken diversifizieren[6] und sich von der kosten- und zeitintensiven Bearbeitung notleidender Kredite befreien.[7] *Kreditinstitute* können außerdem ihr regulatorisches Eigenkapital entlasten, indem sie einige Risiken aus ihrer Bilanz entfernen.[8] Regulatorisches Eigenkapital sind Eigenmittel, die Banken nach § 10 ff. KWG zur Sicherung der Ansprüche ihrer Gläubiger vorhalten müssen und nicht für neue Kredite verwenden dürfen.[9] Der *Erwerber* der Kreditverhältnisse ist in erster Linie darauf bedacht, durch Abwicklung der Beziehungen Gewinne zu erzielen. Er hat die Kredite mit einem Abschlag auf den Nennwert erworben und hofft, durch Verwertung der Sicherheiten, Weiterverkauf der Kredite oder Druck auf die Schuldner den Wert dieser Kredite zu steigern.[10] Bei immobilienbesicherten Darlehen achten die Erwerber in der Regel nur darauf, wie schnell die Sicherheiten verwertet werden können.[11]

II. Transaktionsstrukturen

In der Praxis sind verschiedene Transaktionsstrukturen anzutreffen. Synthetische Transaktionen, bei denen die Darlehensforderungen in der Bilanz der Bank verbleiben, sollen hier nicht behandelt werden. Soll die Darlehensforderung dagegen aus der Bilanz der Bank herausgelöst werden, muss der Investor Gläubiger dieser Forderung werden. In diesem Falle stehen der Verkauf der Forderung (*true sale*), die Vertragsübernahme (Novation) oder eine Ausgliederung des Kreditportfolios auf eine neue Gesellschaft als Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung.[12]

Beim Forderungsverkauf schließen Bank und Investor einen Kaufvertrag über bestimmte Forderungen (Kreditportfolio) ab. Die Übertragung des Darlehensrückzahlungsanspruches und der Zinsansprüche an den Investor erfolgt durch Abtretung nach § 398 BGB. Diese Transaktionsstruktur ist in der Praxis am weitesten verbreitet.[13] Durch die Novation gehen nicht nur einzelne Ansprüche der Bank, sondern alle Rechte und Pflichten aus dem Kreditverhältnis auf den neuen Gläubiger über.[14] Die Vertragsübernahme bedarf allerdings der Genehmigung auch des Darlehensnehmers und ist deswegen in der Praxis eher selten anzutreffen.[15] Schließlich kann das Kreditportfolio mit umwandlungsrechtlichen Mitteln (Ausgliederung und Abspaltung, § 123 II Nr. 2 und III Nr. 2 UmwG) auf eine neue Gesellschaft überführt werden.[16] Die Ausgliederung ist neben der Abtretung die beliebteste Transaktionsstruktur.[17] Im Regelfall erwirbt eine eigens dafür ge-

---

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Professor Dr. Rüdiger Veil, Bucerius Law School, am Alfried Krupp-Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Unternehmens- und Wirtschaftsrecht und am Institut für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (IUKR) sowie Referendar in Hamburg.

1 Statt vieler http://www.daserste.de/plusminus/beitrag_dyn~uid,1ew1advn43bucfl8~cm.asp; s. auch *Schalast*, BB 2008, 2190 und BT-Drs. 16/9821, S. 12.

2 BGBl. I 2008, 1666.

3 *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123, 124.

4 § 490 I, III BGB, Nr. 19 III 3 AGB-Banken, Nr. 26 II AGB-Sparkassen.

5 *Nobbe*, ZIP 2008, 97; so auch *Bitterling*, Non Performing Loans in Deutschland, 2007, S. 3; *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271; *Domke/Sperlich*, BB 2008, 342 f.

6 *Bomhard/Kessler/Dettmeier*, BB 2004, 2085; *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1567; *Nobbe*, ZIP 2008, 97.

7 Wie Fn. 5; s. auch *Bitterling* (Fn. 5), S. 56; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1558; *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271, 272.

8 *Bitterling* (Fn. 5), S. 56; *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1567; *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1558; *Wörner/Flacke/Lotz*, ZBB 2005, 426, 427.

9 Statt vieler *Hillen*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG[3], 2008, § 10 KWG Rn. 1 ff.

10 *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1570; *Nobbe*, ZIP 2008, 97, 98.

11 *Nobbe*, ZIP 2008, 97 f.

12 S. nur *Bitterling* (Fn. 5), S. 15; *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271, 272 f.

13 *Bitterling* (Fn. 5), S. 15; *Schilmar/Breiteneicher/Wiedenhofer*, DB 2005, 1367, 1368; s. auch *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271, 273.

14 *Möschel*, in: MüKo-BGB[5], 2007, § 414 Rn. 7.

15 *Bomhard/Kessler/Dettmeier*, BB 2004, 2085, 2088; *Schilmar/Breiteneicher/Wiedenhofer*, DB 2005, 1367, 1369.

16 *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271, 272 f.; *Nobbe*, ZIP 2008, 97, 99; *Schalast*, BKR 2006, 193, 197.

17 *Schilmar/Breiteneicher/Wiedenhofer*, DB 2005, 1367, 1368.

gründete Zweckgesellschaft die Kredite und finanziert den Kaufpreis durch Ausgabe von Schuldverschreibungen am Kapitalmarkt, die sowohl durch den Wert des Forderungsportfolios als auch durch die Grundpfandrechte gesichert sind (*mortgage backed securities* oder MBS).[18]

III. Vertragsbeziehungen

Der Investor könnte den Kredit ordnungsgemäß abwickeln, indem er mit dem Schuldner kooperiert oder ihn nachdrücklich zur Zahlung anhält. Die Differenz zwischen Nominalbetrag plus Zinsen und dem an die Bank gezahlten Kaufpreis ist sein Gewinn, aus dem er je nach Struktur der Transaktion die MBS ablösen muss. Der Investor kann aber auch in die vom Kreditnehmer gestellten Sicherheiten vollstrecken und die Differenz zwischen dem Verwertungserlös und dem Kaufpreis des Portfolios realisieren.

1. Ursprüngliches Kreditverhältnis

Zwischen Kreditnehmer und Bank besteht ein Darlehensvertrag nach § 488 BGB, zu dessen Besicherung typischerweise drei weitere Vereinbarungen getroffen werden. Erstens bestellt der Kreditnehmer der Bank ein Grundpfandrecht an dem zu erwerbenden Grundstück. In der Praxis handelt es sich fast ausschließlich um Grundschulden nach §§ 1191 ff. BGB. Da die Grundschuld von der zugrunde liegenden Kreditforderung abstrakt ist, wird sie über die so genannte Sicherungsvereinbarung mit der Forderung verbunden. Dort wird unter anderem vereinbart, dass die Bank trotz der Unabhängigkeit der Grundschuld von der Forderung nur unter bestimmten Voraussetzungen (Sicherungsfall) in das Grundstück vollstrecken darf.[19] Hierzu gehört insbesondere die Fälligkeit der besicherten Forderung. Versucht die Bank, vor Eintritt des Sicherungsfalles zu vollstrecken, steht dem Kreditnehmer die Einrede des nicht vorliegenden Sicherungsfalles zu.[20]

Zweitens unterwirft sich der Kreditnehmer der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Die Grundschuldbestellung wird mitsamt Unterwerfungserklärung notariell beurkundet, und die Bank kann nach §§ 794 Nr. 5, 800 ZPO sofort aus der Urkunde vollstrecken, ohne Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung erheben zu müssen.[21]

Drittens übernimmt der Kreditnehmer neben der dinglichen (Grundstück) auch die persönliche Haftung für den Betrag der Grundschuld, Zinsen und Nebenleistungen. Neben der Grundschuld dient der Bank nun auch das restliche Vermögen des Schuldners als Sicherheit für die Darlehensforderung. Zwar haftet der Schuldner schon im Ausgangspunkt mit seinem gesamten Vermögen, die Haftungsübernahme (§§ 780 f. BGB) schafft jedoch einen neuen abstrakten Schuldgrund, so dass die Bank das Bestehen eines Darlehensvertrages nicht mehr beweisen muss. Auch die Haftungsübernahme wird mit einer Sicherungsabrede verknüpft.[22]

2. Neugläubiger und Kreditnehmer

Die Abtretung von Forderungen ist grundsätzlich ohne Zustimmung des Schuldners möglich. Ausgleich dafür sind die Vorschriften der §§ 404 ff. BGB, die einen ausreichenden Schutz der Schuldnerinteressen bewirken.[23] Nichtakzessorische Sicherungen wie die Grundschuld und die abstrakte Haftungsübernahme nach §§ 780 f. BGB gehen nicht automatisch nach § 401 BGB mit der Forderung auf den Investor über, sondern müssen separat übertragen werden. Grundschuld und Schuldanerkenntnis können grundsätzlich zusammen mit der Forderung abgetreten werden.[24] Die treuhänderische Bindung aus der Sicherungsvereinbarung geht dagegen nicht automatisch auf den neuen Gläubiger über.[25] In der Praxis verpflichtet sich der Altgläubiger daher – einer entsprechenden Vorgabe des BGH folgend – im Normalfall, die Verpflichtungen aus der Sicherungsabrede auf den Investor zu erstrecken.[26]

C. Befürchtungen

Idealerweise ergeben sich aus der Transaktion keine erheblichen Folgen für die Kreditnehmer. In letzter Zeit sind jedoch in den Medien Fälle dargestellt worden, in denen Neugläubiger in die Sicherheiten vollstreckt haben sollen, ohne dass der Sicherungsfall vorlag. Kündigungen sollen zu Unrecht ausgesprochen oder Kündigungsgründe provoziert worden sein.[27] Die Politik befürchtet, dass der Neugläubiger auch in Fällen von *performing loans*, also Darlehen, die nicht gekündigt oder kündbar sind, allein an der Verwertung der Sicherheit interessiert ist und diese Verwertung durch Druck auf den Kreditnehmer schnellstens herbeiführen will. Die Bindung zwischen Grundschuld und Forderung, die Sicherungsabrede, werde durch die Abtretung gegenstandslos. Der Neugläubiger unterliege keiner Treuhandbindung mehr und werde den Kreditnehmer unangemessen unter Druck setzen.[28] Die Abtretung der Forderung an einen Investor ohne Banklizenz, der nicht allen seinen Schuldnern, das sei gewerbsmäßig und damit verboten (vgl. § 32 I KWG), ein neues Darlehen zur Verfügung stellen kann, werde dazu führen, dass eine auslaufende Zinsbindung nicht verlängert werde, der Kreditnehmer keine Anschlussfinanzierung finde und es deshalb zur Verwertung der Sicherheiten komme.[29]

D. Rechtslage vor dem Risikobegrenzungsgesetz

Der Bundesgerichtshof[30] hat sämtliche von der Literatur und dem OLG Frankfurt/Main[31] vorgeschlagenen Beschränkungen der freien Abtretbarkeit von Darlehensforderung und Grundschuld (z.B. aus dem Bankgeheimnis oder dem Bundesdatenschutzgesetz) verworfen.

Das Gericht verwies die Kreditnehmer auf Schadensersatzansprüche gegen die kreditgebende Bank, die in der Praxis jedoch kaum durchsetzbar sein dürften. Der Nachweis eines Schadens aus der Datenweitergabe wird in der Regel sehr schwer fallen, da der Verlust des Grundstücks auf der Voll-

---

[18] Exemplarisch zu solchen Transaktionen und den Begriffen *Jahn*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch[3], § 114a Rn. 1-7.

[19] *Baur/Stürner*, Sachenrecht[17], 1999, § 45 Rn. 10; *Epp*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch[3], § 94 Rn. 294, 365.

[20] *Eickmann*, in: Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB[4], 2004, § 1191 Rn. 86 f.

[21] S. nur *Epp*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 19), § 94 Rn. 224.

[22] Dogmatisch ist die Haftungsübernahme als abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis nach §§ 780 oder 781 BGB anzusehen; zum Ganzen *Epp* (Fn. 19), § 94 Rn. 237 f.

[23] S. nur *Roth*, in: Krüger (Red.), Münchener Kommentar zum BGB[5], 2007, § 404 Rn. 1.

[24] *Zimmermann*, BKR 2008, 95, 98; **a.A.** *Reifner*, BKR 2008, 142, 148.

[25] BGH, NJW 1996, 461, 463; *Baur/Stürner* (Fn. 19), § 45 Rn. 56; *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271, 273; *Clemente*, ZfIR 2007, 737, 740 m.w.N.

[26] *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1568 m.w.N.; *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123, 126.

[27] *Reifner*, BKR 2008, 142, 143; s. auch oben Fn. 1.

[28] Gesetzesantrag des Freistaates Bayern, BR-Drs. 152/08, S. 1, 2.

[29] Gesetzesantrag des Freistaates Bayern, BR-Drs. 152/08, S. 5 f.

[30] BGH, NJW 2007, 2106 ff.

[31] OLG Frankfurt/M., NJW 2004, 3266, 3267; *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472, 474 (ergänzende Vertragsauslegung).

streckung und nicht auf der Datenweitergabe beruht.[32] Zur Vollstreckung wäre auch der ursprüngliche Gläubiger berechtigt gewesen, so dass die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden problematisch wäre. Aus den gleichen Gründen führt der Verstoß gegen das BDSG wahrscheinlich nicht zu einem Anspruch des Kunden aus § 7 BDSG.[33] Vollstreckt der Investor unberechtigt, besteht der Schaden im Verlust des Grundstücks. Erst nach erfolgter Vollstreckung könnte der Kreditnehmer auf eigene Initiative einen langwierigen Prozess gegen den Altgläubiger führen.[34]

Die Kombination aus freier Abtretbarkeit der Forderung und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung soll nach einigen Stimmen in der Literatur als unangemessene Benachteiligung gem. § 307 I 1 BGB anzusehen sein, da eine solche Rechtsmacht nur im Vertrauen auf die Bank als Geschäftspartner eingeräumt werde. Die Unterwerfung soll nur erlaubt sein, wenn die Abtretbarkeit ausgeschlossen oder an eindeutige Voraussetzungen geknüpft sei.[35] Diese Sichtweise verursacht jedoch eine Überschneidung mit dem neuen Risikobegrenzungsgesetz und wird sich deshalb wahrscheinlich nicht halten können. Wenn schon die Vereinbarung einer Vollstreckungsunterwerfung rechtswidrig wäre, bedürfte es des Anspruchs wegen rechtswidriger Vollstreckung aus der Unterwerfung nicht mehr (vgl. § 799a ZPO n.F.). Die Entscheidung des Gesetzgebers für den Schadensersatzanspruch ist vielmehr so zu verstehen, dass die freie Abtretbarkeit auch gepaart mit einer Unterwerfungserklärung nicht zu beanstanden sei, solange die durch das Risikobegrenzungsgesetz eingeführten Hinweispflichten erfüllt werden.[36]

In der Zwangsvollstreckung kann der Schuldner seine Interessen hauptsächlich über die Vollstreckungsabwehrklage gegen den Neugläubiger nach §§ 795 S. 1, 767 ZPO[37] wahren. Vor der Verabschiedung des Risikobegrenzungsgesetzes ergab sich die Schwierigkeit, dass der Investor die Grundschuld nach §§ 1157 S. 2, 892 BGB gutgläubig einredefrei erwerben konnte. Dem Schuldner fehlte damit eine Einwendung im Sinne des § 767 ZPO. Außerdem kann der Streitwert bei all diesen Prozessen erhebliche Höhen erreichen, und der Kreditnehmer muss die Prozesse vorfinanzieren.[38] Ferner müsste der Schuldner im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage beweisen, dass der Investor beim Erwerb der Grundschuld die Sicherungsabrede kannte. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes genügt Kenntnis des Sicherungscharakters der Grundschuld nicht aus. Bösgläubig ist nur, wer weiß, dass die gesicherte Forderung nicht bestand oder einredebehaftet ist, was nur äußerst selten der Fall sein wird.[39] *De lege lata* gab es somit keinen sicheren Weg, die Versteigerung durch präventiven Rechtsschutz zu stoppen.

E. Interessenausgleich *de lege ferenda*

Der offizielle Entwurf des Risikobegrenzungsgesetzes[40] enthielt noch keine ausführlichen Regelungen zur Kreditproblematik. Die zwischen den Fraktionen im Einzelnen umstrittenen Vorschläge wurden als Artikel 6 des Risikobegrenzungsgesetzes in die Beschlussempfehlung des Finanzausschusses aufgenommen und passierten am 27. Juni 2008 den Bundestag sowie am 4. Juli 2008 den Bundesrat.[41]

I. Einleitung

Der Gesetzgeber hat im Risikobegrenzungsgesetz zwei methodisch unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten kombiniert. Einerseits wird ein *Informationsmodell* verfolgt, nach dem in bestimmten Situationen Informationspflichten zu erfüllen sind, die als milderes Mittel gegenüber direkten staatlichen Eingriffen angesehen werden.[42] Auf der anderen Seite stehen staatliche *Eingriffe* in das Marktgeschehen im Darlehens- und Grundschuldrecht.

Zunächst ist auf drei grundlegende Prämissen hinzuweisen. Erstens setzt Transparenz als Lösung voraus, dass der Empfänger der Information diese richtig versteht und sie entsprechend umsetzen kann. Es darf keine anderen Faktoren geben, die eine freie Entscheidung unmöglich machen. Dass direkte staatliche Eingriffe der Marktlösung vorzugswürdig sind, steht zweitens nicht fest. Vielmehr können auch staatliche Stellen irrationale Entscheidungen treffen und von versteckten Wertungen geleitet werden.[43] Drittens gilt es, unbeabsichtigte Nebenfolgen skandalinduzierter Gesetzgebung[44] zu vermeiden. Jede Maßnahme muss sich daher der Testfrage stellen, welche Folgen ihre unterschiedslose Anwendung auf alle Kredite hätte.

II. Das Risikobegrenzungsgesetz

1. Schuldrecht

Im Schuldrecht sind hauptsächlich neue Informationspflichten entstanden, denen der gemeinsame Zweck zugrunde liegt, den Kreditnehmer vor Überraschungen und vollendeten Tatsachen zu schützen.[45] Daneben ist der Kündigungsschutz zu Gunsten der Kreditnehmer verändert worden.

a) Hinweispflichten des Kreditinstituts

Zu den verbraucherkreditrechtlichen Pflichtangaben gehört nun nach § 492 Ia BGB auch ein Hinweis auf die Abtretbarkeit des Kreditengagements. Der Verbraucher soll die Vertragsverhandlungen abbrechen und sich an eine andere Bank wenden können, wenn er mit der Abtretbarkeit nicht einverstanden ist.

Der neue § 492a BGB statuiert eine doppelte Unterrichtungspflicht, und zwar über die Bereitschaft zur Fortführung des Kredits oder der Zinsbindung und über die entsprechenden Konditionen. Nach Abs. 3 treffen diese Pflichten auch eventuelle Erwerber des Darlehens. Der Kreditnehmer soll sich

---

[32] S. auch *Nobbe*, ZIP 2008, 97, 104.

[33] *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271, 275.

[34] *Zimmermann*, BKR 2008, 95, 100.

[35] *Schimansky*, WM 2008, 1049, 1051 f.; ähnlich *Reifner*, BKR 2008, 142, 148; dem folgt LG Hamburg, NJW 2008, 2784 ff. m. Anm. *Dümig*; **a.A.** *Binder/Piekenbrock*, WM 2008, 1816; *Freitag*, WM 2008, 1813.

[36] So auch *Schalast*, BB 2008, 2190, 2194; *Schulz*, ZIP 2008 1859, 1863; zu den neuen Pflichten s.u. D. III. 1. a).

[37] *Epp*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 19), § 94 Rn. 226a; *Zimmermann*, BKR 2008, 95, 98.

[38] *Schimansky*, BKR 2008, 1049, 1051.

[39] BGHZ 103, 72, 82.

[40] BT-Drs. 16/7438.

[41] BT-Drs. 16/9778; BR-Drs. 449/08.

[42] *Rehberg*, in Eger/Schäfer, Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, 2007, S. 284, 286.

[43] *Paredes*, 81 Wash. U.L.Q. (2003) 417, 418; *Choi/Pritchard*, 56 Stan. L. Rev. (2003) 1, 20 ff.

[44] Dazu *Fleischer*, FS Priester, 2007, S. 95.

[45] Besonders deutlich wird diese Zielsetzung an einigen Stellen der Parlamentsdebatten. Beispielsweise *Norbert Geis*, *Julia Klöckner*, Abg. der CDU/CSU, Plenarprotokoll 16/173, S. 18465, 18466 abrufbar unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/16/16173.pdf.

entscheiden können, ob er das Darlehen ggf. umschulden möchte.[46]

Ferner muss der Kreditnehmer nach § 496 II BGB über die *vollzogene* Abtretung oder einen Wechsel des Vertragspartners sowie über die Kontaktdaten der neuen Partei unterrichtet werden.[47] Der Kreditnehmer soll sich mit der Geschäftspolitik des Zessionars oder neuen Vertragspartners vertraut machen und gegebenenfalls das Darlehen umschulden können.[48]

b) AGB-Recht

Formularmäßige Zustimmungen zu Übertragungen von Darlehensverträgen sind nach der Ergänzung des § 309 Nr. 10 BGB nicht mehr möglich, wenn nicht der Zessionar vorher bezeichnet oder dem Darlehensnehmer ein Kündigungsrecht eingeräumt wird. Auch diese Regelung soll dem Kreditnehmer vor Augen führen, dass seine Bank das Engagement an einen unbekannten Investor weiterreichen kann. Ist der Kreditnehmer damit nicht einverstanden, soll er sich einen anderen Anbieter suchen können.

c) Kündigungsschutz im Darlehensrecht

Nach dem neuen § 498 III BGB gilt die erschwerte Kündigung von Verbraucherkrediten unter bestimmten Voraussetzungen nun auch im Immobiliardarlehensrecht. Der Darlehensgeber muss somit eine zweiwöchige Zahlungsfrist setzen und ein Sanierungsgespräch anbieten, der Verbraucher außerdem mit zwei *aufeinanderfolgenden* Raten ganz oder teilweise und mindestens 2,5 % des Nennbetrages in Verzug sein.

2. Sachenrecht

Die Verletzung schuldrechtlicher Pflichten wirkt sich nicht auf die dingliche Rechtslage aus, sondern zieht nur Schadensersatzansprüche nach sich.[49] Auf die dingliche Rechtslage hat der Gesetzgeber im Wesentlichen durch die Schaffung eines Sonderrechts für Sicherungsgrundschulden eingewirkt.

a) Die Sicherungsgrundschuld, § 1192 Ia BGB

Kernbefürchtung in der Diskussion um Kreditverkäufe war, dass der neue Gläubiger nicht an der Fortsetzung der Kundenbeziehung interessiert sei und ohne Rücksicht auf die Sicherungsvereinbarung die Zwangsvollstreckung betreiben werde, da er die Grundschuld gutgläubig einredefrei erwerben könne. Der Erwerber eines Sicherungsrechts ist nämlich nach h.M. nur dann bösgläubig, wenn er den Sicherungszweck der Grundschuld kennt und darüber hinaus auch weiß, dass die gesicherte Forderung einredebehaftet ist oder nicht besteht.[50]

Der Gesetzgeber hat daher in §1192 Ia BGB die neue Kategorie der *Sicherungsgrundschuld* geschaffen. Bei Grundschulden, die zur Sicherung eines Anspruchs verschafft wurden, schließt die Vorschrift die Anwendbarkeit des § 1157 S. 2 BGB aus, so dass der Kreditnehmer dem neuen Gläubiger gem. §§ 1192 I, 1157 S. 1 BGB die sich aus der Sicherungsabrede ergebenden Einreden in jedem Falle entgegenhalten kann.[51]

b) Kündigungsschutz im Grundschuldrecht

Die Kündigung durch den Neugläubiger wird auch im Sachenrecht erschwert, denn praxisübliche formularmäßige Abweichungen von der 6-monatigen Kündigungsfrist gemäß § 1193 I BGB (sofortige Fälligkeit)[52] sind nach § 1193 II 2 BGB nicht mehr möglich. Dem Schuldner soll eine Atempause verschafft und Gelegenheit gegeben werden, die Vollstreckung durch Umschuldung oder rechtliche Schritte abzuwenden. In der Vergangenheit konnte der Gläubiger Darlehen und Grundschuld sofort fällig stellen und mit Hilfe der Unterwerfungserklärung sofort vollstrecken. Daraus konnte sich in der Praxis ein erhebliches Droh- und Überrumpelungspotential ergeben.[53]

3. Zwangsvollstreckung

Der Gesetzgeber versucht ferner, den Schuldner in einer schon eingeleiteten Vollstreckung zu schützen. Mit dem neuen § 799a ZPO entsteht ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch für den Fall, dass der neue Gläubiger zu Unrecht aus der Unterwerfungsurkunde vorgeht.

In Bezug auf die Vollstreckungsgegenklage nach §§ 795 S. 1, 767 ZPO hat der Gesetzgeber eine weitere Neuerung bewirkt, indem er die Anforderungen an einstweilige Anordnungen abgesenkt hat. Nach dem neuen § 769 I 2 ZPO kann das Prozessgericht die Zwangsvollstreckung vorläufig einstellen, ohne dass der Schuldner Sicherheit leisten muss. Der Schuldner muss dazu mittellos sein und das Gericht dem Antrag hinreichende Erfolgschancen einräumen. Der Gesetzgeber wollte den Schuldner ermutigen, sich frühzeitig gegen Vollstreckungen zur Wehr zu setzen.

III. Bewertung der Vorschläge

1. Empirische Unsicherheit

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die empirische Basis der Befürchtungen bestenfalls uneinheitlich ist. Teilweise wurde die Neuregelung als überflüssig kritisiert, da gutgläubig einredefreier Erwerb aufgrund der ausführlichen *due diligence* und der Rechtsprechung des BGH, nach der der Erwerber in die Pflichten des Sicherungsvertrages einzusetzen ist, in der Praxis ohnehin ausgeschlossen sei. Dem Schuldner hätten in der Zwangsvollstreckung ausreichende Verteidigungsmittel zur Verfügung gestanden.[54] Mit Sicherheit wird es jedoch einige schwarze Schafe geben; der Sachverhalt im Urteil des *OLG München*[55] unterstreicht diese These. Der Gesetzgeber darf aufgrund seiner Einschätzungsprärogative auch in empirisch unsicherer Lage Regelungen treffen.[56]

2. Schuldrecht

Transparenz kann ihre Wirkung nur entfalten, wenn keine anderen Umstände der freien Entscheidung des Adressaten entgegenstehen.

---

[46] Vgl. BR-Drs. 152/08, S. 11 und BT-Drs. 16/9821, S. 20.

[47] Artikel 17 II der Richtlinie 2008/48/EG des europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. EU 2008, L 133/66 enthält zwar eine identische Verpflichtung. Die Richtlinie soll nach Erwägungsgrund 14 jedoch nicht auf grundpfandrechtlich gesicherte Kredite anwendbar sein.

[48] BT-Drs. 16/9821, S. 21; s. auch *Schalast*, BB 2008, 2190, 2192 f.

[49] In diesem Zusammenhang BGH, NJW 2007, 2106, 2107.

[50] BGHZ 103, 72, 82.

[51] BT-Drs. 16/9821, S. 22.

[52] *Epp* (Fn. 19), § 94 Rn. 205.

[53] BT-Drs. 16/9821, S. 14, 23; *Schimansky*, WM 2008, 1049, 1050; **a.A.** *Schalast*, BB 2008, 2190, 2193, der bei notarieller Belehrung zu Recht *in der Theorie* keine Überraschungseffekte sieht. In der Praxis werden viele Kreditnehmer den Belehrungen des Notars wohl nicht die nötige Aufmerksamkeit schenken oder meinen, ihnen selbst werde schon nichts Schlimmes widerfahren.

[54] Statt vieler *Fidgen*, WM 2008, 1862, 1867; *Hey*, Jura 2008, 721, 724 f.; *Koch*, ZBB 2008, 232, 236.

[55] OLG München, WM 2008, 688.

[56] BVerfGE 85, 191, 212; s. auch *Dreier*, in: Dreier, GG^2, 2004, Vorb. Rn. 103.

Zu § 496 II BGB ergibt sich daher das Problem, dass der Schuldner von einem Zessionar mit Missbrauchsabsichten keine Informationen über diese Absichten erhalten wird. Im Sachverhalt, der der Entscheidung des *OLG München*[57] zugrunde lag, war dem Schuldner nach der Abtretung kein Kontakt mit dem Neugläubiger möglich. Dessen Abwicklungsgesellschaften (*Servicer*) sitzen häufig im Ausland, so dass auch Sprachbarrieren die Information des Schuldners schmälern könnten. Sollte der Schuldner mangels Information über den Neugläubiger sein Darlehen umschulden wollen, ergeben sich weitere Restriktionen. Viele Schuldner werden auf dem Markt keine Anschlussfinanzierung zu akzeptablen Konditionen erhalten. Damit sind vor allem Schuldner gemeint, die schon mit einigen Raten im Verzug sind, deren Darlehen jedoch noch nicht gekündigt sind.

Im Rahmen des § 492a BGB ist die Befürchtung aufgeworfen worden, es sei dem Erwerber wegen § 32 I KWG rechtlich unmöglich, dem Schuldner eine Prolongation anzubieten, weil er kein gewerbliches Kreditgeschäft betreiben dürfe.[58] Diese Bedenken greifen nicht durch, denn der Darlehensvertrag ist zivilrechtlich wirksam, auch wenn er ohne die erforderliche Bankerlaubnis geschlossen wurde.[59]

Die Neuregelungen in §§ 309 Nr. 10 und 492 Ia BGB sollen dem Schuldner ermöglichen, nicht gegen seinen Willen ein frei abtretbares Darlehen aufnehmen zu müssen. Diese Transparenzpflicht hilft jedoch Schuldnern mit schlechter Bonität nicht weiter, weil eine andere Bank ihnen möglicherweise keinen unabtretbaren Kredit anbieten oder dies nur zu höheren Zinsen tun wird. Die verbraucherschützende Wahlfreiheit kommt somit nur Verbrauchern zugute, die sich einen Konditionsaufschlag leisten können. Darüber hinaus gilt § 309 Nr. 10 BGB nur für Novationen, kann also mit Abtretungs- oder Umwandlungskonstruktionen umgangen werden.[60] An der bisherigen Transaktionspraxis vermag die Vorschrift nicht viel zu ändern.

Bei § 498 III BGB können 2,5 % vom Nennbetrag einen erheblichen Gesamtverzugsbetrag bedeuten, wenn man bedenkt, dass Immobiliarkredite sich auf mehrere 100.000 € belaufen können. Jedoch werden sowohl Altgläubiger als auch Erwerber mit dieser Regelung leben können. Dem Schuldner verschafft sie ein wenig Raum zur Sanierung, jedoch bleibt der Kündigungsgrund aus § 490 I BGB im Hintergrund bestehen. Wird der Schuldner also arbeitslos oder verliert seine Immobilie an Wert, droht weiterhin die Kündigung, da § 498 III BGB nur für Kündigungen wegen Verzuges gilt.[61]

Als Fazit zum schuldrechtlichen Teil lässt sich festhalten, dass die neuen Hinweispflichten vor allem solchen Schuldnern nutzen werden, die eine Umschuldung problemlos erwirken oder sich höhere Zinsen als Preis für eine eingeschränkte Abtretbarkeit leisten können. Dieses Phänomen muss nicht immer nachteilig sein, denn es ist nicht Aufgabe des Gesetzgebers, Schuldnern mit schlechter Bonität zu Darlehen von enormen Volumina zu verhelfen. Auch die sogenannte *subprime*-Krise beruht zumindest teilweise darauf, dass Kredite an Schuldner mit schlechter Bonität ausgereicht wurden.

Für die Kreditinstitute bedeuten diese Pflichten keine unüberwindbare Belastung, denn Verletzungen sind nur mit Schadensersatzansprüchen und nicht mit Unwirksamkeit der Forderungsübertragung sanktioniert. Mit Ausnahme der Hinweispflicht nach § 492 Ia BGB sind diese Pflichten anlassabhängig, so dass der *information overload* bei Vertragsabschluss nicht noch verschlimmert wird.

3. Sachenrecht

Die einschneidendsten Änderungen liegen im Sachenrecht, denn der Gesetzgeber verlässt dort das Transparenzmodell und greift in ein bewährtes Institut des Sachenrechts ein. Die neu geschaffene Sicherungsgrundschuld ist weniger verkehrsfähig, weil Einreden nicht mehr dem Gutglaubensschutz unterliegen. Der Gesetzgeber hat den Ausschluss des Gutglaubenserwerbs nicht auf Verbrauchergeschäfte beschränkt, sich aber bei der Abfassung des Risikobegrenzungsgesetzes von dieser Konstellation leiten lassen. Es stellt sich also die Frage nach unerwünschten Nebenfolgen skandalinduzierter Gesetzgebung.

Der Ausschluss des Gutglaubenserwerbs steht dogmatisch nicht im Widerspruch zu sachenrechtlichen Prinzipien, denn die Grundschuld sollte von jeher im Vergleich zur Hypothek das weniger verkehrsfähige Instrument sein.[62] Ein Argument für diese Ansicht liefert die einschlägige Rechtsprechung, die zumindest auf schuldrechtlicher Ebene dem Aberwerb von Einreden entgegenwirken will, indem sie den Veräußerer verpflichtet, den Erwerber in die Sicherungsabrede eintreten zu lassen.[63]

Soweit die Neuregelung als überflüssig kritisiert wurde, ist darauf hinzuweisen, dass nur die angeblich ohnehin übliche Vertragspraxis zementiert und die schuldrechtliche Lösung des Bundesgerichtshofes in eine sachenrechtliche Lösung umgewandelt wurde.[64] Erwerber und Veräußerer ohne Missbrauchsabsichten werden nicht benachteiligt, insbesondere die Refinanzierung der Banken durch Übertragung von Forderungen wird nicht beeinträchtigt, wenn nur solche Mechanismen festgeschrieben werden, deren Geltung schon bisher außer Frage stand.

Nicht anzuraten ist dagegen, von nun an Hypotheken zur Sicherung zu benutzen, die der Kündigungsfrist des § 1193 BGB nicht unterliegen. Denn sowohl die Unterwerfungserklärung als auch das abstrakte Schuldanerkenntnis setzen einen betragsmäßig bestimmten Anspruch voraus, den die Hypothek gerade nicht bietet.[65]

4. Zwangsvollstreckung

Der verschuldensunabhängige Schadensersatzanspruch fügt sich in das System der Ansprüche aus der ZPO (vgl. § 717 II ZPO), würde den Kreditnehmer jedoch allein nicht ausreichend vor dem Verlust der Immobilie schützen. Der Schuldner muss beweisen, dass die Zwangsvollstreckung rechtswidrig war. Die meisten Abwickler sitzen darüber hinaus im Ausland, so dass auch die Vollstreckung problematisch werden könnte.[66] Zudem liegt die Initiativlast noch immer beim Schuldner, auch wenn er nunmehr Ersatz für die zur Abwendung der Vollstreckung erbrachten Leistungen verlangen kann.

---

[57] OLG München, WM 2008, 688.

[58] BR-Drs. 152/08, S. 11 f.; s. auch *Knops*, WM 2008, 2185, 2188.

[59] *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271, 275; *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG[3], 2008, § 32 KWG Rn. 16-19.

[60] *Kieninger*, in MüKoBGB (Fn. 23), § 309 Nr. 10 Rn. 6; der Gesetzgeber hat dies in Bezug auf Abtretungen ausdrücklich gebilligt, BT-Drs. 16/9821, S. 19.

[61] Zu § 490 BGB s.u. 5.

[62] *Eickmann*, in: MüKo-BGB (Fn. 20), § 1191 Rn. 93.

[63] S.o. A. III. 2.

[64] S. auch *Schalast*, BB 2008, 2190, 2193.

[65] *Hey*, Jura 2008, 721, 722 m.w.N.

[66] *Schimansky*, WM 2008, 1049, 1051.

Vorläufige Anordnungen nach § 769 I 2 ZPO zu erleichtern, ist ebenfalls nicht zu beanstanden, da ordnungsgemäß vollstreckende Gläubiger nicht unzumutbar beeinträchtigt werden. Wirklich Neues bringt die Vorschrift jedoch nicht, da in der Gerichtspraxis vorläufige Maßnahmen durchaus ohne Sicherheitsleistung angeordnet wurden.[67]

Abschließend ist dem Kreditnehmer trotz der Initiativlast durchaus zumutbar, sich in einer Frage von solcher Tragweite wie der Zwangsversteigerung seines Grundstücks von einem Rechtsanwalt beraten zu lassen. Insbesondere nach Einführung der sechsmonatigen Kündigungsfrist bleibt genug Zeit, Rechtsrat einzuholen und die Verteidigung vorzubereiten.

5. Weitergehende Forderungen

Ursprünglich war ein Sonderkündigungsrecht des Kreditnehmers für den Fall einer Abtretung der Forderung oder eines Wechsels des Gläubigers insgesamt (Umwandlung) vorgesehen. Der Gesetzgeber hat zu Recht von diesem Instrument keinen Gebrauch gemacht. Es wäre nur solchen Kreditnehmern zugute gekommen, die sich nach der Kündigung problemlos eine Anschlussfinanzierung hätten verschaffen können. Außerdem hätte die Refinanzierung der Kreditinstitute darunter leiden können, dass unklar ist, welche Forderungen auf den Refinanzierer übergehen.[68] Im grenzüberschreitenden Handel mit Forderungen im Geltungsbereich des EG-Vertrages wäre ferner die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 I EG) beschränkt worden, in deren Schutzbereich der Handel mit diesen Forderungen einzuordnen ist. Die Abwägung zwischen den Refinanzierungsinteressen der Banken und zwingenden Interessen der Allgemeinheit, namentlich dem Verbraucherschutz, wäre keinesfalls sicher zu Gunsten des Verbraucherschutzes ausgefallen.[69]

Des Weiteren wollte der Gesetzgeber Kreditinstitute dazu verpflichten, nichtabtretbare Kredite anzubieten, was zu ähnlichen Problemen wie beim Sonderkündigungsrecht geführt hätte. Der Markt ist dieser Pflicht jedoch zuvorgekommen und bietet nun einige Kredite ohne Abtretungsmöglichkeit an.[70]

Der Gesetzgeber hätte jedoch im Rahmen des Kündigungsgrundes nach § 490 I BGB für mehr Rechtssicherheit sorgen können. Nach dieser Vorschrift kann das Darlehen schon wegen drohenden Vermögensverfalls oder Wertverfalls der Sicherheit gekündigt werden, wenn der Rückzahlungsanspruch der Bank dadurch gefährdet wird.[71] Die Norm ist wegen dieser unbestimmten Rechtsbegriffe recht konturenlos, was für die Kreditnehmer misslich sein kann. Sie bleibt neben § 498 BGB anwendbar[72] und enthält mit der Kündigung wegen drohenden Vermögensverfalls ein weitaus größeres Drohpotential. Denn es genügt eine Situation, in der Zahlungsausfälle lediglich bevorstehen, wie der Fall, dass der Kreditnehmer arbeitslos wird. Diese Situation will der Gesetzgeber jedoch im Auge behalten.[73]

F. Fazit

Die neuen Regelungen zum Kreditnehmerschutz basieren auf einer unsicheren empirischen Grundlage. Nicht alle Änderungen durch das Risikobegrenzungsgesetz verbessern die Lage der Schuldner bei Kreditverkäufen. Die Transparenzpflichten helfen nur solchen Verbrauchern, die sich problemlos Anschlussfinanzierungen verschaffen können. Die schuldrechtlichen Änderungen sind schwach sanktioniert oder können umgangen werden. Im Sachenrecht hat der Gesetzgeber mit der Abschaffung des gutgläubig einredefreien Erwerbs und mit der zwingenden Kündigungsfrist für Grundschulden substantielle Änderungen zu Gunsten der Schuldner vorgenommen. Zu Recht wurden kein Sonderkündigungsrecht und keine Pflicht zum Angebot abtretungsfester Kredite eingeführt, beim Kündigungsgrund des § 490 I BGB hätte der Gesetzgeber jedoch für mehr Sicherheit sorgen können. Missbrauchspotential wird sich über diese Norm weiterhin eröffnen, der Kreditnehmer hat nun allerdings mehr Zeit, seine Verteidigung vorzubereiten. Mit dem gefundenen Kompromiss werden alle Seiten leben können. ■

[67] *Koch*, ZBB 2008, 232, 236.
[68] *Schalast*, BB 2008, 2190, 2191.
[69] Vgl. OLG Schleswig, BKR 2008, 25, 26 f.
[70] S. auch *Schalast*, BB 2008, 2190, 2191.
[71] Zu den Voraussetzungen *Berger*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB[5], 2008, § 490 Rn. 2-13; *Bruchner/Krepold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch[3], 2007, § 79 Rn. 126-141.
[72] Str., dafür *Hey*, Jura 2008, 721, 725; *Jungmann*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch[3], 2007, § 81 Rn. 719; **a.A.**: *Schürnbrand*, in: MüKo-BGB[5], 2008, § 498 Rn. 22.
[73] BT-Drs. 16/9821, S. 14 f.

International

Haitham A. Haloush, Zarqa (Jordan)*

The Jordanian Landlord Tenant Act: Radical Departure From Protective Measures

A. Introduction

The Jordanian legislator enacted the Landlord Tenant Act (the "Act") in 2000 which has amended the law of 1994.[1] The relationship between tenants and landlords has been always a perplexing issue due to its social, economic and even humanitarian impacts. This perplexity has been augmented by Article 5(a)(b) of the Act. Up to now, it has been a well established law, norm and practice in Jordan to extend the tenancy agreement automatically and under the same conditions, especially the same rent, notwithstanding the consent of the landlord (see below C.). Article 5(a)(b) of the Act now effec-

* Assistant Professor of Commercial Law at the Hashemite University, Jordan. He holds a PhD in Commercial Law from Leeds University, England, College of Law, and LL.M. from Aberdeen University, Scotland, College of Law.

tively stipulates that all property rent contracts will be null and void on December 31, 2010.

In Jordan, this issue is largely debated at governmental level, legislative level, and even among laypersons. Indeed, given that over 25% of the Jordanians, including merchants, are tenants, the Landlord Tenant Act will inevitably affect their lives, wellbeing and incomes. At the beginning of the year 2008, statistics show that there are over 2 million lease contracts, either for commercial or non-commercial purposes. These contracts include private and public schools, bakeries, groceries, pharmacies and light industries, some of which might go out of business in 2011 if they had to pay a higher rent.[2]

Lawyers and human rights activists in Jordan foresee the potentiality of a social disorder and numerous lawsuits when the aforementioned controversial Article goes into effect. But, for their part, landlords argue that renters have benefited enough from properties at low rates for long. In one case, a landlord said that his late father leased the first floor of the family house in the affluent Sweifieh neighborhood in the city of Amman for 100 Jordanian Dinars in 1980 (1 Dinar is about 1 Euro). The tenant would not leave now, while the real estate prices in this area are skyrocketing. The landlord pays the water and electricity bills under the original contract. Apparently, adding that the rent value is hardly enough to cover these utilities.[3]

Striking the balance between landlords and tenants is a daunting challenge in many legal systems. Since readers outside the Arab world know little about Arab law, including Jordanian law, this article can only give an overview over the crucial provision of the Act. The article emphasizes that the Landlord Tenant Act must address the legal, economic and social issues adequately. Unfortunately, the Act fails to observe this issue. It is hoped that the legislator will address this issue in future amendments.

In order to examine this issue, this article is divided into two sections. First, the scope of the application of the Act is discussed, and second, the extension of tenancy agreements. Finally, the conclusion of the article will relate the findings to each other in a coherent way and suggest practical solutions to Article 5(a)(b).

B. The Scope of Application

As a general rule, Article 3 of the Act states that the Act is applicable to all hired premises within Jordan notwithstanding whether the purpose of hiring is commercial or not.[4] However, the legislator makes certain exceptions to this general rule. First, premises hired for agricultural exploitation and livestock farms are excluded.[5] Apparently, the legislator aims to encourage people to work in and improve this sector which is thought to be rewarding to the national economy.[6]

Second, premises offered to employees by their employers are excluded as well.[7] Clearly, the legislator considers that providing an adequate accommodation to the employee and his family will inevitably improve his motivation in work and provide financial security.[8] Normally, the rent of such accommodation is minimal or it might be included in the salary package offered by the employer. Having said that, it must be noted that the tenancy agreement in this case is concluded on a personal basis between the employer and the employee whereby universal successors have no right whatsoever in any possible extension of the tenancy agreement.[9]

Third, premises owned by the Jordanian government or its departments or municipalities and hired to others are excluded.[10] It might be argued that the legislator aims at providing a mechanism that secures a sustainable and durable income for the government and its departments and municipalities through investing in its own property, however, it is apparent that the government might profit more from being able to renegotiate lease contracts.[11]

And fourth, part(s) of the premises which are designated for tenants whose profession is to maintain such premises are excluded.[12] Apparently, the legislator takes into account the special nature of the relationship between the landlord and the tenant in such tenancy agreements.[13]

C. The Extension of Tenancy Agreements

As already mentioned in the introduction, it has been a well established law, norm and practice in Jordan to extend the tenancy agreement automatically notwithstanding the consent of the landlord.[14] Such right has been widely abused by the tenants whereby their status as tenants might be prolonged for

---

1 The Jordanian Landlord Tenant Act No. 30 of the year 2000. The Act has been published in the Jordanian Official Gazette No. 4453 (2000) 3415. Before this Act, this issue was regulated by the Landlord Tenant Act of 1953 which had been applied for almost 30 years without substantial amendments until the year 1982 where a temporary law has been issued until being replaced by the 1994 Act.

2 The Jordanian Statistics corporation, "the ownership of homes and commercial premises in Jordan", table 26 (2007). Theoretically, at average, each judge in Jordan might be allocated approximately 20.000 cases should landlords decide to bring legal actions against their tenants which is beyond the capacity of the court system in Jordan which is already overburdened.

3 Jordan Times, Thursday, December 6, 2007, at p.7.

4 Article 3 of the Jordanian Landlord Tenant Act No. 30 of the year 2000.

5 Ibid. Article 3 (a).

6 It must be noted that for the purpose of this Act, lands that are cultivated or non-cultivated are treated equally. Besides, the exception of livestock farms is generic in the sense that there is no specification of certain animals. For more details see the Jordanian Court of Cassation, Case No.217/92, Journal of Jordanian Bar Association 2552 (1994).

7 Article 3 (b) of the Jordanian Landlord Tenant Act No. 30 of the year 2000.

8 It must be noted that the Act does not differentiate between employees at private sector or public sector, however, Article 2 (b) of the Jordanian Landlord Tenant Act No. 62 of the year 1953 which has been replaced by the Jordanian Landlord Tenant Act No. 30 of the year 2000 indicates that this provision is applicable on the public sector only.

9 The Jordanian Court of Cassation, Case No.1094/89, Journal of Jordanian Bar Association 1323 (1991). In this case, a widow of an employee has been refused to continue occupying a flat that has been offered to the employee by the employer on the basis that the tenancy agreement has been revoked.

10 Article 3 (c) of the Jordanian Landlord Tenant Act No. 30 of the year 2000

11 The Jordanian Court of Cassation, Case No. 759/99, Journal of Jordanian Bar Association 3204 (2000). However, the Cassation court in another decision has considered such premises as included in the Landlord Tenant Act, see the Jordanian Court of Cassation, Case No.475/93, Journal of Jordanian Bar Association 2750 (1991).

12 Article 3 (d) of the Jordanian Landlord Tenant Act No. 30 of the year 2000.

13 For example, caretakers of buildings, home servants, cleaners, etc.

14 See Article 4 (a) of the Jordanian Landlord Tenant Act No. 62 of the year 1953. The Article states in an unequivocal terms that "any Jordanian court is not allowed to issue a decision in a dispute related to tenancy agreement which might harm the interests of the tenant notwithstanding the lapse of the time of tenancy. Any agreement between the landlord and the tenant to a different effect would be considered as void". However, this Act has been replaced by the Jordanian Landlord Tenant Act No. 30 of the year 2000 which eliminates such restriction as will be discussed later.

many years without the consent of the landlord. In addition, the tenants' universal successors, such as the inherits of a deceased person, are also entitled to such preferential treatment by the legislator. Apparently, this notion represents a departure from the principle of freedom of contract. In actual fact, the Jordanian courts deem the infinite stay of the tenant in a landlord's premises as a matter of public policy and public order whereby the ejection of the tenant is denied by all means despite any possible agreement between the tenant and the landlord to a different effect.[15] Self-evidently, landlords do have the right of ejecting tenants on certain grounds, such as non-payment of due rent(s).

However, the introduction of the Landlord Tenant Act of 2000 represents a radical departure from the extreme protective measures which have been offered to the tenant at the expense of the landlord. Article 5(a)(b) of this Act reads as follows:

a. Notwithstanding anything to the contrary, the tenant is entitled to stay at the hired premise albeit the fact that the tenancy agreement has come to an end given that this rule is applicable only on agreements which took place prior to the issuance of this Act. Having said that, all agreements shall be nullified on the 31-12-2010, unless otherwise agreed between the landlord and the tenant.

b. All agreements concluded after this Act has become in force shall be governed by the provisions of such agreements, including the landlords' right of ejecting the tenant once the tenancy agreement has come to an end. Automatic extension of tenancy agreements is not allowed whatsoever.[16]

In effect, Article 5(a)(b) of the Act stipulates that all property rent contracts will be null and void on December 31, 2010. The provision was intended to give tenants 10 years to look for alternatives.[17] Given that many Jordanians are economically poor with limited backup governmental efforts, there has been a large debate in Jordan concerning Article 5(a)(b) which might result in hundreds of thousands of families and traders being left without accommodation or commercial premises by the advent of the year 2010.[18]

In fact, thousands of renters in the country cannot afford to find another apartment, particularly with the increasing rent rates and prices of housing units. A flat of 150 square meters in a middle-class area in Amman, the capital of Jordan, costs around 60,000-70,000 Jordanian Dinars, and a minimum of 200 Jordanian Dinars monthly rent. With an inflation rate expected to rise higher above the six per cent registered last year, the cost will be too high for people to afford.[19]

The Jordanian government is contemplating the idea of inducing the legislator to postpone the applicability of this Act to a later date in order to avoid these problems. The Government has very recently proposed an amendment to the Act whereby the deadline for tenants to vacate properties will be extended. More precisely, the Jordanian Cabinet approved amendments to the law that include extending a deadline for contracts signed before January 1, 1984 until December 31, 2013 and contracts signed between January 1, 1984 and August 31, 2000 a maximum extension of 30 years, provided that this deadline does not exceed under all circumstances the year 2020.[20] By all means, this is not a feasible solution since the confrontation between the landlords and the tenant will ultimately take place. In this regard, the Jordanian Bar Association said that the amendments did nothing but defer a radical solution to the problem to a later date.[21] Unfortunately, until now, the Jordanian government did not introduce a viable solution to the forthcoming dilemma. It is believed that the introduction of yet another Landlord Tenant Act is not a viable solution either, since stability in issuing legislations is of paramount importance. Another possible solution is to establish, by a governmental decree, a council with a prescribed authority to decide upon just and fair amendments of all lease contracts in Jordan before the beginning of the year 2010.

On the other hand, taking into account the interests of landlords, it is worth noting that Article 674 of the Jordanian Civil Code states that an extension of a lease contract may be permissible only under evidently special circumstances that need to be justified before the court. The Article reads as follows:

> If the period of the lease shall expire and immediate necessity for its extension shall be proved, it shall be extended as required by the necessity provided that the lessee shall pay the quantum merit therefore.[22]

Apparently, in the absence of evidently special circumstances that need to be justified before the court, automatic extensions that have been granted by the 1994 Landlord Tenant Act and other previous Acts were not justified, and the new amendments of the law of the year 2000 are in accordance with the Jordanian Civil Code.

D. Conclusion

In Jordan, the relationship between landlords and tenants has been always a troublesome issue. This has been augmented by the potential ejection of tenants at the beginning of the year 2010 through the introduction of the Landlord Tenant Act. If the Act is going to fail in protecting landlords' rights, this would result in an unjust treatment. But the solution can

---

[15] The Jordanian Court of Cassation, Case No.385/85, Journal of Jordanian Bar Association 144 (1985). See also, the Jordanian Court of Cassation, Case No.25/82, Journal of Jordanian Bar Association 695 (1982).

[16] Article 5(a)(b) of the Jordanian Landlord Tenant Act No. 30 of the year 2000. In contrast, Article 5(a) of the Jordanian Landlord Tenant Act of the year 1994 states that notwithstanding anything to the contrary, a tenant has the discretion to continue occupying the leased property after the expiry of the tenancy agreement.

[17] It is worth mentioning that the grace period in the draft of the Act was initially 4 years. The House of Commons increased the period to 6 years, then the House of Lords believed that it should be 10 years.

[18] The Jordanian Statistics corporation, "the ownership of homes and commercial premises in Jordan", table 26 (2007). According to the Jordanian Statistics corporation, the average annual income of an average Jordanian is 1083.7 Jordanian Dinars, which is equivalent to 90.3 Jordanian Dinars monthly. Surprisingly, the average expenditure of average Jordanian is 108.89 Jordanian Dinars monthly. Besides, bearing in mind that the average family size in Jordan is 5.73, the average annual income of an average Jordanian family is 6219.7 Jordanian Dinars, which is equivalent to 518.3 Jordanian Dinars monthly. Surprisingly, the average annual expenditure of average Jordanian family is 7521.3 Jordanian Dinars yearly, which is equivalent to 626.8 Jordanian Dinars monthly. The additional expenditures can be explained through short and long terms bank loans.

[19] Ibid.

[20] Jordan Times, Wednsday, December 17, 2007, at p.7.

[21] Ibid.

[22] The Jordanian Civil Code No.43 of the year 1976.

not be found in shifting the burden from the landlords' shoulders to the tenants. Clearly, some landlords are not rich and, similarly, some tenants are not poor. In some scenarios, a well established bank may be a tenant in a leased property belonging to a widow who is in a desperate financial need.

It is clear that any new law has the potential of creating unjust effects on certain sectors of the society. In the context of the Act, there would be families or traders who are left without accommodations or commercial premises in the year 2010 when Article 5(a)(b) comes into effect. However, one should not forget that owners of the leased property might be in pressing need for their own property.

Bearing this in mind, the legislative and executive authorities are bound to start a positive dialogue on the Landlord Tenant Act to come up with practical solutions that take into consideration the realization of social security, justice and the interests of all, whether they are landlords or tenants.

One of the possible solutions to the problem is the effective deployment of Article 17 of the Act which states that the council of ministers is empowered by this Act, after the passage of 5 years after the issuance of this Act and on a regular basis, to decide either to increase or decrease the amount of rent decided by the landlord and tenant in light of emerging social and economic needs given that this empowerment is executed justly and fairly. Unfortunately, for some unknown reasons, the council of ministers has not exercised this empowerment until now. Having said that, it must be clear that potential increase in the amount of rent should be sufficient in order to reflect the inflation and major increase of prices. With particular reference to commercial premises, given that application of the said Article might be detrimental to their business, an agreement between the landlord and the tenant to increase the amount of the rent substantially might be effective and practical.

Another possible solution is amending the Act by an article which allows the tenant the possibility of owning the leased property in return of, say, 30% discount of the actual price of such property, or alternatively, allows the landlord to eject the tenant in return of, say, 30% of the actual price of the leased property to be paid to the tenant, subject to a real estate expert opinion that should be nominated by the court.

And finally, although not desired, it might be suggested that the Jordanian government can allocate funds to subsidize tenants who would suffer from the application of the Landlord Tenant Act in the year 2010, which might help them in finding adequate accommodations or suitable commercial concerns. ■

Streitgespräch

Eugen Brysch, Dieter Graefe, Dr. Roger Kusch und Harald Schliemann

Strafbarkeit der Beihilfe zum Suizid?!

Das Bucerius Law Journal veranstaltete am 27. November 2008 eine Diskussionsrunde zum aktuellen Thema „Pönalisierung der Beihilfe zum Suizid". Anlass dazu gab die Tatsache, dass im Bundesrat derzeit eine Gesetzesinitiative vorbereitet wird mit dem Ziel, die geschäftsmäßige bzw. organisierte Suizidbeihilfe unter Strafe zu stellen. Ein ursprünglich von den Ländern Saarland, Hessen und Thüringen stammender Gesetzentwurf schlägt die Einführung eines § 217 StGB n.F. vor, der die geschäftsmäßige bzw. gewerbliche und organisierte Suizidbeihilfe mit bis zu fünf bzw. drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht (BR-Drs. 230/06 sowie 436/08).

Es diskutierten vier Experten auf diesem Gebiet, wobei Eugen Brysch, geschäftsführender Vorstand der Dt. Hospiz Stiftung, und Harald Schliemann, CDU, früherer Justizminister Thüringens, die Pönalisierung befürworteten und Dieter Graefe, Rechtsvertreter von Sterbehilfeorganisationen, und Dr. Roger Kusch, Gründer des Dr. Roger Kusch Sterbehilfe e.V. und Sterbebegleiter, eine Pönalisierung ablehnten. Zur Einstimmung in die Diskussion hat Prof. Dr. Frank Saliger, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Bucerius Law School, in das Thema eingeführt.

Der Diskussion vorweggestellt werden die beiden Fassungen des Gesetzentwurfs, die im Streitgespräch mehrfach angesprochen wurden:

I. Gesetzentwurf der Länder Saarland, Thüringen und Hessen (BR-Drs. 230/06)

§ 217

Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit vermittelt oder verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

II. Gesetzentwurf nach dem Ersetzungsantrag der Länder Bayern und Baden-Württemberg und Änderungen durch den Rechtsausschuss (BR-Drs. 436/08)

§ 217

Gewerbliche und organisierte Suizidbeihilfe

(1) Wer ein Gewerbe betreibt oder eine Vereinigung gründet, deren Zweck oder Tätigkeit darauf gerichtet ist, anderen die Gelegenheit zur Selbsttötung zu gewähren oder zu verschaffen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer für eine Vereinigung der in Absatz 1 bezeichneten Art als Mitglied oder Außenstehender geistig oder wirtschaftlich eine maßgebende Rolle spielt.

Bucerius Law Journal (BLJ): Zu Beginn möchten wir jeden Podiumsteilnehmer um eine einführende Stellungnahme bitten. Die Eingangsfrage hierzu lautet, ob die derzeitige Rechtslage im Hinblick auf aktive Sterbehilfe und assistierten Suizid reformbedürftig ist. Herr Schliemann, Sie haben das erste Wort.

Schliemann: Wir befinden uns in einem Prozess des Durchdenkens der rechtlichen Möglichkeiten und der rechtlichen Verbote, genauer gesagt der ethischen Fragen am Ende des Lebens. Wir haben eine komplizierte Rechtslage und man kann sie in die eine oder die andere Richtung vereinfachen, wenn man das Vereinfachen für ein Ziel hält.

Was bestimmte Aktivitäten, auch meine, ausgelöst hat, war eine ganz einfache Überlegung. Wir sind eine alternde Gesellschaft. Und in dieser alternden Gesellschaft wird die Last der Alten gegenüber den Jungen immer größer. In dieser alternden Gesellschaft kann ein älterer Mensch sehr leicht auf den Gedanken kommen – auch ohne dass es solche Organisationen gibt, wie sie bisher aufgetreten sind –, seinen Kindern oder seinen Enkeln nicht zur Last fallen zu wollen. Das hat damit zu tun, dass wir in anderen Familiensituationen leben als früher, dass wir andere Lebensgefühle haben, dass wir auch andere Lebensauffassungen haben. All das hat sich ein Stück weit gewandelt. Von daher sind Dinge wie Patientenverfügungen, wie Hospize, wie Palliativmedizin, wie Pflege alles Erscheinungen, die letztlich auf dasselbe Grundphänomen zurückgehen: Wir haben eine alternde Gesellschaft und wir haben unterschiedliche Auffassungen.

Beim Sterben, genau genommen bei der Selbsttötung, haben wir grundlegende Auffassungsunterschiede in unserer Gesellschaft. Indem ich diese beiden Auffassungen darstelle, will ich sie gar nicht bewertet haben. Die eine sagt: „Das Leben ist das Geschenk und das Sterben gehört einfach dazu. Und auf beides nehme ich, Mensch, auch keinen Einfluss." Das ist eine Extremposition, ich räume das ein. Die andere ist: „Nein, der Mensch ist frei. Er kann sich selbst verwirklichen, er kann sich auch soweit selbst verwirklichen, dass er sich auslöscht." Beides sind durchaus vertretbare Positionen. Meiner Meinung nach sollte man darüber nicht urteilen.

Allerdings leben wir in einem geordneten Staatswesen und unser Staat hat sich auf die Fahnen geschrieben, Leben zu schützen. Und wenn er die Selbsttötung straflos lässt, wenn er als Konsequenz dessen auch im Strafrecht festlegt, dass die Teilnahme daran straflos bleibt, dann haben wir einen gesellschaftlichen Wandel, einen wirklichen Wandel in unserer Gesellschaft. Dieser besteht darin, dass Sterbehilfeorganisationen auftreten, mehr noch, dass der Suizid erreichbar wird.

Aus der Suizidforschung gibt es einen Lehrsatz, der lautet, dass sehr viele Suizidabsichten nicht verwirklicht werden, weil die Suizidenten Angst haben, der Suizid könne misslingen. Und je länger diese Angst dauert, desto häufiger wird vom Suizid Abstand genommen. Damit wir uns nicht falsch verstehen: Auch wenn ich eben von alternder Gesellschaft gesprochen habe, der Suizid ist nicht auf das Alter beschränkt. Suizide gibt es selbstverständlich auch bei Jüngeren. Das heißt, die Frage, wie wir mit der Erreichbarkeit des Suizides aufgrund von Sterbehilfeorganisationen umgehen – in der Erreichbarkeit liegt für mich der entscheidende Punkt, nicht in der Geschäftsmäßigkeit –, gilt es zu beantworten. Wir haben dabei zum einen die Möglichkeit, die Erreichbarkeit so hinzunehmen, oder zum anderen, uns dagegen zu stemmen.

BLJ: Herr Dr. Kusch, wie sehen Sie die derzeitige Rechtslage?

Kusch: Die Rechtslage sehe ich ähnlich wie Herr Schliemann. Nur die Schlussfolgerungen, die ich daraus ziehe, sind unterschiedlich. Die Rechtslage in Deutschland ist so, dass man schon irgendwie damit leben kann. Aber die Schlussfolgerungen, die Sie ziehen, Herr Schliemann, verkennen einige grundlegende Strukturen unserer Gesellschaft und grundlegende psychische Strukturen einzelner Mitbürgerinnen und Mitbürger. Ihre generelle Aussage, dass das Angebot die Nachfrage fördert, d.h. die Behauptung, dass ein Angebot, wie es von Dignitas in der Schweiz über deren Ableger Dignitate in Hannover einerseits und wie es andererseits von mir zur Verfügung gestellt wird, erhöhe in irgendeiner Weise die Zahl der Suizidenten, ist als Pauschalaussage nicht ganz ernst zu nehmen. Denn wenn Sie sich einmal mit den Zahlen beschäftigen, stellen Sie fest, dass in Deutschland pro Jahr etwa 10.000 erfolgreiche Suizide begangen werden. Es gibt keine Statistik über die Suizidversuche, deren Zahl jedenfalls ein Vielfaches beträgt. Zu glauben, dass die vier Suizidbegleitungen, die ich in den letzten Monaten durchgeführt habe, in Relation zu 10.000 erfolgreichen Suiziden zum Teil mit grauenvollen Begleiterscheinungen in irgendeiner Form die Nachfrage erhöhen oder die Möglichkeiten erleichtern, das geht an der Realität vorbei.

Menschen, die sich an mich wenden, haben oftmals schon erfolglose Suizidversuche hinter sich. Der analytische Aufwand, den ich zusammen mit einem Gutachter, PD Dr. Spittler, der vor kurzem hier in Hamburg darüber einen Vortrag gehalten hat, betreibe, um die Gefahren auszuschließen, dass ein Mensch jenseits klarer Willensfähigkeit oder unter dem Druck von Angehörigen oder, um der Menschheit nicht zur Last zu fallen, eine Entscheidung für den Suizid fällt, ist sehr hoch. Wir bemühen uns sehr gründlich, diese Fragen zu erörtern, zu analysieren und zu klären. Somit steht völlig zweifelsfrei fest, dass den vier von mir begleiteten Suiziden ein freier, eigenverantwortlicher Willensentschluss des jeweiligen Suizidenten zugrunde lag.

Lassen Sie mich kurz den Fall von Herrn Wolff in Berlin schildern. [Anm. der Red.: Herr Wolff beging am 15.11.2008 assistiert von Dr. Kusch Suizid.] Dieser Mann litt seit rund 20 Jahren an Multipler Sklerose – und das Wort „leiden" ist in diesem Fall noch eine harmlose Umschreibung der Lebensumstände –, er war seit sechs Jahren ans Bett gefesselt, ein Akademiker, der Chemie und Pharmazie studiert hatte, der auf eine Rundumpflege 24 Stunden am Tag angewiesen war und nur noch die rechte Hand bewegen und den Kopf leicht nach rechts und links drehen konnte. Einem solchen Menschen die Chance zum Suizid zu verwehren, wie Sie es wollen, indem Sie mir oder der Organisation Dignitas einen rechtlichen Riegel vorschieben, halte ich für unmenschlich.

BLJ: Vielen Dank. Herr Brysch, sehen Sie für die geltende Rechtslage einen Änderungsbedarf?

Brysch: Darauf möchte ich Ihnen sowohl ein klares Ja wie auch ein klares Nein zuwerfen. Mit dem Ja meine ich einerseits, dass es Grundsätzliches gibt, das insbesondere in sozial- und gesundheitsrechtlichen Fragen zu verbessern ist. Ich glaube, dass wir in diesem Bereich absolut einen Nachbesse-

rungsbedarf haben, und zwar im SGB V und SGB XI, also dem Bereich, der sich mit der Pflege befasst. Es ist ja auch eine interessante Tatsache, dass sich der Deutsche Juristentag erst zuletzt mit der Frage des Strafrechts befasst hat und bei den vorhergehenden Juristentagen in der Versorgung der Schwerstkranken und Sterbenden zunächst eine gesundheitsrechtliche und zivilrechtliche Fragestellung sah.

Ebenso sage ich ein klares Ja zu Veränderungen, weil wir eine Grenze brauchen. Denn ich bin der Meinung, mit dem assistierten Suizid darf in Deutschland kein Geschäft gemacht werden. Wir brauchen letztendlich darüber hinaus auch eine Veränderung in der Praxis, wenn es darum geht, dass wir die vieltausendfachen Körperverletzungen ahnden, die heute an Schwerstkranken und sterbenden Pflegebedürftigen in Deutschland begangen werden. Magensonden, schmerzhafte Druckgeschwüre, die oftmals durch unzureichende Pflege entstehen, Unter- und Fehlernährung, letztendlich falsche Medizin – das sind Kennzeichen dieser tausendfachen Körperverletzungen. Ich bin gespannt, wann der erste Justizminister in Deutschland dazu eine Arbeitsgruppe in der Staatsanwaltschaft einrichtet. Das muss er insbesondere dann, wenn er sich als Patientenvertreter versteht.

Ich möchte andererseits auch mit einem klaren Nein zu einer Veränderung des § 216 StGB, bei der Tötung auf Verlangen, antworten. Warum? Der Grund liegt darin, dass es mehr als genial ist, dass wir ein abgestuftes System bei der Frage haben, wie wir mit dem Leben umzugehen haben. Wir unterscheiden sehr klar zwischen der Tötung auf Verlangen, Totschlag und Mord. § 216 StGB sieht ein Strafmaß von bis zu fünf Jahren für Tötung auf Verlangen vor. Das Strafrecht belegt ansonsten mit einer Strafe von bis zu fünf Jahren etwa die Bodenverunreinigung nach § 324a StGB. Ich empfehle Ihnen daher immer nachzuschauen, wie schwer dieses Damoklesschwert des § 216 StGB in der Praxis wirkt.

Es geht hier um eine Kernfrage, bei der wir uns eindeutig an der Verfassung zu orientieren haben. Es geht um den Autonomieschutz und um Integritätsschutz. Beides sind Güter, die manchmal im Widerspruch zu stehen scheinen. Aber sie müssen in Einklang gebracht werden. Ich finde es genial, was Juristen früher zustande gebracht haben. Art. 1 GG sagt: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“ Die Formulierung lautet nicht: „den Armen helfen“, sondern „die Würde zu achten“, das bedeutet zunächst, Abstand zu wahren. Es geht bei dieser Frage des Selbstbestimmungsrechts auch um Wahlmöglichkeiten, die ich als Patientenvertreter haben möchte. Ich muss wissen, welche Wahlmöglichkeiten mir zur Verfügung stehen. Und ich muss letztlich auch die Chance haben, die Wahlmöglichkeiten in Deutschland realisieren zu können.

Damit komme ich zu den Wahlmöglichkeiten, die man den Schwerstkranken und Sterbenden übrig lässt. Ich nenne ein paar Punkte, die uns in dieser Diskussion treffen. Wir wissen, dass nur vier Prozent der Sterbenden in Deutschland – in Hamburg sind es nur 3,7% – eine professionelle palliativmedizinische Versorgung erhalten. Ebenso wissen wir, dass Schwerstkranke und Sterbende zwar seit eineinhalb Jahren einen Anspruch auf ambulante palliativmedizinische Versorgung haben, wofür im SGB V 210 Millionen Euro für die Jahre 2007 und 2008 bereitliegen. Wir haben es nicht geschafft, hier die Krankenkassen in Bewegung zu bringen. Es sind insgesamt nur 1,2 Millionen Euro der bereitstehenden 210 Millionen Euro ausgegeben worden.

Wenn ich von Wahlmöglichkeiten und Kenntnissen rede, wundere ich mich daher nicht, dass die Menschen Angst haben. Dass die Menschen Angst haben, nicht nur, wenn sie an ihre letzten Stunden und Wochen denken, sondern an ihre letzte Zeit schlechthin, auch an die Pflege. Wir dürfen eines nicht vergessen und das macht die Situation deutlich: dass schon mehr als die Hälfte der Menschen, die das 60. Lebensjahr erreicht haben, sagen, dass sie Angst vor Pflege haben. Ein Gutteil dieser Menschen sagt, bevor sie in ein Pflegeheim gingen – unabhängig von der wertvollen Arbeit der Menschen, die dort wirken – begingen sie lieber Suizid. Das ist der Punkt, an dem wir uns befinden. Wir sind nicht nur in einer strafrechtlichen, sondern in einer sozial- und gesundheitsrechtlichen, aber eben auch in einer politischen Diskussion.

BLJ: Vielen Dank, Herr Brysch. Herr Graefe, wie ist Ihre Meinung zur Rechtslage?

Graefe: Ich kann manches nur unterstreichen, was Herr Brysch hier eben gesagt hat. Darüber bin ich erstaunt. Aber wenn Sie etwas sagen, was richtig ist, dann sehe ich keine Veranlassung, dem aus Prinzip zu widersprechen. Ich fasse zusammen: Sie sagen, was da zum Teil in den Pflegeheimen passiert, ist derart katastrophal, dass es den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, und dagegen darf man sich auch wehren. Sie verstehen, dass es Menschen gibt, die Angst davor haben, in ein Pflegeheim zu gehen. Es war genau ein solcher Fall, den Dr. Kusch in die Öffentlichkeit gebracht hat. [Anm. d. Red.: Die Äußerung bezieht sich auf Bettina Schardt, die am 28.06.2008 Suizid beging.] Dabei ging es um eine Frau, die noch bei vollem Bewusstsein war, aber eine panische Angst vor einem Pflegeheim hatte und erlöst wurde. Wir vertreten das alles auch.

Nur in einem Punkt, Herr Brysch, muss ich Ihnen widersprechen. Der betrifft das, was Sie vom 26. September 2005 an – Sie haben die Entstehung von Dignitas/Dignitate Deutschland am 25. September 2005 angesprochen – zusammen mit Frau Heister-Neumann [Anm. der Red.: damals Justizministerin des Landes Niedersachsen] in Gang gesetzt haben. Sie haben damals behauptet, es würden mit der Sterbehilfe Geschäfte gemacht, was von Ihnen und Dr. Wolfgang Bosbach übereinstimmend seither immer wieder erklärt wird. Das wird einfach so behauptet und dann werden Zahlen genannt, für Dignitas in der Schweiz etwa 5.900 Euro, die auf einen erfolgreichen Sterbefall auch zutreffen. Sie verkennen dabei aber, dass 70 % derer, die in die Schweiz reisen, um zu sterben, wieder nach Hause fahren. Diese Menschen werden dort betreut. Es ist nicht so, wie manche Leute – etwa Herr Bosbach – behaupten, das liefe wie beim Zahnarzt: „Der Nächste bitte!“, sondern man befasst sich dort mit den Leuten sehr intensiv. Es wird versucht, ihnen sozusagen „grünes Licht“ zu verschaffen. Damit ist die Möglichkeit gemeint, dass diese Menschen einen Bescheid erhalten und in die Schweiz zum Suizid einreisen können, wenn sie es nicht mehr aushalten können. Und dann fahren die Menschen wieder nach Hause, viele davon mit dem sicheren Gefühl, dass sie nur noch dort anrufen müssen, dass alles geklärt ist und sie „grünes Licht“ haben. Diese Menschen bleiben dann in Deutschland. Für diese Betreuung fallen Kosten an, die erforderlich sind. Ich habe es einmal durchgerechnet, es sind nicht 5.900 Euro,

sondern es sind 1.800 Euro, die Dignitas Schweiz im Ergebnis von jedem nimmt, der zu diesem Zwecke in die Schweiz einreist. Dort werden zehn Leute beschäftigt. Sie beschäftigen ja auch einige in Ihrem Büro, da sind Bürokosten zu tragen, das wissen Sie auch, und es ist so, dass Dignitas Schweiz mit diesem Geld im Grunde genommen nicht zurechtkommt. Wenn nicht gelegentlich noch mal jemand eine Spende leisten würde, würde man gar nicht mehr in der Lage sein, die Auslagen zu bestreiten. Das heißt, wir sollten uns, und das ist die Forderung, die ich an Sie und an alle richte, mit der gebotenen Seriosität dieser ganzen Sache widmen und kritisch fragen, ob die Sorge eigentlich stimmt, da könnte der Dammbruch entstehen, und dann könnten künftig die Angehörigen die Oma drängen „Nun, nimm doch das Gift, damit wir Dich los sind".

In der Praxis sieht das anders aus und da wundere ich mich, dass die christlichen Kirchen bei diesen Fällen erstaunlicherweise nicht in die Öffentlichkeit gehen: Oma wird überredet, das Schreiben zu unterzeichnen, dass sie in ein Pflegeheim entsorgt wird. Und das, was Oma noch liebt, der Blick auf die gewohnten Möbel, seit Jahrzehnten in den Garten, den sie kannte, vielleicht mal auf die Kinder oder Enkelkinder, das ist dann alles weg. Das ist die Realität und da tritt keiner von den christlichen Kirchen auf den Plan und sagt: „Da wird jemand im Grunde genommen entsorgt und nicht dadurch, dass man ihn überredet, den Giftbecher zu nehmen." Herr Brysch, Sie haben mit Recht die katastrophale Lage bei der Palliativmedizin angesprochen. Da wird immer geredet: „Ja, Palliativmedizin und Hospiz, das sind doch die beiden Regularien, die lösen alle Probleme." Mit Recht haben Sie gesagt, es ist einfach viel zu wenig Geld da, es gibt zu wenig Palliativ-Mediziner, als dass man überhaupt eine Lösung finden könnte.

Ich will jetzt mal ein praktisches Beispiel nennen, einen Fall, den wir auch als Anwälte betreuen: In einer norddeutschen Kleinstadt lebt ein Mann, 28 Jahre alt, für viele von Ihnen wird das mit der nötigen Phantasie altersmäßig nachvollziehbar sein. Dieser Mann ist seit neun Jahren nach einem Verkehrsunfall querschnittsgelähmt und zwar vom Kopf an. Er kann, insofern ist da fast eine Parallele mit dem von Dr. Kusch geschilderten Fall, mit Mühe noch den Kopf etwas nach rechts und links bewegen und er kann sich röchelnd verständlich machen. Er hat anfangs versucht, dieses Schicksal zu ertragen. Es hat neulich, als wir wieder bei ihm waren – ein Arzt, ein Psychologe, drei Anwälte – (übrigens auf Kosten von Dignitas – Stichwort angebliche Geschäftsmacherei), ein Gespräch stattgefunden, um herauszufinden, was seine Meinung wirklich ist. Er hat röchelnd zu verstehen gegeben, er halte es nicht mehr aus, es ginge nicht mehr. So, nun ist die Frage: Wo ist denn da die Palliativmedizin? Der Mann hat keine Schmerzen. Er ist einfach verzweifelt. Er sagt: „Ich habe morgens Angst vor dem Tag, abends Angst vor der Nacht, und ich habe nur noch den Wunsch zu sterben." Nun kommen Menschen, die sich Christen nennen, ich sage ganz offen meine Meinung dazu, die sich Christen nennen, und sagen: „Nein, das widerspricht der christlichen Ethik, dass man diesem Menschen hilft, aus diesem unsäglichen Schicksal herauszukommen." Und das soll dann auch noch christlich sein. Ich empfehle dann jedem, der auf dieser Schiene argumentiert, mal in der Bibel nachzulesen, die Briefe des Apostels Paulus an die Korinther, da finden Sie den Inbegriff der Lehre Jesu Christi, die christliche Ethik, und die besteht nicht in der Praktizierung fundamentalistischer Unbarmherzigkeit, sondern in der Hilfe für Menschen in einer solchen Situation.

BLJ: Herr Graefe, Sie haben in Ihrer Argumentation auf die angebliche Missbrauchsgefahr hingewiesen. Wir haben uns die Frage gestellt, wie Dignitas in der Schweiz oder Dignitate in Hannover denn sicherstellt, dass nur Menschen geholfen wird, die tatsächlich Suizid begehen möchten. Gibt es da irgendwelche Sicherungsmöglichkeiten? Das ist ja ein Argument, das von Kritikern häufig geäußert wird.

Graefe: Also, ein gewisses Korrektiv findet schon dadurch statt, dass die Leute überhaupt die Hilfe von Dignitas Schweiz suchen und es auf sich nehmen, in die Schweiz zu fahren. Das sind oft schwerkranke Menschen, die sich die Mühe machen, in die Schweiz zu fahren, um dort letzten Endes diese Sterbehilfe in Anspruch zu nehmen. Schon das macht man nicht mal so nebenbei. Und es werden dann in der Schweiz mehrtägige Gespräche von Psychologen und Ärzten geführt, mitunter bis zu zwei Wochen, die mit dem Betreffenden sprechen. Dabei ist eigentlich die Zielrichtung, den Schwerkranken zu motivieren, zurückzukehren und noch ein bisschen zu leben. Das macht man natürlich nicht bei einem schwerkranken Krebspatienten, dem der Arzt vielleicht noch eine Restlebenszeit von zwei, drei oder vier Wochen bescheinigt hat. Mit dem werden keine solchen Gespräche geführt, aber bei anderen Menschen. Das wird also sehr gründlich praktiziert.

Entgegenwirken möchte ich auch dem Dammbruch-Argument: Die Schweiz hat die Sterbehilfe in der Form, wie sie jetzt praktiziert wird, vor ca. 25 Jahren eingeführt. Und auch damals glaubte man, nun werde der Dammbruch eintreten, nun werde eine riesige Erhöhung der Suizidzahl stattfinden und es würde auch diese Missbrauchssituation eintreten, die Sie eben geschildert haben. Beides hat nicht stattgefunden. Ich gehe davon aus, auch in Deutschland wird sie nicht stattfinden.

Lassen Sie mich auch noch ein Wort dazu sagen, wie wir alle Probleme lösen könnten, auch den Tourismus in die Schweiz. Warum fahren die Leute eigentlich in die Schweiz? Das ist ja vielfach auch unbekannt. Was ist eigentlich dort anders? Die Rechtslage ist im Grunde genommen fast gleich, in den wesentlichen Punkten jedenfalls. Aber es gibt einen zentralen Punkt, dazu auch eine Entscheidung aus dem Jahr 2005, die der 5. Senat des BGH getroffen hat. Der Unterschied ist der: Die Schweizer operieren mit einem Mittel, Natrium-Pentobarbital. Das ist nichts anderes als ein hochdosiertes Schlafmittel. Früher wurde es als Schlafmittel verwendet. Und wenn es in hochdosierter Menge eingenommen wurde, führte es zum Tode. Dann hat der Gesetzgeber entschieden, wir wollen Suizide verhindern, wir erklären das einfach zum Betäubungsmittel. Es stellt sich also die Frage, was ist ein Betäubungsmittel? Ein Betäubungsmittel ist nicht bestimmt durch die chemische Zusammensetzung, sondern ein Betäubungsmittel ist ein solcher Stoff, den der Bundesgesundheitsminister in der Anlage zum Betäubungsmittelgesetz aufführt. Übertrieben gesagt bedeutet das, wenn der Minister Puderzucker reinschreibt, dann ist das kraft gesetzlicher Definition ein Betäubungsmittel. Und weil es das ist, darf es in Deutschland nicht verschrieben und nicht verabreicht werden. Deswegen fahren die Leute in die Schweiz, weil das das angenehmste Mittel ist, wie man zu Tode kommen kann. Und

diese Frage, das ist eine Frage, die möchte ich einfach mal in den Raum stellen, auch an die Christen: Ist es wirklich christlich, ist es angemessen und sachgerecht, dass man einem Menschen, der in ganz schlimmer Situation aus dem Leben scheiden möchte, angenehme Mittel verweigert und sagt „Nein, Du sollst Mittel nehmen, die dann auf andere Weise, vielleicht qualvoll, zum Tode führen"? Meine Forderung an die Politik ist daher ebenfalls, diese Mittel endlich aus der Anlage zum Betäubungsmittelgesetz zu streichen. Dann haben wir keine Probleme mehr, dann brauchen die Leute auch nicht mehr in die Schweiz zu fahren.

Schliemann: Die Beispiele, die Sie anführen, die Sorgfalt, mit der Sie prüfen, ob jemand freiverantwortlich seinen Tod wünscht, sind sicherlich aller Ehren wert. Sie zeigen auch eine gewisse Ausweglosigkeit für den Betroffenen. Das ist aber nicht das Thema, um das es hier eigentlich geht. Um das auf den Punkt zu bringen: Sie tun geradezu so, als gäbe es nur diese und sonst keine andere Alternative. Schauen Sie sich noch einmal an, was der ursprüngliche Gesetzesentwurf war und auch in dessen Begründung. Da werden Sie feststellen, da wird keineswegs der Ausweglosigkeit das Wort geredet. Das Einzige, was mich und andere bewegt, dafür zu werben, dass geschäftsmäßiges Bereitstellen von Sterbegelegenheiten pönalisiert wird – worunter man das ständige wiederholte Tun versteht und nicht die Gewerbsmäßigkeit, also das Abzielen auf Gewinne –, ist schlicht und ergreifend die ganz simple Erkenntnis, dass – plakativ gesagt – der Freitod „aus den gelben Seiten" erhältlich wird. Auf die Frage des Geldes kommt es dabei gar nicht an. Aus diesem Grund sind auch jetzt die vier Fälle aus dem Verein von Herrn Dr. Kusch und auch die Zahl der anderen Fälle für mich nicht signifikant. Es geht um die Erreichbarkeit.

Wir haben nicht vor, diejenigen, die sich um Sterbende kümmern, etwa den behandelnden Arzt, unter Strafe zu stellen. Wir haben nicht vor, den guten Freund, den Verwandten oder andere zu erfassen. In diesen Fällen soll Straflosigkeit bestehen, ja Beihilfe zum Suizid oder in Mittäterschaft sollen durchaus straflos bleiben. Was wir hingegen als belastend für die Gesellschaft empfinden, ist die relativ schnelle Erreichbarkeit des Freitodes. Es ehrt Sie, wenn Sie so streng prüfen, aber ließen wir die Rechtslage so, wie sie im Augenblick ist, dann könnte man auch mit weniger strenger Prüfung oder gar keiner weiterkommen. Darüber müssen wir uns im Klaren sein. Das ist das gleiche Spektrum wie bei der Patientenverfügung: Wir diskutieren dort auf der einen Seite, ob das, was der Mensch irgendwann einmal verfügt hat, für alle Zeiten bindend sein soll bis zu dem anderen Entwurf, der sagt, dass eine Patientenverfügung nur dann gelten soll, wenn der Sterbeprozess unwiderruflich eingesetzt hat. Das gleiche Spektrum diskutieren wir hier, indem wir fragen, ob der Mensch denn wirklich frei ist.

Wenn Sie „frei verantwortet" sagen, stellt sich die Frage: Wie frei ist denn „verantwortet"? Wie frei ist denn wirklich „verantwortet", wenn jemand sich sagt, dass er Angst vor dem Pflegeheim hat? Ist das noch eine wirklich freie Entscheidung oder ist es die Angst, die hier der Entscheidung vorgreift? Ist das denn, wenn ein Mensch solche Angst hat, für ihn eine wirkliche Alternative gleichwertiger Art und Güte? Wäre es denn nicht ganz merkwürdig zu sagen, ich habe Angst vor dem Sterben, genauer vor dem Leiden beim Sterben, dem möglichen Leiden beim Sterben, und deswegen bringe ich mich schon mal schnell selber um? Das ist eine sehr merkwürdige Fragestellung.

Ich komme noch einmal auf den ursprünglichen Entwurf zurück, weil der jetzige Stand der Diskussion mit „gewerblich" und „nicht gewerblich" für mich eine *aberratio ictus* zu sein scheint, d.h. gewissermaßen ein Schuss gegen den falschen Baum, denn es geht nicht um die Gewerblichkeit und das Geldverdienen. Das wird so leichtfertig dahingesagt, damit kann man gerne stigmatisieren, das ist aber nicht das Thema. Für mich ist das Thema: Kann es eine Gesellschaft hinnehmen, dass der Freitod so leicht zugänglich wird? Das ist für mich die Fragestellung.

Brysch: Ich glaube, wir sollten uns darüber im Klaren sein, dass es in Deutschland ein Recht auf Leben gibt, durch die Verfassung garantiert, und auch ein Recht auf Sterben, was übrigens nicht Konsens in Deutschland ist. Die entscheidende Fragestellung ist: Gibt es ein Recht auf Tötung? Und genau da, glaube ich, handelt der Staat sehr klug, wenn er sagt, er habe Abstand zu wahren, wenn es um die Frage des Suizids geht, das sei eine Entscheidung von jedem Einzelnen. Das beinhaltet auch der Autonomiekern dieser Verfassung. Jeder Mensch hat dieses Recht auf Sterben. Er hat aber kein Recht dazu, und das ist der elementare Unterschied, dass der Staat ihm die Mittel zur Verfügung stellt, dass jeder Einzelne die Tötung – letztendlich insgesamt also die Gesellschaft – im Sinne des Integritätsschutzes realisieren kann.

Ich denke, Sie haben mich auch eingeladen, weil Sie nicht nur alleine die rein juristische Diskussion, sondern auch die dahinter steckende politische Diskussion gerade dieses § 217 StGB führen wollen. Diese politische Diskussion nehme ich als Teil dieses Tollhauses der Diskussion wahr. Wie ist die Faktenlage? Wir wissen, dass in der Schweiz insbesondere die Aktivitäten von Herrn Minelli immer stärker unter Druck geraten. Wir wissen auch, dass die gewerbsmäßige Vermittlung von Suizid in der Schweiz verboten ist. Das Problem ist nur bei der Gewerbsmäßigkeit, also der Kommerzialisierung, dass Herrn Minelli damit nicht nachzukommen ist – obwohl das alle Kantone mit großem Eifer versuchen –, weil er letztendlich nicht derjenige ist, der handelt, sondern er das andere tun lässt, und die Kommerzialisierung ist sein Teil des Geschäfts. Deswegen haben wir in Deutschland überlegt, wie schieben wir als Gesellschaft, die diese Verfassung ernst nimmt, einer solchen Geschäftsmäßigkeit, also der Wiederholung der Tat, einen Riegel vor.

Wenn Sie sich überlegen, wie schwer sich die Politik in dieser Frage tut, wobei ich ja weder Kirchen noch die Politik vertrete, dann ist das ein Tollhaus, weil es mittlerweile drei Vorschläge für einen § 217 StGB gibt, die wir zu diskutieren haben. Und während der erste, der vor gut drei Jahren eingebracht worden ist, eine relativ saubere Konstruktion ist, frage ich mich bei dem, was insbesondere aus Bayern und Baden-Württemberg kommt, wo das eigentlich hin soll. In dem Entwurf wird nämlich die Gesinnungstäterschaft erfasst, die wir eigentlich aus § 129 StGB kennen. Dieser Paragraph dient eigentlich dazu, die Bildung terroristischer Vereinigungen zu erfassen. Daher muss ich ganz ehrlich fragen: Sie, Herr Kusch, haben ja Erfahrung mit der Tat im Vollrausch, Sie haben ja Ihre Promotion darüber geschrieben. In diesem Fall frage ich mich, ob die Juristen in Bayern und Baden-

Württemberg bei diesen nun anstehenden Änderungen im Vollrausch waren. Denn ich kann mir das sonst nicht erklären, warum man von einer ganz sauberen Formulierung, wie wir sie hatten, nämlich der „Geschäftsmäßigkeit“, die einfach zu definieren ist, zu der jetzigen Definition übergegangen ist. Was ich möchte, ist eine juristische und letztlich auch politische Diskussion darüber, ob wir als Ethik dieser Gesellschaft die Beförderung des Suizides kommerzialisiert und gewerbsmäßig legalisieren wollen. Oder ob wir das ablehnen und auch mit unserer Leistungsethik den Tausenden, die jährlich den Suizid probieren, nicht erlauben wollen.

(Zu Graefe gewandt) Wenn sie wollen, dann können wir gern noch über die Sorgfältigkeitskriterien diskutieren. Sie haben ja vor einigen Wochen einen Schuss vor den Bug in der Schweiz bekommen. Selbst Exit, eine alte Organisation, die sich pro Suizid äußert, sagt, mit dieser Machart, so wie die Beihilfe von Dignitas in der Schweiz praktiziert wird, könnten sie sich nicht anfreunden. Es wird eng bei Ihnen, das ist klar, der Druck ist groß, aber dafür sind wir da.

Graefe: Herr Brysch, wenn Sie sagen, diese Gesetzesentwürfe, die entweder die „geschäftsmäßige“, die „gewerbliche“ oder die „organisierte“ Sterbehilfe verbieten und die ursprünglich auch einmal von Niedersachsen, nun also von Bayern, Thüringen und Baden-Württemberg in den Raum gestellt werden, können nur im Vollrausch von den Politikern erfunden worden sein, dann würde ich Ihnen da Recht geben.

Schliemann: Darf ich vielleicht einwenden, dass ich das anders verstanden habe. Das „Geschäftsmäßige“ hält Herr Brysch für richtig. (Einwurf Brysch: Richtig!) Also den ersten Entwurf. Die beiden anderen hält er aber nicht für richtig.

Brysch: Ich glaube, das hat auch jeder verstanden. Der erste Gesetzesentwurf ist solide, die folgenden nicht.

Graefe: Ich will noch etwas zur Erläuterung sagen, denn diese Begriffe gehen hier ständig durcheinander. „Geschäftsmäßig“ bedeutet ja, wie schon gesagt, ein Handeln in Wiederholungsabsicht. Der erste Entwurf, der diese geschäftsmäßige Betätigung unter Strafe stellen wollte, der stammte aus Hannover. Und dieser Entwurf war der einzige, der handwerklich sauber war.

BLJ: Da sind Sie sich ja einig. Wir wollen noch eine Frage an Herrn Dr. Kusch richten, weil wir auch über die Gründe sprachen, warum jetzt gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Herr Schliemann sprach das Problem der leichten Verfügbarkeit an. Als weiteres Problem wird auch gesehen, dass Sie persönlich polarisieren, Herr Dr. Kusch. Jost Müller-Neuhof schrieb im Tagesspiegel vom 23.11. dieses Jahres, er fühle sich an „Sterbepornografie“ erinnert und nahm Bezug darauf, dass das Interview, das Sie mit dem vorhin schon erwähnten Thomas Wolff führten, auf youtube abrufbar ist. Können Sie es verstehen, dass Leute so reagieren, und glauben Sie, dass Sie vielleicht mit der Art, wie Sie mit den Medien umgehen, Ihrem eigenen Anliegen einen Bärendienst erweisen?

Kusch: Erstens kann ich das Verhalten der Medien schon deswegen verstehen, weil ich mich seit Jahren zwangsweise damit zu beschäftigen habe. Seit ich politisch tätig bin, bin ich auch in Kontakt mit den Medien und mit einzelnen Vertretern der Medien. Und dass die Wortwahl in den Medien zum Teil ein großes Maß an Toleranz voraussetzt, das wissen wir alle. Schmähworte, die ich in der Presse über mich lese, lege ich längst nicht mehr auf die Goldwaage.

Ich möchte mit den Filmen, die auf youtube abrufbar sind, die Suizidbegleitung in Deutschland öffentlich und transparent machen. Die Filme, die auf youtube eingestellt werden, sind für jeden Internetnutzer abrufbar. Und zwar ohne den Filter der Medien. Genau deshalb mache ich das ja, weil youtube eine technische Basis dafür bietet, dass jeder Einzelne, der einen Computer hat und sich im Internet zumindest ein kleines bisschen auskennt, sich diese Filme selber anschauen, sich selber eine Meinung bilden kann und nicht darauf angewiesen ist, dass Medienvertreter zunächst einmal alles filtern, kommentieren und in kommentierter Form vermitteln. Das ist der Sinn von youtube. Und dass irgendein Journalist dies nun in der von Ihnen zitierten Weise abwertet, finde ich nicht so wichtig.

BLJ: Darum ging es uns auch nicht. Die Frage ist doch, leisten Sie damit nicht Ihren Kritikern Vorschub, die die Einführung einer restriktiveren Regelung fordern?

Kusch: Also, ob ich Kritikern Vorschub leiste, ist mir ehrlich gesagt ziemlich egal. Was mich interessiert, ist, ob ich Menschen helfen und zumindest langfristig die Hoffnung haben kann, mit meinen Handlungen den gesellschaftlichen Diskussionsprozess voranzubringen.

Ich glaube schon, dass sich – beispielsweise durch Diskussionsabende wie den heutigen hier an der Bucerius Law School – das Bewusstsein der Gesellschaft auf Dauer ändern wird. Ich möchte zunächst jenseits aller Juristerei darauf hinweisen, dass sich die Kulturen südlich Deutschlands – in der Schweiz – und westlich Deutschlands – in den Niederlanden und Belgien – an demokratischer Struktur, an humaner und humanistischer Substanz nicht hinter Deutschland verstecken müssen. Und zu der Arroganz, mit der in Deutschland diskutiert und so getan wird, als seien Vertreter einer von der deutschen öffentlichen Mehrheit abweichenden Auffassung – Herr Graefe und ich – bereits jenseits abendländischer Akzeptanz, dazu kann ich nur sagen: Aber in der Schweiz und in den Niederlanden Urlaub machen, das geht dann?

Wenn Sie, Herr Brysch, ständig von „töten“ sprechen, dann suggerieren Sie unter bewusster Verfälschung der Fakten, in der Schweiz von Dignitas oder von mir hier in Deutschland werde bei der Suizidhandlung nachgeholfen. Sie wissen, dass das nicht stimmt. Wenn ich in den vier Fällen nachgeholfen hätte, wenn auch nur der Verdacht bestanden hätte, dass ich mich nicht nur auf die Begleitung eines Suizids beschränkt hätte, sondern aktiv getötet hätte – und Töten ist nun einmal etwas Aktives – dann würde ich wohl nicht hier sitzen.

Herr Schliemann, auf Ihre Argumente kann ich nur noch einmal mit einem Satz erwidern: Wenn in Deutschland die Politik und auch die Rechtspolitik kommentarlos 10.000 Suizide pro Jahr als gesellschaftlich unumgänglich hinnimmt und gar nicht darüber redet, dann bin ich schon erstaunt, mit welcher Verve sich dieselben, die sich zu diesen 10.000 Suiziden nicht äußern – wo es keine staatlichen Grenzen gibt, bei denen sich niemand rechtfertigen muss, bei denen es nieman-

den gibt, der ethische Maßstäbe anlegt – über die wenigen Freitodbegleitungen echauffieren. Denn wer an die Bahnlinie zwischen Hamburg und Berlin fährt, der muss vorher niemanden fragen, da gibt es keine Kontrolle, da gibt es keinen Psychiater, der fährt einfach hin, wirft sich vor den Zug und zerstört so nicht nur sein eigenes Leben, sondern nebenbei auch noch die Psyche von Lokomotivführern der Deutschen Bahn. Das kommt noch hinzu. Und wenn angesichts dieser Zustände, zu denen die Kritiker der Sterbehilfe kein einziges Wort verlieren, sich die ganze Diskussion auf einige wenige Fälle konzentriert, in der Schweiz mögen es 100 oder 200 Fälle pro Jahr sein, bei meinem Angebot sind es im Jahr 2008 bisher vier Fälle, dann muss ich doch sagen, das ist ein erhebliches Maß an Scheinheiligkeit.

Nun doch noch zur Juristerei: Herr Graefe und ich sind nicht rechenschaftspflichtig für das, was wir tun. Wir leben in einem freien Land unter einer Verfassung, die allgemeine Handlungsfreiheit garantiert. Die allgemeine Handlungsfreiheit garantiert uns zu tun, was wir wollen, und sie garantiert Sterbewilligen, jemanden um Hilfe zu bitten, und zwar, wen immer sie wollen. Jeder, der hier mit Strafgesetzen einen Riegel vorschieben will, der ist begründungspflichtig. Der muss sich überhaupt erst einmal die Mühe machen, ein Rechtsgut zu nennen, das ein strafrechtliches Verbot, das Dignitas und mir das Handwerk legen soll, legitimieren würde. Woher nehmen Sie denn die rechtliche Legitimation für Ihre Forderung? Herr Brysch unterlässt in keiner Presseerklärung den Hinweis – mit leichtem Tremolo in der Stimme –, wie furchtbar Geschäftemacherei mit dem Tod sei. Ja und? Unser ganzes Leben ist in kommerzieller Form organisiert. Zeigen Sie mir mal Dienstleistungen in Deutschland, die es kostenlos gibt. Und im Übrigen, Herr Brysch, würde mich mal sehr interessieren, wie hoch die Tagessätze in den Hospizen sind.

Graefe: Diese Zahl darf ich vielleicht nennen. Die Hospize kassieren exakt 7.000 Euro pro Monat dafür, dass sie einem Sterbewilligen ein Sterbezimmer zur Verfügung stellen. Das ist ein erheblich höherer Betrag als die 1.800 Euro, die Dignitas Schweiz zur Betreuung zur Verfügung hat.

BLJ: An dieser Stelle noch eine Frage bezüglich eines Vorwurfs, der in der Diskussion mitschwang. Vor drei Jahren wurde Dignitas, jetzt Dignitate, in Hannover gegründet. Die Folge war ein Gesetzesentwurf, der unter anderem auch von Thüringen eingebracht wurde. Jetzt assistiert Herr Kusch bei Selbsttötungen und wir haben eine neue Diskussion. Drängt sich nicht der Verdacht auf, dass sich der Gesetzgeber von spektakulären Einzelfällen leiten lässt?

Schliemann: Es macht einen qualitativen Unterschied – und da lasse ich mir mit den Zahlen auch nicht ins Handwerk reden. Ich nehme auch den Vorwurf von Herrn Kusch durchaus auf, aber weise ihn zurück, dass wir zu Suiziden schweigen würden. Politik kann nur eingreifen, wenn sie sich sagt, ich muss eingreifen, ich sehe eine Notwendigkeit einzugreifen. Denn es macht keinen Sinn, Suizidenten zu bestrafen. Es wäre geradezu widersinnig, denn man könnte ja nur dann bestrafen, wenn der Suizid erfolglos wäre. Einen Toten kann ich nicht bestrafen. Das Schweigen, dass Sie da gerade mit einem Wort artikuliert haben, dass ich Ihnen gegenüber nicht wiederholen möchte, das hat einen ganz einfachen Grund: Jeder Suizid ist letztlich ein Fall, über den man nur noch traurig sein kann. Es gibt allerdings sehr unterschiedliche Suizide. Und die Versuche, in den verschiedenen Strafgesetzen den einen von dem anderen Suizid zu unterscheiden, halte ich alle für müßig. Der Bilanzsuizid soll der gerechtfertigte sein, der Spontansuizid nicht. Das mag unterscheiden, wer möchte, ich bin dazu persönlich nicht in der Lage und auch nicht willens.

Was das Eingreifen der Politik betrifft sowie die kleine Zahl, die Sie immer anführen: Es sind kleine Zahlen, das ist schon richtig. Aber wir haben bestimmte Dinge und bestimmte Delikte nie davon abhängig gemacht, wie groß oder wie klein die Zahl denn sei. Sollten wir etwa Mord in Relation zum Sterben setzen? Und Mord deswegen nicht bestrafen, weil Mord in Relation zum Sterben eine kleine Zahl ist? Nein. Wir müssen uns eine andere Frage stellen. Welche Aufgabe hat denn der Staat? Der Staat hat zwei Aufgaben – und diese können sich manchmal auch sehr widersprechen. Vor allem hat der Staat die Aufgabe, das Leben zu schützen. Das hat uns das Verfassungsgericht wiederholt ins Gebetbuch geschrieben. Und wenn wir die sorgfältigen Prüfungen eben vernommen haben, die bei Herrn Kusch und auch bei Dignitas in der Schweiz vorkommen, so schließt dies doch eins nicht aus – und das sage ich noch einmal: Wehret den Anfängen! Das ist doch immer das Problem. Wir haben ganz viele gesellschaftliche Entwicklungen, da haben wir das nicht getan und haben jetzt unsere Schwierigkeiten. Und manchmal kommen wir davon auch nicht mehr weg. Und hier stehen wir vor einer gesellschaftlichen und zutiefst ethischen Frage. Jeder kann diese ethische Frage für sich unterschiedlich beantworten. Und ich sage noch einmal: § 217 StGB des Entwurfs aus dem Jahre 2006 lässt Schlupflöcher und lässt Offenheit. Das einzige, das durch § 217 StGB stigmatisiert werden soll, ist die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung. D.h. das öffentliche Angebot „Zu mir kannst Du kommen, wenn Du in Nöten und wenn Du verzweifelt bist, und wenn Du dann zu mir gekommen bist und ich das geprüft habe, dann stelle ich Dir den Giftbecher zur Seite“ – das ist jetzt sehr plastisch ausgedrückt. Nach meiner Auffassung, und nicht nur nach meiner, hält unsere Gesellschaft so etwas nicht aus.

BLJ: Halten Sie denn das Strafrecht für das richtige Mittel, um gegen diese Sterbehilfevereine vorzugehen, Herr Schliemann? Könnte man nicht eine ähnliche Folge dadurch erreichen, dass man z.B. eine Zulassungs- oder Kontrollpflicht einführt?

*Schliemann:*Wenn Sie eine Zulassungs- oder Kontrollpflicht einführten, dann müssen Sie zunächst einmal logischerweise hinnehmen, dass Sie eine solche Organisation grundsätzlich erlauben. Denn nur dann können Sie kontrollieren. Und da taucht die erste Frage auf, wozu bedarf es solcher Organisationen? Dass dadurch die Diskussion über das Sterben, über den Suizid, über die Ausweglosigkeit, über Missstände bei der Pflege angeregt wird, das sind alles gute Seiten des Sterbehilfegeschäfts, das ist nicht zu leugnen. Manchmal braucht es eben auch krasse Anstöße.

Aber – und jetzt kommt das aber, das ich für sehr wichtig halte: Die geschäftsmäßige Förderung von Selbsttötungen greift meiner Ansicht nach weit über das Ziel hinaus. Ich denke, manch einer wird diese Woche den SPIEGEL-Artikel [Anm. d. Red.: Das Leiden der Anderen, in Heft 48/08] gelesen ha-

ben, der an Deutlichkeit ja auch nicht zu überbieten war. Auch der eine oder andere Arzt aus meinem Bekanntenkreis sagt: „Ja, auch ich habe meinem Patienten in völlig ausweglosen Situation die Chance gegeben.“ Ob er sie genutzt hat oder nicht, das ist eine zweite Geschichte.

Da stelle ich mir folgende Frage: Kann eine Gesellschaft es hinnehmen, wenn Suizid erreichbar gestaltet wird? Dies hat mit der Qualität der Arbeit, deren Sie – Herr Kusch und Herr Brysch – sich rühmen und die ich nicht in Zweifel ziehen möchte, nichts zu tun. Ich bin nicht derjenige, der sagt: „Sie machen das leichtfertig.“ Aber die nächste oder übernächste Organisation mag sich andere Dinge auf ihre Fahnen schreiben, eine geringere ethische Anforderung beispielsweise; oder sie mag nach dem Motto verfahren: „Der Mensch ist frei, dann mag er sich auch jederzeit umbringen – also kann er von mir jederzeit das todbringende Mittel erhalten, auch wenn er nur den Entschluss äußert, sich töten zu wollen.“

Nochmals: Andere Formen – und ich habe das wirklich prüfen lassen und auch für mich alleine noch einmal durchgeprüft – andere Formen als die Mittel des Strafrechts haben wir nach dem deutschen Kanon nicht. Was wollen Sie polizeirechtlich machen? Besteht denn eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung? Das ist geradezu ein bisschen lächerlich, wenn Sie sich das überlegen. Dann gäbe es noch die vereinsrechtliche Lösung, die ja aus Bayern angeregt worden war. Dazu kann ich nur sagen: Wer einen Verein verbieten will, braucht einen Verbotstatbestand. Den haben wir aber nicht, also geht das auch nicht.

Brysch: Wir sollten uns noch einmal darauf konzentrieren, zu fragen: Gibt es denn eigentlich Kriterien, die „Leiden“ so definieren, dass wir sagen: „Ja, Du hast das Recht, Suizidhilfe zu erhalten und Du hast das Recht nicht“? Auf der Internetseite von Herrn Dr. Kusch kann man ja erfahren, in welcher sorgfältigen Weise er die Frage des „Leidens“ prüft. Ich zitiere: „Suizidbegleitung durch Dr. Kusch oder einen von ihm Beauftragten hängt davon ab, dass erstens der Sterbewillige unter einer unheilbaren körperlichen Erkrankung leidet.“ Was ist denn eine unheilbare körperliche Erkrankung? Zusätzlich darf „kein Zweifel an seiner Geistesklarheit bestehen“.

Und jetzt die Fakten. Die Fakten sehen nämlich wie folgt aus: In einer von Susanne Fischer vor einigen Wochen in der Schweiz vorgestellten Studie wurden Hunderte von Suizidfällen der Organisation Exit und der Organisation Dignitas untersucht; da kommt man – wissenschaftlich untersucht – zu dem Ergebnis, dass diese so genannten objektiven Kriterien in der Praxis alle dahinbröseln. Nach dieser Studie litten im Zeitraum zwischen 2001 und 2004 33% der Menschen, die Suizidhilfe erhalten haben, nicht an einer tödlichen Krankheit. Diese Zahl hat zugenommen, denn von 1990 bis 2000 waren es 22%. Es kommt dazu, dass – ich kann nur zitieren – „meist alte Menschen mit Krankheiten wie rheumatischen Beschwerden oder anderen Schmerzsyndromen“ letztendlich dort diesen Weg suchten. Ich finde es einen Skandal, sich hier hinzustellen und zu sagen, dass es diese Kriterien gebe. Denn ich glaube nicht, dass irgendjemand in der Lage ist, solche Kriterien zu formulieren, außer er spielt den lieben Gott.

Ich glaube, dass wir als Gesellschaft Klarheit haben müssen. Klarheit in der Frage der Versorgung der Schwerstkranken und Sterbenden und Klarheit in der Frage der Autonomie. Ich betone noch einmal, was ich am Anfang gesagt habe: Ich halte es für einen Skandal, dass wir Hunderttausenden von Menschen keine adäquate Versorgung zur Verfügung stellen und dass wir letztendlich so tun, als ob es nur die Lösung gäbe, die Suizidhilfe – in welcher Form auch immer – in Deutschland zu legalisieren. Denn am eigentlichen Kern, dem Skandal der Versorgung der Schwerstkranken, der Pflegebedürftigen, wird das nichts ändern.

Wenn Sie diesen Zustand kritisieren, Herr Graefe, dann unterstütze ich diese Kritik vollauf. Dass es einen von den Patienten zu tragenden Eigenanteil gibt, wenn sie in ein Hospiz aufgenommen werden, ärgert mich genauso wie Sie. Nur dann gilt es, das zu ändern. Es gilt offenbar zu machen, dass diese Gesellschaft mit zweierlei Maß misst.

Wir müssen uns klar darüber sein, wo der Weg hinzugehen hat in der Frage des Konzeptes, wie wir mit Pflegebedürftigen, Schwerstkranken und Sterbenden umgehen wollen. Die heute jungen Menschen wird diese Frage weitaus mehr treffen als die Menschen, die jetzt vielleicht 60 sind. Wenn wir ein Konzept finden müssen, bedeutet das auch, zu gewissen Dingen „Nein“ zu sagen. Und wenn wir „Ja“ an anderen Stellen sagen – ich spreche vom SGB V und SGB XI – dann nicht mit hohlen Worten und Sonntagsreden für Hospizarbeit, nach denen am Montag alles wie bisher läuft. Vielmehr müssen wir mit konkreten Maßnahmen für die Realisierung dieser Versorgung kämpfen.

BLJ: Herr Kusch, wollen Sie darauf eingehen?

*Kusch:*Ja, in zwei Punkten. Erstens nennt Herr Brysch das Wort Autonomie als kleine Floskel in einem Nebensatz. Das unterscheidet uns. Für mich ist die volle Autonomie eines jeden Menschen der Maßstab nicht nur meines persönlichen Handelns, sondern auch Grundstruktur meines rechtspolitischen Agierens und meiner Vorstellung von einem Rechtsstaat. Das ist die Basis; da gilt es nicht zu fragen, was wir dem Einzelnen erlauben und wann wir ihm Suizidbeihilfe gewähren. Das ist Autonomie, die bis zum letzten Atemzug gilt. Insofern stellen sich die Fragen nach den Kriterien gar nicht, denn Autonomie heißt, jeder kann entscheiden, ob er leben oder sterben will. Das ist meine Auffassung unseres Rechtsstaats und ich glaube, bei diesem Teil meiner Auffassung bin ich verfassungsinterpretatorisch in ganz guter Gesellschaft.

Der zweite Punkt: Seit ich die Presseerklärungen von Herrn Brysch lese, wundere ich mich über die Frontlinien, die da gezogen werden. Ich habe gestern erst ein langes Telefonat mit einem sterbewilligen Mann aus Süddeutschland geführt. Bei dem Gespräch ging es um die Frage, ob ich nun – aus seiner Sicht so schnell wie möglich – nach Süddeutschland komme, um Suizidhilfe zu leisten oder ob er in ein nahe gelegenes Hospiz geht; er erzählte, er habe eine Anmeldung und eine gewisse Chance, aufgenommen zu werden. Ich habe ihm selbstverständlich in erster Linie zunächst einmal zu dem Weg des Hospizes geraten. Erstens ist es näher dran. Zweitens lässt das Hospiz eine längere Zeit für Entscheidungsvarianten.

Zusammenfassend kann ich an dieser Stelle wohl für Herrn Graefe mitsprechen: Wir unterstützen die Hospizbewegung, wir unterstützen jedes einzelne Hospiz und jeden einzelnen Hospizplatz. Nur: Die Hospizangebote in Deutschland sind

doch keine Alternative zur Sterbehilfe. Weder Herr Graefe noch ich sagen zu sterbenden Menschen: „Kommt lieber zu uns und nehmt unsere Dienstleistung in Anspruch, statt unter die Fittiche eines Hospizes zu gehen.“ Deshalb frage ich mich, aus welchen Motiven Sie, Herr Brysch, seit Jahren mit außerordentlich scharfen Worten Sterbehilfe – ob nun in organisierter Form oder von einem Einzelnen geleistet – kritisieren, denn die betroffenen Menschen in Deutschland wissen mittlerweile, dass es ein Sterbehilfeangebot und ein Hospizangebot gibt. Sie allein wissen, was richtig für sie ist, und haben eine autonome Entscheidung zu treffen.

Graefe: Ich möchte das noch einmal ergänzen und auch klarstellen. Ich bin neulich bei einem Fortbildungskongress von Palliativmedizinern gewesen und habe dort auch noch einmal auf die Rechtslage hingewiesen, um deren Tätigkeit zu unterstützen. Wir haben auch einzelne Hospize, die wir gelegentlich Leuten empfehlen. Mein Appell lautet nur: Orientieren wir uns doch an unserer Verfassung, an unserem Grundgesetz, an dessen Artikeln 1 und 2. Darin steht: „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“ Und darin steht das Selbstbestimmungsrecht des Menschen. Warum wollen Sie das denn nun unbedingt beeinträchtigen? Ich bekomme oft die Frage gestellt: Was ist denn die Würde des Menschen? Da kann man aus meiner Sicht nur eine vernünftige Antwort geben: Die Würde des Menschen ist das, was jeder für sich, in seiner Situation, für seine Persönlichkeit für würdig hält. Und wenn es einer für würdig hält, alles zu erleiden und keine Hilfe in Anspruch zu nehmen, dann ist das seine Auffassung von Würde; und wenn einer sagt, für mich ist es Würde, mich nicht pflegen zu lassen, dann ist das seine Auffassung von Würde. Und da hat niemand mir vorzuschreiben, was meine Würde ist – auch nicht Herr Bosbach, den ich schon öfter zitiert habe, weil der bei der CDU praktisch für diese gegenteilige Auffassung steht. Die Selbstbestimmung, die sich aus der Verfassung ergibt, geht dahin, dass jeder selbst entscheidet. Jeder entscheidet, was er tun will und was er für richtig hält, und er kann dieser Entscheidung entsprechen.

Als letzten Punkt gebe ich einmal zu bedenken: Warum wollen Sie denn praktisch die Leute hindern, die eine solche Sterbehilfe in Anspruch nehmen? Wenn Dignitas so schlimm ist, wie Sie es darzustellen versuchen, warum fahren denn die Leute dahin? Niemand wird doch dazu gezwungen. Offensichtlich besteht jedoch ein großes Bedürfnis, das in Anspruch zu nehmen. Und warum wollen Sie die Leute hindern, die das in Anspruch nehmen?

Schliemann: Wenn hier die Würde des Menschen und seine individuelle Handlungsfreiheit – Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG – und sein Recht auf Leben – Art. 2 Abs. 2 GG – betont werden, so folgt daraus nicht unbedingt, dass der Staat tatenlos hinzusehen hat, wenn Menschen dazu geführt werden oder es ihnen allzu sehr erleichtert wird, sich selbst umzubringen. Das ist ein Zirkelschluss. Ich räume ja ein, dass Sie im Augenblick in einem völlig straffreien Raum agieren. Sie agieren in einem Raum der völligen Selbstbestimmung. Das ist nicht die Frage. Die Frage lautet umgekehrt: Will eine Gesellschaft wie unsere es denn hinnehmen, dieses so laufen zu lassen?

Dann möchte ich noch etwas weiterdenken. Es gibt den entsetzlichen Fall der Frau Pretty aus dem Vereinigten Königreich, die schwer gelähmt war und dadurch auch an Atemnot litt. Sie hatte darum gebeten ihrem Mann zu gestatten – in England scheint das möglich zu sein –, ihr beim Suizid zu helfen. Die Dame hat sich mit diesem Anliegen „hochgeklagt“ bis zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). In Art. 3 EMRK gibt es das Verbot einer erniedrigenden oder unmenschlichen Behandlung. Der EGMR hat dazu im Jahr 2002 gesagt: „Nein, das Verbot der Suizidbeihilfe, das in Großbritannien gilt, ist mit der Menschenrechtskonvention vereinbar.“ Das heißt, der Schluss, den auch Herr Graefe eben zog, der Mensch sei frei und deswegen dürfe der Staat nichts tun, ist falsch.

Ob der Staat etwas tun muss, das ist eine Frage, die sich unter einem anderen Gesichtspunkt stellt. Der Staat hat die Aufgabe, das Leben seiner Bürger zu schützen. Hat er auch die Aufgabe, das Leben vor der Lebensbedrohung durch den Bürger selbst zu schützen? Wenn wir jeden Suizid – und das ist bisher gesellschaftlicher Konsens – als tragischen Unglücksfall begreifen, was eine milde Form des Ausdrucks ist, dann ist diese Gesellschaft gut beraten, Suizide möglichst zu verhindern. Ich kann den Suizid durch Strafrecht als solchen nicht verhindern, das geht gar nicht, es geht technisch nicht. Aber ich kann schon dafür sorgen, dass der Weg zum Suizid so mit Steinen bepflastert ist, dass der Suizid möglichst nicht begangen wird – oder bestimmte Sorten des Suizids nicht. Dass es dann andere gibt, die weiterhin schlimm genug sind, dass sich Menschen vor den Zug werfen und möglicherweise dann nicht nur für Verspätungen sorgen, sondern für traumatische Zustände des Zugführers und ähnliches mehr, das ist in unserer Gesellschaft so. Aber rechtfertigt das denn, nun zu sagen: „Dann machen wir einen anderen Laden auf, bei dem diese Dinge nicht passieren“? Ich sage das bewusst so salopp. Noch sind wir nicht so weit, aber es ist der Weg zum Freitod aus den gelben Seiten. Darüber müssen wir uns im Klaren sein.

Zuruf aus dem Publikum: Aber doch nur, wenn der Staat nicht für etwas Besseres sorgt!

BLJ: Herr Schliemann, Sie haben gerade gesagt, Sie möchten den Weg zum Suizid möglichst mit Steinen bepflastern, ihn möglichst schwer machen. Würde das denn erreicht durch den § 217 in der Fassung, die Sie vorgeschlagen hatten? Oder wäre nicht vielleicht die Folge, dass die Leute dann – wie es bisher wohl auch schon der Fall ist – in die Schweiz gehen würden? Würde man denn effektiv dieser Entwicklung Herr werden?

Schliemann: Jedes Strafrecht endet an der nationalen Grenze, das hat Strafrecht so an sich. Wir haben kein Weltstrafrecht. Damit kann ich es nicht hindern, aber ich kann diejenigen hindern, die nicht in die Schweiz reisen.

Brysch: Ich glaube, wir sollten uns nichts vormachen: Auch wenn hier viele zukünftige Strafrechtler sitzen, Strafrecht ist nicht in der Lage, Dinge gestalten zu können. Strafrecht ist nicht in der Lage, mit filigraner Art diese Themen zu behandeln. Strafrecht ist nur in der Lage, „Ja“ oder „Nein“ zu sagen. Wenn es um die Wiederholung, die geschäftsmäßige, die gewerbliche Wiederholung der Suizidbeihilfe geht, dann sollten wir eindeutig mit einem gesellschaftlichen „Nein“ reagieren. Ich will zu dem Zuruf, den Sie gemacht haben, sagen:

Das ist ja, wenn Sie so wollen, der eigentliche Skandal schlechthin – welche Alternativen haben wir? Die Deutsche Hospiz Stiftung ist eine Patientenorganisation. Wir glauben, dass gutes, würdiges Sterben nicht auf ein paar schönen Inseln in Deutschland möglich sein muss, sondern dass gutes Sterben überall da möglich sein muss, wo Menschen tatsächlich heute sterben. Ein würdiges Sterben darf nicht einigen Auserwählten, die Glück gehabt haben, vorbehalten bleiben. Darum muss es uns gehen. Wenn Sie die Situation heute anschauen, dann stellen Sie fest, dass viele Menschen – und da geht es gar nicht darum, ob sie in ein Hospiz oder nicht in ein Hospiz kommen – überhaupt keine Alternative haben. Wenn Sie die Bedingungen der Pflege wahrnehmen, dann gilt es, diesen Körperverletzungen nachzugehen.

Ich bin ein Patientenschützer für den Lebenden, für ein Recht auf Leben und für ein Recht auf gutes Sterben, aber ich bin nicht ein Patientenschützer, um zu sagen, „ich töte Dich“. An diesem Punkt müssen wir dringend in Deutschland nacharbeiten und ergänzen. Die Hospizarbeit, die Diskussion um Patientenverfügungen ist überhaupt kein Ersatz für die Frage, wie wir in Deutschland aktive Sterbehilfe und den assistierten Suizid regeln wollen.

Graefe: Es wäre sicherlich gut, wenn wir die Begriffe nicht ständig durcheinander bringen, wie Sie es wieder getan haben, indem Sie im gleichen Atemzug von Suizidhilfe und Tötung reden. Sie wissen ganz genau, dass Sie damit bewusst etwas Falsches sagen. Denn dass Tötung im Sinne von aktiver Sterbehilfe etwas anderes ist als Beihilfe zum Suizid, das wissen Sie ganz genau. Im Übrigen sagen Sie beide, Herr Brysch und Herr Schliemann, mit den Mitteln des Strafrechts lässt sich das Problem nicht regulieren – ja, warum versuchen Sie es denn dann immer mit den Mitteln des Strafrechts?

Schliemann: Ich habe nicht gesagt, dass ich mit den Mitteln des Strafrechts alles Leid der Welt und insbesondere die Pflegenotstände sanieren möchte.

Graefe: Dann frage ich Sie aber Folgendes: Sie wollen der Suizidbeihilfe ja Steine in den Weg legen, damit sie nicht stattfindet. Wie wollen Sie denn beispielsweise dem Menschen in diesem Fall, den ich Ihnen genannt habe und der kein Einzelfall ist, sondern für viele steht – wie wollen Sie diesem Menschen helfen, der also da liegt und sterben möchte? Oder sagen Sie: „Dem will ich nicht helfen!“?

Dessen Situation ist so, dass seine übrigen Organe in Ordnung sind, er wird wahrscheinlich noch lange, noch Jahrzehnte dahinvegetieren, wenn ihm nicht geholfen wird. Und das ist doch die konkrete Frage! Wir diskutieren hier über irgendwelche Theorien. Die Frage, die diese Menschen interessiert, das ist die Praxis. Wie soll diesen Leuten geholfen werden? Oder wollen Sie einfach sagen: „Nein, denen helfen wir nicht, denen müssen wir nicht helfen!“?

Sie müssen denen auch nicht helfen. Der Staat muss denen auch nicht helfen. Aber wenn es jetzt Menschen und Organisationen gibt, die denen helfen wollen – warum meint dann der Staat, hier eingreifen und das verhindern zu müssen? Das ist doch nur die Frage.

Brysch: Herr Graefe, ich denke, wir müssen den Menschen beim Sterben helfen! Das ist, glaube ich, ein klarer Auftrag. Wir erleben als Patientenschützer täglich, dass die Medizin oder das Pflegeangebot weghört, wenn ein Patient sagt: „Ich will nicht mehr!“ Das erleben wir *täglich*! Das regt mich auf! Und das regt viele Tausende in dieser Republik auf! Dass eben das Neinsagen des Patienten zur Therapie dazu führt, dass man dann jemanden allein lässt.

Der elementare Unterschied aber ist – und das sollte man auch deutlich herausarbeiten: Wir sagen nicht, „wir töten Dich“, sondern wir sagen, „wir begleiten Dich in Deinem Sterben, auch wenn dieses Sterben Monate, manchmal Jahre vor Deinem eigentlichen Tod einsetzt.“

Die Patienten wollen nicht getötet werden, sondern sie wollen anständig sterben dürfen, sie wollen, dass ihr „Nein“ respektiert wird. Und wir erleben, auch am Schmerz- und Hospiztelefon, dass viele Ärzte sagen: „Ich kann hier nicht einfach die Ernährung einstellen, weil das aktive Sterbehilfe ist!“ Sie reden immer von den schönen Begriffen. Ich kann Ihnen sagen, ganz frische Untersuchungen belegen, dass ein Drittel der Ärzte nicht unterscheiden kann zwischen der erlaubten passiven Form der Sterbehilfe und der verbotenen aktiven Sterbehilfe. Da ist Nachholbedarf, daran müssen wir dringend arbeiten. Ich weiß nur nicht, ob wir am Problem des Tötens – und damit meine ich auch Selbsttöten – arbeiten müssen oder ob wir an dem Problem des Sterbens arbeiten müssen. Ich bin der Überzeugung, wir müssen das klar angehen in Deutschland, sonst läuft uns die Entwicklung weg. Und ich glaube, das regt hunderttausende von Menschen auf.

BLJ: Uns ist jetzt schon die Zeit weggelaufen, deshalb müssen wir zum Schlussstatement kommen. Darin sollte bitte jeder eine Einschätzung dazu abgeben, mit welcher gesetzgeberischen Entwicklung wir in nächster Zeit rechnen müssen. In der Entschließung des Bundesrats vom 4. Juli 2008 wurde schließlich angekündigt, dass noch in diesem Jahr eine Regelung auf den Weg gebracht wird. Vielleicht kann sich der eine oder andere auch noch einmal zur Qualität des jetzigen Gesetzesvorschlags äußern. Herr Graefe, bitte.

Graefe: Es sind ja verschiedene Initiativen ergriffen worden, wobei dieser letzte Entwurf äußerst kritisch zu werten ist. Ich zitiere: „Ebenso wird bestraft, wer für eine Vereinigung der in Absatz 1 bezeichneten Art als Mitglied oder als Außenstehender geistig oder wirtschaftlich eine maßgebende Rolle spielt.“ Ich habe dann mal angefragt bei dem Ministerium, ob damit ein Berufsverbot für Rechtsanwälte für diesen Bereich ausgesprochen werden soll. Da hat man gesagt, das sei nun nicht gemeint. Ich sagte: „Das mag sein, aber im Grunde genommen ist es so formuliert, denn *ich* nehme – wie jeder Rechtsanwalt – für mich in Anspruch, dass ich für meine Mandanten „geistig eine maßgebende Rolle“ spiele, sonst brauche ich nicht anwaltlich tätig zu sein.“ Das gilt auch für Wirtschaftsunternehmen und sonstige Mandanten.

Das heißt, wenn ich jetzt für einen Sterbehilfeverein geistig eine maßgebende Rolle spiele, dann mache ich mich schon strafbar. Und da hab ich mal angefragt bei dem Ministerium, ob man denn meint, dass das wohl verfassungskonform sei, dass man einen Rechtsanwalt bestrafen will, nur weil er einen Verein berät. Und so könnte ich Ihnen jetzt mehrere Dinge aufzählen. All diese Gesetzesentwürfe sind schlecht. Darum ist ja an dem Tag, bevor der Bundesrat die Einbringung dieses Gesetzesentwurfs beschließen wollte, abends um 22:00

Uhr das Vorhaben gekippt worden. Da sind Frau Merkel und Herr Beck also nach eingehenden Beratungen zu dem Ergebnis gekommen, dass dieser Gesetzesentwurf so schlecht sei, dass man ihn nicht durchbringen könne. Am nächsten Morgen ist mitgeteilt worden: „Wir kippen dies.“ Und es wird seitdem wieder versucht; es wurde mal wieder ein neuer Entwurf eingebracht, der genauso schlecht ist. Diese Entwürfe sind handwerklich schlecht.

Und zum Abschluss: All dies sind Versuche, letzten Endes das Selbstbestimmungsrecht des Menschen einzuengen. Deshalb gelingt es auch so schlecht, deshalb ist es auch so schwierig. Wir müssen uns am Grundgesetz orientieren, an dem Recht, das sich aus Art. 2 GG ergibt, und letztlich an der Frage, was man tun kann und was man tun muss, um Menschen in ganz schlimmen Situationen zu helfen. Das sollte man nicht torpedieren, wie Sie es versuchen.

Schliemann: Die Bundesratsdrucksache 436/08 – das ist der besagte Entwurf der Länder Bayern und Baden-Württemberg – ist in der Tat am Abend vor der Bundesratssitzung schlicht und ergreifend versenkt worden, wie man es im Jargon nennt. Es gibt aber einen Vorläuferentwurf – nämlich den gemeinsamen Entwurf der Länder Saarland, Hessen und Thüringen aus der Bundesratsdrucksache 230/06 – und dieser Entwurf lautet ganz anders, nämlich: „Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit vermittelt oder verschafft, wird bestraft.“ Ich habe das jetzt etwas verkürzt.

In der Begründung zu diesem Entwurf ist ausdrücklich aufgeführt, dass es nicht um behandelnde Ärzte geht. Man kann möglicherweise den Kreis derer, die man exemptieren muss, noch vergrößern. Bestraft werden soll nicht der Ehemann, der seiner Frau hilft, oder umgekehrt; auch nicht der Vater, der dem Sohn, der Sohn, der dem Vater hilft, oder Ähnliches mehr. Das heißt, die individuelle Mittat beim Suizid – ich sage das bewusst untechnisch – bleibt nach diesem Entwurf völlig straflos. Für diesen Ursprungsentwurf werbe ich nach wie vor; die anderen sind politische Kompromisse – und im Augenblick gibt es gar keinen Entwurf, da muss ich Sie korrigieren, Herr Graefe. Es gibt nur einen Beschluss anstelle des Entwurfs Bayern und Baden-Württemberg mit einem Entschließungsantrag. Die Kurzfassung davon lautet: Wir wollen bestrafen, und zwar wollen wir gewerbsmäßiges Handeln bestrafen. Das ist ein Schuss, der fehlgeleitet ist, um Gewerbsmäßigkeit geht es nicht. Ich werbe nach wie vor für den ersten Entwurf, für Geschäftsmäßigkeit, das heißt, dass derjenige bestraft wird, der etwas in der Absicht tut, es ständig zu wiederholen. Und da merken Sie schon, worin der Unterschied liegt. Wird der bestraft, der einmal hilft? Nein. Wird der behandelnde Arzt bei seiner Behandlung geschäftsmäßig dauernd Selbsttötungsgelegenheiten bereitstellen? Wohl nicht. Aber darüber kann man streiten, möglicherweise kann man den auch ausnehmen, falls das der Rechtsklarheit dient. Das war ein Punkt, der später in der Diskussion eine große Rolle spielte.

Der letzte Entwurf – nämlich der aus Bayern und Baden-Württemberg, der noch nicht einmal zur Abstimmung gestellt, sondern vorher versenkt wurde –, ist aus meiner Sicht nicht so recht gelungen. Ich weiß, dass es inzwischen weitere Bemühungen der Einigung zwischen allen Bundesländern oder fast allen Bundesländern gibt. Ich bin nicht sicher, was da herauskommen wird.

Das ganze Thema ist in Schwung gekommen, die Diskussion wird nicht zu Ende sein. Meine persönliche Einschätzung: In dieser Legislatur passiert an dieser Stelle erst einmal gar nichts. Die Koalition hat im Augenblick ganz andere Sorgen, als sich um diese Dinge wirklich so ernsthaft zu kümmern, wie es dem Thema angemessen wäre.

Kusch: Herr Schliemann, Sie haben jetzt im Schlussstatement und auch davor zwei Gruppen ausgenommen, die Sie nicht bestrafen wollen: Ärzte und Angehörige. Das klingt human und ist doch das Gegenteil, denn Sie wollen einer Vielzahl verzweifelter Menschen die letzte Hoffnung nehmen.

Derjenige, der sich an mich wendet, hat bereits alle Versuche unternommen, sich an einen Arzt zu wenden. Glauben Sie denn im Ernst, dass ein Sterbenskranker oder ein Mensch, der sein Leben als unerträglich belastend empfindet, als erstes an eine Sterbehilfeorganisation oder an mich denkt? Natürlich nicht, denn jeder weiß, dass eigentlich der Arzt der Richtige wäre, der sich mit Medikamenten auskennt, der Rezepte ausstellen kann und so weiter. Das heißt, das, was Sie als Zeichen Ihrer Anteilnahme an Ihren Mitmenschen dokumentieren – Ärzte sollen ja gerade nicht bestraft werden! – ist in Wahrheit die Zementierung einer Zweiklassengesellschaft: Die eine Klasse hat im Bekannten-, Freundes- und Verwandtenkreis Ärzte und interessiert sich für unsere Diskussion hier überhaupt nicht; diese Leute können darauf vertrauen, dass der Arzt, mit dem man verwandt oder gut befreundet ist, bei Bedarf schon helfen wird.

An Dignitas und mich wenden sich diejenigen Leute, die solche Ärzte im Bekanntenkreis nicht haben. Dass Sie zwanzig Jahre nach der Abtreibungsdiskussion dieselbe Ungerechtigkeit jetzt in Neuauflage in unsere Gesellschaft hineintragen wollen, halte ich für einen geistig-moralischen Rückschritt, bei dem ich immer wieder erstaunt bin, wie viele Leute sich dem einfach anschließen. Damals konnten die reichen, wohlhabenden Frauen nach Amsterdam fahren – und niemand hat gefragt, was sie dort getan haben. Die ärmeren oder organisatorisch nicht so bewanderten gerieten in die Hände von deutschen Kurpfuschern – und gelegentlich auch noch in die Hände von deutschen Staatsanwälten. Erst das liberalisierte Abtreibungsrecht hat mit dieser gesellschaftlichen Ungerechtigkeit Schluss gemacht. Was heute passiert, ist genau dasselbe: Diejenigen, die in besseren Kreisen aufgewachsen sind und ihr Leben intellektuell anspruchsvoller gestalten, interessieren sich für so feinsinnige Fragen wie Strafbarkeit von Sterbehelfern überhaupt nicht, weil sie schon wissen, dass irgendein Arzt in der entscheidenden Situation das Richtige tun wird.

Besonders fern von der Realität ist Ihr Hinweis, man wolle die Angehörigen, die ja nur ihrem Angehörigen helfen wollen, straflos lassen. Häufig wenden sich gar nicht die Sterbewilligen, sondern die Angehörigen in ihrer Verzweifelung an uns, weil auch die Angehörigen keinen Arzt kennen und weil sie schon von vielen fehlgeschlagenen Suizidversuchen gehört und gelesen haben.

Die Leute lesen das und sind verzweifelt, weil sie wissen, dass sie dem, was da so an Rezepten angeboten wird, nicht

vertrauen können. Demgegenüber haben sie Vertrauen zu einer Organisation wie Dignitas, die schon viele hundert Mal erfolgreich Sterbehilfe geleistet hat. Und solchen Menschen, die selbst nicht in der Lage sind, die notwendigen Schritte einzuleiten, versprechen Sie gnädigerweise Straffreiheit. Ihr Ansinnen ist zynisch: Bestrafung derer, die helfen könnten und Straffreiheit für die, die sich nicht zu helfen wissen!

Der Ansatzpunkt, warum ich als Justizsenator hier in Hamburg überhaupt auf das Thema kam, waren Informationen, wonach auch in Hamburg Sterbehilfe von Ärzten häufig geleistet wird. Mindestens hundert Fälle von Sterbehilfe, wenn die Zahl nicht sogar eher in der Größenordnung von 500 liegt. Ich wunderte mich, dass überhaupt nichts bei der Staatsanwaltschaft landet, wenn in Hamburg, einer Stadt mit 1,7 Millionen Einwohnern, hunderte von Sterbehilfefällen jährlich stattfinden. Das erinnerte mich sehr an die Zeit zwanzig Jahre zuvor, in der es tausende und abertausende von Abtreibungen gab und auch nichts bei der Staatsanwaltschaft gelandet ist. Aber die rechtstreuen Frauen hatten Angst, es könnte bei der Staatsanwaltschaft landen. Man tritt das Rechtsgefühl mit Füßen, wenn man diejenigen, die sich penibel ans Recht halten wollen, in die Verzweiflung treibt, und zugleich sagt: „Irgendwo gibt es schon Ärzte, die mal helfen.“ Das ist auch die Intention des SPIEGEL-Artikels, da werden Ärzte gelobt, die anonym Sterbehilfe leisten – was aber hat denn Frau Meyer in Buxtehude davon, wenn sie einen solchen Arzt nicht kennt?! Frau Meyer in Buxtehude hat derzeit lediglich zwei Telefonnummern, die sie in Deutschland – wo es zigtausende Ärzte, zig Hospize gibt – anrufen kann, nämlich eine Telefonnummer in Hannover und eine Telefonnummer in Hamburg. Niemand ruft diese Telefonnummern aus frivolen Absichten an. Und niemand in Hannover und niemand in Hamburg, der am anderen Ende der Leitung ist, antwortet aus frivoler Gesinnung. Beratungsgespräche mit Sterbewilligen sind belastend.

Ich traue den Juristen im Bundestag und im Bundesrat durchaus zu, sich irgendeine Norm auszudenken, die Dignitas – oder Dignitate in Hannover – und mir es schwerer macht, vernünftig zu helfen. Nur: Mit welcher moralischen Intensität wird hier ein Teil der Bevölkerung verfolgt, der nicht die Bestrafung verdient hat, sondern Hilfe?!

Schliemann: Ich habe bisher – wie Sie gemerkt haben – vermieden, Dinge zu personifizieren. Wenn Sie mir vorhalten, ich fiele zurück – das war eben der Vorhalt – dann tue ich das mal in die Mottenkiste politischer Argumentation. *Diese* politische Argumentation ist nicht meine.

Brysch: Ich glaube, dass ich mich eingehend zu der Frage geäußert habe, was ich von dem Entwurf halte, der aus Bayern und Baden-Württemberg kommt und der eine Ergänzung ist zum Entwurf der Länder Hessen, Thüringen und Saarland. Seit einiger Zeit gibt es einen in einer Arbeitsgruppe erarbeiteten dritten Entwurf, der wohl sowohl eine Bestrafung von Rädelsführern und Hintermännern enthält als auch die Formulierung „... und für diese öffentlich wirbt“.

Ich glaube, dass wir mit Gesinnungsschnüffelei in Anlehnung an die Strafbarkeit der Bildung terroristischer Vereinigungen in dieser Diskussion überhaupt nicht weiterkommen. Sie gehen an der Realität vollkommen vorbei. Aber wir müssen uns bekennen in der Frage, was dieser Staat tun will, um klare Grenzen zu setzen. Und wir müssen uns auch die Frage stellen: Beginnt das Selbstbestimmungsrecht in dieser Gesellschaft erst, wenn es um die Frage der Selbsttötung, der Begleitung der Selbsttötung geht – beginnt das Selbstbestimmungsrecht tatsächlich erst an diesem Ende?

Ich halte das für einen vollkommen falschen Weg. Die Menschen, die sich an uns als Deutsche Hospiz Stiftung wenden und die das Schmerz- und Hospiztelefon anrufen – das sind jährlich 16.000 Menschen – erleben nämlich sehr genau, wie ihr Selbstbestimmungsrecht mit Füßen getreten wird. Dies geschieht, indem man beispielsweise jemanden nicht mehr zur Toilette führt, weil man dafür keine Zeit mehr hat; stattdessen diskutiert man lieber über eine 6-Liter-Windel. Dies geschieht, indem wir Magensonden legen, weil wir keine Zeit mehr haben, ausreichend daneben zu sitzen und das Essen zu reichen. Und nichts geschieht in dieser Gesellschaft. Beginnt das Selbstbestimmungsrecht erst beim Töten? Ich glaube nicht!

Wenn einer tatsächlich meint, er müsse töten, um jemandem zu helfen, dem kann ich auch nur empfehlen, den Weg zu gehen, der mehr als sinnvoll ist. Nämlich: Eine Einzelfallgerechtigkeit herzustellen, wie es einer strafrechtlichen Norm nie gelingen kann, sondern nur durch eine richterliche Überprüfung des Einzelfalls. Wenn wir diesen § 217 StGB haben, wo es um die geschäftsmäßige Förderung von Selbsttötungen geht, ist dies der Weg, das zu beweisen. Daher meine Forderungen: Einzelfallgerechtigkeit an der Stelle – und ich hoffe, hier sitzen auch viele zukünftige Richter –, wo das möglich ist. Und: Selbstbestimmung bitte nicht beginnen mit dem Töten oder mit dem Selbsttöten. ■

Das Gespräch führten
Stefan Frick und Jan Sturm

Rezensionen

***Richard A. Posner:* How Judges Think.**

Wie denken Richter? Und wie gehen sie vor, wenn sie einen Fall entscheiden müssen, für den vermeintlich keine „richtige" rechtliche Lösung existiert? Diesen Fragen geht *Posner*, seit 1981 selbst Richter am US-Berufungsgericht und viele Jahre als Kandidat für eine Berufung an den Supreme Court gehandelt, in seinem neusten Werk „How Judges Think" nach.

Posner analysiert, wie der richterliche Entscheidungsspielraum in der Rechtspraxis der USA ausgefüllt wird und wie Richter ihrer partiell gesetzgeberischen Funktion nachkommen. Er betont dabei, dass sich seine Analyse allein auf den Ist-Zustand der richterlichen Entscheidungsfindung beschränke und er nicht das Soll-Bild des idealen Richters zu entwickeln suche. *Posner* umreißt sein Prüfprogramm mit den Motivationen der Richter, ihren Einflussmöglichkeiten, dem Wahlmodus vor ihrer Ernennung, den Berufsnormen und den psychologischen Prozessen bei der Ausübung gesellschaftlich bedeutender Funktionen. Die Untersuchung beschränkt sich weitgehend auf Richter an oberen Gerichtshöfen. *Posner* geht dabei davon aus, dass das richterliche Selbstbild bisher von der Vorstellung einer neutralen Anwendung von Normen geprägt sei. In Fällen ohne eindeutige gesetzliche Lösung gälten die zu treffenden Entscheidungen als nach festgelegten juristischen Auslegungsregeln deduzierbar. Dies bestreitet *Posner* für die ihn interessierenden Fälle, in denen bisher offengebliebene Rechtsfragen zu beantworten sind.

Die drei Teile des Buches beleuchten die bereits in der Einleitung aufscheinenden Thesen. In seinem ersten Teil entwickelt der Autor die grundlegenden Rahmenbedingungen des Richterberufes. Dem Richter obliege eine partiell gesetzgeberische Rolle (Kap. 3). Zentral für die Berufsausübung sei deshalb die Frage, wie rechtliche Spielräume gefüllt werden ohne dabei willkürlich zu entscheiden. *Posner* geht von den bereits erarbeiteten Interpretationsmodellen für richterliches Verhalten aus (Kap. 1) und entwickelt dann die für ihn zentralen Ausgangspunkte: Eine gewisse Kohärenz der Rechtsprechung werde durch einen ideologischen Minimalkonsens der Richter gewährleistet. Der Auswahlprozess vor ihrer Berufung stelle sicher, dass dieser Konsens generationsübergreifend erhalten bleibe. Ferner seien Richter als Teilnehmer des Arbeitsmarktes zu sehen und unterlägen somit grundsätzlich den auf diesem herrschenden Anreizen (Kap. 2). Zwar könnten die dem „Gesetz von Zuckerbrot und Peitsche" folgenden Motivationsmechanismen kleinerer Angestellter nicht unmittelbar übertragen werden; die richterliche Unabhängigkeit selbst sei der größte Attraktivitätsfaktor des Berufsbildes. Aber auch persönliche Attribute wie Hautfarbe, Geschlecht, Lebenserfahrungen sowie Vorurteile beeinflussten die Urteilsfindung (Kap. 4).

Der zweite Teil von „How Judges Think" differenziert die auf den Richter einwirkenden Faktoren weiter aus: Externe und interne Hemmungsfaktoren (Kap. 5 und 7), die Vergütungsstruktur (Kap. 6) und die Erkenntnis, dass Richter andere Aufgaben zu bewältigen haben als Rechtswissenschaftler (Kap. 8), werden im Einzelnen analysiert. Hierbei betont *Posner* die Bedeutung der internen Grenzen, zum Beispiel des Wunsches nach Respekt anderer Berufsträger und des Strebens nach Selbstachtung durch das Fällen allgemein anerkannter Urteile. Selbst bei völligem Fehlen auferlegter Berufsnormen (etwa Befangenheitsregeln) führten diese Motivationen zu einer willkürfreien Rechtsprechung. *Posner* erläutert in diesem Teil des Buches auch den als *pragmatism* bezeichneten Ansatz, die oft weitreichenden Auswirkungen des einzelnen Urteils auf die Gesellschaft insgesamt in den Entscheidungsprozess einzubeziehen (Kap. 9). Das Grundproblem dieses Ansatzes für den Richter sei es, die zu erwartenden Konsequenzen im Verhältnis zueinander zu gewichten. Jeder Richter werde dabei einerseits durch seine höchstpersönlichen Moralvorstellungen beeinflusst und andererseits durch die Gewissheit kontrolliert, dass als provokativ empfundene Urteile Reaktionen der Öffentlichkeit und der anderen Staatsgewalten hervorrufen. Wenig überrascht es, dass *Posner*, der als Professor an der University of Chicago den Ansatz der ökonomischen Rechtsanalyse mitbegründete, gerade die Einbeziehung der ökonomischen Auswirkungen als wichtigen Aspekt des pragmatischen Rechtsprechungsansatzes verstanden wissen möchte.

Der dritte Teil der Analyse (Kap. 10 bis 12) beschäftigt sich mit der Rolle des Supreme Court als politischer Instanz und dabei unter anderem mit der interessanten Frage, inwieweit die Einbeziehung ausländischer Präzedenzfälle eine geeignete und praktizierte Methode der Rechtsfindung dieses Gerichts ist. Auch der in den USA – u.a. von *Posner* selbst – mit Härte geführte Streit um eine textgenaue Verfassungsinterpretation oder die Zulässigkeit einer *living constitution*, in die auch gänzlich neue Aussagen hineingelesen werden dürfen, wird von ihm erneut aufgegriffen. En passant rezensiert er hier dabei ausführlich das Werk „Active Liberty" von seinem Richterkollegen *Stephen Breyer*. Insbesondere dieser dritte Teil von „How Judges Think" ist weitgehend eine Zusammenstellung früherer Veröffentlichungen *Posners* zur Rolle des Supreme Court und zu dem von ihm befürworteten Konzept einer lebendigen Verfassungsinterpretation.

Posners Werk ist ein inhaltlich durchaus provokatives, dabei aber sehr unterhaltsames Beispiel für den angloamerikanischen Wissenschaftsstil. *Posner* präsentiert seine herausragenden Kenntnisse des politischen und rechtlichen Systems der USA und stellt spannende Zusammenhänge zwischen politischen Entwicklungen, der Ernennung neuer Richter und den gefällten Urteilen dar. Trotz seiner vielen philosophischen und historischen Bezüge ist der Text auch für den insoweit nur wenig Vorgebildeten gut verständlich. Intellektuell herausfordernd mag man es finden, die nur oft angedeuteten Bezugnahmen (etwa auf einer Seite auf *Holmes*, *Dewey*, *Rorty*, *Wittgenstein*, *Quine*, *Davidson*, *Schiller* und *Habermas*) zu entschlüsseln. „How Judges Think" bleibt eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Genannten schuldig.

Das Buch lädt den deutschen Leser dazu ein, die Übertragbarkeit der Thesen auf das eigene Rechtssystem zu hinterfragen. *Posner* selbst glaubt, dass kontinentaleuropäische Richter weniger dem von ihm für die USA festgestellten pragmatischen Ansatz folgen. Zwar sind die von ihm in diesem Zusammenhang beobachteten Unterschiede in den Karrierewegen der Richter in den USA und Europa tatsächlich signifi-

kant. Ob dies aber wirklich zu weitreichenden Unterschieden führt, ist eine Frage, die den Leser – jedenfalls mit Blick auf die deutschen obersten Gerichte – nicht loslassen wird.

„How Judges Think“ mag aufgrund seiner besonderen Struktur stellenweise etwas langatmig erscheinen. Wie ein Mantra wiederholt *Posner* seine Grundthesen, um sie sogleich bei jeder erneuten Erwähnung leicht abzuwandeln, zu relativieren und differenzieren. Der in der Einleitung noch aufscheinende Grundkonflikt zwischen *legalists* and *pragmatists* verschwimmt am Ende der Untersuchung mehr und mehr. Gerade dies verdeutlicht die Komplexität des Untersuchungsgegenstandes, der nie ganz fassbar erscheint. *Posner* gelingt es, dem Leser auf unterhaltsame Weise einen neuen, substantiierten Blick auf die Richter als Protagonisten des (amerikanischen) Rechtssystems zu ermöglichen und spart dabei nicht an erheiternden politischen und persönlichen Seitenhieben. Ob er seinem Anspruch, eine umfassende Analyse des praktizierten richterlichen Denkens vorzulegen, voll gerecht wird, bleibt letztlich zweifelhaft: Für viele seiner Thesen – etwa zu der Bedeutung religiöser Motive für die Entscheidungsfindung – bleibt er den empirischen Beweis schuldig und auch die Allgemeingültigkeit seiner Thesen über richterliche Rationalität bleibt unbelegt. Der Leser bleibt mit dem Gefühl zurück, sicher nur von einem einzelnen US-Richter zu wissen, wie er denkt. ■

(*Katja M. Niehnus*)

Richard A. Posner: How Judges Think. Erschienen in Cambridge, Massachusetts, im Verlag Harvard University Press, 2008. Gebunden, 387 Seiten, 25,99 Euro.

***Günther Jakobs:* Norm, Person, Gesellschaft.**

Die Frage – kantianisch gesprochen – nach den Bedingungen der Möglichkeit von Gesellschaft steht im Mittelpunkt von *Günther Jakobs'* Studie zu „Norm, Person, Gesellschaft“. Der emeritierte Bonner Strafrechtslehrer bezieht in dem Werk Stellung gegen vertragstheoretische und konsensfundierte Gesellschaftsbegründungen. Seine Abhandlung erscheint nunmehr in dritter, erheblich veränderter Auflage nach 1997 und 1999.

Jakobs' Argumentation, deren zentraler Inhalt auf weniger als 50 Seiten entwickelt wird, nimmt ihren Ausgang beim einzelnen Individuum: „Gedacht sei ein einsam lebender Mensch.“ – der erste Satz seiner Untersuchung. Ein Individuum ist dabei für *Jakobs* der Mensch, für dessen Orientierung in der Welt die Kategorie des Sollens ohne Bedeutung ist. Seine Umwelt ordnet das Individuum in ein Schema von Lust und Unlust ein. Mehrere Individuen können durchaus in einem stabilen Gefüge zusammenleben, wie *Jakobs* betont (auch wenn das Moment der Ordnung ihrer Verhältnisse durch Gewalt dem Leser stets präsent bleibt); sie sind dann Gruppe. Der Autor legt eindrucksvoll dar, wie weitgehend sich eine Ansammlung von Individuen koordinieren kann, ohne dass dabei Normativität eine relevante Kategorie wird. Die schlichte Beobachtung eines anderen Individuums, die gemeinsame Bewältigung von Aufgaben, sprachliche Verständigung – all das ist möglich, ohne dass die Konzeption des Menschen lediglich als Individuum verabschiedet werden müsste.

Zur Norm findet der Mensch, sobald ihm ein zweites Orientierungsschema gegeben wird, dass die Differenz zwischen Sollen (Rollenkonstanz) und Freiraum (Ungebundenheit) aktualisiert. Der Mensch wird zur Person. Subjekt ist er, wenn er die Unterscheidung anhand der Kategorien Pflicht und Willkür selbst nachvollzieht. Dieser Einbruch der Norm in die Welt ermöglicht es, *Jakobs'* Gesellschaftstheorie von Anfang an auch als Rechtsphilosophie zu lesen. Die Absicht des Autors trifft man damit gut; seine Studie trägt den Untertitel „Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie“.

Jakobs' Anliegen ist es zu demonstrieren, dass Individuen aus sich heraus zu einer Gesellschaft nicht finden können. Vom Individuum zur Person führt nur ein „kategorialer Sprung“ (S. 49). Der schroffe Gegensatz zur Theorie des Gesellschaftsvertrages ist offensichtlich und wird von *Jakobs* ausführlich thematisiert. „Am Anfang der Gesellschaft steht nicht ein Konsens, sondern die Gewissheit des Heiligen“, raunt der Autor dunkel (S. 39). Freilich: bloß hinnehmen muss das auch ein eher dem Nüchternen zugetaner Leser nicht, um *Jakobs'* Untersuchung mit Interesse zu begegnen. Denn eine positive Beschreibung der Personwerdung des Menschen steht nicht im Zentrum von *Jakobs'* argumentativem Gerüst. Es geht ihm „nicht darum, eine Geschichte der Genese von Sozialität zu schreiben, vielmehr sollen die Bedingungen von Sozialität genannt werden“ (S. 48). Im Negativen – das heißt in der Darlegung, dass eine Ansammlung von bloßen Individuen als solche keine normativ verfasste Gesellschaft begründen hat – ist *Jakobs'* Argumentation kraftvoll, diskursiv anschlussfähig und kritisierbar.

Gesellschaft wird sodann als ein (bisweilen außerordentlich fragiler) Verständigungsvorgang über menschliches Verhalten auf der Grundlage der Kategorie von Rollenkonstanz und Ungebundenheit beschrieben. Eine Norm ist dabei, so *Jakobs*, „wirklich, wenn sie das maßgebliche Interpretationsmuster für das Verhalten von Personen liefert“ (S. 53). Es ist offensichtlich, dass der Mensch damit nicht total zum Gesellschaftswesen wird; manche Lebensbereiche mag er als Individuum allein ausfüllen. In den Themenbereich der durch Zwang gesicherten Aufrechterhaltung der normativ verfassten Gesellschaftsordnung und der Reaktion der Gesellschaft auf Störungen ihrer normativen Verfasstheit schreitet die Untersuchung fort. Eingebettet finden sich hier die Grundzüge einer Zurechnungslehre und eine Strafzwecktheorie. Insgesamt ist die Untersuchung dabei deutlich an strafrechtsfundierten Denkweisen und Problemzugriffen orientiert. Eine Rechtsphilosophie, die es unternimmt, das Phänomen Recht im Ganzen in den Blick zu nehmen, bietet *Jakobs* nicht an.

Jakobs hat ein intellektuell durchweg anregendes Buch verfasst. Dazu trägt auch der eigenwillige, doch außerordentlich gediegene Stil bei, in dem der Autor seine Thesen präsentiert. *Jakobs* schreibt klar und kühl, der Wille zur ehernen Prägnanz ist hinter einer Vielzahl von Formulierungen erkennbar. Schon dieser Umstand allein bedingt eine ungewöhnliche Leseerfahrung und macht die Lektüre des Werkes empfehlenswert. Dass einige Passagen des Buches wie Nachrichten aus einer anderen Zeit wirken – „Eine Gesellschaft mag freilich auch ihren Personen ansinnen, einen Status in einer anderen Gesellschaft nicht zu akzeptieren [...]; das gilt etwa bei Angehörigen einer der Gesellschaft fremden Religion, Freimaurerei eingeschlossen.“ (S. 57) – erfüllt dann beinahe eine Erwartung, die sich beim Lesen schon zuvor unwillkürlich eingestellt hat.

Inhaltlich mag man manche Prämisse des Autors mit einem Fragezeichen versehen. Schon das bloß zweiteilige Deu-

tungsschema des Menschen als Individuum und als Person erscheint als inadäquate Beschreibung des Menschen als Sozialwesen. Die Rezensionsabhandlung der ersten Auflage des Werkes durch *Walter Kargl* (GA 1999, 53-66) und die Besprechung der zweiten durch *Fritz Loos* (ZStW 1999, 664-674) zeigen weiterreichend auf, wie auf die Konzeption *Jakobs'* inhaltlich reagiert werden kann. An der Einschätzung, in „Norm, Person, Gesellschaft" ein ebenso provokantes wie intelligentes Buch gefunden zu haben, vermag dies nichts zu ändern. ■

(*Johannes Gerberding*)

Günther Jakobs: Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie. Erschienen in Berlin bei Duncker & Humblot, 3., erhebl. veränd. Auflage, 2008. Broschiert, 139 Seiten, 28,00 Euro.

Chantal Mouffe: Das demokratische Paradox.

Demokratie braucht Feindschaft! Auf diesen Satz könnte man die politische Theorie zuspitzen, die *Chantal Mouffe* in ihrem Werk „Das demokratische Paradox" dem Leser präsentiert. Angesichts der freundlich-aufgeschlossenen Haltung, die *Mouffe* gegenüber dem Großtheoretiker des politischen Feindschaftsdenkens, *Carl Schmitt*, einnimmt, wird man ihr mit dieser Verkürzung kein Unrecht tun. „Das demokratische Paradox" versammelt fünf Aufsätze der in London lehrenden belgischen Politikwissenschaftlerin, die im angloamerikanischen Demokratiediskurs aufmerksam zur Kenntnis genommen wird. Vier der Aufsätze sind bereits anderenorts erschienen; die Texte werden hier erstmals dem deutschsprachigen Publikum vorgestellt. Ihnen vorangestellt ist eine enthusiastisch werbende Einleitung in *Mouffes* Theorie, die der Kulturwissenschaftler *Oliver Marchart* verfasst hat. Er hat auch die Übersetzung der Aufsätze besorgt.

Mouffes Anliegen ist die Einbeziehung einer – nach ihrer Auffassung: ausgeblendeten – fundamentalen Konfliktdimension demokratischer Politik. Sie stellt sich damit in schroffen Gegensatz zu *Rawls* und *Habermas*, deren liberale Gesellschaftstheorien *Mouffe* als wesentliche Bezugspunkte ihrer Argumentation dienen. Ihr „agonistisches Demokratiemodell" – der *agon* ist der sportliche wie musische Wettstreit in der griechischen Kultur der Antike – wendet sich gegen die Idee, „dass in einem demokratischen Gemeinwesen politische Entscheidungen durch einen Deliberationsprozess zwischen freien und gleichen Bürgern erzielt werden sollten" (S. 85). Das zeitigt Folgen für die Bestimmung des Verhältnisses von Liberalismus und Volksherrschaft. Erscheinen diese nach einem deliberativen Demokratiemodell als konzeptionell durchaus vereinbare Zielvorstellungen, betont *Mouffe* – wiederum an *Schmitt* anknüpfend – ihre schon theoretische Unvereinbarkeit.

Nach *Mouffe* gefährdet die Leugnung eines unhintergehbaren, in keinen Konsens auflösbaren gesellschaftlichen Pluralismus die Demokratie selbst. Die Autorin verweist auf diverse Erscheinungen – die fortschreitende Abwendung des *demos* von der Demokratie, das Erstarken rechtspopulistischer Bewegungen, die „Zunahme verschiedener religiöser, moralischer und ethnischer Fundamentalismen" (S. 99) –, die sie als Konsequenzen der liberal-demokratischen Demokratiekonzeption deutet. Wem indes schon der tatsächliche Befund *Mouffes* nicht recht plausibel erscheint, der wird in dem Werk kaum Material finden, dass ihn veranlassen könnte, seine Position zu überdenken.

Die Tatsache, dass das Werk aus mehreren, ursprünglich nicht aufeinander bezogenen Aufsätzen besteht, bedingt thematische Überschneidungen und die Wiederholung einzelner Beobachtungen und Thesen. Besonders störend ist dies nicht, man kann das Buch als Annäherung an ein Problem aus verschiedenen Richtungen lesen. Eher als misslich empfindet man die zahlreichen impliziten – anthropologischen, kommunikationstheoretischen, geschichtlichen – Voraussetzungen in *Mouffes* Argumentation, die den Leser, der ihrem Gedankengang folgen möchte, zu einem *take it or leave it* zwingen. Enttäuscht wird daher, wer das Buch zur Hand nahm in der Erwartung einer Gegenrede zu *Rawls* und *Habermas*, welche sich in Hinblick auf Sorgfalt und Differenziertheit mit diesen messen kann.

Lesenswert wird das Werk aber, wenn man es nicht begreift als einen kohärenten Versuch, die zurzeit tonangebende Familie von demokratietheoretischen Konzeptionen zu widerlegen. Vielmehr sind es einzelne Einwände und Hinweise, deren Kenntnisnahme intellektuell lohnend ist. Dabei ist das Buch in der Kritik deutlich stärker als in der Vision. Eine Vorstellung von *Mouffes* „agonistischem Pluralismus" entwickelt sich beim Lesen des Textes nur vage. Ein Verständnis, das in ihm bloß ein alternatives Deutungsschema einer demokratischen Praxis erblickt, welche im Tatsächlichen gar nicht der tiefgreifenden Veränderung bedarf, liegt zwar nahe und lässt viele von *Mouffes* Thesen interessant und erwägenswert erscheinen. Indes: dies verbietet sich schon aufgrund der offen dargelegten Überzeugung der Autorin, durch eine Übernahme ihrer Demokratiekonzeption gewissen Problemen der demokratischen Praxis abzuhelfen, die sie als Symptome eines Verfallsprozesses beschreibt.

Der Blick der Autorin ist nicht spezifisch juristisch; das Recht als ein zentrales Mittel der staatlichen Sozialgestaltung nimmt keinen prominenten Platz in *Mouffes* Werk ein. Als Jurist kann man von der Lektüre des Buches insofern profitieren, als man es als Untersuchung über die Grundlagen bzw. Voraussetzungen staatlicher Rechtsproduktion begreifen kann.

Bisweilen verlangt der Text dem Leser ein erhebliches Maß an Durchhaltevermögen ab. „Eine vom Poststrukturalismus informierte Perspektive bietet, aufgrund ihrer Betonung irreduzibler Alterität, die zugleich eine Bedingung der Möglichkeit und eine Bedingung der Unmöglichkeit jeder Gesellschaft repräsentiert, ein sehr viel geeigneteres theoretisches Gerüst an, um die Spezifik moderner Demokratie zu erfassen, als dies rationalistische Ansätze vermögen." (S. 46 f.) – Der Satz, als repräsentativ aus einer Vielzahl herausgegriffen, bleibt in seinem Kontext zwar nicht unverständlich; nur sehr wenige Passagen des Werkes lassen den politikwissenschaftlich nicht vorgebildeten Leser bis zum Ende ratlos zurück. Dennoch ist das Buch in einigen Abschnitten überaus schwergängig; dass der gepflegte Ausdruck stets aus unabweisbarer Notwendigkeit folgt, kann man bezweifeln.

Insgesamt hinterlässt das Werk einen gemischten Eindruck. Einige der Argumente, die *Mouffe* vorträgt, erscheinen beachtenswert und originell. Gewonnen aber hätte das Werk durch einen skrupulöseren Umgang *Mouffes* mit den Ansichten ihrer intellektuellen Gegenspieler und einer voraussetzungsärmeren Entwicklung seines eigenen Standpunktes. ■

(*Johannes Gerberding*)

Chantal Mouffe: Das demokratische Paradox. Erschienen in Wien im Verlag Turia + Kant, 2008. Broschiert, 140 Seiten, 18,00 Euro.

Klassiker der juristischen Literatur

John Locke: Über die Regierung

„Das große Ziel, mit welchem die Menschen in eine Gesellschaft eintreten, ist der Genuss ihres Eigentums in Frieden und Sicherheit, und das große Werkzeug und Mittel dazu sind die Gesetze, die in dieser Gesellschaft erlassen worden sind. Das erste und grundlegende positive Gesetz aller Staaten ist daher die Begründung der legislativen Gewalt […].“ Die politische Abhandlung „Über die Regierung“ von *John Locke* (1632-1704), britischer Staatsphilosoph und Vordenker der liberalen Demokratie, erscheint ein Jahr nach der *Glorious Revolution* von 1688 in England, die den Sieg der Gegner des absolutistischen Königtums bedeutete und die Parlamentssouveränität etablierte. *Locke* entwirft in seinem staatsphilosophischen Hauptwerk ein vom Volk getragenes liberales Staatswesen und wendet sich entschieden gegen Herrscherallmacht und -willkür. Die Abhandlung ist nach Auffassung der Wissenschaft nur deshalb nicht direkt gegen den „Leviathan“ seines Zeitgenossen *Thomas Hobbes* gerichtet (BLJ 2008, 110 f.), weil *Locke* politische Schwierigkeiten, die bei einer Auseinandersetzung mit dem als Atheist übel beleumundeten Verfasser drohten, vermeiden wollte.

Dabei ist jedoch die Entstehung des Staates nach *Locke* mit der *Hobbesschen* Lehre inhaltlich und sogar sprachlich vergleichbar. Vor der Vergesellschaftung lebe der Mensch in einem „Zustand vollkommener Freiheit, innerhalb der Grenzen des Naturgesetzes seine Handlungen zu lenken und über seinen Besitz und seine Person zu verfügen.“ Dieser Naturzustand sei geprägt von der Gleichheit seiner Bewohner, sei „doch nichts offensichtlicher, als dass Lebewesen von gleicher Art und gleichem Rang, die unterschiedslos zum Genuss derselben Vorteile der Natur und zum Gebrauch der gleichen Fähigkeiten geboren sind, auch gleichgestellt leben sollen, ohne Unterordnung oder Unterwerfung […].“ Das Naturrecht, göttlichen Ursprungs und durch Vernunft erschlossen, gebietet, Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum, das *Locke* in seinem Werk an mehreren Stellen als Oberbegriff für alle elementaren Menschenrechte versteht, zu achten und kann nach seiner egalitaristischen Vorstellung durch jeden Menschen vollstreckt werden. Auch im Naturzustand habe Strafe aber maßvoll zu sein und nur den Zwecken Abschreckung und Wiedergutmachung zu dienen. „Ein jeder ist sein eigener Richter – da es keinen anderen Richter gibt – und zugleich auch Vollstrecker“, fasst er die (fehlende) Organisationsstruktur des Naturzustands zusammen. Herrscht nach *Hobbes* ein „Krieg aller gegen alle“, spricht *Locke* ebenfalls in Ermangelung einer höchstrichterlichen Instanz und Frieden schaffenden Gesetzen vom „Kriegszustand“ unter den Menschen. Dessen Beendigung sei das Ziel der Staatswerdung, das Mittel stelle die Aufgabe der natürlichen Freiheit zugunsten einer bürgerlichen Freiheit dar, die durch die Herrschaft der vom Volk mit Gesetzgebungsbefugnissen treuhänderisch ausgestatteten Legislative charakterisiert ist. Nur die innerhalb staatlicher Strukturen durch Normen verwirklichte Freiheit sei wahrhaftig, denn „Freiheit nämlich bedeutet frei sein von Zwang und Gewalttätigkeit anderer, was nicht sein kann, wo es keine Gesetze gibt.“ Die Erkenntnis dieser Komplementarität von Freiheit und Sicherheit hat über die Jahrhunderte nichts an Aktualität eingebüßt. In der zurzeit in der Bundesrepublik und auch international geführten Debatte um die Ausweitung staatlicher Eingriffsbefugnisse zur Terrorismusbekämpfung wird sie fortgeführt, obgleich unter der oft fälschlich angenommenen Prämisse der wechselseitigen Exklusivität dieser Parameter. Der natürlichen Freiheit kann der Mensch nach *Locke* allein im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages zugunsten der Allgemeinheit entsagen, denn „dadurch ermächtigt er die Gesellschaft oder – was dasselbe ist – die Legislative, ihm Gesetze zu geben […]. Und dies versetzt die Menschen aus dem Naturzustand in ein Staatswesen.“ Die Legislative, der *Locke* neben der Gesetzgebungs- auch eine schiedsrichterliche Befugnis zuweist, ist als höchste Gewalt in seiner Staatstheorie die „Seele, die dem Staatswesen Form, Leben und Einheit verleiht.“

Wortgewaltig, plastisch und entschlossen wirkt die Schilderung der Ablehnung des absolutistischen Königtums. *Locke* wendet sich gegen dessen Apologeten *Robert Filmer*, der den Absolutismus als gottgewollt verstand und ihn bereits in der Verleihung von Gewalt an den biblischen Adam angelegt sah. *Locke* widerspricht: Die Fürsten seien „auch nur Menschen wie andere.“ Da ein absoluter Herrscher sich gegenüber seinen Untertanen im Naturzustand befinde, weil er keiner Autorität unterstünde und sein eigener Richter sei, gebe es keine Möglichkeit, sich gegen dessen Fehlverhalten zu wehren. Es bestünde folglich keine Sicherheit vor Willkür- und Gewaltherrschaft. Der Untertan sei im absolutistischen Staat sogar noch gefährdeter als im Kriegszustand der natürlichen Freiheit, da dort zumindest jeder sein eigener Richter sei und Selbstverteidigungsbefugnisse habe. Unter einem absoluten Souverän sei der Bürger dieser Freiheit beraubt, „als sei er unter den normalen Zustand vernünftiger Wesen erniedrigt worden.“ Der absolutistische Herrscher stehe über dem für die Untertanen geltenden gesetzten Recht, und „da er Macht hat, mehr Schaden und Unrecht zu tun, ist es auch Recht, wenn er es tut.“ Eindringlicher hätte *Locke* kaum vor der korrumpierenden Kraft absoluter Macht warnen können. Er bereitet gedanklich *Lord Actons* Diktum aus dem 19. Jahrhundert vor: „Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely.” In den Worten *Lockes* bedeutet die Etablierung absolutistischer Herrschaft „die Menschen für so töricht (zu) halten, dass sie zwar zu verhüten suchen, was ihnen Marder und Füchse antun könnten, aber glücklich sind, ja, es für Sicherheit halten, von Löwen verschlungen zu werden.“

Der Ablehnung ungezügelter Herrschaft entsprechend setzt *Locke* auch der Legislative ausdrückliche Grenzen. Bereits ihr Entstehungsprozess bewirke, dass sie keine willkürliche Gewalt über Leben und Schicksal des Volkes habe. Die Legislative besitze nur Befugnisse, die dem *pouvoir constituant* bereits im Naturzustand zukämen. Da ein Mensch sich nicht der willkürlichen Gewalt eines anderen unterwerfen könne, habe er auch nicht die Fähigkeit, eine solche Zustimmung zur Vergesellschaftung zu geben. Zudem müssten die Handlungen der Legislativgewalt von der Maxime des „salus populi suprema lex“ getragen sein und die erlassenen Gesetze im Einklang mit dem Naturgesetz stehen. Andernfalls seien sie ungültig. Die Legislative dürfe nicht mit Maßnahmeverordnungen regieren, sondern nur durch öffentlich bekannt gemachte Gesetze und die Schaffung eines Justizwesens. Auch die Entziehung von Eigentum ohne Einverständnis des Bürgers sei ihr untersagt. Außerdem dürfe die Legislative ihre Gesetzgebungsbefugnisse nicht delegieren, da das Volk diese nur ihr übertragen habe.

Der Kontrolle und damit Eindämmung der Herrschaftsmacht dient auch das von *Locke* befürwortete Gewaltenteilungsprin-

zip. Da die Legislative versucht sein könne, sich selbst der Unterstellung unter die von ihr erschaffenen Gesetze zu entheben, wenn sie Vollstreckungsbefugnisse hätte, dürfe sie nur zeitweilig zum Normerlass zusammentreten und sei durch eine ständige, ihr untergeordnete Exekutivgewalt zu ergänzen. Der Exekutive sei eine föderative Gewalt beigeordnet, die vor allem außenpolitische Aufgaben wie die Entscheidung über Krieg und Frieden, Bündnisse und Abmachungen mit Ausländern oder Staaten besitze. Die Föderative ist nach *Locke* in der Praxis lediglich organisatorisch, jedoch in der Regel nicht personell von der Exekutive getrennt. Die Exekutive sei nicht nur Vollstreckungsorgan, sondern habe als Prärogative auch die Befugnis, ohne gesetzliche Ermächtigung und sogar *contra legem* zum Wohl des Volkes nach eigenem Ermessen tätig zu werden. Eine solche „Macht, Gutes zu tun", sei wegen ihrer Gemeinwohlorientierung von der schweigenden Zustimmung der Bevölkerung getragen und stelle darum kein Handeln *ultra vires* dar. Die Prärogative und die von *Locke* der Exekutive zudem zugestandene Befugnis, über die Einberufung der Legislative zu bestimmen, reflektieren die realpolitischen Verhältnisse seiner englischen Heimat. Sie stehen aber in deutlichem Widerspruch zu seiner Bestrebung, Herrschaft vorhersehbar, verantwortlich und kontrollierbar zu gestalten und bergen auch die Gefahr des Machtmissbrauchs.

Locke löst diese Problematik, indem er der Bevölkerung ein aktives Widerstandsrecht gegen die Regierung, zu der er Legislative und Exekutive zählt, zubilligt, sollte sie sich vom Streben nach dem Gemeinwohl abwenden. Machtausübung jenseits der Bindung an das Recht sei tyrannisch. Wer zu seinem eigenen Vorteil die Gesetze missachte und sich zum Beispiel am Eigentum der Bürger vergreife, „hört damit auf, Obrigkeit zu sein." Das Volk habe dann die Befugnis, eine neue Regierung zu schaffen. Die Verwirkung von Herrschaftspositionen gründe auf dem Bruch des Vertrauens, das der Bürger in die demokratisch legitimierten Staatsgewalten gesetzt habe. Jeder dürfe sich folglich dem seiner Autorität Enthobenen „widersetzen wie jedem anderen Menschen, der gewaltsam in die Rechte anderer eingreift." Die in dem nunmehr in der Bundesrepublik auch verfassungsrechtlich in Art. 20 IV GG anerkannten Widerstandsrecht wurzelnde Gefahr von Revolten und Revolutionen verkennt *Locke* nicht. Befürchtungen, das gegen den Missbrauch der Staatsgewalt gerichtete Widerstandsrecht könne selbst missbräuchlich ausgeübt werden, begegnet er mit pragmatischen Überlegungen. Das Widerstandsrecht sei nur *ultima ratio* und folglich selten anzuwenden. Zudem riskiere ein Widerstandskämpfer durch vorschnelles Handeln eine Verurteilung sowohl durch ein weltliches als auch durch göttliches Gericht und werde darum nur überlegt vorgehen.

Zusammenfassend entwirft *Locke* in „Über die Regierung" das bereits 1656 von *James Harrington* geforderte „empire of laws and not of men". Es könne „keine Autorität wider die Gesetze" geben. Gleichzeitig richtet *Locke* sich gegen die Maxime des „auctoritas, non veritas facit legem" seines staatsphilosophischen Widersachers *Hobbes*.

John Locke, in wohlhabenden Verhältnissen im Südwesten Englands geboren, besucht die besten Lehranstalten seines Landes. Nach einer Schulzeit im Internat studiert er an der Universität Oxford klassische Sprachen, Logik, Metaphysik sowie Medizin und bleibt der Hochschule als Dozent für Rhetorik und Philosophie verbunden. Nach einer kurzen diplomatischen Mission in Brandenburg, auf die weitere offizielle Tätigkeiten folgen sollten, tritt er 1666 in die Dienste des späteren *Earls of Shaftesbury*, den er von einem lebensbedrohlichen Abszess heilt und dadurch eine lebenslange Freundschaft begründet. *Locke*, der noch eine royalistische Erziehung erhalten hatte, gerät durch seine später mit seinem Arbeitgeber geteilten demokratischen Ansichten in Bedrängnis. *Shaftesbury* stellt sich im von der Auseinandersetzung um die Vormachtstellung zwischen Krone und Volk geprägten England des 17. Jahrhunderts auf die Seite des Parlaments und wird mehrfach verhaftet und inhaftiert. Der an schwerem Asthma leidende und insgesamt schwächlich konstituierte *Locke* sieht sich nach einem mehrjährigen Erholungsaufenthalt in Frankreich 1682 zur Flucht nach Rotterdam gezwungen, nachdem *Shaftesbury* einen missglückten Versuch unternommen hatte, König *Charles II.* zu stürzen. Die von *Locke* bereits Jahre vor dem Sieg des Parlaments im Kampf um die Trägerschaft der Souveränität geschaffene Abhandlung „Über die Regierung" lässt der als vorsichtig bekannte Autor sogar nach der endgültigen Etablierung der Volkssouveränität in England im Jahr 1688 nur anonym erscheinen.

Lockes Eintritt für einen liberalen und demokratischen Staat mit verantwortlicher Regierung hat ideengeschichtlich seine Lebenszeit weit überdauert und prägt noch heute das demokratietheoretische Staatsverständnis. Bereits dem amerikanischen Vater der Unabhängigkeitserklärung, *Thomas Jefferson*, wurde vorgeworfen, er habe direkt von *Locke* abgeschrieben. Auch in der amerikanischen Verfassung wurde die Staatslehre *Lockes* positiviert. ■

(*Anna Bodemann*)

John Locke: Über die Regierung. Erschienen u.a. bei Reclam in Stuttgart. Broschiert, 250 Seiten, 6,80 Euro.