



ZIVILRECHT

Zurechnung fremder
Tatbestandsverwirklichung
im Zivilrecht

Thomas Kischko, LL.M., S. 133

ÖFFENTLICHES RECHT

Parlamentarische
Repräsentation
versus Volkswille

Arne-Jakob Bek, S. 154

Die Zulässigkeit von
Steuervergünstigungen als
Investitionsanreize aus
US-amerikanischer und
europäischer Perspektive

Nils Seidel, S. 174

STRAFRECHT

Der Notstand in Kants
Rechtsphilosophie

Lea Stanescu, S. 194

Zitierweise:
Autor:in, LLJ
Autor:in, Leipzig Law Journal

ISSN 2750-7831

Jahrgang 2022, Ausgabe 2

www.jura.uni-leipzig.de/llj/

© Leipzig Law Journal e.V.

Leipzig Law Journal
c/o Dr. Alexander Brade
Burgstraße 21, 04109 Leipzig

Zeichnung: Mascha Schultz

18.07.2022

Leipzig Law Journal

Ausgabe 2022/2

Unterstützt durch:

**UNIVERSITÄTS
STIFTUNG** | LEIPZIG

Noerr

Redaktion

Arthur BARTELD

Celine BROVOT
(Stellvertretende
Chefredakteurin)

Lea DIRKSEN

Max EINSIEDEL

Leonard HAGE

Jakob HOFFMANN
(Chefredakteur)

Lukas HOLLERUNG
(Ressortleitung)

Anton HUSSING
(Ressortleitung)

Marie KOLB
(Social Media)

Amanjoht KAUR PADDA
(Social Media)

Ronja MEUSEL

Noah SEYLLER
(Ressortleitung)

Florian STAHR

Akademischer Beirat

Dr. Alexander BRADE
LL.M (Harvard)
(Öffentliches Recht)

Dr. Tony GROBE
(Zivilrecht)

Dr. Niels KALTENHÄUSER
(Strafrecht)

Dr. Laura NEUMANN
(Strafrecht)

Dr. Alexander SCHWARZ
(Öffentliches Recht)

Zurechnung fremder Tatbestandsverwirklichung im Zivilrecht

Thomas Kischko, LL.M.*

Abstract: Die arbeitsteilige Wirtschaftsweise der heutigen Zeit wirft vielerlei Zurechnungsfragen auf. Rechtlich werden diese unter anderem mit der Zurechnung fremder Tatbestandsverwirklichung durch Zurechnungsnormen adressiert. Der vorliegende Beitrag möchte sich diesem Phänomen im Rahmen eines ganzheitlichen dogmatischen Ansatzes annähern.

A. Einleitung

Moderne Gesellschaften zeichnen sich durch ein hohes Maß an Arbeits- und Funktionsteilung aus. Der Prozess wirtschaftlicher Wertschöpfung wird bestimmt durch Organisationen unterschiedlichster Art und Größe. Dem steht eine am Individuum ausgerichtete Rechtsordnung gegenüber. So kommt es zum Auseinanderfallen von rechtlicher Bezugseinheit (das einzelne Rechtssubjekt) und sozialer Handlungseinheit (die eine Vielzahl von Rechtssubjekten umfassende Organisation).¹ Das Recht sucht dieses Spannungsverhältnis durch die Zuordnung von Rechtswirkungen, welche der organisatorischen Einbindung des Einzelnen Rechnung trägt, aufzulösen. Regelungstechnisch wird dieser Gedanke durch die Zurechnung fremder Tatbestandsverwirklichung in Zurechnungsnormen umgesetzt. Zentrale Zurechnungsnormen des Zivilrechts sind mit Blick auf rechtsgeschäftliches Handeln die §§ 123 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 1, 164 Abs. 1 S. 1, 166 Abs. 1, 185 Abs. 1 BGB, auf schadenstiftendes Handeln die §§ 31 und 278 S. 1 BGB, bezüglich der Sachgewalt

* Der Autor ist Doktorand bei Prof. em. Dr. *Michael Becker* an der TU Dresden sowie Juristischer Mitarbeiter bei der *White & Case LLP* in Dresden. Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um die gekürzte und um aktuelle Fundstellen angereicherte Fassung einer Abschlussarbeit des Verfassers aus dem Jahre 2019.

¹ Vgl. *Denga*, ZIP 2020, 945 f.

über Produktionsmittel § 855 BGB und für die Verarbeitung beweglicher Sachen § 950 Abs. 1 S. 1 BGB.²

In der Literatur wird zwar sowohl die mit einer arbeitsteiligen Verkehrswirtschaft einhergehende Zurechnungsproblematik adressiert³ als auch der Begriff der Zurechnung bearbeitet⁴. An einer ganzheitlichen dogmatischen Darstellung der Drittzurechnung fehlt es dagegen bisher.⁵ Und so steht nach wie vor der Befund im Raum, dass sich eine allgemeine zivilrechtliche Zurechnungslehre noch nicht herausgebildet habe.⁶

Eine rechtswissenschaftliche Befassung mit der Zurechnung fremder Tatbestandsverwirklichung erscheint dabei aufgrund wirtschaftlicher und technologischer Entwicklungen geboten, die immer komplexere Beziehungen und damit verbundene Zurechnungsfragen hervorbringen. Beispielsweise führen eine allgemeine Tendenz zur Vernetzung⁷ und die sog. Digitalisierung⁸ zu einer zunehmenden Einbindung von Unternehmen in Netzwerkstrukturen. Der Einsatz künstlicher Intelligenzen im

² Während die §§ 31, 164 Abs. 1 S. 1, 166 Abs. 1, 185 Abs. 1, 278 S. 1, 855 BGB bereits ausdrücklich als Zurechnungsnormen ausgestaltet sind, können nach hier vertretenem Verständnis ebenfalls solche Bestimmungen als Zurechnungsnormen gelten, die implizit zu einer Zuordnung fremder Tatbestandsverwirklichung führen, wie etwa § 123 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 1 BGB bei der Täuschung durch Nicht-Dritte (dazu *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 70 ff.) oder § 950 Abs. 1 S. 1 BGB mit Blick auf die Fremdwirkung der Verarbeitung beweglicher Sachen (siehe *C. Heinze*, in: Staudinger, 2020, § 950 Rn. 31 ff.; *Zeuner*, JZ 1955, 195).

³ Vgl. *Denga*, ZIP 2020, 945; *Hacker*, RW 2018, 243 (244); *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 881; *H. Westermann*, JuS 1961, 79 (80); *ders.* JuS 1961, 333; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 49 Rn. 1, 23.

⁴ *Bork*, ZGR 1994, 237, *ders.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 2011, Rn. 1321 ff.; *Denga*, ZIP 2020, 945 (947 f.); *Jacoby*, Das private Amt, 2007, 201 ff.; *Liebscher*, ZIP 2019, 1837 (1838 ff.) sowie ferner *Buck*, Wissen und juristische Person, 2001, S. 104 ff.; *Hacker*, RW 2018, 243 (245 f.); *Joos*, Organschaft und Vertretung, 2013, S. 70 ff.; *Linke*, Digitale Wissensorganisation, 2021, S. 49 f.; *Lüdeking*, Die zugerechnete Willenserklärung, 2017, S. 61 ff.; *Schüler*, Die Wissenszurechnung im Konzern, 2000, S. 27 ff.

⁵ Siehe allerdings *H. Westermann*, JuS 1961, 333; 1961, 382 zur querschnittlichen Problematik der „Haftung für fremdes Handeln“; *Denga*, ZIP 2020, 945 zur Zurechnung im Unternehmensrecht einer komplexen und vernetzten Wirtschaft sowie die Habilitationsschrift *Denga*, Zurechnung (im Erscheinen).

⁶ *Buck*, Wissen, S. 106; *Heyers*, JURA 2014, 718; vgl. zudem *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 467 f.; *Hacker*, RW 2018, 243 (247).

⁷ Zur Zunahme der netzwerkförmigen Kooperation zwischen Unternehmen vgl. *Sydow/Möllerling*, Produktion in Netzwerken, 3. Aufl. 2015, S. 34 f., 284; *Teubner*, ZHR 165 (2001), 550 (556 f.).

⁸ Zum Aspekt der Vernetzung im Rahmen der sog. Digitalisierung siehe *Hirsch-Kreinsen/Hompel*, in: Handbuch der Industrie 4.0, Bd. 3, 2. Aufl. 2017, S. 357, 359; *Pieper*, InTeR 2016, 188; *Spiecker geb. Döhmman*, CR 2016, 698 (699); *Spindler*, ZGR 2018, 17 (52 f.).

Rechts- und Geschäftsverkehr hat zudem eine Debatte über die Zurechnung des Maschinenhandelns⁹ sowie die Rechtsfähigkeit autonomer Systeme¹⁰ beflügelt. Führt man sich vor Augen, dass mit der Zuerkennung der Rechtsfähigkeit an autonome Softwareagenten ein neues Zurechnungssubjekt ins Leben gerufen würde, so liegt es auf der Hand, dass damit wiederum Zurechnungsprobleme einhergehen.¹¹

Als bescheidener Beitrag zu einer zivilrechtlichen Zurechnungslehre wird sich die vorliegende Untersuchung nach einem Grundlagenteil (B.) den Prinzipien der Drittzurechnung (C.) widmen. Abschließend werden die Ergebnisse in Thesenform zusammengefasst (D.).

B. Grundlagen

Im Sinne einer grundlegenden Annäherung wird zunächst auf Begriff und Struktur der Zurechnung (I.), ihre allgemeine Bedeutung (II.), ihre Funktionen (III.) sowie auf die Grundbegriffe des Zurechnungsverhältnisses (IV.) und des Zurechnungsgrundes (V.) eingegangen.

I. Begriff und Struktur der Zurechnung

Der Begriff der Zurechnung ist weder legaldefiniert noch ist er ein *terminus technicus* der Rechtswissenschaft. Es handelt sich vielmehr um einen Universalbegriff, der im Sinne einer wertenden Zuschreibung in vielfältiger Weise verwendet wird. Ganz allgemein kann man unter der Zurechnung die Verknüpfung eines Seinstatbestandes mit einem Subjekt aufgrund einer Norm¹² oder sinnentsprechend die „Zuordnung tatbestandsrelevanter Verhältnisse zu einem Rechtssubjekt im Rahmen einer Gesamtschau“¹³ verstehen.

Präzisieren lässt sich der Begriff der Zurechnung darüber hinaus insofern, als dass es sich dabei um die *normative* Verknüpfung eines Subjektes mit dem rechtserheblichen Verhalten eines anderen Subjektes handelt, deren Wirkung *unmittelbar* und *unbedingt* eintritt.

⁹ Siehe z.B. *Hacker*, RW 2018, 243 zur Verhaltens- und Wissenszurechnung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz sowie *Klingbeil*, JZ 2019, 718 zur (analogen) Anwendung des § 278 BGB auf maschinelle Erfüllungsgehilfen.

¹⁰ Aus einer Fülle von Beiträgen siehe bspw. *Kersten*, ZfRS, 2017, 8; *Kniepert*, JURA 2021, 358; *Linke*, MMR 2021, 200; *Schirmer*, JZ 2019, 711; *ders.*, JZ 2016, 660; *Teubner*, AcP 218 (2018), 155.

¹¹ Vgl. *Hacker*, RW 2018, 243 (244 f.).

¹² *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1923, S. 72.

¹³ *Bork*, AT, Rn. 1324; *Jacoby*, Amt, S. 202.

Das Merkmal der *Normativität* unterscheidet die ausschließlich auf Zurechnungsnormen als abstrakten Regelungen beruhende¹⁴ Zurechnung fremder Tatbestandsverwirklichung von der unmittelbar auf ein Subjekt bezogenen Eigenzurechnung.¹⁵ Die Eigenzurechnung zielt darauf ab, einem Rechtssubjekt einen in der Außenwelt beobachtbaren Sachverhalt als eigene Tatbestandsverwirklichung zuzuordnen.¹⁶ Dabei kann es sich um die Eigenzurechnung eines kausal herbeigeführten tatbestandlichen Erfolges¹⁷, von Willenserklärungen¹⁸ sowie von tatsächlicher Gewalt (§ 854 BGB)¹⁹ handeln. Insbesondere bei der „kausalen“ Eigenzurechnung steht die Frage im Vordergrund, ob jemand als Urheber eines Geschehens anzusehen und ihm dieses als „eigene Tat“ zuzuschreiben ist²⁰ oder ob es sich für ihn um ein Produkt des Zufalls handelt.²¹

Das Moment der *Unmittelbarkeit* umschreibt den Umstand, dass die fremde Tatbestandsverwirklichung *ipso iure* Wirkungen in der Rechtssphäre des Zurechnungsadressaten auslöst, ohne dass es eines gesonderten Übertragungsaktes bedarf.²² So wirkt etwa die Willenserklärung des Vertreters gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB „unmittelbar für und gegen den Vertretenen“. In ihrer direkten Wirkung unterscheidet sie sich von der gesetzlich nicht geregelten „mittelbaren“ Stellvertretung²³, bei welcher der für fremde Rechnung handelnde Vertreter im eigenen Namen auftritt und zunächst ausschließlich selbst von den Rechtsfolgen seines Handelns getroffen wird. Der Gedanke der Unmittelbarkeit trägt indessen nicht nur im Hinblick auf rechtsge-

¹⁴ Vgl. *Bork*, ZGR 1994, 237 (239); *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1970, S. 100.

¹⁵ Vgl. *Buck*, Wissen, S. 104; *Jacoby*, Amt, S. 202 f.

¹⁶ *Jacoby*, Amt, S. 202; vgl. ferner *Siedler*, Zurechnung von Realakten im Bürgerlichen Recht, 1999, S. 4 f.; *H. J. Wolff*, Organschaft und juristische Person, Bd. 1, Juristische Person und Staatsperson, 1968, S. 148.

¹⁷ Darauf letztlich abstellend *Jacoby*, Amt, S. 202. Im Lichte der Erfolgsszurechnung ist auch der (rechts)philosophische Zurechnungsbegriff zu sehen, dem es allgemein um die Verbindung von Handelndem, Handlung und deren Folgen zu tun ist, siehe *Aichele*, in: Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 2017, S. 401 ff.

¹⁸ Siehe dazu *Lüdeking*, Willenserklärung, S. 61 ff.

¹⁹ Vgl. *Schäfer*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, § 854 Rn. 21 ff.

²⁰ Vgl. *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1797, S. 31: „Zurechnung (*imputatio*) in moralischer Bedeutung ist das Urteil, wodurch jemand als Urheber (*causa libera*) einer Handlung, die alsdann Tat (*factum*) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird.“

²¹ *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre, S. 61.

²² *Jacoby*, Amt, S. 205 f.; *Medicus/Petersen*, AT, Rn. 882; siehe ferner *Doris*, Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-, Verpflichtungs- und Erwerbsgeschäften, 1974, S. 26.

²³ Siehe etwa *Bork*, AT, Rn. 1306 ff.; *Medicus/Petersen*, AT, Rn. 883; *Neuner*, AT, § 49 Rn. 57 ff.; *G. Hager*, AcP 180 (1980), 239; *Schwark*, JuS 1980, 777.

schäftliches Handeln im fremden Interesse. Ebenso führt die Verarbeitung beweglicher Sachen gem. § 950 BGB zu einem unmittelbaren Eigentumserwerb desjenigen, der als „Geschäftsherr des Verarbeitungs- oder Umbildungsvorganges“ andere für sich herstellen lässt.²⁴

Die Drittzurechnung kennzeichnet weiterhin, dass sie neben der Tatbestandsverwirklichung durch einen Dritten keiner weiteren Voraussetzungen bedarf und insofern *unbedingt* eintritt. Insbesondere im haftungsrechtlichen Kontext wird dies deutlich: So hat der Geschäftsherr das Verhalten seiner Hilfspersonen im Falle der §§ 278 BGB, 428, 462 HGB im selben Umfang zu vertreten, wie eigenes. Die Zurechnung greift demnach unabhängig davon Platz, ob den Geschäftsherrn bezüglich der konkreten Schädigung ein eigenes Verschulden trifft. Hier liegt der Unterschied zur Haftung für Verrichtungsgehilfen gem. § 831 BGB, welche eine Haftung des Geschäftsherrn für vermutetes eigenes Auswahl- und Überwachungsverschulden adressiert.²⁵

II. Bedeutung der Zurechnung

Bevor im Folgenden die Funktionen der Drittzurechnung veranschaulicht werden, ist zunächst auf das der Zurechnung vorausliegende Ausgangsproblem – die formale Ausrichtung des Rechts am einzelnen Rechtssubjekt – einzugehen.

Die Rechtssätze des positiven Rechts richten sich an Rechtssubjekte.²⁶ Genauer genommen: an *das einzelne* Rechtssubjekt. Dieses muss den Tatbestand einer Norm selbst vollständig erfüllen, damit deren Rechtsfolgen eintreten.²⁷ Das Rechtssubjekt ist folglich mehr als nur Träger von Rechten und Pflichten. Es ist struktureller – d.h. abstrakt von konkreten Personen gedachter – Normadressat. Das Rechtssubjekt ist mithin *die* Bezugseinheit, auf welche bei der Beurteilung des Vorliegens von Rechtstatsachen letztendlich abgestellt wird.²⁸ Das Bestehen eines solchermaßen formalen Normadressaten ist unmittelbar auf die abstrakt-generelle Form von Rechtsnormen in der positivierten Rechtsordnung zurückzuführen: Wenn deren Tatbestände verschiedenste Sachverhalte typisierend und unabhängig von tatsächlichen Gegebenheiten zusammenfassen,²⁹ dann muss auch das Subjekt, welches diese Tatbestände

²⁴ BGHZ 14, 115 (117); BGH NJW 1991, 1480 (1481), OLG Celle NZI 2009, 726.

²⁵ Förster, in: BeckOK-BGB, § 831 Rn. 2 (Stand: 01.02.2022); H. Westermann, JuS 1961, 333 (335).

²⁶ Bork, AT, Rn. 151.

²⁷ Bork, AT, Rn. 1323.

²⁸ Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, S. 53 („Zurechnungspunkt für die als Pflichten und Rechte normierten Tatbestände“); Schirmer, JZ 2019, 711 (715).

²⁹ Lepsius, JZ 2019, 793 (794).

verwirklichen soll, zunächst abstrakt gedacht werden. Da das Recht aber gerade das Miteinander real existierender Personen regeln soll, muss sodann bestimmt werden, wer konkret die Stellung des Rechtssubjektes ausfüllen kann.

Rechtssubjektivität³⁰ wird in unserer heutigen, der Würde des Menschen und der Selbstbestimmung des Einzelnen verpflichteten Rechtsordnung (siehe Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG), zunächst einmal allen Menschen zugesprochen (vgl. § 1 BGB). Darüber hinaus kann die Rechtsordnung Zusammenschlüsse mehrerer Personen als solche mit Rechtsfähigkeit ausstatten (vgl. §§ 21 f. BGB, 13 Abs. 1 GmbHG, 1 Abs. 1 S. 1 AktG, 124 Abs. 1 HGB).³¹ Sofern einem sozialen Gebilde die Rechtsfähigkeit zuerkannt wird, verselbstständigt es sich von den an ihm beteiligten Personen.³² Damit verlagert sich die Zurechnung von Rechtswirkungen hin zu einem neuen Endpunkt.³³ Zurechnungssubjekt wird der Personenverbund in Gestalt seiner rechtsweltlichen Projektion als juristische Person bzw. teilrechtsfähiges Subjekt³⁴. Mangels reeller Handlungsfähigkeit müssen einem solchermaßen „konstruierten“ Rechtssubjekt notwendigerweise die durch natürliche Personen, d.h. insbesondere durch Organvertreter, verwirklichten Rechtstatsachen zugerechnet werden.³⁵

Die formale Ausrichtung des Rechts am einzelnen Rechtssubjekt bringt es mit sich, dass Organisationsformen der Arbeitsteilung, die in ihrer Gesamtheit nicht in einem Gesellschaftsverhältnis kumulieren, wie etwa Konzerne oder Unternehmensnetzwerke, anderweitig berücksichtigt werden müssen. Eine Möglichkeit, dem Auseinanderfallen von rechtlicher Bezugs- und sozialer Handlungseinheit zu begegnen, bietet

³⁰ Der Begriff der *Rechtssubjektivität* ist gleichbedeutend mit dem der *Rechtsfähigkeit*, siehe etwa *Kannowski*, in: Staudinger, 2018, § 1 Rn. 1; *Klingbeil*, AcP 217 (2017), 848 (871); *Raiser*, AcP 194 (1994), 495 (503); abweichend z.B. *Sauer*, Juristische Methodenlehre, 1940, S. 465 f.; Rechtsfähigkeit ist nach heute vorherrschendem Verständnis die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, siehe *Bork*, AT, Rn. 154; *Kannowski*, in: Staudinger, 2018, Vor § 1 Rn. 1; *Klingbeil*, AcP 217 (2017), 848 (859); *Spickhoff*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 6; zu einer abweichenden Deutung der Rechtsfähigkeit im Sinne eines „juristisches Verhaltensvermögens“ siehe *Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, S. 31 ff., 43 ff.; *Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 155 ff., 176 ff., 182, 185.

³¹ *Lehmann*, AcP 207 (2007), 225 (229 ff.).

³² Vgl. *Bork*, AT, Rn. 186; *Beuthien*, NJW 2005, 855 (857); *Lieder*, AcP 218 (2018), 109 (116); *Klingbeil*, AcP 217 (2017), 848 (872 f.).

³³ Vgl. *H. J. Wolff*, Juristische Person, S. 148 ff., 198 ff.; *ders.*, Organschaft und juristische Person, Bd. 2, Theorie der Vertretung, 1968, S. 148., 249 f.

³⁴ *Schirmer*, JZ 2019, 711 (715).

³⁵ *Jacoby*, Amt, S. 5; *John*, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 78; *Joos*, Organschaft und Vertretung, S. 55 ff., 70.

die Drittzurechnung,³⁶ welche die beteiligten Rechtssubjekte verknüpft, ohne sie zu identifizieren.³⁷ So treffen das Zurechnungssubjekt Rechtsfolgen, obwohl es den Tatbestand selbst (nicht voll) erfüllt und das den Tatbestand erfüllende Subjekt löst Rechtsfolgen nicht (nur) bei sich, sondern unmittelbar beim Zurechnungssubjekt aus.

Zugespißt formuliert sich demnach die Drittzurechnung die Funktionstüchtigkeit einer formalen, am einzelnen Rechtssubjekt ausgerichteten Rechtsordnung im Angesicht einer von vielfältiger Kooperation und Interaktion geprägten Lebenswirklichkeit.

III. Funktionen der Drittzurechnung

Zurechnungsnormen vermitteln keine Rechte und Pflichten, ihre Wirkung beschränkt sich auf die Zurechnung einer Tatbestandsverwirklichung. Materielle Rechtsfolgen sind vielmehr einer *bezogenen Norm*, d.h. einer Norm, auf deren Tatbestandsseite sich die Zurechnung bezieht, zu entnehmen.³⁸ Aus rechtstechnischer Sicht stehen Zurechnungsnormen damit im Dienste einzelner oder eben einer Vielzahl³⁹ bezogener Normen, und sollen vordergründig deren Anwendung ermöglichen.⁴⁰ Man könnte insofern von einer *dienenden Funktion* der Zurechnung sprechen.

Doch der Drittzurechnung kommen ebenfalls Funktionen in materieller Hinsicht zu. So ermöglicht es die Zurechnung fremder Tatbestandsverwirklichung dem einzelnen

³⁶ Denga, ZIP 2020, 945 (946 f.).

³⁷ Vgl. Bork, ZGR 1994, 237 (245); Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, S. 23.

³⁸ Bork, AT, Rn. 1324; Jacoby, Amt, S. 204. Die Zurechnungsnorm des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB bezieht sich demnach auf das rechtsgeschäftliche Handeln als „bezogener Norm“, d.h. beispielsweise auf das Erfordernis der Abgabe von Willenserklärungen zum Vertragsschluss, wobei Rechte und Pflichten dann allein aus dem Vertrag fließen. Ebenso ist der Zurechnungsnorm des § 31 BGB selbst kein Schadensersatzanspruch zu entnehmen, dieser folgt vielmehr aus einem Deliktstatbestand (z.B. §§ 823 Abs. 1, 826 BGB) als bezogener Norm.

³⁹ Bork, AT, Rn. 1324 Fn. 36; Jacoby, Amt, S. 204.

⁴⁰ Bork, AT, Rn. 1325; Jacoby, Amt, S. 203.

Rechtssubjekt, seinen Rechts- und Geschäftskreis zu erweitern. Dieser *Ermöglichungsfunktion* dienen etwa die §§ 164 ff. BGB⁴¹ und § 185 Abs. 1 BGB⁴² im Hinblick auf rechtsgeschäftliches Verhalten, § 855 BGB⁴³ hinsichtlich der besitzrechtlichen Stellung sowie § 950 BGB⁴⁴ bei der fremdwirkenden Verarbeitung beweglicher Sachen.

Nicht übersehen werden darf, dass Zurechnungsnormen, die der Erweiterung des rechtlichen Wirkungskreises dienen, ebenfalls ein *Risiko zuweisen*. In diesem Sinne trägt beispielsweise der Vertretene – sei die Vertretung rechtsgeschäftlicher oder organschaftlicher Natur – das wirtschaftliche Risiko des Vertreterhandelns. Ist zudem die Vertretungsmacht im Außenverhältnis umfangreicher als die interne Vertretungsbefugnis,⁴⁵ trägt der Vertretene grundsätzlich das Risiko eines Missbrauchs der Vertretungsmacht durch den Vertreter.⁴⁶

Andere Zurechnungsnormen wiederum führen nicht zu einer „positiven“ Erweiterung rechtlicher Handlungsmöglichkeiten, sondern tragen ihrerseits einer Arbeits- und Funktionsaufteilung zwischen mehreren Rechtssubjekten Rechnung.⁴⁷ Hier geht es darum, die Anwendbarkeit gesetzlicher Regelungen angesichts der formalen Ausrichtung des Rechts am einzelnen Rechtssubjekt sicherzustellen. Im Sinne einer *Integritätsfunktion* soll verhindert werden, dass gesetzliche Bestimmungen durch die „arbeitsteilige“ Erfüllung eines Tatbestandes durch mehrere Rechtssubjekte unterlaufen werden. Diesem Gedanken des *Umgehungsschutzes* folgend ordnet etwa § 16 Abs. 4 AktG⁴⁸ die Zurechnung von Anteilen und § 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG⁴⁹ die

⁴¹ Vgl. Joos, Organschaft und Vertretung, 64; Martens, AcP 177 (1977), 113 (147); Schilken, in: Staudinger, 2019, Vor § 164 Rn. 1; Neuner, AT, § 49 Rn. 3.

⁴² Doris, Ermächtigung, S. 23, 26, 155; Thiele, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966, S. 145 ff.

⁴³ Fritzsche, in: BeckOK-BGB, § 855 Rn. 1 (Stand: 01.02.2022); Elzer, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 855 Rn. 1; H. Westermann, JuS 1961, 79 (80).

⁴⁴ Säcker, JR 1966, 51; Siedler, Zurechnung von Realakten, S. 70 ff., 85; Zeuner, JZ 1955, 195 (196 f.).

⁴⁵ Für die organschaftliche Vertretungsmacht ist das regelmäßig gesetzlich normiert, siehe § 126 HGB; §§ 78 Abs. 1, 82 Abs. 1 AktG, § 37 GmbHG.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 14. 6. 2016 – XI ZR 74/14; BGH NJW 2011, 66 (69); NJW 1994, 2082 (2083); Joos, Organschaft und Vertretung, S. 243; Lieder, JuS 2014, 393 (395); Schäfer, in: BeckOK-BGB, § 167 Rn. 49 (Stand: 01.02.2022); Schubert, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 225; Neuner, AT, § 49 Rn. 100.

⁴⁷ Vgl. Bork, AT, Rn. 1325.

⁴⁸ RegE Begründung, BT-Drucks. IV/171, S. 100; Bork, ZGR 1994, 237 (246); Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 16 Rn. 12.

⁴⁹ Bork, ZGR 1994, 237 (249).

Zurechnung von Arbeitnehmern zum herrschenden Unternehmen in Konzernverhältnissen an.

Eine weitere Kategorie von Zurechnungsnormen soll die Verantwortlichkeit für das Verhalten Dritter demjenigen Rechtssubjekt zuweisen, dem der Nutzen des fremden Handelns zufällt bzw. in dessen Interesse die fremde Tätigkeit vorgenommen wird.⁵⁰ Der Sicherstellung einer solchen *Korrespondenz von Nutzen und Risiko* dienen etwa §§ 31⁵¹ und 278 BGB⁵².

IV. Zurechnungsverhältnis

Wie oben (vgl. B.II.) herausgestellt, ist das Rechtssubjekt nicht nur Anknüpfungspunkt materieller Berechtigungen und Verpflichtungen, es ist schlechthin die Bezugseinheit für das Vorliegen rechtserheblicher Tatsachen. Und so wie Rechte und Pflichten eine Beziehung zwischen Personen rechtlich ausformen, mit anderen Worten zur Herausbildung von Rechtsverhältnissen führen,⁵³ liegt es nahe, mit Blick auf die Zurechnung fremder Tatbestandsverwirklichung von *Zurechnungsverhältnissen*⁵⁴ zwischen den beteiligten Rechtssubjekten zu sprechen.

Das Zurechnungsverhältnis ist dabei keine Unterform des Rechtsverhältnisses, sondern von diesem zu unterscheiden. Denn das Zurechnungsverhältnis beinhaltet keine Rechte und Pflichten, sondern bildet lediglich die rechtliche Grundlage für eine Fremdwirkung. Damit ist es mit dem Verständnis des Rechtsverhältnisses⁵⁵ als Gesamtheit von Rechten, Pflichten und Befugnissen zwischen einer Personen und einer anderen nicht in Einklang zu bringen.

⁵⁰ Vgl. *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre, S. 102; *Schubert*, AcP 168 (1968), 470 (477); *H. Westermann*, JuS 1961, 333.

⁵¹ BGH NJW 1986, 2941 (2943); Mot. I, S. 102 f. = Mugdan I, S. 409; *Leuschner*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2021, § 31 Rn. 1; *Schöpflin*, in: BeckOK-BGB, § 31 Rn. 1 (Stand: 01.02.2022); *Schwennicke*, in: Staudinger, 2019, § 31 Rn. 1.

⁵² BGH NJW 1996, 451; Mot. II, S. 30 = Mugdan II, S. 16; *Caspers*, in: Staudinger, 2019, § 278 Rn. 1; *Grundmann*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2022, § 278 Rn. 3; *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, § 278 Rn. 1 (Stand: 01.02.2022); *H. P. Westermann*, in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 278 Rn. 1; kritisch zur Rechtfertigung der strikten Einstandspflicht für Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB mittels des Nutzen-Risiko-Gedankens *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, (85 ff., 98 f.).

⁵³ Zum Begriff des Rechtsverhältnisses siehe etwa *v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, S. 123; *Neuner*, AT, § 19 Rn. 1; ferner *Achterberg*, RT 1978, 385 (394 f.).

⁵⁴ Siehe bspw. *Zeuner*, JZ 1955, 195 (196 f.).

⁵⁵ *v. Tuhr*, AT I, S. 125 f.; *Neuner*, AT, § 19 Rn. 1.

Darüber hinaus sind an einem Zurechnungsverhältnis immer nur *zwei* Personen beteiligt. Und zwar namentlich das Subjekt, welches eine Rechtstatsache verwirklicht – der *Zurechnungsträger* – und das Subjekt, dem die Tatbestandsverwirklichung zugerechnet wird – das *Zurechnungssubjekt*. Währenddessen kann ein Rechtsverhältnis zwischen mehreren Personen, sowie im Falle des Persönlichkeitsrechts und des Eigentums zu allen anderen, bestehen.⁵⁶

Das Zurechnungsverhältnis versteht sich folglich nicht als Rechtsverhältnis im überrkommenen Sinne, sondern muss als *rechtliches Verhältnis eigener Art* aufgefasst werden.

Entsprechend der Unterscheidung von Rechtsverhältnissen im engeren Sinne (der einzelne Anspruch) und im weiteren Sinne (als Gesamtheit aller Rechte, Pflichten und Befugnisse zwischen Rechtssubjekten)⁵⁷ können ebenso Zurechnungsverhältnisse im engeren und im weiteren Sinne unterschieden werden. Demnach können sich einzelne Zurechnungstatbestände lediglich als Bestandteile eines mehrere (potentielle) Fremdwirkungen umfassenden Zurechnungsverhältnisses darstellen.

So verhält es sich beispielsweise bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung nach den §§ 164 ff. BGB. Hier führt die Bevollmächtigung eines Dritten nicht nur zur unmittelbaren Geltung dessen rechtsgeschäftlichen Handelns mit Wirkung für und gegen den Vertretenen gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Sofern ein autonom handelnder Vertreter (vgl. § 166 Abs. 2 BGB) eingeschaltet wird, werden dem Vertretenen nach § 166 Abs. 1 BGB ebenfalls dessen Willensmängel, dessen Wissen sowie dessen zumindest fahrlässiges Nichtwissen (siehe § 122 Abs. 2 BGB) zugerechnet.⁵⁸ Des Weiteren werden dem Vertretenen Täuschungshandlungen des Vertreters mit dem Ergebnis der Anfechtbarkeit durch den Vertragspartner nach § 123 Abs. 1 BGB zugerechnet. Denn der Stellvertreter, der vom Vertretenen zum rechtsgeschäftlichen Handeln an seiner Statt autorisiert wurde, ist nicht Dritter i.S.d. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB.⁵⁹ Daneben ist der Bevollmächtigte, jedenfalls im Hinblick auf die Erfüllung von Neben- und Schutzpflichten aus einem – ggf. vorvertraglichen (§§ 241 Abs. 2,

⁵⁶ Neuner, AT, § 19 Rn. 4 f.

⁵⁷ Siehe v. Tuhr, AT I, 125 f.; Neuner, AT, § 19 Rn. 1.

⁵⁸ Bork, AT, Rn. 1655 ff; Neuner, AT, § 49 Rn. 74 ff.

⁵⁹ Siehe RGZ 61, 207 (212); 72, 133 (135 ff.); BGH NJW 1996, 1051; Armbrüster, in: MüKo-BGB, § 123 Rn. 76; Bork, AT, Rn. 879; Medicus/Petersen, AT, Rn. 801; Neuner, AT, § 41 Rn. 114.

311 Abs. 2 BGB) – Schuldverhältnis, Erfüllungsgehilfe des Vertretenen nach § 278 S. 1 BGB.⁶⁰

Die Erteilung einer Vertretungsmacht i.S.d. § 164 BGB bereitet folglich den Boden für die Anwendung weiterer Zurechnungstatbestände, die als Zurechnungsverhältnisse im engeren Sinne anzusehen sind. Dagegen umfasst das Institut der Stellvertretung als Ganzes im vorstehenden Beispiel ein Zurechnungsverhältnis im weiteren Sinne als einer Gesamtheit potentieller Fremdwirkungen.

V. Zurechnungsgrund

Da die Zurechnung fremder Tatbestandsverwirklichung in die Selbstbestimmung des Einzelnen eingreift, soll sie – neben ihrer Anordnung durch eine Zurechnungsnorm – auf einem *legitimierenden Zurechnungsgrund* beruhen.⁶¹ Darunter ist ein außerrechtlicher, von ethischen und moralischen Maßstäben bestimmter „vernünftigen Grund“ zu verstehen.⁶² Dieser könnte etwa darin liegen, dass jemandem die Tat eines anderen zurechnen ist, „weil sie ihrer Zweckbestimmung nach auf seinen Willen bezogen ist“⁶³. In der *teleologischen Beziehung* fremden Handelns auf den Zweck eines anderen ruht dabei immerhin ein verallgemeinerungsfähiger Gedanke,⁶⁴ welcher zum Ausgangspunkt einer Beschreibung von Zurechnungsgründen dienen kann.⁶⁵

C. Prinzipien der Drittzurechnung

Der folgende Abschnitt widmet sich der Darstellung der maßgebenden Prinzipien der Drittzurechnung. Namentlich sind zu behandeln: das Prinzip der Selbstbestimmung (I.), das Trennungs- und Abstraktionsprinzip (II.), das Rechtscheinprinzip (III.), das Konnexitätsprinzip (IV.) sowie das Koinzidenzprinzip (V.).

I. Prinzip der Selbstbestimmung

Das Prinzip der Selbstbestimmung knüpft daran an, dass es den Rechtssubjekten selbst überlassen ist, den Umfang ihres Rechts- und Geschäftskreises festzulegen. In Anlehnung an das Verständnis der Privatautonomie als „Prinzip der Selbstgestaltung

⁶⁰ Caspers, in: Staudinger, § 278 Rn. 23.

⁶¹ Vgl. Binder, Philosophie des Rechts, 1925, S. 722 f.; Bork, AT, Rn. 1325; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 468; Larenz, Hegels Zurechnungslehre, S. 30.

⁶² Vgl. Binder, Philosophie des Rechts, S. 722 f.

⁶³ Larenz, Hegels Zurechnungslehre, S. 102.

⁶⁴ Vgl. Ballerstedt, JZ 1953, 389 (390); Brodmann, Jherings Jahrbuch 58 (1911), 187 (223); H. Westermann, JuS 1961, 79 (80).

⁶⁵ Zu einer Bearbeitung der Legitimitätsfrage unter Rückgriff auf grundrechtliche- bzw. grundfreiheitliche Prüfungsmaßstäbe siehe Denga, Zurechnung, S. 375 ff. (im Erscheinen); ders., ZIP 2020, 945 (950 ff.).

der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen⁶⁶ kann man im Zusammenhang mit der Drittzurechnung daher von der *Organisationsautonomie* als Prinzip der Selbstgestaltung der Zurechnungsverhältnisse sprechen.

Die Ausdrucksform privatautonomes Handeln ist das Rechtsgeschäft, dessen Mittel wiederum ist die Willenserklärung.⁶⁷ Zurechnungsverhältnisse dagegen können, müssen aber nicht ausschließlich auf rechtsgeschäftlichem Handeln seitens des Zurechnungssubjektes beruhen. Der Begriff des *Organisationsaktes* als des Mittels der Organisationsautonomie ist insofern weiter zu verstehen. Unter ihm lassen sich demnach alle mit einer Willensbetätigung verbundenen rechtserheblichen Handlungen zusammenfassen, welche auf die Begründung eines Zurechnungsverhältnisses zielen und zu einer Erweiterung des eigenen rechtlichen Wirkungskreises führen.

Der Organisationsakt kann *rechtsgeschäftlicher Natur* sein, wie beispielsweise bei der Erteilung einer Vollmacht⁶⁸ durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 167 Abs. 1 BGB) des Vollmachtgebers oder bei der ebenfalls mittels eines einseitigen Rechtsgeschäfts erteilten Ermächtigung⁶⁹ gem. § 185 Abs. 1 BGB.

Er kann außerdem *korporativ-rechtsgeschäftlicher Natur* sein, wie im Falle der privatrechtlichen Verbände. Hier gründet die Vertretungsmacht der jeweiligen Organvertreter auf einem mehraktigen Handeln der Gesellschafter.⁷⁰ Im gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang sind insofern zwei Organisationsakte zu unterscheiden: einerseits die Gründung der Gesellschaft selbst, mit der eine gesetzlich vorgegebene, mehr oder weniger dispositive Vertretungsordnung verbunden ist (vgl. §§ 709 Abs. 1, 714 BGB, § 125 Abs. 1 HGB, § 6 Abs. 1, 3 und 4 GmbHG, § 76 Abs. 2 AktG), und andererseits die Einsetzung bestimmter Personen als Organvertreter durch die Gesellschafter⁷¹ (vgl. § 714 BGB, § 125 HGB, § 46 Nr. 5 GmbHG).⁷²

⁶⁶ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, S. 1.

⁶⁷ Medicus/Petersen, AT, Rn. 175.

⁶⁸ Siehe Bornemann, AcP 207 (2007), 102 (107); Joos, Organschaft und Vertretung, S. 64, 98.

⁶⁹ Doris, Ermächtigung, S. 160.

⁷⁰ Joos, Organschaft und Vertretung, S. 99.

⁷¹ Bei der Aktiengesellschaft mittelbar über die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder durch die Hauptversammlung, siehe §§ 30 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4, 84 Abs. 1 S. 1, 101 Abs. 1 S. 1, 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG.

⁷² Vgl. Joos, Organschaft und Vertretung, S. 100, 102.

Der Organisationakt kann ferner einen *rein natürlichen Charakter* haben. So muss sich im Falle des § 278 BGB der Schuldner eines Dritten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedienen, d.h. er muss den Erfüllungsgehilfen in die Abwicklung eines Schuldverhältnisses eingeschalten haben.⁷³ Die Einschaltung erfordert dabei keine entsprechende Willenserklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger oder dem Gehilfen.⁷⁴ Ausreichend ist ein natürlicher Wille, den Gehilfen in den Erfüllungsprozess einzubeziehen.⁷⁵ Beim Einsatz eines Besitzdieners nach § 855 BGB ist ebenfalls ein tatsächliches Weisungsverhältnis ausreichend.⁷⁶ Entsprechendes gilt im Falle des „Herstellen lassen“ durch einen anderen bei der Verarbeitung nach § 950 BGB.⁷⁷

II. Trennungs- und Abstraktionsprinzip

Die oben (vgl. B.IV) entwickelte Rechtsnatur des Zurechnungsverhältnisses als rechtliches Verhältnis eigener Art deutet bereits seine Verselbstständigung gegenüber einem schuldrechtlichen Grundverhältnis an. Dieser Abstraktionsgedanke ist für die Drittzurechnung in gewisser Hinsicht verallgemeinerbar.

Ausdrücklich anerkannt ist das *Abstraktionsprinzip* im Recht der Stellvertretung, wo aus Gründen der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes Wirksamkeit und Umfang der Vollmacht grundsätzlich unabhängig von Bestand und Regelungen des Grundverhältnisse zu beurteilen sind.⁷⁸ In gleicher Weise beansprucht es Geltung im

⁷³ Caspers, in: Staudinger, § 278 Rn. 18; Lorenz, in: BeckOK-BGB, § 278 Rn. 15 (Stand: 01.02.2022).

⁷⁴ Caspers, in: Staudinger, § 278 Rn. 20.

⁷⁵ BGH NJW 1985, 914 (915); NJW 1954, 1193; Caspers, in: Staudinger, § 278 Rn. 20.

⁷⁶ Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 855 Rn. 11; Schäfer, in: MüKo-BGB, § 855 Rn. 7.

⁷⁷ Das impliziert jedenfalls die Formel der Rechtsprechung, wonach „als Hersteller grundsätzlich derjenige anzusehen ist, in dessen Namen und wirtschaftlichem Interesse die Herstellung erfolgt“, wobei „die Verkehrsauffassung eines mit den Verhältnissen vertrauten objektiven Beobachters“ maßgebend sein soll (BGH NJW 1991, 1480; NJW 1983, 2022 [2023]; NJW 1956, 788 [789]); vgl. ferner Zeuner, JZ 1955, 195 [196 f.]).

⁷⁸ Zurückgehend auf Laband, ZHR 10 (1866), 183 (203 ff.); siehe zudem Bork, AT, Rn. 1487; Joos, Organschaft und Vertretung, S. 130 f.; Lieder, JuS 2014, 393 (395); Paulus, JuS 2017, 301 (303); Pawlowski, JZ 1996, 125 (126 f.); Schilken, in: Staudinger, Vor § 164 Rn. 33; Schubert, in: MüKo-BGB, § 164 Rn. 14 ff.; Neuner, AT, § 49 Rn. 98, § 50 Rn. 7; ablehnend Beuthien, in: FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 81 (84 ff.); einschränkend ebenfalls Flume, AT II, S. 840 ff.; Medicus/Petersen, AT, Rn. 949.

Hinblick auf eine Verselbstständigung der Ermächtigung von der ihr zugrundeliegenden *causa*.⁷⁹ Vorbedingung des Abstraktionsprinzips ist die gedankliche *Trennung* des Aktes der Kompetenzzuweisung, d.h. der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung bzw. der Ermächtigung, vom Abschluss des Grundgeschäfts.⁸⁰

Bei der organschaftlichen Vertretung wird ebenfalls zwischen der durch die Bestellung als korporativen Organisationsakt herbeigeführten Organstellung und dem schuldrechtlichen Anstellungsvertrag getrennt.⁸¹

Eine Ausdehnung des Abstraktionsgedankens auf Zurechnungsverhältnisse, die auf natürliche Organisationsakte zurückgehen, findet zunächst eine gewisse Stütze in der Auslegung der betreffenden Zurechnungstatbestände. So kommt es für die Zurechnung einer Täuschungshandlung nach § 123 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 1 BGB lediglich darauf an, dass dem Erklärungsempfänger das Verhalten des Täuschenden „wegen besonders enger Beziehungen zwischen beiden oder wegen sonstiger besonderer Umstände billigerweise zugerechnet werden muss“⁸². Ein wirksames Rechtsverhältnis zwischen Erklärungsempfänger und Täuschenden wird demnach nicht für erforderlich gehalten. Ausreichend ist vielmehr, dass der Täuschende im Lager des Erklärungsempfängers steht und somit seiner Risikosphäre zuzuordnen ist.⁸³ Des Weiteren wird davon ausgegangen, dass für das Erfüllungsgehilfenverhältnis bei § 278 BGB ein wirksames Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen nicht erforderlich ist.⁸⁴ Ebenso wird beim Besitztienerverhältnis gem. § 855 BGB lediglich ein tatsächliches Weisungsverhältnis vorausgesetzt.⁸⁵

Auf natürliche Organisationsakte zurückgehende Zurechnungsverhältnisse bestehen demnach unabhängig von einer schuldrechtlichen Grundlage. In Ermangelung ihrer

⁷⁹ *Doris*, Ermächtigung, S. 172; *Ludewig*, Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, 1922, S. 3, 69.

⁸⁰ Vgl. *Bork*, AT, Rn. 477; *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 379 (380); *Jauernig*, JuS 1994, 721 (722); *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 270 f.

⁸¹ BGH NZG 2010, 827 (828); *Jaeger/Steinbrück*, in: *Müko-GmbHG*, 3. Aufl. 2019, § 35 Rn. 248; *Joos*, Organschaft und Vertretung, S. 132; *Schürmbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, 2007, S. 344 ff.

⁸² BGH NJW 1996, 1051; NJW 1989, 2879 (2880).

⁸³ *Armbrüster*, in: *MüKo-BGB*, § 123 Rn. 74.

⁸⁴ Vgl. BGH NJW 1985, 914 (915); NJW 1984, 1748 (1749); NJW 1968, 1569; NJW 1954, 1193; OLG Schleswig NJW 2005, 439 (440); *Caspers*, in: *Staudinger*, § 278 Rn. 20; *Grundmann*, in: *MüKo-BGB*, § 278 Rn. 43.

⁸⁵ BGH NJW 2014, 1524 (1525); *Gutzeit*, in: *Staudinger*, § 855 Rn. 11; *Schäfer*, in: *MüKo-BGB*, § 855 Rn. 7; *H. Westermann*, JuS 1961, 79 (80).

Rechtsgeschäftsqualität den Realakten⁸⁶ vergleichbar, können natürliche Organisationsakte allerdings nicht unwirksam, also weder nichtig noch anfechtbar, sein. Die entsprechenden Zurechnungsverhältnisse sind daher schon deshalb abstrakt von ihren Grundverhältnissen zu beurteilen, weil sie der Natur ihres Entstehungsgrundes nach gar nicht an deren Wirksamkeit gebunden sein können. Im Ergebnis sind daher Zurechnungsverhältnisse, die auf einem natürlichen Organisationsakt gründen, nur insofern abstrakt zu behandeln, als dass sie ein wirksames Rechtsverhältnis nicht voraussetzen.

III. Rechtsscheinprinzip

Zur Gewährleistung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz in einer ausgeprägten Verkehrswirtschaft kann es erforderlich sein, die Teilnehmer am Rechts- und Handelsverkehr auch dann in die Pflicht zu nehmen, wenn gewisse Tatbestände nur scheinbar verwirklicht sind.⁸⁷ Das *Rechtsscheinprinzip* bringt hier die Erwartungen des Rechtsverkehrs mit den Interessen des von einem Rechtsschein Belasteten zum Ausgleich.

Allgemeine Voraussetzungen aller Rechtscheintatbestände sind das Vorliegen eines Rechtsscheins, die Gutgläubigkeit des Dritten, den der Rechtsschein begünstigt,⁸⁸ sowie, mit Ausnahme des unabhängig von einer tatsächlichen Einsichtnahme gewährten registerrechtlichen Gutgläubensschutzes (§ 892 BGB, § 15 HGB), die Kenntnis des Dritten vom Rechtsschein und das Handeln gerade im Vertrauen auf diesen.⁸⁹

Die Zurechnung fremden Handelns ohne ein willentlich begründetes Zurechnungsverhältnis stellt einen Eingriff in die Selbstbestimmung des Geschäftsherrn dar und bedarf daher einer besonderen Rechtfertigung.⁹⁰ Hier gibt es *zwei Legitimationsstränge*⁹¹: Das ist zum einen der *Verkehrsschutzgedanke*, getragen vom „überindivi-

⁸⁶ Siehe bspw. *Bork*, AT, Rn. 407; *Medicus/Petersen*, AT, Rn. 196.

⁸⁷ Vgl. *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 449 ff.; *ders.* AcP 210 (2010), 857 (859 ff.); *H. Westermann*, JuS 1963, 1.

⁸⁸ Vgl. §§ 173, 892 Abs. 1 S. 1 a.E., 932 ff. BGB, 15 HGB.

⁸⁹ *Bork*, AT, Rn. 1544 f.

⁹⁰ *Joos*, Organschaft und Vertretung, S. 248.

⁹¹ *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 463 ff., 522.

duellen Interesse an der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechts- und Handelsverkehrs“⁹². Zum anderen kann man sich entweder auf die mittels eines amtlichen Verfahrens besicherte *Validität* des Rechtsscheins bzw. die *Verantwortlichkeit* des wahren Berechtigten für das Bestehen eines solchen stützen.⁹³

Kann sich der Rechtsschein auf die materielle Richtigkeitsgewähr eines hoheitlich geführten Registers stützen, so gelangt das *reine Rechtsscheinprinzip*⁹⁴ zur Geltung. Reines Rechtsscheinprinzip heißt in diesem Zusammenhang, dass denjenigen, zu dessen Lasten der Rechtssein geht, die Rechtsfolgen eines fremden Handelns unabhängig davon treffen, ob er den Rechtsschein veranlasst hat oder nicht.⁹⁵ Mit Blick auf die handelsrechtliche und organschaftliche Vertretung sind hier jedenfalls § 15 Abs. 1 und Abs. 2 HGB zu nennen, die hinsichtlich der in das Handelsregister einzutragenden Tatsachen allein auf deren (Nicht-)Eintragung und Bekanntmachung abstellen.⁹⁶

Fehlt es hingegen an einem hoheitlich besicherten Registerrechtsschein, wird verlangt, dass der vom Rechtsschein Belastete diesen in zurechenbarer Weise veranlasst hat (*Zurechnungsprinzip*).⁹⁷ Im Hinblick auf die rechtsgeschäftliche Vertretung kommen hier neben den §§ 170 ff. BGB⁹⁸ die Figuren der Anscheins- bzw. der Duldungsvollmacht in Betracht.⁹⁹ So ist die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins bei der Duldungsvollmacht¹⁰⁰ auf ein vorgelagertes willentliches Verhalten des Vertretenen, namentlich auf die einem positiven Tun gleichzusetzende Nichtbeseitigung des

⁹² *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 522.

⁹³ *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 522.

⁹⁴ Der Begriff geht zurück auf *H. Westermann*, JuS 1963, 1 (8); siehe ferner *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 523 m.w.N. in Fn. 441.

⁹⁵ *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 523.

⁹⁶ *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 1 ff.; *Joos*, Organschaft und Vertretung, S. 250 f.

⁹⁷ Vgl. *Bork*, AT, Rn. 1540 ff.; *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 524 ff.; *Neuner*, AT, § 50 Rn. 61.

⁹⁸ Siehe *Bork*, AT, Rn. 1522; *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 32 ff; 134 ff.; *Neuner*, AT, § 50 Rn. 62.

⁹⁹ *Schilken*, in: Staudinger, § 167 Rn. 28 ff.

¹⁰⁰ Eine Duldungsvollmacht liegt vor, wenn „der Vertretene es willentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt, und der Geschäftspartner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde zu den vorgenommenen Erklärungen bevollmächtigt ist“ (BGH NJW 2014, 3150 [3151]; NJW 2011, 2421 [2422]). Der Vertretene muss mit anderen Worten das Verhalten des Scheinvertreters gekannt und nichts dagegen unternommen haben, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre (BGH NJW 2005, 2985 [2987]; *Bork*, AT, Rn. 1554).

Rechtsscheins, zurückzuführen.¹⁰¹ Bei der Anscheinsvollmacht¹⁰² tritt dagegen die Beherrschbarkeit der vom eigenen Rechts- und Geschäftskreis umrissenen Risikosphäre in den Vordergrund.¹⁰³

IV. Konnexitätsprinzip

Hilfspersonen behalten, unabhängig vom Grad ihrer Vereinnahmung in eine fremde Organisation, ihre rechtliche Selbstständigkeit. Daraus folgt zunächst die banale Einsicht, dass auch ein Gehilfe überall und zu jeder Zeit fähig ist, im Eigeninteresse zu handeln.¹⁰⁴ Im Hinblick auf die Drittzurechnung besteht damit die Notwendigkeit, ein eigennütziges Tätigwerden des Zurechnungsträgers von jenem Verhalten abzugrenzen, welches gerade im Interesse des Zurechnungssubjektes vorgenommen wird. Insbesondere mit Blick auf die Zurechnung schadenstiftenden Verhaltens, wie etwa bei § 31 BGB¹⁰⁵ und § 278 BGB¹⁰⁶, wird dahingehend zwischen einem Handeln „in Ausführung“ von einem solchen „bei Gelegenheit“ unterschieden.¹⁰⁷ Damit wird nicht nur ein räumlich-zeitlicher, sondern vielmehr ein *unmittelbarer sachlicher Zusammenhang* – ein Konnex – zwischen Tat und zugewiesenem Aufgabenbereich verlangt.¹⁰⁸

Die Zurechnung eines Verhaltens bereitet dann keine Probleme, wenn es im Rahmen der originären Kompetenz- und Funktionszuweisung, wie sie dem Zurechnungsverhältnis zugrunde liegt, stattfindet. Ist z.B. die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung des Geschäftsführers einer GmbH zugleich eine Maßnahme der organischen Vertretung für die Gesellschaft, handelt der Geschäftsführer fraglos „in

¹⁰¹ Bork, AT, Rn. 1542, 1554 f.

¹⁰² Eine Anscheinsvollmacht wird angenommen, „wenn der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, er es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können, und wenn der Geschäftspartner annehmen durfte, der Vertretene kenne und billige das Handeln des Vertreters“ (BGH NJW 2016, 2024 [2030]; NJW 2011, 2421 [2422]).

¹⁰³ Vgl. Bork, AT, Rn. 1564; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 195, 469, 473 ff.; v. Craushaar, AcP 174 (1974), 2 (19 ff.); Neuner, AT, § 50 Rn. 95; dagegen auf ein Verschulden des Vertretenen abstellend etwa BGH NJW 1998, 1854 (1855); Schubert, in: MüKo-BGB, § 167 Rn. 119.

¹⁰⁴ Vgl. Caspers, in: Staudinger, § 278 Rn. 54.

¹⁰⁵ BGH NJW 1986, 2941 (2942 f.); NJW 1968, 391 (392); Leuschner, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2021, § 31 Rn. 22; Schwennicke, in: Staudinger, § 31 Rn. 49.

¹⁰⁶ BGH NZG 2012, 631 (632); BGH NJW 1997, 1233 (1234); Caspers, in: Staudinger, § 278 Rn. 52; für eine Zurechnung auch solcher Handlungen „gelegentlich der Erfüllung“ siehe Grundmann, in: MüKo-BGB, § 278 Rn. 47 f. (Zurechnung, wenn die Einschaltung des Gehilfen gefahrerhöhend wirkt); Lorenz, in: BeckOK-BGB, § 278 Rn. 44 (Stand: 01.02.2022); E. Schmidt, AcP 170 (1970), 502 (509 ff.).

¹⁰⁷ Siehe ferner den Wortlaut der §§ 428 S. 1 bzw. 462 S. 1 HGB: „in Ausübung ihrer Verrichtungen“.

¹⁰⁸ H. Westermann, JuS 1961, 382 (382 f.).

Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung“ gem. § 31 BGB. Denn er ist kraft seines Amtes zur Vertretung der Gesellschaft berufen (§ 35 Abs. 1 S.1 GmbHG). Dem steht es gleich, dass ein Erfüllungsgehilfe des Schuldners nach § 278 S. 1 BGB einen Schaden unmittelbar bei der Vornahme der Erfüllungshandlung verursacht.¹⁰⁹

Die Abgrenzung bereitet dann Probleme, wenn man den Bereich der ausdrücklich übertragenen Aufgaben verlässt. Bei § 31 BGB soll es dabei unerheblich sein, ob der Organvertreter im Rahmen der sich aus dem Innenverhältnis zur Gesellschaft ergebenden Befugnisse handelt, seine Vertretungsmacht überschreitet oder gar missbraucht.¹¹⁰ Vielmehr soll es darauf ankommen, dass sich der Organvertreter aus Sicht eines Außenstehenden durch sein Verhalten nicht so sehr außerhalb seiner Wirkungskreises stellt, sodass ein innerer Zusammenhang zu den ihm generell übertragenen Aufgaben nicht mehr erkennbar ist.¹¹¹ Im Falle von § 278 S. 1 BGB wird sinnentsprechend verlangt, dass die Handlung des Erfüllungsgehilfen nicht aus dem allgemeinen Umkreis des Aufgabenbereichs herausfallen darf, zu dessen Wahrnehmung ihn der Schuldner bestellt hat.¹¹² Auch hier soll es nicht darauf ankommen, ob der Erfüllungsgehilfe den Weisungen oder Interessen des Schuldners vorsätzlich zuwiderhandelt.¹¹³

Den zuvor genannten Zurechnungskriterien ist zunächst gemein, dass sie sich nicht an organisationsinternen Funktionszuweisungen, Befugnissen oder Loyalitätspflichten orientieren. Es wird lediglich gefordert, dass das zuzurechnende Verhalten innerhalb eines typisierten Rahmens der „generell übertragenen Aufgaben“ bzw. des „zugewiesenen Aufgabenbereiches“ vorgenommen wird. Ist das der Fall, so werden dem Zurechnungssubjekt ebenfalls gegen seine Interessen gerichtete Handlungen von organschaftlichen Vertretern bzw. Erfüllungsgehilfen zugerechnet. Das steht allerdings in einem gewissen Widerspruch zu der teleologischen Beziehung des fremden Handelns auf den Zweck des Geschäftsherrn als legitimierenden Zurechnungsgrund (vgl. B.V.). Denn ein vorsätzliches Handeln, welches sich ausdrücklich gegen Weisungen oder Interessen des Prinzipals richtet, lässt sich schwerlich auf den von ihm verfolgten Zweck beziehen, es läuft ihm vielmehr zuwider. Von einem Handeln

¹⁰⁹ Grundmann, in: MüKo-BGB, § 278 Rn. 48.

¹¹⁰ H. Westermann, JuS 1961, 382 (383); Schwennicke, in: Staudinger, § 31 Rn. 51.

¹¹¹ BGH NJW 1986, 2941 (2942 f.); NJW 1980, 115 f.; NJW 1968, 391 (392); Leuschner, in: MüKo-BGB, § 31 Rn. 22.

¹¹² BGH NZG 2012, 631 (632); BGH NJW-RR 1989, 723 (725); BGH NJW 1965, 1709 (1710); Caspers, in: Staudinger, § 278 Rn. 55.

¹¹³ BGH NZG 2012, 631 (632); BGH NJW 1997, 1233 (1235).

„in Ausführung“ der zugewiesenen Verrichtung kann hier nicht mehr gesprochen werden.

Allerdings ist es nicht von der Hand zu weisen, dass erst der Geschäftsherr durch die Einschaltung des Zurechnungsträgers die Gefahr heraufbeschworen hat, dass dieser sich bei seiner Tätigkeit – gegen seinen Geschäftsherrn wie gegen andere gerichtet – destruktiv verhält. Damit stellt sich die Frage, wer das Risiko einer Loyalitätspflichtverletzung von Hilfspersonen im Innenverhältnis tragen soll. Einerseits kann aus Gründen des Verkehrs- und Vertrauensschutzes nicht auf solche dem Rechtsverkehr regelmäßig unbekanntem Bestimmungen des Innenverhältnisses abgestellt werden. Andererseits kann eine evidente Kompetenzüberschreitung des Zurechnungsträgers, welche für den Dritten erkennbar war, dem Geschäftsherrn richtigerweise nicht zuzurechnen sein.¹¹⁴

Um das Spannungsverhältnis zwischen *Einschaltungszweck* und *Einschaltungsrisiko* interessengerecht aufzulösen, ist m.E. ein im Ansatz objektiver Maßstab anzulegen. Abzustellen wäre demnach darauf, ob die zuzurechnende Tatbestandsverwirklichung aus Sicht eines Außenstehenden objektiv den Zwecken des Geschäftsherrn zu dienen bestimmt ist.

V. Koinzidenzprinzip

So wie überhaupt die Rechtsfolgen einer Norm nur dann eintreten, wenn deren Tatbestand vollständig erfüllt ist, müssen gleichermaßen sämtliche Voraussetzungen eines Zurechnungstatbestandes vorliegen, um die Zurechnungswirkung eintreten zu lassen. Damit einher geht der Grundsatz, dass für eine wirksame Drittzurechnung die Merkmale einer Zurechnungsnorm – im Allgemeinen ein Zurechnungsverhältnis und die Vornahme einer zurechenbaren Handlung – gleichzeitig vorliegen müssen.

Das damit beschriebene *Koinzidenzprinzip*¹¹⁵ kann allerdings „durchbrochen“ werden. Insbesondere bei der auf den Zeitpunkt der Vornahme eines Vertretergeschäfts rückwirkenden Genehmigung nach § 184 Abs. 1 BGB ist dies der Fall. Die Koinzidenz bezieht sich damit nicht auf die tatsächliche Gleichzeitigkeit aller Voraussetzungen, sondern auf ein *materiell-rechtliches Zusammenfallen* der Tatbestandsmerk-

¹¹⁴ Grundmann, in: MüKo-BGB, § 278 Rn. 49.

¹¹⁵ Zum Begriff des Koinzidenzprinzips im Sinne eines Gleichzeitigkeitsprinzips siehe Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 545 ff.

male. Die Bestimmung eines konkreten Zeitpunktes, in dem die materiellen Zurechnungswirkungen eintreten sollen, ist dabei aus Gründen der Rechtsklarheit vor allem deshalb bedeutsam, da weitere Regelungen daran anknüpfen.¹¹⁶

Die *ex tunc* Wirkung der Genehmigung ist jedoch nicht das einzige Beispiel, bei dem das tatsächliche Zeitmoment rechtlich überspielt wird, um zu einer Koinzidenz der Tatbestandserfüllung zu gelangen. So kann mit Blick auf § 278 BGB ebenfalls die Handlung eines Dritten, welche vor der Entstehung einer Sonderverbindung zwischen Schuldner und Gläubiger vorgenommen wurde, durch eine funktionelle Widmung seitens des Schuldners zur Erfüllungshandlung werden.¹¹⁷ Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn die Sache, welche sich der Schuldner zu leisten verpflichtet hat, bereits vor Vertragsschluss mit dem Gläubiger durch Hilfspersonen des Schuldners ganz oder teilweise hergestellt wurde.¹¹⁸

D. Zusammenfassung

Soweit in der vorstehenden Abhandlung der Versuch unternommen wurde, eine Dogmatik der Drittzurechnung im Ansatz zu skizzieren, konnte sich dieser aufgrund der Fülle und Vielfältigkeit der damit verbundenen Fragestellungen zunächst nur auf Grundlinien beschränken. So wurde namentlich der Komplex der Wissenszurechnung¹¹⁹ ausgespart. Zusammengefasst wurde folgendes herausgearbeitet:

1. Drittzurechnung ist die normative Verknüpfung eines Subjektes mit dem rechts-erheblichen Verhalten eines anderen Subjektes, deren Wirkung unmittelbar bzw. unbedingt eintritt.
2. Die Zurechnung fremder Tatbestandsverwirklichung begegnet dem Auseinanderfallen von rechtlicher Bezugs- und sozialer Handlungseinheit in einer am einzelnen Rechtssubjekt ausgerichteten Rechtsordnung und sichert so deren Funktionstüchtigkeit.
3. Die Drittzurechnung ermöglicht es dem einzelnen Rechtssubjekt, seinen rechtlichen Wirkungskreis zu erweitern (*Ermöglichungsfunktion*) und weist ihm zugleich das Risiko dieser Erweiterung zu. Sie verhindert zudem, dass gesetzliche Regelungen wegen der Fokussierung der Rechtsordnung auf das einzelne Rechtssubjekt

¹¹⁶ Vgl. zur Genehmigung *Flume*, AT II, S. 899 Fn. 4.

¹¹⁷ *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502 (504).

¹¹⁸ *K. Müller*, AcP 165 (1965), 285 (315); *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502 (504).

¹¹⁹ Zu den zivilrechtlichen Grundlagen der Wissenszurechnung siehe bspw. *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, aus systemtheoretischer Perspektive *Guski*, ZHR 184 (2020), 363 sowie mit Bezug zur Digitalisierung *Linke*, Digitale Wissensorganisation, 2021.

durch eine arbeitsteilige Tatbestandverwirklichung unterlaufen werden (*Integritätsfunktion*). Ferner dient sie der Sicherstellung einer *Korrespondenz von Nutzen und Risiko*.

4. Das Zurechnungsverhältnis ist ein *rechtliches Verhältnis eigener Art*, welches keine Rechte und Pflichten beinhaltet, sondern lediglich Fremdwirkungen vermittelt. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Zurechnungsverhältnis im weiteren Sinne als Gesamtheit potentieller Fremdwirkungen und dem sich aus einer einzelnen Zurechnungsnorm ergebenden Zurechnungsverhältnis im engeren Sinne.

5. Als allgemeiner die Drittzurechnung legitimierender Zurechnungsgrund ist die *teleologische Beziehung* des fremden Handelns auf den Zweck des Zurechnungssubjektes anzusehen.

6. Nach dem *Prinzip der Selbstbestimmung* ist es den Rechtssubjekten überlassen, den Umfang ihres Rechts- und Geschäftskreises und damit das Feld ihrer rechtlichen Handlungsmöglichkeiten selbst festzulegen. Das Mittel der so verstandenen *Organisationsautonomie* ist der *Organisationsakt*. Dieser kann *rechtsgeschäftlicher Natur* (Vollmacht, Ermächtigung), *korporativ-rechtsgeschäftlicher Natur* (Gründung einer Gesellschaft, Bestellung bzw. Abberufung der Organvertreter) oder *natürlicher Art* (Einschaltung von Erfüllungsgehilfen, Besitzdienern oder Verarbeitungsgehilfen) sein.

7. Im Hinblick auf die rechtsgeschäftliche Stellvertretung gilt ein *Trennungs- und Abstraktionsprinzip*. Davon abgesehen werden Zurechnungsverhältnisse, die auf einem natürlichen Organisationsakt gründen, nur insofern abstrakt behandelt, als dass sie ein wirksames Rechtsverhältnis nicht voraussetzen.

8. Die Zurechnung, insbesondere schadenstiftenden Verhaltens, setzt einen unmittelbaren sachlichen Zusammenhang zwischen Tatbestandsverwirklichung und zugewiesenem Aufgabenbereich voraus (*Konnexitätsprinzip*). In Zweifelsfällen ist darauf abzustellen, ob die Tat aus Sicht eines Außenstehenden objektiv den Zwecken des Geschäftsherrn zu dienen bestimmt ist.

9. Die Merkmale einer Zurechnungsnorm müssen aus materiell-rechtlicher Sicht, d.h. nicht notwendigerweise tatsächlich, gleichzeitig erfüllt sein (*Koinzidenzprinzip*).

Parlamentarische Repräsentation versus Volkswille

Implikationen populistischer Elitenkritik

Arne-Jakob Bek*

Verrohung der Sprache, Vernetzung mit Rechtsradikalen, Unterminierungs- oder Umsturzversuche in liberalen Demokratien: Die jüngere Geschichte des Populismus zeigt, dass er längst nicht mehr bloß als ästhetisches Problem behandelt werden kann. Welche systemimmanenten Widersprüche der populistischen Mobilmachung gegen "Eliten" zugrunde liegen und wie sich davon ausgehende Implikationen manifestieren, wird anhand der Finanz- und „Migrationskrise“ sowie der autoritären Regression Ungarns analysiert.

A. Einführung

„Wir sind das Volk!“ – „Ihr seid das Pack!“ – Ein Schlachtruf und sein Echo.¹ Polarisierende, von wenig schmeichelhafter Wortwahl begleitete Debatten um Populismus sind kein deutsches Spezifikum: „Das Pack“ (Sigmar Gabriel), die „Erbärmlichen“ (Hillary Clinton) und „die Zahnlosen“ (Francis Hollande) hinterließen in nahezu allen liberalen Demokratien zuletzt Kratzer im politischen Parkett und sind seit ihrem Auftreten auch nicht wieder von der Bühne verschwunden.

Es vollzieht sich ein Paradigmenwechsel mit enormer Umwälzungskraft. Die Spannungen zwischen selbst mandatierten Anwält:innen der Volkssouveränität und denen, die sie als gesellschaftliche Elite identifizieren, nehmen zu. Es handelt sich um ein internationales Phänomen mit einer großen politischen, ökonomischen und kulturellen Varianz. Die Entwicklungen haben das Potential, zu einer manifesten Herausforderung der liberalen Demokratie zu werden – vereinzelt ist bereits eine umfangreiche rechtsstaatliche Regression eingetreten.

* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig und der Alma Mater Universität Bologna.

¹ Vgl. Koppetsch, Leviathan 32/2017 (Sonderband), 208 (211).

Nach einer Einführung zu immanenten Widersprüchen von parlamentarischer Repräsentation und Volkssouveränität in der liberalen Demokratie (B.) wird in diesem Beitrag herausgearbeitet, was den gegenwärtigen Populismus charakterisiert (C.) und welche abstrakten Implikationen sich aus populistischer Elitenkritik ergeben. Sodann wird anhand der Banken- und der *Migrationskrise* exemplarisch untersucht, wie die Implikationen sich in einem durch Globalisierung geprägten Verhältnis von *Volk* zu *Eliten* autoritär konkretisieren (D.), sowie die zeitgeschichtliche Einordnung des Begriffs des Populismus vorgenommen (E.). Abschließend wird den Konsequenzen einer autoritär-populistischen Machtergreifung am Beispiel Ungarns nachgegangen (F.).

B. Parlamentarische Repräsentation

I. Die ungehemmte Herrschaft der Masse

Wie kam es zu dem heute verbreiteten Verständnis von Demokratie als parlamentarisch-repräsentative Volksherrschaft?

Die Geschichte der Demokratie beginnt bekanntlich im antiken Athen. Die dort etablierte Frühform der Demokratie kannte den – auch heutzutage häufig negativ konnotierten – Typus eines *Berufspolitikers* nicht.² Ämter wurden nur eng befristet und nach Losverfahren vergeben; die Volksversammlung fungierte als zentrales Entscheidungsgremium für politische Fragen.³ Obwohl bei der Verwendung des Begriffs *Demokratie* heutzutage fast selbstverständlich das Attribut *repräsentativ* stillschweigend mitgemeint wird, wäre repräsentative Demokratie in der Antike nicht als demokratisch angesehen worden, weil der Souverän – nämlich alle Einwohner mit Bürgerstatus⁴ – von der tatsächlichen Machtausübung heute ausgeschlossen ist. Der Demokratie waren also den Ursprüngen nach sowohl Parlamentarismus als auch Repräsentation fremd.

II. Die Einhegung des Mehrheitswillens

Die Beantwortung der Frage nach dem Einzug beider Prinzipien ins Demokratieverständnis führt weg von der Antike, hin zur Zeit der bürgerlichen Revolutionen des 18. und 19. Jahrhunderts. Am sprichwörtlichen Vorabend dieser

² Schäfer/Zürn, *Die demokratische Regression*, 2021, S. 94.

³ Wiegand, *Demokratie und Republik – Historizität und Normativität zweier Grundbegriffe des Verfassungsstaats*, 2017, S. 51.

⁴ Der Bürgerstatus kam jedoch nicht allen Bewohner:innen Athens zu, denn neben Ausschlüssen nach Zensusgrenze waren auch Frauen und Sklav:innen von der politischen Partizipation exkludiert, vgl. Sommer, *Leviathan* 32/2017 (Sonderband), 19 (23). Es wird im Folgenden nicht gegendert, wenn Frauen von der politischen Partizipation ausgeschlossen waren.

Umstürze ist *Demokratie* ein ressentimentbehafteter Begriff:

„[Die Demokratie etabliert die Herrschaft der] *tumultuösen Mengen der verlottertesten Personen in der Gemeinschaft, die zudem stets so vorlaut sind, sich als das Volk zu bezeichnen.*“⁵ „[Sie inauguriert] *die Suprematie der Ignoranz über die Bildung, der Zahlen über das Wissen.*“⁶

Solche Vorbehalte waren unter den Vordenkern der Aufklärung weit verbreitet. Insbesondere die Vereinnahmung der attischen Volksversammlung durch die vermögende Schicht der *Demagogen* und die laienhafte Besetzung der Gerichte waren Gegenstand der Kritik.⁷ Um sich demgegenüber abzugrenzen und den republikanischen Charakter der Vereinigten Staaten hervorzuheben, betonte James Madison, dass „*das Volk in seiner Eigenschaft als Kollektiv von jedem Anteil an der Regierung ausgeschlossen*“⁸ bliebe. Und dennoch gilt: „*Alle Macht geht vom Volke aus*“ als die Formel der Volkssouveränität.⁹

Das bedeutet einerseits eine Revolutionierung des Verhältnisses vom Individuum zum staatlichen Kollektiv und zur Verfassung.¹⁰ Die Ausübung des Volkswillens findet nunmehr ihre materielle Grenze in subjektiven Rechten und der neuartigen, selbst an die Allgemeingültigkeit des Gesetzes gebundenen Konstitution.¹¹ Andererseits wirkten sich die Vorbehalte gegen die ungehemmte Ausübung des Volkswillens auch auf dessen Form aus. Im Kontrast zum Absolutismus konnten im aufklärerischen Geiste Repräsentanten Macht nicht mehr verkörpern oder personalisieren; die Repräsentation wurde symbolisch.¹²

In diesem neuartigen Konzept von Volkssouveränität sind die Bürger:innen in ihrer Gesamtheit von der konkreten Machtausübung ausgeschlossen, zugleich wird ihnen zugestanden, auszuwählen, wen sie für die geeignetsten Repräsentant:innen halten – eine „[...] *Herrschaft der Besten über die Schlechtesten*“?¹³

⁵ Das Zitat stammt von *Walter Bagehot* und wurde mit Anmerkung entnommen aus *Manow*, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, 2020, S. 31.

⁶ Das Zitat stammt ebenfalls von *Walter Bagehot* und wurde ebenso entnommen aus *Manow*, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, S. 31.

⁷ Vgl. *Wiegand*, Demokratie und Republik – Historizität und Normativität zweier Grundbegriffe des Verfassungsstaats, S. 52 f.

⁸ Zitat entnommen aus *Manow*, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, S. 33.

⁹ *Enders*, in: *Enders/Kahlo/Mosbacher*, Europa nach Napoléon, 2018, S. 137 (140).

¹⁰ *Wiegand*, Demokratie und Republik – Historizität und Normativität zweier Grundbegriffe des Verfassungsstaats, S. 57.

¹¹ *Wiegand*, Demokratie und Republik – Historizität und Normativität zweier Grundbegriffe des Verfassungsstaats, S. 57, 122 ff.

¹² *Diehl*, APuZ 40-42/2016, 12 ff.

¹³ Zitat von *James Allen*, entnommen bei *Manow*, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, S. 34.

III. Entmündigung, Elitenbildung, Egalität

Hier zeigt sich, dass der parlamentarischen Repräsentation stets ein elitäres Element innewohnt.¹⁴ Das niedere *gemeine* Volk wählt die vertretende Elite. In der bürgerlichen Demokratie ist der Volksbegriff demnach gespalten: Unfähig, selbst zu herrschen, wird es zur höchsten und einzig legitimen Größe zur Begründung von Herrschaft.¹⁵ Das Volk ist der Pöbel, dessen lynchmobartige Zusammenrottung gefürchtet wird.¹⁶ Demgegenüber ist das Volk auch Referenzpunkt; es ist die politisch-abstrakte Legitimationsinstanz der bürgerlichen Demokratie.¹⁷ Das offenbart zwei Sollbruchstellen: Erstens birgt die Freiheit des Mandats die permanente Möglichkeit, dass Repräsentant:innen wider die Interessen des Volkes entscheiden. Zweitens ist das Volk nicht in seiner Gesamtheit repräsentierbar, ansonsten fehlte es an Legitimation für dessen partiellen Ausschluss von der Machtausübung.¹⁸

Nachdem in den bürgerlichen Revolutionen parlamentarische Repräsentation zum prozeduralen Teil der Volkssouveränität wurde, ließen sich der Minderheitenschutz und die Rechtsstaatlichkeit nicht mehr hinwegdenken.¹⁹ Heruntergebrochen ließe sich sagen: die parlamentarische Repräsentation soll das Volk in Schach halten, die Demokratie die Repräsentant:innen. Es handelte sich um zwei im Grunde widersprüchliche Prinzipien.²⁰ Von der Glaubhaftigkeit der adäquaten Repräsentanz hing das Machtpotential derer ab, die gegen diese Ordnung bzw. deren Repräsentant:innen mobilisierten.

IV. Entwicklungen

Einige Details und spätere Entwicklungen stellen relevante Bezugspunkte für die folgende Auseinandersetzung mit dem gegenwärtigen Populismus dar.

1. Mangelnde Responsivität für ökonomisch Deklassierte

Der repräsentative Ausschlussmechanismus war auch und vor allem ökonomisch motiviert.²¹ Trotz der seit der Nachkriegszeit vorangeschrittenen Entwicklung

¹⁴ Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 95.

¹⁵ Manow, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, S. 46.

¹⁶ Manow, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, S. 33; Wiegand, Demokratie und Republik – Historizität und Normativität zweier Grundbegriffe des Verfassungsstaats, S. 91.

¹⁷ Manow, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, S. 36 ff.

¹⁸ Manow, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, S. 45.

¹⁹ Franke, Die gefährdete Demokratie, 2017, S. 57 f.

²⁰ Müller, Was ist Populismus?, 6. Aufl. 2020, S. 34.

²¹ Zum Fortbestand von ökonomischem Ausschluss und politischer Partizipation während und nach der französischen Revolution: Wiegand, Demokratie und Republik – Historizität und Normativität zweier Grundbegriffe des Verfassungsstaates, S. 66 f.

wohlfahrtsstaatlicher Konzepte, blieb der Einfluss ökonomisch marginalisierter Gruppen auf die Parlamente signifikant geringer.²²

„Der Chor der parlamentarischen Repräsentanten singt, mit einem heftigen Oberklassenakzent.“²³

Was 1960 in Bezug auf die Vereinigten Staaten geäußert wurde, ist auch für Deutschland aktuell belegbar.²⁴ Das parlamentarische repräsentative System kann demnach tatsächlich Demokratiedefizite (re-)produzieren – was das spezifisch Populistische an Elitenkritik ausmacht, und ob ihr ein demokratisierendes Potential innewohnt, bleibt zu klären.

2. Die relative Entmachtung der Parlamente

Neben mangelnder Responsivität gegenüber ökonomisch Deklassierten, ist auch die Entwicklung der Rolle des Parlaments von Relevanz. Die zentralste Verschiebung im Institutionengefüge vollzog sich zunächst zu dessen Gunsten, es wurde symbolträchtiger Ausdruck der neuen Ordnung und alleiniger Ausgangspunkt der politischen Legitimierung von Herrschaft. Seine Zusammensetzung kann trotz der selektiven Responsivität prinzipiell durch die Abgabe der Wahlstimmen beeinflusst werden.²⁵ Es handelt sich um eine dem Mehrheitswillen direkt zugängliche, eine *majoritäre* Institution.²⁶ Dieser Umstand eröffnet den Wähler:innen die größten Möglichkeiten zur direkten Disziplinierung der Mandatsträger:innen bei nicht interessengerechtem Verhalten.²⁷ Zwar besteht der weit überwiegend geäußerte Wunsch, in einer Demokratie zu leben. Zugleich herrscht jedoch weltweit auf fortgesetzt hohem Niveau Misstrauen gegenüber den Parlamenten sowie ein Bedürfnis nach starken herrschaftsbegrenzenden Institutionen – wie

²² Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 18. Man kann mit guten Gründen die wohlfahrtsstaatliche Konzeption auch als System zur Aufrechterhaltung von Ausschlussmechanismen bewerten; sie verweist Bürger:innen mit Partizipationsanspruch auf die Rolle von Bittsteller:innen. Im deutschen Kontext zeigt das die soziale und kulturelle Deklassierung und Depolitisierung von „Hartz IV“-Empfänger:innen, vgl. Butterwegge, APuZ 44-45/2019, 4 (6 f.). Wietschorke vollzieht ausführlich die Entwicklung vom Ausschluss des „Pöbels“ zum Ausschluss des „Nicht-Beschäftigten“ nach, vgl. Wietschorke, APuZ 44-45/2019, 33 ff.

²³ Schattschneider, The Semisovereign People, 1960, S. 35.

²⁴ Elsässer/Hense/Schäfer, ZPol 27 (2017), 161 ff.

²⁵ Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 102.

²⁶ Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 103 f. zum Begriff der *majoritären* Institution. Zürn entwickelt als Gegenbegriff zur *majoritären* Institution den Begriff der *nicht-majoritären* Institution (NMI) und definiert ihn wie folgt: (a) spezialisierte öffentliche Autoritäten, (b) die weder durch Volk gewählt noch durch gewählte Offizielle geleitet werden, und sich stattdessen (c) auf Sachgründe und epistemische Autorität als Grundlage ihrer Entscheidung berufen, vgl. Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 106.

²⁷ Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 95.

Verfassungsgerichten und Zentralbanken.²⁸

Die Bedeutung solcher Institutionen – deren Entscheidungen nicht selten auch entgegen populären Positionen ausfallen und auf Sachgründen und epistemischer Autorität beruhen – wuchs seit der Nachkriegszeit rasant.²⁹ Ihnen kommt bei weitem nicht mehr nur eine herrschaftsbegrenzende, sondern längst auch eine herrschaftsbegründende Rolle zu.³⁰

Sachkenntnis (z.B. durch die EZB oder das RKI) und Rechtsstaatlichkeit (z.B. durch das BVerfG oder den EuGH) stärker in die Politik mit einzubeziehen, kann ihrer Legitimation dienen und sendet ein positives Signal an internationale Investor:innen. Zugleich ergibt sich allerdings auch die Möglichkeit, unliebsame politische Entscheidungen mit dem Verweis auf die Rolle dieser Institutionen auszulagern (sog. blame shifting).³¹

C. Populismus

Um das Verhältnis von parlamentarischer Repräsentation und populistischer Elitenkritik in den Blick nehmen zu können, ist es erforderlich, *Populismus* genauer zu erfassen. Mit zunehmenden Wahlerfolgen populistischer Parteien wurde das Phänomen auch Gegenstand stark polarisierter, populärer und parlamentarischer Debatten. Zumindest mittelbar ergibt sich auch eine staatsrechtliche Dimension dieses Diskurses, da ihm divergierende Verständnisse von Volkswillen und Demokratie zugrunde liegen.

I. Ein umkämpfter Begriff

Populismus wird häufig nicht als analytische Kategorie zur Erfassung politischer Ideologie und Agitation, sondern vor allem stark normativ besetzt verwendet.³² Weil mit Populismusvorwürfen i.d.R. ein mehr oder weniger unterschwellig formulierter

²⁸ Laut der World Values Survey von 2017-2022 wollten mehr als 85 % der Weltbevölkerung in demokratischen politischen Systemen leben und mehr als 60 % der Weltbevölkerung misstrauten ihren Parlamenten, vgl. [Inglehart et al., World Value Survey \(2017-2022\) S. 625 f., 264 f.](#) (Stand: 27.06.2022). Für das Bedürfnis nach starken herrschaftsbegrenzenden Institutionen siehe [Inglehart et al., World Value Survey \(2017-2022\) S. 613 f., 589 f.](#) (Stand: 27.06.2022).

²⁹ Zwischen 1990 und 2008 haben 84 Länder Zentralbanken gestärkt, kein einziges hat sie geschwächt. Die Bedeutsamkeit der NMI hat sich in den 16 OECD-Ländern (die 2001 als demokratisch galten und in der WVS regelmäßig erfasst wurden) zwischen den 1970ern und den frühen 2000ern verdoppelt. Ausführlich bei [Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 111 ff.](#)

³⁰ Insbesondere die wichtige Rolle der Zentralbanken in der Eurokrise sowie die immer selbstbewusstere Rechtsprechung von BVerfG und EuGH zeigen das, vgl. [Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 107.](#)

³¹ [Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 111.](#)

³² [Jann, in: Thaa/Volk, Formwandel der Demokratie, 2018, S. 175.](#)

Vorwurf der Demagogie³³ einhergeht, ist er auch dazu geeignet, die politische Integrität des Gegenübers zu diskreditieren:

„Wer einem anderen das Etikett ‚Populist‘ ankleben kann, hat politisch viel gewonnen.“³⁴

Das ruft Rechtfertigungsimpulse hervor. Es wird versucht, Populismus von seiner negativen Konnotation zu befreien oder ihn umzudeuten. So äußerte sich bspw. Konrad Adam beim Gründungsparteitag der AfD:

„Wenn unsere Volksvertreter ihre Arbeit darin sehen, das Volk zu entmündigen, sollten wir selbstbewusst genug sein, den Vorwurf des Populismus als Auszeichnung zu betrachten. Und alle Welt daran erinnern, dass die Demokratie insgesamt eine populistische Veranstaltung ist, weil sie das letzte Wort dem Volk erteilt: dem Volk, wie gesagt, nicht seinen Vertretern.“³⁵

Dieser Konflikt um die Deutungshoheit macht Populismus nicht zuletzt auch zu einem Kampfbegriff. Bei zu extensiver Verwendung des Begriffes nimmt seine analytische Aussagekraft ab, was letztlich auch normative Urteile inhaltlich entwertet. Eine Gegenüberstellung mit dem Prinzip parlamentarischer Repräsentation und die Untersuchung von Implikationen kann folglich nur mithilfe einer Trennung von analytischen und normativen Kategorien sowie einem konturscharfen Populismusbegriff zu fruchtbaren Ergebnissen führen.

II. Was ist Populismus?

Die Bestimmung der Essenz des Populismus wird dadurch erschwert, dass Populismus lange terminologisch unpräzise war. Es haben sich mit der Zeit verschiedenste Vorschläge und Modelle etabliert. Angeknüpft wird an Rhetorik³⁶ und Ideologie³⁷, Wählerschaft³⁸ und Politikstil³⁹. Die Teilbereiche und Analysen gehen z.T. ineinander über. Ein scharfer Kontrast zwischen den Positionen besteht jedoch bei der Frage, ob es im Populismus notwendige ideologische Prämissen gibt oder ob es sich um eine rein strategische Agitationsform handelt.

³³ Der Begriff stammt von „dēmagōgía“ (griech.) und wird als „Volksverführung, Volksaufwiegelung oder politische Hetze“ übersetzt, vgl. [Duden online](#) (Stand: 27.06.2022).

³⁴ Müller, Was ist Populismus?, S. 16.

³⁵ Zitat entnommen aus Müller, Was ist Populismus?, S. 12.

³⁶ Dahrendorf, Transit 25 (2003), 156.

³⁷ Schäfer/Ziirn, Die demokratische Regression, S. 64 ff.

³⁸ Krause/Spittler/Wagner, Leviathan 32/2017 (Sonderband), 107 ff.

³⁹ Diehl, APuZ 40-42/2016, 12 ff.

1. Populismus als Form politischer Agitation

Letzteres charakterisiert vor allem das lateinamerikanische Verständnis. Das Anstreben von Regierungsmacht durch einen personalisierten Anführer, basierend auf direkter, nicht-institutionalisierter Unterstützung von unorganisierten Anhänger:innen wird dort als populistisch verstanden.⁴⁰

Doch auch mit Fokus auf *westliche* Demokratien werden solche Theorien vertreten. Exemplarisch kann dafür *Dahrendorf* mit der These stehen, Populismus sei im Wesentlichen Vereinfachung der komplexen demokratischen Zusammenhänge.⁴¹ Zweifelsohne sind simplifizierte Darstellungen von komplexen Zusammenhängen typisch für Populist:innen, allerdings gehören sie auch sonst (und z.T. auch notwendigerweise) zum politischen Tagesgeschäft. Isoliert betrachtet kommt dem Kriterium der unterkomplexen Darstellung also höchstens eine indizierende Wirkung zu; zu trennscharfer Abgrenzung taugt sie nicht.

Man könnte nun an diesem Punkt stagnieren und wie *Dahrendorf* behaupten: „*Des einen Populismus ist des anderen Demokratie* [...]“⁴² Statt sich in solcher Polemik zu verlieren, lohnt es sich, der Unterkomplexitätsthese auf den Grund zu gehen.

Mitnichten handelt es sich per se um ein Resultat intellektueller Unterlegenheit, sondern oftmals um eine kalkulierte und systematische Praxis, wie sich anhand der geleakten internen Strategiepapiere der AfD verdeutlichen lässt:

*„Konzentration auf Eingängiges geht vor Vollständigkeit, harte und provokante Slogans sind wichtiger als lange, um Differenzierung bemühte Sätze, die es allen recht machen wollen.“*⁴³ Und weiter: *„Die AfD muss [...] ganz bewusst und ganz gezielt immer wieder politisch inkorrekt sein, zu klaren Worten greifen und auch vor sorgfältig geplanten Provokationen nicht zurückschrecken.“*⁴⁴

Die mitunter absichtlich plumpe Darstellung dient mithin der Provokation, denn einen Tabubruch erreicht man nicht mit differenzierten Statements. Dass die AfD aufmerksamkeitsökonomisch versucht, Tabubrüche für sich zu nutzen, kann aber das Dahrendorfsche Verständnis von Populismus als Politikstil noch nicht widerlegen. Entscheidend ist ein anderer Aspekt: Erfolgreiche politische Selbstinszenierung bildet eine passende Form zur Materie – und es gibt ein zugrunde liegendes ideologisches Gesamtkonzept. So lautet der Titel des geleakten Papiers: *„Dem Volk*

⁴⁰ *Weyland*, in: Kaltwasser et al., *The Oxford Handbook of Populism*, 2017, S. 48.

⁴¹ *Dahrendorf*, *Transit* 25 (2003), 156 (159).

⁴² *Dahrendorf*, *Transit* 25 (2003), 156.

⁴³ [AfD-Bundesvorstand, AfD-Manifest 2017](#), S.9.

⁴⁴ [AfD-Bundesvorstand, AfD-Manifest 2017](#), S. 11 f.

*die Staatsgewalt zurückgeben.*⁴⁵

Die AfD suggeriert, der Staat sei dem Zugriff des Volkes entzogen – und unter ihrer Herrschaft könne die Volkssouveränität wiedererlangt werden. Sie möchte sich als gezeißelte Aussprecherin des eigentlichen Volkswillens inszenieren, wenn sie für ihre Provokationen kritisiert wird. So heißt es weiter: *„je nervöser und je unfairer die Altparteien auf Provokationen reagieren [,] desto besser“* und *„die AfD lebt gut von ihrem Ruf als Tabubrecherin und Protestpartei.“*⁴⁶ Natürlich ist sie dabei nur ein spezifisches Beispiel für Kräfte, die als populistisch gelten. Es besteht die Gefahr, das Phänomen mangels abstrahierbarer Merkmale nur tautologisch erklären zu können.

2. Inhaltliche Charakteristika des Populismus – eine „dünne“

Ideologie?

Dem gilt es nachzugehen, denn bspw. der Erfolg linkspopulistischer Parteien in Südeuropa lässt sich sicherlich nicht durch das Polemisieren gegen politische Korrektheit erklären.⁴⁷ Das diesen Bewegungen zugrunde liegende Theorem einer vertikal in *Volk* und *Elite* aufgetrennten Gesellschaft bildet ihren ideologischen Kitt.⁴⁸ Ob nun wie von der AfD moralisch im Konzept der *political correctness*, von Donald Trump kulturell in *Kosmopolit:innen* oder von der Occupy-Bewegung ökonomisch in *the one percent* verortet: In den entsprechenden Narrativen stellen Eliten die als Einheit verstandene Souveränität des Volkes infrage. Sie korrumpieren das eigentlich *reine Volk*.⁴⁹

Ohne weitere Bestimmung bleiben *Volk* und *Elite* jedoch leere Signifikanten. *Mudde* führte für Populismus deshalb den Begriff einer *dünnen Ideologie* ein, der einer Verbindung mit einer Kernideologie bedürfe. Demzufolge könnte es gleichermaßen linken, rechten, ökologischen und religiösen Populismus geben.⁵⁰ Mit dem Volk-Eliten-Antagonismus hat *Mudde* ein zentrales Merkmal von Populismus erfasst. Allerdings ist die ideologische Basis der aktuellen populistischen Welle nicht so „dünn“ wie behauptet. Bei genauerer Betrachtung von Voraussetzungen und Funktion des Konstrukts *Eliten versus Volkswillen* lassen sich weitere Charakteristika herausarbeiten, welche wiederum Einfluss auf die Analyse der Implikationen populistischer Elitenkritik haben.

⁴⁵ [AfD-Bundesvorstand, AfD-Manifest 2017](#), S. 1.

⁴⁶ Vgl. [AfD-Bundesvorstand, AfD-Manifest 2017](#), S. 10 f.

⁴⁷ Vgl. *Manow*, APuZ 9-11/2019, 33 (38 f.).

⁴⁸ *Krause/Spittler/Wagner*, *Leviathan* 32/2017 (Sonderband), 107 (108).

⁴⁹ *Mudde*, *Government and Opposition* 39 (2004), 542 (543).

⁵⁰ [Spier, bpb v. 25.09.2014](#) (Stand: 27.06.2022).

D. Der Volkswillen im Populismus

Als Ausgangspunkt ist die Herleitung des Volkswillens in den Blick zu nehmen. Das populistische Narrativ der Volkssouveränität bricht mit dem prozedural-demokratischen Verständnis: Nicht länger ist das Volk *abstrakte Legitimationsinstanz*⁵¹, es nimmt eine kontestatorische Funktion ein:

*„Die Volkssouveränität wird nachträglich als Mechanismus zur Befragung und Kritik in den schon konstituierten Verfahren des politischen Systems eingeführt, um die Verselbstständigung der Funktionseliten zu skandalisieren.“*⁵²

Zumeist geht der Volkswille in populistischen Narrativen aus *substanzieller Homogenität* hervor.⁵³ Entscheidend ist die Vorstellung eines eigentlich objektiven, nichtfiktiven Volksinteresses; eines Volkswillens, der in seiner unverfälschten und *reinen* Form der partikularistischen Einflussnahme staatskorrumpierender Eliten gegenübersteht.⁵⁴

Aus dem Volk als „*Kreis der politisch Berechtigten*“⁵⁵, die eine in dynamischen Prozessen abrufbare Vorstellung vom allgemeinen Willen zu formulieren haben, wird bei der populistischen Reklamation des *volonté générale* ein *wahres Volk*, in dem das Interesse der Bürger:innen objektiv, homogen und feststehend abrufbar ist.⁵⁶ Folgt man diesen, den gegenwärtigen Populismus dominierenden Annahmen und nimmt den Volkswillen als widerspruchsfrei und eindeutig, als schlechthin gesetzt an, muss er nur noch erspürt und umgesetzt werden.

I. Populistische Elitenkritik dient der Selbstlegitimation

Das ist von außerordentlicher Relevanz für den Standpunkt der populistischen Politiker:innen zum Volk – denn auch diese müssen dann plausibilisieren, warum das moralisch so erhabene Volk sie überhaupt benötigt. Schließlich treten sie ebenfalls mit einem Repräsentationsanspruch an.⁵⁷ Gerade weil das Volk einen

⁵¹ Manow, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, S. 36 ff.

⁵² Möller, ZfP 4/2019, 430 (435).

⁵³ Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 65.

⁵⁴ Wolkenstein, in: Mayer/Schäfer, Populismus - Aufklärung - Demokratie, 2019, S. 45 (52 ff.).

⁵⁵ Nach Kelsen sind das die Gesamtheit jener Menschen, die innerhalb eines bestimmten Staatsgebiets über politische Teilhaberechte verfügen, vgl. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2018 (Originalausgabe von 1929), S. 165; es handelt sich also um eine potenziell heterogene Gruppe.

⁵⁶ Vgl. Müller, Was ist Populismus?, S. 47 f.

⁵⁷ Müller, APuZ 9-11/2019, 18 ff.

prädestinierten, einheitlichen Willen hat, sind Vermittlungsinstanzen grundsätzlich nicht erforderlich und gewünscht.⁵⁸ Dieser Umstand macht die Abgrenzung zu den Eliten unabdingbar. Ohne deren korrumpierende Einflüsse gibt es keine politische Agenda für Populist:innen. Was die spezifisch populistische Elitenkritik auszeichnet, ist also eine intrinsische Motivation, „die da oben“, „die Systemparteien“ oder „die Lügenpresse“ zu kritisieren.

Dies markiert ein zentrales Wesensmerkmal populistischer Elitenkritik. Eine korrekte Differenzierung ist unabdingbar – jedwede Form von Kritik an Elitenbildung als populistisch zu brandmarken und damit der gesellschaftlichen Stigmatisierung auszusetzen, wäre eine fatale Begrenzung notwendiger Kritik an tatsächlichen, demokratischen Defiziten.

II. Populistische Elitenkritik proklamiert einen Anspruch auf alleinige Repräsentation des Volkes

Populistische Führungsfiguren werden stets darauf bedacht sein, die identitätsstiftende Abgrenzung zu Eliten zu betonen. Populist:innen nehmen in Anspruch, sie (allein) repräsentierten *das Volk* und könnten ihm zur Volkssouveränität zurück verhelfen.⁵⁹ Ihr Anspruch, die *Nicht-Repräsentierten* zu repräsentieren, erfordert, performative Zugehörigkeit zu dieser Gruppe zu zeigen.⁶⁰ Mit der substanziellen Herleitung des Volkswillens wirken vormoderne Vorstellungen von Personalisierung in der Repräsentation fort.⁶¹

Tatsächlich geht diese Strategie auf: Dass ein Milliardär wie Trump oder Vertreter der Oberschicht wie Bolsonaro oder Orban erfolgreich Politik wider die *Eliten* betreiben, wirkt paradox, zeigt aber zugleich ein bestimmtes Elitenverständnis an. Es geht ihnen weder um Repräsentation an sich (sie richten sich nur gegen solche auf empirisch-majoritärer Grundlage, in der es vermittelnde Zwischeninstanzen gibt)⁶² noch notwendigerweise darum, dass sie Elitenherrschaft per se für schlecht halten. Vielmehr richten sie sich gegen die aktuelle Besetzung gesellschaftlicher Positionen.⁶³

⁵⁸ Vgl. Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 66 zu nichtmediatisiertem Volkswillen als Wesensmerkmal des Populismus.

⁵⁹ Müller, APuZ 9-11/2019, 18 ff.

⁶⁰ Die Inszenierung als „Mann:Frau des Volkes“ erfolgt durch symbolische Repräsentationsakte. Das Mitführen einer Deutschlandflagge in einer Talkshow von Björn Höcke ist dafür ein Beispiel par excellence, vgl. Diehl, APuZ 40-42/2016, 12 (13).

⁶¹ Vgl. Diehl, APuZ 40-42/2016, 12 (15 f.); Müller, Was ist Populismus?, S. 47: „Die Vertreter von Körperschaften wie Adel, Klerus oder eben auch dem ‚gemeinen Volk‘ artikulieren mehr oder weniger feststehende Interessen [...]“.

⁶² Möller, ZfP 4/2019, 430 (439); Müller, Was ist Populismus?, S. 66.

⁶³ Vgl. Müller, Was ist Populismus?, S. 44 f.

III. Populistische Elitenkritik ist absolut

Geht man von diesen Voraussetzungen aus, erschließt sich auch der Zusammenhang zur von *Dahrendorf* herangezogenen Unterkomplexität: Für Differenzierungen und kontradiktorische soziale Beziehungen innerhalb des Kollektivsubjekts *Volk* ist wenig Platz, fußt doch die eigene Mobilisierungskraft und Legitimation auf dem elementaren Kontrast zu den Eliten. Damit ist noch nicht gesagt, dass populistische Elitenkritik per se die Evidenz verfehlt. Allerdings wird bei inneren Widersprüchlichkeiten die Analyse zugunsten des prädeternierten Ergebnisses leiden. Horizontale Spaltungen und Widersprüche müssen einer absoluten Gegenüberstellung weichen.⁶⁴

IV. Populistische Elitenkritik führt zu Antipluralismus

Das Verständnis vom *Volk* und dessen Willensbildung sorgt für Spannungen. Als 2015 durch Dresdens Straßen „*Wir sind das Volk*“ hallte, war nicht „*Wir sind* [auch] *das Volk*“ gemeint – der Subtext lautet: „[Nur] *wir sind das Volk*.“⁶⁵ Das hier substanziell verstandene Volk wäre mit der Habermasschen Vorstellung „*Es* [das Volk] *tritt nur im Plural auf*“⁶⁶ nicht vereinbar, denn im pluralistischen Verständnis wird der Volkswille nicht substanziell begründet, sondern diskursiv ausgehandelt. Auch aus alternativen Konzeptionen eines *wahren* Volkes, für das ein moralischer Alleinvertretungsanspruch besteht, ergibt sich, dass „*Konkurrenten um die Macht als grundsätzlich illegitim abqualifiziert werden müssen*.“⁶⁷ In der Tendenz sind populistische Bewegungen daher antipluralistisch.

E. Zeitgeschichtliche Einbettung und Krisen des gegenwärtigen Populismus

Die aufgezeigten Implikationen des Populismus veranschaulichen zunächst abstrakte Tendenzen, die von populistischen Kräften ausgehen. Leben die zugrundeliegenden Konflikte und Widersprüchlichkeiten der Repräsentationsfrage auf, gehen starke Impulse vom Populismus aus und es ist durchaus möglich, dass populistische Positionen gesellschaftlich hegemonial werden.

Entscheidend ist die Resilienz der infrage gestellten Ordnung. Bröckelt sie, werden

⁶⁴ *Voßkuhle*, *Der Staat* 57 (2018), 119 (123).

⁶⁵ *Müller*, *Was ist Populismus?*, S. 44.

⁶⁶ Vgl. *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 607.

⁶⁷ *Müller*, *APuZ* 9-11/2019, 18 (Hervorhebung nur hier). Die Distanz zu Partikularismus oder Pluralität soll auch dadurch verdeutlicht werden, dass man als populistische Partei versucht, den Begriff „*Partei*“ als Selbstbezeichnung zu vermeiden: z.B. *Alternative* (für Deutschland) oder *Movimento* (cinque stelle), vgl. *Voßkuhle*, *Der Staat* 57 (2018), 119 (125 f.).

die abstrakten Implikationen der populistischen Elitenkritik zu konkreten Größen. Ausschlaggebend zur Bestimmung des populistischen Potentials sind deshalb die Krisen seines Schauplatzes. Die Lehman-Bankenkrise und die sog. Flüchtlingskrise 2015 waren Geburtsstunden vieler populistischer Strömungen; sie können dazu dienen, zu illustrieren, welche Implikationen vom Populismus in der Praxis ausgehen.

I. Zeitgeschichtliche Einbettung

Um den Zusammenhang zwischen dem Erstarren des Populismus und den Krisen liberaler Demokratien zu verstehen, muss jedoch zunächst eine zeitgeschichtliche Einbettung des gegenwärtigen Populismus vorgenommen werden. Nach dem Zusammenfall der Sowjetunion wurde „das Ende der Geschichte“⁶⁸ ausgerufen. Die Systemfrage schien endgültig zugunsten des Liberalismus entschieden.

Einen „ungenierten Sieg des ökonomischen und politischen Liberalismus“⁶⁹ gleichermaßen kann man heute jedoch nicht statuieren. Tatsächlich eingetreten ist eine Dekonsolidierung der Nationalstaaten und eine Öffnung der Märkte. Die Entwicklung des politischen Liberalismus hingegen ist von Widersprüchlichkeit geprägt.

Einerseits kann in Bezug auf die Ausweitung demokratischer Partizipationschancen und deren kaum mehr infrage gestellte Legitimation von einer „Demokratisierung der Demokratie“⁷⁰ gesprochen werden. Eine „Entdemokratisierung der Demokratie“⁷¹ findet parallel derart statt, dass ein populistisches, vom Gewand des Minderheitenschutzes, der Gewaltenteilung und der Rechtsstaatlichkeit entkleidetes Demokratieverständnis liberale Ordnungen zunehmend intern infrage stellt.

Ist diese auf Volkssouveränität⁷² und Mehrheitsprinzip reduzierte *illiberale Demokratie*⁷³ dabei eine bloße Begleiterscheinung? Wie stehen der ökonomische und der politische Liberalismus in Zusammenhang?

Im Legitimierungsdiskurs von Herrschaft wird das negierte Gegenprinzip stets mitgeführt; durch das Wegfallen der Systemalternativen des autoritären Staatssozialismus und des Faschismus verlagert sich der Legitimationsdiskurs ins

⁶⁸ Fukuyama, The National Interest No. 16 (1989), 3 (4).

⁶⁹ Fukuyama, The National Interest No. 16 (1989), 3.

⁷⁰ Manow, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, S. 27. ff.

⁷¹ Manow, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, S. 119 ff.

⁷² Als die „entkleidete“, substantiell begründete und direkte Ausübung des Volkswillens verstanden.

⁷³ Vgl. [Orban, Eröffnungsrede zur 30. Sommeruniversität Băile Tușnad v. 27.07.2019](#) (Stand: 27.06.2022).

Demokratie-interne.⁷⁴

Die Globalisierung als Universalisierung der Märkte sollte eine Universalisierung der Werte mit sich bringen, denn ohne (verlässliche und damit kalkulationssichere) Bedingungen, die den privatautonomen Status der Marktteilnehmer:innen sichern, war das wirtschaftliche Wachstum kaum vorstellbar. Die Entkopplung der neuen sozialen Bewegungen der 60er-Jahre und das Aufkommen neuer identitätspolitischer Diskurse sind zugleich weniger mit antikapitalistischen Standpunkten verwoben als früher. Der *progressive Neoliberalismus*⁷⁵ hat es geschafft, *Diversity* und selbstunternehmerischen Zeitgeist („*everybody can make it*“, „*Frauen in den Dax*“) zu vereinen.⁷⁶ Der Kosmopolitismus ist in der ökonomischen Entwicklung verwachsen. Als maßgebliche Revolution unseres Zeitalters wirft die Globalisierung viele Fragen auf. Wie durchlässig sollen Grenzen sein? Sind politische Entscheidungen national oder supranational zu treffen? Infolgedessen hat sich eine neue, den gegenwärtigen Populismus prägende Konfliktlinie herausgebildet, die sich mit klassischen Links-Rechts-Schemata kaum erfassen lässt.⁷⁷

II. Die Eliten in der neuen Konfliktlinie

In der Globalisierung werden Eliten neu definiert – Geld-, Sach- und Humankapital profitieren von Grenzöffnungen.⁷⁸ Ideell stehen Individualismus, Universalismus und Verallgemeinerungsfähigkeit der Werte für das, was heute als Kosmopolitismus gilt.⁷⁹ Der Kommunitarismus betrachtet Gesellschaft und Identität als konstitutive Bedingungen für soziale Gesinnungen und Haltungen.⁸⁰ Beides wird zu entgegenstehenden Polen, wenn Universalisierungstendenzen den Nationalstaat dekonsolidieren.

Populist:innen positionieren sich in dieser *postnationalen Konstellation*⁸¹ stets kommunitaristisch, d.h. sie bringen in Globalisierungsfragen, wie dem freien Verkehr von Waren oder Personen (insb. Migration), den Nationalstaat gegen die

⁷⁴ Manow, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, S. 121 f.

⁷⁵ Fraser, Blätter für Deutsche und internationale Politik 2/2017, 71 ff.

⁷⁶ Diese Politik lässt sich frühzeitig bei Bill Clinton entdecken, der einerseits die neuen sozialen Bewegungen umwarb, andererseits aber der Wallstreet avancierte. Hillary Clinton wurde mit diesem Politikstil identifiziert. Nachdem der progressive Neoliberalismus gesellschaftlich hegemonial wurde, war ihre Niederlage Ausdruck der erfolgreichen gegenhegemonialen Organisation, vgl. Fraser, Blätter für Deutsche und internationale Politik 2/2017, 71 ff.

⁷⁷ Vgl. Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 75.

⁷⁸ Vgl. Manow, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, S. 167 ff.

⁷⁹ Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 77.

⁸⁰ Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 77.

⁸¹ So paraphrasiert Habermas den Effekt, den die Globalisierung auf die nationalstaatliche Ordnung hatte, vgl. Habermas, Blätter für Deutsche und internationale Politik 7/1998, 1 ff.

Eliten und gefürchteten Szenarien in Stellung. In sich ist das konsequent, denn Populismus knüpft immer an den partiellen Ausschluss des Volkes von der (unmittelbaren) Machtausübung an – und dieser ist in der globalisierten Welt tatsächlich ausgeweitet.⁸²

III. Populismus äußert sich institutionsfeindlich

Als in der durch die Insolvenz der Lehman-Brothers-Bank ausgelösten Finanzkrise das international verstrickte Bankensystem drohte, ganze Volkswirtschaften in den Ruin zu treiben, geriet die Eurozone in Zugzwang und die Stunde von kosmopolitisch und technokratisch orientierten Institutionen war gekommen. Die aus IWF, EZB und EU-Kommission bestehende *Troika* wurde zur maßgeblichen Entscheidungsträgerin.⁸³

Die Konditionen der von der Troika geprägten Austerität entzogen den betroffenen Staaten den Großteil ihres wirtschaftlichen Handlungsspielraums, alternative wirtschaftspolitische Strategien (etwa eine sozialere wohlfahrtsstaatliche Ausrichtung) wurden damit nahezu unmöglich.⁸⁴ Dass in Griechenland die linkspopulistische Syriza nach der erfolgreichen Politisierung dieses Umstands und der Regierungsübernahme ein Volksreferendum über das anstehende dritte Rettungspaket anberaumte, fügt sich in die Logik eines nicht-mediatisierten Volkswillens als populistische Agitationsstrategie gegen Repräsentationsdefizite ein. Das mit 60 % gegen die Vorschläge der als *die Institutionen* bezeichneten Troika ausgefallene Referendum scheiterte an der Weigerung der EU, woraufhin die Partei Syriza weitreichende Zugeständnisse machte und so den Rückhalt in der Bevölkerung verlor.⁸⁵

Die *Alternativlosigkeit* des Austeritätskurses wurde als Repräsentationslücke empfunden, welcher die Machtverschiebung zugunsten von technokratischen Institutionen und Verfassungsgerichten zugrunde lag. Der Nationalstaat als Ort der demokratischen Partizipation wurde als entmachtet wahrgenommen. Dass in den gebeutelten südeuropäischen Staaten infolgedessen linkspopulistische Bewegungen erfolgreich gegen die maßgeblich von nicht-parlamentarischen Institutionen

⁸² Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Entwicklung sog. NMI wie Verfassungsgerichte und Zentralbanken, vgl. Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 110 ff.; zur Dekonsolidierung des Nationalstaats insgesamt Manow, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, S. 168. Mouffe äußert, das Projekt einer kosmopolitischen Demokratie sei: „[...] nicht mehr als ein leerer Name, der das tatsächliche Verschwinden von Regierungsformen überdecken [...]“ würde, vgl. Mouffe, Das demokratische Paradox, 2018, S. 54.

⁸³ Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 142.

⁸⁴ Vogel, bpb v. 03.02.2014 (Stand: 27.06.2022).

⁸⁵ Vgl. Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 142.

gesteuerte Politik angingen und mit europakritischen Inhalten große Wahlerfolge erzielten, ist deshalb kein Zufall.⁸⁶

IV. Populismus äußert sich antiliberal, autoritär und tendenziell nationalistisch

In der äußerst polarisierten, im Jahr 2015 unter dem Begriff *Migrationskrise*⁸⁷ entflammten, Debatte um die Zuwanderung nach Deutschland offenbarte sich ein anderes Wesensmerkmal des Populismus. Der Begriff *Volk* ist eine Signifikante, die einer identitätspolitischen Ausfüllung bedarf. Wer gehört (potenziell) zum deutschen Volk und wer nicht?

Die Argumentationsstrategie der *neuen Rechten*⁸⁸ in der Debatte war oberflächlich vor allem kulturalistisch geprägt. Wer ihren völkischen Antipluralismus verstehen möchte, macht es sich jedoch zu einfach, ihn als eine Ablehnung *des Islam*, oder *anderer Kulturen* anzusehen.⁸⁹ So äußerte Björn Höcke anlässlich eines Moscheebaus in Erfurt: „*Der Islam ist nicht mein Feind, unser größter Feind ist die Dekadenz.*“⁹⁰ Aufbauend auf dem Szenario eines *Clashes der Kulturen* und dem Erfolg von Werken wie „*Deutschland schafft sich ab*“, wurde ein Narrativ entwickelt, in dem liberale Kosmopolit:innen – allen voran *Angela Merkel* – verantwortlich für die Gefährdung der deutschen Identität durch die drastische Zunahme von Asylbewerber:innen seien.⁹¹ Eng am Schmittianischen Begriff des

⁸⁶ Manow, APuZ 9-11/2019, 33 (38 ff.) plausibilisiert die geografischen Unterscheide bei der links- oder rechtspopulistischen Ausprägung des Populismus in Europa anhand dessen, dass in Südeuropa eher der globalistische freie Warenverkehr den Wohlfahrtsstaat bedrohte, während offene Sozialsysteme in Nordeuropa rechtspopulistische Migrationsgegner:innen auf den Plan riefen.

⁸⁷ Häufig werden die Vorgänge von 2015 dahingehend missgedeutet, dass sie tatsächlich eine *akute* Krise (zum Krisenbegriff mit Differenzierung zwischen latenten und akuten Krisen: Merkel, APuZ 40-42/2016, 4 [6 f.]) darstellten. Dabei waren sie eigentlich nie bestandsgefährdend für die deutsche Gesellschaft. Lediglich intensivierten sie bereits bestehende gesellschaftliche Spaltungen und gingen im Kern v.a. auf eine – dort auch tatsächlich *akute* – Krise im Nahen Osten zurück, vgl. Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 150.

⁸⁸ Der Begriff wird in Anlehnung an Weiß, Die autoritäre Revolte, 2017, verwendet und umfasst in Deutschland neben der AfD z.B. die Identitäre Bewegung, das Institut für Staatspolitik, diverse rechte Medien sowie einige weitere Protagonist:innen des Rechtsrucks.

⁸⁹ Weiß, Die autoritäre Revolte, S. 17 ff., veranschaulicht, dass zumeist ethnopluralistische Vorstellungen, in denen fremde Kulturen erst bei „*Vermischung*“ der Völker problematisch werden, zugrunde liegen und der politische Islam in erster Linie abgelehnt wird, weil er nicht autochthon ist, es aber im Grunde viele inhaltliche Schnittmengen gibt.

⁹⁰ Vgl. Müller, FAZ v. 18.05.2016 (Stand 25.06.2022).

⁹¹ Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 151.

Politischen orientiert,⁹² wird der Liberalismus zum „Feind im Innern“.

So sprach Götz Kubitschek, der Leiter des wohl wichtigsten Thinktanks der neuen Rechten, dem Institut für Staatspolitik (IfS), bereits 2007 von „*Heerscharen blinzelnder Deutscher*“, die durch „*ein warmes Wohnzimmer, Nachschub an Nahrung und Flüssigem, eine Spielekonsole, Fernseher, DVD-Gerät und die Möglichkeit folgenlos mit ihrer Freundin zu verkehren*“, „*der Härte ihres Schicksals beraubt*“ seien.⁹³ Diese „*Dekadenz*“ gälte es durch die gezielte Provokation zu durchbrechen. Die Identitäre Bewegung, Vertreter:innen der AfD und diverse Redakteur:innen neurechter Medien wurden in den geschlossenen Tagungen des IfS in diesem Geiste geschult; die eingangs erwähnte Provokationstaktik der AfD fügt sich in diese Historie ein.⁹⁴

Im Buhlen um die *besorgten Bürger* entwickelt der Linkspopulismus keine kommunitaristische Alternative zum Nationalismus der neuen Rechten, sondern affirmiert (bisher politisch recht erfolglos) deren Narrative. Die Identitätspolitik des gegenwärtigen Populismus muss als autoritär verstanden werden, denn er richtet sich nicht nur gegen Eliten, sondern erklärt auch all diejenigen zu Feinden, von denen eine Gefährdung für die Volksidentität auszugehen scheint.⁹⁵

F. Populist:innen an der Macht

Die dargestellten Krisen zeigen, dass sich im Zeitalter der Globalisierung das Verständnis eines prädestinierten, homogenen Volkswillens institutionsfeindlich, antiliberal und nationalistisch konkretisiert. Wie wirkt sich das autoritäre Programm der Populist:innen aus, wenn ihre Machtergreifungsstrategie aufgeht?

I. Ungarn unter Orban

So äußerte sich Viktor Orban zu der Kritik an der Zermürbung des ungarischen Rechtsstaats wie folgt:

⁹² Vgl. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 9. Aufl. 2015, S. 19: „*Der Begriff des Staates setzt den Begriff des Politischen voraus.*“; ebd., S. 25: „*Die spezifisch politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen, ist die Unterscheidung von Freund und Feind.*“; ebd., S. 31: „*Denn zum Begriff des Feindes gehört die im Bereich des Realen liegende Eventualität eines Kampfes.*“; ebd., S. 42: „*Diese pluralistische Staatstheorie [...] ignoriert den Begriff jeder Staatslehre, das Politische [...].*“; ebd., S. 43: „*Die Notwendigkeit innerstaatlicher Befriedung führt in kritischen Situationen dazu, dass der Staat als politische Einheit von sich aus, solange er besteht, auch den ‚innern Feind‘ bestimmt.*“.

⁹³ Zitiert nach Weiß, *Die autoritäre Revolte*, S. 130.

⁹⁴ Vgl. Weiß, *Die autoritäre Revolte*, S. 129 ff.

⁹⁵ Möller, *ZfP* 4/2019, 430 (437).

„Das Volk hat dem ungarischen Parlament [...] guten Rat gegeben, eine gute Anweisung erteilt, die es auch befolgt hat. In diesem Sinne richtet sich Kritik an der ungarischen Verfassung nicht an die Regierung, sondern an das ungarische Volk. Anders als sie uns glauben machen wollen, hat die Europäische Union kein Problem mit der Regierung [...]; die Wahrheit ist: Sie greifen Ungarn selbst an.“⁹⁶

Hier spiegelt sich, worauf die Implikationen populistischer Politik gegen die „Eliten“ hinauslaufen: Man ist eins geworden mit dem Volk und wegen des alleinigen Repräsentationsanspruchs immunisiert gegen Kritik und Eingriffe von supranationalen Mächten und Institutionen, die den Mehrheitswillen einschränken oder mediatisieren. Der objektive Volkswille soll unmittelbar durch die Regierung umgesetzt werden. Aus 2,7 Millionen von 8 Millionen Wahlberechtigten, die Fidesz 2010 ihre Stimme gaben, wird *das ungarische Volk*, dessen Regierungsauftrag den *Rat*, ohne Weiteres eine neue Verfassung zu schreiben, wohl stillschweigend mitumfasst.⁹⁷

Seit der Verfassungsänderung, auf die Orban Bezug nimmt, wird die vordiskursive *Substanz* von der Verfassung nun *anerkannt* und genießt kategorischen Vorrang gegenüber dem Europa- und Völkerrecht. So heißt es in der ungarischen Verfassung: *„Wir sind der Auffassung, dass der Schutz unserer in unserer historischen Verfassung verwurzelten Identität eine grundlegende Verpflichtung des Staates ist.“*⁹⁸ Das ungarische Verfassungsgericht statuierte:

*„Das Verfassungsgericht stellt fest, dass die verfassungsmäßige Identität Ungarns ein grundlegender Wert ist, der nicht durch die Verfassung geschaffen wurde – sie wird lediglich durch die Verfassung anerkannt. Folglich kann die verfassungsmäßige Identität nicht im Wege eines völkerrechtlichen Vertrages abbedungen werden [...]“*⁹⁹

Die intrinsische Notwendigkeit, sich gegen die *Eliten* abzugrenzen, sorgt dafür, dass der zugrunde liegende Antagonismus weiterhin bespielt werden muss, auch wenn man – wie im Falle *Orbans Fidesz* – inzwischen selbst die Funktionselite stellt. Globalistische Eliten stellen für sie Feinde von innen und außen zugleich dar, welche die EU nutzen, um die ungarische Volksidentität zu zersetzen.

II. Die Dynamik autoritärer Staatstransformation

Auch in Polen, den USA (unter Trump), Brasilien und anderen, von autoritären

⁹⁶ Zitiert nach Batory, *Democratization* 23 (2016), 283 (290).

⁹⁷ Vgl. Müller, *Was ist Populismus?*, S. 79.

⁹⁸ Präambel des Grundgesetzes Ungarns, sog. Nationales Bekenntnis.

⁹⁹ Verfassungsgericht von Ungarn, [Entsch. v. 30.11.2016 - 22/2016. \(XII. 5.\)](#) -, Rn. 67.

Populist:innen regierten Staaten, versuchten die Machthaber:innen mit unterschiedlichem Erfolg Minderheiten- und Oppositionsrechte einzuschränken.¹⁰⁰ Empirisch nachweisbar nimmt die Demokratiequalität ab, während Populist:innen regieren.¹⁰¹

„Autoritäre Populisten vermeiden zwar die Zerstörung der Erscheinungsform der Demokratie, weil sie sich durch Wahlen legitimieren möchten, sie entstellen diese aber bis zur Unkenntlichkeit.“¹⁰²

Im Kern sind autoritäre Populist:innen auch nach ihrer Machtübernahme noch zutiefst misstrauisch gegenüber dem Parlamentarismus und tendieren dazu, Systeme präsidentialer zu gestalten.¹⁰³ Die Vorstellung, exklusiv das „wahre“ Volk zu repräsentieren, bietet Spielraum für Szenarien, in denen gegnerische Vertreter:innen „gezählt, aber nicht gewählt“¹⁰⁴ werden oder Wahlen „gestohlen“¹⁰⁵ werden, wenn die Empirie den *wahren Volkswillen* nicht deckt. Jedoch ist typischerweise nicht das Wahlrecht direktes Ziel der populistischen Attacken.¹⁰⁶ Die Voraussetzungen und Umstände der Wahl werden jedoch in hohem Maße beeinflussbar. Bei der Durchsetzung der autoritären Transformation werden zentrale staatliche Institutionen wie Verfassungsgerichte häufig zum wichtigsten Ziel der populistischen Herrschaftssicherung.¹⁰⁷

G. Resümee

Populistische Elitenkritik changiert im demokratischen Paradoxon des *gespaltenen Volkes* (B.) und versucht, das *nicht Repräsentierbare* zu mobilisieren. Repräsentation wird dabei jedoch nicht länger als prozeduraler Teil der Volkssouveränität verstanden, sondern durch eine Fiktion eines objektiven und homogenen Volkswillens ersetzt, der durch die aktuelle Besetzung der Repräsentant:innen korrumpiert werde (C.). In der postnationalen Konstellation wird der *Volk vs. Eliten*-Antagonismus von der Konfliktlinie *Kommunitarist:innen vs.*

¹⁰⁰ Voßkuhle, Der Staat 57 (2018), 119 (130 f.).

¹⁰¹ Das ergibt sich aus dem Datensatz des Annual Democracy Reports 2019 für Polen, die Türkei, Indien, Russland, Ungarn, Brasilien und die USA (Stand 2020), jeweils gemessen am Liberal Democracy Index, vgl. [V-Dem-Institut, Universität Göteborg, V-Dem Annual Democracy Report 2019](#), Tabelle 1.1, S. 21 ff.

¹⁰² Schäfer/Zürn, Die demokratische Regression, S. 178.

¹⁰³ Voßkuhle, Der Staat 57 (2018), 119 (126).

¹⁰⁴ So äußerte sich Norbert Hofer zum Wahlsieg von Alexander van der Bellen, vgl. Müller, APuZ 9-11/2019, 18 (20).

¹⁰⁵ Diesen Mythos verbreitete Trump nach seiner Abwahl, vgl. [Stolz, Tagesspiegel v. 05.06.2021](#) (Stand: 27.06.2022).

¹⁰⁶ Müller, Was ist Populismus?, S. 74 f.

¹⁰⁷ Vgl. Voßkuhle, Der Staat 57 (2018), 119 (130).

Kosmopolit:innen überschrieben (D.). Die in der Globalisierung verschränkte, steigende Bedeutung der *nicht-majoritären* Institutionen steht in Konflikt mit dem populistischen Verständnis einer möglichst nicht-mediatisierten Umsetzung des Volkswillens. Gegenwärtige populistische Elitenkritik äußert sich deshalb institutionsfeindlich und tendenziell nationalistisch. Bei einer erfolgreichen Machtübernahme spiegelt sich der populistische Antipluralismus in einer autoritären Transformation des Staatswesens wider (F.). Dabei bleibt das Wahlrecht zwar meist unangetastet, die Umstände der Wahl und die Rechtsstaatlichkeit können jedoch in hohem Maße beeinflusst werden. Letztlich fehlt es aber an glaubwürdigen und partizipativen Optionen in der transnationalen Konstellation. Denn wenn universalistische Politik einseitig mit dem neoliberalen Entzug von Partizipationschancen assoziiert wird, folgt der autoritäre Populismus auf dem Fuße – und in Ungarn zeigt sich, dass die Anrufung eines *wahren Volkes* wie eine selbsterfüllende Prophezeiung auf Staat, Verfassung und Gesellschaft wirken kann.

Die Zulässigkeit von Steuervergünstigungen als Investitionsanreize aus US-amerikanischer und europäischer Perspektive

Nils Seidel*

Abstract: Im globalen Wettkampf um die Ansiedlung von Großunternehmen hat der internationale Steuerwettbewerb einen festen Platz errungen. Staaten versuchen vermehrt, durch die umfangreiche Gewährung von Steuervergünstigungen Investitionsanreize zu setzen. Doch wie weit dürfen (mit-)gliedstaatliche Gesetzgeber dabei gehen? Dieser Beitrag beleuchtet die Grenzen der Gewährung von Steuervergünstigungen als Investitionsanreize nach dem unionsrechtlichen Beihilfenverbot und dem Commerce Clause der US-Verfassung.

A. Einleitung

Als Amazon 2017 ankündigte, ein zweites Hauptquartier in Nordamerika errichten zu wollen, sahen viele Städte, Regionen und Gliedstaaten den Moment ihrer Geschichte gekommen. Auf die Aufforderung Amazons „*to think big*“ reagierten die Bewerber in der Tat *big*. Denn neben eher harmlosen Angeboten wie der Reservierung eines Wagens in jeder städtischen U-Bahn nur für Amazon-Mitarbeiter wurden Steuergeschenke in historischem Ausmaß angeboten. 50.000 Jobs sollte das neue Hauptquartier schaffen. Dies war es Bietern bereits wert, für das perfekte Gebot neue Steuergesetze zu entwickeln und bestehende Anreizstrukturen bis zum Maximum auszureizen. So bot der Bundesstaat Maryland allein Ermäßigungen im Wert von 8,5 Milliarden USD an, womit er nicht einmal den höchsten Rang einnahm.¹

Auch in Europa hat der Steuerwettbewerb zur Schaffung von Investitionsanreizen einen festen Platz errungen. Steuervergünstigungen machen etwa ein Drittel der in

* Der Autor war Student an der Juristenfakultät der Universität Leipzig und hat 2022 sein Erstes Staatsexamen absolviert. Dank gilt der Mithilfe von Prof. Richard Fallon, Jr. (Harvard Law School).

¹ Zu allem [Woolf, The New Statesman v. 18.06.2019](#) (Stand: 24.06.2022).

der EU gewährten Beihilfen aus,² und sind in der aktuellen Debatte um Steuervermeidung multinationaler Konzerne durch die Nutzung von „Steuerparadiesen“ umstritten.

Gegenseitiger Steuerwettbewerb führe – so seine Befürworter – zu einer effektiveren Allokation der Produktionsfaktoren, indem sich Unternehmen in den Staaten ansiedeln, welche ihnen die besten Rahmenbedingungen bieten.³ Gleichwohl steht der Steuerwettbewerb nicht erst seit den viel diskutierten Entscheidungen zu Steuervorbescheiden an namhafte internationale Konzerne⁴ in der Kritik: Wie soll Europa noch vor einem steuerpolitischen *race to the bottom* bewahrt werden, wenn Mitgliedstaaten immer niedrigere Steuersätze anbieten, um eine kleine Zahl von Großunternehmen anzulocken? Staaten müssten sich dann bei der Besteuerung vermehrt immobiler Produktionsfaktoren bedienen (Grund und Boden, Arbeitskraft).⁵ Dadurch hätten insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen eine höhere Last zu tragen, die nicht ohne Weiteres in das nächstbeste Steuersystem abwandern können oder über keine ausreichenden Mittel verfügen, ihre Gewinne in *Steuerparadiese* zu verlagern.

Dieser Beitrag untersucht daher die Grenzen von Steuerermäßigungen zur Schaffung von Investitionsanreizen in Europa und den USA. Zunächst erfolgt eine Auseinandersetzung mit den beiden zentralen Vorgaben, an denen Mitgliedstaaten der EU bzw. Gliedstaaten der USA solche Steuerermäßigungen ausrichten müssen: dem *Commerce Clause* der US-Verfassung (B.) und dem europäischen Beihilfenverbot (C.). Schlussendlich werden die daraus erlangten Ergebnisse im Vergleich zueinander eingeordnet und bewertet (D.).

B. US-amerikanisches Verfassungsrecht

Zentrales Problem bei der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit gliedstaatlicher Steuergesetze ist ihre Vereinbarkeit mit dem *Commerce Clause*. Art. I § 8 (3) USVerf verleiht dem Kongress die Kompetenz zur Regelung des innergemeinschaftlichen Handels (*interstate commerce*). Damit hatten die Verfassungsväter der USA die Grundlage für den amerikanischen „Binnenmarkt“ geschaffen.⁶ Hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz nicht ausdrücklich

² [Kommission, State Aid Scoreboard 2020 v. 14.06.2021](#), S. 5.

³ Hierzu *Nücken*, Nationaler Steuerwettbewerb, 2013, S. 33 f.

⁴ S. nur EuG, Urt. v. 15.07.2020 - T-778/16 und T-892/16 -, [ECLI:EU:T:2020:338](#); Urt. v. 12.05.2021 - T-816/17 u. T-318/18 -, [ECLI:EU:T:2021:252](#).

⁵ Vgl. auch *Ellenrieder*, Die materielle Selektivität steuerlicher Beihilfen, 2020, S. 35 ff.

⁶ *Hunt v. Washington State Apple Advertising Comm'n*, [432 U.S. 333 \(350\)](#).

Gebrauch gemacht, bestehen keine Regelungen, die jene der Gliedstaaten verdrängen können.⁷ Es stellt sich dann die Frage, ob diese in der Lage wären, die Lücke mit eigenen Regelungen zu füllen. Darauf liefert die *Dormant Commerce Clause*-Doktrin eine Antwort. Danach bleiben bestimmte Regelungsbereiche auch dann einer gliedstaatlichen Gesetzgebung entzogen, wenn der Bund keine ausdrückliche Regelung getroffen hat. Zweck der Ausformung eines solchen *status negativus* des *Commerce Clause* ist die Bestrebung, protektionistisches Verhalten der Gliedstaaten untereinander zu verhindern.⁸ Zunächst wird ein allgemeiner Überblick über die Reichweite der *Dormant Commerce Clause*-Doktrin gegeben (I.), um sodann im Anschluss deren Auswirkungen auf die Steuerhoheit der Gliedstaaten nachvollziehen zu können (II.).

I. Grundlagen

Ursprünglich differenzierte der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten (*Supreme Court*) zwischen Sachverhalten, die ihrer Natur nach national sind oder eine einheitliche Regelung erfordern, und solchen, die allein lokaler Natur sind. Erstere erforderten eine Regelung durch den Kongress. Auch wenn dieser von seiner Gesetzgebungskompetenz nicht Gebrauch gemacht hatte, konnten die Gliedstaaten diesbezüglich keine eigenen Regelungen treffen.⁹ Dieses als zu unbestimmt kritisierte Abgrenzungskriterium¹⁰ wurde in der Rechtssache *Wyoming v. Oklahoma* verworfen und mit einem 2-Stufen-Test ersetzt. Verboten sind danach auf der ersten Stufe Regelungen, die offen gegen innergemeinschaftlichen Handel diskriminieren und nicht durch einen triftigen Grund unabhängig von wirtschaftlichem Protektionismus¹¹ gerechtfertigt werden können.¹² Auf der zweiten Stufe sind auch solche Rechtsnormen verboten, die zwar nicht offen diskriminieren, den innergemeinschaftlichen Handel jedoch mittelbar beschränken. In solchen Fällen nimmt das Gericht eine Abwägung zwischen nationalen und lokalen Interessen vor und beurteilt, ob ein legitimer lokaler Zweck¹³ besteht, der nicht durch eine weniger diskriminierende Regelungsalternative erreicht werden kann.¹⁴

⁷ StRspr. vgl. *Crosby v. National Foreign Trade Council*, [530 U.S. 363 \(372\)](#) m.w.N.

⁸ *New Energy Co. v. Limbach*, [486 U.S. 269 \(273\)](#).

⁹ Vgl. hierzu *Cooley v. Board of Wardens*, [53 U.S. 299 \(319\)](#).

¹⁰ *Choper et al.*, *Constitutional Law*, 13. Aufl. 2019, S. 280.

¹¹ Im Original: „valid factor unrelated to economic protectionism“.

¹² *Wyoming v. Oklahoma*, [502 U.S. 437 \(454\)](#).

¹³ Im Original: „legitimate local purpose“.

¹⁴ StRspr. *New Energy Co. v. Limbach*, [486 U.S. 269 \(278\)](#); *Oregon Waste Systems, Inc. v. Department of Environmental Quality of Ore.*, [511 U.S. 93 \(100 f.\)](#).

II. Auswirkungen auf die Steuerhoheit der Gliedstaaten

Im Gegensatz zu den europäischen Verträgen findet sich im US-amerikanischen Recht kein vergleichbares Pendant zum umfassenden Beihilfenverbot des Art. 107 AEUV. Vielmehr orientiert sich die Überprüfung gliedstaatlicher Steuergesetze an den recht unbestimmten Normen der Bundesverfassung, insbesondere des *Commerce Clause*. Die *Dormant Commerce Clause*-Doktrin wirkt sich daher besonders auf die Kompetenz der Gliedstaaten aus, wirtschaftliche Aktivitäten zu besteuern, die Bezug zum innergemeinschaftlichen Handel aufweisen. Auch in ihrer steuerrechtlichen Ausprägung soll sie Protektionismus durch die Gewährung von Steuervorteilen für innerstaatliche Marktteilnehmer gegenüber auswärtigen Wettbewerbern verhindern.¹⁵

In den Vereinigten Staaten hat sich eine eigene Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Steuervergünstigungen herausgebildet. Weitgehende Einigkeit besteht in der Literatur jedenfalls darüber, dass der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine klare Linie zu entnehmen ist.¹⁶ Auch der als harsche Kritiker der *Dormant Commerce Clause*-Doktrin bekannte¹⁷ ehemalige Richter des *Supreme Court* Scalia kritisierte die bisherigen Entscheidungen des Gerichts in einem Minderheitsvotum als einen „Sumpf“, der schlechthin „keinen Sinn“ ergebe.¹⁸

1. Die Linie der Rechtsprechung

Bei der Prüfung, ob ein Steuergesetz eines Gliedstaates gegen die o.g. Grundsätze verstößt, stellt der *Supreme Court* nicht auf den Wortlaut des Gesetzes, sondern dessen praktische Auswirkungen ab.¹⁹ Seit der Entscheidung *Complete Auto Transit, Inc. v. Brady* gilt ein Steuergesetz eines Gliedstaates dann als verfassungsrechtlich zulässig, „wenn die Steuer auf eine Tätigkeit erhoben wird, die einen wesentlichen Bezug zum besteuern den Staat aufweist, gerecht aufgeteilt ist, den

¹⁵ *Robbins v. Shelby County Taxing District*, [120 U.S. 489 \(498\)](#).

¹⁶ *Nücken*, Nationaler Steuerwettbewerb, S. 170 f.; *Wyman*, *Indiana Law Review*, Vol. 39, 177 (190) m.w.N.

¹⁷ Instrukтив *Tushnet*, *Cardozo Law Review*, Vol. 12, 1717 (1718 ff.).

¹⁸ „[T]he practical results we have deduced from the so-called ‘negative’ Commerce Clause form not a rock but a ‘quagmire’. [...] The fact is that, in the 114 years since the doctrine of the negative Commerce Clause was formally adopted as holding of this Court, [...] our applications of the doctrine have, not to put too fine a point on the matter, made no sense”, *Scalia, J.*, in: *Tyler Pipe v. Wash. Dept. of Rev.*, [483 U.S. 232 \(259 f.\)](#).

¹⁹ *Complete Auto Transit, Inc. v. Brady*, [430 U.S. 274 \(279\)](#) m.w.N.

*zwischenstaatlichen Handel nicht diskriminiert und in einem angemessenen Verhältnis zu den vom Staat erbrachten Dienstleistungen steht.*²⁰

Problematisch ist vor allem die Frage, wann eine diskriminierende Wirkung auf den innergemeinschaftlichen Handel vorliegt. Gegenstand der höchstrichterlichen Rechtsprechung waren in der Vergangenheit regelmäßig Steuern, welche auf das *Privileg* erhoben wurden, in einem Gliedstaat operieren zu dürfen,²¹ nicht aber die den Steuerwettbewerb dominierenden Sachverhalte der umfangreichen Gewährung von Steuervergünstigungen. Da Vergünstigungen jedoch stets auch mit Nachteilen für andere Wettbewerber verbunden sind, kann es nicht darauf ankommen, welche Partei begünstigt oder belastet wird. Vielmehr müssen sich alle Konstellationen gleichsam am *Dormant Commerce Clause* messen lassen.²²

Für eine Vereinbarkeit von Steuervergünstigungen mit dem *Dormant Commerce Clause* wird eine Parallelwertung zu Subventionen angeführt, welche nach ständiger Rechtsprechung des *Supreme Court* grundsätzlich nicht den Beschränkungen des *Dormant Commerce Clause* unterfallen.²³ Jener Parallelwertung sperrt sich der *Supreme Court* hingegen in ständiger Rechtsprechung. Auch wenn stets betont wird, das Gericht habe die Frage der Zulässigkeit von Subventionen noch nie direkt entschieden, so stellt es immer wieder fest, dass diese anders als Steuervergünstigungen nicht *per se* gegen den *Dormant Commerce Clause* verstoßen sollen.²⁴ Zwar können Subventionen im Einzelfall ebenso diskriminierend wirken wie Steuervergünstigungen. Jedoch verbiete der *Commerce Clause* nicht, dass sich Gliedstaaten einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Vielmehr verbiete er lediglich, dass sich dieser Wettbewerbsvorteil mittels Regelung des innergemeinschaftlichen Handels verschafft werde. Subventionen sollen keine solchen Regelungen darstellen, Steuervergünstigungen hingegen schon.²⁵

²⁰ *Complete Auto Transit, Inc. v. Brady*, [430 U.S. 274 \(279\)](#), im Original: “*when the tax is applied to an activity with a substantial nexus with the taxing State, is fairly apportioned, does not discriminate against interstate commerce, and is fairly related to the services provided by the state.*”

²¹ Vgl. nur *Complete Auto Transit, Inc. v. Brady*, [430 U.S. 274](#).

²² *Bacchus Imports, Ltd. v. Dias*, [468 U.S. 263 \(273\)](#).

²³ *New Energy Co. v. Limbach*, [486 U.S. 269 \(278\)](#); *Cuno v. Daimlerchrysler, Inc.*, [386 F.3d 738 \(746\)](#).

²⁴ *New Energy Co. v. Limbach*, [486 U.S. 269 \(278\)](#); *West Lynn Creamery, Inc. v. Healy*, [512 U.S. 186 \(199\)](#); *Camps Newfound/Owatonna, Inc. v. Town of Harrison*, [520 U.S. 564 \(582\)](#).

²⁵ “*The Commerce Clause does not prohibit all state action designed to give its residents an advantage in the marketplace, but only action of that description in connection with the State’s regulation of interstate commerce. Direct subsidization of domestic industry does not*

2. Bewertung

Die Differenzierung zwischen Subventionen und Steuervergünstigungen ist im Schrifttum sehr umstritten.

Befürworter der Linie des *Supreme Court* verweisen auf die Entstehungsgeschichte des *Commerce Clause*. Das Ziel der Vermeidung gliedstaatlichen Protektionismus vor Augen, hätten es die Urheber der Verfassung vor allem auf die Abschaffung von diskriminierenden Steuern und Abgaben, insbesondere Zöllen, abgesehen, nicht jedoch auf die Vergabe von Subventionen.²⁶ Vielmehr seien Subventionen sowohl in der Zeit unmittelbar vor als auch nach Einführung der US-Verfassung allgemein als zulässig akzeptiert worden.²⁷

Neben der historischen Argumentation soll auch eine bessere Transparenz für eine formale Abgrenzung von Subventionen und Steuervergünstigungen sprechen. *Rotunda* hält eine stärkere Kontrolle von Legislativakten immer dann für erforderlich, wenn deren Kosten versteckt sind und nicht offen vom Wähler erkannt werden können.²⁸ Subventionen stellen klar erkennbare Haushaltsposten dar. Somit könne der Wähler jederzeit erkennen, ob er auch zum Tragen der Kosten der Subvention in Abwägung mit ihrem Nutzen bereit sei.²⁹ Die durch Steuervergünstigungen für den Staatshaushalt hervorgerufenen Kosten seien hingegen in ihrer Höhe schwerer abschätzbar.³⁰ Hinzu komme, dass für den objektiven Betrachter als Steuervergünstigungen deklarierte Regelungen schnell die praktische Wirkung verfassungsrechtlich unzulässiger Binnenzölle annehmen können (z.B. durch deren selektive Gewährung).³¹ Beide Elemente sollen die differenzierte Betrachtung rechtfertigen.

Die besseren Argumente sprechen jedoch für eine Aufgabe der differenzierenden Rechtsprechung des *Supreme Court*. Zunächst verkennen die Unterstützer der Auffassung des Gerichts, dass es oft nur eine Frage der Gesetzgebungstechnik darstellt, ob eine Subvention oder eine Steuervergünstigung gewährt wird, beide

ordinarily run afoul of that prohibition; discriminatory taxation of out-of-state manufactures does", *New Energy Co. v. Limbach*, [486 U.S. 269 \(278\)](#).

²⁶ *Coenen*, *The Yale Law Journal*, Vol. 107, No. 4, 965 (980).

²⁷ *Coenen*, *The Yale Law Journal*, Vol. 107, No. 4, 965 (983).

²⁸ *Nowak/Rotunda*, *Constitutional Law*, 5. Aufl. 1997, § 8.8 Fn. 6; *Rotunda*, *University of Illinois Law Review*, Vol. 1976, 1080 (1083).

²⁹ *Nowak/Rotunda*, *Constitutional Law*, § 8.8 Fn. 6; *Rotunda*, *University of Illinois Law Review*, Vol. 1976, 1080 (1083).

³⁰ *Nowak/Rotunda*, *Constitutional Law*, § 8.8 Fn. 6; so auch *Coenen*, *The Yale Law Journal*, Vol. 107, No. 4, 965 (985) und *Enrich*, *Harvard Law Review*, Vol. 110, No. 2, 377 (443).

³¹ *Coenen*, *The Yale Law Journal*, Vol. 107, No. 4, 965 (981).

Methoden also relativ flexibel miteinander austauschbar sind.³² Ferner ist die Differenzierung anhand formeller Kriterien Ausfluss eines Widerspruches in der Rechtsprechung des *Supreme Court*. Bei der Analyse, ob eine staatliche Maßnahme den innergemeinschaftlichen Handel diskriminiert, stellt das Gericht in ständiger Rechtsprechung gerade nicht auf den Wortlaut, sondern deren tatsächliche Auswirkungen ab.³³ Wie es der *Supreme Court* jedoch bereits eingestanden hat, sind die tatsächlichen Auswirkungen beider Maßnahmen vergleichbar, wenn nicht sogar identisch.³⁴ Dann müsste das Gericht Subventionen und Steuervergünstigungen aber auch gleichbehandeln.³⁵

Dabei würde eine Änderung der Rechtsprechung auch nicht die Rechtssicherheit erschüttern. Der *Commerce Clause* hat sich in der Rechtsprechung des *Supreme Court* stetig gewandelt.³⁶ Außerdem hat die differenzierende Rechtsprechung aufgrund der Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Subvention und Vergünstigung im Einzelfall vielmehr selbst zur Rechtsunsicherheit beigetragen. Eine Gleichbehandlung von Steuervergünstigungen und Subventionen würde daher nicht nur die wirtschaftliche Realität besser widerspiegeln, sondern auch zu mehr Rechtsklarheit beitragen.

C. Unionsrechtliches Beihilfenverbot

Anders als im US-amerikanischen Verfassungsrecht steht Steuervergünstigungen der Mitgliedstaaten regelmäßig Art. 107 Abs. 1 AEUV im Wege. Im Folgenden ist jedoch zunächst zu beurteilen, ob das unionsrechtliche Beihilfenverbot überhaupt als Waffe gegen schädlichen Steuerwettbewerb taugt (I.). Anschließend wird die Zulässigkeit von Steuervergünstigungen im System des europäischen Beihilfenrechts analysiert (II.).

³² Instrukтив *Zelinsky*, Harvard Law Review, Vol. 122, No. 2, 379 (406 ff., 417).

³³ Vgl. nur *Complete Auto Transit, Inc. v. Brady*, [430 U.S. 274 \(279\)](#); *Maryland v. Louisiana*, [451 U.S. 725 \(756\)](#); *Trinova Corp. v. Dept. of Treasury*, [498 U.S. 358 \(373\)](#); *Comptroller of the Treasury v. Wynne*, [75 U.S. \(2015\) \(7 ff.\)](#).

³⁴ *New Energy Co. v. Limbach*, [486 U.S. 269 \(278\)](#); *Thomas, J.*, in: *Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va.*, [515 U.S. 819 \(859\)](#); *Zelinsky*, GJLPP, Vol. 4, 119 (120).

³⁵ So auch *Zelinsky*, Harvard Law Review, Vol. 112, No. 2, 379 (399); *ders.*, GJLPP, Vol. 4, 119 (124). Für die „besondere Berücksichtigung“ tatsächlicher Auswirkungen *Stark/Wilson*, GJLPP, Vol. 4, 133 (164). Kritisch auch *Schenk*, EStAL 1/2006, 3.

³⁶ Instrukтив *Mark*, Capital University Law Review, Vol. 32, No. 3, 671 (673 ff.).

I. Beihilfenverbot als Waffe gegen schädlichen Steuerwettbewerb?

Beginnend mit einer Einordnung des Beihilfenverbotes in das System des Binnenmarktes (1.) wird sodann die Frage beantwortet, inwieweit das Beihilfenverbot ein Instrument gegen schädlichen Steuerwettbewerb sein kann (2.).

1. Das Beihilfenverbot im System des europäischen Binnenmarktes

Zentraler Meilenstein der europäischen Integration ist die Etablierung eines gemeinsamen Binnenmarktes. Funktionieren kann der Binnenmarkt jedoch nur, wenn er über Mechanismen abgesichert ist, die protektionistischen Interessen der Mitgliedstaaten gleichermaßen entgegenwirken wie sie einen angemessenen Ausgleich mit anderen, ebenso legitimen Politikzielen von Union und Mitgliedstaaten ermöglichen. Gerade das europäische Beihilfenverbot ist Ausdruck dieses Balanceakts.

Einerseits fungiert es als notwendige Ergänzung zu den Grundfreiheiten, indem es Mitgliedsstaaten davor bewahren soll, durch die Gewährung von Vorteilen die gleiche protektionistische Wirkung wie durch klassische marktabschottende Maßnahmen (etwa Zölle) zu erzielen.³⁷ Ein Blick auf die aktuelle Kommissionspraxis und die Befreiungstatbestände des Art. 107 Abs. 3 AEUV zeigt indes, dass das Beihilfenrecht deutlich mehr Politikzielen als nur der Ermöglichung eines freien Wettbewerbs Rechnung tragen muss. Dazu gehören insbesondere die Stärkung von strukturschwachen Regionen oder des ländlichen Raumes, die Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) und die mit dem *European Green Deal* der Kommission zum zentralen Politikfeld erklärte Bekämpfung des Klimawandels.³⁸ Wohl auch daher betonte die Kommission ausdrücklich die Legitimität von Beihilfen, soweit sie zum Ausgleich von Marktversagen genutzt werden.³⁹

Darüber hinaus befindet sich das Beihilfenverbot in einem stetigen Spannungsverhältnis zur mitgliedstaatlichen Steuerautonomie. Den Mitgliedstaaten muss es grundsätzlich erlaubt sein, ihr Steuersystem zu ändern, ohne dass dies dem Beihilfenverbot unterfällt.⁴⁰ Wie der EuGH stets betont, dürfen sie abseits

³⁷ EuGH, Urt. v. 15.03.1994 - C-387/92 -, [ECLI:EU:C:1994:100](#) Rn. 12; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR Bd. 5, 6. Aufl. 2022, 1. Teil. I. Abschnitt. A. Rn. 11.

³⁸ S. hierzu [Kommission, The European Green Deal, COM\(2019\) 640 final v. 11.12.2019](#).

³⁹ [Kommission, Aktionsplan Staatliche Beihilfen, COM\(2005\) 107 final v. 07.06.2005](#), Rn. 23.

⁴⁰ *Fetzer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR Bd. 5, 2. Teil. XVIII. Abschnitt Rn. 2.

einschlägiger Unionsregelungen die Besteuerungsgrundlagen und die Verteilung der Steuerlast auf unterschiedliche Produktionsfaktoren und Wirtschaftssektoren selbst bestimmen.⁴¹ Daher unterbindet das Unionsrecht auch nicht den Steuerwettbewerb, sondern akzeptiert ihn als Teil des gegenseitigen Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt.⁴² Standortfaktoren werden dabei vermehrt auch über die miteinander in Wettbewerb stehenden Steuersysteme beeinflusst.

2. Beihilfenverbot als Speerspitze gegen schädlichen Steuerwettbewerb?

Zwar fallen die direkten Steuern gegenwärtig in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese müssen ihre Befugnisse jedoch unter Wahrung des Unionsrechts ausüben.⁴³ Bereits 1998 hat sich die Kommission das Ziel gesetzt, „schädlichen Steuerwettbewerb“ mithilfe des Beihilfenrechts zu bekämpfen.⁴⁴ Wie Generalanwalt *Jääskinen* aber einst anmerkte, „fällt der schädliche institutionelle oder steuerliche Wettbewerb zwischen den Staaten nicht ohne Weiteres unter den vom Vertrag geschaffenen Kontrollmechanismus der staatlichen Beihilfen“.⁴⁵ Damit einher ging eine Warnung, die unionsrechtliche Beihilfenkontrolle nicht zu sehr ausufern zu lassen, nur um sie gegen den Steuerwettbewerb zu nutzen.⁴⁶ Gleichwohl ist die Erstreckung des Beihilfenrechts auf Steuervergünstigungen auf den ersten Blick nur konsequent: Wenn Art. 107 AEUV als effektiver „Umgebungsschutz“ der Grundfreiheiten dienen soll,⁴⁷ dann muss er neben Subventionen auch auf andere Vergünstigungen anwendbar sein, welche eine Verzerrung des innergemeinschaftlichen Handels bewirken können. Seither hat sich eine mannigfaltige Kommissionspraxis und Rechtsprechung zur Anwendung des Art. 107 AEUV auf Steuervergünstigungen entwickelt, die hier nur in ihren Grundzügen thematisiert werden kann.

⁴¹ S. nur EuGH, Urt. v. 12.12.2006 - C-374/04 -, [ECLI:EU:C:2006:773](#) Rn. 50 ff.; Urt. v. 15.11.2011 - C-106/09 P u. C-107/09 P -, [ECLI:EU:C:2011:732](#) Rn. 97.

⁴² Vgl. *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, 2018, § 3 Rn. 162 m.w.N.

⁴³ EuGH, Urt. v. 12.07.2012 - C-269/09 -, [ECLI:EU:C:2012:439](#) Rn. 47 m.w.N.

⁴⁴ [Kommission, Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung, ABl. C 384 v. 10.12.1998](#), Rn. 1.

⁴⁵ GA *Jääskinen*, Schlussanträge zu EuGH, - C-106/09 P u. C-107/09 P -, [ECLI:EU:C:2011:215](#) Rn. 134.

⁴⁶ GA *Jääskinen*, Schlussanträge zu EuGH, - C-106/09 P u. C-107/09 P -, [ECLI:EU:C:2011:215](#) Rn. 134, 171.

⁴⁷ *Schweitzer/Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR Bd. 5, 1. Teil. I. Abschnitt. A. Rn. 11.

II. Steuervergünstigungen als unzulässige Beihilfen

Art. 107 Abs. 1 AEUV erkennt zunächst an, was sich schon aus dem Prinzip eines Binnenmarktes mit gleichen Wettbewerbsbedingungen ergeben muss: den Wettbewerb verfälschende oder zu verfälschen drohende Beihilfen sind, soweit sie den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar. Anders als der *Commerce Clause* formulierten die Vertragsstaaten damit ein ausdrückliches Beihilfenverbot und nicht lediglich eine Kompetenznorm.⁴⁸ Nach einer Analyse des Tatbestandes von Art. 107 Abs. 1 AEUV (1.) wird untersucht, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit Steuervergünstigungen als Investitionsanreize mit dem Unionsrecht vereinbar sind (2.).

1. Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Damit eine Maßnahme nach Art. 107 Abs. 1 AEUV unzulässig ist, müssen grundsätzlich vier Voraussetzungen erfüllt sein. Erstens muss dem begünstigten Unternehmen oder Produktionszweig ein Vorteil gewährt werden (a)). Zweitens muss es sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln (b)). Drittens muss der gewährte Vorteil selektiv sein (c)). Viertens muss die Maßnahme geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und den Wettbewerb verfälschen oder ihn zu verfälschen drohen (d)).⁴⁹

a) Vorteil

Klassischer Anwendungsfall des Beihilfenverbotes sind unkontrollierte Subventionswettkämpfe, so wie sie in den frühen Jahren der Europäischen Gemeinschaft im Bereich der Stahlproduktion vorkamen.⁵⁰ Damit aber durch Umgestaltung von Subventionen in Vergünstigungen anderer Art nicht das Beihilfenverbot systematisch unterlaufen wird, hat der EuGH bereits 1961

⁴⁸ Ganz h.M.: *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Rn. 9; v. *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 75. EL 2022, Art. 107 Rn. 15; anders noch *Götz*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, S. 101, der – dem US-Verfassungsrecht ähnlich – Art. 107 AEUV als Kompetenznorm für die Unionsorgane sieht, Beihilfen nationaler Organe zu kontrollieren, zu regulieren und zu verbieten. Wegen des eindeutigen Wortlautes von Art. 107 Abs. 1 AEUV ist diese Ansicht aber abzulehnen.

⁴⁹ S. auch EuGH, Urt. v. 30.05.2013 - C-677/11-, [ECLI:EU:C:2013:348](#) Rn. 25.

⁵⁰ [Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Gutachten Steuervergünstigungen und EU-Beihilfenaufsicht, 2017](#), S. 20; *Catalán*, in: v. der Gröben/Schwarze/Hatje, AEUV, Bd. 3, 7. Aufl. 2015, Art. 107 Rn. 280; v. *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Art. 107 Rn. 10.

klargestellt, dass sich Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht nur auf *positive* Leistungsgewährungen beschränkt, sondern auch Vorteile durch Einsparungen von Kosten umfasst, die unter normalen Umständen anfallen würden.⁵¹ Gewähren staatliche Stellen daher Abgabenbefreiungen an bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige, welche dadurch besser gestellt sind als die übrigen Abgabepflichtigen, liegt ein relevanter Vorteil vor.⁵²

b) Staatlich oder aus staatlichen Mitteln

Die Beihilfe muss ferner „*staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt*“ sein. Dafür ist erforderlich, dass der gewährte Vorteil hinreichend mit einer Verringerung eines Postens im Staatshaushalt einhergeht.⁵³ Die unmittelbare Gewährung von Steuervergünstigungen führt zu einem Verzicht auf die Einnahmen, mit denen der Staatshaushalt bei regelkonformer Besteuerung hätte rechnen können.⁵⁴ Steuervergünstigungen sind somit budgetwirksam, auch wenn sie nicht mit einer Übertragung staatlicher Mittel verbunden sind.⁵⁵

c) Selektivität

Wie bereits angedeutet, steht die Beihilfenkontrolle in einem Spannungsverhältnis zwischen dem gemeinschaftlichen Ziel eines funktionierenden Binnenmarktes und der Autonomie der Mitgliedstaaten über ihre allgemeine Steuer- und Wirtschaftspolitik. Das Tatbestandsmerkmal der Selektivität soll eine Abgrenzung zu allgemeinen wirtschafts- und steuerpolitischen Maßnahmen der Mitgliedstaaten ermöglichen, indem nur solche Beihilfen umfasst sind, die „*bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen*“ zugutekommen (Art. 107 Abs. 1 AEUV).⁵⁶ Werden die Vergünstigungen durch eine Einzelfallentscheidung gewährt, birgt die Feststellung der Selektivität oft keine Probleme (aa)). Etwas anderes gilt bei der Überprüfung einer allgemeinen Regelung (bb)).

aa) Einzelfallentscheidungen

Wird die Vergünstigung durch eine individuelle Entscheidung einer Steuerbehörde eines Mitgliedstaates gewährt, kommt der Kommission bei der Kontrolle staatlicher

⁵¹ EuGH, Urt. v. 23.02.1961 - Rs. 30/59 -, [ECLI:EU:C:1961:2](#), Slg. 1961, 3 (43).

⁵² Erstmals EuGH, Urt. v. 15.03.1994 - C-387/92 -, [ECLI:EU:C:1994:100](#) Rn. 14; heute stRspr.: EuGH, Urt. v. 23.03.2006 - C-237/04 -, [ECLI:EU:C:2006:197](#) Rn. 42.

⁵³ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Rn. 148.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 19.9.2000 - C-156/98 -, [ECLI:EU:C:2000:467](#) Rn. 26; *Jaeger*, in: MüKo WettbR Bd. 5, 4. Aufl. 2022, Steuerliche Maßnahmen Rn. 18 m.w.N.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 15.03.1994 - C-387/92-, [ECLI:EU:C:1994:100](#) Rn. 14.

⁵⁶ v. *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Art. 107 Rn. 41.

Beihilfen regelmäßig eine Vermutung für die Selektivität zugute. Größere Bedeutung hatte dies in den letzten Jahren im Rahmen von Steuervorbescheiden an Konzerne wie Amazon und Starbucks seitens mitgliedstaatlicher Steuerverwaltungen erlangt. Solche Konzerne können, indem sie Unternehmen derselben Gruppe in verschiedenen Mitgliedstaaten ansiedeln, ihre Gewinne über Verrechnungspreise derart „hin- und herschieben“, dass sie diese gerade den Gebieten zuweisen, in denen sie der geringsten Besteuerung unterworfen sind. Um dem entgegenzuwirken, sieht die OECD den sog. Fremdenvergleichsgrundsatz (*Arm's Length-Prinzip*) vor, wonach Transaktionen zwischen Unternehmen derselben Gruppe so vergütet werden müssen, als ob sie zwischen eigenständigen Unternehmen unter vergleichbaren Umständen zu Marktbedingungen getätigt worden wären.⁵⁷ Auch Luxemburg hatte das *Arm's Length-Prinzip* in nationales Recht umgewandelt.⁵⁸

In der Prüfung, ob die von den luxemburgischen Steuerbehörden angewendete Methode zur Umsetzung des *Arm's Length-Prinzips* eine zuverlässige Annäherung an ein marktbasierendes Ergebnis hervorbringt, stellte die Kommission fest, dass bei der Verrechnungspreisanalyse methodologische Entscheidungen getroffen worden seien, welche die Körperschaftssteuerlast eigenständiger Unternehmen reduzierten. Dadurch soll die von *Fiat* zu tragende Steuerlast reduziert worden sein.⁵⁹ Nach Auffassung der Kommission handelte es sich bei dem Steuervorbescheid daher um eine Beihilfe.

Das Gericht bestätigte die Entscheidung der Kommission, denn wird im Fall von Einzelbeihilfen ein Vorteil festgestellt, dann wird dessen Selektivität grundsätzlich vermutet.⁶⁰ Es sah im Steuervorbescheid eine Einzelbeihilfe, da es sich dabei um eine spezifisch und konkret die *Fiat* betreffende Maßnahme handelte, welche die Höhe der von ihr zu entrichtenden Steuer bestimmen sollte. Die wesentlichen Elemente der Beihilfe ergaben sich direkt aus dem Vorbescheid selbst und nicht etwa aus den Regelungen im luxemburgischen Steuerrecht, auf deren Grundlage er

⁵⁷ EuG, Urt. v. 24.09.2019 - T-755/15 -, [ECLI:EU:T:2019:670](#) Rn. 13; Problematisch war auch, ob die Kommission bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer steuerlichen Maßnahme mit dem Beihilfenverbot den Fremdenvergleichsgrundsatz berücksichtigen darf. Dies bejahend: EuG, Urt. v. 24.09.2019 - T-755/15 -, [ECLI:EU:T:2019:670](#) Rn. 143; kritisch *Bartosch*, BB 2017, 2199 (2201).

⁵⁸ EuG, Urt. v. 24.09.2019 - T-755/15 -, [ECLI:EU:T:2019:670](#) Rn. 13.

⁵⁹ Ausführlich EuG, Urt. v. 24.09.2019 - T-755/15 -, [ECLI:EU:T:2019:670](#) Rn. 24, 27 ff.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 04.05.2015 - C-15/14 P -, [ECLI:EU:C:2015:362](#) Rn. 60.

erlassen worden war.⁶¹ Damit war der durch den Steuervorbescheid gewährte Vorteil auch selektiv.

bb) Allgemeine Beihilferegungen

Größere Probleme wirft die Feststellung der Selektivität bei der Prüfung von Rechtsnormen auf, welche allgemein Steuervergünstigungen gewähren. Dabei erfolgt die Prüfung der Selektivität anhand eines 3-Stufen-Tests.

(1) Erste Stufe: Ermittlung des Bezugssystems

Zunächst wird das Bezugssystem ermittelt. Ausschlaggebend ist dabei die in dem betreffenden Mitgliedstaat geltende allgemeine oder *normale* Steuerregelung.⁶² Wie der *Supreme Court* stellt auch der EuGH in ständiger Rechtsprechung nicht auf die genutzten Regelungstechniken ab, sondern allein auf die tatsächliche Wirkung einer Regelung.⁶³ Daher wird bei der Bemessung auf die Grund- und Leitprinzipien des jeweiligen nationalen Steuerrechts abgestellt, welches sich aus Elementen wie der Steuerbemessungsgrundlage, den Steuerpflichtigen, dem Steuertatbestand und den Steuersätzen zusammensetzt.⁶⁴

(2) Zweite Stufe: Selektivität im engeren Sinne

Dem Tatbestandsmerkmal der Selektivität im engeren Sinne kommt aufgrund der Rechtsnatur des Beihilfenverbots als besonderer Gleichheitssatz große Bedeutung zu. Danach ist eine Maßnahme selektiv, wenn sie vom allgemeinen System insoweit abweicht, „*als sie Unterscheidungen zwischen Wirtschaftsteilnehmern einführt, die sich im Hinblick auf das mit der Steuerregelung dieses Mitgliedstaats verfolgte Ziel in einer objektiv vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden*“.⁶⁵ Für die Vergleichbarkeit stellt der EuGH keine hohen Hürden auf. So müssen Unternehmen nicht einmal miteinander in (direktem) Wettbewerb stehen.⁶⁶ In der Rechtssache *Adria-Wien Pipeline* stellte der Gerichtshof beispielsweise für die Vergleichbarkeit darauf ab, ob die betreffenden Unternehmen Energiegroßverbraucher sind und Energieabgaben in bestimmter Höhe aufwenden.

⁶¹ EuG, Urt. v. 24.09.2019 -T-755/15 -, [ECLI:EU:T:2019:670](#) Rn. 349 ff.

⁶² EuGH, Urt. v. 08.09.2011 - C-78/08 bis C-80/08 -, [ECLI:EU:C:2011:550](#) Rn. 49.

⁶³ EuGH, Urt. v. 15.11.2011 - C-106/09 P u. C-107/09 P -, [ECLI:EU:C:2011:732](#) Rn. 87 m.w.N.

⁶⁴ [Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV, ABl. C 262/1 v. 19.07.2016](#), Rn. 134; *Fetzer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR Bd. 5, 2. Teil. XVIII. Abschnitt Rn. 46.

⁶⁵ StRspr. EuGH, Urt. v. 08.09.2011 - C-78/08 bis C-80/08 -, [ECLI:EU:C:2011:550](#) Rn. 49.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 14.01.2015 - C-518/13 -, [ECLI:EU:C:2015:9](#) Rn. 59; s. auch Urt. v. 21.12.2016 - C-524/14 P -, [ECLI:EU:C:2016:971](#) Rn. 59; *Bartosch*, BB 2017, 2199 (2201).

In diesem Sinne hielt der EuGH Dienstleistungs- und Güter produzierende Unternehmen für vergleichbar.⁶⁷

Auch wenn die Beurteilung der steuerlichen Maßnahmen auf Grundlage ihrer tatsächlichen Wirkungen erfolgt, bezieht der EuGH das (oft politische) Ziel der steuerlichen Maßnahme in seine Prüfung ein. Dies zeigt zum Beispiel das Urteil in der Rechtssache *ANGED*. Dabei ging es um eine Abgabepflicht, die an die Verkaufsfläche eines Einzelhändlers anknüpfte. Kleine Einzelhändler waren von der Abgabe befreit. Mit der Regelung sollte Zielen des Umweltschutzes und der Raumordnung Rechnung getragen werden. Einzelhandelsbetriebe mit größerer Fläche verursachen größere Auswirkungen auf Raumordnung und Umwelt, z.B. durch ein größeres Verkehrsaufkommen. Im Hinblick auf das Ziel der Abgabe lehnte der Gerichtshof daher eine Vergleichbarkeit zwischen großen und kleinen Einzelhandelsbetrieben ab, so dass eine Selektivität im engeren Sinne zu verneinen war.⁶⁸

(3) Dritte Stufe: Keine Rechtfertigung

Steuervergünstigungen können nur dann wie Subventionen behandelt werden, wenn sie ihnen nach Art und Wirkung gleichstehen. Dies ist aber nach überzeugender Bewertung von Generalanwältin *Kokott* wiederum nur dann der Fall, wenn der Mitgliedstaat seine (legitime) Steuerautonomie dafür ausnutzt, „um Geldleistungen zu Zwecken zu verteilen, die außerhalb des Steuersystems liegen.“⁶⁹ Grundgedanke ist also der Schutz vor Umgehungen der durch Art. 107 Abs. 1 AEUV verbotenen Subventionen mittels steuerrechtlicher Gestaltungen. Der Mitgliedstaat darf durch das Instrument der Steuervergünstig sein bestehendes Steuersystem nicht „missbrauchen“, um im Ergebnis einzelne Unternehmen oder Produktionszweige am Beihilfenverbot vorbei zu subventionieren.⁷⁰ Daher ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes auch eine auf der zweiten Stufe selektive Maßnahme keine unzulässige Beihilfe, wenn sie „durch das Wesen oder die allgemeinen Zwecke des Systems, zu dem sie gehört, gerechtfertigt ist“.⁷¹ Die Schwierigkeit besteht darin, die allgemeinen Zwecke des Systems zu ermitteln.

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 08.11.2001 - C-143/99 -, [ECLI:EU:C:2001:598](#) Rn. 50.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 26.04.2018 - C-236/16 u. C-237/16 -, [ECLI:EU:C:2018:291](#) Rn. 40 ff.

⁶⁹ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH, - C-236/16 u. C-237/16 -, [ECLI:EU:C:2017:854](#) Rn. 81.

⁷⁰ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH, - C-236/16 u. C-237/16 -, [ECLI:EU:C:2017:854](#) Rn. 82.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 18.07.2013 - C-6/12 -, [ECLI:EU:C:2013:525](#) Rn. 22 m.w.N.

d) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung

Zuletzt verlangt Art. 107 Abs. 1 AEUV, dass die Maßnahme den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. Ferner muss sie geeignet sein, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen. Der EuGH prüft beide Tatbestandsmerkmale in der Regel zusammen und setzt hierbei keine hohen Hürden.⁷² Das begünstigte Unternehmen muss nicht einmal am innergemeinschaftlichen Handel teilgenommen haben. Denn auch wenn der Begünstigte nur auf dem nationalen Markt aktiv ist, kann eine Beihilfe es auswärtigen Unternehmen erschweren, in den nationalen Markt einzudringen.⁷³ Bei Investitionsbeihilfen wird regelmäßig eine Wettbewerbs- und Handelsbeeinträchtigung vorliegen. Dies liegt einerseits am oft hohen Investitionsvolumen, andererseits aber auch daran, dass Investitionsbeihilfen die Stellung des Begünstigten gegenüber Konkurrenten auf dem Markt stärken, indem sie die lang- oder kurzfristigen Kosten der Investition reduzieren.⁷⁴

2. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Auch wenn Maßnahmen die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen, können sie mit dem Unionsrecht vereinbar sein, wenn sie entweder nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) von der Notifikationspflicht ausgenommen sind (a)) oder die Kommission von einer Ermessensausnahme nach Art. 107 Abs. 3 AEUV Gebrauch macht (b)).

a) Zulässigkeit nach der AGVO

Grundsätzlich sind nach Art. 108 Abs. 3 AEUV zwar alle Beihilfemaßnahmen notifikationspflichtig, davon erlauben die Art. 109 und 108 Abs. 4 AEUV aber eine Ausnahme: Danach kann die Kommission auf Ermächtigung des Rates Freistellungsverordnungen erlassen. In der Kommissionspraxis nimmt die AGVO eine enorme Bedeutung ein, denn 86,1 % der 2020 laufenden Beihilfemaßnahmen sind von ihr umfasst.⁷⁵ Die dort aufgeführten Maßnahmen erfüllen zwar grundsätzlich den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV, stellen aber keine unzulässigen Beihilfen dar. Ihre Zulässigkeit ist auch nicht – wie im Falle des Art. 107 Abs. 3 AEUV – von einer Ermessensentscheidung der Kommission abhängig, sondern sie sind gänzlich von der Notifikationspflicht ausgenommen.

⁷² Vgl. nur EuGH, Urt. v. 08.09.2011 - C-78/08 bis C-80/08 -, [ECLI:EU:C:2011:550](#) Rn. 78.

⁷³ EuGH, Urt. v. 08.05.2013 - C-197/11 u. C-203/11-, [ECLI:EU:C:2013:288](#) Rn. 78 f.

⁷⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 08.05.2013 - C-197/11 u. C-203/11-, [ECLI:EU:C:2013:288](#) Rn. 77.

⁷⁵ [Kommission, State Aid Scoreboard 2020 v. 14.06.2021](#), S. 37.

Bei der Prüfung einer Steuervergünstigung muss daher zunächst untersucht werden, ob die Maßnahme von der AGVO umfasst ist. Dabei muss insbesondere darauf geachtet werden, dass die Schwellenwerte des Art. 4 AGVO nicht überschritten sind. Bei Investitionsbeihilfen für große Vorhaben wird dies allerdings nicht selten der Fall sein. Gelangt man dann zu dem Schluss, dass die AGVO nicht anwendbar ist, muss die Kommission notifiziert und die Steuervergünstigung im Lichte des Art. 107 Abs. 3 AEUV überprüft werden.⁷⁶

KMU werden durch die AGVO privilegiert. Für Investitionsbeihilfen ist dabei insbesondere Art. 17 AGVO von Bedeutung: Danach sind diejenigen Kosten beihilfefähig, die für eine Investition in materielle und immaterielle Vermögenswerte und bestimmte Lohnkosten für direkt durch das Investitionsvorhaben geschaffene Arbeitsplätze entstehen (Art. 17 Abs. 1 AGVO).

Darüber hinaus können Unternehmen von besonderen Vorschriften über regionale Beihilfen in der AGVO profitieren. Ihr Zweck liegt in der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse durch den Abbau von regionalen Ungleichheiten in der Wirtschaftskraft und der Lebensverhältnisse innerhalb der Union. So erfasst Art. 14 Abs. 3 AGVO beispielsweise Regionalbeihilfen für Erstinvestitionen in neue Wirtschaftstätigkeiten, z.B. den Bau einer neuen Betriebsstätte, teilweise sogar unabhängig von der Größe des Beihilfenempfängers.

b) Ermessensausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV

Nach Art. 107 Abs. 3 AEUV kann die Kommission bestimmte Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären. So können beispielsweise nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV Beihilfen genehmigt werden, wenn sie die Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete fördern und soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

Als Ausnahmetatbestand muss Abs. 3 eng ausgelegt werden.⁷⁷ Dabei genießt die Kommission jedoch einen weiten Ermessensspielraum. In der Praxis hat sie wiederum ihr Ermessen durch Erlass einer Vielzahl von Leitlinien konkretisiert. Diese Leitlinien sind zwar selbst keine verbindlichen Rechtsakte, sondern Verwaltungsvorschriften, also *soft law*.⁷⁸ Gleichwohl führt der Erlass von Leitlinien nach vorheriger Ankündigung zur Selbstbindung der Kommission, soweit diese im

⁷⁶ v. Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Art. 107 Rn. 290.

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 30.09.2003 - C-57/00 P u. C-61/00 P -, [ECLI:EU:C:2003:510](#) Rn. 98.

⁷⁸ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 288 Rn. 104.

Einklang mit den Verträgen stehen.⁷⁹ Weicht sie anschließend davon ab, kann dies zu einer Verletzung allgemeiner Rechtsgrundsätze wie dem Grundsatz der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes führen.⁸⁰

Den größten Teil der mitgliedstaatlichen Ausgaben für Beihilfen machen horizontale Beihilfen aus,⁸¹ also Maßnahmen, die prinzipiell allen Wirtschaftszweigen in jeder Region offenstehen.⁸² Umweltschutz- und Energiebeihilfen stellen die mit Abstand größte Gruppe dar.⁸³ Im Zuge des *European Green Deals* überarbeitete die Kommission die Leitlinien für Umweltschutz- und Energiebeihilfen.⁸⁴ Ausdrücklich erstreckt sich der Anwendungsbereich nunmehr auch auf Beihilfen, die in einer Ermäßigung von Steuern und sonstigen steuerähnlichen Abgaben bestehen.⁸⁵ Jedoch gelten die Leitlinien nicht unbeschränkt. Für eine Steuerermäßigung in Verbindung mit einer Investition hat die Kommission in den Leitlinien Beihilfenhöchstbeträge festgesetzt.⁸⁶

Außerdem darf die Maßnahme keine unangemessene Verzerrung von Wettbewerb und Handel hervorbringen. Im Kern erfolgt dabei eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Es muss dargelegt werden, dass die Beihilfe auf Marktversagen ausgerichtet ist und zu dessen Behebung beiträgt.⁸⁷ Die systematische Einbindung des Marktversagens in die Kommissionspraxis ist Ausprägung des *more economic approach* und wird im Schrifttum u.a. wegen ihrer mangelnden Verankerung im Art. 107 Abs. 1 AEUV kritisiert.⁸⁸ Zu Recht hat der EuGH daher ein Marktversagen nicht als zwingende

⁷⁹ EuGH, Urt. v. 02.12.2010 - C-464/09 P -, [ECLI:EU:C:2010:733](#) Rn. 47.

⁸⁰ EuGH, Urt. v. 02.12.2010 - C-464/09 P -, [ECLI:EU:C:2010:733](#) Rn. 46; *Rusche*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR Bd. 5, 1. Teil. I. Abschnitt. D. Art. 107 Abs. 3 AEUV Rn. 23 m.w.N.

⁸¹ [Kommission, State Aid Scoreboard 2020 v. 14.06.2021](#), S. 5.

⁸² *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 107 Abs. 3 AEUV Rn. 2.

⁸³ [Kommission, State Aid Scoreboard 2020 v. 14.06.2021](#), S. 5.

⁸⁴ [Kommission, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, ABL. C 80/1 v. 18.02.2022](#), Rn. 3 f.

⁸⁵ [Kommission, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, ABL. C 80/1 v. 18.02.2022](#), Rn. 16 lit. h.

⁸⁶ [Kommission, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, ABL. C 80/1 v. 18.02.2022](#), Rn. 319.

⁸⁷ [Kommission, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, ABL. C 80/1 v. 18.02.2022](#), Rn. 34 ff.

⁸⁸ *Rusche*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR Bd. 5, 1. Teil. I. Abschnitt. D. Art. 107 Abs. 3 AEUV Rn. 73; s. auch *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art. 107 Abs. 3 AEUV Rn. 9. Die Ausrichtung auf Marktversagen befürwortend *Schwalbe*, in: MüKo WettbR Bd. 5, Grundlagen Rn. 32.

Voraussetzung für das Vorliegen einer Beihilfe gehalten.⁸⁹ Um den Wettbewerb bestmöglich zu schonen, ist die Höhe der Beihilfe jedoch auf das Minimum zu beschränken. Andererseits dürfen die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändert werden, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufen (Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV). Da komplexe wirtschaftliche und soziale Wertungen im Spiel sind, gewährt der EuGH der Kommission bei der Abwägung ein weites Ermessen.⁹⁰ Dabei gilt: Je weiter der Kreis der potenziellen Empfänger – je horizontaler also die Beihilfe – desto geringer die Wettbewerbsverfälschung.⁹¹

3. Ergebnis

Tatbestandlich erstreckt sich Art. 107 Abs. 1 AEUV grundsätzlich auch auf Steuervergünstigungen, soweit diese materiell selektiv sind. Jedoch bestehen durch die AGVO und die Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV eine Vielzahl von Tatbeständen, nach denen Investitionsbeihilfen zulässig sein können. Aufgrund der Schwellenwerte in der AGVO und der Leitlinien wird es jedoch mit zunehmender Größe der Investition schwieriger, ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu begründen.

D. Rechtspolitische und rechtsvergleichende Bewertung

Wichtigste Grundlage des Binnenmarktes sind annähernd gleiche Wettbewerbsbedingungen. Die Harmonisierung von Standards, beruflichen Qualifikationen und sonstigen Regeln wäre praktisch wirkungslos, wenn Mitgliedstaaten durch die systematische Bevorteilung nationaler Unternehmen und Produktionszweige das Spielfeld zu ihren Gunsten beeinflussen könnten. Im Blickwinkel eines möglichst effektiven Binnenmarktes muss daher die Rechtsprechung des *Supreme Court* zur Trennung zwischen Subventionen und Steuervergünstigungen äußerst kritisch gesehen werden. Vorteile können im selben Maße durch positive Leistungen wie durch Steuervergünstigungen gewährt werden. Es ist oft nur eine tagespolitische Frage, für welche Regelungsmethode sich der Gesetzgeber am Ende entscheidet. Was eine direkte Bezuschussung des Baus eines neuen Hauptquartiers für einen großen Internetkonzern in einem Jahr ist, können im nächsten Jahr schon spezifisch zugeschnittene Steuervergünstigungen in gleicher

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 22.09.2020 - C-594/18 P -, [ECLI:EU:C:2020:742](#) Rn. 66. Dies war in der Rechtsprechung des EuG zunächst strittig (hierzu *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 107 Rn. 22 Fn. 154), durch *Hinkley Point C* ist die Frage nunmehr entschieden.

⁹⁰ EuGH, Urt. v. 22.09.2020 - C-594/18 P -, [ECLI:EU:C:2020:742](#) Rn. 21 m.w.N.

⁹¹ [Kommission, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, ABL. C 80/1 v. 18.02.2022](#), Rn. 66.

Höhe für andere Internetkonzerne sein. Der Effekt für den Binnenmarkt wäre wohl gleich. Somit ist die Rechtsprechung des EuGH zu begrüßen, wonach Steuervergünstigungen und Subventionen gleichermaßen unter das Beihilfenverbot fallen, soweit diese einander nach Art und Wirkung gleichstehen.

Während der Beihilfenschutz durch den *Commerce Clause* daher zu kurz greift, muss sich das unionsrechtliche Beihilfenverbot der verbreiteten Kritik des Schrifttums aussetzen, es sei zu unbestimmt und die Rechtsprechung in Bezug auf die Selektivität von Steuervergünstigungen nur „*schwer eingrenzbar*“.⁹² Die damit einhergehende Rechtsunsicherheit wurde 2017 in einem Gutachten des wissenschaftlichen Beirats des Bundesfinanzministeriums stark kritisiert. Denn diese wirke sich auch auf die Gesetzgebung aus und führe folglich zu einer erheblichen Einschränkung der nationalen Steuerautonomie, welche sich ohnehin bereits in einem Balanceakt mit dem unionsrechtlichen Beihilfenverbot befindet.⁹³ Mangels übergeordneter Instanz drohen die Interessen der Mitgliedstaaten am Erhalt ihrer nationalen Steuerautonomie hinter das Interesse der Kommission an einer möglichst ausgiebigen Beihilfenkontrolle zurückzufallen. Auch der EuGH sei, selbst wenn er den Freiraum der Kommission begrenzen wollte, nicht zu einer systematischen Verteidigung der nationalen Steuerautonomie in der Lage, denn er ist auf Einzelentscheidungen beschränkt.⁹⁴

In der Tat wird man wohl kaum ein umfassendes und in sich vollends kohärentes System zur beihilfenrechtlichen Zulässigkeit von Steuervergünstigungen als Investitionsanreize vom EuGH erwarten können. Damit ist aber auch in den Vereinigten Staaten nicht zu rechnen. Ein Notifikations- und Genehmigungsverfahren gibt es dort ebenso wenig wie eine Koordinierungs- und Überwachungsinstanz auf bundesstaatlicher Ebene.⁹⁵

Auch dem Einwand der Unbestimmtheit des unionsrechtlichen Beihilfeverbotes ist auf zwei Ebenen entgegenzutreten: Erstens ist das System des Art. 107 AEUV in Verbindung mit der AGVO und den zahlreichen Leitlinien der Kommission im Vergleich zur Auslegung des *Dormant Commerce Clause* durch den *Supreme Court*

⁹² *Cordewener/Henze*, FR 2016, 756 (760); *Kokott*, Steuerrecht, § 3 Rn. 164; *Soltész*, BB 2019, 1687 (1688, 1692).

⁹³ [Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Gutachten Steuervergünstigungen und EU-Beihilfenaufsicht, 2017](#), S. 8.

⁹⁴ [Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Gutachten Steuervergünstigungen und EU-Beihilfenaufsicht, 2017](#), S. 24.

⁹⁵ *Schenk*, EStAL 1/2006, 3 (8).

deutlich detaillierter und rechtssicherer.⁹⁶ Dies beruht wohl gerade auch darauf, dass der *Commerce Clause* eigentlich eine Kompetenznorm ist. Schon aufgrund dieses Rechtscharakters ergeben sich Schwierigkeiten, materielle Verbote aus ihm herauszulesen. Dies ist beim nunmehr allgemein als Verbot anerkannten Art. 107 AEUV nicht der Fall.

Zweitens ist die überwältigende Mehrheit der aktuellen Beihilfemaßnahmen von der AGVO umfasst (Tendenz steigend).⁹⁷ Dies ist Ausdruck des seit Ende der 1990er Jahre vorherrschenden Trends, weniger Beihilfen der Genehmigungspflicht zu unterwerfen und dadurch sowohl die Rechtssicherheit und Einfachheit von Beihilfenmaßnahmen zu erhöhen, als auch sich auf diejenigen Maßnahmen zu beschränken, welche die größten wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben.⁹⁸

Freilich können auch diese Mechanismen keine vollkommene Rechtssicherheit herstellen. Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV benötigen einen Positivbeschluss der Kommission. Solche Beihilfverfahren können viele Jahre dauern. *Jochimsen* und *Kleve* sprechen insoweit vom „*Damoklesschwert des Beihilfenrechts*“.⁹⁹ Jedoch sind die fortschreitende Ausweitung der AGVO sowie detaillierte Leitlinien ein guter Weg, um Unternehmen und Entscheidungsträgern Orientierung zu geben. Letztlich kann dies aber nicht für jede Investition gelten. Wie das einleitende Beispiel zeigt, sind manche Investitionsprojekte schlicht so groß, dass (Mit-)Gliedstaaten der Versuchung nicht widerstehen können, übermäßige Steuervergünstigungen zu vergeben. Dann ist eine Einzelfallprüfung durch die Kommission nicht hinwegzudenken.

E. Fazit

Sowohl im US-Verfassungsrecht als auch im Europarecht findet die (mit-)gliedstaatliche Steuerautonomie ihre Grenzen im Beihilfenschutz. In beiden Rechtsordnungen wird dieser anhand des Bedürfnisses gerechtfertigt, den Binnenmarkt gegen Protektionismus abzusichern. Jedoch bietet Art. 107 AEUV durch die Gleichstellung von Subventionen und Steuervergünstigungen einen deutlich umfassenderen Schutz als der *Commerce Clause*.

⁹⁶ So auch *Schenk*, EStAL 1/2006, 3 (7).

⁹⁷ [Kommission, State Aid Scoreboard 2020 v. 14.06.2021](#), S. 37.

⁹⁸ S. dazu z.B. die Schwellenwerte in der AGVO; *Rusche*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR Bd. 5, 1. Teil. I. Abschnitt. D. Art. 107 Abs. 3 AEUV, Rn. 70 f.

⁹⁹ *Jochimsen/Kleve*, IStR 2017, 265 (272).

Der Notstand in Kants Rechtsphilosophie

Lea Stanescu*

Abstract: „Not kennt kein Gebot“– die Devise des Notrechts. Doch wann und inwieweit darf in fremde Rechtsgüter eingegriffen werden? Diese Fragen behandelt dieser Beitrag anhand von Kants Ausführungen zum Notrecht. Es handelt sich dabei um keine rein strafrechtliche Auseinandersetzung im Gebiet der Verbrechenslehre, sondern um eine Diskussion über die dogmatische Umsetzung einer moralischen Entscheidung.

A. Einleitung

Stellen Sie sich den Fall zweier Schiffbrüchiger vor, deren einzige Rettung eine umhertreibende Planke ist, welche jedoch nur eine Person tragen kann. Einer der beiden Schiffbrüchigen tötet nun den anderen, um das rettende Brett für sich zu sichern und dann gerettet zu werden.¹

Die zentrale Frage ist: Sollte eine solche Tötung strafbar sein, oder sollte der Täter nach dem Gesetz von einer Strafe verschont bleiben?

Das genannte Schiffbrüchigen-Beispiel geht auf den griechischen Philosophen *Karneades* (214-129 v. Chr.) zurück (*Brett des Carneades*).² Zahlreiche Philosoph:innen und Rechtswissenschaftler:innen haben sich seither der Lösung dieser Problemstellung gewidmet, unter anderem *Immanuel Kant* in seinen Reflexionen über das Notrecht. Diese sollen im Fokus der folgenden Arbeit stehen.

B. Problemstellung im *Brett des Carneades*

So alt die Problemstellung des *Karneades-Falls* ist, so aktuell ist sie. Noch heute wird sich in ethisch-rechtlichen Diskussionen über sogenannte *Dilemma-Fälle*, in denen das Recht auf Leben zweier oder mehr Menschen kollidiert, auf sie berufen.³

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Urheberrecht von Prof. Dr. *Christian Berger*.

¹ Vgl. *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1797, S. 73.

² *Steinberg*, *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte* 11 (2010), 361 (363).

³ So beispielsweise beim „Flugzeugabschuss“ (vgl. *Enders*, *DÖV* 2007, 1039 ff.), „Weichensteller-Dilemma“ (vgl. *Welzel*, *ZStW* 63 [1951], 47 ff.) oder bei Fragen der

Ein Beispiel, in dem sich dieselbe Frage wie im oben genannten Schiffbrüchigen-Fall, ist die Programmierung selbstfahrender Kraftfahrzeuge:

Ein autonom gesteuertes Fahrzeug fährt um eine Kurve, in der ein verletzter Fußgänger auf dem Boden liegt. Ein Abbremsen ist nicht mehr möglich. Geradeaus weiterzufahren würde auf Grund der Gegebenheiten am Straßenrand den Tod des:der Pkw-Fahrer:in herbeiführen. Das Fahrzeug lenkt weiter ein, folgt dem Straßenverlauf und nimmt damit den sicheren Tod der Person in Kauf.⁴

Allen Dilemma-Fällen gemein ist die notwendige Tötung mindestens einer unschuldigen und an der Notlage unbeteiligten Person. Diese Tötung ist zweifellos nicht unproblematisch. Die gerechtfertigte Ausübung von Zwang ist in unserer Gesellschaft nämlich grundsätzlich dem Staat vorbehalten, während auf Seiten der Bürger:innen eine generelle Friedenspflicht herrscht.⁵

Es mag zwar dem Rechtsgefühl vieler Menschen entsprechen, eine:n Täter:in, der:die nur des nackten Überleben willens tötet, nicht zu bestrafen. So könnte man auch meinen, dass Programmierende, die das Leben der Fahrzeuginsassen retten, indem sie den Tod anderer Verkehrsteilnehmenden in Kauf nehmen, gerechtfertigt handeln. Jedoch muss beachtet werden, dass in einem solchen Fall den Notstandsoptionen das wertvollste aller Rechtsgüter, nämlich ihr Leben, genommen wird. Dem (Selbst-)erhaltungsrecht des:der Notstandstäter:in steht also das (Selbst-)erhaltungsrecht des Opfers gegenüber.⁶

Wer sich gegen die Strafbarkeit solcher Notstandstäter:innen (bzw. der Programmierenden) ausspricht, muss sich deshalb zwei weiteren Fragen stellen: Mit welchen Argumenten und innerhalb welchen Rechtsrahmens sollte ein:e Täter:in der Strafbarkeit einer grundsätzlich rechtlich missbilligten Tötung entkommen?

C. Kants Notrechts-Reflexion

Einen Versuch der Beantwortung dieser Fragen hat bereits *Immanuel Kant* unternommen. Die letzte Fassung seiner Notrechtslehre hat er in der späten Schrift „*Die Metaphysik der Sitten*“ niedergeschrieben. Eine frühere, wesentlich knappere, Notrechts-Reflexion ist bereits in seiner Schrift „*Über den Gemeinspruch*“ zu

Programmierung von Kollisionsfällen beim automatisierten Fahren (vgl. *Freise*, VersR 2019, 65 [78]; *Weber*, NZV 2016, 249 ff.).

⁴ *Weber*, NZV 2016, 249 (250). Vergleiche zum Karneades-Fall lassen sich hier bei Fragen zur Strafbarkeit der Programmierenden, aber auch der:des Fahrzeugführenden ziehen.

⁵ *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 1.

⁶ Vgl. *Rönnau*, JuS 2016, 786 (787).

finden, in dem er sich unter anderem mit dem Widerstandsrecht befasst.⁷ Beide genannten Schriften sind inhaltlich nahezu identisch. Da aber das Notrecht in der „*Metaphysik der Sitten*“ wesentlich ausführlicher ist, soll im Folgenden nur auf diese eingegangen werden. Ein Notrecht lehnt Kant in beiden Schriften kategorisch ab.⁸

I. Einordnung des Notrechts innerhalb der „*Metaphysik der Sitten*“

In der „*Metaphysik der Sitten*“ behandelt Kant die Problematik des Notrechts im Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, dem ersten Hauptteil des Werks. Während er im Haupttext, der „*eigentlichen Rechtslehre*“, seinen Rechtsbegriff (das Recht im engeren Sinne, *ius strictum*) diskutiert, widmet er sich im Anhang der Billigkeit und dem Notrecht (das Recht im weiteren Sinne, *ius latum*).⁹ Diese sieht er als zwei rechtliche Phänomene, die den Anforderungen des Rechtsbegriffs nicht genügen.¹⁰ Kant grenzt den Notstand klar von der Notwehr ab, die er als Recht im engeren Sinne versteht und als Verteidigungsbefugnis anerkennt.¹¹

II. Objektive Unrechtmäßigkeit und subjektive „*Unstrafbarkeit*“

1. Objektive Unrechtmäßigkeit

Bezugnehmend auf das Beispiel des *Brett des Carneades*, verwirft Kant ein allgemeines Notrecht mit Schärfe: Es könne „*keine Not geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig machte.*“¹² Die Annahme eines solchen „*vermeinten*“ Rechts sei daher ein „*Widerspruch der Rechtslehre*“ mit sich selbst.¹³ Eine Notstandshandlung ist laut Kant also niemals rechtmäßig. Eine rechtfertigende Wirkung besteht nach ihm nicht.

Bezogen auf den oben genannten Fall der Programmierung der Unfallsituation bedeutet dies, dass die Programmierung zulasten des Lebens der Verkehrsteilnehmenden in jedem Fall rechtswidrig wäre.

2. Subjektive Straflosigkeit

Kant spricht aber auch davon, dass die „*Behauptung*“ eines Notrechts zwar nicht *objektiv* (nach dem Gesetz), aber dennoch *bloß subjektiv* („*wie vor dem Gericht die*

⁷ Kant, Über den Gemeinspruch, 1793.

⁸ Vgl. Höffe, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1999, S. 61.

⁹ Vgl. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 71.

¹⁰ Vgl. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 71.

¹¹ Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 68 f.

¹² Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 74.

¹³ Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 73.

Sentenz gefällt werden würde“) existiere.¹⁴ Vor dem Gericht könne die Notstandstat im Karneades-Fall also trotzdem nicht bestraft werden. Diese *Unstrafbarkeit* (*Inpunibilität*) der Notstandstat begründet *Kant* mit einem empirisch-psychologischem Argument, einem Erfahrungssatz. Für die im Karneades-Fall beschriebene Tat könne es „kein Strafgesetz geben“, das den Täter (mit dem Tod) bestraft. Das *Nicht-Geben-Können* bezeichnet hier keine faktische Unmöglichkeit eines solchen Strafgesetzes, sondern eine gewisse Wirkungslosigkeit. *Kant* zufolge geht das Recht als Zwangsrecht nämlich dort ins Leere, wo der Tod dem Einzelnen ohnehin droht (im Karneades-Fall nämlich durch Ertrinken). Das liegt daran, dass es nicht sicher ist, dass das gesetzlich angedrohte Übel tatsächlich eintreten wird, der Tod in der Situation des Lebensnotstands jedoch garantiert ist. Das Töten im Notstand gesetzlich zu verbieten, wäre also nicht nur psychologisch wirkungslos, es würde zudem den Zweck eines Strafgesetzes verfehlen, der nach *Kant* darin besteht, eine Furcht vor dem gesetzlich angedrohten Strafübel zu erzeugen, die größer sein müsste als die gegenwärtige, situationsbedingte Angst vor dem Tod (durch Ertrinken).

Eine „*Tat der gewältigen Selbsterhaltung*“ sei somit „*nicht etwa als unsträflich (inculpabile), sondern nur als unstrafbar (impunible) zu beurteilen*“.¹⁵ Somit wird klar, dass *Kants* Reflexion zum Notrecht zwei Seiten hat: Eine „*negativ-abwehrende, kritische Seite*“ (objektive Unrechtmäßigkeit) und eine „*positiv-aner kennende Seite*“ auf der *Kant* dem Notrecht doch eine gewisse Berechtigung einräumt (subjektive Straflosigkeit).¹⁶ Es werden also zwei Formen des Rechts sichtbar, die unterschiedlichen Gesetzlichkeiten folgen: Einerseits das objektiv gesetzmäßige Recht und andererseits das in der empirischen Rechtspraxis geltende Recht.

III. Kritisches zur objektiven Unrechtmäßigkeit

Die These *Kants*, dass es „*keine Not geben [kann], welche, was unrecht ist, gesetzmäßig machte*“, mag zunächst durch ihre direkte Art überzeugend klingen. Wie die gesamte Passage zum Notrecht, die nur etwa eine Druckseite umfasst, ist diese These jedoch nahezu begründungslos, apodiktisch geschrieben. *Küper* bezeichnet sie als „*eine These, die in sich zirkulär leerläuft*“.¹⁷

¹⁴ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, S. 73. Die Bezeichnung „subjektiv“ ist hier nicht mit dem Subjektivitätsbegriff, wie wir ihn aus der heutigen Strafrechtsdiktation kennen, zu verwechseln.

¹⁵ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, S. 73.

¹⁶ Vgl. *Küper*, *Immanuel Kant und das Brett des Karneades*, 1999, S. 3.

¹⁷ *Küper*, *Immanuel Kant und das Brett des Karneades*, S. 5.

Folgendes Beispiel soll zeigen, dass die These durchaus näherer Begründung bedarf. Es stellt sich nämlich die Frage, ob es nicht vielleicht doch eine Not gibt, die „Unrecht gesetzmäßig“ macht.

1. Der Bergsteigerfall

Zwei über ein Seil verbundene Personen unternehmen eine Bergtour. Eine Person stürzt in eine Gletscherspalte. Auch die andere Person hat den Halt verloren und ist nun in akuter Gefahr, von der gestürzten Person mit in die Tiefe gerissen zu werden. Eine Rettung ist daher nicht möglich. Aus dieser Gefahrenlage rettet sich die noch nicht mitgerissene Person, indem sie das Seil durchschneidet und ihren Gefährten in die Tiefe stürzen lässt.¹⁸

Kennzeichnend im Vergleich zum Schiffbrüchigen-Fall ist hier, dass, wenn der Notstandstäter das Seil nicht durchschneidet, niemand überleben würde und beide Personen umkämen. Während bei rechtmäßigem Verhalten so zwei Personen zu Tode kämen, würde nur bei unrechtmäßiger Reaktion nur eine sterben. Fraglich ist daher, ob sich ein Notrecht im Lebensnotstand so kategorisch ablehnen lässt, wie Kant es tut, oder ob nicht zumindest Ausnahmen gelten sollten, in denen eine Notstandstat gerechtfertigt sein kann.

2. Kriterium der „Chancenmaßung“ als Begründung der rechtmäßigen Notstandstat?

Den Versuch eines Konzeptes für eine solche Ausnahmeregelung hat *Otto* unternommen.¹⁹ Er vertritt den Standpunkt, dass eine Rechtswidrigkeit im Notstand nur dann gegeben ist, wenn sich der Täter „*Rettungschancen nur auf Kosten eines anderen*“ aneignet, „*indem er die Chancen des Opfers vernichtet und so die eigenen vernichtet*“ (Kriterium der „Chancenmaßung“).²⁰ Als Argument wird angeführt, dass lediglich tätereigene Rettungschancen genutzt würden und der Betroffene ohnehin gestorben wäre.²¹ Im *Bergsteigerfall* führt dieses Kriterium zur Ablehnung rechtswidrigen Verhaltens, weil der sich selbst Rettende nicht *auf Kosten* des Gestürzten am Leben bleibt. Der Gestürzte wäre ohnehin gestorben.²²

¹⁸ Fall nach *Küper*, JuS 1981, 785 (786).

¹⁹ *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 2015, S. 77 ff; *ders.*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2005, S. 139 f.

²⁰ *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, S. 81.

²¹ Vgl. *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, S. 83.

²² Vgl. *Küper*, JuS 1981, 785 (787).

3. Stellungnahme zum Kriterium der Chancenmaßung

Zunächst mag dieses Argument dadurch bestechen, dass es so pragmatisch scheint. Die aktive Tötung ohnehin unrettbarer Personen scheint gegenüber der Unterlassung einer solchen Handlung, durch die alle Beteiligten sterben würden, das „geringere Übel“.²³ Richtig ist es jedoch, das Tötungsverbot aufrecht zu erhalten. Das wird deutlich, wenn man sich klarmacht, dass die Frage dieses Problems nicht nur „tot oder nicht tot“ ist. Es geht hier auch um die „Zeitlichkeit des Lebens“.²⁴ Denn alle Beteiligten haben in der Notstandslage, um dessen Beurteilung es geht, noch eine gewisse Zeit zu leben, auch wenn sie die Gefahrensituation nicht überleben werden. Der Endpunkt dieser Zeitspanne, die sie noch zu leben haben, wird schicksalhaft bestimmt durch die Verwirklichung der Gefahr. Diese Zeitspanne, in der die Beteiligten noch am Leben sind, muss jedoch unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen, da das Recht den Menschen „im hier und jetzt“ schützen muss.²⁵ Dieser Rechtsschutz fällt weg, wenn man die Verkürzung von Leben, das heißt das Töten von Menschen gesetzlich gestattet. Nicht nur *Ottos* Konfliktlösungssystem der „Chancenmaßung“, sondern alle Überlegungen zur Relativierung des Tötungsverbots im Notstand sind daher abzulehnen. Die Tötung eines Unbeteiligten und Unschuldigen kann gesetzlich nicht gebilligt werden. Psychische Zwangslagen können selbstverständlich in Überlegungen der Schuld eine Rolle spielen, rechtfertigen können sie eine Tat jedoch nicht. Insofern, als dass eine Tötung aus einer Notstandslage heraus immer objektiv ungerechtfertigt ist, ist *Kant* also zuzustimmen.

Übertragen auf die eingangs gestellte Frage zur Programmierung eines autonom gesteuerten Fahrzeugs in Dilemmasituationen bedeutet dies, dass die Hersteller:innen bzw. einzelnen Mitarbeiter:innen mit der Tötung einer dritten Person, die nicht Insass:in ist, eine objektiv rechtswidrige Handlung begehen.²⁶

²³ *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 29 f.; *Welzel*, ZStW 63 (1951), 47; vgl. auch BGH NJW 1953, 513.

²⁴ Vgl. *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 59.

²⁵ Vgl. *Küper*, Grund- und Grenzfragen rechtfertigende Pflichtenkollision im Strafrecht, S. 59.

²⁶ Dass anderenfalls die Insassen des Fahrzeuges sterben, steht dem nicht entgegen. Sofern der:die Fahrzeugnutzer:in über das Verhalten des Fahrzeuges in einer solchen Dilemmasituation informiert wurde bzw. sich der Möglichkeit dieses Verhaltens bewusst war, kann der tatbestandliche Erfolg dem Hersteller nicht zugerechnet werden, vgl. *Engländer*, ZIS 2016, 608 (617).

IV. Kritisches zur subjektiven Unstrafbarkeit – Interpretationen der Inpunibilität

Was genau jedoch aus dieser „*subjektiven Straflosigkeit*“ folgt, und wie sie letztendlich strukturiert ist, lässt *Kant* offen.²⁷ Teilweise wird sie als Grundlage für eine Entschuldigung im heutigen rechtsdogmatischen Sinn gesehen,²⁸ teilweise als Begründung dafür, dass das Notrecht außerhalb des Rechts zu denken ist (Exemptionslehre).²⁹ Einer dritten Ansicht nach bringt sie lediglich ein rein technisches Versagen des Zwangssystems zum Vorschein.³⁰

Die Exemptionslehre ist abzulehnen. Denn auch wenn der Notstandskonflikt durch Androhung einer Sanktion nicht gelöst werden kann, kann daraus nicht geschlussfolgert werden, dass sich das Notrecht der Rechtsordnung völlig entzieht. Die Situation ist dem Recht durchaus zugänglich, denn objektiv ist die Tat ungesetzmäßig.³¹ Eine Entschuldigung im heutigen rechtsdogmatischen Sinne kann *Kant* damals mit der Inpunibilität auch nicht gemeint haben. Er hat nämlich noch gar nicht zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung entschieden, so wie es heute üblich ist.³² Richtig ist, dass das Resultat aus der Wirkungslosigkeit der Strafandrohung eine rein „*technisch zu verstehende Unstrafbarkeit*“ ist.³³ Die Rechtsfolge wird nicht von *Kant* bewusst in den rechtsfreien Raum verwiesen, sondern greift lediglich funktional nicht.

1. Überzeugungskraft der Inpunibilität als Strafausschließungsgrund

Da im Karneades-Fall *a priori* klar ist, dass die Strafe psychologisch unwirksam sein wird, sollte *Kants* Notrecht aus einer *ex-ante*-Sicht beurteilt werden. Insofern ist seine Argumentation überzeugend. Es erschiene nämlich wenig sinnvoll, etwas durch Gesetz zu bestrafen, von dem man weiß, dass es wegen seiner psychologischen Wirkungslosigkeit ohnehin niemand befolgen würde.

²⁷ Vgl. *Küper*, Immanuel Kant und das Brett des Karneades, S. 17 f.

²⁸ *Hruschka*, GA 1991, 1 (8 ff.); *Janka*, Der strafrechtliche Notstand, 1878, S. 88; *Joerden*, JuS 1997, 725 (726 f.).

²⁹ *Bockelmann*, Hegels Notstandslehre, 1935, S. 8 f.; v. *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, § 90 f.; *Fichte*, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, 1796, S. 253.

³⁰ *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand, 1990.

³¹ Vgl. *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand, S. 85; *Renzikowski*, JRE 11 (2003), 269 (280).

³² *Bockelmann*, Hegels Notstandslehre, S. 5.

³³ Vgl. *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand, S. 85; siehe auch *Küper*, Immanuel Kant und das Brett des Karneades, S. 49.

Auch wenn *Kant* es damals so noch nicht gemeint haben konnte, ist es deshalb sinnvoll, diese *Unstrafbarkeit* in den heutigen Strafausschließungsgrund des entschuldigenden Notstands zu übersetzen, so wie im § 35 StGB erfolgt. Demnach ist der Begriff *Schuld* so zu verstehen, dass er in einem weiteren Sinne des Wortes die gesamte strafrechtliche Verantwortlichkeit umfasst.³⁴

Der eine Schiffbrüchige, der den anderen von der Planke stößt, um selbst zu überleben, handelt demnach entschuldigt.

Anders verhält es sich bei der Programmierung des autonom fahrenden Autos. Das angedrohte Übel einer Strafe ist nicht von vornherein kleiner als ein Übel, das dem:der Programmierenden ohnehin droht. Diese:r befindet sich nämlich nicht einer Lage, in der seine Existenz bedroht ist. Dasselbe gilt im Übrigen auch bei Betrachtung der Strafbarkeit der:des geretteten Insassen, da auch diese:r sich im Zeitpunkt der relevanten Tathandlung (Das In-Bewegung-Setzen des programmierten Fahrzeugs) nicht in einer psychischen Zwangslage befindet.³⁵ In diesen Fällen kann die Tötung eines Menschen somit auch nicht entschuldigt werden.

D. Rechtfertigender Notstand in anderen Kollisionslagen als dem Lebensnotstand?

Darüber, dass im Lebensnotstand die Tat nicht objektiv gerechtfertigt werden kann, herrscht weitestgehend Einigkeit.³⁶ Es ist heute geltendes Recht.³⁷

Interessant ist aber auch die Frage, ob und wann die Not eine an sich unrechtmäßige Tat gesetzmäßig machen, das heißt rechtfertigen kann. Stellen Sie sich nun folgende Situation vor:

Ein Wanderer wird von einem starken Schneefall überrascht und kann sich nur vor dem Erfrierungstod retten, indem er eine leerstehende Hütte aufbricht.

Im Unterschied zu den vorher genannten Beispielen kollidieren hier nicht die Rechtsgüter Leben – Leben, sondern das Rechtsgut Leben mit einem anderen (weniger schwerwiegenden) Rechtsgut, hier: dem Eigentum.

³⁴ *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 4.

³⁵ *Engländer*, ZIS 2016, S. 608 (611 f.).

³⁶ Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 8 Rn. 4.

³⁷ Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, § 8 Rn. 4.

Nach deutschem Recht wiegt das Leben des Wanderers hier schwerer als das durch den Einbruch beeinträchtigte Eigentum. Es erkennt einen Notstand im §§ 34, 35 StGB an. Im Vergleich zu anderen Rechtfertigungsnormen ist der Notstand bemerkenswert „offen“ konzipiert, sodass grundsätzlich jede beliebige „Tat“ aufgrund der Gefahr für „irgendein“ Rechtsgut gerechtfertigt werden kann. Der Paragraph verweist auf eher vage, „quasi-naturrechtliche“ Prinzipien (Interessenabwägung/Angemessenheit von Mittel und Zweck).³⁸ Ein solcher Rechtfertigungsgrund ist daher legitimierungsbedürftig.³⁹ Hauptsächlich wird bei seiner Legitimation auf die Prinzipien der Sozialnützlichkeit und auf das Solidaritätsprinzip verwiesen.⁴⁰ Zwar hat sich Kant zu diesen nach seiner Zeit entwickelten Gedanken nicht explizit äußern können. Eine Betrachtung im Kontext seines Rechtsbegriffes zeigt jedoch, dass eine solche Legitimation für ein Notrecht nicht in *Kants* Sinne gewesen wäre. Im Folgenden sollen daher die beiden für das Notrecht vorwiegenden Legitimationsgrundlagen vorgestellt und in den Kontext von Kants Rechtsbegriff gestellt werden.

I. Das Prinzip der Sozialnützlichkeit und Kants Rechtsbegriff

Teilweise wird der Notstand mit einem sozialnützlichen Prinzip für das allgemeine Wohl begründet. Die Sozialnützlichkeit eines Notrechts begründe, dass eine Notstandshandlung unter Abwägung der Interessen in einzelnen Fällen gerechtfertigt sein könne. Wie im Folgenden erörtert wird, hätte *Kant* dieses Prinzip als Begründungspotential für ein Notrecht wohl abgelehnt.

1. Sozialnützlichkeit als Begründung des Prinzips des überwiegenden Interesses

Das Prinzip, das heute hauptsächlich zur Begründung eines Notrechts angeführt wird, ist das „Prinzip des vorwiegenden Interesses“,⁴¹ das teilweise auf seine „Sozialnützlichkeit“ zurückgeführt wird.⁴² Nach diesem Prinzip ist eine

³⁸ *Hruschka*, JuS 1979, 385.

³⁹ *Küper*, JZ 2006, 105 (109); *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 1 ff.

⁴⁰ Siehe auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 29 ff., 80 ff., 104; *Pong*, Der rechtfertigende Notstand (§ 34 StGB) unter besonderer Berücksichtigung Drittbeteiligter, 2002, S. 12 ff.; *Tsilimpari*, Die Regelung des Notstands im deutschen und im englischen Recht, 2010, S. 41 ff.

⁴¹ *Gropp/Sinn*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 217.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 9 Rn. 444.

⁴² *Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, 1905, S. 128; *Merkel*, Die Kollision rechtmäßiger Interessen, 1895, S. 57 f.; *Pong*, Der rechtfertigende Notstand (§ 34 StGB) unter besonderer Berücksichtigung Drittbeteiligter, 2002, S. 20 f.; *Reinhard*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, 18. Aufl. 1931, S. 153; *Wachinger*, in: FS v. Frank, Bd. I, 1969, S. 469 (476 ff.).

Notstandshandlung dann nicht rechtswidrig, wenn sie sich nach einer breiten Interessenabwägung als das einzige Mittel zur Rettung eines höherwertigen gefährdeten Interesses erwiesen hat.⁴³ Als solches wurde es erstmalig in von *Merkel* im Jahr 1895 formuliert.⁴⁴ Nach *Merkel* fördert bei einer Interessenkollision die Wahrung des objektiv höherwertigen gefährdeten Interesses das Gesamtinteresse der Gesellschaft. Denn die „*Gesellschaft*“ dürfe in einer solchen Situation nicht anders entscheiden als sich der Einzelne „*vernünftigerweise*“ entscheiden würde, wenn seine eigenen Interessen untereinander kollidieren würden. Er würde dem höherwertigen Interesse den Vorzug geben.⁴⁵

Seitdem hat sich der Notstand immer mehr zu einem sozialnützlichen Prinzip für das allgemeine Wohl entwickelt.⁴⁶ Sein Nutzen wird in dem Nutzen für die meisten, in einer Art Gesamtgütererhaltung, gesehen.⁴⁷ Ein Teil der Lehre beschreibt die Interessenabwägungsformel daher als ein utilitaristisches Prinzip,⁴⁸ andere lehnen die vollständige Zuordnung zu dieser philosophischen Grundkonzeption ab.⁴⁹

2. Prinzip der Sozialnützlichkeit im Kontext von Kants Rechtsbegriff

Kants Philosophie geht von der subjektbegründenden Freiheit des Individuums aus: „Recht“ ist nach ihm der „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“.⁵⁰ Der Zweck des Strafrechts liegt darin, die Rechtssphären der Bürger voneinander abzugrenzen, um den Freiheitsgebrauch des Einzelnen zu gewährleisten.⁵¹ Auch eine Notstandshandlung unter Berücksichtigung eines maximalen Gesamtnutzens würde in die Freiheit des Opfers eingreifen.⁵² *Merkels* Argumentation, von individuellen auf soziale „Gesamtinteressen“ zu schließen,⁵³ ist nicht mit *Kants* subjektbezogener Argumentation vereinbar.

Im Sinne von *Kants* Rechtsbegriff ist somit ein Notrecht durch das Prinzip des überwiegenden Interesses nicht zu begründen.

⁴³ *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2021, § 17 Rn. 10.

⁴⁴ *Merkel*, Die Kollision rechtmäßiger Interessen, 1895.

⁴⁵ *Merkel*, Die Kollision rechtmäßiger Interessen, S. 41 f.

⁴⁶ *Pong*, Der rechtfertigende Notstand (§ 34 StGB) unter besonderer Berücksichtigung Drittbeteiligter, S. 15.

⁴⁷ *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, § 16 Rn. 3 f.; *Schmidt*, ZStW 49 (1929), 350 ff.

⁴⁸ *Hruschka*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1988, S. 112, *ders.*, Rettungspflichten in Notstandssituationen, S. 388, *Joerden*, GA 1993, 245 ff.

⁴⁹ *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 72 f.

⁵⁰ *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 62.

⁵¹ *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 14 f.

⁵² Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, § 8 Rn. 8.

⁵³ Vgl. o. (D. I. 1.).

II. Das Solidaritätsprinzip und Kants Rechtsbegriff

Als Begründung, warum beim Notstand der Beeinträchtigte den Eingriff in sein Rechtsgut ertragen muss, führt ein großer Teil der Lehre die Solidaritätspflicht an.⁵⁴ Ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut kann danach in einem konkreten Fall seine Schutzwürdigkeit verlieren, weil die Rechtsordnung unter Berücksichtigung der sozialen Pflichten des Rechtsgutsträgers von ihm die Aufopferung dieses Rechtsguts verlangen darf.

Solidarität ist ein Begriff, der uns vor allem aus der politischen Rhetorik und Sozialethik als positiv besetztes Wort⁵⁵ bekannt und sehr „vertraut“⁵⁶ vorkommt. Aus rechtlicher Sicht ist es jedoch problematisch, sich auf eine so offene, „mehrdeutige“⁵⁷ *Allerweltsformel* wie den Begriff der Solidarität zu berufen. Denn sie bietet nicht wirklich eine „Analyse der Problemlage“, sondern ist eigentlich lediglich eine „Kompaktbezeichnung des Problems“⁵⁸. Trotzdem wurde in der Vergangenheit, man erinnere sich insbesondere an die Legitimationsversuche von Grundrechtseingriffen in der Coronapandemie,⁵⁹ vielfach nach Wegen gesucht, rechtliche Pflichten im Notstand mit dem Prinzip der Solidarität zu begründen und zu einem begründungskräftigen Rechtsprinzip des modernen Staates zu machen.

1. Begründung der Solidaritätspflicht

So basieren einige Argumentationen, nach denen Solidarität ein begründungsfähiges Prinzip für den Notstand ist, auf dem Eigeninteresse, in der Zukunft die eigenen Rechte eventuell auf Kosten fremder Rechtsgüter zu retten.⁶⁰

Andererseits wird versucht, den Gedanken einer solchen „Austauschgerechtigkeit“⁶¹ in die Vergangenheit zu richten. Danach wird von jemandem, der in der Vergangenheit von der Solidarität Anderer Gebrauch gemacht hat, nach dem Gedanken der Fairness auch von ihm solidarisches Verhalten verlangt.⁶² Hier wird die Betrachtung weg von der numerischen Identität des Individuums verschoben, hin

⁵⁴ Kühl, Strafrecht AT, § 8, Rn. 9 f.; Hruschka, in: FS Dreher, 1977, S. 189 (209); Roxin/Greco, Strafrecht AT, § 16 Rn. 10; Neumann, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 9 f.

⁵⁵ Kühl, in: FS Lenckner, 1998, S. 143 (157).

⁵⁶ Volkmann, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1998, S. 1.

⁵⁷ Khushf, in: Bayertz, Solidarität. Begriff und Problem, 1998, S. 111 (125).

⁵⁸ Luhmann, in: ders., Soziologische Aufklärung 2, 6. Aufl. 2009, S. 134 ff.

⁵⁹ Z.B. OVG Weimar, [Beschl. v. 03.07.2020 - 3 EN 391/20](#) -, Rn. 21; so auch schon die ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrats, vgl. [Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, 2020](#).

⁶⁰ Vgl. Henrich, in: Engelhardt, Sein und Ethos, 1963, S. 350 (361 ff.).

⁶¹ Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 72.

⁶² Patzig, Ökologische Ethik – innerhalb der Grenzen bloßer Vernunft, 1983, S. 6 ff.

zu der universalistischen Annahme, dass niemand für sich in Anspruch nehmen könne, etwas von jemandem zu erwarten, das er selbst nicht aufzubringen bereit sei.⁶³

Eines haben beide Ansätze gemein: Während utilitaristisch geprägte Deutungen also vor allem darauf hinauslaufen, eine Notstandsbefugnis des in Gefahr Geratenen zu begründen, wird aus der Perspektive der Solidarität das Notrecht aus der „Verpflichtung“ des vom Eingriff betroffenen zur Duldung einer Inanspruchnahme seiner Rechtsgüter abgeleitet.⁶⁴

2. Die Solidaritätspflicht im Kontext von Kants Rechtsbegriff

Im Sinne von Kants Rechtsbegriff ist eine Begründung mittels des Begriffes der Solidarität auch nicht möglich. Zwar kennt Kant sehr wohl eine Pflicht zur Beförderung fremder Glückseligkeit. So leitet er beispielsweise in seiner Kritik der praktischen Vernunft eine allgemeine Pflicht der Menschen des „*Wohltuens gegen Bedürftige*“ ab.⁶⁵ Kant schreibt, wer die „*Maxime, anderen [...] in der Not nicht Beistand leisten zu wollen [...] zum allgemeinen Erlaubnisgesetz machte*“, würde riskieren, dass „*ihm, wenn er selbst in Not ist, jedermann gleichfalls seinen Beistand versagen könne*.“⁶⁶ Letztlich würde egoistisches Handeln einem selbst also gar nicht nützen.

Es wäre jedoch nicht in Kants Sinne, daraus auf eine Solidaritätspflicht im Notrecht zu schließen. Kant unterscheidet strikt zwischen Recht und Moral.⁶⁷ Die Rechtslehre regelt das „*äußere [...] Verhältnis einer Person gegen eine andere sofern ihre Handlungen als Facta aufeinander Einfluss haben können*“. In der Tugendlehre geht es darum, welche Zwecke sich der Einzelne für sein Handeln setzen soll.⁶⁸

Im Recht werden die subjektiven Rechte anders als im Bereich der Tugend nicht nur durch moralische Verpflichtungen gesichert, sondern durch Recht selbst, d.h. funktionalen Zwang.⁶⁹ Was das Recht sichert, ist lediglich die Freiheit der Menschen, zweckbestimmt zu handeln, wobei die Zwecksetzung auch willkürlich

⁶³ Vgl. Kühl, in: FS Lenckner, S. 143 (150, 157).

⁶⁴ Vgl. Küper, Von Kant zu Hegel, S. 107.

⁶⁵ Kant, Metaphysik der Sitten, S. 342.; vgl. Kühl, in: FS Lenckner, S. 143 (157).

⁶⁶ Kant, Metaphysik der Sitten, S. 342.

⁶⁷ Ludwig, Kants Rechtslehre, 1988, S. 89; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 20.

⁶⁸ Kersting, Wohlgeordnete Freiheit – Immanuel Kants Staats- und Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 2007, S. 84.

⁶⁹ Morgenstern, Unterlassene Hilfeleistung, Solidarität und Recht, 1997, S. 59.

sein kann. Die Menschen begegnen sich untereinander also in Bezug auf ihre Handlungsfreiheit, nicht in Bezug auf ihre „Bedürftigkeit“.⁷⁰

Solidarisches Verhalten ist somit etwas, das durchaus als moralische Pflicht i.S.v. *Kants* Tugendlehre darstellt. Im Bereich des Rechts entfaltet sie aber keine Wirkung. Die Not im Notstand ist daher als „internes Freiheitshindernis“ in der Rechtssphäre des Betroffenen zu sehen, innerhalb dessen rechtlich gesehen auch seine „Verarbeitung“ erfolgen muss.⁷¹

Somit lässt sich festhalten, dass auch ein Solidaritätsprinzip keine Rechtfertigung für eine Notstandshandlung in *Kants* Sinne bieten kann.

III. Stellungnahme

Was Kollisionslagen von Leben und anderen Rechtsgütern betrifft, überzeugt *Kants* Verständnis vom Notrecht, so wie es sich aus seinem allgemeinen Rechtsbegriff ableiten lässt, nicht. Vielmehr muss eine Notstandstat in bestimmten Fällen rechtfertigt werden. Dabei ist die Begründung mit dem Solidaritätsprinzip vorzugswürdig.

1. Zum Prinzip der Sozialnützlichkeit

Kants Rechtsbegriff ist insoweit zuzustimmen, dass die Freiheit der Individuen von höchster Bedeutung und Schutzwürdigkeit ist. Ein Eingriff wie beim Notstand muss gut gerechtfertigt sein. Problematisch am Begriff des „höherwertigen Interesses“ ist, dass er sehr offen und unklar ist.⁷² Zunächst liegt es nämlich nur im Auge des Betrachters, welche Werte der Gesellschaft den meisten Nutzen einbringen.⁷³ Das den Rechtsanwender entscheiden zu lassen, räumt ihm einen zu großen Beurteilungsspielraum ein. Mit einer Orientierung an einem „Gesamtnutzen“ verbindet sich die Gefahr, die Interessen des Individuums zu vernachlässigen. Ziel unserer Gesellschaft und Rechtsgemeinschaft sollte sein, auch die Interessen von Minderheiten und Schutzwürdigen zu berücksichtigen. In vielen Fällen muss daher das Gesamtinteresse der Gesellschaft hinter dem des Einzelnen zurückstehen, um das Individuum zu schützen. Dieses Prinzip eignet sich daher nicht zur Begründung von Rechten und Pflichten.

⁷⁰ Küper, JZ 2006, 105 (108).

⁷¹ Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 18

⁷² Vgl. Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, 1903, S. 60.

⁷³ Vgl. Schmitz, Rechtfertigender Notstand bei internen Interessenkollisionen, 2013, S. 152.

2. Zum Solidaritätsprinzip

Zwar sind vom analytischen Ausgangspunkt Recht und Moral, wie auch in *Kants* Rechts- und Tugendlehre, voneinander getrennte Normsysteme. Mit der strikten Trennung beider Sollensordnungen als analytischem Ausgangspunkt ist jedoch noch nicht gesagt, dass es zwischen Recht und Moral keinerlei Verbindungen oder Bezüge geben kann.⁷⁴ Wie weit diese Bezüge reichen, ist ein Thema, das vielfach diskutiert wurde,⁷⁵ auf das aber an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden kann. Fest steht, dass es in unserer Rechtsgemeinschaft viele Beziehungen zwischen Recht und Moral gibt und dass es anerkannt ist, in Einzelfällen rechtlich bindende Regelungen und Entscheidungen auf moralische Erwägungen zu stützen.⁷⁶ So führte das Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (GRG) erstmals sogar ausdrücklich den Begriff der Solidarität in ein Gesetz ein.⁷⁷ Fraglich ist deshalb, ob eine Solidaritätspflicht im Notstand rechtlich binden kann.

Die in die Zukunft gerichtete Argumentation, eine Art „Vorleistung“ zu erbringen, um dann, wenn man sich selbst in einer Notlage befindet, selbst mit solidarischem Verhalten rechnen zu können, überzeugt nicht. Solch ein zukunftsgerichtetes Klugheitskalkül hat wenig Begründungspotential, weil derjenige, der die Vorleistung bringt, überhaupt keine Garantie hat, in einer potentiellen eigenen Notstandslage tatsächlich selbst mit einer Gegenleistung rechnen zu können.⁷⁸ Überzeugender ist es, mit dem Prinzip der Fairness zu argumentieren.⁷⁹ Die individualistische, vergangenheitsgewandte Begründung vernachlässigt, ähnlich wie *Kants* moralische Begründung der Hilfsleistungspflicht, dass sich aus einem Appell an vernünftiges Eigeninteresse weder ein moralisches, geschweige denn ein rechtliches Argument ableiten lässt. *Patzig* hat es zutreffender Weise als ein „Appell an wohlverstandenes Eigeninteresse“ bezeichnet.⁸⁰ Eine moralische Begründung ergibt sich dann, wenn man bei der Beurteilung von Verhalten unsere Identität, aber auch die qualitativen Unterschiede unserer individuellen Lebensumstände unberücksichtigt lässt. Die Zustimmung aller Menschen zu den Grundsätzen unserer Gesellschaft kann nämlich nur gesichert werden, wenn nach ihnen der

⁷⁴ Vgl. *Lindner*, Jura 2016, 8 (11).

⁷⁵ Siehe *Fulda*, JRE 14 (2006), 167 ff.; *Horster*, Rechtsphilosophie, 2014, S. 9 ff.; *Lindner*, Jura 2016, 8 (11).

⁷⁶ Vgl. *Lindner*, Jura 2016, 8 (11).

⁷⁷ § 1 GRG: „Solidarität und Eigenverantwortung. Die Krankenversicherung als Solidargemeinschaft hat die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern“; vgl. *Zuck*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 2, Rn. 68.

⁷⁸ Vgl. *Küper*, JZ 2006, 105 (110); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 72.

⁷⁹ Vgl. *Patzig*, Ökologische Ethik – innerhalb der Grenzen bloßer Vernunft, S. 6 ff.

⁸⁰ *Patzig*, Ökologische Ethik – innerhalb der Grenzen bloßer Vernunft, S. 7.

Leistungsstärkere den Leistungsschwächeren insoweit hilft, dass ihre Grundbedürfnisse gesichert sind.⁸¹ Dass alle Menschen diesen Grundsätzen zustimmen müssen, ergibt sich daraus, dass wir unsere Identität nur gegenseitig, als Gruppe stabilisieren können. So muss jeder für den anderen eintreten, weil alle an der Integrität dieses Lebenszusammenhangs interessiert sein müssen.⁸² Es lässt sich festhalten, dass – anders als *Kants* Vorstellung von Recht und Moral es vorgibt – die Solidarität im Notstand Begründungspotential hat, moralische Pflichten rechtlich bindend zu machen. Somit kann eine Duldungspflicht des Beeinträchtigten im Notstand gegeben sein.

E. Fazit

Bei näherer Betrachtung und Interpretation von *Kants* knapper Notrecht-Reflexion wird deutlich, dass er mit seiner Analyse des Konflikts, wie er sich im Karneades-Fall darstellt, Recht behalten soll. Im Lebensnotstand kann die Notstandstat niemals objektiv gerechtfertigt werden. Subjektiv kann sie aber entschuldigt werden, wenn sich der/die Täter:in in einer psychischen Zwangslage befindet, die zur Wirkungslosigkeit einer Strafandrohung führen. Die Untersuchung von Dilemmasituationen beim autonomen Fahren vor dem Hintergrund von *Kants* Ausführungen zeigt, dass seine Gedanken zum Notrecht auch in Diskussionen über moderne dilemmatische Probleme tragfähig sind.

Was den Notstand in anderen Kollisionsfällen als dem Notstand angeht, muss von *Kants* Notstandsverständnis abgewichen werden. In bestimmten Fällen müssen Rechtsgüter abgewogen und Eingriffe in eigene Rechtsgüter geduldet werden, etwa wenn das Leben des einen durch eine Eigentumsverletzung des anderen gerettet werden kann. Was für viele selbstverständlich klingen mag, ist dogmatisch im Prinzip der Solidarität verwurzelt. Dieses hat rechtliche Begründungskraft, weil eine funktionierende Gesellschaft grundsätzlich nur dann gesichert werden kann, wenn der Bessergestellte den Schwächergestellten insoweit hilft, dass auch dessen Grundbedürfnisse gesichert sind.

⁸¹ Vgl. Patzig, *Ökologische Ethik – innerhalb der Grenzen bloßer Vernunft*, S. 7.

⁸² Vgl. Habermas, in: Edelstein/Nunner-Winkler, *Zur Bestimmung der Moral*, 2. Aufl. 1996, S. 291.