



Gastkommentar	<i>Heribert Prantl</i> : Heimat Europa – Wie die EU Vertrauen schaffen kann – und was das „Europäische Sozialmodell“ verlangt	93
Aufsätze	<i>Corinna Coupette</i> : Was schützt die Vertragsfreiheit und welche verfassungsrechtlichen Vorgaben ergeben sich aus ihr für den Gesetzgeber?	94
	<i>Max Joite</i> : Öffentlicher Raum im Bereich privaten Eigentums	100
	<i>David Pasewaldt</i> : Strafbarkeitsrisiken bei Zuwendungen an Betriebsratsmitglieder und Arbeitnehmervereinigungen – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 13.09.2010 – 1 StR 220/09	106
	<i>Ulrich Wilke</i> : Der Kampf um die Abziehbarkeit – Zur aktuellen Auseinandersetzung um die Abziehbarkeit von Ausbildungskosten zwischen Bundesfinanzhof und Gesetzgeber	111
International	<i>Joseph Anthony Valenti</i> : Invading A Sovereign Body – Forcibly Medicating Prisoners Under American Law	115
Rezensionen	Kent Greenfield: The Myth of Choice – Personal Responsibility in a World of Limits (<i>Johannes Gerberding</i>)	122

Redaktion der Ausgabe 3/2011

Sascha Arnold
Maximilian Hocke
Andreas Lange
Paolo Ramadori
Michael Schramm
Torsten Spiegel
Jan Sturm
Philipp Tieben
Malte Vollertsen
Manuel Waldmann
Daniel Zimmer

Korrespondierender Beirat

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

Bucerius Law Journal

Dezember 2011 Heft 3/2011 Seiten 93 – 122

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

Bucerius Law Journal
c/o Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg

ISSN 1864-371X

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

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

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

Covergestaltung: gürtlerbachmann Werbung GmbH

Prof. Dr. Heribert Prantl *

Heimat Europa

Wie die EU Vertrauen schaffen kann – und was das „Europäische Sozialmodell“ verlangt

Die Schirme zur Rettung von Banken, Wirtschaft und Euro sind zig Milliarden groß. Aber die Größe allein bringt es nicht. Jeder weiß, was ein guter Schirm braucht, der bei schwerem Wetter funktionieren soll: Er braucht einen festen Stock, an dem man ihn gut halten kann, und er braucht Speichen, die ihm Stabilität geben; je mehr solcher Streben er hat, umso wetterfester ist er. Schirme von der ungeheuren Größe, wie sie zur Euro-Rettung ausgespannt werden, mögen von der Kanzlerin Merkel, von Präsident Sarkozy und ein paar anderen europäischen Spitzenpolitikern gerade noch aufgespannt werden können; wenn sie den Schirm dann allein festhalten wollen, wird es ihnen ergehen wie dem fliegenden Robert im Struwelpeter: Er rennt mit dem Schirm ins Ungewitter hinein und schon passiert es: „Seht! Den Schirm erfasst der Wind, und der Robert fliegt geschwind, durch die Luft so hoch, so weit; niemand hört ihn, wenn er schreit.“ Dann fliegt der Schirm mitsamt dem Robert durch die Wolken, und die Geschichte endet mit dem bitteren Satz: „Wo der Wind sie hingetragen, ja das weiß kein Mensch zu sagen.“

Den Regierungen der EU und der EU-Kommission in Brüssel wird es so ergehen, wenn sie glauben, sie könnten den Schirm allein halten. Sie brauchen dazu die Gesellschaften ihrer Länder, und sie brauchen das Vertrauen ihrer Bürger, weil erst dieses Vertrauen dem Schirm die Speichen einzieht. Die Europäische Union braucht das Vertrauen ihrer Bürger, und dieses Vertrauen tropft nicht einfach von den Rettungsschirmen herunter. Ohne dieses Vertrauen bleibt ein Schutzschirm instabil; er flattert, reißt alles mit oder geht kaputt. Wie sehr das Vertrauen geschädigt ist, kann man in jeder Diskussion zu fast jedem Thema hören: Ob es um die verschimmelten Wände im Klo des Kindergartens geht oder darum, dass Lehrer fehlen und Unterrichtsstunden ausfallen – immer und überall gab es wilden Beifall, wenn einer dann nur „500 Milliarden“ sagt: „500 Milliarden für Banken, aber nur ein paar Knöpfe Sozialgeld pro Monat für Kinder von Langzeitarbeitslosen.“

Europa ist das Beste, was den Deutschen, Franzosen und Italienern, den Tschechen und Dänen, den Polen und Spaniern, den Niederländern, Briten und Griechen, den Bayern und Balten etc. etc. in ihrer langen Geschichte passiert ist. Europa ist die Verwirklichung so vieler alter Friedensschlüsse, die den Frieden dann doch nicht gebracht haben. Die Europäische Union ist das Ende eines fast tausendjährigen Krieges, den fast alle gegen fast alle geführt haben. Sie ist ein unverdientes Paradies für die Menschen eines ganzen Kontinents. Das klingt emphatisch, aber es ist so – und doch traut man sich das kaum noch zu sagen, weil solche feierlichen Sätze zu Wortgeklingel werden, wenn und solange die Menschen diese EU nur als Nutzgemeinschaft für die Wirtschaft, aber nicht als Schutzgemeinschaft für die Bürger erleben.

Wer seinen Nationalstaat als Heimat erlebt hat, der will daraus nicht vertrieben werden. Er will, wenn die Heimat Nationalstaat zu schwach wird, Europa als zweite Heimat. Wenn also in europaweiten Protesten Demonstranten immer wieder von ihren Regierungen fordern, in einer globalisierten Welt für ein gewisses Maß an ökonomischem Anstand zu sorgen, dann ist das nicht unbillig. Regeln für ein sozialverträgliches Wirtschaften gehören zum inneren Frieden. Der Sorge um *diesen* inneren Frieden Rechnung zu tragen – das gehört zu den Grundaufgaben der Europäischen Union. Viele Bürger haben das beklemmende Gefühl, dass die EU zwar für die klassische äußere und innere Sicherheit steht, dass sie für Handel und Wandel von Vorteil ist, dass jedoch die sozialen Belange bei ihr nicht gut aufgehoben sind. Ja es besteht die Furcht, dass im grenzüberschreitenden freien Wettbewerb, den die EU propagiert, das Soziale immer mehr unter die Räder gerät, weil das unterschiedliche Sozialniveau in den einzelnen Mitgliedsstaaten bei offenen Grenzen erstens zum

* Prof. Dr. jur. Heribert Prantl ist Mitglied der Chefredaktion der Süddeutschen Zeitung und Leiter der Redaktion Innenpolitik. Er lehrt als Honorarprofessor an der juristischen Fakultät der Universität Bielefeld.

Sozialdumping einlädt und zweitens zur Nivellierung der nationalen sozialen Absicherung nach unten führt. Wenn es dieses Gefühl gibt, und es gibt dieses Gefühl, dann reicht es nicht, von den Bürgern Dankbarkeit zu verlangen dafür, dass es die Europäische Union gibt. Europa braucht nicht nur Verträge, es braucht auch das Vertrauen seiner Bürger.

Auf die Forderung nach einem sozialen Europa wird in der politischen Diskussion üblicherweise geantwortet: Die EU sei für Freiheit und Wettbewerb da, die Nationalstaaten hätten für das Soziale zu sorgen. Die Sozialpolitik, heißt es, gehöre nun einmal im Lichte des Subsidiaritätsgrundsatzes auf die mitgliedschaftliche Ebene. Dafür spricht in der Tat einiges. Aber eine solche Aufgabenteilung kann nicht funktionieren, wenn die EU vor allem die Vorfahrt für die Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit propagiert – dann wird nämlich die Sozialpolitik der Mitgliedsstaaten als Hindernis betrachtet, das beiseitegeräumt werden muss nach dem Motto: freie Bahn der Freizügigkeit, freie Bahn der Dienstleistungsfreiheit, freie Bahn dem Waren- und Kapitalverkehr – weg mit allem, was dabei stört. Vor allem der Europäische Gerichtshof in Luxemburg scheint in diesem Denken verhaftet zu sein: Er agiert und urteilt oft so, als wäre er noch der Gerichtshof der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, als habe er noch nicht gemerkt, dass aus der EWG die EU geworden ist.

Dem Luxemburger Gerichtshof fehlt die soziale Sensibilität, die das Bundesverfassungsgericht auszeichnet. Vor einiger Zeit hat der Europäische Gerichtshof es Bund, Ländern und Gemeinden verboten, öffentliche Aufträge daran zu koppeln, dass die beauftragten Firmen den örtlichen Tarifvertrag einhalten. Das höchste EU-Gericht verwies darauf, dass man ja einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären könne. Das weniger weit gehende Mittel, die Bindung einzelner öffentlicher Aufträge an soziale Grundsätze, nimmt das EU-Gericht dem deutschen Staat aber aus der Hand. Eine solche EU-Rechtsprechung fördert das Lohndumping. Selbst das Streikrecht, das als Grundrecht in den Verfassungen vieler Mitgliedsländer verankert ist, muss derzeit in Luxemburg noch den wirtschaftlichen Grundfreiheiten weichen. Der EU-Gerichtshof ist immer noch eher der juristische Olymp einer EWG, denn der juristische Olymp einer Union der Bürgerinnen und Bürger.

Bei der Reform der Sozialstaaten geht es darum, diese Erfolgsgeschichte fortzusetzen, nicht darum, sie zu beenden. Es geht darum, die Essentialia dessen zu bestimmen, was denn „sozialer Fortschritt“, wie er im Lissabon-Vertrag beschrieben wird, sein soll. Diese Essentialia sind dann der Ausdruck der sozialen Gerechtigkeit. Auf dem Papier ist die EU schon ein wenig sozial geworden: Im Artikel 3 des Lissabon-Vertrages ist nicht mehr nur von einem Europa die Rede, das auf ausgewogenes Wirtschaftswachstum und auf Preisstabilität

setzt; dort heißt es auch, dass auf eine wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft hingewirkt werden soll, die – und jetzt kommt es – auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt. An anderer Stelle aber hat der Lissabon-Vertrag wieder blinde Flecken, etwa dort, wo von den Werten der EU die Rede ist; da werden unter anderem die Demokratie und die Rechtsstaatlichkeit genannt – aber die Sozialstaatlichkeit und die soziale Gerechtigkeit sucht man vergebens.

Europäisches Sozialmodell: Das heißt nicht, dass es europaweit gleich hohe Mindestlöhne geben soll oder europaweit das gleiche Arbeitslosengeld oder europaweit die gleichen Renten oder europaweit die gleichen Schulsysteme. Europäisches Sozialmodell: Das heißt auch nicht, dass das Gesundheitswesen in ganz Europa auf die gleiche Art und Weise finanziert sein muss. Ein gesamteuropäischer, glattgehobelt dünner Sozialstaat mit stromlinienförmigen Vorgaben aus Brüssel – das ist kein europäisches Sozialmodell, sondern eher eine Horrorvorstellung. Das Europäische Sozialmodell ist etwas ganz anderes. Es ist die gemeinsame Vorstellung davon, dass soziale Ungleichheit nicht gottgegeben ist. Europäisches Sozialmodell: Das ist guter Schutz und kluge Hilfe bei den großen Lebensrisiken, bei Krankheit, Arbeitslosigkeit und Pflegebedürftigkeit; das ist der gemeinsame Nenner der europäischen Sozialordnungen. Das Europäische Sozialmodell gibt den Armen nicht nur Bett und Dach, sondern auch ein Fortkommen aus der Armut. Das europäische Sozialmodell ist ein gemeinsames Koordinatensystem, in dem die Achsen Solidarität und Gerechtigkeit heißen – und in dem dann die einzelnen Staaten ihre jeweiligen Koordinaten finden und von Brüssel, Straßburg und Luxemburg dabei nicht behindert, sondern unterstützt werden.

Ein Europa ohne Europäer ist zum Scheitern verdammt. Nur ein soziales und gerechtes Europa ist auch ein demokratisches Europa. Ein demokratisches Europa ist ein Europa, das den Interessen aller seiner Bürger verpflichtet ist, denen der armen und reichen Bürger, denen der starken und schwachen Bürger. In der Präambel der Verfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft aus dem Jahr 1999 steht der Satz: „...im Bewusstsein der gemeinsamen Errungenschaften und der Verantwortung gegenüber den künftigen Generationen, gewiss, dass frei nur ist, wer seine Freiheit gebraucht, und dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen“. Die Stärke eines Volkes misst sich am Wohl der Schwachen. Das ist eine gute, eine wichtige, eine zukunftsweisende Devise. Sie gilt nicht nur für die Schweiz. Die Stärke Europas misst sich am Wohl der Schwachen. ■

Corinna Coupette, Hamburg*

Was schützt die Vertragsfreiheit und welche verfassungsrechtlichen Vorgaben ergeben sich aus ihr für den Gesetzgeber?

A. Einleitung

Trotz fehlender ausdrücklicher Normierung im Grundgesetz wird heute von den wenigsten bestritten,¹ dass die Vertragsfreiheit als spezieller Fall der Privatautonomie neben den ausdrücklich erwähnten Freiheiten verfassungsrechtlich gewährleistet ist. Ebenso ist weitgehend konsentiert, dass diese grundrechtliche Gewährleistung, die die Entscheidung für eine Grundordnung der Privatautonomie impliziert, notwendig auch die Privatrechtsordnung umfassen muss, soweit diese die Privatautonomie erst ermöglicht.²

Dennoch wird in der Literatur kontrovers nicht nur über die grundrechtliche Verankerung der Vertragsfreiheit,³ sondern auch über deren Schutzgut und Gewährleistungsfunktionen diskutiert, wozu nicht zuletzt die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen Beitrag geleistet hat: Während die viel beachtete Bürgerschaftsentscheidung⁴ den in der Handelsvertreterentscheidung⁵ begonnenen Trend zu einem materialen Verständnis von Vertragsfreiheit noch fortsetzte, scheint die Entscheidung zum RVG⁶ einen Bruch mit dieser Entwicklung zugunsten eines formalen Verständnisses von Vertragsfreiheit darzustellen.⁷ Auch stellte das BVerfG in der Bürgerschaftsentscheidung zwar die Ausgestaltungsbedürftigkeit der Vertragsfreiheit und die Notwendigkeit sie sichernder Institute heraus⁸ und schien sich damit das noch in Art. 152 WRV gesetzlich zum Ausdruck gebrachte Verständnis von Vertragsfreiheit als Institutsgarantie zu eigen zu machen, hielt aber an der abwehrrechtlichen Dogmatik von Eingriff und Rechtfertigung in den Folgeentscheidungen weitgehend fest.⁹

Ausgangspunkt der Meinungsverschiedenheiten in Literatur und Rechtsprechung scheint dabei die unterschiedliche Beantwortung der Frage nach der Herkunft der Vertragsfreiheit zu sein, an die sich die Frage nach der gesetzgeberischen Umsetzung der Grundrechtsgewährleistung unmittelbar anschließt. Im Zentrum der Problematik beider Fragen steht das Schutzgut der Vertragsfreiheit, das im Vergleich zu anderen Grundfreiheiten zahlreiche Besonderheiten aufweist. Durch dessen Analyse (sogleich B.) lassen sich Antworten auf die obigen Fragen finden, die zugleich Aufschluss über die wichtigste(n) Gewährleistungsfunktion(en) der Vertragsfreiheit und jenes Gewährleistungsverständnis geben, das ihr am umfassendsten gerecht wird (unten C.).

B. Das Schutzgut der Vertragsfreiheit

Unter Vertragsfreiheit wird gemeinhin die Kompetenz der einzelnen Rechtssubjekte verstanden, ihre privaten Lebensverhältnisse durch Rechtsbeziehungen einverständlich zu gestalten.¹⁰ Als ihre Wirkrichtungen lassen sich in weitgehendem Konsens Abschluss-, Inhalts-, Form-¹¹ und Endigungsfreiheit bezeichnen, die in der Literatur teils in Gruppen zusammengefasst,¹² teils noch weiter aufgegliedert werden.¹³

Streit entzündet sich allerdings an der viel grundlegenderen Frage, ob es sich bei der Vertragsfreiheit um eine apriorische Freiheit handelt, die vom Gesetzgeber lediglich anerkannt wird,¹⁴ oder um eine rechtlich konstituierte und in der Folge vollkommen rechtsabhängige Freiheit.¹⁵

I. Vertragsfreiheit als apriorische Freiheit?

Zunächst kann kaum Zweifel daran bestehen, dass es dem Einzelnen auch dann freisteht, mit einem anderen in vertragsartiger Form übereinzukommen, wenn die Rechtsordnung der entstehenden Vereinbarung nicht mit Verbindlichkeit und Sanktion zu Seite steht.¹⁶ Weitgehend unbestritten ist auch, dass die grundrechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit bei ihrer Realisierung auf das einfache Recht, namentlich das Zivilrecht, angewiesen ist und sich somit von anderen Emanationen der Handlungsfreiheit unterscheidet, denen unstreitig das Attribut „natürlich“ zugeschrieben wird.¹⁷

Fraglich ist allerdings, ob die Rechtsordnung die Verbindlichkeit der rechtsunabhängigen Individualabreden lediglich feststellt, gewissermaßen „anerkennt“,¹⁸ oder aber einen Vertrag, der ohne Rechtsordnung nicht gedacht werden kann, erst durch Schaffung von Verbindlichkeit und Anknüpfung von Sanktionen konstituiert.¹⁹

Ersteres wird vielfach von denjenigen Stimmen in der Literatur vertreten, die die abwehrrechtliche Dogmatik auch für die Vertragsfreiheit fruchtbar machen bzw. erhalten wollen.

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

¹ So aber scheinbar *Nierhaus*, AöR 1991, 72, 79.

² Zusammenfassend dazu *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 165 f.

³ Die Auffassungen gehen darüber auseinander, ob die Vertragsfreiheit als unbenanntes Freiheitsrecht ausschließlich über Art. 2 I GG oder aber je nach konkreter Situation über andere spezifisch im Verfassungswortlaut verbürgte Grundrechte wie z.B. die Berufsfreiheit, Art. 12 GG, oder die Vereinigungsfreiheit, Art. 9 GG, und allenfalls hilfsweise über Art. 2 I GG als Auffanggrundrecht geschützt ist. Siehe hierzu *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 53 ff. m.w.N.

⁴ BVerfGE 89, 214.

⁵ BVerfGE 81, 242.

⁶ BVerfGE 118, 1.

⁷ Siehe die Kritik im Sondervotum *Gaier*, BVerfGE 118, 1, 28ff.

⁸ BVerfGE 89, 214, 231 f.

⁹ Siehe nur BVerfGE 116, 202.

¹⁰ Statt vieler *Stadler*, in: Jauernig, BGB¹³, 2009, § 311 Rn. 3, sowie *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 55; *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 154 f. m.w.N.

¹¹ Die Formfreiheit wird zumeist stillschweigend der Vertragsfreiheit als solche unterstellt oder aber neben ihr als weitere Grundlage rechtsgeschäftlicher Verhältnisse genannt (so z.B. *Stadler*, in: Jauernig [Fn. 10], § 311 Rn. 7); eine umfassende Begründung versucht indes *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, 1999, S. 44 ff.

¹² So unterscheidet z.B. *Heinrich* (Fn. 10), auf S. 55 ff. nur Abschluss-, Inhalts- und Formfreiheit.

¹³ Siehe nur *Weller* (Fn. 10), S. 155 f., der die Abschlussfreiheit in Partnerwahlfreiheit und Abschlussfreiheit i.e.S. unterteilt.

¹⁴ Statt vieler *Heinrich* (Fn. 10), S. 67 mit voriger Herleitung; ähnlich *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 298.

¹⁵ Siehe nur *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 131 ff.; *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 17.

¹⁶ So auch *Lindner* (Fn. 14), S. 296 ff.

¹⁷ Siehe nur *Cornils* (Fn. 2), S. 197.

¹⁸ Statt vieler *Cornils* (Fn. 2), S. 206 f.; zunächst scheinbar auch *Heinrich* (Fn. 10), S. 67, anders allerdings S. 104: „Es gibt ... keine (in diesem Sinne) natürliche Freiheit zum Vertragsschluss...“ – hier scheinen Verbindlichkeitsanerkennung und Verbindlichkeitsschaffung inhaltlich gleichgesetzt zu werden.

¹⁹ So im Allgemeinen die Vertreter der Ausgestaltungslehren, pars pro toto *Gellermann*, (Fn. 15), S. 131 ff.

Ihnen allen liegt die Annahme zugrunde, dass zwischen einer vorstaatlichen, natürlichen Vertragsfreiheit und der im Staat gewährleisteten, gesetzlichen Vertragsfreiheit eine Trennung mindestens möglich, wenn nicht gar notwendig ist.²⁰ Die Ausübung der Vertragsfreiheit finde dabei zunächst unabhängig von einer sie etwaig anerkennenden Rechtsordnung als Ausdruck der Selbstbestimmung statt;²¹ was zwischen ihnen Recht sein solle, könnten die Parteien unabhängig vom Gesetzgeber festlegen, der im nachfolgenden Schritt den Vertrag anerkenne.²² Zur als natürlich angesehenen Freiheit zu Versprechen und Bindung trete so die mit Sanktionen verbundene staatliche Anerkennungsleistung, deren Verweigerung je nach Konstruktion als Eingriff oder Leistungsverweigerung angesehen wird. Die grundrechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit habe einen unabhängig vom einfachen Recht gültigen Schutzbereich, dem „eine ‚Idee‘, ein ‚Prinzip‘ der Vertragsfreiheit“²³ zugrunde liege, das Ergebnis eines historischen Prozesses der Rechtsentwicklung sei.

Diese weitverbreitete Konzeption erscheint sowohl hinsichtlich ihrer soeben erläuterten Grundannahme als auch hinsichtlich der daraus gezogenen Konsequenzen bedenklich.

Zunächst ist die Annahme einer „natürlichen“ Vertragsfreiheit, die ein primär abwehrrechtliches Schutzgut schützt, keinesfalls selbstverständlich.²⁴ Zukunftsgerichtete Absprachen und Übereinkünfte zwischen einzelnen Individuen sind zwar grundsätzlich möglich, allerdings erscheint der dogmatische Weg zu deren rechtsordnungsunabhängiger Verbindlichkeit bei näherer Betrachtung nicht so einfach, wie er von den Verfechtern einer „natürlichen“ Vertragsfreiheit oft dargestellt wird: Versteht man den Menschen im vorstaatlichen Zustand als autonom,²⁵ also selbstgesetzgebend, so hat er zwar die Möglichkeit, auf seine umfassende Freiheit für den gegenwärtigen Moment zu verzichten und die Erfüllung einer vertragsähnlichen Abmachung in der Zukunft zu versprechen; er hat aber gerade aufgrund seiner vollkommenen Autonomie genauso die Möglichkeit, sich von diesem Versprechen jederzeit wieder zu lösen, die selbstgesetzten Gesetze vollkommen zu verwerfen oder durch neue zu ersetzen. Er ist im vorstaatlichen Zustand durch seine Autonomie nicht bindungs- und damit nicht verbindlichkeitsfähig.²⁶

Nun könnte man einwenden, auf die Verbindlichkeit des rechtsunabhängigen Konsenses komme es mit Blick auf die Vorstaatlichkeit der Vertragsfreiheit nicht an, vielmehr sei es der tatsächliche Akt der Übereinkunft, das Finden des Konsenses, das als natürliches Phänomen durch die Vertragsfreiheit grundrechtlichem Schutz unterstellt würde.²⁷ Aber da grundsätzlich jedes selbstbestimmte Verhalten bereits unter die durch Art. 2 I GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit fällt, bedarf es zum Schutz einer solchen *Handlung* keiner spezifischen Grundrechtsgewährleistung. Es ist vielmehr gerade die Verbindlichkeit der *Ergebnisse* von Übereinkunftshandlungen, die das Besondere des Schutzgegenstandes der Vertragsfreiheit ausmacht. Diese aber kann vom Menschen als autonomes Individuum – sofern seine Autonomie wörtlich genommen und strikt zu Ende gedacht wird – ohne eine entsprechende rechtliche Ordnung nicht verwirklicht werden.²⁸

II. Leitlinien der Ausgestaltung eines rechtlich konstituierten Schutzgutes

Folgt man den oben angestellten Erwägungen, muss das Schutzgut der Vertragsfreiheit rechtlich konstituiert sein. Es ist der durch die Rechtsordnung erst geschaffene, rechtsver-

bindliche Vertrag,²⁹ dessen Abschluss und inhaltliche Gestaltung im Zentrum der Grundrechtsgewährleistung der Vertragsfreiheit stehen. So bewegt sich aber die Vertragsfreiheit des Einzelnen von vornherein nur im Rahmen der vom Gesetzgeber abgesteckten Grenzen, eine Unterscheidung zwischen Ausgestaltungs- und Eingriffsgesetzgebung³⁰ ist unmöglich: Jedes Gesetz trägt mit zur Formung des grundrechtlichen Schutzgutes bei und ist kein Eingriffsgesetz, sondern *nicht verfassungsgemäß*, wenn es ohne tragfähige Begründung von den verfassungsimmanenten Leitlinien zur Ausgestaltung der Vertragsfreiheit abweicht.³¹

Dennoch machen Gegner der Ausgestaltungsdogmatik an dieser Stelle zu Recht auf die Gefahr einer willkürlichen, weil losgelöst von den Grundrechten und den daraus ableitbaren Prinzipien vonstattengehenden Privatrechtsgesetzgebung als „Ausgestaltung“ der Vertragsfreiheit aufmerksam.³² Statt auf abwehrrechtlicher Dogmatik zu beharren, für welche das Problem der Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers in dieser Schärfe nicht zu Tage tritt, gilt es also nun, sich der Herausforderung zu stellen und den Versuch einer systematischen Begründung und Konkretisierung der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der Vertragsfreiheit zu unternehmen.³³

Ziel ist, verfassungsimmanente Leitlinien aufzuzeigen, nach denen der Gesetzgeber auf zwei Ausgestaltungsebenen die Vertragsfreiheit formt: Auf der ersten entscheidet der Gesetzgeber über die *Grundtatbestände*, denen er regelmäßig vertragsfreiheitlichen Schutz gewähren möchte. Auf einer zweiten Ausgestaltungsebene befasst er sich mit den definitorischen Kriterien der *Ausnahmetatbestände*, bei deren Einschlägigkeit er den grundrechtlichen Schutz versagen möchte.

1. Schaffung von Rechtsverbindlichkeit als Kompensation

Der erste Grundsatz auf der oberen Ausgestaltungsebene ergibt sich aus einem Vergleich von vorstaatlichem und staat-

²⁰ So besonders deutlich *Cornils* (Fn. 2), wenn er den Vertretern der Ausgestaltungsdogmatik vorhält, ihrer Theorie liege „ein tiefgreifendes Mißverständnis vom Verhältnis des Grundrechts der Vertragsfreiheit zu der wirklich existierenden, durch den Gesetzgeber in der Tat (mit) konstituierten Vertragsfreiheit zugrunde“.

²¹ Siehe nur *Cornils* (Fn. 2), S. 189, 193.

²² Vgl. *Heinrich* (Fn. 10), S. 66, prägnant S. 104.

²³ *Cornils* (Fn. 2), S. 195.

²⁴ Vgl. *Bumke* (Fn. 15), S. 21 ff.

²⁵ Und die Autonomie wird gerade von den Vertretern der Abwehrrechtsgogmatik besonders herausgekehrt! Siehe nur *Cornils* (Fn. 2), S. 199.

²⁶ A.A. *Canaris*, AcP 2000, 273, 279 m.w.N., der mit Privatautonomie gerade die Fähigkeit zur Ingeltungssetzung von Rechtsfolgen verbunden sieht, die notwendige Bindungswirkung dabei aber vom Prinzip der Selbstverantwortung ableitet.

²⁷ Diejenigen, die die Vertragsfreiheit primär als Eingriffsabwehrrecht begreifen, sehen sich auf diesen Einwand freilich nicht angewiesen, nehmen sie doch mit einem natürlichen Schutzgut der Vertragsfreiheit zugleich die Verbindlichkeitsfähigkeit des autonomen (!) Menschen im Naturzustand an – *Cornils* (Fn. 2) spricht auf S. 196 in diesem Kontext von der „im Kern der Verfassungsgewährleistung stehenden ‚natürlichen‘ Freiheit zum Versprechen, zur Bindung“.

²⁸ Ähnlich *Bumke* (Fn. 15), S. 21 ff.; *Gellermann* (Fn. 15), S. 137; im Ergebnis so auch *Heinrich*, (Fn. 10), S. 104.

²⁹ Vgl. *Gellermann* (Fn. 15), S. 137, wie auch *Bumke* (Fn. 15), S. 41.

³⁰ So vorgeschlagen von *Cornils* (Fn. 2), S. 170 f.

³¹ Plastisch das weit verbreitete Beispiel einer drastischen Veränderung der Grenzen der Geschäftsfähigkeit, *pars pro toto Bumke* (Fn. 15), S. 60.

³² Siehe nur *Cornils* (Fn. 2), S. 191.

³³ So auch *Bumke* (Fn. 15), S. 49.

lichem Zustand: Wenn es den Individuen im vorstaatlichen Zustand auch unmöglich ist, Verträge im Sinne verbindlicher Leistungsversprechen für die Zukunft zu schließen, so haben sie doch die Möglichkeit, durch Selbstjustiz eigenständig die Durchsetzung ihrer Interessen herbeizuführen. Gerade diese Möglichkeit ist ihnen im gesetzlich geordneten Zustand hingegen regelmäßig nicht gegeben; das aus der verfassungsmäßigen Ordnung fließende Verbot der Selbstjustiz stellt mithin regelmäßig eine Begrenzung³⁴ der allgemeinen Handlungsfreiheit aller Rechtssubjekte dar.

Diese Begrenzung der allgemeinen Handlungsfreiheit bedarf der Kompensation.³⁵ Eine solche liegt im allgemeinen Justizgewährungsanspruch und dient der Wiederherstellung der Individualautonomie im Zustand rechtlicher Ordnung. Sie kann nur Erfolg haben und die Begrenzung der allgemeinen Handlungsfreiheit legitimieren, wenn sie grundsätzlich umfassend erfolgt, d.h. regelmäßig diejenigen Ziele als schutzwürdig anerkennt, die die Individuen im Zustand umfassender Freiheit unter Verwirklichung ihrer Autonomie im Wege der Selbstjustiz durchzusetzen bereit wären. Hierunter fällt auch der im Wege der Individualabrede vereinbarte Leistungsaustausch,³⁶ dessen Achtung als schutzwürdig nicht mit der Anerkennung, sondern gerade mit der gesetzlichen *Schaffung* von Verbindlichkeit zum Ausdruck gebracht wird.

Als erster Grundsatz für die Ausgestaltung der Vertragsfreiheit durch den Gesetzgeber ergibt sich folglich ein eindeutiges Regel-Ausnahme-Verhältnis: Da dem Einzelnen in der Regel die Selbstjustiz verwehrt ist,³⁷ muss diese Einschränkung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit in der Regel kompensiert werden. Der Gesetzgeber muss bei Ausgestaltung der Vertragsfreiheit Normen schaffen, die in der Regel aus unverbindlichen Individualabreden Verträge machen. Nur in Ausnahmefällen und mit entsprechender Begründung steht es dem Gesetzgeber offen, typisierte Fallgestaltungen von Individualabreden qua Gesetz vom Verbindlichkeitsschutz durch die Vertragsfreiheit auszunehmen.

2. Verbindlichkeitserhalt als Stabilisierung

Geht man vom Regelfall der Verbindlichkeitsgewährung durch den ausgestaltenden Gesetzgeber aus, so stellt sich die Frage nach dem Schicksal der Vertragsverhältnisse, sollten sich jene Bedingungen, welche die Parteien zur Grundlage ihrer Übereinkunft gemacht hatten oder welche sie persönlich betreffen, vor oder während der Vertragsabwicklung ändern oder bisher unbekannte Umstände zutage treten. Auch hier lässt sich aus Erwägungen ähnlich den obigen ein vom Gesetzgeber zu gewährleistender Regel-Grundsatz auf erster Ausgestaltungsebene aufstellen, dem in diesem Fall drei Ausnahmen gegenüberstehen.

Da es, wie oben gesehen, dem Einzelnen im vorstaatlichen Zustand freisteht, sich jederzeit wieder von eingegangenen Bindungen zu lösen und er seine Interessen im Falle einer derartigen Entscheidung seines Vertragspartners allenfalls im Wege der mit hohem Risiko verbundenen Selbstjustiz durchsetzen könnte, hat er keinerlei Veranlassung, auf den Erhalt der ihm versprochenen Gegenleistung zu vertrauen. Diesen Unwägbarkeiten wirkt die Verbindlichkeitsherstellung durch den Staat entgegen: Indem für den Fall des Vertragsbruches Sanktionen in Aussicht gestellt werden, wächst mit der eigenen Hemmschwelle auch die Hemmschwelle des Gegenübers, von der Erfüllung eingegangener Verpflichtungen abzusehen. Die staatliche Sanktionierung wirkt also der Gefahr

der willkürlichen Nichtleistung entgegen, die Hauptgrund der individuellen Unsicherheit im vorstaatlichen Zustand ist. Durch Beseitigung dieser Unsicherheit gibt der Gesetzgeber dem Einzelnen die Möglichkeit, auch rational schutzwürdiges Vertrauen in den Erhalt einer vertraglich zugesicherten Gegenleistung zu entwickeln.

Durch Schaffung dieses Vertrauenstatbestandes³⁸ verpflichtet sich der Gesetzgeber zu einer Ausgestaltung der Privatrechtsnormen dergestalt, dass einmal unter den Schutz der Vertragsfreiheit gestellte Abmachungen regelmäßig ihre Verbindlichkeit auch bis zum Ende ihrer Abwicklung inhaltlich unverändert beibehalten. Nur in Ausnahmefällen darf der Gesetzgeber einer Partei ermöglichen, die andere Partei zur inhaltlichen Anpassung der getroffenen Abmachung zu verpflichten, sich ex nunc aus der eingegangenen Verpflichtung zu lösen oder gar ex tunc das ganze Vertragsverhältnis zu beseitigen.³⁹ Allein wenn diese drei Änderungsmöglichkeiten Rechtsfolgen von Ausnahmetatbeständen darstellen, wird die oben erläuterte Kompensation des Selbstjustizverbotes werthaltig.

3. Zwischenergebnis

Durch nähere Betrachtung des Verhältnisses von Individuum und individueller Vertragsfreiheit treten auf der ersten Ausgestaltungsebene folglich zwei Grundsätze in Form von Regel-Ausnahme-Verhältnissen zutage:

- Aus dem Kompensationsgedanken: Verbindlichkeitsgewähr ist Regel, ihre Versagung als Ausnahme begründungsbedürftig; und
- aus dem Vertrauensschutzgedanken: Beibehaltung der Verbindlichkeit ist Regel, Erlaubnis einseitiger Änderung, Beendigung oder Beseitigung als Ausnahme begründungsbedürftig.

Eine weitere Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Bindung des Ausgestaltungsgesetzgebers ermöglicht im nächsten Schritt eine Untersuchung des Verhältnisses der Vertragsfreiheiten mehrerer Individuen zueinander. Diese Untersuchung legt Besonderheiten des Schutzgegenstandes der Vertragsfreiheit offen, die der Gesetzgeber auf der zweiten Ausgestaltungsebene, bei der Festlegung von Ausnahmetatbeständen, zu berücksichtigen angehalten ist.

III. Weitere Besonderheiten des Schutzgutes

Bereits der Dissens um die Herkunft der Vertragsfreiheit lässt vermuten, dass diese sich auch an weiteren Stellen von den herkömmlichen Freiheitsrechten unterscheidet. Diese Vermutung wird Gewissheit, wenn man die Grundrechtsgewährleistung des Einzelnen von einem überindividuellen Standpunkt aus betrachtet.

³⁴ Begrenzung hier verstanden entweder als Eingriff oder als Ausschluss aus dem Schutzbereich.

³⁵ So besonders klar *Lindner* (Fn. 14), S. 298-301, 336 (trotz anderer Prämissen, s. S. 389); ferner *Weller* (Fn. 10), S. 173 f.

³⁶ Dieser schließt auch Versprechen zur einseitigen Leistungsgewährung ein.

³⁷ Beispiele für erlaubte Selbstjustiz sind §§ 562 b, 859, 860 BGB.

³⁸ Dieser Vertrauenstatbestand ist wohl auch Schutzgut dessen, was viele Autoren als Grundsatz des Verkehrs- und Vertrauensschutzes bezeichnen: Siehe nur *Bumke* (Fn. 15), S. 58, 65 ff.; **krit.** zur synonymen und gemeinsamen Verwendung beider Termini *Lobinger*, *Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung*, 1999, S. 52 f.

³⁹ Dies betrifft nur das einseitige Änderungsverlangen – eine einvernehmliche Regelung zwischen den Parteien, die das Schicksal des Vertragsverhältnis betrifft (z.B. ein Aufhebungsvertrag), muss hingegen als Verwirklichung der Vertragsfreiheit beider Parteien aufgrund des Kompensationsgedankens in der Regel Anerkennung finden.

1. Die dialogische Natur der Vertragsfreiheit⁴⁰

Die Vertragsfreiheit dient zu einem wesentlichen Teil der Verwirklichung der Selbstbestimmung der Person.⁴¹ Daraus ergibt sich zugleich, dass nur Individualabreden, die tatsächlich Ausdruck individueller Selbstbestimmung sind, des Schutzes durch die Grundrechtsgewährleistung der Vertragsfreiheit bedürfen. Im Gegensatz dazu müssen Abreden, die nicht von Selbstbestimmung getragen sind, vom Schutz der Vertragsfreiheit ausgenommen sein, bewirken sie doch nicht mehr als die Verfestigung eines Zustandes der Unfreiheit beim betroffenen Individuum. Hier ist es also Aufgabe des Ausgestaltungsgesetzgebers, Normen zu schaffen, die gewährleisten, dass nur diejenigen Abmachungen als Verträge in den Genuss grundrechtlichen Schutzes kommen, die Ausdruck von Selbstbestimmung sind.

Nun setzt allerdings – und an dieser Stelle unterscheidet sich das Grundrecht der Vertragsfreiheit wesentlich von anderen Freiheitsrechten – bereits das Schutzgut der Vertragsfreiheit, der selbstbestimmt geschlossene Vertrag, die Existenz mindestens zweier Vertragsparteien als konstitutiv voraus.⁴² Beide Parteien⁴³ versuchen im Anbahnungsstadium, die ihnen eigenen Interessen möglichst umfassend im Vertrag zu verankern. Im Idealfall ist die resultierende Vertragsvereinbarung ein harmonischer Ausgleich widerstreitender, vielleicht gar sich von Natur aus ergänzender Interessen – Vertragsfreiheit als dialogische Selbstbestimmung. Auch im Regelfall – wenn disharmonisierende Interessen im Raum stehen, die Verhandlungsstärke beider Parteien aber annähernd vergleichbar ist – bildet die aus den Verhandlungen hervorgehende Abmachung zumindest einen Teil der Interessen beider Seiten ab, sodass ein Vertrag immerhin die konsensuale Verwirklichung der Selbstbestimmung beider Parteien darstellt.⁴⁴

Wenn solche Vereinbarungen bisweilen für den objektiven Betrachter auch als nachteilig für eine Partei erscheinen mögen, so kann es weder Aufgabe des Gesetzgebers sein, diesen die Verbindlichkeit zu versagen, noch, den Inhalt entsprechend seinen Vorstellungen eines „ausgeglichenen“ Vertrages anzupassen: Ersteres bedeutete zugleich einen Nachteil für die vermeintlich benachteiligte Partei, die mit dem infrage stehenden Vertrag immer noch einen größeren Teil ihrer Interessen verwirklichen kann als dies ohne dessen Existenz der Fall wäre.⁴⁵ Letzteres stellte eine Missachtung des interparteilichen Selbstbestimmungsmechanismus zugunsten der hypothetischen Zielsetzung einer Vertragspartei und einer den Kontrahierenden aufgezwungenen, inhaltsorientierten Gerechtigkeitsvorstellung dar.

Fraglich ist allerdings, wie der Ausgestaltungsgesetzgeber mit Fällen umzugehen hat, in denen eine Abmachung mangels Selbstbestimmung einer Partei nur oder fast ausschließlich die Interessen des Vertragspartners zum Ausdruck bringt – denn dieser Vertragspartner übe schließlich gerade die Selbstbestimmung aus, die im Regelfall dem grundrechtlichen Schutz der Vertragsfreiheit unterstellt ist. Da die Nichtverschaffung bzw. Aberkennung von Verbindlichkeit die Ausnahme zur Regel der Verbindlichkeitsverschaffung und -erhaltung darstellen muss, gilt hierbei zunächst eine Vermutung zugunsten des Selbstbestimmungsgehaltes der infrage stehenden Abreden.

Es ist also nach Kriterien gefragt, bei deren Einschlägigkeit diese Selbstbestimmungsvermutung als widerlegt angesehen werden kann, welche der Ausgestaltungsgesetzgeber bei der

Ausgestaltung der Ausnahmetatbestände zu berücksichtigen hat. Die Suche nach diesen wird im Folgenden exemplarisch nur auf den Mangel an Selbstbestimmung bei Individuen bezogen, die die gesamte Privatrechtsordnung generell als selbstbestimmungsfähig ansieht.⁴⁶ Zur systematischen Unterfütterung der angestellten Überlegungen ist allerdings zuvor die Auseinandersetzung mit der Differenzierung zwischen formaler und materialer Vertragsfreiheit hilfreich.

2. Formale und materiale Vertragsfreiheit⁴⁷

Grundsätzlich steht es jedem Grundrechtsträger frei, seine Rechtsbeziehungen nach seinem Willen zu gestalten. Wie oben dargelegt wird dabei vermutet, dass eine Rechtsbeziehung Ergebnis der selbstbestimmten Gestaltung durch die einbezogenen Parteien ist, wobei die Vermutung der selbstbestimmten Gestaltung die weitgehende Abwesenheit von selbstbestimmungsbeeinträchtigenden Umständen bei Vertragsschluss einschließt. Inwiefern das Vertragsschlussverhalten der Parteien in einer konkreten Situation tatsächlich selbstbestimmt war, bleibt beim eben geschilderten formalen Verständnis von Vertragsfreiheit außer Acht.⁴⁸ Formale Vertragsfreiheit meint also die rechtliche Freiheit zum Abschluss und zur inhaltlichen Gestaltung von Verträgen.⁴⁹ Demgegenüber nimmt ein materiales Verständnis von Vertragsfreiheit in den Blick, inwiefern die Betroffenen bei der Bildung der dem Vertragsschluss zugrunde liegenden Willensentscheidungen tatsächlich frei waren;⁵⁰ materiale Vertragsfreiheit meint also die tatsächliche Abwesenheit von selbstbestimmungsbeeinträchtigenden Faktoren in der Willensbildung der Kontrahierenden bei Vertragsschluss.

Diese beiden „Gattungen“ der Vertragsfreiheit sind jedoch keinesfalls immer gleich stark ausgeprägt. Vielmehr kann es vorkommen, dass die materiale Vertragsfreiheit einer Partei hinter ihrer formalen zurückbleibt, was wiederum mit der dialogischen Natur dieser Grundrechtsverbürgung zusammenhängt: Der Gesetzgeber verleiht zunächst allen Vertragsparteien die gleiche formale Freiheit zu Vertragsschluss und

⁴⁰ Der Begriff findet sich auch bei *Quast*, Rechtskräftiger Titel des Zeden- ten und Schutz des Schuldners, 2009, S. 74 (dortige Fn. 204). Ähnlich auch *Cornils* (Fn. 2), S. 201, der im Kontext der Vertragsfreiheit von „di- alogische[r] Selbstbestimmung“ spricht.

⁴¹ *Canaris*, AcP 2000, 277.

⁴² Eine Abmachung mit sich selbst bedarf allein schon deswegen keines Schutzes durch die Vertragsfreiheit, da die Umsetzung und Abwicklung ausschließlich in den Händen des mit sich selbst Kontrahierenden liegt, hier genügt zum Schutz Art. 2 I GG.

⁴³ Dem Folgenden ist der Einfachheit halber ein Zweipersonenverhältnis zugrunde gelegt.

⁴⁴ Einprägsam hierzu *Cornils* (Fn. 2), S. 170 m.w.N., wo es in Fn. 30 heißt: „Vertragsfreiheit bedeutet nie Selbstbestimmung als ‚Alleinbestimmung‘, sondern immer die Freiheit zur ‚Selbstregelung im Konsens der Beteiligten‘“; siehe aber auch *Heinrich* (Fn. 10), S. 54.

⁴⁵ Andere Möglichkeiten der Interessenrealisierung, etwa Verträge mit anderen Vertragspartnern, sind zum betroffenen Zeitpunkt rein hypothetisch und müssen daher außer Acht bleiben.

⁴⁶ Als – kritisch zu hinterfragender – Ausgangspunkt für eine Auseinander- setzung mit den Regelungen zur Geschäftsfähigkeit bietet sich an *Cornils* (Fn. 2), S. 210 ff.

⁴⁷ Zum Teil wird in der Literatur statt von „formaler“ von „formeller“ und statt von „materiale“ von „materieller“ Vertragsfreiheit gesprochen; die hier gewählte Terminologie scheint jedoch herrschend, vgl. *Canaris*, AcP 2000, 279; *Heinrich* (Fn. 10), S. 496; *Cornils* (Fn. 2), S. 202, wobei die- ser zum Teil wechselnde Termini verwendet.

⁴⁸ Insofern warf das BVerfG dem BGH in der Bürgschaftsentscheidung ein formales Verständnis von Vertragsfreiheit vor, vgl. BVerfGE 89, 214, 234.

⁴⁹ Vgl. *Canaris*, AcP 2000, 277.

⁵⁰ Vgl. *Canaris*, AcP 2000, 277.

Vertragsgestaltung.⁵¹ Er ermöglicht ihnen, ihre Interessen im Wege der dialogischen Selbstbestimmung zum Ausgleich zu bringen und zwingt eine Partei damit zugleich zur Konfrontation mit der Selbstbestimmung ihres Gegenübers. Im Einzelfall jedoch kann die gleiche formale Vertragsfreiheit beider Parteien bewirken, dass die materiale Vertragsfreiheit einer Partei von derjenigen der anderen Partei erstickt wird und die Selbstbestimmung der einen Partei zur Fremdbestimmung der anderen führt.

IV. Schlussfolgerungen für den Ausgestaltungsgesetzgeber

Was bedeuten diese Ausführungen allerdings nun für den konkreten Auftrag des Gesetzgebers mit Blick auf die Ausgestaltung der Ausnahmetatbestände?

Die dialogische Natur der Vertragsfreiheit, ihre Multipolarität, stellt den Ausgestaltungsgesetzgeber vor ein Problem praktischer Konkordanz.⁵² Nicht nur stehen sich im Vertragsschlussprozess die Vertragsfreiheiten mindestens zweier Individuen gegenüber, vielmehr besteht *inter partes* eine permanente Spannung zwischen der Verwirklichung formaler und jener materialer Vertragsfreiheit.⁵³ In der Regel hat der Gesetzgeber der formalen Vertragsfreiheit den Vorrang zu gewähren und die materiale Einigung den mehr oder minder selbstbestimmten agierenden Parteien zu überlassen.⁵⁴ Wo es den Vertragsparteien mangels vergleichbarer Verhandlungsstärke allerdings gänzlich unmöglich ist, die Spannung zwischen formaler und materialer Vertragsfreiheit im Sinne der gemeinsamen Autonomieverwirklichung aufzulösen, hat der Ausgestaltungsgesetzgeber darauf mit der Nichtverschaffung der Verbindlichkeit zu reagieren und der materialen Vertragsfreiheit der unterlegenen Partei das größere Gewicht zu geben.

Diese Schutzbereichsbeschränkung für beide Parteien lässt sich dogmatisch darüber erreichen, dass die Selbstbestimmungsvermutung, die im Grundsatz für jeden Vertrag gilt, in Fallkonstellationen, in denen der begründete Verdacht besteht, dass die materiale Vertragsfreiheit einer Partei in der Anbahnungsphase extrem hinter ihrer formalen zurückblieb, durch eine widerlegliche Fremdbestimmungsvermutung ersetzt wird.⁵⁵ Die Kriterien, die zu diesem Verdacht führen können, benannte *Canaris* bereits nach Untersuchung des Wuchertatbestands des § 138 II BGB: In der Regelungssystematik lägen diesem Tatbestand – wie übrigens auch der Bürgschaftsentscheidung – drei Kriterien zugrunde, die zur Anknüpfung der Nichtigkeitsfolge durch den Gesetzgeber erfüllt sein müssten: Zusätzlich zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit in der Vertragsanbahnungsphase bedürfte es eines auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung sowie der Zurechenbarkeit des eventuell zur Nichtigkeit führenden Defekts bei der unterlegenen Vertragspartei zum strukturell überlegenen Vertragspartner.⁵⁶

In der Tat bedarf es des Vorliegens aller drei Kriterien, bis der Gesetzgeber einer Vertragsvereinbarung die Verbindlichkeit absprechen bzw. verweigern kann. Die Fremdbestimmungsvermutung begründen allerdings zunächst nur die ersten beiden Kriterien. Aufgrund deren materialen Charakters kommt der *Gesetzesanwender* nicht umhin, zunächst einen – wenn auch möglichst objektiven – inhaltlichen Wertungsmaßstab anzulegen. Dies wird allerdings im weiteren Nichtigkeitsfeststellungsverfahren kompensiert:

Sind die ersten beiden zur Nichtigkeit führenden Kriterien erfüllt, wird zunächst deren Zurechenbarkeit zur überlegenen Vertragspartei (also das Vorliegen auch des dritten Kriteriums)

angenommen; die ihrerseits widerlegbare Fremdbestimmungsvermutung ist etabliert. Die Widerlegbarkeit dieser Vermutung orientiert sich dann jedoch nicht an materialen Kriterien der Vertragsgerechtigkeit, sondern am letzten zur Nichtigkeit notwendigen Kriterium, dem Kriterium der Zurechenbarkeit: Es ist dann Aufgabe des überlegenen Vertragsteils, durch Offenlegung des Vertragsschlussprozesses, also anhand formalprozeduraler Merkmale darzulegen, dass er keinerlei Anlass hatte, mit dem Vorliegen der die Fremdbestimmungsvermutung begründenden Kriterien bei der anderen Partei zu rechnen. So ist es ihm möglich, durch Aufdeckung rein formaler Kriterien, wie zum Beispiel des Informationsflusses zwischen den Vertragsparteien, die material indizierte Fremdbestimmungsvermutung zu widerlegen und so die Verbindlichkeit der infrage stehenden Abmachung aufrechtzuerhalten.

Ist der überlegenen Vertragspartei die Führung dieses Gegenbeweises unmöglich, hat sie also entweder ihre Machtposition bewusst ausgenutzt, von der Situation der anderen Partei zumindest Kenntnis gehabt oder aber auf eine selbstbestimmungsvernichtende Zwangslage deutende Hinweise ignoriert, so ist sie im Rahmen der Grundrechtsgewährleistung der Vertragsfreiheit auch nicht mehr schutzwürdig, denn sie konnte unter diesen Umständen rational keinerlei Vertrauen in den Bestand der Verbindlichkeit des von ihr geschlossenen Vertrages entwickeln. Der Vertrauensschutz ist aber gerade der Zweck des vom Gesetzgeber regelmäßig mit dem Vertragsschluss verbundenen Verbindlichkeitserhalts, während den Zweck der originären Verbindlichkeitsverschaffung die Verwirklichung der Selbstbestimmung der Parteien im staatlich geordneten Zustand darstellt.

Da nun für die unterlegene Partei die Begründung der Vertragsverbindlichkeit nicht aufgrund ihrer Selbstbestimmung erfolgte und von der überlegenen Partei der Erhalt der Vertragsverbindlichkeit nicht aufgrund schutzwürdigen Vertrauens erwartet werden kann, sind die eigentlichen Ziele von Verbindlichkeitsverschaffung und -erhalt, namentlich Selbstbestimmung und Vertrauensschutz, im betroffenen Vertrag nicht mehr zu verwirklichen.

Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen, wenn also zur tatsächlichen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit einer Partei ein auffälliges Missverhältnis zwischen den versprochenen gegenseitigen Leistungen tritt und die Gesamtsituation zurechenbar von der überlegenen Vertragspartei verursacht wurde, diese also auch den Gegenbeweis der Nichtzurechenbarkeit nicht erfolgreich führen konnte, hat der ausgestaltende Gesetzgeber an den Mangel an Selbstbestimmung einer Vertragspartei die Rechtsfolge der Verbindlichkeitsaberkennung bzw. Nichtigkeit anzuknüpfen.⁵⁷

⁵¹ Die Verpflichtung zur formalen Gleichheit der Gewährleistung ergibt sich dabei aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG; so auch *Heinrich* (Fn. 10), S. 98.

⁵² Siehe nur *Heinrich* (Fn. 10), S. 98.

⁵³ So auch *Canaris*, AcP 2000, 278 ff.

⁵⁴ Dies resultiert bereits aus dem Zweck des Vertrages als Medium zur Verwirklichung individueller Interessen.

⁵⁵ So angewandt vom BGH nach der Bürgschaftsentscheidung, siehe dazu *Canaris*, AcP 2000, 296 f.

⁵⁶ *Canaris*, AcP 2000, 280 f., 296 f.

⁵⁷ Auf die zum Teil anders gelagerten Fälle, in denen ein Irrtum oder ein anderer Defekt aus dem Verantwortungsbereich einer Vertragspartei bei derselben zu einem Mangel an Selbstbestimmung führt, soll hier nicht eingegangen werden, möglicher Ausgangspunkt für weitergehende Überlegungen hierzu *Canaris*, AcP 2000, 281, 305 f.

C. Schlussfolgerungen für die Grundrechtsgewährleistung

Eine Bindung des Gesetzgebers an verfassungsimmanente Vorgaben auch im Wege der Ausgestaltungsdogmatik scheint demnach möglich. Leitlinien dieser Bindung lassen sich durch die Systematisierung möglicher Fallkonstellationen ausgehend von den gedanklichen Prämissen einer Ausgestaltungsdogmatik gewinnen. Selbstbestimmung und Vertrauensschutz stellen die Hauptschlagadern eines der Vertragsfreiheit gerecht werdenden Ausgestaltungsnormgefüges dar, an ihrem Fehlen orientieren sich die Ausnahmetatbestände, die der Gesetzgeber dem Grundsatz von Verbindlichkeitsschaffung und -erhalt bei gleichzeitiger Herstellung praktischer Konkordanz gegenüberzustellen hat. Damit sind die oben hergeleiteten verfassungsimmanenten Vorgaben nicht nur in der Lage sicherzustellen, dass ein Mindestbestand an Vertragsfreiheit gewährleistet ist, sondern auch, dass Begrenzungen einer „Regel-Vertragsfreiheit“ begründungsbedürftig sind. Das Verständnis von Vertragsfreiheit als Institutsgarantie wird um eine zusätzliche Gewährleistungsfunktion erweitert: den subjektiven Gewährleistungsanspruch des Einzelnen.⁵⁸

Die Gewährleistung der Vertragsfreiheit bezieht ihren *Sinngehalt* primär aus der *materialen* Übersetzung tatsächlicher

Selbstbestimmung im vorstaatlichen Zustand in rechtlich geordnete Selbstbestimmung, während der Prozess der Verbindlichkeitsschaffung sich zunächst an *formalen* Kriterien orientiert und orientieren muss. Ein eindeutiges Vorrangverhältnis zwischen formaler und materialer Vertragsfreiheit ist folglich nicht auszumachen, sodass Ausgestaltungsgesetzgeber und Rechtsanwender diesen unterschiedlichen Ausprägungen der Vertragsfreiheit gleichermaßen Rechnung zu tragen haben. Ersterer hat sich mit dem BGB zwar für ein formales Grundverständnis ausgesprochen, der materialen Komponente der Vertragsfreiheit aber durch Schaffung insbesondere verbraucherschützender Ergänzungsvorschriften zusätzliches Gewicht verschafft. Es ist daher zu hoffen, dass auch das BVerfG als Verfassungsrechtsanwender der höchsten Instanz in Zukunft einen Mittelweg zwischen der Bürgerschafts- und der RVG-Entscheidung finden und zwischen formaler und materialer Vertragsfreiheit in seiner Rechtsprechung praktische Konkordanz herstellen wird. ■

⁵⁸ So entfernt es sich freilich von dem, was *Cornils* (Fn. 2) auf S. 170 im Blick hat, wenn er vom „vergleichsweise einfachen Ausgestaltungsmodell“ spricht und diesem ein Sich-Begnügen mit den verfassungsrechtlichen Normbestandsschutzgrenzen unterstellt.

Max Joite, Hamburg*

Öffentlicher Raum im Bereich privaten Eigentums

A. Einleitung

Öffentlicher Raum in privatem Eigentum scheint als Begriff ein Widerspruch in sich zu sein. Und wirklich, es gibt Definitionen des Begriffs „Öffentlicher Raum“, welche seine Existenz in privatem Eigentum *per se* ausschließen.¹ Dessen ungeachtet konnte sich eine Diskussion um die Frage entspannen, inwiefern öffentlicher Raum heute auch in privatem Eigentum existiert und wie, allgemeiner, Kommunikationsfreiheiten und Eigentumsrechte in Verhältnis zu bringen sind. Die aktuelle Relevanz dieser Frage ergibt sich aus der gesellschaftlichen Entwicklung der letzten Jahrzehnte: (Private) Einkaufszentren treten neben traditionelle (öffentlich gewidmete) Einkaufsstraßen oder ersetzen diese, nehmen als *Urban Entertainment Center* sämtliche Funktionen eines Innenstadtbereichs in sich auf. Private Wohn-, Arbeits- und Einkaufskomplexe bilden ganze Stadtviertel nach. Öffentliche Straßen und Plätze von Neubaugebieten werden mancherorts vollständig in privater Hand belassen. Hinzu kam in den letzten Jahren die Forderung, innerstädtische öffentliche Straßen und Wege privaten Anliegern mittels zivilrechtlicher Überlassungsverträge zu übergeben und deren Hausrecht zu unterstellen (Straßenpachtmodell).² Diese Entwicklung lässt sich zusammenfassend als Privatisierung öffentlichen Raumes bezeichnen. Sie bietet Anlass, das Verhältnis von Eigentum und Kommunikationsgrundrechten, insbesondere von Hausrecht und Versammlungsfreiheit, neu zu überdenken. Sie erfordert schließlich, wie alle größeren gesellschaftlichen Entwicklungen, eine Reaktion der Rechtsprechung. Diese Reaktion ist es, die sich im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Februar 2011 abzeichnet.

Geschützt wird der öffentliche Raum nicht um seiner selbst, sondern um seiner gesellschaftlichen Bedeutung willen. Diese Bedeutung erhält er als Raum der politischen Agitation und Meinungsbildung. Verfassungsrechtlich bedeutsam ist der Begriff des öffentlichen Raumes, weil der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit auf den öffentlichen Raum beschränkt ist.³ Stellt man nach deutschem Recht die Frage, ob öffentlicher Raum im Bereich privaten Eigentums bestehen kann, so ist gleichsam danach gefragt, ob auch dort Versammlungen den Schutz des Grundgesetzes genießen, insbesondere gegen den Willen und das Hausrecht des Eigentümers.

B. Der Konflikt zwischen Eigentum und Versammlungsfreiheit

I. In der nordamerikanischen Rechtsprechung

Das Bundesverfassungsgericht bestimmt den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit nach dem Leitbild des „öffentlichen Forums“, welches es ausdrücklich aus der US-amerikanischen und kanadischen Rechtsprechung entleiht.⁴ Die dortige Rechtsprechung weist eine große Erfahrung im Umgang mit öffentlichem Raum in privatem Eigentum auf. Besonders die USA verfügen, beginnend mit der Errichtung des ersten modernen Einkaufszentrums im Jahre 1923, über

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School.

¹ Siehe hierzu *Glasze*, Privatisierung öffentlicher Räume?, 2001, S. 161

² Vgl. *Finger/Müller*, NVwZ 2004, S. 953.

³ Vgl. BVerfG: Urteil vom 22. 02. 2011 – 1 BvR 699/06, Tz. 66.

⁴ Ebd., Tz. 70.

eine lange Geschichte der Privatisierung öffentlichen Raumes.⁵ Dort ist dieses Phänomen auch deutlich weiter fortgeschritten, wodurch es möglich wird, zukünftige Probleme zu antizipieren und eine verfassungsrechtliche Reaktion so auszuarbeiten, dass sie einer fortschreitenden Privatisierung hierzulande gerecht würde. Daher wird mit einer Untersuchung der nordamerikanischen Rechtsprechung begonnen.

1. Der U.S. Supreme Court

Das Recht, sich friedlich zu versammeln, wird in den USA vom ersten Zusatzartikel (*First Amendment*) zur Verfassung garantiert. Ob die dort umfassten Kommunikationsfreiheiten auch auf privatem Eigentum gelten, bildete die zentrale Frage einer Reihe von Urteilen des *U.S. Supreme Court*. Zwar modifizierte das Gericht seine Entscheidungskriterien mehrfach, um sich schließlich sogar offen in Widerspruch zu einem früheren Urteil zu setzen. Dennoch bleibt diese Rechtsprechung von Interesse, wurden in ihr doch eine Reihe von Leitbildern und Abgrenzungskriterien entwickelt, um das Kommunikationsinteresse der Bürger und das Eigentum des Einzelnen in Ausgleich zu bringen.

Den Ausgangspunkt der Rechtsprechung bildete das Urteil in *Marsh v. Alabama* (1946). Streitpunkt dieses Falles war ein Verbot der Verteilung von religiöser Literatur in einem Ortszentrum, welches sich vollständig in privatem Eigentum befand.⁶ Der *Supreme Court* begründete eine Grundrechtsbindung der Eigentümer mit der *public function doctrine*. Danach bestimmt sich der Schutzbereich der Kommunikationsfreiheiten nach dem Leitbild der *public forum*. Ausgehend von öffentlichen Straßen und Plätzen sei davon jeder Ort umfasst, der diesen funktional ähnlich sei. Anhaltspunkt hierfür sind die allgemeine Zugänglichkeit dieses Raumes, seine Ausgestaltung und seine räumliche Trennung von anerkannten öffentlichen Foren.⁷ In *Marsh* wurde daneben insbesondere auf die bewusste Öffnung des Eigentums zum Gemeingebrauch und den hohen Sozialbezug des Eigentums abgestellt.⁸

Der Leitgedanke von *Marsh* wurde 1968 wieder aufgegriffen und auf eine *Shopping Mall* übertragen. Begründet wurde dies mit der allgemeinen und freien Zugänglichkeit des Einkaufszentrums, mit seiner funktionalen Ähnlichkeit zum Geschäftsviertel einer Stadt und mit dem inhaltlichen Bezug, den das Anliegen der Demonstranten (einer Gewerkschaftsgruppe) mit den im Einkaufszentrum liegenden Geschäften habe.⁹ Das Bestehen eines thematischen Bezugs zum Versammlungsort wurde später zum entscheidenden Kriterium.¹⁰ Nur wenn das Anliegen der Demonstranten einen Bezug zum Einkaufszentrum habe und eine Versammlung auf privatem Eigentum daher alternativlos sei, könne ein grundrechtlicher Schutz in Betracht kommen.

In einem späteren Urteil indes verwarf das Gericht den Gedanken völlig, die Wertung von *Marsh v. Alabama* ließe sich auf Einkaufszentren übertragen.¹¹ Seit dieser Entscheidung ist kein weiterer gleichgelagerter Fall vom Gericht entschieden worden. Es bleibt daher unklar, wie der *Supreme Court* diesen Widerspruch heute auflösen würde.

2. Die Gerichte der amerikanischen Bundesstaaten

Die amerikanischen Bundesstaaten verfügen sämtlich über einen eigenen Grundrechtskatalog, der zum Teil die Garantien der föderalen *Bill of Rights* erweitert. Entgegen der Linie

des Bundesgerichtes beschied so der *Supreme Court of California* den Kommunikationsfreiheiten einen grundsätzlichen Vorrang vor dem Eigentum. Dieser Vorrang basiere wesentlich auf dessen Sozialbindung.¹²

Während der *Supreme Court of California* diese Wertung kürzlich bekräftigte¹³, folgte nur New Jersey dieser Linie uneingeschränkt. Auch die obersten Gerichte von Colorado¹⁴ und North Dakota¹⁵ bestätigten einen Grundrechtsschutz im Bereich privatem Eigentums, begründeten dies jedoch auch mit der Beteiligung staatlicher Akteure an den jeweiligen Einkaufszentren. Die Mehrheit der Staatengerichte folgt heute dagegen der zuletzt vom Bundesgericht vorgegebenen Linie.¹⁶

3. Der Supreme Court of Canada

In der vom Bundesverfassungsgericht genannten Entscheidung des *Supreme Court of Canada* wird das *public forum*-Konzept zunächst als „label“¹⁷ bezeichnet, welches eine Ausnahme des grundsätzlich absoluten Eigentumsrechts begründet. Im Folgenden heißt es jedoch, hinter dieser scheinbar kategorischen Einordnung stehe bei genauerer Betrachtung eine Interessenabwägung.¹⁸ Das Gericht will einen Ort immer dann als *public forum* qualifizieren, wenn eine solche Abwägung eine überwiegende Wichtigkeit der Kommunikationsfreiheit ergibt. Hierfür werden vom Gericht Kriterien bestimmt: „*the traditional openness of such property for expressive activity; whether the public is ordinarily admitted to the property as of right; the compatibility of the property's purpose with such activity; the impact of the property's availability on the achievement of someone's purposes; the property's symbolic significance for the message being communicated; and the availability of other public arenas in the vicinity.*“¹⁹ Diese Leitlinien sind für die deutsche Grundrechtsdogmatik von besonderem Wert, da – wie noch gezeigt werden wird – der Konflikt zwischen Versammlungsteilnehmern und Eigentümern auch hier feste Kategorien ausschließt und eine Abwägung im Einzelfall erfordert.

II. In der deutschen Rechtslehre und Rechtsprechung

1. Die Haltung der Rechtslehre

In der deutschen Grundrechtsdogmatik wurde bisher verneint, dass die Versammlungsfreiheit einen Anspruch auf Nutzung

⁵ Vgl. Lichtenberger, FS: F. Kastner, 1999, S. 31.

⁶ Stone u.A., The First Amendment, 1999, S. 307.

⁷ Vgl. Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, 1987, S. 32 f.

⁸ *Marsh v. Alabama* 326 U.S. 501, 1946.

⁹ Vgl. Ehrentraut, Die Versammlungsfreiheit im amerikanischen und deutschen Verfassungsrecht, 1990, S. 66; sowie *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza* 391 U.S. 308, 1968.

¹⁰ *Lloyd Corp. v. Tanner* 407 U.S. 551, 1972.

¹¹ *Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507, 1976.

¹² Vgl. *Robins v. Pruneyard Shopping Center* (Supreme Court of California, 1979).

¹³ *Fashion Valley Mall, LLC v. National Labor Relations Board* (Supreme Court of California, 2007).

¹⁴ *Bock v. Westminster Mall Company* (Supreme Court of Colorado, 1991).

¹⁵ *City of Jamestown v. Beneda* (Supreme Court of North Dakota, 1991).

¹⁶ Vgl. *Stricker/Kenworthy*, Assembly on Private Property, http://www.firstamendmentjournal.com/Assembly/topic.aspx?topic=private_property (Abgerufen am 28. 04. 2011).

¹⁷ *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada* (1991), 1 S. C. R. 139.

¹⁸ Vgl. Ebd.

¹⁹ Ebd.

des Eigentums Anderer begründen könne. Die Versammlungsfreiheit erstreckte sich vielmehr nur auf eigenen und öffentlichen Boden, soweit letzterer dem Gemeingebrauch gewidmet sei.²⁰ Eine Beanspruchung des Eigentums anderer sei eine Verletzung von deren „Berechtigungen“, die von Art. 8 I GG nicht gedeckt sei.²¹

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird allenfalls erwogen, falls „die Fläche grundsätzlich dem öffentlichen Gebrauch dient und nach den örtlichen Gegebenheiten eine Monopolstellung der öffentlichen Hand für im Fiskaleigentum befindliche Grundstücke besteht“. Davon abgesehen werden die Rechte öffentlicher oder privater Eigentümer nicht beschnitten. Hierbei wird insbesondere weder nach der Natur der Eigentumsposition unterschieden, noch nach ihrer faktischen Nutzung durch die Allgemeinheit gefragt. Der Versammlungsschutz nach Art. 8 I GG wurde somit in der Vergangenheit grundsätzlich von den dinglichen Rechten Anderer begrenzt.

2. Das Fraport-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Den Konflikt zwischen Eigentum und Versammlungsfreiheit berührte das Bundesverfassungsgericht im Fall des im Eigentum der Fraport AG stehenden Frankfurter Flughafens. Im März 2003 hatte eine Gruppe von sechs Aktivisten in der Abflughalle gegen die gewaltsame Abschiebung von Ausländern protestiert, welche regelmäßig unter Mitwirkung privater Fluggesellschaften vom Frankfurter Flughafen aus erfolgt. Die Demonstration wurde von Mitarbeitern der Fraport AG sowie Einsatzkräften des Bundesgrenzschutzes beendet. Den Teilnehmern dieses Protests wurde ein Hausverbot erteilt, mit dem Hinweis, dass das Verteilen von Flugblättern einer Genehmigung bedürfe und „nicht abgestimmte Demonstrationen (...) grundsätzlich nicht“²² geduldet würden. Eine dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde sah das Bundesverfassungsgericht wegen der Verletzung von Art. 8 I sowie Art. 5 I S. 1 GG als begründet an. Die Relevanz des Urteils liegt wesentlich in der Bestimmung des Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit. Hier entwickelt das Bundesverfassungsgericht Begriff und Bedeutung des „öffentlichen Forums“²³, dessen Leitbild den Schutzbereich außerhalb öffentlicher Straßen und Plätze begründet.

Grundsätzlich sei der Schutzbereich von Art. 8 I GG auf Orte beschränkt, an denen „ein allgemeiner öffentlicher Verkehr eröffnet“²⁴ sei. Vom Leitbild des öffentlichen Straßenraums ausgehend erweitert das Gericht den Schutzbereich so auf Orte, die die gleichen Funktionen erfüllen, also auch zum öffentlichen Verkehr eröffnet seien und der allgemeinen Kommunikation dienen. Im Unterschied zu dem von ihm zitierten Urteil des *U.S. Supreme Court*²⁵ hält das Bundesverfassungsgericht es dabei sogar für unerheblich, ob diese Flächen in Verbindung mit öffentlichen Infrastrukturen stehen.²⁶ Zur Charakterisierung solcher Orte der allgemeinen Kommunikation sei das Leitbild des öffentlichen Forums maßgeblich, welches vom Gericht ausdrücklich der nordamerikanischen Rechtsprechung entnommen wurde. Zunächst müssten sie allgemein zugänglich sein. Weiterhin bedürfe es der Anbahnung von Geschäften, Gastronomiebetrieben und Erholungsbereichen, welche einen Raum des Aufenthalts und der Interaktion bildeten. Durch die Vielfalt der an einem solchen Raum ausgeübten Tätigkeiten und verfolgten Anliegen entstünde „ein Nebeneinander verschiedener, auch kommunika-

tiver Nutzungen.“²⁷ An Orten, an denen ein solches „Kommunikationsgeflecht“ entstanden sei, garantiere Art. 8 I GG, dass hiervon auch die politische Auseinandersetzung in Form von Versammlungen nicht ausgenommen werde.

C. Versammlungsfreiheit auf privatem Eigentum?

Nach der Fraport-Entscheidung stellt sich die Frage, ob sich ihre Wertung auf andere Konfliktfälle übertragen ließe. Eine Übertragung auf Einkaufs- und Gastronomieflächen großer Bahnhöfe sowie auf kommunale Einkaufszentren erscheint aufgrund ähnlicher Eigentumsverhältnisse ohne weiteres denkbar. Anders ist es bei öffentlichem Raum in privatem Eigentum. Das Gericht ging in seinen Ausführungen von einer unmittelbaren Grundrechtsbindung der Fraport AG aus, gestützt auf die Aktienmehrheit der öffentlichen Hand.²⁸ Seine Ausführungen lassen sich nicht vollständig auf nicht unmittelbar grundrechtsgebundene und selbst grundrechtsberechtigte private Eigentümer übertragen.

I. Schutzbereichsbestimmung

1. Öffentliche Foren in privatem Eigentum

Die Schutzbereichseröffnung in der Fraport-Entscheidung erfolgt vollständig ohne Bezugnahme auf die Eigentumsverhältnisse. Maßgeblich sind nur tatsächliche, äußerliche Merkmale, nicht dingliche Rechtsbeziehungen. Dies bestätigt, was der *U.S. Supreme Court* 1946 festhielt: Für das Kommunikationsinteresse des Bürgers macht die Eigentumslage keinen Unterschied.²⁹ Die Senatsmehrheit spricht sich im Urteil selbst obiter für eine Schutzbereichseröffnung auch gegenüber Eingriffen Privater aus: Die Versammlungsfreiheit könne für solche „Foren (...) nicht ausgenommen werden, soweit eine unmittelbare Grundrechtsbindung besteht oder Private im Wege der mittelbaren Drittwirkung in Anspruch genommen werden können.“³⁰

Fraglich ist somit allein, welche Objekte privaten Eigentums unter den Begriff des „öffentlichen Forums“ fallen. Zunächst ist hier Straßenraum in privatem Eigentum, wie er etwa im Areal des Potsdamer Platzes in Berlin zu finden ist³¹, zu nennen. Dieser kommt funktional dem Straßenraum in öffentlicher Trägerschaft gleich, dem „geschichtlich leitbildprägenden Forum“³² bürgerlicher Kommunikation. Gleiches muss für öffentlichen Straßenraum unter privatem Hausrecht gelten, sollte das „Straßenpachtmodell“ Umsetzung finden.

Weiterhin sind private Viertel mit Arbeits-, Einkaufs- und Wohnkomplexen umfasst, etwa das *Sony Center* in Berlin: Während die Breite der Nutzungen dieses Gebäudes an eine

²⁰ Vgl. *Deppenheuer*, in: Grundgesetz: Kommentar begr. von *Maunz/Düring*, 2006, Art. 8 Rn. 62 f.

²¹ Vgl. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 387.

²² Vgl. 1 BvR 699/06, Tz. 10.

²³ Ebd., Tz. 70.

²⁴ Ebd., Tz. 66.

²⁵ Vgl. *International Society for Krishna Consciousness (ISKCON) v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992).

²⁶ 1 BvR 699/06, Tz. 68.

²⁷ Ebd., Tz. 70.

²⁸ Ebd., Tz. 70.

²⁹ Vgl. *Marsh v. Alabama* 326 U.S. 501, 1946.

³⁰ 1 BvR 699/06, Tz. 68, Hervorhebung hinzugefügt.

³¹ Vgl. *Glasze*, Fn. 1, S. 166; sowie *Enders* u.A. (Hrsg.), Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, 2011, S. 60.

³² 1 BvR 699/06, Tz. 67.

eigene Stadt erinnert³³, zieht der Innenhof jährlich bis zu 8 Millionen Besucher an, welche sich im Schnitt 90 Minuten dort aufhalten.³⁴ Hier lässt sich deutlich ein „Ort des Verweilens und der Begegnung“³⁵ erkennen, ein Ort der Öffentlichkeit in privatem Eigentum.

Private Einkaufszentren sind in der Vergangenheit neben öffentliche Einkaufsstrassen und Fußgängerzonen getreten. Auch in ihnen findet sich jene „Verbindung von Ladengeschäften, Dienstleistungsanbietern, Restaurationsbetrieben und Erholungsflächen“, der eine Indizwirkung für das Vorliegen eines öffentlichen Forums zukommt. Wird, wie auch vom Bundesverfassungsgericht³⁶, die Eigenwerbung dieser Einkaufszentren berücksichtigt, so bestätigt sich dieses Bild. Hier finden sich Einkaufszentren, die sich als „Erlebniscenter“³⁷, mit „spannenden Events und bester Unterhaltung für die ganze Familie“³⁸ bewerben. Mit Absicht werden Unterhaltung, Einkauf und Gastronomie vermischt und damit Orte der Öffentlichkeit erzeugt, um deren kommerziellen Nutzen ausschöpfen zu können.

Einkaufszentren sind jedoch nicht vollständig als öffentliche Foren ausgestaltet. Ähnlich erkennt auch das Bundesverfassungsgericht an, dass der Frankfurter Flughafen nicht vollständig, sondern nur in großen Bereichen als öffentlicher Raum bezeichnet werden könne.³⁹ So verbleiben in Einkaufszentren Bereiche, die erkennbar nur zu einem bestimmten Zweck zugänglich sind. Hierzu zählen insbesondere die Flächen der einzelnen Geschäfte und Gastronomiebetriebe. Die einzelnen Läden sind erkennbar nur zu bestimmten Konsumzwecken geöffnet, in ihrem Bereich wird keine „Vielzahl von verschiedenen Tätigkeiten und Anliegen verfolgt“.⁴⁰ Sie können somit zwar die Verbindungswege und Plätze, die zwischen ihnen bestehen, als öffentliche Foren qualifizieren, erfüllen selbst aber keine allgemeine Verkehrsfunktion.⁴¹ Nur die „Verkehrsflächen“⁴² privater Einrichtungen können somit vom Schutzbereich des Art. 8 I erfasst sein.

Abschließend lässt sich feststellen, dass die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 8 I auf weite Teile privater Einrichtungen grundsätzlich übertragbar ist. Wegen ihrer großen Zahl stellen private Einkaufszentren dabei wohl die wichtigste und konfliktrichtigste private Eigentumsposition da.

2. Grundrechtliche Inanspruchnahme privater Eigentümer

Um den verfassungsrechtlichen Schutz von Versammlungen auf privatem Eigentum zu bestimmen, genügt es nicht, die Eröffnung des sachlichen Schutzbereiches festzustellen. Vielmehr ist auch zu fragen, wie die Grundrechte der sich Versammelnden hier gegen die Eigentumsrechte Privater wirken, ob und wie sie diese einschränken können.

a) Das Versammlungsverbot als Rücknahme einer freiwilligen Leistung?

Man könnte die Verankerung eines allgemeinen Versammlungsverbots in der Hausordnung als bloße Versagung einer ohnehin freiwilligen Leistung, nämlich der Öffnung des Eigentums für die Öffentlichkeit, ansehen. Hiergegen wendet aber das Bundesverfassungsgericht ein, dass zwischen der Eröffnung eines Verkehrs zur öffentlichen Kommunikation und der Versammlungsfreiheit ein unaufhebbarer Zusam-

menhang bestünde.⁴³ Würde der Eigentümer den Gebrauch der Kommunikationsfreiheiten auf seinem Eigentum verbieten, so setze er sich „in Widerspruch zu der eigenen Öffnungsentscheidung“⁴⁴. Dieser Widerspruch entsteht unabhängig davon, ob er von einem privaten oder öffentlichen Akteur verursacht wird. Darüber hinaus wird zu Recht angemerkt, dass auch „aus normhierarchischen Gründen (...) nicht allein auf den Inhalt des einfachrechtlichen Widmungsaktes abgestellt werden“⁴⁵, der Grundrechtsschutz also nicht durch Widmung beschränkt werden könne.

b) Die Entfaltung mittelbarer Drittwirkung

Der grundrechtliche Schutz der Versammlungsteilnehmer gegenüber privaten Eigentümern ist ein Fall mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte. Noch ungeklärt ist die Frage, wie sich diese im Rahmen des zivilrechtlichen Hausrechts entfalten lässt. Wie oben dargestellt, spricht sich das Bundesverfassungsgericht obiter für eine Schutzbereichseröffnung auch für Fälle mittelbarer Drittwirkung aus. Die Fraport AG hingegen sei schon in der Ausübung ihres Hausrechts grundrechtlich gebunden. Das Gericht kann daher offen lassen, wie das Hausrecht über Art. 8 I GG einzuschränken ist. Private sind jedoch der Versammlungsfreiheit in der Ausübung ihrer hausrechtlichen Befugnisse nicht verpflichtet. Um den grundrechtlichen Schutz dennoch zu gewährleisten, muss folglich das Hausrecht selbst beschränkt werden, da es sonst als „Metagrundrecht“⁴⁶ die Kommunikationsfreiheiten überlagerte.

Das Hausrecht wurde vom BGH aus den §§ 858 ff., 903, 1004 BGB entwickelt.⁴⁷ § 1004 II BGB lässt dabei die Möglichkeit einer Duldungspflicht des Inhabers gegenüber einer Beeinträchtigung seiner Eigentumsrechte offen. Im BGB fehlt eine umfassende Regelung solcher Duldungspflichten⁴⁸ und es ist anerkannt,⁴⁹ dass sich diese auch aus dem öffentlichen Recht ergeben können, insbesondere aus den Grundrechten.⁵⁰ Es besteht mithin ein Freiraum, in welchem die Versammlungsfreiheit eine Ausstrahlungswirkung entfalten kann. Ein Zivilgericht wäre folglich durch Art. 1 III GG dazu angehalten, die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zu

³³ Vgl. www.sonycenter.de/de/center/datenfakten (Abgerufen am 05. Mai 2011).

³⁴ Vgl. Ebd.

³⁵ 1 BvR 699/06, Tz. 70.

³⁶ Vgl. Ebd., Tz. 72.

³⁷ Vgl. www.gropius-passagen.de/index.php?id=dascenter (Abgerufen am 03. Mai 2011).

³⁸ Vgl. www.gropius-passagen.de (Abgerufen am 03. Mai 2011).

³⁹ Vgl. 1 BvR 699/06, Tz. 65.

⁴⁰ Vgl. Ebd., Tz. 70.

⁴¹ So auch Enders, u.A. (Hrsg.), Fn. 31, S. 63 f.

⁴² Vgl. 1 BvR 699/06, Tz. 72.

⁴³ 1 BvR 699/06, Tz. 68.

⁴⁴ Ebd.

⁴⁵ Enders u.A. (Hrsg.), Fn. 31, S. 62.

⁴⁶ Fischer-Lescarno, in: T. Müller u. A. (Hrsg.), Grundrechte-Report, 2007, S. 151.

⁴⁷ Vgl. Wegner, Kommunikations herrschaft des Hausherrn oder Freiheit der Massenmedien?, 2010, S. 15.

⁴⁸ Vgl. Baldus, in: Münchner Kommentar zum BGB, 5. Auflage, 2009, § 1004 Rn. 92.

⁴⁹ Vgl. Baldus, in: Münchner Kommentar (Fn. 48), § 1004 Rn. 98 f.

⁵⁰ So etwa Röthel, Hausrecht und grundrechtliche Duldungspflichten, in: LMK 04/2006 177478, 2004, S. 1; einschränkend auch Baldus, in: Münchner Kommentar (Fn. 48), § 1004 Rn. 99.

beachten⁵¹ und zu entscheiden, ob im ihm vorliegenden Einzelfall eine Duldungspflicht gemäß § 1004 II BGB i.V.m. Art. 8 I GG besteht.

II. Eine Begrenzung des Eigentums und ihre Rechtfertigung

1. Einleitung

Eine Grundrechtsbindung Privater „dient (...) dem Ausgleich bürgerlicher Freiheitssphären untereinander und ist damit von vornherein relativ.“⁵² Die Versammlungsfreiheit wird über Art. 8 I GG gewährleistet, doch auch das Eigentum und mit ihm das Hausrecht genießen über Art. 14 I GG grundrechtlichen Schutz. Beim vorliegenden Konflikt handelt es sich demnach um einen Fall der Grundrechtskollision. In einem solchen Fall entsteht ein Auftrag an den Staat und seine Gerichte, einen möglichst schonenden Ausgleich, eine praktische Konkordanz, herzustellen.⁵³ Die Versammlungsfreiheit kann über das private Hausrecht beschränkt werden, die Vorschriften des BGB sind von der Eingriffsermächtigung des Art. 8 II GG erfasst.⁵⁴ Umgekehrt kann der Gesetzgeber den Inhalt und die Schranken des Eigentums bestimmen, auch, wie oben dargestellt, über § 1004 II i.V.m. Art. 8 I GG. Die einfachgesetzlichen Grundlagen für eine Beschränkung des einen wie des anderen Rechts bestehen somit, ein Gericht hätte somit einen ausreichenden Spielraum für die Herstellung von Konkordanz.

Vorliegend sollen Leitlinien entwickelt werden, an denen ein Gericht sich im Konfliktfall zu orientieren hätte. Hierzu sind zunächst die Grundrechtspositionen und Eingriffsintensität abstrakt zu bewerten. Weiterhin sind Anhaltspunkte zu erwägen, anhand derer die Positionen im Einzelfall zu gewichten sind. Schließlich sind Maßnahmen zu untersuchen, die die Positionen zu einem angemessenen Lastenausgleich bringen und so eine praktische Konkordanz herstellen könnten.

2. Eine Abwägung der Positionen

a) Hausrecht und der Eigentumsschutz

Das Hausrecht ist als Teil der Eigentümerbefugnisse grundrechtlich geschützt.⁵⁵ Nicht geschützt werden Gewinnchancen, auch wenn diese von eigenem wirtschaftlichen Wert sind.⁵⁶ Insofern ist Art. 14 I GG zunächst nicht berührt, wo Kunden durch eine Versammlung vom Konsum abgehalten werden. Entstehen dagegen für Mieter einer Immobilie so erhebliche wirtschaftlichen Nachteile, dass der Wert der gesamten Eigentumsposition gemindert wird, so ist Art. 14 I GG betroffen. Die Intensität der Eigentumsbeeinträchtigung bemisst sich somit nach der Weite der Beschränkungen des Hausrechts und dem daraus resultierenden Wertverlust des Eigentums.

Eine Beschränkung des Hausrechts durch die Pflicht, Versammlungen nach § 1004 II BGB zu dulden, müsste als Inhalts- und Schrankenbestimmung die Privatnützigkeit des Eigentums und seine Sozialpflichtigkeit „in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen“⁵⁷. Die Intensität der Beeinträchtigung des Eigentumsrechts der Grundstücksinhaber hängt in großem Maße von den Umständen des Einzelfalls ab. Allgemein ist der Schutz des Eigentums jedoch um so geringer, „je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist“⁵⁸. Öffentlicher Raum weist notwendig einen sehr hohen sozialen Bezug auf, entsprechend weit ist

mithin der Spielraum eines Gerichts, unter Berufung auf die Sozialbindung des Eigentums die Eigentümerbefugnisse zu beschränken.

b) Versammlungsfreiheit

Der abstrakte Rang der Versammlungsfreiheit ist wegen ihrer Bedeutung für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung⁵⁹ sehr hoch, sie „frei sich entfalten zu lassen, kennzeichnet den liberalen Staat.“⁶⁰ Vor diesem Hintergrund scheint eine Entscheidung im Zweifel für die Versammlungsfreiheit angemessen. Nach dem abweichenden Votum von Bundesverfassungsrichter *Schluckebier* ist ein Schutz durch die Versammlungsfreiheit erst dann erforderlich, wenn sich „Anhaltspunkte dafür ergeben, der Staat suche (...) die für Versammlungen zur Verfügung stehenden Flächen merklich zu beschneiden“⁶¹ oder dem öffentlichen Straßenraum würde seine Bedeutung für die Versammlungsfreiheit sonstig streitig gemacht. Die Eingriffsintensität sei bisher so gering, dass schon keine Ausweitung des Schutzbereichs auf privates Eigentum erforderlich sei. *Schluckebiers* Ausführungen ist dahingehend Rechnung zu tragen, dass öffentlicher Raum in privatem Eigentum den Straßenraum mitnichten verdrängt hat. Allerdings hat er diesen „ergänzt“⁶². Seine Verwehrung würde einen nicht unwesentlichen Teil der Konsumenten den Aussagen der Versammlungsteilnehmer entziehen. In besonderen Fällen kann der Grundrechtseingriff sogar sehr intensiv sein: Ist etwa der Versammlungsinhalt mit einem bestimmten Unternehmen eng verbunden, so könnte in einer öffentlichen Fußgängerzone direkt vor deren Geschäft protestiert werden. Liegt das Geschäft jedoch in einem den Demonstranten verwehrten Einkaufszentrum, so wäre dies kaum mehr möglich. Den Ausführungen von Verfassungsrichter *Schluckebier* ist demnach nicht zu folgen. Eine allgemeine Aussage über die Eingriffsintensität lässt sich nicht treffen, jedoch lässt sich eine hohe Intensität im Einzelfall nicht ausschließen.

c) Die Herstellung praktischer Konkordanz

aa) Der Ansatz des Bundesgerichtshofs

Nach dem BGH besteht nur dann eine Duldungspflicht des Eigentümers zum Schutze der Versammlungsfreiheit, wenn so „die bestimmungsgemäße Nutzung (...) nicht oder allenfalls ganz geringfügig beeinträchtigt würde“⁶³ wenn der Eigentümer dagegen „keine sachlichen Erwägungen anführen“⁶⁴ könne. Im Zuge einer Versammlung kann es sehr leicht zu einer solchen Beeinträchtigung des Geschäftsablaufs kommen. Hier scheint eine Abwägung wesentlich zugunsten von Art. 14 I GG vorentschieden zu werden, zumal auf eine

⁵¹ Vgl. anstelle vieler *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 2008, S. 43.

⁵² 1 BvR 699/06, Tz. 59

⁵³ Vgl. BVerfGE 89, 214, 232.

⁵⁴ Vgl. 1 BvR 699/06, Tz. 82.

⁵⁵ Vgl. *Hufen*, Staatsrecht II: Grundrechte, 2009, S. 684.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 28, 119, 142.

⁵⁷ BVerfGE 100, 226, 240.

⁵⁸ BVerfGE 100, 226, 241.

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 89, 214.

⁶⁰ *Kunig*, in: Von Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, 2000, Art. 8 Rn. 4.

⁶¹ 1 BvR 699/06, Tz. 123.

⁶² Ebd., Tz. 68.

⁶³ BGH, NJW 2006, 1054, 1055.

⁶⁴ Ebd.

Abwägung im Einzelfall verzichtet wird. Dies scheint angesichts der Wichtigkeit der Versammlungsfreiheit fragwürdig. Insbesondere können so auch besonders intensive Eingriffe in die Versammlungsfreiheit nicht berücksichtigt werden. Aus diesen Gründen ist das Urteil des BGH als Leitlinie für eine sachgerechte Grundrechtsabwägung ungeeignet.

bb) Die Entwicklung neuer Abwägungskriterien

Es ist demnach erforderlich, neue Leitlinien zu entwickeln, anhand welcher im Einzelfall Abwägung und Ausgleich der Interessen erfolgen kann. Als Bezugspunkte für solche Kriterien können das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Fraport-Fall und insbesondere auch die nordamerikanische Rechtsprechung dienen.

Eine Berücksichtigung des Eigentumsrechts erfordert zunächst eine Beachtung von Werteinbußen, welche durch besonders große und lang andauernde Versammlungen zu befürchten sind. Besonders hohe Werteinbußen können angesichts dieses grundrechtlichen Schutzes des Eigentums im Extremfall eine Versagung des betreffenden Raumes als Versammlungsort verhältnismäßig erscheinen lassen. Hier müsste dann die Versammlungsfreiheit in einer Abwägung ganz hinter den Eigentumsschutz zurücktreten. Weiterhin muss, wie oben angedeutet, das private gegenüber einem öffentlichen Grundstück privilegiert werden. Lässt sich also eine Versammlung ohne erhebliche Nachteile auch auf den öffentlichen Straßenraum oder öffentliches Eigentum verlagern, so stellt dies stets ein milderes Mittel gegenüber der Beanspruchung Privater dar. Auch hier ist demnach eine Verweigerung des vom Veranstalter angestrebten Versammlungsortes keine unverhältnismäßige Lösung.

Allerdings erfordert die Versammlungsfreiheit gleichzeitig eine Berücksichtigung des Versammlungszweckes. Mit dem *U.S. Supreme Court*⁶⁵ sowie einem Teil der deutschen Literatur⁶⁶ ist davon auszugehen, dass ein sachlicher Bezug des Versammlungsinhalts zum Versammlungsort den Schutz der grundsätzlich freien Ortswahl verstärkt. Eine solche Verbindung ist prinzipiell bei allen Einschränkungen zu berücksichtigen, insbesondere bei einer möglichen Verlagerung der Versammlung.

Sollte ein Versammlungsverbot unverhältnismäßig erscheinen, so ist der Eigentumsschutz bei der Durchführung der Versammlung bestmöglich zu berücksichtigen. Grundsätzlich erstreckt sich der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit zwar auch auf Art und Inhalt der Veranstaltung⁶⁷ einschließlich der Form der Meinungskundegabe, etwa auf die Verwendung von Lautsprechern.⁶⁸ Generelle Auflagen jedoch, welche die Eigentümer in ihren Hausordnungen festschreiben könnten, würden einen angemessenen Ausgleich der Lasten im Einzelfall unmöglich machen.⁶⁹ Auch solche Erwägungen finden sich bereits in der Rechtsprechung der Vereinigten Staaten.⁷⁰

Grundsätzlich könnte außerdem eine Obergrenze der Versammlungsgröße festgelegt werden. Diese Möglichkeit erwägt das Bundesverfassungsgericht, um dem Gefahrenpotenzial einer räumlichen Beengtheit des Versammlungsortes Rechnung zu tragen.⁷¹ Zu der Besonderheit der Grundrechtsabwägung im Falle privater Eigentümer gehört es, dass hier eine Teilnehmerbeschränkung auch eine zu erhebliche Betriebsstörung und damit eine möglicherweise

unverhältnismäßige Wertminderung des Eigentums verhindern könnte. Würde also eine besonders große Versammlung den Betriebsablauf etwa eines Einkaufszentrums erheblich stören, so kann die Herstellung einer praktischen Konkordanz in einer Begrenzung der Teilnehmerzahl liegen.

Außerdem könnte man, erneut nach dem Vorbild der Rechtsprechung der USA, die Einrichtung von Pufferzonen um besonders sensible Bereiche erwägen.⁷² Solche vor der Versammlung allgemein festgelegten Abstandsflächen könnten Ein- und Ausgänge, Rolltreppen oder stark frequentierte Schalter sein. Auf diese Weise könnte nicht nur Sicherheitsbedenken Rechnung getragen werden, sondern auch einer übermäßigen Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Einrichtung vorgebeugt werden.

Weiterhin könnte man, wie schon das Bundesverfassungsgericht⁷³, eine Anzeigepflicht der Veranstalter auch gegenüber dem Inhaber der betreffenden Örtlichkeit voraussetzen. Diese würde die behördliche Anmeldepflicht ergänzen und dem Hauseigentümer dabei helfen, sich auf die Versammlung vorzubereiten und somit die Eingriffsintensität möglichst gering zu halten. Weil jedoch die Befugnisse des Eigentümers nicht jene der Behörden überschreiten dürfen,⁷⁴ wären auch hier Spontanversammlungen angemessen zu privilegieren.

III. Ergebnis

Das Bundesverfassungsgericht stellt ausdrücklich fest, dass die mittelbare Grundrechtsbindung Privater im Ergebnis den Rücksichtnahmepflichten nahe oder gleich kommen kann, die den Staat gegenüber den Grundrechten treffen.⁷⁵ Hausordnungen öffentlicher Foren, die Versammlungen grundsätzlich verbieten⁷⁶, können vor dieser Wertung jedenfalls nicht bestehen. Wo eine Abwägung im Einzelfall erforderlich wäre, da kann die Ausübung des Grundrechts nicht dem Belieben Privater anheimgestellt werden.

Ob und wie weit die hier entwickelten Ansätze berücksichtigt werden können, muss am Einzelfall entschieden werden. Sie bezeugen jedoch den bestehenden Raum für eine differenzierte Lösung des Problems bei sachgerechter Gewichtung der anfallenden Lasten. Die Herstellung praktischer Konkordanz ist mithin nicht nur geboten, sondern auch rechtlich wie tatsächlich möglich.

D. Schlussbetrachtung

Durch die Zunahme öffentlichen Raumes in privatem Eigentum ist die Gefahr einer Kollision von Eigentumsrechten

⁶⁵ Vgl. *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza* 391 U.S. 308 (1968); sowie *Lloyd Corp. v. Tanner* 407 U.S. 551 (1972).

⁶⁶ Vgl. *Mikešić*, in: NVwZ, 2004, 788, 792.

⁶⁷ BVerfGE 69, 315, 343.

⁶⁸ Vgl. *Kunig*, in: Von Münch/Kunig (Fn. 60), Rn. 19.

⁶⁹ Vgl. 1 BvR 699/06, Tz. 92.

⁷⁰ *City of Jamestown v. Beneda* (Supreme Court of North Dakota, 1991); sowie *Fashion Valley Mall, LLC v. National Labor Relations Board* (Supreme Court of California, 2007).

⁷¹ Vgl. Ebd., Tz. 91.

⁷² Vgl. *O'Brien vs. United States*, 444 A 2 d 946 (1982).

⁷³ Vgl. 1 BvR 699/06, Tz. 92.

⁷⁴ Vgl. Ebd., Tz. 92.

⁷⁵ Vgl. Ebd.

⁷⁶ So die Hausordnung des *Sony Centers* in Berlin, vgl. *Glasze*, Fn. 1, S. 165.

und Versammlungsfreiheit gewachsen. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass deutsche Gerichte in naher Zukunft über diesen Konflikt entscheiden werden. Die Entwicklung der Rechtsprechung der USA hat jedoch gezeigt, dass dieses Feld sehr breite Wertungsspielräume lässt und zu

Kontroversen einlädt. Es wird sich daher noch zeigen müssen, ob die deutschen Gerichte eine Linie verfolgen werden, die den hier entworfenen Kriterien entspricht und so die gegebenen Chancen zur Herstellung praktischer Konkordanz nutzen. ■

Dr. David Pasewaldt, Frankfurt am Main*

Strafbarkeitsrisiken bei Zuwendungen an Betriebsratsmitglieder und Arbeitnehmervereinigungen

Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 13.09.2010 – 1 StR 220/09**

A. Einleitung

§ 119 BetrVG stellt die unlautere Einflussnahme auf Betriebsverfassungsorgane und ihre Mitglieder schon seit 1972 umfassend unter Strafe. In der Praxis spielte die Vorschrift allerdings lange Zeit allenfalls eine untergeordnete Rolle. Dies hat sich schlagartig geändert, seit sich in den Jahren 2007 und 2008 u. a. der frühere Personalvorstand der Volkswagen AG, *Peter Hartz*, sowie der ehemalige Vorsitzende des Gesamtbetriebsrats, *Klaus Volkert*, in der sogenannten Volkswagen-Affäre wegen entsprechender Verstöße vor dem Landgericht Braunschweig verantworten mussten. Nunmehr hat der BGH im Revisionsverfahren des früheren Bundesvorsitzenden der Arbeitsgemeinschaft Unabhängiger Betriebsangehöriger (AUB), *Wilhelm Schelsky*, zur Auslegung von § 119 BetrVG Stellung bezogen und wichtige Ausführungen zum Verhältnis dieser Vorschrift zur Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 StGB) und Steuerhinterziehung (§ 370 AO) gemacht.

Dieser Beitrag analysiert die Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH vom 13.09.2010 und untersucht ihre möglichen Auswirkungen auf die Praxis. Dabei werden zunächst der Regelungsgehalt des § 119 BetrVG skizziert (B.) und anschließend der Fall Siemens/AUB näher beleuchtet (C.). Ausgehend von einer summarischen Schilderung des Sachverhalts (C.I.) und dessen erstinstanzlicher Bewertung durch das Landgericht Nürnberg-Fürth (C.II.) werden hierbei die Kernaussagen des BGH zur Auslegung von § 119 I Nr. 1 BetrVG sowie zum Verhältnis dieser Strafnorm zu anderen Straftatbeständen des Kern- und Nebenstrafrechts herausgearbeitet (C.III.) und kritisch gewürdigt (C.IV.). Der Schwerpunkt der Ausführungen liegt dabei auf dem Verhältnis von § 119 I Nr. 1 BetrVG zur Untreue gemäß § 266 StGB (C.IV.1.) sowie zur Steuerhinterziehung nach § 370 AO (C.IV.2.). Sodann erfolgt die Erörterung ausgewählter Folgefragen, die sich aus der BGH-Rechtsprechung ergeben (C.V.). Eine Zusammenfassung und ein Ausblick (D.) schließen die Abhandlung.

B. Regelungsgehalt des § 119 BetrVG

§ 119 BetrVG ergänzt und verstärkt die in den §§ 20 und 78 BetrVG enthaltenen Vorschriften zum Schutz der Bildung der Betriebsverfassungsorgane sowie der Tätigkeit ihrer Mitglieder.¹ Mit seinen Nummern 1 bis 3 enthält Absatz 1 der Vorschrift insgesamt drei Straftatbestände mit unterschiedlichen Angriffsobjekten. Mit Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird demnach bestraft, wer:

1. eine Wahl eines Betriebsrats [...] behindert oder durch Zuhilfenahme oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflusst,
2. die Tätigkeit des Betriebsrats [...] behindert oder stört, oder
3. ein Mitglied oder ein Ersatzmitglied des Betriebsrats [...] um ihrer Tätigkeit willen benachteiligt oder begünstigt.

Da die Vorschrift im Mindestmaß eine geringere Strafe als Freiheitsstrafe von einem Jahr androht, handelt es sich um ein Vergehen im Sinne von § 12 II StGB. Mangels ausdrücklicher Anordnung besteht daher keine Versuchsstrafbarkeit, § 23 I StGB. Ferner ist § 119 BetrVG ein absolutes Antragsdelikt, d.h. der für die Verfolgung der Tat notwendige Strafantrag eines nach Absatz 2 berechtigten Gremiums kann nicht durch Feststellung eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ersetzt werden.

C. Der Fall Siemens/AUB

In seiner aktuellen Entscheidung² hat sich der BGH erstmals näher mit § 119 I BetrVG befasst. Anlass hierzu gab das Revisionsverfahren des ehemaligen Bundesvorsitzenden der AUB, *Wilhelm Schelsky*. Dieser war in Zusammenhang mit Millionenzahlungen der Siemens AG an die AUB gemeinsam mit dem früheren Mitglied des Siemens-Zentralvorstands, *Johannes Feldmayer*, vom Landgericht Nürnberg-Fürth in erster Instanz wegen Beihilfe zur Untreue (§ 266 StGB), wegen (Beihilfe zur) Steuerhinterziehung (§ 370 AO) und wegen Betrugs (§ 263 StGB) zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilt worden.³

I. Sachverhalt

Dem Revisionsbeschluss des BGH lag nach den Feststellungen des Landgerichts Nürnberg-Fürth im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: *Johannes Feldmayer* unter-

* Der Autor war von 2006 bis 2008 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht von Professor Dr. Thomas Rönnau (Bucerius Law School, Hamburg). Er ist derzeit als Rechtsanwalt im Frankfurter Büro der internationalen Anwaltssozietät Clifford Chance in der Praxisgruppe White Collar, Regulatory & Compliance tätig.

** Der Beitrag basiert auf dem Vortrag, den der Autor anlässlich seiner mündlichen Promotionsprüfung am 18.05.2011 an der Bucerius Law School, Hamburg, gehalten hat.

¹ Ausführlich zum Schutzzweck und Rechtsgut von § 119 BetrVG Pasewaldt, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2007, 75 f. m.w.N.

² BGHSt 55, 288 ff.

³ LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 24.11.2008 (Az. 3 KLS 501 Js 1777/2008) = AuR 2010, 35 ff.; ausführlich dazu *J. Fischer*, AuR 2010, 4 ff.

zeichnete im Januar 2001 für die Siemens AG eine Rahmenvereinbarung mit einer Unternehmensberatung, deren alleiniger Inhaber *Wilhelm Schelsky* war. Nach dieser Vereinbarung sollte die Unternehmensberatung gegen ein Honorar von EUR 500.000 pro Quartal verschiedene Dienstleistungen gegenüber der Siemens AG erbringen. Tatsächlich bestand jedoch von vornherein Einigkeit darüber, dass keine Dienstleistungen erbracht und das gleichwohl zu zahlende Honorar dazu verwendet werden sollte, die als arbeitgeberfreundlich geltende AUB zu fördern. *Wilhelm Schelsky* stellte der Siemens AG unter der Firma seiner Unternehmensberatung bis November 2006 Rechnungen über einen Gesamtbetrag von rund EUR 30 Mio. (zzgl. Umsatzsteuer). *Johannes Feldmayer* nahm diese Rechnungen entgegen und veranlasste ihre Bezahlung durch die Siemens AG, die diese Zahlungen gegenüber dem Finanzamt als Betriebsausgaben steuermindernd geltend machte.⁴

II. Das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth

Das Landgericht Nürnberg-Fürth hat das Verhalten von *Johannes Feldmayer* als Untreue (§ 266 StGB) in einem besonders schweren Fall sowie als Steuerhinterziehung (§ 370 AO) gewertet und ihn zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren auf Bewährung sowie zu einer Geldstrafe verurteilt. *Wilhelm Schelsky* verurteilte das Landgericht wegen Beihilfe zu diesen Taten sowie wegen weiterer, für die nachfolgende Betrachtung jedoch unerheblicher Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten.

Eine Verurteilung wegen § 119 BetrVG erfolgte – trotz eines wirksamen Strafantrags der IG Metall – hingegen nicht, da schon die Anklage aus Opportunitätsgründen von vornherein auf die übrigen Delikte beschränkt war. Dennoch spielte der Straftatbestand in der Urteilsbegründung eine herausragende Rolle, und zwar in doppelter Hinsicht: Erstens begründete das Landgericht die Pflichtverletzung *Johannes Feldmayers* i. S. v. § 266 I StGB im Wesentlichen damit, dieser habe durch die Zahlungen an *Wilhelm Schelsky* bzw. dessen Unternehmensberatung „gegen [...] § 119 I Nr. 1 BetrVG“ verstoßen.⁵ Zweitens war der Tatbestand insoweit von Bedeutung, als das Gericht mit seiner Verwirklichung das Eingreifen des Betriebsausgabenabzugsverbots gemäß § 4 V 1 Nr. 10 S. 1 EStG begründete.⁶ Der Verstoß gegen § 119 I BetrVG war also zugleich maßgeblich für die Unrichtigkeit der von der Siemens AG eingereichten Steuererklärungen und damit Voraussetzung für die Strafbarkeit der Angeklagten wegen (Beihilfe zur) Steuerhinterziehung nach § 370 AO.⁷

III. Die Entscheidung des BGH

Obwohl § 119 BetrVG somit nicht Gegenstand der erstinstanzlichen Verurteilung war, hatte sich der BGH im Revisionsverfahren aus den genannten Gründen ebenfalls mit dieser Vorschrift zu befassen.⁸

1. Zur Verfassungsgemäßheit und Auslegung von § 119 I Nr. 1 BetrVG

Der 1. Strafsenat bestätigt zunächst die Verfassungsgemäßheit von § 119 BetrVG im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG) und erteilt der gegenteiligen Auffassung des Beschwerdeführers und einiger Autoren⁹ eine Absage. Ausdrücklich tritt der Senat dabei den in der Literatur erhobenen Bedenken¹⁰ gegen eine

weite Auslegung der Tatbestandsvariante „Beeinflussung der Wahl“ i. S. v. § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG entgegen und geht in seiner Auffassung über deren bereits extensive Interpretation in der bisherigen Rechtsprechung¹¹ sogar noch hinaus. So verzichtet er auf jegliche zeitliche Verknüpfung der Beeinflussungshandlung zum Wahlvorgang und führt aus, dass für den Verstoß gegen § 119 I Nr. 1 Var. 2 (i.V.m. § 20 II) BetrVG „nicht auf den jeweiligen Zeitpunkt der Zahlung abgestellt und gefordert werden [kann], dass die Zahlung unmittelbar zeitlich zur Betriebsratswahl erfolgt“, da andernfalls die Beteiligten das Wahlbeeinflussungsverbot dadurch umgehen könnten, dass sie die Vorteile in einem zeitlichen Abstand zu der Wahl gewähren.¹²

Entsprechend großzügig interpretiert der 1. Strafsenat die Anforderungen an die „Beeinflussung“ der Wahl. Diese umfasse nicht nur die unmittelbare Beeinflussung des einzelnen – aktiv oder passiv – Wahlberechtigten, sein Wahlrecht in der einen oder anderen Art und Weise auszuüben (etwa in Form des Stimmenkaufs oder im Wege der Vorteilsgewährung für den Fall, dass sich ein Arbeitnehmer nicht als Wahlkandidat aufstellen lässt). Vielmehr erfasse die Vorschrift auch die Gewährung solcher Vorteile, die sich bloß mittelbar auf die Wahl auswirken, indem sie die innere Willensbildung der Wahlberechtigten beeinflussen. Die Vorteilsgewährung müsse dabei keineswegs zwingend gegenüber einem einzelnen Arbeitnehmer erfolgen. Eine ebenfalls unzulässige, mittelbare Wahlbeeinflussung liege vielmehr auch in der – gegen das

⁴ Eine ausführliche Darstellung des Sachverhalts bietet die Pressemitteilung 14/08 des OLG Nürnberg vom 03.07.2008, abrufbar unter <http://www.justiz.bayern.de/gericht/olg/n/presse/archiv/2008/01493/index.php> (abgerufen am 22.09.2011).

⁵ LG Nürnberg-Fürth (Fn. 3), Rn. 462 ff. = AuR 2010, 35, 39 f.; kritisch zu den Feststellungen des Landgerichts betreffend § 119 BetrVG (insbesondere im Hinblick auf die fehlende Subsumtion von Tatbestandsmerkmalen und die Bezugnahme auf veraltete Literaturquellen) *Rieble*, ZIP 2009, 1593, 1598 ff.

⁶ Nach § 4 V 1 Nr. 10 S. 1 EStG dürfen Betriebsausgaben in Form von Zuwendungen von Vorteilen und damit zusammenhängende Aufwendungen den Gewinn nicht mindern, „wenn die Zuwendung der Vorteile eine rechtswidrige Handlung darstellt, die den Tatbestand eines Strafgesetzes [...] verwirklicht“. Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der damit einhergehenden Durchbrechung des im Steuerrecht geltenden sogenannten objektiven Nettoprinzip *Nacke*, in: Littmann/Bitz/Pust (Hrsg.), Kommentar zum Einkommensteuerrecht (Loseblattsammlung), 92. Ergänzungslieferung, Stand: August 2011, §§ 4, 5 Rn. 2003 m.w.N.

⁷ LG Nürnberg-Fürth (Fn. 3), Rn. 473 ff. = AuR 2010, 35, 40.

⁸ Gegen das erstinstanzliche Urteil hatten zunächst beide Verurteilte sowie die Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth Revision eingelegt. *Johannes Feldmayer* und die Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth haben ihre Revisionen später jedoch zurückgenommen. Damit wurde das Urteil insoweit rechtskräftig und der BGH hatte nur noch über die Revision *Wilhelm Schelskys* zu entscheiden.

⁹ Kritisch zur Weite und Unbestimmtheit des § 119 BetrVG etwa *Schlinder*, Die Rechtsfolgen der Missachtung der Betriebsverfassung durch den Arbeitgeber, 1990, S. 192; *Dannecker*, in: FS Gitter, 1995, S. 167, 168; *Krumm-Mauermann*, Rechtsgüterschutz durch die Straf- und Bußgeldbestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes, 1990, S. 54 ff.

¹⁰ Etwa *Kudlich*, in: FS Stöckel, 2010, S. 93, 108 ff.; *Rieble*, CCZ 2008, 121, 127; *Zwiehoff*, juris PraxisReport Arbeitsrecht (jurisPR-ArbR) 37/2009 Anm. 3 (B. II.); *Joecks*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 6/1 (Nebenstrafrecht II), 2010, § 119 BetrVG Rn. 18 m.w.N.

¹¹ Etwa BayObLG, NSStZ 1981, 30, wonach der Begriff „Wahl“ über den eigentlichen Wahlvorgang (i. S. v. Stimmabgabe und -auszählung) hinaus auch vorbereitende, aber mit dem späteren Abstimmungsprozess in engem zeitlichem Zusammenhang stehende Maßnahmen umfasst, wie etwa die Bestellung eines Wahlvorstands.

¹² BGHSt 55, 288, 311.

den Arbeitgeber treffende Neutralitätsgebot des § 75 BetrVG verstoßenden – verschleierte Finanzierung eines Kollektivs von Arbeitnehmern, die es den aktiv Wahlberechtigten unmöglich mache, eine von Willensmängeln freie Entscheidung zu treffen.¹³ Dabei verlangt § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG nach Ansicht des Senats keine (kausale) Beeinflussung des Wahlergebnisses im Sinne einer modifizierten Stimmabgabe, sondern es genügt zur Erfüllung des Tatbestands unabhängig vom konkreten Wahlergebnis, dass die Zahlungen vom Empfänger zur Finanzierung der Wahlwerbung des betreffenden Kollektivs verwendet werden.¹⁴ Seine extensive Auffassung begründet der 1. Strafsenat dabei ausdrücklich damit, dass sich ein Kausalitätsnachweis in der Regel schon deshalb nicht führen lasse, weil der Betriebsrat in geheimer Wahl gewählt werde (§ 14 I BetrVG).¹⁵

Im Ergebnis folgt der 1. Strafsenat damit der Auffassung des Landgerichts Nürnberg-Fürth, wonach eine nach § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG strafbare Beeinflussung der Wahl des Betriebsrats jedenfalls dann vorliegt, wenn es der Arbeitgeber einer Wahlvorschlagsliste durch Zuwendung von Geldmitteln ermöglicht, sich im Zusammenhang mit der Wahl nachhaltiger als sonst möglich zu präsentieren, und wenn dabei die finanzielle Unterstützung der Kandidaten durch den Arbeitgeber verschleiert wird.¹⁶

2. Verhältnis von § 119 BetrVG zu anderen Straftatbeständen

Vor allem jedoch nimmt der 1. Strafsenat in seiner Entscheidung zum Verhältnis von § 119 BetrVG zu zwei anderen wichtigen Straftatbeständen Stellung: § 266 StGB (Untreue) und § 370 AO (Steuerhinterziehung).

a) Untreue, § 266 StGB

Zunächst äußert sich der Senat zu der Frage, ob ein strafbarer Verstoß gegen das Wahlbeeinflussungsverbot des § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG zugleich einen Pflichtverstoß i. S. v. § 266 I StGB begründet. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung war diese – vom Landgericht Nürnberg-Fürth in erster Instanz bejaht¹⁷ – Frage bisher nicht entschieden worden.¹⁸ Für die Tatbestandsvariante der Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds gemäß § 119 I Nr. 3 Var. 2 BetrVG hingegen war sie vom Landgericht Braunschweig in den beiden Verfahren in Zusammenhang mit der sogenannten Volkswagen-Affäre positiv beantwortet worden¹⁹ und der 5. Strafsenat des BGH hatte diese Auffassung später bestätigt.²⁰

Für § 119 I Nr. 1 BetrVG tritt der 1. Strafsenat einer entsprechend weiten Auslegung des Untreuetatbestands nunmehr entgegen. Dabei folgt er explizit der Vorgabe des BVerfG, das die Strafgerichtsbarkeit jüngst zu einer Begrenzung des § 266 StGB im Wege „hinreichend restriktiv[er] und präzisierend[er]“ Auslegung aufgefordert hatte, um das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG) zu wahren.²¹ Konkret kommt der Senat dieser Aufforderung nach, indem er eine Gleichstellung der Strafbarkeit gemäß § 119 BetrVG mit dem Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne des § 266 I StGB unter Rekurs auf die Schutzzwecke beider Vorschriften ablehnt. Als Vermögensdelikt verlange § 266 I StGB die evidente Verletzung einer vermögensbezogenen Pflicht. Eine solche ließe sich aus Zahlungen an eine Arbeitnehmervereinigung, die zwar dem

Tatbestand des § 119 I Nr. 1 BetrVG unterfielen, nicht ohne Weiteres herleiten. Wörtlich führt der Senat aus: „Der Senat hat [...] Bedenken, dass die Annahme des Landgerichts zutrifft, der Mitangeklagte [...] habe die ihn treffende Vermögensbetreuungspflicht auch deshalb verletzt, weil die Zahlungen an das Unternehmen des Angeklagten S. gegen die Vorschrift des § 119 I Nr. 1 BetrVG verstoßen. Denn bei dieser Norm handelt es sich nicht um eine das zu betreuende Vermögen [...] schützende Vorschrift. Schutzzweck dieser Vorschrift ist vielmehr – allein – die Integrität der Wahl des Betriebsrats, namentlich die Freiheit der Willensbetätigung der Wahlbeteiligung i.S.d. § 20 BetrVG“²². Und weiter: „Eine Normverletzung – hier eine Straftat i.S.d. § 119 I Nr. 1 BetrVG – ist deshalb in der Regel nur dann pflichtwidrig i. S. v. § 266 StGB, wenn die verletzende Rechtsnorm ihrerseits – wenigstens auch, und sei es mittelbar – vermögensschützenden Charakter für das zu betreuende Vermögen hat [...]. Nur dann, wenn die unmittelbar verletzte Rechtsnorm selbst vermögensschützenden Charakter hat, liegt der untreauspezifische Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und geschütztem Rechtsgut i. S. v. § 266 I StGB vor“.²³ § 119 BetrVG diene jedoch „allein dem Schutz der Wahl und der Funktionsfähigkeit der im Gesetz aufgeführten betriebsverfassungsrechtlichen Organe“, weshalb der Verstoß gegen § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG für sich allein nicht geeignet sei, eine Pflichtverletzung i. S. v. § 266 I StGB zu begründen.²⁴

Wichtige Aussagen macht der Senat auch zur Feststellung des Vermögensnachteils i. S. v. § 266 I StGB. Hierbei betont er zunächst die Qualität des Vermögensnachteils als Tatbestandsmerkmal, das selbständig neben dem der Pflichtwidrigkeit stehe und nicht in diesem aufgehen dürfe, weshalb

¹³ BGHSt 55, 288, 307 f.; a.A. etwa Rieble, CCZ 2008, 121, 127; Kudlich (Fn. 10), S. 93, 110 f.; Joecks, in: MüKoStGB (Fn. 10), § 119 BetrVG Rn. 16; Zwihehoff, jurisPR-ArbR 37/2009 Anm. 3 (B. II.).

¹⁴ BGHSt 55, 288, 310 f. Sogar noch weitergehend insoweit die Vorinstanz, wonach es allein auf den von dem Zuwendenden mit der Zahlung verfolgten Zweck ankommen soll, s. LG Nürnberg-Fürth (Fn. 3), Rn. 483 (insoweit nicht abgedruckt in AuR 2010, 35 ff.).

¹⁵ BGHSt 55, 288, 311.

¹⁶ Zur Klarstellung, falls ein Abstellen beider Gerichte auf die Tatbestandsvariante der Wahlbeeinflussung i. S. v. § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG verwandern sollte: Der auf den ersten Blick näher liegende Straftatbestand des § 119 I Nr. 3 BetrVG in der Variante der Betriebsratsbegünstigung ist hier nicht einschlägig. Dieser sanktioniert nur die Vorteilsgewährung unmittelbar an einzelne Betriebsratsmitglieder, nicht aber die an das Betriebsratsgremium als Kollektiv oder – wie hier – an eine Arbeitnehmervereinigung, der das Betriebsratsmitglied angehört, Annuß, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG mit Wahlordnung¹², 2010, § 119 Rn. 25; Rieble, ZIP 2009, 1593, 1598; ders., CCZ 2008, 121, 126 f. m.w.N.; a.A. Schemmel/Slowinski, BB 2009, 830, 832, die insoweit § 119 I Nr. 3 (Var. 2) BetrVG für einschlägig halten.

¹⁷ LG Nürnberg-Fürth (Fn. 3), Rn. 427 und 461 ff. = AuR 2010, 35, 39 f.; kritisch dazu Rieble, ZIP 2009, 1593, 1596 f.

¹⁸ Dazu etwa Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), Steuerstrafrecht⁷, 2009, § 370 AO Rn. 219 f.

¹⁹ LG Braunschweig, CCZ 2008, 32, 33; Urt. v. 22.02.2008 (Az. 6 KLS 20/07) (unveröffentlicht), Rn. 338 ff.

²⁰ BGH, NJW 2010, 92, 94 = wistra 2009, 468, 471, jedoch unter ausdrücklicher Bezugnahme auf (den inhaltsgleichen) § 78 S. 2 BetrVG, dazu Corsten, wistra 2010, S. 206 ff.; s. auch Fitting, Handkommentar BetrVG mit Wahlordnung²⁵, 2010, § 119 Rn. 9 m.w.N.

²¹ BVerfGE 126, 170 ff., dazu Hügler, BB 2010, 2121 und ausführlich zuletzt Krüger, NSTZ 2011, 369 ff.

²² BGHSt 55, 288, 299 f.

²³ BGHSt 55, 288, 300 f.

²⁴ BGHSt 55, 288, 303.

insoweit stets eigenständige Feststellungen erforderlich sein.²⁵ In der Konsequenz verwirft er die Auffassung des Landgerichts Nürnberg-Fürth, wonach die Zahlungen der Siemens AG an die AUB auf der Grundlage von Scheinrechnungen einen endgültigen „Schaden“ i. S. v. § 266 StGB verursacht haben sollen, da kein den Geldabfluss kompensierender Vermögensvorteil bei der Siemens AG gegeben gewesen sei. Unzutreffend habe das Landgericht die der Siemens AG infolge der Zusammenarbeit mit der AUB erwachsenen finanziellen Vorteile nicht als unmittelbaren Vermögenszuwachs qualifiziert, sondern lediglich als nicht konkret messbare, „vage Chance“ angesehen. Ein „unmittelbarer“ Vermögenszuwachs, der den durch eine Pflichtverletzung i. S. v. § 266 I StGB ausgelösten Vermögensverlust kompensiert, sei nicht nur dann gegeben, wenn die schadensausschließende Kompensation in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Pflichtverletzung stehe. Vielmehr liege eine unmittelbare Schadenskompensation bereits dann vor, wenn keine weitere, selbständige Handlung mehr hinzutreten muss, damit der kompensationsfähige Vermögenszuwachs entsteht.²⁶ Der so festgestellte wirtschaftliche Vorteil, den der Arbeitgeber infolge der Zuwendung erzielt, sei in betriebswirtschaftlicher Hinsicht – erforderlichenfalls unter Heranziehung eines Sachverständigen – zu bewerten und mit den vom Arbeitgeber geleisteten Zahlungen zu verrechnen.²⁷

b) Steuerhinterziehung, § 370 AO

Schließlich äußert sich der 1. Strafsenat erstmals zu der – im Schrifttum kontrovers diskutierten²⁸ – Frage, inwiefern Zahlungen, die gegen § 119 I BetrVG verstoßen, das steuerliche Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 V 1 Nr. 10 S. 1 EStG²⁹ auslösen. Für die Praxis ist diese Frage von herausragender Bedeutung, denn mit ihr steht und fällt in vielen Fällen die Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung nach § 370 AO.³⁰

Der Senat bestätigt nunmehr, dass bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG das Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 V 1 Nr. 10 S. 1 EStG ausgelöst wird. Auch insoweit vertritt er eine weite Auffassung und führt aus, dass es auf die eigenständige Verfolgbarkeit der Straftat nach § 119 BetrVG für das Betriebsausgabenabzugsverbot nicht ankomme. Insbesondere sei unbeachtlich, ob der nach § 119 II BetrVG erforderliche Strafantrag (wirksam) gestellt wurde oder ob hinsichtlich dieser Straftat Verfolgungsverjährung eingetreten sei.³¹ Werden nach § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG verbotene Zahlungen wissentlich als gewinn- und damit steuermindernde Betriebsausgaben geltend gemacht, werden demnach Steuern verkürzt. Folglich begehen die für eine ordnungsgemäße Steuererklärung verantwortlichen Personen des betreffenden Unternehmens bei entsprechender Kenntnis des Sachverhalts in diesem Fall eine (wenigstens versuchte) Steuerhinterziehung gemäß § 370 I Nr. 1 AO.

IV. Kritische Würdigung der BGH-Entscheidung und Praxisfolgen

Schon wegen der vom 1. Strafsenat befürworteten weiten Auslegung des § 119 BetrVG bergen Zahlungen an Mitglieder des Betriebsrats oder andere Vereinigungen von Arbeitnehmern ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko. Mit dem Verzicht auf einen konkreten Beeinflussungserfolg und einen entsprechenden Kausalitätsnachweis konterkariert der BGH indes nicht nur die

herrschende Einordnung des § 119 I Nr. 1 BetrVG als Erfolgsdelikt,³² sondern verwischt auch die Grenzen zwischen strafbarer Tatvollendung und straflosem Versuch. Dogmatisch zweifelhaft erscheint in diesem Zusammenhang vor allem die Begründung der extensiven Auslegung des Tatbestands durch den Senat mit praktischen Beweisproblemen.³³

1. Untreue, § 266 StGB

Im Übrigen darf die BGH-Entscheidung im Hinblick auf § 266 StGB keineswegs als „Entwarnung“ dahingehend interpretiert werden, dass eine Strafbarkeit wegen Untreue bei gegen § 119 BetrVG verstoßenden Zahlungen generell ausscheidet. Die Aussage des Senats erschöpft sich vielmehr darin, dass nicht in jedem (strafabwehrten) Verstoß gegen die Rechtsordnung zugleich eine – „evidente“ – Pflichtverletzung i. S. v. § 266 I StGB zu erblicken ist.³⁴ Folglich ist es im Einzelfall Tatfrage, ob nach Auffassung des Gerichts hinreichende weitere Umstände vorliegen, um die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht zu begründen. So sieht auch der Senat eine für § 266 I StGB relevante Pflichtverletzung des (Mit-)Angeklagten *Johannes Feldmayer* darin, dass dieser weder selbst eine ausreichende inhaltliche Kontrolle darüber durchgeführt hat, ob die Zahlungen der Siemens AG in einem adäquaten Verhältnis zu den mit der Rahmenvereinbarung erlangten Vermögensvorteilen des Unternehmens stehen, und er eine entsprechende Überprüfung durch Dritte mittels einer Verschleierung der tatsächlichen Rechtsverhältnisse durch Scheinrechnungen vereitelt bzw. erschwert hat.³⁵

2. Steuerhinterziehung, § 370 AO

a) Begehen durch aktives Tun

Weitreichende Auswirkungen für die Praxis haben vor allem die Ausführungen des 1. Strafsenats zum Betriebsausgaben-

²⁵ BGHSt 55, 288, 304.

²⁶ BGHSt 55, 288, 305.

²⁷ BGHSt 55, 288, 306.

²⁸ Bejahend für § 119 I Nr. 1 BetrVG etwa *Graf/Link*, NJW 2009, 409, 411 (aber ablehnend für Nr. 3); *Kaiser*, in: Löwisch/Kaiser, Kommentar zum BetrVG⁶, 2010, § 119 Rn. 53; *Söhn*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), Kommentar zum EStG (Loseblattsammlung), 218. Ergänzungslieferung, Stand: Mai 2011, § 4 Rn. Q 60; bejahend für Nr. 3 hingegen *Schemmel/Slowinski*, BB 2009, 830, 832; *Rieble*, BB 2009, 1612, 1617; *ders.*, NZA 2008, 276, 278 f.; *ders./Klebeck*, NZA 2006, 758, 768; s. auch *Heinicke*, in: Schmidt, Kommentar zum EStG³⁰, 2011, § 4 Rn. 611 („Der Abzug rechtswidriger Betriebsratsbegünstigungen ist [strittig]“).

²⁹ Bei Körperschaften: i.V.m. § 8 I 1 KStG.

³⁰ Etwa *Joecks*, in: Franzen/Gast/Joecks (Fn. 18), § 370 AO Rn. 219f.

³¹ BGHSt 55, 288, 313; ebenso *Söhn*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Fn. 28), § 4 Rn. Q 68 m.w.N.; s. auch *Schemmel/Slowinski*, BB 2009, 830, 832; *Rieble*, BB 2009, 1612, 1613; *ders.*, NZA 2008, 276, 278 f.

³² Etwa LAG Köln NZA 1994, 431; *Rieble*, ZfA 2003, 283, 313 f.; *Pasewaldt*, ZIS 2007, 75, 77 m.w.N.

³³ Dazu oben C.III.1.

³⁴ BGHSt 55, 288, 300 f.

³⁵ BGHSt 55, 288, 303. Eine Verurteilung wegen Untreue ist gleichwohl deshalb nicht erfolgt, weil der Senat nicht erkennen konnte, dass dem Vermögen der Siemens AG durch das Verhalten *Johannes Feldmayers* ein Nachteil entstanden ist. Als Folge dessen hat der Senat die Verfolgung *Wilhelm Schelskys* mit Zustimmung des Generalbundesanwalts insoweit gemäß § 154a II StPO „aus verfahrensökonomischen Gründen“ auf die Strafbarkeit wegen Betrugs beschränkt, BGHSt 55, 288, 297. Für die Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Nürnberg-Fürth, an das die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wurde, ist diese Beschränkung bindend, so dass über die Strafbarkeit *Wilhelm Schelskys* wegen (Beihilfe zur) Untreue nun nicht mehr entschieden werden wird.

abzugsverbot des § 4 V 1 Nr. 10 S. 1 EStG. Dessen Eingreifen führt in vielen Fällen zu einer Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung nach § 370 AO, dem eigentlichen Risiko der Gewährung von Vorteilen an Betriebsratsmitglieder und Arbeitnehmervereinigungen. Dies insbesondere deshalb, weil aufgrund der Höhe der hinterzogenen Steuern häufig das Regelbeispiel eines besonders schweren Falls gemäß § 370 III Nr. 1 AO (Steuerverkürzung „in großem Ausmaß“) erfüllt sein wird,³⁶ was den erhöhten Strafrahmen von Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren indiziert. Auswirkungen hat der Tatbestand allerdings auch im Hinblick auf den Kreis der möglichen Täter: Im Gegensatz zu den Straftaten nach § 119 BetrVG und § 266 StGB kann Täter einer Steuerhinterziehung nicht nur sein, wer die verbotenen Vorteile unmittelbar gewährt oder verspricht. Potenziell strafbar ist vielmehr jeder, der aufgrund der Organisation innerhalb des Unternehmens bei der Erstellung von Steuererklärungen mitwirkt und eine Steuerverkürzung wenigstens billigend in Kauf nimmt.

b) Begehen durch Unterlassen

Gemäß § 153 I Nr. 1 AO trifft den Erklärungspflichtigen auch die Pflicht zur unverzüglichen Abgabe einer Berichtigungserklärung gegenüber den Finanzbehörden, wenn er vor Ablauf der Festsetzungsfrist erkennt,³⁷ dass eine bereits abgegebene Erklärung unrichtig oder unvollständig ist und es dadurch zu einer Verkürzung von Steuern kommen kann oder bereits gekommen ist. Unterlässt er eine solche Erklärung (vorsätzlich), begründet dies wiederum eine eigenständige Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung nach § 370 I Nr. 2 AO.³⁸ Dieses Strafbarkeitsrisiko trifft insbesondere den, der infolge personeller Umgestaltungen neu in die verantwortliche Position innerhalb des Unternehmens tritt. Namentlich ist hier an den neuen Vorstand oder Geschäftsführer einer Gesellschaft zu denken, der auf Nachweise über verbotene Zahlungen in dem betreffenden Veranlagungszeitraum stößt.

V. Folgefragen

Ferner wirft die BGH-Entscheidungen einige praxisrelevante Folgefragen auf.

1. Strafbarkeit der Freistellung gewerkschaftlicher Vertrauensleute?

Zunächst legt der BGH-Beschluss eine Prüfung nahe, inwieweit die darin enthaltenen rechtlichen Ausführungen auf ähnliche Sachverhalte übertragbar sind. *Rieble* etwa bejaht die Übertragbarkeit der Aussagen des 1. Strafsenats zu § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG auf gewerkschaftliche Vertrauensleute. Als Mitglieder von betriebsratsähnlichen Gremien, den sogenannten Vertrauenskörpern, werden diese Gewerkschaftsmitglieder aufgrund entsprechender Vereinbarungen, beispielsweise in Tarifverträgen, zur Wahrnehmung ihrer gewerkschaftlichen Tätigkeit von ihrer Arbeitspflicht bezahlt freigestellt. *Rieble* hält eine Gleichbehandlung dieses Sachverhalts mit den Zahlungen der Siemens AG an die Unternehmensberatung *Wilhelm Schelskys* nach den Maßstäben des BGH für konsequent und erforderlich, andernfalls „sozialpolitisches Gesinnungsstrafrecht“ drohe und die „Strafjustiz zum Instrument einer sozialen Korrektheit“ werde.³⁹

Die Auffassung *Riebles* erscheint zweifelhaft. Es ist in der höchstrichterlichen (Arbeits-)Rechtsprechung anerkannt,

dass die Tätigkeit der Vertrauensleute zu der durch Art. 9 III GG geschützten Koalitionsfreiheit zählt.⁴⁰ Zudem ist die Zulässigkeit der bezahlten Freistellung von Vertrauensleuten aufgrund von Tarifverträgen zur Erfüllung ihrer koalitionsspezifischen Tätigkeit von der Rechtsprechung bisher nie bezweifelt worden.⁴¹ Speziell für den Fall einer Betriebsratswahl hat das LAG Niedersachsen im Jahr 2008 sogar ausdrücklich festgestellt, dass die Freistellung gewerkschaftlicher Vertrauensleute allein keine unzulässige Wahlbeeinflussung begründet.⁴² Die hier besprochene Entscheidung des BGH steht dieser Auffassung jedoch auch nicht entgegen. Nach dem 1. Strafsenat liegt eine strafbare Beeinflussung der Wahl des Betriebsrats lediglich „jedenfalls“ dann vor, wenn „die finanzielle Unterstützung [...] durch den Arbeitgeber verschleiert wird.“⁴³ Ob dasselbe gilt, wenn es an einer Verschleierung der finanziellen Förderung fehlt, hat der Senat damit ausdrücklich offen gelassen. Des Weiteren ist von Bedeutung, ob die Freistellungen ausschließlich den Angehörigen eines bestimmten Arbeitnehmerkollektivs zuteilwerden oder den Mitgliedern sämtlicher in dem betreffenden Unternehmen vertretenen Gewerkschaften unter gleichen Voraussetzungen gewährt werden. Soweit Letzteres der Fall ist, wird ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das in § 75 BetrVG normierte Neutralitätsgebot, auf den der Senat zur Begründung des Verstoßes gegen § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG abstellt,⁴⁴ kaum zu begründen sein.

2. Geltung des Betriebsausgabenabzugsverbots in Fällen von § 119 I Nr. 3 BetrVG?

Überdies stellt sich die Frage, inwieweit § 4 V 1 Nr. 10 S. 1 EStG, den der BGH ausdrücklich nur auf gegen § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG verstoßende Zahlungen für anwendbar erklärt, auch für die übrigen Tatbestandsvarianten von § 119 I BetrVG gilt. *Graf/Link* etwa lehnen die Anwendbarkeit des Betriebsausgabenabzugsverbots – jedenfalls bisher – namentlich auf die in § 119 I Nr. 3 Var. 2 BetrVG geregelte Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern ab.⁴⁵ Zur Begründung verweisen Sie auf den Willen des (Einkommensteuer-)Gesetzgebers, wonach § 4 V 1

³⁶ Dieses Merkmal ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung erfüllt, wenn der Hinterziehungsbetrag EUR 50.000 übersteigt, etwa BGHSt 53, 71, 84.

³⁷ Erforderlich ist dabei positive Kenntnis, fahrlässige Unkenntnis genügt nicht, vgl. *Seer*, in: *Tipke/Kruse* (Hrsg.), Kommentar zur AO mit FGO (Loseblattsammlung), 126. Ergänzungslieferung, Stand: Juli 2011, § 153 AO Rn. 12; *Schemmel/Slowinski*, BB 2009, 830, 833 m.w.N.

³⁸ BGHSt 53, 210, 216 = BB 2009, 1903, 1905; *Joecks*, in: *Franzen/Gast/Joecks* (Fn. 18), § 370 Rn. 179 ff.; s. auch *Seer*, in: *Tipke/Kruse* (Fn. 37), § 153 Rn. 18; *ders.*, in: *Tipke/Lang* (Hrsg.), *Steuerrecht*²⁰, 2010, § 21 Rn. 191 und § 23 Rn. 26.

³⁹ *Rieble*, BB 16.2011, Die Erste Seite.

⁴⁰ BAGE 31, 166, 171 f.

⁴¹ BAGE 49, 334, 344 f.; BAG, ArbuR 1984, 220, 222 f.

⁴² LAG Niedersachsen, Urt. v. 16.06.2008 (Az. 9 TaBV 14/07), Rn. 67 (insoweit nicht abgedruckt in AiB 2009, 586).

⁴³ BGHSt 55, 288, 308 f. und ähnlich 310 f., wo der Senat auf die „nach außen nicht erkennbare“ Gewährung des Vorteils abstellt.

⁴⁴ BGHSt 55, 288, 308 f.; s. aber *Rieble*, ZfA 2003, 283, 295 f., wonach § 75 BetrVG kein Neutralitätsgebot für den Arbeitgeber bei Betriebsratswahlen begründen soll.

⁴⁵ *Graf/Link*, NJW 2009, 409, 411; wohl auch *Nacke*, in: *Littmann/Bitz/Pust* (Fn. 6), §§ 4, 5 Rn. 2021 („Vorteilsgewährung in Bezug auf Betriebsratswahlen“); a.A. *Rieble*, NZA 2008, 276, 278; *ders.*, BB 2009, 1612 f. und 1617; wohl auch *Wied*, in: *Blümich* (Hrsg.), *Kommentar zum EStG* (Loseblattsammlung), 111. Ergänzungslieferung, Stand: Mai 2011, § 4 Rn. 906.

Nr. 10 S. 1 EStG der Korruptionsbekämpfung dienen soll.⁴⁶ § 119 I Nr. 3 Var. 2 BetrVG hingegen fehle – im Gegensatz zu Nr. 1 Var. 2 – die für die „klassischen“ Korruptionstatbestände typische „Verknüpfung der Vorteilsgewährung mit der Amts- oder Geschäftsführung des Betriebsrats im Sinne einer Unrechtsvereinbarung“.⁴⁷

Für § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG legen *Graf/Link* ihren Ausführungen (unausgesprochen) offenbar den Fall zugrunde, dass ein Wahlberechtigter sein Wahlrecht infolge der Gewährung oder des Versprechens von Vorteilen aus einer (gefühlsmäßigen) Verpflichtung heraus in der vom Zuwendenden gewünschten Weise ausübt.⁴⁸ Der 1. Strafsenat wendet die Tatbestandsvariante des § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG nunmehr allerdings gerade auf einen Sachverhalt an, in dem den wahlberechtigten Arbeitnehmern selbst weder Vorteile gewährt noch in Aussicht gestellt wurden, woraus eine entsprechende gefühlsmäßige Verpflichtung hätte folgen können. Gleichwohl fühlt sich der Senat nicht gehindert, das steuerrechtliche Betriebsausgabenabzugsverbot auf diesen Sachverhalt anzuwenden. Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls nicht zu erwarten, dass die Rechtsprechung im Hinblick auf § 119 I Nr. 3 Var. 2 BetrVG künftig anders entscheiden wird.

D. Zusammenfassung und Ausblick

Die Ausführungen verdeutlichen die erheblichen Strafbarkeitsrisiken, die der Vorteilsgewährung an Betriebsratsmitglieder und Arbeitnehmervereinigungen anhaften. Im Zusammenspiel mit dem Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 V 1 Nr. 10 S. 1 EStG bildet der Straftatbestand des § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG, zu dessen Merkmalen der BGH eine sehr extensive Auslegung vertritt, das Einfallstor

für eine mögliche Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO. Gemeinsam mit der Untreue (§ 266 StGB), die in einschlägigen Fällen keineswegs generell ausscheidet, bildet dieses Delikt das eigentliche Risiko von Zuwendungen des Arbeitgebers an Betriebsratsmitglieder und Arbeitnehmervereinigungen. Dies einerseits wegen des vergleichsweise hohen Strafrahmens beider Tatbestände, der – in besonders schweren Fällen – jeweils die Verhängung von Freiheitsstrafen von bis zu zehn Jahren ermöglicht. Eine besondere Gefahr stellt die Steuerhinterziehung andererseits deshalb dar, weil mit ihr eine Strafbarkeit auch für Personen droht, die an der Gewährung oder dem Versprechen von Vorteilen selbst nicht beteiligt waren. Dabei droht bisher (Tat-)Unbeteiligten im Fall einer Verletzung der Berichtungspflicht nach § 153 AO eine Strafbarkeit durch Unterlassen gemäß § 370 I Nr. 2 AO. Inwieweit die Rechtsprechung zu § 119 I Nr. 1 Var. 2 BetrVG auf Fälle der nicht verschleierte Vorteilsgewährung durch den Arbeitgeber übertragbar ist und ob die Ausführungen des 1. Strafsenats zum Betriebsausgabenabzugsverbot auch für § 119 I Nr. 3 Var. 2 BetrVG gelten, bedarf hingegen noch einer abschließenden Klärung. ■

⁴⁶ BT-Drs. 14/23, S. 5.

⁴⁷ *Graf/Link*, NJW 2009, 409, 411 (unter Verweis auf die §§ 299, 331 ff. StGB); s. auch *Pasewaldt*, ZIS 2007, 75, 78 f. (zum Erfordernis einer Unrechtsvereinbarung bei § 119 I Nrn. 1 und 3 BetrVG). Grundlegend zur Unrechtsvereinbarung als (konstitutives) Merkmal der Korruptionsdelikte zuletzt *Kindhäuser*, ZIS 2011, 461, 463.

⁴⁸ So etwa BGHSt 33, 336, 338 zu den Anforderungen an die „Unrechtsvereinbarung“ in Fällen der Wählerbestechung gemäß § 108b StGB.

Ulrich Wilke, LL.B., Hamburg *

Der Kampf um die Abziehbarkeit

Zur aktuellen Auseinandersetzung um die Abziehbarkeit von Ausbildungskosten zwischen Bundesfinanzhof und Gesetzgeber

I. Einführung

Am 28. Juli 2011 hat der Bundesfinanzhof (BFH) in zwei Urteilen¹ über die Möglichkeit der Abziehbarkeit der Kosten für ein sogenanntes Erststudium als vorab entstandene Werbungskosten geurteilt. Anders als noch am 18. Juni 2009² hat der BFH festgestellt, dass Ausbildungskosten „auch unter Geltung des § 12 Nr. 5 EStG als vorab entstandene Werbungskosten anzuerkennen sein [können]“³. Naturgemäß verbreitete sich die „gute Nachricht“ wie ein Lauffeuer in der (Fach-)Presse, häufig gepaart mit praktischen Tipps, wie die Studenten ihre studienbezogenen Ausgaben nun steuerlich geltend machen können.⁴ Die Antwort des Gesetzgebers ließ indes nicht lange auf sich warten: Der Finanzausschuss des Deutschen Bundestages hat am 26. Oktober 2011 das Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz (BeitrRLUmsG) mit einigen Änderungsanträgen der Regierungsfractionen beraten. Darunter befand sich auch der (im Hinblick auf das BeitrRLUmsG sachfremde) Antrag, den Abzug von Studienkosten als vorab entstandene Werbungskosten durch eine gesetzliche Regelung auszuschließen.⁵ In der Fassung der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses⁶ hat der Bundestag

den Gesetzesentwurf am 27. Oktober 2011 angenommen.⁷ Für die betroffenen Studenten bleibt also erst einmal alles beim Alten.

Gegenstand dieses Beitrages sind die kritische Würdigung beider Urteile des BFH (II.), die Erläuterung der Reaktion des Gesetzgebers (III.) sowie ein Ausblick auf die vermutliche Entwicklung der Abzugsmöglichkeiten von Ausbildungskosten (IV.).

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht (Prof. Dr. *Anne Röthel*) an der Bucerius Law School in Hamburg.

¹ BFH, NJW 2011, 2909 und BFH, NJW 2011, 2912.

² BFHE 225, 393. Die Frage war damals nicht entscheidungserheblich. Dazu *Wilke*, BLJ 2009, 104. Zur Genese der Rechtsprechung hinsichtlich der steuerlichen Geltendmachung von Studienkosten siehe etwa *Wilke*, a.a.O., S. 105; *Drenseck*, DStR 2004, 1766 ff.; *Prinz*, FR 2005, 229 ff.; *Weitemeyer/Süß*, NJW 2011, 2844, 2846 f.

³ Leitsatz des Urteils des BFH in NJW 2011, 2909.

⁴ *Ismar*, FR 2011, 846, 851; *Weitemeyer/Süß*, NJW 2011, 2844, 2847.

⁵ Siehe Bericht des *Finanzausschusses*, BTDr. 17/7524, S. 7.

⁶ Beschlussempfehlung des *Finanzausschusses*, BTDr. 17/7469.

⁷ Plenarprotokoll 17/136, S. 16234.

II. Die Urteile des BFH

Beide Urteile betreffen die Abzugsfähigkeit der Kosten eines Erststudiums nach Schulabschluss, also genau die Frage, die mit Einführung des § 12 Nr. 5 EStG neu geregelt⁸ werden sollte. Bereits am 18. Juni 2009 hatte der BFH festgestellt, dass bei verfassungskonformer (restriktiver) Auslegung des § 12 Nr. 5 EStG das erste Studium etwa nach einer abgeschlossenen Berufsausbildung nicht vom Abzugsverbot erfasst werde. Grund war, dass sonst solche Steuerpflichtige, die nach abgeschlossener Berufsausbildung erstmalig ein Studium beginnen, gegenüber solchen gleichheitswidrig benachteiligt würden, die eine zweite nichtakademische Ausbildung, ein Zweitstudium oder ein Erststudium im Rahmen eines Dienstverhältnisses absolvieren.⁹

1. Sachverhalt und Urteilsgründe

Den Urteilen vom 28. Juli 2011 lagen Sachverhalte zugrunde, in denen die Steuerpflichtigen unmittelbar im Anschluss an das Abitur ein Studium bzw. eine erstmalige Berufsausbildung aufnahmen. Im ersten entschiedenen Fall entstanden dem Kläger, der eine Ausbildung zum Verkehrspiloten gemacht hatte, nach seinen eigenen Angaben im Streitjahr knapp 28 000 € Ausbildungskosten; im zweiten Fall musste die Klägerin für ihr Medizinstudium in Ungarn pro Jahr etwa 12 000 € aufwenden. In beiden Fällen machten die Kläger ihre Ausbildungskosten als vorab entstandene Werbungskosten geltend, in beiden Fällen entschieden die zuständigen Finanzgerichte, dass § 12 Nr. 5 EStG einem solchen Werbungskostenabzug entgegensteht.¹⁰

Anders entschied nun der BFH: Die vorab entstandenen Kosten seien sehr wohl abziehbar. Der erkennende Senat begründet dieses Ergebnis durch eine Auslegung der §§ 9, 10 und 12 EStG.¹¹ Dabei verweist der BFH zunächst auf seine gefestigte Rechtsprechung, wonach auch Ausbildungskosten vorab entstandene Werbungskosten sein können, soweit ein hinreichend konkreter, objektiv feststellbarer Veranlassungszusammenhang mit späteren Einnahmen besteht.¹² Der Werbungskostenabzug ist gegenüber dem Abzug von Sonderausgaben vorrangig, wie sich nicht zuletzt auch aus dem Wortlaut des Einleitungssatzes des § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG ergibt. Danach sind Aufwendungen des Steuerpflichtigen nur dann Sonderausgaben, „wenn sie weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind“. Dies hatte der BFH auch für das Verhältnis von § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu § 12 Nr. 5 EStG festgestellt.¹³ Der BFH argumentiert nun jedoch, auch § 12 Nr. 5 EStG selber stünde dem Abzug von Ausbildungskosten als Werbungskosten nicht entgegen. Nach dem Einleitungssatz zu § 12 Nr. 5 EStG dürfen die Kosten eines Erststudiums nämlich nur dann nicht als Werbungskosten berücksichtigt werden, wenn sich aus den dort genannten Normen nichts anderes ergibt. Nach Auffassung des BFH steht § 12 Nr. 5 EStG somit unter dem „Anwendungsvorbehalt“ dieses Einleitungssatzes. Es ergäbe sich zudem aus § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG insoweit etwas anderes, als der dortige Einleitungssatz eben den vorrangigen Werbungskostenabzug anordnet. Wenn also § 12 Nr. 5 EStG durch seinen Einleitungssatz bestimmt, dass der Sonderausgabenabzug vorrangig sein soll, dieser aber in § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG unter dem Vorbehalt steht, dass diese Aufwendungen nicht als Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben geltend gemacht werden können, bliebe es im Ergebnis beim Werbungskostenabzug,

der bei entsprechendem konkreten Berufsbezug auch für Ausbildungskosten geltend gemacht werden kann.¹⁴ § 12 Nr. 5 EStG behielte somit nach Ansicht der Münchener Bundesrichter allein klarstellende Bedeutung: Privat veranlasste Kosten der Ausbildung seien nicht abziehbar.¹⁵ Auf den davon abweichenden Willen des Gesetzgebers könne sich das Finanzamt und das beigetretene BMF nicht berufen, da dieser sich „nicht in einer Weise hinreichend konkret in dem an § 12 EStG angefügten Nr. 5 und dem im Übrigen unveränderten Normengefüge ab[bilde], dass darauf gestützt der Werbungskostenabzug für Aufwendungen der ersten Berufsausbildung auch dann ausgeschlossen ist, wenn die Aufwendungen einen hinreichend konkreten Veranlassungszusammenhang zur späteren Berufstätigkeit und den damit erzielten Einkünften aufweisen.“¹⁶ Die von den Klägern geltend gemachten Aufwendungen waren daher grundsätzlich abziehbar. In der Sache musste der BFH mangels Spruchreife jedoch an das jeweilige Finanzgericht zurückverweisen, damit zu den einzelnen Aufwendungen Feststellungen getroffen werden können und gegebenenfalls der konkrete Veranlassungszusammenhang ermittelt werden kann.¹⁷

2. Kritische Würdigung

Während das Ergebnis des Bundesfinanzhofs auf rechtspolitischer Ebene durchaus zu überzeugen vermag, ergeben sich Fragen zur methodischen Herleitung des Ergebnisses. In der Literatur war die Regelung des § 12 Nr. 5 EStG insbesondere wegen eines möglichen Verfassungsverstoßes mit Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG kritisiert worden.¹⁸ Soweit ersichtlich, wurde aber nie daran gezweifelt, dass es Wille des Gesetzgebers war, die BFH-Rechtsprechung vor 2004 „gerade zu rücken“. Aus Sicht des BFH kam es indes auf verfassungsrechtliche Fragen nicht mehr an, eine Richtervorlage im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG konnte somit unterbleiben. Im Folgenden soll das Auslegungsergebnis des BFH methodisch hinterfragt werden.

a) Grammatische Auslegung

Auf den ersten Blick erscheint die Argumentation des BFH zwar aufwendig und kompliziert, in der Sache aber überzeugend: Wenn der durch § 12 EStG in Bezug genommene § 10 EStG einen Abzug von Ausbildungskosten als Sonderausgaben nur dann zulässt, wenn sie nicht bereits Werbungskosten sind, Ausbildungskosten aber bei konkretem Veranlassungszusammenhang Werbungskosten darstellen, schließt weder § 12 Nr. 5 EStG noch § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG den Abzug von Ausbildungskosten als Werbungskosten aus.

⁸ Durch Art. 3 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung der Abgabenordnung und weiterer Gesetze v. 21. 7. 2004, BGBl. I 2004, 1753.

⁹ BFHE 225, 393, 397.

¹⁰ FG Saarland, EFG 2010, 1686 bzw. FG Hamburg, EFG 2010, 873.

¹¹ BFH, NJW 2011, 2909 f.

¹² BFHE 201, 156; 201, 211.

¹³ So bereits BFHE 225, 393, 395 und nun BFH, NJW 2011, 2909, 2910.

¹⁴ BFH, NJW 2011, 2909, 2910.

¹⁵ BFH, NJW 2011, 2909, 2910. So auch *Ismer*, FR 2011, 846, 850; *Schneider*, NWB 2011, 2840, 2841.

¹⁶ BFH, NJW 2011, 2909, 2911.

¹⁷ Siehe BFH, NJW 2011, 2909, 2912.

¹⁸ *Lang*, StuW 2007, 3, 12 f.; *Drenseck*, DStR 2004, 1766, 1772. A.A. der *Verfasser*, der insoweit von einer zulässigen Typisierung durch den Gesetzgeber ausgeht, siehe *Wilke*, BLJ 2009, 104, 106.

Es ergeben sich jedoch einige kleinere Ungenauigkeiten in der Argumentationsfolge des BFH: Zum einen enthält § 10 Abs. 1 EStG gar keine Abzugsvorschrift, sondern eine reine Begriffsdefinition und dies auch nur bezogen auf Sonderausgaben. Somit kann streng genommen in § 10 EStG nichts „anderes bestimmt“ sein.¹⁹ Gemeint ist nach einhelliger Ansicht allerdings, dass zusätzlich die Abzugsvorschriften in § 2 EStG miteinzubeziehen sind. Danach sind Erwerbsaufwendungen (Werbungskosten und Betriebsausgaben) bereits bei der Ermittlung der einzelnen Einkunftsarten zu berücksichtigen (§ 2 Abs. 2 S. 1 EStG),²⁰ die Sonderausgaben hingegen erst beim Gesamtbetrag der Einkünfte (§ 2 Abs. 4 EStG).²¹ Zum anderen erscheint es zu weitgehend, bei einem Verweis auf eine Begriffsdefinition der Sonderausgaben auch den Vorbehalt zu den Erwerbsaufwendungen in Bezug genommen zu sehen, trifft doch der Einleitungssatz zu § 10 Abs. 1 EStG gerade keine Aussage zu Erwerbsaufwendungen.²² Die gegenteilige Auffassung des Bundesfinanzhofs lässt sich jedoch mit dem Wortlaut vereinbaren; die Wortlautgrenze²³ überschreitet das Gericht nicht. Ob diese Auslegung die „richtige“ ist, hängt vielmehr davon ab, zu welchem Ergebnis der Rechtsanwender durch Anwendung der weiteren Auslegungscanones kommt.

b) Systematische und teleologische Auslegung

Die Regelung in § 12 EStG (insbesondere Nr. 1) ist zunächst eine Interpretationshilfe.²⁴ Die erforderliche Abgrenzung zwischen abziehbaren Aufwendungen und nichtabziehbaren Kosten der allgemeinen Lebensführung ergibt sich bereits im Umkehrschluss aus den §§ 4 Abs. 4, 9 Abs. 1 S. 1 und § 10 Abs. 1 EStG.²⁵ § 12 EStG kann zuvörderst nur insoweit als konstitutive Regelung angesehen werden, als eine zu weite Auslegung des Werbungskosten- oder Betriebsausgabenbegriffs verhindert werden soll.²⁶ Bei eindeutig festgestellten Erwerbsaufwendungen kann hingegen ein Abzugsverbot nach § 4 Abs. 5 (ggf. i.V.m. § 9 Abs. 5 S. 1) EStG Platz greifen. Wenn man § 12 EStG also auch im Hinblick auf dessen Nr. 5 nur klarstellende Wirkung zumisst, kann in der Regelung der Ausbildungskosten keine Sperrwirkung für den Werbungskostenabzug gesehen werden.

c) Wille des Gesetzgebers

Ob jedoch § 12 Nr. 5 EStG als konstitutiv betrachtet werden kann,²⁷ hängt maßgeblich davon ab, ob dies die Intention des Gesetzgebers war.²⁸ Der BFH misst dem Willen des Gesetzgebers keinen Wert zu, weil sich ein solcher Wille nicht hinreichend in § 12 Nr. 5 EStG und dem „im Übrigen unveränderten Normengefüge“ abbilde.²⁹ Inwiefern der (historische) Wille des Gesetzgebers überhaupt das Auslegungsergebnis beeinflusst, ist nicht unproblematisch.³⁰ Während nach einer *subjektiven Theorie* der historisch-psychologische Wille des Gesetzgebers maßgeblich sein soll, versuchen Vertreter einer *objektiven Theorie*,³¹ den dem Gesetz immanenten Sinn als Auslegungsziel zu erforschen. Richtig kann nur eine Mischung aus beidem sein. Danach ist ein rechtlich maßgeblicher, normativer Sinn des Gesetzes auch unter Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers zu ermitteln. So sieht es auch das Bundesverfassungsgericht: „Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung

und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.“³² Können im vorliegenden Fall also Zweifel ausgeräumt werden, indem die Gesetzgebungsgeschichte betrachtet wird? Dabei ist es keineswegs zutreffend, dass die Auffassung des Gesetzgebers ausschließlich an einer Stelle in einem Ausschussbericht³³ erkennbar geworden ist.³⁴ Erörterungen der bisherigen Rechtsprechung und Reaktionsmöglichkeiten wurden sowohl an zwei weiteren Stellen in dem Bericht³⁵ als auch in der Plenarsitzung vor Abstimmung über den Entwurf³⁶ dargestellt und diskutiert. In der Literatur wurde die Gesetzesänderung von 2004 dann auch gemeinhin als „partielles Nichtanwendungsgesetz“ begriffen.³⁷ Dieser Wille des Gesetzgebers hat sich auch insoweit „manifestiert“, als die Erhöhung des Abzugsbetrags in § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG erkennbar in der Absicht erfolgte, Steuerausfälle zu verhindern. Eine Erweiterung der Abzugsmöglichkeiten war

¹⁹ So auch *Ismier*, FR 2011, 846, 849.

²⁰ Sog. objektives Nettoprinzip: abziehbar sind danach solche Aufwendungen, die bei der Erzielung der Einkünfte entstanden sind. Es verwirklicht das Prinzip der Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit.

²¹ Sog. subjektives Nettoprinzip: ausnahmsweise Abzug der Kosten privater Lebensführung, insbesondere Verschonung des Existenzminimums.

²² *Ismier*, FR 2011, 846, 849.

²³ Hierzu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³, 1995, Kap. 4 2. a) am Ende.

²⁴ *Lang*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht²⁰, 2009, § 9 Rn. 241; *Schmieszek*, in: *Bordewin/Brand*, EStG, 335. ErgL., Stand: Oktober 2011, § 12 Rn. 23.

²⁵ Zusätzlich dazu aus der (hier nicht interessierenden) Vorschrift über die Abziehbarkeit außergewöhnlicher Belastungen (§ 33 EStG).

²⁶ *Fissnewert*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, 247. ErgL., Stand: September 2011, § 12 Rn. 3, im Einzelnen str., siehe etwa *Dirr*, in: *Frotscher*, EStG, 165. ErgL., Stand: September 2011, § 12 Rn. 14 ff., 20 ff.

²⁷ So *Fissnewert*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach* (Fn. 26), § 12 Rn. 163; *Drenseck*, in: *Schmidt*, EStG³⁰, 2011, § 12 Rn. 56; *Schmieszek*, in: *Bordewin/Brand* (Fn. 24), § 12 Rn. 23.

²⁸ In BFHE 225, 393, 396 geht der Bundesfinanzhof in einem *obiter dictum* noch davon aus, dass § 12 Nr. 5 EStG typisierend regelt, dass kein Veranlassungszusammenhang zwischen Kosten einer erstmaligen Ausbildung und einer nachfolgenden Erwerbstätigkeit besteht. Zu dieser Überlegung *Wilke*, BLJ 2009, 104, 106.

²⁹ BFH, NJW 2011, 2909, 2911.

³⁰ Zum Folgenden *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ (Fn. 23), Kap. 4. 1. b).

³¹ Zu den Theorien siehe *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 1991, S. 428 ff.

³² BVerfGE 1, 299, 312. Außerdem hat das BVerfG mehrfach ausgesprochen, „dass die Gesetzesmaterialien mit Vorsicht, nur unterstützend und insgesamt nur insofern herangezogen werden sollen, als sie auf einen ‚objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen‘. Der sogenannte Wille des Gesetzgebers bzw. der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten kann hiernach bei der Interpretation insoweit berücksichtigt werden, als er auch im Text Niederschlag gefunden hat. Die Materialien dürfen nicht dazu verleiten, die subjektiven Vorstellungen der gesetzgebenden Instanzen dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen.“ (BVerfGE 62, 1, 45 m.w.N.).

³³ BTDrs. 15/3339, S. 10.

³⁴ So BFH, NJW 2009, 2909, 2911. Dagegen bereits *Ismier*, FR 2011, 846, 850 f.

³⁵ BTDrs. 15/3339, S. 2 und 7 f.

³⁶ Plenarprotokoll 15/115, S. 10565 ff. und die dem Protokoll beigefügte Anlage 7.

³⁷ *Drenseck*, in: *Schmidt* (Fn. 27), § 12 Rn. 56; *Lang*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 24), § 9 Rn. 267; *Spindler*, DStR 2007, 1061, 1062.

damit jedenfalls nicht gewollt.³⁸ Die Konsequenz der Annahme des BFH, § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG verweise durch seinen Einleitungssatz wiederum auf den vorrangigen Veranlassungszusammenhang, bestünde sonst in einer „Bestrafung“ des Gesetzgebers für die Regelung in § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG.³⁹ Hätte er nämlich im Zuge der Neuregelung diese Vorschrift komplett gestrichen, hätte sich aus ihr auch nichts „anderes“ und somit auch kein genereller Vorrang des Veranlassungszusammenhangs ergeben können. Der BFH hätte sich dann damit auseinandersetzen müssen, ob § 12 Nr. 5 EStG zulässigerweise konstitutiv ein Abzugsverbot aufstellen durfte. Dieser Frage ist der BFH – aus seiner Sicht zu Recht – aus dem Weg gegangen.

Gerade im Hinblick auf den zweifelhaften Stellenwert von Gesetzgebungsmaterialien für die Auslegung können die Urteile des BFH nicht als „falsch“ bezeichnet werden. Wie gezeigt geht der Bundesfinanzhof jedoch der Frage nach der zulässigen Normierung eines Abzugsverbots nur mit hohem Aufwand und teilweise angreifbar aus dem Weg. Dabei steht mit der prompten Reaktion des Gesetzgebers außer Frage, dass in nicht allzu ferner Zukunft noch einmal über die Abziehbarkeit von Kosten des Studiums entschieden werden muss.

III. Reaktion des Gesetzgebers

Bereits wenige Monate nach der Entscheidung des BFH hat der Gesetzgeber mit dem BeitrRLUMsG reagiert.⁴⁰ Nach § 12 Nr. 5 EStG n.F. sind nunmehr „Aufwendungen des Steuerpflichtigen für seine erstmalige Berufsausbildung oder für ein Erststudium, das zugleich eine Erstausbildung vermittelt, wenn diese Berufsausbildung oder dieses Erststudium nicht im Rahmen eines Dienstverhältnisses stattfinden“⁴¹, nicht abziehbar; die Grenze in § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG wurde auf 6.000 € angehoben. Gleichzeitig werden Abzugsverbote für berufsbezogene Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten neu geregelt (§ 4 Abs. 9 EStG n.F., § 9 Abs. 6 EStG n.F.). Danach sind „Aufwendungen des Steuerpflichtigen für seine erstmalige Berufsausbildung oder für ein Erststudium, das zugleich eine Erstausbildung vermittelt,“ keine Betriebsausgaben oder Werbungskosten.⁴² Diese Regelungen sollen rückwirkend ab dem Veranlagungszeitraum 2004 gelten.⁴³ Der Wille des Gesetzgebers, Kosten der erstmaligen Berufsausbildung der privaten Lebensführung zuzuordnen, wird somit eindeutig klar.⁴⁴ Mit der Regelung in §§ 4 Abs. 9, 9 Abs. 6 EStG n.F. werden jetzt auch Ausbildungskosten erfasst, für die ein Veranlassungszusammenhang mit einer konkreten beruflichen Tätigkeit besteht, die also Betriebsausgaben oder Werbungskosten sind. Damit begegnet der Gesetzgeber der durch den BFH nahegelegten möglichen Aufteilung von Ausbildungskosten in einen beruflich veranlassten und einen privat veranlassten Teil⁴⁵ und vollzieht damit deutlich einen „grundlegenden Systemwechsel“^{46, 47}.

1. (Rückwirkende) Nichtanwendungsgesetzgebung

In der Sache ist die Gesetzesnovelle ein sog. „Nichtanwendungsgesetz“, das die BFH-Rechtsprechung aushebelt. Abzugsgrenzen ist dieses von einem „Nichtanwendungserlass“, durch den lediglich die Verwaltung angewiesen wird, eine Entscheidung nicht über den Einzelfall hinaus anzuwenden. Dessen Zulässigkeit ist im Spannungsfeld zwischen der aus dem Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG fließenden Loyalitätspflicht⁴⁸ und der exekutiven Eigenverantwortung auch zur Gesetzesauslegung aus Art. 20 Abs. 3 GG sehr streitig.⁴⁹ Hier wurde sich jedoch bewusst gegen einen solchen Erlass entschieden.⁵⁰

2. Verfassungsrechtliche Bedenken

Auch wenn der Gesetzgeber die Änderungen als „Klarstellung“ deklariert, mag dies nicht verschleiern, dass es in der Sache um ein Problem echter⁵¹ Rückwirkung (Rückbewirkung von Rechtsfolgen) geht, die nach der Rechtsprechung des BVerfG grundsätzlich wegen Art. 20 Abs. 3 GG und dem darin verankerten Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes nicht gestattet ist.⁵² Ausnahmen bestehen jedoch, wenn die bisherige Vorschrift verfassungswidrig ist, das geltende Recht unklar und verworren ist, der Steuerpflichtige mit der Gesetzesänderung rechnen musste oder die Rückwirkung nur Bagatellfolgen betrifft. Bei der hier interessierenden „klarstellenden“ Regelung kommt vor allem der Ausnahmegrund der verworrenen Rechtslage in Betracht. Anders als in anderen kritisierten Verfahren setzt der Gesetzgeber hier nicht die aus seiner Sicht „richtige“ Auffassung in eindeutig geklärten, vorher nicht erkannten Problemfällen durch.⁵³ Vielmehr verdeutlicht der Gesetzgeber seinen ursprünglichen Willen und kehrt zur vorigen Gesetzeslage zurück. Eine solche Rückkehr hat das BVerfG für unbedenklich gehalten.⁵⁴ Selbst wenn diese Gesetzeslage nicht unbestritten war, ergibt sich daraus nichts anderes: Der Bürger trägt nicht in unverhältnismäßiger Weise die „Nachteile unvollkommener Gesetzgebung“⁵⁵, denn seine Nachfrage nach Ausbildung ist wohl unabhängig von ihrer steuerlichen Absetzbarkeit. Zudem steht einem Vertrauensschutz hinsichtlich der neuen BFH-Rechtsprechung entgegen, dass das Urteil in der Form überraschend kam⁵⁶ und der Gesetzgeber prompt reagiert hat. Zu beachten ist allerdings, dass bereits das ursprüngliche Gesetz rückwirkend in Kraft trat und eine zu dem Zeitpunkt geänderte Rechtsprechung konterkariert werden sollte. Dort steht jedoch

³⁸ So auch *Ismier*, FR 2011, 846, 850.

³⁹ Insoweit ist das Normengefüge auch nicht gänzlich „im Übrigen unverändert“, wie der BFH meint.

⁴⁰ Siehe bereits oben *sub I*.

⁴¹ Hervorhebung durch den *Verfasser*.

⁴² Siehe die Beschlussempfehlung in BTDr. 17/7469, S. 32 ff. Bei den Werbungskosten gibt es die bereits bekannte Ausnahme für die Ausbildung im Rahmen eines Dienstverhältnisses, siehe § 9 Abs. 6 Hs. 2 EStG n.F.

⁴³ § 52 Abs. 12 S. 11, Abs. 23d S. 5, Abs. 30a EStG n.F., BTDr. 17/7469, S. 67 f.

⁴⁴ BTDr. 17/7524, S. 12 f.

⁴⁵ Zur generellen Aufgabe des Aufteilungs- und Abzugsverbots siehe den Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 227, 1.

⁴⁶ BFH, NJW 2011, 2909, 2911.

⁴⁷ So auch *Kanzler*, FR 2011, 862, 863; *Schneider*, NWB 2011, 2840, 2841. Das BVerfG nennt die Abzugsverbote in § 4 Abs. 5 EStG das „allgemeinere einkommensteuerrechtliche Regelungsmodell zur Begrenzung der Abzugsfähigkeit – auch – betrieblich veranlassten Aufwands“, BVerfGE 122, 210, 236 – Pendlerpauschale.

⁴⁸ Kein Eingriff in den „Kernbereich“ einer anderen Gewalt, siehe *Herzog*, in: Maunz/Dürig, 62. ErgL., Stand: Mai 2011, Art. 20 V Rn. 115.

⁴⁹ Näher *Spindler*, DStR 2007, 1061, 1062; *Weber-Grellet*, in: FS Lang, 2010, S. 927 ff.

⁵⁰ BTDr. 17/7524, S. 7.

⁵¹ Bei einer Rückwirkung ab dem VZ 2004 sind die betreffenden Steuerbescheide i.d.R. bestandskräftig. Eine echte Rückwirkung liegt nach Ansicht des BVerfG bei periodischen Steuern erst dann – aber auch bereits dann – vor, wenn der Veranlagungszeitraum abgeschlossen und damit die Steuer entstanden ist (§ 38 AO i.V.m. § 36 Abs. 1 EStG, bei der Einkommensteuer mit Ablauf des Kalenderjahres, § 25 Abs. 1 EStG), BVerfGE 13, 261, 270; BVerfGE 127, 1, 18.

⁵² BVerfGE 72, 200, 257 ff.; BVerfGE 97, 67, 78 f. m.w.N.

⁵³ Dazu *Schön*, in: FS Lang, 2010, S. 221, 227 f.

⁵⁴ BVerfGE 81, 228.

⁵⁵ *Schön* (Fn. 53), S. 221, 228.

⁵⁶ So *Ismier*, FR 2011, 846, 851.

nur eine *unechte* Rückwirkung in Frage,⁵⁷ die grundsätzlich zulässig ist. Auch dabei kann überdies argumentiert werden, dass nur zu einer vorherigen gefestigten Rechtsprechung zurückgekehrt werden sollte und unter Abwägung aller verfassungsrechtlich erheblichen Belange der Steuerpflichtige nicht unverhältnismäßig in seinem Vertrauen auf die neue Rechtslage und seine getroffenen Dispositionen beeinträchtigt wird.⁵⁸

Es bleibt daher für die Neuregelung nur die Frage, ob sie in der Sache verfassungskonform ist. Problematisch ist dabei die singuläre Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips durch den Ausschluss der Abziehbarkeit von solchen Ausbildungskosten, die Erwerbsaufwendungen darstellen können. Zwar hat es das BVerfG bislang offengelassen, ob dem objektiven Nettoprinzip Verfassungsrang zukommt,⁵⁹ es kann jedoch wegen Art. 3 Abs. 1 GG nur durchbrochen werden, wenn ein besonderer, sachlich gerechtfertigter Grund vorliegt. Der Gesetzgeber darf dabei pauschalierende, typisierende Maßstäbe anwenden.⁶⁰ Die Klärung der Frage, ob bei der Erstausbildung typischerweise der Bezug zu einer Erwerbstätigkeit fehlt, wird letztendlich im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG in Karlsruhe entschieden werden.⁶¹

IV. Ausblick

Abschließend bleibt festzustellen, dass das Ende der Diskussion um die steuerliche Geltendmachung von Ausbildungskosten noch nicht erreicht sein dürfte. Mit der neuen Gesetzeslage sollte sich die Problematik tatsächlich auf einen verfassungsrechtlichen Kern verdichtet haben, sodass zu klären sein wird, inwiefern der Gesetzgeber mit der Regelung eines neuen Abzugsver-

bots einen verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Systemwechsel vollzogen hat. Bis zu einer Entscheidung gilt es, Steuerbescheide möglichst lange durch Einspruch „offen“ zu halten. Aufgrund der eindeutigen Gesetzeslage wird Steuerpflichtigen die Anerkennung ihrer Ausbildungskosten als (vorab entstandene) Werbungskosten jedoch versagt bleiben. Es bleibt daher nur ein erneutes Angehen gegen die Regelung – nach erfolglosem Vorverfahren mit der Anfechtungsklage (§§ 40 Abs. 1 Alt. 1, 44 FGO) und einem Hinwirken auf verfassungsrechtliche Klärung. Ein Anspruch auf Ruhen des Verfahrens im Rahmen eines Einspruchs besteht jedoch erst, wenn sich der BFH mit der Sache erneut beschäftigt (vgl. § 363 Abs. 2 S. 2 AO). ■

⁵⁷ Durch die Rückwirkung des Gesetzes vom 21. 7. 2004 auf den 1. 1. 2004. Siehe allerdings zur neueren BVerfG-Rechtsprechung BVerfGE 127, 1; 127, 31; 127, 61. Dazu *Momen*, BB 2011, 2781.

⁵⁸ Kritisch allerdings *Drenseck*, in: Schmidt (Fn. 27), § 12 Rn. 57, der darauf verweist, dass eine gravierende tatsächliche Veränderung der Lebensumstände zur Rechtsprechungsänderung geführt habe; *ders.*, StW 1999, 3 ff.; *Offerhaus*, DB 2001, 556, 558.

⁵⁹ BVerfGE 81, 228, 237; 107, 27, 48; 122, 210, 234 – Pendlerpauschale; 126, 268, 279 f. – häusliches Arbeitszimmer.

⁶⁰ BVerfGE jeweils a.a.O.

⁶¹ Dass diese Typisierung greift, scheint denkbar, siehe *Wilke*, BLJ 2009, 104, 106. Kritisch dagegen jetzt auch *Bergkemper*, DB 2011, 1947, 1948, der zudem unter Bezugnahme auf die Vorinstanzen der aktuellen BFH-Fälle darauf hinweist, dass diese verfassungsrechtlichen Bedenken in der Rspr. häufig nicht geteilt werden – dazu auch FG Münster, EFG 2010, 1496 und FG Saarland v. 20. 4. 2010, 2 K 1020/09 (Revision in beiden Fällen eingelegt, BFH VI R 52/10 und VI R 29/11).

International

Joseph Anthony Valenti, B.A., J.D.*

Invading A Sovereign Body

Forcibly Medicating Prisoners Under American Law

Preliminary Remarks:

(by Dr. Lutz Eidam, LL.M., Hamburg)

Valenti's article deals with important legal questions that are relevant on both sides of the Atlantic – in Continental Europe as well as in the United States. And maybe it makes sense to not only refer to “important”, but to “serious” or even “fundamental” legal issues when it comes down to the question: Under what circumstances and restrictions should a government be entitled to forcibly invade the body of an imprisoned citizen?

Of course, the German legal system is and has been confronted with questions like these over the years. A very prominent example is the hunger strike of the former members of the RAF terrorist organisation in the jailhouse of Stuttgart Stammheim in the 1970s where the German authorities struggled hard with the question of a forcibly initiated feeding of the inmates. Another well-known example lies in the field of criminal procedure. Here, it took Germany several years – and two human lives – to learn that it violates very basic human rights if the government forcibly administers emetics in order to collect swallowed evidence from drug suspects. It seems obvious that all of these examples are well located at the intersection of very fundamental questions about Basic Human Rights, Ethics and the means of the Criminal Law System in general.

But let us get a little more specific. *Valenti's* subsequent article deals with the more precise question if – and under what legal standards and restrictions – the government of the United States may forcibly administer medical treatment towards a prisoner. Certainly, forcible treatment will only be necessary if the person to receive such treatment expressly does not consent to such a measure. The author shows that this question has a clear constitutional impact – it would be the same in Germany – and explains in great detail the (federal) constitutional standards in the United States that end up in some kind of legal balancing process of all interests involved to determine the outcome of an actual case. Furthermore, *Valenti* even explains the constitutional case law with – as he calls it – four “key cases” so that every reader gets a good sense of the legal tradition in this field. All of these cases deal with psychiatric medication of mentally ill inmates which, at the same time, is *Valenti's* main focus in his article. In the end, the author draws the conclusion that the United States

* The Author is currently practicing with K&L Gates LLP, an elite international law firm based in Pittsburgh, Pennsylvania, United States of America. Former part-year Law Clerk to the Honorable Thomas M. Hardiman of the United States Court of Appeals for the Third Circuit. Juris Doctorate, *Summa Cum Laude*, Duquesne University School of Law (2009).

government has a clear right to forcibly administer medical treatment to a prisoner who is deemed dangerous. Also, the U.S. government may treat a non-dangerous prisoner who is currently incompetent to stand trial in order to make him competent to stand trial. *Valenti's* article ends with this conclusion since the article is meant to follow a descriptive approach.

Of course, one might argue that serious legal debates and analysis should continue or maybe even start at this point, because it seems obvious that a forcible antipsychotic medical treatment can have serious effects on doctrinal rules that favor a defendant, such as the insanity defense. One might ask: Should it be possible to treat somebody so that he or she is not able to invoke the insanity defense or the claim of mental retardation anymore? Both legal concepts may even trigger the question of capital punishment since insane and mentally retarded defendants – under the 8th Amendment of the U.S. Constitution – may not be executed (anymore). So here comes a tough question that has already been determined by several U.S. Courts since the 1990s: May the U.S. government (forcibly) treat mentally ill inmates on death row in order to make them competent to be executed?

We have seen in a nutshell that the general topic of the subsequent article may directly trigger fundamental questions in and above the legal system. So hopefully *Valenti* agrees with such a viewpoint, continues his work in this field and writes a follow-up article to satisfy the expressed desire to dig deeper. But for now: Happy reading with part one!

INVADING A SOVEREIGN BODY

(by *Joseph Anthony Valenti, B.A., J.D.*)

A. Purpose and Scope

This article¹ illustrates the general power possessed by the penal system in the United States of America to forcibly administer medical treatment to a prisoner against that prisoner's *express* wishes. As a government-sponsored intrusion on a person's liberty interest, forcible medical treatments must pass federal constitutional muster, particularly under the Due Process Clause of the Fifth Amendment (for federally operated prisons) or the Fourteenth Amendment (for state-run prisons). Any additional state constitutional protections must also be respected by state-run prisons. Once the applicable constitutional baselines are satisfied, a government may afford additional statutory, regulatory, or common-law protections in various scenarios where forcible treatment is constitutionally permitted. This article focuses on the federal constitutional baseline that all American prisons must satisfy.

Anglo-American common law has long recognized that every individual has a right to possession and control of his or her own body.² This common law right typically allows a person to refuse medical treatment on the ground that a forced treatment would be a dispossession of bodily sovereignty.³ The United States Supreme Court has repeatedly recognized that this historic right is a "liberty interest" that is protected to some degree by the Constitution.⁴ While the constitutional dimension of this liberty interest is unclear in cases involving an unconscious person, a conscious person generally has a clear constitutional right to refuse medical treatment.⁵ In light of this general rule, the subsequent text addresses only situa-

tions where a prisoner has unequivocally attempted to exercise that right of refusal via a clear communication to his or her custodian, treating physician, or other responsible official.⁶

B. Balancing Government Interests Against Individual Liberty Interests

The Due Process Clause of the Fifth Amendment to the United States Constitution states "no person shall . . . be deprived of life, liberty, or property, without due process of law[.]"⁷ American case law broadly defines "liberty" and indicates that the concept includes freedom of personal choice in marriage and family life,⁸ the right to travel,⁹ and freedom from bodily restraint, including incarceration¹⁰ and physical violence.¹¹ The right to refuse medical treatment is also included among these constitutionally protected liberty interests.¹²

While all American citizens are entitled to some level of protection from governmental abrogation of their liberty interests, they are not altogether shielded from that government action. The Constitution allows the government to act against a citizen when its interests outweigh the liberty interests of the affected citizen.¹³ Courts must determine whether government interests outweigh individual liberty interests on a case-by-case basis because the weight assigned to a particular government interest or liberty interest may vary based on individual circumstances.

As a result of these variances, the United States Supreme Court has adopted three possible standards of judicial review when evaluating the propriety of government actions that infringe upon individual liberties. No blanket rule exists to indicate exactly what standard of judicial review is appropriate for cases involving forcible medical treatment. Courts choose the appropriate standard by weighting and balancing the competing interests, often giving the most weight to the interest that has the highest chance of being severely endangered. The three possible standards of review are rational-basis review, intermediate scrutiny, and strict scrutiny.

I. Rational-basis Review

Rational-basis review is the least stringent level of judicial review of a constitutional issue. Under rational-

¹ The author wishes to thank Abe Delnore and Denise Yasinow for their assistance in researching and editing portions of this article.

² *Union Pac. R.R. Co. v. Botsford*, 141 U.S. 250, 251 (1891).

³ *Cruzan v. Dir., Mo. Dep't of Health*, 497 U.S. 261, 270 (1990).

⁴ *Id.* at 278 (collecting cases).

⁵ *Id.*

⁶ This article specifically avoids commenting on procedures for dealing with (1) unconscious prisoners, (2) situations where a healthcare provider is unaware of a prisoner's wishes regarding treatment, and (3) issues of whether a prisoner's consent to treatment was fully informed and voluntary.

⁷ U.S. CONST. amend. V. The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, which binds the states, reads, "No State shall . . . deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law[.]" U.S. CONST. amend. XIV, § 1.

⁸ *Cleveland Bd. of Educ. v. LaFleur*, 414 U.S. 632, 639-640 (1974).

⁹ *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489, 503 (1999).

¹⁰ *Foucha v. Louisiana*, 504 U.S. 71, 80 (1992).

¹¹ *Hysler v. Florida*, 315 U.S. 411, 413 (1942).

¹² *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210, 221-222 (1990); *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 24 -30 (1905).

¹³ *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307, 321 (1982).

basis review, a government action must be “rationally related” to a “legitimate government interest” to withstand judicial review. Rational-basis review is the most lenient standard of review for government actions because the “legitimate interest” does not have to be the government’s actual interest, just one that a court could entertain hypothetically. Additionally, the burden of showing that a governmental interest is “illegitimate” or that a government action is “not rationally related” to a legitimate government interest falls on the individual challenging the government’s action.¹⁴

Rational-basis review is historically employed in many contexts, including situations involving involuntary commitment or housing of minors and the mentally handicapped.¹⁵ Additionally, the rational-basis standard of judicial review is applied in cases of forcible medical treatment in American prisons.¹⁶ In that context, “the infringing [prison] regulation or policy [must be] reasonably related to legitimate penological interests.”¹⁷

II. Intermediate Scrutiny

Intermediate scrutiny is a heightened form of judicial review, resting between rational-basis review and strict scrutiny. When a court assesses the propriety of government action under intermediate scrutiny, the challenged government action is constitutional if it is “substantially related” to an “important government interest.”¹⁸ An “important government interest” is not a mere hypothetical reason to justify the exercise of government power but rather an actual policy or specific goal that the government properly seeks to support, such as the promotion or preservation of the general quality of life in an urban area.¹⁹ While the government action should be “narrowly tailored” to advance that important government interest, the action does not have to be the least restrictive means of advancing that interest. Intermediate scrutiny is often used in gender-discrimination cases²⁰ and free-speech cases involving restrictions on the *manner* of speaking rather than the *content* of speech.²¹

Intermediate scrutiny has been used in some forcible medical treatment cases. For instance, the Supreme Court used a form of intermediate scrutiny to evaluate the constitutionality of forcibly medicating a criminal defendant to restore the defendant’s mental competency to stand trial for serious criminal charges when that defendant was not a danger²² to himself or others.²³ In that case, the question was whether “the treatment is medically appropriate, is substantially unlikely to have side effects that may undermine the fairness of the trial, and, taking account of less intrusive alternatives, is necessary significantly to further important governmental trial-related interests.”²⁴

III. Strict Scrutiny

Strict scrutiny is the most stringent form of judicial review, and it is most commonly used to assess government action that (1) targets “suspect classes,” such as racial minorities,²⁵ or (2) directly impinges on fundamental constitutional rights, such as the right to (a) free speech,²⁶ (b) vote,²⁷ (c) privacy,²⁸ or (d) “liberty.”²⁹ When a government action is analyzed under strict scrutiny, the *government* bears the burden of showing that the action (1) directly furthers a “compelling governmental interest” and (2) is “narrowly tailored” to further

that interest using the “least restrictive means” to do so.³⁰ In one of the earliest American cases to address forcible medical examinations and treatment – a case that pre-dated even the formalization of the “strict scrutiny” standard – the Supreme Court applied a form of strict scrutiny when finding that the state governments essentially had a compelling interest in protecting the public health at large from highly contagious diseases via a comprehensive legal scheme permitting the interception and taxation of incoming ships and the forced medical examination of all passengers, who could permissibly be forcibly quarantined or otherwise decontaminated despite their liberty interests.³¹

C. The Federal Constitutional Baseline

By 1905, the Supreme Court held that statutes permitting forcible medical treatment in the form of compulsory vaccinations infringe upon a person’s liberty interest.³² For these – and other – statutory schemes or government actions to withstand judicial review, the government must (1) indicate a source of authority for its infringing action and (2) ensure that such authority is powerful enough to defeat the fundamental rights in question.³³

As a government of limited enumerated powers, the federal government must rely on a constitutional authorization as its source of authority for any action that it takes, though these authorizations can be very broad, often allowing the federal government to take any action that is needed to protect, among other things, foreign relations, interstate commerce, or the health and safety of its employees.³⁴ State governments have additional sources of authority that can be generally used without a specific tie to federal or state constitutional provisions.³⁵

¹⁴ *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152-54 (1938).

¹⁵ *Youngberg*, 457 U.S. at 321; *see Parham v. J. R.*, 442 U.S. 584 (1979).

¹⁶ *Harper*, 494 U.S. at 223.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Metro Broad., Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547, 566 (1990), *overruled on other grounds by Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

¹⁹ *City of Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41, 50 (1986).

²⁰ *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*, 511 U.S. 127, 152 (1994).

²¹ *City of Ladue v. Gilleo*, 512 U.S. 43, 55-58 (1994).

²² When a defendant incompetent to stand trial for serious criminal charges does pose a danger to himself or others, a less exacting test is required because the government interest is weightier. This argument was recently used by federal prosecutors in the case of Jared Lee Loughner, who was allegedly forcibly medicated with antipsychotic drugs in order to both prevent him from harming people and to render him competent to stand trial on charges stemming from an Arizona shooting that killed six and injured nineteen, one of whom was United States Representative Gabrielle Giffords.

²³ *Sell v. United States*, 539 U.S. 166 (2003).

²⁴ *Id.* at 179.

²⁵ *Adarand Constructors*, 515 U.S. at 235. In *Adarand*, the Supreme Court held that even “benign” classifications intended to benefit racial minorities must meet the strict scrutiny standard of review. *Id.*

²⁶ *Kramer v. Union Free Sch. Dist.*, 395 U.S. 621, 627 (1969).

²⁷ *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618, 634 (1969).

²⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 155 (1973).

²⁹ *See discussion supra*, at nn. 6-11, and accompanying text.

³⁰ *Ashcroft v. Am. Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656, 666 (2004).

³¹ *Morgan’s S.S. Co. v. La. Bd. of Health*, 118 U.S. 455, 466 (1886).

³² *Jacobson*, 197 U.S. at 22.

³³ *Id.* at 13.

³⁴ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 187-88 (1824).

³⁵ *Id.* at 203-06.

I. State Authority Deriving from the Police Power and *Parens Patriae*

Despite an individual's rights to due process and liberty, a government may still force medical treatment upon that person using its police power.³⁶ States retained the police power over their respective geographic territories when they ratified the United States Constitution or entered America's union of states.³⁷ In the same way that a state may prevent and investigate crime and imprison criminals to protect the general populace, a state may prevent and investigate outbreaks of disease and restrain the liberty of diseased people to protect the general populace. The Supreme Court held that "the police power of a state must be held to embrace, at least, such reasonable regulations established directly by legislative enactment as will protect the public health and the public safety[.]" including laws authorizing forcible medical treatment to prevent or contain widespread plagues and protect the public or specific people from harm.³⁸

In addition to the police power, a state may rely on its *parens patriae* power to protect citizens who cannot care for themselves.³⁹ The doctrine of *parens patriae* is "[a] doctrine by which a government has standing to prosecute a lawsuit on behalf of a citizen, esp[ecially] on behalf of someone who is under a legal disability."⁴⁰ In short, the government may sue to protect someone who is physically or mentally incapacitated, even if the government's lawsuit is against that incapacitated person in the form of a commitment proceeding.

II. Showing Dangerousness and Treatability to Overcome Substantive Due Process Rights

A "finding of 'mental illness' alone cannot justify a State's locking a person up against his will and keeping him indefinitely."⁴¹ The state's police power does not authorize forcible commitment when a person has not been shown to be dangerous towards anyone, as the government interest in protecting the public is not sufficiently weighty to justify interference with a non-dangerous person's liberty.⁴² The state's *parens patriae* power is also insufficient to authorize forcible treatment when a person can survive alone or with the willing assistance of family or friends.⁴³

Dangerousness is broadly defined, and a person need not commit a *violent* act to be involuntarily committed.⁴⁴ A "not guilty by reason of insanity" verdict for even a non-violent criminal offense can prove dangerousness and allow automatic commitment.⁴⁵ A defendant's usual protections are diminished because "the *acquittee himself* advances insanity as a defense," thus proving his own unacceptable – and therefore "dangerous" – behavior and greatly reducing the risk of an erroneous finding of illness or dangerousness.⁴⁶ The state may also detain an insanity acquittee until his dangerousness no longer exists *even if* the period of detention extends beyond the maximum prison term that the acquittee could have received under a "guilty" verdict.⁴⁷

In addition to the requirement of dangerousness, a prisoner or involuntarily committed person may only be forcibly treated when that person is shown to be afflicted with a *treatable* illness.⁴⁸ When a medical treatment has no hope of curing or controlling an illness, the state has no legitimate authority to force such treatment.⁴⁹ The same logic holds true for an illness that has been cured; when the medical treatment is useless, it must not be forced upon a person.⁵⁰

III. Providing Notice, a Hearing, and Clear and Convincing Evidence to Respect Procedural Due Process Rights

In any analysis attempting to delineate what procedural process is actually due⁵¹ before forcing a medical treatment, an American court weighs three things: (1) the individual's affected interests, (2) the value of added procedural safeguards in reducing the risk of erroneous deprivation, and (3) the burden that would fall on the government to provide those added safeguards.⁵² Given the substantial liberty and substantive due process interests of a person subjected to forcible medical treatment, that person must always receive notice of an impending forcible treatment and an opportunity to speak with a neutral factfinder.⁵³ However, "due process is not violated by use of informal traditional medical investigative techniques" and a physician as the neutral factfinder.⁵⁴ Although states may require added procedural protections, the United States Constitution does not require a *legal* fact-finding process, as a *medical* fact-finding process would have an equal – if not lower – error rate.⁵⁵

Yet, a patient subjected to involuntary treatment is still entitled to periodic situational reviews by a neutral factfinder.⁵⁶ Where such periodic or impartial review is not provided, the Supreme Court has noted that habeas corpus⁵⁷ is the proper remedy.⁵⁸ Procedural due process requirements are not

³⁶ *Jacobson*, 197 U.S. at 24-25.

³⁷ *Id.* The police power is "[t]he inherent and plenary power of a sovereign to make all laws necessary and proper to preserve the public security, order, health, morality, and justice." BLACK'S LAW DICTIONARY 1278 (9th ed. 2009).

³⁸ *Jacobson*, 197 U.S. at 25.

³⁹ See *Vidal v. Girard's Ex'rs*, 43 U.S. 127, 144 (1844). "Jurisdiction over the three subjects of lunatics, infants, and charities has always gone together, and been claimed because the king is said to be *parens patriae*." *Vidal*, 43 U.S. at 144 (citing 1 BLACKSTONE'S COMMENTARIES 303, 3 BLACKSTONE'S COMMENTARIES 47).

⁴⁰ BLACK'S LAW DICTIONARY 1221 (9th ed. 2009).

⁴¹ *O'Connor v. Donaldson*, 422 U.S. 563, 575 (1975).

⁴² *Id.* at 575.

⁴³ *Id.* at 575-76. The ability to *survive* is all that a prospective patient needs to demonstrate to avoid commitment. *Id.* at 575. The state's *parens patriae* power is not strong enough to trump a person's liberty interest when state care can raise the prospective patient's standard of living but is not required to ensure the prospective patient's survival. *Id.*

⁴⁴ *Jones v. United States*, 463 U.S. 354, 365 (1983).

⁴⁵ *Id.* at 366.

⁴⁶ *Id.* at 367.

⁴⁷ *Id.* at 368.

⁴⁸ *Foucha*, 504 U.S. at 82-83.

⁴⁹ *Id.* at 79.

⁵⁰ *Id.* at 77.

⁵¹ *Editor's Note: Under American law, individual procedural rights may vary, depending on the facts of each case, including the significance of the subject matter at issue in that case. Thus, the American concept of "procedural due process" is conceptually different from German procedural law, which generally provides a fixed set of procedural rights that always apply, regardless of the significance or insignificance of the subject matter at issue.*

⁵² *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 335 (1976).

⁵³ See *Parham*, 442 U.S. at 606-07.

⁵⁴ *Id.* at 607-08.

⁵⁵ *Id.* at 612-13.

⁵⁶ *Id.* at 613.

⁵⁷ Habeas corpus is a "writ employed to bring a person before a court, most frequently to ensure that the person's imprisonment or detention is not illegal." BLACK'S LAW DICTIONARY 778 (9th ed. 2009).

⁵⁸ *Parham*, 442 U.S. at 616 n. 22.

changed by the relationship of the person seeking the forced treatment to the prospective patient: both family members and state officials were held to be sufficient initiators of involuntary commitment proceedings whose overzealousness could be tempered by the same procedures involving the same neutral factfinders.⁵⁹

The Supreme Court has held that the factfinder in a commitment proceeding – whether it is a judge, a jury, or a medical professional – must find that the patient in question has a dangerous yet treatable mental illness by at least *clear and convincing* evidence.⁶⁰ The Fourteenth Amendment requires a balancing between “an individual’s interest in not being involuntarily confined indefinitely and the state’s interest in committing the emotionally disturbed under a particular standard of proof” that will minimize erroneous judgments.⁶¹ The Supreme Court conclusively performed this balancing test, ruling that an intermediate standard between “a preponderance” and “beyond a reasonable doubt” must be used when depriving a person of liberty under the state’s police and *parens patriae* powers, and this holding likely extends to other instances of forcible medical treatment.⁶²

D. Cases Where Forcible Treatment of Prisoners Was Permitted

This section discusses the four key cases in the past forty years where the Supreme Court issued an opinion having precedential value on the issue of whether the government could perform involuntary medical treatment on a prisoner.

I. *Vitek v. Jones*

In *Vitek v. Jones*,⁶³ Larry Jones was a convicted robber who was involuntarily transferred from state prison to a state mental hospital for treatment after setting himself on fire during his incarceration.⁶⁴ Additionally, as a condition of Jones’s release on parole, the state required him to submit to involuntary treatment for mental health issues.⁶⁵ When Jones violated his parole, he was re-incarcerated in the state prison rather than the state mental hospital, but only because a lower court had enjoined his transfer to the mental hospital on constitutional grounds.⁶⁶

The Supreme Court found that Jones had a liberty interest created by a state statute that required a finding of “mental illness for which [Jones] could not secure adequate treatment” in state prison before Jones could be involuntarily transferred to a state mental hospital.⁶⁷ The Court reasoned that, once a state granted a prisoner a liberty interest, procedural due process protections are necessary to ensure that the state does not arbitrarily abrogate the prisoner’s state-created right.⁶⁸ Though the state created the right, the state did not have the power to create a procedure for abrogating that right where the procedure created by the state fell below the minimum requirements for federal constitutional procedural due process.⁶⁹

Even independently of any state-created right, the Supreme Court held that “the transfer of a prisoner from a prison to a mental hospital must be accompanied by appropriate procedural protections.”⁷⁰ Even after a criminal conviction, a prisoner still has a qualified right to refuse medical treatment, including behavior modification programs or stigmatizing confinement associated with the treatment of mental illness, despite the prisoner’s loss of his general right to be free from confine-

ment.⁷¹ A criminal conviction does not automatically entitle a state to deem a prisoner mentally ill or confine him in a mental hospital rather than a prison, and a deprivation of the prisoner’s right to refuse such treatment must only occur after constitutionally due procedural protections were granted.⁷²

After weighing the state’s strong interest in separating and treating sick prisoners from the general prison population against the powerful interest of a prisoner to avoid arbitrary medical treatments, the Court found that the risk of error in assessing a prisoner’s illness “is substantial enough to warrant appropriate procedural safeguards against error.”⁷³ The Court held that a prisoner is entitled to (1) written notice that treatment is being considered; (2) sufficient time to prepare for a hearing on the matter; (3) a hearing where (a) the evidence supporting the rationale for the treatment is provided to the prisoner and (b) the prisoner has an opportunity to argue, present documentary evidence, and present and cross-examine witnesses regarding the rationale for the treatment; (4) an independent decision-maker; (5) a written opinion from the decision-maker explaining the evidence and reasoning in support of the decision, (6) intelligible and timely notice of the aforementioned rights; and (7) qualified and independent assistance in exercising these rights.⁷⁴ The Court also held that, for good cause, such as in cases where a prisoner acts disruptively at a hearing, the prisoner’s right to call or cross-examine witnesses may be curtailed.⁷⁵

II. *Washington v. Harper*

Like Larry Jones, Walter Harper was a convicted robber housed in state prison and later paroled on the condition that he continue to receive treatment for mental health issues.⁷⁶ Harper attacked two nurses while on parole, resulting in his re-incarceration.⁷⁷ Though Harper initially consented to taking antipsychotic drugs,⁷⁸ he ultimately withdrew his consent, leading the treating physician to seek permission to forcibly medicate Harper in accordance with procedures that were established to conform to *Vitek v. Jones*.⁷⁹

⁵⁹ *Id.* at 618.

⁶⁰ *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418, 443 (1979).

⁶¹ *Id.* at 425.

⁶² *Id.* at 426-29.

⁶³ 445 U.S. 480 (1980).

⁶⁴ *Vitek*, 445 U.S. at 484.

⁶⁵ *Id.* at 485-86.

⁶⁶ *Id.* at 486.

⁶⁷ *Id.* at 488.

⁶⁸ *Id.* at 489.

⁶⁹ *Id.* at 491.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.* at 492-93.

⁷² *Id.* at 493.

⁷³ *Id.* at 495.

⁷⁴ *Id.* at 495-97. *See id.* at 497 (Powell, J., concurring in part, agreeing that “qualified and independent assistance must be provided to an inmate” facing involuntary treatment but rejecting the plurality’s contention that this assistance must come from a licensed attorney).

⁷⁵ *Id.* at 496 (majority opinion).

⁷⁶ *Harper*, 494 U.S. at 213-14.

⁷⁷ *Id.* at 214.

⁷⁸ “Antipsychotic drugs” are sometimes called “psychotropic drugs” or “neuroleptics” and include Haldol, Loxitane, Mellaril, Prolixin, Taractan, and Trialafon. *Id.* at 214 & n. 1. These drugs are used to treat schizophrenia and other mental illnesses. *Id.* at 214.

⁷⁹ *Id.* at 214-15.

Unlike Jones, Harper brought both procedural *and substantive* due process challenges to the forcible treatment scheme.⁸⁰ The procedural issue was “whether the State’s non-judicial mechanisms used to determine the facts in a particular case” regarding forced treatment afforded a prisoner at least the minimum required amount of constitutional protection against an erroneous deprivation of liberty.⁸¹ Largely relying on *Vitek*, the Court affirmed the procedural protections that were in place and held that neither a judicial factfinder nor a “clear and convincing” standard of proof placed upon the government were required by the Constitution.⁸²

The substantive due process issue was expressly limited to “what factual circumstances must exist before the State may administer antipsychotic drugs to the prisoner against his will[.]”⁸³ The State of Washington itself created substantive rights for its prisoners by requiring findings of (1) mental illness and (2) grave disability or dangerousness before forced treatment.⁸⁴ The Court found that the United States Constitution bestowed no greater rights upon the prisoners, as the Court rejected Harper’s argument that he could only be forcibly treated after an initial finding of legal incompetence and a further finding that, if competent, Harper would choose to undergo treatment.⁸⁵ As Washington required a medical finding by at least two psychiatrists that antipsychotic drugs were necessary because Harper was mentally ill and likely to be injured or dangerous if not treated, the Court found that drugs would only be administered if it was in Harper’s medical interests, in accordance with “the legitimate needs of his institutional confinement” and not merely for convenience or punishment.⁸⁶

The Court collected its previous cases holding that prison regulations must always be reviewed under the rational-basis test – even if a prisoner’s fundamental right is allegedly infringed – because “prison authorities are best equipped to make difficult decisions regarding prison administration” that affect the safety and security of all prisoners.⁸⁷ Recognizing the state’s legitimate interests in providing effective and safe medical and rehabilitative treatment to individual prisoners and in protecting the people physically within a prison, the Court found that a statutory scheme authorizing forcible medication in compliance with *Vitek* was rationally related to advancing those government interests by controlling dangerous behaviors of prisoners with scientifically acceptable methods.⁸⁸

III. Riggins v. Nevada

The State of Nevada forcibly administered an antipsychotic drug, Mellaril, to David Riggins while he was on trial for robbery and murder.⁸⁹ Riggins had initially consented to receiving treatment and was found competent to stand trial during that time.⁹⁰ However, before trial, Riggins asked for the Mellaril treatments to be discontinued because (1) the treatment infringed on his freedom and (2) the treatment’s effect hindered his ability to assist in his own defense.⁹¹ After hearing expert testimony, the trial court denied Riggins’s request, and medication was thereafter forcibly administered in accordance with proper medical standards.⁹² Though Riggins pleaded insanity and testified at trial, he was convicted and sentenced to death.⁹³

Seeking to overturn his conviction and sentence on appeal, Riggins established that he had an interest in avoiding forcible

injections of Mellaril—and its often severe side effects—by citing *Harper*.⁹⁴ The Court recognized that *Harper* prohibits the forcible medication of a prisoner “absent a finding of overriding justification and a determination of medical appropriateness” and reasoned that a person detained for trial must be given at least the same protection.⁹⁵

Without determining what standard of judicial review applied to Riggins’s challenge, the Court found that the trial court’s one-page order that did not make “any determination of the need for [the treatment] or any findings about reasonable alternatives” “may well have impaired the constitutionally protected trial rights Riggins invokes.”⁹⁶ Given the stated potential of Mellaril to cause uptightness, confusion, or drowsiness, the Court noted that Riggins could have been prejudiced by a medically induced internal inability to follow the trial or communicate with his counsel.⁹⁷ While recognizing that such trial prejudice may be justified by a compelling interest, such as the need to control an extremely disruptive defendant, the Court reversed the conviction and remanded the case for a new trial, given the lack of a finding on the record “that administration of antipsychotic medication was necessary to accomplish an essential state policy[.]”⁹⁸

IV. Sell v. United States

Charles Sell, a former dentist, was accused of defrauding insurers by submitting false insurance claims and attempting to murder witnesses to those crimes.⁹⁹ Sell also had a lengthy history of mental illness that included bizarre rants, paranoid behavior, and hallucinations.¹⁰⁰ Sell was deemed incompetent to stand trial and ordered into a prison hospital to allow further diagnosis of whether he would regain his competence.¹⁰¹ During this hospitalization, the staff sought to forcibly medicate Sell because of his dangerousness and to render him competent to stand trial.¹⁰²

Lower courts found that Sell was not a danger to himself or others while housed in the prison hospital because he had merely been making inappropriate, nonthreatening comments

⁸⁰ *Id.* at 220.

⁸¹ *Id.* at 220.

⁸² *Id.* at 234-35.

⁸³ *Id.* at 214 n. 1 & 220.

⁸⁴ *Id.* at 221.

⁸⁵ *Id.* at 222.

⁸⁶ *Id.* at 222-23 & n. 8.

⁸⁷ *Id.* at 223-24.

⁸⁸ *Id.* at 225-26.

⁸⁹ *Riggins v. Nevada*, 504 U.S. 127, 129 (1992).

⁹⁰ *Id.* at 129-30.

⁹¹ *Id.* at 130. Riggins also argued that he intended to advance an insanity defense and that he therefore “had a right to show jurors his ‘true mental state.’” *Id.* Riggins dropped this argument on appeal, so the United States Supreme Court did not address it. *Id.* at 133.

⁹² *Id.* at 130-31, 133.

⁹³ *Id.* at 131.

⁹⁴ *Id.* at 133-34.

⁹⁵ *Id.* at 135.

⁹⁶ *Id.* at 136-37.

⁹⁷ *Id.* at 137.

⁹⁸ *Id.* at 138.

⁹⁹ *Sell*, 539 U.S. at 169-70.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.* at 171.

¹⁰² *Id.*

and was otherwise prevented from harming anyone by the general confinement.¹⁰³ Nonetheless, after applying strict-scrutiny review, those lower courts authorized the forcible medication of Sell on the ground that the government had a compelling interest in bringing a defendant to trial, and forcibly medicating Sell was the least intrusive way to render him competent to stand trial.¹⁰⁴

The Supreme Court discussed *Harper* and *Riggins*, noting that both cases held that an individual has a significant constitutional-ly protected liberty interest in avoiding the forced administration of antipsychotic medication.¹⁰⁵ The Court noted the suggestion in *Riggins* that the government's interest in adjudicating Riggins' guilt or innocence may have trumped his liberty interest if proper findings had been made to the effect that forcibly medicating Riggins was the least intrusive way to render him competent for trial.¹⁰⁶ Synthesizing *Harper* and *Riggins*, the Court concluded "that the Constitution permits the Government involuntarily to administer antipsychotic drugs to a mentally ill defendant facing serious criminal charges in order to render that defendant competent to stand trial, but only if the treatment is medically appropriate, is substantially unlikely to have side effects that may undermine the fairness of the trial, and, taking account of less intrusive alternatives, is necessary significantly to further important governmental trial-related interests."¹⁰⁷

While finding that Sell could theoretically be forcibly medicated solely in order to stand trial – rather than because of any dangerousness, the Court vacated the lower appellate opinion and remanded for additional consideration of the case.¹⁰⁸ Specifically, the Court held that four points needed to be considered to justify forcible treatment for purposes of rendering a defendant competent to stand trial.

First, while the Court recognized that trying a defendant on serious charges of crimes against people or property is an important government interest that could justify forcible treatment, the Court also held that this interest could be lessened under special circumstances where a defendant would nonetheless not be free to commit additional crimes because of a lengthy civil commitment or where the government's interest in providing the defendant with a fair trial would be undermined by forcibly medicating the defendant.¹⁰⁹

Second, the Court held that any forcible treatment must "significantly further" both the government's interest in trying a defendant and the government's interest in providing the defendant with a fair trial.¹¹⁰ The medication must both be substantially likely to render the defendant competent to stand trial and "substantially unlikely to have side effects that will interfere significantly with the defendant's ability to assist counsel in conducting a trial defense[.]"¹¹¹

Third, medication must be necessary to further the government's interests, and courts must find that any less intrusive alternative is "unlikely to achieve substantially the same results."¹¹² Courts must also consider how to effectively minimize the force used to administer the medication, such as by determining whether a court order directed to the defendant – and backed by the court's contempt power – to take his medicine would suffice.¹¹³

Fourth, courts must always find that the treatment is medically appropriate by being in the prisoner's best medical interests after considering his condition.¹¹⁴

The Court further explained that this intermediate-scrutiny review of government action is only appropriate when addressing forcible treatment undertaken to render a defendant competent to stand trial.¹¹⁵ Where a prisoner is dangerous to

himself or others, *Harper* controls, and that analysis should be considered first – before seeking to justify forcible treatment solely on trial competency grounds.¹¹⁶

In Sell's specific case, the Court found that the initial reasoning for forcibly medicating Sell was justified both by his dangerousness and the need to render him competent to stand trial.¹¹⁷ However, the Supreme Court also found that the lower courts mutated the thrust of administrative-level testimony and decisions to focus solely on Sell's competency to stand trial.¹¹⁸ Recognizing the potential effect of the passage of time on Sell's medical circumstances and noting that renewed efforts by lower courts and testifying experts to focus on the questions specifically outlined by the Court may lead to altogether different findings, the Court remanded the case for new findings of fact and the ironic application of a lower – albeit more detailed – standard of review.¹¹⁹

E. Conclusion

The procedural due process rights of an American prisoner to protest forcible medical treatment generally require a government to follow routine American administrative procedures where notice and a semi-formal hearing with a legitimate opportunity to be heard must be provided to an individual challenging government action. Substantively, an American prisoner deemed presently dangerous¹²⁰ to himself or others by credible and qualified medical staff is likely to be forcibly treated in a medically appropriate fashion without violating any constitutional mandates, regardless of whether he is awaiting trial or has already been convicted. Where a presently non-dangerous prisoner is (1) awaiting trial on serious charges, (2) presently incompetent to stand trial, (3) likely to be rendered competent to stand trial with a medically necessary treatment, (4) unlikely to suffer debilitating side effects from that treatment, and (5) unlikely to assist in treating or managing his own illness, forcible treatment does not violate the prisoner's constitutional rights. ■

¹⁰³ *Id.* at 173-75.

¹⁰⁴ *Id.* at 174-75.

¹⁰⁵ *Id.* at 178.

¹⁰⁶ *Id.* at 179.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.* at 186.

¹⁰⁹ *Id.* at 180.

¹¹⁰ *Id.* at 181.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.* at 181.

¹¹⁵ *Id.* at 181-82.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Id.* at 184-85.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.* at 186.

¹²⁰ One interesting question that the Supreme Court has yet to answer is whether a prisoner's passive dangerousness, such as when a prisoner is infected with a highly contagious disease, could be grounds for a forcible medical treatment. The apparent rule for individuals in the general public is that, aside from an initial forcible examination to verify the presence of the contagious disease, quarantine – rather than forced treatment – must be used if the individual refuses treatment. See LAWRENCE O. GOSTIN ET AL., THE LAW AND THE PUBLIC'S HEALTH: A STUDY OF INFECTIOUS DISEASE LAW IN THE UNITED STATES, 99 COL. L. REV. 59, 115 & n. 232. (1999). Given (1) the strain that such individual quarantines could place on the prison system, (2) the potential ineffectiveness of quarantines within crowded prison facilities, and (3) the rational-basis review that prison regulations receive, a separate rule may be enumerated in the future for treating prisoners with contagious diseases.

Rezensionen

Kent Greenfield: The Myth of Choice – Personal Responsibility in a World of Limits

Gewisse Ideen haben sich aus der US-amerikanischen *law school* in die deutsche Universität verpflanzen lassen, ohne dass sie eingegangen sind, andere haben die Reise über den Atlantik nur schwer angeschlagen überlebt oder gar nicht. Die *law-and-economics*-Bewegung hat in Deutschland Wurzeln schlagen können, obwohl die Funktion dieses Ansatzes im amerikanischen Diskurs – als Substitut für inexistente Rechtsdogmatik – in der deutschen Rechtswissenschaft keine Rolle spielt. Die *critical legal studies*, die farbenfrohen Abkömmlinge des amerikanischen Rechtsrealismus, sind in Deutschland dagegen nie richtig heimisch geworden. Dabei ist ihr thematischer Fokus, die Kritik der juristischen Form als Herrschaftskritik, keine amerikanische Spezialität. Eine institutionelle Verfestigung blieb hierzulande jedoch aus. Gesichter, Zeitschriften, Sammelbände, die für diesen Ansatz stehen – Fehlanzeige.

Einen Einblick in intellektuelle Grundlagen und Arbeitsweise der CLS erhält der Leser des Nachzüglerwerks „The Myth of Choice“ des Rechtswissenschaftlers *Kent Greenfield*. Gut ge-launt und ausgerüstet mit zahllosen Beispielen rückt der Autor der Vorstellung des autonomen Individuums zuleibe. Zwar stellt *Greenfield* die im Titel angekündigte „choice“ in den Mittelpunkt seiner Untersuchung. Stimmiger – und anschlussfähiger für die hiesige juristische Diskussion – wird das Buch durch eine leichte Akzentverschiebung bei der Lektüre: Nicht ein heterogenes Bündel an „Entscheidungen“ bildet seinen Gegenstand, sondern der Gedanke der Autonomie. In dem Kompositum Privatautonomie ist er der größte Totempfehl der Vertragsrechtler, in seinen Facetten Vorsatz und der Schuld begegnen wir ihm im Straf- und Deliktsrecht. Damit sind die Rechtsgebiete genannt, zu denen *Greenfield* sein Arsenal an Beispielen und Fallstudien in Beziehung setzt.

Der deutsche Leser kann zunächst staunend zur Kenntnis nehmen, welcher Gloriolenschein die „choice“ in der politischen und der Alltagskultur der USA umgibt – der Glanz der deutschen „Selbstbestimmung“ wirkt deutlich schwächer dagegen. In dem sich anschließenden ersten Hauptteil des Buches („Limits and Influences“) attackiert der Autor unsere Autonomievorstellung unter vier Bannern: Gehirn, Kultur, Fügsamkeit und Markt. Jede dieser Quellen von Autonomie-defiziten erhält ihr eigenes Kapitel. Es ist offensichtlich, dass diese Aufzählung unterschiedliche Kategorien vermengt. Negativ auffallen wird das aber nur demjenigen, der von *Greenfield's* Buch eine Abhandlung über die Ursachen von Autonomiedefiziten in systematischer Absicht erwartet. Aber hierauf ist das Buch nicht angelegt. Für die Erschöpfung des Themas um den Preis der Erschöpfung des Lesers ist *Greenfield* nicht zu haben. Der Autor ist nicht bloß Juraprofessor am Boston College, sondern daneben Kolumnist und Aktivist; man wird ihm nicht Unrecht tun mit der Vermutung, dass er keiner Podiumsdiskussion ausweichen würde. *Greenfield* stellt sich entschieden in die Mitte seines Laienpublikums. Der sprichwörtliche Elfenbeinturm zeichnet sich hier nur noch winzig am Horizont ab. Die vier von *Greenfield* aufgeführten Kategorien dienen also eher als nützliche

Schubladen, in die die von ihm herangezogenen Beispiele einsortiert werden können, als *topoi*. Unter den Beispielen finden sich einige alte, an anderen Stellen breiter diskutierte Bekannte (das *Milgram'sche* Elektroschock-Experiment etwa, die Wirkung sexueller Reize in der Werbung, die Freiheit auf den Märkten für Nieren und Babys oder die Freiheit zu und vor religiös motivierter Kleidung). Viele der vom Autor gefundenen Fallstudien aber sind verblüffend, prägnant, mitunter sogar unterhaltsam. Die Lektüre ist leichtgängig. Dieser Umstand täuscht ein wenig darüber hinweg, wie zahlreich jene Nachbarwissenschaften zur Rechtswissenschaft sind, in die *Greenfield* seiner Leserschaft Einblicke gewährt.

Gleichwohl erscheint das Buch durch die juristische Brille gelesen als eine Art bloße Vorstudie. Plausible Konsequenzen des präsentierten Befundes für den Bereich des Normativen zeigt das Werk nur oberflächlich auf. Die von *Greenfield* angeführten Beispiele lassen das Bild des frei entscheidenden Individuums zweifellos rissig werden. Aber was soll daraus folgen? Der zweite Hauptteil des Buches (vielleicht versprechend „What to Do“ betitelt) erschöpft sich im Wesentlichen in der Ermahnung, Komplexität anzuerkennen, nicht voreilig von Schuld und Verantwortlichkeit zu sprechen und eine freie Entscheidung nicht unbedacht zu unterstellen. So richtig diese Warnungen sind: Sinnvoll ist sie nur, wenn man vor einem Verständnishintergrund argumentiert, wonach die gute, sachangemessene und richtige autonome Entscheidung irgendwie als solche zu erkennen ist. *Greenfield* tut dies, aber die Kriterien, welche die autonome Handlung auszeichnen sollen, bleiben unerörtert. Ist eine Entscheidung notwendiger- oder normalerweise von biologischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten beeinflusst – und dies ist die These, für die *Greenfield* Beispiel um Beispiel anführt – dann erscheint es kaum sinnvoll, zur Bestimmung der autonomen Entscheidung von diesen Umständen völlig abzusehen. Das Buch stellt aber weder alternative, interdisziplinär informierte Autonomie- und Zurechnungskriterien vor noch tritt der Autor dafür ein, die zugrunde liegenden Rechtsfiguren gegen nachbarwissenschaftlichen Irritation abzuschirmen mit dem Hinweis auf die unüberbrückbare Kluft zwischen Sein und Sollen.

Trotz dieser Einwände bleibt *Greenfield's* Buch lesenswert. Es liefert dem Juristen argumentativen Werkstoff für jene Bereiche, die aus dem Blickfeld zu geraten drohen zwischen der Großthematik von Willensfreiheit *tout court* einerseits und etwa der Kommentierung der §§ 119, 123 BGB andererseits. ■

(Johannes Gerberding)

Kent Greenfield: The Myth of Choice. Personal Responsibility in a World of Limits. Erschienen in New Haven, Connecticut, USA, bei Yale University Press. Gebunden, 244 Seiten, ca. 22,00 EUR.