



Gastkommentar	<i>Professor Dr. Doris König</i>	Gleichstellung von Frauen und Männern – Gedöns oder gesellschaftspolitische Herausforderung?	1
Aufsätze	<i>Matthias Münder</i>	Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers	3
	<i>Dr. Carolin Raspé</i>	Staatliche Verbraucherinformation im Internet	8
	<i>Lena Zagst</i>	Drohnenangriffe	14
	<i>Peter-Jan Solka</i>	Vorsatz und Irrtum bei der Steuerhinterziehung	19
International	<i>Nicholas Léger-Riopel</i>	Medical Liability in an Era of Evidence-Based Medicine	26
	<i>Dr. Philip von der Meden</i>	Who is a primary subject of justice?	32
Streitgespräch	<i>Professor Dr. Jens Beckert, Professor Dr. Gregor Crezelius, Professor Dr. Peter Rawert, Professor Dr. Anne Röthel</i>	Erbe und Leistung: Für und wider eine Ausweitung der Erbschaftsteuer	39

Redaktion der Ausgabe 1/2013

Gabriele Buchholtz
Katja Bueschler
Corinna Coupette
Niklas Dehio
Maximilian Eitelbuß
Lucas Jürss
Maximilian Kunzelmann
Andreas Lange
Thea Lebsa
Fabian Paehr
Pia Richter
Christoph Schoppe
Michael Schramm
Daniel Schuppmann
Torsten Spiegel
Maximilian Steinhoff
Jan Sturm
Philipp Tieben
Malte Vollertsen
Manuel Waldmann
Kilian Wegner
Daniel Zimmer

Korrespondierender Beirat

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

Bucerius Law Journal

Mai 2013

Heft 1/2013 Seiten 1 – 49

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

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

Covergestaltung: gürtlerbachmann Werbung GmbH

Bucerius Law Journal

Redaktion: Gabriele Buchholtz, Katja Bueschler, Corinna Coupette, Niklas Dehio, Maximilian Eitelbuß, Lucas Jürss, Maximilian Kunzelmann, Andreas Lange, Thea Lebsa, Fabian Paehr, Pia Richter, Christoph Schoppe, Michael Schramm, Daniel Schuppmann, Torsten Spiegel, Maximilian Steinhoff, Jan Sturm, Philipp Tieben, Malte Vollertsen, Manuel Waldmann, Kilian Wegner, Daniel Zimmer

Heft 1/2013

Seiten 1- 49

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

6. Jahrgang

31. Mai 2013

Professor Dr. Doris König*

Gastbeitrag: Gleichstellung von Frauen und Männern - Gedöns oder gesellschaftspolitische Herausforderung?

Auch wenn Altbundeskanzler *Gerhard Schröder* vieles richtig gemacht haben mag – in zwei Dingen hat er geirrt: Er hat Wladimir Putin für einen „lupenreinen Demokraten“ gehalten und die Beschäftigung mit Frauen- bzw. Gleichstellungsfragen und Familienpolitik als „Gedöns“ (umgangssprachlich für „unnötige Gegenstände“, „Firlefanz“) abgetan.

Spricht hier – so fragt sich vielleicht die eine oder der andere von Ihnen – eine „Altemanze“, die noch nicht kapiert hat, dass sich Gleichstellungsfragen längst erledigt haben und alles „paletti“ ist? Werden Mädchen und junge Frauen in Schule und Hochschule nicht genauso behandelt wie Jungen und junge Männer? Steht nicht beiden die Welt gleichermaßen offen? Gibt es nicht die gleichen Chancen für beide Geschlechter, Karriere zu machen? Und liegt es nicht an den Frauen selbst, wenn sie das nicht wollen oder es sich nicht zutrauen? Viele von Ihnen würden diese Fragen wohl mit einem „Ja“ beantworten und das leidige Thema damit als „abgehakt“ ansehen. Aber kann man(n) es sich wirklich so einfach machen?

Die rechtlichen Fragen der Gleichstellung sind weitgehend geklärt. Spätestens mit der Einfügung des Satzes 2 in Art. 3 Abs. 2 GG im Jahr 1994 steht fest, dass frauenfördernde Maßnahmen trotz des Verbots der Diskriminierung wegen des Geschlechts in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG grundsätzlich zulässig sind - jedenfalls solange das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt wird und Raum für die Berücksichtigung besonderer Umstände im Einzelfall bleibt. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht, anders als der EuGH, bisher noch nicht über die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Quotenregelung zu entscheiden hatte, so wird man davon ausgehen können, dass sog. Entscheidungs- oder Zielquoten, die die Erreichung eines bestimmten Frauenanteils in einem vorgegebenen Zeitraum vorschreiben, dabei aber einen Abwägungsspielraum bei der einzelnen Besetzungsentscheidung offen lassen, verfassungsgemäß sind (vgl. etwa *Lerke Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 3, Rn. 288, die allerdings mit Blick auf die praktische Relevanz des Streits über die Zulässigkeit von leistungsabhängigen Quoten den „Verdacht eines symbolischen Stellvertreterkriegs“ äußert).

Von den symbolträchtigen Quoten einmal abgesehen, hat das Bundesverfassungsgericht durch zahlreiche Urteile in nahezu

allen Rechtsbereichen zur Abschaffung geschlechtsdiskriminierender Bestimmungen und damit zur (rechtlichen) Gleichstellung von Frauen und Männern beigetragen. Gleiches gilt für den EuGH, der bereits in den 1980er Jahren auch die mittelbare Diskriminierung von Frauen, insbesondere als Teilzeitbeschäftigte, verboten und seit den 1990er Jahren sog. flexible Quoten mit Öffnungsklausel erlaubt hat. Im Laufe des letzten Jahrzehnts hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg nachgezogen und verlangt für die Rechtfertigung geschlechtsdiskriminierender Maßnahmen „very weighty reasons“, d.h. er unterzieht solche Maßnahmen einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Auf völkerrechtlicher Ebene ist insbesondere das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau von 1979 einschlägig, das in Art. 4 Abs. 1 „zeitweilige Sondermaßnahmen [...] zur beschleunigten Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung von Mann und Frau“ und damit Fördermaßnahmen bis hin zu Quotenregelungen erlaubt und die Vertragsstaaten in Art. 5 zur „Beseitigung von Vorurteilen“ und auf „der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken“ verpflichtet. In Bezug auf die rechtlichen Grundlagen und deren punktuelle Durchsetzung durch Gerichtsurteile ist also schon Vieles erreicht und das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts hat in besonderer Weise zur Entwicklung der Dogmatik des Diskriminierungsrechts beigetragen.

Aber wie sieht unser Alltag aus? Als wahre Fundgrube für Daten und Fakten erweist sich der Erste Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, der in den Jahren von 2008 bis 2011 von einer Sachverständigenkommission erstellt worden ist. In diesem Bericht wird bestätigt, was wir eigentlich schon lange vorher wussten. Seit Jahren beträgt der Verdienstabstand zwischen Männern und Frauen, das sog. „gender pay gap“, rund 22%. Dies liegt nicht nur daran, dass Frauen vorwiegend in schlechter bezahlten Branchen, auf den unteren und mittleren Ebenen und häufig in Teilzeit oder in „Minijobs“ arbeiten. Selbst gut qualifizierte, im gehobenen Management tätige Frauen verdienen deutlich weniger

* Die Autorin ist Präsidentin der Bucerius Law School und Inhaberin des Claussen-Simon-Stiftungslehrstuhls für Internationales Recht an dieser Hochschule.

als ihre männlichen Kollegen. Bei Hochschulabsolventinnen und -absolventen beträgt der Unterschied beim Berufseinstieg 10% und vergrößert sich im Verlauf des Berufslebens auf 30%. Die Diskrepanz lässt sich u.a. darauf zurückführen, dass Frauen die Erwerbstätigkeit häufig familienbedingt unterbrechen, aber auch bei Gehaltsverhandlungen nicht so hart verhandeln wie Männer. Dies hängt wiederum damit zusammen, dass ihnen einerseits die Vereinbarkeit von Familie und Beruf oft wichtiger ist als die Höhe des Gehalts und dass sich andererseits viele Frauen selbst als weniger gut als ihre männlichen Konkurrenten einschätzen (sog. Selbstbeurteilungsbias) und deshalb zurückhaltender auftreten. Dass es diese „Potenzialunterschätzung“ auch bei unseren Studentinnen gibt, hat die Diskussion im Anschluss an den Vortrag meiner Kollegin *Barbara Dauner-Lieb* – selbst jahrelang Frauenbeauftragte der juristischen Fakultät an der Universität zu Köln – zum Thema „Mentoring für weibliche Nachwuchskräfte“ gezeigt. Die Selbstunterschätzung ist, zumindest zum Teil, auch ursächlich dafür, dass Frauen nach wie vor in Führungsetagen kaum anzutreffen sind, von Aufsichtsräten und Vorständen ganz zu schweigen.

Auch in der Rechtswissenschaft bleibt noch viel zu tun. Der Anteil der Professorinnen ist zwar nach der Studie des Wissenschaftsrats zu den Perspektiven der Rechtswissenschaft vom November 2012 in den letzten 11 Jahren von 8,1 % auf 15,9% gestiegen, liegt aber immer noch unter dem Bundesdurchschnitt aller Fakultäten von knapp 20%. Deshalb empfiehlt der Wissenschaftsrat, das wichtigste Beratungsgremium der Bundesregierung und der Länder für Hochschulen, Wissenschaft und Forschung, die rechtswissenschaftlichen Fakultäten zu verpflichten, „flexible, am Kaskadenmodell orientierte Quoten“ sowie „transparente und formalisierte Verfahren“ bei Berufungen und anderen Personalentscheidungen einzuführen und eine „adäquate – am besten paritätische – Beteiligung von Frauen“ (S. 41) in den Schlüsselgremien der Fakultäten zu realisieren. Diese Empfehlungen sind umso erstaunlicher, als der Wissenschaftsrat bisher nicht gerade als „Motor der Gleichstellung“ aufgefallen ist.

Wenn wir nun zum Schluss einen Blick auf die Bucerius Law School werfen, so gibt es neben manchen ermutigenden Signalen auch manche Defizite. Ermutigend ist, dass 2012 zum ersten Mal seit unserer Gründung der Anteil der Studentinnen von 32-39% auf 44% angestiegen ist (wobei dieser allerdings an den Jurafakultäten der staatlichen Universitäten seit vielen Jahren bei knapp über 50% liegt). Der Anteil der hauptamtlichen Professorinnen beträgt – bei insgesamt 15 hauptamtlichen Professuren – mit drei Frauen 20%, liegt also sogar leicht über dem Durchschnitt in rechtswissenschaftlichen Fakultäten. Der Anteil der wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen entspricht mit zurzeit 38% in etwa dem Kaskaden

modell, d.h. der Anteil der Frauen auf der nächsthöheren Ebene entspricht ungefähr demjenigen auf der darunter liegenden Ebene (Studentinnen). Bei den bereits abgeschlossenen 205 Promotionen wurden 25% von Frauen abgelegt, in den laufenden 307 Promotionsverfahren gibt es 101 Doktorandinnen, also ein knappes Drittel. Aber auf der nächsten Qualifikationsstufe – wissenschaftliche Assistenz oder Juniorprofessur – gibt es gar keine Frauen und unsere bisher einzige Habilitierte kommt aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Hierfür gibt es sicher eine ganze Reihe unterschiedlicher Gründe, nicht zuletzt auch das nach wie vor große Problem, Beruf und Familie miteinander vereinbaren zu können. Dieses Problem betrifft natürlich Männer und Frauen in der entscheidenden Qualifikationsphase gleichermaßen, wirkt sich aber offensichtlich stärker zum Nachteil der Nachwuchswissenschaftlerinnen aus. Aus diesem Grunde hat die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) bereits 2008 „forschungsorientierte Gleichstellungsstandards“ verabschiedet, die von ihren Mitgliedern – Hochschulen, außeruniversitäre Forschungseinrichtungen, wissenschaftliche Verbände und Akademien der Wissenschaft – bis 2013 umgesetzt werden müssen. Auch diejenigen Hochschulen, die sich um ein größeres Förderprojekt wie z.B. ein Graduiertenkolleg bewerben, müssen ein Gleichstellungskonzept vorweisen können, um Erfolg zu haben. Das bedeutet für die Bucerius Law School, dass wir uns so bald wie möglich Gedanken über eine Gleichstellungsstrategie machen müssen, schon damit wir uns um größere DFG-Projekte bewerben können. Zur Orientierung hat die DFG einen „Instrumentenkasten“ zusammengestellt, in dem Best Practice-Beispiele zu finden sind. Es wird eine meiner wichtigen Aufgaben sein, zusammen mit den zuständigen Gremien ein Gleichstellungskonzept, das fast alle anderen Hochschulen in Hamburg bereits haben, zu erarbeiten und umzusetzen. Erste Gespräche in dieser Richtung haben schon stattgefunden.

Um auf die Ausgangsfrage zurückzukommen: Wer die Gleichstellung von Frauen und Männern aus weltanschaulichen oder politischen Gründen für „Gedöns“ hält, wird erfahrungsgemäß an dieser Auffassung festhalten und darauf setzen, dass sich schon alles irgendwann einmal von selbst einpendeln wird. Für diejenigen, die nicht auf die Selbstheilungskräfte vertrauen mögen, bleibt die Gleichstellung der Geschlechter eine gesellschaftspolitische Herausforderung, die im Interesse von Frauen und Männern besser als bisher gemeistert werden muss. Über die Wege, auf denen dies zu erreichen ist, bestehen zahlreiche kontroverse Ansichten. Alle Interessierten sind aufgefordert, sich bei den für die Zukunft geplanten Veranstaltungen zu diesem Thema an der Diskussion zu beteiligen.

Keine Ausgabe mehr verpassen?

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

Matthias Münder, Hamburg*

Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers

A. Einleitung

Low-Performer, Minderleister, Schlechtleister – all dies sind in der juristischen Literatur auftauchende Schlagwörter für Arbeitnehmer, die nicht die Leistung erbringen, die sie sich zu erbringen verpflichtet haben. Die Arbeitsleistung der so titulierten Personen ist mangelbehaftet¹, sodass sie jeweils ihre Hauptleistungspflicht verletzen. Dies drückt sich darin aus, dass die tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung, die Ist-Leistung, von der geschuldeten Leistung, der Soll-Leistung, negativ abweicht.²

Die Frage, welche Leistung der Arbeitnehmer tatsächlich erbracht hat und wie man dies messbar machen kann, ist in der Praxis mitunter schwierig zu beantworten. Im Mittelpunkt der seit langer Zeit im Schrifttum geführten Debatte steht jedoch die Frage, was Inhalt der Leistungspflicht des Arbeitnehmers ist. Wie ist also die Soll-Leistung des Arbeitnehmers beschaffen?

Das Bundesarbeitsgericht bezog vor einigen Jahren in dieser Frage erneut und erstmals etwas ausführlicher Stellung: Die Leistungspflicht des Arbeitnehmers sei subjektiv-dynamisch zu bestimmen (dazu unter B.).³ Im Schrifttum werden dieser Auffassung objektive Begriffsbestimmungen in verschiedenen Variationen (dazu unter C.) sowie eine Auffassung, die den Mängelbegriff aus dem Kauf-, Miet- und Werkvertragsrechts übertragen will (dazu unter D.), entgegengehalten. Wie dieser Aufsatz zeigen möchte, ist es jedoch vorzugswürdig, die Leistungspflicht entgegen den weit überwiegend vertretenen Ansichten entsprechend allgemeiner vertragsrechtlicher Grundsätze durch normative und ergänzende Vertragsauslegung zu bestimmen (unter E.). Dies stellt den methodengerechten Weg dar, den Inhalt der Leistungspflicht zu bestimmen.

B. Subjektiv-dynamische Leistungspflicht

Der Inhalt der Hauptleistungspflicht, also die Soll-Leistung des Arbeitnehmers richtet sich zunächst nach dem jeweiligen Arbeitsvertrag und einem für das Arbeitsverhältnis normativ geltenden oder arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifvertrag, soweit diese Regelungen zur geschuldeten Arbeitsleistung enthalten.⁴ Bestimmen weder der einschlägige Tarifvertrag noch der Arbeitsvertrag die geschuldete Arbeitsleistung näher oder abschließend, ist gemäß der Rechtsprechung zu fragen, ob der Arbeitgeber durch das ihm gemäß § 106 GewO zustehende Direktionsrecht den Inhalt der Arbeitspflicht näher konkretisiert hat.⁵ Neben diese Ausgestaltung durch das Direktionsrecht tritt laut dem Bundesarbeitsgericht das persönliche, individuelle Leistungsvermögen des Arbeitnehmers.

I. Bundesarbeitsgericht und große Teile der Literatur

Das Bundesarbeitsgericht und mit ihm große Teile der Literatur vertreten seit jeher einen subjektiv-dynamischen Leistungsbegriff.⁶ Damit ist gemeint, dass ein Arbeitnehmer verpflichtet ist, sein „persönliches, subjektives Leistungsvermögen“ angemessen auszuschöpfen, um seine Arbeitsleistung zu erbringen.⁷ Plakativ formuliert das Gericht „Der Arbeitneh-

mer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann“. Die dynamische Komponente dieser Begriffsbestimmung liegt darin, dass die Leistungspflicht nicht starr ist, d.h. nicht zu einem Zeitpunkt einmalig bestimmt und nachfolgend erfüllt werden muss. Vielmehr berücksichtigt die Dynamik, dass die menschliche Leistungsfähigkeit schwankt.

Erstmals hat das Bundesarbeitsgericht im Jahr 1969, allerdings ohne nähere Begründung, geurteilt, dass sich die Leistungspflicht eines Arbeitnehmers individuell bestimme.⁸ Es bestätigte diese Rechtsprechung erneut ohne Begründung in den Jahren 1971⁹ und 1988¹⁰. Erst nachdem in der Literatur vereinzelt Zweifel an der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts aufkamen¹¹, setzte sich das Gericht im Jahr 2003 mit einer Gegenauffassung, die vertritt, dass der Arbeitnehmer eine objektive Normalleistung schulde, kurz auseinander und lehnte sie ab.¹² Fünf Jahre später bestätigte das Bundesarbeitsgericht seine Auffassung.¹³

In der Literatur wird die subjektiv-dynamische Leistungspflicht damit begründet, dass die Arbeitsleistung untrennbar mit der Person des Arbeitnehmers verbunden sei.¹⁴ Die Arbeitspflicht ist höchstpersönlich (§ 613 BGB), weshalb der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit all seinen Stärken und

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

¹ Brune, AR-Blattei SD 1420 (Schlechtleistung) Rn. 1; Linck, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch¹⁴, 2011, § 52 Rn. 1; Richardi, NZA 2002, 1004, 1010 f.; Richardi/Fischinger, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2011, § 611 Rn. 715; zur Schlechtleistung im allgemeinen Schuldrecht vgl. Otto/Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2009, § 281 C12.

² Römermann/Haase, MDR 2006, 853; Zaumseil, Die Minderleistung als Kündigungsgrund, 2010, S. 7; vgl. Bengelsdorf, Anm. zu BAG EZA Nr. 62 zu § 1 KSchG (Verhaltensbedingte Kündigung), S. 15, 22; s. auch das von Hunold, BB 2003, 2345, 2346 verwendete Schema.

³ BAG 125, 257, 260; 109, 87, 92.

⁴ BAG 125, 257, 260; 109, 87, 92; Maschmann, NZA Beilage 1/2006, 13, 14.

⁵ S. Fn. 3.

⁶ BAG 125, 257, 260; 109, 87, 92; BAG 22, 402; AP Nr. 27 zu § 123 GewO mit zust. Anm. Canaris; Bitter, AR-Blattei-SD 190 (Arbeitspflicht) Rn. 71 f.; Brune, AR-Blattei SD 1420 (Schlechtleistung) Rn. 13; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform², 2003, Rn. 22; Knevels, DB 1970, 1388, 1390 in Bezug auf den Leistungslohn; Maschmann, NZA Beilage 1/2006, 13, 15 f.; Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum BGB⁶, 2012, § 611 Rn. 19; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹³, 2013, § 611 BGB Rn. 643; Quecke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar³, 2012, § 1 KSchG Rn. 239; Reichold, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht³, Bd. 1 (Individualarbeitsrecht), 2009, § 36 Rn. 41 f.; Richardi, NZA 2002, 1004, 1011; Richardi/Fischinger, in: Staudinger (Fn. 1), § 611 Rn. 532; Söllner, Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1994, S. 151 f.; Weidenkaff, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷², 2012, § 611 Rn. 26.

⁷ S. Fn. 3.

⁸ BAG AP Nr. 27 zu § 123 GewO.

⁹ BAG 22, 402.

¹⁰ BAG 58, 37, 48.

¹¹ Gamillscheg, Arbeitsrecht I⁸, 2000, S. 250; v. Hoyningen-Huene/Linck, Kündigungsschutzgesetz¹³, 2002, § 1 Rn. 253 ff.; Hunold, BB 2003, 2345, 2346; Motzer, Die „positive Vertragsverletzung“ des Arbeitnehmers, 1982, S. 120-122.

¹² BAG 109, 87, 92.

¹³ BAG 125, 257, 260.

¹⁴ Bitter, AR-Blattei SD 190 (Arbeitspflicht) Rn. 72; Reichold, in: MüArbR (Fn. 6), § 36 Rn. 41; vgl. Depel/Raif, SAE 2005, 88, 89.

Schwächen akzeptieren müsse.¹⁵ Der Arbeitgeber trage insoweit das Risiko, den Arbeitnehmer richtig einzuschätzen und zu beurteilen.¹⁶ Ferner spreche laut Rechtsprechung und Literatur für den individuellen Maßstab, dass die §§ 611 ff. BGB keine Gewährleistungsvorschriften kennen.¹⁷ Dies bedeute, dass der Arbeitnehmer nicht zur Nacherfüllung verpflichtet sei, selbst wenn er schlecht leiste. Er schulde also weder einen bestimmten Leistungserfolg noch eine objektiv messbare Qualität seiner Leistung,¹⁸ sondern nur, dass er überhaupt im Rahmen seiner Fähigkeit tätig werde.¹⁹ Diese Sichtweise drückt das Bundesarbeitsgericht durch die Aussage aus, dass der Arbeitnehmer das „Wirken“, nicht das „Werk“ schulde.²⁰

II. Kritik am subjektiv-dynamischen Maßstab

Frei von Kritik ist die Auffassung, die Leistungspflicht des Arbeitnehmers individuell-dynamisch zu bestimmen, nicht. In der Literatur wird angeführt, ein subjektiver Maßstab sei impraktikabel, da es für den Arbeitgeber unmöglich zu erkennen sei, ob ein Arbeitnehmer subjektiv noch leistungsfähiger sei.²¹ Außerdem führe ein individueller Maßstab dazu, dass selbst ein sehr leistungsschwacher Arbeitnehmer nicht mehr ordentlich kündbar wäre, sofern er sein geringes Leistungsvermögen ausschöpfe.²² Denn sowohl eine verhaltensbedingte als auch eine personenbedingte Kündigung setzen eine Pflichtverletzung voraus.²³ Eine solche Dauerbindung bis zum Rentenalter des Arbeitnehmers sei mit dem schuldrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses unvereinbar.²⁴ Indem die herrschende Meinung ausschließlich auf die subjektive Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers abstellt, bleibt zudem das Interesse des Arbeitgebers, dass die erbrachte Arbeitsleistung und der gezahlte Lohn während der Vertragslaufzeit in etwa gleichwertig sind, gänzlich unberücksichtigt. Dies erscheint wenig interessengerecht.

C. Objektiv-dynamische Leistungspflicht

Eine in jüngerer Zeit vermehrt vertretene Auffassung möchte die Leistungspflicht des Arbeitnehmers objektiv-dynamisch bestimmen.²⁵ Was der Arbeitnehmer subjektiv zu leisten imstande ist, bleibt bei dieser Sichtweise außer Betracht. Es wird im Gegensatz zur herrschenden Meinung ausschließlich an objektive Kriterien angeknüpft. Die diese Auffassung vertretenden Autoren unterscheiden sich aber darin, welches objektive Kriterium sie heranziehen.

I. Arbeitsleistung als Gattungshandlungsschuld

Die innerhalb der objektiven Auffassung meist vertretene Strömung sieht die Arbeitsleistung als Gattungshandlungsschuld an.²⁶ Ihrer Ansicht nach schuldet der Arbeitnehmer eine objektive Normalleistung. Unter einer objektiven Normalleistung wird eine Leistung mittlerer Art und Güte verstanden (§ 243 Abs. 1 BGB).²⁷

Nur wenige Autoren verwenden den Begriff „Gattungshandlungsschuld“ ausdrücklich.²⁸ Viele drücken aber implizit aus, dass sie die Arbeitsleistung als Gattungshandlungsschuld ansehen, indem sie § 243 Abs. 1 BGB analog auf die Arbeitsleistung anwenden oder den Grundgedanken der Norm auf die Arbeitsleistung anwenden.²⁹ Denn bestimmt man den Inhalt der Arbeitspflicht mit Verweis auf § 243 Abs. 1 BGB, erklärt man mittelbar zweierlei: Zum einen, dass der nach dem Wortlaut nur auf Gattungssachschulden anwendbare

§ 243 Abs. 1 BGB³⁰ auch auf Gattungshandlungsschulden anwendbar ist. Zum anderen, dass die Arbeitsleistung eine Gattungshandlungsschuld ist.

Ein Teil der Autoren, die es befürworten, § 243 Abs. 1 BGB auf die Arbeitspflicht anzuwenden, führen ins Feld, dass die §§ 611 ff. BGB die Leistungsanforderungen nicht selbst bestimmten.³¹ Daraus folge, dass das allgemeine Schuldrecht anwendbar sei. Auf § 243 Abs. 1 BGB zurückzugreifen sei daher eine konsequente Orientierung am Gesetzeswortlaut. Ferner ergebe eine verständige Auslegung des Arbeitsvertrags gemäß § 157 BGB, dass der Arbeitnehmer eine objektive Normalleistung schulde.³² Denn ein Arbeitgeber lege seinen Kalkulationen eine durchschnittliche Leistung seiner Arbeitnehmer zugrunde.³³

II. Maßgeblichkeit des Anforderungsprofils

Tschöpe schlägt vor, sich am Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes zu orientieren.³⁴ Dieses könne der Arbeitgeber durch Weisungen oder eine schriftliche Beschreibung konkretisieren. Der Arbeitnehmer müsse das Anforderungsprofil

¹⁵ *Maschmann*, NZA Beilage 1/2006, 13, 15.

¹⁶ *Rüthers*, ZfA 1973, 399, 403.

¹⁷ BAGE 109, 87, 92; 125, 257, 260; *Maschmann*, NZA Beilage 1/2006, 13, 15; *Reichold*, in: MüArbR (Fn. 6), § 36 Rn. 41.

¹⁸ *Bitter*, AR-Blattei SD 190 (Arbeitspflicht) Rn. 20.

¹⁹ *Maschmann*, NZA Beilage 1/2006, 13, 16; *Reichold*, in: MüArbR (Fn. 6), § 36 Rn. 41.

²⁰ S. Fn. 5.

²¹ *Tschöpe*, Anm. zu BAG EzA Nr. 72 zu § 1 (Verhaltensbedingte Kündigung), S. 13, 14; *Tschöpe*, BB 2006, 213, 214.

²² *Bengelsdorf*, Anm. zu BAG EzA Nr. 62 zu § 1 KSchG (Verhaltensbedingte Kündigung), S. 13, 23; *Fahl*, Arbeit ist Leistung, 2004, S. 112 f.; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz¹⁵, 2013, § 1 Rn. 452; *Hunold*, BB 2003, 2345, 2346; *Linck*, in: Schaub (Fn. 1), § 131 Rn. 48; *Tschöpe*, BB 2006, 213, 214.

²³ Statt vieler: *Oetker*, in: ErfK (Fn. 6), § 1 KSchG Rn. 103 f.

²⁴ *Bengelsdorf*, Anm. zu BAG EzA Nr. 62 zu § 1 KSchG (Verhaltensbedingte Kündigung), S. 13, 23.

²⁵ *Berkowsky*, in: MüArbR (Fn. 6), § 114 Rn. 74; *Böttner*, Das Direktionsrecht des Arbeitgebers, 1971, S. 30-32; *Gamillscheg* (Fn. 11), S. 250; *Edenfeld*, in: Erman, BGB¹³, 2011, § 611 Rn. 283; v. *Hoyningen-Huene*, in: FS Adomeit, 2008, S. 291, 293; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG (Fn. 22), § 1 Rn. 454; *Hunold*, BB 2003, 2345, 2346; *Linck*, in: Schaub (Fn. 1), § 131 Rn. 48; *Schiemann*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2009, § 243 Rn. 46; *Tschöpe*, Anm. zu BAG EzA Nr. 72 zu § 1 KSchG (Verhaltensbedingte Kündigung), S. 13, 14 f.; *Tschöpe*, BB 2006, 213; vgl. auch *Motzer* (Fn. 11), S. 120-123, der diesen Maßstab nur hinsichtlich der Qualität, nicht aber hinsichtlich der Intensität anwenden möchte.

²⁶ *Hammen*, Die Gattungshandlungsschulden, 1995, S. 178-186; *Hunold*, BB 2003, 2345, 2346; *Linck*, in: Schaub (Fn. 1), § 131 Rn. 48; *Motzer* (Fn. 11), S. 120-123; *Schiemann*, in: Staudinger (Fn. 25), § 243 Rn. 46; *Singer/Schiffer*, JA 2006, 833, 834-837; ohne Hinweis darauf, ob direkte oder analoge Anwendung oder Heranziehen des Rechtsgedankens, vgl. *Berkowsky*, in: MüArbR (Fn. 6), § 114 Rn. 74.

²⁷ *Hunold*, BB 2003, 2345, 2346; *Singer/Schiffer*, JA 2006, 833, 834.

²⁸ *Hammen* (Fn. 26), S. 178-186; vgl. die Darstellung von *Fahl* (Fn. 22), S. 137-141, die persönlich § 243 Abs. 1 BGB nicht für auf die Arbeitspflicht anwendbar hält.

²⁹ Die Analogie und die Anwendbarkeit auf das Arbeitsverhältnis begründend, *Hammen* (Fn. 26), S. 74-78, 178-186.

³⁰ Vgl. den Gesetzeswortlaut des § 243 Abs. 1 BGB: „[...] eine nur der Gattung nach bestimmte Sache [...]“.

³¹ *Hunold*, BB 2003, 2345, 2346; vgl. auch *Tschöpe*, BB 2006, 213, der aber vorschlägt, sich am Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes zu orientieren.

³² *Linck*, in: Schaub (Fn. 1), § 131 Rn. 48; *Tschöpe*, Anm. zu BAG EzA Nr. 72 zu § 1 KSchG (Verhaltensbedingte Kündigung) Nr. 72, S. 13, 14 f.

³³ So *Motzer* (Fn. 11), S. 121 hinsichtlich der Qualität der Arbeit. Das Argument hingegen ist sowohl auf die Qualität als auch die Intensität anwendbar.

³⁴ *Tschöpe*, BB 2006, 213, 214.

aber kennen.³⁵ Weiche die Leistung des Arbeitnehmers vom Anforderungsprofil ab, und sei es auch nur minimal, erbringe er eine Schlechtleistung.

III. Durchschnittlicher Arbeitnehmer als Leistungsmaßstab

Von *Hoyningen-Huene/Linck* vertreten ebenfalls, dass der Arbeitnehmer eine objektive Normalleistung erbringen muss.³⁶ Sie bestimmen den Begriff der objektiven Normalleistung jedoch nicht nur in Anlehnung an § 243 Abs. 1 BGB, sondern konkretisieren die Normalleistung näher. Darunter ist ihrer Auffassung nach die Arbeitsleistung zu verstehen, die ein „durchschnittlicher Arbeitnehmer nach vollzogener Einarbeitung bei menschengerechter Gestaltung der Arbeitsbedingungen ohne Rücksicht auf Geschlecht, Alter und tägliches Schwanken der Arbeitsleistungen ohne gesteigerte Anstrengungen“ erbringt.³⁷

IV. Arbeitspflicht als antizipierte Stückschuld mit objektivem Leistungsmaßstab

Zaumseil begreift die Arbeitspflicht als eine „antizipierte [sic] Stückschuld“.³⁸ Als Leistungsmaßstab legt er den einer objektiven Normalleistung an. Dies ergebe sich zum einen bei einer verständigen Auslegung des Arbeitsvertrages gemäß § 157 BGB.³⁹ Zum anderen werde nur ein objektiver Maßstab dem auch für das Arbeitsverhältnis geltenden Äquivalenzprinzip, also dem Grundsatz, dass Leistung und Gegenleistung annähernd gleichwertig sind, gerecht.⁴⁰

V. Kritik an den objektiv-dynamischen Maßstäben

Da § 243 Abs. 1 BGB von „Sachen“ spricht⁴¹, müsste er, wenn überhaupt, analog auf die Arbeitspflicht angewendet werden. Die Voraussetzungen einer Analogie sind eine planwidrige Regelungslücke⁴² und eine vergleichbare Interessenlage⁴³. Jedoch sind laut *Tillmanns* Auffassung diese Voraussetzungen nicht gegeben.⁴⁴ Eine planwidrige Regelungslücke bestünde nicht, da der historische Gesetzgeber die Gattungsschuld auf Sachen beschränken wollte.⁴⁵ Ferner passe § 243 Abs. 1 BGB tatbestandlich nicht für die Arbeitsleistung.⁴⁶ Um tatbestandlich vergleichbar zu sein, müsse die Arbeitsleistung eine Gattungsschuld sein, was zumindest sehr zweifelhaft sei.⁴⁷ Jedenfalls sei die Interessenlage nicht vergleichbar.⁴⁸

Andere führen gegen eine Bestimmung der Arbeitspflicht gemäß oder in Anlehnung an § 243 Abs. 1 BGB an, dass ein solcher Maßstab dem personalen Gehalt eines Arbeitsverhältnisses nicht gerecht werde.⁴⁹ Die Arbeitsleistung sei untrennbar mit der Person des Arbeitnehmers verbunden. Ferner werde dem Arbeitnehmer, wende man § 243 Abs. 1 BGB direkt oder analog an, das Beschaffungsrisiko aufgebürdet und er zur unentgeltlichen Nacherfüllung im Falle der Schlechtleistung verpflichtet.⁵⁰ Das Arbeitsrecht kenne jedoch keine unentgeltliche Nacherfüllungspflicht.⁵¹ Vielmehr könne ein Arbeitnehmer auch mit einer Schlechtleistung erfüllen.⁵²

Dagegen, das Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes für maßgeblich zu erachten, spreche, so *Verstege*, dass das Problem nur von der Tatbestands- auf die Rechtsfolgenebene verlagert werde.⁵³ Denn wie *Tschöpe* selbst sagt, soll eine kleine Abweichung vom Anforderungsprofil durch den Arbeitnehmer zwar bereits eine Schlechtleistung darstellen. Wann diese

Slechtleistung aber Konsequenzen nach sich ziehen könne, lässt er offen.

Sich an einem durchschnittlichen Arbeitnehmer zu orientieren, hält *Tschöpe* für impraktikabel.⁵⁴ Die unbestimmten Rechtsbegriffe, die von *Hoyningen-Huene/Linck* verwendeten – z.B. „menschengerechte Gestaltung der Arbeitsbedingungen“ –, machten es im Einzelfall unmöglich, den Inhalt der Leistungspflicht zu bestimmen.

Dem von *Zaumseil* befürworteten objektiven Leistungsmaßstab stehen die bereits genannten Argumente entgegen, wie beispielsweise, dass ein solcher Maßstab dem persönlichen Gehalt des Arbeitsverhältnisses nicht gerecht werde.⁵⁵

D. Übertragung des Mangelbegriffs aus Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht

Fahl lehnt sowohl einen individuellen als auch einen objektiven Leistungsmaßstab ab. Sie vertritt die Auffassung, der Leistungsbegriff aus dem Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht könne auf den Arbeitsvertrag übertragen werden.⁵⁶ Dies bedeute, dass zunächst der Arbeitsvertrag auf eine Abrede über den Inhalt der Leistungspflicht zu untersuchen sei.⁵⁷ Enthalte dieser keine Regelung, sei der Vertrag nach objektiven Kriterien (§§ 133, 157 BGB) auszulegen. Dies laufe darauf hinaus, dass ermittelt werde, welche Leistungsquantität und -qualität bei Tätigkeiten dieser Art „üblicherweise“ geschuldet werde und was der Arbeitgeber mit Blick auf den Vertragszweck erwarten könne.

Zumindest auf der „ersten Stufe“ läuft *Fahls* vorgeschlagene Herangehensweise auf die aktuelle Rechtspraxis hinaus. Auch das Bundesarbeitsgericht erkennt offen an, dass eine

³⁵ *Tschöpe*, BB 2006, 213, 215.

³⁶ *V. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG (Fn. 22), § 1 Rn. 454.

³⁷ S. Fn. 36.

³⁸ *Zaumseil* (Fn. 2), S. 53 ff.

³⁹ *Zaumseil* (Fn. 2), S. 57.

⁴⁰ *Zaumseil* (Fn. 2), S. 57 ff.

⁴¹ *Thüsing*, in: HWK (Fn. 6), § 611 Rn. 299 lehnt es aus diesem Grund ab, § 243 Abs. 1 BGB auf die Arbeitsleistung anzuwenden.

⁴² Zum Begriff der Regelungslücke vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶, 1991, S. 370-381.

⁴³ Vgl. *Larenz* (Fn. 42), S. 381 f.

⁴⁴ *Tillmanns*, RdA 2009, 391, 393.

⁴⁵ *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrags, 2007, S. 134 f., 139; *Medicus*, in: FS Felgentraeger, 1969, S. 309, 310 f.; *Fahl* (Fn. 22), S. 151.

⁴⁶ *Tillmanns* (Fn. 45), S. 139-142.

⁴⁷ *Blomeyer*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht², Bd. 1 (Individualarbeitsrecht), 2000, § 48 Rn. 24 (Gegensatz Stückschuld-Gattungsschuld im Arbeitsverhältnis ohne besonderen Erkenntniswert); *Fahl* (Fn. 22), S. 152; *Maschmann*, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen, 2001, S. 177 f. (Einordnung als Speziesschuld); *Müller-Glöge*, in: MüKoBGB (Fn. 6), § 611 Rn. 157 (Vorschriften über die Gattungsschuld nicht auf die Dienstleistungspflicht im Arbeitsverhältnis übertragbar); *Tillmanns* (Fn. 45), S. 139-142 (weder Gattungs- noch Speziesschuld).

⁴⁸ *Tillmanns* (Fn. 45), S. 143-148, insbesondere S. 147 f.

⁴⁹ *Bengelsdorf*, Anm. zu BAG EzA Nr. 62 zu § 1 KSchG (Verhaltensbedingte Kündigung), S. 15, 30; *Reichold*, in: MüArbR (Fn. 6), § 36 Rn. 41.

⁵⁰ *Fahl* (Fn. 22), S. 146 f., 153; *Maschmann*, NZA Beilage 1/2006, 13, 15; *Söllner* (Fn. 6), S. 150 zu § 279 BGB a.F.; vgl. *Preis*, in: ErfK (Fn. 6), § 611 BGB Rn. 645.

⁵¹ Vgl. *Preis*, in: ErfK (Fn. 6), § 611 BGB Rn. 683.

⁵² *Fahl* (Fn. 22), S. 153; vgl. *Preis*, in: ErfK (Fn. 6), § 611 BGB Rn. 683; vgl. *Verstege*, Die Kündigung wegen geminderter Leistung des Arbeitnehmers, 2008, S. 74.

⁵³ *Verstege* (Fn. 52), S. 75.

⁵⁴ *Tschöpe*, BB 2006, 213, 214.

⁵⁵ S. Fn. 49.

⁵⁶ *Fahl* (Fn. 22), S. 248-250.

⁵⁷ *Fahl* (Fn. 22), S. 250-254.

vertragliche Vereinbarung über den Inhalt der Leistungspflicht dem subjektiven Maßstab vorgehe.⁵⁸ Einer Auslegung des Vertrages auf der „zweiten Stufe“ gemäß §§ 133, 157 BGB ist im Ergebnis zuzustimmen.⁵⁹ Allerdings führt die Übertragung des Grundgedankens aus §§ 433 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB dazu, dass *Fahl* die Interessen des Arbeitgebers zu sehr in den Vordergrund stellt. Denn durch eine normative Auslegung, die allein auf einen objektiven Arbeitgeber abstellen würde, wird selten der Inhalt der Leistungspflicht vollumfänglich bestimmt werden können. Um den Inhalt vollumfänglich zu ermitteln, ist regelmäßig die ergänzende Vertragsauslegung heranzuziehen, in deren Rahmen wiederum die beiderseitigen Interessen zu berücksichtigen sind, nicht nur die der Arbeitgeberseite.⁶⁰

E. Eigene Auffassung – Auslegung des konkreten Arbeitsvertrags

Wie gezeigt stehen allen vertretenen Auffassungen gewichtige Argumente entgegen. Viele Stimmen in der Literatur und auch die Rechtsprechung beschäftigen sich abstrakt mit der Frage, wie die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers beschaffen ist. Dieser Ansatz weist jedoch methodische Schwächen auf. Das Gesetz enthält keine Regelung zum Inhalt der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers. Denn die Auffassung, die § 243 Abs. 1 BGB auf die Arbeitsschuld anwenden möchte, ist abzulehnen, da die Arbeitsleistung nicht als Gattungsschuld zu qualifizieren ist.⁶¹ Vielmehr stellt § 611 Abs. 1 BGB durch die Formulierung, der die Dienste Zusagende schulde die Leistung „*der versprochenen Dienste*“, den einzelnen Vertrag in den Vordergrund.⁶² Daher sollte der jeweilige Arbeitsvertrag ausgelegt werden, um den Inhalt der geschuldeten, d.h. der versprochenen Arbeitsleistung zu ermitteln.⁶³ Zunächst ist dabei die normative Auslegung zu bemühen. Kommt diese zu keinem Ergebnis, ist die ergänzende Vertragsauslegung heranzuziehen.

I. Vorrang einer arbeits- oder tarifvertraglichen Abrede

Auszulegen ist der Arbeitsvertrag nur, wenn keine ausdrückliche und abschließende arbeits- oder tarifvertragliche Regelung getroffen wurde oder eine getroffene Regelung missverständlich ist.

II. Auslegungsmethode

Enthält der betreffende Arbeitsvertrag eine nicht eindeutige oder missverständliche Regelung über die Arbeitspflicht, so ist der Vertrag gemäß §§ 133, 157 BGB nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen. Für den Inhalt der einzelnen Willenserklärungen des Arbeitgebers und Arbeitnehmers ist jeweils auf die Sicht eines objektiven Beobachters abzustellen.⁶⁴ Die im Rahmen der Gesetzesauslegung bekannten Auslegungsweisen Wortlaut, Telos, Historie und Systematik⁶⁵ lassen sich nur eingeschränkt auf die Auslegung von Willenserklärungen übertragen.⁶⁶ So kann längst nicht in jedem Fall eine historische Auslegung vorgenommen werden. Anstelle systematischer Erwägungen sind die Umstände der rechtsgeschäftlichen Erklärung zu berücksichtigen.⁶⁷

Kann mittels der normativen Vertragsauslegung der Inhalt der Arbeitspflicht nicht ermittelt werden, ist die ergänzende Vertragsauslegung zu bemühen.⁶⁸ Diese setzt eine planwidrige Regelungslücke in einem regelungsbedürftigen Punkt vor-

aus.⁶⁹ Eine solche besteht, wenn eine sich als regelungsbedürftig erweisende Situation unbeabsichtigt nicht vom Regelungsgehalt des Vertrages erfasst wird.⁷⁰ Stellt man eine solche Regelungslücke fest, die nicht durch dispositives Recht gefüllt werden kann⁷¹, ist die vertragliche Regelung entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen.⁷² Unter dem hypothetischen Parteiwillen versteht man das, was redliche und verständige Parteien nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte vereinbart hätten, wenn sie die Regelungslücke gekannt und ihre beiderseitigen Interessen sachgemäß abgewogen hätten.⁷³

III. Durch normative und ergänzende Auslegung ermittelter Inhalt der Leistungspflicht

Ermittelt man durch normative und ergänzende Auslegung den Inhalt der Leistungspflicht, so liegt es in der Natur der Sache, dass die Auslegung nicht stets zum gleichen Ergebnis kommen wird. Die Verträge werden sich regelmäßig in ihrem Inhalt, ihrer Formulierung und ihren den Vertragsschluss begleitenden Umständen unterscheiden. Im Folgenden soll dargestellt werden, was als Regelfall anzusehen ist.

1. Normative Vertragsauslegung

a) Arbeitsvertrag als Auslegungsgegenstand

Vorausgesetzt sei, dass der Arbeitsvertrag keine ausdrückliche Regelung enthält, die die Leistungspflicht bestimmt. Eine unklar formulierte Regelung über den Inhalt der Leistungspflicht wäre auszulegen. Näher eingegangen werden soll an dieser Stelle auf Regelungen, die womöglich nur indirekt eine Aussage über die geschuldete Arbeitspflicht treffen. Enthält der Arbeitsvertrag eine Tätigkeits- oder Positionsbeschrei-

⁵⁸ BAGE 125, 257, 260; 109, 87, 92.

⁵⁹ S. unter E.

⁶⁰ Vgl. *Busche*, in: MüKoBGB (Fn. 6), § 157 Rn. 47.

⁶¹ S. dazu unter C.V. und in Fn. 47.

⁶² Vgl. *Tillmanns* (Fn. 45), S. 157 f.

⁶³ So auch *Tillmanns* (Fn. 45), S. 157-199., *dies.*, RdA 2009, 391, 393 f. und *Sedlmeier*, Unzureichende Arbeitsleistung – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, 2009, S. 74, 99-119; vgl. *Hunold*, BB 2003, 2345, 2346, v. *Hoyningen-Huene* (Fn. 25), S. 291, 293-295, v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG (Fn. 22), § 1 Rn. 454, *Linck*, in: *Schaub* (Fn. 1), § 131 Rn. 48 und *Tschöpe* Anm. zu BAG EZA Nr. 72 zu § 1 KSchG (Verhaltensbedingte Kündigung), S. 13, 14 f., die alle stets eine objektive Normalleistung als Ergebnis der Auslegung ansehen.

⁶⁴ BGH, NJW 2006, 286, 287; *Hefermehl*, in: *Soergel* (Begr.), BGB, Allgemeiner Teil 2¹³, 1999, § 133 Rn. 14; *Tillmanns* (Fn. 45), S. 158; *Wendtland*, in: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB³, 2012, § 133 Rn. 27.

⁶⁵ Vgl. *Larenz* (Fn. 42), S. 320-339.

⁶⁶ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft⁴, 1992, S. 309 f.

⁶⁷ *Flume* (Fn. 66), S. 310-312.

⁶⁸ Vgl. *Flume* (Fn. 66), S. 323 und *Roth*, in: *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2010, § 157 Rn. 5, nach denen die Grenze zwischen eigentlicher und ergänzender Vertragsauslegung aber eine fließende ist.

⁶⁹ *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 25), § 157 Rn. 15 ff.; *Biehl*, JuS 2010, 195, 200; *Busche*, in: MüKoBGB (Fn. 6), § 157 Rn. 3; *Roth*, in: *Staudinger* (Fn. 68), § 157 Rn. 15; *Wolf*, in: *Soergel* (Fn. 64), § 157 Rn. 1238.

⁷⁰ *Cziupka*, JuS 2009, 103, 104.

⁷¹ Zum grds. Vorrang einer dispositiven gesetzlichen Regelung gegenüber der ergänzenden Vertragsauslegung, vgl. beispielhaft BGH, NJW 2010, 1135, 1136 Rn. 9 (st. Rspr.), *Biehl*, JuS 2010, 195, 199 f., *Roth*, in: *Staudinger* (Fn. 68), § 157 Rn. 23 und *Schimml*, JA 2001, 339, 341.

⁷² *Roth*, in: *Staudinger* (Fn. 68), § 157 Rn. 30.

⁷³ BGHZ 164, 286, 292 (st. Rspr.); *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 25), § 157 Rn. 20; *Biehl*, JuS 2010, 195, 200; *Busche*, in: MüKoBGB (Fn. 6), § 157 Rn. 47; *Flume* (Fn. 66), S. 322.

bung, könnte dieser eine Bedeutung zukommen, die durch Auslegung zu ermitteln ist.⁷⁴

b) Deutung des festgestellten Erklärungsstatbestands

Die Bedeutung des Erklärungsstatbestands, sich zur Ausführung einer bestimmten Tätigkeit zu verpflichten, muss mit Hilfe der Auslegungsmethoden Wortlaut, Telos und gegebenenfalls der Historie ermittelt werden. Als Auslegungsmittel treten die außerhalb des Arbeitsvertrags liegenden Umstände hinzu, die Rückschlüsse auf den Sinn und Inhalt der Erklärung ermöglichen. Zu berücksichtigen sind dabei sämtliche Begleitumstände und das Gesamtverhalten der Parteien einschließlich der Vorgeschichte des Rechtsgeschäfts.⁷⁵

Beispielhaft geschildert sei der folgende Fall: Der Betreiber einer Kfz-Werkstatt benötigt eine neue Arbeitskraft und schaltet deshalb eine Stellenanzeige in der Zeitung. In die Stellenanzeige nimmt er auf, dass er von den Bewerbern eine abgeschlossene Ausbildung als Kfz-Mechatroniker erwarte. A bewirbt sich und legt seiner Bewerbung eine Bescheinigung über seine abgeschlossene Ausbildung zum Kfz-Mechatroniker bei. Der Betreiber entscheidet sich für A und stellt ihn ein. Sie unterschreiben einen Arbeitsvertrag, in dem die Formulierung „Herr A wird ab dem 1. Januar 2013 auf unbestimmte Zeit als Kfz-Mechatroniker in dem Betrieb des Arbeitgebers in B eingestellt“ enthalten ist.

Geht man hier vom Wortlaut der Klausel aus, so enthält dieser keine Hinweise auf eine Vereinbarung über die Leistungspflicht. Eine historische Auslegung der Klausel ist nicht möglich. Um zu ermitteln, welchen Sinn und Zweck die Parteien dadurch verfolgt haben, dass sie die Stellenbeschreibung „Kfz-Mechatroniker“ in den Arbeitsvertrag aufgenommen haben, sind die Umstände des Vertragsschluss zu betrachten. Umstände in dem geschilderten Beispiel sind die vom Arbeitgeber geschaltete Stellenanzeige und die von A eingereichten Unterlagen.

Berücksichtigt man aus der Warte eines objektiven Dritten die Umstände, so ergibt sich für das Verständnis der Klausel zweierlei: A verpflichtet sich erstens, eine abgeschlossene Ausbildung als Kfz-Mechatroniker zu haben. Zweitens, und für den Inhalt der Arbeitspflicht bedeutend wichtiger, A verpflichtet sich, die Arbeitsleistungen erbringen zu können, die man zum Bestehen der Ausbildung erbringen muss.⁷⁶ Er verspricht also ein gewisses Leistungsvermögen, das selbst Bestandteil des Leistungsversprechens ist.⁷⁷

Aus dem Beispiel ergibt sich, dass einer Tätigkeitsbeschreibung eine Aussage über den Inhalt der Leistungspflicht zu entnehmen sein kann. Um eine Tätigkeitsbeschreibung auszuwerten, sind insbesondere die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen. Je nachdem, welche Anforderungen in einer Stellenanzeige oder einem Bewerbungsgespräch gestellt werden, und wie der Bewerber darauf reagiert, kann sich der Inhalt des versprochenen Leistungsvermögens auf gewisse, für den Erwerb einer Qualifikation notwendige Fähigkeiten erstrecken.⁷⁸ Der Inhalt der Leistungspflicht wird auf diese Weise durch objektive Kriterien geprägt.

2. Ergänzende Vertragsauslegung

Kann der Inhalt der Leistungspflicht durch normative Auslegung nicht vollumfänglich ermittelt werden, kommt die ergänzende Vertragsauslegung zum Zuge.

a) Planwidrige Regelungslücke in einem regelungsbedürftigen Punkt

Ist der Inhalt der Leistungspflicht nicht vollumfänglich durch den Arbeitsvertrag geregelt, besteht eine Regelungslücke, die zumeist unbeabsichtigt sein wird. Regelungsbedürftig ist der Inhalt der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers in jedem Fall. Die Leistungspflicht ist noch nicht vollumfänglich bestimmt, wenn beispielsweise die vielfach in der Literatur diskutierte Frage, ob der Arbeitnehmer neben den versprochenen Qualifikationen nur eine Leistung entsprechend seiner individuellen Fähigkeiten oder eine objektive Normalleistung schuldet, noch offen ist. Zudem ist zu klären, ob die vom Arbeitnehmer versprochenen Fähigkeiten dynamisch zu bestimmen sind.

b) Kein die Regelungslücke füllendes dispositives Recht

Während beispielsweise das Kaufvertragsrecht in Form des § 434 Abs. 1 S. 2 BGB eine dispositive Regelung für den Fall, dass keine ausdrückliche Vereinbarung über den Inhalt der Leistungspflicht getroffen wurde, bereit hält, gibt es eine solche Norm, die den Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung präzisiert, nicht. Insbesondere ist § 243 Abs. 1 BGB, wie oben gesehen, nicht diese Norm.⁷⁹ Es kann daher kein dispositives Recht herangezogen werden, um die regelmäßig in Arbeitsverträgen bestehenden Lücken zu schließen. Nur der Leistungsort und die Leistungszeit sind in den §§ 269, 271 BGB geregelt. Regelt der Arbeitsvertrag den Leistungsort und die Leistungszeit nicht, gelten daher die §§ 269, 271 BGB.

c) Ergänzung der Regelungslücke gemäß dem hypothetischen Parteiwillen

Um die Regelungslücke über den Inhalt der Leistungspflicht zu schließen, ist der hypothetische Parteiwille zu ermitteln. Dieser richtet sich danach, „was redliche und verständige Parteien bei Kenntnis der planwidrigen Regelungslücke nach dem Vertragszweck und sachgemäßer Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) vereinbart hätten“⁸⁰.

Im Regelfall könnte es dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen, neben den durch normative Auslegung ermittelten objektiven Kriterien einen individuellen Maßstab zu vereinbaren.⁸¹ Denn der Arbeitgeber stellt einen Arbeitnehmer normalerweise ein, weil er von ihm und seinen Qualitäten

⁷⁴ Thüsing, in: HWK (Fn. 6), § 611 Rn. 289.

⁷⁵ Biehl, JuS 2010, 195, 197; Flume (Fn. 66), S. 310-312; Singer, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2012, § 133 Rn. 8.

⁷⁶ Vgl. §§ 8 bis 11 der Verordnung über die Berufsausbildung zum Kraftfahrzeugmechatroniker/zur Kraftfahrzeugmechatronikerin (BGBl. 2007 I, S. 1501); vgl. Sedlmeier (Fn. 63), S. 102, der dies als Erklärungssite ansieht.

⁷⁷ Vgl. Tillmanns (Fn. 45), S. 166.

⁷⁸ Sedlmeier (Fn. 63), S. 102; im Ergebnis ähnlich, ohne den Weg über die Auslegung zu gehen, Fahl (Fn. 22), S. 255 und Kreller, AcP 123 (1925), 263, 286 f.; vgl. Maschmann, NZA Beilage 1/2006, 13, 16, der allgemein von der Haftung für die Einhaltung professioneller Standards spricht, ohne dies über den Weg der Auslegung zu begründen.

⁷⁹ S. dazu unter C.V. und in Fn. 47.

⁸⁰ BGHZ 164, 286, 292 (st. Rspr.); Armbrüster, in: Erman (Fn. 25), § 157 Rn. 20; Biehl, JuS 2010, 195, 200; Busche, in: MüKoBGB, § 157 Rn. 47; Flume (Fn. 66), S. 322.

⁸¹ Anders Tillmanns (Fn. 45), S. 161 f., die darauf abstellt, welchen Eindruck ein objektiver Empfänger von der zu erwartenden Leistung des betreffenden Arbeitnehmers gewinnen musste.

überzeugt ist. Zudem kennt der Arbeitnehmer gewöhnlich die Normalleistung im Betrieb nicht, was auch dem Arbeitgeber bewusst ist.⁸²

Jedoch würde ein individueller Maßstab, der nur um wenige objektive Merkmale angereichert ist, die Interessen des Arbeitnehmers zu stark in den Vordergrund stellen.⁸³ Die Erwartung des Arbeitgebers, dass Leistung und Gegenleistung gleichwertig sind, würde nicht berücksichtigt. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestimmt der Arbeitgeber aber, wie viel ihm die Leistung des Arbeitnehmers wert ist, indem er dem Arbeitnehmer ein bestimmtes Gehalt anbietet. Dies ist der Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber festlegt, unter welchen Voraussetzungen er die Austauschgerechtigkeit von Leistung und Gegenleistung als verwirklicht ansieht. Er wird dabei zumindest davon ausgehen, dass das Austauschgleichgewicht während der Vertragslaufzeit nicht erheblich gestört wird. Die berechtigten Erwartungen des Arbeitgebers zu diesem Zeitpunkt sollten daher in die Bestimmung der Leistungspflicht einbezogen werden. Die redlichen Vertragsparteien hätten somit eine objektive Grenze des individuellen, durch objektive Kriterien angereicherten Maßstabs vereinbart, um die Erwartungen und Interessen des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen: Unterschreitet der Arbeitnehmer die Leistung um ein Drittel, die ein objektiver Dritter im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vom Arbeitnehmer in Zukunft erwarten konnte, so verletzt der Arbeitnehmer seine arbeitsvertragliche Pflicht. Denn das Bundesarbeitsgericht nimmt ab dieser Grenze von einem Drittel an, dass das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung erheblich beeinträchtigt ist.⁸⁴ Was ein objektiver Dritter für die Zukunft erwarten konnte, ist dynamisch zu bestimmen, um zu berücksichtigen, dass sich das Leistungsvermögen des Arbeitnehmers nach der Einarbeitung erhöhen und irgendwann altersbedingt wieder verringern wird.

Das individuelle, um objektive Kriterien angereicherte Leistungsvermögen wird daher dergestalt begrenzt, dass der Arbeitnehmer das bei Vertragsschluss objektiv zu erwartende individuelle Leistungsvermögen nicht um ein Drittel unterschreiten darf.

In Bezug auf die Frage, ob das individuelle, um objektive Kriterien angereicherte Leistungsvermögen starr oder dynamisch zu bestimmen ist, wird es regelmäßig dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen, das Leistungsvermögen dynamisch zu bestimmen.⁸⁵ Die redlichen und verständigen

Arbeitsvertragsparteien wissen darum, dass der Arbeitnehmer nicht ein Leistungsniveau konstant halten können wird.

F. Zusammenfassung

Die Frage, ob die Leistungspflicht des Arbeitnehmers in die Kategorie „individuell“ oder „objektiv“ einzuordnen ist, ist keine Frage, auf die es eine allgemeingültige Antwort gibt. Der Arbeitnehmer schuldet keine Leistung nach einem abstrakten Maßstab, sondern das, was er dem Arbeitgeber im Arbeitsvertrag versprochen hat. Die Frage nach dem Inhalt der Leistungspflicht ist daher jeweils im Einzelfall zu beantworten, indem der Vertrag ausgelegt wird. Vieles spricht indes dafür, im Regelfall von einem individuell-dynamischen, um objektive Kriterien angereicherten Maßstab auszugehen, für den es eine objektive Untergrenze gibt: Der Arbeitnehmer darf die Leistung, die ein objektiver Dritter im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vom Arbeitnehmer in Zukunft erwarten konnte, nicht um ein Drittel oder mehr unterschreiten.

G. Handlungsempfehlung für die Praxis

Dass eine allgemeingültige Aussage nicht möglich ist, liegt in der Natur der Auslegung einzelner Verträge. Dies kann zu Problemen in der praktischen Handhabung führen. Die Probleme könnte die Praxis umgehen, indem sie künftig ausdrückliche Regelungen über den Inhalt der Arbeitspflicht in die Arbeitsverträge aufnimmt. Eine solche Entwicklung würde zu mehr Klarheit zwischen den Vertragsparteien beitragen und könnte Missverständnisse über die geschuldete Leistung vermeiden.

Interessengerecht wäre eine Klausel, die § 27 Abs. 3 des Diskussionsentwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes von *Henssler* und *Preis* entspricht:

„Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragenen Aufgaben unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit zu verrichten. Im Zweifel schuldet er jedoch mindestens zwei Drittel der von vergleichbaren Arbeitnehmern erbrachten Durchschnittsleistung.“⁸⁶

⁸² *Tillmanns* (Fn. 45), S. 161.

⁸³ Vgl. *Sedlmeier* (Fn. 63), S. 75.

⁸⁴ BAGE 109, 87, 93 f.

⁸⁵ So auch *Sedlmeier* (Fn. 63), S. 115-117 und *Tillmanns* (Fn. 45), S. 165 f.

⁸⁶ Fassung vom August 2006:

http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xbcr/SID-A55D278D-9E4A5560/bst/Diskussionsentwurf_August2006.pdf (letzter Aufruf: 10.4.2013).

Dr. Carolin Raspe*

Staatliche Verbraucherinformation im Internet

Die rechtliche Zulässigkeit der Bekanntmachung betriebsbezogener Verstöße gegen Lebensmittel- und Hygienevorschriften am Beispiel des Pankower Smiley-Projekts¹

A. Einleitung

Staatliche Verbraucherinformation als jüngerer, aber keineswegs mehr neues Handlungsinstrument hat in der näheren Vergangenheit an Bedeutung gewonnen und gerade im Internetzeitalter eine neue Dimension mit zahlreichen Fragestellungen eröffnet.

Die Bedeutungssteigerung ist insbesondere auf die zunehmende Komplexität der Märkte zurückzuführen. Eine funk-

tionierende Marktwirtschaft erfordert die Informiertheit ihrer Marktteilnehmer, jedoch sind die notwendigen Informationen in derart komplexen Märkten für den Einzelnen nur schwer zugänglich. Der Staat versteht sich daher immer weniger als

* Die Autorin ist Absolventin der Bucerius Law School (Jg. 2004) und momentan bei Hanefeld Rechtsanwälte in Hamburg als Anwältin tätig.

¹ Diesem Aufsatz liegt der im Rahmen des Dissertationsverfahrens der Autorin gehaltene Vortrag vom 7. März 2012 zugrunde.

autoritär-zwingender Staat, sondern zunehmend als kooperierend-informierender Staat, der die Eigenverantwortlichkeit der Marktteilnehmer und insbesondere auch der Verbraucher fördern möchte.²

Aus diesem Grund wurden Gesetzesgrundlagen geschaffen, die dem Einzelnen Informationsansprüche gewähren. Zu nennen sind hier im Besonderen das Umweltinformationsgesetz (UIG), das Informationsfreiheitsgesetz (IFG) und das Verbraucherinformationsgesetz (VIG).

Auf letzterem soll das besondere Augenmerk dieses Artikels liegen. Das VIG wurde nach Lebensmittelskandalen wie BSE, „Gammelfleisch“ und EHEC zunehmend als notwendig erachtet, um die Verbraucher besser zu informieren. Es eröffnet voraussetzungsfreie Informationsansprüche in diesem krisengeschüttelten Bereich, die bereits in zahlreichen Bundesländern von den Behörden aktiv durchgesetzt werden. Die Entwicklung ist keineswegs abgeschlossen, sondern zahlreiche Novellen – zuletzt im September 2012³ – entwickeln dieses Gesetz stetig weiter, und auch in der Rechtsprechung ist gerade in jüngster Zeit eine intensive Auseinandersetzung mit den daraus erwachsenden Fragestellungen zu verzeichnen.⁴

B. Die Berliner Smiley-Liste

Die Reichweite des Gesetzes wirft weiterhin Probleme auf, wie das folgende Beispiel zeigen soll: Als einer der ersten Bezirke veröffentlicht das Bezirksamt Berlin-Pankow bereits seit 2009 Ergebnisse von Lebensmittelkontrollen im Internet.⁵ Anfangs gab es eine Positivliste, in welche man sich als Betrieb freiwillig aufnehmen lassen konnte, sowie eine Negativliste – auch „Ekelliste“ genannt⁶ – in die diejenigen Betriebe mit Namen, Anschrift und Fotos aufgenommen wurden, welche Gesetzesverstöße von Ordnungswidrigkeitenqualität begangen hatten.

Nach bundesweiter Kritik veröffentlicht das Bezirksamt Berlin-Pankow heute nur noch eine gemeinsame Liste, in der sich alle kontrollierten Betriebe wiederfinden. Auf Grundlage eines differenzierten Punktesystems mit bis zu 80 Minuspunkten werden fünf Smileys ähnlich wie Schulnoten vergeben. Die Art der Verstöße wird vermerkt und deren Behebung bei Nachkontrollen verzeichnet.

Obwohl also in Berlin teilweise „zurückgerudert“ wurde, ist die Zulässigkeit derartiger Informationen hochaktuell. So ist die sog. „Hygieneampel“⁷ in aller Munde und ähnliche Systeme sind für ganz Deutschland im Gespräch.⁸ Aktuell wirft auch der Pferdefleischskandal die Frage der Verbraucherinformation im Internet trotz fehlendem Gesundheitsrisiko neu auf.

C. Rechtmäßigkeitsprüfung

Um die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme zu überprüfen, soll die eben beschriebene Smiley-Liste in Form einer klassischen Rechtmäßigkeitsprüfung untersucht werden, wobei insbesondere drei Schwerpunkte behandelt werden: Die Ermächtigungsgrundlage, die inhaltlichen Anforderungen an die Information sowie die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.

I. Ermächtigungsgrundlage

Die Frage nach einer Ermächtigungsgrundlage für staatliches Informationshandeln ist seit den berühmten Entscheidungen des BVerfG zu Glykolwein⁹ und der Osho-Bewegung¹⁰ wohl bekannt. Anders als bei den genannten Entscheidungen ist die

Frage der Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage jedoch erst nachrangig zu entscheiden, da mindestens eine mögliche Ermächtigungsgrundlage im Raume steht.

Als Ermächtigungsgrundlage wird § 6 I 2 VIG bemüht, welcher lautet: „Die informationspflichtige Stelle kann Informationen, zu denen Zugang zu gewähren ist, auch unabhängig von einem Antrag nach § 4 Absatz 1 über das Internet oder in sonstiger öffentlich zugänglicher Weise zugänglich machen; [...]“.

Gegen die Tragfähigkeit des § 6 I 2 VIG als Ermächtigungsgrundlage für die Smiley-Liste werden insbesondere drei Argumente vorgebracht.

1. Verfahrensökonomie

Zunächst wird behauptet, § 6 I 2 VIG gewähre keine Ermächtigung zur eigenständigen aktiven Verbraucherinformation der Behörde, sondern diene lediglich der Verfahrensökonomie bei zahlreichen gleichen Anträgen.¹¹ Hierfür spricht zum einen die systematisch versteckte Stellung weit entfernt von den Anspruchsgrundlagen des Gesetzes in § 2 VIG und zum anderen die Gesetzesbegründung zum wortgleichen § 5 I 2 VIG a.F., die bezüglich dieses Satzes lediglich die Kostenersparnis und den dadurch möglichen Verzicht auf aufwändige Einzelantworten nennt.¹²

Selbst wenn der Gesetzgeber die Reichweite dieser Norm anfangs nicht bedacht haben sollte, ist dennoch zunächst auf den Wortlaut der Norm abzustellen und dieser stellt klar, dass eine Informationserteilung gerade unabhängig von einem Antrag erfolgen kann und nicht nur im Falle vieler gleichlautender Anträge. Die systematischen Einwände greifen daher letztlich nicht durch.

2. Verdrängung durch speziellere Regelungen

Weiterhin wird vorgebracht, dass der § 6 I 2 VIG durch § 40 Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB) verdrängt werde, da sonst dessen speziellere und engere Voraussetzungen umgangen würden.¹³ Im § 40 LFGB ist die Öffentlichkeitsinformation insbesondere nur subsidiär zulässig, wenn ebenso wirksame Maßnahmen nicht erfolgsversprechend sind (§ 40 II LFGB).

² Becker/Blackstein, NJW 2011, 490; Böhm/Lingenfelder/Voit, NVwZ 2011, 198; Ossenbühl, NVwZ 2011, 1357; Wollenschläger, VerwArch 2011, 20, 21; Albers/Ortler, GewArch 2009, 225; Bunke, Verw 2004, 3 ff.

³ BGBl. I, S. 2558.

⁴ VGH Baden-Württemberg, 9 S 2423/12; VGH Mannheim, 9 S 2423/12; VG Regensburg, LMMR 2012, 85; VG Trier, LMRR 2012, 89; VG Würzburg, LMRR 2012, 90; VG Karlsruhe, LMRR 2012, 66; OVG Saarlouis, LMRR 2011, 1.

⁵ Vgl.: <http://www.berlin.de/ba-pankow/verwaltung/ordnung/smiley.html> (alle Nachweise aus dem Internet wurden abgerufen am 18.4.2013).

⁶ Selbst die Behörde greift diese Formulierung auf (vgl. Fn. 5).

⁷ Vgl.: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/hygiene-ampeln-fuer-restaurants-aus-fuer-bundesweite-kennzeichnung-a-844096.html>.

⁸ Vgl.: <http://www.hygiene-ampel.de/>. Zur deren Rechtmäßigkeit: Kügel/Platzmann, LMuR 2012, 1.

⁹ BVerfGE 105, 253.

¹⁰ BVerfGE 105, 279.

¹¹ Becker/Blackstein, NJW 2011, 490, 492; Holzner, NVwZ 2010, 489, 491; Albers/Ortler, GewArch 2009, 225, 229.

¹² BR-Drs. 273/07, S. 27, 28.

¹³ Werner, ZLR 2008, 115, 123; Zum Verhältnis der Vorschriften: Becker/Blackstein, NJW 2011, 490, 492; Böhm/Lingenfelder/Voit, NVwZ 2011, 198, 201; Gurlit, NVwZ 2011, 1052, 1053; Holzner, NVwZ 2010, 489, 493; Schoch, ZLR 2010, 121, 135; ders., NJW 2010, 2241, 2246.

Hiergegen lässt sich jedoch anführen, dass die beiden Gesetze unterschiedlichen Zwecken dienen. Das LFGB dient gerade der Gefahrenabwehr, während das VIG die Verbraucherinformation bezweckt. Das VIG sollte explizit eine Lückenschließfunktion haben¹⁴ und regelmäßig werden § 40 LFGB und das VIG in den gleichen Novellen geändert. Das Nebeneinander der Regelungen ist dem Gesetzgeber daher wohl bewusst und auch bezweckt.¹⁵

3. Wesentlichkeitstheorie und Bestimmtheitsgebot

Nicht zuletzt stellt sich die Frage der hinreichenden Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage einschließlich der zwangslogischen Vorfrage ihrer Notwendigkeit. Nach der Wesentlichkeitstheorie muss bekanntermaßen der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen, insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen, soweit diese staatlichen Regelungen zugänglich sind.¹⁶

a) Grundrechtsrelevanz der Maßnahme

An dieser Stelle ist damit zu untersuchen, ob die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand einen Grundrechtseingriff darstellt. Dafür müssen zunächst die relevanten Grundrechte herausgearbeitet und ihre Schutzbereichsbetroffenheit geprüft werden. Genannt werden in diesem Zusammenhang meist die Artikel 12, 14 und 2 I i.V.m. 1 GG.¹⁷

aa) Schutzbereichseröffnung

(1) Art. 12 GG

Die Berufsfreiheit schützt die freie Berufsausübung und insbesondere den daraus resultierenden Erwerb. Die Informationen auf der Smiley-Liste treffen Aussagen zum Zustand von Betriebsgegenständen und -prozessen wie den Räumlichkeiten und der Küche sowie dem Personal, welche das Herzstück eines jeden Restaurants verkörpern. Sie gehen damit deutlich weiter als bspw. die Information im Glykolorteil, bei dem nur über ein bestimmtes Produkt informiert wurde. Die Betroffenheit der Berufsfreiheit wird somit ganz überwiegend bejaht.¹⁸

(2) Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

Auch das Datenschutzgrundrecht könnte betroffen sein.¹⁹ Zwar wird der Inhaber des Restaurants nicht explizit genannt, jedoch ist dieser meist mit nur einem Mouseklick im Internet auffindbar. Zudem wurde dieses Grundrecht im Kontoabfragebeschluss des BVerfG teilweise auch auf juristische Personen übertragen,²⁰ da deren Schutzbedürftigkeit der natürlicher Personen im Ansatz entspricht. Es spricht daher viel für die Annahme der Grundrechtsbetroffenheit im vorliegenden Fall.²¹

(3) Art. 14 GG

Fraglich ist, ob die Betreiber auch in ihrer Eigentumsfreiheit betroffen sind.²² Infrage kommt hier allenfalls eine Betroffenheit im Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, dessen Schutz im Rahmen des Art. 14 GG nicht abschließend entschieden ist.²³ Jedenfalls darf der Schutzbereich hier nicht weiter sein als die wirtschaftliche Grundlage. Da seit der Novelle 2012 wegen § 3 I 4 Nr. 1 VIG Betriebsgeheimnisse nur noch sehr eingeschränkt Ausschlussgründe für die Veröffentlichung darstellen, sprechen die besseren Gründe dafür, auch eine Betroffenheit des Art. 14 GG anzunehmen.²⁴

bb) Eingriffsqualität der Maßnahme

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob durch die Information auch in Art. 12 GG eingegriffen wird.²⁵ Unproblematisch liegt kein Eingriff im klassisch-imperativen Sinne vor, also in Form einer staatlichen Maßnahme, die unmittelbar, final und durch Rechtsakt durchsetzbar ist: Erst die zwischengeschaltete Verbraucherentscheidung bewirkt die negativen Folgen für den Betreiber.

Schon lange ist neben dem klassischen Eingriff aber auch der mittelbar-faktische Eingriff anerkannt.²⁶ Dieser wurde für Informationen insbesondere im Transparenzlistenurteil entwickelt.²⁷ Danach liegt ein Eingriff jedenfalls vor, wenn eine Information unter Inanspruchnahme staatlicher Autorität erfolgt, wenn er beabsichtigt, zielgerichtet oder vorhersehbar in Kauf genommen ist und wenn grundrechtlich geschützte Freiheiten dadurch schwerwiegende Einbußen erfahren.²⁸

Die Information durch das Bezirksamt erfolgt unzweifelhaft durch Inanspruchnahme staatlicher Autorität, nämlich auf ihrer Homepage. Die Eingriffsfolgen werden vom Bezirksamt auch durchaus beabsichtigt. Erklärter Zweck ist es, Verbraucherentscheidungen zu lenken und die Inhaber zur Einhaltung der Vorschriften anzuhalten.²⁹ Daher lässt sich gleich auf zwei Weisen ein Eingriff begründen. Zum einen wird ein bestimmtes Verbraucherverhalten bezweckt, jedenfalls aber in Kauf genommen, sodass die bei Art. 12 GG geforderte berufsregelnde Tendenz zu bejahen ist. Zum anderen lässt die zweite Aussage auf den teilweisen Sanktionscharakter der Maßnahme schließen,³⁰ sodass ein funktionales Äquivalent eines Eingriffs vorliegt, für welches eine Ermächtigungsgrundlage zu fordern ist.³¹

¹⁴ BR-Drs. 273/07, S. 12.

¹⁵ OVG Saarlouis, LMRR 2011, 1; Schnall, in: Lebensmittelrechts-Handbuch³³, 2012, Rn. 233; Gurlit, NVwZ 2011, 1052, 1053; kritisch hierzu: Schoch, NJW 2010, 2241, 2246.

¹⁶ BVerfGE 40, 237, 249; 49, 89, 127; 58, 257, 278. Hierzu im vorliegenden Kontext: Ossenbühl, NVwZ 2011, 1357, 1359; Holzner, NVwZ 2010, 489, 494.

¹⁷ VGH Baden-Württemberg, 9 S 2423/12, Rn. 10; BayVG, 9 CE 12.2755, Rn. 2.2, 10; Becker, ZLR 2011, 391, 405.

¹⁸ Wollenschläger, DÖV 2013, 7, 13; ders., VerwArch 2011, 20, 39; Kügel/Platzmann, LMuR 2012, 1, 5; Gurlit, NVwZ 2011, 1052, 1053; Ossenbühl, NVwZ 2011, 1357, 1359; Bumke, Verw 2004, 3, 16.

¹⁹ Becker/Blackstein, NJW 2011, 490, 493; Albers/Ortler, GewArch 2009, 225, 228; Bumke, Verw 2004, 3, 16.

²⁰ BVerfGE 118, 168, 203.

²¹ Kügel/Platzmann, LMuR 2012, 1, 6; Becker, ZLR 2011, 391, 405; Wollenschläger, VerwArch 2011, 20, 45.

²² Dazu: Becker/Blackstein, NJW 2011, 490, 493.

²³ BVerfGE 66, 116, 145; 77, 84, 118; 81, 208, 228.

²⁴ VGH Baden-Württemberg, 9 S 2423/12, Rn. 10; Becker, ZLR 2011, 391, 407; Ossenbühl, NVwZ 2011, 1357, 1359.

²⁵ Aus Platzgründen wird sich im Weiteren auf die Prüfung des eindeutig betroffenen Art. 12 GG beschränkt.

²⁶ Hierzu in dem Zusammenhang: Holzner, NVwZ 2010, 489, 490 f.

²⁷ BVerwG, NJW 1985, 2774, 2776 f.

²⁸ Dazu auch: Ossenbühl, NVwZ 2011, 1357, 1359; Schoch, ZLR 2010, 121, 134; ders., NVwZ 2011, 193, 195; Bumke, Verw 2004, 3, 17 f.

²⁹ Vgl. <http://www.taz.de/!31229/>.

³⁰ Hierzu noch unter C.III.2.

³¹ Böhm/Lingenfelder/Voit, NVwZ 2011, 198, 201; Holzner, NVwZ 2010, 489, 490; Bumke, Verw 2004, 3, 18 -21; a.A. Schink, DVBl. 2011, 253, 255.

b) Übertragbarkeit der Grundsätze der Osho- und Glykol-Entscheidungen des BVerfG

Ein anderes Ergebnis könnte sich mit Blick auf die Glykol- und Osho-Entscheidungen des BVerfG ergeben. Dort wurde entweder die Eingriffsqualität oder trotz Eingriff die Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage abgelehnt. In diesen beiden Fällen gab es jedoch vier bedeutende Unterschiede zum vorliegenden Beispiel der Smiley-Liste.

Erstens geht es bei letzterer nicht um Handeln der Regierung zum Zwecke der Staatsleitung, sondern um Aktivitäten der Verwaltung im klassisch ordnungsrechtlichen Bereich.³² Zweitens ist eine akute Gefahrenlage in den meisten Fällen der veröffentlichten Verstöße nicht gegeben. Drittens ist durch die Verwendung von wertenden Smileys die geforderte Sachlichkeit problematisch.³³ Zu guter Letzt sind die Wirkungen solcher Veröffentlichungen vorhersehbar, da es um den eng umgrenzten Bereich der Information über den Zustand von Restaurants geht, sodass für diesen speziellen Bereich die Folgen auch normierbar sind.

Aufgrund dieser Unterscheide sind die Grundsätze des BVerfG auf diesen Bereich nicht unreflektiert übertragbar.³⁴ Vielmehr ist ein Eingriff anzunehmen und eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage zu fordern.³⁵

c) Hinreichende Bestimmtheit

Neben der Wesentlichkeitstheorie, die eine gesetzliche Grundlage aufgrund der festgestellten Grundrechtsbetreffendheit erforderlich macht, muss die Ermächtigungsgrundlage für grundrechtsrelevante Maßnahmen auch hinreichend bestimmt sein.³⁶

Ob diese Anforderungen bei § 6 I 2 VIG erfüllt sind, ist höchst zweifelhaft.³⁷ § 6 I 2 VIG bleibt völlig vage. Es fehlen nähere Kriterien zu der Frage, wann eine Information möglich ist. Da § 2 VIG gerade keine Voraussetzungen für einen Anspruch auf Information vorsieht, ist die Veröffentlichung daher grundsätzlich auch immer möglich, ohne dass weitere Anforderungen zu stellen wären. Es bleibt unklar, welche Verstöße erfasst sein sollen. Es fehlen Informationen zur Art und Weise der Veröffentlichung, zum Zeitpunkt, zur Dauer, zu den Kontrollzyklen, zur Löschung, zur Zweckbindung der veröffentlichten Daten und zu dem Verhältnis zu klassischen ordnungsrechtlichen Instrumenten.³⁸

Von einer hinreichenden Bestimmtheit kann daher nicht ausgegangen werden. Der Gesetzgeber lässt der Behörde hier zu weite Spielräume. Auch durch die neuste Novelle aus dem Herbst 2012 ist hieran trotz der bekannten Probleme nichts geändert worden.³⁹

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass für die seit Jahren praktizierte Praxis momentan keine hinreichende aber notwendige Ermächtigungsgrundlage besteht, denn auch § 40 LFGB kann nur einen kleinen Teil der veröffentlichten Informationen abdecken, insbesondere bei Vorliegen einer Gefahr und fehlenden mildernden Mitteln (§ 40 I LFGB) sowie neuerdings bei der Überschreitung gewisser Höchstwerte oder einem zu erwartenden Bußgeld von über 350 Euro (vgl. § 40 Ia LFGB), wonach nun sogar eine Veröffentlichungspflicht besteht. Die Verfassungsmäßigkeit des § 40 Ia LFGB wird von Rechtsprechung und Literatur allerdings stark bezweifelt.⁴⁰ Zudem seien hiervon nur Warnung vor bestimmten Produkten, nicht aber Hygienemängel im Allgemeinen ge-

deckt,⁴¹ sodass weder ein „Smileysystem“ noch eine „Hygieneampel“ auf § 40 Ia LFGB allein gestützt werden könnte.

II. Inhaltliche Anforderungen an die Information

Unabhängig von dem gerade gefundenen Ergebnis können sich weitere Probleme daraus ergeben, wie die Information inhaltlich ausgestaltet ist. Nach der Rechtsprechung des BVerfG müssen staatliche Informationen als wesentliches Kriterium und Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes den Anforderungen der inhaltlichen Richtigkeit und Sachlichkeit genügen.⁴²

Gerade die Sachlichkeit wurde bei der ursprünglichen Praxis der Negativliste, bei der Verstöße durch unappetitliche Bilder ausgeschmückt wurden, bezweifelt.⁴³ Heute ist die Sachlichkeit bei wertenden Smileys oder Warnfarben fraglich.⁴⁴

Problematisch bleibt insbesondere auch die Richtigkeit der Information.⁴⁵ Verwundern mag in diesem Zusammenhang der § 6 III VIG. Danach ist die Behörde explizit nicht verpflichtet, die Richtigkeit der Information zu überprüfen. Lediglich Zweifel an der Richtigkeit sind mitzuteilen. Allerdings bezieht sich diese Einschränkung nur auf Informationen, die die Behörde nicht selbst erhoben hat.⁴⁶ Trägt sie jedoch die Verantwortung für die Erhebung der Information, kann sie sich von der Verpflichtung, nur inhaltlich richtige Informationen zu veröffentlichen, nicht befreien.⁴⁷

³² *Böhm/Lingenfelder/Voit*, NVwZ 2011, 198, 201; *Holzner*, NVwZ 2010, 489, 490; *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357, 1360. Zum Problem der Abgrenzung: *Bumke*, Verw 2004, 3, 11 ff.

³³ So bzgl. der „Hygieneampel“: *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1, 4.

³⁴ VG Berlin, LKV 2013, 131. Zur Kritik an diesen Entscheidungen bspw.: *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357, 1360 m.w.N.; *Schoch*, NVwZ 2011, 197; *a.A. Schink*, DVBl. 2011, 253, 254.

³⁵ So die ganz h.M.: VGH Baden-Württemberg, 9 S 2423/12, Rn. 10; *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490, 491; *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20, 35 f.; *Schoch*, NJW 2010, 2241, 2245; *Holzner*, NVwZ 2010, 489, 490; *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357, 1360.

³⁶ BVerfGE 120, 274, 315.

³⁷ Nach *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357, 1360, ist bereits die Tatsache, dass über die Bestimmtheit Streit besteht, ein hinreichendes Zeichen dafür, dass die betreffende Norm im Sinne des rechtsstaatlich verstandenen Bestimmtheitsgebots keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage darstellen kann.

³⁸ Kritisch hierzu: *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357, 1360 f.; *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490, 493 f.; *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20, 40. § 40 IV LFGB hingegen sieht verpflichtende Widerrufe bei Fehlinformationen vor. Für die hinreichende Bestimmtheit plädiert: *Schink*, DVBl. 2011, 253, 258.

³⁹ *Becker*, ZLR 2011, 391, 417, sieht in der Novelle eine massive Vertiefung der Verfassungswidrigkeit.

⁴⁰ VGH Bayern, 9 CE 12.2755, Rn. 2.2; VGH Mannheim, 9 S 2423/12; VG Trier, LMRR 2012, 89; *Grube/Immel*, ZLR 2011, 175, 192; *Becker*, ZLR 2011, 391, 417. Zur Problematik des effektiven Rechtsschutzes: *Wollenschläger*, DÖV 2013, 7.

⁴¹ VG Karlsruhe, LMRR 2012, 66; VG Berlin, LKV 2013, 131; VG Trier, LMRR 2012, 89; VG Würzburg, LMRR 2012, 90; VG Regensburg, LMMR 2012, 85.

⁴² BVerfGE 105, 253, 276; BVerfGE 105, 279, 295; dazu: *Bumke*, Verw 2004, 3, 21.

⁴³ *Holzner*, NVwZ 2010, 489, 492; *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357, 1361; *Schnall*, in: LMRH (Fn. 15), Rn. 248.

⁴⁴ Kritisch: *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1, 4.

⁴⁵ *Schoch*, ZLR 2010, 121, 136 f.

⁴⁶ Eine umfassende Ermittlungspflicht resultiert hier schon aus dem Amtsermittlungsgrundsatz gem. § 24 VwVfG (*Schnall*, in: LMHB (Fn. 15), Rn. 234; *Albers/Ortler*, GewArch 2009, 225, 230).

⁴⁷ *Schoch*, NJW 2010, 2241, 2247, beschränkt den § 5 III a.F. VIG (heute § 6 III VIG) und plädiert für die generelle Richtigkeitsgewähr bei öffentlicher Verbraucherinformation.

Es ist also zu prüfen, ob die festgestellten Verstöße auch tatsächlich vorliegen. Dies kann in der Regel nur dann angenommen werden, wenn diese rechts- oder bestandskräftig festgestellt wurden.

Dies stellt die Behörde jedoch vor ein Dilemma, das durch die letzte Gesetzesnovelle nur teilweise abgeschwächt wurde.⁴⁸ Nach dem § 3 I Nr. 1b VIG ist die Information u.a. für die Dauer eines Verwaltungsverfahrens, eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens oder eines ordnungswidrigkeitsrechtlichen Verfahrens ausgeschlossen.⁴⁹ Die Behörde kann sich daher entscheiden, ob sie die Verstöße noch vor Einleitung eines Verfahrens veröffentlicht. Hierbei läuft sie aber Gefahr, dass sich die Verstöße nicht bestätigen, dadurch das Richtigkeitspostulat verletzt wird und die teilweise schwerwiegenden Folgen durch eine Negativinformation nicht zurückholbar sind. Entscheidet sie sich jedoch für eine Veröffentlichung erst nach einem abgeschlossenen Verfahren, leidet die Aktualität der Information und die Verstöße werden regelmäßig bereits behoben sein. Dann sinkt jedoch auch wieder das Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Zudem kann die verzögerte Einleitung eines strafrechtlichen Verfahrens zum Zwecke der vorherigen Öffentlichkeitsinformation gegen das Offizialprinzip verstoßen.⁵⁰ Anders sah dies in einem ähnlichen Fall das OVG Saarlouis.⁵¹ Nach seiner Ansicht ist bei einer nachträglichen Veröffentlichung des Verstoßes auch nach dessen Behebung noch ein Informationsinteresse geben. Eine eigenverantwortliche Kaufentscheidung sei weiterhin frei möglich, denn der Verbraucher könne Schlüsse aus vergangenen Mängeln ziehen. Neben dem sinkenden Informationswert eines Verstoßes, der Monate oder Jahre zurückliegt, stellt sich hierbei aber insbesondere die Frage der Verhältnismäßigkeit einer solchen Veröffentlichung.⁵²

Bezüglich laufender Straf- und Ordnungswidrigkeitsverfahren ist die Veröffentlichung von Informationen gem. § 2 I 1 Nr. 1, 2 VIG mit Blick auf den Grundsatz der beschränkten Aktenöffentlichkeit gem. § 475 StPO und § 49b OWiG nicht unproblematisch, wird dadurch doch eine Veröffentlichung ohne Rücksicht auf die engen Voraussetzungen der Akteneinsichtsrechte zulässig.⁵³

III. Verhältnismäßigkeit

§ 6 I 2 VIG räumt der Behörde Ermessen ein. Sie „kann“ Informationen der Öffentlichkeit zugänglich machen. Sie muss im Rahmen dessen also gerade auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten. Zur besseren Ordnung der kontroversen Diskussion soll hier die Prüfung anhand der möglichen legitimen Zwecke vorgenommen werden.

1. Gefahrenabwehr

Die Gefahrenabwehr als solche ist ein legitimer Zweck einer hoheitlichen Maßnahme. Jedoch ist bereits die Geeignetheit der Informationstätigkeit zum Zwecke der Gefahrenabwehr höchst zweifelhaft. Liegen Verstöße vor, die bspw. eine Gesundheitsgefahr begründen, ist die Informationstätigkeit im Internet ungeeignet, die Verbraucher rechtzeitig zu informieren, ist doch nicht sichergestellt, dass sich jeder Verbraucher vor einem Restaurantbesuch im Internet über den Betrieb informiert. Jedenfalls sind aber die ordnungsrechtlichen Instrumente des Gaststätten- und Gewerbebereichs zur Abstellung der Gefahr deutlich geeigneter. Da bei der Smiley-Liste

zudem bei vielen Verstößen keine konkrete Gefahr für ein Rechtsgut zu befürchten ist,⁵⁴ genügt die Gefahrenabwehr als legitimer Zweck nicht zur Rechtfertigung der Information.⁵⁵

2. Gesetzestreue

Vielfach wurden derartige Informationstätigkeiten auch als „moderner Pranger“ bezeichnet.⁵⁶ So kann eine solche Veröffentlichung negativer Informationen sowohl eine spezial- als auch eine generalpräventive Funktion erfüllen. Zwar verneint die Behörde selbst den Sanktionscharakter, sie beschwert sich jedoch im gleichen Atemzug über die mangelnde Wirkung von Bußgeldern und wünscht sich eine zusätzliche „Motivation“ zur Gesetzestreue.⁵⁷ Generell ist auch die Sanktion ein legitimer Zweck einer Maßnahme. Die Veröffentlichung der Verstöße ist auch geeignet, die Gesetzestreue zu fördern. Fraglich ist hier aber jedenfalls die Erforderlichkeit. Bußgelder können in vielen Fällen mildere, aber gleich geeignete Mittel darstellen. Die Bußgelder lassen den Ruf der Restaurants, der in der heutigen Zeit bei der Fülle der Restaurants nicht zu vernachlässigen und im Internet jederzeit überprüfbar ist, zunächst unberührt. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass Bußgelder keine Wirkung zeigen oder ignoriert werden, zumal sie auch zwangsweise durchgesetzt werden können. Ähnlich verhält es sich in Bezug auf die Generalprävention. Die vorhandenen ordnungsrechtlichen Maßnahmen sowie Ordnungswidrigkeitstatbestände erfüllen wohl ebenso den notwendigen generalpräventiven Zweck.

Möchte man jedoch in einzelnen Fällen, gerade bei hohen Bußgeldern, die Information der Öffentlichkeit als milderer gleich geeignetes Mittel verstehen, so stellt sich auf der Ebene der Angemessenheit die Frage, inwiefern eine dauerhafte Sanktionswirkung verhältnismäßig im engeren Sinne sein kann. Klassische Sanktionen sind zeitlich begrenzt. Das ist beim Internet schwer umsetzbar. Auch wenn die Listen aktualisiert und Verstöße entfernt werden, sind einmal ins Internet gelangte Informationen nicht effektiv löschar.⁵⁸ Diese dauerhafte Sanktionswirkung stellt sich im Verhältnis zu den Verstößen, die meist weit unter den Anforderungen für eine Schließung stehen, als unverhältnismäßig dar.

Diesbezüglich wird auch fruchtbar gemacht, dass eine solche Information zum Zwecke der Sanktion auch dem Gedanken der Unschuldsvermutung aus Art. 20 III GG und Art. 6 II

⁴⁸ *Gurlit*, NVwZ 2011, 1052, 1054. Diese Ausnahme gilt heute nicht mehr für Informationen gem. § 2 I 1 Nr. 1, 2 VIG, also über Abweichungen von Anforderungen des LFGB und über gesundheitsgefährdende Produkte.

⁴⁹ Hierzu auch: *Böhm/Lingenfelder/Voit*, NVwZ 2011, 198, 201; *Holzner*, NVwZ 2010, 489, 491 ff.; *Hüttner*, VuR 2008, 367, 372.

⁵⁰ *Holzner*, NVwZ 2010, 489, 491.

⁵¹ OVG Saarlouis, LMRR 2011, 1 ff.

⁵² VGH Baden-Württemberg, 9 S 2423/12, Rn. 26; VG Trier, LMRR 2012, 89; VG Karlsruhe, LMRR 2012, 66.

⁵³ *Wallau*, ZLR 2010, 382, 386; *Tsambikakis/Wallau*, StraFO 2010, 177, 178; *Grube/Immel*, ZLR 2011, 175, 189.

⁵⁴ So werden z.B. auch Verstöße gegen Dokumentationspflichten aufgezählt.

⁵⁵ So auch: *Kügel/Pfaffmann*, LMuR 2012, 1, 6; *Holzner*, NVwZ 2010, 489, 492; *Schink*, DVBl. 2011, 253, 257.

⁵⁶ *Tsambikakis/Wallau*, StraFO 2010, 177; *Schoch*, NJW 2010, 2241, 2243. Auch die Rechtsprechung erkennt die Prangerwirkung an: VGH Baden-Württemberg, 9 S 2423/12, Rn. 7; VGH Bayern, 9 CE 12.2755, Rn. 2.2.3.

⁵⁷ Vgl. Fn. 29; dazu: *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490, 492; *Schink*, DVBl. 2011, 253, 259.

⁵⁸ Hierzu auch unter: C.III.3.

EMRK widerspricht.⁵⁹ Kann im Verwaltungsverfahren auch nur eine bedingte Übertragbarkeit dieses Grundsatzes stattfinden, so ist doch nicht zu verkennen, dass die Information eine bestrafende Wirkung ohne durchgeführtes Verwaltungsverfahren vorsieht.

3. Verbraucherinformation/Beeinflussung von Kaufentscheidungen

So bleibt zuletzt als möglicher legitimer Zweck das zumeist vorgebrachte Ziel der Verbraucherinformation zu untersuchen. Die Legitimität ist nicht zu bezweifeln. Bei der Geeignetheit ist bereits zu differenzieren. Informationen über bestehende Verstöße fördern sicherlich die Verbraucherinformiertheit hinsichtlich der Zustände in den Restaurants. Problematisch ist dies aber bei inzwischen behobenen Verstößen.⁶⁰ Das Gesetz geht erst nach fünf Jahren davon aus, dass ein vergangener Verstoß keine relevante Information mehr darstellt (§ 3 Nr. 1e VIG). Es stellt sich aber generell die Frage, ob eine veraltete Information über die Vergangenheit dem mündigen Verbraucher eine reflektierte Kaufentscheidung für die Zukunft ermöglicht.⁶¹ Der Verbraucher, auch wenn er um die Behebung des Verstoßes weiß, entscheidet dann aufgrund veralteter Informationen, sodass eine Verbraucherinformation, die wiederum der Entscheidungsfindung aufgrund eines aktuellen Marktbildes dienen soll, nicht gefördert wird.

Bei Informationen über aktuelle Verstöße hingegen ist wohl auch die Erforderlichkeit zu bejahen. Eine so effektive und differenzierte Information wie über das Internet ist über andere Wege kaum denkbar.

Auf der Stufe der Angemessenheit müssen bekanntlich die widerstreitenden Interessen abgewogen werden. Auf Seiten der Betroffenen steht der Art. 12 GG, welcher im Sinne der Drei-Stufen-Lehre auf Ebene der Berufsausübung betroffen ist und somit vernünftige Gründe des Allgemeinwohls auf Rechtfertigungsebene erforderlich macht.⁶² Solche Gründe liegen darin, die Verbraucher umfassend zu informieren und die Markttransparenz zu erhöhen. Eine funktionale Alternative zur Information ist in den heutigen Märkten nicht ersichtlich. Zudem wird der Informationsfreiheit sowie der Vertragsfreiheit der Verbraucher Rechnung getragen. Gesetzestreue Gastwirte werden durch die Veröffentlichung geschützt und es wird zur Verbesserung des Gesundheitsschutzes beigetragen, indem Verstöße, die zu Gesundheitsgefahren führen können, schon im Keim erstickt werden. Nicht zuletzt wird die Verwaltungstransparenz erhöht.

All diese Gründe stellen vernünftige Gründe des Allgemeinwohls dar, welche Eingriffe in die Berufsfreiheit insbesondere in Kombination rechtfertigen können. Nicht zu vernachlässigen ist aber auch die Eingriffsintensität der Maßnahme. Staatliche Informationen haben ein besonderes Gewicht und eine extrem hohe Befolgungswirkung.⁶³ Die Veröffentlichung über das Internet schließt zudem die Rückholbarkeit dauerhaft aus. Eine weite Verbreitung wird garantiert und die Informationen sind bei geschickter Suche immer wieder auffindbar, „denn das Internet vergisst nichts.“⁶⁴ Damit kann eine dauerhafte Stigmatisierung einhergehen, die im schlimmsten Fall den Inhaber zur Geschäftsaufgabe zwingen und somit zur Existenzvernichtung führen kann.⁶⁵

Teile der Rechtsprechung sehen diese gravierenden Folgen als hinnehmbar an, da der Schutz der Betroffenen durch den selbstverschuldeten Verstoß zu verringern sei.⁶⁶ Dem lässt

sich mit *Ossenbühl* entgegen: „Gerade dort, wo der Staat Sanktionen vermeintlicher oder wirklicher Missachtung der Rechtsordnung festlegt, muss sich der Rechtsstaat bewähren.“⁶⁷ Zudem bestehen die erforderlichen Sanktionsmaßnahmen bereits im umfassenden Maße. Durch einen selbstverschuldeten Verstoß wird jedoch der Grundrechtsschutz nicht automatisch reduziert, dieser kann allenfalls in der Abwägung Berücksichtigung finden.

D. Ergebnis und Ausblick

Daraus ergibt sich meines Erachtens, dass die Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe durch die Smiley-Liste oder vergleichbare Systeme nur im engen Rahmen möglich ist.⁶⁸

Zum einen sollten keine bereits behobenen Mängel veröffentlicht werden, ohne dass eine relevante Wiederholungsfahr nachgewiesen werden kann. In diesem Fall wird der Zweck der Verbraucherinformation nicht mehr gefördert, sodass die Information schon ungeeignet ist.

Des Weiteren sind Erstverstöße nur sehr begrenzt zu veröffentlichen. Gibt es keine Prognose für eine Wiederholung und liegt somit aller Voraussicht nur ein einmaliger „Ausrutscher“ vor, stellt sich eine Information über das Internet, welches niemals vergisst, als unverhältnismäßig im engeren Sinne dar.

Zusätzlich muss ein solches Informationssystem sicherstellen, dass Art. 3 I GG Rechnung getragen wird.⁶⁹ Im Rahmen ihrer Möglichkeiten muss die Behörde ein flächendeckendes Kontrollsystem sicherstellen und auch für regelmäßige Nachkontrollen sorgen, um nicht einzelne Betriebe ohne vernünftigen Grund durch häufige oder ausbleibende Kontrollen zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

Positiv gefasst sind damit Informationen nur über aktuelle, wiederholte Verstöße bzw. aktuelle Erstverstöße mit Wiederholungsfahr zulässig, die nicht nachweislich behoben sind und sicher feststehen.

Dies lässt der Praxis zugegebenermaßen nur einen engen Anwendungsbereich. Zunächst muss dem Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden (§ 5 I VIG),⁷⁰ sodass in dieser Zeit bereits Missstände abgestellt werden können. Wenn eine Behebung aber wiederholt ausbleibt, wird in der Regel bereits eine Unzuverlässigkeit i.S.d. § 4 GastG bzw. § 35 GewO vorliegen, welche einen Erlaub-

⁵⁹ In diese Richtung argumentieren: *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1, 6; *Tsambikakis/Wallau*, StraFO 2010, 177, 178; *Wallau*, ZLR 2010, 382, 385.

⁶⁰ VG Trier, LMRR 2012, 89; VG Karlsruhe, LMRR 2012, 66.

⁶¹ Dies verneinend: *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1, 4; *Holzner*, NVwZ 2010, 489, 492; *Wallau*, ZLR 2010, 382, 385; bejahend: OVG Saarlouis, LMRR 2011, 1; *Schink*, DVBl. 2011, 253, 260; *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20, 41.

⁶² BVerfGE 7, 377, 405; 77, 84, 106.

⁶³ *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357, 1358.

⁶⁴ *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357, 1358; ähnlich: *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490; *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20, 43.

⁶⁵ *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490, 494. So geschehen im Fall EuGH, C-636/11.

⁶⁶ OVG Saarlouis, LMRR 2011, 1; VG Stuttgart, VuR 2009, 317.

⁶⁷ *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357, 1358.

⁶⁸ Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen: *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20, 46-48.

⁶⁹ *Holzner*, NVwZ 2010, 489, 493; *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1, 4.

⁷⁰ Seit der Novelle 2012 beträgt die Anhörungsfrist keine vier Wochen mehr (vgl. § 4 VIG a.F.), sondern kann auch kurzfristig mündlich erfolgen.

nisenzug bzw. eine Betriebsschließung ermöglicht. Nach der Schließung ist aber auch eine Information über Hygieneverstöße bereits mangels Erforderlichkeit unverhältnismäßig.

Damit bleibt festzuhalten, dass die Pankower Smiley-Liste und vergleichbare Veröffentlichungen in ihrer heutigen Form auch nach der jüngsten Gesetzesnovelle als Verwaltungsmaßnahme rechtswidrig sind.⁷¹

Interessant ist angesichts der jüngsten Entscheidungen⁷² zur Veröffentlichung von Hygieneverstößen im Internet auf Basis des neuen § 40 Ia LFGB die Rigorosität, mit der die Gerichte ganz überwiegend nun derartige Veröffentlichungen verbieten und die Verfassungsmäßigkeit offen bezweifeln, während diese bei dem vagen § 5 I 2 a.F. bislang meist bejaht wurde. Die Gerichte bemängeln gerade die auch hier kritisierten Punkte der Veröffentlichung behobener Verstöße, der Verhältnismäßigkeit und der Information über Hygieneverstöße, die keine Gesundheitsgefahr begründen. Dies alles bekräftigt die hier vertretene Meinung, die Rechtmäßigkeit des § 6 I 2 VIG und darauf basierende Veröffentlichungen in Zweifel zu ziehen, zumal die Gerichte – soweit ersichtlich – bislang nicht den § 6 I 2 VIG als möglichen Auffangtatbestand in Betracht gezogen haben.

Die Auseinandersetzung eines obersten Bundesgerichts und des EuGH mit dieser Problematik steht noch aus, ist aber

bald zu erwarten.⁷³ Erste Bundesländer ziehen bereits Konsequenzen aus den Verunsicherungen und stoppen derartige Veröffentlichungen.⁷⁴

Es bleibt zu hoffen, dass die Gerichte die noch offenen Fragen klar beantworten und so – auch im Hinblick auf eine geplante bundesweite Ausweitung des Smiley-Systems bzw. einer Hygieneampel – für Rechtssicherheit sorgen. Diese ist nicht nur für die Behörden und den Gesetzgeber zu wünschen, sondern gerade auch für die Verbraucher und nicht zuletzt für die Inhaber der betroffenen Betriebe.

⁷¹ So auch: *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490, 494; *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357, 1361; *Holzner*, NVwZ 2010, 489, 494.

⁷² Vgl. Fn. 4, 40, 41.

⁷³ Aufgrund der zahlreichen Entscheidungen in jüngster Vergangenheit ist die Verunsicherung groß und eine Entscheidung auf höchster Ebene wird angestrebt (<http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/hygiene-ampel-neuervorstoss-fuer-bundesweite-kennzeichnung/7762814.html>). Bezüglich des § 40 I Nr. 4 LFGB hat der EuGH gerade die Europarechtskonformität einer Information über Lebensmittel, die zwar nicht gesundheitsschädlich, aber für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet sind, bestätigt (Rs. C-636/11). Zur Europarechtswidrigkeit des § 6 VIG: *Becker*, ZLR 2011, 391, 403.

⁷⁴ Vgl. in Baden-Württemberg: http://www.mlr.baden-wuerttemberg.de/Aktuelles_zu_Verbraucherinfo_BW/119711.html.

Lena Zagst*

Drohnenangriffe

Ausgewählte völkerrechtliche Probleme amerikanischer Drohnenangriffe in Afghanistan und Pakistan

A. Einleitung

„Returning violence for violence multiplies violence.“¹ Dieses Erkenntnis liegt der Satzung der Vereinten Nationen (SVN) zugrunde. Die zentrale Norm ist das absolute Gewaltverbot in Art. 2 Nr. 4 SVN. Angesichts der Ereignisse, die auf den 11. September 2001 folgten, stellt sich die Frage, welcher Wert diesem Verbot heute innewohnt. Die USA führen seit Oktober 2001 einen verdeckten Drohnenkrieg gegen mutmaßliche islamistische Terroristen, vor allem in Afghanistan und seit 2004 in Pakistan.² Die amerikanischen Soldaten sind selbst keinerlei Angriffen ausgesetzt, so dass diese Aktivitäten von der amerikanischen Öffentlichkeit positiv aufgenommen werden.³ Dies wird von vielen Stimmen der internationalen Gemeinschaft und völkerrechtlichen Literatur kritisch gesehen, die befürchten, die *Obama*-Regierung habe sich mit „unreflective enthusiasm“ in einen Drohnenkrieg gestürzt, ohne die Implikationen dieses Präzedenzfalls zu überdenken.⁴ Im Kontext des Geschehens in Afghanistan und Pakistan werden im Folgenden ausgewählte völkerrechtliche Probleme dieser Angriffe erläutert.

B. Ausgewählte völkerrechtliche Probleme

I. Verletzung des Gewaltverbots nach Art. 2 Nr. 4 SVN

Indem US-amerikanische Drohnen in das Staatsgebiet eines fremden Staates eindringen und dort Menschen töten, ist das Gewaltverbot nach Art. 2 Nr. 4 SVN bereits verletzt.⁵ Wie auch in Art. 20 des *International Law Commission* (ILC)-Entwurfs über die Staatenverantwortlichkeit festgehalten

wurde, schließt aber die Zustimmung des betroffenen Staates die Rechtswidrigkeit der Drohnenangriffe unter dem Aspekt des Gewalt- und Interventionsverbots aus.⁶

1. Fehlende Zustimmung

In Afghanistan lag von Seiten der Taliban als *de facto*-Regierung zum Zeitpunkt des 7.10.2001 keine Zustimmung zur Anwendung irgendeiner Art bewaffneter Gewalt durch amerikanische Drohnen vor. Seit Dezember 2001 sind die internationalen Truppen dort jedoch mit Zustimmung der afghanischen Regierung tätig.⁷

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

¹ *King*, *Chaos or community?*, S. 64.

² Drohnenangriffe werden auch von anderen Staaten durchgeführt, bleiben aber in dieser Analyse außen vor.

³ *Boor*, HuV 2011, 97, 99; *Fisher*, 45 Colum. J. Transnat'l L. (2006/07), 711, 735; *Meyer*, in: Finkelstein/Ohlin/Altman (Hrsg.), *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, 2012, S. 211 f.; *O'Connell*, *Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan 2004-2009* (ssrn.com/abstract=1501144), S. 5.

⁴ *Finkelstein*, in: Finkelstein/Ohlin/Altman (Hrsg.), *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, 2012, S. 157.

⁵ *A.A. Downes*, 9 J. Conflict & Sec. L. (2004), 277, 292; *Sofaer*, 14 EJIL (2003), 209, 223.

⁶ Gewohnheitsrecht, vgl. *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005, Rn. 42, 50-52, im Folgenden *Armed Activities*; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, Rn. 246, im Folgenden *Nicaragua*; ILC-Kommentierung zum Entwurf über die Staatenverantwortlichkeit, 2001, S. 72; *a.A. Schmitt*, 13 Yearbook of International Humanitarian Law (YIHL) (2010), 311, 315.

⁷ *Boor*, HuV 2011, 97, 101; spätestens seit den Parlamentswahlen 2005, *Bellal/Giacca/Casey-Maslen*, 93 IRRC (2011), 47, 53, dortige Fn. 24.

Für Pakistan deutet einiges darauf hin, dass zumindest manche Angriffe mit den pakistanischen Behörden abgestimmt wurden, jedoch nimmt einhergehend mit der Verschlechterung der amerikanisch-pakistanischen Beziehungen die Anzahl der Berichte über Proteste von pakistanischen Regierungsvertretern zu.⁸ Es ist daher davon auszugehen, dass für einen Teil der Angriffe in Pakistan keine Zustimmung vorlag. Es stellt sich also die Frage, ob diese Angriffe durch einen Beschluss des Sicherheitsrates im Rahmen von Art. 42 SVN oder als Selbstverteidigung nach Art. 51 SVN gerechtfertigt werden können.

2. Keine Resolution nach Art. 42 SVN

Der Sicherheitsrat kann im Fall der Bedrohung oder des Bruchs des Friedens i.S.v. Art. 39 SVN Maßnahmen nach Kapitel VII SVN beschließen. Art. 42 SVN bietet die Möglichkeit, militärische Maßnahmen zu erlassen.

In seinen Resolutionen, die als Reaktion auf 9/11 erlassen wurden, handelte der Sicherheitsrat nicht nach Art. 42 SVN.⁹ Auch spätere Resolutionen autorisierten keine Gewaltanwendung unter Bezugnahme auf Art. 42 SVN. Demzufolge wurden die Angriffe in Afghanistan vor der Regierungsübernahme durch *Hamid Karzai* am 4.12.2001 nicht durch den Sicherheitsrat erlaubt.¹⁰ Für die Drohnenangriffe in Pakistan, die nicht von der Zustimmung der Regierung gedeckt sind, liegt ebenfalls keine entsprechende Resolution des Sicherheitsrates vor.

3. Selbstverteidigung nach Art. 51 SVN

Für beide Länder stellt sich also die Frage, ob die Drohnenangriffe als Selbstverteidigung nach Art. 51 SVN gerechtfertigt werden können. Dafür ist zunächst ein bewaffneter Angriff erforderlich. In Betracht kommt dafür nur der Anschlag auf das *World Trade Center* (WTC), der nicht von Afghanistan oder Pakistan selbst ausgeführt wurde. Die Einordnung der Drohnenangriffe als Selbstverteidigung nach Art. 51 SVN kommt also nur für Afghanistan vor dem 4.12.2001 in Frage, wenn dafür ausreichend ist, dass al-Qaida dort beherbergt wurde. Pakistan selbst hat keinen bewaffneten Angriff ausgeführt und keine Terroristengruppen, die für einen Angriff auf ein anderes Land verantwortlich sind, beherbergt, so dass sich die Frage der Rechtfertigung der Drohnenangriffe in Pakistan als Selbstverteidigung nach Art. 51 SVN nicht stellt.

Es herrscht zwar Einigkeit darüber, dass effektive Kontrolle i.S.v. Art. 8 ILC-Entwurf über die Staatenverantwortlichkeit zur Zurechnung führt.¹¹ Allerdings wird die Möglichkeit, dass die Taliban Kontrolle über al-Qaida ausübten, überwiegend verneint.¹² Kontrovers diskutiert wird, ob auch Unterstützungsmaßnahmen oder sogar nur die Duldung¹³ auf dem eigenen Staatsgebiet ausreichen. Eine im Vordringen befindliche Meinung sieht die Ausübung des Selbstverteidigungsrechts als zulässig an, wenn der Aufenthaltsstaat durch seine Unterstützung kausal und wissentlich zur Durchführung von terroristischen Anschlägen gegen ein anderes Land beiträgt.¹⁴ Dies leuchtet ein, denn der angegriffene Staat würde komplett schutzlos gestellt, wenn er sich gegen solche Angriffe Privater nicht wehren dürfte.¹⁵ Zudem verstößt die Unterstützung von Terroristen gegen verschiedene Resolutionen des Sicherheitsrates.¹⁶ Um jedoch zu vermeiden, dass Gewalt durch Staaten willkürlich angewendet wird, soll die Selbstverteidigung gegen Staaten, die selbst keinen bewaffneten Angriff durchgeführt haben, nur dann erlaubt sein, wenn der Staat die

Terrorgruppe aktiv unterstützt und sich weigert, Maßnahmen gegen deren Aktivitäten zu unternehmen.¹⁷ Zudem müssen alle in Betracht kommenden friedlichen Streitbeilegungsmaßnahmen ausgeschöpft oder aussichtslos sein.¹⁸

Da al-Qaida 1998 den *jihad* ausgerufen und bis 2001 mehrere Anschläge gegen den Westen durchgeführt hatte, war den Taliban bekannt, welche Gruppe sie in ihrem Gebiet schützten.¹⁹ Ihre Unterstützung trug zu mehreren Anschlägen gegen die USA und andere Staaten bei.²⁰ Die unmittelbar nach 9/11 geführten Verhandlungen mit den Taliban über die Auslieferung der al-Qaida-Mitglieder scheiterten.²¹ Mit einem Monat Abstand standen die Angriffe auf Afghanistan in ausreichendem Zusammenhang mit dem Anschlag auf das WTC.²² Obwohl Zweifel daran bestehen, dass der Sturz des Taliban-Regimes zur Verhinderung konkreter und unmittelbar bevorstehender Angriffe erforderlich war²³, muss man annehmen, dass die Angriffe auf Afghanistan eine legitime Ausübung des Selbstverteidigungsrechts waren.

II. Bewertung nach Humanitärem Völkerrecht

In der Gewissheit, dass es immer wieder zu gewaltsamen Auseinandersetzungen kommen wird, wurde das Humanitäre

⁸ *Blank/Farley*, 34 *Fordham Int'l L. J.* (2010/11), 151, 183 f.; *Boor*, *HuV* 2011, 97, 102; *Richter*, *HuV* 2011, 105, 109; *O'Connell*, 39 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* (2010/11), 585, 592; *Schmitt*, 7 *Inter Alia* (2010), 20, 21.

⁹ UN Doc. S/RES/1368 (2001), S/RES/1373 (2001).

¹⁰ „Bonn Vereinbarung“, UN Doc. S/2001/1154.

¹¹ *Nicaragua* (Fn. 6), Rn. 109.

¹² *Bruha*, *AVR* 40 (2002), 381, 406; *Dinstein*, *War, Aggression and Self-Defence*³, 2012, Rn. 603; *Lubell*, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, 2010, S. 47 f.; National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, 9/11 Report (govinfo.library.unt.edu/911/report/index.htm), S. 65-67 (9/11 Commission Report); *Schmitt*, *Marshall Center Papers No. 5* (2002), S. 39; *Wandscher*, *Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht*, 2006, S. 226; *a.A. Krajewski*, *AVR* 40 (2002), 183, 190 f.; *Ruffert*, *ZRP* 2002, 247, 248.

¹³ *Dagg*, *Armed Activities* (Fn. 6), Rn. 146 f.; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, Rn. 139, im Folgenden *Construction of a Wall*; *Nicaragua* (Fn. 6) Rn. 195; *Krajewski*, *AVR* 40 (2002), 183, 188; *O'Connell*, 39 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* (2010/11), 585, 594 f.; *Ruffert*, *ZRP* 2002, 247, 248; *Shah*, 9 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* (2010), 77, 120; *Wandscher* (Fn. 12), S. 251-255.

¹⁴ *Armed Activities* (Fn. 6), abw. Auffassung von Richter Kooijmans, Rn. 26-30; *Construction of a Wall* (Fn. 13) abw. Auffassung von Richter Higgins, Rn. 33, Erkl. v. Richter Buergenthal, Rn. 6; *Alston*, *Study on targeted killings*, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, Rn. 35; *Bothe*, 14 *EJIL* (2003), 227, 233; *Bruha*, *AVR* 40 (2002), 383, 393-395, 406 f.; *Chesney*, 13 *YIHL* (2010), S. 22-25; *Dinstein* (Fn. 12), Rn. 594-606; *Kretzmer*, 16 *EJIL* (2005), 171, 187; *Kunde*, *Präventivkrieg*, 2007, S. 119 f.; *Lubell* (Fn. 12), S. 34-42, 48; *McNab/Matthews*, 39 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* (2010/11), 661, 679 f.; *Schmitt*, 7 *Inter Alia* (2010), 20, 23 f.; *Schmitz-Elvenich*, *Targeted Killing*, 2008, S. 57-69, 68 f.; *Tams*, 20 *EJIL* (2009), 359, 385-387; UN Doc. S/RES/1368 (2001), Nr. 1; S/RES/1373 (2001), Erwägungsgrund 3.

¹⁵ *Bruha*, *AVR* 40 (2002), 381, 390; *Wandscher* (Fn. 12), S. 238 f.

¹⁶ *Lubell* (Fn. 12), S. 39 f.

¹⁷ *Lubell* (Fn. 12), S. 41 f.; *Wandscher* (Fn. 12), S. 250 f.

¹⁸ *Lubell* (Fn. 12), S. 46.

¹⁹ 9/11 Commission Report (Fn. 12), S. 68-70.

²⁰ *Richter*, *HuV* 2011, 105, 108; 9/11 Commission Report (Fn. 12), S. 65-70; *a.A. Krajewski*, *AVR* 40 (2002), 183, 193, der allerdings einen *sine qua non*-Test zugrunde legt und damit über das Ziel hinausschießt, vgl. *Bruha*, *AVR* 40 (2002), 383, 406.

²¹ *Kramer*, 9 *Santa Clara J. Int'l L.* (2011), 375, 379.

²² *Lubell* (Fn. 12), S. 45, 47; *Schmitt*, *Marshall Center Papers No. 5* (2002), S. 39.

²³ *Krit. Shah*, 9 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* (2010), 77, 107.

Völkerrecht geschaffen, um das Leid in bewaffneten Konflikten so gering wie möglich zu halten.²⁴ Ausgangspunkt ist stets der Grundsatz der Unterscheidung, demzufolge rechtmäßige Ziele, Methoden und Beteiligte von geschützten Zielen, Personen und verbotenen Methoden differenziert werden müssen. Je nachdem, ob auf beiden Seiten des Konflikts Staaten oder ob auch nichtstaatliche Akteure beteiligt sind, finden die Regeln über den internationalen bewaffneten Konflikt nach Art. 2 S. 1 GK²⁵ oder nicht-internationalen bewaffneten Konflikt nach Art. 3 GK und Art. 1 I ZP II²⁶ Anwendung.

In Afghanistan standen sich zwischen dem 7.10. und 4.12.2001 die USA und ihre Verbündeten und die Taliban als *de facto*-Regierung Afghanistans mit ihren Verbündeten gegenüber, so dass es sich um einen internationalen bewaffneten Konflikt handelte.²⁷ Nach der Regierungsübernahme durch *Karzai* waren am Konflikt die USA und Afghanistan auf der einen Seite, die Taliban als nicht-staatliche Akteure auf der anderen Seite beteiligt. Es handelt sich ab diesem Zeitpunkt um einen nicht-internationalen Konflikt.²⁸

In Pakistan standen sich zu keinem Zeitpunkt zwei Staaten gegenüber, vielmehr sind die USA auf Seiten Pakistans an ihren Bemühungen, aufständische Gruppen zu bekämpfen, beteiligt, so dass es sich um einen nicht-internationalen Konflikt handelt.²⁹

Daneben hat das *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* (ICTY) die Internationalisierung von nicht-internationalen Konflikten durch Beteiligung eines Staates auf nichtstaatlicher Seite oder durch Zurechnung des Verhaltens des nichtstaatlichen Akteurs zu einem Staat angeregt.³⁰ Da die USA in Pakistan und Afghanistan jedoch auf staatlicher Seite auftreten, sind die dort angesiedelten Konflikte nicht internationalisiert.

1. Drohnenangriffe im „Krieg gegen den Terror“?

Im amerikanischen Raum wird der von *George Bush* ausgefuhene „Krieg gegen den Terror“ bzw. seit *Obama* „globaler Konflikt mit al-Qaida, den Taliban und ihren Verbündeten“³¹ als „transnationaler Konflikt“ ausgelegt, auf den die Regeln des nicht-internationalen Konflikts nach Art. 3 GK Anwendung fänden.³² Zwar widerspricht der Wortlaut von Art. 3 GK anders als der von Art. 1 I ZP II nicht der Anwendung auf einen Konflikt, der über die Grenzen eines Staatsgebiets hinausreicht.³³ Allerdings kann das lose Konzept von „Terroristen“ die allgemein gestellte Anforderung einer hinreichend hierarchischen Organisation nicht erfüllen.³⁴ So ist al-Qaida seit Jahren keine hierarchisch organisierte Gruppe mehr, sondern lediglich ein lose organisiertes Netzwerk.³⁵ Schließlich kann die Anwendung des Humanitären Völkerrechts auch nicht davon abhängen, wen die USA als Verbündeten von al-Qaida oder den Taliban ansehen, da dies dem begrenzenden Charakter dieses Rechtsregimes widerspräche.³⁶ Daher handelt es sich beim „Krieg gegen den Terrorismus“ lediglich um politische Rhetorik.³⁷ Im Einzelfall können die Kämpfe im Rahmen des „Kriegs gegen den Terrorismus“ jedoch die Intensität eines bewaffneten Konflikts erreichen, so dass dann das Humanitäre Völkerrecht Anwendung findet.

2. Mutmaßliche islamistische Terroristen als rechtmäßige Ziele?

a) Unterprivilegierte Kämpfer

Grundsätzlich können legitime Ziele eines Angriffs im internationalen Konflikt nur Kombattanten nach Art. 4 A GK III

bzw. Art. 43 II ZP I und im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt Kämpfende sein. Zudem sind Zivilisten legitime Ziele, solange sie sich unmittelbar an Feindseligkeiten beteiligen.

Die Taliban waren im fraglichen Zeitraum des internationalen Konflikts in Afghanistan hinreichend hierarchisch organisiert, so dass man sie als Kombattanten einordnen kann. Für ihre verbündeten al-Qaida-Kämpfer kann man dies mangels der Erfüllung der Kriterien aus Art. 4 A GK III nicht bejahen. An sich muss man daher davon ausgehen, dass es sich um Zivilisten handelte. Allerdings wird eine Theorie angeführt, nach der es erlaubt sein soll, auch solche al-Qaida-Mitglieder und andere mutmaßliche Terroristen zu töten, die keine Kombattanten sind, indem man sie als „unrechtmäßige Kämpfer“ einordnet.³⁸ Diese Einschätzung beruht auf der Bewertung von Art. 4 A (2) GK III als konstitutive Voraussetzungen für den Kombattantenstatus. Zwar können sich die Anhänger dieser Auffassung auf den Fall *Ex Parte Quirin* vor dem U.S. Supreme Court berufen.³⁹ Dieser hatte den Begriff „unlawful combatant“ allerdings vor den Konventionen geprägt und lediglich als Begründung dafür angeführt, dass die betroffenen Personen nicht den Kriegsgefangenenstatus genießen konnten.⁴⁰ Der Supreme Court befand hingegen nicht,

²⁴ *Melzer*, Targeted Killing in International Law, 2008, S. 246.

²⁵ Alle Genfer Konventionen wurden von Afghanistan, Pakistan und den USA bis 1956 ratifiziert. Für die gemeinsamen Artikel der Genfer Konventionen wird im Folgenden die Bezeichnung „GK“ verwendet.

²⁶ Zusatzprotokoll II von Afghanistan 2009 ratifiziert. Für die USA und Pakistan gelten mangels Ratifikation nur die zu Gewohnheitsrecht verfestigten Regeln des ZP I und II. Als Gewohnheitsrecht haben sich die Regeln über den nicht-internationalen überwiegend an die detaillierteren des internationalen bewaffneten Konflikts angeglichen.

²⁷ *Bellal/Giacca/Casey-Maslen*, 93 IRRC (2011), 47, 51; *Cryer*, 7 J. Conflict & Sec. L. (2002), 37, 41; *Otto*, Targeted Killings and International Law, 2012, S. 464; *Wieczorek*, Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht, 2005, S. 183 f.

²⁸ *Dinstein* (Fn. 12), Rn. 318; *Farley*, 2 Nat'l Sec. L. Brief (2011/12), 57, 72; *Nolte*, Intervention by Invitation, in: Wolfrum (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL), Bd. VI, S. 287, Rn. 25; *Oeter*, AVR 40 (2002), 422, 439. Der Zeitpunkt könnte auch früher angesetzt werden, *Wieczorek* (Fn. 27), S. 185.

²⁹ *Blank/Farley*, 34 Fordham Int'l L. J. (2010/11), 151, 165 ff.

³⁰ *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15.7.1999, Rn. 84.

³¹ *Koh*, The Obama Administration and International Law (state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm), 25.3.2010.

³² *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), 629-631; *Milanovic*, 89 IRRC (2007), 373, 378; *Striwer*, Zum Zusammenspiel von humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten am Beispiel des *Targeted Killing*, 2010, S. 52-54.

³³ *Jinks*, 46 Va. J. Int'l L. (2005), 165, 188 f.; *Lubell* (Fn. 12), S. 101-104; *Pejic*, 93 IRRC (2011), 189, 199-205; *Schmitz-Elvenich* (Fn. 14), S. 182 f.; *Stroh*, HuV 2011, 73, 74; *Striwer* (Fn. 32), S. 86 f.; *Wieczorek* (Fn. 27), S. 196.

³⁴ *Pictet*, La Convention de Genève IV, Commentaire, 1958, S. 40 f.

³⁵ *Alston* (Fn. 14), Rn. 55.

³⁶ *Melzer* (Fn. 24), S. 263.

³⁷ *Melzer* (Fn. 24), S. 266; *O'Connell*, 4 J. Nat'l Sec. L. & Pol'y (2010), 343, 358; *Striwer* (Fn. 32), S. 68; *Otto* (Fn. 27), S. 486 f.; Stellungnahme von IKRK-Präsident Kellenberger am 14.9.2004, icrc.org/eng/resources/documents/misc/66ema9.htm.

³⁸ *Paust*, 19 J. Transnat'l L. & Pol'y (2010), 237, 262; *Schoettler*, in: Corn u.a. (Hrsg.), The War on Terror and the Laws of War, 2009, S. 71 ff.

³⁹ *Ex Parte Quirin et. al.*, 317 U.S. 1 (1942); *krit. The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, Israeli Supreme Court, 13.12.2006, HCJ 769/02, Rn. 28, im Folgenden: *PCAT v. Israel; Watkin*, 98 AJIL (2004), 1, 17.

⁴⁰ *Dörrmann*, Unlawful Combatants, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, Bd. II, S. 361, Rn. 8; *Striwer* (Fn. 32), S. 105.

dass diese Personen legitime Ziele von Angriffen sein konnten. Dass es keine Kategorie des „unlawful combatant“ in diesem Sinne gibt, zeigt zunächst, dass der Begriff in keiner einzigen Norm genannt ist.⁴¹ Zudem sind die dritte und vierte Genfer Konvention als lückenlose Mechanismen geschaffen worden. Ist eine Person kein Kombattant und fällt somit nicht unter die dritte Konvention, so genießt sie den Schutz der vierten Konvention.⁴² Dies unterstreicht den humanitären Gedanken der Konventionen, möglichst umfassenden Schutz zu gewährleisten.⁴³ Die Theorie des unrechtmäßigen Kombattanten ist lediglich ein Versuch, den Handlungsspielraum der USA zu erweitern, ohne sich offen gegen das Völkerrecht zu stellen. Die Personen, die unter den Status des „unlawful combatant“ fallen sollen, können mit den Regelungen über die unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten (s.u.) ausreichend erfasst werden.⁴⁴ Al-Qaida in Afghanistan vor der Regierungsübernahme durch *Karzai* waren also Zivilisten, sofern sie nicht im Einzelfall die Voraussetzungen von Art. 4 A GK III erfüllen.

Dahingegen können die pakistanischen Aufständischen mangels internationalen Konflikts keine Kombattanten sein, so dass sich für sie die Frage nach der Einordnung in die Kategorie der „unterprivilegierten Kämpfer“ nicht stellt. Im nicht-internationalen Konflikt ist die Unterscheidung nach rechtmäßigen Zielen aufgrund der Schwierigkeit, einzelne Menschen einer bestimmten Konfliktpartei zuzuordnen, weniger eindeutig. Voraussetzung ist jedenfalls, dass Kämpfer der am Konflikt beteiligten Gruppe angehören. Bloße Unterstützungshandlungen können jedoch nicht ausreichen, so dass weiter erforderlich ist, dass sich ein Kämpfer an den Feindseligkeiten beteiligt, was vom Internationalen Komitee des Roten Kreuzes (IKRK) in einer Studie als „continuous combat function“ bezeichnet wurde und die dauerhafte Mitgliedschaft in der Gruppe erfordert.⁴⁵ Nach den konkreten Umständen des Einzelfalls können die pakistanischen Aufständischen sowie die afghanischen Taliban nach der Regierungsübernahme *Karzais* also legitime Ziele sein, wenn sie eine „continuous combat function“ ausübten.

b) Unmittelbare Beteiligung an Feindseligkeiten

Die Voraussetzungen einer „continuous combat function“ können für al-Qaida aufgrund ihrer organisatorischen Unabhängigkeit von den Taliban und für die meisten Unterstützer der Aufständischen in Pakistan mangels dauerhafter Mitgliedschaft in der kämpfenden Gruppe nicht bejaht werden. Diese Personen können nur rechtmäßige Ziele sein, wenn sie sich im Einzelfall unmittelbar an Feindseligkeiten beteiligen.⁴⁶

Die Kriterien für die unmittelbare Beteiligung sind unklar. Grob lassen sich eine weite und eine enge Auslegung unterscheiden. Erstere zielt darauf ab, alle Aktivitäten, die zu einem Schaden führen könnten, wie Vorbereitungshandlungen, zu umfassen.⁴⁷ Dagegen möchte die enge Auffassung ausgehend vom Wortlaut von Art. 51 III ZP I und Art. 13 III ZP II den Zivilisten nur während des konkreten Zeitraums, in dem sie zu den Waffen greifen, den Schutz versagen.⁴⁸ Nach der IKRK-Studie ist erforderlich, dass die Handlung wahrscheinlich zu einem Schaden der anderen Partei führt, die Handlung für diesen Schaden „direkt kausal“ ist und im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt steht, also in dessen Kontext der Schaden beabsichtigt ist.⁴⁹ Nach der weiten Auf-

fassung wären alle Personen, die Anschläge planen, bereits unmittelbar in Feindseligkeiten verwickelt. Diese Auslegung ist allerdings mit dem Wortlaut „unmittelbar“ nicht vereinbar, der auf eine sehr enge Verbindung zu den Feindseligkeiten hindeutet.⁵⁰ Außerdem ist Sinn der Regel, dass der umfassende Schutz für Zivilisten nur für Momente aufgegeben wird, wo sie selbst eine Gefahr für die andere Partei darstellen.⁵¹ An der IKRK-Studie wurde zwar kritisiert, dass die Kriterien nicht umsetzbar seien.⁵² Das Ziel des maximalen Schutzes für Zivilisten gebietet indes, weitreichende Vorsichtsmaßnahmen walten zu lassen. Im Zweifel muss angenommen werden, dass eine Person nicht unmittelbar an Feindseligkeiten beteiligt ist.⁵³

Ob die anvisierten Personen bei den Angriffen in Pakistan und Afghanistan jeweils unmittelbar an Feindseligkeiten beteiligt waren, muss angesichts fehlender Informationen offen bleiben. Aufgrund von Beispielen wie das von *Baitullah Mehsud*, der auf dem Dach seines Hauses getötet wurde, als er medizinisch versorgt wurde,⁵⁴ ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen nicht immer erfüllt sind.

3. Sind Drohnen rechtmäßige Methoden?

Das Humanitäre Völkerrecht sieht Verbote von Kriegsführungsmethoden aus verschiedenen Gründen vor, die im Wege des Gewohnheitsrechts sowohl für internationale als auch nicht-internationale bewaffnete Konflikte gelten.

Nach dem Grundsatz der Unterscheidung dürfen nur solche Angriffe ausgeführt werden, die rechtmäßige Ziele ins Auge fassen können und nicht unterschiedslos töten.⁵⁵ Drohnen sind heute mit vielerlei Technik ausgestattet, die dabei helfen sollen, die anvisierte Person zu identifizieren. Allerdings hat dies nicht automatisch die Konsequenz, dass die gesammelten Informationen zuverlässig ausgewertet werden.⁵⁶ Man muss jedoch bedenken, dass diese Technik in etwa vergleichbar ist mit der von Kampffjets, bei der sich die Piloten ebenfalls auf Sensoren und Kameras verlassen müssen.⁵⁷ Anders als Jets können Drohnen jedoch mehrere Stunden über ihrem

⁴¹ *Otto* (Fn. 27), S. 326, 339.

⁴² *Prosecutor v. Zejnir Delalić et al.*, IT-96-21-T, 16.11.1998, Rn. 271.

⁴³ *Otto* (Fn. 27), S. 339; *Pictet* (Fn. 34), S. 51-53.

⁴⁴ *Strüwer* (Fn. 32), S. 104.

⁴⁵ IKRK, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, 90 IRRC (2008), 991 ff.

⁴⁶ Art. 51 III ZP I, Art. 13 III ZP II, zudem Gewohnheitsrecht, s. *Henckaerts/Doswald-Beck*, *Customary International Humanitarian Law*, Bd. I: Rules, 2005, S. 19-24.

⁴⁷ *Schmitt*, in: Fischer u.a. (Hrsg.), *Krisensicherung und Humanitärer*, 2004, S. 509; *PCAT v. Israel* (Fn. 39), Rn. 34-37.

⁴⁸ *Otto* (Fn. 27), S. 282-288.

⁴⁹ IKRK, 90 IRRC (2008), 991, 1016.

⁵⁰ *Melzer* (Fn. 24), S. 338 f.

⁵¹ *Otto* (Fn. 27), S. 271.

⁵² *Parks*, 42 NYU J. Int'l L. & Pol. (2010), 769, 793-812; *Watkin*, 42 NYU J. Int'l L. & Pol. (2010), 641, 643 f.

⁵³ *Melzer* (Fn. 24), S. 353 f.

⁵⁴ *O'Connell*, *Case Study* (Fn. 3), S. 10. Sofern *Baitullah Mehsud* eine „continuous combat function“ ausübte, war er zu diesem Zeitpunkt zumindest *hors de combat*, vgl. Art. 3 GK, Art. 41 I ZP I, Art. 4 I ZP II, zudem Gewohnheitsrecht, *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 46), S. 164-170.

⁵⁵ Art. 51 IV ZP I, Art. 13 II ZP II, zudem Gewohnheitsrecht, *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 46), S. 37-40; *Otto* (Fn. 27), S. 305 f.

⁵⁶ *Alston* (Fn. 14), Rn. 83; *Boor*, HuV 2011, 97, 98 f.

⁵⁷ *Boor*, HuV 2011, 97, 99.

Opfer kreisen und ein genaues Bild der Lage vor Ort liefern.⁵⁸ Damit sind gezielte Tötungen mittels Drohnen der Inbegriff der präzisen Tötung, der keine andere als die anvisierte Person zum Opfer fallen soll. *Per se* sind Drohnenangriffe also keine unterschiedslosen Angriffe.⁵⁹ Damit die Unterscheidungsmöglichkeit zum Tragen kommt, müssen jedoch entsprechende Vorsichtsmaßnahmen getroffen werden.⁶⁰

Drohnenangriffe könnten zudem als Waffen, die unnötiges Leid verursachen i.S.v. Art. 35 II ZP I, verboten sein. Zwar werden solche Waffen i.d.R. durch spezielle Verträge verboten. Eine Untersagung kann jedoch auch aus einem allgemeinen Verbot folgen.⁶¹ Allerdings fügen Drohnen selbst keinen Schaden zu, sondern erhalten diese Fähigkeit erst durch die Ausstattung mit entsprechenden Bomben.⁶² Damit sind sie keine Waffen, die unter das Verbot fallen könnten.⁶³ Teilweise wird diese Einordnung mit Verweis auf die „Playstation-Mentalität“ abgelehnt.⁶⁴ Danach sollen die Steuerungspersonen eine geringere Tötungshemmschwelle aufweisen, weil sie den Ablauf wie ein Videospiel wahrnehmen würden. Das Phänomen umschreibt jedoch die Verwendung und nicht eine Eigenschaft der Drohne. Drohnen sind somit keine Waffen, die unnötiges Leid verursachen.

Große Bedenken lösen Drohnenangriffe jedoch in Bezug auf das Pardongebot aus.⁶⁵ Es besagt, dass kein Befehl erteilt werden darf, niemanden am Leben zu lassen. Es ist geradezu das entscheidende Charakteristikum der Drohnenangriffe, ausschließlich der Tötung von mutmaßlichen Terroristen zu dienen. Eine Differenzierung nach rechtmäßigen Zielen findet bei der Befehlserteilung i.d.R. nicht statt, wie das Beispiel von *Baitullah Mehsud* zeigt. Bei diesem Angriff kamen neben ihm selbst auch seine Frau, sein Onkel und acht weitere, nicht näher identifizierte Personen ums Leben.⁶⁶ So bestehe das größte Problem der Drohnenangriffe darin, dass die anvisierte Person keinerlei Möglichkeit zur Kapitulation habe.⁶⁷ Vielmehr sehe die jeweilige Steuerungsperson dabei zu, wie das Opfer seine Hände hebe und würde dennoch den Tötungsbefehl ausführen.⁶⁸ Zwar behaupten die USA, dass sie sich im Einzelfall sicher seien, dass keine Kapitulation stattfinden werde.⁶⁹ Wie diese angebliche Sicherheit ohne Kristallkugel hergestellt wird, bleibt jedoch unklar. Zudem werden Drohnen u.a. eingesetzt, um Kapitulationsversuche zu vermeiden und die darauf folgende Frage der Gefangenschaft zu umgehen.⁷⁰ In solchen Fällen verstoßen Drohnenangriffe also gegen das Pardongebot.⁷¹

Weiterhin untersagt das Perfidieverbot, dass das Vertrauen des Gegners ausgenutzt wird, um sich einen militärischen Vorteil zu verschaffen.⁷² Für einen Drohnenangriff wird indes keine List angewandt, es wird insbesondere kein völkerrechtlicher Schutz des Opfers vorgetäuscht.⁷³ Allerdings steht eine Person, die *hors de combat* ist, unter besonderem Schutz.⁷⁴ Wird sie angegriffen, so wird ihr guter Glaube an diesen Schutz missbraucht. Dann ist der Drohnenangriff als Verletzung des Perfidieverbots zu qualifizieren.⁷⁵ Darunter fällt zum Beispiel der angesprochene Fall der medizinischen Versorgung, da die Person in diesem Moment unfähig war, sich zu verteidigen.

4. Verhältnismäßigkeit von Drohnenangriffen

Schließlich reicht es auch im bewaffneten Konflikt nicht aus, dass jemand mit einer rechtmäßigen Methode und als legitimes Ziel getötet werden soll. Die Tötung muss erforderlich

und aus *ex ante*-Sicht⁷⁶ in einem angemessenen Verhältnis zum unmittelbar zu erlangenden militärischen Vorteil stehen.⁷⁷ Neben direkten und unmittelbaren Vorteilen werden überwiegend auch langfristige politisch-strategische Vorteile als ausreichend angesehen.⁷⁸ Die Schwächung einer Terrorgruppe durch die Tötung eines hochrangigen Anführers von al-Qaida stellt grundsätzlich einen solchen Vorteil dar.⁷⁹ Zudem darf eine Verhaftung keine Alternative sein.⁸⁰ Die USA behaupten, dass die Entscheidungen über Drohnenangriffe nur positiv ausfallen, wenn eine Verhaftung ausgeschlossen ist.⁸¹ Ob dies zutrifft, kann aufgrund der Geheimhaltung nicht

⁵⁸ *Boor*, HuV 2011, 97, 99; *Fleck*, HuV 2011, 78, 79; *Schmitt*, 7 Inter Alia (2010), 20, 24; *McNab/Matthews*, 39 Denv. J. Int'l L. & Pol'y (2010/11), 661, 691 f.; *Wuschka*, 3 Goettingen J. Int'l L. (2011), 891, 896.

⁵⁹ *Frau*, HuV 2011, 60, 65; *Vogel*, 39 Denv. J. Int'l L. & Pol'y (2010/11), 101, 118-124; *a.A. Proulx*, 56 Hastings L. J. (2004/05), 801, 888.

⁶⁰ Art. 57 ZP I, Art. 13 I ZP I, darüber hinaus Völkergewohnheitsrecht, *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 46), S. 51-55; zu Details *Boothby*, HuV 2011, 81, 83-88; *Frau*, HuV 2011, 60, 65.

⁶¹ Art. 35 II ZP I, zudem Gewohnheitsrecht im internationalen und nicht-internationalen Konflikt, *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 46), S. 237-244.

⁶² Zur Definition von „Waffe“ s. Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (15.5.2009), Regel 1 ff), ihlresearch.org/amw/manual/section-a-definitions/weapon.

⁶³ *Alston* (Fn. 14), Rn. 79; *Boor*, HuV 2011, 97, 100; *Frau*, HuV 2011, 60, 62; *Wuschka*, 3 Goettingen J. Int'l L. (2011), 891, 895.

⁶⁴ *Boor*, HuV 2011, 97, 99, *a.A. Richter*, HuV 2011, 105, 106; *Schmitt*, 7 Inter Alia (2010), 20, 24.

⁶⁵ Art. 40 ZP I, Art. 4 ZP II, zudem Gewohnheitsrecht im internationalen und nicht-internationalen Konflikt, *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 46), S. 161-163.

⁶⁶ *O'Connell*, Case Study (Fn. 3), S. 10.

⁶⁷ *McKelvey*, Interview with Harold Koh, Obama's Defender of Drone Strikes, in: [Newsweek](http://www.newsweek.com/2012/04/08/interview-with-harold-koh-obama-s-defender-of-drone-strikes.html), 8.4.2012, thedailybeast.com/articles/2012/04/08/interview-with-harold-koh-obama-s-defender-of-drone-strikes.html; *O'Connell*, Case Western Reserve JIL 35 (2003), 325, 327 f.; *Proulx*, 56 Hastings L. J. (2004/05), 801, 884; *a.A. Paust*, 39 Denv. J. Int'l L. & Pol'y (2010/11), 569, 582, der daran aber überstrenge Anforderungen bzgl. der Beweislast stellt.

⁶⁸ *McKelvey*, Interview with Harold Koh (Fn. 67).

⁶⁹ *Koh* (Fn. 31), 25.3.2010; *Holder*, in der Northwestern University School of Law (justice.gov/iso/opa/ag/speeches/2012/ag-speech-1203051.html), 5.3.2012; *Brennan*, The Ethics and Efficacy of the President's Counterterrorism Strategy (cfcr.org/counterterrorism/brennans-speech-counterterrorism-april-2012/p28100), 30.4. 2012.

⁷⁰ *Anderson*, Targeted Killing in U.S. Counterterrorism Strategy and Law (ssrn.com/abstract=1415070), S. 7; *Finkelstein* (Fn. 4), S. 165.

⁷¹ In diese Richtung auch *Frau*, HuV 2011, 60, 66.

⁷² Art 37 I ZP I und Art 23 b) HLKO; zudem Gewohnheitsrecht im internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikt, *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 46), S. 221-226.

⁷³ *Fleck*, HuV 2011, 78, 79; *Frau*, HuV 2011, 60, 65; *Melzer* (Fn. 24), S. 372 f.

⁷⁴ Vgl. Fn. 54; *Melzer* (Fn. 24), S. 371; *Otto* (Fn. 27), S. 257.

⁷⁵ *Melzer* (Fn. 24), S. 371.

⁷⁶ *Blank*, 33 U. Pa. J. Int'l L. (2011/12), 675, 696 f.; *McNab/Matthews*, 39 Denv. J. Int'l L. & Pol'y (2010/11), 661, 690; *Otto* (Fn. 27), S. 316.

⁷⁷ Art. 51 V b) ZP I, zudem Gewohnheitsrecht im internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikt, s. *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 46), S. 46-50; *Otto* (Fn. 27), S. 321 f.

⁷⁸ *Neuman*, YIHL 7 (2004), 79, 97-100; *Otto* (Fn. 27), S. 313 f.; *Richter*, HuV 2011, 105, 111; *a.A. Duffy*, The 'War on Terror' and the Framework of International Law, 2005, S. 234, mit Verweis auf den Wortlaut von Art. 57 II a)(iii) ZP I; *Sandoz/Swinarski/Zimmermann*, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987, § 2209, 2218, *krit. Neuman*, YIHL 7 (2004), 79, 97.

⁷⁹ *Otto* (Fn. 27), S. 313 f.

⁸⁰ *Fleck*, HuV 2011, 78, 80; *Proulx*, 56 Hastings L. J. (2004/05), 801, 887.

⁸¹ *Brennan* (Fn. 64), 30.4. 2012; *Holder* (Fn. 64), 5.3.2012..

beurteilt werden. Zweifel an der Erforderlichkeit der Angriffe bestehen weiterhin.

Zudem zeigen die Zahlen über zivile Opfer in Pakistan, dass immer wieder sehr viele zivile Opfer unter den Toten sind. Schätzungen gehen davon aus, dass bis zu ein Drittel der getöteten Personen Zivilisten sind.⁸² Die CIA geht in Pakistan zwar von „Kollateralschäden“ im einstelligen Bereich aus, was jedoch daran liegt, dass alle Männer im wehrfähigen Alter als Militante gezählt werden.⁸³ Dies könnte die Angriffe unverhältnismäßig machen. Zwar darf die Bewertung aus *ex ante*-Sicht erfolgen, so dass nicht schon jedes unbeabsichtigte zivile Opfer die Angriffe unverhältnismäßig macht.⁸⁴ Die endgültige Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit ist wiederum eine Frage des Einzelfalls. Allerdings weisen die Statistiken darauf hin, dass die Drohnen nicht so präzise arbeiten wie gedacht, so dass sich die Befehlshaber veranlasst sehen müssten, eine besonders strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit jedes Drohnenangriffs anzustellen oder die Strategie der Drohnenangriffe grundlegend zu ändern. Jedenfalls kann nicht in Kauf genommen werden, dass Hunderte von Zivilisten wegen einer völkerrechtlich sehr zweifelhaften Antiterrorismus-Kampagne zu Tode kommen.

C. Fazit

Nach dieser Analyse bleibt die Erkenntnis, dass Drohnenangriffe nicht *per se* unrechtmäßig sind.⁸⁵ Allerdings sind die

Voraussetzungen für eine Legalität sehr streng, so dass es sich nur in wenigen Einzelfällen um eine völkerrechtliche zulässige Tötung handeln wird. Obwohl das Völkerrecht die Problematik der Drohnenangriffe gut erfasst, bestehen eindeutige Zweifel an der Weisheit diese Strategie. Jeder Anführer von al-Qaida oder den Taliban, der stirbt, wird umgehend ersetzt.⁸⁶ Aufgrund der zivilen Opfer steigt der Unmut gegenüber den US-amerikanischen Aktivitäten.⁸⁷ Andererseits bietet das Strafrecht ebenfalls keine zufriedenstellende Lösung. Aufenthaltsstaaten von Terroristen sind i.d.R. entweder unfähig oder unwillig, über Auslieferungen zu verhandeln. Zweifel an der Zweckmäßigkeit dieser Strategie bleiben also bestehen.

⁸² Boor, HuV 2011, 97, 98; zurückhaltender Bureau of Investigative Journalism (für 2012), thebureauinvestigates.com/2012/01/11/obama-2012-strikes/.

⁸³ Greenwald, Deliberate Media Propaganda, salon.com, 2.6.2012, salon.com/2012/06/02/deliberate_media_propaganda.

⁸⁴ Otto (Fn. 27), S. 217.

⁸⁵ Frau, HuV 2011, 60, 62; Wuschka, 3 Goettingen J. Int'l L. (2011), 891, 905.

⁸⁶ Tatsächlich verzeichnen die pakistanischen Taliban seit Beginn der Drohnenangriffe einen verstärkten Zulauf, s. Boor, HuV 2011, 97, 99.

⁸⁷ O'Connell, J. Nat'l Sec. L. & Pol'y 4 (2010), 343, 367; Savage, Top U.S. Security Officials Says 'Rigorous Standards' Are Used for Drone Strikes, New York Times, 30.4.2012, nytimes.com/2012/05/01/world/obamas-counterterrorism-aide-defends-drone-strikes.html; O'Connell, 39 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 39 (2010/11), 585, 597 f.

Peter-Jan Solka*

Vorsatz und Irrtum bei der Steuerhinterziehung

A. Einführung

"Manchmal ist die Phantasie des Steuerzahlers größer als die Regelungskraft des Gesetzgebers."¹ Dieses Zitat von Bundesfinanzminister Wolfgang Schäuble zeigt eines der großen Probleme des Steuerrechts zutreffend auf. Es existieren mannigfaltig legale Wege, die persönliche Steuerlast zu verringern. Allerdings werden diese Wege auch vielfach verlassen.² Damit begibt sich der Handelnde in den Anwendungsbereich der Steuerhinterziehung. Ob dies nun wissentlich oder unwissentlich geschieht ist oft schwer zu klären. Nun werden sich aber sowohl der findige „Steuerbetrüger“ als auch der tatsächlich Unwissende regelmäßig darauf berufen, über die steuerliche Relevanz ihres Handelns in Unkenntnis gewesen zu sein. Welche Anforderungen müssen also an den subjektiven Tatbestand des § 370 AO gestellt werden? Insbesondere durch die Parteispendenaffäre in den 80er Jahren³ und aktuell durch die Beteiligung an Umsatzsteuerkarussellen⁴ ist diese Frage wieder zum Gegenstand von gesteigertem Interesse in Praxis und Wissenschaft geworden.

Diese Arbeit beschäftigt sich deswegen mit der Frage, welche Anforderungen an den Vorsatz im Rahmen der Steuerhinterziehung zu stellen sind. Hierfür soll insbesondere geklärt werden, in welchen Fällen Irrtümer relevant werden und was von der Beweiserhebung im steuerstrafrechtlichen Verfahren zu fordern ist.

Diese Arbeit wird insbesondere zeigen, dass die Steueranspruchslehre, wenn auch auf dogmatisch fragwürdige Weise, zum richtigen Ergebnis führt. Die zumindest laienhaft

wertende Kenntnis um den Steueranspruch ist zwingende Voraussetzung für die Strafbarkeit aus vorsätzlicher Begehung des § 370 AO, ein diesbezüglicher Irrtum muss vorsatz-ausschließend wirken. Dieses Ergebnis kann auch dogmatisch schlüssig durch eine Abkehr von der pauschalen Einordnung der Steuerhinterziehung als Blankettstrafgesetz erreicht werden.

B. Begriffsbestimmung und Problemdarstellung

§ 15 Alt. 1 StGB, der über § 369 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 AO auch auf die Steuerhinterziehung anwendbar ist, statuiert die Regel, dass Strafbarkeit nur im Falle vorsätzlichen Handelns gegeben sein kann, solange nicht die fahrlässige Begehung im Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht ist. § 370 AO kennt keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Bestraft wird nur vorsätzliches Handeln. Verbreitet wird Vorsatz als „das Wissen und Wollen um die Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes“ definiert.⁵ Diese Definition wird dieser Arbeit zugrunde gelegt. Mindestens wird im Rahmen des so genannten *dolus*

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

¹ Wolfgang Schäuble, Bundesfinanzminister, http://www.focus.de/politik/deutschland/titel-tricksen-sie-bei-der-steuer_aid_683697.html, zuletzt aufgerufen am 13.08.2012.

² Siehe zur ansteigenden Tendenz bei der Steuerhinterziehung: Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, § 370 Rn. 6.

³ BGH, NJW 1987, 1273 (1279).

⁴ BGH, wistra 2011, 465 (467); vgl. darstellend Bilsdorfer, NJW 2012, 1413 (1415); Jäger, NSTZ 2007, 688 (689).

⁵ Siehe: BGH, NSTZ 1988, 175 (175); Jäger, in: Klein, AO, § 370 Rn. 170; Joecks, in: MüKo StGB, § 16 Rn. 12 f.

eventualis gefordert, dass der Handelnde „die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält und sich mit ihr abfindet“.⁶ Dieser bedingte Vorsatz genügt nun bei allen Straftatbeständen, die „nicht Absicht im Sinne zielgerichteten Handelns oder ein Verhalten wider besseren Wissens“⁷ verlangen.⁸ Folglich genügt er auch bei der Steuerhinterziehung.⁹

I. Die verschiedenen Irrtümer

Im Rahmen der für den Vorsatz relevanten Vorstellungen kennt das Gesetz zwei verschiedene Arten von Irrtümern; zu unterscheiden ist zwischen dem so genannten Tatumstandsirrtum in § 16 StGB und dem Verbotsirrtum in § 17 StGB.

Ein Tatumstandsirrtum ist gegeben, wenn der Handelnde über Umstände des gesetzlichen Tatbestandes irrt. Er darf dafür nicht einmal die Möglichkeit der Verwirklichung des Merkmals in seine Vorstellungen aufgenommen haben.¹⁰ In einem solchen Fall entfällt der Vorsatz gemäß § 16 StGB, es ist höchstens eine Bestrafung wegen fahrlässiger Begehung möglich.

Dagegen irrt der Handelnde beim Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB darüber, dass sein Handeln verboten ist. Er weiß, was er tut, unterliegt aber einem Subsumtionsirrtum. Er irrt nur über die Definition eines Tatbestandmerkmals, nicht über die Umstände der Tat. Ein Verbotsirrtum schließt den Vorsatz nicht aus.¹¹ War er allerdings für den Handelnden unvermeidbar, so entfällt gemäß § 17 StGB die Schuld.

II. Vorsatz- und Irrtumsproblematik bei der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO

1. Tatbestandsmerkmale

Gemäß § 17 StGB, der ebenfalls im Steuerstrafrecht Anwendung findet, müssen Gegenstand des Vorsatzes nur die Merkmale des objektiven Tatbestands sein. Nun sind aber mehrere Arten von Tatbestandsmerkmalen vorstellbar, bei denen eine Gleichbehandlung fehlt. Ist beispielsweise leicht zu erkennen, ob man gerade einen Menschen getötet hat, so kann die Beurteilung, ob eine Sache fremd ist, bisweilen kompliziert sein. Deswegen soll nicht bei jedem Tatbestandsmerkmal die bloße Kenntnis der tatsächlichen Umstände genügen. Vielmehr ist zwischen verschiedenen Merkmalsarten zu differenzieren. Überwiegend wird eine Unterscheidung zwischen deskriptiven, normativen¹² und besonderen Tatbestandsmerkmalen, wie beispielsweise Blankettmerkmalen, vorgenommen.¹³

Im Rahmen der Steuerhinterziehung relevant sind vor allem die normativen Tatbestandsmerkmale, die „überhaupt nur unter logischer Voraussetzung einer Norm vorgestellt oder gedacht werden können und eine ‚hinzutretende‘ Wertung beinhalten, sei sie rechtlicher Art, sei sie vorrechtlicher Art“.¹⁴ Sie können – vereinfacht dargestellt – nur durch eine Bewertung festgestellt werden, sie sind nicht sinnlich wahrnehmbar. Als Beispiel wird regelmäßig das Merkmal „fremd“ des § 242 StGB genannt.¹⁵

Davon abzugrenzen sind die Blankettmerkmale. Dabei handelt es sich um Merkmale, die „lediglich auf die Tatbestände anderer Gesetze verweisen“.¹⁶ Besonders problematisch macht diese Abgrenzung die Struktur des § 370 AO. Dieser enthält mehrere Rechtsverweisungen als Tatbestandsmerkmale, was nahezu einzigartige Abgrenzungsschwierigkeiten begründet.

2. Die doppelte Abgrenzungsproblematik bei der Steuerhinterziehung

Im Rahmen dieser schwierigen Abgrenzung wird die Steuerhinterziehung von der noch herrschenden Ansicht als „Blanketttatbestand“ qualifiziert.¹⁷ Gleichzeitig vertreten viele der Verfechter dieser Einordnung auch die „Steueranspruchstheorie“, nach der eine vorsätzliche Steuerhinterziehung immer die Kenntnis des Steueranspruchs voraussetzen soll.¹⁸ Im Hinblick auf die Anforderungen an den Vorsatz bei Blankettmerkmalen erscheint dies problematisch. Bedarf es doch bei diesen, anders als bei normativen Merkmalen, nach herrschender Auffassung gerade keinerlei Wertung, sondern nur der Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die den Tatbestand erfüllen.¹⁹ Auch wurde diese Theorie in einem aktuellen Urteil vom BGH andeutungsweise in Frage gestellt.²⁰

C. Der Vorsatz bei der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO

I. Die Steueranspruchslehre

Nach der herrschenden Meinung muss der Handelnde, wenn es sich bei den Merkmalen des § 370 AO um normative Tatbestandsmerkmale handelt, eine Parallelwertung in der Laiensphäre vornehmen.²¹ Er müsste zwar beispielsweise nicht wissen, aus welchem rechtlichen Grund sich eine „steuerlich erhebliche Tatsache“ ergibt, jedoch müsste er zumindest in seiner laienhaften Wertung der vorliegenden Umstände zu einer solchen Annahme kommen. Handelte es sich allerdings um einen Blankettverweis, so müsste der Handelnde nur um die Umstände wissen, die eine Tatsache nach einer entsprechenden steuerrechtlichen Norm erheblich machen. Vorsätzlich würde also handeln, wer entsprechend folgendem Fall vorgeht:

„A ist als selbstständiger Rechtsanwalt tätig. Er hält im Betriebsvermögen seiner Kanzlei einen PKW, den er zu mehr als 50% beruflich nutzt. Die Privatnutzung wird in seinen Steuererklärungen ordnungsgemäß über die sog. „1%-Regelung“ erfasst. Im Rahmen der Privatnutzung fährt auch seine Ehefrau, die als Lehrerin tätig ist, hin und wieder mit dem PKW, beispielsweise zum Einkaufen. Gelegentlich, unge-

⁶ Siehe: BGH, NStZ 2012, 384 (385); vgl. BGH, NStZ 2002, 314 (314); Kühl, in: Lackner/Kühl, § 15 Rn. 24.

⁷ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 88.

⁸ Kühl (Fn. 6) § 15 Rn. 28; Sternberg-Lieben (Fn. 7) § 15 Rn. 88.

⁹ Statt vieler siehe: Gaede, JA 2008, 88 (91).

¹⁰ Roxin, StR AT I, § 12 Rn. 95.

¹¹ Roxin (Fn. 10) § 12 Rn. 101.

¹² Vgl. statt vieler: Fischer, § 16 Rn. 4; Kühl (Fn. 6) § 15 Rn. 5.

¹³ Vgl. Höll, Steuerhinterziehung, S. 47; zu den Merkmalsarten siehe auch: Höll (Fn. 13) S. 11 ff.

¹⁴ Siehe: Vogel, in: LK StGB, § 16 Rn. 25.

¹⁵ Roxin (Fn. 10) § 12 Rn. 100.

¹⁶ Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Vorbemerkungen zu §§ 13 ff. Rn. 26.

¹⁷ Siehe: BVerfG, wistra 1991, 175 (175); BGH, wistra 1991, 29 (29); Bilsdorfer, NJW 2012, 1413 (1414).

¹⁸ Siehe: BGH, wistra 1989, 263 (263); Ransiek, in: Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 370 Rn. 619.

¹⁹ Vgl. statt vieler BGH, NStZ 1993, 594 (595); Joicks (Fn. 5) § 16 Rn. 74.

²⁰ BGH, wistra 2011, 465 (467); der BGH nahm in seinen Ausführungen Bezug auf die Darstellungen von Allgayer, in: Graf/Jäger/Wittig, § 369 AO Rn. 27 f.

²¹ Siehe: BGHSt 24, 38 (38); BGH, NJW 1953, 113 (113); Roxin (Fn. 10) § 12 Rn. 101.

fähr drei Tage im Monat, benutzt sie das Auto auch, um zur Schule zu fahren.“²²

Nun ordnet die herrschende Meinung den Tatbestand der Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO seit 1953²³ allgemein als Blankettstrafgesetz ein. Demzufolge müsste sie die Tatbestandsmerkmale der „Steuerverkürzung“, der „steuerlich erheblichen Tatsachen“ und der „Pflichtwidrigkeit“ nach obigen Grundsätzen bewerten. Sie dürfte also für die Annahme von Vorsatz keinerlei Kenntnis der Existenz einer die Steuerpflicht begründenden Vorschrift oder der Steuerpflicht selbst fordern, sondern lediglich voraussetzen, dass der Handelnde das Vorliegen von Umständen, die den Tatbestand der Ausfüllungsnorm erfüllen, für möglich gehalten hat. Wie an dem soeben verwendeten Beispiel zu erkennen ist, wäre eine solch geringe Strafbarkeitsschwelle aber vor allem im Steuerrecht nicht nur rechtspolitisch höchst bedenklich.

Deswegen galt seit der Regelung der Steuerhinterziehung, wenn auch zunächst nur in den Ländergesetzen, die Unkenntnis über den Steueranspruch als tatbestandsausschließend.²⁴ Dieser Ansicht weiterhin konsequent folgend übernahm die herrschende Meinung die auf *Welzel*²⁵ zurückgehende „Steueranspruchslehre“ oder „Steueranspruchstheorie“, die sie bis heute anwendet.²⁶ Als Gegenstand der Steuerverkürzungshandlung wird nicht die Steuereinnahme des Staates, sondern dessen Steueranspruch gesehen. Auch auf diesen muss sich daher der Vorsatz erstrecken. Denn eine Verkürzung der Einnahme des „Fiskus“ könne allenfalls in Form der Unterschlagung durch den Kassenbeamten des Finanzamts geschehen, der Steuerpflichtige hingegen könne nur den entsprechenden Steueranspruch verkürzen. Dieser stellt somit das Tatobjekt der Steuerhinterziehung und damit als Tatbestand des gesetzlichen Tatbestandes einen Bezugspunkt für den Vorsatz dar.²⁷ Der Handelnde muss also mittels einer Parallelwertung in der Laiensphäre den Steueranspruch erkennen.²⁸ Irrtümer über den Steueranspruch wirken sich demnach gemäß § 16 StGB vorsatzausschließend aus. Dafür wird nicht zwischen einem Irrtum über die tatsächlichen Umstände und einem Irrtum über Inhalt und Reichweite der steuerlichen Normen differenziert.²⁹

Für obigen Fall würde dies bedeuten, dass A nicht vorsätzlich gehandelt hätte. Er kannte den entsprechenden Steueranspruch, der sich daraus ergab, dass seine Frau den Dienstwagen privat nutzte, gerade nicht. Dieses Ergebnis erscheint zunächst zutreffend und insbesondere der Unübersichtlichkeit des deutschen Steuerrechts geschuldet. Strafrechtsdogmatisch allerdings ist diese rechtliche Konstruktion in höchstem Maße fragwürdig. Schon systematisch erscheint es schwer verständlich, in § 370 AO ein Blankettstrafgesetz zu sehen und gleichzeitig dessen Merkmale ähnlich denen eines Tatbestandes mit normativen Merkmalen zu behandeln.³⁰ Deswegen soll, bevor die Steueranspruchslehre beurteilt wird, herausgestellt werden, welcher Deliktcharakter der Steuerhinterziehung innewohnt.

II. Tatbestandsqualität / Deliktcharakter

1. Blankettstrafgesetz

Wie bereits aufgezeigt, sieht die herrschende Meinung in § 370 AO ein Blankettstrafgesetz. Leider lässt sich äußerst selten eine Begründung für diese Einordnung finden.³¹ In einer Entscheidung zur Problematik um den Vorgängerparag-

raphen der heutigen Steuerhinterziehung, § 396 RABgO, hat der BGH jedoch Stellung bezogen:

„§ 396 AbgO ist ein Blankett-Gesetz [...] zu dessen Anwendung es der Ausfüllung durch steuergesetzliche Tatbestände bedarf.“³²

Auch das Bundesverfassungsgericht sieht in § 370 AO ein Blankettgesetz. So wurde zunächst ebenfalls zu obiger Vorgängervorschrift entschieden:

„Die Strafbestimmung [...] setzt eine Steuerschuld voraus. Ob eine solche Steuerschuld vorliegt, bestimmt sich nach den Vorschriften des materiellen Steuerrechts, auf die [...] zur Ergänzung des Straftatbestandes verweist; insoweit handelt es sich um ein Blankettstrafgesetz.“³³

Diese Rechtsprechung wurde auch für § 370 AO fortgeführt.³⁴

Für die Annahme einer Blankettnorm wird also ins Feld geführt, dass die Ergänzung der Merkmale der Steuerhinterziehung durch steuerrechtliche Vorschriften notwendig sei, um das Gesetz anwenden zu können.³⁵ Der tatbestandliche Erfolg, also die Steuerverkürzung oder die Erlangung nicht gerechtfertigter steuerlicher Vorteile, sei ohne die Hinzuziehung der steuerrechtlichen Vorschriften nicht bestimmbar. Deren Sinn ergebe sich erst unter Zuhilfenahme bestimmter Steuerpflichten.³⁶ Diese Überlegungen entsprechen weitestgehend den Ausführungen von *Warda*, die im Folgenden kurz dargestellt werden sollen.

Warda beschäftigte sich bereits 1955 mit der Problematik um die Abgrenzung der Blankettstrafgesetze von Tatbeständen mit normativen Merkmalen. Er stellt seinen Ausführungen voran, dass ein den Blanketttatbestand ausfüllendes Merkmal nur eine Rechtsquelle sein kann. Dieser müsse „die tatbestandliche Umschreibung des unter Strafe gestellten Verhaltens überlassen sein“.³⁷ Dieses Kriterium sieht *Warda* als erfüllt an, wenn die Ausfüllungsnorm die Ge- oder Verbote der Blankettvorschrift aufstellt oder ausgestaltet. Der Tatbestand müsse stets ergänzt werden. Dies sei beispielsweise bei Tatbeständen wie § 242 StGB und dem generellen Merkmal des „rechtswidrigen Handelns“ nicht der Fall. Dagegen wird diese Voraussetzung eines Blanketttatbestandes für den Vorgänger des § 370 AO, § 396 RAO, bejaht. Er verweise zwar nicht

²² Fall nach *Wulf*, StbG 2012, 19 (22). Da mit der Versteuerung der Privatnutzung nach der 1%-Regelung nur die Nutzungsentnahme des Steuerpflichtigen selbst abgedeckt ist, wäre die Nutzung durch die Frau des A eine steuerlich erhebliche Tatsache im Sinne des § 370 AO.

²³ BGHSt 5, 90 (91), zu diesem Zeitpunkt noch bezogen auf § 395 RABgO.

²⁴ RGSt 11, 426 (435 f.); RGSt 19, 302 (307); RGSt 22, 427 (428).

²⁵ *Welzel*, NJW 1953, 486 (486 f.).

²⁶ Siehe oben, Fn. 18.

²⁷ Vgl. darstellend *Meyer*, NStZ 1986, 443 (443); *Müller*, Vorsatz und Erklärungs-pflicht, S. 109 ff.

²⁸ BFH, DStR 1997, 154 (156); *Jäger* (Fn. 5) § 370 Rn. 172.

²⁹ Darstellend: *Meyberg*, PStR 2011, 308 (309).

³⁰ Vgl. *Bachmann*, Vorsatz und Rechtsirrtum, S. 160 f.; *Meyer* (Fn. 27) 443 (444).

³¹ *Höll* (Fn. 13) S. 9.

³² BGHSt 20, 217 (218).

³³ BVerfGE 37, 201 (208 ff.).

³⁴ BVerfG, NJW 1992, 35 (35).

³⁵ *Müller* (Fn. 27) S. 27.

³⁶ Siehe: *Thomas*, NStZ 1987, 260 (261).

³⁷ *Warda*, Blankettstrafgesetze, S. 6.

wörtlich auf die einzelnen Steuergesetze, setze aber konkludent eine Verweisung voraus.³⁸ Eine solche allgemeine Verweisung genüge, da im Einzelfall die Ergänzung durch eine konkrete Norm erfolgen würde.³⁹

Diese Abgrenzung behält ihre Bedeutung bei und wird immer noch von einigen herangezogen.⁴⁰

2. Tatbestand mit normativen Merkmalen / Mischtatbestand

Allerdings regt sich stärker werdender Widerspruch gegen die Klassifikation der herrschenden Meinung.⁴¹ Hierfür beziehen sich die Autoren auf verschiedene Abgrenzungskriterien, die im Folgenden dargestellt werden sollen.

a) Abgrenzung nach Beschreibung von Rechtsgut- oder Pflichtverletzung

Backes stellt darauf ab, ob die Verweisung für das jeweilige Gebot bzw. Verbot konstitutiv ist.⁴² Bei normativen Merkmalen soll nicht das Strafgesetz konstituiert, sondern dessen Inhalt beschrieben werden. Dagegen konstituierten Blankettmerkmale das Strafgesetz, weshalb sie auch in dieses hineinzu lesen seien. Zur Konkretisierung des Kriteriums „konstitutiv“ sollen unter Bezug auf Warda nur materielle Kriterien die Abgrenzung bewirken können.⁴³ Bedingt dadurch, dass sich die Natur des Irrtums danach richte, welchen Charakter das jeweilige Merkmal habe, könne diese Form nur nach den Kriterien bestimmt werden, nach denen sich die Natur des Irrtums richtet.⁴⁴ Da nun der Tatbestand der Bezugspunkt für den Vorsatz sei, müsse er einen solchen auch für die Abgrenzung darstellen. Dieser beschreibt nach Backes Rechtsgut- und Pflichtverletzungen. Die Abgrenzung soll daher anhand der Frage vorgenommen werden, ob die Ausfüllungsnormen zur Ausfüllung der Verletzungen erforderlich sind. Umstände, die erforderlich sind, um diese Verletzungen auszufüllen, zählten zu den Tatbestandsmerkmalen und seien somit normativ. Blankettmerkmale lägen dagegen vor, wenn die Ausfüllungsnorm nicht zur Verletzungsbeschreibung erforderlich sei und damit zur Strafnorm selbst gehöre.⁴⁵

b) Abgrenzung nach der Schutzrichtung

Dieser Ansatz geht von der Technik des Zusammenlesens bei Blankettmerkmalen⁴⁶ aus und kommt so zu der Aussage, durch das Zusammenlesen von Verweisungs- und Ausfüllungsnorm könne nur dann ein einheitlicher Tatbestand sinnvoll entstehen, wenn sich die jeweiligen Regelungszwecke entsprechen.⁴⁷ Daraus wird gefolgert, dass das Strafgesetz das Gebot oder Verbot, das in der Ausfüllungsnorm enthalten ist, durchsetzen, also die gleiche Schutzrichtung aufweisen muss.⁴⁸ Anhand dieser „Korrespondenzprüfung“ sei also die Abgrenzung zwischen normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankettmerkmalen vorzunehmen.⁴⁹

c) Abgrenzung nach der Bestimmungsnorm

Ähnlich wie Backes liegt dieser Ansicht die Absicht zugrunde, ein von der verfassungsrechtlichen Beurteilung im Rahmen des Art. 103 Abs. 2 GG losgelöstes Abgrenzungskriterium zu schaffen.⁵⁰ Dafür greift Bachmann auf den Begriff der „Bestimmungsnorm“ zurück.⁵¹ Dies soll die Verhaltensregel sein, die der Tatbestand beinhaltet. Die Charakteristik eines Blankettgesetzes soll darin liegen, dass in der Verweisungsnorm keine eigene Verhaltensnorm aufgestellt, sondern auf eine externe Verhaltensnorm verwiesen wird.⁵²

Blankettgesetze sind dieser Abgrenzung nach also alle Strafgesetze, die „nicht selbst die strafbewehrte Verhaltensnorm enthalten“ und somit unvollständig sind. Mit anderen Worten kann die Bestimmungsnorm bei Blankettgesetzen ohne eine Ergänzung der Ausfüllungsnorm nicht formuliert werden.⁵³

Die Tatbestandsqualität wird folglich in einer zweistufigen Prüfung ermittelt. Der erste Schritt ist die Erarbeitung der Bestimmungsnorm des Strafgesetzes. Beispielsweise kann eine solche für den Diebstahl gemäß § 242 StGB lauten: „Du sollst nicht in der Absicht rechtswidriger Zueignung Sachen wegnehmen, die nicht dir allein gehören“.⁵⁴ Im zweiten Schritt ist zu fragen, aus welcher Regelung sich die Bestimmungsnorm ergibt. Ergibt sie sich aus dem Strafgesetz, wie es beispielsweise bei § 242 StGB der Fall sei, so liegt ein Tatbestand mit normativen Merkmalen vor. Ist aber die Bestimmungsnorm nicht im Strafgesetz enthalten, ist ein Blankettgesetz gegeben.

d) Abgrenzung nach konkreter Nennung der Ausfüllungsnorm

Auch Höll sieht grundsätzlich die Frage, ob die Ausfüllungsnorm konstitutiv für das Handlungsgebot bzw. -verbot des Strafgesetzes ist, als Abgrenzungskriterium. Zu ihrer Lösung wandelt er die *conditio-sine-qua-non*-Formel wie folgt ab:

„Ein Tatbestand ist dann Blanketttatbestand, wenn die ausfüllende Norm nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass die Beschreibung des vorwerfbaren Verhaltens (teilweise) entfiere.“⁵⁵

Konstitutiv wäre demnach nur eine solche Norm, bei deren Aufhebung die Ursprungsnorm nicht durch die richterliche Rechtsfortbildung oder Auslegung ausgefüllt werden könnte. Dies könne dann angenommen werden, wenn die Ausfüllungsnorm konkret im Tatbestand der Ursprungsnorm genannt sei, denn nur in solchen Fällen sei eine sonstige Ausfüllung ausgeschlossen. Daraus ergibt sich für Höll also die Formel:

„Ein Blanketttatbestand liegt jedenfalls dann vor, wenn die Bezugsnorm in der Ausfüllungsnorm konkret genannt ist.“⁵⁶

³⁸ Warda (Fn. 37) S. 47.

³⁹ Warda (Fn. 37) S. 20.

⁴⁰ Vgl. Joecks (Fn. 2) Einleitung Rn. 5; Thomas (Fn. 36) 260 (261 f.).

⁴¹ Siehe: Bachmann (Fn. 30) S. 173; Tiedemann/Otto, ZStW 1995, 597 (643).

⁴² Backes, Abgrenzung, S. 113.

⁴³ Backes nimmt dafür Bezug auf die Kritik an der formalen Abgrenzung durch Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 388.

⁴⁴ Backes (Fn. 42) S. 119.

⁴⁵ Backes (Fn. 42) S. 142 f.

⁴⁶ Zur Technik des Zusammenlesens erstmals: Warda (Fn. 37) S. 38; darstellend zur Bedeutung: Lauer, Irrtum über Blankettstrafgesetze, S. 64 ff.

⁴⁷ v.d. Heide, Tatbestands- und Vorsatzprobleme, S. 175.

⁴⁸ v.d. Heide (Fn. 47) S. 176.

⁴⁹ v.d. Heide (Fn. 47) S. 198.

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 78, 205 (213); zur Kritik an dieser „gefühlmäßigen Wertung“ Walter, in: FS Tiedemann 2008, 969 (974); die verfassungsrechtliche Abgrenzung darstellend Enderle, Blankettstrafgesetze, S. 179.

⁵¹ Bachmann (Fn. 30) S. 32; unter Bezug auf Puppe, GA 1990, 145 (162).

⁵² Wulf, wistra 2001, 41 (44).

⁵³ Bachmann (Fn. 30) S. 32; so auch Puppe (Fn. 51) 145 (162 f.); Schmitz/Wulf, in: MüKo StGB, § 370 AO Rn. 326.

⁵⁴ Bachmann (Fn. 30) S. 33; vgl. Wulf (Fn. 52) 41 (44).

⁵⁵ Höll (Fn. 13) S. 34.

⁵⁶ Höll (Fn. 13) S. 33.

3. Stellungnahme

Zunächst ist die Grundthese von *Warda* zu thematisieren. Diese Abgrenzung, auf die vielfach Bezug genommen wird, kann nicht die erforderliche Unterscheidung leisten. Was genau die „*tatbestandliche Umschreibung*“ charakterisieren und sie somit von einer sonstigen Umschreibung abgrenzen soll, wird nicht deutlich. Deswegen scheitert die vorgeschlagene Abgrenzung an schwer zu beurteilenden Tatbeständen wie der Steuerhinterziehung. So sei Gegenstand der Steuerverkürzung, „*was die Steuer nach den bestehenden Bestimmungen einnehmen soll.*“⁵⁷ Wie nun allerdings die Abgrenzung zwischen der Beschreibung des Tatobjekts, wie bei dem normativen Merkmal „fremd“ des § 242 StGB, und der Beschreibung des verbotenen Verhaltens, wie bei einem Blankettmerkmal, vorgenommen werden soll, wird nicht deutlich.⁵⁸ Die Abgrenzung nach *Warda* hilft also vorliegend nicht weiter.

Ähnliches ist über die These von *Höll* zu sagen, der danach unterscheiden will, ob die Ausfüllungsnorm konkret in der Verweisungsnorm genannt ist. Allein seine Unterscheidung mittels eines „Jedenfalls-Schlusses“ ermöglicht schon keine konkrete Abgrenzung in komplizierten Fällen. So kommt er zu dem Ergebnis, dass die Steuerhinterziehung kein Blanketttatbestand sei, weil die Ausfüllungsnormen nicht konkret genannt werden.⁵⁹ Würde dieser Abgrenzung gefolgt, so müsste man auch den ganz überwiegend und zutreffend als Blanketttatbestand qualifizierten Bannbruch des § 372 AO als Strafgesetz mit normativen Merkmalen einordnen.⁶⁰ Auch diese Abgrenzung bietet also keinen weitergehenden Nutzen.

Auch die Thesen *Backes* geben, obwohl sie zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führen,⁶¹ keine weitere Klarheit über die vorzunehmende Abgrenzung. Zunächst sieht er die Tatbestandsqualität als grundlegend für die Irrtumsproblematik an. Gleichzeitig will er aber diese Abgrenzung anhand von Irrtumskriterien vornehmen.⁶² Darin liegt sein erster Zirkelschluss.⁶³ Gewichtiger ist allerdings der zweite. Nach *Backes* ist für die Frage, ob eine Pflicht aus der Ausfüllungsnorm zum Tatbestand der Verweisungsnorm gehört, relevant, ob diese Pflicht „*den Charakter bzw. das Typische des Delikts (mit-)prägen.*“⁶⁴ Ob eine solche Prägung vorliegt, kann aber nur ermittelt werden, indem herausgestellt wird, ob die Pflicht in den Tatbestand hineinzulesen ist. Das wiederum ist aber eine Frage des Deliktscharakters, somit liegt ein zweiter Zirkelschluss vor.⁶⁵

Besser zur Lösung der vorliegenden Frage geeignet sind die sich sehr ähnlichen Abgrenzungen von *von der Heide*, *Bachmann* und *Wulf*.⁶⁶ Die Unterscheidung zwischen strafrechtlich normierenden und lediglich beschreibenden Ausfüllungsnormen wird dem Charakter der Problematik gerecht. Insbesondere die, schon von *Backes* vorgenommene, Abkehr von der (eher zur Annahme eines Blankettgesetzes tendierenden) formalen Abgrenzung durch das Bundesverfassungsgericht⁶⁷ verdient Zustimmung, kann sich doch die Einordnung, die für die materielle Irrtumsdogmatik relevant wird, nicht daran orientieren, auf welche Normen der Bestimmtheitsgrundsatz erstreckt wird. Dieser muss natürlich auch Verweisungen umfassen, die materiellstrafrechtlich als normativ einzuordnen sind, wenn diese dem Blankettmerkmal nahekommen. Es kommt also darauf an, ob die Bestimmungsnorm des Ursprungtatbestandes nur durch die Heranziehung einer externen Verhaltensnorm formuliert werden kann. In einem sol-

chen Fall liegt ein Blankett vor. Vorsichtig zu behandeln ist lediglich das von *von der Heide* geschaffene Kriterium der identischen Schutzrichtung. Beispielsweise haben die §§ 242 ff. StGB und die zivilrechtlichen Normen, die zur Ausfüllung der normativen Merkmale herangezogen werden, gleiche Schutzrichtungen; sie schützen das zivilrechtliche Eigentum. Dabei handelt es sich aber um Tatbestände mit normativen Merkmalen, nicht um Blankette.⁶⁸ Deswegen kann dieses Kriterium nur auf der ersten Stufe als Ausschluss dienen. Es ist also nicht nur eine zweistufige, sondern eine dreistufige Prüfung vorzunehmen.

Zunächst sind anhand der übereinstimmenden Schutzrichtung die beschreibenden Verweisungsnormen auszuscheiden. Jedenfalls soll kein Blanketttatbestand vorliegen, wenn die Schutzrichtungen von Verweisungsnorm und Ausfüllungsnorm nicht übereinstimmen. Ist die Identität der Schutzrichtungen gegeben, ist auf der zweiten Stufe die Bestimmungsnorm der Verweisungsvorschrift zu ermitteln. Auf der dritten Stufe ist dann zu klären, ob diese Bestimmungsnorm ohne die ausfüllende Norm formuliert werden kann. Ist dies der Fall, liegt ein normatives Tatbestandsmerkmal vor und umgekehrt.

Eine solche Prüfung ist nicht wie offensichtlich von all jenen, die pauschal von § 370 AO als Blankettgesetz sprechen, anhand des gesamten Gesetzes, sondern an den einzelnen Merkmalen durchzuführen. Ein Tatbestand wird nicht dadurch zum Blankettstrafgesetz, dass er ein Blankettmerkmal enthält. Ein Gesetz mit verschiedenen Alternativen wie die Steuerhinterziehung kann auch verschiedene Merkmale enthalten.⁶⁹

a) § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO

Wendet man dieses Abgrenzungsschema auf § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO an, stellt sich zunächst die Frage der Schutzrichtung. Sowohl die steuerlichen Normen als auch der Straftatbestand schützen das Steueraufkommen des Staates.⁷⁰

Es muss also eine Bestimmungsnorm formuliert werden. Diese könnte wie folgt lauten:

„*Wer bewirkt, dass die nach den Steuergesetzen zu entrichtenden Steuern nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig durchgesetzt werden [...].*“⁷¹

Diese ergibt sich allein aus § 370 AO. Es bedarf lediglich der ergänzenden Beschreibung durch die ausfüllende Norm. So-

⁵⁷ *Warda* (Fn. 37) S. 47.

⁵⁸ *Bachmann* (Fn. 30) S. 29.

⁵⁹ *Höll* (Fn. 13) S. 164.

⁶⁰ Diese Aussage entstammt einem Gespräch des Bearbeiters mit Dr. Martin Wulf, Partner der Kanzlei Streck Mack Schwedhelm; vgl. zur Einordnung des Bannbruchs statt vieler: *Jäger*, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, § 372 Rn. 3.

⁶¹ Vgl. *Backes* (Fn. 42) S. 173.

⁶² *Backes* (Fn. 42) S. 118 f.

⁶³ *Bachmann* (Fn. 30) S. 30.

⁶⁴ *Backes* (Fn. 42) S. 159.

⁶⁵ *Bachmann* (Fn. 30) S. 30 f.; v.d. *Heide*, (Fn. 47) S. 177.

⁶⁶ Vgl. *Weidemann*, wistra 2006, 132 (133), der die Abgrenzung durch *von der Heide* als „stimmig“ bezeichnet.

⁶⁷ Vgl. *Walter* (Fn. 50) 969 (974).

⁶⁸ *Tiedemann/Otto* (Fn. 41) 597 (642); vgl. zur Kritik am Kriterium der Schutzrichtung *Bachmann* (Fn. 30) S. 32.

⁶⁹ Vgl. im Ergebnis zustimmend *Backes* (Fn. 42) S. 173; *Schmitz/Wulf* (Fn. 53) § 370 AO Rn. 14 ff.

⁷⁰ Siehe: *Jäger* (Fn. 5) § 370 Rn. 2; a.A. *Isensee*, NJW 1985, 1007 (1008).

⁷¹ *Bachmann* (Fn. 30) S. 171.

mit ist die Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO materiell⁷² ein Tatbestand mit normativen Merkmalen.⁷³

b) § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO

Auch bei der Unterlassungsvariante des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO stimmen die Schutzrichtungen von Verweisungs- und Ausfüllungsnorm überein. Die Bestimmungsnorm ist wie folgt zu formulieren:

„Du sollst [die Finanzbehörden] nicht pflichtwidrig in Unkenntnis lassen und dadurch Steuern verkürzen.“⁷⁴

Hier ist diese Bestimmungsnorm ohne eine Ausfüllung des Terms „pflichtwidrig“, beispielsweise durch die Berichtungspflicht des § 153 AO, nicht vollständig. Eine reine Beschreibung genügt nicht, um eine vollständige Bestimmungsnorm zu generieren. Damit ist die Pflichtwidrigkeit ein Blankettmerkmal und § 370 AO nur insoweit ein materieller Blanketttatbestand.⁷⁵

4. Zusammenfassung Tatbestandsqualität / Deliktscharakter

Festhaltend ist davon auszugehen, dass die verschiedenen Varianten des § 370 AO bezüglich ihrer Tatbestandsqualität unterschiedlich zu beurteilen sind. Bei den Merkmalen des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO handelt es sich um normative Merkmale, während § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO eine Blankettverweisung in dem Merkmal „pflichtwidrig“ enthält. § 370 AO ist damit ein Mischtatbestand.

III. Folgen der Einordnung des § 370 AO als Mischtatbestand

Mit dieser Einordnung ist die Frage, die diese Arbeit beantworten soll, noch nicht gelöst. Es bleibt zu klären, welche Folgen sich für die Anforderungen an den Vorsatz und die Auswirkungen von Irrtümern ergeben. Nach einer Ansicht kann nämlich die Einordnung einer Norm entweder als Tatbestand mit normativen Merkmalen oder als Blankettstrafgesetz keinen Einfluss auf die Behandlung von Irrtümern haben.⁷⁶ Der Begriff des Blanketttatbestandes an sich sei dafür schon nicht bestimmt genug. Vorliegend wurde aber anhand der Vielzahl von mehr oder minder aktuellen Ansätzen eine solche Bestimmung vorgenommen. Auch wurde dargelegt, dass – während normative Tatbestandsmerkmale den Inhalt des Strafgesetzes lediglich beschreiben – Blankettverweise eine konstituierende Funktion einnehmen.⁷⁷ Daraus folgt eine differenzierende Behandlung von Vorsatz und Irrtümern bei diesen beiden Merkmalsarten. Wie oben aufgezeigt ist die Charakterisierung eines Merkmals somit nicht nur in der Vorsatzproblematik relevant, sondern für deren Beurteilung geradezu grundlegend.⁷⁸

Folglich ist aus obiger Einordnung des für alle Varianten des § 370 AO geltenden Merkmals „Steuerverkürzung“ als normativem Tatbestandsmerkmal zu folgern, dass vorsätzlich bezüglich dieses Merkmals nur handeln kann, wer das Merkmal anhand einer Parallelwertung in der Laiensphäre richtig wahrnimmt. Hierbei ist die Steuerverkürzung nur als Differenz zum gesetzlichen Steueranspruch bestimmbar.⁷⁹ Jedenfalls ist also eine zumindest laienhafte Kenntnis des Steueranspruchs, der verkürzt wird, vorauszusetzen.⁸⁰ Irrt der Handelnde diesbezüglich, so handelt es sich um einen den Vorsatz ausschließenden Tatumstandsirrtum gemäß § 16 StGB.⁸¹

Wenn kritisiert wird, die Parallelwertung in der Laiensphäre sei bei der Steuerhinterziehung nicht durchzuführen, da die Tatbestandskenntnis die Verbotskenntnis mit einschließe und somit das Unrecht zum Objekt der Parallelwertung werde, wird ein entscheidender Punkt verkannt.⁸² Diese Wirkung wohnt dem Merkmal der Steuerverkürzung selbst inne, nicht der Parallelwertung in der Laiensphäre. Wollte man diese beheben, müsste man die Steuerverkürzung zur bloßen objektiven Strafbarkeitsbedingung erklären, was nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen würde.⁸³

Auch das Kompensationsverbot des § 370 Abs. 4 S. 3 AO steht der Anforderung der Kenntnis um den Steueranspruch nicht entgegen.⁸⁴ Grundsätzlich wird argumentiert, das Kompensationsverbot führe dazu, dass objektiv eine Steuerverkürzung eintrete, ohne dass ein Steueranspruch bestehe. Abgestellt wird auf den Fall, in dem der Steuerpflichtige um die entsprechenden ermäßigenden Ansprüche weiß, sie aber nicht geltend macht, sondern in seine Steuererklärung „einrechnet“. Allerdings habe der Gesetzgeber die Nachreichung von Gründen in strafrechtlicher Hinsicht uneingeschränkt ausschließen wollen.⁸⁵ Damit soll verhindert werden, dass der Steuerpflichtige bei Abgabe seiner Steuererklärung zunächst risikofrei (denn er könnte ja Gründe nachreichen) darauf hofft, das Finanzamt bleibe über die Verkürzung in Unkenntnis, um dann später die entsprechenden mindernden Gründe erneut zu seinem Vorteil geltend zu machen. Dieses Ziel kann aber auch trotz obiger Vorsatzanforderung erreicht werden, indem das Kompensationsverbot objektiv behandelt wird.⁸⁶ Es ist danach abzugrenzen, ob ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den in der Steuererklärung angegebenen Gründen und den anderen, grundsätzlich zur Minderung fähigen aber nicht geltend gemachten Gründen besteht. Ist dies der Fall, so ist der Vorsatz auszuschließen, denn die Annahme, der Steuerpflichtige habe sich vorbehalten, die steuermindernden Gründe nachzureichen, ist wegen des Entdeckungsrisikos unrealistisch.⁸⁷ Anders verhielte es sich bei nicht zusammenhängenden Gründen, denn dort kann eine

⁷² Die formelle Blanketteigenschaft, die § 370 AO in BVerfG, DStRE 2012, 379 (381) zugesprochen wird, wird hier nicht thematisiert, da sie für die Vorsatz- und Irrtumsproblematik nach der hier vertretenen Trennung zwischen formeller und materieller Blanketteigenschaft nicht relevant ist.

⁷³ Siehe: *Joecks*, steueranwaltsmagazin 2012, 26 (27); *Ransiek*, PStR 2011, 74 (75).

⁷⁴ *Bachmann* (Fn. 30) S. 194.

⁷⁵ Siehe: *Bachmann* (Fn. 30) S. 194; *Samson*, in: *Kohlmann*, Strafverfolgung, S. 99 (109 f.); a.A. vgl. *Höll* (Fn. 13) S. 124 f.

⁷⁶ *Müller* (Fn. 27) S. 134 f.; vgl. *Höll* (Fn. 13) S. 106.

⁷⁷ *Backes* (Fn. 42) S. 171 f.

⁷⁸ Siehe: *Backes* (Fn. 42) S. 171 f.

⁷⁹ *Reiß*, wistra 1987, 161 (163).

⁸⁰ Vgl. *Bachmann* (Fn. 30) S. 174 f.; *Samson* (Fn. 75) S. 99 (105 f.); a.A. *Meyer* (Fn. 27) 443 (444).

⁸¹ Siehe: *Bachmann* (Fn. 30) S. 181; a.A. *Maiwald*, Unrechtskenntnis, S. 21 f.

⁸² *Maiwald* (Fn. 81) S. 21 f.; *Müller* (Fn. 27) S. 139; vgl. darstellend *Reiß* (Fn. 79) 161 (163).

⁸³ Vgl. *Reiß* (Fn. 79) 161 (163).

⁸⁴ Siehe zur Kritik an der Steueranspruchstheorie anhand des Kompensationsverbots: *Meyer*, (Fn. 27), 443 (446); *Meyer*, NStZ 1987, 500 (501).

⁸⁵ *Meyer* (Fn. 84) 500 (501).

⁸⁶ Entgegen BGH, NStZ 1991, 89 (89); von BGH, NZWiSt 2012, 229 (233) offen gelassen („für die Frage des Hinterziehungsvorsatzes von Bedeutung sein kann“).

⁸⁷ *Bachmann* (Fn. 30) S. 178.

solche nachträgliche schadensgleiche Gefährdung des Steuerertrags entstehen. In solchen Fällen soll dann das Kompensationsverbot auch im subjektiven Tatbestand Wirkung entfalten und den Vorsatzausschluss verhindern.⁸⁸

Es bleibt die Kritik *Allgayers*⁸⁹, auf die sich auch der BGH bezieht.⁹⁰ Dieser bemängelt, das Steuerrecht rechtfertige nicht die Gleichbehandlung des Irrtums über tatsächliche Voraussetzungen (Besteuerungsgrundlagen) und über steuerrechtliche Zusammenhänge (Besteuerungstatbestand).⁹¹ Nimmt man die Annahme, das Steuerrecht rechtfertige keine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen, als gegeben hin, kann *Allgayers* Kritik nur dann Sinn ergeben, wenn § 370 AO als materielles Blankettgesetz eingeordnet wird. Denn wenn es sich bei der Steuerverkürzung um ein normatives Merkmal handelt, muss der Steuerpflichtige dessen Bedeutung im Kern erfassen. Ob diese Wertung an den tatsächlichen Voraussetzungen oder den rechtlichen Zusammenhängen scheitert, ist bei normativen Tatbestandsmerkmalen gerade nicht relevant. Nun wurde aber bereits dargestellt, dass es sich bei § 370 AO um einen Mischtatbestand und bei der Steuerverkürzung um ein normatives Tatbestandsmerkmal handelt. *Allgayers* Kritik kann insofern also nicht überzeugen.⁹²

Es zeigt sich, dass die Steueranspruchslehre das richtige Ergebnis liefert. Sie ist allerdings nicht notwendig. Wird der hier vorgeschlagenen Einordnung der Steuerhinterziehung als materiellem Mischtatbestand gefolgt, anstatt weiterhin pauschal von einem Blankettstrafgesetz auszugehen, so ergibt sich, dass der Handelnde, jedenfalls laienhaft wertend, den Steueranspruch wahrnehmen muss, um vorsätzlich zu handeln. Das Merkmal „Steuerverkürzung“ als normatives Tatbestandsmerkmal setzt eine solche Wahrnehmung voraus.

Im Ergebnis ist also, mit der herrschenden Steueranspruchslehre, allerdings mittels unterschiedlicher Begründung, für den Vorsatz bei § 370 AO zu fordern, dass der Handelnde den Steueranspruch laienhaft wertend wahrnimmt. Dieses Ergebnis ist besonders im Hinblick auf die Praxis notwendig, was anhand der Unübersichtlichkeit und der „ethischen Indifferenz“⁹³ des deutschen Steuerrechts deutlich wird.⁹⁴ Dabei muss der Steueranspruch nicht nur abstrakt, sondern auch konkret der Höhe nach für möglich gehalten werden.⁹⁵ Die Kenntnis der inländischen Steuerart ist dagegen keine notwendige Voraussetzung.⁹⁶ Denn die Steuerart bildet nicht den „Begriffskern“⁹⁷ des Steueranspruchs.

1. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO

Zum Wissensmoment des Vorsatzes bei § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO gehört also nicht nur die Kenntnis um die Tatbestandsmerkmale der „steuerlich erheblichen Tatsachen“ und „unrichtigen oder unvollständigen Angaben“, sondern auch die entsprechend vorgenommene Parallelwertung in der Laiensphäre. Der Handelnde muss nicht nur um die den Tatbestand erfüllenden Umstände wissen, sondern auch deren Bedeutung in seiner laienhaften Wertung richtig wahrnehmen. Er muss wissen, dass durch seine unrichtigen Angaben, die steuerlich erhebliche Umstände betreffen, eine niedrigere Steuerschuld festgesetzt wird, als nach dem Steuergesetz geschuldet. Hierzu bedarf es auch der laienhaften Kenntnis um den Aussagegehalt der entsprechenden Steuergesetze.⁹⁸ Diesbezügliche Irrtümer wirken sich gemäß § 16 StGB vorsatzausschließend aus.⁹⁹

2. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO

Dagegen handelt es sich, wie bereits dargestellt, bei dem Merkmal der „Pflichtwidrigkeit“ des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO um ein Blankettmerkmal. Der Handelnde muss also, ähnlich der strafrechtlichen Garantenpflicht, die Umstände kennen, die die steuerrechtliche Pflichtwidrigkeit seines Handelns begründen, nicht aber um die entsprechende Pflicht oder die sie konstituierende Norm wissen.¹⁰⁰ Dagegen wird vorgebracht, dass das Bewusstsein dessen, der nicht weiß, dass er handeln muss, auch nicht final auf eine Steuerverkürzung ausgerichtet sein könne.¹⁰¹ Dabei wird aber verkannt, dass durchaus Fälle vorstellbar sind, in denen sich der Steuerpflichtige bewusst ist, dass ein Unterlassen zu einer Steuerverkürzung führt und er diese auch anstrebt, aber trotzdem nicht um die Pflicht zur Erklärung weiß. Ein Tatumstandsirrtum gemäß § 16 StGB ist also nur gegeben, wenn der Irrtum sich auf die pflichtbegründenden Umstände bezieht. In folgendem Fall würde nach der hier vertretenen Ansicht also nur ein Verbotsirrtum vorliegen: „Der Unternehmer A weiß um die von ihm gemachten Umstände und irrt sich auch nicht in Bezug auf ihre Höhe. Er geht lediglich, fälschlicherweise, davon aus, dass er keine Voranmeldung vornehmen müsse.“¹⁰²

Dem Merkmal der „Unkenntnis der Finanzbehörden“ kommt im subjektiven Tatbestand kaum eine eigene Bedeutung zu. Denn wer diese Unkenntnis bezweifelt, hält in der Regel auch die Steuerverkürzung nicht für möglich.¹⁰³

IV. Zusammenfassung

Zum Vorsatz bei der Steuerhinterziehung gehört generell die Kenntnis der Umstände, die die Steuerverkürzung bewirken, und auch die entsprechende laienhafte Bedeutungskennntnis. Allen Tatbestandsvarianten gleich ist also die Notwendigkeit der Kenntnis des Steueranspruchs. Da § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO ausschließlich normative Tatbestandsmerkmale enthält, ist auch dort die laienhafte Bedeutungskennntnis notwendig. Der Handelnde muss nicht unbedingt die relevanten Normen, doch aber deren Aussagegehalt erkennen. Irrt der Steuerpflichtige darüber, befindet er sich in einem den Vorsatz aus

⁸⁸ Bachmann (Fn. 30) S. 178.

⁸⁹ Allgayer (Fn. 20) § 369 AO Rn. 27 f.

⁹⁰ BGH, wistra 2011, 465 (467).

⁹¹ Allgayer (Fn. 20) § 369 AO Rn. 28.

⁹² So auch Wulf (Fn. 22) 19 (21).

⁹³ Thomas (Fn. 36) 260 (263).

⁹⁴ Vgl. statt vieler Wulf (Fn. 22) 19 (23).

⁹⁵ Schmitz/Wulf (Fn. 53) § 370 AO Rn. 337; vgl. Ransiek (Fn. 18) § 370 Rn. 661; die exakte Kenntnis des Steuerschadens ist aber nicht zu fordern.

⁹⁶ Joecks (Fn. 2) § 370 Rn. 235; Ransiek (Fn. 18) § 370 Rn. 661.

⁹⁷ Joecks (Fn. 2) § 369 Rn. 52; v. Briel, in: v. Briel/Ehlscheid, § 1 Rn. 343.

⁹⁸ Schmitz/Wulf (Fn. 53) 370 AO Rn. 327; vgl. Samson (Fn. 75) S. 99 (105 f.); v. Briel (Fn. 97) § 1 Rn. 7.

⁹⁹ Die generellen Probleme, die sich aus dieser Annahme für den umgekehrten Irrtum bei normativen Merkmalen ergeben, sollen hier aufgrund der Fokussierung auf Fälle des Tatumstandsirrtums unberücksichtigt bleiben. Vgl. dazu Rolletschke, in: Graf/Jäger/Wittig, § 370 AO Rn. 144e f.; Samson (Fn. 75) S. 99 (110 ff.).

¹⁰⁰ Siehe: BGH, wistra 1986, 219 (220); Joecks (Fn. 2) § 370 Rn. 236.

¹⁰¹ Thomas (Fn. 36) 260 (264).

¹⁰² Fall frei nach Samson (Fn. 75) S. 99 (107).

¹⁰³ BGH, NSTz 2001, 379 (380) steht dem nicht entgegen. Dort wurde der Freispruch vielmehr mit einem unvermeidbaren rechtlichen Irrtum des Angeklagten begründet. Aus diesem Grund bleibt auch die Frage, ob die Unkenntnis der Finanzbehörden auch ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO sei, unbeachtet; vgl. zum Streitstand Schmitz/Wulf (Fn. 53) § 370 AO Rn. 238 ff.

schließenden Tatumstandsirrtum gemäß § 16 StGB. Dies gilt sogar bei Kenntnis aller tatsächlichen Umstände und bloßer Verkennung der steuerlichen Rechtsfolgen.¹⁰⁴ § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO enthält dagegen eine Blankettverweisung in dem Merkmal der Pflichtwidrigkeit, bei der es lediglich auf die Kenntnis der pflichtbegründenden Umstände, nicht aber deren Bedeutung ankommt.

D. Fazit

Die Aussage, „somit wäre alles geklärt“, würde *Tiedemann* sicher missfallen.¹⁰⁵ Dies ist auch nicht der Fall. Als Ergebnis dieser Arbeit ist aber festzuhalten, dass es sich bei § 370 AO nicht um einen reinen Blanketttatbestand handelt, alle Merkmale mit Ausnahme der „Pflichtwidrigkeit“ des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO vielmehr normative Tatbestandsmerkmale sind. Daraus ergibt sich, dass vorsätzlich bezüglich dieser Merkmale nur handeln kann, wer ihre Bedeutung, die sich aus den Steuergesetzen ergibt, erfasst. Ein Tatumstandsirrtum gemäß

§ 16 StGB ist immer gegeben, wenn sich der Steuerpflichtige in seiner laienhaften Parallelwertung über die tatsächlichen Umstände oder deren Bedeutung irrt. Insofern ist der Steueranspruchslehre zuzustimmen, der Steueranspruch ist notwendiger Gegenstand des Vorsatzes. Damit ist die Problematik allerdings keinesfalls gelöst. Vor allem auf der Beweisebene lassen sich bedenkliche Ansätze erkennen. So werden im Ergebnis die erforderlichen Vorsatzanforderungen oft dadurch abgeschwächt, dass geringe Beweisanforderungen gestellt werden. In diesem Lichte erscheint sogar der Vorschlag *Müllers*, den Steuerpflichtigen grundsätzlich zur Inanspruchnahme von Steuerberatung zu verpflichten, interessant.¹⁰⁶

¹⁰⁴ *Rolletschke*, in: *Rolletschke/Kemper*, § 370 AO Rn. 144a; *Schmitz/Wulf* (Fn. 53) § 370 AO Rn. 327; vgl. BGH, wistra 1989, 263 (264).

¹⁰⁵ *Tiedemann/Otto* (Fn. 41) 597 (640).

¹⁰⁶ *Müller* (Fn. 27) S. 412.

International

Nicholas Léger-Riopel*

Medical Liability in an Era of Evidence-Based Medicine

A. Introduction

The emergence of *evidence-based medicine* (also known as “EBM”), over the course of the last three decades,¹ is attributed to a “synchronisation”² of the spheres of medicine and law, aimed at an increased awareness of empirical and objective data in the context of clinical decision making. In law, such a movement translates into an increased volume of statistical and epidemiological studies as admissible evidence before the courts, especially when it concerns medical liability.³

In the larger context of legal acknowledgement of arguments related to the medical sphere, difficulties inherent in the interface between law and science were revealed as crucial matters for several ruling bodies, since the scope of law goes hand in hand with the coordination of its institutions with medicine’s constant evolution.

The study of health law provides one an ideal observation point from which to view the interactions of medical and legal reasoning. In fact, analysing the conceptual characteristics of evidence-based medicine’s core theoretical aspects might well contribute to a more sophisticated understanding of the movement by the legal system. Such an exercise might reveal, in the end, a more or less comprehensive integration into law of the EBM approach to medicine.

This article aims to foster a better understanding of the consequences of the EBM movement by grasping its implications in relation to evidentiary and substantial legal issues. Namely, we will address the new role of expert evidence in the EBM era, some foreseeable impacts on the well-known standard in civil law traditions of the “reasonable individual”, as well as some impacts of the EBM’s probabilistic turn on the application of factual presumptions regimes. These various objects of inquiry stem from a common thread as they all bear upon the more general question of the interaction between law and medicine in judicial contexts. The very formulation of the legal standard of care, which will be addressed in more details in B.IV., doesn’t remain unchanged from the

rise of the EBM perspective in medicine, phenomena which will in turn be briefly delineated in the ensuing remarks.

B. The emergence of evidence-based medicine: a protean reform

Several authors have pointed out that medical knowledge, especially in clinical medicine, generally builds upon itself in an idiosyncratic manner.⁴ In other words, clinical decision making involves the mobilisation of several different types of knowledge, acquired either through the physician’s academic endeavours or through practice and experience, in a context where available epidemiological data are *not* integrated in a way that would make them considered an important and reliable source of information for clinical decision making.⁵

Noah reminds us that the EBM movement is the result of the reform of a practice of medicine traditionally “based on opinions”, which resulted in what has been described as a some-

* The author is an attorney and a Ph.D. candidate in law at the University of Montréal, Canada.

¹ The paternity of the expression “evidence-based medicine” is generally attributed to David Sackett, a Canadian physician, as well as to his colleagues from McMaster University in Ontario, who have developed such a concept as a way to teach and practice medicine, mostly in parallel with the activities of the “*Evidence-Based Medicine Working Group*”. Please also see: *Glancy/Saini*, *J. Am. Acad. Psychiatry Law* 2009, p. 439.

² *Glancy/Saini*, *J. Am. Acad. Psychiatry Law* 2009, p. 438; *Noah*, *Ariz. L. Rev.* vol. 44, 2002, p. 373; *Farell*, *Cardozo L. Rev.* vol. 15, 1994, p. 2183; *Mello*, *Wake Forest L. Rev.* vol. 37, 2002, p. 821.

³ *Mello*, *Wake Forest L. Rev.* vol. 37, 2002, p. 821. *Christoffel/Teret*, *Am. J. Pub. Health* vol. 81 1991, p. 1661; *Lempert*, *Colum. L. Rev.* vol. 85, p. 1985, *Gronhovd*, *Notre Dame L. Rev.* vol. 62, 1987, p. 688.

⁴ Several authors maintain that traditional medical reasoning is but an interpretative procedure through which the physician’s anecdotal, experimental and scientific knowledge comes together during the “particularization” phase required by any clinical case. *Tenenbaum*, *Journal of Health Politics. Policy and Law* Vol. 19 No.1, 1994, p. 27. *McDonald*, *Ann Intern Med.* vol. 124, 1996, 56-62.

⁵ *Michel*, *Polski Przegląd Chirurgiczny*, vol. 79 no. 2, 2007, p. 150; *Saarni/Gyilling*, *J. Am. Acad. Psychiatry Law* Vol. 37 no. 4, 2009, p. 438; *Sackett/Rosenberg/Gray, et al.*, *BMJ* vol. 312, 1996, p. 71.

what unreflective adherence to well-entrenched habits in clinical decision-making, furthermore generally refractory to the latest findings of medical literature and biomedical research.⁶

Evidence-based medicine, while it addresses these shortcomings of clinical practice, exhibits an explicit normative dimension, as it tells physicians making decisions to give priority to the most significant bio-statistical information available, which is often compiled in clinical guidelines provided to clinicians.⁷ In so doing, a reorganization is suggested when it comes to the hierarchy of sources taken into account throughout the physician's decision-making process, leaning toward a prioritization of large-scale and statistically significant epidemiological studies — specifically those whose methodology complies with the standard known as “double blind, random clinical studies.”⁸

Thus, the EBM approach relies on the conviction that it is possible to establish a hierarchy of useful medical sources with the perspective of reducing biases.⁹ Such an approach embodies a philosophy which authors have acknowledged as a prioritization of reasoning more receptive to the so-called *large numbers* provided by epidemiology than to the “case-by-case” method favoured by pathophysiology and clinical experience.

EBM may be perceived as the result of several types of pressure and of the confrontation of contradictory conceptions of medical science. Whether it be pressure applied on our health systems (in favour of a greater rationalization or efficiency) or increasing demands for information technologies within clinics and hospitals, the structure of the patient/physician relationship is undergoing significant changes in the name of evidence-based medicine.¹⁰

According to several authors, the EBM philosophy reorganizes the balance of power at the centre of the medical community by suggesting a conception of medicine based, for the most part, on the ideals of efficiency generally sought by health system administrators and managers.¹¹ Others see it as a resurgence of scientific positivism¹² or of some form of latent “scientism.”¹³

Noah points out that evidence-based medicine deals primarily with the procedural aspects of clinical decision-making, not by promoting any particular form of intervention but rather by taking into account, at the first opportunity, a specific kind of study deemed more “scientifically viable” than the traditional *habitus* of clinicians, based on experience and practices generally recognized by their peers:

*By constructing a rough hierarchy that reflects the value of the different types of clinically-relevant information, evidence-based medicine attempts to improve decision-making by practicing physicians. When faced with a clinical problem, health care professionals should, in descending order of preference, look for guidance in systematic reviews of randomized controlled trials, the results of individual controlled clinical trials, observational (uncontrolled) studies, and anecdotal reports of clinical observations. The sections that follow elaborate on each of these different types of biomedical information. Personal clinical experience remains an essential predicate for the effective application of EBM, but it should not provide the primary basis for making treatment decisions.*¹⁴

Several authors have also suggested that while the EBM movement advocates a rational hierarchy of the numerous resources available to physicians, various phases of the clini-

cian's decision-making process remain largely dependent upon his or her practical abilities — including the accurate identification of a source or the recording of observations required by a diagnosis.¹⁵

EBM's methodology rests on two basic premises: (1) it is possible for a physician to identify the most helpful source, given the specific case at hand, and (2) relevant facts are non-ambiguous and accessible through common clinical observation.¹⁶ Given these postulates, some authors have spoken in favour of an expansion of EBM's current analytical framework, namely through due consideration of so-called “implied” clinical knowledge¹⁷ and the acknowledgement of the contribution of social and contextual factors to the definition of “pathology”.¹⁸

Hence, evidence-based medicine prompts the physician to heightened reflexivity when it comes to the sources he or she refers to in daily clinical practice,¹⁹ for instance, by introducing complexity into common medical knowledge through the notions of “fallibility” and “falsifiability” — which, to some observers, represent the most prevalent characteristics of the new approach.²⁰ This added complexity, as will be shown in the next sections, brings to light the different or diverging ways law and medicine grasp scientific uncertainty.

C. Legal acknowledgement of evidence-based medicine

I. Legal evidence vs. scientific evidence: different ways to address uncertainty

Anyone remotely interested in health law will readily testify to the recurrent and inherently enduring character of the difficulties encountered at the level of judicial recognition of arguments related to medical science.

Law — driven as it is by a decision-making dynamic — maintains with uncertainty a relationship that is quite different from science's,²¹ in particular since the judicial process has as its primary objective the stabilization of legal interactions through specific rules of law such as *stare decisis*, prescription and the principle of irreversibility of court decisions — which all aim at containing the uncertainties associated with litigation.

⁶ Noah, (note 2), p. 382. Please also see: *Berwick*, Qual. Saf. Health Care, vol. 14, 2005, p. 315.

⁷ *Davidoff/Haynes/Sackett/Smith*, British Medical Journal vol. 310, 1995, p. 1085. Please also see *Tingle/Foster*, ed., Clinical Guidelines: Law, Policy and Practice, 2002, p. 45.

⁸ On the history of this standard, a contributing factor to the acknowledgement of the “scientific” status of medicine, please see: *White/Hillis*, Health Sociology Review Vol 11 (1 & 2), 2002, p. 5. Please also see: *Stolberg et al.*, AJR Vol. 183, 2004, p. 1539.

⁹ *Ashcroft*, Med Ethics vol. 30, 2004, p. 131.

¹⁰ *Baudouin*, Les Cahiers de droit, vol. 28, no. 1, 1987, p. 117-124.

¹¹ For a detailed study of this topic, please see: *Rosoff*, Journal of Health Politics, Policy and Law Vol. 26 No.2, 2001, p. 328. Please also see: *Belkin*, Journal of Health Politics, Policy and Law vol. 22, 1997, p. 509.

¹² *White/Hillis*, (note 8), p.5.

¹³ *Mercer*, Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy vol. 22, no. 4, 2008, p. 405.

¹⁴ Noah, (note 2), p. 381.

¹⁵ *Henry et al.*, Academic Medicine Vol. 82, no. 3, 2007, p. 293.

¹⁶ *Id.*, p. 292.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *White/Hillis*, (note 2), p. 9.

¹⁹ Noah, (note 2) p. 465.

²⁰ *Parker*, Medical Humanities vol. 31, 2005, p. 23, notably at p. 28.

²¹ *Leiter*, BYU L. Rev., 1997, p. 803.

The analytical framework we propose defines the epistemological properties of several concepts which are bound to meet and interact as *scientific* rationality makes its way into our courts, especially in the context of medical liability. Two categories of evidence are thus introduced, each bringing its own contextual and historical particularities and driven by its own functions and principles.

As pointed out by *Leiter* in a remarkably thorough study of the question, evidence in law and in science evolves in different matrixes where various sets of objectives must be distinguished, first according to their internal workings as practical ways to organize knowledge (epistemic functions), and, second, because our legal system proves to be more and more open to considerations which go beyond a mere amalgamation of logically-connected standards (non-epistemic functions).²²

First and foremost, legal evidence owes its specificity to the particular functions of judicial decisions, which, unlike scientific discoveries, do not represent actual, *real* events. To believe otherwise would be to greatly misconstrue the normative and *performative*²³ dimensions law shares with reality. As underlined by *Flückiger*, the question has troubled many a great legal scholar as it would be idle to recognize in a judgment the same value as scientific truth, as a judgment aims to provide with what is right, in accordance with current texts, and is not bound by strictly scientific imperatives and methodology:

It then becomes futile, according to Van de Kerchove, “to remind ourselves of the fiction of absolute scientific truth, inherent to judicial decisions, in order to acknowledge the fact that the judgments on which they rely benefit from an irrefutable presumption of truth, and that they also benefit from an authority that, within the limits of the law, is deemed irrevocable.” Bruno Latour, in an ethnographical comparison between jurists and scientists, (...) concludes that *it becomes imperative not to ask sciences to decide, not to ask law to speak the truth.* (TRANSLATED BY THE AUTHOR) (references omitted)²⁴

Another factor which greatly differentiates scientific evidence from legal evidence is that law, as a particular expression of a democracy, sees its “truth-finding” potential limited by the nature and requirements of its own institutions.²⁵ A specific piece of evidence might not be *relevant*, while a piece of relevant evidence might not be *admissible*, given due consideration to constitutional imperatives. Such limitations might substantially reduce the volume and scope of data available to magistrates, and can only be justified by the functions of law (which we have qualified as non-epistemic), around which multiple values and objectives circulate:

Furthermore, law establishes limits whose objectives reach beyond a manifestation of the truth. All evidence is not necessarily admissible, since all means to obtain it are not necessarily valid. Discovery of the truth is not the sole objective of a trial, and it must certainly not become so. As *Perelman* reminds us: ‘techniques related to evidence and the truth it must bring forth [...must] reconcile with other values, sometimes viewed as more important.’²⁶

Science, as a dominant paradigm of the truth in law, proves quite useful in establishing relevant facts in a judicial con-

text.²⁷ Since the primary objective of evidence management is to convince the magistrate of the existence of a given fact, one can identify a similarity between law and science: both aim to find the truth. In the context of a trial, however, such a movement might have to adjust to the requirements of other values sought by the law construed as a system open to society as a whole.²⁸ As will be discussed in the following section, the encounter of scientific and legal knowledge in judicial contexts often reflects on the administration of expert evidence.

II. Management of expert evidence in the context of evidence-based medicine

Early on, the EBM philosophy focused its attention on the conceptual framework surrounding “expertise” as part of the hierarchy of sources presented to clinicians. A few of its strongest advocates pointed out that the movement should encourage a better allocation of resources by avoiding (as much as possible) the resort to an expert, whose role can often enough be thought of as reduced to a mere “means” of introducing a specific piece of evidence, namely statistical and epidemiological data.²⁹

Others have attributed a transitional role to the knowledge and experience of clinical experts specialized in given fields, as long as empirical data complying with the requirements of EBM were made available.³⁰ Hence, and as far as expert evidence is concerned, EBM’s position respects the hierarchy of medical resources it proposes, while favouring the epidemiological perspective over decision-making procedures centered on the clinician’s personal experience.³¹

²² *Id.*

²³ Meaning that a legal decision sometimes creates a statement of fact that did not exist prior to it. For instance, let’s consider the “I now pronounce you man and wife” of the public official invested with the authority to perform a marriage, or, obviously, the content of a court’s decision. I wish to thank Professor Jean-François Gaudreault-Desbiens, who pointed out that the “heart” of a judgment’s performative function might very well be limited to its conclusions. On the question of performative statements in law, please see: *Austin*, *How to Do Things with Words*, 1962.

²⁴ *Flückiger*, *Revue européenne des sciences sociales* Tome XLI, no. 128, 2003, p. 108.

²⁵ Keeping in mind that the institutional characteristics of each level of decision-makers (such as prevalent judicial policies), might come into play: *Zaor/Léger-Riopel*, *Droit professionnel et disciplinaire* vol. 351, 2012, p. 285. *Molot*, *McGill L. J.*, 1972, p. 310. *Comtois*, *R. du B.*, 1999, p. 121-154.

²⁶ *Comtois*, *R. du B.*, 1999, p. 121-154.

²⁷ *Farell*, (note 2) p. 2183: “[S]cience has the strongest claim to truth, because unlike other disciplines, scientific truths are based on rigorous, replicable, empirical experiments and observations of a real world that can be known through the senses. It follows then that law, as a system for resolving disputes based on truth and justice, should make use of scientific facts to the greatest extent possible. While the law may be seen as a different enterprise, it nevertheless must strive to include scientific explanations in its truth.” (p. 2191).

²⁸ *Houin*, *Revue internationale de droit compare* vol. 5 no.1, 1953, p. 69.

²⁹ *Mello*, (note 2), p. 852. On this matter, the author refers also to *Shuman*, *J. Health Pol. Pol’y & L.* vol. 26, 2001, p. 280-281.

³⁰ Meaning that the EBM movement criticizes, first and foremost the “experimental” aspect of expertise. *Tonnelli*, *Academic Medicine* Vol. 74, no. 11, 1999, p. 1187.

³¹ *Mello* listed two categories of arguments favouring an elimination of clinical expertise as a unique or primary source of evidence in health law. Those two categories are directly connected to multiple biases sufficiently prevalent to influence expert evidence. *Mello*, (note 2), p. 823.

While several judicial decisions have addressed the sensitive task of supervising the activities of expert witnesses, the most famous of them all remains the *Daubert*³² case, which requires that any expert evidence be derived from a methodology offering enough “testability” as well as an already-disclosed threshold of error, be published and already reviewed by peers, and be generally accepted as valid by the targeted scientific community.

When it comes to the role and assessment of expert evidence, the relationship between medicine and law offers each an opportunity to appreciate the epistemic proximity of the disciplines. On that subject, *Mercer* points out that the reorganization he has witnessed in several regimes of scientific and expert evidence management were prompted by a proliferation of critiques related to the interactions between law and science³³ — whether respecting the tendency of experts to deform scientific truth or the obstacles awaiting judges who must appreciate the quality and weight of scientific evidence:

*Like the EBM “revolution,” the Daubert revolution hooked into broader critical debates about problems with law and science, but ultimately focused on “experts” as the problem and “science” as the solution. In a sense both movements can be seen as offering “epistemological fixes” (appeals to ideals of scientific method and mechanical objectivity) to perceptions of broader socio-technical problems surrounding medicine and the interactions of law and science. As might be expected the neatness of the rhetoric of such “epistemological fixes” would be difficult to sustain, as the movements became influential and actual practices and doctrines began to be re-shaped.*³⁴

Although it was released in an American context, the *Daubert* case has found its way into Canadian law and has since been quoted twice by the Supreme Court.³⁵ In fact, *Daubert* bears witness to an adjustment of the law to new and modern forms of medical science, which expose tensions between a standard of medical fault traditionally based on the actions of peers and a somewhat more coherent standard driven by the precepts of evidence-based medicine.³⁶

Farell has observed that the reasoning adopted in the *Daubert* case leans toward a system of admissibility of scientific evidence more or less in tune with the inherent normativity of evidence-based medicine,³⁷ as it seems consistent with the empirical requirements of the movement. In that context, critiques often addressed to EBM might as well be directed to the evidence regimes inspired by the *Daubert* case: epidemiological data tend to be given unwarranted credibility when they are weighed by a magistrate who is not sufficiently versed in current statistics,³⁸ while they tend to overshadow the existence of alternate approaches to clinical practice, in particular the physio-pathological parameter.³⁹

Hence, a noticeable shift might occur at the level of the proverbial “duel of experts,” the debate centring no longer around the questions of credentials and opinions of experts, but rather focusing on the sources they relied upon at the time of jotting down their respective conclusions (the whole subject, of course, to their validity and credibility, as defined by evidence-based medicine⁴⁰).

That being said, legal acknowledgement of evidence-based medicine, as a unit of measure of the scientific value of a piece of evidence in the context of medical liability, might very well misconstrue the epistemological and institutional limits imposed on magistrates, as well as the difficulties they must face when addressing complex scientific matters.⁴¹

What grants the regime its permanence (through its capacity to adapt to ever-changing social and scientific realities) is undoubtedly the characteristic flexibility of medical liability’s regime. Those attributes of medical liability have been acknowledged by *Cohen* as opposed to the “hardening” which would occur as a result of a direct integration, in law, of the values and scientific premises of evidence-based medicine.⁴²

The intersection of law and medicine at the level of expert evidence raises general questions such as the role of customs and habits in delineating a standard for medical fault and the impact of EBM-based clinical guidelines on the emergence of modern ways of perceiving and practicing medicine. The extent to which evidence-based medicine is recognized before courts of law will undoubtedly impact what is legally conceived as an acceptable practice, as the legal standard of the “reasonable” physician is pervious to developments in medical knowledge and clinical practice.

III. Medical liability and its core institutions: the notion of “a reasonable physician”

Several authors have pointed out that the notion of “a reasonable individual,” as found in the laws of various states, is rather imprecise and, as such, often referred to as “vague.” The epistemology of law could explore the *objectives* of that “out-of-focus” status of such a central standard for liability, which is invoked in general civil liability as well as in professional and medical liability.⁴³

³² *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). In that case, the United States Supreme Court developed a four-step set of criteria according to which a magistrate is asked to rule upon the quality of scientific evidence. Please also see: *Harv. L. Rev.*, vol 113, 1999, p. 1471, n. 26. “The four *Daubert* factors are: (1) whether the methodology upon which the testimony is based has been, or can be, tested; (2) whether the methodology “has been subjected to peer review and publication;” (3) the methodology’s “known or potential rate of error” and the availability and use of standards to control the methodology’s operation; and (4) the extent to which the methodology is generally accepted in the relevant scientific community.”

³³ *Mercer*, (note 14), p. 408.

³⁴ *Id.*, p. 409.

³⁵ *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6. The *Daubert* case was also referred to in Quebec by decision-making authorities dealing with administrative and criminal law: *CSSS de Port-Cartier*, 2011 QCCLP 2344; *R. c. Croteau*, 2004 CanLII 26808 (QC CS).

³⁶ *Hurwitz*, *BMJ* vol. 329, 2004, p. 1024.

³⁷ *Farell*, (note 2).

³⁸ *Mello*, (note 2), p. 856, n.120.

³⁹ The expression “Exclusionary Ethos” was coined by *Mercer* in order to suggest the tendency of the *Daubert* case to exclude emerging clinical practices. *Edmond/Mercer*, *Law and Policy* vol. 26, 2004, p. 231. On the matter of excluding complementary or alternative medical practices, especially when they rely on qualitative studies, please see: *Hunter/Grant*, *Evidence-Based Integrative Medicine* vol. 2, no. 4, 2005, p. 189-194.

⁴⁰ *Mello*, (note 2), p. 854.

⁴¹ The stakes seemed obvious to Justice Rehnquist, in the *Daubert* case, 509 U.S., p. 600 “*I am at a loss to know what is meant when it is said that the scientific status of a theory depends on its ‘falsifiability,’ and I suspect some of [my fellow federal judges] will be, too.*” Please also see: *Farell*, (note 2).

⁴² *Cohen*, *Seton Hall. L. Rev. Vol.* 33, 2002-2003, p. 943.

⁴³ As underlined by Professor *Patrice Deslauriers*: “In this respect, it is useful to point out that like in the common law of civil liability, a physician will not be judged on the merit of his own ordinary behaviour. In other words, the task is not to prove that he has disobeyed his standards. Contrary to this method of analysis, the objective is to determine if the author of the damage has acted in compliance with the “reasonably prudent, cautious and competent physician standard.” On the notion itself, please see: *Deslauriers*, *Responsabilité*, vol. 4, Titre II, Édition Yvon Blais, p. 127.

Following the same reasoning, *Louise Langevin*, in a remarkably astute study on the notion of “a reasonable individual” in Quebec law, suggested that it is, in fact, the imprecise character⁴⁴ of the standard which (by maintaining enough flexibility to adjust to an eventual evolution of the context) allows the liability system as a whole to satisfy the ends traditionally sought by law:

*This capacity to adapt to times and circumstances endows this model with an appearance of equity. In fact, while it calls upon a somewhat abstract model, it is not totally blind — it offers our courts enough flexibility to render decisions that offer clear indications that justice was rendered. Courts and authors then agree on an abstract model of determination, which still takes into account all relevant external circumstances.*⁴⁵ (TRANSLATED BY THE AUTHOR)

Such remarks rely on a conception of law which takes into account that the institution of liability is not a formal network of rights and obligations where a mere exercise in deduction allows for a perfect match of the legal norm to the relevant facts of a case. It is only by “opening” law to means sought after *outside* the legal norm that one can effectively eliminate the notion of a legal system viewed as a purely algorithmic formula. In fact, such an “open system” view of the law was favoured by the legislator at the time the *Civil Code of Quebec* was promulgated.⁴⁶

As already mentioned, *Leiter* sees flexibility as a means to demonstrate that the liability system and its numerous rules rest upon a dual structure comprised of epistemic and non-epistemic perspectives. In other words, law usually tends to remain flexible enough to allow for the search for practical objectives, or for the implementation of external goals while remaining true to its formal standards.⁴⁷

Thus, it is legal activity’s diversified attributes, as well as its finalities irreducible to the mere production of “viable” or “valid” knowledge, that clearly differentiate it from science. Knowledge attributable to scientific activities is not, generally speaking, confronted with the numerous listeners, interests and objectives a judicial decision must satisfy.

IV. The regime of factual presumptions: between causality and probability

As we have seen, medicine and law approach uncertainty in different ways — which is of acute interest when the courts are expected to determine the cause of an iatrogenic incident not through direct causation, but rather by applying factual presumptions, known in various jurisdictions under the doctrine of *res ipas loquitur*.⁴⁸ The question of factual presumptions is not merely procedural as it may acquire unsuspected weight in the substantial issues of allotting liability in contexts of scientific uncertainty or of conflicting expert evidence. That is, the identification that damage occurred *outside* the normal course of events may very well in turn underpin what will be deemed as a reasonable clinical practice by the decision-maker.

According to *Jutras*, problems in the application of factual presumptions may stem from the diverging worldviews of medicine and law about what a *normal* course of events is in a clinical context. While certain therapies come with the knowledge of a more or less important degree of risk, judges may show a tendency to conclude to negligence when the risk of the therapy was low. In doing so, courts are transforming the presumption of *facts* to a presumption of *negligence*, therefore “denying that the therapy itself came with inherent

risks which have nothing to do with negligence.”⁴⁹ For *Jutras*, a keener understanding of the factual presumptions regimes might be beneficial to shed some light on the medical liability “crisis”:

But there is more: the structure of factual presumptions, in itself, is inconsistent with the genesis of some iatrogenic incidents. Indeed, referring to a factual presumption implies the occurrence of an event perceived as abnormal. Yet, several therapies come with some inherent degree of risk, meaning that negative consequences remain possible, and so, normal. If the chances that such a tragic consequence might occur are high, we can hardly speak of an “abnormal event” when tragedy strikes.(...)

Civil liability’s conceptual structure is thus in a situation of crisis, mostly because of this lack of harmony between legal and medical reasoning, as well as a potential reorientation of fundamental principles aimed at facilitating the compensation of victims. (TRANSLATED BY THE AUTHOR)⁵⁰

Hence, we must conclude that factual presumptions refer to a notion of judicial causality which is quite different from medical causality. In fact, maybe such a difference in the epistemic properties of the notion of “causality,” as it manifests itself in law and in science, can explain why the implementation of factual presumptions is often laced with difficulty. As *Mello* points out, as clinical reasoning assesses multifactorial causation, the judicial activity is bound to abide by a binary reasoning as its outcome – the judgment – is in itself binary by nature.⁵¹

Keeping these issues in mind, the convergence of EBM’s probabilistic (or statistical) approach and of the regime of presumptions might give rise to certain contradictions. As pointed out by *Neil B. Cohen*, the “weight of evidence” referred to in civil matters is often perceived as being based on an analytical framework where the onus can be defined in probabilistic terms (namely, 50% +1). Such an abstract view suggests a context where the notions of *legal* evidence and of *medical* evidence might be confused: if preponderance or probabilities requires a ratio of 50% + 1, a hypothesis whose margin of error reaches 5%, meaning it is 95% reliable, can appear more than sufficient.⁵²

When it comes to factual presumption, associating statistics with legal evidence might reduce the possibilities of acquittal based on the occurrence of another, less probable cause. In the end, maybe this convergence of legal evidence and of EBM-type evidence demonstrates a gradual transformation of

⁴⁴ In this context, the notion of “imprecision” could be envisioned as a form of “sub-determination,” as suggested by *Timsit*, *Les noms de la loi*, 1991.

⁴⁵ *Langevin*, *Les Cahiers de Droit* vol. 46, no. 1-2, 2005, p. 359.

⁴⁶ *If the Civil Code remains somewhat vague on the subject of specific norms or notions, it expresses, to a certain extent, the numerous interests and ambivalences of our society. We must see these rules as the pores through which the Code is allowed to breathe, gain strength and adapt through the interpretation that will be made of it as our society evolves”* Ministry of Justice, *Commentaires du ministre de la Justice: le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. vii. (translated by the author).

⁴⁷ *Leiter*, (note 21), p. 816.

⁴⁸ On the subject of presumptions used in Quebec’s law on medical liability, please see: *Deslauriers*, (note 43), notably, the author also quotes *Nicol*, *R.D.U.S.*, vol. 27, 1996-1997, p. 139.

⁴⁹ *Jutras*, *Les Cahiers de Droit* vol. 31, 1990, p. 835.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Mello*, (note 2), p. 829.

⁵² *Id.*, p. 837.

the obligation of means (generally attributed to a physician) to an obligation of results.⁵³

Since any abstraction brings a certain degree of simplification, this perspective overshadows the complexity of the rationalities at play by removing from the analytical framework the significant differences between scientific and legal evidence. On this subject, *Ménard* reminds us that the unconditional acceptance of the statistical views in a judicial context might very well reduce the scope of the evidence traditionally offered to magistrates: causality in law is allotted in regard to the *whole* of the proof available, which may include statistics without *requiring* it:

The expert will say that all we can be sure of is that this or that complication arises in 60% of cases, without addressing the question of whether or not it probably occurred in the case at hand. He or she won't go further than inferring the fact. (...) Statistical evidence might be useful at a quantitative level, but it shall in no way be decisive. Furthermore, when statistical evidence does not establish causality according to the preponderance of probabilities, causality in law might still be obtained if the evidence as a whole warrants such a conclusion.

*Reducing the whole debate on causality to a mere question of statistical causality might lead the courts to an overly rigid interpretation of causality...*⁵⁴ (TRANSLATED BY THE AUTHOR)

Seen as evidence, the probabilistic approach receives some interesting consideration in the theoretical framework developed by the author *Banakas*, according to whom there exists a “natural” or “scientific” cause, generally associated with liability without being *always* identical to “judicial” cause — the only one actually sanctioned by law.⁵⁵ From this theoretical perspective, the EBM movement offers what a Scottish Supreme Court Justice has called a “naked statistical witness”⁵⁶ — meaning that statistical evidence will have to be corroborated by some sort of supporting evidence which will apply the statistical data to the particular case at hand.⁵⁷

The institutions of medical liability seek the epistemic properties of the notions of causality in law and in science, quite different from one sphere to the other, and these properties, in turn, allow us to perceive with clarity the fact that probably causality will never conform entirely to the requirements of science. Civil liability, as a system “open” to external dialogues, refers to flexible notions that adapt to the relevant epistemic requirements.⁵⁸ In the end, the notion of causality in law might very well be revealed as a “technique of imputation,” invoked by the decision maker and guided by the need for scientific validity (without being categorically *reduced* to such a technique). In any event, what is of considerable interest to the health law scholar is the *normative* dimension of EBM towards a greater use of statistics in medical liability contexts, which may result in a distancing from a standard of care based on what is *common practice* in the medical community.

D. Reorienting a standard traditionally based on the approval of peers

From another standpoint, the EBM movement can be seen as advocating a safe distance from the traditional decision-making habits of clinicians, while focusing on the hierarchy of scientific resources to which they defer.

Such a rationalization of medical sources, often presented as an equivalent (if not a *synonym*) of “good clinical practices,” does not always go hand in hand with the norm of medical liability, developed by the courts and based on the “reasonable” criteria of a given practice.⁵⁹

Traditionally, the legal formulation of the standard of “medical fault” has emerged in parallel with the attribution of a particular status to the medical profession, based on a principle known as “justice by one’s peers”. *Carter* has identified the conceptual and socio-historical precepts of such a particular approach purporting to the notion of medical fault, while underlining the various sources of the deference of decision-making authorities to the standards and customs specific to the medical community:

*Scholars identify several theories to explain this special treatment of the medical community. One of the most frequently cited explanations for judicial deference to medical custom is respect for medical professionals. Another justification is ‘the inability of laymen to evaluate the technical judgments of specialists.’ One commentator explains, ‘Courts have recognized the fact that laymen lack the capacity to adequately evaluate a physician’s conduct or to adequately determine what a reasonable and prudent man under the same circumstances with specialized training and knowledge would have done.’ (...) Thus, a plaintiff rarely can recover when the defendant physician complied with the customary standard of care.*⁶⁰

Several authors have found in the emergence of the EBM movement warning signs of a likely reorganization of the standard of medical fault, traditionally based on the recognition of proverbial “rules of the trade” and of customs cherished by the medical community. As a result, analytical frameworks might be transformed as a noticeable shift occurs from *what is usually done* in medicine to *what should have been done* in a given case.

Although a relatively small number of decisions from Canada’s and Quebec’s courts deal specifically with evidence-based medicine at the moment, one should refrain from concluding (quite prematurely) that the movement is not widely accepted in law. As long as it is viewed as a “paradigm” of medicine, it is possible for EBM to play an active part in the

⁵³ *Baudouin*, (note 10), *Jutras*, (note 49), p. 827.

⁵⁴ *Ménard*, *Les Développements récents en droit de la santé*, Barreau du Québec, 1991, p. 1. Please also see the reasoning followed in *R.C. c. Régie de l’assurance-maladie du Québec*, 2004 CanLII 64163 (TAQ).

⁵⁵ On the matter of causality as a question of judicial policy, please see *Banakas*, *Revue Lamy Droit Civil* no. 40, 2007, p. 93-99.

⁵⁶ *McTear v. Imperial Tobacco Ltd.*, [2005] Scots CSOH 69 (J. Nimmo-Smitt). Rosoff points out that, traditionally speaking, judges are less inclined to accept qualitative evidence: *Moreover, law is much more a qualitative (verbal) than a quantitative discipline; judges might be less comfortable relying, or instructing a jury to rely, on a guideline derived from quantitative, statistical processes rather than on expert witnesses’ “interpretive stories.”* Rosoff, (note 11), p. 352.

⁵⁷ *Mello* reveals that scientific causality does not usually require the “particularization” exercise deferred to in civil trials. As such, she highlights the limitations of both *correlation* and *causality*. *Mello*, (note 2).

⁵⁸ According to *Kouri*, the difficulties encountered while managing scientific evidence during trials call for the immediate adaptation of “equitable solutions” to the judicial framework. *Kouri*, *R.D.U.S.* vol. 32, 2001, p. 213.

⁵⁹ See note 45 and *Noah*, (note 2), p. 382.

⁶⁰ *Williams*, (note 44), p. 501.

construction of a “normal science of medicine.”⁶¹ As such, the acknowledgement of the legal status of clinical guidelines (as a means of propelling and implementing the objectives of the EBM movement) might give birth to a *corpus* of judicial debates involving various conceptions of medicine.⁶²

E. Closing remarks

Judicial acknowledgement of the premises of evidence-based medicine might depend on various considerations related to the medical and professional liability’s conceptual structure, as well as on the institutional characteristics of the decision-making organs dealing with clinical liability.

The particular (and rather complex) interactions of law and medicine might reveal some tensions between the normative orders in the midst of which different (and sometimes conflicting) conceptual frameworks coexist. The significance of customs and habits throughout the medical community (when it comes to determining the “reasonable” aspect of a given clinical practice), not unlike the acceptance of emerging practices and experimental therapeutic techniques, might vary according to different (and, once again, conflicting) conceptions of medicine, and to the degree of acknowledgement of EBM as a paradigm of “good practices.”

In retrospect, one must observe that law, as a knowledge-producing process, adopts a shifting position *vis-à-vis* the data available in medical science. Thanks to some degree of irregular proximity, the similarities between the disciplines – as clearly revealed through the activities of courts – call for a reorientation of the analytical framework toward an approach which will be able to grasp to a greater extent the complexity and reciprocity of the relationships between law and medicine.⁶³

⁶¹ The normativity of the EBM movement can be implicitly accepted in law — particularly within the “framework” in which medical liability issues are considered. One can imagine that in some specific decisions, while evidence-based medicine is not referred to directly, parties and decision-makers assess the quality of allegations and of evidence according to a “hierarchy of EBM sources.” Such reasoning might be attributed to (and flow naturally from) the *Collège des médecins du Québec c. Fanous*, 2009 CanLII 31615 (QC CDCM) (on appeal before the *Tribunal des Professions*).

⁶² On this matter, please see: *Cheah*, *Ann Acad Med Singapore* vol. 27, 1998, p. 533; *Léger-Riopel*, *R. du B. Can.* vol. 90, no. 2, 2012, p. 303.

⁶³ On the question of medicine and law both defining notions used in the area of health law, please see: *Noah*, 50 *Hastings L.J.* vol. 241, 1999, p. 293.

Dr. Philip von der Meden, LL.B. (Hamburg)

Who is a primary subject of justice?

Rawls’ concept of the person, *Nussbaum’s* critique and the concept of autoaxial systems

In this essay I present *Martha Nussbaum’s* critique of *John Rawls’* contractual theory of justice. Drawing on her capability approach, *Nussbaum* identifies three problems in *Rawls’* work. Her critique is based upon *Rawls’* concept of the person and his equation of contract framers with those for whom the contract is framed. Although I do not disagree with *Nussbaum’s* results, I claim that it is helpful to establish a foregoing concept of a right to have rights. This right might be the result of a broad overlapping consensus and it should, I argue, be ascribed to all entities which I call autoaxial systems. Autoaxial systems are all conscious forms of life which have an intrinsic value because they can feel pain and joy.

I. Introduction

Many contractual theories of justice begin with thought experiments which postulate some kind of fictional state of nature where members of a future society decide the principles that are supposed to govern their lives.¹ One of the reasons for these thought experiments lies in the necessity to create moral standards in a world in which divine principles have lost their persuasive power. Those social contract theories that are procedural do not postulate a common conception of the good. They offer procedures the outcome of which is just by definition. All moral questions are shifted from the outcome to the procedure under which the outcome is negotiated. Although the description of the contract framers may be conceived of in very different ways, very much depending on the anthropological notions of each author, the concept of the contract framers is always – at least implicitly – at the heart of each theory. The concept of those who frame the contract is the source of all principles. It determines the possible results of the negotiating process like the semen determines the shape and color of a flower. Hence, it is not surprising that an

important critique of contemporary procedural theories of justice challenges the concept of person underlying the description of the contract framers. In this essay I shall present *Martha Nussbaum’s* critique of *John Rawls’* concept of person. This critique can easily be transferred to other procedural theories of justice which are based on the Kantian notion of person. I shall begin with a quick sketch of *Nussbaum’s* reception of *Rawls’* concept of contract framers (II.). I will then turn to the three major problems that have been identified by *Nussbaum*, namely the characterization of the contract framers as free (III.), equal and independent (IV.).² After having sketched *Nussbaum’s* principle of love of justice and compassion (V.), I will offer my own account postulating a principle of a right to have rights which is derived from the biological concept of autopoiesis (VI.). I will call all primary subjects of justice autoaxial systems (VII. and VIII.). These beings have a right to have rights.³

II. The concept of the contract framers

Rawls places all members of society into the so-called original position.⁴ Drawing on Hume’s description of the conditions under which “human cooperation is both possible and necessary”⁵, he assumes that all members of future society share a rough equality of physical and mental power and

¹ For a survey of these positions compare: *Nussbaum*, *Frontiers of Justice. Disability. Nationality. Species Membership*, 2006, p. 9 et seqq. I only focus on this work in this essay. I thank *Jan Gallert*, *Konstantin Pistorius*, and *Jan Sturm* for their very helpful comments on earlier drafts of this essay.

² *Nussbaum* (note 1), p. 14 et seqq.

³ For the expression “right to have rights” see *Arendt*, *The origins of totalitarianism*, 1951.

⁴ *Rawls*, *A Theory of Justice*, rev. ed., 1999, p. 102 et seqq.

⁵ *Rawls* (note 4), p. 109.

force. *Rawls*, who expressly understands his own approach as part of the social contract tradition,⁶ assumes that people, before entering into institutionalized forms of cooperation, do not necessarily care for one another. People are legitimately expected to be merely focused on furthering their own interests. In line with many other theorists, *Rawls* thinks that a political theory is stronger if it works even under the premise of selfish parties. However, people also have to be described as being fully rational actors. Without his strong emphasis on rationality, *Rawls*' thought experiment would immediately collapse because all members of future society have to decide which principles shall govern their future life, and this decision is a highly complicated and abstract one. This implies that all people who frame the principles of future society must fully prescind from their own conception of the good.⁷ People are blinded by a *veil of ignorance* from "seeing" all facts concerning their individual status. As *Rawls* puts it,

"no one knows his place in society, his class position or social status; nor does he know his fortune in the distribution of natural assets and abilities, his intelligence and strength, and the like."⁸

In the liberal tradition the principles to be agreed upon are derived from the human capacity to rationality and self-determination. In its explicit procedural forms they gain their strength from the idea that legitimate principles not only have to be generalizable under the maxim of an individual person's thought experiment but that they need to be the result of a fair process. But as this process is not conceived of to be a moral enterprise right from the start, *Rawls* and other procedural theorists postulate a rough symmetry of force and power among the persons who frame the contract. *Nussbaum* rightfully observes that

"the fiction of the state of nature, which is explicitly said to be an imaginary hypothesis, not an account of a remote historical time, is nonetheless held to be a veridical account of some especially important properties of human interaction in the real world."⁹

This symmetry of power is an exceptionally demanding starting point for a theoretical framework which is supposed to be the base of a fair process. If all members of a future society shared roughly the same mental and physical qualities, there would indeed (one may assume) be hope for a just society. Unfortunately, the symmetry of power is not a veridical account of human properties, and it is fair to say that in fact it can never become veridical.

III. *Nussbaum's* three Problems

Nussbaum, who worked with *Rawls* in Harvard for several years and who has repeatedly stressed how much she owes to him, identifies three major problems in *Rawls*' work. (As *Nussbaum*, I will restrict myself to his Theory of Justice in this paper. We should keep in mind, however, that the following criticism also applies to similar procedural justice approaches, e.g. the discourse theory.) As the title of *Nussbaum's* work, which I refer to, indicates, these three unsolved problems are all problems of exclusion. Some beings, *Nussbaum* claims, can never be integrated into *Rawls* concept of justice. They are "behind the frontier" of the theory. All unsolved problems "prove resistant, because all involve, in different ways, great asymmetries of power and capacity and, in some cases, of moral rationality itself."¹⁰

According to *Nussbaum*, the problem of the social contract tradition is

"its equation of the group of framers with the group of eventual citizens; its reliance on an idea of rough equality of power and force, oddly run together at times with the very different idea of moral equality; its focus on mutual advantage as the point of the contract; its consequent difficulty in handling the citizenship of women and people of unequal physical and mental powers. These difficulties remain in modern contractarian theories."¹¹

Hence, all problems are ultimately the result of an inappropriate description of those who make the contract. *Rawls* acknowledged that the characterization of the citizens as *free, equal and independent* is in fact difficult for his approach.¹² Why are these problems so difficult? Let us now shed light on each of the relevant features criticized by *Nussbaum*.

IV. Freedom

In the secular tradition of enlightenment the concept of freedom plays a central role in moral, legal and political philosophy. It has traditionally been associated with two meanings – a negative and a positive one.¹³ In its negative sense freedom is freedom *from* something, e.g. freedom from illegitimate coercion by the state. In its positive sense freedom is often seen as the capacity to moral self-determination. In *Kant's* very influential legal philosophy each person's freedom is only limited by other people's freedom. According to *Kant*, no action may be prohibited, so long as it does not infringe upon "the freedom of others to pursue a similar end which can be reconciled with the freedom of everyone else within a workable general law."¹⁴ Freedom is considered to be the defining element of being a person. As rationality can prevail over empirical self-interest, rational beings are endlessly more dignified than any other being. Rational beings share the ability to define their own goals. This confers dignity upon them.

The capacity to follow the moral laws of free will, i.e. the acknowledgement that others have their own free will, is central to *Kant's* concept of person. In contrast, beings that lack the capacity to control their drives are merely subject to the laws of nature. These latter entities fail to take part in the intelligible sphere of freedom. They are solely part of the empirical world. Thus, they cannot develop self-esteem or respect necessary to ascribe dignity to somebody. As they can never be an end in themselves, *Kant* calls them things, not persons. In conclusion, one can say in *Kant's* words that only a rational being whose "nature already marks [him] as an end in itself, that is, as something that may not be used merely as a means and hence so far limits all choice (and is an object of

⁶ *Rawls* (note 4), p. 11.

⁷ According to *Rawls* "the concept of right is prior to that of the good." Cf. *Rawls* (note 4), p. 28.

⁸ *Rawls* (note 4), p. 118.

⁹ *Nussbaum* (note 1), p. 28.

¹⁰ *Nussbaum* (note 1), p. 92.

¹¹ *Nussbaum* (note 1), p. 53.

¹² *Nussbaum* (note 1), p. 3.

¹³ *Berlin*, Two Concepts of Liberty, 1958, in: *Berlin*, Four Essays on Liberty, 1969.

¹⁴ *Kant*, On the Common Saying 'This may be true but it does not apply in practice', in: *Kant: Political Writings*, ed. Reiss, 1970, p. 74.

respect)¹⁵ is a person. In his later work, *Kant* reformulated his definition of the concept of person which he then understood as "a subject whose actions can be *imputed* to him. *Moral* personality is therefore nothing other than the freedom of a rational being under moral laws".¹⁶ It is important to note that for *Kant* moral and legal obligations apply to all, but only, rational agents (no matter what species they belong to). It is easy to see then that the only natural right in *Kant's* view is the right to freedom.¹⁷

This concept of freedom as a natural right has found much support in the subsequent centuries. It is also omnipresent in *Rawls'* veil of ignorance which is an intellectually highly demanding thought experiment. It only works under the idea of rationality as described by *Kant*. Without rationality, which allows for an illusory detachment from any form of self-interest, there would be no possibility to conduct the thought experiment. We can therefore (very roughly) define rationality as a being's ability to internally negate its being.¹⁸

This positive account of the concept of freedom goes along with its negative meaning. If freedom is conceived of to be an ontological fact, any natural law theory drawing upon this concept must claim that freedom also has to be *respected* by anyone feeling obliged to act in accordance with generalized rules. For the social contract tradition, *Nussbaum* consequently observes:

"The parties to the social contract are, first of all, *free*: that is, nobody owns anyone else, nobody is the slave of anyone else."¹⁹

This does not mean that a being without the capacity to form a free will may necessarily be enslaved under the social contract doctrine. It means, however, that slavery and other forms of treatment of un-free human beings that are usually considered to be gross violations of their interests cannot, without further argumentative effort, be conceived of as legally relevant violations of their *subjective rights*.²⁰ This is not to conceal the striking impact of *Rawls'* thinking on theories trying to overcome undeserved social advantages due to race, religion or income. The rationalistic idea of reciprocity entails an emancipatory potential for every society in which social and economic power is distributed unequally. Today, more than ever, *Rawls'* powerful critique of Calvinist arguments stating that advantages by birth can be morally deserved remains a useful guidance for any kind of policy making. However, at the same time the idea of reciprocal freedom as a moral and legal principle has the potential to deny some beings the advantages of the ascription of subjective rights. As many human and non-human animals lack the capacity of rationality as presupposed by *Rawls'* thought experiment, *Nussbaum* and many other authors take the position that the concept of freedom is too demanding to offer sufficient guidance for policies in a decent society. Let us have a closer look at this criticism.

The most obvious example certainly can be found in the case of very young infants. As *Kant* himself discussed this example in his anthropological work, I shall make use of it as well. (We should keep in mind, however, that the presupposition of rationality also excludes many psychiatric patients suffering from psychiatric or brain diseases as well as non-human animals.) In his "Anthropology from a Pragmatic Point of View", *Kant* comes up with the question why an infant cries after birth.²¹ His answer is consistent with his general emphasis on the role of freedom for human life. He explains the infant's yelling by reference to a wish to move its limbs. As it

cannot fulfill its wish to act accordingly and thereby feels its restricted freedom, it gets outraged and angry. Being unable to otherwise help itself, it consequently expresses its displeasure by crying. Thus, *Kant* obviously assumes a deeply rooted urge for freedom in every human being. He therefore considers the casual frustration that can easily be observed in a newly born child as an expression of constrained liberty. The distinction between intentionally caused actions and mere events, for example unintentional movements, is also common in contemporary developmental psychology. It corresponds to the differentiation between means and ends.²² Note that *Kant* uses the same terminology in his second formulation of the categorical imperative according to which you shall "act in such a way that you treat humanity, whether in your own person or in the person of any other, never merely as a *means* to an *end*, but always at the same time as an *end*."²³

However, developmental psychology has shown that infants of age younger than 8 months are usually unable to make any distinction between means and ends.²⁴ In one version of the so-called means-and-end task infants are presented an interesting toy which is placed out of their reach. The infants see, however, a string that is fixed to the toy. This string is in their reach. It is typically not before the age of 8-9 months that infants pull the string to get the toy. It is concluded that infants of that age do not yet have the capacity to perform goal-directed actions, a capacity which is a necessary precondition of intentionality. The existence of a necessary connection between goal-directedness and intentionality is an old idea in psychology. This idea, which can be traced back to William James, argues that goal representations are functional representations of action effects.²⁵ According to a modern cognitive version of that view, perception and action have common representational resources.²⁶ Action is controlled by the anticipation of action effects. There is strong empirical support from various psychological disciplines for that so-called *common coding approach*.²⁷ What does this mean for the Kantian assumption that even very young babies cry to express their displeasure with their restricted freedom?

It is hard to imagine what definition of freedom in its positive meaning one could think of that would match the factual status observed in the first 8 months of infancy. This definition would have to postulate a concept of freedom independent of intentionality and even of goal-directedness. One might argue that freedom is merely a prerequisite for goal-directedness

¹⁵ *Kant*, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, ed. Gregor, 1997, Kt. 4:428.

¹⁶ *Kant*, *Metaphysics of Morals*, ed. Gregor, 1996, Kt. 6:223.

¹⁷ *Kant* (note 16), p. 30.

¹⁸ This definition is based on *Sartre*, *Being and Nothingness*, 2012.

¹⁹ *Nussbaum* (note 1), p. 28.

²⁰ *Nussbaum* (note 1), p. 29.

²¹ *Kant*, *Anthropology from a Pragmatic Point of View*, ed. Loudon, 2006, p. 229 (note).

²² *Aschersleben*, Early development of action control, *Psychological Science*, 48(4), 2006, p. 405, 406.

²³ *Kant*, *Grounding for the Metaphysics of Morals*, 3rd ed., 1993, p. 30 (my emphasis).

²⁴ *Daum/Prinz/Aschersleben*, Means-End Behavior in Young Infants: The Interplay of Action Perception and Action Production, *Infancy* 14(6), 2009, p. 613.

²⁵ *W. James*, *The Principles of Psychology*, 1890; *Prinz*, Perspectives on perception and action, ed. Heuer/Sanders, 1987, p. 47.

²⁶ *Aschersleben* (note 22), p. 407.

²⁷ For specific literature see *Aschersleben* (note 22).

and intentionality. In this view, freedom would be seen as the *capacity to develop* intentionality, not as a sufficient condition of a concept of action and moral self-determination. In legal discussions about the point in time at which the right to life is ascribed to human beings one is often confronted with different forms of similar arguments making use of the idea that human beings have the *potential* to develop certain capacities which justify the ascription of rights as of their conception – even before those capacities have actually evolved. From a strict Kantian perspective, these arguments are not convincing because without the ability to act, that is, to intentionally do or omit something there is no room for freedom as a necessary prerequisite for the ascription of morally or legally relevant behaviour.²⁸ If a being is unable to act, what should its concept of freedom be? Freedom is only of relevance to those beings who have already developed the ability to cognitively represent action effects, thereby experiencing intentionality.

As infants of age younger than 8 months lack intentionality in that sense, their expressions of comfort or discomfort must have a different cause than a feeling of restricted freedom. Even though, theoretically, it would be possible to assume that young infants do not have any subjective experience at all I will not follow this implausible assumption here. I will, on the contrary and in accordance with new research, take the position that subjective experience of a rudimentary form is not bound to goal-directedness as a necessary condition for freedom.²⁹ That raises the question which criteria – if not freedom – can be used to distinguish between persons and non-persons. I will come back to this question under VII. and VIII.

V. Equality and Independence

Closely connected to the problem of freedom is the idea of equality in the social contract tradition. It is especially the notion of equality that makes it clear that the empirical features of the contract framers are a necessary precondition of the entire doctrine:

“ (...) social contract doctrines hold that their parties begin the bargain in a situation of rough *equality* – not just moral equality, but a rough equality of powers and resources.”³⁰

Furthermore,

“the parties of the social contract are imagined as *independent*, that is, individuals who are not under the domination of or asymmetrically dependent upon any other individuals.”³¹

People do not only enter into the bargain because they feel that they are morally obliged to do so.³² Drawing on Hobbes and Locke, *Rawls* starts with the idea that the physical features of those who frame the contract are more or less comparable. This results in a situation where every fellow being is a potential threat to anyone else’s personal integrity. People cannot enjoy any kind of social security. They are caught in a *bellum omnia contra omnes* where *homo homini lupus*. “The rough equality among the parties”, *Nussbaum* writes,

“is crucial to understanding how they contract with one another, why they would make a contract in the first place, and what they hope to gain from the social contract.”³³

Nussbaum rightly objects that this presupposition fails to appropriately describe human relations. People are not driven

apart in anguish and fear (as may have been the case during the time of the Thirty Years’ War). They are born into families. They have friends. They depend upon other people, and other people depend upon them. There is not – and there, in fact, has never been – a symmetry of power in many relations people have in the real world. Mutual advantage certainly is something human beings strive for, and it would be wrong to lose sight of this. Yet, *Nussbaum* stresses that there is much more to consider in the purpose of social cooperation. Making use of Aristotle’s philosophy, she says,

“it would be odd to imagine the human being flourishing outside a network of (...) relations; such a notion may even be a contradiction in terms, since these relations seem to be a part of human flourishing. Thus, while contractarians typically imagine a being whose good is in effect apolitical, although this being will respect the constraints of law, the Aristotelian account insists that the good of a human being is both social and political.”³⁴

If the whole point in getting together to form a society is exclusively based on the idea of mutual advantage, justice could never be conceived of as an integral part of the good. Both concepts would analytically be separated.³⁵ This separation, however, would be incompatible with the concept of justice. Justice is more than the entirety or a part of norms of a given positive law system. Although hard to define, it is, in principle, an accessible concept. And if the positive law is not to lose any connection to the idea of justice, the good cannot be ignored by lawyers.

VI. Love of Justice and Compassion

Where should a theory of justice then start from? If the concept of free, equal and independent persons who come together in order to frame a contract for their mutual advantage is too far away from reality as to offer any helpful guidance for establishing principles of justice, what principles might serve as such guidance? Is there a more appropriate description of the sources of our moral and legal aspirations?

Nussbaum offers a much broader account of a legitimate starting point for a theory of justice. The pursuit of other beings’ well-being is conceived of to be more than an extension of the concept of individual advantage. According to *Nussbaum*, we would miss the relevant point if we exclusively tried to explain altruistic behavior in terms of our own egoistic interests.³⁶ There are certainly forms of altruistic behavior which, at a second glance, are to further our own interests. But some forms of altruistic behavior are more complex. Even though, in theory, it must indeed be possible to explain every action or omission by reference to motives that are ultimately one’s own, this does not mean that the motives themselves are restricted to furthering self-interest in a way *Rawls* and his predecessors understand the notion of self-interest. We should be aware that their idea of self-interest is

²⁸ I shall not discuss potentiality arguments here. I have done that in: *von der Meden*, *Das Recht, Rechte zu haben*, 2013, p. 139 et seqq.

²⁹ See *Aschersleben* (note 22) with further references.

³⁰ *Nussbaum* (note 1), p. 29.

³¹ *Nussbaum* (note 1), p. 32.

³² *Kant*’s position is somewhat extreme here. He holds that it is a duty to enter into a civil society.

³³ *Nussbaum* (note 1), p. 31.

³⁴ *Nussbaum* (note 1), p. 86.

³⁵ *Nussbaum* (note 1), p. 89.

³⁶ Cf. *Nussbaum* (note 1), p. 35, 156 and passim.

very narrow because it is supposed to offer a starting point for a political theory allowing for an integration of the most diverse, or even opposing, conceptions of the good. With the exception of the right to freedom, not much is owed to one's fellow beings in the original position. Even though in *Rawls'* work the contract framers in their original position have some understanding of justice, questions of income and economic advantage remain the central issue.

Nussbaum's account is both less demanding and more determinate.³⁷ She emphasizes the fact that human beings are, at least for a limited period of time in their lives (and some for their whole lives), unable to offer valuable consideration to their fellow beings. Nonetheless, she holds, we feel that in a decent society their lives have a value beyond any economic exchange. We do not care for our babies and elders because we expect them to give something back which is measurable in economic terms. And we do not send mentally handicapped children to school because we hope that they become economically productive members of society. We care about the weak and helpless because we think that their lives have an intrinsic value. Therefore, *Nussbaum* argues:

“If we can arrive at principles related to those of Rawls by another route (...) drawing on suitably enlarged conceptions of reciprocity and dignity, we shall be able to extend those principles to cases that he believed a theory like his own could not reach. My conclusion is not that we should reject Rawls's theory or any other contractarian theory, but that we should keep working on alternative theories, which may possibly enhance our understanding of justice and enable us to extend those very theories.”³⁸

Nussbaum's enlarged conception of dignity is close to the so-called “ensemble theories” of dignity.³⁹ These theories try to elaborate individual rights of the most fundamental kind for every human being. They hold that human dignity is not a fundamental right which allows for the deduction of other rights, but they claim that dignity is a legal principle that has a variety of characteristics. Of course, the list of fundamental rights may vary depending on the function it has. Whereas the ensemble theory is, at least partly, an interpretation of dignity as a term of the positive law in Germany, *Nussbaum's* list is supposed to help create standards for national and international policy makers. Included in her open list of central capabilities are

- the right to life;
- the right to bodily health and integrity;
- the right to being able to use one's senses, imagination and thought;
- the right to being able to have emotional attachments to things and people outside ourselves;
- the right to use practical reason, that is, to develop one's own conception of a good life;
- the right to affiliation, that is, being able to live with and toward others and having the social bases of self-respect and non-humiliation;
- the right to being able to live with concern for and in relation to animals and nature;
- the right to being able to laugh and enjoy recreational activities;
- and the right to politically and materially control one's environment.⁴⁰

This list of central capabilities is

“moralized, and socialized, from the very start”, and “it envisages human beings as cooperating out of a wide range of motives, including the love of justice itself, and prominently including a moralized compassion for those who have less than they need to lead decent and dignified lives.”⁴¹

People do not have to give something back in order to enjoy the rights to the most extensive capabilities possible. People are not conceived of as acting merely under the premise of prudence, but the list implies the fact that “you can't get virtue J from a starting point consisting only of virtue P. Virtue J has to be in from the start. You have to put the rabbits into the hat if you are going to pull them out.”⁴² If love, care and concern for others are something we consider to be important features of our social lives, if we want them to be of significance in the world we live in, we have to rely on them right from the start. Of course, this cannot mean that they are in fact the guiding force of our actions and omissions in any situation in which we would want them to lead our behavior. But if we can, in principle, agree to them as desirable, we have to include them right from the beginning: A theory of justice would be a sad one without a strong emphasis on the role of concern for others and a minimum love of justice.

If a theory of justice is to begin with the idea that the lives we lead are of intrinsic value, regardless of the fact whether those who lead the lives are economically productive members of society who share a rough equality of physical and mental abilities, we have to reconsider our very idea of the social contract. As the contract is no longer seen as a prudent pursuit of mutual advantage, we must clearly distinguish between those beings who are primary subjects of justice and those who have the capacity to execute justice. In other words, we must no longer confuse the group of the contract framers with those for whom the contract is framed.⁴³ This approach is far-reaching for the implications of the concept of person. Now, we are no longer forced to ascribe rights only to those beings who can contribute to the well-being of the contract framers. We can treat beings who are unable to act under the doctrine of rationality as ends in themselves. In short, we no longer need the concept of person in order to confer value upon other beings. This leads us to our central question: *Which entities have an intrinsic value? Who should we include into the group of primary subjects of justice?*

VII. How should we call primary subjects of justice?

I can neither extensively discuss *Nussbaum's* capability approach in this paper, nor the question whether it is indeed a helpful base for an interculturably agreeable theory of justice. My intent is more humble. I will try to specify the core idea of the concept of primary subjects of justice. In other words, I shall ask what it is that makes an entity valuable so that we want to include it into our concepts of justice right from the beginning. My aim is to clarify the terminology and suggest

³⁷ *Nussbaum* (note 1), p. 35.

³⁸ *Nussbaum* (note 1), p. 25.

³⁹ *Hilgendorf*, Die mißbrauchte Menschenwürde, in: Byrd et al. (ed.), *Jahrbuch für Recht und Ethik* (7), 1999, p. 137, 148.

⁴⁰ *Nussbaum* (note 1), p. 76 et seqq.

⁴¹ *Nussbaum* (note 1), p. 156 et seq.

⁴² *McCloskey*, *Hobbes, Rawls, Nussbaum, Buchanan, and All Seven of the Virtues*, *Journal des Economistes et des Etudes Humaines* 17(1), Article 2, available at: <http://www.bepress.com/jeeh/vol17/iss1/art2>.

⁴³ *Nussbaum* (note 1), p. 16 and passim.

an alternative concept naming all natural entities which should be treated as primary subjects of justice.

Nussbaum holds that all beings capable of a “dignified existence” should be considered as primary subjects of justice. She expressly includes animals arguing that a dignified existence for them includes

“adequate opportunities for nutrition and physical activity; freedom from pain, squalor, and cruelty; freedom to act in ways that are characteristic of the species (...); freedom from fear and opportunities for rewarding interactions with other creatures of the same species, and of different species; a chance to enjoy the light and air in tranquility.”⁴⁴

Her approach is close to *Peter Singer’s* and other animal rights proponents’. But animal rights theorists usually restrict their position to moral claims. In a juridical context, the claim for subjective animal rights becomes more problematic if it is connected with the idea of an overlapping consensus. Obviously, the vast majority of people does not share the view that animals are entitled to the status of primary subjects of justice. Consequently, *Nussbaum’s* view has been criticized as a merely subjective and intuitive account of her own philosophical ideas of a fair society.⁴⁵

It is indeed difficult to employ the notion of dignity as a starting point for a principle of justice. Not only has dignity traditionally been a religious and metaphysical concept associated with the Christian and Kantian ideas of freedom. It may also, as *Nussbaum’s* far-reaching claims show, prove to be a difficult requirement for an overlapping consensus in pluralistic societies. Dignity may be considered to be a fundamental principle of morality and law in societies influenced by enlightenment, but for people from other social backgrounds the notion of dignity may appear as a thought-terminating cliché. Why, so one might ask, should there be an overlapping consensus that all animals have a right to “enjoy the light and air in tranquility”? It seems to be difficult to justify such rights with reference to the notion of dignity. Although this does not mean that *Nussbaum’s* conclusion must be wrong, it is, I fear, not helpful to found it on the broad, unclear and theologically connoted concept of dignity.

The same, I hold, is true for the concept of person, which has been closely tied to the concept of dignity in the Kantian tradition of liberal law systems. *Kant’s* concept according to which “moral personality is [...] nothing other than the freedom of a rational being under moral laws”⁴⁶ is the implicit starting point for *Rawls’* theory of justice with its emphasis on rationality. It still has a striking impact on *Nussbaum’s* work, though she expands her notion of dignity to the idea that rational as well as more emotion-bound forms of life can be ends in themselves.⁴⁷

But I fear that an extension of the concept of person to non-human animals has the potential to kill the concept. The term person as it has been used for far more than a thousand years in normative contexts was developed as a result of disputes in early Christianity. It was supposed to solve the theological problems of trinity and incarnation.⁴⁸ For early Christian theology it remained a serious mystery how Jesus’ nature was to be understood if he was not a demigod in the antique sense but at the same time a human son of the Holy Father. The concept of the person resolved that problem because it pro-

vided the possibility to speak of one being and many persons, that is, different aspects of the one divine epiphany.

Although some authors have suggested that non-human animals which can suffer pain should be regarded as persons,⁴⁹ I do not think that their extension of the concept is helpful to their cause. As well-founded as their concepts may be, critics more often seem to feel provoked by their terminology than by the actual concern of these theories. I therefore suggest to use a different term in order to identify those entities who should be treated as primary subjects of justice. Let us call them autoaxional systems.

VIII. Autoaxional Systems

Autoaxional literally means self-valuable. Autoaxional systems are therefore systems that are valuable because of their existence. Their value is not derived from other entities or concepts, but the concept of autoaxional systems implies that the reason for their value consists in their ontological structure. But why do we need this term? We might, one could argue, simply rely on the notion of primary subjects of justice or, for interpretative purposes of the positive law, on the notion of legal capacity.

However, if a theory of justice is to start with as strong a principle as possible, that is, if we think that it is possible and necessary to ground discussions about fairness on a principle which is more than merely an intuitive starting point, we need to find arguments for the principle itself. These arguments cannot themselves be derived from legal or moral principles because of the very definition of the concept of a principle itself.⁵⁰ This means that we have to draw on the findings of another subject if we do not simply want to end discussions at the most fundamental point of the theory. I hope that I can make plausible that the idea of moral and legal entities that we treat as valuable ends in themselves can be derived from the concept of autopoiesis. Furthermore, I hold that only conscious autopoietic systems can be valuable entities which should be protected by the law as primary subjects of justice. (Normally, conscious beings actively interact with their environment, that is, they move in space.) I think that the notion of autoaxional systems offers the appropriate wording in this context because it implicitly refers to the common structure that makes human as well as non-human animals valuable. What is autopoiesis?

In their paradigm changing work *Maturana* and *Varela* have proven that autopoiesis is the universal principle of life. Autopoiesis literally means self-production. An autopoietic system is defined as

“a network of processes of production (transformation and destruction) of components which: (i) through their interactions and transformations continuously regenerate and realize the network of processes (relations) that produced them; and (ii) constitute it (...) as a concrete unity

⁴⁴ *Nussbaum* (note 1), p. 326.

⁴⁵ Cf. *Claassen/Diüwell*, The foundations of capability theory. Comparing Nussbaum and Gewirth, *Ethical Theory and Moral Practice*, 2012, p. 1.

⁴⁶ *Kant* (note 16), p. 16 (my emphasis).

⁴⁷ *Nussbaum* (note 1), p. 325 et seqq.

⁴⁸ *Spaemann*, *Personen. Versuche über den Unterschied zwischen „etwas“ und „jemand“*, 1996, p. 32 et seqq.

⁴⁹ Cf. *Singer*, *Animal Liberation*, 1975; *Regan*, *The Case for Animal Rights*, 1983.

⁵⁰ Principle literally means beginning.

in space in which they (the components) exist by specifying the topological domain of its realization as such a network.⁵¹

Cells constitute autopoietic systems because they can be explained in terms of self-organization. The same is true for more complex levels of living creatures. Cells can cooperatively link together and form entities that become functionally interdependent. Animals, be they non-human or human, are therefore also autopoietic systems. In the animal mode autopoietic systems have developed a mode of sensorimotor way of being that requires the autopoietic system to actively search for nourishment. Autopoietic systems are closed, but this does not imply that they can exist without any exchange with their environment. On the most primitive level of organization of life unicellular autopoiesis is possible as a process of feeding on light. On the level of animal existence metabolism becomes the mode of exchange with the system's environment.⁵²

My attempt to identify primary subjects of justice is based upon the concept of autopoiesis. Here is my argument: It starts with four premises. (All premises can be challenged. I hold they are true, but I can see that at least premise 2 and 3 may seem strange at first glance.)

- (1) All rational beings who can act as contract framers are conscious beings. (The opposite is not true. Not all conscious beings can be contract framers.)
- (2) All conscious beings (all beings for which it is somehow to exist)⁵³ are autopoietic systems who have feelings.
- (3) Rational decisions we make when we establish rules are themselves embedded into an autopoietic structure.
- (4) Interferences with anyone's interests have to be justified.

Premise 1 should be relatively powerful, and I take it for granted that no further argument is necessary here for the time being. Premise 2 is still a strong point to start with although it might be challenged by anyone who thinks that artificial intelligence is possible and can be based upon non-autopoietic structures. Many forms of animal life are included into the group of conscious beings. Conscious does not mean self-conscious (conscious of self). I simply mean any primitive form of being-in-the-world which results in the experience that a given event can be advantageous or disadvantageous. All forms of conscious life normally have the ability to actively engage in relations with their environment. Whereas on the unicellular and the organic level the exchange of the autopoietic system with its environment is passive, it becomes active in the moment in which the system can no longer sustain itself without a "reciprocal, sensorimotor and active-receptive relation" with its environment.⁵⁴

Premise 3 is more problematic. I cannot go into detail here (and it is true that this premise is not shared by every author in the sciences). I assume that cognition on all levels of animal existence is not a process in which a given thing is detected by the subject. I rather think that reality is constructed by way of circular interaction of the individual with its environment.⁵⁵ Subjective experience is a form of life we find in beings who have developed a certain degree of independence from their environment. If we construct norms in moral or legal contexts, we do not change the world and do something entirely different in comparison to the construction of reality on the pre-verbal level. We rather do the same on a much more elaborated level because there is no ontological distinction between rationality and cognition.⁵⁶ There is an ontolog-

ically necessary connection between rationality and our sentiments and empathy.

Premise 4, then, is nothing else than the ancient idea, underlying all theories of justice, that the maxims of our actions have to be generalizable if they are to be considered relevant in social contexts. Fairness is impossible without equality.

The autopoietic structure of all conscious beings (that have feelings) is the connecting form of beings for which it is somehow to be in the world.⁵⁷ Only those beings can have interests because their interaction with their environment can be in accordance with their purposes or not. If we construct generalizable rules and if we want to include those beings which cannot act under the doctrine of rationality, we do not have to refer to the notion of dignity, but we can draw on the integrating force of our biological legacy. Whereas it seems morally and ontologically more than problematic to use rationality as a means to differentiate between those who are primary subjects of justice and those who are excluded right from the beginning, the concept of conscious autopoietic systems offers us a better understanding of why we should integrate the unproductive and helpless into our theoretical framework. Even if we, like *Rawls*, begin with the idea that in the original position the contract framers are legitimately expected to further their own interests as long as this can be done under a generalizable rule, we can still include every being that can suffer pain and enjoy its life. As humans, we cannot claim that we are ontologically distinct from the rest of the world. We are aware that we are embedded into a biological world and we know that the precondition for our moral and legal aspirations is our natural participation in the universal process of autopoiesis. This does not mean that human or non-human beings and cultural achievements can sufficiently be understood under materialist accounts. It means, however, that our ideas of fairness cannot be conceived of independently of the sources of our own existence and subjective experience if we want to act under a coherent scientific doctrine that can be shared by anyone subscribing to the above sketched premises.

This implies that we give up the idea of a primacy of reason over feeling which has often been stressed in the tradition of Kantian moral and legal philosophy.⁵⁸ The concept of reciprocity as it is omnipresent in *Rawls*'s, *Nussbaum*'s and other theories of justice is in fact dependent on foregoing concepts of sentiments and empathy. "Empathy in the moral sense is a

⁵¹ *Maturana/Varela*, *Autopoiesis and Cognition: the Realization of the Living*, 2nd ed., 1980, p. 78.

⁵² Cf. *E. Thompson*, *Mind in Life. Biology, Phenomenology, and the Sciences of Mind*, 2007, p. 221.

⁵³ The expression alludes to *Nagel*, *What is it like to be a bat?*, *The philosophical review* 83 (4), 1974, p. 435 and the so-called qualia problem. The first person perspective is special because even if we had all relevant information about the neuronal processes that realize conscious experience, we could never know what it *feels* like to be in the position of someone else.

⁵⁴ *Th. Fuchs*, *Das Gehirn. Ein Beziehungsorgan. Eine phänomenologisch-ökologische Konzeption*, 3rd ed., 2010, p. 95 (my translation).

⁵⁵ Cf. *Th. Fuchs* (note 54), p. 144 et seqq.

⁵⁶ All cognition must in some way be connected to the material world. The question how this connections is possible so that phenomenal experience evolves is the so-called hard problem of consciousness, cf. *D. Chalmers*, *Facing up to the Problem of Consciousness*, *Journal of Consciousness Studies* 2(3), 1995, p. 200.

⁵⁷ Cf. *von der Meden* (note 28), p. 183 et seqq.

⁵⁸ Cf. *de Waal*, *Good Natured. The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals*, 1996, p. 87.

basic cognitive and emotional capacity underlying all the moral sentiments and emotions one can have for another.”⁵⁹ A subjective perspective as it can be observed in many human and non-human animals is the basis for every feeling. Only sentient beings are confronted with the necessity to actively engage in their lives. For them, the world as it is can be different from the world as it ought to be. And for those who observe subjective experience in other beings, their suffering and joy can become meaningful aspects of their own interests because of the shared autopoietic structure. If we start to take other beings’ interests seriously in the original position, we, at least implicitly, have to refer to a common basis that is grounded in our biologically realized vulnerability as beings for which it is somehow to exist in a world that may be hostile or friendly to the purposes we have in any given moment. All conscious beings should therefore be treated as primary subjects of justice because they are autoaxial systems.

This approach might be able to offer a foundation for a principle that can be agreed upon by people from the most diverse cultural and social backgrounds. Because once we accept that rationality itself has its sources in biological

structures, we will come to the conclusion that we cannot coherently describe our own interests as meaningful and valuable if we treat other creatures who share this structure with us as mere ends to our purposes. If we think that our minds are part of the biological realm, we cannot ignore the minds of other species because we would otherwise contradict ourselves in our moral and legal aspirations that are always bound to our cognitive structure.

From this no concrete rights can *prima facie* be deduced. What can be deduced, however, is the right to have rights, that is, the necessity to justify interferences with the interests of all conscious beings. Insofar my sketch can be seen as a necessary prerequisite of *Nussbaum’s* capability approach. We can discuss each of the capabilities in the light of any given subject of justice but we cannot, I hold, claim that no legal justification is necessary when we interfere with the interests of conscious beings. This is, I think, an ontological necessity.

⁵⁹ E. Thompson (note 52), p. 401.

■ Streitgespräch

Erbe und Leistung: Für und wider eine Ausweitung der Erbschaftsteuer - 14. Streitgespräch des Bucerius Law Journal am 2. Mai 2013 -

Es diskutierten Professor Dr. Jens Beckert (Soziologe, Direktor des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung in Köln), Professor Dr. Gregor Crezelius (Inhaber eines Lehrstuhls für Steuerrecht an der Universität Erlangen), Professor Dr. Peter Rawert (Notar in Hamburg und Honorar-Professor an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel) und Professor Dr. Anne Röthel (Inhaberin eines Lehrstuhl für Privatrecht an der Bucerius Law School in Hamburg), die auch die Moderation des Streitgespräches übernahm. Herr Beckert wurde von der Redaktion um einen einleitenden Kurzvortrag gebeten.

Beckert: Schönen guten Tag zunächst einmal, ich freue mich, heute hier an der Bucerius Law School zu sein. Mir wurden etwa fünf Minuten eingeräumt, um Ihnen die geschichtlichen Grundlinien des Prinzips Erbschaft zu skizzieren. Das ist gelinde gesagt sportlich, wenn man bedenkt, dass es sich beim Erben um eine Institution handelt, die fast die gesamte Menschheitsgeschichte umfasst und deren Betrachtung, wenn man sich auf die Neuzeit beschränkt, seit dem 18. Jahrhundert Regale an juristischen, historischen, soziologischen, anthropologischen, ökonomischen und politischen Schriften füllt. Ich möchte mich thesenhaft auf fünf Punkte konzentrieren, die sich ausschließlich mit der Erbschaftsteuer beschäftigen. Der erste Punkt: Erbschaftsteuern haben eine 3000-jährige Geschichte, sie lassen sich bereits im antiken Ägypten und Mesopotamien nachweisen. Erbschaftsteuern im moderneren Sinn sind hingegen erst vor ungefähr 100 Jahren entstanden. Ihre Einführung steht im Zusammenhang mit der Entstehung des modernen Steuerstaats. Die modernen Erbschaftsteuern zeichnen sich durch Progressivität der Steuersätze mit häufig hohen Steuersätzen aus. In den USA betragen die Erbschaftsteuersätze beispielsweise über weite Teile der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts bis zu 77 Prozent des Nachlasses. Außerdem wird bei modernen Erbschaftsteuern in der Regel auch das Erbe der Ehepartner und der Kinder besteuert. Hintergrund der Einführung von Erbschaftsteuern zu Beginn des 20. Jahrhunderts waren zwei Entwicklungen: Erstens die Ausweitung staatlicher Funktionen im Kontext der Industrialisierung und der Detraditionalisierung von Lebensformen. Der Staat brauchte zur Erfüllung

seiner neuen Aufgaben schlichtweg mehr Einnahmen. Zweitens die Entstehung von sozialen Reformbewegungen im 19. Jahrhundert, insbesondere der Arbeiterbewegung, die sich für eine gerechte Besteuerung einsetzten. Besteuert werden sollte nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip; insbesondere die bis dahin dominierenden, degressiv wirkenden Konsumsteuern sollten reduziert werden. Die progressive Besteuerung von Vermögen im Erbgang war eine Möglichkeit hierfür. Außerdem wurde die Erbschaftsteuer durch ideologische Umorientierungen im Kontext der Aufklärung legitimiert, insbesondere dem Erstarken des Liberalismus. Liberale Gesellschaftsordnungen orientieren sich normativ am Leistungsprinzip und am Prinzip der Chancengleichheit. Dies war das Kredo des Bürgertums in seinem Kampf gegen die Aristokratie. In einem solchen Kontext ist soziale Ungleichheit dann gerechtfertigt, wenn sie die unterschiedlichen Leistungsbeiträge der Gesellschaftsmitglieder spiegelt. Erbschaften perpetuieren eine Form von sozialer Ungleichheit über die Generationen, die quer zu dem normativen Selbstverständnis des Liberalismus steht. Die Erbschaftbesteuerung war insofern nie eine Steuer des Sozialismus. Tatsächlich hat die Sozialdemokratie sich zwar für Erbschaftsteuern ausgesprochen, war darin allerdings eher leidenschaftslos – die Steuereinnahmen konnten auch aus anderen Quellen stammen. Mein letzter Punkt: Erbschaftsteuern sind die leidenschaftlich umstrittensten Steuern. Dies steht im auffälligen Widerspruch zu ihrer faktischen Nichtergiebigkeit als Steuerquelle. Von wenigen Ausnahmen abgesehen machten Erbschaftsteuern in keinem Industrieland und zu keinem Zeitpunkt mehr als zwei Prozent des Steuer-

aufkommens aus. In Deutschland sind es zurzeit unter einem Prozent, das Aufkommen liegt bei etwa vier Milliarden Euro.

Will man die Umkämpftheit der Erbschaftsteuer verstehen, muss man sich die normative Widersprüchlichkeit des Erbens und Vererbens vor Augen führen: Durch Erbschaft unverdient erlangtes Vermögen widerspricht dem Leistungsprinzip. Doch ist es nicht gerade Ausdruck des Leistungsprinzips, als Vermögensbesitzer auch entscheiden zu dürfen, an wen mein Vermögen nach meinem Tod geht? Die Möglichkeit der Vermögensvererbung ist wirtschaftlich effizient, weil es die Motivation zum Erwerbsstreben erhöht. Doch gibt es da nicht auch den Buddenbrooks-Effekt? Erbschaften befördern die solidarischen Beziehungen in Familien. Wie allerdings jeder Anwalt weiß, führt kaum etwas zu ähnlich ausufernden Familienfehden, wie Erbschaften. Das Erben ist nicht Gegenstand kühler Abwägung, sondern Objekt größter Emotionalität. Schließlich: In den letzten 40 Jahren lässt sich global eine deutliche Reduzierung der Erbschaftsbesteuerung beobachten – in etlichen Ländern auch deren Abschaffung. Diese Entwicklung reiht sich in einen generellen Trend der Steuerreduzierung, insbesondere für die mobilen Wirtschaftsfaktoren ein, der im Zusammenhang mit der Durchsetzung einer angebotsorientierten oder auch neoliberalen Wirtschaftspolitik steht. Unter anderem die Reduzierung der Erbschaftsteuer hat zu der massiven Vermögenskonzentration in den Händen einer kleinen Vermögenselite beigetragen. Das reichste ein Prozent der Bevölkerung verfügt, mit einigen Differenzen zwischen den Industrieländern, über ungefähr 40 Prozent des Privateigentums. Zugleich lässt sich in den letzten Jahren ein erneutes Interesse an der Erbschaftsteuer erkennen. Hintergrund hierfür ist die eben erwähnte zunehmend ungleiche Vermögensverteilung in allen westlichen Industrienationen, die zunehmende Verschuldung staatlicher Haushalte und natürlich die Bankenkrise. Diese Entwicklungen lassen heute wieder kritisch auf die Vermögensvererbung blicken, insbesondere auf die Vererbung besonders großer Vermögen. Es lohnt sich also, über die Erbschaftsteuer nachzudenken. Und da es sich um ein Streitgespräch handeln soll, will ich zum Schluss meinen Vorschlag einbringen: Erbschaften sollten als weitere Einkommensart in die Einkommensteuer einbezogen werden und dadurch in gleichem Maße besteuert werden, wie das durch Arbeit erlangte Einkommen. Die Mehreinnahmen könnten im Gegenzug zu einer Verringerung der Einkommensteuersätze genutzt werden.

Röthel: Herzlichen Dank, Herr *Beckert*, das klingt schon eher nach einer Erbschaftsteuererhöhung. Herr *Crezelius*, wie wollen Sie anschließen?

Crezelius: Herr *Beckert*, das ist ja alles ganz plausibel, nur – wie alle diese Dinge, die man aus nichtjuristischer Sicht hört – weit von der steuersystematischen und von der wirtschaftlichen Realität entfernt. Deshalb nur zwei Punkte: Wir müssen erst einmal davon ausgehen, dass es anders als in allen anderen Teilrechtsordnungen keinen Sachverhalt gibt, der *per se* besteuernswürdig ist. Wenn Sie ein Auto kaufen, kann es passieren, dass das Auto mangelhaft ist. Wenn Sie ein Gebäude errichten, können Sie in Konflikte mit den Nachbarn geraten. Aber es gibt keinen Sachverhalt, der die Besteuerungswürdigkeit in sich trägt. Das heißt, Sie brauchen einen Konsens, dass ein Lebenssachverhalt besteuernswürdig ist. Und dieser Konsens ist, Herr *Beckert*, die Leistungsfähigkeitssteigerung, die das Individuum in die Lage versetzt, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. Das ist der Punkt, der bei der Erbschaftsteuer fast immer in der nichtjuristischen Dis-

kussion übersehen wird. Auch bei Erbschaften und Schenkungen geht es um Leistungsfähigkeitssteigerungen, die im Gegensatz zur Einkommensbesteuerung allerdings gegenleistunglos sind. Das Einkommensteuergesetz 1925 hat das sogar ausdrücklich gesagt. Die Einkommensteuer besteuert die entgeltlichen Vermögenszuwächse innerhalb einer Periode und die Erbschaft- und Schenkungsteuer die unentgeltlichen Vermögenszuwächse. Deshalb ist Ihr Vorschlag, die Erbschaft in die Einkommensteuer zu inkorporieren, im Prinzip nicht verkehrt. Allerdings – und jetzt kommt die steuerrechtliche Realität – setzte das eine grundlegende Steuerreform voraus. Denn schon nach geltender Rechtslage – und wenn Sie die Erbschaftsteuer erhöhen würden, würde das noch verschärft – haben Sie exorbitante Doppelbelastungsprobleme, die man als Laie gar nicht sieht.

Ein einfaches und naheliegendes Beispiel: Eine Mutter hat vor drei Jahren eine Immobilie für 100.000 Euro gekauft. Heute stirbt sie, die Immobilie hat einen Wert von 200.000 Euro. Die Tochter zahlt auf 200.000 Euro Erbschaftsteuer. Und wenn die Tochter das Haus im nächsten Jahr verkauft, zahlt sie noch einmal auf 100.000 Euro Einkommensteuer. Das heißt kumuliert sind Sie bei Belastungen, die über 60 bis 70 Prozent liegen können. Die Erbschaftsteuer kann daher nur durch eine systematische Abstimmung mit der Einkommensteuer reformiert werden. Deshalb habe ich immer vertreten, die Erbschaftsteuer solle sozusagen wie ein „Soli“ als Zuschlag zur Einkommensteuer erhoben werden, weil dann auch das Problem der fehlenden Liquidität im Erbschaftsfall gelöst wird. Das ist der zweite Punkt, den man wirtschaftlich nicht übersehen darf. Stellen Sie sich ein Unternehmen vor, welches eine Bilanzsumme von 50 Millionen Euro hat, aber nur 1 Millionen Euro in der Kasse. Wegen seiner hohen Ertragskraft hat das Unternehmen einen Wert, der die Bilanzsumme deutlich übersteigt, z.B. 100 Millionen Euro. Dieser hohe Wert ist aber nicht liquide und fungibel. Das heißt, wenn der Erblasser oder die Erblasserin zu Lebzeiten nicht genug Entnahmen getätigt hat, um die Erbschaftsteuer zu begleichen, sich also eigentlich im volkswirtschaftlichen Sinne „unfreundlich“ verhalten hat, weil er oder sie das Geld für Konsumzwecke aus dem Unternehmen genommen hat, dann gibt es im Erbfall oder im Falle der Schenkung das Problem, dass nicht genügend Geld für die Begleichung der Erbschaftsteuerschuld vorhanden ist. In diesem Zusammenhang ist auf Vorschläge zu verweisen, die Erbschaftsteuer notfalls durch Verkauf von Unternehmensteilen oder gar im Wege der Beteiligung des Fiskus zu begleichen. Letzteres ist der Idee des Steuerstaates konträr und letztlich der Weg in ein planwirtschaftliches System. Ja, Sie lachen, daher folgender Hinweis: Im November 1989 hatte die DDR 17 Millionen Einwohner. Das Land Nordrhein-Westfalen hatte ebenfalls rund 17 Millionen Einwohner und dabei 21.000 Beschäftigte in der Finanzverwaltung. Die damalige DDR unter 200. Jetzt werden Sie sagen: War das ein Hort der Freiheit? Im Gegenteil: Weil dort der Staat nämlich prinzipiell selbst gewirtschaftet hat. Der Steuerstaat ist dahingegen dadurch gekennzeichnet, dass er an die privatwirtschaftlich erwirtschafteten Ergebnisse anknüpft und sich seinen Teil nimmt – und wenn Sie durch erdrosselnde Steuern dazu kommen, dass dieser Teil nicht zur Verfügung steht, dann sind Sie auf dem Weg zu einem staatswirtschaftlichen System.

Röthel: Ja, Herr *Crezelius*, das waren starke Worte. Herr *Rawert*, sind wir soweit, dass die Erbschaftsteuer uns erdrosselt?

Rawert: Nein, sind wir gewiss nicht. Ich würde zunächst mal mit meinen Erfahrungen aus der Praxis beginnen: Es gibt eine unglaubliche Angst vor der Erbschaftsteuer und der Witz ist, dass die Leute die meiste Angst haben, die die Erbschaftsteuer gar nicht trifft. Das sind nämlich die sogenannten „kleinen Leute“, die ein mittleres bürgerliches Vermögen erwirtschaftet haben und nun fürchten, dass ihnen dieses Vermögen gewissermaßen im Erbschaftsfall weggesteuert wird. Diese Angst kann man den Leuten in der Regel sehr schnell nehmen, weil wir in der Bundesrepublik Deutschland hohe Freibeträge haben. Wir haben zudem eine Fülle von Ausnahmen und Verschonungsregeln, die noch weit über die Freibeträge hinausgehen und man kann ein Vermögen von zwei bis drei Millionen Euro heute, wenn ein Ehepaar das im Laufe seiner Lebens erwirtschaftet hat, eigentlich ohne Erbschaftsteuer in die nächste Generation übertragen; schlimmstenfalls mit einer nur recht geringen Steuerbelastung. Anders ist es bei Leuten, die wirklich große Vermögen haben. Nur die beweisen dann häufig, dass die Erbschaftsteuer in Deutschland, unter anderem wegen der von Herrn *Crezelius* bereits angeführten Privilegierungen von Unternehmen, letztlich eine Dummensteuer ist. Wenn Sie sich rechtzeitig darum kümmern, eine erbschaftsteuergünstige Vermögensplanung zu machen, dann sind Sie auch in der Lage, ein Vermögen in dreistelliger Millionenhöhe nahezu erbschaftsteuerfrei in die nächste Generation zu bringen, was an den Verschonungsregeln unseres Erbschaftsteuerrechts liegt, die in hohem Maß problematisch sind.

Aber im Allgemeinen, egal wen es trifft, besteht bei den Betroffenen ein fundamentales Missverständnis, was im Erbfall eigentlich besteuert wird. Es wird immer so getan, als sei die Erbschaftsteuer die reinste Form einer Doppelbesteuerung. Das ist sie aber nicht. Es ist schon angesprochen worden: Wir besteuern in Deutschland nicht einen Nachlass, sondern den Anfall eines Nachlasses bei einer bestimmten Person. Wir gehen davon aus, dass jemand, der von Todes wegen oder durch Schenkung etwas erwirbt, leistungsfähiger wird. Und genauso wie wir das erarbeitete Einkommen – also die durch *Arbeit* gesteigerte Leistungsfähigkeit – mit der Einkommensteuer besteuern, genauso wollen wir eben auch den nicht durch Leistung erwirtschafteten Zuwachs an Leistungsfähigkeit besteuern.

Das Problem der Erbschaftsteuer besteht aus meiner Sicht hauptsächlich darin, dass diese Steuer nicht mehr akzeptiert wird, weil es zu viele Gestaltungsmöglichkeiten gibt, die es eben gerade bei großen Vermögen möglich machen, sich der Steuer zu entziehen. Und das kann man den Leuten, die Gestaltungsmöglichkeiten nutzen, gar nicht vorwerfen. Also wenn Sie in der Situation wären, 30 Millionen Euro Erbschaftsteuer mit absolut legalen Mitteln vermeiden zu können, dann würden Sie das auch tun. Deshalb ist es auch perfide, wenn die Politik gerade im Wahljahr schreit und gleichsam im Wege einer Reichenhatz auf die Leute zeigt und sagt: Das sind die Bösen, die irgendwelche Cash-GmbHs ausnutzen. Letztlich ist das alles ein von der Politik und der Finanzverwaltung selbst gemachtes Problem und man ist nicht hinreichend willens, es wieder zu beseitigen.

Ich glaube, und da schließe ich mich Herrn *Beckert* an, rechtssystematisch wäre es in der schönsten der möglichen Welten so, dass die Erbschaftsteuer ein Unterfall der Einkommensteuer wäre. Das Problem der latenten Steuern, das Sie, Herr *Crezelius*, angesprochen haben, also dass in einem Nachlass vielleicht stille Reserven liegen, die aufgedeckt

werden können und dann nochmals der Besteuerung unterliegen, kann man in der schönsten der möglichen Welten auch in den Griff bekommen. Aber im Ansatz halte ich es auch für richtig, dass man Erbschaftsteuern tendenziell erhöht und Einkommensteuern tendenziell senkt. Ich sage es aber auch gleich, ich wehre mich gegen jede Form von Neiddebatte und jede Form von verbaler Hatz auf Menschen, die etwas mehr verdienen, so wie sie zur Zeit unter dem Stichwort Vermögensabgabe oder Vermögenssteuer geführt wird. Das finde ich eine ganz unwürdige Debatte. Das will ich nur gleich zu Beginn klargestellt wissen.

Röthel: Was wir sicherlich schon gemerkt haben ist, dass man über Erbschaftsteuer kaum diskutieren kann, ohne eine gewisse Aufgeregtheit zu erzeugen und zu empfinden. Herr *Beckert*, Sie haben bereits wissenschaftlich aufgearbeitet, dass diese Diskurse sehr intensiv und emotional geführt werden. Es geht um besonderes Geld und besondere Beziehungen, die da eine Rolle spielen. Aber es gibt offensichtlich auch Rechtsordnungen wie das benachbarte Österreich, die die Erbschaftsteuer abgeschafft haben, uns aber ansonsten möglicherweise recht ähnlich sind. Würde die Abschaffung der Erbschaftsteuer auch für Deutschland passen, etwa im Hinblick darauf, wie wir „Familie“ diskutieren und bewerten, wie wir zu Vermögen stehen oder wie leistungsorientiert wir sind?

Beckert: Nicht unbedingt. Vergleicht man Deutschland mit den angelsächsischen Rechtsordnungen, dann gibt es hier einen deutlichen Unterschied, wenn man das geschichtlich betrachtet. In den angelsächsischen Gesellschaften sind Erbschaften und besonders die Vererbung von großen Vermögen, immer als sehr viel problematischer betrachtet worden als das in den kontinentaleuropäischen Gesellschaften und deren Diskursen über das Erbrecht und die Erbschaftsbesteuerung der Fall war. In den angelsächsischen Ländern spielt das Prinzip der Chancengleichheit im kulturellen Selbstverständnis eine stärkere Rolle als in kontinentaleuropäischen Ländern. Wenn man über Chancengleichheit spricht, spielt es eine wichtige Rolle, was der Ausgangspunkt ist, von dem aus der Wettbewerb um die wirtschaftlichen Ressourcen und um gesellschaftliche Teilhabe beginnt. Vor diesem normativen Hintergrund wurde der ungleiche Ausgangspunkt immer als besonders problematisch betrachtet. Sie müssen sich die feudalen und aristokratischen historischen Entwicklungen in den kontinentaleuropäischen Gesellschaften vor Augen führen, um zu verstehen, weshalb diese Aspekte dort eine weniger große Bedeutung hatten. In Deutschland spielt in den Auseinandersetzungen um das Erbrecht immer das Prinzip der Familie eine ganz wichtige Rolle. Bis ins 19. Jahrhundert hinein wurde Eigentum gar nicht mal so als individuelles Eigentum betrachtet, sondern stärker als Gemeinschaftseigentum der Sippe, so dass der Erbgang eigentlich nicht der Übergang von Eigentum von einer Person auf die andere war, sondern gewissermaßen der „Austritt“ der verstorbenen Person aus einem gemeinschaftlichen Eigentum. Mit diesem Verständnis der Bedeutung von Erbschaft als familiärem Vermögen geht einher, dass die Erbschaftsteuer als viel problematischer angesehen wird als in den stärker individualistisch orientierten angelsächsischen Gesellschaften. Und das spiegelt sich in der Institutionalisierung der Erbschaftsteuer im 20. Jahrhundert darin, dass die Erbschaftsteuer in den angelsächsischen Rechtsordnungen lange Zeit sehr viel höher war als bei uns. Ich hatte vorhin erwähnt, dass es in den USA bis in die frühen 80er Jahre Progressionssätze von bis zu 77 Prozent gab.

Auch da waren enorme Steuervermeidungsmöglichkeiten durch Ausnahmetatbestände eröffnet, aber zunächst einmal, und das ist ja vielleicht überraschend, gibt sich eine Gesellschaft, die sich so stark dem Unternehmertum und der freien Initiative verschreibt, solch hohe Steuersätze. Sehr viel höher als jemals in Deutschland.

Röthel: Sie haben jetzt ein inneres Ordnungsprinzip hervorgehoben, das unsere Erbschaftsteuer stark prägt: Das ist die Orientierung auf die Familie, die auch unser materielles Erbrecht durchzieht. Herr *Crezelius*, Sie haben ja auch immer das Augenmerk auf das Unternehmen, das mit § 13a und dem § 13b ErbStG zum besonders privilegierungswürdigen Vermögen gezählt wird. Was gibt es für Querelen und Kautelen rund um § 13a und diesen § 13b?

Crezelius: Also, da muss man natürlich die Historie sehen. Das Bundesverfassungsgericht hat in den 90er Jahren gesagt, dass das Betriebsvermögen, also das unternehmerische Vermögen, einer gewissen Gemeinwohlbindung unterliege – was man im Grundsatz schon sehr kritisch sehen kann. Es ist volkswirtschaftlich unstrittig, dass sich der Sparer volkswirtschaftlich genauso "unternehmerisch" betätigt wie der unmittelbar unternehmerisch Tätige, denn die Bank, der er seine Einlage gibt, gibt diese ja auch als Darlehen weiter. Man hat trotzdem Regelungen getroffen, die unternehmerisches Vermögen begünstigen. Die sind dann nochmal geändert worden, und im Augenblick ist es so, dass sie – Herr *Rawert* hat das ja mit der berühmten Cash-GmbH schon angedeutet – ein Unternehmensvermögen haben, das bis zu 100 Prozent begünstigt sein kann, wenn sie in diesem Unternehmen nur bares Geld halten. Das hat der Bundesfinanzhof wieder dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt und dieses will angeblich in diesem Jahr darüber entscheiden. Der Stand der Dinge ist so, dass der Präsident des Bundesverfassungsgerichts auf einer Pressekonferenz gesagt hat, das Gericht wolle in diesem Jahr entscheiden. Da keine Stellungnahmen eingeholt worden sind, kann das aus meiner Sicht nur bedeuten, dass der Vorlagebeschluss mangels Entscheidungserheblichkeit unzulässig ist oder dass das Gericht einfach sagen wird: "Das ist verfassungswidrig." Das heißt, dann werden wir wieder die Diskussion über die Behandlung unternehmerischen Vermögens in der Erbschaftsteuer haben. In dem Augenblick, in dem sie unternehmerisches Vermögen begünstigen und damit anders behandeln als Privatvermögen, geben Sie ja dem unternehmerischen Vermögen eine andere Qualität als dem Privatvermögen und behandeln damit das unternehmerische Vermögen wie ein „Unternehmen-an-sich“ im *Rathenau'schen* Sinne. Und das halte ich für eine ungute Entwicklung, weshalb ich meine, man sollte von einer Privilegierung unternehmerischen Vermögens absehen und andererseits, was ich eben schon gesagt habe, Regelungen treffen, die die Liquiditätsbelastung der Unternehmen vermeiden – was durchaus möglich ist! Im Übrigen ist auf die hohen Freibeträge hinzuweisen, die zum einen das Erbschaftsteueraufkommen reduzieren und weiterhin zur Folge haben, dass nur ein Bruchteil der steuerpflichtigen Erbfälle tatsächlich besteuert wird. Damit ergibt sich ein Konflikt zur Allgemeinheit der Besteuerung.

Beckert: Da würde ich gerne einhaken. Es ist wichtig zu verstehen, wie Vermögen in der Gesellschaft verteilt ist. Ich hatte ja in meiner Einführung gesagt, dass 40 Prozent des Vermögens beim obersten Prozent der Bevölkerung liegen. Die untere Hälfte der Bevölkerung verfügt über überhaupt kein Vermögen. Insofern können Sie da keine Erbschaftsteuer erheben. Die reichsten zehn Prozent der Haushalte verfügen

über ungefähr über 60 Prozent des Vermögens, die 40 Prozent zwischen dem zweiten und dem fünften Zehntel verfügen über 40 Prozent des Privatvermögens. Wenn man sich Erbschaftsstatistiken anschaut, dann haben weniger als ein Prozent der Erbschaften einen Wert von über 500.000 Euro. Also, wenn wir hier mal locker über zwei bis drei Millionen Euro sprechen und sagen, das sei der normale bürgerliche Haushalt, dann sprechen wir tatsächlich über die 0,1 Prozent der reichsten Haushalte. Es gab – das lässt sich in der Erbschaftsteuerstatistik 2011 nachlesen – im Jahr 2011 ungefähr 250 Erbschaften in der Bundesrepublik, die ein zu versteuerndes Vermögen von über fünf Millionen Euro hatten. 250 bei über 800.000 Todesfällen! Gleichzeitig haben diese 250 Erben ungefähr 25 Prozent der Erbschaftsteuer, also eine Milliarde Euro von den insgesamt vereinnahmten ungefähr vier Milliarden Euro aufgebracht. Wenn man über Erbschaftsteuer spricht, muss man sich die Vermögensverteilung in der Gesellschaft anschauen. Die Vermögensverteilung ist radikal ungleich – sehr viel ungleicher als die Einkommensverteilung. Das heißt, wenn Sie das Erbschaftsteueraufkommen erhöhen möchten, dann werden sie nicht darum herum kommen, dass es immer eine Steuer sein wird, die bei den oberen zehn, bei den oberen 20 Prozent der Bevölkerung zur Geltung kommt.

Röthel: Darf ich da noch mal nachhaken? Wahrscheinlich ist es doch so, dass die Vermögensbildung in Deutschland stark an unternehmerisches Vermögen geknüpft ist. In abhängiger Beschäftigung ist es doch schwieriger, erhebliches Vermögen zu erwirtschaften.

Crezelius: Also, wenn Sie Vorstand der Deutschen Bank sind, sind Sie auch abhängig beschäftigt. Da verdienen Sie das Geld einfacher als ein Unternehmer!

Röthel: Aber wenn wir davon ausgehen, dass Vermögensbildung jedenfalls häufig mit unternehmerischer Tätigkeit zu tun hat, wäre es nicht dann geradezu irrsinnig, dass wir genau das Vermögen maßgeblich privilegieren, das an dieser Vermögensungleichverteilung typischerweise beteiligt ist?

Rawert: Aber es gibt ja nun – da müssen Sie ja nur einmal durch Hamburg gehen! – Tausende von Immobilien in privater Hand, die in den letzten Jahrzehnten eine enorme Wertsteigerung erfahren haben. Ich weiß nicht, wie solche Dinge statistisch erfasst werden. Im Zweifelsfall gar nicht. Also, es gibt schon erhebliches nicht-unternehmerisches Vermögen, das sich über Generationen akkumuliert hat und das letztendlich kaum erfasst wird. Ich denke, das geht weit über das unternehmerische Vermögen hinaus. Und beim unternehmerischen Vermögen sind wir uns im Ergebnis alle einig, dass man das nicht *per se* privilegieren sollte. Das Schlimme ist ja, dass der Gesetzgeber damit eine gewisse Lenkungs-idee verfolgt hat und es darüber auch überparteilich eine große Einigkeit in der Hinsicht gab, aber dass die Frage, ob die Privilegierung notwendig war, nie seriös erörtert oder erörtert worden ist. Der wissenschaftliche Beirat des Bundesfinanzministeriums hat – ich glaube 2012 – in einem Gutachten festgestellt, dass 90 Prozent aller steuerlich privilegierten Unternehmensübergänge sich bei Unternehmen abspielen, die weniger als 20 Mitarbeiter haben und bei denen diese Lenkungs-idee – "Wir wollen Erbschaftsteuerverschonungen haben, um die Betriebe und damit die Arbeitsplätze nicht zu gefährden" – schon von Gesetzes wegen nicht greift, und dass es im Übrigen eine wissenschaftlich unbewiesene Tatsache ist, dass Unternehmen durch die Erbschaftsteuer zerstört werden. In

der Tat könnte man sich subtilere Mechanismen als eine völlige Steuerverschonung ausdenken, um Erben eines Unternehmers unzumutbare Liquiditätsabflüsse zu ersparen. Ich glaube, man müsste als Gesetzgeber nur ein wenig Gestaltungsphantasie haben, um diese Probleme in den Griff zu bekommen. Aber da gibt es zu viele divergierende Interessen, die auseinander zerren. Und deshalb findet das nicht statt.

Crezelius: Herr *Rawert*, Sie haben vollkommen Recht: Das Gutachten des wissenschaftlichen Beirats stützt sich auch nur auf Behauptungen. Denn bei dem Grundproblem, das Sie ansprechen, sind wir uns alle einig: Nach derzeit herrschender Meinung ist die Erbschaftsteuer als Substanzbelastung gedacht. Und das ist es, was die wohlhabenden Unternehmer scheuen. Sie haben Angst, dass ihr Vermögen zerschlagen wird. Man müsste also zu einem Konzeptionswechsel kommen, zu einer Sollertragsteuer. Nochmal: Die meisten Unternehmer, die ich kenne, sind durchaus bereit Erbschaftsteuer zu bezahlen. Das gilt fast ohne Ausnahme. Gleichzeitig wollen sie aber nicht, dass Teile ihres Unternehmens anlässlich des Erbfalls veräußert werden müssen. Und das ist richtig, weil der Mittelstand geschont werden soll. Dieses Problem löst man aber, wenn über die nächsten zehn oder zwanzig Jahre ein Zuschlag zu den erzielten Erträgen zu zahlen ist. Da gibt es sicherlich technische Probleme, aber das könnte man machen. Dazu war die Politik in den letzten zwanzig Jahren aber offensichtlich nicht bereit. Auch weil es augenscheinlich an Ideen gemangelt hat. Man hat immer weiter „gewurstelt“, weil andere Länder das auch so gemacht haben.

Röthel: Sie setzen jetzt aber voraus, dass man rational, objektiv und entspannt über diese Dinge sprechen kann. Das glaube ich zum Beispiel nicht: Es wird immer so sein, dass Debatten über das Erben und die Erbschaftsteuer sehr emotional geführt werden. Nicht nur im Hinblick auf die Vermögensumverteilung, sondern auch weil der gesamte Vorgang des Erbens und Vererbens immer hochgradig emotional ist.

Rawert: Die Frage war eben, ob man die Erbschaftsteuer in Deutschland nicht sogar abschaffen sollte. Ich glaube, dass man mit guten Argumenten vertreten kann, dass eine Abschaffung der Erbschaftsteuer – so denn der eigentliche Steuertatbestand der Zugewinn an Leistungsfähigkeit ist – schlicht verfassungswidrig wäre. Wie komme ich mir denn vor als jemand, der seine Leistungsfähigkeit durch ein Arbeitseinkommen erzielt, im Vergleich zu jemandem, der ein – ich verwende dieses Wort ohne jeden Neidkomplex – leistungsloses Einkommen erwirbt und so eine Steigerung seiner Leistungsfähigkeit erfährt? Das kann ja eigentlich nicht sein. Ich hielte die Abschaffung der Erbschaftsteuer, also einen vollständigen Verzicht auf sie, wie beispielsweise in Österreich praktiziert, für gleichheitswidrig.

Crezelius: Herr *Rawert*, Sie haben vollkommen Recht. Ich bin aber immer ein wenig skeptisch mit dem „leistungslosen“ Einkommen. Das Steuerrecht ist neutral: Einkommen ist Einkommen. Ob die Ursache des Einkommens eine entgeltliche oder unentgeltliche ist, ist bedeutungslos. Ungeachtet dessen bin ich dafür, dass es eine Erbschaftsteuer gibt. Denn das Argument „das ist ja schon versteuert“, ist ein Scheinargument. Das hat heute auf dem Podium zwar noch keiner gebracht, von Laien hört man es aber immer wieder. Bei dem Erben oder Beschenken ist die Erbschaft eine neue Steigerung der Leistungsfähigkeit. Da sind wir uns einig. Man muss nur ein bisschen Fantasie entwickeln, um das technisch zu bewälti-

gen. Und wenn so etwas schonend gemacht wird, gibt es auch keine Vermeidungsstrategien mehr.

Beckert: Mein Vorschlag, Erbschaften als weitere Einkommensart in die Einkommenssteuer einzubeziehen, zielt nicht vornehmlich auf den steuersystematischen Aspekt. Worum es mir geht, ist der normative Gesichtspunkt, den Herr *Rawert* jetzt auch noch einmal angesprochen hat. Wie kann es in einer Gesellschaft sein, die sich als Leistungsgesellschaft versteht, dass Arbeit so hoch besteuert wird und leistungsfrei erlangtes Vermögen, also Erbschaften, so niedrig? Um noch ein paar Zahlen zu nennen: Die unteren Schätzungen des jährlich in Deutschland vererbten Vermögens belaufen sich auf 100 Milliarden Euro. Die höheren Schätzungen gehen bis 250 Milliarden Euro. Die Zahlen sind nicht eindeutig, weil es natürlich keine systematische Erfassung aller Erbschaften gibt. Wenn wir von den 100 Milliarden Euro ausgehen, dann bedeuten die vier Milliarden Euro Erbschaftssteuer eine Besteuerung von vier Prozent im Durchschnitt. Der höchste Erbschaftsteuersatz von 30 Prozent in der ersten Erbschaftsteuerklasse wird erst bei einem zu versteuernden Erbe von 26 Millionen Euro erreicht. Solche Erbschaften gibt es nicht mehr als eine Hand voll. Deutschlands Erbschaftsteuer ist die einzige bei der die höchste Progressionsstufe erst bei einem so hohen Betrag einsetzt. In anderen Ländern sind das nicht über fünf Millionen Euro. Auch sehr große Erbschaften an Kinder, und Ehepartner – was bei weitem den größten Teil der Erbschaften ausmacht – werden also oft noch nicht einmal mit dem Steuersatz von 30 Prozent besteuert. Beim Einkommen hingegen erreichen wir bei Verheirateten die höchste Progressionsstufe, die „Reichensteuer“ bei 250.000 Euro. Hier wird also mit ganz unterschiedlichen Maßstäben gemessen. Und diese unterschiedlichen Maßstäbe stehen quer zu unserem gesellschaftlichen Selbstverständnis. Wir besteuern Leistung, die durch Arbeit erbracht wird, hoch und Erbschaften, die „müheelos“ erlangt werden, niedrig. Viel schlüssiger wäre, Erbschaften zumindest so hoch zu besteuern wie Einkommen aus Arbeitsleistung.

Crezelius: Und wie lösen Sie das Fungibilitätsproblem? Das ist ja kein bares Geld. Ein Kennzeichen von Einkommen ist, dass es liquide ist.

Beckert: Ich stimme Ihnen da voll zu. Ich habe Ihrer Diskussion über die Schwierigkeiten bei Unternehmensnachfolgen zugehört. Es ist völlig klar, dass es Regelungen im Erbschaftsteuerrecht geben muss, die das Liquiditätsproblem von Unternehmen in Betracht ziehen. Da gibt es überhaupt keinen Dissens. Es kann nicht sein, dass Unternehmen auf Grund der Erbschaftsteuer verkauft oder liquidiert werden müssen. Ich glaube aber, dass man hier mit intelligenten Lösungen im Erbschaftsteuerrecht eine Lösung finden kann. Ich habe sehr aufmerksam zugehört, als Sie gesagt haben, dass man das begleitend als Aufschlag auf die Ertragsteuer ausgestalten kann. Wir sind uns aber auch völlig einig, dass auch Vermögen von Unternehmen der Erbschaftsteuer unterliegen sollen.

Röthel: Eine Nachfrage: Wenn man diesen Vorschlag der Integration in die Einkommenssteuer und die normative Ausprägung des Leistungsgedankens weiterdenkt, heißt das dann, dass die Steuerklassen fallen, wie wir sie im Moment haben? Dass wir also im Grundsatz nicht mehr danach unterscheiden sollten, wer der Empfänger des vererbten Vermögens ist?

Beckert: Diese Unterscheidung von Empfängerklassen hat eine lange historische Tradition: Es hat gewissermaßen eine höhere Dignität in der Solidarbeziehung der unmittelbaren

Familie zu vererben als nach außen. Das ist eine Ausgestaltung, die darauf zielt, die Kernfamilie durch den Vermögensübergang zu schützen und zu privilegieren. Für mich ist das eine andere Diskussion und ich möchte hier nicht dafür plädieren die Erbschaftsteuerklassen und damit dieses Solidarprinzip in der Familie in Frage zu stellen.

Crezelius: Das wäre ja auch ein Verstoß gegen Art. 6 GG. So ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Rawert: Es ist rechtstechnisch natürlich schwer, die Erbschaftsteuer in unser System der Einkommenssteuer einzufügen. Das hängt ja schon damit zusammen, dass die Einkommenssteuer eine Periodensteuer ist, aber eine Erbschaft zu einem einmaligen Zeitpunkt auf jemanden „herabfällt“. Das führt im Jahr X dann dazu, dass möglicherweise exorbitante Steuersätze erreicht werden. Nur wenn man diesen Erbanfall etwa über einen Zeitraum von zehn Jahren verteilen würde, sähe das anders aus. Die Ausgestaltungsschwierigkeiten ändern aber nichts daran, dass es vom Grundansatz her richtig wäre, so zu verfahren. Freilich: Es wird nicht dazu kommen, denn wenn das in der Politik diskutiert wird, dann wird gesagt: Das kann ja dazu führen, dass ich am Ende eines Erbfalls tatsächlich Vermögen, das nicht Liquide ist, veräußern muss. Dann muss man aber entgegenhalten: Unser ganzes Erbrecht ist von einem gewissen Zerschlagungsgedanken getragen. Das Pflichtteilsrecht – das wird Frau *Röthel* jetzt wahrscheinlich bestreiten – hat eine gewisse Zerschlagungsfunktion. Und wie Herr *Beckert* gleich zu Anfang gesagt hat: Unsere bürgerliche Gesellschaft hat sich zu Beginn des 19. Jahrhunderts auch dadurch konstituiert, dass man dafür gekämpft hat, dass größere Vermögen im Interesse von *Newcomern* zerschlagen werden. Das klingt sozialistisch, ist es aber nicht. Das ist liberal. Wenn jemand ein Mietshaus erbt, auf das er 300.000 Euro Erbschaftsteuer oder Einkommensteuer zahlen muss, das Haus aber tatsächlich eine Million wert ist, dann muss er es entweder beleihen oder er muss es verkaufen. So einfach ist das – das muss man hinnehmen. Und Herr *Crezelius* hat es am Anfang gleich gesagt: Wir können natürlich sagen: „Steuer finden wir alle ganz schlecht.“ Aber in einem Staat, in dem man keine Steuern zahlen muss, wollen wir auch nicht leben, denn da ist der Staat der einzige Unternehmer. Man bezahlt eben für seine Freiheit und die staatliche Infrastruktur. Das muss man den Leuten vermitteln. Und da würde ich sagen, ist doch erhebliche politische Aufklärungsarbeit zu leisten, um der Bevölkerung und auch der Politik selbst zu erklären, dass die Erbschaftsteuer durchaus richtig ist.

Röthel: Aber wenn man das weiterdenkt, denn hieße das doch, dass wir auch die Zerschlagung von Unternehmen hinnehmen können.

Rawert: Da sprechen Sie ein Dogma an. Man kann ja in Deutschland alles damit verhindern, dass man sagt, es würde Arbeitsplätze vernichten. Wenn irgendjemand fordert: „Tempo 130 auf deutschen Autobahnen!“, dann geht der ADAC hin und hält dagegen: „Wenn das eingeführt wird, dann werden in Deutschland 248.758 Arbeitsplätze verloren gehen, weil bei irgendwelchen Unternehmen nicht mehr so schnelle Motoren gebaut werden.“ Das Arbeitsplatzargument ist ein Totschlagsargument, mit dem man jede weitere Debatte erledigen kann. Es ist noch ökonomisch der Beweis zu führen, dass die Zerschlagung eines Unternehmens wirklich dazu führt, dass Arbeitsplätze gesamtwirtschaftlich verloren gehen. Das Argument kann man nicht so stehen lassen.

Crezelius: Aber Frau *Röthel*, das ist ein ganz wichtiger Punkt, denn Sie müssen Folgendes sehen: Gerade die Unternehmer haben Angst vor der Erbschaftsteuer und diese Angst wird ihnen jetzt seit 20 Jahren mit Verschonungen und dem Argument „Wir schützen Arbeitsplätze“ genommen. Das führt ja auch zu einer gewissen Immobilität, denn sie müssen die Lohnsummen durchhalten, teilweise bis zu sieben Jahre. Sie könnten die unternehmerische Angst, Teile des Unternehmens veräußern zu müssen, durch einen Konzeptionswechsel in ein Ertragsteuersystem nehmen. Wenn Sie das allgemeine sehen, Herr *Rawert*, dann ist das ja ein ganz allgemeines Thema, dass die Politik den Einflüssen von Gruppen unterliegt, die das Zahlen von Steuern *per se* für etwas Schlechtes halten. Wir sind uns hier allerdings wohl einig, dass das Zahlen von Steuern ein Kennzeichen von Freiheit ist.

Rawert: Ja, eine Kulturleistung.

Crezelius: Und deshalb ist es ja so schade, dass das in der Politik nicht zur Kenntnis genommen wird. Man sollte für einen Bewusstseinswechsel dahin sorgen, dass Steuerzahlen etwas mit Freiheit zu tun hat. In Ländern mit hoher Steuermoral haben Sie in aller Regel eine hohe Identifizierung mit dem Gemeinwesen. Und die fehlt uns. Insoweit ist das gar kein technisches Problem, sondern ein allgemeines gesellschaftspolitisches Problem, glaube ich.

Beckert: Es gibt, von der politischen Seite betrachtet, vermutlich keine Steuer, die politisch so gefürchtet ist, wie die Erbschaftsteuer. Das hängt mit der hohen Emotionalität zusammen, die mit dem Thema verbunden ist. Hier führen wir heute eine ausgesprochen sachliche Diskussion. Das ist schon eher selten, denn normalerweise kommt sofort das Argument der „Neidsteuer“, mit dem die weitere Diskussion abgewürgt wird. Die Erbschaftsteuer erbringt zurzeit Steuereinnahmen von ungefähr vier Milliarden Euro. Das ist weniger als ein Prozent des Steueraufkommens. Selbst wenn die Politik sagen würde: „Wir verdoppeln das Erbschaftsteueraufkommen“, dann gewinnt sie kaum mehr als einen halben Prozent des Gesamtsteueraufkommens. Aber dafür müsste sie massiven politischen Widerstand in Kauf nehmen. Wir hatten Anfang der 2000er Jahre die Erhöhung der Umsatzsteuer. Das bringt ungefähr acht Milliarden Euro pro Umsatzsteuerspunkt. Wenn Sie sich an die Debatte erinnern: Das ist gewissermaßen einfach so durchgewunken worden. Aus der Position des Politikers ist das gut nachvollziehbar. Würden Sie sich mit der Emotionalität auseinandersetzen wollen, die mit Erbschaftsteuererhöhungen verbunden ist, um eventuell nochmals 4 Milliarden Euro zu bekommen, oder würden Sie zu dem Schluss kommen: Wir erhöhen erneut die Umsatzsteuer um ein halbes Prozent, um das gleiche Ergebnis zu erzielen?

Crezelius: Ich meine, Herr *Beckert*, es kommt ja noch ein anderer Punkt hinzu zum Stichwort Umsatzsteuer. Die Umsatzsteuer ist eine indirekte Steuer, das heißt, Sie zahlen die Umsatzsteuer, wenn Sie etwas kaufen, aber Sie sind nicht der, der die Steuer an das Finanzamt abführt. Indirekte Steuern sind tendenziell unsozial. Das spielte schon im berühmten Steuerstreit zwischen *Bismarck* und *Lassalle* eine Rolle, weil Sie bei den indirekten Steuern eben nicht nach Leistungsfähigkeit differenzieren können. Ein Punkt Umsatzsteuererhöhung trifft den Steuerzahler mit einem Nettomonatseinkommen von 2.000 Euro stärker als denjenigen mit einem Nettoeinkommen von 10.000 Euro. Darüber wird überhaupt nicht mehr gesprochen. Wir haben im Moment eine Verteilung di-

rekte/indirekte Steuern, bei der die indirekten Steuern ca. 52 Prozent ausmachen. Das ist ein sehr hoher Anteil indirekter Steuern. Das heißt, wenn man sich jetzt auf den Standpunkt der SPD stellt, müsste man eigentlich tendenziell für eine Senkung der indirekten Steuern plädieren und für eine Erhöhung der direkten Steuern. Darüber wird gar nicht mehr geredet. Wenn der Staat Geld braucht, ist die Erbschaftsteuer das verkehrte Medium, denn selbst eine Verdoppelung brächte nur acht Milliarden Euro. Wenn Sie demgegenüber die Einkommensteuer erhöhen, dann bringt das in jedem Jahr erheblich mehr.

Rawert: Das eigentliche Problem besteht doch darin, dass es innerhalb der Systeme an Folgerichtigkeit mangelt. Das ist es, was den Verdruss bei der Bevölkerung erregt und was dann dazu führt, Vermeidungsstrategien anzupeilen. Man sagt sich: Hierfür muss Steuer, aber dafür muss keine Steuer gezahlt werden. Dann schichte ich doch mein Vermögen lieber um und stopfe es in eine GmbH und gebe es dann im Wege der Schenkung in die nächste Generation. Das größte Problem ist der Mangel an Konsequenz innerhalb der einzelnen Steuerarten, und zwar insbesondere bei der Erbschaftsteuer. Da müsste man sich dransetzen, aber es gibt eben zu viele Interessengruppen. Und unter uns: Diese Betriebsvermögenssicherung ist ja nicht etwas, was nicht nur Unternehmer gut finden. Auch die Gewerkschaften finden das grandios, weil dahinter wieder das Dogma der Arbeitsplatzhaltung steht. Das ist heilig. Und wenn sie das in den Raum stellen, dann kriegen Sie von allen Seiten Applaus. Dann jubeln Schwarze und Rote. Und auf der Strecke bleibt ein konsistentes System.

Crezelius: Ich meine, Herr *Beckert*, es kommt ja noch ein anderer Punkt hinzu zum Stichwort Umsatzsteuer. Die Umsatzsteuer ist eine indirekte Steuer, das heißt Sie zahlen die Umsatzsteuer, wenn Sie etwas kaufen, aber Sie sind nicht der, der die Steuer an das Finanzamt abführt. Indirekte Steuern sind ja tendenziell unsozial. Das spielte schon im berühmten Steuerstreit zwischen *Bismarck* und *Lassalle* eine Rolle, weil Sie bei den indirekten Steuern eben nicht nach Leistungsfähigkeit differenzieren können. Der Punkt Umsatzsteuererhöhung trifft den mit einem Nettomonatseinkommen von 2.000 Euro stärker als den mit einem Nettoeinkommen von 10.000 Euro. Darüber wird überhaupt nicht mehr gesprochen. Wir haben im Moment eine Verteilung direkte/indirekte Steuern, bei der die indirekten Steuern 52 Prozent ausmachen. Das ist ein sehr hoher Anteil indirekter Steuern. Das heißt, wenn man sich jetzt auf den Standpunkt der SPD stellt, müsste man eigentlich tendenziell für eine Senkung der indirekten Steuern plädieren und für eine Erhöhung der direkten Steuern. Darüber wird gar nicht mehr geredet. Wenn der Staat Geld braucht, ist die Erbschaftsteuer das verkehrte Medium, denn selbst eine Verdoppelung brächte nur acht Milliarden Euro. Wenn Sie demgegenüber die Einkommensteuer erhöhen, dann bringt das in jedem Jahr mehr.

Rawert: Ich bin der Letzte, der eine Debatte über soziale Gerechtigkeit führen mag. Vor dem Hintergrund nicht offengelegter Gerechtigkeitskonzepte über dieses Thema zu reden ist mir zuwider. Aber in einem hat Herr *Beckert* natürlich Recht, denn so ein letzter Rest sozialen Schmierstoffs soll ja nicht verloren gehen. Dieses Erbschaftsteuersystem führt natürlich dazu, dass wirklich große Vermögen sich akkumulieren. Also nochmal: Ich halte es für steuerlich logischer und ehrlicherweise auch gesamtgesellschaftlich ökonomischer und richtiger, große Erbschaften konsequent zu besteuern, als eine

Vermögensabgabe oder Vermögenssteuer einzuführen, die dann tatsächlich eine reine Substanzbesteuerung ist, die am Ende womöglich dazu führt, dass jemandem 100 Prozent seiner Einkünfte besteuert werden. Ich finde es in Ordnung, zu sagen, wir wollen eine gewisse "Umverteilung". Auch die Besteuerung der Leistungsfähigkeit auf der Ebene der Einkommensteuer ist nichts anderes als eine Umverteilung. Aber es erscheint mir sinnvoller und im Gesamtsystem des Steuerrechts logischer, das bei leistungslosen Einkommen zu machen als bei der individuellen Person, die im Laufe ihres Lebens durch Leistung Vermögen gebildet hat und dann nochmal mit der Vermögensteuer belegt wird.

Beckert: Ich hatte anfangs gesagt, dass die historische Situation der Einführung der Erbschaftsteuer um 1900 eine Auseinandersetzung um gerechte Besteuerung war. Genauer gesagt ging es um die Verteilung des Steueraufkommens zwischen indirekten und direkten Steuern. Es war das sozialdemokratische Argument, zu sagen, dass die indirekte Besteuerung sozial ungerecht ist, weil sie die unteren Einkommen proportional höher besteuert. Im Grunde genommen gehen wir aber in ein solches Steuerregime zurück. Dafür lassen sich die Reduzierungen der Spitzensätze der Einkommenssteuer, die Aussetzung der Vermögenssteuer und die Erhöhung der Umsatzsteuer anführen. Wenn man das verstehen möchte, muss man sich die Entwicklung anschauen, die unter dem Stichwort Globalisierung stattfindet. Die internationale Mobilität von Geldvermögen ist in den letzten 20 Jahren durch die Liberalisierung der Finanzmärkte immer größer geworden – und es geht ja um die großen Vermögen, die diese Möglichkeiten nutzen können. Herr *Rawert* weiß das aus der Praxis viel besser, es sind die Vermögenden, die das Verständnis und das Geld haben, sich professionelle Beratung zu suchen, um dann mit intelligenten Lösungen die Besteuerung ihrer Vermögen zu vermeiden. In den letzten 20 Jahren – wir hatten dazu bei uns am Institut ein Forschungsprojekt – ist eine ganz neue Profession von Estate- und Trust-Managern entstanden, die sich ausschließlich darauf konzentriert, eine superreiche Klientel zu beraten, wie sie im Erbfall und auch ansonsten ihre Steuerlast minimieren kann. Wenn wir normativ der Meinung sind, dass dies unter Gesichtspunkten von Gerechtigkeit, aber auch unter Gesichtspunkten von Demokratieentwicklung zu problematischen Entwicklungen führt, dann muss man sehen, wie man Regulierungen auf internationaler Ebene schafft, die diese Entwicklung wieder einschränken.

Rawert: Herr *Beckert*, es kommt ja noch viel besser! Das erleben Sie nicht nur auf internationaler Ebene: Eben hat Herr *Söder* laut Zeitungsberichten erklärt, Bayern müsse notfalls dafür sorgen, dass es dort niedrigere Erbschaftsteuern gibt. Wie das verfassungsrechtlich gehen soll, ist mir unklar. Das muss man sich mal vorstellen. Wenn Populismus wehtäte, müsste *Söder* den ganzen Tag vor Schmerzen schreien.

Crezelius: Bei der Grunderwerbsteuer haben wir das!

Rawert: Ja natürlich. Bei der Grunderwerbsteuer haben wir das. Das ist eine der „Segnungen“ der Föderalismusreform. Aber bei der Erbschaftsteuer haben wir das noch nicht. Es kann doch nicht richtig sein, dass wir jetzt schon innerhalb der Bundesrepublik Deutschland eine Debatte über unterschiedliche Erbschaftsteuersätze in unterschiedlichen Bundesländern beginnen. Das ist doch wirklich absurd.

Crezelius: Aber Herr *Beckert*, was Sie in Bezug auf die Globalisierung sagen, ist ein ganz wichtiger Punkt. Die Frage ist ja, ob all das, was wir hier bereden, überhaupt noch zeitge-

mäß ist angesichts der Möglichkeiten, seinen Wohnsitz und sein Vermögen zu verlagern. Heute war in der Zeitung zu lesen, dass Apple Anleihen in Amerika über 17 Milliarden Dollar auflegt und gleichzeitig 145 Milliarden Dollar auf irgendwelchen Offshore-Konten liegen hat, und zwar nur deshalb, weil das US-Steuerrecht die Rückführung von Vermögen nach Amerika bestraft. Da sieht man schon, dass die Unternehmen die Möglichkeit haben, oder die Vermögen die Möglichkeit haben, sich all diesen Dingen zu entziehen. Dahinter steht dann wahrscheinlich das allgemeine Problem: Man muss die Möglichkeit haben, sich zu entziehen. Man muss mit dem Unternehmen oder selbst umziehen können. Dann haben Sie ein Demokratieproblem, weil dann letztlich von Steuern nur diejenigen betroffen sind, die fest verwurzelt sind, die nicht umziehen können. Das ist keine Frage der Höhe des Vermögens: Wenn Sie den Betrieb mit 500 Angestellten hier in Hamburg haben, dann können Sie den auch nicht unmittelbar auf die Virgin Islands verlegen.

Rawert: Auch nicht wenn Sie Notar in Hamburg sind!

Crezelius: Das Bundesfinanzministerium hat vor ein paar Wochen eine Veranstaltung durchgeführt, in der es darum ging, wie man die Gewinne internationaler Unternehmen hier in Deutschland erfassen kann. Es stand auch in der Zeitung: Starbucks hat in Deutschland einen Umsatz von 120 Millionen und zahlt keinen Euro Ertragsteuer. Der Pressesprecher von Starbucks hat in der F.A.Z. einen Leserbrief geschrieben und dargelegt, das Unternehmen würde ja 20 Millionen Umsatzsteuer zahlen. Dass die Umsatzsteuer natürlich auf den Verbraucher abgewälzt wird, ist nicht erwähnt worden.

Rawert: Aber das glauben die Leute!

Crezelius: Die allgemeine Frage besteht darin, ob unser derzeitiges Steuersystem vor dem Hintergrund der Internationalisierung der Unternehmen noch sinnvoll gehandhabt werden kann. Die Alternative kann wohl nicht darin bestehen, eine Volkswirtschaft „abzuschotten“. Es bedarf einer Übereinkunft der Staaten, für eine sinnvolle Aufteilung der Steuersubstrate zu sorgen.

Röthel: Die Alternative kann auch nicht sein, dass wir aus Frustration sagen, jetzt erheben wir hier kaum noch Steuern.

Beckert: Die Alternative kann internationale Regulierung sein.

Aus dem Publikum: Was ich für widersprüchlich halte ist die Argumentation, dass die Vermögen, die von der Erbschaftsteuer betroffen sind, auf der einen Seite nicht fungibel oder liquide seien, es auf der anderen Seite aber heißt: „Die können jederzeit ins Ausland transferiert werden.“ Mir kommt es so vor, als ob das alles Scheinargumente sind. Die einzige Erkenntnis für mich waren die Zahlen, die Herr Beckert genannt hat. Es ist nur eine Hand voll Menschen, die Vermögen vererben, und bei denen würde eine solche Steuer unglaublich wehtun und ihre Lebenskonzepte verändern, während zwei Punkte Mehrwertsteuer mehr oder weniger eben jeder nur ein bisschen merkt. Sie sagen, es gäbe ganz viele Interessen in dieser Debatte. Eigentlich gibt es nur wenige einzelne Interessen und die setzen sich eben durch und die schaffen es mit solchen Argumenten, die Diskussion zu erlahmen, und so bleibt es eben dabei, dass wir eine vermögende Klasse haben in Deutschland.

Rawert: Ich kenne mich mit der Vermögensstatistik *en détail* nicht aus, aber ich würde davor warnen, Vermögen schlicht

und einfach – salopp gesprochen – zu kriminalisieren. Mein Ansatz ist ja eigentlich ein ganz anderer gewesen. In der Tat wird auf hohe Vermögen relativ wenig Erbschaftsteuer gezahlt, weil die Erbschaftsteuer gesamtgesellschaftlich fälschlich als eine Substanzsteuer wahrgenommen wird, obwohl sie eigentlich viel richtiger eine Einkommensteuer wäre. Ein Paradigmenwechsel könnte an dieser Stelle möglicherweise zu höheren Steuern führen. Oder vielleicht müssen wir einfach die Freibeträge senken. Es ist ja noch viel schlimmer als Sie gesagt haben, Herr Crezelius. Es ist ja nicht so, dass in einem Erbfall mit zwei Kindern nur eine Million steuerfrei in die nächste Generation gebracht werden kann. Sie können ohne weiteres zweieinhalb Millionen mit den Freibeträgen und allen sonstigen Vergünstigungen des Erbschaftsteuerrechts in die nächste Generation bringen. Vielleicht müssen wir tatsächlich runter mit den Freibeträgen, auch wenn sich der progressive Steuersatz dann noch stärker auswirken wird. Es geht nicht darum, irgendeine Vermögensverteilung in Deutschland krampfhaft zu verteidigen. Das ist nicht mein Anliegen. Aber es geht auch nicht an, zu sagen: „Das sind die Reichen und die müssen wir jetzt kriminalisieren.“

Beckert: Ich würde gerne auch noch kurz auf die Anmerkung aus dem Publikum eingehen. Es ist zweifellos so, dass da starke Lobbyinteressen dahinter stehen. Untersucht wurde das für Amerika anlässlich der Steuerreformen, die unter der Regierung von *George W. Bush* im Jahre 2001 durchgeführt wurden. Da wurde privates Geld ganz massiv investiert, um die Politik entsprechend zu beeinflussen. Aber es gibt noch ein zweites Phänomen und das finde ich beinahe interessanter. Nämlich – und das bezieht sich auf die USA, lässt sich aber auch in Meinungsumfragen hier erkennen –, dass in den USA bei den Steuerreformen 2001 eine große Mehrheit der Amerikaner der Meinung war, die Erbschaftsteuer – eine Nachlasssteuer dort – solle abgeschafft werden. Man fand dann in Umfragen heraus, dass ein Großteil der Bevölkerung den wichtigsten Tatbestand zur Erbschaftsbesteuerung nicht kennt. Nämlich, dass diese Steuer nur einen minimalen Anteil der Bevölkerung trifft. Die Perzeption ist – das hatten wir auch am Anfang der Diskussion schon: „Das wird mich treffen.“ Der Politikwissenschaftler Larry Bartels aus Princeton hat einen wunderbaren Artikel geschrieben: „Homer gets a tax cut“. Mit *Homer* ist der *Homer* der Simpsons gemeint. Eben der, der auch die Welt nicht ganz versteht. Aber man muss das ernstnehmen. Auch in Deutschland spricht sich, wenn man Meinungsumfragen zur Besteuerung von Erbschaften durchführt, die Mehrheit der Bevölkerung gegen eine Erhöhung der Erbschaftsteuer aus. Das ist von der eigenen Interessenlage her nicht zu verstehen. Dass die reichen Vermögensbesitzer Lobbyismus betreiben, das ist leicht zu verstehen. Aber warum die anderen nicht stärker Druck machen und damit ja auch zulassen, dass die Vermögen immer ungleicher verteilt sind, das ist, finde ich, die interessantere Frage.

Rawert: Das ist in der Tat ein hoch emotionales Thema. Ich möchte an der Stelle kurz etwas einfügen. Frau Röthel, Herr Beckert und ich haben vor zwei Jahren beim Juristentag in der Abteilung Erbrecht zusammen auf einem Podium gesessen und in den zweieinhalbtägigen Diskussionen über Erbrecht und auch Aspekte des Erbschaftsteuerrechts haben sich viele Leute zu Wort gemeldet. Die allermeisten haben irgendeinen Betroffenheitsaspekt zum Ausdruck gebracht haben. Da saßen Hochschullehrer, hochkarätige Ministerialbeamte, exzellente Praktiker, die im Gesellschaftsrecht völlig

cool Fragen des Corporate-Governance-Kodex diskutieren oder sich im öffentlichen Recht emotionslos über Stuttgart 21 äußern konnten. Aber sobald es ums Erben ging, wurde jedes zweite Statement mit den Worten eingeführt: „Also folgendes habe ich erlebt...“ Das war eigentlich ganz unüblich für einen Juristentag. Es scheint in der Tat so zu sein: Erben und Erbschaftsteuer sind in unglaublicher Weise von persönlichen Erfahrungen belastet.

Aus dem Publikum: Vielen Dank. Es gibt offenbar verschiedene Interessen, die in dieser Debatte eine Rolle spielen, das ist ja schon zum Ausdruck gekommen. Es gibt den Argumentationsblock Gerechtigkeit. Dann gibt es sicherlich den Block „Geld in die Kasse“. Da ist gesagt worden, es komme so wenig Aufkommen dabei rum, andere sagen, man solle einer Erhöhung der Sätze nachgehen, dann bringe das mehr Geld. Ich habe den Eindruck, dass es noch eine dritte Argumentationslinie gibt, die auf dem Podium heute in erster Linie eine Rolle gespielt hat. Und zwar geht es mal gar nicht so sehr darum, was gerechter oder weniger gerecht ist und gar nicht so sehr darum, was weniger oder mehr Geld bringt, sondern es geht, so habe ich den Eindruck nach der Debatte, Ihnen in erster Linie darum: Was ist systematisch und was ist unsystematisch. Und wenn der Jurist dann sieht, das ist jetzt alles viel systematischer, dann freut er sich und zwar unabhängig davon, ob es jetzt gerechter oder ungerechter ist oder ob mehr oder weniger Geld in der Kasse ist. Dass das problematisch ist, sieht man auch an dem Politiker-Bashing, das hier betrieben worden ist. Ich fasse mal zusammen: Föderalismus ist Mist, die Finanzverwaltung ist auch Mist, deswegen sollen wir jetzt alle Steuerrecht machen, und das allerschlimmste sind eigentlich die Politiker, die haben nämlich überhaupt keine Ahnung. Alle, die sich außerhalb des Gravitationsarguments Systematisierung mit dem Thema Erbschaftsteuer beschäftigen – also mit der Frage mehr oder weniger Gerechtigkeit, mehr oder weniger Geld – als pauschal dumm darzustellen, halte ich für problematisch. Ich frage mich: Wenn Sie es machen würden, also darüber entscheiden könnten, was wäre denn konkret die Agenda Erbschaftsteuer? Und: Wenn das alles so schrecklich unsystematisch ist und so wenig Geld bringt, wir aber natürlich auch auf keine Milliarden verzichten wollen und die Erbschaftsteuer auch aus normativen Gründen nicht abschaffen können, dann fassen wir das Thema doch besser gar nicht an und lassen die Erbschaftsteuer so wie sie ist, oder?

Rawert: Es ist ja die Frage, warum wir das alles diskutieren und ich glaube, wir tun es, weil wir im Moment in einer politischen und ökonomischen Situation sind, in der uns gesagt wird: Der Staat braucht zusätzliche Einnahmen. Das würde ich persönlich bestreiten, denn wir haben noch nie so viele Steuern in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland eingenommen wie im Moment. Aber unterstellen wir einmal, es ist richtig, dass der Staat zusätzliche Einnahmen braucht. Dann muss man doch fragen: Wo sollen die herkommen? Daher, dass die Einkommensteuer, die Lohnsteuer und die Umsatzsteuer immer weiter erhöht werden? Oder nicht möglicherweise von woanders? Genau deshalb führen wir die Erbschaftsteuerdebatte. Und zu sagen, es sind nur vier bis fünf Milliarden Euro, und selbst wenn ich die Erbschaftsteuer verdopple oder es die doppelte Anzahl an Steuerfällen gibt, sind es nur acht oder neun Milliarden, ist – so glaube ich – der falsche Ansatz. Denn wie gesagt: Möglicherweise müssen die Steuerfreibeträge deutlich gesenkt und das ganze System radikal umgestellt werden – und dann wird es auch höhere Einnahmen geben.

Freilich geht das alles immer von der Prämisse aus, dass wir höhere Staatseinnahmen brauchen. Und die teile ich nicht. Aber wenn sie richtig ist, dann müssen wir uns überlegen, ob wir etwas Systemgerechtes schaffen können. Ich halte es nicht für systemgerecht, immer nur an der Einkommensteuerschraube zu drehen.

Aus dem Publikum: Mich würde interessieren, ob man von der hiesigen Debatte über das Erbschaftsteuerrecht eine Brücke zum materiellen Erbrecht schlagen kann. Das ist nur ganz kurz aufgeflackert in der Diskussion, aber wenn man den Gedanken der Erbschaftsteuer nimmt und was für eine Theorie dahinter steckt, dann können daraus ja auch normative Folgerungen für unsere Auffassung vom Erbrecht gezogen werden. Mich würde interessieren, wie Sie das sehen.

Röthel: In der Tat. Die Erbschaftsteuer bedeutet ja eine ganz erhebliche Kanalisierung der Entscheidungen der Erblasser. Dazu kann man natürlich unterschiedliche Haltungen haben, aber wahrscheinlich ist es interessant, wenn wir Sie dazu hören, Herr *Beckert*, weil Sie uns bereits in die normativen Hintergründe des Erbrens eingeführt haben.

Beckert: Ich meine ein Punkt, an dem sich die Verbindung herstellen lässt, ist die von Herr *Rawert* angeführte Intention im 19. Jahrhundert, mit der Erbschaftsteuer auch zur Zerschlagung von Vermögen beizutragen. Und da gibt es die Parallele zum Pflichtteilsrecht, das eben auch diesen Gedanken mitverfolgt hat.

Crezelius: Das ist in der Tat richtig. In der Erbschaftsteuertheorie gibt es manche, die sagen, das ist das Noterbrecht des Staates. Aber interessant ist ja, dass es in den ersten Fassungen zum BGB eine dingliche Teilhabe am Nachlass geben sollte. Und das ist ja erst relativ spät in einen Geldanspruch geändert worden. Das ist in der Tat so. Aber es besteht ein Unterschied: Auf den Pflichtteilsanspruch können sie verzichten. Der Staat kann auf den Erbschaftsteueranspruch nicht verzichten. Wenn ich ihre Frage mal weiterführen würde: Was wäre, wenn wir das Pflichtteilsrecht abschaffen würden? Würde damit die Legitimation für die Erbschaftsteuer entfallen?

Rawert: Die würde sich verdoppeln, Herr *Crezelius*, die Legitimation. Der Witz ist doch, dass auch das Pflichtteilsrecht eine Zerschlagungsfunktion hat, weil große Nachlässe nicht einfach auf ewig ungespalten von Generation zu Generation weitergegeben werden sollen, und zwar weil das in einer marktwirtschaftlichen Ordnung nicht wünschenswert ist, weil es den Einstieg von Newcomern in den Markt verhindert. Wenn ich das Pflichtteilsrecht abschaffte, dann wäre es in einer marktwirtschaftlichen Ordnung eigentlich konsequent, die Erbschaftsteuer zu verdoppeln.

Aus dem Publikum: Die „vermögende Kaste“ gab es schon immer. Was ich neu finde, und da bin ich bei Ihnen, Herr *Rawert*: Es gibt auch eine politische Kaste, die sich nicht mehr auf eine bestimmte Seite stellt, sondern als erstes und oberstes Gebot hat: „Erst mal kommen wir selbst.“ Beim Thema Vermögensumverteilung gab es zum Beispiel für die Berechnung eines Vergleichsmoments die Frage: Was ist noch opportun, was ist noch nicht „reich“? Das waren dann zufälligerweise die Gehälter von höheren Ministerialbeamten. Das sollte noch freigestellt sein, das war die Messlatte. Alle Befreiungsvorschriften, alle steuerfreien Zulagen im Bereich der Beamtschaft werden von Grün über Rot über Schwarz hingenommen – also die klassische Familie: zwei Kinder,

Ehefrau, Einfamilienhaus, gutes Einkommen. Das kriegen Sie alles steuerfrei hin. Und das ist eben nicht der Arbeiter, der am Band steht, der sein versteuertes Einkommen von 2.000 Euro im Monat nimmt und davon bei Aldi einkaufen geht und nochmal 19 Prozent Umsatzsteuer obendrauf zahlt. Und diese Ungerechtigkeit wird nicht angegangen. Es werden Scheindebatten geführt. Meines Erachtens profitieren relativ breite Bevölkerungsschichten von den Regelungen der Politik, aber die, die am Band stehen, die profitieren davon überhaupt nicht. Deswegen ist es eine sehr gefährliche Diskussion, wenn man sagt, man schiebt es auf jene, die sich sehr schnell mit ihrem Vermögen außer Landes begeben können. Es muss der breite Konsens sein, und der fehlt. Die Leistungsträger durch Vermögensabgaben zu melken, ist meiner Ansicht nach keine Lösung. Es müssen ein gesellschaftlicher Konsens und eine Steuergerechtigkeit hergestellt werden. Die fängt schon damit an, dass wir nicht nur über Erbschaftsteuer diskutieren, sondern wir uns auch fragen müssen: Warum ist das Erbschaftsteueraufkommen so gering? Warum ist es ungerecht, dass man nur 30 Prozent nimmt? Indes werden diejenigen besteuert, die sich nicht wehren können. Es ist viel einfacher, die Mehrwertsteuer zu erhöhen, als Diskussionen mit Unternehmern zu führen, mit denen der Politiker im Golfclub sitzt. Das ist der Kern dieser Debatte.

Aus dem Publikum: So halbwegs. Es geht wieder um das Thema Leistungsträger bzw. um die Frage, wo man ansetzt, wo Umverteilung stattfinden soll. Umverteilung findet selten bei denjenigen Leuten statt, die sehr, sehr viel haben. Die verdienen ihr Einkommen meist nicht durch Arbeit, sondern durch Kapitalerträge. Da kann man auf 25 Prozent zugreifen und wahrscheinlich auch nicht auf viel mehr, weil es sonst ins Ausland abfließt. Und das ist unfair, weil Leistungsträger mit 80.000 oder 100.000 Euro Einkommen hohe Steuern zahlen müssen und sich deshalb dort gar kein neues Vermögen bilden kann. Dann kann sich niemand mehr von unten hocharbeiten, weil sehr viel abgeschöpft wird. Und bei den oberen zehn Prozent, bzw. beim obersten Prozent, wo das Geld aus Kapitalerträgen kommt, wird sehr wenig abgegriffen. Und da sollte das Steuerrecht eigentlich für mehr Gerechtigkeit sorgen.

Röthel: Na, da steigt doch gleich die Raumtemperatur.

Aus dem Publikum: Zu meiner Vorrednerin: Der Schluss mit den Politikern geht, finde ich, ein bisschen zu weit. Es könnte ja auch sein, dass die Gehälter von Beamten eben am durchschnittlichen Bürger orientiert sind. Und auch noch zu Ihnen, Herr *Rawert*, der Sie davon geredet haben, dass man große Vermögen nicht kriminalisieren sollte. Sie haben selbst angemerkt, dass es viele „emotionale“ Argumente gibt. Für mich ist das immer das emotionale Argument überhaupt! Von vermöglicher Seite wird sehr oft eine konstruktive Debatte im Keim mit dem Argument erstickt, man dürfe große Vermögen nicht kriminalisieren. Dieses Totschlagargument ist in solch einer Debatte meiner Meinung nach nicht wirklich sachgerecht.

Röthel: Vielleicht wollen wir an der Stelle jetzt so langsam auch die Schlussrunde einläuten.

Rawert: Ich sage nur noch ein paar Sätze dazu. Was mich an dieser Gerechtigkeitsdebatte stört, ist, dass jeder, der das Wort „Gerechtigkeit“ im Mund führt, ein anderes Gerechtigkeitskonzept hat. Ich bin gerne bereit, darüber eine philosophische Diskussion mit Ihnen zu führen. Aber in der Frage von gesellschaftlicher Umverteilung – was ist denn da eigent-

lich gerecht? Es wird unentwegt ein Begriff in den Raum gestellt, aber niemand, der ihn nutzt, offenbart, was sich für ihn dahinter verbirgt. Ist es ein sozialistischer Gerechtigkeitsbegriff? Ist es ein liberaler Gerechtigkeitsbegriff? Ist es ein Gerechtigkeitsbegriff, der aus der christlichen Soziallehre oder -ethik stammt? Wenn sie diese Begriffe nebeneinander stellen, werden Sie fundamentale Unterschiede feststellen. Deshalb ist es mir zu einfach, zu sagen: „Die Gerechtigkeit gebietet es, dass Vermögende stärker zur Kasse gebeten werden.“ Ich bin durchaus bereit, über so etwas zu diskutieren. Aber nicht unter dem Stichwort „Gerechtigkeit“. Da sind mir Folgerichtigkeit und Anknüpfung an Leistungsfähigkeit und ähnlich „positivistische“ Begriffe deutlich lieber.

Zwischenruf aus dem Publikum: Wo werden Vermögen denn kriminalisiert?

Rawert: Aber entschuldigen Sie! Lesen Sie doch mal jeden Tag die Zeitungen durch! Die schiere Tatsache, dass Menschen Geld haben, wird doch mittlerweile unanständig gemacht! Schauen Sie sich doch Frankreich an. Da gibt es im Moment mit der Offenlegungspflicht für Ministervermögen eine regelrechte *race to the bottom*. Der ideale Minister sind Sie, wenn Sie mit 58 Jahren 150.000 Euro auf dem Konto, einen alten 2 CV und ein schrottreifes Fahrrad haben! Dann sind Sie gut, weil Sie möglichst wenig Vermögen gebildet haben. Und was haben Sie damit zum Ausdruck gebracht? Dass Sie wenig korrupt sind? Vielleicht haben Sie auch nur zum Ausdruck gebracht, dass Sie ökonomisch unfähig sind! Das ist die Debatte, die ich kritisiere, diese subkutane Neiddebatte. Allein der Begriff „Reichensteuer“! Der ist schlicht und einfach unanständig.

Aus dem Publikum: Es ist auch widerlich, was in den letzten 20 Jahren passiert ist! Diese sogenannte „Neiddebatte“ gibt es doch nur, weil die Entwicklung seit 1990 so ist, wie sie ist. Natürlich ist die Diskussion undifferenziert und es ist natürlich zu bedauern, dass die SPD mit Themen wie Vermögensabgaben Wahlkampf macht, statt aufzuklären und zu sagen: „Die Erbschaftsteuer ist viel gerechter.“ Gerechtigkeit ist aber auch nicht für jeden etwas anderes. Ich glaube, wir alle im Raum stimmen Ihnen zu, wenn Sie sagen, dass wir in einer Leistungsgesellschaft leben. Und deswegen können Sie auch an Leistungsfähigkeit anknüpfen. Leistungsgesellschaft, das sollte eigentlich heißen: Jeder, der etwas leistet, kann auch etwas erreichen. Und jeder, der dasselbe leistet, erreicht auch dasselbe. Ich glaube, diesen Gerechtigkeitsbegriff würde hier jeder unterschreiben. Und deswegen ist es gar nicht so falsch, mit Gerechtigkeit zu argumentieren. Und das niedrige Erbschaftsteueraufkommen verhindert doch eigentlich eine Leistungsgesellschaft – das haben Sie in Ihren Beiträgen auch immer wieder erwähnt.

Rawert: Da ist keine Differenz zwischen uns. Nur warum muss man den höchsten Steuersatz mit dem offensichtlich pejorativen Begriff „Reichensteuer“ belegen?

Crezelius: Sie merken: Steuerrecht ist Politik hoch drei. Selbst wenn es so wäre, dass in den letzten 20 Jahren eine Vermögensumverteilung stattgefunden hat, dann möchte ich folgende Gegenfrage stellen: Hat das der Mehrheit der Bevölkerung geschadet? Und jetzt der Umkehrschluss: Würde die Erfüllung Ihrer Gerechtigkeitspostulate mit Umverteilung dazu führen, dass es einem größeren Teil der Bevölkerung nutzt? Diese Frage würde ich verneinen. Deshalb meine ich, dass wir mit diesen vielleicht unglücklichen Ergebnissen leben müssen. Die Ansicht vertrete ich. Ich bin mit dem Ergeb-

nis vielleicht nicht ganz einverstanden, aber für unser Gemeinwesen ist es im Durchschnitt nicht schlecht gewesen.

Beckert: Daran schließt sich eine lange Diskussion an. Wenn man einmal die Entwicklung der letzten 20 Jahre nimmt, stellt sich doch die Frage: Hat es uns wirklich gut getan, dass sich Managergehälter und Gehälter der Belegschaft exorbitant auseinanderentwickelt haben? Wir haben hier Entwicklungen, die problematisch sind. Die Reichtumsentwicklung, die in den letzten 20 Jahren stattgefunden hat, ist im Wesentlichen den oberen Bevölkerungsschichten zugute gekommen, nicht der Mittelschicht und erst recht nicht den unteren sozialen Schichten. Das ist eine soziale Problematik, die sich da entfaltet und an den normativen Grundlagen unserer Gesellschaft rührt. Wollen wir in einer Gesellschaft leben, die sich in der Vermögensentwicklung zunehmend in eine Richtung entwickelt, die der Vermögensverteilung in Dritte-Welt-Ländern entspricht? In Amerika stehen wir da kurz davor. Ich würde auch sagen, dass wir nicht unbedingt eine philosophische Grundsatzdebatte über Gerechtigkeitskonzepte führen brauchen. Ich fand interessant bei unserer Veranstaltung, dass wir uns doch relativ einig sind, dass wir es mit Ungerechtigkeiten zu tun haben, auf die wir Antworten finden müssen. Wohlwissend, dass es hiergegen erhebliche politische Widerstände geben wird, die auch mit der Internationalisierung der Wirtschaft zusammenhängen. Was mich an dieser Debatte freut ist, dass sie überhaupt geführt wird. Ich habe den Eindruck, dass die Debatte über die Erbschaftsteuer viel zu wenig geführt wird. Heute haben wir eine solche Debatte geführt und uns dabei auch über normative Fragen ausgetauscht. Dies ist bereits ein wichtiges Ergebnis. Ich glaube nicht, dass mein eingangs gemachter Vorschlag zur Einbeziehung der Erbschaftssteuer in die Einkommenssteuer große Realisierungschancen hat, aber ich will eben, dass dieser Vorschlag in einem Diskurs behandelt wird und wir uns dabei darüber verständigen, welche Art von Gesellschaftsordnung wir eigentlich möchten.

Crezelius: Herr *Beckert*, ich stimme Ihnen vollkommen zu, nur das Steuerrecht ist dafür das falsche Medium, weil das Steuerrecht insoweit wertneutral ist. Bei den Managergehältern stimme ich Ihnen zu. Das hat aber alles nichts mit Steuerrecht zu tun. Das hat etwas mit dem Anstand der Personen

zu tun, der handelnden Personen. Dass diese nicht dafür sorgen, dass sich diese Diskrepanz nicht auftut. Es geht nicht um reich oder arm, es hat etwas mit dem Bewusstsein der handelnden Personen zu tun. Und da gebe ich Ihnen Recht: Wenn Sie mit manchen dieser Leute sprechen, gerät man in Erstaunen. Aber ob das Steuerrecht das richtige Medium ist, das zu ändern, das wage ich ganz stark zu bezweifeln.

Rawert: Glauben Sie denn ernsthaft, dass Sie Managern sagen können, die sollten auf etwas verzichten? Und dass das wirksamer ist, als wenn man sie einfach besteuert und die Gesellschaft etwas davon hat?

Crezelius: Das können Sie nicht mit dem Steuerrecht regeln, nein!

Röthel: Es ist vorhin unterschwellig kritisiert worden, dass wir so technisch und formal, so typisch juristisch und auch möglicherweise typisch wissenschaftlich diskutieren und uns aus dem Meinungsmäßigen heraushalten. Ich möchte mich insoweit Herrn *Beckert* anschließen. Debatten sollten in einem bewussten Rahmen geführt werden, und wir müssen versuchen, sorgsam zu trennen zwischen dem Meinungsmäßigen und dem, was der Jurist und was insbesondere der Wissenschaftler beitragen oder was der Soziologe beobachten kann. Dies hat auch mit der Überzeugung zu tun, dass ja letztlich nicht wir es sind, sei es in der Rolle als Wissenschaftler, Soziologen, Juristen, die hier irgendetwas Relevantes zu entscheiden haben. Wir haben diese Aufgabe im demokratischen Verfassungsstaat besonderen Institutionen und besonderen Verfahren übertragen. Was mich daher betroffen gemacht hat, war die starke Kritik an der politischen Klasse. Dies trifft gewissermaßen „ins Mark“, weil wir damit im Grunde unsere Entscheidungsverfahren kritisieren. Denn darum geht es letztlich, wenn wir bei der Erbschaftssteuer über „rauf, runter oder richtig“ diskutieren: Wir bewerten Entscheidungen. Erkenntnis können wir hier nur begrenzt erzielen. Vielen Dank.

Das Bucerius Law Journal bedankt sich bei den Diskutanten und allen Zuschauern für ihr zahlreiches Erscheinen und die rege Teilnahmereitschaft. Für die finanzielle Unterstützung des Streitgesprächs bedanken wir uns außerdem bei unserem Sponsor Morgan, Lewis & Bockius LLP.