



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

ZIVILRECHT

Iuliia Voronova

Ersatzfähigkeit der Mehrkosten für einen vorzeitigen
Deckungskauf

Laetizia Krigar

Nachhaftung des herrschenden Unternehmens nach
Beendigung eines GmbH-Vertragskonzerns

ÖFFENTLICHES RECHT

Clara Seitz

Steuervergünstigungen für Erträge aus immateriellen
Wirtschaftsgütern (IP-Boxes) - Eine verbotene Beihilfe?

Felix Schott

Verfassunggebende Gewalt im Lichte der völkerrechtlichen
Konstitutionalisierungsdiskussion

STRAFRECHT

Kristina Lewandowski

Gender-Unterschiede bei Risikofaktoren für Delinquenz in
der International Self-Report Delinquency Study (ISR3D)

Marie Langner

Suizide als Herausforderung für den Justizvollzug –
Rechtliche Aspekte, Empirische Erkenntnisse und Prävention

1. Auflage | Seiten 1-72

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISBN 978-3-00-064686-7 | ISSN 2699-2132

AUSGABE 1/2020

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

Juristische Fachzeitschrift am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

Herausgeber

Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Redaktion

Redaktionsleitung:

Elif Dilek, Jan Rinklake (Stellv.), Valentina Kleinsasser

Ressort inhaltliche Konzeption und Gestaltung:

Piet Akkermann, Leah Gölz, Julian Hettihewa, Felix Schott

Ressort Produktion und Vertrieb:

Sina Bierwirth, Konrad Kahle, Leo Miura, Charles Müller, Melina Rebensburg

Schriftleitung

Lukas Böffel, Hendrik Schwenke

Wissenschaftlicher Beirat

Univ.-Prof. Dr. *Helmut Philipp Aust*

Prof. Dr. *Burkhard Breig*

Univ.-Prof. Dr. *Christian Calliess*, LL.M. Eur

Univ.-Prof. Dr. *Ignacio Czeguhn*

Univ.-Prof. Dr. *Kirstin Drenkhahn*

Univ.-Prof. Dr. *Andreas Engert*, LL.M. (Univ. Chicago)

Dr. *Andreas Fijal*

Prof. Dr. *Johannes W. Flume*

Prof. Dr. *Thomas Grützner*

Univ.-Prof. Dr. *Felix Hartmann*, LL.M. (Harvard)

Univ.-Prof. Dr. *Markus Heintzen*

Prof. Dr. *Peter Kreutz*

Univ.-Prof. Dr. *Heike Krieger*

Prof. Dr. *Bertram Lomfeld*

Prof. Dr. *Dorothea Magnus*

Univ.-Prof. Dr. *Cosima Möller*

Univ.-Prof. Dr. *Carsten Momsen*

Univ.-Prof. Dr. *Olaf Muthorst*

Dr. *Hilmar Odemer*

Univ.-Prof. a. D. Dr. *Helmut Schirmer*

Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Seher*

Dr. *Michael Sommerfeld*

Prof. Dr. *Maik Wolf*

Prof. Dr. *Johanna Wolff*, LL.M. eur. (KCL)

Vorwort des Dekans des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

Liebe Leserin, lieber Leser,

Sie halten nun die erste Ausgabe der Berliner Rechtszeitschrift in Händen. Zunächst gilt mein herzlichster Glückwunsch und Dank dem Redaktionsteam, das sich unermüdlich für die Gründung und das Erscheinen der Zeitschrift eingesetzt hat.

Die Berliner Rechtszeitschrift wird von Studenten für Studenten gestaltet unter Einbeziehung eines wissenschaftlichen Beirates, der der Redaktion bei der Auswahl der eingereichten Beiträge beratend zur Seite steht. Sie soll ermöglichen, dass Studenten herausragende Seminararbeiten oder Studienabschlussarbeiten einreichen und in einer Rechtszeitschrift veröffentlichen können. So wird die mühevollen Arbeit in einem Seminar oder in einem Schwerpunkt belohnt und einem breiteren Publikum zugänglich gemacht. Die Zeitschrift steht aber auch anderen Beiträgen offen, z. B. einem Aufsatz oder einer Miscelle zu einem aktuellen Thema oder Problematiken aus allen Gebieten der Rechtswissenschaft. Eingereicht werden können Beiträge von Autorinnen/Autoren aus dem gesamten Bundesgebiet.

Ich hoffe, dass Studierende darin auch eine Anerkennung ihres wissenschaftlichen Arbeitens sehen und sich künftig dadurch für eine Promotion oder gar für eine wissenschaftliche Laufbahn gewinnen lassen. Allen Mitgliedern des wissenschaftlichen Beirats gebührt Dank für Ihre Bereitschaft die Idee der Berliner Rechtszeitschrift zu unterstützen und sie zu fördern.

Ich wünsche der Zeitschrift viel Erfolg, gute Resonanz und möglichst viele Sponsoren!

Mit herzlichen Grüßen
Ignacio Czeguhn
Dekan des FB Rechtswissenschaft

Vorwort des Vorstands des Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Früh übt sich, was ein Meister werden will. Schon Friedrich Schiller wusste um diese Wichtigkeit. Wussten Sie, dass Friedrich Schiller sogar einmal, so wie der Großteil der Mitwirkenden dieser Zeitschrift sowie die Veröfentlichenden ihrer Beiträge, Rechtswissenschaft studierte?

Leider brach er das Studium schon nach zwei Jahren ab. Wie schade. Und hätte er heutzutage nach zwei Jahren abgebrochen, wäre ihm der Eintritt in den Schwerpunktbereich des Jurastudiums verwehrt geblieben. Und so hätte er nicht die Möglichkeit bekommen, innerhalb dieses Schwerpunktbereichs eine Studienabschlussarbeit zu schreiben.

Eine solche Arbeit schreibt man in der Regel im 5. Fachsemester des Jurastudiums. Es ist eine rechtswissenschaftliche Arbeit, deren Bewertung zu einem Teil auch in die Note der ersten juristischen Prüfung einfließt. Schon deshalb ist man bemüht, eine möglichst gute Arbeit anzufertigen. Man beschäftigt sich wochenlang intensiv mit einem konkreten Thema, wertet Literatur und Rechtsprechung umfassend aus und kommt auch teils zu ganz eigenen neuen Ansätzen für die Lösung eines rechtlichen Problems. Man entwickelt sich zu einem „kleinen Meister“ für sein bestimmtes Thema. Nach Erhalt der Note, selbst wenn diese weit überdurchschnittlich ist, landet die Arbeit - und damit ihr Inhalt - meist jedoch im Schrank und gerät in Vergessenheit.

Erneut müssen wir sagen: Wie schade. Denn sind die juristischen Gedanken und Lösungsansätze von Jura-Studierenden weniger wichtig für Wissenschaft und Praxis, als die von Personen mit ein oder zwei juristischen Staatsexamina?

Anhand der Beiträge dieser Zeitschrift möchten wir Sie bitten, liebe Leserinnen und Leser, dies selbst zu entscheiden. Bestimmen Sie, ob die Veröfentlichenden genug geübt haben, um ihre Arbeiten während des Studiums zu meistern. Und bilden Sie sich ein Urteil, inwieweit der Zeitschrift und ihren Autoren eine schillernde Zukunft bevorsteht. Wir wünschen viel Erkenntnis!

*Christoph Schacknies, Jan Rinklake, Valentina Kleinsasser,
Melina Reensburg und Maarten van der Werf*

Gemeinsames Vorwort von Redaktions- und Schriftleitung

Aller Anfang ist schwer, heißt es. Umso mehr haben wir uns gefreut, dass uns bereits für die erste Ausgabe unseres jungen Projektes eine Vielzahl spannender und handwerklich gelungener Arbeiten erreicht hat. Dafür gilt allen Einsendenden – auch denen, die im fertigen Heft leider keine Berücksichtigung finden konnten – ein besonderer Dank.

Dabei ist vor allem die Vielfalt der Einsendungen zu betonen. Sie hat es uns ermöglicht, für die erste Ausgabe eine Auswahl an Beiträgen zusammenzustellen, die aktuelle wie zeitlose Themen auf dem Gebiet der gesamten Rechtswissenschaft abbildet. Zugleich spiegelt sie viele der Forschungsschwerpunkte des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität, dem wir uns sehr verbunden fühlen. Bevor wir Sie nicht ohne Stolz in die Lektüre der ersten Ausgabe entlassen, möchten wir Ihnen diese Arbeiten im Folgenden kurz näher bringen.

Die erste Ausgabe der BRZ wird eröffnet durch *Iuliia Voronovas* Beitrag zur Ersatzfähigkeit der Mehrkosten für einen vorzeitigen Deckungskauf. Ihre Darstellungen zu diesem "Dauerbrenner" auf dem Gebiet des Schuldrechts versprechen nicht nur bei Studierenden, sondern auch in Wissenschaft und Praxis auf reges Interesse zu stoßen. Es folgt eine konzernrechtliche Betrachtung *Laetizia Krigars* zur Nachhaftung des beherrschenden Unternehmens nach Beendigung eines GmbH-Vertragskonzerns. Wenn die an einem Vertragskonzern beteiligten und eng verwobenen Unternehmen getrennte Wege gehen, können daraus ernst zu nehmende Probleme resultieren, derer sich der Beitrag auf elaborierte Art und Weise annimmt.

Spätestens seit Irland durch die medienwirksame Entscheidung der EU-Kommission abverlangt wird, Steuernachforderungen in Milliardenhöhe gegenüber dem Apple Konzern geltend zu machen, stößt das Spannungsfeld von mitgliedsstaatlichen Steuervergünstigungen mit dem Beihilfeverbot auf großes Interesse. Mit nicht minder interessanten Problemen aus diesem Spannungsfeld befasst sich die Arbeit von *Clara Seitz* zur beihilferechtlichen Würdigung von Steuervergünstigungen zugunsten sogenannter IP-Boxes. Der Beitrag von *Felix Schott* hingegen setzt sich mit Grundlagen der Staatstheorie auseinander. Er befasst sich mit der Frage der verfassungsgebenden Gewalt im Rahmen der Konstitutionalisierungsdiskussion im Völkerrecht. Gerade in international bewegten Zeiten gewinnt das Thema der Legitimierung der Völkerrechtsordnung an Relevanz.

Frei nach *Georg Christoph Lichtenberg* versteht derjenige, der nur das Recht versteht, auch das nicht recht. Daher freuen wir uns sehr, mit einer Untersuchung über Gender-Unterschiede bei Risikofaktoren für Delinquenz auch eine Arbeit aus der Kriminologie in den Kanon der ersten Ausgabe aufnehmen zu können. Unter Auswertung hierzu bisher veröffentlichter Daten der *International Self-Report Delinquency Study (ISRD3)* zeigt *Kristina Lewandowski*, dass das wachsende gesamtgesellschaftliche Bewusstsein für Genderfragen auch vor dem Recht nicht Halt macht. Die erste Ausgabe schließt mit dem Beitrag von *Marie Langner*, der sich mit den Herausforderungen von Suiziden für den Justizvollzug auseinandersetzt. Auch sie bezieht neben rechtlichen Aspekten Erkenntnisse aus benachbarten Sozialwissenschaften in ihre Betrachtungen ein und rückt so auf eingängige Art und Weise eine Thematik in den Mittelpunkt, die abseits des Blickfeldes zu oft in Vergessenheit zu geraten droht.

In der Hoffnung, dass die von uns getroffene Auswahl auch Ihr Interesse geweckt hat, wünschen wir Ihnen, werte(r) Leser(in), viel Freude und Erkenntnisgewinn bei der Lektüre!

Elif Dilek, Valentina Kleinsasser, Jan Rinklake, Lukas Böffel und Hendrik Schwenke

Die BRZ sagt Danke!

Das Team der BRZ bedankt sich herzlich bei ihren Kooperationspartnern:



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



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

Inhaltsverzeichnis

ZIVILRECHT	SEITE
<i>Iuliia Voronova</i> Ersatzfähigkeit der Mehrkosten für einen vorzeitigen Deckungskauf	1
<i>Laetizia Krigar</i> Nachhaftung des herrschenden Unternehmens nach Beendigung eines GmbH-Vertragskonzerns	12
ÖFFENTLICHES RECHT	
<i>Clara Seitz</i> Steuervergünstigungen für Erträge aus immateriellen Wirtschaftsgütern (IP-Boxes) - Eine verbotene Beihilfe?	25
<i>Felix Schott</i> Verfassunggebende Gewalt im Lichte der völkerrechtlichen Konstitutionalisierungsdiskussion	36
STRAFRECHT	
<i>Kristina Lewandowski</i> Gender-Unterschiede bei Risikofaktoren für Delinquenz in der International Self-Report Delinquency Study (ISRD3)	50
<i>Marie Langner</i> Suizide als Herausforderung für den Justizvollzug - Rechtliche Aspekte, Empirische Erkenntnisse und Prävention	62

Herausgeber: Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Redaktion: Piet Akkermann, Sina Bierwirth, Elif Dilek, Leah Gözl, Julian Hettihewa, Konrad Kahle, Valentina Kleinsasser, Leo Miura, Charles Müller, Melina Rebensburg, Jan Rinklake, Felix Schott

Schriftleitung: Lukas Böffel, Hendrik Schwenke

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

Iuliia Voronova*

Ersatzfähigkeit der Mehrkosten für einen vorzeitigen Deckungskauf

Der Beitrag behandelt Fragen der Abgrenzung von Schadensersatz statt und neben der Leistung sowie der Einordnung des vorzeitigen Deckungskaufs innerhalb dieser Schadensarten. Zu Beginn werden verschiedene Lösungsansätze dargestellt und kritisch diskutiert. Dabei wird insbesondere auf die Frage eingegangen, wie die Pflichtverletzung im Sinne von § 281 Abs. 1 BGB zu definieren ist. Anschließend wird anhand der sog. „Biodiesel-Entscheidung“ des BGH geklärt, was überhaupt unter einem Deckungskauf zu verstehen ist.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung.....	1
B. Abgrenzung der Schadensarten der §§ 280 ff. BGB ..	2
I. Rein materielle Abgrenzung der Schadensarten ...	2
1. Inhalt.....	2
2. Stellungnahme	2
II. Rein zeitliche Abgrenzung der Schadensarten.....	2
1. Inhalt.....	2
2. Stellungnahme	3
III. Gemischte Lösungsansätze	4
1. Zeitlich-materielle Abgrenzung der Schadensarten.....	4
2. Materiell-zeitliche Abgrenzung der Schadensarten.....	7
C. Der abgrenzungsvermeidende Ansatz	8
I. Inhalt	8
II. Kritik	8
III. Folgen für die Ersetzbarkeit der Kosten eines vorzeitigen Deckungskaufs	9
D. Besprechung des Biodiesel-Falls.....	9
I. Begriff des Deckungskaufs	10
II. Folgen für die Ersetzbarkeit der Mehrkosten im Biodiesel-Fall.....	10
E. Fazit	11

A. Einleitung

Eines der wesentlichen Ziele des im Jahr 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (SMG) war die Beseitigung der vielfachen Unsicherheiten bei der Unterscheidung zwischen verschiedenen Schadensersatzansprüchen.¹ Auf den ersten Blick erscheint die Grundstruktur der Anspruchsvoraussetzungen sehr transparent: § 280 Abs. 1 BGB stellt einen einheitlichen Haftungstatbestand dar, der in bestimmten Fällen durch weitere Anforderungen der §§ 281-283, 286 BGB ergänzt wird. Hinzu tritt im Fall der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung die eigenständige Anspruchsgrundlage des § 311a Abs. 2 BGB. Allerdings besteht schon seit jeher Uneinigkeit bezüglich der Frage nach der Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung. Zu den prominentesten Streitfällen in diesem Zusammenhang gehört insbesondere die Einordnung des vorzeitigen Deckungskaufs.

Schon die kontinuierlich wachsende Anzahl an vertretenen Lösungsansätzen verdeutlicht die Komplexität dieses Problems. Besondere Schwierigkeiten bereitet der Umstand, dass die verschiedenen Lösungswege zum Teil zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen führen. Hebt man etwa hervor, dass ein Deckungskauf funktional die ursprünglich geschuldete Leistung ersetzen soll,² scheidet ein Schadensersatzanspruch neben der Leistung von vornherein aus. Stellt man dagegen mit der zeitlichen Abgrenzungsformel darauf ab, ob der betreffende Schaden durch die Nacherfüllung beseitigt würde,³ hängt die Einordnung des Deckungskaufs vom Zeitpunkt seiner Vornahme ab.

Zwar hat der achte Senat des BGH in seinem Urteil vom 3.7.2013⁴ entschieden, dass die Mehrkosten eines Deckungskaufs unabhängig von dem Zeitpunkt der Vornahme nur unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB ersatzfähig sind,⁵ was in der Praxis für Klarheit

* Die Verfasserin studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag geht aus einem im Jahr 2017 von Univ.-Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard) angebotenen Seminar zum Zivil- und Arbeitsrecht hervor.

¹ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 133.

² Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (735).

³ Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (254); Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (155).

⁴ BGHZ 197, 357 = NJW 2013, 2959.

⁵ BGHZ 197, 357 (361) = NJW 2013, 2959 ff.

gesorgt hat.⁶ Dieses Ergebnis wird in der Entscheidung jedoch kaum mit eigenen Argumenten begründet.⁷ Vielmehr wurde lediglich auf die „im Schrifttum ganz überwiegend vertretenen Ansicht“⁸ verwiesen. Freilich teilt sich die herrschende Ansicht in verschiedene Unteransichten auf, zu denen der Senat in seiner Entscheidung nicht im Einzelnen Stellung bezieht.⁹ Da die sehr knappe Argumentation des Senats von vielen als widersprüchlich und kritikwürdig angesehen wird,¹⁰ bleibt die Streitfrage nach der Abgrenzung der verschiedenen Schadensarten und der Einordnung des vorzeitigen Deckungskaufs aus wissenschaftlicher Sicht mithin auch 18 Jahre nach Inkrafttreten des SMG weiterhin von Relevanz.

B. Abgrenzung der Schadensarten der §§ 280 ff. BGB

I. Rein materielle Abgrenzung der Schadensarten

1. Inhalt

Ein Teil der Literatur versucht die Anwendungsbereiche der §§ 280 ff. BGB mithilfe einer schadentypologischen Betrachtung voneinander zu unterscheiden, die noch im alten Schuldrecht zur Abgrenzung von § 286 Abs. 1 BGB a.F. und § 326 Abs. 1 a.F. entwickelt wurde.¹¹ Danach ist entscheidend, ob die geltend gemachten Schadenspositionen funktional das Erfüllungs- oder das Integritätsinteresse betreffen.¹² Vom Schadensersatz statt der Leistung sind danach nur diejenigen Schäden umfasst, die an die Stelle der nicht mehr erbrachten Leistung treten (Erfüllungsinteresse),¹³ was beim Deckungskauf unabhängig von dem Zeitpunkt seiner Vornahme immer der Fall sei.

Deshalb könne der Gläubiger nur dann ein Deckungsgeschäft abschließen und die dadurch bedingten Mehrkosten ersetzt verlangen, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung vorliegen.¹⁴ Bei § 281 BGB ist dies wiederum nur dann der Fall, wenn eine vom Gläubiger gesetzte Frist erfolglos abgelaufen oder eine solche gem. § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich ist.

2. Stellungnahme

Diese Abgrenzungsformel ist kritikwürdig, da die Begriffe Erfüllungs- und Integritätsinteresse „kaum objektivierbar und sehr intuitiv“¹⁵ sind. In manchen Konstellationen ist es sehr schwierig festzustellen, welche Schäden an die Stelle der Leistung treten.¹⁶ So ließe sich etwa vertreten, dass ein

aufgrund der ausgebliebenen Leistung entgangenes Gewinngeschäft keinen Schaden im Sinne von § 280 Abs. 3 BGB darstellt, der an die Stelle der Leistung tritt, weil der ausgebliebene Erlös nicht identisch mit der geschuldeten Leistung, sondern nur mittelbar auf deren Ausbleiben zurückzuführen ist. So schuldet beispielsweise der Verkäufer lediglich die Lieferung der Sache, nicht hingegen den Erlös aus deren Weiterveräußerung durch den Käufer an einen Dritten.¹⁷ Dem lässt sich freilich entgegenhalten, dass der aus einem Anschlussgeschäft resultierende Gewinn gerade den Ertrag der Leistung darstellt, weil er den weiterveräußerten Leistungsgegenstand verkörpert und damit sehr wohl an dessen Stelle rückt.¹⁸ Die Frage, was als Äquivalent an die Stelle der Leistung tritt, lässt sich somit nicht immer eindeutig beantworten.¹⁹

Ein weiteres Problem taucht im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit von Betriebs- und Nutzungsausfallschäden auf, die erst nach dem Erlöschen des Erfüllungsanspruchs anfallen. Es lässt sich vertreten, dass die Betriebsausfallschäden nicht an die Stelle der Leistung treten und konsequenterweise nicht *statt* der Leistung ersetzt werden können; sie wären jedoch auch nicht *neben* der Leistung ersatzfähig, weil der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB mit dem endgültigen Ausbleiben der Leistung entfällt.²⁰

Hinzukommt, dass auch unter den Vertretern dieses Lösungsansatzes keine Einigkeit darüber besteht, welche Schäden unter welchen Voraussetzungen ersetzt werden können. So ist etwa unklar, ob Integritätsschäden als Verzögerungsschaden²¹ oder als einfacher Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB²² zu qualifizieren sind. Die rein materielle Abgrenzungsmethode ermöglicht somit nicht die angesichts unterschiedlicher Anspruchsvoraussetzungen notwendige trennscharfe Abgrenzung.²³ Da sie auch den Anforderungen an Klarheit und Vollständigkeit nicht genügt, bedarf sie der Konkretisierung durch andere Kriterien. Ohne eine solche Konkretisierung erweist sich dieser Ansatz für die Abgrenzung der Schadensarten als unpassend.

II. Rein zeitliche Abgrenzung der Schadensarten

1. Inhalt

Nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung sind die Schadensarten anhand von zeitlichen Kriterien

⁶ Bach, JR 2014, 436; Hilbig-Lugani, NJW 2013, 2961.

⁷ Vgl. Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077; Hilbig-Lugani, NJW 2013, 2961.

⁸ BGHZ 197, 357 (263) = NJW 2013, 2959 ff.

⁹ Hilbig-Lugani, NJW 2013, 2961.

¹⁰ Bach, JR 2014, 436 f.; Benicke/Hellwig, ZIP 2015, 1106 ff.; Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077 f.

¹¹ Zu Letzterem Hirsch, JuS 2014, 97 (98).

¹² Dauner-Lieb, in: AnwaltKommentar BGB, Bd. 2, 2005, § 280 Rn. 73; Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Rn. 13/105; in Anknüpfung an die Begriffe „Mangel- und Mangelfolgeschäden“ Westermann, in: Erman BGB, 14. Aufl. 2014, § 280 Rn. 15.

¹³ Westermann (Fn. 12) § 280 Rn. 15.

¹⁴ Vgl. Ackermann, JuS 2012, 865 (869).

¹⁵ Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077 (1079).

¹⁶ Ackermann, JuS 2012, 865 (871); Hirsch, JuS 2014, 97 (98).

¹⁷ Grunewald, in: Erman BGB, 14. Aufl. 2014, § 437 Rn. 13.

¹⁸ Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (739).

¹⁹ Ackermann, JuS 2012, 865 (871).

²⁰ Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2834).

²¹ Dauner-Lieb, in: NomosKomm-BGB, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2016, § 280 Rn. 56.

²² Kaiser, in: FS Westermann, 2008, S. 351 (352).

²³ Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2834).

abzugrenzen. Danach sei darauf abzustellen, ob eine gedachte Nacherfüllung im letztmöglichen Moment den Schaden hätte beseitigen können.²⁴ Da die Kosten eines vorzeitigen Deckungskaufs durch die spätere Erfüllung nicht entfallen würden, käme hiernach nur Schadensersatz neben der Leistung in Betracht.²⁵ Dies gelte auch dann, wenn der Deckungskauf nach dem Fristablauf, aber noch vor dem Schadensersatzverlangen oder der Ausübung des Rücktrittsrechts erfolgt, weil erst ab diesem Zeitpunkt der Primärleistungsanspruch entfällt (§ 281 Abs. 4 BGB).²⁶ Neben der Leistung seien die Aufwendungen eines Deckungsgeschäfts wiederum nur dann ersatzfähig, wenn sie auf die Pflichtverletzung in Form der Verzögerung der Leistung zurückzuführen, also dem Schuldner zuzurechnen sind.²⁷ Dies sei grundsätzlich dann der Fall, wenn sich der Geschädigte zur anderweitigen Eindeckung herausgefordert fühlen durfte.²⁸ Ein sog. Herausforderungsfall²⁹ läge immer dann vor, wenn die vom Gläubiger gesetzte Nachfrist erfolglos abläuft³⁰ oder die Kosten eines vorzeitigen Deckungskaufs den sonst zu erwartenden Verzögerungsschaden erheblich unterschreiten, weil bei derartigen Sachlagen vom Vorliegen psychisch vermittelter Kausalität auszugehen sei.³¹ Denn der Gläubiger müsse nach dem Fristablauf die Leistung des Gläubigers nicht mehr annehmen und habe somit einen gerechtfertigten Anlass, einen Deckungskauf vorzunehmen.³² Im Übrigen sei der Gläubiger nach § 254 Abs. 2 BGB verpflichtet, seinen Schaden gering zu halten, weshalb es ihm möglich sein müsse, einen Deckungskauf ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt des Verzuges zu tätigen, wenn die (drohenden) Verzögerungsschäden i. S. d. § 286 BGB bei weiterem Zuwarten (wesentlich) größer wären als die Kosten des Deckungsgeschäfts.³³ Auch sei es einem wirtschaftlich denkenden Gläubiger nicht zuzumuten, einen höheren Verzögerungsschaden entstehen zu lassen, weil er letztlich hierfür das Insolvenzrisiko des Schuldners trage.³⁴

2. Stellungnahme

Diese von Lorenz als „Zauberformel“³⁵ bezeichnete Lösung ermöglicht zwar eine klare Abgrenzung der

Anspruchsgrundlagen, erscheint allerdings in vielerlei Hinsicht fragwürdig.

Zunächst stellt sich die Frage, wie die Mehrkosten eines Deckungskaufs, der grundsätzlich an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung tritt, als Schaden neben der Leistung geltend gemacht werden können.³⁶ Eine solche Einordnung hat zur Folge, dass der Schuldner immer noch leisten darf und der Gläubiger die Leistung annehmen muss,³⁷ wobei er (in den meisten Fällen) kein Interesse mehr an der Erfüllung hat. Es wird zwar vorgeschlagen, dass der Gläubiger in einem solchen Fall die als Ersatz gekaufte Sache an den Schuldner herausgeben kann.³⁸ Diese Lösung ist allerdings für den Gläubiger nicht interessensgerecht, insbesondere wenn er den ersatzweise gekauften Gegenstand schon installiert und in Betrieb gesetzt hat.

Darüber hinaus sehen sich die Vertreter dieser Ansicht gezwungen, das von ihnen gefundene Ergebnis im Rahmen der Kausalitätsfeststellung³⁹ oder des Mitverschuldens⁴⁰ zu korrigieren und die Ersatzfähigkeit der Mehrkosten von Voraussetzungen abhängig zu machen, die inhaltlich denen des § 281 Abs. 1 BGB entsprechen.⁴¹

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, lassen sich all die von Lorenz als Herausforderungsfälle bezeichneten Konstellationen problemlos im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung lösen, und zwar ohne sich künstlicher Kriterien bedienen zu müssen.

a) Herausforderungsfälle nach dem Fristablauf

Nach dem Ablauf der Nachfrist kann sich der Gläubiger nicht nur zu einem Deckungsgeschäft herausgefordert fühlen, sondern darf es völlig legitimer Weise vornehmen. Es wird zwar zum Teil angenommen, dass der Schuldner bis zum Schadensersatzverlangen auch gegen den Willen des Gläubigers leisten dürfe.⁴² Das wird damit begründet, dass der Gläubiger es selbst in der Hand habe, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen, bevor er anderweitig disponiere, während der Schuldner bis zu dem Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens zur Erbringung der Leistung weiterhin verpflichtet bleibe.⁴³ Eine solche Sichtweise

²⁴ Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (254); Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (151 f.); vgl. Ernst, in: MünchKomm-BGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, § 280 Rn. 70; mit dem Hinweis, dass die Worte „im letztmöglichen Zeitpunkt“ entbehrlich sind, auch Hirsch, JuS 2014, 97 (99).

²⁵ Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (254).

²⁶ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (158).

²⁷ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (160).

²⁸ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (160).

²⁹ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (159 ff.).

³⁰ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (160 f.).

³¹ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (162).

³² Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (161).

³³ Vgl. Haberzettl, NJW 2007, 1328 (1330 f.).

³⁴ Haberzettl, NJW 2007, 1328, 1330 f.; vgl. Ernst (Fn. 24) § 286 Rn. 127; Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (256).

³⁵ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (151 ff.).

³⁶ Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077 (1080); Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 239; Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2835).

³⁷ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (164).

³⁸ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (164); nach der Ansicht von Faust ist es die Sache des Gläubigers, wie er die doppelte Leistung verwertet, vgl. Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (256).

³⁹ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (160 ff.).

⁴⁰ Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (256).

⁴¹ Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077 (1080).

⁴² Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (256).

⁴³ Ernst (Fn. 24), § 281 Rn. 88.

widerspricht jedoch sowohl dem Wortlaut als auch dem Telos des § 281 BGB.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass das Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung keine Tatbestandsvoraussetzung für das Entstehen des Anspruchs darstellt.⁴⁴ Es bestimmt lediglich das Schicksal des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs. Vor Inkrafttreten des SMG wurde diese Frage in § 326 BGB a.F. geregelt. Nach der alten Rechtslage musste die Bestimmung der Nachfrist mit der Erklärung verbunden werden, dass der Gläubiger die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehnt. Diese für den Gläubiger ungünstige Rechtsfolge wollte der Gesetzgeber mit der Schuldrechtsreform abschaffen.⁴⁵ Der Gläubiger sollte fortan die Wahl zwischen der Erfüllung und den Sekundärrechten haben. Der Schuldner seinerseits hat nach dem Ablauf der Frist damit zu rechnen, dass seine Leistung nicht mehr angenommen wird.⁴⁶ Es ist auch nicht ersichtlich, warum der Schuldner, der sein Recht zur zweiten Andienung nicht genutzt hat, noch eine dritte Chance zur Erfüllung bekommen sollte. Aus diesen Gründen ist der Gläubiger nach dem Fristablauf berechtigt, einen Deckungskauf vorzunehmen, sodass dieses Geschäft auch nicht als „verfrüht“ bezeichnet werden kann. Es erscheint auch gerecht, dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, sich anderweitig einzudecken, bevor er seinen Erfüllungsanspruch zum Erlöschen bringt.

b) Herausforderungsfälle vor dem Fristablauf

Hinzu kommt, dass Konstellationen, in denen ein Deckungskauf deshalb vor Fristablauf vorgenommen wird, um noch höhere Verzögerungsschäden zu vermeiden,⁴⁷ bereits von § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB erfasst sein dürften, weil die sofortige Vornahme eines Deckungskaufs bei derartigen Sachlagen regelmäßig den beiderseitigen Interessen entsprechen wird. Diese Betrachtungsweise steht auch mit den Vorstellungen des Gesetzgebers im Einklang, der gerade solche Fälle als Beispiele für § 281 Abs. 2 Alt. 2 nennt.⁴⁸

„Vorzeitig“ sind mithin nur solche Deckungsgeschäfte, die vor dem Fristablauf vorgenommen wurden, ohne dass freilich die Voraussetzungen des § 281 Abs. 2 BGB vorlagen.

c) Zusammenfassung

Gegen die rein zeitliche Abgrenzungsformel kann angeführt werden, dass das Abstellen auf das endgültige Ausbleiben der Leistung die Gefahr mit sich bringt, den durch

den Mechanismus der Nachfristsetzung gewährleisteten Vorrang der Nacherfüllung zu umgehen.⁴⁹ Sie führt dazu, dass die Mehrkosten eines vorzeitigen Deckungsgeschäfts unter §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB fallen, die keine Nachfristsetzung erfordern. Die Kosten des Deckungsgeschäfts könnten jedoch durch eine vorherige Nacherfüllung vermieden werden, weshalb das Erfordernis einer Fristsetzung zweckmäßig und systemgerecht erscheint.⁵⁰

Daher bemühen sich die Vertreter dieser rein zeitlichen Abgrenzungsformel, die Ersetzbarkeit der Kosten eines Deckungsgeschäfts im Rahmen der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB einzuschränken, indem sie auf die Wertungen des § 281 BGB zurückgreifen. Dies ist jedoch im Hinblick auf den Ersatz des Verzögerungsschadens, der gerade keine Fristsetzung voraussetzt, systemfremd.⁵¹

Die „Zauberformel“ von Lorenz führt deswegen nicht stets zu überzeugenden Ergebnissen. So werden die oben genannten berechtigten Deckungsgeschäfte, die ohne weiteres unter § 281 Abs. 1 und Abs. 2 BGB subsumiert werden können, als „verfrüht“ bezeichnet und im Rahmen der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB ersetzt. Im Ergebnis ist der Gläubiger weiterhin zur Annahme der Leistung des Schuldners verpflichtet, wobei sein Interesse an dieser Leistung bereits befriedigt ist. Somit kann die Abgrenzung der Schadensarten auch anhand der rein zeitlichen Formel nicht vorgenommen werden.

III. Gemischte Lösungsansätze

1. Zeitlich-materielle Abgrenzung der Schadensarten

a) Inhalt

Um die aufgezeigten Nachteile zu vermeiden, wird von Teilen des Schrifttums vertreten, die materielle mit der zeitlichen Abgrenzungsmethode zu kombinieren, indem neben der schadentypologischen Betrachtung auch der Zeitpunkt der Schadensentstehung in die Bewertung einbezogen wird. So unterscheidet etwa Riehm zwischen *Integritäts-* und *Erfüllungsinteresse*, wobei letzteres *Substanz-* (Interesse, die geschuldete Leistung selbst zu erhalten) und *Ertragsausfallschäden* (Erwartung, das Ergebnis der Leistung gewinnbringend einzusetzen) umfasse.⁵² Danach schütze das Integritätsinteresse das schon ohne die geschuldete Leistung vorhandene Vermögen des Gläubigers und sei somit nur im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB relevant.⁵³ Absatz 2 und 3 des § 280 BGB sollen dagegen das gesamte Interesse an der Erfüllung der Leistung erfassen: Gemäß §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB sei der

⁴⁴ Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077 (1080).

⁴⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 139.

⁴⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 139; ist der Schuldner allerdings leistungsbereit, kann er dem Gläubiger gem. § 350 BGB analog eine Frist zur Entscheidung setzen, nach deren Ablauf der Schadensersatzanspruch erlischt, vgl. Odemer, Jura 2016, 842 (847).

⁴⁷ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (162).

⁴⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 140.

⁴⁹ Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2835); Riehm, in: BeckOGK, Stand: 1.7.2019, § 280 Rn. 207.

⁵⁰ Vgl. Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2835).

⁵¹ Riehm (Fn. 49), § 280 Rn. 207.

⁵² Riehm (Fn. 49), § 280 Rn. 212.

⁵³ Riehm (Fn. 49), § 280 Rn. 224.

Substanzausfallschaden und derjenige Ertragsausfallschaden ersatzfähig, der infolge des Wegfalls des Erfüllungsanspruchs endgültig entsteht.⁵⁴ Der Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung umfasse diejenigen Vorteile aus der Verwendung der Leistung, die vor dem Wegfall des Erfüllungsanspruchs nicht gezogen werden konnten.⁵⁵

Nach dieser Betrachtungsweise werden nicht nur die Auswirkungen einer konkreten Leistungspflicht auf das Vermögen des Gläubigers, sondern auch zeitliche Kriterien berücksichtigt, was die Möglichkeit einer präzisen Abgrenzung der Schadensarten erhöht.⁵⁶

Im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit der Kosten eines Deckungskaufs ergeben sich indes keine Unterschiede zu der rein materiellen Abgrenzungsmethode. Denn die im Rahmen eines Deckungsgeschäfts anfallenden Mehrkosten sind als Substanzausfallschäden einzuordnen, die ausschließlich unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB zu ersetzen sind, so dass jedenfalls ein nach Fristablauf oder in Gemäßheit des § 281 Abs. 2 BGB vorgenommener Deckungskauf vom Gläubiger liquidiert werden kann.⁵⁷

b) Problemfall: Nachträglicher Eintritt der Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung

Umstritten bleibt indes die Fallkonstellation, in der die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung entstehen, nachdem der Gläubiger ein vorzeitiges Deckungsgeschäft vorgenommen hat. Überwiegend wird angenommen, dass der Gläubiger in einem solchen Fall einen abstrakt berechneten Schadensersatz statt der Leistung geltend machen kann. Dieser Meinung schließen sich sowohl die Vertreter der zeitlichen als auch der materiellen Lösungsansätze an.⁵⁸ Für die Bestimmung des fiktiven Schadensbetrags sei auf den Zeitpunkt des Fristablaufs abzustellen,⁵⁹ da erst dann das hypothetische Deckungsgeschäft hätte abgeschlossen werden können.⁶⁰ Danach würde es sich zu Lasten des Gläubigers auswirken, wenn der Marktpreis eines Deckungsgeschäfts nach dem Fristablauf gesunken ist. Dies erscheint mit Blick auf die Bedeutung des Fristsetzungserfordernisses interessensgerecht, weil hierdurch der Vorrang der Nacherfüllung und das damit verbundene Recht zur zweiten Andienung des Schuldners abgesichert werden soll.⁶¹ Der Schuldner soll während der Frist nicht fürchten, dass der Gläubiger, der bis zum Fristablauf lediglich Naturalerfüllung verlangen kann, ein

Deckungsgeschäft abschließt und ihm die Mehrkosten in Rechnung stellt.⁶²

Die hypothetische Schadensberechnung wird auch im umgekehrten Fall herangezogen: Sollte der Marktpreis nach dem Fristablauf gestiegen sein, dürfe im Umkehrschluss auch der Schuldner nicht auf den geringeren Schaden des Gläubigers verweisen.⁶³ Ob dies interessensgerecht ist, erscheint insbesondere mit Blick auf das im Schadensrecht geltende Bereicherungsverbot fragwürdig, wonach der Umfang des Schadensersatzes grundsätzlich die vom Geschädigten erlittene Einbuße nicht übersteigen darf.⁶⁴ Da inflationsbedingt die Durchschnittspreise ständig ansteigen, wird der voreilig handelnde Gläubiger regelmäßig bereichert sein, wenn er einen Deckungskauf vor dem Fristablauf vornimmt.

Dieses Ergebnis wird damit begründet, dass der Gläubiger die hypothetischen Kosten eines Deckungsgeschäfts auch dann hätte verlangen können, wenn er noch kein Deckungsgeschäft vorgenommen hätte.⁶⁵ Es sei kein Grund ersichtlich, warum der Gläubiger allein wegen eines zu früh vorgenommenen Deckungsgeschäfts, dessen Mehrkosten bei einer konkreten Schadensberechnung nicht berücksichtigt werden können, schlechter stehen sollte.⁶⁶

Dieses Argument läuft jedoch ins Leere, wenn man den Vermögenszustand des Gläubigers in beiden Konstellationen vergleicht. Während sich der Gläubiger, der noch kein Deckungsgeschäft getätigt hat, nach dem Fristablauf zum Marktpreis eindecken wird, sodass sein Schaden dem vom Schuldner zu ersetzenden Betrag entspricht, hat der vorzeitig handelnde Gläubiger kein Bedürfnis mehr, ein Deckungsgeschäft zum Marktpreis vorzunehmen, sodass der Schuldner einen höheren als den tatsächlich erlittenen Schaden zu ersetzen hat. Diese für den nicht schutzwürdigen Gläubiger günstige Lösung ist nicht interessensgerecht und widerspricht den Grundprinzipien des Schadensrechts. Somit stellt sich die Frage, ob zur Lösung derartiger Sachlagen nicht ein anderer Weg offensteht.

aa) Die Pflichtverletzung im Sinne von § 281 Abs. 1 BGB

Die Ersatzfähigkeit eines vorzeitigen, also vor Fristablauf vorgenommenen Deckungsgeschäfts gemäß § 281 BGB wird vor allem deshalb in Zweifel gezogen, weil die hierfür maßgebliche Pflichtverletzung, die den Schaden adäquat kausal verursacht haben muss, gerade im fruchtlosen Verstreichen der Frist gesehen wird.⁶⁷ Folgte man dieser

⁵⁴ Riehm (Fn. 49), § 280 Rn. 221, 223.

⁵⁵ Riehm (Fn. 49), § 280 Rn. 222.

⁵⁶ Vgl. Riehm (Fn. 49), § 280 Rn. 213.

⁵⁷ Riehm (Fn. 49), § 280 Rn. 234 f.

⁵⁸ Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (254); Habberzettl, NJW 2007, 1328 (1330); Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077 (1085); Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (158); Riehm (Fn. 49), § 280 Rn. 251 f.

⁵⁹ Stadler, in: Jauernig BGB, 17. Aufl. 2018, § 281 Rn. 19.

⁶⁰ Siehe dazu oben unter B. II. 1.

⁶¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 138; Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2834).

⁶² Riehm (Fn. 49), § 280 Rn. 252.

⁶³ Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (254).

⁶⁴ Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2019, § 43 Rn. 5.

⁶⁵ Emmerich, in: MünchKomm-BGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, Vorb. § 281 Rn. 34; Habberzettl, NJW 2007, 1328 (1330).

⁶⁶ Habberzettl, NJW 2007, 1328 (1330).

⁶⁷ Ernst (Fn. 24), § 281 Rn. 50; Habberzettl, NJW 2007, 1328 (1329).

Sichtweise, bestünde nicht nur das Risiko, dass der Gläubiger bei der hypothetischen Schadensberechnung auf Kosten des Schuldners bereichert wird.⁶⁸ Dieser Ansatz steht auch mit dem Wortlaut und der Ratio der Norm nicht im Einklang, was nachfolgend aufgezeigt wird.

(1) Insbesondere der systematische Aufbau der Norm lässt zunächst den Schluss zu, dass die für § 281 Abs. 1 BGB relevante Pflichtverletzung lediglich im Nichterbringen der fälligen Leistung zu erblicken ist. Denn auf die Notwendigkeit einer Fristsetzung wird nicht etwa unmittelbar im Zusammenhang mit dem im ersten Teil des ersten Satzes beschriebenen schuldnerischen Fehlverhalten („Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt“), sondern erst im dritten Teil des Satzes hingewiesen. Hieraus lässt sich folgern, dass das Fristsetzungserfordernis lediglich eine zusätzliche Voraussetzung für die Möglichkeit der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs darstellt, nicht hingegen der Beschreibung der Pflichtverletzung dient.

Diese Lesart des § 281 Abs. 1 S. 1 BGB findet eine Stütze in § 281 Abs. 2 BGB, wonach eine Fristsetzung unter den dort beschriebenen Voraussetzungen entbehrlich ist, so dass eine Anknüpfung des Begriffs der Pflichtverletzung an das fruchtlose Verstreichen der Frist auch insoweit gar nicht denkbar erscheint.⁶⁹

(2) Da der ursprüngliche Anspruch des Gläubigers auf die vertragsgemäße Leistung während des Laufs der Frist jedoch nicht suspendiert wird, sondern fortbesteht, erschöpft sich das schuldnerische Fehlverhalten i.S.v. § 281 Abs. 1 BGB nicht im Ausbleiben der Leistung im Zeitpunkt der Fälligkeit, sondern ist als Dauerpflichtverletzung ausgestaltet, die mit der Nichterbringung der (vertragsgemäßen) Leistung ab Fälligkeit ihren Anfang nimmt und während der Frist fortwirkt.⁷⁰ Aus eben diesem Grunde sieht auch der Gesetzgeber die Pflichtverletzung des § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gerade in der *Verzögerung* der Leistung, mithin in einer Dauerpflichtverletzung.⁷¹ Nach hier vertretener Ansicht sanktioniert § 281 BGB daher die Nichtleistung während des gesamten Zeitraums von der Fälligkeit an bis hin zum Fristablauf.

(3) Der diesem Ergebnis jedenfalls zum Teil entgegenstehenden Ansicht, wonach die von § 280 Abs. 2 und 3 BGB erfassten Schadensersatzverpflichtungen frühestens mit dem Schuldnerverzug entstehen können,⁷² lässt sich entgegenstellen, dass § 281 Abs. 1 BGB, anders als etwa noch § 326 BGB a.F., den Schuldnerverzug gerade nicht voraussetzt. Zudem sind die Voraussetzungen des § 286 BGB im Falle des § 281 BGB nicht notwendigerweise erfüllt.⁷³

Vielmehr hat der Gesetzgeber, der die Pflichtverletzung in der Verzögerung der Leistung sieht, bewusst davon abgesehen, § 281 BGB von den förmlichen Voraussetzungen des Verzugs i.S.d. § 286 BGB abhängig zu machen.⁷⁴

Ebenfalls abzulehnen ist die Sichtweise, wonach die Pflichtverletzung allein in der Nichtleistung im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erblicken ist.⁷⁵ Denn dann wäre sogar derjenige Schuldner von der Haftung des § 281 Abs. 1 BGB befreit, der zwar die ursprüngliche Nichtleistung bei Fälligkeit nicht zu vertreten hat, danach aber vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, die ihm mögliche Leistung zu erbringen.

bb) Folgen für die Ersetzbarkeit der Kosten eines vorzeitigen Deckungsgeschäfts

Zusammengefasst sollte man die Pflichtverletzung in § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB nicht erst im Ausbleiben der Leistung nach dem Ablauf der Frist, sondern in der Nichtleistung ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit bis zum Ablauf der Frist sehen. Der Fristablauf stellt somit eine Art Gefahrübergang dar.⁷⁶ Schließt der Gläubiger vorzeitig einen Deckungskauf ab, handelt er auf eigenes Risiko. Denn er bleibt auf den Kosten dieses Geschäftes sitzen, wenn der Schuldner bis zum Ablauf der Frist noch leistet. Liegen allerdings alle Tatbestandsvoraussetzungen des § 281 Abs. 1 BGB vor, kann er seinen Schadensersatzanspruch geltend machen, wobei der Schadensberechnung das tatsächliche Deckungsgeschäft zugrunde gelegt wird. Auf diese Weise wird vermieden, dass der Schuldner die höheren Kosten eines fiktiven rechtzeitigen Deckungsgeschäfts ersetzen muss, wenn der tatsächliche Schaden geringer ist. Sollten allerdings die Kosten eines fiktiven Schadens geringer sein, ist der Vorrang der Nacherfüllung zu beachten. Da der Gläubiger keine Rücksicht auf das Recht zur zweiten Andienung genommen hat, kann er auch nicht Ersatz für einen vorzeitig entstandenen, höheren Schaden verlangen.

Diese Betrachtungsweise hat den Vorteil, dass sowohl der Vorrang der Nacherfüllung gewährleistet wird als auch das schadensrechtliche Bereicherungsverbot Beachtung findet. Sie entspricht zudem der Gesetzessystematik, dem Wortlaut und Telos des § 281 BGB sowie den Vorstellungen des Gesetzgebers und ist mithin vorzugswürdig.

⁶⁸ Siehe dazu oben unter B. III. 1. b).

⁶⁹ Hellgardt, JuS 2016, 1057 (1061).

⁷⁰ Vgl. Hellgardt, JuS 2016, 1057 (1061).

⁷¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 138.

⁷² Habermatz, NJW 2007, 1328 (1330).

⁷³ Vgl. Odemer, Schadensersatz statt der Leistung im Anspruchssystem des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, 2019, S. 21 ff.

⁷⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 138.

⁷⁵ Huber, in: FS Schlechtriem, 2003, S. 521 (528).

⁷⁶ Hellgardt, JuS 2016, 1057 (1062).

c) *Problemfall: Deckungskauf führt zur Unmöglichkeit der Leistung*

Eine Besonderheit stellt ein vorzeitiges Deckungsgeschäft dar, das zur Unmöglichkeit der Leistung führt.⁷⁷ Die mit dem Ersatzgeschäft einhergehenden Kosten können nicht nach §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB ersetzt verlangt werden, weil der Schuldner den Umstand, der zur Unmöglichkeit führte (Deckungskauf), nicht zu vertreten hat, wenn und solange die Nachfrist noch nicht abgelaufen ist. Das Schicksal der Gegenleistungspflicht (Kaufpreiszahlung) bestimmt sich nach § 326 Abs. 2 BGB. Danach bleibt der Gläubiger (Käufer) zur Erbringung seiner Gegenleistung verpflichtet, der Schuldner (Verkäufer) muss sich jedoch gem. § 326 Abs. 2 S. 2 BGB dasjenige anrechnen lassen, was er durch die Leistungsbefreiung erspart hat.⁷⁸

Ebenso wenig kann der Gläubiger den Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB geltend machen. Auch wenn man die Pflichtverletzung i.S.v. § 281 BGB als Dauerpflichtverletzung betrachtet, die für einen Deckungskauf kausal sein kann, müsste man berücksichtigen, dass der erfolglose Ablauf der Frist eine der wesentlichen Tatbestandsvoraussetzungen des § 281 Abs. 1 BGB darstellt. Erlischt der Erfüllungsanspruch des Gläubigers gem. § 275 Abs. 1 BGB, wird der weitere Lauf der Frist ab dem Zeitpunkt des Deckungskaufs sinnlos. Die Frist läuft somit nicht ab und die Tatbestandsvoraussetzungen des Anspruchs sind nicht erfüllt.

2. Materiell-zeitliche Abgrenzung der Schadensarten

a) *Grundformel*

Da manche Autoren die materielle Abgrenzung für nicht konkret genug halten,⁷⁹ gleichzeitig aber der Meinung sind, dass die Kosten eines Deckungsgeschäfts denklogisch nicht als Schadensersatz neben der Leistung verlangt werden können,⁸⁰ schlagen sie einen alternativen Weg vor. So wird darauf hingewiesen, dass bei der Bestimmung des auf die Pflichtverletzung zurückzuführenden Schadens das Geschädigtenverhalten nicht berücksichtigt werden müsse.⁸¹ Vielmehr solle man lediglich darauf abstellen, welcher Schaden unmittelbar aus der Pflichtverletzung herrührt.⁸² Somit sei der Schaden im Falle einer Nichtleistung bereits darin zu erblicken, dass sich der geschuldete Gegenstand nicht im Vermögen des Gläubigers befinde.⁸³ Dieser Schaden sei noch nicht endgültig eingetreten und könne durch die spätere Erfüllung behoben werden.⁸⁴ Die Vornahme eines Deckungskaufs begründe nicht den

Schaden, sondern diene lediglich der Konkretisierung des schon durch die *Nichtleistung* eingetretenen Schadens.⁸⁵ Etwaig einhergehenden Mehrkosten des Deckungskaufs seien mithin stets und allein gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB zu erstatten. Hat der Gläubiger ein Deckungsgeschäft bereits vor Fristablauf vorgenommen, hängt die Ersatzfähigkeit dieses Schadens davon ab, ob die Voraussetzungen des § 281 Abs. 2 BGB vorliegen.⁸⁶

b) *Konkretisierung*

Korch/Hagemeyer weisen mehrmals auf die Ungenauigkeit der schadenstypologischen Abgrenzungsformel hin.⁸⁷ Ob man sich jedoch in dem hier vorgestellten Lösungsansatz allein an zeitlichen Kriterien orientieren kann, erscheint bereits anhand des folgenden Beispiels fragwürdig: Ein vom Käufer bestellter Gebrauchtwagen wird am vereinbarten Tag nicht geliefert. Der Käufer setzt dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Erfüllung und kauft sich in der Zwischenzeit ein Ersatzfahrzeug, weil die Mietwagenkosten wegen des geringen Wertes des Autos viel höher wären.

Nach der oben dargestellten Auffassung soll das Verhalten des Geschädigten zur Bestimmung des Schadens nicht berücksichtigt werden. Dann kommen aber mehrere Schadensposten in Betracht: Einerseits könnte man darauf abstellen, dass sich das geschuldete Fahrzeug nicht im Vermögen des Käufers befindet. Dieser Schaden kann durch die spätere Nacherfüllung behoben werden, was zur Folge hat, dass der Käufer nur seinen Schadensersatzanspruch statt der Leistung geltend machen kann. Dann könnte der Käufer die Kosten des Ersatzfahrzeugs nicht ersetzt bekommen, wenn der Verkäufer vor dem Fristablauf noch liefert.

Andererseits könnte der Schaden in der fehlenden Nutzbarkeit des Fahrzeugs in der Zwischenzeit liegen. Dieser Schaden entfällt durch die spätere Erfüllung nicht und ist somit im Rahmen der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB ersatzfähig.

Welcher von diesen beiden Schadensposten durch die Kosten des Ersatzfahrzeugs konkretisiert wird, kann nur festgestellt werden, wenn man das durch die Beschaffung des Fahrzeugs betroffene Interesse des Käufers berücksichtigt. Hat der Gläubiger durch das Geschäft sein Erfüllungsinteresse befriedigt, so handelt es sich um Schadensersatz statt der Leistung. Begehrt der Käufer weiterhin die Erfüllung seitens des Schuldners, so wollte er mit dem Geschäft nur

⁷⁷ Riehm (Fn. 49), § 280 Rn. 244 ff.

⁷⁸ Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, Rn. 444, 446.

⁷⁹ Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077 (1079); Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2834).

⁸⁰ Vgl. Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077.

⁸¹ Hirsch, JuS 2014, 97 (101); Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077 (1082).

⁸² Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077 (1081).

⁸³ Gsell, Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung 12/2013 (LMK), 353035 (s. 2. dd.); Hirsch, JuS 2014, 97 (101).

⁸⁴ Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077 (1081).

⁸⁵ Hirsch, JuS 2014, 97 (101).

⁸⁶ Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077 (1084 ff.).

⁸⁷ Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077 (1079, 1085).

die fehlende Nutzungsmöglichkeit kompensieren. Dann sind diese Kosten nach §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB ersatzfähig.

Dieses Beispiel zeigt deutlich, dass eine korrekte Abgrenzung ausschließlich anhand zeitlicher oder materieller Kriterien unmöglich ist. Vielmehr müssen beide Faktoren beachtet werden, um zu einem zutreffenden Ergebnis zu kommen.

c) Bedenken

Problematisch ist allerdings, das bloße Nichtvorhandensein des geschuldeten Gegenstandes im Vermögen des Gläubigers mit dem allgemeinen Begriff des Schadens in Einklang zu bringen. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Einbuße an materiellen oder immateriellen Gütern.⁸⁸ Die Feststellung und die Berechnung des Vermögensschadens erfolgt anhand der Differenzhypothese.⁸⁹ Hierzu ist die tatsächliche Vermögenslage mit der Vermögenslage zu vergleichen, in der sich der Geschädigte ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses befinden würde. Danach ist der Ansatz von *Hirsch*, einen Schaden des Gläubigers bereits in der Nichtleistung des Schuldners bei Fälligkeit zu sehen,⁹⁰ insbesondere dann problematisch, wenn der Kaufpreis dem objektiven Sachwert entspricht und noch nicht gezahlt wurde, weil dann hypothetische und tatsächliche Lage einander entsprechen. Die tatsächliche Lage wäre dann dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger die Sache (Wert: 10.000 Euro) nicht bekommen hat, er verfügt allerdings über 10.000 Euro. Ohne das schädigende Ereignis hätte der Gläubiger den Gegenstand gegen die Zahlung des Kaufpreises erhalten, was seine Vermögenslage nicht verändert hätte. Die aufgewendeten Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts stellen nach *Hirsch* keinen neuen Schaden dar, sondern dienen nur der Konkretisierung eines bereits eingetretenen Schadens.⁹¹ Da im vorliegenden Fall nach der Anwendung der Differenzhypothese jedoch kein Schaden zu erblicken ist, erscheint diese Ansicht zweifelhaft.

C. Der abgrenzungsvermeidende Ansatz

I. Inhalt

Aufgrund der aufgezeigten Schwierigkeiten in der Abgrenzung der Schadensarten wird von einem Teil des Schrifttums vertreten, die richtige Anspruchsgrundlage allein unter Anwendung der Differenzhypothese zu bestimmen. So wird vorgeschlagen, den Haftungsgrund für den Anspruch auf Schadensersatz zunächst einheitlich zu betrachten: Die Pflichtverletzung liege sowohl bei § 281 als auch bei § 286

BGB in der Nichtleistung und stelle einen Dauerzustand dar.⁹² Der Unterschied zwischen dem Schadensersatz statt und neben der Leistung werde lediglich im Rahmen der Differenzhypothese sichtbar, also beim Vergleich der tatsächlich eingetretenen mit der hypothetischen Vermögenslage, die ohne die Pflichtverletzung bestünde.⁹³ Während die hypothetische Vermögenslage des Gläubigers in beiden Fällen gleich bleibe, unterscheide sich Schadensersatz statt und neben der Leistung im Hinblick auf die tatsächlich eingetretene Situation: Im ersteren Falle sei diese dadurch gekennzeichnet, dass der Käufer den geschuldeten Gegenstand nicht erhalten habe und nicht mehr erhalten werde; mache der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung geltend, so seien bis dahin etwaig eingetretene Verzögerungsschäden in die Gesamtabrechnung mit einzubeziehen.⁹⁴ Im zweiten Fall erfolge die Leistung noch, wenn auch verspätet, sodass die Erfüllung eingetreten sei.⁹⁵

II. Kritik

Dieser Lösungsvorschlag ist in vielerlei Hinsicht problematisch. Zunächst stellt sich die Frage, welchen Schadensersatzanspruch der Gläubiger geltend machen kann, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen sowohl der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 als auch der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB vorliegen. Es entsteht der Eindruck, dass dies vom willkürlichen Verhalten des Gläubigers oder gar vom Zufall abhängig gemacht wird. Denn solange der Erfüllungsanspruch besteht, kann er nach dieser Theorie nur Schadensersatz neben der Leistung verlangen. Wenn der Leistungsanspruch nach § 281 Abs. 4 BGB oder infolge des Rücktritts oder der Unmöglichkeit wegfällt, besteht nur noch ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.⁹⁶ Dies hat zur Folge, dass das Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung oder die Erklärung des Rücktritts zu Tatbestandsvoraussetzungen des Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB werden, was dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes widerspricht. Der Wegfall des Erfüllungsanspruchs kann als Rechtsfolge des Schadensersatzanspruchs nicht gleichzeitig eine Voraussetzung desselben sein.⁹⁷

Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass die in die Gesamtabrechnung einzubeziehenden Verzögerungsschäden konsequenterweise auch diejenigen Verzögerungsschäden erfassen würden, die zwischen Fälligkeit und Fristsetzung bzw. Mahnung entstehen, weil § 281 Abs. 1 BGB kein Mahnungserfordernis beinhaltet. Dies widerspricht allerdings den Vorstellungen des Gesetzgebers, der gemäß § 280 Abs. 2 BGB keine wesentlichen Rechtsnachteile für

⁸⁸ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 29 Rn. 1; Looschelders (Fn. 64), § 44 Rn. 1.

⁸⁹ Looschelders (Fn. 64), § 44 Rn. 3.

⁹⁰ Hirsch, JuS 2014, 97 (101).

⁹¹ Hirsch, JuS 2014, 97 (101).

⁹² Benicke/Hellwig, ZIP 2015, 1106 (1110).

⁹³ Benicke/Hellwig, ZIP 2015, 1106 (1110).

⁹⁴ Huber, AcP 210 (2010), 319 (340).

⁹⁵ Benicke/Hellwig, ZIP 2015, 1106 (1110).

⁹⁶ Ackermann, JuS 2012, 865 (868).

⁹⁷ Hirsch, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2018, Rn. 588; Weiler, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 25 Rn. 25 ff.

den Schuldner wegen bloßer Verzögerung der Leistung bereiten wollte.⁹⁸ Nachteile sollen den Schuldner vielmehr erst treffen, wenn er besonders gewarnt wird, weil er nicht notwendigerweise Kenntnis davon hat, wie wichtig der Leistungszeitpunkt für den Gläubiger im konkreten Fall ist.⁹⁹

Zu beachten ist außerdem, dass ein Anspruch auf Ersatz der Verzögerungsschäden früher verjähren kann als der Schadensersatzanspruch statt der Leistung, etwa wenn die vor dem Jahresende bestimmte Frist erst nach dem Jahreswechsel abläuft.¹⁰⁰ Auch die Voraussetzungen für das Mitverschulden des Gläubigers sind im Hinblick auf verschiedene Schadensersatzansprüche unterschiedlich,¹⁰¹ was darauf hinweist, dass eine Abgrenzung zwischen verschiedenen Schadenspositionen notwendig ist.

III. Folgen für die Ersetzbarkeit der Kosten eines vorzeitigen Deckungskaufs

Im Hinblick auf die Ersetzbarkeit der Kosten eines vorzeitigen Deckungskaufs stimmen die Ergebnisse dieses Lösungsansatzes in den meisten Fällen mit denen der vorzugswürdigen gemischten Abgrenzungsmethoden überein. Auch hier scheidet die Ersatzfähigkeit aus, wenn der Gläubiger ein Deckungsgeschäft vor dem Fristablauf vornimmt, es sei denn, die Voraussetzungen des § 281 Abs. 2 BGB liegen vor. Dies wird damit begründet, dass der Gläubiger sich in diesem Fall über eine Nacherfüllungsbefugnis des Schuldners hinwegsetze.¹⁰²

Ein Unterschied zu den bisherigen Überlegungen besteht jedoch in der Konstellation, in der der Gläubiger trotz eines vorzeitigen Deckungsgeschäfts weiter auf die Erfüllung der Primärleistung durch den Schuldner besteht.¹⁰³ Diese Situation ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung den geschuldeten Gegenstand später erneut gekauft hätte, etwa weil er von Anfang an ein Interesse an der doppelten Menge hatte oder derlei Leistungen regelmäßig benötigt. Erbringt der Schuldner die Leistung später noch, so kann der Gläubiger nach dem abgrenzungsvermeidenden Ansatz die Mehrkosten eines Deckungskaufs im Rahmen der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB geltend machen. Der zu ersetzende Schaden ist anhand der Differenzhypothese zu bestimmen. Die tatsächliche Lage ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger den geschuldeten Gegenstand zweimal erhalten hat: Einmal infolge des Deckungskaufs und einmal durch die Erfüllung des Schuldners. Im hypothetischen Fall der ordnungsgemäßen Erfüllung hätte der Gläubiger die Leistung

des Schuldners rechtzeitig erhalten und das zweite Geschäft später vorgenommen. Der zu ersetzende Schaden ergibt sich somit aus dem Vergleich zwischen den Kosten des Deckungskaufs und denen des hypothetischen zweiten Geschäfts.

Dieses Ergebnis erscheint interessensgerecht. Somit stellt sich die Frage, warum die Ersetzbarkeit der Kosten verneint werden muss, wenn man die in der Literatur weit verbreiteten Abgrenzungsmethoden anwendet. Das hat damit zu tun, dass dem Begriff eines Deckungskaufs häufig auch diejenigen Geschäfte zugeordnet wurden, die definitionsgemäß nicht darunter fallen. Was genau vom Begriff eines Deckungskaufs umfasst wird, ist anhand des Biodiesel-Falles zu erörtern.

D. Besprechung des Biodiesel-Falles

Wie dargelegt, führen sämtliche aufgezeigten Abgrenzungsmethoden, die sowohl materielle als auch zeitliche Kriterien berücksichtigen, zu dem Ergebnis, dass die Kosten eines Deckungsgeschäfts nur statt der Leistung ersatzfähig sind. Dem hat sich auch der achte Senat des BGH in seinem Urteil vom 3.7.2013 angeschlossen.¹⁰⁴ Seiner Entscheidung lag der folgende Fall zugrunde: Die Klägerin, die eine Spedition betreibt, hat bei der Beklagten 2.000.000 Liter Biodiesel für günstige 66 Cent pro Liter bestellt, die vereinbarungsgemäß über mehrere Monate zu liefern waren. Nach der anfänglich ordnungsgemäßen Lieferung von 350.000 Liter war die Beklagte nicht mehr bereit, die noch ausstehenden 1.650.000 Liter Biodiesel zu liefern, weshalb sich die Klägerin anderweitig zu einem höheren Preis mit Biodiesel eindecken musste. In einem Vorprozess wurde die Beklagte verurteilt, die Lieferung wieder aufzunehmen, was sie auch getan hat. Die Klägerin begehrt nun von der Beklagten Ersatz der durch das Deckungsgeschäft entstandenen Mehrkosten.

Der Senat wies die Klage mit dem Hinweis ab, die Kosten eines Deckungskaufs seien nur als Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB ersatzfähig, dessen Voraussetzungen im konkreten Fall wegen ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung (§ 281 Abs. 2 BGB) zwar zunächst vorlagen, allerdings wieder entfielen, weil die Beklagte auf Verlangen der Klägerin die geschuldeten 1.650.000 Liter auch lieferte und damit letztlich den Vertrag erfüllte.¹⁰⁵

Die Entscheidung erscheint angreifbar. Der BGH lässt insbesondere den Umstand außer Betracht, dass die Klägerin aufgrund ihrer gewerblichen Tätigkeit möglicherweise

⁹⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 145.

⁹⁹ Medicus/Lorenz (Fn. 78), Rn. 464; Odemer (Fn. 73), S. 25 f.; Weiler (Fn. 97), § 24 Rn. 7.

¹⁰⁰ Ernst (Fn. 24), § 286 Rn. 172 f.; ders. (Fn. 24), § 281 Rn. 173.

¹⁰¹ Klöhn, JZ 2010, 46.

¹⁰² Ackermann, JuS 2012, 865 (870).

¹⁰³ Benicke/Hellwig, ZIP 2015, 1106 (1111 f.).

¹⁰⁴ BGHZ 197, 357 (265) = NJW 2013, 2959 ff.

¹⁰⁵ Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch stehen in einem Verhältnis der elektiven Konkurrenz und können nicht nebeneinander verlangt werden, vgl. § 281 Abs. 4 BGB; so auch Lorenz, in: BeckOK BGB, 52. Ed. 2019, § 281 Rn. 54.

auch bei rechtzeitiger Erfüllung der Beklagten Biodiesel erneut gekauft hätte, weil sie derlei Leistungen regelmäßig benötigt. Das Problem wird deutlich, wenn man annimmt, dass die Kosten für Biodiesel über den gesamten Zeitraum stabil geblieben sind. Um einen Ausfall ihres Betriebes zu vermeiden, musste sich die Klägerin bei einem anderen Verkäufer eindecken und wegen der kleineren Abnahmemengen einen höheren Preis zahlen. Hier ist es wertungsgemäß notwendig, dass dem Gläubiger die Mehrkosten ersetzt werden.¹⁰⁶

Wenn das von der Klägerin getätigte Geschäft als Deckungskauf zu qualifizieren ist, konnte der Senat einen ersatzfähigen Schaden jedoch nur verneinen. Schließlich gelangen nahezu alle oben dargestellten Ansichten zu dem Ergebnis, dass die Mehrkosten eines Deckungskaufs nur unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB zu ersetzen sind. Daher stellt sich die Frage, ob es sich im vorliegenden Fall tatsächlich um einen Deckungskauf handelte.

I. Begriff des Deckungskaufs

Grundsätzlich liegt ein Deckungsgeschäft immer dann vor, wenn der Gläubiger die vom Schuldner begehrte Leistung von einem Dritten erhält.¹⁰⁷ Da der Ersatz der Mehrkosten eines Deckungskaufs nach überwiegender Ansicht in der Literatur und in der Rechtsprechung nur statt der Leistung geltend gemacht werden kann, sollte der Begriff des Deckungsgeschäfts dem Wesen des Schadensersatzes statt der Leistung entsprechen: Wenn der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB verlangt, zeigt er dadurch, dass er an der vertraglich geschuldeten Primärleistung nicht mehr festhalten möchte.¹⁰⁸ Somit umfasst der Schadensersatz statt der Leistung nur diejenigen Einbußen des Gläubigers, die aus dem Scheitern seines Interesses an der Naturalerfüllung folgen.¹⁰⁹ Daraus ergibt sich, dass es sich nicht um ein Deckungsgeschäft handeln kann, wenn sich der Gläubiger zwar äußerlich eine gleichartige Sache anderweitig beschafft, sein Interesse an der ursprünglichen Leistung gleichwohl aber weiter besteht.¹¹⁰ Denn in einem solchen Fall tritt das Geschäft nicht an die Stelle der Leistung, sondern neben diese.¹¹¹ Es handelt sich um ein zusätzliches Geschäft, das der Gläubiger auch später vorgenommen hätte; er muss es nun wegen des Verzugs des Schuldners lediglich früher abschließen.

Jedenfalls in Fällen fortlaufender Warenbezüge erscheint es rechtfertigbar, das vom Gläubiger vorgezogene Ersatzgeschäft nicht als Deckungsgeschäft im eigentlichen Sinne

zu qualifizieren. Denn die Leistung wird in derartigen Konstellationen jedenfalls nicht derart funktional ersetzt, wie dies bei einem Deckungskauf typischerweise der Fall ist. Vielmehr wird das Ersatzgeschäft, das der Gläubiger ohnehin vorgenommen hätte, lediglich zeitlich vorgezogen, während sich der Leistungszeitpunkt zeitlich nach hinten verschiebt. Die beiden Geschäfte werden mithin lediglich in zeitlicher Hinsicht ausgetauscht. Dies entspricht aber gerade nicht den Gegebenheiten eines klassischen Deckungsgeschäfts, weshalb hieraus resultierende Vermögenseinbußen durchaus als Verzögerungsschäden eingestuft werden können.¹¹² Um den sodann ersatzfähigen Schaden zu bestimmen, sind die Kosten des tatsächlich vorgenommenen Geschäfts auf Basis der Differenzhypothese mit dem Preis zu vergleichen, den der Gläubiger in dem Zeitpunkt aufzuwenden gehabt hätte, in dem er bei rechtzeitig erbrachter Leistung des Schuldners erneut hätte zukaufen müssen.¹¹³

Ein Deckungskauf liegt auch dann nicht vor, wenn sich der Gläubiger einen Ersatzgegenstand lediglich deshalb beschafft, um höhere Mietkosten zu vermeiden, ohne dabei sein Interesse an der Erfüllung zu verlieren. Die Kosten eines solchen Geschäfts sind gem. §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB ersatzfähig. Über dieses Ergebnis sind die Vertreter verschiedener Abgrenzungsmethoden einig.¹¹⁴ Dem ist zu folgen. Denn obgleich es sich bei derartigen Fällen zwar um einen Kauf handelt, so kann es sich doch wegen des fortbestehenden Interesses an der Leistung seitens des Gläubigers nicht um einen *Deckungskauf* handeln, weil auch hier die Leistung gerade nicht funktional ersetzt werden soll. Der Gläubiger, der mit dem Ersatzgeschäft lediglich seiner Schadensminderungsobliegenheit gem. § 254 Abs. 2 BGB nachkommt, ist dem Schuldner hinsichtlich des Ersatzgegenstands dann aber herausgabepflichtig.¹¹⁵

Mithin handelt es sich um einen Deckungskauf, dessen Mehrkosten nur statt der Leistung geltend gemacht werden können, nur dann, wenn der Gläubiger durch die Vornahme des Geschäfts sein Interesse an der Leistung des Schuldners vollständig verliert.

II. Folgen für die Ersetzbarkeit der Mehrkosten im Biodiesel-Fall

Auf den ersten Blick könnte man davon ausgehen, dass der von der Klägerin in der Zwischenzeit gekaufte Biodiesel an die Stelle der ursprünglichen Leistung tritt und somit unter den Begriff des Deckungskaufs zu subsumieren ist.

¹⁰⁶ Das gleiche Problem sehen auch *Benicke/Hellwig*, ZIP 2015, 1106 (1108).

¹⁰⁷ *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 232.

¹⁰⁸ *Kaiser*, in: FS Westermann, 2008, S. 351.

¹⁰⁹ *Westermann* (Fn. 12), § 280 Rn. 12.

¹¹⁰ *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 233.

¹¹¹ *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 233.

¹¹² Vgl. *Nietsch*, NJW 2014, 2385 (2391); *Riehm* (Fn. 49), § 280 Rn. 233.

¹¹³ *Bach*, JR 2014, 436.

¹¹⁴ Vgl. *Ernst* (Fn. 24), § 286 Rn. 127; *Faust*, in: FS Huber, 2006, S. 239 (256); *Gsell* (Fn. 83), 353035 (unter 3.).

¹¹⁵ *Hellgardt*, JuS 2016, 1057 (1060).

Dass die Klägerin im vorliegenden Fall ihr Interesse an der Leistung der Beklagten verloren hat, ist indes fragwürdig, da es aufgrund ihrer gewerblichen Tätigkeit und auch des weiterhin bestehenden Erfüllungsbegehrens naheliegt, dass sie den Biodiesel auch dann erneut gekauft hätte, wenn die Schuldnerin rechtzeitig erfüllt hätte. Aufgrund dieser besonderen Gegebenheit handelt es sich bei dem Ersatzgeschäft nicht um ein Deckungsgeschäft im eigentlichen Sinne, sondern um ein zusätzliches Geschäft der Klägerin, das nicht an die Stelle der, sondern neben die Leistung tritt und dessen Mehrkosten mithin als Verzögerungsschaden zu ersetzen sind. Die Schadensberechnung erfolgt anhand der Differenzhypothese: Die tatsächlich eingetretene Lage ist dadurch gekennzeichnet, dass die Klägerin im Jahr 2008 einen höheren Preis für den Biodiesel zahlen musste, beispielsweise 90 Cent/Liter, wobei sie später den von der Schuldnerin gelieferten Biodiesel zum Preis von 66 Cent/Liter bekommen hat. Bei ordnungsgemäßer Erfüllung hätte sie im Jahr 2008 den Biodiesel für 66 Cent/Liter bekommen. Ob sie einen Schaden erlitten hat, hängt davon ab, wie viel sie im Zeitpunkt der Lieferung durch die Beklagte hätte zahlen müssen. Läge der Preis für Biodiesel auch später noch bei 90 Cent/Liter, wäre ein Schaden zu verneinen. Hätte die Klägerin dagegen später weniger ausgeben müssen (bspw. 80 Cent/Liter), hätte sie bei der früheren Vornahme des Geschäfts einen Schaden erlitten. Im Falle einer Preissteigerung (z.B. auf 110 Cent/Liter) hätte die Klägerin durch die Verspätung der Leistung sogar ein gutes Geschäft gemacht.¹¹⁶ Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die Klägerin einerseits nicht „doppelkompensiert“ wird,¹¹⁷ andererseits aber auch nicht auf ihrem Schaden sitzen bleibt, was der achte Senat mit der wohl nicht zutreffenden Einordnung dieses Geschäfts als Deckungskauf zugelassen hatte.

Dieser Lösungsvorschlag erscheint vorzugswürdig, da er einerseits die richtige Einordnung der Deckungskosten als Schaden statt der Leistung erlaubt und andererseits höhere Einzelfallgerechtigkeit ermöglicht, indem alle Umstände des Einzelfalls für die Einordnung eines Kaufgeschäfts als Deckungskauf herangezogen werden können.

E. Fazit

Der Versuch, sich von der Notwendigkeit einer Abgrenzung der Schadenspositionen loszusagen, hat sich als nicht zufriedenstellend erwiesen. Aufgrund der schon genannten Nachteile des Lösungsansatzes, nach dem der Schadensersatz einheitlich berechnet werden soll, und auch der Normstruktur der §§ 280 ff. BGB bedürfen die

Schadenskategorien einer trennscharfen Abgrenzung, damit die einzelnen Voraussetzungen der Ersatzfähigkeit festgestellt werden können. Diese Abgrenzung kann allerdings nicht anhand nur zeitlicher oder nur materieller Kriterien erfolgen. Eine „Zauberformel“, die eine einfache, für jeden Fall passende Unterscheidung ermöglichen könnte, gibt es nicht. Vielmehr müssen alle für den entstandenen Schaden maßgeblichen Faktoren sowie sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden.

Grundsätzlich sind die Mehrkosten eines Deckungskaufs nur unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB ersatzfähig. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass nicht jedes Kaufgeschäft zwingend einen Deckungskauf darstellt. Vielmehr ist im Einzelfall zu untersuchen, ob das jeweilige Ersatzgeschäft zum Fortfall des Gläubigerinteresses an der Erfüllung führt. Ist dies nicht der Fall, handelt es sich nicht um ein Deckungs-, sondern um ein *zusätzliches Geschäft* des Gläubigers, das auch bei rechtzeitiger Erfüllung abgeschlossen worden wäre. In einem solchen Fall ist sehr genau die hypothetische Lage in den Blick zu nehmen, in der sich der Gläubiger befinden würde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Zur Schadensberechnung ist der Preis des *zusätzlichen Geschäfts* mit dem Marktpreis des Geschäfts im Zeitpunkt zu vergleichen, in dem der Gläubiger bei ordnungsgemäßer Erfüllung zum zweiten Mal hätte einkaufen müssen. Diese Kosten sind als Verzögerungsschaden zu ersetzen.

Nicht als Deckungsgeschäft kann weiterhin der Kauf eines Ersatzgegenstandes eingeordnet werden, wenn der Käufer lediglich höhere Mietkosten vermeiden wollte, sein Interesse an der Erfüllung aber weiterhin besteht. In dem Fall befriedigt der Gläubiger lediglich sein Bedürfnis an der Nutzbarkeit des Gegenstandes in der Zwischenzeit, sodass die entstandenen Kosten ebenfalls als Verzögerungsschaden einzuordnen sind.

Handelt es sich hingegen um einen Deckungskauf, muss genau auf den Zeitpunkt seiner Vornahme geachtet werden. Der Gläubiger ist zum Ersatz gem. §§ 280, 281 BGB nur berechtigt, wenn er das Deckungsgeschäft ab dem Moment des Fristablaufs vornimmt, es sei denn, die Voraussetzungen des § 281 Abs. 2 BGB liegen vor, sodass eine Fristsetzung entbehrlich ist. Hat der Gläubiger vorzeitig einen Deckungskauf vorgenommen, handelt er auf eigenes Risiko. Leistet der Schuldner noch innerhalb der Frist, bleibt der Käufer auf seinem Schaden sitzen. Ist die Fristsetzung erfolglos abgelaufen, kann der Gläubiger den Ersatz der Deckungskosten, die abstrakt zu berechnen sind, verlangen. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Kosten eines

¹¹⁶ So berechnet den Schaden auch *Bach*, JR 2014, 436; vgl. *Medicus/Petersen* (Fn. 36) Rn. 239.

¹¹⁷ Vgl. die Argumentation des Senats in BGHZ 197, 357 (365) = NJW 2013, 2959 ff.; auf die Doppelkompensation liefen die Entscheidungen beider Vorinstanzen hinaus, die die Ersetzbarkeit eines Deckungskaufs im

Rahmen der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB zugelassen haben, vgl. LG Kiel Ur. v. 18.3.2011 – Az. 16 O 24/10; OLG Schleswig Ur. v. 4.5.2012 – Az. 14 U 39/11.

vorzeitigen Deckungskaufs geringer sind als die eines rechtzeitigen Deckungskaufs. Dann muss die Höhe des Schadensersatzes auf den tatsächlich angefallenen Betrag aufgrund des Bereicherungsverbots reduziert werden.

Diese Lösung ist allerdings nur dann möglich, wenn die Pflichtverletzung des § 281 Abs. 1 BGB richtigerweise als Dauerzustand gesehen wird, der in der Nichtleistung von dem Zeitpunkt der Fälligkeit bis zum Fristablauf liegt.

Laetizia Krigar*

Nachhaftung des herrschenden Unternehmens nach Beendigung eines GmbH-Vertragskonzerns

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Problematik der Endloshaftung des herrschenden Unternehmens bei Beendigung eines Organschaftsvertrages vor dem Hintergrund eines vom BGH am 7.10.2014 erlassenen Urteils. Des Weiteren behandelt der Beitrag die Frage, ob und inwieweit das ehemals herrschende Unternehmen verpflichtet ist, die langfristige Überlebensfähigkeit der GmbH zu gewährleisten. Dabei wird insbesondere der Schutzzweck der §§ 302, 303 AktG berücksichtigt, deren Analogiefähigkeit im GmbH-Recht zunächst diskutiert wird.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	12
B. Interessenlage bei Beendigung eines Organschaftsvertrages	13
C. Analoge Anwendung der §§ 302, 303 AktG im GmbH-Vertragskonzern	13
I. Planwidrige Regelungslücke	13
II. Vergleichbare Interessenlage	14
1. Korrelat für erweiterte Eingriffsmöglichkeiten	14
2. „Konzernspezifische Gefahr“	15
3. Ausgleich des suspendierten Kapitalschutzes	15
III. Zusammenfassung	16
D. Problem einer „Endloshaftung“ bei Dauerschuldverhältnissen	16
I. Analoge Anwendung der §§ 26, 160 HGB, § 327 Abs. 4 AktG	17
II. Das konkrete Sicherungsbedürfnis der Gläubiger als Maßstab	19
III. Besondere Schutzbedürftigkeit Versorgungsberechtigter	19
IV. Zusammenfassung	20
E. Vermögensschutz der beherrschten GmbH	20
I. Schranken des Weisungsrechts	21
II. Fehlende Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs	22
III. Permanente Pflicht zur Liquiditätsausstattung	22
IV. Pflicht zur Gewährung von „Wiederaufbauhilfen“	23

1. Einzelfallabhängige Pflicht zur Liquiditätszufuhr	23
2. Ablehnung einer Pflicht zur Liquiditätszufuhr	23
3. Besonderheiten des GmbH-Rechts	24
V. Zusammenfassung	24
F. Thesen	24

A. Einleitung

Diese Arbeit widmet sich der Frage, in welchem Umfang und über welchen Zeitraum das herrschende Unternehmen nach Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages für die Verbindlichkeiten einer ehemals beherrschten GmbH einzustehen hat.

Im AG-Vertragskonzern verpflichtet § 302 Abs. 1 AktG das herrschende Unternehmen – vom Gesetz als „anderer Vertragsteil“ bezeichnet – den während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbetrag der abhängigen Gesellschaft auszugleichen. Diese Verlustausgleichspflicht verhindert eine Überschuldung der abhängigen Gesellschaft während des Bestehens des Unternehmensvertrages. Wird der Unternehmensvertrag beendet, endet auch die Verlustausgleichspflicht nach § 302 Abs. 1 AktG. Aufgrund der bisherigen Ausrichtung der ehemals abhängigen Gesellschaft auf das Konzerninteresse besteht die Gefahr, dass die Gesellschaft auf sich allein gestellt nicht überlebensfähig ist. Daher verpflichtet § 303 Abs. 1 AktG das ehemals herrschende Unternehmen, den Gläubigern der ehemals beherrschten Gesellschaft für ihre bis dahin begründeten Forderungen Sicherheit zu leisten.

Eine analoge Anwendung der gläubigerschützenden Vorschriften der §§ 302, 303 AktG auf den GmbH-Vertragskonzern wird zwar in Literatur und Rechtsprechung ohne Weiteres bejaht,¹ ist jedoch zu hinterfragen, da den GmbH-Gesellschaftern – anders als den Aktionären einer AG – die Einflussnahme auf die Geschäftsleitung grundsätzlich auch ohne Abschluss eines Beherrschungsvertrages

* Die Verfasserin studiert im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Schwerpunktsbereich Konzern- und Umwandlungsrecht. Die Themenstellung erfolgte durch Univ.-Prof. Dr. Andreas Engert, LL.M. (Chicago).

¹ BGHZ 103, I (4) = NJW 1988, 1326 ff.; BGH 116, 37 (39) = NJW 1992, 505 ff.; BGHZ 142, 382 (384) = NJW 2000, 210 ff.; Raiser/Veil, Recht

der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 62 Rn. 121; Grunewald, JA 1992, 11 (16); Servatius, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2019, § 303 Rn. 1; Liebscher, in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2015, § 13 Anh. Rn. 206; Altmeyers, in: Roth/Altmeyers, GmbHG, 9. Aufl. 2019, Anh. § 13 Rn. 71; Raiser, in: Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 13 Rn. 78; kritisch: Ehrlicke, in: FS Immenga, 2004, S. 537 (539); Bitter, ZIP 2001, 265 (269).

möglich ist.² Es wird untersucht, ob die von der Aktiengesellschaft abweichende interne Organstruktur der GmbH und der schwächer ausgeprägte Kapitalschutz in bestimmten Anwendungsfällen eine differenzierende Betrachtungsweise erfordern.

Ferner wird das Problem der sich aus dem Wortlaut des § 303 Abs. 1 AktG ergebenden „Endloshaftung“ für Verpflichtungen aus Dauerschuldverhältnissen beleuchtet.³ Relevant wird dies vor allem im Falle langfristiger Miet- und Lieferverträge, bei Arbeitsverhältnissen sowie bei Ruhegeldansprüchen von Versorgungsempfängern. Hierbei besteht ein Konflikt zwischen dem legitimen Interesse des ehemals herrschenden Unternehmens an einer zeitlichen Begrenzung seiner Haftung und dem Sicherungsinteresse der Gläubiger der ehemals beherrschten GmbH.

Schließlich fragt sich, ob das ehemals herrschende Unternehmen eine Pflicht trifft, die Überlebensfähigkeit der ehemals beherrschten GmbH nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zu gewährleisten.⁴ Eine solche Pflicht könnte daraus folgen, dass das herrschende Unternehmen der beherrschten GmbH nachteilige Weisungen erteilen und sie auf diese Weise "schädigen" kann, wodurch eine besondere Verantwortung für die GmbH und ihre Gläubiger erwächst.

B. Interessenlage bei Beendigung eines Organschaftsvertrages

Bevor die Sinnhaftigkeit einer analogen Anwendung der §§ 302, 303 AktG im GmbH-Vertragskonzern betrachtet wird, soll zunächst die Interessenlage der durch den Organschaftsvertrag verbundenen Unternehmen und ihrer Vertragspartner skizziert werden.

Mit Wirksamkeit des Beherrschungsvertrages übernimmt der andere Vertragsteil gemäß § 291 Abs. 1 S. 1 AktG die Leitungsmacht über das beherrschte Unternehmen.⁵ Der Beherrschungsvertrag ermöglicht eine weitreichende Konzernintegration des beherrschten Unternehmens, das mit all seinen unternehmerischen Aktivitäten dem Handlungsprogramm des herrschenden Unternehmens untergeordnet werden kann.⁶ Durch einen Gewinnabführungsvertrag verpflichtet sich das abhängige Unternehmen zur Abführung seines gesamten Gewinns an das herrschende Unternehmen.⁷ Im Gegenzug besteht gemäß § 302 Abs. 1 AktG eine

Pflicht des anderen Vertragsteils, die Verluste des abhängigen Unternehmens auszugleichen. Das Ausfallrisiko der Gläubiger der beherrschten GmbH wird demnach durch die Bonität des anderen Vertragsteils abgesichert.⁸

Beendet das herrschende Unternehmen den Organschaftsvertrag – etwa zur Vorbereitung eines Verkaufs oder einer Abspaltung eines seiner Geschäftszweige –, entfallen zwar die Weisungsgebundenheit und die Pflicht zur Gewinnabführung. Jedoch wirkt die bisherige Ausrichtung auf die Interessen des herrschenden Unternehmens – etwa durch die Vorgabe einer Unternehmensstrategie, den Abschluss langfristiger Miet- oder Lieferverträge oder die Verlagerung risikoreicher Geschäfte auf das abhängige Unternehmen – nach.⁹ § 303 Abs. 1 AktG enthält die Vermutung, dass das ehemals abhängige Unternehmen nach Beendigung eines solchen Unternehmensvertrages nicht mehr selbstständig überleben kann und begründet als Kompensation einen Anspruch der Gläubiger des ehemals abhängigen Unternehmens auf Sicherheitsleistung gegen den anderen Vertragsteil.¹⁰

C. Analoge Anwendung der §§ 302, 303 AktG im GmbH-Vertragskonzern

Nach nahezu einhelliger Meinung sind §§ 302, 303 AktG auf den GmbH-Vertragskonzern analog anzuwenden.¹¹ Dies setzt eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage voraus. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sowohl das interne Kompetenzgefüge als auch die Kapitalerhaltungsvorschriften im GmbH-Recht und im AktG divergieren. Maßgeblich ist, welcher Normzweck dem § 302 Abs. 1 AktG zugrunde liegt und ob dieser auf den GmbH-Vertragskonzern übertragbar ist. Dies ist wiederum entscheidend für die Anwendbarkeit des § 303 Abs. 1 AktG. Der darin enthaltene Anspruch auf Sicherheitsleistung kompensiert den Wegfall der Verlustdeckungspflicht gemäß § 302 Abs. 1 AktG.¹²

I. Planwidrige Regelungslücke

Die Regelungsbedürftigkeit eines GmbH-Konzernrechts wurde bereits in dem Regierungsentwurf einer GmbH-Novelle 1971/1973 mit Vorschlägen zum Recht der verbundenen Unternehmen anerkannt, der in § 240 GmbHG-E eine § 302 AktG entsprechende Regelung vorsah.¹³ An

² S. C.

³ S. D.

⁴ S. E.

⁵ *Keßler*, Hdb. des GmbH-Konzerns, 1. Aufl. 2004, S. 65; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 9. Aufl. 2019, Vorbem. zu § 291 AktG, Rn. 7 ff.; *Altmeyen* (Fn. 1), Anh. § 13 GmbHG Rn. 20.

⁶ *Kleindiek*, ZGR 2001, 479 (489).

⁷ *Klöckner*, ZIP 2011, 1454; *Zöllner*, ZGR 1992, 173 (175).

⁸ *Mutschler*, in: FS Sack, 2011, S. 429 (430); *van Vennroy*, BB 1981, 1003; *Zenner/Raapke*, NZG 2018, 681 (682); *Hirte*, in: *Großkomm-AktG*, Achter Band, 4. Aufl. 2013, § 303 Rn. 2.

⁹ *van Vennroy*, BB 1981, 1003 (1004); *Zenner/Raapke*, NZG 2018, 681 (682); *Hirte* (Fn. 8), § 303 Rn. 2; *Müller*, in: *Wachter, AktG*, 3. Aufl. 2019, § 303 Rn. 1.

¹⁰ *Keßler* (Fn. 5), S. 65; *Bork*, ZIP 2012, 1001 (1002); *Leinekugel/Winstel*, AG 2012, S. 389 (390); *Schenk*, in: *Bürgers/Körber, AktG*, 4. Aufl. 2017, § 303 Rn. 1; *Liebscher* (Fn. 1), Anh. 13 Rn. 907; *Stephan*, in: *Schmidt/Lutter, AktG*, Band II, §§ 150-410, 3. Aufl. 2015, § 303 Rn. 2.

¹¹ S. Nachweise unter Fn. 1.

¹² *Emmerich* (Fn. 5), § 303 AktG Rn. 1.

¹³ BT-Drucks. 7/253 v. 26.2.1973; Bemühungen zur Schaffung eines (an das AktG angelehnten) GmbH-Konzernrechts scheiterten: s. dazu Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge, Bd. 2, 1972, 47 ff.

einer Kodifikation des GmbH-Konzernrechts mangelt es jedoch bis heute.

Im Jahre 2008 wurde mit der Normierung des § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG der Kapitalschutz im GmbH-Vertragskonzern suspendiert.¹⁴ Im Falle einer kompensationslosen Aufgabe der Kapitalbindung würde der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag jedoch einen unzulässigen Vertrag zu Lasten der Gläubiger der beherrschten GmbH darstellen.¹⁵ Da die Gläubiger vor dem Verlust der ihnen haftenden Vermögensmasse aufgrund einer Aushöhlung der Gesellschaftssubstanz geschützt werden müssen, besteht eine planwidrige Regelungslücke.¹⁶

II. Vergleichbare Interessenlage

Ungeklärt ist, welche Auswirkungen der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag auf die abhängige GmbH hat. Hierzu werden zunächst die zum Normzweck des § 302 Abs. 1 AktG vertretenen Ansichten dargestellt und ihre Übertragbarkeit auf die Situation im GmbH-Vertragskonzern untersucht.

1. Korrelat für erweiterte Eingriffsmöglichkeiten

Verbreitet ist die Auffassung, die Einstandspflicht der §§ 302, 303 AktG sei ein notwendiges Korrelat für die durch den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ermöglichten weitreichenden Eingriffsmöglichkeiten in die Belange des beherrschten Unternehmens.¹⁷ Eine analoge Anwendung setzt nach diesem Ansatz voraus, dass das herrschende Unternehmen im GmbH-Vertragskonzern umfassendere Eingriffsmöglichkeiten erhält, als es diese in seiner Position als Gesellschafter der GmbH ohne den Beherrschungsvertrag hätte.¹⁸

Zunächst ist die Situation in der unverbundenen AG mit derjenigen in der unverbundenen GmbH zu vergleichen. § 76 Abs. 1 AktG verpflichtet den Vorstand, die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten. Den Aktionären fehlt insoweit die Kompetenz zur Geschäftsführung (§ 119 Abs. 2 AktG). Auch der Mehrheits- oder

Alleingesellschafter hat gegenüber dem Vorstand grundsätzlich keine direkten Einflussmöglichkeiten, insbesondere keine Weisungsrechte.¹⁹ *Bitter* zufolge erhält das herrschende Unternehmen im AG-Vertragskonzern nur durch den Beherrschungsvertrag Einfluss auf die Geschäftsführung.²⁰ Zwar wird der Vorstand vom Aufsichtsrat und dieser wiederum von der Hauptversammlung gewählt (§§ 84 Abs. 1 S. 1, 101 Abs. 1 S. 1 AktG), sodass der Mehrheitsaktionär faktisch gesehen durchaus einen gewissen Einfluss auf die Unternehmenspolitik hat. Grundsätzlich räumt das AktG der Gesellschaft jedoch eine von ihren Aktionären weitestgehend unabhängige Stellung ein.²¹

In der unverbundenen GmbH dagegen kann die Gesellschafterversammlung dem Geschäftsführer nach herrschender Meinung mit bindender Wirkung Weisungen erteilen (vgl. § 37 GmbHG) und ihn außerdem jederzeit ohne die Angabe von Gründen abberufen.²² *Ehricke* ist der Ansicht, der Gesellschafter einer GmbH erhalte durch den Beherrschungsvertrag keine zusätzlichen Eingriffsbefugnisse in die Unternehmensleitung, die ihm das Gesetz nicht bereits kraft seiner Gesellschafterstellung zubillige.²³ Im Unterschied zur AG sei die Geschäftsleitung in der GmbH der Entscheidungsprärogative der Gesellschafter unterworfen.²⁴ Auch *Zöllner* betont, dass Beherrschungsverträge mit einer abhängigen GmbH aus eben diesem Grund als nicht in gleicher Weise erforderlich angesehen werden und meist nur aus steuerlichen Gründen erfolgen.²⁵

Allerdings verschafft der Beherrschungsvertrag dem herrschenden Unternehmen eine direkte Weisungsbefugnis gegenüber der Geschäftsführung der GmbH, sodass Gesellschafterbeschlüsse entbehrlich werden.²⁶ Es besteht insofern keine Möglichkeit, diese anzufechten.²⁷ Außerdem entfallen die aus der Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern folgenden Beschränkungen für das herrschende Unternehmen (das regelmäßig eine Gesellschafterstellung innehat).²⁸

Wie *Ulmer* einwendet, greifen diese Argumente jedoch nicht im Fall der Ein-Personen-GmbH, da hier weder ein Gesellschafterbeschluss notwendig ist noch Treuepflichten

¹⁴ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2026 ff.

¹⁵ *Wede*, Die Pflicht zur Verlustübernahme im GmbH-Vertragskonzern, Diss. 2016, Universität zu Köln, S. 173; *Gäbelein*, GmbHHR 1987, 221.

¹⁶ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2019, § 20 Rn. 3.

¹⁷ BGHZ 142, 382 (385) = NJW 2000, 210 ff.; *Kropff*, RegBegr., AktG 1965, S. 391: „Wer die Geschicke der Gesellschaft bestimmen kann oder ihren ganzen Gewinn erhält, muß auch für Verluste eintreten.“; *Ehricke*, in: FS Immenga, 2004, S. 537 (539); *Hennrichs*, ZHR (2010), 683 (684); *Leinekugel/Winstel*, AG 2012, 389 (390); *Schmidt*, ZGR 1983, 515; *Schubert*, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2014, § 303 AktG Rn. 1; *Koppensteiner*, in: KölnerKomm-AktG, 3. Aufl. 2009, § 302 Rn. 6; *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, 5. Aufl. 2019, § 303 Rn. 11.

¹⁸ *Ehricke*, in: FS Immenga, 2004, S. 537 (539).

¹⁹ *Bitter*, ZIP 2001, 265 (269).

²⁰ *Bitter*, ZIP 2001, 265 (269).

²¹ *Wede* (Fn. 15), S. 21; *Kort*, in: Großkomm-AktG, § 76 Rn. 43; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 76 Rn. 11.

²² *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2019, Anh. zu § 13 Rn. 46.

²³ *Ehricke*, in: FS Immenga, 2004, S. 537 (542).

²⁴ *Zöllner*, ZGR 1992, 173 (178); *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 37 Rn. 10; *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 22), § 37 Rn. 1.

²⁵ *Zöllner*, ZGR 1992, 173 (175); zustimmend *Zeidler*, NZG 1999, 692; *Keßler* (Fn. 5), S. 65; s. auch *Liebscher*, in: GmbH-Konzernrecht, Die GmbH als Konzernbaustein, 2006, Rn. 566.

²⁶ *Ehricke*, in: FS Immenga, 2004, 537 (544); *Grunewald*, JA 1992, 11 (16); *Zöllner*, ZGR 1992, 173 (175); *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 979; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 39 II 3c); *Altmeppen* (Fn. 1), Anh. § 13 GmbHG Rn. 20; *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 22), Anh. zu § 13 Rn. 46.

²⁷ *Kuhlmann/Ahnis*, Konzern- und Umwandlungsrecht, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 744; *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 22), Anh. § 13 Rn. 46.

²⁸ *Ehricke*, in: FS Immenga, 2004, 537 (544); *Gäbelein*, GmbHHR 1987, 221 (223).

gegenüber Minderheitsgesellschaftern bestehen.²⁹ Alleingesellschafter – die im GmbH-Vertragskonzern den praktischen Regelfall bilden – üben ohnehin sämtliche Kompetenzen der Gesellschafterversammlung aus.³⁰ Von einer durch den Beherrschungsvertrag erweiterten Herrschaftsmacht kann also zumindest im Fall der Ein-Personen-GmbH nicht gesprochen werden. Unter diesem Aspekt mangelt es insoweit an einer vergleichbaren Interessenlage.

2. „Konzernspezifische Gefahr“

Teilweise wird vertreten, die Konzernierung gefährde das abhängige Unternehmen, da dieses seine Eigenständigkeit verliere und für Konzerninteressen instrumentalisiert werde.³¹ Die „konzernspezifische Gefahr“ entstehe aufgrund widerstreitender Interessen und der Möglichkeit, der beherrschten GmbH nachteilige Weisungen gemäß § 308 AktG (analog) zu erteilen. Diese Gefahr solle durch §§ 302, 303 AktG ausgeglichen werden.³² Es fragt sich, ob diese Gefahr nur in der konzernierten GmbH besteht oder auch in der unverbundenen GmbH eine vergleichbare Situation möglich ist.

In vielen Fällen wird die Konzernleitung die Untergesellschaft der Unternehmenspolitik des Konzerns unterordnen wollen, indem sie Gewinn- und Geschäftschancen auf andere Konzerngesellschaften verlagert, ungünstige Verträge mit der Untergesellschaft durchsetzt, Liquidität in bedürftige Unternehmen umverteilt oder besonders qualifizierte Arbeitnehmer überstellt.³³ Die Konzernspitze hat ein Gesamtkonzept vor Augen und wird, anders als dies bei der Leitung nur einer Gesellschaft der Fall ist, die Schädigung einzelner Konzernteile oftmals bereitwilliger in Kauf nehmen.³⁴

Wird ein Unternehmen der einheitlichen Leitung in einem Konzern unterstellt, strebt es von da an nicht zwingend nach der eigenen Gewinnerzielung. Dies entspräche dem Interesse der Gläubiger an einer möglichst solventen GmbH als Schuldnerin, da ihnen gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG allein das Vermögen der GmbH haftet.³⁵ Es kann durchaus im Konzerninteresse liegen, das Vermögen des abhängigen Unternehmens an andere verbundene Unternehmen zu transferieren und die bei Vertragsschluss

möglicherweise noch solvente Gesellschaft in eine „vermögenslose Hülle zu verwandeln“, solange hierin keine unverhältnismäßige Schädigung der abhängigen Gesellschaft liegt.³⁶

Dagegen besteht in der unverbundenen GmbH grundsätzlich ein gewisser Gleichlauf der Interessen der Gesellschaft, ihrer Gesellschafter und ihren Gläubigern an einer erfolgreichen Geschäftstätigkeit.³⁷ Dieses Regulativ entfällt, wenn einer der Gesellschafter noch anderweitige Unternehmensinteressen verfolgt und in der Lage ist, die Geschäftstätigkeit der GmbH an seinen anderen unternehmerischen Interessen auszurichten. Die Insolvenzgefahr steigt, wenn die Bindung an den gemeinsamen Zweck dem anderweitig verfolgten unternehmerischen Interesse des beherrschenden Gesellschafters weicht.³⁸ Hinsichtlich der widerstreitenden Interessen bestehen im GmbH-Vertragskonzern keine wesentlichen Unterschiede.

§ 308 Abs. 1 S. 2 AktG ermöglicht dem anderen Vertragspartei unter gewissen Voraussetzungen die Erteilung nachteiliger Weisungen, soweit diese im Konzerninteresse liegen. Während in der unverbundenen Aktiengesellschaft gemäß § 117 AktG ein Schädigungsverbot gilt, für das der Vorstand nach § 93 AktG im Falle von Vorsatz haftet, darf die unverbundene GmbH dagegen von ihren Gesellschaftern bis zur Grenze des Stammkapitalerhaltungsgebotes zu beliebigen Zwecken benutzt und grundsätzlich auch benachteiligt werden.³⁹ Ein Schädigungsverbot im Sinne von § 117 AktG existiert im GmbH-Recht bis zur Grenze der §§ 30 f. GmbHG nicht, solange es sich nicht um einen existenzvernichtenden Eingriff handelt.⁴⁰ Die Möglichkeit zur Erteilung nachteiliger Weisungen dürfte also weit weniger Auswirkungen auf eine nun abhängige GmbH haben als auf eine AG. Somit ist die Interessenlage in Hinblick auf die Möglichkeit der Erteilung nachteiliger Weisungen nicht mit derjenigen im AG-Vertragskonzern vergleichbar.

3. Ausgleich des suspendierten Kapitalschutzes

Verbreitet werden §§ 302, 303 AktG als Ausgleich für den suspendierten Kapitalschutz (§ 57 Abs. 1 1. Var., 58, 60 AktG) im AG-Vertragskonzern angesehen.⁴¹

²⁹ Ulmer, ZHR 1984, 391 (396); zustimmend Ehricke, in: FS Immenga, 2004, 537 (542).

³⁰ K. Schmidt (Fn. 26), § 40 I 1.

³¹ Kuhlmann/Ahnis (Fn. 27), Rn. 637.

³² BGHZ 95, 330 (335) = NJW 1986, 188 ff.; Kleindiek, ZGR 2001, 479 (492).

³³ Saenger (Fn. 26), Rn. 926.

³⁴ Vetter, ZHR 2007, 342 (344).

³⁵ BGHZ 95, 330 (335) = NJW 1986, 188 ff.; Assmann, JZ 1986, 928 (930); Ulmer, ZHR (1984), 391 (397).

³⁶ So Ehricke, in: FS Immenga, 2004, S. 537 (549).

³⁷ BGH NJW 1986, 188 (190); Assmann, JZ 1986, 928 (930).

³⁸ Emmerich/Habersack (Fn. 16), § 29 Rn. 4; Assmann, JZ 1986, 928 (930); Ulmer, ZHR (1984), 391 (396).

³⁹ BGHZ 119, 257 (261) = NJW 1993, 193 ff.; BGHZ 122, 333 (336) = NJW 1993, 1922 ff.; Ehricke, in: FS Immenga, 2004, 537 (553); Zöllner, ZGR 1992, 173 (180); Wede (Fn. 15), S. 90; Eschenbruch, Konzernhaftung, 1. Aufl. 1996, Rn. 3171; Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, Anh. § 13 Rn. 15; Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, Anh. § 13 Rn. 69.

⁴⁰ BGHZ 173, 246 (255) = NJW 2007, 2689 ff.; BGHZ 176, 204 (210) = NJW 2008, 2437; BGHZ 179, 344 (349) = NJW 2009, 2127 ff.; Keffler (Fn. 5), S. 62; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 13 Rn. 57a; a.A. Lutter/Hommelhoff (Fn. 22), Anh. § 13 Rn. 46.

⁴¹ BGHZ 103, 1 (10) = NJW 1988, 1326 ff.; BGHZ 168, 285 = NJW 2006, 3279 ff.; Stimpel, in: FS Goerdeler, 1987, S. 601 (610); Müller, in: FS Kropff, 1997, S. 517 (520); Saenger (Fn. 26), Rn. 979; a.A. Liebscher (Fn. 25), Rn. 734; Altmeppen (Fn. 1), § 302 AktG Rn. 10.

Gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG entfällt dieser Kapitalschutz auch in der abhängigen GmbH, sodass insoweit eine vergleichbare Interessenlage anzuerkennen ist. Der Verlustausgleichsanspruch des § 302 Abs. 1 AktG geht allerdings noch über den Schutz des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG hinaus, der lediglich den Erhalt des Stammkapitals sicherstellt.⁴² Ulmer zufolge ist der Verlustausgleich deshalb auf die Deckung des Stammkapitals zu beschränken.⁴³ Die Konzernhaftung fungiere allein als Substitut für die aufgehobene Kapitalbindung, sodass eine Konzernhaftung nur in dem Umfang des GmbH-rechtlichen Kapitalschutzes angemessen sei.⁴⁴

Diese Einschränkung überzeugt. Da Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge mit einer GmbH meist aus steuerlichen Gründen geschlossen werden, ist diese Streitfrage jedoch von geringer praktischer Bedeutung.⁴⁵ Da § 17 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KStG in dem zugrunde liegenden Organschaftsvertrag ausdrücklich die Vereinbarung einer Verlustübernahme seitens des herrschenden Unternehmens durch Verweis auf § 302 AktG „in seiner jeweils gültigen Fassung“ verlangt, gilt die Verlustausgleichspflicht meist zumindest kraft vertraglicher Vereinbarung.⁴⁶

III. Zusammenfassung

Einer analogen Anwendung des § 302 AktG im GmbH-Vertragskonzern ist aufgrund des zwingend gebotenen Gläubigerschutzes, der durch die Regelung des § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG sonst nahezu entfele, zuzustimmen. Im Falle der Ein-Personen-GmbH ist die Höhe der Ausgleichspflicht jedoch auf eine Verpflichtung zur bilanziellen Deckung des Stammkapitals zu begrenzen, sollte der Unternehmensvertrag keine anderslautende vertragliche Vereinbarung vorsehen. Ebenso ist die analoge Anwendung des § 303 AktG geboten. Die Überlebensfähigkeit der ehemals beherrschten Gesellschaft ist auch im GmbH-Vertragskonzern gefährdet, da statt der gemeinsamen Orientierung am Wohl der Gesellschaft ihre Integration in die Zielvorgaben des Konzerns erfolgt. Die Gläubiger sind hinsichtlich ihrer bis zur Beendigung begründeten Forderungen vor einer drohenden Insolvenz der ehemals

beherrschten GmbH, die fortan nur noch im Fremdinteresse wirtschaftet, schutzbedürftig.

D. Problem einer „Endloshaftung“ bei Dauerschuldverhältnissen

Wird der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag beendet, hat das ehemals herrschende Unternehmen den Gläubigern der GmbH, deren Forderungen begründet worden sind, bevor die Eintragung der Beendigung des Vertrags im Handelsregister bekannt gemacht worden ist, nach § 303 Abs. 1 AktG analog Sicherheit zu leisten. Bei Dauerschuldverhältnissen begründet bereits der Vertragsabschluss den Anspruch.⁴⁷ Für die Begründung einer Forderung kommt es nicht auf die Fälligkeit an.⁴⁸ Die Gläubiger eines vor dem Stichtag geschlossenen Dauerschuldverhältnisses könnten unter Umständen für sämtliche, möglicherweise erst viele Jahre nach Beendigung des Organschaftsvertrages fällig werdende Forderungen bereits im Zeitpunkt der Beendigung Sicherheit verlangen.⁴⁹

Der Gesetzgeber ist der Gefahr der Endloshaftung bisher nur im Handelsrecht durch die Änderung der §§ 26, 160 HGB mit dem Nachhaftungsbegrenzungs-gesetz vom 18.3.1994 sowie im Aktienrecht durch die Anpassung des § 327 Abs. 4 AktG im Jahre 2004 entgegengetreten.⁵⁰ Die Neufassung des § 327 Abs. 4 AktG (betreffend die Eingliederung) dehnt die Fünf-Jahres-Frist als Begrenzung der Nachhaftung auf einen Konzernsachverhalt aus.⁵¹ Vertreten wird, der Gesetzgeber habe die Problematik der „Endloshaftung“ damit abschließend regeln wollen.⁵² Nach nahezu einhelliger Meinung ist dem anderen Vertragsteil eine zeitlich unbeschränkte Haftung im Falle unbefristeter Dauerschuldverhältnisse nicht zumutbar und § 303 Abs. 1 AktG insoweit lückenhaft.⁵³ Diese Annahme verdient grundsätzlich Zustimmung, da Dauerschuldverhältnisse erhebliche Laufzeiten aufweisen können und sich ein Sicherungsbedarf mit extrem hohen Volumina ergeben kann.⁵⁴ Beispielhaft wird auf langfristige Miet- oder Pachtverträge, auf Dauer angelegte Anstellungsverhältnisse sowie Rechtsverhältnisse im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung verwiesen.⁵⁵ Bei einer Vielzahl von

⁴² Wede (Fn. 15), S. 178; Ulmer, ZHR (1984), 391 (408).

⁴³ Ulmer, ZHR (1984), 391 (408); zust. Liebscher (Fn. 1), Anh. 13 Rn. 863.

⁴⁴ Ulmer, ZHR (1984), 391 (408).

⁴⁵ Ehrlicke, in: FS Immenga, 2004, S. 537 (549); Hentzen, NZG 2008, 201; Emmerich (Fn. 5), § 302 AktG Rn. 30a; Liebscher (Fn. 1), Anh. § 13 Rn. 862.

⁴⁶ Ehrlicke, in: FS Immenga, 2004, S. 537 (549); Hentzen, NZG 2008, 201; Emmerich (Fn. 5), § 302 AktG Rn. 30a; Liebscher (Fn. 1), Anh. § 13 Rn. 862.

⁴⁷ BGHZ 116, 37 (46) = NJW 1992, 505 ff.; BGHZ 70, 132 (135) = NJW 1978, 636 ff.; BAG AG 1997, 268; Scholz, in: Münch. Hb. GesR AG, Band 4, 4. Aufl. 2015, Rn. 50; Schubert (Fn. 17), § 303 AktG Rn. 8; Koch (Fn. 21), § 303 AktG Rn. 3; Altmeyen (Fn. 17), § 303 Rn. 17; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, Band 2, 4. Aufl. 2019, § 303 Rn. 12; Müller (Fn. 9), § 303 AktG Rn. 2.

⁴⁸ Altmeyen (Fn. 17), § 303 Rn. 17; Koch (Fn. 21), § 303 Rn. 3.

⁴⁹ BGHZ 116, 37 (46) = NJW 1992, 505 ff.; BGHZ 202, 317 = NJW-RR 2015, 232 ff.; Emmerich (Fn. 5), § 303 AktG Rn. 13; Veil (Fn. 47), § 303 Rn. 14; Stephan (Fn. 10), § 303 AktG Rn. 11; Servatius (Fn. 1), § 303 AktG Rn. 5.

⁵⁰ BGBl. I 560 bzw. BGBl. I 3214.

⁵¹ BGHZ 202, 317 (321) = NJW-RR 2015, 232 ff.

⁵² So OLG Hamm, AG 1998, 898 (899); zustimmend Veil (Fn. 47), § 303 Rn. 14; a.A. jedoch Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, 2004, S. 41; Henssler/Heiden, NZG 2010, 328 (329); Liebscher (Fn. 1), Anh. 13 Rn. 910.

⁵³ BGHZ 202, 317 (321) = NJW-RR 2015, 232 ff.; Müller, LMK 2015, 365727; Bork, ZIP 2012, 1001 (1005); Altmeyen (Fn. 17), § 303 Rn. 13; Koch (Fn. 21), § 303 AktG Rn. 3; Veil (Fn. 47), § 303 Rn. 14.

⁵⁴ Krieger, in: FS Nirk, 1992, 551 (552); Goldschmidt/Laeger, NZG 2012, 1201 (1204).

⁵⁵ Mutschler, in: FS Säcker, 2011, S. 429 (432); Emmerich (Fn. 5), § 303 AktG Rn. 12.

betroffenen Arbeitsverhältnissen müsste theoretisch sofort Sicherheit für umfangreiche und zudem sehr schwer zu bewertende künftige Ansprüche geleistet werden, die möglicherweise erst Jahre oder Jahrzehnte nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags fällig werden.⁵⁶

Das Risiko eines Sicherungsverlangens kann schon im Vorfeld dazu führen, dass unternehmenspolitisch gebotene Strukturveränderungen nicht vorgenommen werden, weil für den Fall einer beabsichtigten Beendigung des Organisationsvertrages beispielsweise mit einem umfangreichen Sicherungsverlangen aus dem Mitarbeiterkreis zu rechnen ist.⁵⁷

Durch eine Sicherheitsleistung nach § 232 Abs. 1 BGB würde in erheblichem Maße Kapital gebunden.⁵⁸ Relativiert wird diese Belastung dadurch, dass das ehemals herrschende Unternehmen die Pflicht zur Sicherheitsleistung gemäß § 303 Abs. 3 AktG durch eine Bürgschaft abwenden kann. Dies soll der Gesetzesbegründung zufolge verhindern, dass der andere Vertragsteil wegen des plötzlichen Zwanges, in großem Umfang Sicherheit zu leisten, in wirtschaftliche Bedrängnis gerät.⁵⁹ Indes besteht weiterhin das Risiko einer Inanspruchnahme, zumindest nach einem vergeblichen Vollstreckungsversuch gegen das ehemals beherrschte Unternehmen oder im Falle seiner Insolvenz (vgl. § 774 Abs. 1 Nr. 3, 4 BGB).⁶⁰

All dies macht einen angemessenen Interessenausgleich in Form einer zeitlichen Begrenzung der Nachhaftung erforderlich.

Während sich der BGH in seinem Urteil vom 7.10.2014 für eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung auf fünf Jahre analog §§ 26, 160 HGB, § 327 Abs. 4 AktG ausgesprochen hat,⁶¹ stellten die frühere Rechtsprechung und ein Teil der Literatur auf das konkrete Sicherungsinteresse ab.⁶²

I. Analoge Anwendung der §§ 26, 160 HGB, § 327 Abs. 4 AktG

Der BGH sowie der Großteil der aktuellen Literatur befürworten in analoger Anwendung der §§ 26, 160 HGB, § 327 Abs. 4 AktG eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung

auf höchstens fünf Jahre.⁶³ Der vom BGH am 7.10.2014 entschiedene Fall betraf die Sicherung von Ansprüchen eines Vermieters aus einem gewerblichen Mietvertrag mit einer abhängigen GmbH.⁶⁴

Für eine Fünf-Jahres-Frist spricht der Gedanke der Rechtssicherheit, da hiermit eine klare zeitliche Grenze gezogen würde.⁶⁵ *Servatius* betont, dass mit Arbeits- oder Lieferungsverträgen sowie Finanzierungen potenziell sehr haftungsträchtige Dauerschuldverhältnisse im Raum stünden. Das ehemals beherrschende Unternehmen müsse deshalb seine wirtschaftlichen Dispositionen anhand einer solchen zeitlichen Grenze ausrichten können.⁶⁶ Insbesondere sei die Höhe, in der der Verkäufer Sicherheit für Forderungen gegen die Gesellschaft zu stellen hat, bei einer Veräußerung des Unternehmens relevant für die Bestimmung des Kaufpreises.⁶⁷

Was die Vergleichbarkeit der Interessenlagen betrifft, ist festzustellen, dass die Kreditfähigkeit einer Gesellschaft auch im Fall der §§ 26, 160 HGB maßgeblich von den hinter ihr stehenden Personen geprägt wird.⁶⁸ Es ist durchaus möglich, dass die Vertragspartner nur im Vertrauen auf die Mitgliedschaft eines solventen Gesellschafters mit der Gesellschaft kontrahieren.⁶⁹

Die Gläubiger einer Personengesellschaft haben indes keinen Anspruch auf den Verbleib eines solventen Gesellschafters in der Schuldner-Gesellschaft.⁷⁰ Ebenso wenig haben die Gläubiger des ehemals beherrschten Unternehmens einen Anspruch auf den Fortbestand des Organisationsvertrages und die damit verbundene Verlustausgleichspflicht zugunsten der beherrschten Gesellschaft.⁷¹ Jedoch setzt § 303 Abs. 1 AktG kein konkretes Vertrauen in den Fortbestand des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages voraus, sondern soll die Gläubiger vor den Folgen schützen, die sich aus seinem Fortwirken ergeben.⁷²

Mit der Normierung des § 160 HGB soll eine übermäßig lange Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters vermieden werden, der ab dem Zeitpunkt seines Ausscheidens weder weiteren Einfluss auf die Gesellschaft nimmt, noch von deren Erträgen profitiert.⁷³ Zwar entfallen bei Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages sowohl das Weisungsrecht als auch die Pflicht zur

⁵⁶ Hennsler/Heiden, NZG 2010, 328; Wimmer-Leonhardt (Fn. 52), S. 41.

⁵⁷ Krieger, in: FS Nirk, 1992, S. 551 (552).

⁵⁸ Schröder, DB 1999, 317 (318).

⁵⁹ Kropff, RegBegr., AktG 1965, S. 393.

⁶⁰ Hennsler/Heiden, NZG 2010, 328; Emmerich (Fn. 5), § 303 AktG Rn. 20.

⁶¹ BGHZ 202, 317 = NJW-RR 2015, 232; s. unter D. I.

⁶² S. unter D. II.

⁶³ Keßler (Fn. 5), S. 73; Raiser/Veil (Fn. 1), § 62 Rn. 122; Goldschmidt/Laeger, NZG 2012, 1201 (1205); Grosjean/Biester, DB 1996, 1069 (1070); Leinekugel/Winstel, AG 2012, 389 (390); Servatius (Fn. 1), § 303 AktG Rn. 5; Schubert (Fn. 17), § 303 AktG Rn. 11; Deilmann, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 303 Rn. 8; Koppensteiner (Fn. 17), § 303 AktG Rn. 16; Müller (Fn. 9), § 303 AktG Rn. 4; Schmidt, in: Münch-Komm-HGB, Band 2, 4. Aufl. 2016, § 160 Rn. 13.

⁶⁴ BGHZ 202, 317 = NJW-RR 2015, 232.

⁶⁵ Grosjean/Biester, DB 1996, 1069 (1071); Liebscher/Steinbrück, DB 2014, 2950 (2951); Servatius, ZGR 2015, 754 (759).

⁶⁶ Servatius, ZGR 2015, 754 (759).

⁶⁷ Servatius, ZGR 2015, 754 (759); Goldschmidt/Laeger, NZG 2012, 1201 (1204).

⁶⁸ Müller, LMK 2015, 365727.

⁶⁹ Schmidt (Fn. 63) § 160 Rn. 13.

⁷⁰ BGHZ 202, 317 = NJW-RR 2015, 232.

⁷¹ BGHZ 202, 317 = NJW-RR 2015, 232; Bork, ZIP 2012, 1001 (1005); Müller, LMK 2015, 365727; Koch (Fn. 21), § 303 AktG Rn. 3; Altmeyen (Fn. 17), § 303 Rn. 13; Veil (Fn. 47), § 303 Rn. 14.

⁷² Koppensteiner (Fn. 17), § 303 AktG Rn. 6.

⁷³ BGHZ 142, 324 (329) = NJW 2000, 208 ff.

Gewinnabführung. Jedoch hatte das ehemals herrschende Unternehmen während des Bestehens des Vertrages erhebliche Einflussmöglichkeiten und war gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG insbesondere nicht an die Kapitalschutzregelungen nach §§ 30 f. GmbHG gebunden. Es spricht viel dafür, dass die Nachwirkungen dieser „Herrschaft“ stärker sind als die Einflussnahme eines ausgeschiedenen Gesellschafters einer Personengesellschaft, der die Gesellschaft – ohne Rücksicht auf ein spezifisches Konzerninteresse – ausgerichtet auf ihren satzungsmäßig festgelegten Zweck geführt hat.⁷⁴ Die Entscheidungen eines Personengesellschafters, der vor allem durch die im Recht der Personengesellschaften noch intensiver ausgestalteten Treuepflichten gegenüber seinen Mitgesellschaftern gebunden ist,⁷⁵ dürften seltener in einer Weise nachwirken, die die Gläubigerinteressen in vergleichbarem Maße gefährdet.

Gegen eine Analogie spricht außerdem die Gesetzessystematik. §§ 26, 160 HGB und § 327 Abs. 4 AktG begründen eine Eigenhaftung des Verpflichteten und beschränken diese zeitlich ausdrücklich auf fünf Jahre. §§ 225 Abs. 1, 303 Abs. 1, 321 Abs. 1 S. 1 AktG, § 22 Abs. 1 S. 1 UmwG regeln einen Anspruch auf Sicherheitsleistung und sehen ausdrücklich keine zeitliche Haftungsbegrenzung vor.⁷⁶ Tatsächlich leisten wird der andere Vertragsteil grundsätzlich nur, wenn die abhängige GmbH zahlungsunfähig wird, da ihm nach § 303 Abs. 3 AktG die Möglichkeit bleibt, die Pflicht zur Sicherheitsleistung durch eine Bürgschaft abzuwenden. Die Pflicht zur Sicherheitsleistung stellt eine weniger gravierende Rechtsfolge als die Eigenhaftung dar.

Im Fall des § 160 HGB können die Gläubiger dagegen sofort den ausgeschiedenen (und persönlich mit seinem gesamten Vermögen haftenden) Gesellschafter in die Verantwortung nehmen und müssen nicht etwa die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft abwarten. Eine § 303 Abs. 3 AktG entsprechende Regelung sehen §§ 26, 160 HGB, § 327 Abs. 4 AktG nicht vor. Die Interessenlage der jeweiligen Schuldner divergiert somit.

§ 327 Abs. 4 AktG betrifft zudem die Eingliederung. Eingliederungskonzerne können jedoch nur zwischen inländischen Aktiengesellschaften vereinbart werden und auch eine analoge Anwendung der §§ 319 ff. AktG auf den GmbH-Vertragskonzern scheidet aus.⁷⁷

Die vom BGH vertretene Ansicht berücksichtigt die Gläubigerinteressen im GmbH-Vertragskonzern nur

unzureichend. Gerade einer beherrschten GmbH gewähren Kreditgeber unter Umständen nur im Vertrauen auf die Solvenz des anderen Vertragsteils langfristige Kredite.⁷⁸ Deren Rückzahlung ist aber möglicherweise nicht innerhalb der nächsten fünf Jahre geschuldet.

Dem wird entgegengehalten, ein Gläubiger, dessen konkretes Sicherungsinteresse über einen Zeitraum von fünf Jahren hinausgeht, könne sich beim Abschluss langfristiger Verträge mit der abhängigen Gesellschaft durch entsprechende Vereinbarungen (z.B. Bürgschaften, Garantien, Patronatserklärungen oder der Einräumung eines Sonderkündigungsrechts für den Fall der Beendigung des Organschaftsvertrages) absichern.⁷⁹ Ein Schutz der Gläubiger durch eine entsprechende Ausgestaltung des Vertrags ist jedoch nicht immer möglich. Dies zeigt sich insbesondere am Beispiel von Pensionsansprüchen.⁸⁰

Auch der Einwand, die mit der früheren Ausrichtung am Konzerninteresse verbundene Gefahr vermindere sich im Laufe der Zeit, da die Auswirkungen einer früheren Konzernierung immer stärker in den Hintergrund treten würden,⁸¹ vermag nicht zu überzeugen. §§ 302, 303 AktG gehen von einer abstrakten Gefährdung aus und setzen keine konkrete Beeinträchtigung der Gesellschaft durch den Unternehmensvertrag voraus.⁸² Die Haftung lässt sich nicht einmal durch den Nachweis abwenden, dass der andere Vertragsteil die entstandenen Verluste nicht durch die Ausübung der Leitungsmacht verursacht hat.⁸³ Der Gesetzgeber sah die Lebensfähigkeit eines durch einen Unternehmensvertrag gebundenen Unternehmens als derart eingeschränkt an, dass die Beendigung der Verlustausgleichspflicht nach § 302 Abs. 1 AktG (analog) die Erfüllung der Forderung per se gefährdet.⁸⁴ Außerdem ist die pauschale Annahme, die ehemals abhängige Gesellschaft verfüge nach einem Zeitraum von fünf Jahren wieder über genügend eigene finanzielle Kraft, in vielen Fällen realitätsfern. Insbesondere dann, wenn auf die beherrschte GmbH erhebliche Haftungsrisiken ausgelagert werden. Die Zahlungsfähigkeit ist vielmehr eine Frage des Einzelfalls, die sich nicht allgemein mit einer Karenzzeit von fünf Jahren beantworten lässt.⁸⁵ Die vom BGH vertretene Lösung ist daher kritikwürdig.

Verpflichtungen aus Verträgen, die die abhängige GmbH während des Bestehens eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages unter der Leitungsmacht des anderen

⁷⁴ Liebscher (Fn. 25), Rn. 855.

⁷⁵ BGH NJW 1986, 584; Lange, JA 665, 667.

⁷⁶ Liebscher (Fn. 25), Rn. 858.

⁷⁷ Liebscher (Fn. 25), Rn. 1061; Koppensteiner (Fn. 17), Vorb. § 319 AktG Rn. 10.

⁷⁸ Wimmer-Leonhardt (Fn. 52), S. 42; Mutschler, in: FS Sacker, 2011, S. 429; van Vennroy, BB 1981, 1003.

⁷⁹ Müller, LMK 2015, 365727.

⁸⁰ Liebscher/Steinbrück, DB 2014, 2950 (2951); dazu sogleich unter D. III.

⁸¹ So BGHZ 202, 317 (321) = NJW-RR 2015, 232 ff.; Goldschmidt/Laeger, NZG 2012, 1201 (1205); Grosjean/Biester, DB 1996, 1069 (1071); Henssler/Heiden, NZG 2010, 328 (331); Jaeger, DB 1996, 1069 (1070).

⁸² Schenk (Fn. 10), § 303 AktG Rn. 2.

⁸³ BGHZ 116, 37 (41) = ZIP 1992, 29 ff.; Schenk (Fn. 10), § 303 AktG Rn. 2.

⁸⁴ Kefler (Fn. 5), S. 65; Mutschler, in: FS Sacker, 2011, S. 429 (437); Bork, ZIP 2012, 1001 (1002); Leinekugel/Winstel, AG 2012, 389 (390); Schenk (Fn. 10), § 303 AktG Rn. 1; Stephan (Fn. 10), § 303 AktG Rn. 2; Liebscher (Fn. 1), Anh. 13 Rn. 907.

⁸⁵ So auch Beck, NZI 2015, 258 (261).

Vertragsteils geschlossen hat, dürfen für den anderen Vertragsteil kein unvorhersehbares Haftungsrisiko darstellen. Der andere Vertragsteil muss derartigen Vertragsschlüssen der vertragsbeherrschten GmbH nicht zustimmen, wenn er nicht bereit ist, für diese Verpflichtungen in Verantwortung genommen zu werden.⁸⁶ Allerdings rechtfertigen die „Nachwirkungen“ der Ausrichtung auf das Konzerninteresse grundsätzlich nicht, dass der andere Vertragsteil unter Umständen für Jahrzehnte Sicherheit leisten muss. Eine sinnvolle zeitliche Begrenzung bleibt deshalb notwendig.

II. Das konkrete Sicherungsbedürfnis der Gläubiger als Maßstab

Nach der vom BGH ehemals vertretenen „Kündigungstheorie“ bestimmt sich die Höhe der gemäß § 303 AktG (analog) zu zahlenden Sicherheitsleistung nach dem konkreten Sicherungsinteresse des Gläubigers.⁸⁷ Der künftig fällig werdende Gesamtbetrag stelle bei befristeten Dauerschuldverhältnissen die Obergrenze des zu sichernden Betrages dar, wobei das Sicherungsinteresse im konkreten Einzelfall dahinter zurückbleiben könne.⁸⁸ Das OLG Hamm stellte 2008 auf den Grad der Gefährdung, den zunehmenden Zeitablauf, den Zeitpunkt eines begründeten Teilanspruchs und die zeitlichen Verzögerung eines gerichtlichen Schutzes ab.⁸⁹

Das Abstellen auf die Verzögerung gerichtlichen Schutzes erscheint indes ungeeignet. Die Dauer von Prozessen ist ein äußerst vages Kriterium, das je nach Ort und Zeitpunkt des anhängigen Verfahrens zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen führen kann.⁹⁰ Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte es bei der Bestimmung des Sicherungsinteresses daher keine Berücksichtigung finden.

Grundsätzlich spricht für diese Ansicht jedoch die in § 302 Abs. 2 AktG (analog) enthaltene Wertung. Auch hier stellt der Gesetzgeber auf das konkrete Sicherungsbedürfnis ab, da ein Anspruch im Falle anderweitiger Sicherung mangels Schutzbedürftigkeit des Gläubigers hierdurch ausgeschlossen wird.⁹¹

Bei unbefristeten Dauerschuldverhältnissen wird auf die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung abgestellt.⁹² Die überwiegende Ansicht hält hierbei die Kündigungsmöglichkeit des beherrschten Unternehmens für maßgeblich.⁹³ Dies überzeugt beispielsweise im Falle von Miet- und Lieferverträgen, da die Gläubiger grundsätzlich mit der ordentlichen Kündigung ihres Vertragspartners rechnen müssen.⁹⁴ Auch bei Arbeitsverträgen besteht kein darüberhinausgehendes schützenswertes Vertrauen, da ein zahlungsunfähiges abhängiges Unternehmen im Sicherungsfall betriebsbedingte Kündigungen aussprechen wird, die regelmäßig nach § 1 Abs. 2 3. Alt. KSchG gerechtfertigt sein dürften.⁹⁵ §§ 291 ff. AktG bezwecken keinen über die Vorschriften des KSchG hinausgehenden Schutz der Arbeitnehmer, deren Beteiligungs- und Mitwirkungsinteresse in den Mitbestimmungsgesetzen geregelt ist.⁹⁶ Auch während des Bestehens eines Unternehmensvertrages sind sie nicht vor der Abwicklung der abhängigen Gesellschaft geschützt.⁹⁷ Das schutzwürdige Sicherungsinteresse ist bei unbefristeten Dauerschuldverhältnissen also grundsätzlich durch die Frist zur ordentlichen Kündigung begrenzt.

III. Besondere Schutzbedürftigkeit Versorgungsberechtigter

Besonders umstritten ist die Behandlung von Versorgungsansprüchen aus Pensionsverhältnissen, da diese nicht kündbar sind. Die Primärverpflichtung ist vielmehr auf eine lebenslange Versorgung gerichtet.⁹⁸

Laufende Versorgungsbezüge und gemäß § 1 BetrAVG unverfallbare Versorgungsanwartschaften sind bereits nach §§ 7 ff. BetrAVG insolvenzgesichert.⁹⁹ Soweit der Pensions-Sicherungs-Verein (im Folgenden: PSV) in die Versorgungspflichten eintritt, stellt dies nach überwiegender Ansicht eine Alternativbesicherung gemäß § 303 Abs. 2 AktG analog dar.¹⁰⁰ Inhabern betrieblicher Ruhegeldansprüche sowie unverfallbarer Versorgungsanwartschaften steht insoweit kein Anspruch aus § 303 Abs. 1 AktG zu.¹⁰¹ In der Praxis sind deshalb vor allem Ansprüche

⁸⁶ Betreffend die Übernahme von Versorgungspflichten LG Essen v. 14.9.2006, T-Az. 43 O 157/05, 35; darauf eingehend *Mutschler*, in: FS Sacker, 2011, S. 429 (435).

⁸⁷ Zu § 26 KapErhG BGH ZIP 1996, 705 (706) betreffend den Fall der Verschmelzung.

⁸⁸ Zustimmend OLG Frankfurt, NZG 2000, 933 (935); OLG Hamm, AG 2008, 898 (899); *Mutschler*, in: FS Sacker, 2011, 429 (438); *Müller*, LMK 2015, 365727; *Schröer*, DB 1999, 317 (321); *Koch* (Fn. 21), § 303 AktG Rn. 3; *Altmeppen* (Fn. 17), § 303 Rn. 32; *Stephan* (Fn. 10), § 303 AktG Rn. 11; *Liebscher* (Fn. 1), Anh. § 13 Rn. 910.

⁸⁹ OLG Hamm, AG, 2008, 898 (899); zu diesen Kriterien bereits *Schröer*, DB 1999, 317 (321) betreffend § 22 UmwG; auf die Dauer eines Räumungsprozesses abstellend bereits BGH NJW 1996, 1539.

⁹⁰ *Jaeger*, DB 1996, 1069 (1070).

⁹¹ *Hennsler/Heiden*, NZG 2010, 328 (330); *Jaeger*, DB 1996, 1069 (1070).

⁹² BGH, Urt. v. 18.3.1996 – Az. II ZR 299/94 (KG) = NJW 1996, 1539 (1540); OLG Hamm AG 2008, 898 (899); *Goldschmidt/Laeger*, NZG

2012, 1201 (1206); *Altmeppen* (Fn. 17), § 303 Rn. 32; *Schenk* (Rn. 10), § 303 AktG Rn. 11.

⁹³ *Wimmer-Leonhardt* (Fn. 52), S. 41; *Goldschmidt/Laeger*, NZG 2012, 1201 (1206); *Altmeppen* (Fn. 17), § 303 Rn. 32; *Schenk* (Fn. 10), § 303 AktG Rn. 11.

⁹⁴ *Wimmer-Leonhardt* (Fn. 52), S. 41; *Goldschmidt/Laeger*, NZG 2012, 1201 (1206).

⁹⁵ *Hennsler/Heiden*, NZG 2010, 328 (331).

⁹⁶ *Hommelhoff*, in: FS Fleck, 1988, S. 125 (127).

⁹⁷ *Hennsler/Heiden*, NZG 2010, 328 (331).

⁹⁸ *Mutschler*, in: FS Sacker, 2011, S. 429 (438).

⁹⁹ *Krieger*, in: FS Nirk, 1992, S. 551 (557).

¹⁰⁰ BAG AG 1997, 268; *Keßler* (Fn. 5), S. 74; *Krieger*, in: FS Nirk, 1992, S. 551 (555); *Böhm*, DB 2009, 2376; *Lutter*, ZGR 1990, 392 (411); *Emmerich* (Fn. 5), § 303 AktG Rn. 27; *Koch* (Fn. 21), § 303 AktG Rn. 8; *Altmeppen* (Fn. 17), § 303 Rn. 56; *Stephan* (Fn. 10), § 303 AktG Rn. 17.

¹⁰¹ Zur Unverfallbarkeit *Böhm*, DB 2009, 2376; *Stephan* (Fn. 10), § 303 AktG Rn. 17; grds. zustimmend *Krieger*, in: FS Nirk, 1992, 551 (556) mit

von Führungskräften, Geschäftsführern und Vorständen, deren Versorgungsansprüche nicht oder nur teilweise über den PSV geschützt sind, relevant.¹⁰²

Das OLG Hamm nahm 2008 eine differenzierende Lösung vor und beschränkte die Haftung für nicht kündbare lebenslängliche Versorgungsansprüche in zeitlicher Hinsicht auf zehn Jahre.¹⁰³ Für eine zeitliche Haftungsbegrenzung gibt es jedoch weder eine gesetzliche Grundlage, noch wird sie dem besonderen Schutzbedürfnis der Versorgungsberechtigten gerecht. Der Maßstab kann bei betrieblichen Versorgungsverhältnissen - anders als z.B. bei Mietverhältnissen - nicht der nächstmögliche Kündigungszeitpunkt sein, da die Berechtigten nicht gezwungen werden können, das Versorgungsverhältnis aufzulösen.¹⁰⁴ Das Vertrauen in die Dauer der Verpflichtung erhöht sich im Laufe der Zeit sogar, da sie durch seine Arbeitsleistung langjährig in Vorleistung getreten sind und im Vertrauen auf die Realisierbarkeit der Versorgungszusage unter Umständen von alternativen Sicherungsmöglichkeiten Abstand genommen haben.¹⁰⁵ Mit zunehmendem Alter bestehen zudem weniger Möglichkeiten, sich eine alternative Versorgung zu erarbeiten.¹⁰⁶ Die Sicherheitsleistung nach § 303 Abs. 1 AktG analog muss daher den Versorgungsanspruch bis zum Lebensende des Versorgungsberechtigten in vollem Umfang decken.¹⁰⁷

IV. Zusammenfassung

Zwar ist das Kriterium des konkreten Sicherungsinteresses wenig konturiert und in der praktischen Umsetzung deutlich streitanfälliger.¹⁰⁸ Jedoch existieren für eine zeitliche Begrenzung der Haftung im Sinne einer starren Fünf-Jahres-Frist keine Anhaltspunkte im Normtext. Des Weiteren wird die Frist nicht dem Sicherungsinteresse der Gläubiger der ehemals beherrschten GmbH gerecht, da diese unter Umständen nur im Vertrauen auf den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit der abhängigen GmbH kontrahieren.¹⁰⁹ Darüber hinaus trägt die vom BGH seit 2014 vertretene Lösung einer pauschalen Haftungsbegrenzung nicht dazu bei, das allgemeine Vertrauen in Konzernstrukturen zu stärken, obwohl diese – solange sie sich innerhalb einer gewissen Regelungssystematik frei entfalten können – volkswirtschaftlich durchaus sinnvoll sind.

Auch der Normzweck und die Wertung des § 303 Abs. 2 AktG analog lassen keine anderen Einschränkungen als ein fehlendes Sicherungsbedürfnis zu.

Für befristete Dauerschuldverhältnisse ist grundsätzlich auf den künftig fällig werdenden Gesamtbetrag abzustellen, wobei das konkrete Sicherungsinteresse dahinter zurückbleiben kann. Im Falle unbefristeter Dauerschuldverhältnisse ist der Anspruch aus § 303 Abs. 1 AktG analog grundsätzlich auf den Zeitraum der ordentlichen Kündigungsfrist zu beschränken.

Etwas anderes gilt jedoch für Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung. Diese sind in voller Höhe zu besichern, da der Versorgungsberechtigte – anders als ein Vermieter oder Arbeitnehmer, der bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kündigen und seine Leistung bzw. Arbeitskraft anderweitig anbieten kann – nur sehr eingeschränkte Reaktionsmöglichkeiten hat, dem Erfüllungsrisiko zu entgehen.¹¹⁰

E. Vermögensschutz der beherrschten GmbH

Nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages besteht die Gefahr, dass die ehemals beherrschte GmbH nach ihrem Ausscheiden aus dem Konzerngefüge wirtschaftlich nicht überlebensfähig ist.¹¹¹ Daher stellt sich die Frage, ob der andere Vertragsteil verpflichtet ist, die langfristige Überlebensfähigkeit der beherrschten GmbH zu gewährleisten.

Nach der Erläuterung, inwieweit der Verlustdeckungsanspruch aus § 302 Abs. 1 AktG analog tatsächlich geeignet ist, den Bestand der beherrschten GmbH sicherzustellen,¹¹² werden die verschiedenen Ansätze zur Begründung eines darüberhinausgehenden Vermögensschutzes näher betrachtet. Einige Stimmen in der Literatur befürworten eine Einschränkung des Weisungsrechts.¹¹³ Erwogen wird außerdem eine Pflicht zur stetigen finanziellen Ausstattung noch während der Konzernierung beziehungsweise für die Zeit nach Beendigung des Organschaftsvertrages.¹¹⁴

Besondere Berücksichtigung verdient hierbei der in der unverbundenen GmbH schwach ausgeprägte Kapitalschutz.

Zwar sichert § 302 Abs. 1 AktG analog die bilanzmäßige Substanz der abhängigen GmbH und verhindert ihre Überschuldung, solange der andere Vertragsteil seinerseits

der Einschränkung, dass der spätere Bedingungseintritt nicht nur von geringer Wahrscheinlichkeit ist.

¹⁰² Emmerich (Fn. 5), § 303 AktG, Rn. 11.

¹⁰³ OLG Hamm AG, 2008, 898 (899).

¹⁰⁴ Böhm, DB 2009, 2376 (2379).

¹⁰⁵ Mutschler, in: FS Sacker, 2011, 429 (439); Böhm, DB 2009, 2376 (2379).

¹⁰⁶ Mutschler, in: FS Sacker, 2011, 429 (439).

¹⁰⁷ So auch Schäfer/Kauffmann-Lauven, in: FS Küttner, 2006, S. 341 (344); Böhm, DB 2009, 2376 (2379); Wimmer-Leonhardt (Fn. 52), S. 42.

¹⁰⁸ Müller, LMK 2015, 365727; Servatius, ZGR 2015, 754 (759).

¹⁰⁹ S. bereits D. II.

¹¹⁰ Mutschler, in: FS Sacker, 2011, S. 439.

¹¹¹ Keßler (Fn. 5), S. 65; Mutschler, in: FS Sacker, 2011, S. 429 (437); Bork, ZIP 2012, 1001 (1002); Leinekugel/Winstel, AG 2012, 389 (390); Schenk (Rn. 10), § 303 AktG Rn. 1; Liebscher (Fn. 1), Anh. 13 Rn. 907; Stephan (Fn. 10), § 303 AktG Rn. 2.

¹¹² S. E.

¹¹³ S. E. I-II.

¹¹⁴ S. E. III bzw. E. IV.

solvent ist.¹¹⁵ Indes begegnet der Verlustausgleich nicht dem Problem von Bestandsgefährdungen aufgrund übermäßigen Abzuges oder ungenügender Zufuhr finanzieller Mittel.¹¹⁶ Der andere Vertragsteil kann beispielsweise vorvertragliche stille Reserven nach ihrer Auflösung an sich abführen, solange das bilanzmäßige Anfangsvermögen erhalten bleibt.¹¹⁷

Der Anspruch aus § 302 Abs. 1 AktG analog wird zudem erst mit Feststellung des bilanziellen Jahresergebnisses geschuldet und kann dadurch auf bis zu 18 Monate nach Eintritt des Bedarfsfalles hinausgeschoben sein.¹¹⁸

Auch die grundsätzlich zulässigen „Cashmanagement-Systeme“ bergen nicht unerhebliche Gefahren für die Interessen von Tochter-Gläubigern. Hierbei wird die gesamte Liquidität der Konzernunternehmen zentral gebündelt und anschließend auch zentral disponiert.¹¹⁹ Der andere Vertragsteil kann die abhängige GmbH gemäß § 308 Abs. 1 S. 2 AktG analog zur Gewährung eines aufsteigenden Darlehens anweisen. Auf diese Weise vermeidet das begünstigte Unternehmen, bei dem ein finanzieller Bedarf besteht, die Aufnahme von Fremdkapital (zu möglicherweise ungünstigen Konditionen), wenn bei einem anderen verbundenen Unternehmen mehr Liquidität vorhanden ist, als dort aktuell benötigt wird.¹²⁰ Die konzernintern abgeführte Liquidität wird jedoch typischerweise nicht gesichert.¹²¹ Liquiditätsschwächen innerhalb des Konzerns wirken sich unmittelbar auf die einzelnen Konzernunternehmen aus.¹²² Die Zahlungsunfähigkeit breitet sich quasi von einem Konzernunternehmen zum anderen aus.¹²³

Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass hohe Risiken auf die GmbH verlagert werden, indem ihr hoch spekulative Geschäfte aufgebürdet werden.¹²⁴

Ein Bestandsschutz zugunsten der beherrschten GmbH lässt sich mithilfe des Verlustdeckungsanspruchs gemäß § 302 Abs. 1 AktG analog also nur unvollständig realisieren.

I. Schranken des Weisungsrechts

Eine Weisung, die die Existenz des beherrschten Unternehmens noch während des Bestehens des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages gefährdet, ist nach herrschender Meinung unzulässig.¹²⁵ Existenzgefährdend sind nach ständiger Rechtsprechung „zur Insolvenz führende oder diese vertiefenden kompensationslosen Eingriffe in das Vermögen der Gesellschaft“.¹²⁶ Diese Einschränkung überzeugt, da § 302 Abs. 1 AktG zeigt, dass die Existenz des beherrschten Unternehmens zumindest für die Dauer des Vertrages sichergestellt werden soll.¹²⁷

Ein Teil der Literatur hält darüber hinaus Weisungen, die die Überlebensfähigkeit des abhängigen Unternehmens nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages gefährden, für unzulässig.¹²⁸ Eine Existenzgefährdung kann sich beispielsweise daraus ergeben, dass Geschäftschancen ohne ausreichende Kompensation auf andere verbundene Unternehmen ausgelagert oder überlebenswichtige Lizenzen, Produktionslinien und personelle Ressourcen entzogen werden.¹²⁹ Das gesetzliche System der §§ 300 ff. AktG gehe grundsätzlich vom Fortbestand des vertraglich konzernierten Unternehmens aus.¹³⁰ Zeidler argumentiert, eine Ermächtigung, dem anderen Vertragspartner die Existenz zu nehmen, würde bei rein schuldrechtlichen Verträgen zu einer Sittenwidrigkeit im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB führen.¹³¹ § 308 Abs. 1 S. 2 AktG sei insoweit teleologisch zu reduzieren, dass der übermäßige, die Zahlungsunfähigkeit der Untergesellschaft verursachende Abzug von Liquidität nicht von der Weisungsbefugnis gedeckt ist.¹³²

Bei einem Beherrschungsvertrag handelt es sich indes nicht um einen rein schuldrechtlichen Vertrag. Vielmehr begründet er das Recht des anderen Vertragsteils, eine das Konzernganze umfassende unternehmerische Zielkonzeption zu entwickeln und zu verfolgen.¹³³ Es könnte zu einem Vorrang des Gesellschaftsinteresses jedes Einzelunternehmens führen, wenn jede Weisung dahingehend geprüft

¹¹⁵ Mutschler, in: FS Sacker, 2011, S. 429; Hommelhoff, WM 1984, 1105 (1110); Kleindiek, ZGR 2001, 479 (491); Leinekugel/Winstel, AG 2012, 389 (390); Emmerich/Habersack (Fn. 16), § 20 Rn. 1.

¹¹⁶ BGHZ 105, 168, 182 ff. = ZIP 1988, 1248 ff.; Julia/Breitbarth, AG 1997, 256 (257); Zeidler, NZG 1999, 692 (695); Emmerich/Habersack (Fn. 16), § 20 Rn. 4; Altmeppen (Fn. 17), § 302 Rn. 2.

¹¹⁷ BGHZ 105, 168, 182 ff. = ZIP 1988, 1248 ff.; Hommelhoff, WM 1984, 1105; Schneider, ZGR 1984, 493; Liebscher/Steinbrück, DB 2014, 2950; Priester, ZIP 1989, 1301 (1302); Emmerich/Habersack (Fn. 16), § 20 Rn. 4.

¹¹⁸ Keßler (Fn. 5), S. 64; Priester, ZIP 1989, 1301 (1302); Zeidler, NZG 1999, 692 (695).

¹¹⁹ Hommelhoff, in: FS Fleck, 1988, S. 125 (145); Julia/Breitbarth, AG 1997, 256 (262); Schneider, ZGR 1984, 497 (534); Zeidler, NZG 1999, 692 (695).

¹²⁰ Brandes, in: FS Kellermann, 1990, S. 25 (29).

¹²¹ Altmeppen, NZG 2010, 361.

¹²² Rümker, ZGR 1988, 494 (500); Schneider, ZGR 1984, 497 (534); Zeidler, NZG 1999, 692 (695).

¹²³ Schneider, ZGR 1984, 497 (534); Zeidler, NZG 1999, 692 (695).

¹²⁴ Liebscher (Fn. 1), Anh. § 13 Rn. 556.

¹²⁵ OLG Düsseldorf AG 1990, 490 (492); Leuering/Goertz, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 308 AktG Rn. 27; Altmeppen (Fn. 17), § 302 AktG Rn. 37; a.A. Veil (Fn. 47), § 308, Rn. 31, der die Gesellschaft durch § 302 AktG als ausreichend geschützt ansieht.

¹²⁶ BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689.

¹²⁷ Altmeppen (Fn. 17), § 302 AktG Rn. 37.

¹²⁸ Brandes, in: FS Kellermann, 1990, S. 25 (31); Müller, in: FS Kropff, 1997, S. 517 (521); Julia/Breitbarth, AG 1997, 256 (261); Kleindiek, ZGR 2001, 479 (490); Ulmer ZHR 1984, 391 (408); Priester, ZIP 1989, 1301 (1303); Zeidler, NZG 1999, 692 (695); Koch (Fn. 21), § 308 Rn. 19; Stephan (Fn. 10), § 308 AktG Rn. 31; die Unzulässigkeit ablehnend: Voigts, Konzernausgangsschutz im GmbH-Vertragskonzern, 2004, S. 143; Koppensteiner (Fn. 17), § 302 AktG Rn. 50; Veil (Fn. 47), § 303 AktG Rn. 31.

¹²⁹ BGHZ 150, 61 = NJW 2002, 1803; Fastrich (Fn. 40), § 13 GmbHG, Rn. 72; Liebscher (Fn. 1) Anh. § 13 GmbHG, Rn. 551.

¹³⁰ Stephan (Fn. 10), § 308 AktG Rn. 31; Brandes, in: FS Kellermann, 1990, S. 25 (31).

¹³¹ Zeidler, NZG 1999, 692 (695).

¹³² Zeidler, NZG 1999, 692 (695); so bereits Brandes, in: FS Kellermann, 1990, S. 25 (29).

¹³³ BGHZ 103, 1 = NJW 1988, 1326; Priester, ZIP 1989, 1301 (1305).

werden müsste, ob sie die langfristige Überlebensfähigkeit der beherrschten GmbH gefährdet.¹³⁴ Eine sinnvolle Unternehmensführung wäre kaum möglich, da eine solche Prüfungspflicht die Handlungsfähigkeit erheblich beeinträchtigen würde.

Außerdem wäre damit die Streitfrage aufgeworfen, wann eine Weisung potenziell zu einer nachträglichen Existenzgefährdung führt.¹³⁵ § 308 Abs. 2 S. 2 AktG (analog) zeigt, dass Diskussionen über die Vor- und Nachteile von Weisungen grundsätzlich vermieden werden sollen.¹³⁶

Ex ante lässt sich nicht mit hinreichender Sicherheit beurteilen, wie eine unternehmerische Maßnahme im Nachhinein eingestuft wird.¹³⁷ Eine Prognose hinsichtlich der Entwicklung des Marktes und des konkreten Unternehmens ist schlicht nicht möglich. Wären Weisungen, die möglicherweise die Überlebensfähigkeit nach Vertragsende gefährden, verboten, würde aus Besorgnis vor Rückforderungsansprüchen gegebenenfalls nur sehr restriktiv von der Weisungsbefugnis Gebrauch gemacht werden. Unter diesen Umständen wäre eine Ausrichtung des abhängigen Unternehmens auf das Konzerninteresse in der Praxis nur sehr eingeschränkt möglich.

Davon abgesehen, dass eine Sanktionierung aufgrund der nicht einmal in der Literatur hinreichend präzise umschriebenen Grenzen nach derzeitigem Stand nicht möglich ist, wäre sie auch nur schwer durchsetzbar.¹³⁸ In der Praxis müssten Ersatzpflichten des herrschenden Unternehmens und seiner Organe bei bestehendem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag von der Minderheit der (mehrgliedrigen) abhängigen GmbH geltend gemacht werden, die sich damit entgegen der Konzeption des Beherrschungsvertrags als Konzernaufseher betätigen könnte.¹³⁹ Eine Durchsetzung von Schadensersatzpflichten nach Beendigung des Organschaftsvertrages käme aus Gründen der Rechtssicherheit nur für unzulässige Maßnahmen der letzten Jahre vor der Beendigung in Betracht.¹⁴⁰ Eine zeitlich auf wenige Jahre begrenzte Sanktionierung wäre angesichts der typischerweise langen Dauer¹⁴¹ von Unternehmensverträgen wiederum kaum sinnvoll.¹⁴²

In Missbrauchsfällen, insbesondere wenn der andere Vertragsteil die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

planmäßig herbeiführt, besteht nach wie vor die Möglichkeit einer Haftung gemäß § 826 BGB.¹⁴³

Die grundsätzliche Unzulässigkeit von Weisungen, die die Überlebensfähigkeit der abhängigen GmbH nach Vertragsende potenziell gefährden, ist daher abzulehnen, da eine Beurteilung *ex ante* nicht möglich ist und eine Beurteilung *ex post* zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen und das unternehmerische Ermessen grundlegend in Frage stellen würde.

II. Fehlende Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs

Nach häufig vertretener Ansicht ist anders zu verfahren, wenn für das herrschende Unternehmen bereits im Zeitpunkt der Weisungserteilung absehbar ist, dass es seinen Verpflichtungen aus §§ 302, 303 AktG analog nicht nachkommen kann.¹⁴⁴ Eine Weisung an die beherrschte GmbH zur Gewährung eines aufsteigenden Darlehens ist unzulässig, wenn der andere Vertragsteil dieses nicht zurückzahlen, also auch nicht die Verluste gemäß § 302 Abs. 1 AktG analog ausgleichen kann.¹⁴⁵ Diese Illiquidität beschränkt insoweit das Weisungsrecht, da der Schutz des § 302 AktG sonst leerliefe.¹⁴⁶ Hierfür spricht auch die Wertung des § 30 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GmbHG, der für die unverbundene GmbH eine Ausnahme von § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG nur unter der Voraussetzung eines vollwertigen Rückgewähranspruchs vorsieht.

III. Permanente Pflicht zur Liquiditätsausstattung

Vereinzelte wird eine Pflicht des anderen Vertragsteils bejaht, die abhängige Gesellschaft noch während des Bestehens des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages mit der betriebsnotwendigen Liquidität auszustatten.¹⁴⁷

Einer solchen Finanzierungspflicht stehen bereits in praktischer Hinsicht Einwände entgegen, da eine konkrete Summe, die gezahlt werden müsste, um die Überlebensfähigkeit der GmbH sicherzustellen, *ex ante* kaum bestimmbar ist.¹⁴⁸ Diese müsste nicht lediglich die aktuellen Verbindlichkeiten, sondern auch die Höhe der notwendigen Investitionen abdecken.

¹³⁴ Voigts (Fn. 128), S. 145.

¹³⁵ Altmeyen (Fn. 1), Anh. § 13 GmbHG Rn. 64; ebenfalls ablehnend Wimmer-Leonhardt (Fn. 52), S. 39.

¹³⁶ Altmeyen (Fn. 1), Anh. § 13 GmbHG Rn. 64.

¹³⁷ Voigts (Fn. 128), S. 143; Priester, ZIP 1989, 1301 (1305); Wede (Fn. 15), S. 195.

¹³⁸ Zöllner, ZGR 1992, 173 (189).

¹³⁹ Zöllner, ZGR 1992, 173 (189).

¹⁴⁰ So auch Zöllner, ZGR 1992, 173 (189).

¹⁴¹ KG NZG 2000, 1223 betreffend einen Unternehmensvertrag, der bereits 1959 geschlossen wurde und 1998 immer noch fortbestand; Voigts (Fn. 128), S. 148.

¹⁴² Zöllner, ZGR 1992, 173 (189).

¹⁴³ Hierauf hinweisend Schäfer, ZIP 2010, 2025 (2030).

¹⁴⁴ Brandes, in: FS Kellermann, 1990, S. 25 (29); Altmeyen, NZG 2010, 361 (362); Altmeyen, ZIP 2009, 55 (56); Hommelhoff, WM 1984, 1105 (1111); Priester, ZIP 1989, 1301 (1303); Altmeyen (Rn. 17), § 30 GmbHG Rn. 235; Stephan (Fn. 10), § 302 AktG Rn. 53.

¹⁴⁵ Altmeyen (Fn. 17), § 302 AktG Rn. 40; Liebscher (Fn. 1), Anh. § 13 GmbHG Rn. 550.

¹⁴⁶ So auch Mühlert/Leuschner, NZG 2008, 281 (287).

¹⁴⁷ Kleindiek, ZGR 2001, 479 (493); Veil (Fn. 47), § 302 AktG Rn. 24; dagegen Liebscher (Fn. 1), Anh. § 13 GmbHG Rn. 867; Wimmer-Leonhardt (Fn. 55), S. 36.

¹⁴⁸ Voigts (Fn. 128), S. 144.

Außerdem dient der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag gerade dazu, die abhängige Gesellschaft in die Gesamtorganisation des Konzerns einzubinden.¹⁴⁹ Die Interessen der einzelnen Unternehmen würden in den Vordergrund gestellt und der Vorrang des Konzerninteresses konterkariert, wenn ständig dafür Sorge zu tragen wäre, dass die einzelnen Konzernunternehmen zahlungsfähig und am Markt selbstständig konkurrenzfähig bleiben.¹⁵⁰

IV. Pflicht zur Gewährung von „Wiederaufbauhilfen“

Im Wege der Rechtsfortbildung hat sich teilweise eine Pflicht zur finanziellen Ausstattung des herrschenden Unternehmens nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages herausgebildet, die den Fortbestand der ehemals beherrschten Gesellschaft sichern soll.¹⁵¹

1. Einzelfallabhängige Pflicht zur Liquiditätszufuhr

Zöllner will die Frage des Bestehens und des Umfangs einer solchen Pflicht zur Leistung von „Wiederaufbauhilfen“ *ex post* anhand des konkreten Einzelfalls bestimmen.¹⁵² Eine Regelung sei nicht etwa bereits im Beherrschungsvertrag möglich, da zu diesem Zeitpunkt noch nicht zweifelsfrei feststehe, ob sich ein Bedarf nach Überlebensschutz im Fall der Entlassung aus dem Konzernverbund ergeben werde.¹⁵³ Erst recht sei nicht absehbar, wie der Umfang solcher „Wiederaufbauhilfen“ zu bemessen wäre, wäre er doch von Parametern abhängig, die erst bei Beendigung des Organschaftsvertrages feststünden (zB Dauer und Intensität des Konzernverhältnisses, Marktentwicklung etc.).¹⁵⁴

Diese fehlende Positivierung würde ein erhebliches Risiko für den anderen Vertragsteil darstellen. Das beherrschte Unternehmen wird oftmals als „Puzzleteil“ des Konzerns geführt. Seine Leitung ist unter Umständen gar nicht darauf ausgerichtet, dass es selbstständig am Markt bestehen kann. Ein solches Unternehmen konkurrenzfähig zu machen, nachdem unter Umständen jahrzehntelang notwendige Investitionen unterblieben sind, weil sie aufgrund der Einbindung im Konzernverbund betriebswirtschaftlich nicht vorteilhaft waren, würde einen erheblichen

finanziellen Aufwand bedeuten.¹⁵⁵ Nicht einmal dann stünde fest, dass die Konzernierung keine irreversiblen Folgen hat und sich das nun wieder selbstständige Unternehmen überhaupt jemals wieder am Markt behaupten kann.

2. Ablehnung einer Pflicht zur Liquiditätszufuhr

In der Literatur wird ein Anspruch auf „Wiederaufbauhilfen“ überwiegend verneint.¹⁵⁶ Eine Pflicht des anderen Vertragsteils, den Bestand der ehemals beherrschten GmbH zu sichern, lässt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus dem Zweck des § 303 Abs. 1 AktG analog ableiten, der nicht das Eigeninteresse der Gesellschaft an ihrem Fortbestand, sondern lediglich die Gläubiger des beherrschten Unternehmens schützt.¹⁵⁷

Es bedürfte § 303 Abs. 1 AktG nicht, wenn bereits dafür Sorge getragen wäre, dass das ehemals abhängige Unternehmen tatsächlich seine Verbindlichkeiten begleichen kann.¹⁵⁸ Der Gesetzgeber geht also selbst von einer Zahlungsunfähigkeit des ehemals beherrschten Unternehmens aus und trifft mit der Normierung des § 303 Abs. 1 AktG genau für diesen Fall Vorkehrungen.¹⁵⁹

Beck weist darauf hin, dass die die ehemals abhängige GmbH - auch wenn sie bei Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags in ihren satzungsgemäßen Normalzustand zurückkehre - ihre satzungsmäßigen Zwecke nicht auch erreichen können muss.¹⁶⁰ Auch eine unverbundene GmbH ist - beispielsweise, wenn ihre Gesellschafter sie nicht mit den nötigen Mitteln ausgestattet haben - nicht immer in der Lage, ihren satzungsmäßigen Zweck zu erfüllen.¹⁶¹ In der unverbundenen GmbH führt selbst eine erhebliche Unterkapitalisierung grundsätzlich nicht zu einer Durchgriffshaftung; denkbar ist allenfalls eine Haftung nach § 826 BGB.¹⁶² Dem herrschenden Unternehmen würde, wenn es tatsächlich verpflichtet wäre, die Konkurrenzfähigkeit der ehemals beherrschten GmbH zu garantieren, unter Umständen auferlegt werden, die GmbH in einem besseren Zustand freizugeben, als es diese ursprünglich übernommen hatte.¹⁶³ Eine solche Pflicht würde die konzernrechtlichen Möglichkeiten gerade ins Gegenteil verkehren.¹⁶⁴

¹⁴⁹ Voigts (Fn. 128), S. 144.

¹⁵⁰ Voigts (Fn. 128), S. 145; Priester, ZIP 1989, 1301 (1305).

¹⁵¹ Für eine Pflicht, das abhängige Unternehmen so auszustatten, dass es die für die Anpassung der Betriebsrenten (§ 16 BetrAVG) erforderliche Leistungsfähigkeit besitzt BAG NZA 2010, 641, 644; Zöllner, ZGR 1992, 173, 191; Henssler/Heiden, NZG 2010, 328, 329.

¹⁵² Zöllner, ZGR 1992, 173 (191).

¹⁵³ Zöllner, ZGR 1992, 173 (191).

¹⁵⁴ Zöllner, ZGR 1992, 173 (191).

¹⁵⁵ Auf die Gefahr solcher Investitionen für die eigene Konkurrenzfähigkeit des anderen Vertragsteils hinweisend Wimmer-Leonhardt (Fn. 52), S. 38.

¹⁵⁶ Voigts (Fn. 128), S. 143; Wimmer-Leonhardt (Fn. 52), S. 37; Beck, NZI 2015, 258 (259); Ensthaler/Kreher, BB 1996, 385 (388); Fastrich, NJW

1983, 260 (262); Priester, ZIP 1989, 1301 (1304); Rümker, ZGR 1988, 494 (499); Koch (Fn. 47), § 303 AktG Rn. 1; Altmeppen (Fn. 1), Anh. § 13 GmbHG Rn. 62; Servatius (Fn. 1), § 308 AktG Rn. 22.

¹⁵⁷ Beck, NZI 2015, 258 (259); Koch (Fn. 47), § 303 AktG Rn. 1.

¹⁵⁸ Servatius (Fn. 1), § 308 AktG Rn. 22; Altmeppen (Fn. 17), § 302 Rn. 36.

¹⁵⁹ Altmeppen (Fn. 17), § 302 Rn. 36; Beck, NZI 2015, 258 (259).

¹⁶⁰ Beck, NZI 2015, 258 (259).

¹⁶¹ Beck, NZI 2015, 258 (260).

¹⁶² BGHZ 176, 204 = NJW 2008, 2437; BGH WM 1995, 396, 398 = NJW 1994, 2487 ff.; Fastrich (Fn. 40), § 13 GmbHG Rn. 47; a.A. Stimpel, in: FS Goerdeler, 1987, S. 601 (608).

¹⁶³ Beck, NZI 2015, 258 (259).

¹⁶⁴ Beck, NZI 2015, 258 (259).

Servatius, der ebenfalls einen Anspruch auf „Wiederaufbauhilfen“ verneint, ist der Meinung, finanzielle Einbußen der Gläubiger nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages seien kein konzernrechtliches Problem; vielmehr sei dies über die Insolvenzverschleppungshaftung zu lösen.¹⁶⁵

3. Besonderheiten des GmbH-Rechts

Gegen eine Pflicht zur Leistung von Wiederaufbauhilfen spricht insbesondere der bereits in der unverbundenen GmbH schwach ausgestaltete Kapitalschutz. Die Vermögensbindung im GmbH-Recht beschränkt sich nach § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG auf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen. In der unverbundenen Aktiengesellschaft dagegen sind Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen an die Aktionäre, mit Ausnahme des festgestellten Bilanzgewinnes gemäß § 57 Abs. 3 AktG, grundsätzlich unzulässig. Insofern steht das Vermögen der GmbH in stärkerem Maße zur Disposition der Gesellschaft als dasjenige der Aktiengesellschaft. Die Entbindung von den Kapitalschutzregeln hat in der AG also einen größeren Effekt. Angesichts des erheblich schwächeren Kapitalschutzes im GmbH-Recht ist ein Einstehenmüssen für die langfristige Überlebensfähigkeit einer ehemals beherrschten GmbH erst recht nicht überzeugend. Eine generelle Pflicht zur Existenzsicherung nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages ist daher abzulehnen. In Missbrauchsfällen, in denen zB der Liquiditätsabzug zu einer Art „Ausblutenlassen“ der abhängigen Gesellschaft führt, ist an eine Haftung nach § 826 BGB zu denken.¹⁶⁶

V. Zusammenfassung

Weisungen, die die Überlebensfähigkeit der abhängigen GmbH nach Vertragsende potenziell gefährden, sind nicht grundsätzlich unzulässig, da einer diesbezüglichen Beurteilung extrem unsichere Prognosen zu Grunde gelegt werden müssten. Eine solche Begrenzung der Weisungsbefugnis stünde einer sinnvollen Konzernleitung entgegen. Etwas anderes muss jedoch dann gelten, wenn bereits im Zeitpunkt der Weisungserteilung absehbar ist, dass das herrschende Unternehmen nicht in der Lage sein wird, seinen Verpflichtungen aus §§ 302, 303 AktG analog nachzukommen.

Eine positive Pflicht zur Liquiditätszufuhr ist zu verneinen, da § 303 Abs. 1 AktG selbst von der fehlenden Leistungsfähigkeit des ehemals beherrschten Unternehmens ausgeht und genau für diesen Fall Vorkehrungen trifft. Den Gläubigerinteressen ist hierdurch hinreichend Rechnung

getragen. Eine Wiederherstellung der Überlebensfähigkeit der ehemals beherrschten GmbH ist unter Umständen auch gar nicht möglich, wenn etwa über Jahre hinweg dringend erforderliche Investitionen unterblieben sind und das Unternehmen absolut nicht mehr konkurrenzfähig ist. Angesichts der Komplexität zur Feststellung einer angemessenen Höhe für die Zuführung liquider Mittel im Einzelfall würde eine solche Pflicht außerdem zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen.

F. Thesen

1. Eine zeitliche Begrenzung der Pflicht zur Sicherheitsleistung gemäß § 303 Abs. 1 AktG analog mittels einer starren Fünf-Jahres-Frist stellt einen einschneidenden Eingriff in die Rechte der Gläubiger der abhängigen GmbH dar, für den es derzeit keine gesetzliche Grundlage gibt.
2. § 303 AktG analog enthält keine anderen Einschränkungen als ein fehlendes Sicherungsinteresse des Gläubigers und lässt seinem Normzweck nach auch keine solchen Einschränkungen zu.
3. § 303 Abs. 1 AktG analog bezweckt keinen umfassenden Bestandschutz, sondern soll vermeiden, dass durch die negativen Nachwirkungen der Konzernierung die Gläubigeransprüche aus der Zeit der Konzernzugehörigkeit verloren gehen.
4. Eine Pflicht zur Sicherung der langfristigen Überlebensfähigkeit besteht im GmbH-Vertragskonzern erst recht nicht, da bereits die Kapitalschutzvorschriften in der unverbundenen GmbH verglichen mit denjenigen des AktG nur schwach ausgeprägt sind.
5. Weisungen, die die Überlebensfähigkeit der ehemals beherrschten GmbH nach Beendigung des Unternehmensvertrages potenziell bedrohen, sind nicht grundsätzlich unzulässig.
6. Eine nachteilige Weisung des anderen Vertragsteils, bei der begründete Zweifel an der Möglichkeit zur Erfüllung der Pflichten aus §§ 302, 303 AktG analog bestehen, ist unzulässig.
7. Eine Pflicht zur permanenten Liquiditätsausstattung der GmbH noch während des Bestehens eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages würde den Vorrang des Konzerninteresses konterkarieren.
8. § 303 Abs. 1 AktG steht einer Pflicht zur Gewährung von „Wiederaufbauhilfen“ entgegen, da der Gesetzgeber hierin selbst von der gefährdeten Überlebensfähigkeit ausgeht und für diesen Fall gläubigerschützende Vorkehrungen trifft.

¹⁶⁵ *Servatius* (Fn. 1), § 308 AktG Rn. 22.

¹⁶⁶ *Schäfer*, ZIP 2010, 2025 (2030).

Clara Seitz*

Steuervergünstigungen für Erträge aus immateriellen Wirtschaftsgütern (IP-Boxes) – Eine verbotene Beihilfe?

Im Rahmen der Lissabon-Strategie haben sich die Länder der Europäischen Union das Ziel gesetzt, die Europäische Union zum wettbewerbsfähigsten Wirtschaftsraum zu entwickeln. Um dieses Ziel umzusetzen, förderten die Länder in den folgenden Jahren verstärkt Forschung und Entwicklung (FuE). Dazu schufen sie sog. „IP-Boxen“, um als Staat für diese FuE attraktiver zu werden. „IP-Boxen“ sehen, im Verhältnis zum regulären Steuersatz, niedrigere Steuern für Einnahmen aus geistigem Eigentum vor. Im Jahr 2014 begann die Europäische Kommission, die Vereinbarkeit solcher Regelungen mit dem Wettbewerbsrecht zu analysieren. Fraglich ist dabei, ob IP-Boxen eine selektive Maßnahme darstellen und dadurch nur bestimmten Unternehmen einen Vorteil gewähren. In diesem Fall würden sie zu Wettbewerbsverzerrungen führen und dem europäischen Wettbewerbsrecht widersprechen. Dies untersucht der vorliegende Beitrag.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	25
I. Steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung	25
II. Kritische Ansätze	26
1. BEPS-Projekt der OECD	26
2. Pressemitteilung der Europäischen Kommission	26
B. IP Boxen	27
I. IP-Box-Regime in Europa	27
1. Umfang der qualifizierten Wirtschaftsgüter	27
2. Herkunft der qualifizierten Wirtschaftsgüter	27
II. Beispiele	27
1. Luxemburg	27
2. Vereinigtes Königreich	28
C. Europäisches Beihilferecht	28
I. Gewährung eines Vorteils	28
II. Begünstigung durch den Staat	28
III. Selektivität	29
1. Dreistufige Prüfung	29
2. Zwischenergebnis	33
IV. Wettbewerbsverfälschung	33
V. Ausnahmen vom Beihilfeverbot	33

D. Zusammenfassung	35
E. Ausblick	35
Anhang	35

A. Einleitung

Im Rahmen der Lissabon-Strategie vom 23./24.3.2000 haben sich die Mitgliedstaaten der EU ein Ziel gesetzt: „[D]ie Union zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum in der Welt zu machen“¹ (Anm. d. Verf.). Dieses Ziel beinhaltete die Anhebung der Aufwendungen für Forschung und Entwicklung (FuE) bis zum Jahr 2010 auf 3% des Bruttoinlandsprodukts (BIP).² Die Mitgliedstaaten haben sich vorgenommen, die Forschung und Entwicklung nach allen Möglichkeiten zu fördern. Als Ergebnis dieser Forschungsförderung entstehen auch immaterielle Wirtschaftsgüter, zB Patente und Lizenzen, zusammengefasst unter dem Begriff *Intellectual Property* (IP). Diese immateriellen Wirtschaftsgüter sind entscheidend für die Produktivität und somit auch für die Wettbewerbsfähigkeit von Industrieländern.³

I. Steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung

Eines der Instrumente zur Unterstützung von *FuE* ist die steuerliche Förderung von IP. Deutschland und Estland sind die einzigen Länder in der Europäischen Union, die keine spezielle steuerliche Förderung für Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten gewähren,⁴ und dies, obwohl die EU-Kommission, um das Ziel der Lissabon-Strategie zu verwirklichen, „eine steuerliche Breitenförderung von Forschung und Entwicklung einführt“.⁵ Aufgrund der strategischen Bedeutung von Innovation und technisch-wissenschaftlichem Fortschritt für die Wettbewerbsfähigkeit streben alle Staaten der Union an, *FuE* anzuspornen und sich für die Erzeugung immaterieller Wirtschaftsgüter attraktiv zu gestalten.⁶ Ziel der steuerlichen Förderung von *FuE* ist die Senkung der Kosten von Unternehmen für diese, um dadurch Anreize für gesteigerte *FuE*-Ausgaben zu erzielen.⁷ Diese Förderung soll sich wiederum positiv auf die Wirtschaft des Landes auswirken. Die entstehenden

* Die Verfasserin studiert im neunten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag geht aus einem im Wintersemester 2016/17 von Univ.-Prof. Dr. Heike Schweitzer und Univ.-Prof. Dr. Markus Heintzen angebotenen Seminar zum Wettbewerbs- und Steuerrecht hervor.

¹ Europäischer Rat vom 23./24.3.2000, Schlussfolgerungen, http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_de.htm, zuletzt abgerufen am 17.12.2019.

² Spengel, Steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung (FuE) in Deutschland, Ökonomische Begründung, Handlungsbedarf und Reformbedarf 2009, S. 1.

³ Valta, Steuer und Wirtschaft (StuW) 2015, 257.

⁴ Spengel (Fn. 2), S. 1.

⁵ Spengel (Fn. 2), S. 1.

⁶ Graetz, Technological Innovation, International Competition, and the Challenges of International Income Taxation 2013, S. 1.

⁷ Belitz, Steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung: Erfahrungen aus dem Ausland, DIW Roundup 85 (2015), https://www.diw.de/de/diw_01.c.520410.de/publikationen/roundup/2015_0085/steuerliche_foerderung_von_forschung_und_entwicklung_erfahrungen_aus_dem_ausland.html, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

Kosten sollen durch einen gesamtwirtschaftlichen Nutzen ausgeglichen werden. Vor allem zwei Effekte sollten durch die steuerliche Förderung erzielt werden. Zum einen könnte eine steuerliche Förderung von *FuE* bestimmen, an welchen Standorten sich multinationale Unternehmen niederlassen. Zum anderen kann verhindert werden, dass bereits bestehende *FuE*-Aktivitäten ins Ausland verlagert werden.

Um *FuE* steuerlich zu fördern, gibt es grundsätzlich mehrere Möglichkeiten:

1. Die Kosten für den Entwicklungsaufwand steuerlich anrechenbar zu gestalten. Dies bedeutet, die Kosten- und die Ertragsseite von *FuE* zu entlasten, was in den jeweiligen Steuersystemen durch die Absetzbarkeit von Kosten, zB für Maschinen, Laborausrüstungen und Ähnliches, meistens enthalten ist.
2. Die Einkünfte, die mit den *FuE*-Ergebnissen erzielt werden, steuerlich geringer zu belasten. Dies geschieht durch die Einführung der IP-Boxen⁸, d.h. der niedrigeren Besteuerung von Erträgen aus der Verwertung immaterieller Wirtschaftsgüter.
3. Eine weitere Möglichkeit zur Förderung von *FuE* sind sogenannte „*tax credits*“, also Abzüge von der Steuerschuld.⁹

Einen verringerten Steuertarif auf Einkünfte aus immateriellen Wirtschaftsgütern wie zB Patenten gewährt zu bekommen, macht solche Länder innerhalb der EU vor allem für Unternehmen sehr attraktiv, die ihren Standort frei wählen können. Dies sind in der Regel Konzerne und multinationale Unternehmen.

II. Kritische Ansätze

Die deutsche Bundesregierung sieht IP-Boxen kritisch,¹⁰ da die zunehmende Zahl solcher Regelungen zu einem am Ende schädlichen volkswirtschaftlichen Steuerwettbewerb führt, so dass international operierende Unternehmen eine niedrigere Besteuerung erfahren könnten. Deutschland orientiert sich dabei an der *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*-Initiative der OECD (*Organisation for Economic Cooperation and Development*).

1. BEPS-Projekt der OECD

IP-Boxen werden intensiv unter Aktionspunkt 5 (Wirksame Bekämpfung schädlicher Steuerpraktiken unter Berücksichtigung von Transparenz und Substanz) des BEPS-Projekts im Rahmen der OECD diskutiert.¹¹ BEPS steht für Gewinnkürzung und Gewinnverlagerung. Die BEPS-Initiative geht davon aus, dass die einzelnen Steuersysteme der Staaten nicht hinreichend aufeinander abgestimmt sind und es auf Seiten mancher Staaten zum Betrieb eines unfairen Steuerwettbewerbs kommt.¹² Dadurch entstehen von der Gemeinschaft der Staaten nicht beabsichtigte Steuerschlupflöcher. Diese können dann durch Unternehmen ausgenutzt werden, um ihre Steuern zu minimieren. Die Staaten der OECD und der G20 wollen gemeinsam diese Thematik angehen und Lösungen erarbeiten. Das Ziel ist es, gegen einen schädlichen Steuerwettbewerb zwischen den Staaten vorzugehen und eine aggressive Steuerplanung internationaler Unternehmen zu unterbinden.¹³

2. Pressemitteilung der Europäischen Kommission

Des Weiteren hat die Europäische Kommission Zweifel daran geäußert, dass die IP-Box-Regelungen mit den EU-Beihilfevorschriften vereinbar sind. Die Kommission hat damit begonnen, Informationen zu Steuervorentscheidungen zu sammeln, um die Vereinbarkeit mit EU-Recht zu überprüfen.¹⁴ Im Jahr 2008 wurde die spanische IP-Box von der Europäischen Kommission noch genehmigt und somit für unionsrechtskonform gehalten. Dies geschah mit der Begründung, die in Frage stehende Regelung sei keine Beihilfe, da es sich nur um eine allgemeine Maßnahme handle.¹⁵ Da bei der Europäischen Kommission seitdem jedoch Hinweise eingegangen sind, dass Steuerregelungen, die Steuerermäßigungen für Einnahmen aus IP erlauben, vor allem sehr mobilen Unternehmen einen Vorteil gewähren, ohne dass die Innovationen und Investitionen erheblich gesteigert würden, hat sie eine Untersuchung eingeleitet.¹⁶ Die Kommission überprüfte auf Grundlage dieser Erkenntnis die IP-Box-Regelungen, um festzustellen, ob es durch derartige Regelungen zu einem selektiven Vorteil zugunsten bestimmter Unternehmen kommt.

Aufgrund der eingeleiteten Untersuchung und der bestehenden Zweifel an der Konformität der IP-Boxen mit dem

⁸ Auch Patentboxen und Lizenzboxen genannt.

⁹ Valt, StuW 2015, 257 (258); Belitz, Steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung: Erfahrungen aus dem Ausland, DIW Roundup 85 (2015), https://www.diw.de/de/diw_01.c.520410.de/publikationen/roundup/2015_0085/steuerliche_foerderung_von_forschung_und_entwicklung_erfahrungen_aus_dem_ausland.html, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

¹⁰ BT-Drucks. 18/1238, S. 3.

¹¹ Thiede, IStR 2016, 283.

¹² BMF, Das BEPS Projekt von OECD und G20, 7.6.2017, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/2017-06-07-beps-gewinnkuerzung-und-gewinnverlagerung.html>, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

¹³ BMF, Das BEPS Projekt von OECD und G20, 7.6.2017, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/2017-06-07-beps-gewinnkuerzung-und-gewinnverlagerung.html>, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

¹⁴ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 24.3.2014, IP/14/309, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_14_309, zuletzt abgerufen am 22.1.2020.

¹⁵ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 13.2.2008, IP/08/216, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_08_216, zuletzt abgerufen am 22.1.2020.

¹⁶ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 24.3.2014, IP/14/309, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_14_309, zuletzt abgerufen am 22.1.2020.

Beihilferecht erscheint es möglich, dass es sich bei IP-Boxen um verbotene Beihilfen handelt.

Im Folgenden wird zunächst das Konzept der IP-Box-Regime dargestellt und anschließend anhand einiger Beispiele erläutert. Als nächstes wird die IP-Box einer beihilferechtlichen Untersuchung unterzogen. Dabei erfolgt eine Gegenprüfung der IP-Box-Eigenschaften mit den Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV, wobei insbesondere auf die Selektivität eingegangen wird, da es sich um das problematischste Kriterium handelt.

B. IP Boxen

Grundsätzlich wird IP durch *FuE* geschaffen. Der damit verbundene Aufwand oder die damit verbundenen Wirtschaftsgüter wie zB Maschinen sind als Betriebsausgaben oder im Rahmen der Abschreibung voll abziehbar. Den Grundsätzen des jeweiligen Steuersystems entsprechend ist die Verwertung immaterieller Wirtschaftsgüter jedoch steuerpflichtig.¹⁷ Mithilfe von IP-Boxen lassen sich – bei richtiger Ausgestaltung – Steuerspareffekte erzielen. Es handelt sich dabei um Steuerregime, die Einkünfte aus verwertbaren Immaterialgüterrechten (IP) einer bevorzugten steuerlichen Behandlung unterziehen.¹⁸ Dies geschieht abweichend von der Regelbesteuerung des Landes.¹⁹ Eine Verringerung der Steuerlast wird – ungeachtet der Unterschiede in den einzelnen Ländern – vor allem auf zwei Wegen erreicht: zum einen durch eine vollständige oder teilweise Freistellung von Erträgen aus der Nutzung von Immaterialgüterrechten, zum anderen durch eine Reduzierung des auf die Erträge anwendbaren Steuersatzes.²⁰

Im Folgenden soll ein allgemeiner Überblick über die IP-Box-Regime in Europa und deren Ausgestaltung gegeben werden (I.) sowie einige konkrete IP-Box-Regelungen dargestellt werden (II.).

I. IP-Box-Regime in Europa

Zahlreiche europäische Staaten gewähren zurzeit eine Vorzugsbesteuerung für qualifizierte Wirtschaftsgüter. Der effektive Steuersatz stellt die auffälligste Eigenschaft dar. Die Bandbreite der Besteuerung reicht von 0 % in Malta bis 15,5 % in Frankreich.²¹

Die einzelnen IP-Box-Regelungen unterscheiden sich im Hinblick auf den Umfang der begünstigten Wirtschaftsgüter, die Methode zur Ermittlung der begünstigten Gewinne und der Art der Begünstigung.²²

1. Umfang der qualifizierten Wirtschaftsgüter

Zwischen den einzelnen Staaten bestehen zum Teil erhebliche Unterschiede hinsichtlich des für die IP-Box qualifizierten Wirtschaftsguts. In allen IP-Box-Regimen zählen die durch Patente generierten Einkünfte zu den erfassten Wirtschaftsgütern. In vielen Ländern werden vergleichbar geschützte Rechte ebenfalls in die Regelung miteinbezogen und unterliegen damit auch der privilegierten Besteuerung.²³

2. Herkunft der qualifizierten Wirtschaftsgüter

Auch die Herkunft der qualifizierten Wirtschaftsgüter wird in den einzelnen Ländern unterschiedlich behandelt.²⁴ Es macht einen Unterschied, ob die Wirtschaftsgüter selbst hergestellt werden oder erworben wurden. Erworbenene Wirtschaftsgüter werden zB in Belgien von der Begünstigung ausgenommen.²⁵ Dagegen werden diese unter bestimmten Voraussetzungen zB in Luxemburg und dem Vereinigten Königreich von den IP-Box-Regelungen umfasst.²⁶ Die Bandbreite bewegt sich hier zwischen dem Erfordernis einer vollständigen Entwicklung des IP durch den Steuerpflichtigen und der Möglichkeit, die *FuE*-Tätigkeiten vollständig auszulagern.

II. Beispiele

1. Luxemburg

Die IP-Box wurde in Luxemburg im Jahr 2008 eingeführt. Dies geschah in Form des damals neuen Art. 50 bis des luxemburgischen Einkommenssteuergesetzes (LIR). Auf alle beschränkt und unbeschränkt steuerpflichtigen Personen, die in Luxemburg Einkünfte aus Gewerbebetrieb, Land- und Forstwirtschaft oder einer freiberuflichen Tätigkeit erzielen, findet die IP-Box nach dieser Vorschrift Anwendung.²⁷ Art. 50 bis LIR stellt die Einkünfte und Veräußerungsgewinne dieser immateriellen Wirtschaftsgüter zu 80 % steuerfrei. Einkünfte, die in den Anwendungsbereich der IP-Boxen fallen, lassen sich unterschiedlich erzielen. Zum einen werden Einkünfte erfasst, die als Vergütung für die Benutzung oder das Recht auf Benutzung eines der genannten Rechte geistigen Eigentums erhoben werden. Zum anderen wird auch die Veräußerung eines solchen Rechts zu den Einkünften gezählt.

Voraussetzung für eine Steuerbefreiung ist, dass das IP nach dem 31.12.2007 geschaffen oder neu erworben wurde.²⁸ Am 14.10.2015 gab der luxemburgische Finanzminister bekannt, dass das IP-Box-Regime bis 2021 beendet wird. Dies ist eine Folge der Aktivitäten der OECD

¹⁷ Valta, StuW 2015, 257 (258).

¹⁸ Creed, GRUR-Prax, 2014, 346.

¹⁹ Fehling, IStR 2015, 493 (494).

²⁰ Pross/Radmanesh, IStR 2015, 579 (580).

²¹ Vgl. Tabelle 1 und 2, siehe Anhang.

²² Thiede, IStR 2016, 283 (284).

²³ Vgl. Tabelle 2, siehe Anhang.

²⁴ Thiede, IStR 2016, 283 (284).

²⁵ Thiede, IStR 2016, 283 (284).

²⁶ Thiede, IStR 2016, 283 (284).

²⁷ Schwarz, ISR 2014, 105.

²⁸ Creed, GRUR-Prax. 2014, 346.

(BEPS-Programm), um schädlichen Steuerpraktiken entgegenzuwirken.²⁹ Um den neuen Anforderungen gerecht zu werden, hat das luxemburgische Parlament im Jahr 2018 ein neues Gesetz hinsichtlich steuerlicher Behandlung geistigen Eigentums verabschiedet.

2. Vereinigtes Königreich

In Großbritannien unterliegen bestimmte immaterielle Wirtschaftsgüter auch einer Vorzugsbesteuerung. Wie aus Tabelle 2³⁰ deutlich wird, umfasst die britische IP-Box nur Patente und SPCs. Daher wird im Folgenden von der britischen Patentbox gesprochen. Zusammen mit den Patentbox-Regimen in Belgien und Frankreich wird die britische Patentbox auch als Patentbox im engeren Sinn bezeichnet. Die Patentbox wurde in Großbritannien mit dem *Finance Act 2012* mit Wirkung zum 1.4.2013 in das Körperschaftsteuergesetz eingefügt.³¹ Die Regelung ist nun in Art. 8 lit. a des britischen *Corporate Tax Act* zu finden. Die Patentbox wird als Teil einer Wirtschaftsstrategie angesehen, deren Ziel es ist, „die Wirtschaftsstruktur des Landes von der Abhängigkeit vom Finanzdienstleistungssektor zu lösen“³². Das Einkommen, welches die Patente generieren, wird mit einem reduzierten Steuersatz von 10 % besteuert.³³ Diese Vorzugsbesteuerung findet Anwendung auf Patente, die vom britischen bzw. europäischen Patentamt oder einem Patentamt bestimmter europäischer Staaten gewährt wurden.³⁴ In die britische Patentbox können auch patentähnliche Rechte einbezogen werden.³⁵

C. Europäisches Beihilferecht

Nach der Darstellung zweier unterschiedlicher IP-Box-Ausgestaltungen sollen IP-Box-Regime nun einer beihilfrechtlichen Untersuchung unterzogen werden. Dies soll auf Grundlage einer Gesamtbetrachtung der IP-Box-Regime geschehen. Wie bereits dargestellt, fördern IP-Boxen die Ertragsseite. Der Grundgedanke der IP-Boxen bleibt durchweg gleich. Durch *FuE* kann und soll IP geschaffen werden. Im Idealfall führt die anschließende Verwertung des generierten IP zu Gewinnen. Diese erwirtschafteten Erträge unterliegen dann einer privilegierten Besteuerung. Zusammenfassend bedeutet dies, dass IP-Box-Regime zu einer bedeutenden Entlastung des Steuerpflichtigen führen. Es stellt sich jetzt die Frage, ob IP-Box-Regime deshalb verbotene Beihilfen iSd Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen.

Das unionsrechtliche Beihilfeverbot ergibt sich aus Art. 107 Abs. 1 AEUV:

„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Um als Beihilfe in diesem Sinne qualifiziert zu werden, müssen die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV kumulativ vorliegen.³⁶ Es hat sich um eine staatliche Maßnahme zu handeln, die bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen einen Vorteil gewährt, also selektiv ist. Dabei muss sie geeignet sein, den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu verfälschen. Unter das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV fallen nicht nur Zuschüsse, sondern alle möglichen wirtschaftlichen Vorteile, die geeignet sind, den Wettbewerb zu verzerren.³⁷

I. Gewährung eines Vorteils

Aufgrund der Formulierung des Art. 107 Abs. 1 AEUV („Beihilfen gleich welcher Art“) umfasst das Kriterium der Vorteilsgewährung neben den klassischen staatlichen Subventionen auch steuerliche Normen.³⁸ Da die IP-Box-Regime den Steuersatz mindern, liegt ein Vorteil in diesem Sinne vor.³⁹ Dieser müsste weiterhin einem oder mehreren Unternehmen zugutekommen. Das Unternehmen ist definiert als eine Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, wobei die Rechtsform oder die Art der Finanzierung nicht relevant ist.⁴⁰ Auch diese Bedingung ist bei den IP-Box-Regimen erfüllt.

II. Begünstigung durch den Staat

Um als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV in Betracht zu kommen, müssten IP-Boxen weiterhin als Begünstigung durch den Staat angesehen werden. Durch die steuerliche Entlastung gewähren die Staaten einen geldwerten Vorteil ohne marktgerechte Gegenleistung und somit Begünstigungen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV.⁴¹ Dass steuerliche Entlastungen wie zB die Ermäßigung des Steuerbetrages, Zahlungserleichterungen und Minderungen beihilferelevant sind, hat bereits die EU-

²⁹ DLA Piper, Abolition of Luxembourg IP box regime. Intellectual Property Update, 5.11.2015, <https://www.dlapiper.com/en/netherlands/insights/publications/2015/11/abolition-of-luxembourg-ip-box-regime/>, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

³⁰ Vgl. Tabelle 2, siehe Anhang.

³¹ Vogel, IStR 2014, 542 (545).

³² Valta, StuW 2015, 257 (258).

³³ Vogel, IStR 2014, 542 (545); Valta, StuW 2015, 257 (258).

³⁴ Vogel, IStR 2014, 542 (545).

³⁵ Vogel, IStR 2014, 542 (545).

³⁶ EuGH, Urt. v. 1.7.2018 – C-341/06 P, Chronopost und La Poste/UFEX et. al., Rn. 121; Ismer/Piotrowski, DStR 2015, 1993 (1994); Thiede, IStR 2016, 283 (284).

³⁷ Soltész, NJW 2014, 3128 (3128).

³⁸ Thiede, IStR 2016, 283 (285).

³⁹ Thiede, IStR 2016, 283 (285).

⁴⁰ EuGH NJW 1991, 2891.

⁴¹ Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV Rn. 10.

Kommission anerkannt.⁴² Damit eine Vergünstigung als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen ist, muss sie außerdem unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden.⁴³ Niedrigere Steuern sind dabei als Verlust von Mitteln für den Konsum von Staatsressourcen anzusehen.⁴⁴ Der Staatshaushalt wird negativ beeinträchtigt.⁴⁵ Die jeweiligen Mitgliedstaaten müssen mit Verlusten von Steuereinnahmen in Millionenhöhe rechnen.⁴⁶ Diese Verluste werden akzeptiert, um durch die Anwendung der vorteilhaften Steuersätze die Steuerlast der Unternehmen mindern zu können und *FuE* zu fördern.

III. Selektivität

Das Kriterium der Selektivität spielt bei der Prüfung des Beihilfebegriffs in Verbindung mit IP-Box-Regelungen eine entscheidende Rolle. Dieses Tatbestandsmerkmal grenzt solche Maßnahmen von allgemeinen Regelungen ab. Allgemeine Fördermaßnahmen sollen dementsprechend den Staaten nicht verwehrt werden, da in solchen Fällen keine Gefahr einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs besteht. Aus diesem Grund stellt eine generelle Senkung oder Abschaffung von Unternehmenssteuern keinen Verstoß gegen das Beihilfeverbot dar.⁴⁷ Nur selektive oder selektiv wirkende Beihilfen sollen aufgrund ihrer wettbewerbschädlichen Wirkung verboten werden. In der Rechtsprechung des EuGH und des EuG werden neue Ansätze für die Abgrenzung selektiver und allgemeiner Maßnahmen entwickelt. Besonders hervorzuheben ist das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Gibraltar*.⁴⁸ Der Selektivitätsbegriff hat mit dieser Entscheidung eine deutliche Ausweitung erfahren. Das Urteil hat allerdings im deutschen Schrifttum kaum Aufmerksamkeit erlangt.⁴⁹

Wie aus der Pressemitteilung der EU-Kommission hervorgeht, steht vor allem die Selektivität der IP-Boxen in Frage, da Hinweise vorliegen, wonach hauptsächlich mobile Unternehmen einen selektiven Vorteil erhielten.⁵⁰ Um als Beihilfe qualifiziert zu werden, müsste die Maßnahme nur bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen einen Vorteil gewähren und somit diese Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber anderen bevorzugen. Dabei können entsprechende staatliche Maßnahmen weder aufgrund der großen Zahl der begünstigenden Unternehmen

noch aufgrund der Verschiedenartigkeit und Bedeutung der Wirtschaftszweige als eine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme angesehen werden.⁵¹

Die materielle Selektivität stellt also eine Eigenschaft dar, die nur vorliegt, wenn ausgewählte Unternehmen oder Wirtschaftszweige in bestimmten Mitgliedstaaten gegenüber anderen Unternehmen bevorzugt behandelt werden. Dabei kann es sich um eine *de jure*- oder *de facto*-Selektivität handeln.

Die *de jure*-Selektivität ergibt sich aus rechtlichen Kriterien für die Gewährung einer Maßnahme. Zum Beispiel kann eine Maßnahme nur Unternehmen mit einer bestimmten Größe gewährt werden, die in bestimmten Wirtschaftszweigen tätig sind und eine ausgewählte Rechtsform haben.⁵²

Wenn hingegen die formalen Kriterien für die Anwendung einer Maßnahme objektiv und allgemein formuliert sind, die Maßnahme aber so ausgestaltet ist, dass ihre Auswirkungen nur eine bestimmte Gruppe von Unternehmen in erheblicher Weise begünstigt, liegt eine *de facto*-Selektivität vor.⁵³

Das Selektivitätsverständnis hat sich seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Paint Graphos*⁵⁴ geändert. Für Steuervergünstigungen wird seitdem regelmäßig eine dreistufige Prüfung der *de jure* Selektivität vorgenommen.⁵⁵

1. Dreistufige Prüfung

In einem ersten Prüfungsschritt wird das nationale Referenzsystem für die normale Regelbesteuerung bestimmt (1.).⁵⁶ Dieser Schritt dient dazu, den Vergleichsmaßstab für die Vorteilsbestimmung festzulegen. Anschließend wird untersucht, ob die in Frage stehende Maßnahme eine Abweichung von diesem festgelegten System darstellt (2.). Stellen IP-Boxen eine Abweichung vom Referenzsystem dar, handelt es sich um eine *prima facie*-Selektivität.⁵⁷ Davon ist auszugehen, wenn Unternehmen unterschiedlich behandelt werden, die sich ansonsten im Hinblick auf das mit der Steuerregelung verfolgte Ziel in einer rechtlichen

⁴² Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung, Amtsblatt Nr. C 384 vom 10.12.1998, S. 3; Soltész, NJW 2014, 3128.

⁴³ EuGH, Urt. v. 16.5.2002 – C-482/99, *France v. Commission*, Rn. 24; *Mesmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 36 Rn. 13.

⁴⁴ *Rydelski*, EC Tax Review 2010, 140 (150).

⁴⁵ *Thiede*, IStR 2016, 283 (285).

⁴⁶ *Thiede*, IStR 2016, 283 (285).

⁴⁷ *Cremer* (Fn. 41) Art. 107 AEUV Rn. 28.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 15.11.2011 – C-106/09 P, *Commission and Spain v. Government of Gibraltar and United Kingdom*.

⁴⁹ *Linn*, IStR 2015, 114 (116).

⁵⁰ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 24.3.2014, IP/14/309, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_14_309, zuletzt abgerufen am 22.1.2020.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 8.11.2001 – C-143/99, *Adria-Wien Pipeline and Wiertersdorfer & Peggauer Zementwerke*, Rn. 48.

⁵² EuGH, Urt. v. 8.9.2011 – C-78/08, *Paint Graphos u.a.*, Rn. 52.

⁵³ EuGH, Urt. v. 15.11.2011 – C-106/09 P, *Commission and Spain v. Government of Gibraltar and United Kingdom*, Rn. 101.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 8.9.2011 – C-78/08, *Paint Graphos u.a.*

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 8.9.2011 – C-78/08, *Paint Graphos u.a.*, Rn. 49; *Ismer/Karch*, IStR 2014, 130 (132).

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 8.9.2011 – C-78/08, *Paint Graphos u.a.*, Rn. 49 ff.; EuGH IStR 2013, 635.

⁵⁷ *Thiede*, IStR 2016, 283 (286).

und tatsächlich vergleichbaren Lage befinden.⁵⁸ In einem dritten Schritt ist anschließend zu prüfen, ob eine Rechtfertigung durch die Natur oder den inneren Aufbau des Steuersystems in Betracht kommt (3.).⁵⁹ Für Fälle, die keine Ausnahmen von dem Referenzsystem darstellen, aber schon in ihrer Konzeption darauf ausgelegt sind, bestimmte Unternehmen zu bevorzugen, dient die *de facto*-Selektivität als Auffangkriterium.⁶⁰

a) Referenzsystem / erster Schritt

Der erste Schritt verlangt die Bestimmung des Referenzsystems. Da das aufgestellte System als Grundlage für den Vergleich im zweiten Schritt dient, kommt dem ersten Schritt eine große Bedeutung zu.⁶¹ Bei dem ausgewählten System sollte es sich um eine Regelung handeln, die für alle Unternehmen angewandt wird, also Teil der „normalen“ Regelbesteuerung der Mitgliedstaaten ist. Die in Frage stehende Maßnahme, hier die IP-Boxen, sollen in diesem Schritt außer Betracht gelassen werden. Die Bestimmung eines solchen Referenzsystems ist weitgehend ungeklärt, da weder den Entscheidungen der EU-Kommission noch der Rechtsprechung des EuGH entsprechende Vorgaben zu entnehmen sind. Die diesbezüglichen Unsicherheiten sind seit der Entscheidung der Kommission vom Januar 2011 zunehmend deutlich geworden. In dieser Entscheidung hat die Kommission die deutsche Sanierungsklausel des § 8c Abs. 1 lit. a KStG als eine unzulässige Beihilfe eingestuft.⁶² Eine Entscheidung hinsichtlich des Referenzsystems ist jedoch nicht nur aufgrund ihrer Bedeutung für die nächsten Schritte wichtig. Je nachdem, welche Regelbesteuerung angenommen wird, kann es im Rahmen der Prüfung zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.⁶³ Die Kommission orientiert sich in ihrer Entscheidungspraxis an der steuerlichen Belastungsentscheidung des jeweiligen Mitgliedstaates und wendet ein formales Regel-Ausnahmeverhältnis an.⁶⁴ Sie geht davon aus, dass die normale Besteuerung die Regelungen umfasst, die für den Fall gelten würden, dass die begünstigende Regelung nicht bestünde.⁶⁵ Sie vertritt eine kleinräumige, induktiv geprägte Bestimmung des Referenzsystems im Gegensatz zum global-deduktiven Ansatz des deutschen Schrifttums im Zusammenhang mit der Sanierungsklausel des § 8c KStG.⁶⁶

Nach einer Auffassung muss bereits auf dieser Ebene das Ziel der IP-Boxen miteinbezogen werden.⁶⁷ Das Referenzsystem dürfe nicht zu weit bestimmt werden. Das Einbinden des Ziels würde es einengen. Der Umfang der vom Beihilferecht eingeschlossenen Normen soll also begrenzt werden.⁶⁸ Diese Ansicht bewirkt allerdings eine Verlagerung der Vergleichsbarkeitsprüfung nach vorne und führt zu einer Vermischung der oben genannten Prüfungsschritte.⁶⁹

Für die Autoren *Ismer* und *Karch* scheint es überzeugend, als Regelbesteuerung diejenige anzuwenden, die für den Fall gelten würde, dass die begünstigende Maßnahme nicht bestünde; also hinweggedacht würde.⁷⁰ Denkt man die durch die IP-Boxen gewährten Vergünstigungen weg, unterlägen die Einkünfte aus IP dem regulären Körperschaftsteuersatz. Somit bildet die Körperschaftsteuer das maßgebliche Referenzsystem. Als mögliches Referenzsystem wird die Körperschaftsteuer auch von der Kommission genannt.⁷¹ Die Kommission geht davon aus, dass sich das Bezugssystem aus der Steuerbemessungsgrundlage, den Steuerpflichtigen, dem Steuertatbestand und den Steuersätzen zusammensetzt.⁷²

Zusammenfassend lassen sich keine einheitlichen Ergebnisse für die Bestimmung des Referenzsystems aufstellen. Die Bestimmung eines EU-Referenzsystems ist nicht möglich. Ausgangspunkt für die Bestimmung bleibt das jeweilige nationale Steuerrecht.⁷³ Nach Ansicht von *Martinez* soll nicht auf einzelne Steuergesetze, sondern auf die Steuerart abgestellt werden.⁷⁴ Dies führt zu einem Referenzsystem, welches durch Ertragssteuern gebildet wird.⁷⁵

b) Ungleichbehandlung zweier Wirtschaftsteilnehmer/ zweiter Schritt

Für die zweite Stufe ist eine Abweichung vom Referenzsystem notwendig. Da für die Anwendbarkeit der Vorzugsbesteuerung Erträge aus qualifizierten Wirtschaftsgütern generiert werden müssen, scheinen IP-Boxen auf den ersten Blick selektiv: Unternehmen mit Erträgen aus qualifizierten Wirtschaftsgütern profitieren im Gegensatz zu Unternehmen ohne solche Erträge. Die Unternehmen müssen sich aber nach ständiger Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf das mit der Steuerregelung bzw. der

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 8.9.2011 – C-279/08 P, *Commission v Netherlands*, Rn. 62; EuGH, Urt. v. 8.9.2011 – C-78/08, *Paint Graphos u.a.*, Rn. 49 ff.

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 2.7.1974 – C-173/73, *Italian Government v Commission of the European Communities*, Rn. 33-35; EuGH, Urt. v. 8.11.2001 – C-143/99, *Adria-Wien Pipeline and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, Rn. 42.

⁶⁰ *Ismer/Piotrowski*, IStR 2015, 257 (259).

⁶¹ *Ismer/Piotrowski*, DStR 2015, 1993 (1995).

⁶² *Ismer/Karch*, IStR 2014, 130 (131).

⁶³ *Ismer/Karch*, IStR 2014, 130 (132).

⁶⁴ *Ismer/Karch*, IStR 2014, 130 (131).

⁶⁵ *Ismer/Karch*, IStR 2014, 130 (132); Schlussanträge des Generalanwalts, EuGH, Urt. v. 15.11.2011 – C-106/09 P, *Commission and Spain v. Government of Gibraltar and United Kingdom*, Rn. 163.

⁶⁶ *Ismer/Karch*, IStR 2014, 130 (131).

⁶⁷ *Luts*, EC Tax Review 2014, 258 ff.

⁶⁸ *Luts*, EC Tax Review 2014, 262 f.

⁶⁹ *Valta*, StuW 2015, 257 (263); *Thiede*, IStR 2016, 283 (286).

⁷⁰ *Ismer/Karch*, IStR 2014, 130 (134); *Klemm*, DStR 2013, 1057 (1059).

⁷¹ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV, ABl.EU Nr. 262/1 vom 19.7.2016, Rn. 134.

⁷² Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV, ABl.EU Nr. 262/1 vom 19.7.2016, Rn. 134.

⁷³ *Martinez*, IP Box Regime im Europäischen Steuerrecht 2017, S. 76.

⁷⁴ *Martinez* (Fn. 73), S. 76.

⁷⁵ *Martinez* (Fn. 73), S. 76.

Maßnahme verfolgte Ziel in einer rechtlich und tatsächlich vergleichbaren Lage befinden.⁷⁶ Daraus resultiert die Frage, welches Ziel hierfür von Bedeutung ist. Das Ziel des Referenzsystems, also der Körperschaftssteuer, oder das Ziel der Maßnahme, also der IP-Box-Regelungen?

aa) Bestimmung des Ziels

Hinsichtlich der Beantwortung dieser Frage existiert in der Rechtsprechung und der Literatur keine Einigkeit. Nach der Entscheidung in der Rechtssache *Paint Graphos* werden Unternehmen verglichen, „die sich im Hinblick auf das mit der Steuerregelung dieses Mitgliedstaates verfolgte Ziel in einer vergleichbaren rechtlichen und tatsächlichen Situation befinden“⁷⁷. Für die Autoren *Ismer* und *Piotrowska* stünde es im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, wenn die Abweichung am Ziel des Referenzsystems, also der Körperschaftbesteuerung, gemessen würde und nicht am Ziel der steuerlichen Vergünstigung.⁷⁸ Das Ziel der Körperschaftssteuer im Fall der IP-Box-Regelung ist die Besteuerung der Gewinne von Körperschaften. Dann müssten Unternehmen mit Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten mit solchen ohne derartige Tätigkeiten verglichen werden.⁷⁹ Eine *prima facie*-Selektivität wäre dann anzunehmen. Dies führte allerdings dazu, dass eine Selektivität in vielen Fällen anzunehmen und daher eher problematisch sei.⁸⁰

In der Literatur wird eine weitere Ansicht vertreten. Diese schreibt nicht dem Ziel des Referenzsystems, sondern dem Ziel der betreffenden Maßnahme Bedeutung zu.⁸¹ Im vorliegenden Fall wären dies die IP-Boxen.

Zusätzlich wird zum Teil verlangt, dass die Maßnahme ein legitimes Ziel verfolgt.⁸² Die Maßnahme wäre demnach selektiv, wenn sie nicht durch ein legitimes Ziel getragen würde.⁸³ Aus der Rechtsprechung des EuGH lässt sich ein solches Erfordernis jedoch nicht herleiten.

Nun ist zu klären, welche Unternehmen sich im Hinblick auf das bestimmte Ziel überhaupt vergleichen lassen.

bb) Aufstellung von Vergleichspaaren

Für die Beantwortung der Frage, welche Unternehmen sich in einer vergleichbaren Lage befinden, lassen sich unterschiedliche Vergleichspaare aufstellen.

(1) Sehr mobile Unternehmen und immobile Unternehmen

Aus der Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 24.3.2014⁸⁴ ging hervor, dass aus Sicht der Kommission vor allem sehr mobile Unternehmen von den in Frage stehenden Regelungen profitierten, ohne dass die Innovationen und Investitionen gesteigert würden. Dabei könnten vorwiegend multinationale Unternehmen als sehr mobil bezeichnet werden.⁸⁵

Die Bildung von Vergleichspaaren muss sich auf das Steuersystem eines Landes beziehen.⁸⁶ Daran scheitert das Vergleichspaar mobiler Unternehmen im Gegensatz zu weniger mobilen Unternehmen. Denn beide Arten von Unternehmen haben in einem Land mit IP-Box-Regelungen den gleichen Zugang zur Vorzugsbesteuerung und somit zur vorteilhaften Regelung.⁸⁷

(2) Enge und weite Anwendungsbereiche der IP-Verwerter

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs lassen sich Länder mit IP-Box-Regelungen unterscheiden, die Patentboxen im engeren Sinne vorsehen. Dann sind nur Patente und ähnliche Schutzrechte von der IP-Box-Regelung erfasst. Dies ist der Fall, wenn eine Vorzugsbesteuerung in Belgien, Frankreich oder im Vereinigten Königreich in Anspruch genommen wird.⁸⁸

Wenn also der Tatbestand der IP-Box-Regelung eng ist, kommt eine Ungleichbehandlung in Frage. In der Literatur wird teilweise vertreten, dass diese engen IP-Box-Regelungen, die sich im Wesentlichen auf Erträge aus Patenten beschränken, nicht genügend für alle Unternehmen offenstehen.⁸⁹

(3) IP-Verwerter und Nicht-IP-Verwerter

Eine Vergleichsgruppe anhand IP-Verwertern und anderer Verwerter aufzustellen, erscheint im Hinblick auf die Vergleichbarkeit bedenklich. Zu berücksichtigen ist das Ziel der Begünstigung. Der Zweck von IP-Boxen ist die Förderung von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten. Aus diesem Grund sind Vergleichspaare zwischen IP-Verwertern möglich.⁹⁰ Laut Pressemitteilung geht die EU-Kommission davon aus, dass IP-Box-Regelungen Vorteile gewähren, ohne dass Innovation und Investitionen gesteigert werden.⁹¹ Die Kommission bezieht sich also auf die

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 8.9.2011 – C-78/08, *Paint Graphos* u.a., Rn. 54.

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 8.9.2011 – C-78/08, *Paint Graphos* u.a., Rn. 49.

⁷⁸ *Ismer/Piotrowska*, IStR 2015, 257 (263).

⁷⁹ *Evers*, Intellectual Property (IP) Box Regimes, Tax Planning, Effective Tax Burdens, and Tax Policy Options, 2015, S. 173, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13070.pdf>, zuletzt abgerufen am 18.1.2020.

⁸⁰ *Evers* (Fn. 79), S. 173.

⁸¹ *Evers* (Fn. 79), S. 174; *Valta*, StuW 2015, 257 (264).

⁸² *Luts*, EC Tax Review 2014, 258 (272).

⁸³ *Luts*, EC Tax Review 2014, 258 (272).

⁸⁴ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 24.3.2014, IP/14/309, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_14_309, zuletzt abgerufen am 22.1.2020.

⁸⁵ *Valta*, StuW 2015, 257 (264).

⁸⁶ *Valta*, StuW 2015, 257 (264).

⁸⁷ *Valta*, StuW 2015, 257 (264).

⁸⁸ *Evers* (Fn. 79), S. 55, Tabelle 3.

⁸⁹ *Valta*, StuW 2015, 257 (264).

⁹⁰ *Valta*, StuW 2015, 257 (264).

⁹¹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 24.3.2014, IP/14/309, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_14_309, zuletzt abgerufen am 22.1.2020.

fehlende Verwirklichung des Förderzwecks. Eine Förderung von *FuE* könnte nur einen Vorwand darstellen, um Unternehmen anzulocken.⁹² Die Auswirkung einer Maßnahme ist für das Beihilferecht aber ebenso wichtig wie die Zwecksetzung der Maßnahme.⁹³ Die Frage, ob unbeabsichtigte Mitnahmeeffekte für multinationale Unternehmen existieren, stellt sich vorwiegend bei IP-Box-Regimen, die bestehendes oder erworbenes IP umfassen.⁹⁴ Gerade diese Regime führen zur Verlagerung von existierendem IP und stellen keine wirklichen Anreize für *FuE* dar. *Valta* argumentiert, dass „*IP produzierende und verwertende Unternehmen und solche, die dies nicht tun, bei IP-Boxen vergleichbar sind: beide richten ihre Geschäftstätigkeit nicht nach der IP-Box aus.*“⁹⁵ Eine Ungleichbehandlung findet statt. Während die IP-produzierenden und -verwertenden Unternehmen eine steuerliche Entlastung gewährt bekommen, erhalten die übrigen Unternehmen keinen Vorteil.⁹⁶

cc) Abstraktes Selektivitätskriterium

Einen anderen Ansatz wählen die Autoren *Ismer* und *Piotrowski*.⁹⁷ Unter der Fragestellung, ob tatsächlich eine differenzierende Wirkung erforderlich ist, gehen sie davon aus, dass die zweite Stufe der Prüfung als ein abstraktes Kriterium anzusehen sei. Ihrer Meinung nach überzeugt die Einschränkung auf eine abgrenzbare Gruppe nicht. Damit stellen sie sich der vertretenen Auffassung entgegen, dass zur Begründung der Selektivität zusätzlich zum Abweichen vom Referenzsystem in der ersten Stufe ein positiver Nachweis nötig ist, dass tatsächlich bestimmte Unternehmen bevorzugt werden.⁹⁸

dd) Zwischenergebnis

Vorzugswürdig erscheint also eine abstrakte Prüfung der Abweichung vom Referenzsystem, da diese eine hinreichend sichere Bestimmung des Vorliegens einer Beihilfe gewährleistet.⁹⁹ Im Hinblick auf das Ziel der Körperschaftssteuer - die Besteuerung der Unternehmensgewinne nach der individuellen Leistungsfähigkeit - befinden sich alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen in einer rechtlichen und tatsächlichen vergleichbaren Situation mit

denen, die von der Vergünstigung Gebrauch machen können.¹⁰⁰ Aufgrund des niedrigeren effektiven Steuersatzes stellen IP-Boxen somit eine Abweichung von der Regelbesteuerung dar - und zwar unabhängig von ihrer Ausgestaltung.¹⁰¹

c) Rechtfertigung / dritter Schritt

Nachdem ein Bezugssystem identifiziert und eine Ausnahme von diesem angenommen wurde, ist in einem dritten Schritt eine Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung möglich.

Eine *prima-facie*-Selektivität kann dadurch gerechtfertigt werden, dass sie eine Folge des Referenzsystems ist. Im dritten Schritt ist daher zu prüfen, ob eine *prima-facie*-selektive Begünstigung „*durch das Wesen oder die allgemeinen Zwecke des steuerlichen Referenzsystems, zu dem sie gehört, gerechtfertigt ist.*“¹⁰² Eine Rechtfertigung kommt in Frage, wenn die unterschiedliche Behandlung der Unternehmen, also die Ausnahme von der Anwendung des allgemeinen Steuersystems, unmittelbar auf den Grund- oder Leitprinzipien dieses Steuersystems beruht.¹⁰³

Für die Prüfung der Rechtfertigung kann nicht ohne weiteres auf die Zielsetzung abgestellt werden, die der Mitgliedstaat mit der Ausnahmeregelung verfolgt.¹⁰⁴ Es ist zwischen den mit einer Steuerregelung verfolgten externen Zielen und dem eigentlichen Zweck des Steuersystems zu unterscheiden.¹⁰⁵ Externe Ziele waren nach früherer Rechtsprechung nicht zur Rechtfertigung einer Beihilfe geeignet.¹⁰⁶ Diese Rechtfertigungsprüfung hat sich jedoch seit der „*Adria-Wien-Entscheidung*“ des EuGH geändert. Seitdem können externe Ziele mitberücksichtigt werden.¹⁰⁷ Grundlagen für eine mögliche Rechtfertigung würden für die EU-Kommission unter anderem die Wahrung des Prinzips steuerlicher Neutralität, die Vermeidung der Doppelbesteuerung und die Einkommensteuerprogression darstellen.¹⁰⁸ Auch wenn davon ausgegangen werden kann, dass IP-Boxen der Förderung von Forschung und Entwicklung dienen, kommt es zu keiner Rechtfertigung.¹⁰⁹ Die Selektivität einer Maßnahme kann nicht durch externe politische Ziele, die dem System nicht immanent sind, gerechtfertigt werden und daher entfallen.¹¹⁰

⁹² *Valta*, *StuW* 2015, 257 (264).

⁹³ EuGH, *Urt. v. 2.7.1974*, C-173/73, Italien/ Kommission, *Rn. 26/28*.

⁹⁴ *Valta*, *StuW* 2015, 257 (265).

⁹⁵ *Valta*, *StuW* 2015, 257 (265).

⁹⁶ *Valta*, *StuW* 2015, 257 (265).

⁹⁷ *Ismer/Piotrowski*, *IStR* 2015, 257 ff.

⁹⁸ *Nicolaides*, *New Limits to the concept of selectivity: the birth of a „general exception“ to the prohibition of state aid in EU competition law*, *S. 319 ff.*

⁹⁹ *Nicolaides* (Fn. 98), *S. 319 ff.*

¹⁰⁰ *Nicolaides* (Fn. 98), *S. 319 ff.*

¹⁰¹ *Nicolaides* (Fn. 98), *S. 319 ff.*

¹⁰² EuGH, *Urt. v. 8.11.2001* – C-143/99, *Adria-Wien Pipeline and Wietorsdorfer & Peggauer Zementwerke*, *Rn. 42*.

¹⁰³ EuGH, *Urt. v. 8.9.2011* – C-78/08, *Paint Graphos u.a.*

¹⁰⁴ EuGH, *Urt. v. 22.12.2008* – C-487/06 P, *British Aggregates v Commission*, *Rn. 84*; EuGH, *Urt. v. 8.9.2011* – C-78/08, *Paint Graphos u.a.*, *Rn. 67*.

¹⁰⁵ *Immenga/Mestmäcker*, *Wettbewerbsrecht*, 5. Aufl. 2016, *Art. 107 AEUV Rn. 233*; EuGH, *Urt. v. 8.9.2011* – C-78/08, *Paint Graphos u.a.*, *Rn. 69*.

¹⁰⁶ *Valta*, *StuW* 2015, 257 (265).

¹⁰⁷ *Bartosch*, *EuZW* 2010, 12 (15).

¹⁰⁸ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV, *ABl.EU Nr. 262/1 vom 19.7.2016*, *Rn. 139*.

¹⁰⁹ *Ismer/Piotrowski*, *IStR* 2015, 257 (264).

¹¹⁰ EuGH, *Urt. v. 8.9.2011* – C-78/08, *Paint Graphos u.a.*, *Rn. 70*; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV, *ABl.EU Nr. 262/1 vom 19.7.2016*, *Rn. 138*.

2. Zwischenergebnis

Die selektive Wirkung ist somit nach der dreistufigen Prüfung zu bejahen. Die Körperschaftssteuer wurde als Referenzsystem identifiziert. Zudem stellen IP-Box-Regelungen eine Ausnahme davon dar. Auch konnte die Selektivität nicht gerechtfertigt werden.

IV. Wettbewerbsverfälschung

Der Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt weiterhin eine zumindest drohende Wettbewerbsverfälschung voraus.¹¹¹ Eine Beihilfe ist wettbewerbsverfälschend, wenn sie „die Stellung des Begünstigten oder eines dritten Unternehmens auf dem sachlich, zeitlich und räumlich relevanten Markt zulasten ihrer Konkurrenten verbessert.“¹¹² Für die Qualifizierung als Beihilfe ist kein konkreter Nachweis einer tatsächlichen Auswirkung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und einer tatsächlichen Wettbewerbsverzerrung notwendig.¹¹³ Vielmehr ist eine Prüfung ausreichend, ob die Beihilfe generell geeignet ist, den Handel zu beeinträchtigen und eine Wettbewerbsverfälschung herbeizuführen. Die Rechtsprechung begnügt sich also mit allgemeinen summarischen Hinweisen auf die Wettbewerbslage.¹¹⁴ Eine wettbewerbsverfälschende Wirkung kann angenommen werden, wenn das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Tätigkeit auf einem Markt ausübt, auf dem andere Wettbewerber aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten miteinander in Konkurrenz stehen.¹¹⁵ Dieses Merkmal ist bei IP-Boxen grundsätzlich erfüllt. In diesem Zusammenhang bildet jedoch die von der EU Kommission geschaffene *De-Minimis-Verordnung* eine Ausnahme.¹¹⁶ Einer am Gesamtbetrag gemessenen geringfügigen und kurzweiligen Beihilfe wird keine Beeinträchtigung des Handels oder Verfälschung des Wettbewerbs zugesprochen.¹¹⁷ Sofern die Begünstigung je Unternehmen innerhalb von drei Jahren auf 200.000 Euro beschränkt ist, hat die Maßnahme laut Verordnung keine Auswirkungen auf den Handel und den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten.¹¹⁸ Die europäischen IP-Boxen sehen solche Regelungen jedoch nicht vor.¹¹⁹ Die Ausnahmeregelung greift nicht ein. Es kann von einer wettbewerbsverfälschenden Wirkung ausgegangen werden.

V. Ausnahmen vom Beihilfeverbot

Art. 107 AEUV sieht in seinem zweiten sowie seinem dritten Absatz jeweils Ausnahmen vor. In diesen Absätzen werden Beihilfen aufgelistet, die mit dem Binnenmarkt vereinbar sind und somit nicht vom Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst werden, obwohl die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV kumulativ erfüllt sind. Diese Ausnahmen werden im Folgenden im Zusammenhang mit den IP-Box-Regimen besprochen.

Für die IP-Box-Regelung kommt vor allem der Art. 107 Abs. 3 lit. b oder lit. c AEUV („Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamen europäischen Interesse; Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete“) in Betracht. Wie bereits dargestellt wurde, handelt es sich bei der Förderung von Forschung und Entwicklung um ein Ziel der Europäischen Union. Dies würde bedeuten, dass IP-Box-Regime zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamen europäischen Interessen von Bedeutung sind und dementsprechend mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV vereinbar wären. Notwendig ist allerdings das Vorliegen einer Ermessensentscheidung der EU-Kommission, welche mithilfe von besonderen europäischen Verwaltungsvorschriften in Form eines „Unions- bzw. Gemeinschaftsrahmens“ vorgeschrieben wäre.¹²⁰

Ein solcher Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation existierte bereits im Jahr 2006.¹²¹ Steuerliche Förderungen waren bereits in diesem Gemeinschaftsrahmen der EU-Kommission vorgesehen.¹²² Eine von den Mitgliedstaaten veranlasste Auswertungsstudie soll gezeigt haben, dass steuerliche Förderungen die Anreizwirkung für Forschung, Entwicklung und Innovation erhöhen.¹²³ Dieser Gemeinschaftsrahmen war allerdings nicht auf die IP-Boxen, sondern nur auf „klassische aufwandsseitige Forschungs-, und Entwicklungsförderung“¹²⁴ anwendbar. Dies lag daran, dass grundsätzlich nur Personalkosten, Kosten für Instrumente, Ausrüstung, Gebäude und Grundstücke, Auftragsforschung, Gemeinkosten und sonstige Betriebskosten förderfähig waren.¹²⁵ Des Weiteren beschränkte sich die Beihilfeintensität auf 25 %¹²⁶ und musste anhand des Verhältnisses zwischen der gesamten Steuerbefreiung und der Summe der

¹¹¹ Cremer (Fn. 41) Art. 107 AEUV Rn. 30.

¹¹² Cremer (Fn. 41) Art. 107 AEUV Rn. 30.

¹¹³ EuGH, Urt. v. 8.9.2011 – C-78/08, Paint Graphos u.a., Rn. 78.

¹¹⁴ Valta, StuW 2015 257 (267).

¹¹⁵ Thiede, IStR 2016, 283 (285).

¹¹⁶ Thiede, IStR 2016, 283 (285).

¹¹⁷ Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 59. Ergänzungslieferung 2016, Art. 107 AEUV Rn. 80.

¹¹⁸ Thiede, IStR 2016, 283 (285).

¹¹⁹ Thiede, IStR 2016, 283 (285).

¹²⁰ Valta, StuW 2015, 257 (267).

¹²¹ Europäische Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation vom 30.12.2006, ABl. EU 2006, Nr. C 323, S. 1 ff. (nachfolgend: „Gemeinschaftsrahmen FuEuI 2006“).

¹²² Europäische Kommission, Gemeinschaftsrahmen FuEuI 2006, Rn. 5.1.6.

¹²³ Europäische Kommission, Gemeinschaftsrahmen FuEuI 2006, Rn. 5.1.6.

¹²⁴ Valta, StuW 2015, 257 (267).

¹²⁵ Europäische Kommission, Gemeinschaftsrahmen FuEuI 2006 (Fn. 121), Rn. 5.1.4

¹²⁶ Europäische Kommission, Gemeinschaftsrahmen FuEuI 2006, Rn. 5.1.2.

förderbaren Kosten ermittelt werden¹²⁷. Während diese Bedingungen im Zusammenhang mit „klassischen“ Fördermitteln wie zum Beispiel erhöhten Werbungskostenabzügen oder Steuerschuldanrechnungen umgesetzt werden können, ist dies im Rahmen der IP-Box-Regime nicht der Fall.¹²⁸

Die EU-Kommission hat im Jahr 2014 als Nachfolger des „Gemeinschaftsrahmens“ einen Unionsrahmen erlassen.¹²⁹ In diesem Unionsrahmen ändert sich die Einstellung der EU-Kommission im Hinblick auf die grundsätzliche Vermutung einer Förderwirkung. Während in dem Gemeinschaftsrahmen 2006 eine Anreizwirkung für Forschung, Entwicklung und Innovation angenommen wurde, steht die Kommission dieser Annahme nun skeptisch gegenüber.¹³⁰ Eine Anreizwirkung wird zwar weiterhin gefordert, damit die Beihilfen für Forschung und Entwicklung mit dem Binnenmarkt vereinbar sind.¹³¹ Diese Anreizwirkung muss jedoch durch die Mitgliedstaaten mithilfe von Studien nachgewiesen werden, damit die EU-Kommission anhand der vorgelegten Gutachten entscheiden kann, ob der Anzeizeffekt durch die steuerlichen Maßnahmen erzielt wird.¹³² Dementsprechend findet eine Überwachung statt. Ob dieser neue Unionsrahmen aber auf IP-Boxen angepasst wurde, bleibt dennoch fraglich.

Die Förderung von Forschung und Entwicklung würde grundsätzlich unter den Aspekt des Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV der „wichtigen Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse“ fallen. Ein von *Alstadsæter et al.* geschriebenes Arbeitspapier untersucht mit Daten auf Firmenniveau die wichtigsten 2000 *FuE*-Investoren von 2000-2011, um die Einflüsse von IP-Boxen auf die Patentregistrierung zu verstehen.¹³³ Die Resultate der Studie legen nahe, dass in der Mehrzahl der Fälle mit IP-Box-Regimen nur der Standort der Patente und nicht die zugehörige *FuE* verlagert wurde.¹³⁴ Die Größe des Steuervorteils ist negativ korreliert zu lokaler *FuE*.¹³⁵ Demnach scheinen IP-Box-Regime also überwiegend zu steuerlichen Zwecken benutzt zu werden.¹³⁶ Die eigentlich gewünschte *FuE* findet an anderen Orten statt. Die Kritik an den IP-

Boxen ist, dass sie zusätzliche Steuervorteile auf jene Einkommen bieten, welche schon von IP-Schutz profitiert und potenziell wenig Effekt auf zusätzliche *FuE* haben.¹³⁷

Unterschiede zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Auswirkungen von IP-Boxen sind jedoch möglich, da es sich um keine länderspezifische Untersuchung handelt.¹³⁸ Es ist nicht im Sinn des Beihilferechts, eine Verlagerung von qualifizierten Wirtschaftsgütern zu erreichen, ohne dass die Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten weiterentwickelt werden.¹³⁹ Aufgrund dieser Erkenntnisse fällt es schwer, solche IP-Box-Regime mithilfe der Ausnahmetatbestände zu rechtfertigen, die auch erworbene Wirtschaftsgüter miteinbeziehen.¹⁴⁰ Gerade bei diesen Regimen wird keine Forschung und Entwicklung betrieben, um das Wirtschaftsgut weiterzuentwickeln und dem Sinn und Zweck der Steuervergünstigung gerecht zu werden.

Auch erscheint es nicht offensichtlich, ob IP-Box-Regime eine Anreizwirkung für *FuE* schaffen, da Unternehmen gerade diese *FuE* einfach umgehen können.¹⁴¹ Die Ausnahmetatbestände scheinen in Bezug auf IP-Boxen dementsprechend eher nicht einschlägig. Eine endgültige Entscheidung über die Auswirkungen der IP-Boxen im Hinblick auf die Größe, Qualität und Standorte von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten steht noch aus, da weitere empirische Untersuchungen betrieben werden müssen.¹⁴²

Des Weiteren macht auch *Valta* auf einen Aspekt aufmerksam, der dafür spricht, dass die IP-Boxen mit dem Unionsrahmen nicht übereinstimmen und nicht von den Ausnahmen des Art. 107 Abs. 3 AEUV erfasst sind.¹⁴³ Die Förderhöchstquote entspricht derjenigen der „experimentellen Entwicklung“ im Umfang von maximal 45 %. Diese darf nicht überschritten werden.¹⁴⁴ Die meisten IP-Box-Regime sehen allerdings eine effektive Steuerbefreiung von mehr als 50 % vor und sind dementsprechend von dem derzeitigen Unionsrahmen nicht erfasst.¹⁴⁵ Dies spricht dafür, dass auch die Ausnahmetatbestände die IP-Box-Regime nicht

¹²⁷ Europäische Kommission, Gemeinschaftsrahmen *FuE* 2006, Rn. 5.1.6.

¹²⁸ *Valta* *StuW* 2015, 257 (267).

¹²⁹ Europäische Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation vom 27.6.2014, ABl. EU 2014, Nr. C 198, S. 1 ff. (nachfolgend: „Gemeinschaftsrahmen *FuE* 2014“).

¹³⁰ *Valta*, *StuW* 2015, 257 (267).

¹³¹ Europäische Kommission, Gemeinschaftsrahmen *FuE* 2014, Rn. 64.

¹³² Europäische Kommission, Gemeinschaftsrahmen *FuE* 2014, Rn. 65.

¹³³ *Annette Alstadsæter/Et al.*, Patent Boxes Design, Patents location, Local R&D 2015, https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/JRC96080_Patent_boxes.pdf, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

¹³⁴ *Annette Alstadsæter/Et al.*, Patent Boxes Design, Patents location, Local R&D 2015, S. 25, https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/JRC96080_Patent_boxes.pdf, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

¹³⁵ *Annette Alstadsæter/Et al.*, Patent Boxes Design, Patents location, Local R&D 2015, S. 25, https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/JRC96080_Patent_boxes.pdf, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

¹³⁶ *Annette Alstadsæter/Et al.*, Patent Boxes Design, Patents location, Local R&D 2015, S. 25, https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/JRC96080_Patent_boxes.pdf, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

¹³⁷ *Annette Alstadsæter/Et al.*, Patent Boxes Design, Patents location, Local R&D 2015, S. 26, https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/JRC96080_Patent_boxes.pdf, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

¹³⁸ *Thiede*, *IStr* 2016, 283 (289).

¹³⁹ Europäische Kommission, Gemeinschaftsrahmen *FuE* 2014, Rn. 105.

¹⁴⁰ *Thiede*, *IStr* 2016, 283 (289).

¹⁴¹ *Evers* (Fn. 79), S. 162.

¹⁴² *Evers* (Fn. 79), S. 162.

¹⁴³ *Valta*, *StuW* 2015, 257 (267).

¹⁴⁴ Europäische Kommission, Gemeinschaftsrahmen *FuE* 2014, Rn. 82.

¹⁴⁵ *Valta*, *StuW* 2015, 257 (267).

erfassen und diese aus diesem Grund nicht gerechtfertigt werden können.¹⁴⁶

D. Zusammenfassung

IP-Boxen werden aufgrund ihrer Wirkungen stark diskutiert. Zurzeit existieren zahlreiche IP-Box-Regime in Europa, die sich allerdings in ihrer Ausgestaltung voneinander unterscheiden. Die EU-Kommission hat im Jahr 2014 damit begonnen, Informationen zu sammeln, um festzustellen, ob es sich dabei nicht um verbotene Beihilfen handeln könnte, die dann von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst werden würden. Dabei stellte die Kommission vor allem die Selektivität der Regime in Frage. Sie ging davon aus, dass besonders mobile Unternehmen einen Vorteil daraus ziehen können.

Ob die Zweifel der EU-Kommission im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht, speziell der Selektivität, gerechtfertigt sind, ist noch nicht klar entschieden. Während alle Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV im Zusammenhang mit IP-Boxen erfüllt wären, stellt das Merkmal der Selektivität die größte Schwierigkeit dar. Ob IP-Boxen selektiv sind, wird nicht nur im Hinblick auf deren Ausgestaltung diskutiert, sondern es existieren auch inhaltliche Unterschiede in der Interpretation des Selektivitätsbegriffs.¹⁴⁷

Auf den ersten Blick ist kein Verstoß gegen das Beihilferecht zu erkennen, da die IP-Box-Regelungen grundsätzlich allen Unternehmen offenstehen. Multinationalen Unternehmen gelingt es jedoch, ihre IP-Verwertung in IP-Box-Regime zu verlagern und von der Vorzugsbesteuerung zu profitieren, ohne den gewünschten Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten nachzugehen. Dieser Effekt ist nicht mit dem Beihilferecht vereinbar und spricht eher für eine Maßnahme, die mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist. Eine Untersuchung¹⁴⁸ kam zum Ergebnis, dass die Zahl registrierter Patente ansteigt. Dieses Phänomen wurde jedoch dadurch erklärt, dass vor allem die multinationalen Unternehmen Patente einfach verlagern. Ein Wachstum von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten in Ländern mit IP-Box-Regimen konnte dagegen nicht festgestellt werden.

E. Ausblick

Das Steueraufkommen aller Staaten wird durch einen schädlichen Steuerwettbewerb verringert.¹⁴⁹ Im Rahmen des BEPS-Projekts der OECD wird deshalb unter anderem die Ausgestaltung der IP-Boxen diskutiert. Im Rahmen des Aktionspunktes 5 des BEPS-Projekts wurde der modifizierte *Nexus-Ansatz* entwickelt.¹⁵⁰ Dieser *Nexus-Ansatz* soll sicherstellen, dass Unternehmen die steuerlichen Vorteile nicht in Anspruch nehmen können, ohne Ausgaben für Forschung und Entwicklung zu haben.¹⁵¹ Die Unternehmen können die Begünstigung in dem jeweiligen Land dementsprechend nur dann beanspruchen, wenn „die wirtschaftliche Substanz in dem Land liegt und die Weiterentwicklung des Wirtschaftsguts in diesem Land erfolgt.“¹⁵² Da die Ergebnisse des BEPS-Programms keine bindende Wirkung entfalten,¹⁵³ kann über die Umsetzung von Änderungen in den verschiedenen Staaten mit IP-Box-Regelungen keine Aussage getroffen werden. Die Zukunft der IP-Box-Regime ist jedoch ungewiss. Aufgrund des BEPS-Projekts der OECD und den aktuellen Diskussionen schafft Luxemburg die IP-Box-Regelung bis 2021 ab. Bereits 2018 kam es zu der Neugestaltung der betreffenden Regelungen. Dass die derzeitigen Regime zumindest eine anpassende Änderung an neue Regelungen durchlaufen werden, erscheint aufgrund der öffentlichen Diskussionen über steuerschädliche Praktiken einleuchtend. Am 25.1.2017 hat die Bundesregierung einen Gesetzesentwurf gegen schädliche Steuerpraktiken beschlossen.¹⁵⁴ Die weite Auslegung des Beihilfebegriffs führt zu einem großzügigen Verständnis des Art. 107 Abs. 1 AEUV.¹⁵⁵ Eine Einstufung der IP-Boxen als verbotene Beihilfe erscheint also - vor allem aufgrund des Verdachts einer selektiven Wirkung - durchaus naheliegend.¹⁵⁶

Anhang

Staat	Effektiver Steuersatz auf Lizenz Einkünfte (in %)	Regulärer Steuersatz (in %)	Jahr der Einführung
Belgien	6,8	33,99	2007
Frankreich	15,5	34,43	2000

¹⁴⁶ Evers (Fn. 79), S. 182; Thiede, IStR 2016, 283 (289).

¹⁴⁷ Imer/Piotrowski, IStR 2015, 257 ff.

¹⁴⁸ Annette Alstadsæter/Et al., Patent Boxes Design, Patents location, Local R&D 2015, https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/JRC96080_Patent_boxes.pdf, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

¹⁴⁹ BMF, Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) – Übersicht über die 15 Aktionspunkte 2017, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/2017-06-07-beps-15-aktionspunkte.html>, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

¹⁵⁰ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 5: Agreement on Modified Nexus Approach for IP Regimes 2015, <https://www.oecd.org/ctp/beps-action-5-agreement-on-modified-nexus-approach-for-ip-regimes.pdf>, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

¹⁵¹ BMF, Bundeskabinett beschließt Lizenzschränke gegen Steuergestaltung internationaler Konzerne 2017, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2017/01/2017-01-25-pm04-schaedliche-steuerpraktiken-lizenzboxen.html>, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

¹⁵² Thiede, IStR 2016, 283, (289).

¹⁵³ Thiede, IStR 2016, 283, (289).

¹⁵⁴ BMF, Bundeskabinett beschließt Lizenzschränke gegen Steuergestaltung internationaler Konzerne 2017, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2017/01/2017-01-25-pm04-schaedliche-steuerpraktiken-lizenzboxen.html>, zuletzt abgerufen am 27.11.2019.

¹⁵⁵ Soltész, NJW 2014, 3128 (3129).

¹⁵⁶ Thiede, IStR 2016, 283 (290).

Liechtenstein	2,5	12,5	2011
Luxemburg	5,84	29,22	2008
Malta	0,0	35	2010
Niederlande	5,0	25	2007
Schweiz	8,8	12,66	2011
Spanien	12,0	30	2008
Ungarn	9,5	19	2003
Vereinigtes Königreich	10,0	23	2013
Zypern	2,0	10	2011

Tabelle 1: Die Steuersätze der jeweiligen Länder und die Steuern auf Lizenzen (2013).¹⁵⁷

Staat	Patente	SPCs	Software	Urheberrechte	Trademarks	Modelle	Designs	Gebrauchsmuster	Domainnamen
Belgien	x	x							

¹⁵⁷ Evers/Miller/Spengel, Intellectual Property Box Regimes: Effective Tax Rates and Tax Policy Considerations 2013, Centre for European Economic Research, S. 8, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13070.pdf>, zuletzt abgerufen am 18.1.2020.

¹⁵⁸ Evers (Fn. 79), S. 55.

Frankreich	x	x							
Liechtenstein	x		x	x	x	x	x	x	
Luxemburg	x		x		x	x	x	x	x
Malta	x		x	x	x				x
Niederlande	x								
Schweiz	x		x	x		x	x		x
Spanien	x					x			
Ungarn	x		x	x	x	x	x		
Vereinigtes Königreich	x	x							
Zypern	x		x	x	x	x	x		

Tabelle 2: Qualifizierte Wirtschaftsgüter, die unter das IP-Box-Regime fallen. SPCs steht für Supplementary Protection Certificates.¹⁵⁸

Felix Schott*

Verfassungsgebende Gewalt im Lichte der völkerrechtlichen Konstitutionalisierungsdiskussion

Die Diskussion um eine mögliche Konstitutionalisierung des Völkerrechts beschäftigt die Völkerrechtswissenschaft bereits seit einigen Jahrzehnten. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob sich das Völkerrecht zu einer verfassten bzw. „verfassteren“ internationalen Rechtsordnung ähnlich einer staatlichen Verfassungsordnung entwickelt. Die Frage nach der (demokratischen) Legitimation einer als konstitutionalisiert begriffenen Völkerrechtsordnung spielte dabei jedoch lange Zeit keine große Rolle. Im Folgenden wird untersucht, ob bzw. inwieweit das Konzept der verfassungsgebenden Gewalt auf die suprastaatliche Ebene übertragen werden kann, um diese Legitimationslücke zu füllen. Der Beitrag arbeitet zentrale Problemfelder heraus, analysiert sodann bestehende Konzeptionen einer globalen verfassungsgebenden Gewalt und skizziert abschließend einen sinnvollen Rahmen für die weitere Beschäftigung mit

verfassungsgebender Gewalt und Konstitutionalisierung in Zeiten wachsender Herausforderungen für das Völkerrecht.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	37
B. Eine Theorie der globalen verfassungsgebenden Gewalt?	37
I. Übertragung der verfassungsgebenden Gewalt auf die suprastaatliche Ebene	38
1. Verfassungsgebende Gewalt im innerstaatlichen Kontext	38
2. Grundlegende Probleme bei der Übertragung auf die Völkerrechtsordnung	39
II. Vergleich und Analyse zweier Konzeptionen globaler verfassungsgebender Gewalt	42
1. Verfassungsgebende Gewalt der „Völker der Vereinten Nationen“	42

* Der Verfasser studiert im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin und ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Univ.-Prof. Dr. Helmut Philipp Aust. Der Beitrag geht aus einem Seminar zum Verfassungs- und Völkerrecht hervor, das im

Wintersemester 2018/19 von Univ.-Prof. Dr. Helmut Philipp Aust angeboten wurde. Ihm und Wiss. Mit. Alexander Silke dankt der Verfasser für wertvolle Hinweise zu früheren Fassungen sehr herzlich.

2. Die Theorie der „konstitutionalisierenden Gewalt“	43
3. Vergleich und Analyse der beiden Konzeptionen	44
C. Fazit und Ausblick	49

A. Einleitung

Vor dem Hintergrund einiger bedeutender völkerrechtlicher Entwicklungen seit dem Zweiten Weltkrieg wie etwa dem Entstehen einer Vielzahl von internationalen Organisationen, der Anerkennung der besonderen Stellung von *ius cogens* und von Verpflichtungen *erga omnes* sowie der Herausbildung eines internationalen Menschenrechtsregimes wird über eine mögliche Konstitutionalisierung des Völkerrechts diskutiert.¹ Diese Diskussion ist geprägt durch eine Vielzahl von Beiträgen, die sich in ihren ideellen Hintergründen, in ihrem Verständnis von zentralen Begriffen sowie in ihren jeweiligen Zielsetzungen stark voneinander unterscheiden,² was es schwierig macht, „die Konstitutionalisierungsdiskussion“ zu beschreiben. Es lässt sich hier allenfalls festhalten, dass alle Ansätze die Ebene jenseits des Nationalstaats nicht mehr als „*konstitutionelles Niemandsland*“³ betrachten und sich stattdessen mit einer Entwicklung hin zu einer wie auch immer verfassten bzw. zumindest „verfassteren“ internationalen Rechtsordnung auseinandersetzen.

Ein weiteres Merkmal der Konstitutionalisierungsdiskussion ist, dass sie sich lange nur auf normative Entwicklungen konzentriert hat, ohne dass der wichtigen Frage nach der demokratischen Legitimation einer als „konstitutionalisiert“ begriffenen Völkerrechtsordnung nachgegangen worden wäre.⁴ Dies ist bemerkenswert, da die zunehmende Ausübung von Hoheitsgewalt im Rahmen von internationalen Organisationen und die wachsende Einwirkung des Völkerrechts auf das Individuum eigentlich für einen zusätzlichen Legitimationsbedarf der Völkerrechtsordnung sprächen.⁵ Gerade aus der Perspektive der Konstitutionalisierungsdiskussion, welche die soeben beschriebenen Entwicklungen aufgreift, wäre eine Beschäftigung mit der Legitimationsfrage daher sinnvoll.

Wie ließe sich nun grundlegend über die Frage der Legitimation der internationalen Rechtsordnung nachdenken? Im Nationalstaat wird dazu oft die verfassunggebende Gewalt herangezogen, welche – als vorausliegende Größe

verstanden – die Verfassung als solche legitimiert.⁶ Eine Übertragung dieses Konzepts auf die suprastaatliche Ebene könnte daher auch für die Beantwortung der Legitimationsfrage im Rahmen der völkerrechtlichen Konstitutionalisierungsdebatte hilfreich sein.

Daneben könnte der Konzeption einer globalen verfassunggebenden Gewalt noch eine weitere wichtige Funktion zukommen: die eines Kritikinstruments in Bezug auf Handlungen internationaler Organe, die als *ultra vires* aufgefasst werden.⁷ Die Einführung vereinheitlichender „konstitutionalisierender“ Prinzipien und Werte durch den *Appellate Body* der WTO⁸ oder die umstrittenen quasi-gesetzgeberischen Anti-Terror-Resolutionen des Sicherheitsrats der VN⁹ beispielsweise haben das Potenzial, über das eigentliche Mandat des jeweiligen Organs hinaus die Völkerrechtsordnung selbst zu verändern. Sie wären daher einer globalen verfassunggebenden Gewalt vorbehalten und könnten nicht durch die *pouvoirs constitués* vorgenommen werden.¹⁰ Würden der *Appellate Body* oder der Sicherheitsrat als verfasste Gewalten dennoch derartige Beschlüsse fassen, könnten diese klar als „*Usurpation verfassunggebender Gewalt*“¹¹ benannt und kritisiert werden.

Dieser Beitrag untersucht die Theorie der verfassunggebenden Gewalt aus der Perspektive der Diskussion um eine Konstitutionalisierung des Völkerrechts und geht dabei insbesondere der Frage nach, ob bzw. inwieweit sich verfassunggebende Gewalt als Konzept auch auf die internationale Ebene übertragen lässt (B.). Angesichts der zahlreichen Schwierigkeiten, die sich bei der Übertragung auf die Ebene jenseits des Nationalstaats ergeben, wird abschließend versucht, einen sinnvollen Rahmen für die weitere Beschäftigung mit der Idee globaler verfassunggebender Gewalt zu skizzieren (C.).

B. Eine Theorie der globalen verfassunggebenden Gewalt?

Die Auseinandersetzung mit der zentralen Fragestellung erfolgt in zwei Schritten: Zunächst werden die zentralen Schwierigkeiten, die sich bei der Übertragung des Konzepts der verfassunggebenden Gewalt auf die Ebene jenseits des Nationalstaats ergeben, herausgearbeitet (I.). Darauf aufbauend werden im zweiten Teil des Beitrags dann zwei der bisher entwickelten Konzeptionen einer globalen

¹ Nicht abschließende Auflistung von Entwicklungen basierend auf den Darstellungen bei Kadelbach/Kleinlein, AVR 44 (2006), 235 (237 f.) und de Wet, ICLQ 55 (2006), 51 (57 ff.).

² Peters, in: Orford/Hoffmann, The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 2016, S. 1018; Schwöbel, Global Constitutionalism in International Legal Perspective, 2011, S. 11 ff.

³ Peters, ZÖR 65 (2010), 3 (10).

⁴ Loughlin, in: Dobner/Loughlin, The Twilight of Constitutionalism?, 2010, S. 67; Niesen, in: Lang/Wiener, Handbook on Global Constitutionalism, 2017, S. 222; die Bedeutung dieser Frage betonend auch Habermas, in: Habermas, Philosophische Texte. Eine Studienausgabe in fünf Bänden. Band 4. Politische Theorie, 2009, S. 404 f.

⁵ Ausführlich dazu Kleinlein, Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre, 2012, S. 516 ff.

⁶ Böckenförde, in: Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1992, S. 90 f.

⁷ Niesen (Fn. 4), S. 226 f.

⁸ Cass, EJIL 12 (2001), 39 (51 f.); Niesen (Fn. 4), S. 226.

⁹ Cohen, Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism, 2012, S. 272-275.

¹⁰ Niesen (Fn. 4), S. 226 f.

¹¹ Patberg, Usurpation und Autorisierung. Konstituierende Gewalt im globalen Zeitalter, 2018, S. 11.

verfassungsgebenden Gewalt dargestellt, miteinander verglichen und analysiert (II.).

I. Übertragung der verfassungsgebenden Gewalt auf die suprastaatliche Ebene

Um der Frage nachzugehen zu können, ob bzw. inwieweit sich die Theorie der verfassungsgebenden Gewalt auf die internationale Ebene übertragen lässt, sollen zunächst die grundlegenden Aspekte eines tradierten Verständnisses von verfassungsgebender Gewalt dargestellt werden (1.). Anschließend werden einige Elemente des Konzepts, deren Übertragung sich als schwierig erweist, aufgegriffen und näher erläutert (2.).

1. Verfassungsgebende Gewalt im innerstaatlichen Kontext

Zusammen mit *John Locke* gilt der französische Geistliche und Verfassungstheoretiker *Emmanuel Sieyès* als Wegbereiter des Konzepts der verfassungsgebenden Gewalt. Im Rahmen der Französischen Revolution ging es *Sieyès* und seinen Mitstreitern darum, dass das Volk nicht mehr nur als passiver Untertan, sondern als aktive Kraft verstanden werden sollte, von der sich alle Herrschaftsgewalt ableitet.¹² Dieses Verständnis liegt auch dem *pouvoir constituant*, also dem Konzept der verfassungsgebenden Gewalt zugrunde.

Die Idee der verfassungsgebenden Gewalt basiert zunächst auf der bereits von *Locke* konzipierten Trennung von verfassten Gewalten einerseits und verfassungsgebender Gewalt andererseits.¹³ Die verfassungsgebende Gewalt schafft durch den Akt der Verfassungsgebung erst die einzelnen verfassten Gewalten, die durch diesen Prozess legitimiert, gleichzeitig aber auch limitiert werden.¹⁴ Die Legitimation ergibt sich dabei aus der Rückführung der verfassten Gewalten auf das Volk, die Limitation erwächst daraus, dass die verfassten Gewalten als Träger politischer Macht unter die Verfassung gestellt werden.¹⁵ Sie können also die Ordnung, deren Teil sie sind, nicht beliebig ändern, sondern nur innerhalb dieser Ordnung und im Rahmen der ihnen zugewiesenen Kompetenzen tätig werden. Sie haben nach den Worten *Lockes* beispielsweise nur die Macht, Gesetze zu verabschieden, sind aber nicht befugt, neue Gesetzgeber zu schaffen.¹⁶

Wie bereits angeklungen ist, wird als Subjekt der

verfassungsgebenden Gewalt gemeinhin „das Volk“ verstanden. Auch *Locke* und *Sieyès* gingen davon aus, dass die verfassungsgebende Gewalt von ihm ausgeübt wird, allerdings wählten sie unterschiedliche Anknüpfungspunkte für „das Volk“: Während es sich bei *Locke* aus dem eingegangenen Gesellschaftsvertrag ergab, ging *Sieyès* davon aus, dass ein Volk nur aus einer zuvor existierenden naturrechtlichen Nation hervorgehen konnte.¹⁷ Die zentrale Bedeutung des Volkes als Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt erschließt sich aus dem Entstehungskontext der verfassungsgebenden Gewalt: Sie wurde als Gegenentwurf zu der aus Recht und Tradition abgeleiteten Herrschaftsgewalt des Königs konzipiert und sprach dem Volk als Souverän die volle Verfügungsmacht über die Gestaltung der Verhältnisse und insbesondere über die Ausgestaltung der Verfassung zu.¹⁸ „Volk“ in diesem Sinne meint dabei nicht etwa nur die Wahlberechtigten oder das durch gemeinsame Sprache oder Kultur natürlich verbundene Volk, sondern ist vielmehr politisch zu verstehen, also als eine Gruppe von Menschen, die sich politisch als Volk zusammenfindet und so begrifflich auch zu anderen Gruppen abgegrenzt werden kann.¹⁹

Dass allerdings „das Volk“ realistischerweise nicht in seiner Gesamtheit direkt an der Verfassungsgebung mitwirken kann, erkannte auch *Sieyès* an: „*Da sich eine große Nation nicht jedesmal [sic!], wenn außerordentliche Umstände es vielleicht erfordern, wirklich selbst versammeln kann, muss sie die in solchen Fällen notwendigen Vollmachten außerordentlichen Stellvertretern anvertrauen*“²⁰ (Anm. d. Verf.). Diese Stellvertreterrolle kann beispielsweise von einer vom Volk gewählten verfassungsgebenden Nationalversammlung wahrgenommen werden, welche die Verfassung für das Volk erarbeitet und beschließt²¹ (so etwa die Weimarer Nationalversammlung). *Sieyès* war es dabei wichtig, zwischen außerordentlichen und ordentlichen Repräsentanten des Volkes zu differenzieren, damit die Trennung von verfassten Gewalten und verfassungsgebender Gewalt weiterhin gewährleistet bleibt und die Mitglieder der verfassten Gewalten nicht die Bedingungen, unter denen ihnen Gewalt übertragen wird, selbst bestimmen können.²²

Mit dieser Trennung wird allerdings auch anerkannt, dass die verfassungsgebende Gewalt selbst außerhalb der Verfassungsordnung steht und sich gerade nicht an diese

¹² *El Khoury*, Pouvoir Constituant, in: Grote/Lachenmann/Wolfrum, Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law, Stand: Dezember 2017, Rn. 12, <https://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e709?rskey=w3BrQg&result=1&prd=OXCON>, zuletzt abgerufen am 6.11.2019.

¹³ *El Khoury* (Fn. 12) Rn. 13; *Niesen* (Fn. 4), S. 223.

¹⁴ Dreier, Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat, 2009, S. 20.

¹⁵ Böckenförde (Fn. 6), S. 101.

¹⁶ *Locke*, in: Laslett, Two Treatises of Government. A Critical Edition with an Introduction and Apparatus Criticus, 1. Aufl. 1960, S. 381.

¹⁷ *Sieyès*, in: Lembcke/Weber, Was ist der Dritte Stand? Ausgewählte Schriften, 2010, S. 150; *Niesen* (Fn. 4), S. 224.

¹⁸ Böckenförde (Fn. 6), S. 94 f.; *Isensee*, Das Volk als Grundlage der Verfassung. Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt, 1995, S. 26.

¹⁹ Böckenförde (Fn. 6), S. 96.

²⁰ *Sieyès* (Fn. 17), S. 153.

²¹ *Steiner*, Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, 1966, S. 94.

²² *Sieyès* (Fn. 17), S. 153 f.; *Niesen* (Fn. 4), S. 223.

bindet.²³ Ihr ist es also weiterhin möglich, die von ihr geschaffene Ordnung auch wieder umzustürzen. Lockes Theorie sah ein solches Recht zum Umsturz der bestehenden Ordnung ausschließlich bei Kompetenzüberschreitungen der verfassten Gewalten gegeben,²⁴ während es Sieyès als bedingungslos und jederzeit gültig verstand²⁵. Wenn sie durch die verfassungsgebende Gewalt jederzeit beliebig verändert und durchbrochen werden könnte, bliebe von der geschaffenen Ordnung allerdings in der Praxis wenig übrig. Böckenförde hat daher angenommen, dass Eingriffe der verfassungsgebenden Gewalt, welche die Verfassung grundlegend verändern, nur in außergewöhnlichen Lagen möglich sind und besonderer Energie bedürfen, um sich gegenüber der bestehenden Ordnung durchzusetzen.²⁶ Zwar sind dies recht unscharfe Begriffe, die den Widerspruch auch nicht gänzlich auflösen können, die Grundentscheidung für ein Verständnis von „kanalisierter“ verfassungsgebender Gewalt aber ist nichtsdestotrotz sinnvoll, um die geschaffene Ordnung zu stabilisieren.

Die Verfassungsgebung selbst wurde schon als „*außerordentliche[r] Urakt der Rechtsschöpfung*“²⁷ (Anm. d. Verf.) oder als „*eine Art konstitutioneller Urknall*“²⁸ charakterisiert. Diesen Begrifflichkeiten liegt ein Verständnis von Verfassungsgebung als ein zeitlich eingrenzbarer revolutionärer Akt zugrunde, welches sich ebenfalls anhand der Entstehungsgeschichte der verfassungsgebenden Gewalt erklären lässt: Im Kontext der Französischen Revolution ging es nicht etwa um eine schrittweise Verbesserung der Lage des Dritten Standes, sondern um den radikalen Umsturz der bestehenden Ordnung, verbunden mit dem Akt einer Verfassungsneugebung.²⁹

2. Grundlegende Probleme bei der Übertragung auf die Völkerrechtsordnung

Die Konzeption einer globalen verfassungsgebenden Gewalt gestaltet sich in einigen Punkten schwierig. Im Folgenden werden drei zentrale Probleme erörtert, die sich bei der Übertragung der Theorie der verfassungsgebenden Gewalt auf die Ebene jenseits des Nationalstaats ergeben: Die Identifikation eines geeigneten Subjekts der globalen verfassungsgebenden Gewalt (a)), die Art und Weise der Repräsentation dieses Subjekts bei der Verfassungsgebung (b)) und schließlich die Frage nach dem Charakter der globalen Verfassungsgebung selbst (c)).

a) Identifikation eines Subjekts der globalen verfassungsgebenden Gewalt

Im Nationalstaat wird „das Volk“ als Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt verstanden.³⁰ Es ist essentieller Bestandteil der Theorie von verfassungsgebender Gewalt, denn diese basiert gerade auf dem Gedanken der Volkssouveränität. Bianchi beispielsweise konstatiert: „*A constitution may come with or without a written document, and it may be formal or material, long or short, easy or difficult to amend. Many of us, however, might find it problematic to think of a constitution without a demos.*“³¹

Denkt man also über verfassungsgebende Gewalt im internationalen Kontext nach, so drängt sich zunächst die Frage auf, wer auf dieser Ebene als Subjekt verfassungsgebender Gewalt in Frage käme.³² Ein einzelnes Volk jedenfalls wird diese Rolle nicht einnehmen können, denn im Kontext einer Entwicklung hin zu einer „verfassteren“ internationalen Ordnung kann ein Volk eben nur Teil eines größeren Ganzen sein und als ein solcher Teil nicht eigenständig Entscheidungen treffen, die das Ganze angehen. Es ist daher keineswegs offensichtlich, wer als Subjekt globaler verfassungsgebender Gewalt identifiziert werden könnte. Krisch erscheinen die Strukturen jenseits der nationalen Ebene vielmehr derart weit von einer „Gründung durch das Volk“ entfernt zu sein, dass er schlussfolgert, Versuche, die gegenwärtige internationale Ordnung auf ein Volk zurückzuführen, sähen wahrscheinlich absurd aus.³³ Im Folgenden soll dennoch versucht werden, mögliche Anknüpfungspunkte für einen *demos* auf der internationalen Ebene zu identifizieren.

Aus traditioneller völkerrechtlicher Perspektive könnte man zunächst annehmen, dass die Staaten das Subjekt einer globalen verfassungsgebenden Gewalt seien, denn trotz der zunehmenden Bedeutung internationaler Organisationen spielen sie als „*hauptsächlich[e] Völkerrechtssubjekte*“³⁴ (Anm. d. Verf.) noch immer eine zentrale Rolle bei der Weiterentwicklung des Völkerrechts, sei es durch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge oder durch die Herausbildung von Gewohnheitsrecht. Diese Konzeption ist jedoch abzulehnen, da sie sich zu weit von dem eigentlichen demokratischen Kern des Konzepts der verfassungsgebenden Gewalt entfernt. Denn wären die Staaten, vertreten durch ihre jeweiligen Regierungen, das Subjekt einer globalen verfassungsgebenden Gewalt, wäre der einzelne Mensch an dem Projekt globaler Verfassungsgebung bzw. Konstitutionalisierung wie bisher bestenfalls nur indirekt

²³ Isensee (Fn. 18), S. 27.

²⁴ Locke (Fn. 16), S. 372.

²⁵ Sieyès (Fn. 17), S. 151 ff.

²⁶ Böckenförde (Fn. 6), S. 101.

²⁷ Dreier (Fn. 14), S. 20.

²⁸ Peters, LJIL 19 (2006), 579 (584).

²⁹ Lembcke/Weber, in: Lembcke/Weber, Was ist der Dritte Stand? Ausgewählte Schriften, 2010, S. 109 f.

³⁰ S. dazu im Detail oben unter B. I. 1.

³¹ Bianchi, International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking, 2016, S. 50.

³² Die Relevanz dieser Frage betonen auch von Bogdandy, HarvILJ 47 (2006), 223 (234) und Patberg, ICON 14 (2016), 622 (638).

³³ Krisch, ICON 14 (2016), 657 (676).

³⁴ Von Arnault, Völkerrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 59.

über die nationale Legitimation der jeweiligen Regierung beteiligt. Selbst davon kann allerdings nicht für alle Menschen gleichermaßen ausgegangen werden, denn der Anteil der Weltbevölkerung, der als gänzlich „frei“ gilt und entsprechend umfangreiche politische Mitbestimmungsrechte genießt, liegt nach aktuellen Erhebungen gerade einmal bei 39 Prozent.³⁵

Der Gedanke, einen weltweiten *demos*, bestehend aus den Bürgern aller Staaten, als Subjekt globaler verfassungsgebender Gewalt anzusehen, liegt insofern näher.³⁶ Hier stellt sich dann allerdings die Frage, ob es einen solchen weltweiten *demos* überhaupt gibt bzw. geben kann. Er wäre zwar als Subjekt verfassungsgebender Gewalt politisch und nicht etwa kulturell zu verstehen, aber politische Beteiligung setzt wohl auch auf der internationalen Ebene ein gewisses Mindestmaß an Verständigung und gegenseitiger Solidarität voraus. Schon mit Blick auf die Europäische Union, die im Vergleich zur Welt als Ganzes noch als relativ homogen und solidarisch angesehen werden kann, begegnet die Annahme eines über die einzelnen Völker in den Mitgliedstaaten hinausgehenden „europäischen Volkes“ insofern Bedenken.³⁷ Ein Prozess politischer Beteiligung innerhalb eines weltweiten *demos* wäre also nicht zuletzt davon abhängig, wie dem gewachsenen Bedarf an interkultureller Verständigung und Interpretation³⁸ begegnet wird. In Zweifel gezogen wird die Existenz eines weltweiten *demos* auch durch den empirischen Befund, dass sich nach wie vor eine deutliche Mehrheit der Menschen vor allem mit dem eigenen Staat und nur zu einem deutlich geringeren Anteil auch im regionalen oder internationalen Kontext zu identifizieren scheint.³⁹ Die Annahme eines „globalen Volkes“ als Subjekt globaler verfassungsgebender Gewalt gestaltet sich zum jetzigen Zeitpunkt also schwierig.

In einem Beitrag zur Konstitutionalisierungsdebatte scheint *de Wet* der „internationalen Gemeinschaft“ eine der „dem Volk“ im nationalstaatlichen Zusammenhang vergleichbare Rolle für die Konstitutionalisierung des Völkerrechts zuzuschreiben.⁴⁰ Als Mitglieder der internationalen Gemeinschaft sieht sie sowohl Staaten als auch internationale Organisationen und Individuen an.⁴¹ Auch von *Bogdandy* konstatiert, dass der Gedanke einer „internationalen Gemeinschaft“ für das Völkerrecht und die internationale Politik zunehmend eine Rolle spiele, die mit der „des Volkes“ im innerstaatlichen Bereich vergleichbar sei.⁴² *Habermas* nimmt zwar für die Europäische Union

einen *pouvoir constituant mixte* an und sieht den Einzelnen in einer Art „Doppelrolle“ als Bürger des jeweiligen Nationalstaats und als Unionsbürger,⁴³ im Rahmen der Konstitutionalisierungsdiskussion geht er allerdings auch von einer auf Staaten und Individuen aufgeteilten globalen verfassungsgebenden Gewalt aus.⁴⁴ Lässt sich die aus mehreren unterschiedlichen „Teilsubjekten“ bestehende internationale Gemeinschaft also als Träger globaler verfassungsgebender Gewalt begreifen? Dies stünde immerhin in einem gewissen Widerspruch zur nationalstaatlichen Konzeption von verfassungsgebender Gewalt, die klar auf einen Akteur, nämlich das Volk, abstellt. *Niesen* argumentiert in diesem Zusammenhang, die klassische Theorie von verfassungsgebender Gewalt müsse auf der internationalen Ebene modifiziert werden, da die Zuordnung der verfassungsgebenden Gewalt zu einem einzigen Subjekt dort einfach nicht gelingen könne.⁴⁵ Jedenfalls scheint die Konzeption „aufgeteilter“ verfassungsgebender Gewalt die komplexe Realität völkerrechtlicher Rechtsetzung und Rechtsfortentwicklung durch verschiedene Akteure am ehesten abbilden zu können. Andererseits birgt eine solche Aufteilung globaler verfassungsgebender Gewalt auf verschiedene „Teilsubjekte“ auch die Gefahr, das Konzept stark abstrahieren zu müssen, um Unstimmigkeiten in konkreten Fragen zu überwinden und alle Teilsubjekte trotz ihrer Unterschiedlichkeit in die Theorie einer globalen verfassungsgebenden Gewalt einbetten zu können.⁴⁶ Dies könnte den ursprünglichen Aussagegehalt des Konzepts der verfassungsgebenden Gewalt erheblich schmälern.⁴⁷

Es kommen also grundsätzlich verschiedene Anknüpfungspunkte für ein Subjekt globaler verfassungsgebender Gewalt in Betracht. Jedoch ist es nur sehr schwer möglich, ein konkretes, alleiniges Subjekt zu identifizieren. Konzeptionen, die stattdessen mehrere Akteure als „Teilsubjekte“ ansehen, scheinen die Komplexität der gegenwärtigen internationalen Ordnung besser wiedergeben zu können, laufen allerdings Gefahr, das Konzept der verfassungsgebenden Gewalt dabei zu stark zu abstrahieren.

b) Repräsentation im Rahmen globaler Verfassungsgebung

Von der bereits problematischen Identifikation eines geeigneten Subjekts globaler verfassungsgebender Gewalt an sich zu unterscheiden ist die Frage nach der Art und Weise der Repräsentation dieses Subjekts im Rahmen von

³⁵ *Freedom House*, Freedom in the World 2018. Democracy in Crisis, https://freedomhouse.org/sites/default/files/FH_FITW_Report_2018_Final_SinglePage.pdf, zuletzt abgerufen am 6.11.2019.

³⁶ So auch *Bryde*, Der Staat 42 (2003), 61 (65).

³⁷ *Möllers*, in: von *Bogdandy/Bast*, Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 251; *Niesen* (Fn. 4), S. 228.

³⁸ *Habermas* (Fn. 4), S. 402.

³⁹ *Krisch*, ICON 14 (2016), 657 (665).

⁴⁰ *De Wet*, ICLQ 55 (2006), 51 (53 ff.).

⁴¹ *De Wet*, ICLQ 55 (2006), 51 (55).

⁴² *Von Bogdandy*, HarvILJ 47 (2006), 223 (234).

⁴³ *Habermas*, ZaöRV 72 (2012), 1 (22); vgl. ergänzender Charakter der Unionsbürgerschaft, Art. 20 Abs. 1 S. 3 AEUV.

⁴⁴ *Habermas* (Fn. 4), S. 413.

⁴⁵ *Niesen* (Fn. 4), S. 230.

⁴⁶ *Krisch*, ICON 14 (2016), 657 (666).

⁴⁷ *Krisch*, ICON 14 (2016), 657 (666).

globaler Verfassungsgebung. Nichtsdestotrotz ist die Beantwortung dieser Repräsentationsfrage davon abhängig, wer als Subjekt globaler verfassungsgebender Gewalt angesehen wird. Ohne hier eine Festlegung auf einen bestimmten Akteur bzw. eine bestimmte Gruppe von Akteuren als Subjekt(e) einer globalen verfassungsgebenden Gewalt treffen zu wollen, lassen sich dennoch einige Überlegungen zu dem Problem der Repräsentation anstellen.

Schon im begrenzten Raum des Nationalstaats ist es unmöglich, dass das gesamte Volk tatsächlich an der Verfassungsgebung mitwirkt, sodass eine Form von Repräsentation nötig wird.⁴⁸ Für die Ausübung der – in jeder theoretisch denkbaren Konstellation – noch mehr Akteure umfassenden globalen verfassungsgebenden Gewalt muss dies demnach erst recht gelten. Die Frage des „wie“ ist allerdings auch hier wesentlich schwieriger zu beantworten als die des „ob“. Begreift man einen weltweiten *demos* als Subjekt der globalen verfassungsgebenden Gewalt, so könnte theoretisch eine weltweite verfassungsgebende Versammlung in Frage kommen, in die jedes „Teilvolk“ Abgeordnete entsendet und die als Pedant zu einer verfassungsgebenden Nationalversammlung die Repräsentation des Subjekts übernimmt. *Habermas* entwirft eine solche weltweite Versammlung wie folgt: „Eine Generalversammlung, die sich aus Repräsentanten der Weltbürger und aus Abgeordneten der demokratisch gewählten Parlamente der Mitgliedsstaaten [...] zusammensetzt, träte zunächst als Konstituante zusammen und verstetigte sich dann [...] als ein Weltparlament [...]“⁴⁹ (Anm. d. Verf.). Abgesehen davon, dass es um die Realisierbarkeit einer solchen Idee – zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt – schlecht bestellt ist, wäre bei einer so konzipierten Institution zudem wieder eine Verschränkung von verfasster und verfassungsgebender Gewalt gegeben, denn die Mitglieder einer solchen Generalversammlung würden das Subjekt sowohl bei der Verfassungsgebung als auch später als Teil der verfassten Gewalten vertreten.⁵⁰ Geht man dagegen von einer „aufgeteilten“ globalen verfassungsgebenden Gewalt aus, also von einer Situation mit mehreren „Teilsubjekten“, die repräsentiert werden müssen, erscheint eine Lösung noch schwieriger: Müssen nur die Individuen repräsentiert werden oder alle „Teilsubjekte“, also zB auch die internationalen Organisationen? In welchem (institutionellen) Format ist Repräsentation dann überhaupt noch möglich?

c) Charakter der Verfassungsgebung: Abgeschlossen oder im Prozess?

Abschließend soll der Charakter globaler Verfassungsgebung näher beleuchtet werden. Traditionell wird Verfassungsgebung als ein zeitlich begrenzter, unter Umständen auch revolutionärer Akt begriffen.⁵¹ Im Hinblick auf die mit diesem Beitrag in den Blick gefasste völkerrechtliche Konstitutionalisierungsdiskussion lässt sich dieses Verständnis wohl nicht aufrechterhalten. Denn Konstitutionalisierung wird überwiegend als eine noch andauernde Entwicklung, jedenfalls aber nicht als abgeschlossen im Sinne des Vorliegens einer kompletten „Weltverfassung“ verstanden.⁵² *Peters* definiert die Jahre 1945 und 1989 zwar als herausragende „Verfassungsmomente“ für die internationale Ebene, schließt sich im Übrigen aber auch der These von der Konstitutionalisierung als Prozess an.⁵³ Hier lässt sich eine Parallele zur „ungeschriebenen“ Verfassung des Vereinigten Königreichs ziehen. Das dortige Verfassungsrecht ist über Jahrhunderte hinweg gewachsen und setzt sich unter anderem aus vielen verschiedenen schriftlichen Quellen sowie aus rein informellen politischen Absprachen zusammen.⁵⁴ Auch wenn sich diese Verfassungsordnung in ihrer gegenwärtigen Gestalt nicht zuletzt im Zuge der Auseinandersetzung um den *Brexit* verstärkt kritischen Fragen oder gar Rufen nach einer geschriebenen Verfassung ausgesetzt sieht,⁵⁵ scheint eine prozesshafte Konstitutionalisierung mit Blick auf das Vereinigte Königreich aber zumindest prinzipiell möglich. Allerdings lässt dieses Beispiel wohl keine Rückschlüsse über das Verhältnis einer sich über lange Zeit entwickelnden Verfassung zur Theorie der verfassungsgebenden Gewalt *des Volkes* zu, denn dieser kommt im Vereinigten Königreich angesichts der „*crown-in-parliament*“ als Souverän keine Bedeutung (mehr) zu.⁵⁶ Es bleibt also mit Blick auf die Übertragung der verfassungsgebenden Gewalt auf die internationale Ebene unklar, ob Konstitutionalisierung als Prozess dem Konzept von verfassungsgebender Gewalt überhaupt zugänglich ist.

Die hier behandelten Fragen, die sich bei dem Versuch einer Übertragung des Konzepts der verfassungsgebenden Gewalt auf die Ebene jenseits des Nationalstaats stellen, sind wohl die dringendsten, ohne deren Beantwortung eine Konstruktion globaler verfassungsgebender Gewalt sinnlos wäre. Es sind allerdings keineswegs die einzigen problematischen Punkte. So wäre beispielsweise noch zu untersuchen, inwieweit angesichts institutioneller Fragmentierung und wechselseitiger Abhängigkeiten einzelne

⁴⁸ S. dazu im Detail oben unter B. I. 1.

⁴⁹ *Habermas* (Fn. 4), S. 414 f.

⁵⁰ S. dazu im Detail oben unter B. I. 1.

⁵¹ S. dazu im Detail oben unter B. I. 1.

⁵² *Bryde*, *Der Staat* 42 (2003), 61 (63); *Paulus*, *ZaöRV* 67 (2007), 695 (700 f.).

⁵³ *Peters*, *LJIL* 19 (2006), 579 (599).

⁵⁴ *Jowell/Oliver*, in: *Jowell/Oliver*, *The Changing Constitution*, 7. Aufl. 2011, S. 2 f.

⁵⁵ Siehe etwa *King*, in: *Jowell/O’Cinneide*, *The Changing Constitution*, 9. Aufl. 2019, S. 421 ff.

⁵⁶ *Dicey*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8. Aufl. 1915, S. 37 f.; *Loughlin*, in: *Loughlin/Walker*, *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, 2008, S. 38-47, insb. S. 42 f.

Elemente der gegenwärtigen Völkerrechtsordnung als Objekte globaler verfassungsgebender Gewalt überhaupt identifizierbar sind, um dann ggf. durch Ausübung verfassungsgebender Gewalt geändert bzw. abgeschafft werden zu können.⁵⁷

II. Vergleich und Analyse zweier Konzeptionen globaler verfassungsgebender Gewalt

Nachdem im ersten Teil des Beitrags grundlegende Problemfelder bei der Konstruktion einer Theorie der verfassungsgebenden Gewalt für die Ebene jenseits des Staates herausgearbeitet wurden, sollen nun vor diesem Hintergrund einige Konzeptionen einer globalen verfassungsgebenden Gewalt, die im Zuge der Konstitutionalisierungsdiskussion erarbeitet wurden, näher untersucht werden. Dabei ist es im Rahmen dieses Beitrags nicht möglich, die gesamte Breite der zu diesem Thema vertretenen Ansätze abzudecken.⁵⁸ Um dennoch einen Eindruck davon zu vermitteln, wie sehr sich die in den verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen bisher entwickelten Lösungsansätze voneinander unterscheiden, sollen hier exemplarisch das Modell einer verfassungsgebenden Gewalt der „Völker der Vereinten Nationen“ des Völkerrechtlers *Bardo Fassbender*, das sich konzeptionell eher an der traditionellen Theorie verfassungsgebender Gewalt orientiert, sowie der politikwissenschaftlich geprägte Neuentwurf einer „konstitutionalisierenden Gewalt“ von *Svenja Ahlhaus* und *Markus Patberg* betrachtet werden.

Im Folgenden wird zuerst das Konzept einer verfassungsgebenden Gewalt der „Völker der Vereinten Nationen“ vorgestellt (1.). Daran schließt sich die Darstellung des Modells der „konstitutionalisierenden Gewalt“ an (2.). Abschließend werden beide Ansätze miteinander verglichen und analysiert (3.).

1. Verfassungsgebende Gewalt der „Völker der Vereinten Nationen“

Die von *Fassbender* entwickelte Konzeption der VN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft⁵⁹ ist ein grundlegender Beitrag zur Konstitutionalisierungsdiskussion und kann sich auf eine gewisse Tradition ähnlicher Einordnungen der Charta unter (deutschen)

Völkerrechtlern stützen.⁶⁰ Diesem Ansatz zufolge ist sie nicht nur die „Verfassung“ der internationalen Organisation „Vereinte Nationen“, die deren Binnenorganisation regelt, sondern stellt darüber hinaus auch die Verfassung der gesamten internationalen Gemeinschaft dar.⁶¹ Der Charta der Vereinten Nationen wird damit also für die internationale Ordnung eine ähnlich weitreichende Bedeutung beigemessen, wie sie Verfassungen im innerstaatlichen Kontext zukommt.⁶²

Fassbender begründet seinen Ansatz, indem er mehrere „constitutional characteristics“ der Charta identifiziert,⁶³ die er zuvor als Merkmale des „Idealtyps“ einer Verfassung im innerstaatlichen Kontext herausgearbeitet hat⁶⁴. So führt er beispielsweise die wichtige Rolle, welche die Generalversammlung bei der Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts einnimmt, die weitreichende Kompetenz des Sicherheitsrates zur Durchsetzung seiner Entscheidungen⁶⁵ und die Möglichkeit, durch einfachen Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung den IGH mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens zu beauftragen,⁶⁶ als Belege für ein von der Charta geschaffenes *Governance*-System an⁶⁷. Zudem versteht er Art. 103 der Charta, der einen Vorrang der Verpflichtungen aus der Charta gegenüber solchen aus anderen internationalen Übereinkünften normiert, als Ausdruck einer von der VN-Charta ausgehenden Normenhierarchie.⁶⁸ Ob die Annahme, die Charta sei die Verfassung der Weltgemeinschaft, überzeugen kann, soll hier vorerst offen bleiben. Denn zunächst muss die Rolle der verfassungsgebenden Gewalt in dieser Konzeption näher erläutert werden.

Bei seinen Überlegungen betont *Fassbender*, dass die Einordnung der Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft voraussetze, dass eine entsprechende verfassungsgebende Gewalt existiert.⁶⁹ Mit Blick auf das Subjekt dieser verfassungsgebenden Gewalt stellt er sodann auf den Wortlaut der Präambel der VN-Charta⁷⁰ ab und sieht dementsprechend „die Völker der Vereinten Nationen“ als Subjekt an.⁷¹ Dabei stützt sich seine Argumentation unter anderem auf die gegensätzliche Formulierung in der Satzung des Völkerbundes, in der noch die „Hohen

⁵⁷ Siehe dazu *Krisch*, ICON 14 (2016), 657 (666 ff.).

⁵⁸ Eine Darstellung bisher entwickelter Theorien einer globalen verfassungsgebenden Gewalt, verbunden mit einer kritischen Einordnung ebendieser, findet sich bei *Patberg* (Fn. 11), S. 218–251.

⁵⁹ Siehe *Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, 2009; *ders.*, ColJTL 36 (1998), 529 ff.

⁶⁰ *Winkler*, Die Vereinten Nationen im Gefüge der internationalen Organisationen. Eine rechtsdogmatische Untersuchung, 2019, S. 117.

⁶¹ *Fassbender* (Fn. 59), S. 116; *ders.*, ColJTL 36 (1998), 529 (531).

⁶² *Winkler* (Fn. 60), S. 116.

⁶³ Ausführlich dazu *Fassbender* (Fn. 59), S. 86–115.

⁶⁴ *Fassbender* (Fn. 59), S. 86–115, S. 82 f.

⁶⁵ Vgl. insb. Art. 43 Abs. 1 UNCh, der vorsieht, dass die Mitgliedstaaten dem Sicherheitsrat Streitkräfte zur Verfügung stellen – was so allerdings

nie realisiert wurde, siehe *Krisch*, in: Simma/Et al., The Charter of the United Nations: A Commentary, 3. Aufl. 2012, Volume II, Art. 43 Rn. 9–13.

⁶⁶ Vgl. Art. 96 Abs. 1, Art. 18 Abs. 3 UNCh; siehe auch *Oellers-Frahm*, in: Simma/Et al., The Charter of the United Nations: A Commentary, 3. Aufl. 2012, Volume II, Art. 96 Rn. 15.

⁶⁷ *Fassbender* (Fn. 59), S. 95, 97, 99.

⁶⁸ *Fassbender* (Fn. 59), S. 103 f.

⁶⁹ *Fassbender* (Fn. 59), S. 90.

⁷⁰ Dieser lautet auszugsweise: „Wir, die Völker der Vereinten Nationen [...] haben beschlossen, in unserem Bemühen um die Erreichung dieser Ziele zusammenzuwirken.“

⁷¹ *Fassbender*, in: Loughlin/Walker, The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form, 2008, S. 286.

Vertragsparteien“, also die vertragschließenden Staaten, als handelnde Akteure hervorgehoben worden waren.⁷²

Auch hinsichtlich der Repräsentation der „Völker der Vereinten Nationen“ bei der Verfassungsgebung bezieht sich *Fassbender* auf den Wortlaut der Präambel der Charta⁷³ und betrachtet die bei Ausarbeitung und Unterzeichnung der VN-Charta versammelten Regierungsvertreter als die Repräsentanten der „Völker der Vereinten Nationen“. ⁷⁴ Die Konferenz von San Francisco habe sich als verfassungsgebende Versammlung der Welt verstanden.⁷⁵

Hinsichtlich der Verfassungsgebung selbst stellt *Fassbender* auf die Ausarbeitung und Unterzeichnung der Charta ab, also auf ein spezifisches Verfassungsdokument, das zu einem bestimmten Zeitpunkt erarbeitet und unterzeichnet wurde. Er scheint Verfassungsgebung also dem traditionellen Ansatz folgend als einen einmaligen Akt, der im Falle der Charta auf der Konferenz von San Francisco stattgefunden habe, zu verstehen.⁷⁶ In dem „*constitutional moment*“ nach den beiden Weltkriegen, so *Fassbender*, sollte die sich abzeichnende grundlegende Neuordnung stabilisiert werden.⁷⁷

Zum Abschluss seiner Ausführungen zur verfassungsgebenden Gewalt der „Völker der Vereinten Nationen“ weist *Fassbender* explizit darauf hin, dass die verfassungsgebende Gewalt von der Charta nicht absorbiert werde und es den „Völkern der Vereinten Nationen“ vielmehr kraft ihrer verfassungsgebenden Gewalt weiterhin möglich sei, die Charta als gegenwärtig bestehende Ordnung ersatzlos zu verwerfen bzw. durch eine neue Ordnung zu ersetzen.⁷⁸

2. Die Theorie der „konstitutionalisierenden Gewalt“

Anders als *Fassbender* stützen *Ahlhaus* und *Patberg* ihre Theorie nicht auf ein spezifisches Dokument. Grundlage der „konstitutionalisierenden Gewalt“ ist vielmehr die von den Autoren vertretene Annahme, dass „*ein tatsächlich stattfindender Prozess der Konstitutionalisierung des Völkerrechts beobachtet werden kann*“⁷⁹. Zur Begründung dieser Annahme führen *Ahlhaus* und *Patberg* die Hierarchisierung des Völkerrechts und die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes an, die sie als Beispiele für eine Herausbildung völkerrechtlicher Normen von Verfassungsqualität begreifen.⁸⁰ Nach Ansicht der Autoren ist eine so verstandene prozesshafte Konstitutionalisierung mit dem Konzept der verfassungsgebenden Gewalt

unvereinbar: Der Prozess der Konstitutionalisierung sei nicht auf einen demokratischen Souverän zurückführbar und es liege auch kein einmaliger Akt der Verfassungsgebung vor.⁸¹ Deshalb entwerfen *Ahlhaus* und *Patberg* das Modell der „konstitutionalisierenden Gewalt“ als „*funktionales Äquivalent zur verfassungsgebenden Gewalt*“⁸². Dabei handelt es sich trotz des neuen Namens eher um eine Anpassung des Konzepts der verfassungsgebenden Gewalt an die veränderten Bedingungen auf der suprastaatlichen Ebene, bei der die traditionellen Elemente der verfassungsgebenden Gewalt – mit angepasstem Inhalt – übernommen werden, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden.

Zunächst baut auch die Theorie der „konstitutionalisierenden Gewalt“ von *Ahlhaus* und *Patberg* auf einem Subjekt auf, dass die globale verfassungsgebende Gewalt trägt. Für die Autoren kommen dabei grundsätzlich zwei mögliche Bezugspunkte in Betracht: Ein globaler *demos* aller Individuen oder sich wechselnd zusammensetzende *demos*, die jeweils das Legitimationssubjekt für eine bestimmte Ordnung darstellen.⁸³ Das Konzept wechselnder *demos* basiert auf dem Gedanken, dass der Einzelne aufgrund komplexer und sich überlappender *Governance*-Strukturen nicht mehr nur als Mitglied einer einzigen politischen Gemeinschaft verstanden werden kann, sondern gleichzeitig zu verschiedenen Gemeinschaften zu zählen ist und die einzelnen politischen Systeme daher von verschiedenen Personengruppen legitimiert werden.⁸⁴ Letztlich lehnen *Ahlhaus* und *Patberg* die Konzeption eines globalen *demos* jedoch ab und begründen dies damit, dass diejenigen Elemente der Völkerrechtsordnung, die als Belege für eine stattfindende Konstitutionalisierung angeführt werden, nicht immer eine einheitliche Mitgliedschaft aufweisen und demnach auch keinen weltweiten *demos*, sondern jeweils unterschiedliche Personengruppen betreffen.⁸⁵ Als Beispiele führen sie die EMRK mit der Rechtsprechung des EGMR sowie den IstGH an, beides Systeme mit regionaler bzw. jedenfalls nicht universeller Mitgliedschaft.⁸⁶ Dem Modell wechselnder *demos* folgend bestimmen die Autoren das Subjekt der „konstitutionalisierenden Gewalt“ anschließend nicht einheitlich, sondern immer in Bezug auf einzelne, zuvor als Konstitutionalisierungsphänomene ausgemachte völkerrechtliche Entwicklungen: So sei der *demos* mit Blick auf das internationale Menschenrechtsregime nach der Reichweite der jeweiligen völkerrechtlichen Verträge zu bestimmen, bezüglich der Hierarchisierung des Völkerrechts

⁷² *Fassbender* (Fn. 59), S. 90.

⁷³ Der entsprechende Abschnitt lautet: „*Dementsprechend haben unsere Regierungen durch ihre [...] versammelten Vertreter [...] diese Charta der Vereinten Nationen angenommen [...]*“.

⁷⁴ *Fassbender* (Fn. 59), S. 90, 93.

⁷⁵ *Fassbender* (Fn. 71), S. 286.

⁷⁶ *Fassbender* (Fn. 59), S. 86.

⁷⁷ *Fassbender* (Fn. 59), S. 86.

⁷⁸ *Fassbender* (Fn. 71), S. 290.

⁷⁹ *Ahlhaus/Patberg*, in: *Fassbender/Siehr*, Suprastaatliche Konstitutionalisierung. Perspektiven auf die Legitimität, Kohärenz und Effektivität des Völkerrechts, 2012, S. 28 f.

⁸⁰ *Ahlhaus/Patberg* (Fn. 79), S. 30 ff.

⁸¹ *Ahlhaus/Patberg* (Fn. 79), S. 37.

⁸² *Ahlhaus/Patberg* (Fn. 79), S. 23.

⁸³ *Ahlhaus/Patberg* (Fn. 79), S. 41 f.

⁸⁴ *Ahlhaus/Patberg* (Fn. 79), S. 42.

⁸⁵ *Ahlhaus/Patberg* (Fn. 79), S. 42.

⁸⁶ *Ahlhaus/Patberg* (Fn. 79), S. 42.

hingegen könne aufgrund der universellen Geltung von *ius cogens*-Normen ein weltweiter *demos* angenommen werden.⁸⁷

Auch der Gedanke der Repräsentation des Subjekts verfassungsgebender Gewalt bei der Verfassungsgebung wird von den Autoren in ihre Theorie der „konstitutionalisierenden Gewalt“ überführt. Im Hinblick auf die innerstaatliche Verfassungsgebung gehen sie von einer zweigliedrigen Repräsentation aus: Einerseits finde diese „*formell-elektoral*“ durch gewählte Institutionen statt, andererseits aber auch „*informell-deliberativ*“ durch die Offenheit der Repräsentanten für Argumente und Meinungen, die im Rahmen öffentlicher Diskussionen an sie herangetragen werden.⁸⁸ In Abgrenzung zu anderen Autoren, die entweder ausschließlich auf das formelle Element abstellen bzw. dieses zumindest in den Vordergrund ihrer Theorie rücken,⁸⁹ betont Patberg die Relevanz gerade des zweiten, deliberativen Elements. Unter deliberativer Repräsentation versteht er den kommunikativen Austausch über politische Angelegenheiten, der zwar institutionalisiert sein könne, sich aber primär in der politischen Öffentlichkeit vollziehe.⁹⁰ Erst durch die Einbettung von Wahlen und Abstimmungen in einen solchen Deliberationsprozess und die damit einhergehende Möglichkeit, sich als Bürger differenziert zu verfassungspolitischen Inhalten äußern zu können, erhalte die Verfassungsgebung ihre demokratische Legitimität.⁹¹

Für die Ebene jenseits des Staates lehnen Ahlhaus und Patberg in ihrem Beitrag eine Repräsentation des Subjekts globaler verfassungsgebender Gewalt durch regional bzw. global gewählte Institutionen als unrealistisch ab.⁹² Zudem führen sie an, dass derartige verfassungsgebende Regional- bzw. Globalversammlungen aufgrund des noch andauernden Charakters der Konstitutionalisierung sowie der begrenzten Steuerbarkeit dieses Prozesses durch gewählte Institutionen sinnlos wären.⁹³ Insofern stünde für eine globale verfassungsgebende Gewalt nur die Möglichkeit einer Repräsentation durch nicht mit eigener Macht zur Entscheidung bzw. Implementation ausgestattete politische Öffentlichkeiten zur Verfügung.⁹⁴ In diesem Kontext betonen die Autoren daher insbesondere die Bedeutung einer stärkeren transnationalen Zivilgesellschaft.⁹⁵ In seiner 2018 erschienenen Dissertation,⁹⁶ in der er die Theorie einer globalen verfassungsgebenden Gewalt weiterentwickelt, scheint Patberg formelle Repräsentationselemente auch auf der suprastaatlichen Ebene jedoch nicht mehr kategorisch ausschließen zu wollen. Denn neben der

Formierung grenzüberschreitender politischer Öffentlichkeiten erörtert er dort als Zukunftsszenario ein Mehrebenensystem aus permanenten innerstaatlichen verfassungsgebenden Versammlungen einerseits und einer suprastaatlichen verfassungsgebenden Versammlung andererseits.⁹⁷ Dabei stützt er seine Ausführungen auf Parallelen zu bereits existierenden transnationalen Vereinigungen von Repräsentativorganen wie etwa der *Conference of the Parliamentary Committees for Union Affairs of Parliaments of the European Union (COSAC)*.⁹⁸

Hinsichtlich des Charakters globaler Verfassungsgebung soll hier noch einmal unterstrichen werden, dass Ahlhaus und Patberg Konstitutionalisierung nicht als einen einmaligen Akt der Verfassungsgebung, sondern als andauernden Prozess verstehen. Dabei sehen sie im Verlauf des globalen Verfassungsgebungsprozesses für das Subjekt der „konstitutionalisierenden Gewalt“ unterschiedliche Kompetenzen vor: Im Voraus einer Normsetzung könne es diese programmieren, also zum Beispiel die Anerkennung weiterer Normen als *ius cogens* fordern, es könne zudem die eigentliche Normsetzung etwa durch Beiträge auf internationalen Konferenzen zur Vertragsausarbeitung begleiten und darüber hinaus entstandenen Normen auch kontestieren.⁹⁹

3. Vergleich und Analyse der beiden Konzeptionen

Die beiden soeben dargestellten Konzeptionen einer verfassungsgebenden Gewalt für die suprastaatliche Ebene werden nun im Hinblick auf ihr Verständnis von Konstitutionalisierung und globaler Verfassungsgebung (a)) sowie ihren Umgang mit den weiteren problematischen Aspekten Subjekt (b)) und Repräsentation (c)) miteinander verglichen und analysiert. Abschließend erfolgt dann eine Gesamtbewertung beider Ansätze (d)).

a) Verständnis von Konstitutionalisierung und globaler Verfassungsgebung

Das jeweilige Verständnis von völkerrechtlicher Konstitutionalisierung ist auch für die Konzeption einer globalen verfassungsgebenden Gewalt relevant, da Konstitutionalisierung hier gewissermaßen das völkerrechtliche Gegenstück zum Akt der Verfassungsgebung im Nationalstaat darstellt. Wie bereits gezeigt wurde, wird Konstitutionalisierung dabei überwiegend als Prozess beschrieben, eine Art der Verfassungsgebung also, von der nicht unmittelbar

⁸⁷ Ahlhaus/Patberg (Fn. 79), S. 45.

⁸⁸ Ahlhaus/Patberg (Fn. 79), S. 46.

⁸⁹ Siehe zu derartigen Ansätzen auch Patberg (Fn. 11), S. 142.

⁹⁰ Patberg (Fn. 11), S. 142.

⁹¹ Patberg (Fn. 11), S. 142 f.

⁹² Ahlhaus/Patberg (Fn. 79), S. 47.

⁹³ Ahlhaus/Patberg (Fn. 79), S. 47 f.

⁹⁴ Ahlhaus/Patberg (Fn. 79), S. 48.

⁹⁵ Ahlhaus/Patberg (Fn. 79), S. 49 ff.

⁹⁶ Patberg (Fn. 11).

⁹⁷ Patberg (Fn. 11), S. 298-305.

⁹⁸ Patberg (Fn. 11), S. 301 f., 304 f.

⁹⁹ Ahlhaus/Patberg (Fn. 79), S. 41, 51 ff.

klar ist, ob sie als andauernde Ausübung verfassungsgebender Gewalt verstanden werden kann.¹⁰⁰

Entgegen dieser prozesshaften Auffassung von Konstitutionalisierung scheint *Fassbender* mit seiner Konzentration auf die VN-Charta als ein einziges, bereits verabschiedetes Dokument zunächst eine abgeschlossene Konstitutionalisierung anzunehmen. Ginge man davon aus, dass Konstitutionalisierung im Völkerrecht mit der Unterzeichnung der Charta ihren Abschluss gefunden hat, wäre dies allerdings vor dem Hintergrund einiger völkerrechtlicher Entwicklungen mit großer Bedeutung für die Konstitutionalisierungsthese, die erst nach Unterzeichnung der Charta im Jahr 1945 stattgefunden haben, wenig überzeugend. So wird beispielsweise die Herausbildung eines internationalen Menschenrechtsschutzes unter anderem durch die Verabschiedung des *International Bill of Rights* von vielen Autoren durchaus überzeugend als Beleg für die Herausbildung von verfassungsähnlichen Normen im Völkerrecht angeführt.¹⁰¹ Solche Entwicklungen aber blieben bei einem Verständnis der Charta als abschließende Regelung im Sinne einer „Weltverfassung“ unberücksichtigt. Dieses Problem sieht auch *Fassbender* und entwirft daher die Kategorie der die Charta ergänzenden „*constitutional by-laws*“, in der er völkerrechtliche Verträge, Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsprinzipien von „Verfassungsrang“, die erst nach der Unterzeichnung der Charta entstanden sind, zusammenfasst.¹⁰² Insoweit scheint sein Verständnis von Konstitutionalisierung also über den engen Rahmen der VN-Charta hinaus doch zumindest auch eine Art Prozess der späteren Verfassungsergänzung zu umfassen.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass *Fassbenders* Auffassung von Konstitutionalisierung insgesamt zu statisch ist, um der Realität der Fortentwicklung des Völkerrechts angemessen Rechnung zu tragen. Den als „*constitutional by-laws*“ beschriebenen völkerrechtlichen Entwicklungen, die *Fassbender* in seinem Entwurf nur als ergänzend bzw. die Charta-Grundziele umsetzend versteht,¹⁰³ kommt richtigerweise für das als Konstitutionalisierung beschriebene Phänomen eine eigenständige Bedeutung zu (so etwa dem bereits erwähnten internationalen Menschenrechtsschutz). *Peters* weist insofern zu Recht darauf hin, dass die Einordnung als „*constitutional by-laws*“ künstlich erscheint.¹⁰⁴ Ohne diesen künstlichen Miteinbezug von neueren völkerrechtlichen Entwicklungen aber sind die durch die Charta getroffenen Regelungen wohl nicht umfassend genug, um

in ihr eine Verfassung der internationalen Gemeinschaft als Ganzes zu sehen.

Insofern erscheint es überzeugender, zwar die besondere Bedeutung der VN-Charta für die internationale Ordnung und insbesondere für die Weiterentwicklung des Völkerrechts anzuerkennen,¹⁰⁵ für Konstitutionalisierung und damit für globale Verfassungsgebung allerdings ein weiteres Verständnis zu wählen. Es sollte sich nicht nur auf das System der Charta konzentrieren, sondern auch aktuelle und künftige Entwicklungen sowohl innerhalb als auch außerhalb des VN-Systems abbilden können, die für das Phänomen einer Konstitutionalisierung relevant sind. Das von *Ahlhaus* und *Patberg* ihrem Modell der „konstitutionalisierenden Gewalt“ zugrunde gelegte Konstitutionalisierungsverständnis wird diesen Maßstäben gerecht. Es knüpft nicht an ein bestimmtes Normensystem innerhalb des Völkerrechts oder gar an ein einziges Dokument an und ist dadurch in der Lage, die unterschiedlichen Entwicklungsstränge, die zwar zusammengekommen, nicht aber für sich betrachtet, die These von der Konstitutionalisierung rechtfertigen mögen, besser zu fassen. Darüber hinaus eröffnet es auch die Möglichkeit einer weniger idealistisch geprägten, realistischeren Betrachtung von Konstitutionalisierung im Völkerrecht: Versteht man Konstitutionalisierung als Prozess, so mag sich dieser zwar immer weiter fortsetzen, muss aber nicht unbedingt linear erfolgen und kann zudem in einigen Teilrechtsgebieten deutlicher ausgeprägt sein, als das in anderen der Fall ist.¹⁰⁶ Ein solch differenziertes Verständnis von Konstitutionalisierung, das auch gegenteilige Entwicklungen sowie unterschiedlich stark ausgeprägte Verfassungsqualität berücksichtigen kann, erscheint nicht zuletzt mit Blick auf aktuelle Entwicklungen in der internationalen Politik geboten. Exemplarisch genannt werden sollen hier nur der Rückzug der Vereinigten Staaten aus einer Reihe von völkerrechtlichen Verträgen wie dem INF-Vertrag und dem Pariser Klimaabkommen¹⁰⁷ sowie der bevorstehende Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union¹⁰⁸. Derartige desintegriative Tendenzen lassen die These von einer unvermindert fortschreitenden Konstitutionalisierung jedenfalls in einem weitaus skeptischeren Licht erscheinen.

Ein Verständnis von Konstitutionalisierung und globaler Verfassungsgebung als Prozess kann durch eine realistischere Abbildung völkerrechtlicher Entwicklungen überzeugen. Allerdings stellt ein solches Verständnis für die Konzeption einer globalen verfassungsgebenden Gewalt

¹⁰⁰ S. dazu im Detail oben unter B. I. 2. c).

¹⁰¹ So etwa *Kadelbach/Kleinlein*, AVR 44 (2006), 235 (238); *de Wet*, ICLQ 55 (2006), 51 (57 f.).

¹⁰² *Fassbender* (Fn. 59), S. 122 f.

¹⁰³ *Fassbender* (Fn. 59), S. 122.

¹⁰⁴ *Peters*, LJIL 19 (2006), 579 (598).

¹⁰⁵ *Kleinlein* (Fn. 5), S. 424 f.

¹⁰⁶ *Peters*, ZÖR 65 (2010), 3 (11).

¹⁰⁷ Für einen ausführlichen Beitrag zum Verhältnis der gegenwärtigen US-Administration zur Völkerrechtsordnung siehe *Talmon*, Chinese JIL 18 (2019), 645 ff.

¹⁰⁸ Zum Zeitpunkt der letztmaligen Überarbeitung dieses Beitrags wird das Vereinigte Königreich spätestens mit Ablauf des 31.1.2020 nach Art. 50 Abs. 3 EUV aus der EU ausscheiden, siehe Beschluss des Europäischen Rates vom 28.10.2019, EUCO XT 20024/2/19 REV 2, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20024-2019-REV-2/de/pdf>, zuletzt abgerufen am 06.01.2020.

nach wie vor ein beachtliches Hindernis dar, denn bei Zugrundlegung eines prozesshaften Konstitutionalisierungsverständnisses ergeben sich Probleme auf anderer Ebene, insbesondere bei der Frage der Repräsentation.

b) *Ansätze zur Identifikation eines Subjekts globaler verfassungsgebender Gewalt*

Die beiden Theorien unterscheiden sich auch hinsichtlich der Bestimmung des Subjekts globaler verfassungsgebender Gewalt. Während *Fassbender* die Frage nach dem Subjekt klar mit den „Völkern der Vereinten Nationen“ beantwortet und so Gefahr läuft, den falschen Eindruck zu erwecken, die Bestimmung des Subjekts globaler verfassungsgebender Gewalt sei unproblematisch, fällt die Antwort, die *Ahlhaus* und *Patberg* im Rahmen ihres Entwurfs der „konstitutionalisierenden Gewalt“ geben, komplexer aus. Sie ziehen zunächst sowohl einen globalen *demos* und als auch sich wechselnd zusammensetzende *demoi* in Betracht, setzen sich mit beiden Alternativen auseinander und machen dabei deutlich, dass auf die Frage nach dem Subjekt globaler verfassungsgebender Gewalt keineswegs eine unproblematische, eindeutige Antwort gegeben werden kann.

Fassbenders Argument, die „Völker der Vereinten Nationen“ seien bei der Unterzeichnung der VN-Charta das Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt gewesen, begegnet einigen Bedenken. Zunächst ist festzuhalten, dass die Ausarbeitung und Unterzeichnung der Charta durch Regierungsvertreter der ursprünglichen 50 Mitgliedstaaten erfolgte und die jeweiligen Völker daran zumindest nicht direkt beteiligt waren.¹⁰⁹ *Fassbender* sieht sie aber durch die jeweiligen Regierungen bei der Verfassungsgebung repräsentiert. Eine solche Konstruktion widerspräche jedoch dem Gedanken, zusätzliche demokratische Legitimation zu schaffen, denn es bliebe letztlich bei dem bisher vorherrschenden Modell des Intergouvernementalismus,¹¹⁰ bei dem die Beteiligungsmöglichkeiten der Bürger relativ gering sind und die Initiative für Rechtssetzung bzw. Verfassungsgebung vor allem von den Regierungen ausgeht¹¹¹. Die Delegierten der Konferenz von San Francisco mögen sich zwar als verfassungsgebende Versammlung der Welt verstanden haben, ob sich ihre Bürger allerdings als die eigentlichen Urheber der Charta gesehen haben, erscheint fragwürdig.¹¹²

Allerdings lässt die Zurückführung einer Verfassung auf die verfassungsgebende Gewalt des Volkes auch im innerstaatlichen Kontext die tatsächliche Entstehungsgeschichte der Verfassung oftmals ein Stück weit außer Acht.¹¹³ Das Grundgesetz beispielsweise entstand auch auf Drängen der

Alliierten, die die Rolle Westdeutschlands in der westlichen Allianz konsolidiert wissen wollten.¹¹⁴ Insofern hat *Krisch* nicht ganz zu Unrecht angemerkt, dass die Rückführung einer politischen Ordnung auf die verfassungsgebende Gewalt des Volkes oft zumindest zu einem gewissen Grad scheinheilig sei.¹¹⁵

Auch die Argumentation von *Ahlhaus* und *Patberg* kann allerdings nicht gänzlich überzeugen. Sie gehen zunächst davon aus, dass die einzelnen Phänomene einer Konstitutionalisierung im Völkerrecht keine einheitliche Mitgliedschaft aufweisen und lehnen deshalb die Idee eines globalen *demos* ab. Da dies zwar auf die von ihnen herausgegriffenen Beispiele der EMRK und des IstGH zutrifft, es daneben aber auch Konstitutionalisierungselemente gibt, die durchaus eine universelle Mitgliedschaft bzw. einen universellen Betroffenenkreis aufweisen (so etwa die Hierarchisierung des Völkerrechts), schließen sie sich dann dem Konzept mehrerer, sich ggf. auch überlappender *demoi* an. Globale verfassungsgebende Gewalt wird dadurch ähnlich wie bei der zuvor diskutierten Möglichkeit, die internationale Gemeinschaft als Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt anzusehen, nicht mehr klar in ihrer Gesamtheit einem Akteur zugewiesen, sondern auf verschiedene *demoi* aufgeteilt. Eine solche Aufteilung der Trägerschaft verfassungsgebender Gewalt erscheint jedoch der praktischen Anwendbarkeit der Theorie entgegenzustehen. Denn wie die Autoren selbst einräumen, bleibt ungewiss, wie eine Grenzziehung zwischen den unterschiedlichen *demoi* erfolgen soll und wie beispielsweise verhindert werden kann, dass eingebrachte Meinungen und Argumente gar nicht von den Mitgliedern des jeweiligen *demos* stammen.¹¹⁶ Zwar tragen *Ahlhaus* und *Patberg* mit ihrem Ansatz zu Beantwortung der Frage nach einem möglichen Subjekt globaler verfassungsgebender Gewalt der Realität komplexer Governance-Systeme Rechnung, müssen aber in Kauf nehmen, dass der ursprünglicher Aussagegehalt des Konzepts der verfassungsgebenden Gewalt, die Herrschaftsgewalt klar auf einen Akteur zurückführen zu können, der die verfasste Ordnung gegebenenfalls auch wieder beseitigen bzw. ersetzen kann, erheblich geschmälert wird.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass beide Konzeptionen hinsichtlich der Identifikation eines geeigneten Subjekts globaler verfassungsgebender Gewalt Unzulänglichkeiten aufweisen. Die Frage, wer verfassungsgebende Gewalt auf der suprastaatlichen Ebene tatsächlich ausüben könnte, ist damit weiterhin offen.

¹⁰⁹ Khan, in: Simma/Et al., The Charter of the United Nations: A Commentary, 3. Aufl. 2012, Volume I, Drafting History, Rn. 45-56.

¹¹⁰ S. dazu oben unter B. I. 2. a).

¹¹¹ Patberg, ICON 14 (2016), 622 (633 ff.).

¹¹² Krisch, ICON 14 (2016), 657 (669).

¹¹³ Kumm, ICON 14 (2016), 697 (699).

¹¹⁴ Kumm, ICON 14 (2016), 697 (699).

¹¹⁵ Krisch, ICON 14 (2016), 657 (662).

¹¹⁶ Ahlhaus/Patberg (Fn. 79), S. 53.

c) *Beantwortung der Repräsentationsfrage*

Dass *Fassbenders* These, die Regierungsdelegationen hätten die „Völker der Vereinten Nationen“ bei der Ausarbeitung und Unterzeichnung der VN-Charta repräsentiert, mit dem Ziel der Schaffung zusätzlicher demokratischer Legitimität unvereinbar ist, wurde bereits dargelegt. Im Rahmen seiner Ausführungen geht *Fassbender* dennoch davon aus, dass zur Repräsentation der „Völker der Vereinten Nationen“ weder eine weltweite Volksabstimmung noch eine demokratisch legitimierte verfassungsgebende Versammlung nötig seien.¹¹⁷ Er begründet diese Annahme zum einen mit der Möglichkeit der „Völker der Vereinten Nationen“, indirekt über den nationalen politischen Prozess bei der Verfassungsgebung mitzuwirken, und zum anderen damit, dass die VN-Charta durch die Mitgliedstaaten ratifiziert werden musste.¹¹⁸ Diese Argumente können jedoch ebenfalls nicht überzeugen. Dass die indirekte Mitwirkung über die nationale Legitimationskette für eine verfassungsgebende Gewalt des Volkes im eigentlichen Sinne nicht ausreichen kann, wurde bereits gezeigt.¹¹⁹ Art. 110 der Charta, der in seinem Abs. 1 die Ratifikation der Charta durch die Mitgliedstaaten nach Maßgabe des jeweiligen Verfassungsrechts vorsieht und in Abs. 3 das Inkrafttreten der Charta von der Ratifikation durch alle P5-Staaten und einer Mehrheit der übrigen Staaten abhängig macht, stellt jedoch auch keine ausreichende Partizipationsmöglichkeit dar. Denn im Rahmen der Ratifikation sind die „Völker der Vereinten Nationen“ wieder nur indirekt und zudem nur nach bereits erfolgter Ausarbeitung und Unterzeichnung der Charta beteiligt.

Wie bereits angeklungen ist, gestaltet sich die Übertragung des Repräsentationselements aber auch bei einem prozesshaften Verständnis von Konstitutionalisierung schwierig. *Ahlhaus* und *Patberg* ist zuzustimmen, soweit sie die Möglichkeit institutioneller Repräsentation während eines andauernden Prozesses der Konstitutionalisierung als sinnlos verwerfen. Eine diesen Prozess begleitende weltweite verfassungsgebende Versammlung etwa müsste jahrzehntelang tagen und könnte dennoch kein konkretes Ergebnis im Sinne einer abschließenden „Völkerrechtsverfassung“ vorweisen. Die in die Zukunft gerichteten Ausführungen *Patbergs* zu einem Mehrebenensystem der verfassungsgebenden Versammlungen können schon vor diesem Hintergrund nicht überzeugen. Hinzu kommt, dass sich die von ihm als Ansatzpunkte für die zukünftige Herausbildung eines Verbunds der verfassungsgebenden Versammlungen angeführten transnationalen Vereinigungen wie etwa die COSAC gegenwärtig allesamt aus Mitgliedern der

verfassten Gewalten zusammensetzen und insofern als Argument für das vorgeschlagene Mehrebenensystem nicht wirklich schlagkräftig erscheinen.¹²⁰ Um tatsächlich ein Mehr an Legitimation für eine konstitutionalisierte Völkerrechtsordnung zu erreichen, müsste das Mehrebenensystem separat von den existierenden verfassten Gewalten konzipiert, von den Bürgern gewählt und mit weitreichenden Kompetenzen zur Umgestaltung der Völkerrechtsordnung ausgestattet werden.¹²¹ Dies erscheint auf absehbare Zeit wenig praktikabel.

Wie aber kann Repräsentation bei einem zeitlich nicht eingrenzbaaren Prozess der Konstitutionalisierung im Völkerrecht dann aussehen? Ein transnationaler politischer Diskurs, wie ihn *Ahlhaus* und *Patberg* beschreiben, könnte den andauernden Prozess der Konstitutionalisierung kritisch begleiten und wäre sicher auch ein realistischeres Szenario als beispielsweise die Begründung eines Mehrebenensystems von verfassungsgebenden Versammlungen oder die Durchführung weltweiter Abstimmungen. Für die konkreten Entscheidungen auf der suprastaatlichen Ebene und deren Umsetzung wären so allerdings nach wie vor die Staaten bzw. deren Regierungen verantwortlich. Ob sie die im Rahmen des politischen Diskurses an sie herangetragenen Argumente und Meinungen berücksichtigen, bliebe dann ihnen überlassen.¹²² Außerdem müsste die gegenwärtig noch eher schwach ausgeprägte transnationale Zivilgesellschaft weiter gestärkt werden, wobei auch NGOs eine wichtige Rolle zukäme.¹²³ Insgesamt ist diese Art der Repräsentation zwar vergleichsweise realitätsnah, einem so repräsentierten Subjekt globaler verfassungsgebender Gewalt stünden allerdings nur sehr begrenzte Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die Konstitutionalisierung zur Verfügung.

Die problematische Konzeption globaler verfassungsgebender Gewalt setzt sich also bei dem Thema der Repräsentation fort. Auch hier scheint noch keine Lösung gefunden worden zu sein, die Repräsentation gleichermaßen realitätsnah wie effektiv fassen kann.

d) *Gesamtbewertung der beiden Theorien*

Die Analyse der beiden Theorien einer globalen verfassungsgebenden Gewalt hat eine Vielzahl von konzeptionellen Schwierigkeiten offenbart. Indem *Fassbender* auf die VN-Charta als globale Verfassung abstellt, legt er seinem Modell einen vergleichsweise engen Konstitutionalisierungsbegriff zugrunde. Daher können aktuellere Entwicklungen mit Relevanz für die

¹¹⁷ *Fassbender* (Fn. 59), S. 93.

¹¹⁸ *Fassbender* (Fn. 59), S. 93 f.

¹¹⁹ S. dazu oben unter B. I. 2. a).

¹²⁰ Auch *Patberg* gesteht diese Unzulänglichkeit ein, scheint aber dennoch davon auszugehen, dass ein solcher Verbund in Zukunft möglich werden könnte, siehe *Patberg* (Fn. 11), S. 301 ff.

¹²¹ Vgl. hierzu die Ausführungen im Kontext des europäischen Konventionsverfahrens bei *Patberg* (Fn. 11), S. 305.

¹²² *Ahlhaus/Patberg* (Fn. 79), S. 54.

¹²³ *Ahlhaus/Patberg* (Fn. 79), S. 51; *Kleinlein* (Fn. 5), S. 534 ff.

Konstitutionalisierungsdiskussion nicht angemessen berücksichtigt werden. Auch die Konstruktion der „*constitutional by-laws*“ ändert nichts daran, dass die Idee der Charta als umfangreiche „Weltverfassung“ wenig überzeugend ist. Zudem nimmt *Fassbender* mit den „Völkern der Vereinten Nationen“ einen weltweiten *demos* als Subjekt globaler verfassungsgebender Gewalt an, ohne dabei auf die mit einer solchen Annahme verbundenen Schwierigkeiten (etwa Verständigungsprobleme) näher einzugehen. Seine These, die „Völker der Vereinten Nationen“ seien von den Regierungsdelegationen auf der Konferenz von San Francisco repräsentiert worden, basiert auf dem Modell des Intergouvernementalismus und führt insofern nicht zu einem Legitimitätszugewinn.

Vor dem Hintergrund der ansonsten mit der Übertragung der verfassungsgebenden Gewalt auf die suprastaatliche Ebene oft einhergehenden Relativierung des traditionellen Sinngehalts des Konzeptes ist es hingegen positiv zu bewerten, dass *Fassbender* die ursprüngliche demokratische Radikalität der verfassungsgebenden Gewalt mit seiner Theorie aufrechtzuerhalten versucht. So erkennt er im Gegensatz zu anderen Autoren beispielsweise die weiterhin fortbestehende Möglichkeit zum Umsturz der gegenwärtigen internationalen Ordnung durch die „Völker der Vereinten Nationen“ explizit an.

Es besteht jedoch weitgehend Einigkeit darüber, dass die VN-Charta nicht als abschließende Verfassung der internationalen Gemeinschaft in Frage kommen kann.¹²⁴ Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass die Unkompliziertheit und Klarheit von *Fassbenders* Konzeption der verfassungsgebenden Gewalt der „Völker der Vereinten Nationen“ zwar dazu führt, dass die verfassungsgebende Gewalt vergleichsweise leicht auf die Ebene jenseits des Nationalstaats übertragen werden kann, der Ansatz aber eben auch von einem gewissen Wunschdenken geprägt ist, da die Realität einer allenfalls prozesshaften Konstitutionalisierung des Völkerrechts mit einer unveränderten bzw. nur leicht angepassten Theorie von verfassungsgebender Gewalt nicht ohne Weiteres in Einklang zu bringen ist. *Krisch* ordnet *Fassbenders* Ansatz daher in die Kategorie derjenigen Konzeptionen ein, die versuchen, durch Umdeutung der sozialen und politischen Bedingungen, in denen globale verfassungsgebende Gewalt operiert, eine Übertragung des klassischen Konzepts verfassungsgebender Gewalt auf die suprastaatliche Ebene zu begründen.¹²⁵ Zu einer umfassenden Einordnung von *Fassbenders* Ansatz gehört jedoch auch die Feststellung, dass er diese erstmals relativ zu Beginn der Konstitutionalisierungsdiskussion und damit in einer Zeit entwickelt hat, in der die These von einer um die VN-Charta konstitutionalisierten Völkerrechtsordnung

noch überzeugender erschienen haben mag als das heute aufgrund der oben skizzierten Entwicklungen der Fall ist. Nichtsdestotrotz kann der von ihm gewählte Ansatz aus heutiger Perspektive im Ergebnis nicht (mehr) überzeugen.

Die Theorie der „konstitutionalisierenden Gewalt“ von *Ahlhaus* und *Patberg* erreicht mit ihrem prozesshaften Verständnis von Konstitutionalisierung, dass auch aktuelle und künftige Entwicklungen, einschließlich etwaiger Rückschritte bzw. „Dekonstitutionalisierungen“, sowie unterschiedlich stark ausgeprägte Konstitutionalisierungsqualitäten in den verschiedenen Teilbereichen des Völkerrechts berücksichtigt werden können. Die Aufteilung globaler verfassungsgebender Gewalt auf verschiedene *demos* trägt zwar dem Umstand Rechnung, dass komplexe und sich oft auch überlagernde *Governance*-Strukturen mit unterschiedlichen Mitgliederkreisen existieren, erweist sich jedoch mit Blick auf die praktische Ausübung globaler verfassungsgebender Gewalt als problematisch, da unter anderem nicht klar ist, ob bzw. wie genau eine Grenzziehung zwischen den verschiedenen *demos* gelingen kann. Die Ablehnung eines Elements institutioneller Repräsentation während des andauernden und auch nur begrenzt steuerbaren Konstitutionalisierungsprozesses ist sinnvoll, die alternative Repräsentationsmöglichkeit in Form eines öffentlichen Diskurses aber überlässt die Entscheidungsgewalt den Staaten und ist zudem von einer Stärkung der transnationalen Zivilgesellschaft abhängig. Insgesamt scheint die von *Ahlhaus* und *Patberg* entwickelte Theorie der „konstitutionalisierenden Gewalt“ die Konstitutionalisierung des Völkerrechts realistischer abzubilden als *Fassbenders* Ansatz. Zu erwähnen ist hier insbesondere die Einbettung des prozesshaften Charakters der Konstitutionalisierung in die Theorie der beiden Autoren. Dazu musste das Konzept der verfassungsgebenden Gewalt von *Ahlhaus* und *Patberg* aber grundlegend verändert und an die Eigenheiten der suprastaatlichen Ebene angepasst werden. In Folge dieser Anpassung erscheint die Theorie der „konstitutionalisierenden Gewalt“ stark abstrahiert und lässt daher die Möglichkeit ihrer praktischen Umsetzung zweifelhaft erscheinen. Auch geht mit der „konstitutionalisierenden Gewalt“, wie sie von den Autoren verstanden wird, für die Bürger nur noch eine stark begrenzte Einflussmöglichkeit auf den Konstitutionalisierungsprozess einher, was den ursprünglichen demokratischen Kerngehalt des Konzeptes ein Stück weit verkennt. Mit Blick auf diese weitreichenden Modifikationen des ursprünglichen Konzeptes verfassungsgebender Gewalt lässt sich das Modell klar der von *Diggelmann* und *Altwickler* beschriebenen semantischen Strategie zuordnen, die davon ausgeht, dass Begriffe aus dem Verfassungsrecht angepasst werden müssen, um auch vor dem Hintergrund der strukturellen Unterschiede zur

¹²⁴ Kleinlein (Fn. 5), S. 423; *Krisch*, ICON 14 (2016), 657 (665); *Peters*, LJIL 19 (2006), 579 (598); *De Wet*, ICLQ 55 (2006), 51 (54).

¹²⁵ *Krisch*, ICON 14 (2016), 657 (668 f.).

innerstaatlichen Verfassungssituation auf die internationale Ordnung angewendet werden zu können.¹²⁶

C. Fazit und Ausblick

Vergleich und Analyse der beiden Modelle haben gezeigt, dass die Übertragung der verfassungsgebenden Gewalt auf die Ebene jenseits des Nationalstaates schwierig zu konzipieren ist. Insbesondere läuft man bei der Erarbeitung einer Theorie globaler verfassungsgebender Gewalt Gefahr, entweder die politischen Realitäten so umzudeuten, dass eine Übertragung gelingen kann, oder aber das Konzept der verfassungsgebenden Gewalt selbst so grundlegend zu modifizieren, dass es zwar auf die Besonderheiten der suprastaatlichen Ebene anwendbar wird, dabei aber viel von seinem ursprünglichen Aussagegehalt und seiner Praktikabilität verliert.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich die Rahmenbedingungen im und für das Völkerrecht, vor deren Hintergrund sich dieser Beitrag mit einer Übertragung der Theorie der verfassungsgebenden Gewalt auf die suprastaatliche Ebene auseinandersetzt, in den letzten Jahren deutlich verändert haben. Die bereits erwähnten politischen Ereignisse in den USA und dem Vereinigten Königreich etwa können als Absagen an multilaterale Kooperationsformen verstanden werden. Sollten sich derartige Tendenzen zu einer längerfristigen Entwicklung weg von multilateraler Zusammenarbeit mit entsprechendem völkerrechtlichem „Unterbau“ und hin zu einem verstärkt bilateralen bzw. unilateralen Vorgehen von Staaten verstetigen, hätte dies auch Auswirkungen auf das Völkerrecht und würde das Konstitutionalisierungsargument wohl noch stärker als bisher in Zweifel ziehen. Gleiches gilt für einige aktuell zu beobachtende Entwicklungen innerhalb des Völkerrechts: So fällt nicht mehr allein die Missachtung von Grundprinzipien der Völkerrechtsordnung wie etwa des Gewaltverbots auf, sondern nun oftmals auch nur zurückhaltende, unklare oder gar gänzlich ausbleibende kritische Reaktionen anderer Staaten auf elementare Völkerrechtsverstöße.¹²⁷ Diese unklaren bzw. ausbleibenden Reaktionen sind insbesondere aufgrund ihrer Bedeutung für die Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts

problematisch und bergen das Potenzial, zentrale Elemente einer von manchen als konstitutionalisiert betrachteten Völkerrechtsordnung zu unterminieren. Mit dem verstärkten Zurückgreifen der Staaten auf informelle und flexible Formen der Zusammenarbeit anstatt des Abschlusses neuer multilateraler Abkommen scheint es zudem zumindest in einigen Teilbereichen des Völkerrechts auch strukturelle Veränderungen zu geben,¹²⁸ die nicht dem Bild einer verfassten Völkerrechtsordnung entsprechen. Angesichts dieser und weiterer Herausforderungen für das Völkerrecht wirkt die These von dessen Konstitutionalisierung gegenwärtig etwas aus der Zeit gefallen.

Macht die Beschäftigung mit völkerrechtlicher Konstitutionalisierung und globaler verfassungsgebender Gewalt also keinen Sinn (mehr)? Auch wenn gegenwärtig zahlreiche gegenläufige Tendenzen zu beobachten sind und auch kein Modell einer globalen verfassungsgebenden Gewalt in Reichweite zu sein scheint, mit dem die Ausübung verfassungsgebender Gewalt auf der internationalen Ebene tatsächlich praktikabel würde, eignet sich das Konzept einer globalen verfassungsgebenden Gewalt dennoch als Mittel der Kritik an der Legitimationsstruktur der gegenwärtigen internationalen Ordnung, wenn es als „demokratisches Idealmodell“ dieser gegenübergestellt wird. *Krisch* etwa hat in diesem Kontext den Begriff des *pouvoir irritant* geprägt, mit dem er dem Konzept der verfassungsgebenden Gewalt für die suprastaatliche Ebene eine neue Funktion als Instrument zur kritischen Auseinandersetzung mit einer bestehenden, nicht auf der Ausübung von verfassungsgebender Gewalt im traditionellen Sinne beruhenden Ordnung zuweist.¹²⁹ Außerdem ist es zumindest nicht ausgeschlossen, dass durch eine erneute Änderung der politischen und völkerrechtlichen Begleitumstände zukünftig auch wieder Konstitutionalisierungsschritte möglich werden oder dass sich im Zuge von Globalisierung und fortschreitender Digitalisierung die tatsächlichen Rahmenbedingungen für die Ausübung von verfassungsgebender Gewalt jenseits des Staates so verändern werden, dass sich eine Theorie globaler verfassungsgebender Gewalt dann als tatsächlich umsetzbar erweist.

¹²⁶ Diggelmann/Altwickler, ZaöRV 68 (2008), 623 (632).

¹²⁷ Krieger/Nolte, in: Krieger/Nolte/Zimmermann, The International Rule of Law: Rise or Decline?, 2019, S. 9 f.; insofern kritisch zur

völkerrechtlichen Praxis der Bundesregierung im Kontext des Syrien-Konflikts *Aust/Payandeh*, JZ 2018, 633 (642 f.).

¹²⁸ Krieger/Nolte (Fn. 127), S. 11.

¹²⁹ Siehe dazu *Krisch*, ICON 14 (2016), 657 ff.

Kristina Lewandowski*

Gender-Unterschiede bei Risikofaktoren für Delinquenz in der International Self-Report Delinquency Study (ISRD3)

Der vorliegende Beitrag präsentiert die ISRD3-Studie und ihre bisher veröffentlichten Ergebnisse zu Gender-Unterschieden bei Risikofaktoren für Jugenddelinquenz. Der Fokus liegt dabei auf den Risikofaktoren delinquenter Freundeskreis, Schulklima, Misshandlung und Kontrolle durch Eltern, Alkoholkonsum und der Konsum von gewalthaltigen und pornografischen Medien. Anhand der Ergebnisse werden mögliche Erklärungsansätze für die Gender-Unterschiede bei Risikofaktoren als auch für die unterschiedliche Kriminalitätsbelastung von Männern und Frauen erarbeitet. Hierfür werden verschiedene Kriminalitätstheorien herangezogen, wobei der Belastungs- und der Vulnerabilitätshypothese besondere Bedeutung zukommt. Anschließend wird die Aussagekraft der ISRD3-Ergebnisse kritisch gewürdigt.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	50
B. ISRD3	51
C. Befunde zu Gender-Unterschieden bei Risikofaktoren in der ISRD3	51
I. Delinquenter Freundeskreis	51
II. Schulklima	51
III. Misshandlung durch Eltern	52
IV. Kontrolle durch Eltern	52
V. Alkoholkonsum	52
VI. Gewalthaltige und pornografische Medien	53
D. Erklärungsansätze für die Gender-Unterschiede bei Risikofaktoren und die Belastungs-/Vulnerabilitätshypothese	53
I. Die Belastungs- und die Vulnerabilitätshypothese	53
II. Erklärungsansätze	53
1. Erklärungsansätze für delinquente Freunde/Freundinnen als Risikofaktor	54
2. Erklärungsansätze für das Schulklima als Risikofaktor	54
3. Erklärungsansätze für die Misshandlung durch Eltern als Risikofaktor	55
4. Erklärungsansätze für die elterliche Kontrolle als Risikofaktor	56
5. Erklärungsansätze für den Alkoholkonsum als Risikofaktor	57
6. Erklärungsansätze für gewalthaltige und pornografische Medien als Risikofaktor	58
III. Implikationen der ISRD3-Daten für Gender-Unterschiede bei Delinquenz	60
E. Zur Aussagekraft der ISRD3-Ergebnisse	60
F. Fazit	61

Anhang	61
--------------	----

A. Einleitung

Im Jahr 1975 stellte *Freda Adler* die Theorie auf, dass die Gleichberechtigung der Frauen mit mehr weiblicher Kriminalität einhergehen wird.¹ Bis heute haben Männer überall auf der Welt trotz der umfassenden gesellschaftlichen Veränderungen in den letzten Jahren eine höhere Delinquenzrate als Frauen.² *Adlers* Theorie hat sich somit nicht bestätigt, sodass die Frage nach der Ursache von unterschiedlichen Kriminalitätsbelastungen bei Männern und Frauen offenbleibt.

Eine Erklärungshypothese könnten jedoch die Risikofaktoren für Delinquenz bieten. So können die Unterschiede das Resultat einer höheren Belastung oder Anfälligkeit eines Geschlechts auf die Faktoren sein. Es könnten also Gender-Unterschiede bei den Risikofaktoren vorliegen, die wiederum zu einer höheren Delinquenz bei Männern führen. Der vorliegenden Arbeit liegen damit drei Fragen zugrunde: 1. Bestehen Gender-Unterschiede bei Risikofaktoren für Delinquenz? 2. Falls ja, wie könnten sie zustande kommen? 3. Wie tragen die Befunde zur Erklärung der unterschiedlichen Delinquenzraten von Männern und Frauen bei? Die Antworten zu diesen Fragen sollen anhand der *International Self-Report Delinquency Study* (ISRD3) erarbeitet werden.

Hierfür wird zuerst die ISRD3 vorgestellt und die in der Studie aufgefundenen Gender-Unterschiede bei sechs ausgewählten Risikofaktoren ausgeführt. Im Weiteren werden mögliche theoretische und empirische Erklärungsansätze für die Befunde herangezogen, die ein besseres Verständnis für die Thematik bieten. Zudem werden die Belastungs- und die Vulnerabilitätshypothese definiert und herausgearbeitet, welche der beiden Hypothesen durch die ISRD3-Ergebnisse belegt wird. Dadurch werden die Implikationen der Ergebnisse für die Erklärung von Geschlechterunterschieden in der Delinquenz eingeordnet. Schließlich werden die Beschränkungen der Studie thematisiert und die Bedeutung der bisherigen Ergebnisse in die Forschung zu Gender-Unterschieden bei Risikofaktoren integriert.

* Die Verfasserin studiert im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Unterschwerpunkt Kriminologie. Die Themenstellung erfolgte durch Univ.-Prof. Dr. Kristin Drenkhahn.

¹ *Adler*, Sisters in Crime, 1975, S. 251 f.

² *Junger-Tas/Ribeaud/Cruyff*, Eur. J. Criminol. 1 (2004), 333 f.

B. ISRD3

Die ISRD3 ist die dritte Welle (2012-2019) der *International Self-Report Delinquency Study*, einer internationalen Studie über Jugenddelinquenz und Jugendviktimsierung mit 40 teilnehmenden Ländern. Zu diesen Ländern gehören Armenien, Australien, Belgien, Bosnien-Herzegowina, Brasilien, China, Chile, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Georgien, Griechenland, Indien, Indonesien, Italien, Kap Verde, Kosovo, Kroatien, Litauen, die Niederlande, Nordmazedonien, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Russland, Schweden, die Schweiz, Serbien, Slowakei, Spanien, Südkorea, Taiwan, Tschechien, die Ukraine, die USA, Venezuela und das Vereinigte Königreich (England, Schottland).³ Die ISRD-Studie widmet sich hauptsächlich der Untersuchung von theoretischen Fragen, die Jugenddelinquenz betreffen und die dem Vergleich von Delinquenz und Viktimisierung zwischen den Ländern dienen. Befragt werden SchülerInnen aus zufällig ausgewählten siebten, achten und neunten Klassen (12 bis 16 Jahre) aus mindestens zwei Mittel- oder Großstädten eines Landes.⁴ Damit soll eine durchschnittliche Stichprobe von 1800 SchülerInnen pro Land erreicht werden. Die tatsächlichen Stichprobengrößen liegen jedoch zwischen 323 (Indien) und 6494 (Österreich).⁵ Für die Befragung wird ein standardisierter Selbstbeurteilungsfragebogen verwendet, wobei die einzelnen Länder die Möglichkeit haben, zusätzlich eigene Frageabschnitte einzubauen. Der Fragebogen kann entweder online oder mit Papier und Stift beantwortet werden. Die Online-Version enthält dabei am Ende zusätzliche Fragen, die nicht in der Papierversion enthalten sind.⁶ Da die Datensammlung für die ISRD3 noch nicht in allen teilnehmenden Ländern abgeschlossen ist, stehen zurzeit nur Teile der Ergebnisse zur Verfügung. Deswegen werden im Rahmen der vorliegenden Arbeit nur die ISRD3-Daten präsentiert, die zum Zeitpunkt der Verfassung verfügbar waren.

C. Befunde zu Gender-Unterschieden bei Risikofaktoren in der ISRD3

Unter Risikofaktoren versteht man Umstände, die das Risiko erhöhen, straffällig zu werden. Die Bedeutung einzelner Faktoren kann dabei im Verlaufe der Entwicklung einer Person variieren.⁷ Im Folgenden werden die Faktoren

näher betrachtet, die im erhöhten Maße Jugendliche betreffen.

I. Delinquenter Freundeskreis

Einen zentralen Risikofaktor für Jugendliche stellt ein delinquenter Freundeskreis dar, da er für sie ein Lernumfeld für Delinquenz sein kann. Im Rahmen der ISRD3-Befragung wurden SchülerInnen danach gefragt, von wie vielen ihrer Freunde/Freundinnen sie wissen, dass sie schon einmal Drogen genommen, Ladendiebstahl, Einbruchdiebstahl, Raub oder Körperverletzung begangen haben. Die Auswertung der österreichischen Daten ergab, dass männliche Jugendliche in allen Kategorien – mit Ausnahme des Drogenkonsums – häufiger Freunde/Freundinnen mit solchen Erfahrungen haben. Hier gaben 24,8 % der Mädchen und nur 22,4 % der Jungen an, dass sie Freunde/Freundinnen haben, die schon einmal Drogen genommen haben.⁸

Die litauischen ISRD3-Daten ergaben zudem, dass die Kommunikation mit delinquenten Freunden/Freundinnen bei beiden Geschlechtern signifikant mit Delinquenz korreliert. Die Unterschiede zwischen den Geschlechtern waren dabei nur gering.⁹

II. Schulklima

Schule als zentraler Bestandteil in der Entwicklung Jugendlicher steht im Zusammenhang mit mehreren Risikofaktoren. So kann unter anderem ein negatives Schulklima Delinquenz begünstigen.¹⁰ In der ISRD3 wurde das Schulklima anhand folgender Fragen gemessen:

1. „Würdest du deine Schule nach einem Umzug vermissen?“,
2. „Freust du dich meistens morgens auf die Schule?“,
3. „Magst du deine Schule?“ und
4. „Ist euer Unterricht interessant?“.¹¹

Die slowakischen Daten haben dabei ergeben, dass bei allen vier Fragen mehr Mädchen als Jungen zugestimmt haben, wobei die Gender-Unterschiede nur bei der letzten Frage nicht signifikant waren.¹² Weiterhin wurden die SchülerInnen bezüglich ihrer Beziehung zu LehrerInnen befragt, indem sie zum einen angeben mussten, wie sehr sie bei einem Umzug ihre LieblingslehrerInnen vermissen

³ *International Self-Report Delinquency Study*, ISRD3, 2019a, <https://web.northeastern.edu/isrd/isrd3/>, zuletzt abgerufen am 28.4.2019.

⁴ *International Self-Report Delinquency Study*, About ISRD, 2019b, <https://web.northeastern.edu/isrd/summary/>, zuletzt abgerufen am 28.4.2019.

⁵ Enzmann/Et al., A Global Perspective on Young People as Offenders and Victims: First Results from the ISRD3 Study, 2018, S. 8 ff.

⁶ Enzmann/Et al. (Fn. 5), S. 14 f.

⁷ Meier, Kriminologie, 5. Aufl. 2016, S. 162 f.

⁸ Manzoni/Fischbacher/Schwarzenegger, Jugendkriminalität in Österreich aus Täter- und Opferperspektive: Resultate der dritten „International Self-Report Delinquency“-Studie (ISRD-3), 2015, S. 88.

⁹ Justickaya/Giedrytė-Mačiulienė, Kriminologijos studijos 4 (2017) (Krim. stud.), 125 (134, 137).

¹⁰ Varbelow, Schulklima und Schulqualität im Kontext abweichender Verhaltensweisen, 2003, S. 362; Payne, Journal of Research in Crime and Delinquency 45 (2008) (JRCD), 429 (447).

¹¹ ISRD3 Working Group, Questionnaire ISRD3. Standard Student Questionnaire. ISRD3 Technical Report Series #2 2013, https://web.northeastern.edu/isrd/wp-content/uploads/2016/01/ISRD3_TechRep_2.pdf, zuletzt abgerufen am 28.4.2019.

¹² S. Tabelle 1, siehe Anhang.

würden, und zum anderen, wie wichtig es für sie ist, was diese über sie denken. Auch hier haben signifikant mehr Mädchen angegeben, dass sie ihre LehrerInnen vermissen würden, bzw. dass es ihnen wichtig ist, was ihre LehrerInnen über sie denken^{13, 14}.

Die litauischen ISRD3-Daten ergaben, dass die Beziehung zur Schule bei keinem der beiden Geschlechter Delinquenz prognostizieren kann.¹⁵

III. Misshandlung durch Eltern

In der Literatur ist der Einfluss der Eltern-Kind-Beziehung auf die Delinquenz des Kindes umfassend belegt.¹⁶ Diese kann je nach Ausprägung sowohl ein Schutz- als auch ein Risikofaktor sein. Besonders Misshandlung durch Eltern kann später zur Delinquenz bei Kindern führen.¹⁷ Dieser Faktor wurde im Rahmen der ISRD3 für Indonesien und die USA näher untersucht. Dabei umfasst „Misshandlung“ nicht nur direkte Gewalt der Eltern gegen ihre Kinder, sondern auch indirekte Gewalt, die von einem Elternteil gegen den anderen ausgeübt wird und welche die Kinder miterleben.¹⁸ Weiterhin sind beide Kategorien in schwere und milde Gewalt unterteilt. Milde direkte Gewalt umfasst Schläge (mit offener Hand) und Stöße, schwere direkte Gewalt wiederum Schläge mit einem Objekt, starke Faustschläge, Tritte und Prügel. Milde sowie indirekte Gewalt liegt vor, wenn das Kind entweder schon einmal körperliche Gewalt oder wiederholte schwere Konflikte zwischen den Eltern miterlebt hat. Schwere indirekte Gewalt liegt dagegen vor, wenn beides schon einmal miterlebt wurde.¹⁹ Die Untersuchung ergab, dass bei Jugendlichen, die direkter Gewalt ausgesetzt wurden, Mädchen leicht stärker von Delinquenz betroffen sind als Jungen. Weiterhin hat die Belastung durch schwere indirekte Gewalt signifikante Auswirkungen bei Mädchen, nicht aber bei Jungen. Geringe Kontrolle durch Eltern führt dagegen bei Jungen stärker zu Delinquenz als bei Mädchen.²⁰

Die portugiesischen und die spanischen ISRD3-Daten ergaben, dass beide Geschlechter im gleichen Maße physischer elterlicher Gewalt ausgesetzt sind.²¹

IV. Kontrolle durch Eltern

Weiterhin stellt die geringe Kontrolle durch Eltern einen Risikofaktor für Delinquenz in der Eltern-Kind-Beziehung dar.²² Dieser Faktor war ebenfalls ein Teil der indonesischen und US-amerikanischen ISRD3-Untersuchung. Das Maß an elterlicher Kontrolle wurde anhand von Fragen gemessen, die nach der Häufigkeit von folgendem elterlichen Verhalten fragten: Nachfragen bei Aufhalten des Kindes außer Haus und Sicherstellung der rechtzeitigen Rückkehr nach Hause, Erledigung von Hausaufgaben und der kindergerechten Unterhaltung.²³ Die Auswertung ergab, dass geringe Kontrolle durch Eltern bei Jungen stärker zu Delinquenz führt als bei Mädchen.²⁴

V. Alkoholkonsum

Alkoholkonsum wurde in der ISRD3 als abweichendes Verhalten und somit als das Resultat von Risikofaktoren bewertet.²⁵ Er kann jedoch auch selbst und insbesondere für Jugendliche einen Risikofaktor für Delinquenz darstellen,²⁶ da der erste Kontakt mit Alkohol im jungen Alter stark im Zusammenhang mit erhöhter Delinquenz steht.²⁷ Deswegen wird der Alkoholkonsum im Folgenden als Risikofaktor betrachtet.

Die ISRD3-Daten für Kroatien ergaben, dass dort 75% der befragten SchülerInnen schon mindestens ein Mal in ihrem Leben Alkohol konsumiert haben. Davon sind 54% weiblich und 46% männlich. Bei der Unterteilung nach Alkoholsorten zeigt sich, dass innerhalb des letzten Monats besonders hochprozentiger Alkohol häufiger von Mädchen (58%) konsumiert wurde als von Jungen (42%). Wein wurde ebenfalls häufiger von Mädchen konsumiert, Bier dagegen häufiger von Jungen.²⁸

Auch in Serbien ist der Alkoholkonsum bei weiblichen Jugendlichen höher, wobei hier die Gender-Unterschiede geringer sind als in Kroatien. Von den Mädchen gaben nämlich 80,2% und von den Jungen 78,9 % an, schon einmal Alkohol konsumiert zu haben.²⁹ Bei der Unterteilung nach Alkoholsorten sind die Ergebnisse ebenfalls ähnlich zu Kroatien. Mädchen konsumieren häufiger Wein und hochprozentigen Alkohol, wobei der Unterschied zu Jungen gering war. Jungen konsumieren dagegen deutlich häufiger

¹³ S. Tabelle 2, siehe Anhang.

¹⁴ Juhásová/Debnáriková, Školsképrostredieakopriestor na prevenciu delikvencie: ISRD 3, 2016, S. 9 f.

¹⁵ Justickaya/Giedrytė-Mačiulienė, Krim. stud. 4 (2017), 125 (139).

¹⁶ Bean/Barber/ Crane, Journal of Family Issues 27 (2006) (JFI), 1335 (1350); Hoeve/Et al., J. Abnorm. Child Psychol. 37 (2009), 749 (765); Smith/Thornberry, Criminology 33 (1995), 451 (468).

¹⁷ Kokkalera/Marshall/Marshall, Societies 8 (2018), 1.

¹⁸ Kokkalera/Marshall/Marshall, Societies 8 (2018), 1 (2).

¹⁹ Kokkalera/Marshall/Marshall, Societies 8 (2018), 1 (10).

²⁰ Kokkalera/Marshall/Marshall, Societies 8 (2018), 1 (17 f.).

²¹ Martins/Et al., Eur. J. Crim. Policy Res. 2018, 1 (19).

²² Kokkalera/Marshall/Marshall, Societies 8 (2018), 1.

²³ Kokkalera/Marshall/Marshall, Societies 8 (2018), 1(10).

²⁴ Kokkalera/Marshall/Marshall, Societies 8 (2018), 1 (18).

²⁵ Čopić/Stevković, in: Stevanović, Pravda po Meri Deteta, 2018, S. 279 (290).

²⁶ Gatti/Et al., Eur. J. Criminol. 12 (2015), 362 (363); Markina/Kask, J. Contemp. Crim. Justice 29 (2013), 53 (54).

²⁷ Barnes/Welte/Hoffman, Journal of Drug Issues 32 (2002) (JDI), 153 (171).

²⁸ Bezić, in: Getoš/Kalac/Albrecht/Kilchling, Mapping the Criminological Landscape of the Balkans: A Survey on Criminology and Crime with an Expedition into the Criminal Landscape of the Balkans, 2014, S. 429 (441 f.).

²⁹ Čopić/Stevković (Fn. 25), S. 279 (284).

Bier (47,3 %) als Mädchen (33,5%).³⁰

In Italien konsumieren hingegen männliche Jugendliche häufiger Alkohol. Von ihnen gaben 42,9 % an, im letzten Monat Alkohol konsumiert zu haben, von den weiblichen nur 36,6%.³¹

Eine Auswertung der ISRD3-Daten von 23 Ländern ergab schließlich, dass Jungen bei delinquentem Verhalten, mit Ausnahme von Gruppenschlägereien, öfter unter Einfluss von Alkohol stehen als Mädchen. Gleichzeitig war bei Gruppenschlägereien der kleinste Gender-Unterschied und bei Körperverletzungen der größte.³²

VI. Gewalthaltige und pornografische Medien

Ob der Konsum von gewalthaltigen Medien einen Risikofaktor für Gewaltdelikte darstellt, ist bisher in der Fachliteratur umstritten.³³ Einige Studien konnten aber einen Kausalzusammenhang belegen.³⁴ Deswegen wurden im Rahmen der österreichischen ISRD3-Studie Daten zum Zusammenhang zwischen Häufigkeit des Konsums gewalthaltiger und pornografischer Medieninhalte (Horrorfilme, Pornofilme und Videospiele ab 18 Jahren sowie Gewaltdarstellungen im Internet oder auf dem Handy) und selbst berichteter Gewalt in den letzten zwölf Monaten erhoben. Bezüglich der Konsumhäufigkeit ergab sich, dass Jungen alle vier Arten der Medien öfter konsumieren als Mädchen. Das Verhältnis der Gewaltdelikte zur Konsumhäufigkeit zeigt, dass die Anzahl Jugendlicher, die gewalttätig geworden sind, mit zunehmender Konsumhäufigkeit steigt. Bei fast allen Arten des Medienkonsums und dessen Häufigkeiten waren signifikant mehr Gewaltdelikte von Jungen begangen worden. Ausnahmen bestehen bei „manchmal“ auftretendem und „häufigem“ Konsum von Gewaltdarstellungen sowie „häufigem“ Konsum von Videospielen. Mädchen mit solchem Konsumverhalten begingen mehr Gewaltdelikte als Jungen. Daraus ergibt sich, dass Mädchen, die sich häufig Gewaltdarstellungen anschauen oder gewalthaltige Videospiele spielen, öfter Gewalttaten begehen als Jungen.³⁵

D. Erklärungsansätze für die Gender-Unterschiede bei Risikofaktoren und die Belastungs-/Vulnerabilitätshypothese

Die vorgestellten Ergebnisse zeigen, dass beide Geschlechter nicht nur unterschiedlich stark mit Kriminalität belastet

sind,³⁶ sondern dass die Gender-Unterschiede bereits bei den Risikofaktoren für Delinquenz bestehen. Es stellt sich folglich die Frage, wie diese Unterschiede zustande gekommen sind. Weiterhin ist fraglich, welche Bedeutung die bisherigen ISRD3-Ergebnisse zu Risikofaktoren für die Erklärung von Geschlechterunterschieden in der Jugenddelinquenz haben. Diese soll anhand der Belastungs- und der Vulnerabilitätshypothese herausgearbeitet werden.

I. Die Belastungs- und die Vulnerabilitätshypothese

Sowohl die Belastungs- als auch die Vulnerabilitätshypothese werden herangezogen, um Gender-Unterschiede in der Delinquenzrate zu erklären. Dabei setzen sie an den Risikofaktoren als Ursachen für Delinquenz an.³⁷

Gemäß der Belastungshypothese haben weibliche und männliche Jugendliche dieselben Risikofaktoren, sind aber unterschiedlich stark mit ihnen belastet. Die höhere Delinquenz von Jungen resultiert nach dieser Hypothese daraus, dass sie mehr und in stärkerer Intensität Risikofaktoren ausgesetzt sind als Mädchen.³⁸

Nach der Vulnerabilitätshypothese ergeben sich die unterschiedlichen Delinquenzbelastungen von Mädchen und Jungen aus einer höheren Anfälligkeit der Geschlechter für bestimmte Risikofaktoren. Dabei verstärkt das biologische oder psychologische Geschlecht den Einfluss des Risikofaktors auf den/die Jugendlichen/Jugendliche oder es schützt ihn/sie davor.³⁹

II. Erklärungsansätze

Zur Erklärung der Gender-Unterschiede bei den Risikofaktoren sollen sowohl theoretische als auch empirische Erklärungsansätze herangezogen werden, um eine umfassende Erklärung für jeden Risikofaktor geben zu können. Dabei werden jedoch zwei Beschränkungen vorgenommen, da eine detailliertere Darstellung im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht möglich ist. Zum einen werden nur die für die einzelnen Risikofaktoren relevantesten Ansätze herangezogen. Zum anderen sind die Erklärungen in ihrer Richtung beschränkt, d.h. es wird nur darauf eingegangen, wie Jugendliche sich die Risikofaktoren aneignen, bzw. wie sie bei ihnen zur Delinquenz führen. Die umgekehrte Wirkung, dass die eigene Delinquenz zu risikobelasteten Umständen führen kann, wird hier dagegen nicht näher betrachtet. Sie ist zwar durchaus anerkannt,⁴⁰ jedoch würde

³⁰ Čopić, in: Nikolić-Ristanović, Delinkvencija i viktimizacija maloletnih lica u Srbiji: Rezultati Međunarodne ankete samoprijavlivanjem delinkvencije, 2016, S. 23 (38).

³¹ Rocca/Et al., Rass. Ital. Criminol. 3 (2015), 169 (174).

³² Rocca/Verde/Gatti, Eur. J. Crim. Policy Res. 25 (2019), 259 (266).

³³ Manzoni/Fischbacher/Schwarzenegger (Fn. 8), S. 109.

³⁴ Anderson/Et al., Psychol. Bull. 136 (2010), 151 (167); Hopf/Huber/Weiss, JMP 20 (2008), 79 (92).

³⁵ Manzoni/Fischbacher/Schwarzenegger (Fn. 8), S. 94 ff.

³⁶ Kunz/Singelnstein, Kriminologie, 7. Aufl. 2016, S. 104.

³⁷ Moffitt/Et al., Sex Differences in Antisocial Behavior: Conduct Disorder, Delinquency and Violence in the Dunedin Longitudinal Study, 2001, S. 90.

³⁸ Moffitt/Et al. (Fn. 37), S. 109.

³⁹ Moffitt/Et al. (Fn. 37), S. 90.

⁴⁰ Moffitt/Et al. (Fn. 37), S. 120 f.; Warr, Companions in Crime: The Social Aspects of Criminal Conduct, 2002, S. 41; Oppl, Lara Crofts Töchter? Eine Längsschnittstudie zu Computerspielen und aggressivem Verhalten von Mädchen, 2006, S. 77, <https://refubium.fu-berlin.de/handle/fub188/11697>, zuletzt abgerufen am 28.4.2019.

ihre Darstellung ebenfalls den Rahmen der Arbeit übersteigen.

1. Erklärungsansätze für delinquente Freunde/Freundinnen als Risikofaktor

Eine theoretische Erklärung dafür, dass delinquente Freunde/Freundinnen zur eigenen Delinquenz führen können, bietet *Sutherlands* Theorie der differentiellen Assoziation, nach der kriminelles Verhalten von anderen erlernt wird.⁴¹ Jugendliche begehen folglich deswegen Straftaten, weil sie es von ihren delinquenten Freunden/Freundinnen lernen. Die Theorie erklärt jedoch nicht, warum es hierbei zu Gender-Unterschieden kommt,⁴² wie es bei den österreichischen ISRD3-Daten der Fall ist. Eine mögliche Erklärung kann aber daraus gezogen werden, dass Kriminalität zwar von anderen erlernt wird, die Chancen auf Zugang zu diesen Gruppen jedoch ungleich verteilt sind.⁴³ Männer begehen sowohl im Hell- als auch im Dunkelfeld mehr Straftaten als Frauen.⁴⁴ Da Jugendliche überwiegend Freunde/Freundinnen vom gleichen Geschlecht haben, haben Jungen somit eher die Gelegenheit, sich mit kriminellen Jungen anzufreunden und von ihnen zu lernen.⁴⁵

Eine andere Erklärung dafür, warum Mädchen weniger delinquente Freunde haben, könnte die Bindungstheorie von *Hirschi* bieten. Danach werden Menschen dann delinquent, wenn ihre Bindung an die Gesellschaft geschwächt ist.⁴⁶ Bei Mädchen sind diese Bindungen jedoch stärker, weil sie einer höheren sozialen Kontrolle ausgesetzt sind.⁴⁷ So wurde die höhere Kontrolle von Mädchen durch ihre Eltern bereits von vielen Studien belegt.⁴⁸ Die hohe Kontrolle führt bei ihnen wiederum zu weniger Zugehörigkeit zu delinquenten Freunden,⁴⁹ da unter anderem weniger Möglichkeiten bestehen, mit ihnen Zeit zu verbringen.⁵⁰ Mädchen würden folglich weniger Freundschaften mit delinquenten Jugendlichen schließen.

Die litauischen ISRD3-Daten zeigen, dass Kommunikation mit delinquenten Freunden/Freundinnen und eigene Delinquenz bei beiden Geschlechtern ähnlich stark korreliert.⁵¹ Zu ähnlichen Ergebnissen kamen bereits andere Studien,⁵² was den Schluss nahelegt, dass beide Geschlechter in

ähnlichem Maße auf diesen Risikofaktor anfällig sind und er bei beiden zur Erklärung der Delinquenz geeignet ist.⁵³

Es lässt sich somit feststellen, dass männliche Jugendliche mehr delinquenten Freunden/Freundinnen ausgesetzt sind, aber der Risikofaktor bei beiden Geschlechtern ähnlich signifikant für die eigene Delinquenz ist. Die ISRD3-Befunde für delinquente Freunde/Freundinnen bestätigen damit die Belastungshypothese, aber nicht die Vulnerabilitätshypothese. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die Ergebnisse aus zwei unterschiedlichen Ländern stammen und ihre Vergleichbarkeit somit eingeschränkt ist.

2. Erklärungsansätze für das Schulklima als Risikofaktor

Nach *Hirschis* Bindungstheorie sind soziale Bindungen wichtig, um Delinquenz zu verhindern,⁵⁴ so auch die Bindung an die Schule. Das Schulklima beeinflusst die Beziehung von Jugendlichen zur Schule und wenn es negativ ist, wird die Bindung der SchülerInnen geschwächt. Dadurch kann ein negatives Schulklima zu einem Risikofaktor werden. Haben Jugendliche dagegen emotionale Bindungen an LehrerInnen und sehen sie in der Schulbildung eine Möglichkeit, ihre Ziele zu erreichen, wird die soziale Bindung aufgebaut oder beibehalten.⁵⁵ Sie ermöglicht sodann eine höhere soziale Kontrolle, die wiederum zu weniger Delinquenz bei SchülerInnen führt.⁵⁶ Die Theorie erklärt jedoch nicht, wie solche Bindungen entstehen,⁵⁷ und somit auch nicht, warum Jungen wie bei den slowakischen ISRD3-Ergebnissen das Schulklima negativer empfinden als Mädchen. Einige andere Studien kamen bereits zu dem gleichen Ergebnis, jedoch benennen nur wenige von ihnen die Ursache für diesen Befund.⁵⁸ *Wang* und *Dishion* sowie *Samdal u.a.*⁵⁹ erklären diesen Unterschied damit, dass die sozialen Erwartungen an Mädchen und die an „gute“ SchülerInnen, wie den Anweisungen der LehrerInnen zu folgen oder aufmerksam zu sein, sich mehr ähneln als die an Jungen. Jungen enttäuschen folglich öfter die Erwartungen der LehrerInnen, was wiederum dazu führt, dass sie das Schulklima negativer empfinden. Weiterhin haben *Suárez-Orozco* und *Qin-Hilliard* in ihrer Studie festgestellt, dass LehrerInnen oft glauben, dass Mädchen härter arbeiten als

⁴¹ *Sutherland*, *Principles of Criminology*, 4. Aufl. 1947, S. 5 ff.

⁴² *Weerman/Hoeve*, *Eur. J. Criminol.* 9 (2012), 229 (230).

⁴³ *Neubacher*, *Kriminologie*, 3. Aufl. 2017, S. 97.

⁴⁴ *Kunz/Singelnstein* (Fn. 36), S. 104; *Neubacher* (Fn. 43), S. 81ff.

⁴⁵ *Weerman/Hoeve*, *Eur. J. Criminol.* 9 (2012), 229 (230).

⁴⁶ *Hirschi*, *Causes of Delinquency*, 2002, S. 16.

⁴⁷ *Weerman/Hoeve*, *Eur. J. Criminol.* 9 (2012), 229 (230).

⁴⁸ *Junger-Tas/Ribaud/Cruyff*, *Eur. J. Criminol.* 1 (2004), 333 (349 ff.); *Stattin/Kerr*, *Child Dev.* 71 (2000), 1072 (1076); *Svensson*, *Youth & Society* 34 (2003), 300 (320); *Webb/Et al.*, *American Journal of Orthopsychiatry* 72 (2002) (AJO), 392 (398).

⁴⁹ *Brender/Vitaro/Bukowski*, *Social Development* 9 (2000) (Soc. Dev.), 205 (221); *Svensson*, *Youth & Society* 34 (2003), 300 (321).

⁵⁰ *Alboukordi/Et al.*, *International Journal of Criminology and Sociological Theory* 5 (2012) (IJCS), 770 (775).

⁵¹ *Justickaya/Giedrytė-Mačiulienė*, *Krim. stud.* 4 (2017), 125 (134, 137).

⁵² *Moffitt/Et al.* (Fn. 37), S. 105; *Brender/Vitaro/Bukowski* *Soc. Dev.* 9 (2000), 205 (221); *Hartjen/Priyadarsini*, *Youth & Society* 34 (2003), 387 (406).

⁵³ *Weerman/Hoeve*, *Eur. J. Criminol.* 9 (2012), 229 (240 f).

⁵⁴ *Hirschi* (Fn. 46), S. 16.

⁵⁵ *Cernkovich/Giordano*, *Criminology* 30 (1992), 261 (264 f).

⁵⁶ *Juhászová/Debnáriková* (Fn. 14), S. 10; *Stewart*, *Justice Quarterly* 20 (2003) (JQ), 575 (580).

⁵⁷ *Kunz/Singelnstein* (Fn. 36), S. 131.

⁵⁸ *Johnson/Crosnoe/Thaden*, *Social Psychology Quarterly* 69 (2006) (SPQ), 284 (293); *Wang/Dishion*, *J. Res. Adolesc.* 22 (2011), 40 (49); *Way/Reddy/Rhodes*, *American Journal of Community Psychology* 40 (2007) (AJCP), 194 (203).

⁵⁹ *Samdal/Et al.*, *Health Educ. Res.* 13 (1998), 383 (393); *Wang/Dishion*, *J. Res. Adolesc.* 22 (2011), 40 (49).

Jungen. Viele von ihnen gaben zudem an, bessere Beziehungen zu Schülerinnen als zu Schülern zu haben.⁶⁰ Diese Bevorzugung von Mädchen könnte ein Faktor dafür sein, warum sie ein positiveres Schulklima empfinden.⁶¹

Weiterhin ergaben die litauischen ISRD3-Daten, dass die Beziehung zur Schule bei keinem der beiden Geschlechter Delinquenz prognostizieren kann.⁶² Verglichen mit anderen Studien, die einen Zusammenhang belegen,⁶³ überrascht dieses Ergebnis, jedoch gleichen sie sich in dem Aspekt, dass keine Gender-Unterschiede bei der Signifikanz von Schulklima für Delinquenz festgestellt wurden. So ergab auch bereits die ISRD2, die ähnliche Fragen zum Schulklima wie die ISRD3 enthielt, dass Mädchen eine positivere Beziehung zur Schule haben als Jungen.⁶⁴ Ein negatives Schulklima und Delinquenz hängen dagegen bei beiden Geschlechtern im gleichen Maße zusammen.⁶⁵

Folglich sind Jungen öfter negativem Schulklima ausgesetzt, aber es hängt bei beiden Geschlechtern gleich stark mit Delinquenz zusammen. Damit unterstützen die ISRD3-Befunde zum Schulklima die Belastungshypothese, jedoch nicht die Vulnerabilitätshypothese. Hierbei ist ebenfalls zu beachten, dass die Daten aus zwei unterschiedlichen Ländern stammen und somit nur eingeschränkt vergleichbar sind.

3. Erklärungsansätze für die Misshandlung durch Eltern als Risikofaktor

Zur Erklärung der Rolle von elterlicher Gewalt im Leben delinquenter Jugendlicher wurden bereits viele Kriminalitätstheorien herangezogen, unter anderem *Banduras* sozial-kognitive Lerntheorie, *Hirschis* Bindungstheorie und *Agnews* allgemeine Belastungstheorie.⁶⁶

Gemäß der sozial-kognitiven Lerntheorie erlernen Kinder ihre Verhaltensweisen von Modellen, die sie beobachten, beurteilen und imitieren. Das Verhalten des Modells informiert dabei darüber, ob ihre Handlungen angemessen sind und welche Konsequenzen sie haben.⁶⁷ Eltern stellen solche wichtigen Modelle für Kinder dar. Wenn die Eltern Gewalt gegen ihre Kinder oder gegeneinander an und beobachtet das Kind einen solchen Vorfall, wird es dazu verleitet, dieses Verhalten zu imitieren. Indirekt lernt es dadurch, dass Gewalt ein akzeptables Verhalten ist.⁶⁸

Mädchen scheinen dabei nach den indonesischen sowie amerikanischen ISRD3-Daten dieses Verhalten stärker zu verinnerlichen, da bei ihnen elterliche Gewalt stärker mit der eigenen Delinquenz zusammenhängt.⁶⁹ Bei den ISRD3-Daten wurde jedoch nur erhoben, ob und nicht wie oft Jugendliche jemals Misshandlung miterlebt haben.⁷⁰ Einige Studien belegen, dass Mädchen öfter elterliche Gewalt miterleben,⁷¹ was unter anderem daran liegen könnte, dass sie öfter zuhause sind als Jungen⁷² und somit eher bei solchen Konflikten anwesend sind⁷³. Diese erhöhte Aussetzung könnte dazu führen, dass Mädchen öfter solches Verhalten beobachten und folglich imitieren, was bei ihnen in höherer Delinquenz resultiert.

Nach *Hirschis* Bindungstheorie ist die Familie eine der sozialen Bindungen, die Delinquenz verhindern können.⁷⁴ Direkte oder indirekte Misshandlung durch Eltern führt dazu, dass diese soziale Bindung nicht entstehen kann bzw. zerstört wird.⁷⁵ Bei Mädchen könnte die Misshandlung signifikanter für Delinquenz sein, weil sie öfter enge Beziehungen formen als Jungen⁷⁶ und dadurch von solchen Handlungen stärker verletzt werden können⁷⁷. Ihre Beziehungen stellen dadurch einen stärkeren Schutzfaktor dar, der bei elterlicher Gewalt wegfällt und in höherer Delinquenz resultiert.

Die allgemeine Belastungstheorie geht davon aus, dass Delinquenz die Folge von drei Belastungsarten sein kann: Un erreichbarkeit von positiv bewerteten Zielen, Verlust von positiv bewerteten Anreizen und dem Vorhandensein von negativ bewerteten Anreizen. Diese Belastungen erhöhen die Wahrscheinlichkeit, dass die Person negative Gefühle, insbesondere Wut, empfindet, die delinquentes Verhalten fördern. Jugendliche versuchen, diese negativen Gefühlszustände, die oft aus negativen Beziehungen entstehen, zu beheben und können sich dadurch zur Delinquenz gezwungen sehen.⁷⁸ Mädchen streben aufgrund ihrer Sozialisierung öfter enge Beziehungen unter anderem zu ihren Eltern an. Dieses positiv bewertete Ziel kann aber bei Misshandlung nicht erreicht werden. Zudem gehen Belastungen bei Frauen öfter mit zusätzlichen negativen Emotionen einher, die die Wahrscheinlichkeit von nachfolgender Delinquenz

⁶⁰ Suárez-Orozco/Qin-Hilliard, in: Way/Chu, Adolescent boys: Exploring diverse cultures of boyhood, 2004, S. 295 (300 ff.).

⁶¹ Way/Reddy/Rhodes, AJCP 40 (2007), 194 (209).

⁶² Justickaya/Giedrytė-Mačiulienė, Krim.stud. 4 (2017), 125 (139).

⁶³ Junger-Tas/Ribeaudo/Cruyff, Eur. J. Criminol. 1 (2004), 333 (367); Piko/Fitzpatrick/Wright, Eur. Child Adolesc. Psychiatry 14 (2005), 95 (99); Ramsey/Et al., Journal of Interpersonal Violence 2017 (JIV), 1 (17f.); Wong/Et al., J. Abnorm. Child Psychol. 41 (2013), 641 (646).

⁶⁴ Steketee/Junger/Junger-Tas, J. Contemp. Crim. Justice 29 (2013), 88 (93 f.).

⁶⁵ Steketee/Junger/Junger-Tas, J. Contemp. Crim. Justice 29 (2013), 88 (100).

⁶⁶ Steketee/Aussem/ Marshall, JIV 2019, 1 (4 f.).

⁶⁷ Bandura, Social learning theory, 1971, S. 6 ff.

⁶⁸ Agnew, Criminology 30 (1992), 47 (50).

⁶⁹ Kokkalera/Marshall/Marshall, Societies 8 (2018), 1 (17).

⁷⁰ Kokkalera/Marshall/Marshall, Societies 8 (2018), 1 (10).

⁷¹ Abajobir/Et al., Pers. Individ. Differ. 106 (2017), 95 (98); Belknap/Holsinger, Feminist Criminology 1 (2006) (FC), 48 (56, 58); Fagan/Et al., Prevention Science 8 (2007), 115 (121 ff.).

⁷² Junger-Tas/Ribeaudo/Cruyff, Eur. J. Criminol. 1 (2004), 333 (350).

⁷³ Fagan/Et al., Prevention Science 8 (2007), 115 (123).

⁷⁴ Hirschi (Fn. 46), S. 30 f.

⁷⁵ Kokkalera/Marshall/Marshall, Societies 8 (2018), 1 (12).

⁷⁶ Giordano/Cernkovich/Pugh, American Journal of Sociology 91 (1986) (AJS), 1170 (1193).

⁷⁷ Fagan/Et al., Prevention Science 8 (2007), 115 (123).

⁷⁸ Agnew, Criminology 30 (1992), 47 (49 ff.).

erhöhen können.⁷⁹ Misshandlung von Kindern stellt nach Agnew zudem einen negativ bewerteten Anreiz dar.⁸⁰ Mädchen könnten diesem Anreiz stärker ausgesetzt sein, da sie laut einiger Studien öfter elterliche Gewalt miterleben als Jungen⁸¹.

Jedoch gibt es ebenso Studien, die belegen, dass Jungen und Mädchen gleich stark von Misshandlung betroffen sind,⁸² so unter anderem auch die ISRD3-Daten von Portugal und Spanien⁸³. Auch bezüglich der Gender-Unterschiede in der Signifikanz von Misshandlung für Jugenddelinquenz herrschen in der Literatur Unstimmigkeiten.⁸⁴ Diese Ergebnisse relativieren die bisher dargestellten Erklärungsansätze.

Gemäß den ISRD3-Daten sind folglich beide Geschlechter gleich stark von direkter elterlicher Gewalt betroffen, jedoch ist sowohl direkte als auch indirekte Gewalt für die Delinquenz weiblicher Jugendlicher signifikanter. Die Ergebnisse unterstützen somit die Vulnerabilitätshypothese, aber nicht die Belastungshypothese. Die Vergleichbarkeit der Daten ist auch hier aufgrund ihrer unterschiedlichen Herkunft eingeschränkt.

4. Erklärungsansätze für die elterliche Kontrolle als Risikofaktor

Zur Erklärung der Auswirkungen von familiärer Kontrolle auf Gender-Unterschiede in der Kriminalität wird besonders die Power-Control-Theorie von Hagan herangezogen. Danach führen patriarchalische Einstellungen in der Familie zur unterschiedlich großen Kontrolle von Mädchen und Jungen. Mädchen werden in solchen Familien mehr kontrolliert und eher auf ein Familienleben vorbereitet als Jungen, weshalb sie seltener delinquent werden.⁸⁵ Die höhere Kontrolle von Mädchen durch ihre Eltern wurde bereits durch zahlreiche Studien belegt.⁸⁶ Sie werden aber auch in anderen Bereichen, wie beispielsweise in der Schule, stärker kontrolliert.⁸⁷ Jungen erfahren dagegen seltener zusätzliche Kontrollen. Dadurch könnte bei ihnen geringe elterliche Kontrolle, wie die ISRD3-Ergebnisse belegen,⁸⁸ stärker zur Delinquenz führen.

Weiterhin werden Mädchen anders sozialisiert⁸⁹ und diejenigen, die dem traditionellen Bild von Weiblichkeit folgen, berichten weniger Delinquenz⁹⁰. So werden Mädchen bereits im jungen Alter stärker durch Eltern kontrolliert und diese andere Art der Behandlung wird von ihnen verinnerlicht.⁹¹ Dies führt dazu, dass es bei ihnen eher auf die emotionale Kontrolle, ihre Beziehung zu ihren Eltern und die eingprägten Werte ankommt, wodurch eine subtilere Kontrolle von weiblichen Jugendlichen möglich ist. Bei Jungen ist dagegen direkte Kontrolle effektiver und erforderlich, um Delinquenz zu verhindern.⁹²

Die stärkere Kontrolle von Mädchen im jungen Alter und die verinnerlichten Geschlechterrollen können zudem zu höherer Selbstkontrolle führen.⁹³ Selbstkontrolle ist ein wichtiger Bestandteil der allgemeinen Kriminalitätstheorie von Gottfredson und Hirschi. Danach werden Individuen mit niedriger Selbstkontrolle mit höherer Wahrscheinlichkeit delinquent.⁹⁴ Eine niedrige Selbstkontrolle kann unter anderem aus mangelhafter Beaufsichtigung durch die Eltern resultieren. Da Mädchen jedoch stärker kontrolliert werden, entwickeln sie mehr Selbstkontrolle.⁹⁵ Zudem wird diese besser durch den Elternteil mit demselben Geschlecht vermittelt.⁹⁶ Da Mütter generell mehr Zeit mit ihren Kindern verbringen,⁹⁷ führt es ebenfalls zu mehr Selbstkontrolle bei Töchtern als bei Söhnen. Die in den jungen Jahren entwickelte Selbstkontrolle wird dann von den Mädchen beibehalten,⁹⁸ selbst wenn die elterliche Kontrolle später abnimmt oder nicht mehr vorhanden ist. Diese höhere Selbstkontrolle führt wiederum dazu, dass für weibliche Jugendliche die Kontrolle durch Eltern eine geringere Rolle für ihre Delinquenz spielt.

Die ISRD3-Ergebnisse zeigen somit, dass bei Jungen geringe elterliche Kontrolle stärker mit Delinquenz zusammenhängt, was die Vulnerabilitätshypothese unterstützt. Ob Mädchen, wie in anderen Studien belegt wurde, elterlicher Kontrolle mehr ausgesetzt sind, wurde in der ISRD3 jedoch nicht erhoben, weshalb keine Aussage zur Belastungshypothese getroffen werden kann.

⁷⁹ Belknap/Holsinger, FC 1 (2006), 48 (50).

⁸⁰ Agnew, Criminology 30 (1992), 47 (58).

⁸¹ Abajobir/Et al., Pers. Individ. Differ. 106 (2017), 95 (98); Belknap/Holsinger 2006, 56, 58; Fagan/Et al., Prevention Science 8 (2007), 115 (121 ff.).

⁸² Mersky/Reynolds, Child Maltreatment 12 (2007), 246 (250); Sobsey/Randall/Parrila, Child Abuse & Neglect 21 (1997), 707 (714).

⁸³ Martins/Et al., Eur. J. Crim. Policy Res. 2018, 1 (19).

⁸⁴ Abajobir/Et al., Pers. Individ. Differ. 106 (2017), 95 (101).

⁸⁵ Hagan/Simpson/Gillis, AJS 92 (1987), 788 (812 f.).

⁸⁶ Hirtenlehner/Et al., Deviant Behavior 35 (2014), 41 (56); LaGrange/Silverman, Criminology 37 (1999), 41 (61); Svensson, Youth & Society 34 (2003), 300 (320).

⁸⁷ LaGrange/Silverman, Criminology 37 (1999), 41 (43).

⁸⁸ Kokkalera/Marshall/Marshall, Societies 8 (2018), 1 (18).

⁸⁹ Junger-Tas/Ribeaudo/Cruyff, Eur. J. Criminol. 1 (2004), 333 (350).

⁹⁰ Heimer, SPQ 59 (1996), 39 (53).

⁹¹ Junger-Tas/Ribeaudo/Cruyff, Eur. J. Criminol. 1 (2004), 333 (350, 358 f.).

⁹² Heimer, SPQ 59 (1996), 39 (57); Junger-Tas/Ribeaudo/Cruyff, Eur. J. Criminol. 1 (2004), 333 (367); O'Donnell/Et al., Journal of Early Adolescence 32 (2012) (JEA), 431 (447); Worthen, Deviant Behavior 33 (2012), 282 (298 f.).

⁹³ Heimer, SPQ 59 (1996), 39 (56).

⁹⁴ Gottfredson/Hirschi, A General Theory of Crime, 1990, S. 89.

⁹⁵ Gottfredson/Hirschi (Fn. 94), S. 99.

⁹⁶ Patock-Peckham/Et al., Alcohol: Clin. Exp. Res. 25 (2001), 1284 (1290).

⁹⁷ Hoeve/Et al., J. Abnorm. Child Psychol. 40 (2012), 771 (773).

⁹⁸ Muftić/Updegrave, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology 62 (2018) (IJO), 3058 (3060).

5. Erklärungsansätze für den Alkoholkonsum als Risikofaktor

Aufgrund der bisher angesprochenen Kriminalitätstheorien wäre zu erwarten, dass weibliche Jugendliche weniger Alkohol trinken als männliche. Mädchen sind höheren sozialen Kontrollen ausgesetzt, die zum einen zu höherer Selbstkontrolle nach der allgemeinen Kriminalitätstheorie von *Gottfredson und Hirschi* führen.⁹⁹ Zum anderen haben sie dadurch nach *Hirschis* Bindungstheorie stärkere Bindungen an die Gesellschaft, die abweichendes Verhalten verhindern.¹⁰⁰ Auch haben sie weniger delinquente Freunde,¹⁰¹ von denen sie solches Verhalten nach *Sutherlands* Theorie der differentiellen Assoziation erlernen können.¹⁰² Folglich haben Mädchen insgesamt weniger Gelegenheiten dazu, Alkohol zu trinken.¹⁰³ Mit dieser Erwartung stimmen die italienischen ISRD3-Ergebnisse überein.¹⁰⁴ Die kroatischen und serbischen ISRD3-Daten kommen jedoch zum gegensätzlichen Ergebnis, nämlich, dass Mädchen öfter und stärkeren Alkohol konsumieren,¹⁰⁵ weshalb sie diesem Risikofaktor stärker ausgesetzt sind. Es stellt sich folglich die Frage, wie der höhere Alkoholkonsum von serbischen und kroatischen Mädchen zu erklären ist, und woher der Unterschied zu italienischen Jugendlichen kommt.

Zum einen könnte der höhere Konsum von Mädchen mit *Agnews* allgemeiner Belastungstheorie erklärt werden. Danach können Belastungen zu Delinquenz führen, jedoch erleben Männer und Frauen verschiedene Arten von Belastung, die jeweils zu unterschiedlichen Verhaltensweisen führen. Frauen sind überwiegend durch hohe soziale Kontrolle und beschränkte kriminelle Gelegenheiten belastet. Dabei reagieren sie auf derartige Belastungen nicht nur mit Wut, sondern auch mit Emotionen wie Schuld, Scham, Angst und Depressionen. Diese beiden Aspekte fördern öfter selbstzerstörerisches Verhalten,¹⁰⁶ wozu unter anderem starker Alkoholkonsum gehört.

Eine weitere Erklärung, die auch den Unterschied zu italienischen Mädchen miteinbezieht, könnte die verschiedenen Gelegenheiten und Umstände beim Alkoholkonsum in den drei Ländern bieten. In 2015 war Kroatien das einzige europäische Land, in dem der Alkoholkonsum von

Jugendlichen angestiegen ist.¹⁰⁷ Zeitgleich ist in Kroatien auch die Häufigkeit des Alkoholkonsums von Mädchen angestiegen,¹⁰⁸ was vermuten lässt, dass kroatische Mädchen insgesamt mehr Gelegenheiten haben, Alkohol zu trinken. Weiterhin trinken Mädchen öfter als Jungen hochprozentigen Alkohol zusammen mit Gleichaltrigen. Da Jugendliche insgesamt überwiegend mit Gleichaltrigen¹⁰⁹ und zudem in größeren Mengen trinken, könnte es bei Mädchen dazu führen, dass sie öfter dazu kommen, viel hochprozentigen Alkohol zu konsumieren. Das trifft besonders auf osteuropäische Länder zu, wo am häufigsten hochprozentiger Alkohol von Jugendlichen getrunken wird. In Südeuropa wird dagegen eher Bier und Wein getrunken und das oft zusammen mit den Eltern.¹¹⁰ Die Anwesenheit der Eltern geht mit einer stärkeren Kontrolle von Töchtern einher, die bei ihnen zu einem niedrigeren Konsum führen könnte.¹¹¹ Dadurch würden in Italien mehr Jungen Alkohol konsumieren.

Folglich sind in Kroatien und Serbien weibliche und in Italien männliche Jugendliche stärker vom Alkoholkonsum betroffen. Diese Ergebnisse unterstützen die Belastungshypothese.

Die ISRD3-Ergebnisse bezüglich des Alkoholkonsums in 23 der teilnehmenden Länder zeigen, dass Jungen zudem unter Alkoholeinfluss öfter delinquent sind als Mädchen.¹¹² Diese Daten belegen auf den ersten Blick – im Gegensatz zu den zuvor angesprochenen Ergebnissen – die Vulnerabilitätshypothese. Es ist somit fraglich, wie diese Diskrepanz zu erklären ist. Ein Erklärungsansatz für dieses Ergebnis könnte die Art von Delinquenz sein, die in der Studie abgefragt wurde, denn nur Gewalttaten (Vandalismus, Tragen von Waffen, Gruppenschlägerei und Körperverletzung) wurden näher untersucht.¹¹³ Jungen begehen jedoch insgesamt mehr Gewalttaten als Mädchen.¹¹⁴ Zudem hat die Untersuchung ergeben, dass besonders übermäßiger Alkoholkonsum zu schwerer Delinquenz führt.¹¹⁵ Da Jungen öfter übermäßig Alkohol konsumieren als Mädchen,¹¹⁶ könnte es bei ihnen dazu führen, dass sie eher unter Alkoholeinfluss delinquent werden.

⁹⁹ *Gottfredson/Hirschi* (Fn. 94), S. 99.

¹⁰⁰ *Weerman/Hoeve*, Eur. J. Criminol. 9 (2012), 229 (230).

¹⁰¹ *Manzoni/Fischbacher/Schwarzenegger* (Fn. 8), S. 88; *Svensson*, Youth & Society 34 (2003), 300 (321).

¹⁰² *Sutherland* (Fn. 41), S. 5 ff.

¹⁰³ *LaGrange/Silverman*, Criminology 37 (1999), 41 (43).

¹⁰⁴ *Rocca/Et al.*, Rass. Ital. Criminol. 3 (2015), 169 (174).

¹⁰⁵ *Bezić* (Fn. 28), S. 429 (442); *Čopić* (Fn. 30), S. 23 (38); *Čopić/Stevković* (Fn. 25), S. 279 (284).

¹⁰⁶ *Broidy/Agnew*, JCRD 34 (1997), 275 (297).

¹⁰⁷ *ESPAD Group*, ESPAD Report 2015: Results from the European School Survey Project on Alcohol and Other Drugs, 2016, S. 76, <http://www.espad.org/sites/espad.org/files/TD0116475ENN.pdf>, zuletzt abgerufen am 28.4.2019.

¹⁰⁸ *Pejnović Franelić*, Alcohol as a public health issue in Croatia, 2017, S. 6, http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0014/340052/Final-report-Croatia.pdf, zuletzt abgerufen am 28.4.2019.

¹⁰⁹ *Warr* (Fn. 40), S. 32.

¹¹⁰ *Kask/Markina*, Annual Research & Review in Biology 4 (2014) (ARRB), 174 (178 ff.).

¹¹¹ *Webb/Et al.*, AJO 72 (2002), 392 (398).

¹¹² *Rocca/Verde/Gatti*, Eur. J. Crim. Policy Res. 25 (2019), 259 (267).

¹¹³ *Rocca/Verde/Gatti*, Eur. J. Crim. Policy Res. 25 (2019), 259 (266).

¹¹⁴ *Heinz*, Kriminalität und Kriminalitätskontrolle in Deutschland – Berichtsstand 2015 im Überblick, 2017, S. 44, http://www.uni-konstanz.de/rf/kis/Kriminalitaet_und_Kriminalitaetskontrolle_in_Deutschland_Stand_2015.pdf, zuletzt abgerufen am 3.1.2020.

¹¹⁵ *Rocca/Verde/Gatti*, Eur. J. Crim. Policy Res. 25 (2019), 259 (267).

¹¹⁶ *Kask/Markina*, ARRB 4 (2014), 174 (181 f.); *Wilsnack/Et al.*, Addiction 95 (2000) (Addiction), 251 (254 ff.).

Weiterhin könnte die unterschiedliche Sozialisierung der Geschlechter eine mögliche Erklärung liefern. Alkohol hat unterschiedliche Auswirkungen auf das Verhalten von Mädchen und Jungen, da es für Jungen sozial akzeptabler ist, Aggressivität zu zeigen.¹¹⁷ Männliche Jugendliche verbinden zudem oft Alkohol mit Gewalt, was für sie in einem sozialen Kontext resultiert, in dem Aggressionen als normal empfunden werden.¹¹⁸ Mädchen werden dagegen darauf sozialisiert, Alkohol¹¹⁹ und Gewalt¹²⁰ eher abzulehnen, was dazu führen könnte, dass sie sowohl weniger trinken als auch seltener gewalttätig sind. Dies spiegelt sich auch in den Unterschieden zwischen den in der ISRD3 untersuchten Delinquenzarten wider. Während bei Körperverletzung der größte Gender-Unterschied vorliegt, ist er bei Vandalismus – als nicht menschenbezogene Gewalttat – kaum vorhanden.¹²¹ Eine interessante Abweichung liegt aber bei Gruppenschlägereien vor, wo ebenfalls der Geschlechterunterschied gering ist, jedoch gleichzeitig mehr Mädchen als Jungen bei dieser Gewalttat involviert sind.¹²² Dies könnte den Umständen des Alkoholkonsums unter Jugendlichen geschuldet sein. Da Jugendliche, und dabei besonders Mädchen, häufig mit anderen Jugendlichen zusammen trinken,¹²³ könnten diese Situationen aufgrund der Anwesenheit von einer Vielzahl alkoholisierter Jugendlicher öfter in Gruppenschlägereien resultieren, wobei Mädchen folglich öfter anwesend sind.

Ein weiterer Erklärungsansatz könnte eine höhere Anfälligkeit von Jungen auf Alkohol sein, wodurch sie öfter delinquent werden. Jedoch müssen Männer auf der biologischen Ebene aufgrund ihres höheren Anteils an Körperwasser im Körper mehr Alkohol konsumieren, um die gleiche Blutalkoholkonzentration wie bei Frauen zu erreichen. Frauen erleiden auch mehr biologische Konsequenzen vom Alkoholkonsum, wie schnellere Entwicklungen von Alkoholismus oder Gehirnschäden.¹²⁴ Zudem vermögen diese geringen biologischen Unterschiede nicht die großen Unterschiede beim Alkoholkonsum, vor allem innerhalb eines Geschlechts, zu erklären. Dadurch ist deren Erklärungswert begrenzt. Vielmehr werden Gender-Unterschiede beim Alkoholkonsum von soziokulturellen Faktoren beeinflusst.¹²⁵

Folglich ist die häufigere Verübung von Gewalttaten unter Alkoholeinfluss durch männliche Jugendliche eher auf

ihren höheren Alkoholkonsum und ihre Sozialisierung bezüglich Alkohol und Gewalt zurück zu führen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass nur ein geringer Anteil an Gewalttaten von Jugendlichen unter Alkoholeinfluss begangen wurde und meistens kein Alkohol involviert ist.¹²⁶ Andere Studien haben weiterhin belegt, dass Alkoholkonsum für beide Geschlechter signifikant ist.¹²⁷ In diesen Studien wurden die generelle Korrelation von Alkoholkonsum und Delinquenz untersucht, in der ISRD3 dagegen nur den Moment des Delinquenzverhaltens. Es kann folglich davon ausgegangen werden, dass Jungen häufiger Gewalttaten unter Alkoholeinfluss begehen, weil sie dem Risikofaktor Alkoholkonsum stärker ausgesetzt sind, womit dieses Ergebnis, entgegen der ursprünglichen Annahme, ebenfalls die Belastungshypothese unterstützt. Somit belegen alle hier benannten ISRD3-Ergebnisse zum Alkoholkonsum die Belastungshypothese.

6. Erklärungsansätze für gewalthaltige und pornografische Medien als Risikofaktor

Bereits *Bandura* sah in seiner sozial-kognitiven Lerntheorie Medien wie Fernsehen und Filme als eine wichtige Quelle von sozialem Lernen an. Diese beinhalten symbolische Modelle, von denen sowohl Kinder als auch Erwachsene Einstellungen, emotionale Reaktionen und neue Verhaltensweisen erlernen können. Verbunden damit, dass Menschen viel Zeit mit dem Konsum solcher Medien verbringen und visuelle Modellierung effektiver ist als zB verbale, können Medien traditionelle Rollenbilder wie Eltern oder LehrerInnen sogar verdrängen.¹²⁸ Heutzutage gehören zu diesen Medien auch das Internet und Videospiele.¹²⁹

Jugendliche, die gewalthaltige Medien konsumieren, sind somit einem höheren Risiko ausgesetzt, dieses Verhalten zu imitieren, besonders, weil Gewalt in den Medien meist mit verzerrten Darstellungen von Konsequenzen und Angemessenheit von Gewalt einhergeht. So sehen Jugendliche in solchen Medien oft, dass Gewalt gerechtfertigt sein oder eine Lösung für Probleme darstellen kann.¹³⁰ Dadurch können sie unter anderem nach *Sykes* ' und *Matzas* Neutralisierungsthese auch Techniken der Neutralisation, wie die Ablehnung von Verantwortung oder des Opfers, erlernen. Das ermöglicht ihnen dann die Begehung und Rechtfertigung von Gewalttaten.¹³¹ Der Konsum von Pornografie

¹¹⁷ *Martin/Bryant*, Journal of Substance Abuse 13 (2001) (JSA), 563 (577); *Rolfe/Et al.*, Journal of Substance Use 11 (2006) (JSU), 343 (355).

¹¹⁸ *Forsyth/Lennox*, JSU 15 (2010), 75 (84); *Graham/Wells*, The British Journal of Criminology 43 (2003) (BJC), 546 (561).

¹¹⁹ *Nolen-Hoeksema/Hilt*, J. Gen. Psychol. 133 (2006), 357 (361f.).

¹²⁰ *Heimer/De Coster*, Criminology 37 (1999), 277 (282 f.).

¹²¹ *Rocca/Verde/Gatti*, Eur. J. Crim. Policy Res. 25 (2019), 259 (266).

¹²² *Rocca/Verde/Gatti*, Eur. J. Crim. Policy Res. 25 (2019), 259 (266).

¹²³ *Kask/Markina*, ARRB 4 (2014), 174 (179 f.).

¹²⁴ *Nolen-Hoeksema/Hilt*, J. Gen. Psychol. 133 (2006), 357 (359 ff.).

¹²⁵ *Wilsnack/Et al.*, Addiction 95 (2000), 251 (252, 261).

¹²⁶ *Rocca/Verde/Gatti*, Eur. J. Crim. Policy Res. 25 (2019), 259 (265 f.).

¹²⁷ *Bachman/Peralta*, Deviant Behavior 23 (2002), 1 (15); *Estévez/Emler*, Int. J. Clin. Health Psychol. 11 (2011), 269 (278); *French/Maclean*, Health Economics 15 (2006), 1261 (1275); *LaGrange/Silverman*, Criminology 37 (1999), 41 (58); *Piko/Fitzpatrick/Wright*, Eur. Child Adolesc. Psychiatry 14 (2005), 95 (101).

¹²⁸ *Bandura* (Fn. 67), S. 10.

¹²⁹ *Groebel*, in: *Singer/Singer*, Handbook of Children and the Media, 2001, S. 255 (256 f.).

¹³⁰ *Bushman/Huesmann*, in: *Singer/Singer*, Handbook of Children and the Media, 2001, S. 223 (228); *Coynne/Archer*, Aggress. Behav. 30 (2004), 254 (267).

¹³¹ *Sykes/Matza*, American Sociological Review 22 (1957) (ASR), 664 (666 ff.).

kann ebenfalls dazu führen, dass Jugendliche deren Inhalt als Norm ansehen, ihre Darstellungen von Sexualität und Geschlechterverhältnissen (unter anderem auch sexuelle Gewalt) verinnerlichen und folglich imitieren.¹³² Denn besonders gewalthaltige Pornografie wurde in Verbindung mit Aggressionen und positiver Einstellung zu Gewalt gebracht.¹³³ Männliche Jugendliche konsumieren nach den österreichischen ISRD3-Daten deutlich öfter solche Medien¹³⁴ und könnten somit eher dazu geneigt sein, gewalttätiges Verhalten nachzuahmen. Das würde bei ihnen dann wiederum zu mehr Gewaltdelikten führen, je mehr gewalthaltige und pornografische Medien sie konsumieren. Bezüglich der Pornografie ist die Erklärung jedoch dadurch eingeschränkt, dass bei der Befragung nicht zwischen gewalthaltigen und gewaltfreien Pornofilmen unterschieden wurde.¹³⁵

Weiterhin wird Gewalt in Medien oft von Männern ausgeübt¹³⁶ und da man besser von Modellen desselben Geschlechts lernt,¹³⁷ könnte das die Imitierung bei Jungen verstärken. Dies betrifft auch Pornografie, denn sie enthält oft Gewalt gegen Frauen.¹³⁸ Ein solcher Umgang mit Frauen in Pornofilmen könnte andererseits dazu führen, dass weibliche Jugendliche davon weniger konsumieren, weil die weibliche Rolle auf Unterwürfigkeit und Miss-handlung für den männlichen Konsum reduziert wird¹³⁹. Da das in den meisten Fällen nicht mit ihren Interessen, Werten oder Präferenzen übereinstimmt, sondern mit denen von männlichen Jugendlichen,¹⁴⁰ wenden sie sich von Pornografie ab¹⁴¹.

Die unterschiedliche Sozialisierung von Mädchen und Jungen könnten ebenfalls dazu führen, dass Mädchen nicht nur im wirklichen Leben öfter Gewalt ablehnen und sich auf Beziehungen konzentrieren,¹⁴² sondern, dass es auch ihren Medienkonsum beeinflusst. Sie würden dadurch eher Medien konsumieren, in denen soziale Interaktionen eine große Rolle spielen oder die wenig bis keine Gewalt beinhalten.¹⁴³ Jungen sind dagegen mehr an Wettkämpfen interessiert, wie sie in gewalthaltigen Medien zu finden sind.¹⁴⁴ Solche Medien sind wiederum überwiegend auf männliche

Konsumenten ausgerichtet, meistens, indem sie männliche Hauptcharaktere verwenden,¹⁴⁵ wodurch sie für Mädchen uninteressant sind. Bei Pornografie werden Frauen ebenfalls darauf sozialisiert, diese abzulehnen,¹⁴⁶ sodass auch für Frauen entwickelte pornografische Inhalte von ihnen negativer empfunden werden als von Männern¹⁴⁷. Für männliche Jugendliche ist es dagegen sozial akzeptiert, Pornografie zu konsumieren.¹⁴⁸ Somit entsprechen weder gewalthaltige noch pornografische Medien den Präferenzen und Ansprüchen von weiblichen Jugendlichen, weswegen anzunehmen ist, dass sie beides weniger konsumieren.

Zudem könnte die höhere soziale Kontrolle von Mädchen¹⁴⁹ zu ihrem niedrigen Konsum führen. Bei ihnen werden solche Handlungen aufgrund der Geschlechterrollen eher als unangemessen beurteilt und abgelehnt¹⁵⁰. Da Mädchen zudem, wie bereits festgestellt, mehr Zeit zuhause verbringen,¹⁵¹ können sie bezüglich ihres Medienkonsums eher von Eltern kontrolliert werden. Jungen, die zB intensiv Videospiele spielen, folgen mit diesem Verhalten dagegen nur Geschlechterstereotypen.¹⁵² Bei Mädchen wurde intensives Spielen von gewaltdarstellenden Computerspielen indessen darauf zurückgeführt, dass sie auffallenden Belastungssituationen ausgesetzt sind.¹⁵³ Diese Befunde könnten auch erklären, warum bei den österreichischen ISRD3-Daten Mädchen mit häufigem Videospieldkonsum von mehr Gewalttaten berichten. Da Mädchen im Vergleich zu Jungen mit hohem Videospieldkonsum oft vielen andern Risikofaktoren ausgesetzt sind, sorgen diese und nicht die Videospiele selbst für ihre höhere Gewalttätigkeit. Derselbe Effekt könnte bei häufigem Konsum von Gewaltdarstellungen vorliegen. Ähnliche Befunde gab es auch für Pornografie. Weibliche Jugendliche, die Pornografie konsumieren, sind oft Opfer von familiärer, psychischer sowie sexueller Gewalt. Dieser Effekt wurde bei männlichen Jugendlichen nicht festgestellt. Dies könnte aber, im Vergleich zu Videospielden, weniger mit der eigenen Gewalttätigkeit einhergehen, da Mädchen mit solchen Erfahrungen eher dazu tendieren, Pornografie zu schauen, die Gewalt gegen Frauen zeigt.¹⁵⁴ Hierbei würden sie eher die Rolle der Frau als des Gewalt ausübenden Mannes

¹³² Romito/Beltramini, Violence Against Women 17 (2011) (VAW), 1313 (1322).

¹³³ Hald/Malamuth/Yuen, Aggress. Behav. 36 (2010), 14 (18); Malamuth/Addison/Koss, Annu. Rev. Sex. Res. 11 (2000), 26 (85).

¹³⁴ Manzoni/Fischbacher/Schwarzenegger (Fn. 8), S. 95.

¹³⁵ Manzoni/Fischbacher/Schwarzenegger (Fn. 8), S. 96.

¹³⁶ Anderson/Et al., Psychological Science in the Public Interest 4 (2003) (PSPI), 81 (97); Dietz, Sex Roles 38 (1998), 425 (436); Rich/Et al., Pediatrics 101 (1998), 669 (673).

¹³⁷ Bandura, in: Bryant/Oliver, Media Effects: Advances in Theory and Research, 2009, S. 94 (99).

¹³⁸ Bridges/Et al., VAW 16 (2010), 1065 (1076); Gossett/Byrne, Gender & Society 16 (2002) (Gend.Soc.), 689 (705 f.).

¹³⁹ Klaassen/Peter, The Journal of Sex Research 52 (2015) (JSR), 721 (730).

¹⁴⁰ Mehta/Plaza, in: Kiesler, Culture of the Internet, 1997, S. 53 (65).

¹⁴¹ Fritz 1995, zitiert nach Oppl (Fn. 40), S. 86.

¹⁴² Heimer/De Coster, Criminology 37 (1999), 277 (282); Mears/Ploeger/Warr, JRCD 35(1998), 251 (263).

¹⁴³ Subrahmanyam/Greenfield, in: Cassell/Jenkins, From Barbie to Mortal Combat: Gender and Computer Games, 1999, S. 46 (53 ff.).

¹⁴⁴ Kassis/Steiner, Zeitschrift für Medienpsychologie 15 (2003) (ZMP), 131 (132 f.).

¹⁴⁵ Anderson/Et al., PSPI 4 (2003), 81 (102).

¹⁴⁶ Hald, Archives of Sexual Behavior 35 (2006) (Arch. Sex. Behav.), 577 (583).

¹⁴⁷ Mosher/Maclan, JSR31 (1994), 99 (106).

¹⁴⁸ Romito/Beltramini, VAW 17 (2011), 1313 (1322).

¹⁴⁹ Junger-Tas/Ribeaudo/Cruyff, Eur. J. Criminol. 1 (2004), 333 (349).

¹⁵⁰ Hald, Arch. Sex. Behav. 35 (2006), 577 (582); Kassis/Steiner, ZMP 15 (2003), 131 (132 f.); Oppl (Fn. 40), S. 201.

¹⁵¹ Junger-Tas/Ribeaudo/Cruyff, Eur. J. Criminol. 1 (2004), 333 (350).

¹⁵² Kassis/Steiner, ZMP 15 (2003), 131 (133).

¹⁵³ Kassis/Steiner, ZMP 15 (2003), 131 (137).

¹⁵⁴ Romito/Beltramini, VAW 17 (2011), 1313 (1323).

verinnerlichen und imitieren.

Eine andere Erklärung für mehr weibliche Gewalttaten bei häufigem Konsum von gewalthaltigen Darstellungen und Videospielen könnte die stärkere Anfälligkeit von Mädchen auf diese Risikofaktoren sein. Jedoch kommen viele Studien zu dem Ergebnis, dass beide Geschlechter entweder ähnlich stark anfällig sind oder dass der Effekt bei Jungen stärker ist.¹⁵⁵ Es ist also fraglich, ob diese Befunde auf eine höhere Anfälligkeit zurückzuführen sind. Jugendliche mit hohem Konsum begehen zwar mehr Gewalttaten,¹⁵⁶ jedoch trifft der hohe Konsum bei Mädchen oft mit anderen Risikofaktoren zusammen,¹⁵⁷ die ursächlich für ihre höhere Gewaltrate sein könnten. Da bei den österreichischen ISRD3-Daten die Wirkung der anderen Faktoren jedoch nicht mitberücksichtigt wurde, kann eine höhere Vulnerabilität als Erklärungsansatz nur vermutet werden.

Die ISRD3-Ergebnisse für gewalthaltige und pornografische Medien zeigen, dass sie von Jungen deutlich häufiger konsumiert werden als von Mädchen und dass Jungen bei fast allen Konsumhäufigkeiten auch mehr Gewalttaten begehen. Diese Befunde unterstützen somit die Belastungshypothese. Zwar könnte die höhere Anzahl an Gewaltdelikten von Mädchen mit häufigem Konsum von Gewaltdarstellungen und Videospielen den Schluss nahelegen, dass auch die Vulnerabilitätshypothese unterstützt wird. Jedoch zeigen die zuvor ausgeführten Erklärungsansätze, dass diese Ergebnisse sowohl auf eine höhere Anfälligkeit als auch auf eine höhere Risikofaktorenbelastung von Mädchen mit solchem Konsumverhalten zurückgeführt werden können. Es kann somit keine Aussage zur Vulnerabilitätshypothese getroffen werden.

III. Implikationen der ISRD3-Daten für Gender-Unterschiede bei Delinquenz

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass viele Gender-Unterschiede bei Risikofaktoren auf die unterschiedliche Sozialisierung der Geschlechter zurückgeführt werden können. Diese wird unter anderem durch eine höhere soziale Kontrolle von Mädchen und Geschlechterstereotypen vermittelt. Weiterhin haben vier der sechs Risikofaktoren die Belastungshypothese unterstützt. Die ISRD3-Daten belegen damit, dass männliche Jugendliche deswegen delinquent sind, weil sie öfter und stärker mit Risikofaktoren

belastet sind. Die Ausnahme hiervon stellen elterliche Kontrolle und Misshandlung sowie teilweise Alkoholkonsum dar, die die Vulnerabilitätshypothese belegen. Diese Ergebnisse ähneln denen von *Moffitt u.a.*, die ebenfalls zu dem Schluss kommen, dass Jungen mit mehr Risikofaktoren belastet sind als Mädchen¹⁵⁸. Nur hinsichtlich der familiären Probleme sind Jungen stärker anfällig.¹⁵⁹ Andere Studien haben ebenfalls ergeben, dass Jungen überwiegend aufgrund ihrer stärkeren Belastung und nicht wegen ihrer höheren Vulnerabilität delinquent sind.¹⁶⁰ Die ISRD3 stimmt somit in den meisten Aspekten mit der bisherigen Forschung zu Risikofaktoren überein.

E. Zur Aussagekraft der ISRD3-Ergebnisse

Die internationale Methode der ISRD3 ermöglicht durch ihre große Stichprobe die Untersuchung der Risikofaktoren in unterschiedlichen Kulturkreisen. Diese Methode geht jedoch mit bestimmten Problemen einher. Die ISRD3 ist eine Querschnittstudie, wodurch sie keine Schlüsse auf die Kausalität zulässt.¹⁶¹ Die hier betrachteten Risikofaktoren können somit nicht als Ursache für die Delinquenz der befragten Jugendlichen gesehen werden. Es bestehen lediglich Zusammenhänge zwischen Delinquenz und Risikofaktoren. Um Aussagen über Ursachen für die Gender-Unterschiede treffen zu können, wäre eine Längsschnittstudie erforderlich. Die Studie dient weiterhin der Analyse von Jugenddelinquenz in verschiedenen Ländern, wodurch ihr Fokus auf nationalen Differenzen liegt.¹⁶² Die Gender-Unterschiede stehen dabei im Hintergrund, sodass die Untersuchungen hierzu überschaubar sind. Auch stellt der lange Datenerhebungszeitraum ein weiteres Problem dar. Abhängig davon, wann die Daten erhoben wurden, können sie eher zeitliche Veränderungen als Unterschiede zwischen den Ländern wiedergeben.¹⁶³ Besonders bei Gender-Unterschieden in der Delinquenz bestehen teilweise starke zeitliche Veränderungen,¹⁶⁴ weshalb die ISRD3-Daten zwischen den Ländern nur eingeschränkt vergleichbar sind.

Die Befunde zu Gender-Unterschieden bei Risikofaktoren können zudem aufgrund unterschiedlicher Sensibilität für bestimmte Themen je nach Land variieren.¹⁶⁵ Dies ist bei solchen Risikofaktoren wie Misshandlung besonders ersichtlich. Studien zu diesem Thema kommen oft zu

¹⁵⁵ *Bushman/Huesmann* (Fn. 130), S. 223 (242); *Anderson/Et al.*, *Psychol. Bull.* 136 (2010), 151 (161, 163); *Ribeaud/Eisner*, *Eur. J. Criminol.* 7 (2010), 460 (478); *Romito/Beltrami*, *VAW* 17 (2011), 1313 (1323).

¹⁵⁶ *Manzoni/Fischbacher/Schwarzenegger* (Fn. 8), S. 96.

¹⁵⁷ *Kassis/Steiner*, *ZMP* 15 (2003), 131 (137).

¹⁵⁸ *Moffitt/Et al.* (Fn. 37), S. 121 f.

¹⁵⁹ *Moffitt/Et al.* (Fn. 37), S. 108.

¹⁶⁰ *Fergusson/Horwood*, *Development and Psychopathology* 14 (2002) (*Dev. Psychopathol.*), 159 (175); *Junger-Tas/Ribeaud/Cruyff*, *Eur. J. Criminol.* 1 (2004), 333 (367); *Logan-Greene/Et al.*, *Journal of Youth Studies* 14 (2011) (*J. Youth Stud.*), 413 (425); *Steketee/Junger/Junger-Tas*, *J. Contemp. Crim. Justice* 29 (2013), 88 (100 f.).

¹⁶¹ *Van der Gaag/Steketee*, in: *Roché/Hough*, *Minority Youth and Social Integration: The ISRD-3 Study in Europe and the US*. Cham, 2018, S. 137 (158).

¹⁶² *Enzmann/Et al.* (Fn. 5), S. 5.

¹⁶³ *Enzmann/Et al.* (Fn. 5), S. 16 f.

¹⁶⁴ *Estrada/Bäckman/Nilsson*, *The British Journal of Criminology* 56 (2016) (*BJC*), 1272 (1280 ff.); *Heinz*, *Jugendkriminalität aus rechtswissenschaftlicher Perspektive: Zahlen und Fakten sowie jugendstrafrechtliche Rechtsfolgen*, 2014, S. 42, http://www.uni-konstanz.de/rtf/kik/Heinz_Jugendkriminalitaet-Zahlen-Fakten-Rechtsfolgen.pdf, zuletzt abgerufen am 28.4.2019.

¹⁶⁵ *Enzmann/Et al.* (Fn. 5), S. 14.

uneinheitlichen Ergebnissen,¹⁶⁶ weswegen in der Literatur Unstimmigkeit darüber herrscht, wie Misshandlung, Geschlecht und Delinquenz zusammenhängen.¹⁶⁷ Einen Faktor in dieser Diskrepanz stellt die Herkunft der Jugendlichen dar. Sie beeinflusst das Empfinden von Misshandlung dadurch, dass die Prävalenzraten und die soziale Akzeptanz von Misshandlung von Land zu Land unterschiedlich sind.¹⁶⁸ Dies kann wiederum zu unterschiedlichen Auswirkungen von Misshandlung auf weibliche und männliche Jugendliche führen. Es kann also nicht ausgeschlossen werden, dass die Gender-Unterschiede je nach Land variieren können. Zwar kommt die ISRD3 in vielen Bereichen zu ähnlichen Ergebnissen wie andere Studien, jedoch stehen für die vorliegende Arbeit nur die Daten einzelner Länder zur Verfügung. Somit gelten die Befunde und die Erklärungshypothesen nur für SchülerInnen der jeweiligen zwei Städte, die pro Land befragt wurden. Für eine bessere Allgemeingültigkeit und Vergleichbarkeit müssten die Daten aller teilnehmenden Länder untersucht werden.

F. Fazit

Die ISRD3 zeigt, dass Gender-Unterschiede bei Risikofaktoren für Delinquenz ein internationales Phänomen sind. Die meisten Unterschiede lassen sich dabei auf die verschiedene Sozialisierung von Mädchen und Jungen zurückführen. Weiterhin unterstützen die Ergebnisse überwiegend die Belastungshypothese, weshalb sie zur Erklärung der unterschiedlichen Kriminalitätsbelastungen von weiblichen und männlichen Jugendlichen beitragen. Insgesamt hat die Studie durch ihre internationale Methode viel Potential, zur Erklärung der Unterschiede zwischen den Geschlechtern in ihrer Delinquenz- und Risikofaktorenbelastung beizutragen. Hierbei müssen jedoch Einschränkungen wie der Datenerhebungszeitraum oder die kulturellen Unterschiede beachtet werden, um die Aussagekraft der Studie nicht zu überschätzen. Die vorliegende Arbeit ist durch den zurzeit begrenzten ISRD3-Datensatz limitiert. Sobald die Datenerhebung abgeschlossen ist, werden umfassendere Analysen zu Risikofaktoren möglich sein, die unter anderem auch Vergleiche zwischen den Ländern zulassen. Es bleibt folglich, den Abschluss der Studie abzuwarten.

Anhang

Beziehung zur Schule	Anzahl der Mädchen	Prozent der Mädchen	Anzahl der Jungen	Prozent der Jungen
Ich würde meine Schule vermissen, wenn ich umziehen würde	841	75,5	837	66,4
Ich freue mich meistens morgens auf die Schule	346	31,3	294	23,4
Ich mag meine Schule	688	62,9	670	54,0
Unser Unterricht ist interessant	439	40,2	476	38,5

Tabelle 1: Beziehung der SchülerInnen zur Schule nach Geschlecht in der Slowakei.¹⁶⁹

Beziehung zu LehrerInnen	Anzahl der Mädchen	Prozent der Mädchen	Anzahl der Jungen	Prozent der Jungen
Wenn du in eine andere Stadt umziehen müsstest, wie sehr würdest du deine LieblingslehrerIn vermissen?	841	75,5	837	66,4
Wie wichtig ist es für dich, was dein/deine LieblingslehrerIn über dich denkt?	346	31,3	294	23,4

Tabelle 2: Beziehung der SchülerInnen zu LehrerInnen nach Geschlecht in der Slowakei.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Abajobir/Et al., Pers. Individ. Differ. 106 (2017), 95 (100); Fagan/Et al., Prevention Science 8 (2007), 115 (121 ff.); Herrera/McCloskey, Child Abuse & Neglect 25 (2001), 1037 (1048); Piko/Fitzpatrick/Wright, Eur. Child Adolesc. Psychiatry 14 (2005), 95 (99); Ribeaud/Eisner, Eur. J. Criminol. 7 (2010), 460 (482); Steketee/Junger/Junger-Tas, J. Contemp. Crim. Justice 29 (2013), 88 (101).

¹⁶⁷ Abajobir/Et al., Pers. Individ. Differ. 106 (2017), 95 (101).

¹⁶⁸ Enzmann, RPsych Rechtspsychologie 4 (2018), 456 (470 f.).

¹⁶⁹ Original auf Slowakisch in Juhásová/Debnáriková (Fn. 14).

¹⁷⁰ Original auf Slowakisch in Juhásová/Debnáriková (Fn. 14).

Marie Langner*

Suizide als Herausforderung für den Justizvollzug - Rechtliche Aspekte, Empirische Erkenntnisse und Prävention

Suizide und Suizidversuche von Inhaftierten lösen nicht nur ein großes mediales Interesse aus, sie ereignen sich tatsächlich im Vergleich zur Allgemeinbevölkerung auch häufiger. In der Forschung zu den Ursachen für die dadurch zum Ausdruck kommende erhöhte Suizidalität von Gefangenen zeigen sich sogenannte personenbezogene Risikofaktoren sowie nicht personenbezogene Faktoren wie die Haft als solche sowie die konkreten Haftbedingungen. Insofern wird die Frage nach einer rechtlich herleitbaren Schutzpflicht des Staates gegenüber Gefangenen umso relevanter. Diese berechtigt die Justizvollzugsanstalten zu grundrechtseinschränkenden Maßnahmen zur Verhinderung von Suiziden, welche allerdings im Sinne des Kontroll- und Sicherheitsgedankens sehr restriktiv sind. So rückt in der Wissenschaft die Forderung nach einer umfassenden und nachhaltigen Suizidprävention, die den risikoerhöhenden Umständen entgegenwirkt, immer mehr in den Vordergrund.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	62
B. Empirische Erkenntnisse	63
I. Häufigkeit und Umstände von Suiziden in Justizvollzugsanstalten	63
II. Erklärungsansätze für die Suizidalität von Gefangenen	64
1. Importation/ Personenbezogene Faktoren/ Individuelle Risikofaktoren	64
2. Deprivation / Nicht personenbezogene Faktoren/ Situative Risikofaktoren	65
C. Rechtliche Aspekte	66
I. Grundrechtseinschränkungen im Justizvollzug	66
II. Rechtliche Herleitung einer staatlichen Schutzpflicht	67
III. Umgang mit Suizidalität im Justizvollzug: Vollzugsrechtliche Maßnahmen in Bezug auf Selbstverletzungs- und Suizidgefahr	68
1. Zwangsmaßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge	68
2. Besondere Sicherungsmaßnahmen	69
D. Prävention	70
I. Prävention in Bezug auf importierte Risikofaktoren	70

II. Prävention in Bezug auf die Faktoren der Deprivation	71
E. Fazit	71

A. Einleitung

Suizide und Suizidversuche von Gefangenen des Justizvollzuges lösen ein weitaus größeres öffentliches und mediales Interesse aus, als es solche der Allgemeinbevölkerung tun. Den Vollzugsanstalten werden die Vorfälle zum Vorwurf gemacht, da ihnen als ausführende Institutionen des mit Freiheitsentzug strafenden Staates eine besondere Verantwortung für das Leben der Inhaftierten zugeschrieben wird. Die Gesundheit dieser Personen solle von den Vollzugsbehörden geschützt werden. Daher tritt der Tod eines/r Inhaftierten als Versagen der staatlichen Institutionen in Erscheinung.¹ Eine Pflicht zum Schutz des Lebens mag auch damit zu begründen sein, dass gerade die Inhaftierung und die damit einhergehende Belastung der Grund für Suizide und Suizidversuche sein könnten. Die europaweite Forschung zeigt erhöhte Suizidraten in Gefängnissen gegenüber denen in der Allgemeinbevölkerung.² Fraglich ist, ob dies der Haft als solcher und den Haftbedingungen geschuldet und so den Vollzugsanstalten entgegenzuhalten ist oder Gefangene unabhängig davon mit einem Suizidrisiko belastet sind. So wird international in Erklärungsversuchen zur Suizidalität von Inhaftierten, angelehnt an die allgemeine Suizidforschung, zu sogenannten Risikofaktoren geforscht, die zur Suizidalität von Menschen führen. Die Herausforderung, die sich aus Suiziden von Inhaftierten für den Justizvollzug ergibt, sollte sich nicht nur in der Frage niederschlagen, welche vollzugsrechtlichen Möglichkeiten zur Suizidverhinderung für die Justizvollzugsanstalten bestehen. Vielmehr sollte auch die Frage gestellt werden, wie – abgesehen von der Suizidprophylaxe – noch ein Schritt davor angesetzt werden könnte, indem schon den risikoerhöhenden Umständen im Sinne einer Suizidprävention entgegengewirkt wird.

* Die Verfasserin studiert im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Untersuchungsbereich Strafvollzugsrecht. Die Themenstellung erfolgte durch Prof. Dr. Christine Morgenstern.

¹ Bennefeld-Kersten, Ausgeschieden durch Suizid – Selbsttötungen im Gefängnis – Zahlen, Fakten, Interpretationen, 2009, S. 80 f.; Mausbach, in: Tag/Groß, Tod im Gefängnis – Hungerstreik, Suizid, Todesstrafe und „normaler“ Tod aus rechtlicher, historischer und ethischer Sicht, 2012, S. 151; Fuchs, Forens. Psych. Psychoth. 24/3 (2017), 240; Rabe/Konrad, Forens. Psych. Psych. Kriminol. 4/3 (2010), 182; Ritter/Et al., Nervenarzt 87 (2016), 496 (501); WHO, Suizidprävention – ein Leitfaden für Mitarbeiter des Justizvollzugsdienstes, 2007, S. 6; Goerdeler, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugsgesetze Kommentar, 7. Aufl. 2017, II § 4 Rn. 22; Beispielhaft für mediale Berichterstattung: Bruns, Berliner Zeitung, Trotz Warnung: Häftling bringt sich in JVA Plötzensee um 12.11.2018, [https://www.bz-berlin.de/berlin/reinickendorf/trotz-](https://www.bz-berlin.de/berlin/reinickendorf/trotz-warnung-haeftling-bringt-sich-in-jva-ploetzensee-selbst-um)

warnung-haeftling-bringt-sich-in-jva-ploetzensee-selbst-um, zuletzt abgerufen am 6.11.2019; Sanders, Deutsche Welle, Europe's Prisoner Suicide Problem 13.10.2016, <https://www.dw.com/en/europes-prisoner-suicide-problem/a-36034490>, zuletzt abgerufen am 6.11.2019; Peikert, Frankfurter Allgemeine Zeitung, „Und keiner macht was“ 28.10.2015, <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/hessen-3-suizid-faelle-im-preun-gesheimer-frauengefaengnis-13876119.html>, zuletzt abgerufen am 6.11.2019; Spiegel Online, Totaler Kontrollverlust der Behörden 13.10.2016, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/jaber-albahr-tod-von-albahr-in-haft-sagt-fuer-empowerung-a-1116373.html>, zuletzt abgerufen am 6.11.2019.

² Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 80 f., 88 f.; Fuchs, Forens. Psych. Psychoth. 24/3 (2017), 240 (241); Konrad, Schweizer Archiv für Neurologie und Psychiatrie 153/3 (2002), 131 (132); Laubenthal, Strafvollzug, 7. Aufl. 2015, Rn. 230.

In der folgenden Arbeit soll zunächst beispielhaft anhand einiger Studien ein Überblick über die empirischen Erkenntnisse zur Häufigkeit und zu den Umständen von Suiziden sowie zu den Ursachen für die Suizidalität von erwachsenen Straf- und Untersuchungsgefangenen gegeben werden. Weiter sollen die deutschen bundes- und landesrechtlichen Aspekte bezüglich der Notwendigkeit des Umgangs des Justizvollzugs mit Suizidalität erläutert werden. Dabei sollen die den Vollzugsanstalten im Bundesstrafvollzugsgesetz (BStVollzG), der Untersuchungshaftvollzugsordnung (UVollzO) und in den Landesstrafvollzugs-, Untersuchungshaftvollzugs- und Justizvollzugsgesetzen beziehungsweise Justizvollzugsgesetzbüchern gesetzlich eingeräumten Möglichkeiten der Reaktion auf suizidales Verhalten erklärt werden. Insbesondere soll darauf eingegangen werden, wie eine Schutzpflicht des Staates hergeleitet werden kann und grundrechtseinschränkende Maßnahmen gerechtfertigt sein können. Schließlich sollen beispielhaft verschiedene international entwickelte Empfehlungen und Konzepte sowie einige in Deutschland und Österreich bereits laufende Programme zur Suizidprävention vorgestellt werden.

B. Empirische Erkenntnisse

„Auch Gefangene werden in der Regel nicht rund um die Uhr bewacht und haben hinreichend Gelegenheit, sich das Leben zu nehmen.“³

„We should therefore see prison suicides as in considerable part influenced by the nature and quality of the prison environment.“⁴

Suizide und Suizidversuche nicht nur der Allgemeinheit, sondern ebenso von Inhaftierten sind international und insbesondere in Europa seit einigen Jahrzehnten ein Forschungsfeld strafvollzugsrechtlicher, kriminologischer, psychologischer und psychiatrischer WissenschaftlerInnen. Inhalt der Forschung sind Erhebungen über Häufigkeit und Umstände von Suiziden von Gefangenen im Vergleich zur Allgemeinbevölkerung und anderen Todesursachen in Haft in Bezug auf unterschiedliche Haftformen und der Haftdauer. Weiter stellt sich in der Wissenschaft die

Frage, welche Gründe sich hinter den Ergebnissen, insbesondere hinter der hohen Suizidalität von Gefangenen, verbergen.

I. Häufigkeit und Umstände von Suiziden in Justizvollzugsanstalten

Ergebnisse unterschiedlicher Studien und Erhebungen zeigen, dass die Suizidrate in Gefängnissen (Suizide pro 100.000 der Gefangenenpopulation) durchschnittlich dreibis zwölfmal so hoch ist wie die der Allgemeinbevölkerung (Suizide pro 100.000 Einwohner).⁵ So liegt die Suizidrate Gefangener in Deutschland laut einer Bundestatistik des Kriminologischen Dienstes Niedersachsen (KrimD NI) in den Jahren 2000 bis 2016 bei durchschnittlich 100,8, wohingegen die Suizidrate in der Allgemeinbevölkerung laut der „Todesursachenstatistik“ des Statistischen Bundesamtes in den Jahren 2000 bis 2015 bei durchschnittlich 12,5 liegt.⁶ In einer Studie des Instituts für forensische Psychiatrie der Freien Universität Berlin zeigen sich im europäischen Vergleich der Daten aus Statistiken der World Health Organisation (WHO) und der für den Justizvollzug zuständigen Behörden bis zu 18 mal höhere Suizidraten in Gefängnissen.⁷ Ferner stellen *Fazel, Ramesh* und *Hawton* in Rahmen einer internationalen Vergleichsstudie in 24 ausgewählten einkommensstarken Ländern erhöhte Suizidraten gegenüber der jeweils männlichen oder weiblichen Allgemeinbevölkerung fest.⁸ Obwohl sich methodisch diesbezüglich wegen des Umstandes der unterschiedlichen demographischen Daten und der wesentlich höheren Dunkelfeldziffer außerhalb des Vollzugs Probleme der Vergleichbarkeit ergeben, kann von einer zumindest leicht erhöhten Suizidrate in Gefängnissen ausgegangen werden.⁹ Auf Todesfälle in Gefängnissen folgt eine sorgfältige Erforschung der Todesursache durch die Staatsanwaltschaft sowie eine inhaltlichen Prüfung des Falls durch die Aufsichtsbehörden.¹⁰ Deshalb sind Erhebungen von Suiziden im Vergleich zu anderen Todesursachen in Haft methodisch unproblematisch und können als sicheres Ergebnis Suizide als häufigste Todesursache Inhaftierter

³ *Bennefeld-Kersten*, Suizide von Gefangenen in Deutschland 2000-2010, 2012, S. 30.

⁴ *Liebling*, *Journal of Correctional Health Care* 23/1 (2017) (JCHC), 20 (22).

⁵ *Konrad*, *Arch. Neurol. Psych.* 153/3 (2002), 131 (132); *Matschnig/Frühwald/Frottier*, *Psychiatrische Praxis* 33 (2006), 6; ferner: *Rabe/Konrad*, *Forens. Psc. Psych. Kriminol.* 4/3 (2010), 182 (182).

⁶ BT-Drucks. 19/2872, S. 4 f.

⁷ *Konrad*, *Arch. Neurol. Psych.* 153/3 (2002), 131 (133).

⁸ *Fazel/Ramesh/Hawton*, *The Lancet Psychiatry* 4 (2017), 946 (947 ff.); verglichen wurden Daten der Regierungen, Forschungsabteilungen von Justizanstalten sowie Daten aus einem Bericht der WHO zur globalen Notwendigkeit von Suizidprävention (WHO, Preventing Suicide: A global imperative, 2014) und aus der Council of Europe Annual Penal Statistics SPACE I (*Aebi/Delgrande*, Council of Europe Annual Penal Statistics: SPACE I (Survey 2010) 2012; http://wp.unil.ch/space/files/2014/04/SPACEI_2010_English.pdf, zuletzt abgerufen am

6.11.2019; *Aebi/Delgrande*, Council of Europe Annual Penal Statistics: SPACE I (Survey 2011) 2013, http://wp.unil.ch/space/files/2015/02/SPACEI_2011_English.pdf, zuletzt abgerufen am 6.11.2019; *Aebi/Delgrande*, Council of Europe Annual Penal Statistics: SPACE I (Survey 2012) 2014, http://wp.unil.ch/space/files/2014/05/Council-of-Europe_SPACE-I-2012-E_Final_140507.pdf, zuletzt abgerufen am 6.11.2019; *Aebi/Delgrande/Burkhardt*, Council of Europe Annual Penal Statistics: SPACE I (Survey 2014) 2015, http://wp.unil.ch/space/files/2019/02/SPACE-I-2014-Report_Updated_190129-2-1.pdf, zuletzt abgerufen am 6.11.2019; *Aebi/Delgrande/Burkhardt*, Council of Europe Annual Penal Statistics: SPACE I (Survey 2015) 2017, http://wp.unil.ch/space/files/2017/04/SPACE_I_2015_FinalReport_161215_REV170425.pdf, zuletzt abgerufen am 6.11.2019.

⁹ *Bennefeld-Kersten* (Fn. 1), S. 87 f.; *Liebling*, *Crime Justice* 26 (1999), 283 (292).

¹⁰ *Bennefeld-Kersten* (Fn. 1), S. 80.

feststellen,¹¹ was beispielsweise aus der jährlich erhobenen europäischen Strafvollzugsstatistik Council of Europe Annual Penal Statistics (SPACE)¹² sowie aus der Strafvollzugsstatistik Tabelle 7/8 des Bundesministeriums für Justiz¹³ hervorgeht. Erhebungen, die nach Haftarten differenzieren, machen deutlich, dass die Suizidgefahr bei Untersuchungsgefangenen höher ist als bei Strafgefangenen.¹⁴ So wurde in einer bundesweiten Totalerhebung über den Zeitraum der Jahre 2000 bis 2010 des KrimD NI festgestellt, dass sich 53% der 907 erfassten Suizidenten in Untersuchungshaft befanden.¹⁵ Dies stellt bezogen auf die Gesamtpopulation von Untersuchungs- bzw. Strafgefangenen eine erhöhte Suizidrate gegenüber Strafgefangenen dar, die sich auch in den Erhebungen des KrimD NI über die Jahre 2000 bis 2016 wiederfindet.¹⁶ Zu dieser Erkenntnis kamen auch Matschnig, Frühwald und Frottier im internationalen Vergleich.¹⁷ Ferner werden entsprechend den Totalerhebungen des KrimD NI die meisten Selbsttötungen, insbesondere der Untersuchungsgefangenen, in der ersten Zeit nach Haftbeginn begangen.¹⁸ Der zufolge wurden etwa ein Drittel der Suizide im ersten Monat und fast die Hälfte in den ersten drei Monaten nach Haftantritt begangen.¹⁹ Eine weitere Erhebung des KrimD NI über den Zeitraum der Jahre 2000 bis 2004 stellt dagegen die häufigsten Suizide nach drei bis sechs Monaten bereits verbrachter Haftzeit fest.²⁰

II. Erklärungsansätze für die Suizidalität von Gefangenen

Angelehnt an die in der allgemeinen Suizidforschung festgestellten sogenannten Risikofaktoren, welche die Gefahr von Suiziden und Suizidversuchen erhöhen, wird die Suizidalität von Gefangenen untersucht. Laut der WHO haben soziokulturelle, biologische und genetische Faktoren sowie sozialer Stress einen Einfluss auf die Suizidalität eines

Menschen. Aufgrund der Kombination der vielfältigen Risikofaktoren werden bestimmte Bevölkerungsgruppen als besonders gefährdet angesehen. Darunter zählen „[j]unge Männer [...] Menschen mit psychischen Erkrankungen; Menschen mit Missbrauch von Alkohol- und/oder anderen psychotropen Substanzen; [...] Menschen in Gefangenschaft.“ (Anm. d. Verf.).²¹ Letztere weisen eine hohe Prävalenz verschiedener Risikofaktoren auf und stellen mithin eine Hochrisikogruppe dar.²² Ähnlich dem Krankheits- und Krisenkonzept von Woltersdorf wird zwischen Importation von personenbezogenen beziehungsweise individuellen und Deprivation durch nicht personenbezogene beziehungsweise situative Risikofaktoren unterschieden.²³

1. Importation/ Personenbezogene Faktoren/ Individuelle Risikofaktoren

Im Sinne des Importationsmodells bringen Gefangene personengebundene beziehungsweise individuelle Faktoren mit, welche als Selektionsbedingungen für die Zusammensetzung von Gefangenenpopulationen wirken. Sie sind geprägt durch Vorerfahrungen, Wertorientierungen und Persönlichkeitsstrukturen, die schon vor der Inhaftierung ein erhöhtes Suizidrisiko zur Folge haben können.²⁴ Die erhöhte Prävalenz dieser Faktoren wird mit dem aus der Psychologie stammenden Begriff der Vulnerabilität beschrieben. Demographische, soziale sowie psychische Umstände können darauf Einfluss haben. So gelten als Vulnerabilitätsfaktoren Alter, Geschlecht, Ethnizität, Lebensumstände, Familienstand,²⁵ die kriminelle Vorgeschichte, der familiäre Hintergrund, negative Lebenserfahrungen, Verusterlebnisse, ungünstige Entwicklungsbedingungen, ein niedriger Bildungsstand, Arbeitslosigkeit²⁶ sowie psychiatrische Probleme und psychische Störungen oder Auffälligkeiten²⁷. Diese sind unter anderem „Risikofaktoren suizidalen Verhaltens“.²⁸ Der letzten Gruppe der

¹¹ Hayes, The Prison Journal 75/4 (1995) (TPJ), 431 (432, 440); WHO (Fn. 1), S. 6; Konrad, Arch. Neurol. Psych. 153/3 (2002), 131 (132).

¹² Aebi/Tiago, Council of Europe Annual Penal Statistics: SPACE I (Survey 2018), S. 99 f., http://wp.unil.ch/space/files/2019/06/FinalReportSPACEI2018_190611-1.pdf, zuletzt abgerufen am 17.12.2019.

¹³ BT-Drucks. 19/2872, S. 3.

¹⁴ Konrad, Arch. Neurol. Psych. 153/3 (2002), 131 (132); Liebling, JCHC 23/1 (2017), 20 (22); Matschnig/Frühwald/Frottier, Psychiatrische Praxis 33 (2006), 6 (8).

¹⁵ Bennefeld-Kersten (Fn. 3), S. 24.

¹⁶ BT-Drucks. 19/2872, S. 11, 15.

¹⁷ Matschnig/Frühwald/Frottier, Psychiatrische Praxis 33 (2006), 6 (8, 10).

¹⁸ Bennefeld-Kersten (Fn. 3), S. 14, 26.

¹⁹ Bennefeld-Kersten (Fn. 3), S. 23.

²⁰ Bildungsinstitut des niedersächsischen Justizvollzuges (Kriminologischer Dienst), Anzahl der Selbstmorde von Gefangenen im Gefängnis in Deutschland von 2000 bis 2004 nach Länge des bereits verbrachten Aufenthaltes, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/70855/umfrage/selbstmord-in-u-haft/>, zuletzt abgerufen am 19.11.2019.

²¹ WHO (Fn. 1), S. 6 f.

²² WHO (Fn. 1), S. 6; Konrad/Opitz-Welke, in: Venzlaff/Et al., Psychiatrische Begutachtung – Ein Handbuch für Ärzte und Juristen, 2015, S. 351 (357).

²³ Liebling, Suicides in Prison, 1992, S. 34, 49; Rabe/Konrad, Forens. Psych. Psych. Kriminol. 4/3 (2010), 182 (183 f.); Konrad/Opitz-Welke (Fn. 22), S. 358.

²⁴ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 90 f.; Huey, Deprivation, importation, and prison suicide – The combined effects of institutional conditions and inmate composition, 2008, S. 25; Kette, Haft – eine sozialpsychologische Analyse, 1991, S. 20; Blaauw/Kerkhof/Hayes, Suicide and Life-Threatening Behavior 35/1 (2005) (SLTB), 63 (64); Fuchs, Forens. Psych. Psychoth. 24/3 (2017), 240 (241); Frottier/Et al., Fortschritte der Neurologie und Psychiatrie 69 (2001) (Fortschr. Neurol. Psych.), 90 f.; Konrad, Arch. Neurol. Psych. 153/3 (2002), 131 (134); Rabe/Konrad, Forens. Psych. Psych. Kriminol. 4/3 (2010), 182 (185); Ritter/Et al., Nervenarzt 87 (2016), 496 (497).

²⁵ Blaauw/Kerkhof/Hayes, SLTB 35/1 (2005), 63 (64, 69); Liebling (Fn. 23), S. 34-38.

²⁶ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 90 f.; Liebling (Fn. 23), S. 38-44; Blaauw/Kerkhof/Hayes, SLTB 35/1 (2005), 63 (64); Harding/Zimmermann, British Journal of Psychiatry 155 (1989) (BJPsych), 36 (37); Konrad/Opitz-Welke (Fn. 22), S. 358.

²⁷ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 90 f.; Liebling (Fn. 23), S. 45 f.; Blaauw/Kerkhof/Hayes, SLTB 35/1 (2005), 63 (64).

²⁸ Konrad/Opitz-Welke (Fn. 22), S. 358.

psychologischen Faktoren kommt in der Forschung über personenbezogene Risikofaktoren besondere Bedeutung zu. International zeigen einige Studien, dass Gefangene häufig Persönlichkeitsstörungen, Depressionen, affektive und psychiatrische Störungen sowie Suchtmittelabhängigkeiten mitbringen.²⁹ Insbesondere Untersuchungsgefangene weisen häufig diese Krankheitsbilder auf und haben – wie auch Strafgefangene mit derselben Vorbelastung – in der Vergangenheit bereits suizidales Verhalten gezeigt.³⁰ Bei Suchtmittelabhängigen haben die zwangsweise Abstinenz und die damit einhergehenden Entzugserscheinungen wiederum häufig depressive Symptome zur Folge und stellen so einen weiteren risikoe erhöhenden Faktor dar.³¹ Diese psychologischen Faktoren stellen auch in der Allgemeinheit ein Suizidrisiko dar, welches sich durch den Umstand der Inhaftierung verstärken kann, da dieser auch nicht vulnerable Menschen an die Grenze ihrer Bewältigungsfähigkeiten bringen kann und so für vulnerable Menschen besonders belastend ist.³² Dies ist wiederum dem Umstand geschuldet, dass eine erhöhte Vulnerabilität meist eine eingeschränkte Fähigkeit „im Umgang mit Trauer, Frustrationen und Aggressionen“³³ sowie zur Stressbewältigung (sogenanntes „coping“) mit sich bringt.³⁴ Diese begrenzten Bewältigungsressourcen führen dazu, dass vulnerable Menschen Ereignisse und Situationen negativer und insofern als „kritische Ereignisse“ erleben.³⁵

2. Deprivation / Nicht personenbezogene Faktoren/ Situative Risikofaktoren

Ein solches, kritisches Lebensereignis ist die spezifische Belastung durch die Inhaftierung und die Haft als solche, die sich als eine psychosoziale belastende Situation und als Stressfaktor auf die Suizidalität auswirkt.³⁶ Diese Situation zählt neben den Umständen eines Suizides, der konkreten Haftform sowie den konkreten Bedingungen und dem

Anstaltsklima in einer Justizvollzugsanstalt zu den nicht personengebundenen beziehungsweise situativen Risikofaktoren.³⁷ Im Sinne des Deprivationsmodells sind die negativen Auswirkungen der Inhaftierung in „totalen Institutionen“ die durch die Prisonisierung hervorgerufenen „pains of imprisonment“, mit denen Gefangene konfrontiert sind und durch die das Suizidrisiko steigt.³⁸ Darunter zählen als abrupte Lebensveränderung Isolation, Verlust der (Bewegungs-)Freiheit, Einengung des Lebensraums, Autonomieverlust, beschnittene Aktionsräume, Trennung von Familie und FreundInnen, Einschränkung und/oder Verlust der Sozialkontakte, Hoffnungslosigkeit, Unsicherheiten über die Zukunft, Verlusterfahrungen und –ängste, Schäden am Selbstwertgefühl, soziale Degradierung, die soziale Kontrolle der Bediensteten über die Gefangenen, Konflikte mit Gefangenen oder Bediensteten, Angst vor Gewalt, Anpassungszwänge sowie die Fremdbestimmung in Bezug auf Entscheidungsprozesse und Alltagsgestaltung.³⁹

Bei allen Gefangenen können diese Umstände vor allem zu Beginn der Haftzeit und bei Untersuchungsgefangenen speziell wegen häufiger Entzugssymptome, der besonderen Zukunftsunsicherheit und des starken Inhaftierungsschockes aufgrund der unvorhersehbaren Inhaftierung eine besonders große Belastung sein.⁴⁰ Insofern stellt die Gefangenschaft hohe Anforderungen an die Bewältigungsressourcen sowohl vulnerabler als auch nicht vulnerabler Gefangener. Bewältigungsmechanismen wie die Regulation negativer Affekte und insbesondere die Stressbewältigung durch Aktivität sind aber gerade durch die Haftbedingungen stark eingeschränkt. Zusätzlich fehlt den Gefangenen die gewohnte Unterstützung durch ein soziales Netzwerk, die häufig nicht durch Mitgefangene oder Bedienstete ersetzt werden kann.⁴¹ Infolgedessen ist das konkrete Gefängnisleben in Verbindung mit der Vulnerabilität von

²⁹ Foerster, in: Hillenkamp/Tag, Intramurale Medizin – Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug, 2005, S. 143 (145 ff.); Blaauw/Kerkhof/Hayes, SLTB 35/1 (2005), 63 (69); Fazel/Danesh, The Lancet 359 (2002), 545 (548); Fazel/Seewald, BJPsych 200 (2012), 364 (366 f., 368 f.); Fuchs, Forens. Psych. Psychoth. 24/3 (2017), 240 (241); Harding/Zimmermann, BJPsych 155 (1989), 36 (42); Ritter/et al., Nervenarzt 87 (2016), 496 (497 f.); Konrad/Opitz-Welke (Fn. 22), S. 355, 357 f.

³⁰ Mausbach (Fn. 1), S. 154; Frottier/et al., Fortschr. Neurol. Psych. 69 (2001), 90 (94); Ritter/et al., Nervenarzt 87 (2016), 496 (501); Konrad/Opitz-Welke (Fn. 22), S. 358, 360.

³¹ Konrad/Opitz-Welke (Fn. 22), S. 359, 360.

³² Rabe/Konrad, Forens. Psych. Psych. Kriminol. 4/3 (2010), 182 (190); Ritter/et al., Nervenarzt 87 (2016), 496 (501 f.).

³³ Konrad/Opitz-Welke (Fn. 22), S. 358.

³⁴ Kette (Fn. 24), S. 32 f., 53; Harding/Zimmermann, BJPsych 155 (1989), 36 (42); Liebling, The British Journal of Criminology 35/2 (1995) (Br. J. Criminol.), 173 (179); Rabe/Konrad, Forens. Psych. Psych. Kriminol. 4/3 (2010), 182 (190).

³⁵ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 107, 109, 121, 198.

³⁶ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 19; Frottier/et al., Fortschr. Neurol. Psych. 69 (2001), 90 f.; Harding/Zimmermann, BJPsych 155 (1989), 36 (41); Rabe/Konrad, Forens. Psych. Psych. Kriminol. 4/3 (2010), 182 (184 f., 190); Ritter/et al., Nervenarzt 87 (2016), 496 (497); Konrad/Opitz-Welke (Fn. 22), S. 356.

³⁷ Liebling (Fn. 23), S. 49-55; Mausbach (Fn. 1), S. 153 f.; Fazel/Ramesh/Hawton, The Lancet Psychiatry 4 (2017), 946 (246); Rabe/Konrad, Forens. Psych. Psych. Kriminol. 4/3 (2010), 182 (184 f.).

³⁸ Huey (Fn. 24), S. 12 ff.; Frottier/et al., Fortschr. Neurol. Psych. 69 (2001), 90 (91); Rabe/Konrad, Forens. Psych. Psych. Kriminol. 4/3 (2010), 182 (185); Ritter/et al., Nervenarzt 87 (2016), 496 (497); ferner zur Entwicklung des Deprivationsmodells: Clemmer, The Prison Community, 1940; Goffman, Asylums, 1961; Sykes, The Society of Captives, 1958.

³⁹ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 119 ff., 198; Huey (Fn. 24), S. 21 f.; Frottier/et al., Fortschr. Neurol. Psych. 69 (2001), 90 (93); Harding/Zimmermann, BJPsych 155 (1989), 36 (41 f.); Huey/McNulty, The Prison Journal 85/4 (2005), 490 (491 f.); Konrad/Opitz-Welke (Fn. 22), S. 356; ferner: Kette (Fn. 24), S. 5, 19 f., 38 ff., 67, 79; Liebling (Fn. 23), S. 54; Ritter/et al., Nervenarzt 87 (2016), 496 (497).

⁴⁰ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 120; Mausbach (Fn. 1), S. 154; Harding/Zimmermann, BJPsych 155 (1989), 36 (42); Konrad, Arch. Neurol. Psych. 153/3 (2002), 131 (132).

⁴¹ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 19, 118 ff., 197 f.; Blaauw/Kerkhof/Hayes, SLTB 35/1 (2005), 63 (64); Fuchs, Forens. Psych. Psychoth. 24/3 (2017), 240 (241); Frottier/et al., Fortschr. Neurol. Psych. 69 (2001), 90 (93); Harding/Zimmermann, BJPsych 155 (1989), 36; Liebling, Br. J. Criminol. 35/2 (1995), 173 (184); Rabe/Konrad, Forens. Psych. Psych. Kriminol. 4/3 (2010), 182 (190).

Gefangenen eine große psychische Belastung, die das Risiko birgt, dass die Anforderungen nicht der Bewältigungsrealität entsprechen und keine Überlebensstrategien entwickelt werden können, was das Suizidrisiko mithin stark erhöht.⁴²

Die Suizidalität von Gefangenen ist damit als ein Zusammenspiel von Importation und Deprivation, Vulnerabilität und Haftbedingungen sowie dem Stressfaktor Haft und den eingeschränkten Bewältigungsmöglichkeiten zu verstehen.⁴³

C. Rechtliche Aspekte

„Die Verhinderung von Suiziden ist vornehmliche Aufgabe des Vollzuges.“⁴⁴

„Es gilt einzugreifen und den Tod der Person zu verhindern beziehungsweise so weit als möglich Schäden für die Gesundheit zu vermindern.“⁴⁵

Die erhöhte Suizidalität und die damit einhergehende erhöhte Suizidrate in Gefängnissen erfordern offensichtlich eine Reaktion der Justizvollzugsanstalten als staatliche Institutionen. Einer Pflicht des Staates zur Verhinderung von Selbstverletzungen und Selbsttötungen von Inhaftierten muss eine aus dem Vollzugsrecht herleitbare Schutzpflicht zugrunde liegen, die Grundrechtseinschränkungen ermöglicht und sich in konkreten, gesetzlich geregelten Maßnahmen niederschlägt.⁴⁶

I. Grundrechtseinschränkungen im Justizvollzug

Die Verhinderung einer selbstverletzenden oder selbsttötenden Handlung durch staatliche Organe kann einen Eingriff in Grund- und Menschenrechte, insbesondere in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), das Recht auf personale Selbstbestimmung (Art. 7 GRCh, Art. 8 Abs. 1 EMRK) und das Recht auf Leben

(Art. 2 Abs. 2 S. 1 Var. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GRCh, Art. 2 Abs. 1 S. 1 EMRK), darstellen. Aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 Var. 1 GG kann sich zwar keinesfalls eine Pflicht zum Leben und somit ein verfassungsrechtliches Verbot der Selbsttötung ergeben. Umstritten ist allerdings, ob das Grundrecht eine Negativfunktion aufweist, die ein Recht auf Selbsttötung zur Folge hat. Dies wird von der ganz herrschenden Meinung verneint, weil zum einen das Rechtsgut in seinem Bestand geschützt werden soll und zum anderen der Grundrechtsträger zugleich selbst Grundrechtsgefährdender ist und ein Grundrecht gegenüber dem Staat somit sinnvollerweise nicht bestehen kann. Eine Schutzpflicht des Staates im Sinne einer allgemeinen Pflicht zur Hilfeleistung besteht nur dann, wenn die betroffene Person in ihrer selbstbestimmten Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigt ist. Im Fall eines freiverantwortlichen Suizides hingegen stellt ein Einschreiten einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG und ferner in das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 7 GRCh und aus Art. 8 Abs. 1 EMRK dar, sodass Handlungen der Selbsttötung am ehesten als unverboden zu bezeichnen sind und wohl zumindest eine gewisse Freiheit, das eigene Leben zu beenden, grundrechtlich gewährt ist.⁴⁷ Inhaftierten stehen grundsätzlich genau die gleichen Rechte auf Selbsttötung und Selbstverletzung zu wie Nichtinhaftierten.⁴⁸ Grundrechtseinschränkungen im Justizvollzug ergeben sich nicht mehr aus der überkommenen Lehre des besonderen Gewaltverhältnisses, nach der die Strafgefangenen durch die Verurteilung zur Freiheitsstrafe implizit in ihren Rechten eingeschränkt werden können. Vielmehr bedarf es in Abkehr von dieser Wirkung der Ingewahrsamnahme durch den Staat und beruhend auf der Ablehnung des Justizvollzugs als grundrechtsfreiem Raum auch für Inhaftierte einer gesetzlichen Grundlage, um in deren Rechte und Freiheiten einzugreifen (Gesetzesvorbehalt).⁴⁹ Dies schlägt sich in den §§ 4 Abs. 2, 196 StVollzG und ebenso in den

⁴² Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 107, 109; *Liebling*, Br. J. Crimnol. 35/2 (1995), 173 (183); *Rabe/Konrad*, Forens. Psych. Psych. Kriminol. 4/3 (2010), 182 (190); ferner: *Kette* (Fn. 24), S. 80 ff.

⁴³ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 93; *Huey* (Fn. 24), S. 32-34, 92, 109 f.; *Frottier/Et al.*, Fortschr. Neurol. Psych. 69 (2001), 90 (94); *Liebling*, JChC 23/1 (2017), 20 (22); *Konrad/Opitz-Welke* (Fn. 22), S. 357 f.

⁴⁴ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 78.

⁴⁵ *Mausbach* (Fn. 1), S. 157.

⁴⁶ Maßgeblich sind das Strafvollzugsgesetz des Bundes (StVollzG), das seit der Föderalismusreform 2006 nur noch teilweise gilt, die Untersuchungshaftvollzugsordnung des Bundes (UVollzO) sowie die jeweiligen einschlägigen Landesgesetze über den Straf- beziehungsweise Untersuchungshaftvollzug.

⁴⁷ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 47, 78; *Schwabe*, JZ 53/2 (1998), 66-75 (69); *Lorenz*, in: Bonner Kommentar GG, Ordner 2, 185. AL 2017, Art. 2 Rn. 420; *Di Fabio*, in: Maunz/Düring, Komm-GG, Bd. I, 87. EL 2018, Art. 2 Abs. 2 Rn. 47; *Kunig*, in: Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 50; *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 209 ff.; ferner: *Fink*, Selbstbestimmung und Selbsttötung – Verfassungsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit Selbsttötungen, 1992, S. 126 ff., 198 f.; *Kämpfer*, Die Selbstbestimmung Sterbewilliger – Sterbehilfe im deutschen und amerikanischen Verfassungsrecht, 2005, S. 181-212; *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 78 ff.; *Ostendorf*, Das Recht zum Hungerstreik –

Verfassungsmäßige Absicherung und strafrechtliche Konsequenzen, 1983, S. 77 ff., 99 ff., 145-147; *Roellecke*, in: Eser, Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem, 1976, S. 336 (337 f.); *Wagner*, Selbstmord und Selbstmordverhinderung – Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit der Zwangsernährung, 1975, S. 89 ff., 108 ff. Die Mindermeinung leitet aus der allgemeinen Handlungsfreiheit ein Recht auf Selbsttötung unter der Voraussetzung ab, dass keine Rechte anderer verletzt werden. So: *Laue*, in: Hillenkamp/Tag, Intramurale Medizin – Gesundheitsfürsorge zwischen Heilaufrag und Strafvollzug, 2005, S. 217 (220); *Fink*, in: Merten/Papier, Hdb. der Grundrechte in Deutschland und Europa – Band IV – Einzelgrundrechte I, 2011, S. 137 (155); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Komm-GG, 15. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 34, 81, 100; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 4. Aufl. 2014, Rn. 46, 160; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015, Rn. 438.

⁴⁸ *Laue* (Fn. 47), S. 220; *Lesting*, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugsgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2017, II § 67 Rn. 62.

⁴⁹ *Arloth/Krä*, in: Arloth/Krä, Strafvollzugsgesetze Bund und Länder – Kommentar, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1, 4; *Calliess/Müller-Dietz*, in: Calliess/Müller-Dietz, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 19 – Strafvollzugsgesetz, 11. Aufl. 2008, § 4 Rn. 13; *Goerdeler* (Fn. 1), II § 4 Rn. 4, 6, 54; *Lindemann*, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugsgesetze Kommentar, 7. Aufl. 2017, II Vor § 2 Rn. 2; *Neubacher*, in: Laubenthal/Et al., Beck'sche Kurz-Kommentare Band 19 – Strafvollzugsgesetze, 12. Aufl. 2015, B Rn. 66.

Landesgesetzen wie beispielsweise in §§ 4 Abs. 4, 116 StVollzG Bln, §§ 4 Abs. 4, 88 UVollzG Bln nieder, die dem Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 GG entsprechend die Rechtmäßigkeit von gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen von Rechten und Freiheiten durch den Justizvollzug normieren.⁵⁰ Demgegenüber bleiben einige Rechte aber auch unbeschränkt bestehen, wie zum Beispiel das Recht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 Var. 1 GG⁵¹, die freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 2 GG⁵² und die Würde des Menschen aus Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG.⁵³ Zusätzlich garantieren sowohl die UVollzO unter der Nr. 1 Abs. 1 S. 1 als auch die Länder, die dem Musterentwurf zum Landesstrafvollzugsgesetz⁵⁴ folgen, ausdrücklich die Achtung der Persönlichkeit (so z.B. § 4 Abs. 1 S. 1 StVollzG Bln). Dessen Regelungsgehalt geht allerdings nicht über den der Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG und dem Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG hinaus und ist somit als Programmsatz zu verstehen.⁵⁵ Ferner ist die Beachtung der Menschenrechte bei jeder Art des Freiheitsentzuges in Art. 1 der vom Europarat empfohlenen Europäischen Strafvollzugsgrundsätze verankert.⁵⁶

II. Rechtliche Herleitung einer staatlichen Schutzpflicht

Eine Schutzpflicht des Staates kann nicht bloß allgemein bestehen, weil die Vollzugsanstalten als staatliche Institutionen StraftäterInnen in Gewahrsam nehmen, sondern muss in den Gesetzen über den Justizvollzug konkretisiert werden. Eine ausdrückliche Pflicht zur Verhütung von Suiziden besteht nur nach den Justizvollzugsgesetzen von Brandenburg (§ 7 Abs. 3 BbgJVollzG), Thüringen (§ 7 Abs. 2 S. 2 ThürJVollzGB), Rheinland-Pfalz (§ 7 Abs. 2 S. 2 LVollzG RP) und Sachsen-Anhalt (§ 7 Abs. 2 S. 2 JVollzGB LSA) sowie nach den Untersuchungshaftvollzugsgesetzen der Länder Berlin (§ 5 Abs. 1 S. 3 UVollzG Bln), Bremen (§ 5 Abs. 1 S. 3 BremUVollzG), Hamburg (§ 5 Abs. 1 S. 3 HmbUVollzG), und Bayern (Art. 4 Abs. 2

S. 3 BayUVollzG). Normiert ist jeweils, dass im Rahmen des Gegensteuerungsgrundsatzes ein besonderes Augenmerk auf die Verhütung von Selbsttötungen zu legen ist.⁵⁷ Der Gegensteuerungsgrundsatz, nach dem schädlichen Folgen des Freiheitsentzuges entgegenzuwirken ist, findet sich im StVollzG, in der UVollzO und allen Landesstrafvollzugs-, Untersuchungshaftvollzugs- und Justizvollzugsgesetzen beziehungsweise Justizvollzugsgesetzbüchern als einer der Grundsätze der Vollzugsgestaltung. Aus ihnen lassen sich zwar keine unmittelbaren subjektiv-öffentlichen Rechte ableiten, sie sind aber als Programmsätze für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und als Ermessensmaßstäbe für die Vollzugsanstalten von zentraler Bedeutung.⁵⁸ Die Haft kann Schäden an der körperlichen, seelischen und psychischen Gesundheit als negative Folgen mit sich bringen, die aus dem zusätzlichen Gesundheitsrisiko der Haftsituation resultieren. Dazu zählen insbesondere die Deprivationszustände, die hervorgerufen werden können, wodurch, wie bereits erläutert, auch die Gefahr von Selbstverletzungen und Selbsttötungen steigt. Folglich kann eine Pflicht zur Vermeidung von Suiziden auch bei fehlender ausdrücklicher Normierung einer solchen aus dem Gegensteuerungsgrundsatz abgeleitet werden.⁵⁹ Eine Pflicht zur Gesundheitsfürsorge im Sinne des Äquivalenzprinzips ist darüber hinaus ausdrücklich in § 56 Abs. 1 S. 1 StVollzG und teilweise in den Landesgesetzen,⁶⁰ beispielsweise in § 73 Abs. 1 S. 1 StVollzG Bln, § 20 Abs. 1 S. 1 UVollzG Bln, § 16 Abs. 1 S. 1 HUVollzG, Art 58 Abs. 1 S. 1 BayStVollzG und §§ 56 Abs. 1, 154 Abs. 1 S. 1 NJVollzG normiert. Danach haben Gefangene im Sinne des Angleichungsgrundsatzes (§ 3 Abs. 1 StVollzG, § 3 Abs. 3 StVollzG Bln) einen Anspruch auf eine dem öffentlichen Gesundheitssystem entsprechende, ausreichende medizinische Versorgung, die an die Behandlungsnotwendigkeiten angepasst sein muss. Diese umfasst mithin die Problematik von Suiziden und beinhaltet somit die Verhütung der selbigen.⁶¹ Sowohl die Pflicht zur Gesundheitsfürsorge als auch die Vorgabe, ein besonderes

⁵⁰ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 78; Goerdeler (Fn. 1), II § 4, Rn 56, § 106, Rn 2; Neubacher (Fn. 49), B, Rn 84, 88-91.

⁵¹ Insofern zu beachten sind Art. 207 BayStVollzG und Art. 38 BayUVollzG, gemäß denen auch das Recht auf Leben eingeschränkt werden kann.

⁵² Insofern zu beachten ist § 57 JVollzGB I, gemäß dem auch die freie Entfaltung der Persönlichkeit eingeschränkt wird.

⁵³ Goerdeler (Fn. 1), II § 4 Rn. 25; Neubacher (Fn. 49), B, Rn 98.

⁵⁴ In Folge der Föderalismusreform haben zehn Länder, um den Strafvollzug trotz dessen möglichst einheitlich zu gestalten, unter der Federführung Berlins und Thüringens 2011 einen gemeinsamen Musterentwurf für ein länderübergreifendes Strafvollzugsgesetz für Erwachsene vorgelegt.

⁵⁵ Laubenthal (Fn. 2), Rn. 243; Goerdeler (Fn. 1), II § 4, Rn 32 f.

⁵⁶ Bundesministerium der Justiz Berlin/Bundesministerium für Justiz Wien/Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement Bern (Hrsg. d. dt. Übers.): Freiheitsentzug – Die Empfehlung des Europarates: Europäische Strafvollzugsgrundsätze: Rec 2006 (2): Neufassung der Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen 2007, S. 3, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/smv/dokumentation/empfehlung-europarat-d.pdf>, zuletzt abgerufen am 6.11.2019.

⁵⁷ Laubenthal (Fn. 2), Rn. 199; Schulze, Die Untersuchungshaftvollzugsgesetze der Länder im Vergleich, 2017, S. 130; Feest/Lesting, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugsgesetze Kommentar, 7. Aufl. 2017, II § 3 Rn. 34; Neubacher (Fn. 49), B Rn. 55.

⁵⁸ Arloth/Krä (Fn. 49), § 3 Rn. 1 f.; Calliess/Müller-Dietz (Fn. 49), § 3 Rn. 2; Feest/Lesting (Fn. 57), II § 3 Rn. 1 f.; Neubacher (Fn. 49), B Rn. 49.

⁵⁹ Lesting, Medizinrecht 36 (2018), 69 (73); Laubenthal (Fn. 2), Rn. 199, 228, 230; Feest/Lesting (Fn. 57), II § 3 Rn. 34-36; Neubacher (Fn. 49), B Rn. 55; vgl. ders. (Fn. 49), Rn. 38 f.

⁶⁰ Keine Normierung im HmbStVollzG, HmbUVollzG, JVollzGB I, II, III und HStVollzG.

⁶¹ Hillenkamp, in: Kern/Et al.: Humaniora – Medizin, Recht, Geschichte, 2006, S. 881 (902); Lesting, Medizinrecht 36 (2018), 69 (70 f.); Arloth/Krä (Fn. 49), § 56 Rn. 1; Calliess/Müller-Dietz (Fn. 49), § 56 Rn. 4; Laubenthal, in: Laubenthal/Et al., Beck'sche Kurz-Kommentare Band 19 – Strafvollzugsgesetze, 12. Aufl. 2015, H Rn. 9, 27 f.; Lesting (Fn. 48), II Vor § 62 Rn. 8, § 62 Rn. 2 f., 11, § 65 Rn. 2-4, 6; Ostendorf, in: Ostendorf, Untersuchungshaft und Abschiebehaft – Anordnung, Vollzug, Rechtsmittel – Kommentar, 1. Aufl. 2012, § 3 Rn. 26, 28; ferner für Untersuchungshaftgefangene: Schulze (Fn. 57), S. 185.

Augenmerk auf die Verhütung von Selbstmorden zu legen, finden sich ebenfalls in den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen in Art. 39 und Art. 47.2 für den Strafvollzug sowie in Art. 95.3 für den Untersuchungshaftvollzug.⁶² Ferner lässt sich eine Pflicht zur Vermeidung von Suiziden aus den Vollzugsgrundsätzen des StVollzG und der jeweiligen strafvollzugsrechtlichen Landesgesetze herleiten.⁶³ Das „Vollzugsziel“ ist gem. § 2 S. 1 StVollzG und beispielsweise gem. § 2 StVollzG Bln, § 2 Abs. 1 HStVollzG (hier: „Eingliederungsauftrag“) und Art. 2 BayStVollzG (hier: „Behandlungsauftrag“) die Resozialisierung. Danach sollen Gefangene befähigt werden, „künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen“. Ausfluss des Vollzugsziels ist das Recht der Gefangenen auf Straftäterbehandlung, welches aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art 1 GG sowie aus der staatlichen Schutzpflicht, die nach dem BVerfG wegen des Sozialstaatsprinzips besteht, resultiert. Dazu gehören als Maßnahmen der Gesundheitsfürsorge auch Therapien zur Behandlung seelischer oder psychischer Probleme, wie zum Beispiel Persönlichkeitsstörungen und Suchtmittelerkrankungen. So können in diesem Rahmen mögliche Ursachen für ein erhöhtes Suizidrisiko behandelt und die seelische und psychische Verfassung, die es zur Fähigkeit ein straffreies und selbstbestimmtes Leben zu führen bedarf, gestärkt werden.⁶⁴ Als Teil der Behandlung sind „therapeutische Programme“ in § 4 S. 1 HmbStVollzG beziehungsweise „psychologische Maßnahmen“ in Art. 3 BayStVollzG ausdrücklich genannt. Teil der Straftäterbehandlung ist auch die vom Gegensteuerungsgrundsatz verfolgte Begrenzung von durch den Freiheitsentzug entstehenden, schädlichen Folgen, welche teilweise als einziges erreichbares Behandlungsziel gesehen wird.⁶⁵ Auch der Eingliederungsgrundsatz aus § 3 Abs. 3 StVollzG und beispielsweise § 3 Abs. 2 StVollzG Bln besagt, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe auf ein selbstbestimmtes Leben in Freiheit hinwirken soll. Daraus folgt, dass die Entlassungsperspektive von Beginn des Vollzugs angegeben sein muss. Vollzugsziel und Eingliederungsgrundsatz gelten für alle Gefangenen, so auch für Lebenszeitgefangene, bei denen eine Entlassung zwar zu Beginn der Haftzeit nicht in Sicht, aber durch die

Aussetzung des Strafrests zur Bewährung zumindest möglich ist.⁶⁶ Wegen der Ausrichtung des Strafvollzugs auf das Leben kann der Tod von Inhaftierten hinsichtlich der Erfüllung des Vollzugauftrags als dem Vollzug „fremd“ betrachtet werden, sodass es dem Vollzugsziel der Resozialisierung widerspräche, Suizide nicht zu verhindern.⁶⁷

III. Umgang mit Suizidalität im Justizvollzug: Vollzugsrechtliche Maßnahmen in Bezug auf Selbstverletzungs- und Suizidgefahr

Die Schutzpflicht des Staates gegenüber Gefangenen schlägt sich im StVollzG, der UVollzO sowie den Landesstrafvollzugs-, Untersuchungshaftvollzugs- und Justizvollzugsgesetzen beziehungsweise den Justizvollzugsgesetzbüchern nieder. Den Vollzugsanstalten wird die Befugnis zu Zwangsmaßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge und besonderen Sicherungsmaßnahmen eingeräumt, um in Situationen konkreter Gefahr von Selbsttötungen oder Selbstverletzungen reagieren zu können.

1. Zwangsmaßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge

Die gesetzlich abschließend geregelten Zwangsmaßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge sind medizinische Untersuchungen und Behandlungen, insbesondere die Zwangsernährung, die entgegen dem Willen des Betroffenen zwangsweise durchgesetzt werden können und deshalb ein Sonderfall des unmittelbaren Zwangs darstellen.⁶⁸ So sind sie im § 101 StVollzG sowie in einigen Landesgesetzen wie beispielsweise in § 93 NJVollzG,⁶⁹ § 84 HmbStVollzG und § 63 HmbUVollzG sowie § 80 JVollzGB III und § 61 JVollzGB II am Ende des Abschnitts über den unmittelbaren Zwang normiert. In den anderen Landesgesetzen, beispielsweise in § 75 StVollzG Bln, § 21 UVollzG Bln und § 79 BbgJVollzG sind sie in den Abschnitten über Gesundheitsfürsorge und demnach vor den Regelungen über den unmittelbaren Zwang zu finden. Nichtsdestotrotz können sie als Formen des unmittelbaren Zwangs verstanden werden, weil sie ebenfalls gegen den Willen des Betroffenen vorgenommen werden dürfen.⁷⁰

⁶² Bundesministerium der Justiz Berlin/Bundesministerium für Justiz Wien/Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement Bern (Fn. 56), S. 18, 21, 34.

⁶³ Auch auf den Untersuchungshaftvollzug sind die folgenden Ausführungen anwendbar, obwohl für den Untersuchungshaftvollzug in der UVollzO und den Landesgesetzen ein anderes Vollzugsziel und die Gestaltungsgrundsätze nur teilweise normiert sind. Beispielsweise sind kein Eingliederungsgrundsatz in § 5 UVollzG, kein Eingliederungs- und Angleichungsgrundsatz in § 5 HUVollzG und keine Gestaltungsgrundsätze in Nr. 1 UVollzG normiert. Die Vollzugsgrundsätze und das Sozialstaatsprinzip dürfen nicht zu Verpflichtungen der Gefangenen, wohl aber zu Rechten auf Straftäterbehandlung führen. Vgl. Kubach, Die völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben für ein Gesetz zum Vollzug der Untersuchungshaft und deren praktische Umsetzung, 2004, S. 45 ff.; Seebode, Der Vollzug der Untersuchungshaft, 1985, S. 1, 145 ff.

⁶⁴ Veith, Sicherungsmaßnahmen und Resozialisierung im Erwachsenen-vollzug, 1993, S. 51-53; Laubenthal (Fn. 2), Rn 159; Laubenthal (Fn. 61),

H Rn. 7; Lindemann (Fn. 49), II Vor § 2 Rn. 3, 18; Neubacher (Fn. 49), B Rn. 40 f.; BVerfGE 35, (202, 235 f.); 45 (187, 238 f.); 98 (169, 200 f.); 116 (69, 85 f.); BVerfG v. 27.12.2007 – 2 BvR 1061/05, Rn. 14 ff.

⁶⁵ Laubenthal (Fn. 2), Rn. 158; Streng, Strafrechtliche Sanktionen – Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl. 2012, Rn. 269; Albrecht, ZStW 97/4 (1985), 831 (857 f.).

⁶⁶ Laubenthal (Fn. 2), Rn. 148, 234; Calliess/Müller-Dietz (Fn. 49), § 2 Rn. 25, § 3 Rn. 7; Feest/Lesting (Fn. 57), II § 3 Rn. 8; Neubacher (Fn. 49), B, Rn. 29, 57.

⁶⁷ Mausbach (Fn. 1), S. 152, 163.

⁶⁸ Arloth/Krä (Fn. 49), § 101 Rn. 1, 4; Calliess/Müller-Dietz (Fn. 49), § 101 Rn. 4, 6; Lesting (Fn. 48), II § 67 Rn. 1, 7 f., 10; Ostendorf (Fn. 61), § 3 Rn. 33; Verrel, in: Laubenthal/Et al., Beck'sche Kurz-Kommentare Band 19 – Strafvollzugsgesetze, 12. Aufl. 2015, M Rn. 139, 143 f.

⁶⁹ Geltung gem. § 156 I S. 1 NJVollzG auch für Untersuchungsgefangene.

⁷⁰ Arloth/Krä (Fn. 49), § 101 Rn. 1; Laubenthal, (Fn. 61), H Rn. 10, M Rn. 139; Lesting (Fn. 48), II § 67 Rn. 2.

Deswegen und unter Beachtung des § 56 I S. 2 StVollzG und beispielsweise Art. 58 Abs. 1 S. 2 BayStVollzG stellt diese Möglichkeit eine Eingriffsbefugnis in die Rechte auf körperliche Unversehrtheit aus Art 2 Abs. 2 GG und in das Selbstbestimmungsrecht aus Art 2 Abs. 1 iVm Art 1 S. 1 GG dar, die wegen der Schutzpflicht gegenüber Gefangenen besteht und zu der die Vollzugsanstalten gesetzlich ermächtigt sein müssen.⁷¹

Folglich stellt sich die Frage, unter welchen Gegebenheiten eine medizinische Zwangsmaßnahme zur Verhinderung eines Suizids zulässig sein kann. Dabei ist zu beachten, dass die Landesgesetze unterschiedlich detaillierte Regelungen zum eingriffsbegrenzenden Merkmal der freien Willensbestimmung des/r sich selbst gefährdenden Gefangenen getroffen haben. So sind Zwangsmaßnahmen gegen diesen beispielsweise gem. § 75 Abs. 2 StVollzG Bln und § 21 Abs. 2 UVollzG Bln sowie § 84 Abs. 1 S. 1 HmbStVollzG und § 63 Abs. 1 S. 1 HmbUVollzG nur bei krankheitsbedingt fehlender Einsichtsfähigkeit und Willensbestimmung zulässig. Teilweise, wie beispielsweise gem. § 79 Abs. 1 S. 1 BbgJVollzG, sind Zwangsmaßnahmen zur Verhinderung eines Suizidversuches auch unabhängig von der Einsichtsfähigkeit erlaubt. Nach den dem § 101 Abs. 1 S. 2 StVollzG und den dem Musterentwurf zum Landesstrafvollzugsgesetz folgenden Landesgesetzen hingegen sind die Vollzugsanstalten beispielsweise gem. § 80 Abs. 1 S. 2 JVollzGB III und § 61 Abs. 1 S. 2 JVollzGB II bei fehlender Fähigkeit zur freien Willensbestimmung zu Zwangsmaßnahmen verpflichtet. Demgegenüber besteht bei freiverantwortlicher Selbstschädigung zwar keine Pflicht, aber noch ein Behandlungsrecht.⁷² Diese Regelungen sind hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechtes von Gefangenen problematisch und entsprechen insofern nicht den Anforderungen des BVerfG und der aktuellen Rechtsprechung des BGH.⁷³ Verweigerungen medizinischer Behandlungen durch Nichtinhaftierte sind unabhängig von deren Motiven im Sinne dieses Grundrechtes zu respektieren. Weil dieses Recht auch Gefangenen zweifellos zusteht, muss bei der Frage nach der Zulässigkeit von medizinischen Zwangsmaßnahmen auf die Freiverantwortlichkeit der Betroffenen abgestellt werden, um das Selbstbestimmungsrecht der Gefangenen zu wahren. Daher sind die unzulänglichen

Regelungen derartig auszulegen, dass vom Eingriffsrecht bei bewusster Selbstschädigung kein Gebrauch gemacht werden kann.⁷⁴ Ferner sind die materiellen Voraussetzungen dieser Maßnahmen nach allen Gesetzen eine gegenwärtige Lebensgefahr oder schwerwiegende Gefahr für die Gesundheit des/r Gefangenen, die Zumutbarkeit für alle Beteiligten und die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeit, die in den Landesgesetzen unterschiedlich ausformuliert ist.⁷⁵

2. Besondere Sicherungsmaßnahmen

Im Abschnitt über die Sicherheit und Ordnung sind in § 88 Abs. 1 StVollzG, Nr. 62 Abs. 2 UVollzO und beispielsweise in § 86 Abs. 1 StVollzG Bln und § 47 Abs. 1 UVollzG Bln besondere Sicherungsmaßnahmen abschließend geregelt, die nach den Verfahrensregeln gem. § 91 StVollzG, Nr. 62 Abs. 3, 4 UVollzO, § 87 StVollzG Bln beziehungsweise § 50 UVollzG Bln gegen Gefangene angeordnet werden können, wenn die Gefahr einer Selbstverletzung oder eines Suizides besteht. Die Gefahrentatbestände sind in allen Landesgesetzen weitgehend gleich geregelt.⁷⁶ Besondere Sicherungsmaßnahmen sind gem. § 88 Abs. 2 StVollzG, Nr. 63 Abs. 1 und Nr. 64 Abs. 1 Nr. 3 UVollzO und beispielsweise gem. § 86 Abs. 2 StVollzG Bln und § 47 Abs. 2 UVollzG Bln zum Beispiel der Entzug von gefährlichen Gegenständen, die Beobachtung im Haftraum oder auch bei Nacht, die Fesselung und die Unterbringung im besonders gesicherten Haftraum ohne gefährdende Gegenstände. Wegen möglicher Grundrechtseingriffe und Beeinträchtigungen der Bewegungsfreiheit und der Privatsphäre ist die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen eine Frage des Spannungsverhältnisses zwischen der Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung zur Verwirklichung des Vollzugsziels und dem Behandlungsziel desselben, das aus dem Sozialstaatsprinzip resultiert. So können die Sicherungsmaßnahmen aus verfassungsrechtlichen Gründen präventiv zur Gefahrenabwehr nur als *ultima ratio* unter strengen Anwendungsvoraussetzungen und unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit geboten sein.⁷⁷ Besondere Sicherungsmaßnahmen können sich nur gegen den Störer richten, nach dessen auffälligem Verhalten oder dessen seelischen Zustandes – wie beispielsweise

⁷¹ Die Herleitung der Ermächtigung ist umstritten. Teilweise wird vertreten, dass die Gesundheitspflicht den Staat bloß zu Leistungen zugunsten der Inhaftierten verpflichten kann. Vgl. *Bemmann*, in: FS Klug, 1983, S. 563 (568); *Heide*, Medizinische Zwangsbehandlung – Rechtsgrundlagen und verfassungsrechtliche Grenzen der Heilbehandlung gegen den Willen des Betroffenen, 2001, S. 217 ff.; *Laue* (Fn. 47), S. 218–222, 234; ferner: *Geißl*, Zwangsmaßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge im Strafvollzug und im Vollzug der Untersuchungshaft, 1980, S. 312 ff.; *Ostendorf* (Fn. 47), S. 158 f.; *Wagner* (Fn. 47), S. 154 f.

⁷² *Arloth/Krä* (Fn. 49), § 101 Rn. 4 f.; *Calliess/Müller-Dietz* (Fn. 49), § 101 Rn. 3, 7 f.; *Lesting* (Fn. 48), II § 67 Rn. 1 f., 16–18, 63 ff.; *Verrel* (Fn. 68), M Rn. 139, 148, 152, 154 f.

⁷³ *Arloth/Krä* (Fn. 48), § 101 Rn. 4 f.; *Verrel* (Fn. 68), M Rn. 140 f.

⁷⁴ *Boetticher*, in: Hillenkamp/Tag, Intramurale Medizin – Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug, 2005, S. 61; *Laubenthal*

(Fn. 2), Rn. 726; *Arloth/Krä* (Fn. 49), § 101 Rn. 4; *Calliess/Müller-Dietz* (Fn. 49), § 101 Rn. 3; *Lesting* (Fn. 48), II § 67 Rn. 1, 3 f., 17 f., 62; *Verrel* (Fn. 68), M Rn. 149, 152.

⁷⁵ *Arloth/Krä* (Fn. 49), § 101 Rn. 4; *Calliess/Müller-Dietz* (Fn. 49), § 101 Rn. 7; *Lesting* (Fn. 48), II § 67 Rn. 16, 23 f., 26; *Ostendorf* (Fn. 61), § 3 Rn. 39, 41, 43; *Verrel* (Fn. 68), M Rn. 147, 155 f.

⁷⁶ *Schulze* (Fn. 57), S. 255 f.; *Laubenthal* (Fn. 2), Rn. 714; *Arloth/Krä* (Fn. 49), § 88 Rn. 1; *Calliess/Müller-Dietz* (Fn. 49), § 88 Rn. 1; *Goerdeler* (Fn. 1), II § 78, Rn. 2; *Hadeler*, in: Ostendorf, Untersuchungshaft und Abschiebehaft – Anordnung, Vollzug, Rechtsmittel – Kommentar, 1. Aufl. 2012, § 7 Rn. 102, 116; *Verrel* (Fn. 68), M Rn. 79.

⁷⁷ *Schulze* (Fn. 57), S. 270; *Veith* (Fn. 64), S. 8 ff., 29 f., 50, 105 f.; *Arloth/Krä* (Fn. 49), § 88 Rn. 1; *Calliess/Müller-Dietz* (Fn. 49), § 88 Rn. 1; *Goerdeler* (Fn. 1), II § 78 Rn. 1; *Verrel* (Fn. 68), M Rn. 79; *Hadeler* (Fn. 74), § 7 Rn. 104 f., 107.

ein starker Erregungszustand – eine konkrete Gefahr in erhöhtem Maße besteht. Es müssen konkrete Anhaltspunkte auf eine hohe Wahrscheinlichkeit einer unmittelbaren Gefahr für das Leben oder die Gesundheit des/r Gefangenen durch eine Selbstverletzung oder Selbsttötung hindeuten. Insofern reicht die bloße Suizidankündigung nicht aus.⁷⁸ Ferner wird teilweise gefordert, dass die Suizidgefahr aus einem unkontrollierten Zustand heraus bestehe und es sich mithin bei einer Vollendung um einen Affektsuizid handle. Sei sich hingegen ein/e Gefangene/r, der sich suizidal verhält, über die Folgen bewusst und trifft so eine freiverantwortliche Willensentscheidung (Bilanzsuizid), bestünde keinesfalls eine Pflicht, möglicherweise aber dennoch die Möglichkeit zur Anordnung von besonderen Sicherungsmaßnahmen.⁷⁹

Zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht gegenüber Gefangenen werden zwar in Folge suizidalen Verhaltens auch Fachkräfte wie Psychiater zur Betreuung der Betroffenen hinzugezogen. Vorrangig reagiert der Justizvollzug aber im Sinne des Kontroll- und Sicherheitsgedankens mit stark einschränkenden Maßnahmen, was dazu führen kann, dass Gefangene aus Angst davor nicht rechtzeitig von Suizidgedanken berichten und es umso schwieriger ist, Suizidalität zu erkennen und Suizidversuche sowie Selbstverletzungen zu verhindern.⁸⁰

D. Prävention

„Sicherungsmaßnahmen, die einen Suizid verhindern sollen, sind oft heikel. [...] Aber welche Maßnahmen sind wirklich geeignet, Gefangene mit dem Leben zu versöhnen?“⁸¹

„My argument is that end of life in prison should be avoided wherever possible, [...]“⁸²

Über die vollzugsrechtlich geregelte Suizidprophylaxe hinaus könnten Maßnahmen der Suizidprävention das erhöhte Suizidrisiko im Justizvollzug verringern. Auf den Erkenntnissen der Wissenschaft aufbauend zielen die entwickelten Empfehlungen und Programme zur Suizidprävention auf einzelne oder mehrere der Risikofaktoren ab, die auf die erhöhte Suizidalität in Vollzugsanstalten

Einfluss haben.

I. Prävention in Bezug auf importierte Risikofaktoren

Zum einen gilt es, die Suizidalität, die Gefangene schon vor der Inhaftierung aufwiesen, frühzeitig erkennen und einschätzen zu können. Dafür werden sogenannte „Screenings“ vorgeschlagen,⁸³ die direkt nach der Aufnahme ins Gefängnis durchgeführt werden sollen. In psychologischen Gesprächen können sich Fachdienste oder Vollzugsbedienstete anhand von Fragen beispielsweise über Drogenmissbrauch, Zeichen einer Depression wie Trauer, Schlaflosigkeit und Erschöpfung, Gefühle von Hoffnungs- und Hilflosigkeit, Zukunftsängste, sozialen Rückhalt, (bereits behandelte) psychische Störungen und vergangene Suizidversuche oder -gedanken ein Bild über die personengebundenen, psychologischen Risikofaktoren eines/r Gefangenen machen. Wird ein Suizidrisiko aufgrund häufiger positiver Beantwortung der Fragen festgestellt, kann eine psychologisch-psychiatrische Intervention folgen.⁸⁴ Eine Forschergruppe um Frottier beispielsweise entwickelte das *Viennese Instrument for Suicidality in Correctional Institutions* (VISCI), welches in Österreich genutzt wird und den Bediensteten eine Einschätzung des Suizidrisikos anhand von soziodemographischen, medizinischen und kriminologischen Daten aus der Aktenlage ermöglicht, was dann Einfluss auf die Haftraumbelegung oder die Zuweisung zu Fachdiensten hat.⁸⁵ Weil psychologisch-psychiatrisches Personal in Justizvollzugsanstalten nicht jederzeit erreichbar ist, müssen auch die Vollzugsbediensteten die Risikofaktoren in Bezug auf Suizide kennen und Hinweise auf die Suizidalität eines/r Gefangenen erkennen können. Dies kann im Rahmen von Schulungen neben Trainings zu Erster Hilfe und Wiederbelebnungsmaßnahmen gelernt und sollte regelmäßig aufgefrischt werden.⁸⁶ Zusätzlich wird so auch die Zusammenarbeit und Kommunikation zwischen Vollzugsbediensteten und medizinischem oder psychologisch-psychiatrischem Personal sowie die Anknüpfung an den Gesundheitsdienst in der Allgemeinbevölkerung und lokalen Programmen wie Suchtgruppen erleichtert.⁸⁷ Darüber hinaus müssen Screenings nach Änderungen der Haftsituation oder anderen einschneidenden Erlebnissen erneut durchgeführt und

⁷⁸ Arloth/Krä (Fn. 48), § 88 Rn. 2; Calliess/Müller-Dietz (Fn. 48), § 88 Rn. 2; Goerdeler (Fn. 1), II § 78 Rn. 4 ff., 9; Haderer (Fn. 76), § 7 Rn. 108 f., 113; Verrel (Fn. 68), M Rn. 80 f., 93.

⁷⁹ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 78 f.; Mausbach (Fn. 1), S. 158-161; Goerdeler (Fn. 1), II § 78 Rn. 9.

⁸⁰ Bennefeld-Kersten (Fn. 1), S. 201 f.; Konrad/Optiz-Welke (Fn. 22), S. 358; Rabe/Konrad, Forens. Psych. Kriminol. 4/3 (2010), 182 (190).

⁸¹ Bennefeld-Kersten (Fn. 3), S. 31.

⁸² Liebling, JCHC 23/1 (2017), 20 (21).

⁸³ Bundesarbeitsgruppe „Suizidprävention im Justizvollzug“/Landesarbeitsgruppe NDS (BAG/LAG), Suizidprävention – Empfehlungen für den Justizvollzug (Heft II) – Umgang mit Suizidalität, 2009, S. 48; Konrad/Et al., Crisis 28/3 (2007), 113 (115 f.); WHO (Fn. 1), S. 11 f.

⁸⁴ BAG/LAG (Fn. 83), S. 48; Konrad/Et al., Crisis 28/3 (2007), 113 (115 f.); WHO (Fn. 1), S. 11 f. Viele Screenings zielen insbesondere auf

vergangene Suizidgedanken, -versuche und -erfahrungen ab. Siehe: Blaauw/Kerkhof/Winkel, The British Journal of Forensic Practice, 3/4 (2001), 22-28 (23 f.); Dahle/Lohner/Konrad, International Journal of Forensic Mental Health 4/1 (2005), 53 (54); Mills/Kroner, Depression, Hopelessness and Suicide Screening Form: User Guide, 2003, S. 1 ff.; Mills/Kroner, Legal and Criminological Psychology 10 (2005), 1-12 (4) (Mills/Kroner unterteilen die Screeningkriterien in Depression, Hoffnungslosigkeit und suizidspezifisch kritische Faktoren.).

⁸⁵ Frottier/Et al., Psychiatrische Praxis 35 (2008), e2 (e5); Konrad/Et al., Crisis 28/3, 113 (155); Ritter/Et al., Nervenarzt 87 (2016), 496 (502).

⁸⁶ BAG/LAG (Fn. 83), S. 45; WHO (Fn. 1), S. 10, 12 ff.; Hayes, TBJ 75/4 (1995), 431 (449, 450 f.).

⁸⁷ Schulze (Fn. 57), S. 132; WHO (Fn. 1), S. 12 f, 15; Hayes, TBJ 75/4 (1995), 431 (451).

gefährdete Gefangene fortlaufend beobachtet und begleitet werden.⁸⁸

II. Prävention in Bezug auf die Faktoren der Deprivation

Bei der weiteren Beobachtung und Begleitung durch das Personal sind die sozialen Interventionen durch die Vollzugsanstalten und der Umgang der Bediensteten mit gefährdeten Gefangenen entscheidend, weil diese die risikorehöhenden Deprivationszustände vermindern können. Durch das Aufbauen positiver Beziehungen zu den Gefangenen, die Stärkung der Außenkontakte, besondere Aufnahmeverfahren und den Einsatz von sogenannten „*Listeners*“ kann dem Inhaftierungsschock entgegengewirkt werden.⁸⁹ So empfiehlt die Bundes- und Landesarbeitsgruppe „Suizidprävention im Justizvollzug“ eine besonders geschulte Aufnahmeabteilung, die insbesondere in Einzelgesprächen Informationen über die Neuzugänge einholt und gleichzeitig eine Hilfe für diese ist, sich im Justizvollzug zurechtzufinden. Es sollen Möglichkeiten der Vollzugsgestaltung und des Umgangs mit bedrohlichen Situationen gelernt werden, wobei der Fokus auf bereits bestehende Fähigkeiten, die vor Selbstschädigung schützen können, liegen soll.⁹⁰ Das „*Listener*“-Modell dagegen orientiert sich nach dem peer-to-peer-Prinzip an der möglichen Hilfe durch andere Gefangene, welche den Ablauf der Inhaftierung schon kennen und im Gegensatz zu Bediensteten eher als Unterstützung wahrgenommen werden.⁹¹ Gerade weil das Suizidrisiko zu Beginn der Haft besonders hoch ist, wird Neuzugängen ein/e andere/r, in Kommunikation und Krisenintervention geschulte/r Gefangene/r als GesprächspartnerIn an die Seite gestellt. Diese Einsätze tragen zur Verbesserung der Stimmung der Teilnehmenden und auch zur Persönlichkeitsentwicklung der „*Listener*“ bei.⁹² Als andere Ansprechpartner als die Bediensteten oder Mitgefangenen sollen insbesondere für nicht (mehr) akut gefährdete Gefangene nach der Anfangszeit in Haft sowie für Untersuchungsgefangene SeelsorgerInnen bereitgestellt werden, die jederzeit über ein Telefon im Haftraum erreichbar sein sollen.⁹³ Als Alternative zum besonders gesicherten Haftraum wird ferner ein spezieller Suizidpräventionsraum vorgeschlagen, der zwar überwacht wird sowie vandalensicher ausgestattet, aber meditativ und die Privatsphäre schützend gestaltet ist und nah an dem auch nachts besetzten Dienstzimmer liegt.⁹⁴

Eine dementsprechend umfassend angewendete und zeitlich früher ansetzende Suizidprävention kann bewirken, dass personenbezogene Faktoren von Gefangenen besser identifiziert und Konzepte für deren Behandlung aufgestellt und umgesetzt werden können. Ebenso kann die Wirkung von haftbedingten Risikofaktoren durch psychologisch-psychiatrische und soziale Interventionen vermindert werden, sodass eine grundsätzliche Suizidalität von Gefangenen nicht zu Suiziden führt.

E. Fazit

Wie die empirischen Erkenntnisse der letzten Jahrzehnte zeigen, weisen erwachsene Straf- und Untersuchungsgefangene eine erhöhte Suizidalität auf, mit der eine hohe Suizidrate in Gefängnissen einhergeht. Zwar ist ein Vergleich zur Allgemeinbevölkerung nicht unproblematisch, jedenfalls kann aber festgestellt werden, dass Inhaftierte sich häufig suizidal verhalten. Die erhöhte Suizidalität lässt sich einerseits mit der häufig schon vor der Inhaftierung bestehenden Vulnerabilität erklären. Andererseits tragen die Haft als solche und die Haftbedingungen sowie institutionelle Faktoren zweifellos zur Suizidalität von Gefangenen bei. Folglich stellen sich Suizide als Herausforderung für die Justizvollzugsanstalten dar, auf die reagiert werden muss. Die aus dem Gesetz hervorgehenden Reaktionsmöglichkeiten der Zwangsmaßnahmen der Gesundheitsfürsorge und der Sicherungsmaßnahmen sind aber kritisch zu betrachten, weil dadurch stark in die Grundrechte der Inhaftierten eingegriffen wird. Diese stark kontrollierende, restriktive Suizidprophylaxe ist insbesondere hinsichtlich des Aspekts der Deprivation bedenklich, welche dadurch zusätzlich verstärkt werden kann. Daher sollte ein stärkeres Augenmerk auf die Sensibilisierung der Bediensteten, auf psychologisch-psychiatrische Betreuung und auf soziale Intervention gelegt werden. Weil sich hier Probleme des Personalmangels stellen, sollte der Justizvollzug im Sinne des Angleichungsgrundsatzes stärker mit dem staatlichen Gesundheitswesen und lokalen Programmen zusammenarbeiten, um diese suizidpräventiven Maßnahmen umsetzen zu können. Ferner birgt die Inhaftierung ihrem Wesen und ihrer Ausgestaltung nach Risikofaktoren für Suizidalität, sodass das erhöhte Suizidrisiko möglicherweise nicht vermieden werden kann. Daher stellt sich die Frage, ob die Haftbedingungen überhaupt dahingehend umgestaltet oder ausgeweitet werden können, dass Suiziden von

⁸⁸ WHO (Fn. 1), S. 11 ff.; Hayes, TBJ 75/4 (1995), 431 (450); Konrad/Et al., Crisis 28/3, 113 (116 f.).

⁸⁹ BAG/LAG (Fn. 83), S. 46; Bennefeld-Kersten (Fn. 3), S. 34; WHO (Fn. 1), S. 12 ff.; Konrad/Et al., Crisis 28/3, 113 (117).

⁹⁰ Bundesarbeitsgruppe „Suizidprävention im Justizvollzug“/Rademacher, Suizidprävention – Empfehlungen für den Justizvollzug (Heft I) – Die Aufnahme von Gefangenen, 2009, S. 4-7.

⁹¹ Arbeitsgruppe Strafvollzug, Empfehlung zum Einsatz von „*Listeners*“ im Rahmen der Suizidprävention 2009, S. 3,

<https://www.naspro.de/dl/AG-Strafvollzug-Listener.pdf>, zuletzt abgerufen am 19.11.2019.

⁹² Arbeitsgruppe Strafvollzug, Empfehlung zum Einsatz von „*Listeners*“ im Rahmen der Suizidprävention 2009, S. 3, <https://www.naspro.de/dl/AG-Strafvollzug-Listener.pdf>, zuletzt abgerufen am 19.11.2019, S. 8; BAG/LAG (Fn. 83), S. 55-59; Bennefeld-Kersten (Fn. 3), S. 46 f.; vgl. ferner: Schulze (Fn. 57), S. 143; Seebode (Fn. 63), S. 202.

⁹³ BAG/LAG (Fn. 83), S. 69-61; Bennefeld-Kersten (Fn. 3), S. 47 f.

⁹⁴ BAG/LAG (Fn. 83), S. 52-55.

Gefangenen im Sinne des Gegensteuerungsgrundsatzes entgegengewirkt werden kann. Darin zeigt sich, angelehnt an die in der Kriminologie diskutierte Kritik an Strafe und Gefängnis, ein Widerspruch zwischen den Vollzugsgrundsätzen einerseits und dem Sicherheits- und Ordnungsgedanken des Justizvollzugsrechts andererseits, mithin zwischen dem Anspruch auf Resozialisierung und der Sanktionierung durch restriktiv ausgestalteten Freiheitsentzug.



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

Juristische Fachzeitschrift am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

Herausgeber

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

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

Vertreten durch den Vorstand: *Christoph Schacknies* (1. Vorsitzender), *Jan Rinklake* (2. Vorsitzender) und *Valentina Kleinsasser* (Schatzmeisterin)

Redaktion

Redaktionsleitung: *Elif Dilek* (ViSdP), *Jan Rinklake* (Stellv.), *Valentina Kleinsasser*

Ressort Inhaltliche Konzeption: *Piet Akkermann*, *Leah Gölz*, *Julian Hettihewa*, *Felix Schott*

Ressort Produktion und Vertrieb: *Sina Bierwirth*, *Konrad Kahle*, *Leo Miura*, *Charles Müller*, *Melina Rebensburg*

Schriftleitung

Lukas Böffel, *Hendrik Schwenke*

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

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

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

Verantwortliche für Anzeigen und Betreuung von Kooperationspartnern: *Valentina Kleinsasser*
vertrieb@berlinerrechtszeitschrift.de

Bildnachweis: S. 73: Icon made by Freepik from www.flaticon.com

Layout/Satz: *Konrad Kahle*, *Valentina Kleinsasser*, Berlin

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

Druck: WIRmachenDRUCK GmbH, Mühlbachstraße 7, 71522 Backnang.

Erscheinungsort: Berlin | Auflage: 500 Exemplare | ISBN 978-3-00-064686-7 | ISSN 2699-2132

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

www.berlinerrechtszeitschrift.de