

Der Umgang mit gefährlichen Straftätern im europäischen Vergleich - Teil 1

*stud. jur. Linn Döring**

Seit Deutschland vom EGMR bzgl. seiner nachträglichen Sicherungsverwahrung verurteilt wurde, stellt sich die Frage, was gerade wir Deutschen im Umgang mit gefährlichen Straftätern falsch machen. Schauen wir über unsere Grenzen hinweg, wird deutlich, dass von den 47 Staaten des Europarats neben Deutschland nur sieben Länder¹ ein vergleichbares Instrument wie die Sicherungsverwahrung besitzen¹ und die wenigsten Länder ein zweispuriges System verfolgen. „Warum wir- und nicht die anderen?“ Seine Ausnahmestellung setzt Deutschland unter den Druck sich rechtfertigen zu müssen. Aber die Frage kann auch anders herum gestellt werden: „warum machen andere Länder das nicht so wie wir?“

Der folgende Beitrag in drei Teilen stellt sich dem Thema, wie auf sog. „gefährliche Straftäter“ rechtsdogmatisch und rechtstatsächlich in einzelnen europäischen Ländern reagiert wird und zeigt abschließend auf, was Deutschland möglicherweise von ihnen lernen kann.

I. „Strafen“? Die Sicherungsstrafe am Beispiel England

England ist für eine sehr repressive Strafrechtspolitik bekannt¹. Insofern verwundert es nicht, dass es auch in Bezug auf gefährliche Straftäter allein mit sehr hohen Strafen reagiert. Wie und warum es zu dieser allein strafenden Reaktion kam, soll im Folgenden dargestellt werden.

1. Ein kurzer geschichtlicher Abriss: Von der Einspurigkeit zur Zweispurigkeit

Das Problem der sog. gefährlichen Straftäter stellte sich in England erst nach dem Siegeszug der Freiheitsstrafe und dem Ende der Deportationsstrafe². 1908 wurde mit dem Prevention of Crime Act ein auf gefährliche Straftäter gemünztes zweispuriges System eingeführt³. Gefährlich waren hier Täter, die zu mindestens drei Jahren Haft verurteilt und seit ihrem 16. Lebensjahr mindestens dreimal straffällig geworden waren, ein ständig unehrliches und verbrecherisches Leben geführt hatten und deren Verwahrung zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich war⁴. Gegen sie konnte zum Schutz und zu ihrer Besserung im Anschluss an die Freiheitsstrafe eine Präventivhaftstrafe bis zu zehn Jahren verhängt werden⁵. Der weite Anwendungsbereich führte jedoch dazu, dass die Richter an der Präventivhaftstrafe vorbei urteilten, indem sie bei besonders schweren Verbrechen von der Verwahrung absahen, da ihnen die Strafen lang genug erschienen und sie die Kumulation von Strafe und Maßregeln nicht anerkannten⁶. Infolgedessen verringerte sich der Abstand der Strafzeit von Tätern mehrerer

kleinerer Vergehen zu Tätern von besonders schwerwiegenden Verbrechen.

1948 kehrte England daher mit dem Criminal Justice Act wieder zur Einspurigkeit zurück⁷. Statt einer Maßregel war nun eine spezielle längere Strafe für rückfällige und gefährliche Straftäter anstelle der nach der Einzeltatschuld gemessenen Strafe vorgesehen. 1967 folgte die Einführung der extended sentences, die es erlaubten, bei Wiederholungsverbrechern aus Gründen des Schutzes der Öffentlichkeit die gesetzliche Höchstfrist der Freiheitsstrafe auszuweiten⁸. Die Praxis wandte die spezielle Strafe allerdings wiederum vor allem gegenüber lästigen Kleinkriminellen und nicht gegenüber schweren Gewaltverbrechern an⁹ und weitete stattdessen die lebenslange Freiheitsstrafe für schwere Gewalttäter aus¹⁰. Das langwierige Bemühen den Anwendungsbereich auf schwere Gewalttäter einzuengen, das sich bis zum Criminal Justice Act 1991 zog¹¹, ist insofern ein Charakteristikum der englischen Geschichte. Schlusspunkt der Entwicklung bilden der Criminal Justice Act 2003 und der ihn ergänzende Criminal Justice Act 2008, auf deren Regelungen im Folgenden eingegangen wird.

2. Die aktuellen Regelungen

Seit dem Criminal Justice Act 2003 teilt das englische Strafrecht die Straftäter grundsätzlich in gefährlich und nichtgefährlich ein¹². Gefährlich sind nur die Gewalt- und Sexualstraftäter, gegen die in den Sections 224-263 als sichernde Reaktionsmittel drei unterschiedliche besondere Strafen aufgeführt werden, die ab dem 18. Lebensjahr angeordnet werden können¹³. So kann der Richter im Rahmen einer zeitigen Freiheitsstrafe eine verlängerte Bewährungsdauer (extended sentence), eine in

*Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

¹ Vgl. auch Forster, in Sieber/Cornils, 127, 186f.

² Zuvor entledigte man sich unliebsamen Rechtsbrechern, indem man sie in ferne Kolonien deportierte oder mit der Todesstrafe ahndete, vgl. Radzino-wicz/Hood, MLR 1980, 1305, 1308; Sturm, 17.

³ Ashworth, 183; Huber, in Jescheck, 157, 168; Kinzig, 533.

⁴ Vgl. Geisler, 40f.; Kinzig, 533.

⁵ Kinzig, 533; Allen, ZStW 80, 163, 165.

⁶ Hood/Sparks, 156; Floud/Young, 79; Geisler, 42.

⁷ Huber, in Jescheck, 160, 202.

⁸ Floud/Young, 81.

⁹ West, 100; Kinzig, 534ff.; Huber, in Jescheck, 160, 171.

¹⁰ Kinzig, 538.

¹¹ Ashworth, 183f.; Sturm, 21f.

¹² Gibson/Watkins, 36; Sturm 33; Ashworth/Player, MLR 2005, 822, 836.

¹³ das Jugendlichsein wird jedoch oft mildernd in der Strafzumessung berücksichtigt, vgl. Sturm, 60f.; Forster, in Sieber/Cornils, 127, 164.

ihrer Dauer unbestimmte Freiheitsstrafe zum Schutz der Öffentlichkeit im Anschluss an die Strafhaft (imprisonment for public protection, abgekürzt als IPP) und die absolute (bei Mord) oder fakultative (bei schweren Gewaltdelikten) lebenslange Freiheitsstrafe (mandatory/discretionary life sentence) verhängen¹⁴.

Für alle drei Varianten der besonderen Strafen, die jeweils von der Schwere der Anlasstat abhängen¹⁵, ist eine Gefahr schwerer körperlicher und seelischer Schäden zum Urteilszeitpunkt vonnöten, für die nur eine mehr als unerhebliche Wahrscheinlichkeit existieren muss¹⁶. Ob eine Gefährlichkeit besteht, wird vom Richter zunächst ohne Zuziehung eines Sachverständigen entschieden¹⁷. Vorverurteilungen sind als formelle Kriterien nicht erforderlich, sie erleichtern lediglich die Vermutung einer Gefährlichkeit¹⁸.

Die besonderen Strafen unterscheiden sich hinsichtlich ihres Vollzugs nicht von den gewöhnlichen Strafen, lediglich die Ausgestaltung des Entlassungsmechanismus variiert. So werden gewöhnliche Täter grundsätzlich nach der Hälfte ihrer Haft entlassen¹⁹, wohingegen bei gefährlichen Tätern eine der Vergeltung dienende Mindeststrafhaft (tariff) für die Anlasstat festgesetzt wird²⁰. Ab dieser Mindesthaft überprüft ein interdisziplinärer Bewährungsausschuss (parole board), ob eine etwaige Gefahr fortbesteht und ob der Täter entlassen werden kann. Bei weiterer Gefährlichkeit können die Straftäter bei der lebenslangen Freiheitsstrafe und bei der IPP bis zum Ende ihrer Strafdauer - damit auch lebenslänglich -, im Falle einer erweiterten Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren eingesperrt bleiben²¹. Nach einer Freilassung bleibt die Verurteilung bis Lebensende in Kraft (life licence). So kann ein Straftäter, falls er eine erneute Straftat begeht oder seinen möglicherweise bis lebenslang dauernden Melde- und Aufsichtspflichten²² nicht nachkommt, jederzeit wieder inhaftiert werden²³.

Gefährliche Personen mit psychischer Störung (mental disorder) oder Unzurechnungsfähigkeit (insanity) zum Zeitpunkt der Aburteilung können in ein psychiatrisches Krankenhaus eingewiesen werden (hospital order). Dies ist jedoch nicht zwingend²⁴, sodass nicht wenige der schuldunfähigen Täter in den Strafvollzug gelangen²⁵.

Seit einigen Jahren wird in England die Schaffung einer Einrichtung für Personen, die an einer „dangerous severe persona-

lity disorder“ (DSPD)²⁶ leiden und für die Allgemeinheit gefährlich sind, diskutiert²⁷. Eine sog. DSPD-Order sähe eine unbefristete Unterbringung auch für Personen vor, die bislang nicht wegen eines gefährlichen Delikts verurteilt, sondern etwa durch Routinekontrollen oder Kontakten mit Ermittlungsbehörden als potentiell gefährlich eingestuft worden sind²⁸. Damit wäre England das erste Land, indem eine unbefristete präventive Unterbringung auch ohne eine Anlasstat möglich wäre²⁹. Die heftigen Reaktionen in der Fachöffentlichkeit und die Annahme, dass die Regelung gegen die EMRK verstoßen würde, haben allerdings bisher ein eigenständiges DSPD-Gesetz verhindert³⁰.

Charakteristisch für England ist weiterhin die Verschmelzung des Strafrechts mit dem Gefahrenabwehrrecht. So existieren zahlreiche Anordnungen (bspw. anti-social behaviour orders oder control orders für Sexualstraftäter und mutmaßliche Terroristen³¹), deren Nichtbeachtung eine strafrechtliche Sanktion bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe nach sich zieht. Diese umgehen aufgrund ihrer zivil/verwaltungsrechtlichen Ausgestaltung nicht selten die Garantien des Strafrechts (bspw. Unschuldsvermutung)³².

3. „Warum strafen statt maßregeln?“ - Ein Erklärungsversuch

3.1. Das pragmatische Verständnis von Strafe

Die Entscheidung für ein allein auf Strafen basierendes System wurde in England vor allem durch die Praxis geprägt und fußt im Gegensatz zu Deutschland³³ auch vornehmlich auf pragmatischen und nicht dogmatischen Überlegungen. Dieses grundsätzlich andere Verständnis resultiert zum einen aus der traditionell starken Stellung der Richter³⁴, aus der die Überdogmatisierung verhindernden Laienorientierung³⁵ sowie aus dem festen Vertrauen Englands in die Freiheitsrechte seit der Bill of Rights 1689³⁶. Das Fehlen eines kohärenten dogmatisch-philosophischen Sanktionskonzepts³⁷ und die sich gegenüber Behandlungskonzepten desillusionierend und zynisch gebende „nothing works“-Einstellung seit den 1980er Jahren³⁸ haben daher vor allem eine Strafpolitik hervorgebracht, die auf gefährliche Straftäter mit dem pragmatischen Glauben an harte Gefängnisstrafen („prison works“)³⁹ reagiert. Das deutsche

¹⁴ Sturm, 56ff.; Wischmeyer, ZStW 118, 773, 793. WD-BT, 7; Kinzig, 538; Forster, in Sieber/Cornils, 127, 165f.

¹⁵ Sturm, 61, 69.

¹⁶ Sturm, 70; Ashworth, 210.

¹⁷ Sturm, 84.

¹⁸ ders., 69.

¹⁹ Gibson/Watkins, 147.

²⁰ Die allerdings in besonders schweren Fällen auch lebenslang dauern kann (whole life order), vgl. WT-BT, 7.

²¹ Gibson/Watkins, 147, 149; Sturm, 72; WD-BT, 7.

²² Diese existieren seit dem Sexual Crime Act 1997 für Sexualstraftäter, vgl. Sturm, 33.

²³ Sturm, 67; Forster, in Sieber/Cornils, 127, 162; WD-BT, 7; Huber, in Jescheck, 157, 187.

²⁴ So ist für die Unterbringung in einer psychiatrischen Einrichtung eine Therapiefähigkeit erforderlich, sodass dauerhaft hochgefährliche Täter nicht selten nicht davon erfasst werden, vgl. Lau, in Handbuch, 369, 370.

²⁵ Wischmeyer, ZStW 118, 773, 787, 798.

²⁶ Der als unscharf kritisierte Begriff ähnelt dem Begriff der „schwerwiegenden Persönlichkeitsstörung“ und des „Hangs“, vgl. Lau, in Handbuch, 369, 377f.

²⁷ Lau, in Handbuch, 369, 375f.; Lau, MSchrKrim 2004, 451f; Peglau, ZRP 2000, 147f.

²⁸ Lau, MSchrKrim 2004, 451, 453; Lau, in Handbuch, 369, 377.

²⁹ Lau, in Handbuch, 369, 377.

³⁰ Vgl. Lau, MSchrKrim 2004, 451, 454; Lau, in Handbuch, 369, 377.

³¹ So kann bspw. gegen Terroristen eine Ausgangssperre bis zu 16 Stunden täglich verhängt werden, vgl. Forster, 300.

³² vgl. Forster, in Siebers/Cornils, 127, 163.

³³ So ist die deutsche Zweispurigkeit ein Kompromiss des Theorienstreits der klassischen Schule und des Marburger Programms, vgl. Eser, FS-Müller-Dietz, 213, 224.

³⁴ Vgl. Dignan/Cavadino, in Kriminalität, 261, 264; Wischmeyer, ZStW 118, 773, 797.

³⁵ Wischmeyer, ZStW 118, 773, 798.

³⁶ Sturm, 22f.

³⁷ Forster, in Sieber/Cornils, 127, 156; Wischmeyer, ZStW 118, 773, 798; Sturm, 23.

³⁸ Wischmeyer, ZStW 118, 773, 775.

³⁹ Vgl. Hostettler, 305f.

dogmatisch-ausgefeilte, aber unflexible zweispurige Konzept wird demgegenüber als künstlich und metaphysisch belächelt⁴⁰.

3.2. Zwecke und Grenzen des Strafens in England

Die Möglichkeit, auf gefährliche Straftäter allein mit Strafen zu reagieren, ergibt sich nicht zuletzt aus dem englischen Verständnis vom Zweck und den Grenzen von Strafen⁴¹. War im Criminal Justice Act 1991 als Strafzweck noch die Proportionalität zwischen Schuld und Strafe festgeschrieben⁴², führt der repressiven Criminal Justice Act 2003 als Strafzwecke die Vergeltung (retribution), Abschreckung (deterrence), Rehabilitation (rehabilitation) und der Schutz der Öffentlichkeit durch spezialpräventive Freiheitsentziehung (incapacitation) auf⁴³. Da die Strafe damit auch explizit dem Schutz der Öffentlichkeit dient, kann der Richter⁴⁴ sie aus präventiven Gesichtspunkten über die Einzeltatschuld hinaus dehnen und dabei auf eine Lebensführungsschuld⁴⁵ des Täters rekurren, sodass sich präventive Maßregeln neben einer Strafe erübrigen. Demgegenüber besitzt in Deutschland das Tatschuldprinzip Verfassungsrang⁴⁶.

Rechtsstaatlichen Grenzen der Strafe kommt in England hingegen eine geringe Rolle zu. Als solche haben sich zwar bspw. das Gesetzlichkeitsprinzip (principle of legality), das Prinzip der persönlichen Verantwortlichkeit des Täters (principle of responsibility) und das Prinzip, das Strafrecht als letztes Mittel (last resort) anzuwenden, herausgebildet⁴⁷. Das englische Recht kennt allerdings kein geschriebenes höherrangiges Verfassungsrecht⁴⁸, indem diese rechtsstaatlichen Grenzen des Strafrechts festgeschrieben wären⁴⁹.

4. Flexibilität versus Repression? – Eine Einschätzung

Das englische Konzept im Umgang mit gefährlichen Straftätern wirkt aus deutscher Sicht bedenklich scharf, was nicht zuletzt die hohen Gefangenzahlen belegen. So werden mit der pauschalen Einteilung von Tätern in gefährlich und nicht gefährlich deutlich mehr Straftäter von den Regelungen der besonderen Strafen erfasst, wohingegen in Deutschland der Sicherungsverwahrung eine ultima ratio-Stellung zukommt⁵⁰. Um in die Kategorie „gefährlicher Straftäter“ zu fallen, sind in

England keinerlei Vortaten erforderlich⁵¹. Zwar ist die Verhängung einer besonderen Strafe an Gewalt- oder Sexualstrafaten gekoppelt, darunter kann allerdings auch bspw. Prostitution fallen⁵². Angesichts der unzuverlässigen Prognostizierbarkeit von Gefährlichkeit bedeutet daher die präventive Erhöhung von Strafen für sehr viele Straftäter in England, dass höchstwahrscheinlich nicht wenige ungerechtfertigt eingesperrt werden.

Heikel ist neben der Vermengung von verwaltungs- und zivilrechtlichen Regelungen mit dem Strafrecht außerdem, dass England ohne eine Kontrollinstanz auskommt. Das Parlament kann – womöglich einem Strafverschärfungspopulismus nachgebend – jedes noch so rechtsstaatlich bedenkliche Gesetz verabschieden, soweit sich keine politische Gegenwehr formiert⁵³. Das Fehlen einer Kontrollinstanz macht England indessen flexibler als Deutschland im Hinblick auf den Umgang mit gefährlichen Straftätern.

⁴⁰Walker, 132f., zum deutschen System: “it requires an extremely retributive philosophy to sustain so artificial a piece of logic”.

⁴¹Forster, in Sieber/Cornils, 127, 154, 161.

⁴²Dunbar/Langdon, 1; Wischmeyer, ZStW 118, 773, 774; Forster, in Sieber/Cornils, 127, 156.

⁴³Wischmeyer, ZStW 118, 773, 774; Forster, in Sieber/Cornils, 127, 156.

⁴⁴Die Gewichtung der Strafzwecke ist dem Richter im Einzelfall überlassen, vgl. Wischmeyer, ZStW 118, 773, 777.

⁴⁵Der Begriff der Lebensführungsschuld wurde von Mezger, ZStW 57, 675, 688f. geprägt. Dieser umfasst neben der Tat auch das „Wesen des Täters“, also auch seine Gefährlichkeit.

⁴⁶Frisch, ZStW 102, 343, 391; BVerfG 6, 398, 439; 54, 100, 108.

⁴⁷Forster, in Sieber/Cornils, 127, 155.

⁴⁸Die Grundrechte sind zwar seit der Ratifizierung des Europäischen Menschenrechtsabkommens 1966 implementiert. Da das Parlament aber jederzeit aus dem Abkommen aussteigen kann, ist die Kontrolle der individuellen Freiheitsrechte nicht dauerhaft gesichert, vgl. Sturm, 47.

⁴⁹Sturm, 46.

⁵⁰ders., 107.

⁵¹Einer bestimmte Anzahl von Vortaten als formelle Voraussetzung für die Anordnung einer Sicherungsverwahrung wird nach deutscher Auffassung eine Warnfunktion zumindest gegenüber schweren Gewalt- und Sexualdelinquenten zugeschrieben, vgl. Sturm, 102f.

⁵²Sturm, 106.

⁵³Sturm, 47; Bradley/Ewing, 55; wohingegen Deutschland durch das Grundgesetz und seine Überwachung durch das Bundesverfassungsgericht geschützt ist.

Der Umgang mit gefährlichen Straftätern im europäischen Vergleich - Teil 2

stud. jur. Linn Döring*

II. „Behandeln statt Strafen“? Der Glaube an die Besserung des Täters am Beispiel Schweden

Im Gegensatz zum englischen Glauben an die abschreckende und sichernde Wirkung von Strafen steht der optimistische Glaube, gefährliche Straftäter mithilfe unbestimmter freiheitsentziehender Behandlung heilen zu können bzw. zu dürfen. Neben den USA zwischen 1935 bis 1975¹ verfolgte auch Schweden von 1927 bis 1981 das Modell unbestimmter Sanktionen zur Besserung des Täters. Die Gefahren dieses praktisch reinen Maßregelsystems sollen hier anhand der schwedischen Geschichte näher beschrieben werden.

1. Ein kurzer geschichtlicher Abriss: Die Behandlungsideologie zu Beginn des 20. Jahrhunderts

1.1. Der Glaube an die Behandlung

Verhängte Schweden in Anlehnung an die klassische Strafrechtslehre im 19. Jahrhundert gegen Rückfalltäter mangels sichernder Maßnahmen z.T. drastische Strafen², schwenkte es zu Beginn des 20. Jahrhunderts auf die sog. Behandlungsideologie ein. Ausgangspunkt dieser spezialpräventiven Ausrichtung des Sanktionssystems, die mit der Einführung einer Internierung rückfälliger und vermindert-zurechnungsfähiger Täter 1927 in die Tat umgesetzt wurde³, bildete die Annahme, dass der Mensch grundsätzlich gut und Kriminalität eine Art Krankheit sei und infolgedessen kriminelles Verhalten geheilt werden könnte. Dementsprechend galt es, ein großes Arsenal von Behandlungssanktionen zu entwerfen und dieses auf atypische Tätergruppen wie auch sog. gefährliche Rückfalltäter auszurichten⁴. Der Richter legte demgemäß nicht mehr den Zeitraum und die Art der Sanktion fest, sondern leitete den verurteilten gefährlichen und zu behandelnden Straftäter an besondere Vollzugsbehörden weiter, die über den Zeitpunkt der „Heilung“ entschieden. Die Trennung von bewertenden Strafen und wertfreien Maßregeln hatte sich damit erübrigt, kam es noch ungeachtet jeden Vorwurfs darauf an, rückfällige und vermindert zurechnungsfähige Täter einer sachgerechten und daher unbegrenzten Behandlung zuzuführen und nicht sie zu „strafen“⁵. Die im europäischen Vergleich beispiellose kostenaufwendige und langwierige Behandlungssanktionierung gegenüber gefährlichen Straftätern kam insofern einem alleinigen Maßregelsystem nahe⁶, welches sich ebenso wie ein

rein strafendes System vom Proportionalitätsprinzip gelöst hatte. Der unter diesem Blickwinkel metaphysisch anmutende Begriff der Strafe verlor seinen theoretischen wie praktischen Sinn, wie es das auf das Wort Strafe verzichtende Kriminalgesetzbuch⁷ von 1965 zum Ausdruck brachte.

1.2. Der Irrglaube der Behandlung - der Neoklassizismus

Der kurz nach Inkrafttreten des neuen Kriminalgesetzbuches einsetzende kriminalpolitische Richtungswechsel (sog. Neoklassizismus) speiste sich aus der Effektivitätsforschung⁸. Das trotz aller Behandlungsbemühungen nicht zu übersehende Ansteigen der allgemeinen Kriminalitätsrate und Rückfalldelinquenz führte mit der Abschaffung der Internierung unbestimmter Dauer für rückfällige Delinquenten 1981 zu einer völligen Abkehr von der unbestimmten Sanktionsverhängung „zum Besten des Straftäters“⁹. Entscheidend für die Rückbesinnung auf Proportionalität und Vergeltung war die Einsicht, dass eine Straftat nicht automatisch ein Symptom für eine psychische Krankheit oder eine ähnliche Abnormität ist, die es zu heilen gilt¹⁰, sondern dass dem Täter durchaus bewusstes und verantwortliches Handeln zuzutrauen ist. Die Strafe sollte somit wieder einen der Schwere und Vorwerfbarkeit der vergangenen Tat entsprechenden Tadel ausdrücken¹¹. So sollten sich die Sanktionswahl und Vollstreckungsdauer an der Verhältnismäßigkeit zwischen Tatschwere und Strafe und zwischen verschiedenen Deliktsarten untereinander sowie an der Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit ausrichten. Individualpräventive Aspekte und die Situation des Täters blieben jedoch bei der konkreten Sanktionswahl und Vollstreckung nicht unberücksichtigt¹². So glaubte man jetzt, die Behandlung des Straftäters auch im Rahmen der allgemeinen und bestimmten Strafe wahrnehmen zu können¹³.

2. Die aktuellen Regelungen

Seit der Abkehr von der Behandlungsideologie reagiert Schweden allein mit Strafen auf gefährliche Straftäter. Eine spezielle spezialpräventiv ausgerichtete Rechtsfolge fehlt¹⁴.

⁷ diskutiert war sogar die Umbenennung in „Schutzgesetz“, vgl. Cornils, in Cornils/Sieber, 595, 650; Schütz-Gärden, 86.

⁸ Cornils, ZStW 99, 873, 878; Victor, ZStW 102, 435, 440.

⁹ Interessanterweise hatten sich die schwedischen Richter ohnehin nicht vorbehaltlos der Behandlungsideologie verschrieben und sich gleichwohl an Richtsätzen orientiert. Und ebenso wie in England waren statt Gewaltdelinquenten vor allem Straftäter der Vermögensdelikte erfasst worden, vgl. Cornils, in Jescheck, 781, 815; Kinzig, 525ff.; Löfmarck, Neue Tendenzen, 15, 17.

¹⁰ Lahiti, Neue Tendenzen, 1, 3.

¹¹ Schütz-Gärden, 107.

¹² dies., 107.

¹³ Victor, ZStW 102, 435, 441.

¹⁴ Vgl. Victor, ZStW 102 435, 444.

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

¹ Vgl. Kinzig, 547f.

² Kinzig, 522; Nagel, 18.

³ vgl. Cornils/Jareborg, Einführung, 6; Kinzig, 523.

⁴ Lahiti, in Neuere Tendenzen, 1, 2; Cornils, ZStW 99, 873, 876.

⁵ Cornils, in Jescheck, 781, 814.; Kinzig, 524.

⁶ Vgl. Victor, ZStW 102, 435, 436.

Die längste Strafe ist die lebenslängliche Freiheitsstrafe, die nach zehn Jahren bei Fehlen eines konkreten und beträchtlichen Rückfallrisikos in eine zeitlich bestimmte Freiheitsstrafe umgewandelt werden kann. Die lebenslange Freiheitsstrafe darf allerdings neben Mord auch für andere schwere Delikte wie bspw. Brandstiftung und Hochverrat verhängt werden. Die längste bestimmte Freiheitsstrafe liegt seit 2009 bei 18 Jahren, Täter unter 21 Jahren können bis zu 14 Jahre eingesperrt werden¹⁵.

Gefährliche Rückfalltäter werden durch das Mittel der Strafverschärfung bei Rückfall erfasst (Kap. 26 § 3 schw. StGB)¹⁶. So kann, wenn ein Verbrechen, für das eine mehr als sechsjährige Freiheitsstrafe angedroht ist und eine Vorstrafe von mindestens zwei Jahren vorliegt, eine das Maximum der für das Verbrechen angedrohten Gesamtstrafe um 4 Jahre überschreitende Strafe verhängt werden¹⁷. Als weiteres Instrumentarium zum Umgang mit gefährlichen Rückfalltätern dient eine verspätete Strafrestausschüttung zum 2/3-Zeitpunkt der Strafhaft¹⁸. Überbleibsel des Kriminalgesetzbuches von 1965 ist das Fehlen der Zurechnungsfähigkeit als Strafbarkeitsvoraussetzung¹⁹. Eine Zurechnungsunfähigkeit wirkt sich stattdessen auf die Strafzumessung aus²⁰. So können auch Geisteskranke und psychisch schwer Gestörte verurteilt werden und bspw. eine Geldstrafe kombiniert mit einer anderen Sanktion erhalten, sofern ihnen – was große praktische Schwierigkeiten bereitet – Vorsatz oder Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann²¹. Sie gelangen jedoch zumeist im Rahmen der Strafzumessung in eine rechtspsychiatrische Fürsorge (överlämnande till rättspsykiatrisk vård). Eine Gefängnisstrafe für psychisch Gestörte war bis 2008 verboten. Seitdem kann in bestimmten Fällen, etwa bei einem hohen Strafwert der Tat oder einem geringen Behandlungsbedarf, auch eine Gefängnisstrafe angeordnet werden²². Reformgutachten sprechen sich für die Wiedereinführung der Zurechnungsfähigkeit und für die Schaffung von „Gesellschaftsschutzmaßnahmen“ aus, die für besonders gefährliche psychisch gestörte oder zurechnungsunfähige Täter angewandt werden sollen²³.

3. Pendelschlag²⁴ nach vorn? - Eine Einschätzung

Die schwedische Absicht, gefährliche Straftäter zu resozialisieren und nicht lediglich „wegzusperrn“, war als solche achtenswert. Die alleinige Ausrichtung der Sanktionierung auf eine zukünftige Besserung des Täters verschaffte Schweden jedoch das gute Gewissen, welches es nicht verdiente²⁵, verschleierte es doch, dass eine - wie auch immer ausgestaltete - Sanktion nichtsdestoweniger Zwang und Übel darstellt²⁶. Womöglich griff die Behandlungssanktion sogar intensiver auf die Gefangenen zu als eine bloß verwahrende Strafe, bemächtigte

sie sich doch neben dem Körper auch der Seele der Gefangenen²⁷. Sie führte ferner zu einer täterorientierten Strafungleichheit²⁸, wurden doch insbesondere die sozial schwächeren und behandlungsbedürftigeren Täter einer härteren Sanktion zugeführt²⁹. Seit der völligen Abkehr von der Behandlungsideologie³⁰ und neuen Ausrichtung an Proportionalität besitzt Schweden indessen einen vorbildlichen Ruf hinsichtlich seiner Kriminalpolitik³¹. In Bezug auf den Umgang mit gefährlichen Straftätern ist allerdings eine Widersprüchlichkeit festzustellen. So vermag Schweden die selbst gesetzte Vorgabe, sich an die Tatschwere und Tatschuld zu halten, nicht einzuhalten, wenn es auf gefährliche Straftäter mit präventiv erhöhten Strafen reagiert³². Ebenso mag es nach deutschem Recht inhuman erscheinen, Schuldunfähige mit Gefängnisstrafen zu sanktionieren³³. Zu beachten ist allerdings, dass die schwedische Sanktionspraxis dem Gebot der Humanität besondere Beachtung schenkt³⁴. So verhängt Schweden im europäischen Vergleich eher milde statt harte Strafen, wie die geringen Gefangenenraten belegen³⁵. Dies kann sich Schweden nicht zuletzt leisten, da es sich hinsichtlich seiner guten Behandlung im Vollzug auszeichnet³⁶. Schweden ist somit ein Beispiel dafür, dass auch ein in sich widersprüchliches Modell in der Rechtswirklichkeit durch seine Humanität bestechen kann.

Die neueste Entwicklung in Schweden kennzeichnet allerdings eine Strafschärfung. Die Vorgabe, Strafe und Strafrecht als ultima ratio einzusetzen, wird zunehmend zugunsten eines Vergeltungsgedankens umgangen³⁷. Demgemäß verhängen die schwedischen Gerichte häufiger lebenslange Freiheitsstrafen anstelle von Einweisungen in rechtspsychiatrische Anstalten³⁸. Ausprägung dieses Vergeltungsgedankens ist auch die neu eingeführte Möglichkeit, psychisch Gestörten eine Gefängnisstrafe aufzuerlegen, sowie die Verschärfung des Sexualstrafrechts 2005³⁹. Damit ist auch Schweden ein Opfer des allgemeinen europäischen Strafverschärfungstrends und im Begriff, seinen kriminalpolitisch guten Ruf zu verspielen⁴⁰.

¹⁵ WD-BT, 15.

¹⁶ Kinzig, 529; Kühne, FS/2010, 150, 151.

¹⁷ Kühne, FS/2010, 150, 151; Kinzig, Systems, 19, 24.

¹⁸ Ansonsten ab der Hälfte der Strafhaft, Victor, ZStW 102, 435, 441; Kühne, FS/2010, 150, 151; Kinzig, 530.

¹⁹ Cornils, in Sieber/Cornils, 595, 637; Cornils/Jareborg, Einführung, 15.

²⁰ Cornils/Jareborg, Einführung, 15; Cornils, in Sieber/Cornils, 595, 636.

²¹ Cornils, in Sieber/Cornils, 595, 634; Cornils/Jareborg, Einführung, 15.

²² Cornils, in Sieber/Cornils, 595, 636.

²³ Cornils, FS-Jareborg, 151, 163f.

²⁴ Löfmarck vergleicht die schwedische in Extremen verlaufende Entwicklung als Pendelbewegung, in Neue Tendenzen, 15.

²⁵ Vgl. Hassemer, KrimJ 1982, 161, 163.

²⁶ Vgl. Mushoff, 149; Dölling, in Jehle, 21, 25f.

²⁷ Vgl. Hassemer, KrimJ 1982, 161, 163.

²⁸ Mushoff, 155.

²⁹ Cornils, ZStW 99, 873, 879.

³⁰ Interessanterweise werden in Deutschland noch heute Forderungen laut, Freiheitsstrafen auf unbestimmte Zeit bis zu einer Resozialisierung zu verhängen, vgl. Merle, in Wegsperrern, 15, 21.

³¹ Cornils, ZStW 99, 873, 874; Kinzig, 522; Cornils, FS-Jareborg, 151, 162; Kinzig, 522.

³² kritisch Blau, FS-Schneider, 759, 766; Kinzig, 532; so beklagt Löfmarck seit dem Neoklassizismus den Verlust einer Ideologie, in Neue Tendenzen, 15, 32.

³³ Vgl. Schütz-Gärden, 530.

³⁴ So enthält das schwedische Strafgesetzbuch eine Regelung, wonach das Gericht insbesondere zu berücksichtigen hat, ob eine mildere Strafe als Gefängnis verhängt werden kann (Kap. 30, § 4 schwStGB).

³⁵ So beträgt die Gefangenenrate 2009: 78, vgl. die schwedischen Gefangenenraten auf <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/wpbcountry.php?country=166>, Stand 21.3.2011.

³⁶ Vgl. Dünkel, Internationales Handbuch, 145, 195f.

³⁷ Hofer, in Kriminalität, 761, 769.

³⁸ Hofer, in Kriminalität, 761, 765.

³⁹ Vgl. Cornils, in Sieber/Cornils, 595, 652.

⁴⁰ Vgl. Hofer, in Kriminalität, 761, 772.

Der Umgang mit gefährlichen Straftätern im europäischen Vergleich - Teil 3

stud. jur. Linn Döring*

III. Das Konzept in den Niederlanden: Longstay-Einrichtungen oder das Problem der „Unbehandelbaren“

Das niederländische System gilt europaweit, vor allem in Bezug auf die spezielle Behandlung gefährlicher Straftäter mit psychischen Störungen, als Vorbild¹. Dies ist für Deutschland umso interessanter, als auch die Niederlande das zweispurige Modell – allerdings ohne die umstrittene Sicherungsverwahrung - verfolgt² und ihr historischer und philosophischer Hintergrund dem deutschen sehr ähnlich ist³. In den letzten Jahren hat die Ernüchterung über das Fehlschlagen von Behandlungen jedoch zu den umstrittenen Longstay-Einrichtungen geführt, welche einige Stimmen als humane Unterbringung auch für deutsche therapieresistente gefährliche Straftäter favorisieren⁴.

1. Ein kurzer geschichtlicher Abriss: Der Widerstand gegen die Sicherungsverwahrung

Bestand in der Epoche der „klassischen Schule“ als Reaktion auf gefährliche Straftäter nur die Möglichkeit der Strafe und lediglich bei Schuldunfähigkeit die Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt⁵, bildete sich in der Epoche der modernen Schule in den Niederlanden mit der Maßregel der TBR (terbeschikkingstelling van de regering, später in TBS umbenannt) 1928 ein Instrument heraus, das sowohl die schuldunfähigen wie die vermindert-schuldunfähigen gefährlichen Straftäter erfassen sollte. Daneben war eine bis zu zehn Jahre dauernde Sicherungsverwahrung für gefährliche rückfällige und voll schulfähige Straftäter (bewaring), vorgesehen, die jedoch nie in Kraft trat⁶. Die Frage, warum die Niederlande auf die Sicherungsverwahrung verzichteten, ist im Hinblick auf die deutsche Diskussion umso interessanter. Neben Kostengesichtspunkten hegten die Niederländer Bedenken bzgl. der Verhältnismäßigkeit der Maßregel sowie bzgl. der Differenzierbarkeit von psychisch gestörten zu lediglich rückfälligen Straftätern⁷. Für die wenigen gefährlichen Täter ohne psychische Störung schienen den Niederländern lange Freiheitsstrafen als ausreichend⁸.

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

¹ Lau, MschrKrim 2004, 451, 452; Blau, FS-Schneider, 759, 769f.; Kinzig, 521.

² Lindemann, R&P 2001, 22; Sagel-Grande, in Jescheck, 373, 420.

³ vgl. Rimmelink, ZStW 98, 486f.; Jescheck, in Criminal Law, 5, 6.

⁴ Vgl. Sagel-Grande, MschrKrim 2005, 427, 439.

⁵ Sagel-Grande, ZStW 103, 732, 733f.

⁶ Sagel-Grande, ZStW 103, 732, 740; Finger, 230f.

⁷ Jescheck, in Criminal Law, 5, 12; Finger, S. 231f.

⁸ Im Strafvollzug wurden die Gewohnheitsverbrecher jedoch aus Schutzgründen von den übrigen Gefangenen getrennt, vgl. Finger, 232.

2. Die aktuellen Regelungen

Die längste Freiheitsstrafe in den Niederlanden ist die lebenslange Freiheitsstrafe. Sie bedeutet, dass der Täter tatsächlich bis zum Lebensende in Haft bleibt⁹. Als höchste zeitige Freiheitsstrafe sind 15 Jahre angesetzt. Besteht bei einzelnen Tatbeständen ein Strafraum von bis zu lebenslanglich, können die Gerichte bei verschiedenen gleichzeitig verwirklichten Tatbeständen, terroristischen Taten oder bestimmten Rückfalltaten eine zeitige Freiheitsstrafe von bis zu 30 Jahren verhängen. Damit reagieren die Niederlande auch im Rahmen der Strafzumessung auf eine etwaige Gefährlichkeit. Von der Verhängung von Strafen kann in den Niederlanden aber auch ganz abgesehen werden, da das Opportunitätsprinzip gilt¹⁰.

Als freiheitsentziehende Maßregeln existieren die Einweisung in ein psychiatrisches Krankenhaus (Art. 37 nied. StGB) sowie die behandlungsintensive sog. Überlassung (ter beschikkingstelling, TBS genannt, Art. 37a nied. StGB) für psychisch kranke oder gestörte gefährliche Straftäter¹¹. Voraussetzung für die TBS ist eine Tat, für die eine Mindeststrafe von vier Jahren vorgesehen ist, eine (nicht geringfügige) Gefährlichkeit des Täters für Personen oder Güter sowie eine mangelhafte Entwicklung oder krankhafte Störung der geistigen Fähigkeiten des Täters zum Tatzeitpunkt. Vorverurteilungen sind nicht nötig¹². Die Erforderlichkeit der TBS-Maßnahme wird vom Gericht alle zwei Jahre, von einer unabhängigen Experten-Gruppe alle sechs Jahre überprüft¹³. Eine bis lebenslange Verlängerung der Unterbringung ist jedoch nur bei Delikten gegen die körperliche Unversehrtheit möglich. Bei Delikten gegen Sachgüter beträgt die Maximaldauer vier Jahre¹⁴. Je nach Dauer der Behandlung gibt es Abstufungen der Unterbringung, nach einigen Jahren in eine „Long stay facility“, bei fortwährender Behandlungsresistenz in ein „long stay department“¹⁵. Im Durchschnitt dauert der Vollzug der TBS sieben bis acht Jahre¹⁶. Bei vermindert schulfähigen Tätern können TBS und Freiheitsstrafe zusammen angeordnet werden. Eine bestimmte Reihenfolge der Sanktionen ist nicht festgelegt, ständige Rechtspraxis ist es jedoch, die Freiheitsstrafe vor der TBS zu vollstrecken¹⁷. Der Richter kann neben der Anordnung einer TBS auch von einer Strafe absehen¹⁸. Häufig wird die TBS aber neben sehr langen Freiheitsstrafen angeordnet¹⁹. Dies ist

⁹ vgl. WD-BT, 13.

¹⁰ Gaenslen, 193.

¹¹ Sagel-Grande, in Barton, 187.

¹² Kühne, FS/2010, 150, 152; Kinzig, 514f.; Finger, 238ff.

¹³ WD-BT, 13f.

¹⁴ Finger, 243f.

¹⁵ Kühne, FS/2010, 150, 152; WD-BT, 14.

¹⁶ Finger, 237.

¹⁷ Sagel-Grande, ZStW 106, 869, 875; Finger, 244.

¹⁸ Kinzig, 516.

¹⁹ Finger, 245; Sagel-Grande, ZStW 106, 869, 875.

möglich, da auch die Niederlande ein weniger strenges Verständnis von Schuldvergeltung, Proportionalität der Sanktionen und Rechtsstaatlichkeit besitzen als wir Deutschen und die Freiheitsstrafe somit auch präventive Sicherungsaspekte aufnehmen kann²⁰. Auch das niederländische Konzept ist damit funktionalistischer und pragmatischer angelegt als das deutsche. Wie auch im deutschen Recht ist allerdings eine klare Trennlinie zwischen Maßregeln und Strafen schwer zu ziehen²¹.

Seit 2004 existiert die Maßregel der ISD, die ein effektiveres Vorgehen gegenüber rückfälligen Kleinkriminellen erlaubt. Wird für ein Anlassdelikt Untersuchungshaft angeordnet, wurde der Straftäter schon dreimal zu Freiheitsentzug, Maßregel oder gemeinnützige Arbeit verurteilt und besteht die Gefahr der Begehung einer weiteren Straftat, kann gegen den Täter eine zusätzliche Freiheitsstrafe von zwei Jahren Dauer in eigens dafür eingerichteten Anstalten verhängt werden²². Eine besondere Behandlung der Straftäter ist nicht vorgesehen, insofern besteht kein großer Unterschied zwischen der ISD und dem herkömmlichen Freiheitsentzug²³.

3. Die Longstay-Einrichtungen

3.1. Die Lebensbedingungen in Longstay-Einrichtungen

Nachdem sich Mitte der 90er Jahre die Anzahl der TBS-Patienten verdoppelte²⁴, entwarfen die Niederländer aus Kostengründen ein weniger behandlungsintensiveres Konzept für sog. unbehandelbare Patienten, welches 1999 in Gang gesetzt wurde²⁵. Unter „unbehandelbar“ werden seitdem Betroffene verstanden, die seit sechs Jahren in einer TBS-Klinik untergebracht sind, deren Behandlung nicht zu einer wesentlichen Verminderung ihrer Gefährlichkeit geführt hat und für die ein weiterer Behandlungserfolg nicht abzusehen ist²⁶. Um die Resozialisierung und Vermeidung der Rückfallgefahr geht es dem Konzept nicht. Zwar besteht eine gewisse Behandlung, diese dient allerdings primär der Stabilisierung des gegenwärtigen Zustands, wie z.B. der Verarbeitung der Tatsache, zu den „Unbehandelbaren“ zu gehören²⁷. Das Konzept rühmt sich vielmehr, therapieresistenten Patienten ein humanes Leben fern von Behandlungsdruck zu schaffen²⁸. Im Vollzug werden die Betroffenen möglichst als gleichberechtigte und eigenverantwortliche Verhandlungspartner betrachtet. So drückt sich die Vorgabe, hierarchische Strukturen zwischen Betroffenen und Pflegern möglichst gering zu halten, schon in der Bezeichnung der Betroffenen als „Bewohner“ - nicht als Patienten - aus²⁹. Die Einrichtung bietet ihren Bewohnern ungeachtet des hohen Sicherheitsstandards möglichst viel Bewegungsfrei-

heit und einen weitestgehend freien Tagesablauf³⁰. Die Wiedererlangung der Freiheit ist nicht ganz ausgeschlossen. So ist alle zwei Jahre ein Verlängerungsverfahren zu durchlaufen, das dem Betroffenen zumindest eine Chance gibt, aufgrund seines Alters oder neuerlicher Ungefährlichkeit entlassen zu werden oder aufgrund von Behandlungsfähigkeit in den Behandlungsvollzug der TBS wieder aufgenommen zu werden³¹.

3.2. Die kontroverse Diskussion der Longstay-Einrichtungen

Das Longstay-Konzept ist in den Niederlanden und auch in Deutschland sehr umstritten³². Als positiv fällt indessen der gehobene Lebensstandard der Betroffenen ins Auge, der deutschen Sicherungsverwahrten ungeachtet der Vorgabe des Abstandsgebots selten vergönnt ist. Auch erfahren behandlungsresistente Betroffene im Vergleich zur TBS-Maßnahme eine Erleichterung vom Behandlungsdruck, die dazu führen kann, sie wieder für Behandlungsangebote zu motivieren³³. Neben Kostengesichtspunkten³⁴ werden die herkömmlichen TBS-Einrichtungen und psychiatrischen Krankenhäuser entlastet, sodass ein effektiverer Einsatz für die behandlungsfähigen Patienten möglich ist³⁵.

Die Kritik an den Longstay-Einrichtungen entzündet sich schon an der Voraussetzung für eine Unterbringung. Ob ein Mensch wirklich therapieunfähig oder nur therapieunwillig ist, ist nicht hinreichend zu beweisen³⁶. Es kommt der Verdacht auf, dass hier nur eine unbequeme (nicht aber unbedingt unbehandelbare Gruppe) von einer Einrichtung „weg“ und in eine andere „hineindefiniert“ wird³⁷. Im Hinblick auf das Risiko von Fehlprognosen bzgl. psychischer Störungen sind die Niederländer allerdings deutlich optimistischer als die Deutschen³⁸. Ferner bestehen Zweifel, ob es sich bei den regelmäßigen Überprüfungen eher um Rituale als um Überprüfungen mit realer Entlassungschance handelt³⁹. Kritisiert wird außerdem die Annäherung der Maßregel an die Strafe, womit eine schleichende Abkehr vom Prinzip der Zweispurigkeit vollzogen werde, die das gesamte System infrage stelle und auf das Institut der Sicherungsverwahrung zulaufe⁴⁰. Auch werden humane und rechtliche Einwände angemeldet. So geht die Aufnahme in eine Longstay-Einrichtung einher mit dem „Verlust einer Lebensperspektive“. Dem Betroffenen wird das Stigma der vorläufigen Behandlungsunfähigkeit auferlegt. Den Longstay-Einrichtungen zuwider laufe ferner ein einklagbares Recht auf Behandlung⁴¹. So bestehe die Pflicht des Staates nicht primär in der Förderung des Wohlbefindens, sondern

²⁰ Jescheck, CLiA, 5, 14; Rimmelink, ZStW 98, 486, 491ff.; Sagel-Grande, ZStW 103, 732, 738, 760.

²¹ Vgl. bspw. die seit 1983 eingeführte Möglichkeit, bei einer Maßregel benadigt zu werden, vgl. Finger, 233f.

²² Finger, 253f.

²³ Finger, 256f.

²⁴ Sagel-Grande, in Barton, 187, 190; Finger, 237.

²⁵ Lindemann, P&R 2001, 22f.; Kühne, FS/2010, 150, 152; Braasch, 544.

²⁶ Finger, 248.

²⁷ Braasch, 556; Finger, 249; Lindemann, R&P 2002, 10, R&P 2001, 25.

²⁸ Perik, in Braasch, 558; Lindemann, auf http://www.evangelische-akademie.de/_old/materialien/055855/lindemann.pdf, 5 (im Folgenden mit Lindemann abgekürzt), Stand 21.3.2011.

²⁹ Braasch, 556; Lindemann, 5.

³⁰ Lindemann, 5.

³¹ Finger, 249.

³² Dass Longstay-Einrichtungen gegen Art. 3 und 5 EMRK verstoßen, wird jedoch nicht angenommen, vgl. Finger, 264.

³³ Lindemann, R&P 2001, 25.

³⁴ So kostet die Unterbringung mit etwa 225 Euro nur halb so viel wie in einer herkömmlichen TBS-Unterbringung, vgl. Sagel-Grande, MschKrim 2005, 427, 439.

³⁵ Lindemann, R&P 2002, 11.

³⁶ Der Therapieerfolg hängt nicht zuletzt von der Qualität von Behandlungsmethoden ab, vgl. Leygraf, P&R 2002, 3f., 6; Osterheider, R&P 2002, 18; Vgl. Eisenberg, NSZ 2004, 240, 248.

³⁷ Lindemann, R&P 2002, 8, 10.

³⁸ Finger, 254f.

³⁹ Lindemann, R&P 2002, 8, 11.

⁴⁰ Kuijck, Vegter und van Emmerik, in Lindemann, P&R 2001, 21, 24; in Braasch, 569; Finger, 249.

⁴¹ Blankstein, in Braasch, 566.

darin, den Betroffenen bei der Wiedererlangung seiner Freiheit behilflich zu sein⁴². Auch rechtfertigt nicht die Zustimmung des Betroffenen die Unterbringung in einer Longstay-Einrichtung, da es sich hierbei um einen unzulässigen Grundrechtsverzicht des Betroffenen handele⁴³.

3.3. Übertragbarkeit von Longstay-Einrichtungen auf das deutsche Maßregelssystem?

Im deutschen Maßregelrecht existiert eine spezielle Maßregel für psychisch gestörte gefährliche Straftäter wie die niederländische TBS bislang noch nicht⁴⁴. Eine solche wäre indessen begrüßenswert, solange die Behandlung an real vorhandene und erkennbare Störungen anknüpft. Die Etablierung primär verwahrender Longstay-Abteilungen in Deutschland ist jedoch abzulehnen. Zwar ist den aus Sicherheitszwecken Verwahrten ein Leben zu wünschen, welches so wenig wie möglich dem Übel eines Strafvollzugs gleicht und somit dem Abstandsgebot genügt. Eine rein verwahrende Unterbringung ist mit der deutschen Verfassung aber nicht vereinbar. Aus Art. 1 I GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot leitet das Bundesverfassungsgericht das Verbot ab, den „Menschen zwangsweise seiner Freiheit zu entkleiden, ohne dass diesem zumindest die Chance verbleibt, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden“⁴⁵. Der Staat muss sich daher mit allen Kräften darum bemühen, den Betroffenen bei seiner Wiedererlangung der Freiheit zu unterstützen⁴⁶. Ansonsten vermag er nicht das Sonderopfer⁴⁷ zu rechtfertigen, welches der Betroffene durch den Entzug seiner Freiheit für die zu schützende Gesellschaft erbringt.

Ob die bisherige Sicherungsverwahrung diesem Resozialisierungsgebot gerecht wird, bleibt zwar fraglich. Die Differenzierung in nach Gefährlichkeit und Behandlungserfolg gestaffelte Einrichtungen ist jedoch auch nicht unproblematisch. Der Fokus sollte nicht auf dem Aufspüren und Aussondern sog. Unbehandelbarer liegen, sondern primär auf der Suche nach effektiveren Behandlungsmethoden⁴⁸. Existieren sog. Longstay-Einrichtungen erst einmal, besteht die Gefahr, dass sie zum „Wasserkopf des Systems“⁴⁹ werden und die Gesellschaft beginnt, problematische Straftäter dauerhaft auszusondern⁵⁰. Da es nicht unmöglich ist, Einrichtungen zu finden, die sowohl das Abstandsgebot als auch das Resozialisierungsgebot einhalten⁵¹, sollte auch Deutschland in resozialisierende, sozialtherapeutische und nicht in rein verwahrende Anstalten investieren.

IV. Fazit in zehn Thesen: Was wir aus den Konzepten anderer Länder lernen können

⁴² van Emmerik, in Lindemann, P&R 2001, 21, 24.

⁴³ Lindemann, 7; Mushoff, 490; Lindemann, R&P 2002, 8, 14f.

⁴⁴ Vergleichbar sind die Regelungen im Therapieunterbringungsgesetz vom 1.1.2011 für die sog. Altfälle.

⁴⁵ BVerfG, 45, 187, 229.

⁴⁶ Lindemann, 7; Lindemann, R&P 2002, 8, 12.

⁴⁷ Vgl. Kammeier, MaßregelvollzugsR, Rn. A 99f.

⁴⁸ Vgl. auch Fehlenberg, R&P 2003, 145, 152; Meier, in Internationales Handbuch, 971, 990f.

⁴⁹ De Lange, in Braasch, 568.

⁵⁰ So vergleicht Kunz in FS-Eser, 1375, 1386, 1388, die Unterscheidung in Unverbesserlichkeit und Besserungsfähigkeit mit einer sozialdarwinistischen Selektion.

⁵¹ Mushoff, 491.

1. Die pragmatische und rechtstatsächliche Herangehensweise der anderen **drei Länder** sollte Anstoß geben, auch unsere Rechts- und Vollzugspraxis zu hinterfragen und nicht die Menschen hinter dogmatischen Konzepten zu vergessen.

2. Zwar ist das zweispurige System grundsätzlich ein treffsichereres Konzept als die pauschale Erhöhung von Strafen. Dabei sollten wir jedoch anerkennen, dass andere Länder auch ohne striktes Schuldprinzip human und verhältnismäßig vorgehen können (Bsp. **Schweden**)⁵² und auch wir nicht davor gefeit sind, über die Schuld hinaus zu strafen⁵³.

3. „Spezialprävention durch Behandlung ist humaner als Rückfallverhinderung durch langjähriges Einsperren“⁵⁴. Nach dem Vorbild **Schwedens** und der **Niederlande** sollte das Behandlungsangebot für die Sicherungsverwahrten schon während der Straftat ausgebaut werden, sodass sich anschließende Maßregeln möglichst erübrigen⁵⁵. Dagegen „den Vollzug der Strafe individualpräventiv unergiebig zu gestalten und individualpräventiven Bedürfnissen gesondert Rechnung zu tragen, ist ein rechtsstaatlich unhaltbarer Formenmissbrauch“⁵⁶. Ein reiner Verwahrvollzug, wie er ansatzweise bei den Longstay-Einrichtungen in den **Niederlanden** praktiziert wird, ist abzulehnen. Für unsere im Vergleich mit **England** wenigen gefährlichen Straftäter sollten wir eigentlich hinreichende Behandlungsressourcen besitzen.

4. Für die Gruppe von Straftätern mit psychischen Störungen, die nach intensiver Behandlung während der Straftat noch immer gefährlich sind, sind sozialtherapeutische Anstalten wie die TBS-Einrichtungen in den **Niederlanden** wünschenswert. Die Unterbringung von Sicherungsverwahrten in psychiatrischen Krankenhäusern ist dagegen abzulehnen⁵⁷. Kein Mensch sollte allein aufgrund seiner Gefährlichkeit oder krimineller Karriere pathologisiert werden, dies sollten wir aus der Geschichte **Schwedens** lernen.

5. Das Abstandsgebot von Straf- und Sicherungshaft ist ernst zu nehmen. Die Sicherungsverwahrten sind in vom Strafvollzug getrennten Einrichtungen unterzubringen. Ihnen ist weiterhin möglichst viel Bewegungsfreiheit und Eigenverantwortlichkeit, wie in den Longstay-Einrichtungen in den **Niederlanden**, zuzugestehen. Um die Stellung der Sicherungsverwahrten zu stärken, wäre ein eigenes Gesetz förderlich⁵⁸.

6. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung ist abzuschaffen. Dem BVerfG ist zu raten, sich wie die **Niederlande**⁵⁹ der Auffassung des EGMR anzuschließen, dass die Gebote ne bis in idem und nulla poena sine lege auch auf Maßregeln anzuwenden sind. Eine Kriminalpolitik sollte die Geltung verfassungsrechtlicher Gebote nach den tatsächlichen Wirkungen festlegen.

⁵² Vgl. Schütz-Gärden, 456, 501.

⁵³ Vgl. Kunz, in Barton, 71, 84f.

⁵⁴ Dölling, in Jehle, 21, 30.

⁵⁵ Vgl. Frisch, ZStW 102, 343, 382.

⁵⁶ Frisch, ZStW 102, 343, 379; ähnlich Mushoff, 577.

⁵⁷ Dies überlegt Kinzig, ZRP 1997, 99, 105.

⁵⁸ Finger, 274.

⁵⁹ Vgl. Finger, 274.

7. Da die Höhe des Strafniveaus kaum Einfluss auf die Kriminalität nimmt, wohl aber das Entdeckungsrisiko, sollte vor allem in Strategien und Maßnahmen zur Aufklärung von Straftaten investiert werden. Damit wäre es langfristig möglich, das Strafniveau wie in **Schweden** zu senken. Die Aufmerksamkeit sollte jedoch nicht nur der umstrittenen Sicherungsverwahrung gelten, sondern auch der schleichenden Erhöhung der langen und lebenslangen Freiheitsstrafen, die eine viel größere Gruppe als die der Sicherungsverwahrung betrifft⁶⁰.

8. Zur besseren Einschätzung der Sinnhaftigkeit von Maßregeln und Strafen sind Evaluierungen der Maßregeln wie in den **Niederlanden**⁶¹ anzustreben.

9. Die formellen Voraussetzungen für die Anordnung einer Sicherungsverwahrung sind aufgrund ihrer Warnfunktion zu stärken. Keinesfalls sollten freiheitsentziehende Maßnahmen ohne jegliche Anlasstat verhängt werden können (vgl. die diskutierte DSPD-Order in **England**). Wie in **England** sollte das materielle Kriterium der Gefährlichkeit durch eine interdisziplinäre Expertengruppe (parole board) bestimmt werden⁶².

10. Unser Grundgesetz und die Wachfunktion des Bundesverfassungsgerichts gilt es zu wahren. Sie können uns davor bewahren, einem übersteigerten Sicherheitsbedürfnis nachzugeben, dem in Ländern ohne höherrangiges Verfassungsrecht und Kontrollorgan wie bspw. in **England** und der **Niederlande**⁶³ keine Grenzen gesetzt sind. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesverfassungsgericht seine Verantwortung weiter ernst nimmt und die rechtsstaatlichen Gebote nach den vollzuglichen Gegebenheiten auslegt.

⁶⁰ Vgl. auch Dessecker, in Pollähne/Rode, 15, 38.

⁶¹ Vgl. Finger, 274; Sagel-Grande, in Barton, 187, 204.

⁶² Vgl. Sturm, 110ff.

⁶³ In den Niederlanden dürfen Gesetz nur nach ihrer Vereinbarkeit mit der EMRK, nicht jedoch mit dem niederländischen Grundgesetz überprüft werden, vgl. Finger, 261.

Gefährliche Straftäter zwischen Schuld(un)fähigkeit und psychischer Störung

*stud. jur. Miriam Hoffmann**

Im Folgenden soll erörtert sein, ob es das Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (kurz: ThUG¹), in Kraft getreten am 01.01.2011 im Rahmen des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung, vermag, Sicherungsverwahrten einen Platz zwischen Schuldfähigkeit, Schuldunfähigkeit und psychischer Störung zuzuweisen.

Anlass zu dieser Annahme könnte der vom ThUG zu erfassende Personenkreis geben. Betroffen sollen gemäß § 1 I ThUG, die nach § 66 III 1 StGB zur Sicherungsverwahrung verurteilten Personen sein, deren Entlassung auf der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (kurz: EGMR) vom 17.12.2009 zum Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung basiert.¹ Zusätzlich müssen diese nach § 1 I Nr. 1 ThUG für die Eröffnung des Anwendungsbereiches an einer psychischen Störung leiden. Zum Zeitpunkt der Anordnung der Maßregel der Sicherungsverwahrung wurde jedoch auf keinen psychischen Defekt des Verurteilten abgestellt und dieser sodann als schuldfähiger Täter zu Freiheitsstrafe mit anschließender Sicherungsverwahrung verurteilt.

Fraglich ist nun, ob mit der ‚psychischen Störung‘ des ThUG eine Schuldunfähigkeit des Betroffenen einhergehen muss und somit dem ehemals Schuldfähigen, vom ThUG aber Betroffenen, nun auf Grund der in diesem Gesetz geforderten psychischen Störung nachträglich die strafrechtliche Verantwortlichkeit entzogen wird, um dem Gesetz einen Anwendungsbereich zu eröffnen.

Beantworten könnte dies eine Erörterung des Bedeutungsgehaltes des im ThUG unbestimmten Rechtsbegriffs der ‚psychischen Störung‘ und dessen Konsequenzen je nach Deutung.

Begonnen sei zunächst mit einer systematischen Orientierung an der Bedeutung des Terminus und der Suche nach einer Analogie mit bestehenden Normen.

Naheliegender erscheint ein Vergleich mit Art. 5 I 2 lit. e EMRK und seinem normativen Begriff des ‚psychisch Kranken‘. Dieser eröffnet einen relativ großen Anwendungsbereich, da der EGMR der Ansicht ist, dass dieser Logos nicht in einer bestimmten Weise festgeschrieben werden könne. So wie die Psychiatrie Fortschritt erlange, ändere sich auch die Bedeutung dieses Begriffes.² Er orientiert sich dennoch an den sog. Winterwerp-Kriterien.³ Anerkannt ist in der Rechtsprechung des

EGMR auch, dass fehlende strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht zwingend mit der Annahme einer psychischen Krankheit i.S.d. Art. 5 I 2 lit.e EMRK einhergehen muss und tendenziell über den Begriff der Schuldfähigkeit hinausgeht.⁴ Würde man sich an der Deutung der Begrifflichkeit des Art. 5 I 2 lit. e EMRK für die ‚psychische Störung‘ des ThUG orientieren, hätte dies zur Folge, dass die vom ThUG Betroffenen nicht notwendig der Diagnose einer Schuldunfähigkeit unterliegen. Geht man allerdings einen Schritt weiter und sucht auch nach grammatischen Übereinstimmungen, fällt auf, dass das ThUG im Gegensatz zu Art. 5 I 2 lit.e EMRK in der aktuellen deutschen Fassung den Begriff der ‚psychischen Krankheit‘ und nicht den der ‚psychischen Störung‘ verwendet.⁵ Die unterschiedliche Wortwahl führt auch zu einem unterschiedlichen Bedeutungsgehalt der Begrifflichkeiten.

Dies gibt Anlass in weiteren Normen nach mehr Kongruenz zu forschen.

Zu denken ist an § 64 StGB, denn seiner Konzeption nach könnte sich das ThUG in den Kontext der Behandlungsunterbringung einordnen lassen. Jedoch sei eingewandt, dass das ThUG Grund zur Annahme gibt in erster Linie nicht der Heilung der Betroffenen zu dienen, sondern eher den Eindruck einer Gefahrenabwehrmaßnahme erweckt. Ist dem so, resultieren hieraus zusätzlich Probleme bei der Gesetzgebungskompetenz. Auch ist nach § 64 StGB eine Unterbringung nur bei konkreter Erfolgsaussicht zulässig⁶, die Eignung einer Einrichtung nach dem ThUG wird jedoch selbst bei „fehlende(r) Therapierbarkeit“⁷ nicht in Frage gestellt.⁸

Sehr naheliegender erscheint auch der systematische Vergleich mit § 63 StGB, beispielhaft für eine Regelung von psychischen Defekten, welcher eine Unterbringung in einem psychiatri-

solange die Krankheit und die Notwendigkeit der Unterbringung bestehen andauern.

⁴ Vgl. Renzikowski, Joachim: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen, S. 2, URL: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Renzikowski.pdf, Stand: 09.11.2010.

⁵ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Fassung der Bekanntmachung v. 22.10.2010.

⁶ BVerfGE 1991, 1.

⁷ BT-Drs. 17/3403, S. 87.

⁸ Klein, in: BeckOK 2011, § 1 ThUG, Rn. 26.

*Die Autorin ist Studierende an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

¹ EGMR: U 17.12.2009, M v. Deutschland, Nr. 19359/04, Rn. 105, 137.

² Meyer-Ladwig, Art. 5 EMRK, Rn. 20.

³ EuGRZ 1979, 650; Kriterien: Verlässlicher Nachweis des Vorliegens einer Geisteskrankheit, Notwendigkeit der Unterbringung, Unterbringung darf nur

schen Krankenhaus vorsieht. Dieser nimmt als Anordnungsvoraussetzung auf die §§ 20, 21 StGB Bezug, die den Zustand der Schuldunfähigkeit bzw. die verminderte Schuldfähigkeit näher beschreiben.

Orientiert man sich zusätzlich grammatisch an den Begrifflichkeiten des § 20 StGB fällt auf, dass auch hier der Begriff ‚Störung‘ Verwendung findet. Doch schon die große Strafrechtskommission wusste nicht was unter der ‚Seele‘ und ihrer ‚Störung‘ zu verstehen ist, ging es der Sache nach doch eher um körperliche Krankheiten, woraus sich seelische Störungen ergeben. Auch war nur ein deutschsprachiges Wort für ‚Psyche‘ gemeint, weshalb ‚psychische Störungen‘, wie in den Psychowissenschaften beschrieben gleich ‚seelischen Störungen‘ sein sollten.⁹ Dies könnte ein konkreter Anhaltspunkt für die Auslegung der ‚psychischen Störung‘ des ThUG sein, ist die Seele doch nur ein Synonym für Psyche.

Allerdings könnte bei der gebrauchten Begrifflichkeit auch die Möglichkeit der Schaffung einer ganz neuen eigenständigen Kategorie in Betracht gezogen werden, welche sich an der Bedeutung der ‚psychischen Krankheit‘ des EGMR orientiert, jedoch oberhalb der Schwelle zur Schuld(un)fähigkeit agiert. Fraglich bleibt bei diesem Zustand die konkrete, der Freiheitsentziehung zu Grunde liegende Rechtfertigung, sowie dessen Therapiebedürftigkeit. Auch muss hinsichtlich einer aktuellen Tendenz zur Psychiatisierung darauf geachtet werden, dass das ThUG keine Ausuferung dahingehend erfährt, dass eine Vielzahl der Entlassenen verwahrt werden, setzt man der psychischen Störung keinen fassbaren Maßstab.

Entsprechend mag davon ausgegangen werden, dass der Wortlaut des § 1 I 1 ThUG als Oberbegriff zu handhaben ist, welchem die vier Kategorien des § 20 StGB zugeordnet werden können. Hiermit wäre den Juristen ein Altbekanntes an die Hand gegeben, welches es vermag ihnen dabei zu helfen zwischen psychisch Gestörten und für ihre Taten Vollverantwortlichen zu unterscheiden. Auch Widersprüchlichkeiten dürften so zu vermeiden sein. Für diese Annahme spricht auch, dass man sich bereits bei der Namensgebung des *Therapieunterbringungsgesetzes* parallel zu bestehenden Normen dazu entschied, das Argument der Therapie zur Verwahrung zu verwenden. Somit sollte auch, Normen wie § 63 StGB entsprechend, nicht auf das Kriterium der Schuldfähigkeit verzichtet werden. Denn vorgesehen ist die Unterbringung gefährlicher Straftäter in einer Justizvollzugsanstalt zu Präventionszwecken auf der einen und die Unterbringung psychisch Kranker, welche im Zustand der Schuldunfähigkeit oder der verminderten Schuldfähigkeit Straftaten begingen, auf der anderen Seite.

Anders darf es daher auch beim ThUG nicht sein, auch wenn diese Norm abweichend zur bisherigen Rechtslage nicht auf eine Straftat abstellt, die im Zustand der §§ 20, 21 StGB begangen wurde, sondern auf den aktuellen Geisteszustand des Betroffenen. Die Konsequenz wäre ein recht geringer Anwendungsbereich des ThUG, müsste sich die geistige Beschaffenheit des Adressaten doch während der Haft und vor einer Entscheidung zu Therapie und Unterbringung nach dem ThUG konträr zur einst diagnostizierten strafrechtlichen Verantwortlichkeit entwickelt haben. Auch hätte ein Sicherungsverwahrter auf Grund der ‚psychischen Störung‘ bereits nach §

67a II StGB in ein psychiatrisches Krankenhaus überwiesen werden können, hätte eine solche Aktualität gezeigt. Dennoch sollte im Rahmen einer Unterbringung gegen den Patientenwillen ein juristischer Krankheitsbegriff zu Grunde gelegt werden, welcher sich am Paradigma der Schuld(un)fähigkeit orientiert, um konkrete Maßstäbe zu setzen. Auch auf Grund rechtlicher Folgen einer Krankheit im juristischen Sinne ist es wichtig und erforderlich eine möglichst klare Begriffsbestimmung von ‚psychischer Störung‘ vorzunehmen, welche Eingriffsmöglichkeiten des Staates zwar ermöglicht, diese aber nicht ausufern lässt.

Im Ergebnis vermag es das ThUG bei einer Orientierung am Gebrauch des § 20 StGB zwar nachträglich Verantwortung zu entziehen, jedoch ohne dem Betroffenen einen Platz zwischen Schuld(un)fähigkeit und psychischer Störung zuzuweisen.

⁹ Schild, in: NK-StGB, § 20, Rn. 22.

Probleme und wissenschaftliche Methoden bei der Prognose von Gefährlichkeit

stud. jur. Julian Sigmund*

A. Einleitung und Problemaufriss

Die Vorhersage künftiger Ereignisse durchzieht unsere Lebenswirklichkeit an verschiedenen Stellen und beeinflusst unser Verhalten. In vielen Fällen beruht unsere Motivation, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, auf Aussagen, die von uns anerkannte Autoritäten (etwa der Vermögensberater, der Mediziner, die Wetterstation) über die künftige Entwicklung bestimmter Umstände treffen. Neben derartigen institutionellen Prognosen erscheinen auch solche Vorhersagen handlungsleitend, die wir in unzähligen Alltagssituationen gerade im zwischenmenschlichen Bereich eigenhändig und ohne bewusste Reflexion vornehmen. Die Fähigkeit zur zuverlässigen Prognose erscheint demnach im alltäglichen Miteinander von grundlegender Bedeutung. Diese Beobachtung lässt sich ohne weiteres auf das deutsche Strafrecht übertragen, nimmt man die Menge an Normen in den Blick, welche für strafrichterliche Entscheidungen die Stellung unterschiedlicher Prognosen verlangt. Gerade im Bereich des Maßregelrechts, dessen Zweckrichtung einer präventiven Intervention zur Verhinderung künftiger Straftaten ohne Instrumente der Bestimmung und Eingrenzung eines potentiellen Gefährderkreises nicht denkbar erschiene, zeigt sich ihr enormer Stellenwert.

Auch das Bundesverfassungsgericht hält Prognosen im Strafrecht für unverzichtbar, obgleich sie stets das Risiko der Fehlprognose bergen würden und im Einzelfall unzulänglich seien.¹ Damit beschreibt das Gericht ein brisantes Spannungsverhältnis: Der Notwendigkeit der Abgabe von Prognosen in strafrechtlichen Entscheidungsprozessen steht offenbar ein eingeschränktes Zutrauen in deren Güte entgegen. Worauf diese ambivalente Natur der Gefährlichkeitsprognose beruht, soll eine Darstellung der verschiedenen Methoden der Prognostizierung von Gefährlichkeit mitsamt der sie begleitenden Schwierigkeiten zeigen.

B. Methoden und Probleme bei der Prognose von Gefährlichkeitsprognosen

I. Die Gefährlichkeitsprognose im materiellen Strafrecht und die Person des Gutachters

Der Begriff der Gefährlichkeitsprognose leitet sich aus dem Gesetzestext einiger Normen im Maßregelrecht ab, die als Voraussetzung einer Maßregel die Prognose einer Rückfalltat erfordern, infolge derer der Straftäter „für die Allgemeinheit gefährlich ist“ (z.B. §§ 63, 66 ff. StGB). Gefährlichkeitsprognosen sind insofern gesetzlich geforderte Spezialfälle einfacher Rückfallprognosen und zentrale Voraussetzung der Vorschriften zur Sicherungsverwahrung.

Die Normen des materiellen Strafrechts legen fest, unter welchen Voraussetzungen eine Gefährlichkeitsprognose stattzufinden hat. Die Frage, wer sie treffen soll, beantworten sie nicht. In § 246 StPO wird die Zuziehung eines Sachverständigen verlangt. Bei den vom Gericht beauftragten Gutachtern handelt es sich in der Praxis zumeist um forensische Psychiater.² Die Bevorzugung dieser Berufsgruppe erklärt sich wohl damit, dass Richter vor allem den psychopathologischen Aspekten eines Falles Beachtung widmen.³ Weiterhin mag auch die schnellere Verfügbarkeit forensischer Psychiater sowie deren als Folge ihrer langzeitigen Bevorzugung größere prognostische Erfahrung Richter bei ihrer Auswahl beeinflussen. In Einzelfällen werden aber auch Psychologen oder Kriminologen beauftragt.

II. Methoden der Prognosestellung

Wengleich einige Mindestanforderungen bestehen, wonach bestimmte Faktoren in jeder Gefährlichkeitsprognose zu ermitteln und berücksichtigen sind,⁴ bleibt die Art und Weise ihrer Erhebung und Gewichtung der Person des Gutachters überlassen. Diese individuelle Freiheit bewirkt die Existenz verschiedener methodologischer Zugänge bei der Prognose von Gefährlichkeit. Sie lassen sich grob in herkömmliche und moderne Verfahren unterteilen.

1. Die herkömmlichen Verfahren

a) Die intuitive Methode

Die intuitive Methode bezeichnet eine individuelle Vorgehensweise, bei welcher der Vorhersagende die Rückfallwahrscheinlichkeit gefühlsmäßig und unter Anwendung von „Alltagstheorien“ über menschliches Handeln einzuschätzen versucht.⁵ Bei der Aussage über die Entwicklung des Betroffenen werden die Eindrücke des Einzelfalls unter Heranziehung praktischer Erfahrung verwertet. Auch wenn erfahrene Entscheidungsträger die für die Prognose relevanten Aspekte im Einzelfall tiefgehend einzuschätzen vermögen, leidet die intuitive Methode an ihrer Abhängigkeit von der Person des Prognostikers. Der Forderung nach Transparenz und Nachvollziehbarkeit kommt sie unzureichend nach. Es ist für den Außenstehenden nicht ersichtlich, wie Einflussgrößen erhoben und bewertet wurden.⁶

² Bock, Strafverteidiger 2007, S. 269 (270); Boetticher, „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“, S. 87 (101f.); nach einer Untersuchung von Kinzig, SV auf dem Prüfstand, S.313, wurden in knapp 90% der Fälle das Gutachten von Psychiatern oder Neurologen erstellt.

³ Feltes, Strafverteidiger 2000, S.281 (282).

⁴ Siehe der von einer Expertenkommission erstellte Katalog von Mindestanforderungen an kriminalprognostische Gutachten bei Boetticher u.a., NSZ 2006, S.537 (542ff.).

⁵ Dessecker, Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit, S.196; Dahle, Handbuch der forens. Psychiatrie 3, S.1 (26).

⁶ Schumann, Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis, S.31 (34f.); Meier, Kriminologie, § 7 Rn.39.

*Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

¹ BVerfGE 109, 133 (158).

b) Die klinische Methode

Sie besteht aus einem eng am Einzelfall ausgerichteten zweiteiligen Verfahren, in welchem zunächst eine umfangreiche Exploration des Betroffenen durchgeführt wird, deren Befunde anschließend im Hinblick auf das vorherzusagende Ereignis und vor dem Hintergrund des allgemeinen kriminologischen Wissens eingeordnet werden.⁷ Die Durchführung einer ausführlichen Individualanamnese durch einen Mediziner erscheint in solchen Fällen als erfolgsversprechend, in denen psychiatrische Befunde die Triebfeder krimineller Auffälligkeit bilden. Gleichzeitig kann die Fokussierung auf Krankheitsbilder und die Verwendung pathologischer Begriffe aber auch Stigmatisierungseffekte auslösen. Die Ermittlung und Gewichtung der Risikofaktoren obliegt wiederum allein der Person des Gutachters und setzt die Erfolgsaussichten der Methode in Abhängigkeit von der Professionalität des Anwenders.

c) Die statistische Methode

Eine Prognose auf Grundlage der statistischen Methode erfolgt durch Zuordnung des Betroffenen zu einer bestimmten Risikogruppe anhand von Prognosetafeln. Aus Untersuchungen von rückfälligen Straftätern werden Persönlichkeitsmerkmale gewonnen, die offenbar in starker Korrelation mit erneuter Straffälligkeit stehen.⁸ Diese Prädiktoren werden in Tafeln zusammengefasst. Anhand von Tests ist zu ermitteln, ob die entsprechenden Merkmale beim Probanden vorhanden sind. Bezüglich eines jeden Merkmals werden je nach Ausprägung Punkte vergeben, wobei am Ende die Gesamtzahl die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe ergibt. Die statistische Methode überzeugt durch Transparenz. Erhebung und Bewertung der Informationen folgen nachvollziehbaren Regeln. Jedoch tritt die zu begutachtende Person als Individuum zurück.⁹ Es handelt es sich beim statistischen Vorgehen nicht um eine Individualprognose im eigentlichen Sinne, sondern um die Generalisierung von an einem Durchschnitt erworbenen empirischen Kenntnissen.

2. Neuere Methoden

Bei Evaluationen der drei Methoden hat sich keine als eindeutig überlegen präsentiert; selbst bei Vergleichen der intuitiven Prognose mit den wissenschaftlichen Methoden schnitten letztere allenfalls geringfügig besser ab.¹⁰ Diese Ergebnisse haben die Forschung veranlasst, neue Ansätze zu entwickeln. Dabei waren Bestrebungen zu beobachten, die Vorteile der klinischen und statistischen Methode zu kombinieren.¹¹ Ausfluss dessen war eine Vielzahl neu entwickelter empirischer Kriterienlisten, die durch eine Zusammenstellung spezifischer Risikofaktoren eine Abschätzung des individuellen Risikos ermöglichen sollen.

Als prominente Vertreter dieser Art von Prognoseverfahren gelten die Psychopathy Checklist Revised (PCL-R)¹², das

Historical Clinical Risk Management-20 (HCR-20)¹³ sowie die gerade in Deutschland vorherrschende Integrierte Liste der Risikovariablen.¹⁴ Eine Einschätzung der Rückfallwahrscheinlichkeit des Probanden soll dabei durch die Analyse einer bestimmten Zahl an Risikofaktoren erfolgen. Diese sogenannten Items sind in verschiedene Bereiche unterteilt, beim HCR-20 etwa in biografische Aspekte (z.B. frühe Gewaltanwendung, Stabilität von Partnerbeziehungen), klinische Befunde zur Persönlichkeit (z.B. Mangel an Einsicht, Impulsivität) und mögliche Risikoszenarien in der Zukunft (z.B. Fehlen realisierbarer Pläne). Bezüglich jedes Items hat der Gutachter je nach dessen Ausprägung beim Probanden nach einer vorgefertigten Skala Punkte zu vergeben, wobei der so schlussendlich ermittelte Punktwert eine Einschätzung der Gefahr künftiger Gewalttaten ermöglichen soll. Auch wenn das Verfahren der Errechnung eines Punktwertes aus der Beurteilung von Risikofaktoren stark den klassischen Prognosetafeln gleicht, hebt es sich doch von den rein statistischen Methoden ab. So sind zur profunden Einschätzung vieler Items (z.B. Vorliegen einer Persönlichkeitsstörung) eine psychopathologische Analyse des Einzelfalles sowie eine Auswertung von Akten unverzichtbar. Auch von ihrem Selbstverständnis wollen diese neuen Prognosemethoden nicht als allein entscheidungsrelevante Instrumente fungieren, sondern dem kompetenten Anwender das Erkennen prognostisch relevanter Problembereiche erleichtern. Ihre Intention ist es nicht, eine klinische Exploration zu ersetzen, sondern sie als Leitfaden zu flankieren.

Die modernen Instrumente stellen eine Verbesserung des kriminalprognostischen Vorgehens dar, was sich auch in Untersuchungen ihrer Treffsicherheit manifestiert.¹⁵ Ihre Stellung als vorherrschende Prognosemethode beschreibt den Wandel der Forschung von einem intuitiven hin zu einem kriteriengeleiteten Ansatz. Gleichwohl gilt zu bedenken, dass eine eindimensionale Orientierung an Summenwerten unzulässig bleibt. Die fachmännische Auswertung der Ergebnisse und ihr Vergleich zu den Eindrücken einer Exploration sind unerlässlich. Nur so kann dem Individualisierungsgrundsatz Rechnung getragen werden.

IV. Probleme bei der Prognose von Gefährlichkeit

Bei der Gefährlichkeitsprognose kann es zu zwei Arten von Fehlern kommen. Wird einem in Wahrheit gefährlichen Täter eine günstige Prognose gestellt spricht man von einem falschen Negativen. Um einen falschen Positiven hingegen handelt es sich, wenn ein ungefährlicher Proband eine ungünstige Prognose erhält. Grundsätzlich ist der Staat - einerseits aufgrund des Gesellschaftsschutzes, andererseits aufgrund des Freiheitsgrundrechts des Einzelnen - verpflichtet, beide Arten fehlerhafter Prognosen zu verhindern. Dass dies unmöglich ist, zeigen schon die spezifischen Schwächen der Methoden. Doch auch unabhängig davon bestehen allgemeine Probleme, die sich auf die Fehlerhaftigkeit der Vorhersagen auswirken.

1. Länge des Prognosezeitraums

Der Sachverständige muss sich bei den Prognosen über einen Zeitraum äußern, der die restliche Lebenszeit des Betroffenen umfasst. Aus dieser Länge des Prognosezeitraumes resultieren Schwierigkeiten. Angesichts unzähliger situativer Faktoren erscheint es unmöglich, menschliches Verhalten über mehrere

⁷ Eisenberg, Kriminologie, § 21 Rn.17; Meier, Kriminologie, § 7 Rn.31.

⁸ Albrecht in: Gewalt – Entwicklungen, Strukturen, Analyseproblem, S.475 (480).

⁹ Zur Forderung nach einer auf den Einzelnen eingehenden Individualprognose BGH StV 2008, S.301 (302).

¹⁰ Eisenberg, Kriminologie § 21 Rn.39f; Feltes, Strafverteidiger 2000, S.281 (285).

¹¹ Dahle, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2007, S.101 (110).

¹² Hare, Psychopathy Checklist

¹³ Dt Übersetzung in Müller-Isberner/Jöckel/Cabeza.

¹⁴ Nedopil, Forensische Psychiatrie, S.293ff.

¹⁵ Boetticher u.a., NSZ 2009, S.478 (479).

Jahre vorherzusagen. Lässt sich die Gefahr der Rückfälligkeit einer Person gegenwärtig etwa aufgrund seines strukturierten sozialen Umfelds als gering einschätzen, könnte schon die Trennung von der Lebensgefährtin oder der unvermittelte Verlust der Arbeitsstelle eine andere Risikobewertung hervorbringen.

2. Basisrate und statistische Zusammenhänge

Als in Prognoseverfahren bedeutende Größe gilt die Basisrate. Sie gibt das Vorkommen von Tätern eines Delikts in einer nach allgemeinen Kriterien definierten Menge an.¹⁶ Bei der Gefährlichkeitsprognose interessiert dabei die Häufigkeit, mit der verurteilte Täter mit einer erheblichen Straftat rückfällig werden. Durch Untersuchungen konnten Basisraten für einzelne Delikte annäherungsweise festgelegt werden.¹⁷ Dabei kommt es zu Abweichungen. Werden Exhibitionisten etwa zu 70% rückfällig, soll die Basisrate bei Sexualdelikten 20%, bei Tötungsdelikten ca. 2% betragen. Inwiefern sich diese Zahlen auf das Fehlerbild eines Prognoseverfahrens auswirken, soll anhand folgender Beispiele dargestellt werden.

Beispiel 1: Angenommen, es müssten 1000 Personen, die wegen Exhibitionismus verurteilt wurden, hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls beurteilt werden. Aufgrund der Basisrate ist sicher, dass 700 Personen abermals eine solche Tat begehen werden. Wird weiter angenommen, dass für die Prognose ein Verfahren mit einer Fehlerquote von nur 10% verwendet wird, so werden von den 700 künftig Rückfälligen 630 richtig erkannt (richtige Positive), 70 irrig als künftig straffrei eingeschätzt (falsche Negative). Von den 300 tatsächlich harmlosen werden 270 als solche identifiziert (richtige Negative), 30 Personen wird unzutreffend ein Rückfall prognostiziert (falsche Positive).

Beispiel 2: Bezogen auf 1000 Sexualstraftäter käme man bei Verwendung des gleichen Verfahrens zu folgendem Ergebnis: Von den gemäß der Basisrate 200 Gefährlichen werden 180 zutreffend als gefährlich, 20 fälschlicherweise als harmlos eingeordnet. 720 der 800 tatsächlich ungefährlichen werden korrekt als ungefährlich erkannt, 80 Personen wird entgegen der Realität ein Rückfall attestiert.

Es zeigt sich, dass gerade hinsichtlich der Zusammensetzung der fehlerhaften Prognosen, also dem Verhältnis von falsch Negativen zu falsch Positiven, der Basisrate zentrale Bedeutung zukommt. Der Anteil falsch Positiver fällt umso höher aus, je geringer die Basisrate liegt. Berücksichtigt man, dass es im Rahmen der Sicherungsverwahrung um die Prognose schwerer Taten mit niedrigen Basisraten geht, so liegt die Schwäche der Prognosen in diesem Bereich wohl entgegen der öffentlichen Wahrnehmung nicht darin, dass gefährliche Straftäter auf freien Fuß gelangen. Die Zahl zu Unrecht Freigelassener wird durch diejenige zu Unrecht weiterhin Inhaftierter deutlich übertroffen. Die geringe Basisrate ist ein Anhaltspunkt dafür, dass das Risiko, dass es zu weiteren Straftaten kommen wird, in Gefährlichkeitsprognosen systematisch überschätzt wird.

3. Die Person des Gutachters: Vorurteile und einseitige Drucksituation

¹⁶ Volkart, *Recht & Psychiatrie* 2002, S.105 (106); Kühl/Schumann, *Recht & Psychiatrie* 1989, S.126 (131).

¹⁷ Haller in: *Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik*, S.521 (527).

Ebenso wie ein professionelles Verhalten einen wichtigen Beitrag zur Legitimation von prognostischen Entscheidungen leistet, können in der Person des Gutachters auch Gründe für die Fehlerhaftigkeit einer Prognose liegen. Dabei ist in erster Linie die öffentliche Drucksituation zu bedenken. Begeht ein von ihm als ungefährlich eingeschätzter Straftäter eine schwere Straftat, tritt neben ein individuelles Verantwortungsgefühl zumeist eine diffamierende mediale Berichterstattung, welche den „zu nachlässigen“ Gutachter als den wahren Schuldigen der Tragödie beschreibt.¹⁸

Doch auch darüber hinaus drohen Konsequenzen. So steht bei einer Tat infolge einer Fehlprognose der strafrechtliche Vorwurf der fahrlässigen Körperverletzung oder gar Tötung nach den §§ 222, 229 StGB im Raum. Es kommt dabei darauf an, inwieweit dem Gutachter eine Sorgfaltspflichtverletzung nachzuweisen ist. Während das Risiko einer strafrechtlichen Haftung lange als gering erschien,¹⁹ bestätigte der Bundesgerichtshof 2003 die Verurteilung zweier Ärzte eines psychiatrischen Krankenhauses, die einem Patienten Lockerungen gewährten, welche von jenem zur Begehung von Gewalttaten missbraucht wurde.²⁰

Es ist fraglich, ob sich ein Gutachter von Gedanken an derlei Folgen freizumachen versteht. Umso zweifelhafter erscheint es angesichts der Einseitigkeit gutachterlicher Fehlerfolgen. Denn von der fehlerhaften Unterbringung einer ungefährlichen Person nimmt niemand Notiz. Weil der falsch Positive durch die Gefangenschaft an seiner Legalbewährung gehindert wird, fehlt es zwangsläufig an einem Nachweis der Fehlprognose. Vor dem Hintergrund dieses Ungleichgewichtes drängt sich die Annahme einer gutachterlichen Tendenz auf, im Zweifel ungünstige Prognosen zu stellen.

4. Auswertung und These der Übersicherung

Alles in allem lassen einige Aspekte den Schluss zu, dass hinsichtlich der wesentlichen Problematik der Gefährlichkeitsprognosen eine Diskrepanz zwischen öffentlicher Wahrnehmung und Realität besteht. Ob aufgrund der niedrigen Basisrate schwerer Rückfalltaten oder der Drucksituation der Gutachter: den auf längere Zeit betrachtet seltenen Taten zu Unrecht Entlassener, die die Öffentlichkeit umtreiben, scheint eine große Menge zu Unrecht Gefangener gegenüberzustehen. Diese These einer bestehenden Übersicherung lässt sich ob der Unmöglichkeit der Bestimmung der Anzahl falsch Positiver schwer feststellen. Aufgrund von auf besonderen Umständen basierenden Realexperimenten und Untersuchungen kann sie dennoch als empirisch abgesichert gelten.²¹

C. Fazit und Ausblick

In der Bewertung dieses Befundes äußern sich das Dilemma der Gefährlichkeitsprognose und ein zentrales Problem der Sicherungsverwahrung. Prognosen über die Gefährlichkeit eines Menschen werden nie eine hundertprozentige Treffsicherheit aufweisen. Ihre systemimmanente Fehlerhaftigkeit

¹⁸ Schumann, *Prognoseentscheidungen*, S.31 (40f.); beispielhaft hierfür die Überschrift in der Bild-Zeitung: „Erneut haben Gutachter unschuldige Kinderreuen zerstört“, Bild-online vom 19.3.2006; www.bild.de (abgerufen am 4.3.2011).

¹⁹ Verrel, *Recht & Psychiatrie* 2001, S.182 (183).

²⁰ BGHSt 49, 1ff.

²¹ Siehe hierzu etwa das Baxstrom-Experiment (Darstellung bei Kunz, *Kriminologie*, § 27 Rn.20) sowie die Untersuchung von Rusche, In Freiheit gefährlich?, S.87-120.

aber führt direkt zu der Frage, wem die Lasten der Fehler aufzubürden sind. Es geht um die Abwägung zwischen dem Schutz der Gesellschaft und dem Freiheitsrecht des Einzelnen und die Frage, ob sich die Verwahrung mehrerer ungefährlicher Menschen inklusive aller Entbehungen eines Freiheitsentzuges durch die nur so mögliche Verhinderung einer leidvollen Straftat rechtfertigen lässt.

Wenn man sich die verfassungsrechtliche Bedeutung des Freiheitsgrundrechts vor Augen führt, erscheint die hohe Zahl falsch Positiver als großer Schaden an der Rechtsordnung. Einer Gesellschaft, die die Würde des Einzelnen zum höchsten Gut erhebt und in der Freiheit des Individuums die Grundlage des Zusammenlebens erblickt, muss das Risiko, dass einzelne ihrer Mitglieder diese Freiheit bisweilen missbrauchen, zugemutet werden können. Daher erscheint die Abkehr von einer restriktiven, sich einer fixen Idee absoluter Prävention verschreibenden Prognosepolitik geboten. Das schon im Anfangszeitpunkt des Bundesverfassungsgerichts beschriebene Spannungsfeld zwischen der Notwendigkeit von Gefährlichkeitsprognosen und den unvermeidbaren und schmerzlichen Folgen ihrer Fehler ist nicht ohne weiteres aufzulösen. Der Auftrag der kommenden Jahre wird darin bestehen, die von ihm ausstrahlende rechtsstaatliche Brisanz einzudämmen: Durch eine dem Freiheitsgrundrecht des Einzelnen wieder mehr Bedeutung zumessende Politik. Durch die Einhaltung gutachterlicher Qualitätsstandards. Durch eine Vermehrung des Wissens über Rückfallfaktoren und die damit verbundene Steigerung der Treffsicherheit unserer Vorhersagen. Und nicht zuletzt auch durch die Sensibilisierung der Gesellschaft für die fragile Komplexität von Gefährlichkeitsprognosen.

Der Vollzug der Sicherungsverwahrung

stud. jur. Kai Sutter*

Mit dem Urteil vom 4.5.2011¹ hat das Bundesverfassungsgericht die erst kurz zuvor reformierten Regelungen zur Sicherungsverwahrung in weiten Teilen außer Kraft gesetzt. Dies begründeten die Karlsruher Richter nicht zuletzt mit den Gegebenheiten der Vollzugswirklichkeit. Die nachfolgenden Ausführungen sollen aufzeigen, wie die damaligen Regelungen den Vollzug der Sicherungsverwahrung gestalteten und welchen verfassungsrechtlichen Vorgaben dabei genügt werden sollte. Jede zukünftige Regelung zum Vollzug der Sicherungsverwahrung wird diesen grundgesetzlichen, vom BVerfG verschiedentlich¹ konkretisierten Ansprüchen genügen müssen.

A. Einleitung

Die bisherigen Regelungen zur Sicherungsverwahrung scheiterten daran, dass es Ihnen nicht gelang, als Bindeglied zwischen Verfassungsideal und Vollzugswirklichkeit zu fungieren und diese in Einklang zu bringen. Nur durch Analyse dieses Scheiterns wird zu erkennen sein, welche Fehler bei der Neuregelung des Rechts der Sicherungsverwahrung im Bereich der Vollzugsgestaltung vermieden werden müssen. Somit erscheint ein Vorgehen in drei Schritten als zweckmäßig. Zunächst ist danach zu fragen, welchen Grundsätzen der Vollzug der Sicherungsverwahrung zu genügen hat. Dabei sind insbesondere die verfassungsrechtliche Legitimation der Sicherungsverwahrung sowie die sich daraus ergebenden Ziele und Beschränkungen zu bedenken.

Auf einer zweiten Ebene sind die bisherigen einfachgesetzlichen Regelungen zu betrachten und im Lichte dieser Vorgaben kritisch zu würdigen.

Schließlich wird auf einer dritten Ebene nach empirischen Daten zu fragen sein, die Aufschluss darüber geben können, inwieweit diese Prinzipien und die Vollzugsgesetze in der Praxis des Vollzugs umgesetzt wurden.

B. Der Vollzug der Sicherungsverwahrung in der Theorie

I. Grundprinzipien des Vollzugs der Sicherungsverwahrung

Es stellt sich zunächst die Frage, welchen übergesetzlichen Grundprinzipien der Vollzug der Sicherungsverwahrung zu genügen hat.

1. Zweck und Legitimation der Sicherungsverwahrung: das „Sonderopfer“

Die Sicherungsverwahrung ist eine der einschneidendsten Maßnahmen im Arsenal des Staates, einer der schwersten Eingriffe in die Grundrechte von Bürgern, die das deutsche Recht kennt¹. Wer in der Sicherungsverwahrung untergebracht ist, hat zwar schweres Unrecht getan, seine Schuld jedoch durch Verbüßen einer –schuldangemessenen – Haftstrafe bereits

ausgeglichen und erbringt nun erzwungenermaßen ein „Sonderopfer“ für die Allgemeinheit. Mit dem Abverlangen dieses Sonderopfers wird massiv in die Grundrechte des Verwahrten eingegriffen. Insbesondere der Schutzbereich von Art. 2 II 2 GG ist eröffnet - Freiheitsentzug zielt gerade darauf ab, die dort geschützte Bewegungsfreiheit zu beschränken. Aus der Freiheitsentziehung ergeben sich als Nebeneffekt aber auch immer wieder Beeinträchtigungen anderer Grundrechte, so etwa der Berufsfreiheit (Art. 12 I 1 GG), oder des Schutzes von Ehe und Familie (Art. 6 I GG). Wie jeder Grundrechtseingriff muss die Sicherungsverwahrung verhältnismäßig sein, d.h. sie muss einem legitimen Zweck dienen und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein. Für die Sicherungsverwahrung als besonders gravierenden Freiheitsentzug stellt das Bundesverfassungsgericht klar, dass sie nur zulässig ist, wenn der Schutz anderer oder der Allgemeinheit dies gebietet, namentlich wenn erhebliche Rechtsgutsverletzungen zu erwarten sind. Anknüpfungspunkt für das Sonderopfer ist die Gefährlichkeit der zu Verwahrenen. Dabei muss die Bedrohung ein solches Maß erreichen, dass es der Allgemeinheit nicht zugemutet werden kann, diese hinzunehmen.

Art. 2 GG ist kein reines Abwehrgrundrecht, sondern begründet subjektiv-öffentliche Rechte (statuspositivus). Mit Schutzrechten der Bürger korrespondieren stets Schutzpflichten des Staates; für Leben und körperliche Unversehrtheit ergibt sich aus Art. 2 II 2 GG eine Verpflichtung der öffentlichen Gewalt, diese Rechtsgüter auch vor rechtswidrigen Angriffen Dritter zu schützen.

Allein diese Schutzpflichten, die Ansprüche der Allgemeinheit auf Gefahrenabwehr begründen, lassen die Sicherungsverwahrung als Eingriff in die Grundrechte des zu Verwahrenen als legitim erscheinen.

Diese Feststellung zeigt aber zugleich die notwendigen Grenzen auf: Nur Mittel, die zur Verwirklichung dieser Schutzpflichten geeignet und erforderlich sind, dürfen bei der Umsetzung der Sicherungsverwahrung in Betracht kommen.

2. Das Resozialisierungsgebot

Die Sicherungsverwahrung begegnet der von den Verwahrten ausgehenden Gefahr auf zwei Wegen. Zum einen nimmt der Freiheitsentzug dem Verwahrten für die Dauer der Sicherungsverwahrung schon die Gelegenheit, weitere Straftaten zu begehen (negative Individualprävention).

*Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

¹BGH 4 StR 568/08 = StV 2010; S. 179.

Die Resozialisierung hingegen soll den Verwahrten befähigen, „künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen“ (positive Individualprävention) - durch geeignete therapeutische Maßnahmen soll die Gefährlichkeit des Verwahrten behoben oder reduziert werden.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich das Resozialisierungsgebot schon aus den obigen Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit - nur wenn auf einen Abbau der Gefährlichkeit hingewirkt wird, ist eine Entlassung aus der Sicherungsverwahrung vor dem Greisenalter absehbar. Der kürzere Grundrechtseingriff ist indes milder als der längere.

Aber auch aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I 1 GG lässt sich ein Resozialisierungsanspruch des Verwahrten herleiten. Wenn das Ende der Freiheitsentziehung einen Wegfall der Gefährlichkeit voraussetzt, ergibt sich aus der Menschenwürde des Verwahrten ein Anspruch auf eine Vollzugsgestaltung, bei der dem Verwahrten für die Resozialisierung die tatsächlichen Rahmenbedingungen geboten werden, insbesondere also hinreichende Behandlungs- und Therapiemöglichkeiten.

3. Unzulässigkeit generalpräventiver Erwägungen

Auch zeigt sich der individualpräventive Charakter der Sicherungsverwahrung, dass einer Verbesserung der Vollzugsbedingungen nicht das Argument verringerter Abschreckungswirkung entgegengehalten werden darf.

4. Entgegenwirkungsgrundsatz

Unter dem Begriff der „Haftschäden“ werden durch langjährigen Freiheitsentzug verursachte, schwere psychische Schäden diskutiert, die die vielfältige Deprivation verursacht, die mit dem Freiheitsentzug einhergeht. Der damit oft verbundene Verlust sozialer Fähigkeiten läuft dem Resozialisierungsgrundsatz zuwider.

5. Angleichungsgrundsatz und Abstandgebot

Weiter knüpft das Bundesverfassungsgericht Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung an die Bedingung, dass ihr Vollzug sich hinreichend stark vom dem einer Haftstrafe unterscheidet (sog. Abstandgebot).

Grund hierfür ist, dass die Sicherungsverwahrung gerade keine strafende Übelzufügung ist, was der Verwahrte auch am privilegierten Vollzug spüren, und was auch objektiv im Vollzug der Sicherungsverwahrung zum Ausdruck kommen soll. Dies gebietet auch der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz (Art 3 GG). Die Möglichkeiten der Besserstellung müssen soweit ausgeschöpft werden, wie sich dies mit den „Belangen der Justizvollzugsanstalten verträgt“².

Der Strafvollzug ist vom Angleichungsgrundsatz bestimmt (§3 I StVollzG) - die Lebensverhältnisse im Strafvollzug sollen soweit möglich denen in Freiheit angepasst werden. Angesichts dessen ist zu fragen, wie in ein hinreichender Abstand zum Strafvollzug hergestellt werden kann, obwohl dieser

sich schon soweit möglich an den Bedingungen in Freiheit orientiert – insbesondere bei langjährigen Freiheitsstrafen.

II. Inhaltliche Anforderungen an die Vollzugsgesetze

Der Gesetzesvorbehalt (vgl. Art. 20 I, III GG) gebietet es, dass Fragen, die für die Lebensführung der Verwahrten von zentraler Bedeutung sind, von der Legislative geregelt werden. Diese Fragen den Vollzugsbehörden zur Ausgestaltung zu überlassen, würde zu große Ermessensspielräume und damit Rechtsunsicherheit schaffen.

Inhaltlich kann letztendlich nur der Blick auf die Praxis diese Schwerpunkte liefern.

1. Alltag

Von besonderem Interesse für den Verwahrten ist, wie sich sein Alltag gestaltet. Dabei ist die Arbeit, die schon zeitlich eine große Rolle im Tagesablauf spielt, von zentraler Bedeutung – ob den Verwahrten interessante Arbeitsmöglichkeiten in ausreichender Zahl geboten werden, sollte daher nicht von Ermessen und Budget der Verwaltung abhängen. Was die Freizeit angeht, kann nur ein breit gefächertes Angebot aus sportlichen und sonstigen Aktivitäten den Freiheitsentzug erträglich gestalten, wofür daher schon auf normativer Ebene Sorge zu tragen ist.

2. Zentrale Punkte

Ferner sind Aspekte der Gesundheit und der Sicherheit einheitlich zu regeln. Bei ersterer ist nach den Auswirkungen des demographischen Wandels (altersgerechte Unterbringung etc.) zu fragen. Im Bereich Sicherheit ergibt sich schon aus der Gefährlichkeit der Verwahrten (s.o.), dass diese auch untereinander vor Übergriffen zu schützen sind, ferner ist an die Sicherheit der Vollzugsbeamten sowie der Allgemeinheit zudenken.

Die aus Sicht des Verwahrten bedeutsamste Frage ist jedoch die nach seiner Entlassung. Diese setzt therapeutische Maßnahmen zur Resozialisierung sowie ein positives Expertengutachten voraus. Daher sind schließlich aus Sicht der Verwahrten auch verbindliche Regelungen zu Therapie und Begutachtung von überragendem Interesse.

3. Diskussion und Bewertung

Schon vor dem Urteil vom 4.5.2011 waren die einschlägigen Vollzugsregelungen umstritten. Nachfolgend soll sowohl der Diskussionsstand in der Wissenschaft vor zu diesem Urteil skizziert werden.

Die Wissenschaft sah die vollzugsrechtliche Gestaltung der Sicherungsverwahrung eher kritisch. Es wurde vertreten, der Vollzug der Sicherungsverwahrung gestalte sich schon nach der Konzeption des Gesetzgebers fast identisch mit dem Strafvollzug³. Es wurde teils ein „Hotelvollzug“ gefordert, ebenso hinreichende Behandlungs-, Therapie- und Arbeitsmöglichkei-

²BVerfGE 109, 133 (166f).

³Riebe, Patrick: Die Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung; S. 34.

ten⁴.

Das Gesetz schuf nach allgemeiner Auffassung in keinem Punkt einen ausreichenden Abstand zum Zug⁵. Zahlreiche Stimmen aus Wissenschaft und Politik forderten, dass die Länder spezielle Gesetze zum Vollzug der Sicherungsverwahrung erlassen sollen.

4. Eigene Wertung

Der Vollzug der Sicherungsverwahrung in einer JVA ist nicht per se abzulehnen. Vielmehr kommt es darauf an, wie belastend sich die Vollzugsgestaltung in ihrer Gesamtheit aus Sicht des Verwahrten darstellt. Dabei könnte eine eigene Vollzeugs-einrichtung sogar von Nachteil sein, da aufgrund der relativ geringen Zahl von Verwahrten keine komplexe Infrastruktur aufgebaut werden könnte, etwa mit differenzierten Freizeit- und Bildungsangeboten. Mit der Entscheidung, die Sicherungsverwahrung in der JVA zu vollziehen, müssen jedoch geeignete Vorkehrungen einhergehen, um insbesondere das Abstandsgebot zu verwirklichen. Insbesondere darf das Resozialisierungsgebot nicht durch negative Sozialisation durch die Gefängnis-Subkultur (Gefängnis als Schule des Verbrechens) konterkariert werden. Wenn der Staat verpflichtet ist, die Allgemeinheit vor dem gefährlichen Verwahrten zu schützen, muss den Verwahrten in gleichem Umfang Schutz vor einander zustehen. Der Themenkomplex Resozialisierung und Entlassungsvorbereitung war bisher nur rudimentär geregelt.

5. Das Urteil vom 4.5.2011

Die Verfassungsrichter stellen hinsichtlich der Anforderungen an den Vollzug nochmals unmissverständlich klar, „[...] dass über den unabdingbaren Entzug der „äußeren“ Freiheit hinaus weitere Belastungen vermieden werden [müssen]. Dem muss durch einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug Rechnung getragen werden [...]“.

Vor diesem Hintergrund wird kritisiert, dass die Sozialtherapie als zentrales Instrument der Resozialisierung noch immer nicht mit ausreichender Anzahl von Plätzen den Sicherungsverwahrten zur Verfügung stünde, und dass die sozialtherapeutischen Angebote von Strafgefangenen und Sicherungsverwahrten gemeinsam genutzt werden müssten. Die Zeit im Strafvollzug dürfe nicht ungenutzt verstreichen, sondern müsse bereits zur Resozialisierung genutzt werden.

Das Abstandsgebot müsse durch entsprechende Vollzugsgesetze rechtlich verankert werden.

Derzeit müsse ein Sicherungsverwahrter seine Unterbringung wie eine Strafhaft empfinden, da sie analog ausgestaltet sei.

Insgesamt erklärte das Bundesverfassungsgericht daher die Vollzugspraxis der Sicherungsverwahrung für mit den verfassungsmäßigen Vorgaben und Rechtfertigungen für unvereinbar.

⁴http://www.arthur-kreuzer.de/Stellungn_HStVollzGE_08_09.pdf

⁵Ullenbruch in: StraFo 2010, 443 (445).

C. Der Vollzug der Sicherungsverwahrung in der Praxis

1. Literaturmeinungen zum Vollzug der Sicherungsverwahrung

1996 hat Kinzig eine Studie zum Vollzugspraxis der Sicherungsverwahrung durchgeführt⁶. Diese kam zu dem Schluss, dass die Sicherungsverwahrung in ihrer damaligen Ausgestaltung ihren Zweck verfehlte - sie müsse in Sinne komplett neu gestaltet oder gänzlich abgeschafft werden.

Kritisch sah Kinzig etwa die Altersverteilung. Legalbiographisch ist die Zeit zwischen dem 20. und 30. Lebensjahr die Phase der höchsten kriminellen Belastung, während ältere Menschen nur vergleichsweise selten Gewalttaten begehen. Dennoch waren es vorwiegend Ältere, die wegen ihrer Gefährlichkeit verwahrt wurden. Daher stellte Kinzig die Frage, ob eine Maßregel überhaupt präventiv wirken kann, wenn sie schwerpunktmäßig Menschen erfasst, die den Zenit ihrer Gefährlichkeit schon überschritten haben. Die Sicherungsverwahrung stellte für Kinzig eine Zusatzstrafe dar und unterlief den Schuldgrundsatz.

2009 führte Bartsch eine Studie mit ähnlicher Thematik durch⁷.

Auch für Bartsch stand die Frage nach der Vollzugsgestaltung bei der Frage nach der Rechtfertigung der Sicherungsverwahrung an erster Stelle.

Daneben äußerte er Bedenken in Bezug auf Sicherheitsaspekte, insb. was das Zusammenleben der Verwahrten betrifft. Kritisch bewertete Bartsch dabei den zu erwartenden Zustrom junger Verwahrter – diese stünden körperlich auf dem Höhepunkt in ihrer Kräfte. Zudem sind sie in ihrer kriminell aktivsten Lebensphase und haben „juristisch nichts mehr zu befürchten“, befänden sie sich doch schon in der Sicherungsverwahrung. Daher befürchtete Bartsch erhebliche Sicherheitsprobleme, zumal die vielfältige Deprivation in dieser Lebensphase besonders frustrierend sei.

Bartsch stellte weiter fest, dass insbesondere im therapeutischen Bereich umfangreiche Verbesserungen nötig seien, was freilich Investitionen voraussetze. Ein entsprechend größerer Aufwand und zusätzliches therapeutisches Personal könnte eine weitreichende Versorgung der Verwahrten mit erfolgversprechenden Therapieangeboten gewährleisten. Einen Mangel an Plätzen in der Sozialtherapie sah Bartsch besonders kritisch. Diese werde nämlich von Gutachtern als der Königsweg zur Resozialisierung angesehen – Bartsch formulierte: „Ohne Sozialtherapie keine Entlassung“. Bartsch fasste zusammen, dass trotz lobenswerter Bemühungen die Umsetzung von Abstands- und Resozialisierungsgebot als problematisch bezeichnet werden müsse. Er forderte eine stärkere Betonung des Maßregelcharakters, insbesondere eigene Vollzugsgesetze, eigene Vollzeugs-einrichtungen und eigene sozialtherapeutische Einrichtungen. Er stellte aber auch fest, dass etwa bei der The-

⁶Kinzig, Jörg: Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand; Freiburg 1996.

⁷Bartsch, Tillmann: Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme; Gießen 2009.

rapie von Sexualtätern erhebliche rechtliche und praktische Verbesserungen erfolgt seien.

Kreuzer forderte zur Verwirklichung des Abstandsgebots, den Vollzug der Sicherungsverwahrung weniger strafvollzugsähnlich zu gestalten und die SV-Abteilungen der JVAs entsprechend umzubauen.

Therapie und Resozialisierung müssten schon im Strafvollzug beginnen, sonst sei die Vollstreckung der Sicherungsverwahrung schicksalhaft-unabwendbar.

Bommarius⁸ meinte 2010, für die erfolgreiche Wiedereingliederung, die für die Rückfallprävention sehr wichtig sei, werde nicht genug getan.

Besonders heftig war das Thema Finanzen umstritten. Teilweise wurde bemängelt, die Sparzwänge gingen so weit, dass sie zu einer Antinomie von Sicherung und Resozialisierung führten⁹.

Zur Umsetzung der „Schuldenbremse“ sei dem Strafvollzug in Baden-Württemberg laut Herzog¹⁰ ein indiskutables Sparpaket auferlegt worden, was zu Personalabbau und Qualitätseinbußen führen müsse.

2. Eigene Einschätzung der Vollzugspraxis

Die Gestaltung jeder Form von Freiheitsentzug ist aus praktischer wie verfassungsdogmatischer Sicht facettenreich und komplex. Die Fortschritte in der Vollzugspraxis für die Sicherungsverwahrung im Verlauf der letzten 20 Jahre sind immens und aus grundgesetzlicher Sicht begrüßenswert.

Gleichwohl bleiben Fragen offen und wichtige Themenfelder wurden bisher unzureichend reglementiert.

Ein Befassen etwa mit der Sexualität gebieten schon der Angleichungsgrundsatz und der Schutz der Ehe aus Art. 6 I GG. Projekte wie das Therapieprojekt „Sexualität und Männlichkeit“ der JVA Wriezen (Brandenburg) sind zu begrüßen.

Johannes Rau stellte schon 2001 klar: „Wo die Menschenwürde berührt ist, zählen keine Wirtschaftlichen Argumente.“

Tatsächlich dürfen die herausgearbeiteten Grundprinzipien auch unter finanziellen Gesichtspunkten nicht relativiert werden. Gewiss ist spätestens mit der sog. Schuldenbremse klar geworden, dass das Gebot zur Sparsamkeit Verfassungsrang hat. Die uneingeschränkte Achtung der Menschenwürde steht aber auch hierrüber. Nur Unsinniges und Unbezahlbare darf abgelehnt werden, wenn ein Mensch in einem solchen Unterordnungsverhältnis wie in der JVA dem Staat ausgeliefert ist. Mit Blick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot ist auch zu fragen, warum die Vollzugskosten je nach Land so unterschiedlich sind.

Aus verfassungsrechtlicher wie aus menschlicher Sicht muss

den staatlichen Schutzpflichten auch zwischen den Verwahrten untereinander besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Dem werden die JVAs im Rahmen ihrer Möglichkeiten offenbar gerecht.

Wie bei so vielem kommt es auch hier zunächst auf die beteiligten Personen an. Die Schlüsselposition der Vollzugsbeamten in diesem wie in so vielen Bereichen betont Jarner¹¹ zu Recht.

Das birgt Chancen und Risiken. Wenn Kinzig feststellt, dass die personalen Einflüsse auf den Vollzugsalltag immens sind, stellt sich auch die Frage, ob die bisherigen gesetzlichen Vorgaben konkret genug sind, um Willkür zu verhindern.

Die Praxis der Sicherungsverwahrung, das sind 500 Einzelfälle. Jeder davon muss sich am Maßstab der Verfassung messen lassen.

Kinzig urteilt, die Reform der Sicherungsverwahrung zeige Licht und Schatten. Nichts anderes gilt für die gegenwärtige Ausgestaltung ihres Vollzugs. Das neue Vollzugsgesetz der Sicherungsverwahrung wird sich daran messen lassen müssen, wie es diese Balance beeinflusst.

D: Schlusswort

Die Achtung des souveränen Volks durch den Gesetzgeber darf nicht dazu führen, dass elementare Rechtsgrundsätze dem vermeintlichen Ruf der Bevölkerung nach größerer Härte geopfert werden, sondern gebietet vielmehr die Wahrung der Bürgerrechte auch dann, wenn dies z.B. mit Beliebtheitsverlusten und schlechteren Wahlergebnissen einhergeht. Wenn dem allgemeinen Ruf nach Sicherheit schon mit der Sicherungsverwahrung entsprochen wird („Ob“ des Vollzugs), darf jedenfalls das „Wie“ des Vollzugs nicht danach ausgerichtet werden. Die Vollzugsgestaltung ist konsequent an den dargelegten Grundprinzipien auszurichten. Es wurde gezeigt, dass dies bisher nur teilweise gelang. Vom Gesetzgeber bis zu den Vollzugsbeamten müssen alle Beteiligten stets bereit sein, ihre Motive und ihr Handeln kritisch zu hinterfragen. Dazu mögen empirische Kontrollen ihren Teil beitragen. Letzen Endes gilt aber, was schon Radbruch sinngemäß erkannte: Nur, wenn die Gesellschaft in allen ihren Teilen von einer rechtsstaatlichen Grundüberzeugung durchdrungen ist, wird diese Rechtsstaatlichkeit auch in den JVAs an den dortigen Vollzugsbedingungen erkennbar sein.

⁸Bommarius in: FS 2010, 163 (163).

⁹Fennel, Katja: Gefängnisarchitektur und Strafvollzugsgesetz; S. 71.

¹⁰Herzog in: VD, 2011, 7 (11).

¹¹Jarner in: FS 2010, 146 (148).

Civil Liability for Violations of Personal Rights on the Internet from the German Point of View

*stud. jur. Christoph Gramlich**

Due to diverse cultural and historical backgrounds, the protection of personal rights varies nationally. Every state deals differently with the ideality and intangibility of personal rights. Combining these national problems with the global and anonymous world of the internet, that additionally is based on the division of labour, exponentiates the arising legal problems: How to cope with the structure of the internet on a national basis¹, how to determine the applicable law among many affected legal systems¹ and how to locate jurisdiction internationally¹? These questions will be answered in the following from a German point of view.

A German Substantive Civil Law

The civil liability for violations of personal rights is determined by substantive civil law.

I. Personal Rights

Personal rights aim to achieve protection of the personality.¹ German substantive civil law knows two sorts of them - a general one and several special ones. Special personal rights (SPRs) are regulated by various statutes.² In contrast, the general personal right (GPR) is not set explicitly in a statute but subsumed under the term „another right“ in section 823 paragraph 1 German Civil Code (GCC) whose range is indirectly affected by the evaluation of the Basic Law for the Federal Republic of Germany (BLG) that protects personal rights in article 1 paragraph 1 and article 2 paragraph 1.³

SPRs protect special areas of personal rights whereas the GPR does not have a final scope but is applied in few cases⁴. The GPR is therefore open to new developments. Concerning violations of personal rights the GPR is only applicable in case SPRs do not protect the violated part or in case they protect it insufficiently.⁵

*Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität Konstanz.
¹Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, München 2002, marginal number (nm.) 36; Schwarz

Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 3. Auflage, München 2009, section (sect.) 16 mn.49.

²Roth, Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, Frankfurt am Main 2007, page (p.) 16; Gounalakis/Rhode (footnote (fn.) 4), mns.36-185; Münch, Der Schutz vor Verletzungen der Persönlichkeitsrechte in den Neuen Medien, Frankfurt am Main 2004, p.9; Wanckel, Persönlichkeitsschutz in der Informationsgesellschaft, Frankfurt am Main 1999, pages (pp.) 85 and the following one (f.); Fechner, Medienrecht, 9. Auflage, Ilmenau/Erfurt 2007, chapter (chap.) 4 mn.18.

³BVerfGE 30, 173; 34, 238; BGHZ 13, 334; 30, 7, 11 with further reference (wfr.); Ehmann, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Jura 2011, p.437, p.438, pp.442f.

⁴See A I. 2. The General Personal Right.

⁵Gounalakis/Rhode (fn.4), mn.37; Schwarz/Wandt (fn.4), sect.16 marginal numbers (mns.) 49-51.

1. Special Personal Rights

Special personal rights are the right to bear a name of section 12 GCC⁶, the privilege as to one's own image of sections 22-24 German Authors Copyright Act (GACA)⁷, the author's personal rights of sections 12-14 German Copyright Act (GCA)⁸, the protection of one's honour and good reputation of sections 185-187 German Criminal Code (GCrC)⁹ and section 824 GCC¹⁰, the protection of the privacy of the spoken word of section 201 GCrC¹¹, the protection against violation of intimate privacy by taking photographs of section 201a GCrC¹², the protection of secrecy of sections 202, 203, 206 GCrC¹³, the privacy of data of section 202a GCrC¹⁴ and the right of sexual self-determination of section 825 GCC¹⁵.

2. The General Personal Right

German case law admits interferences in the GPR in few cases which are not final but to some extent overlap each other and therefore show a common ground that permits the creation of an area of protection of the GPR.¹⁶ The GPR protects persons from the falsification of their personality and the publication of untrue allegations about them¹⁷, discrimination and decrease of their honour¹⁸, their personal rights (such as name or pictures) being used economically against their will¹⁹, the exposure of

⁶Wagner, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 5. Auflage, München 2009, sect.823 mn.171; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 34. Auflage, München 2010, chap.41 mn.21.

⁷Ehmann (fn.6), p.437, pp.441f.; Wagner (fn.9), sect. 823 mn.171; Brox/Walker (fn.9), chap.41 mn.21.

⁸Ohrmann, Der Schutz der Persönlichkeit in Online-Medien, Wesel 2009, pp.66-73; Roth (fn.5), p.20; Fechner (fn.5), chap.5 mns.4f.; Gounalakis/Rhode (fn.4), mns.75-98.

⁹Ohrmann (fn.11), pp.73-75; Fechner (fn.5), chap. 4 mns.23f.; Münch (fn.5), p.10.

¹⁰Gounalakis/Rhode (fn.4), mns.99-165; Brox/Walker (fn.9), chap.41 mn.21.

¹¹Ehmann (fn.6), p.437, pp.440, 441; Fechner (fn.5), chap. 4 mns.53-55.

¹²Ehmann (fn.6), p.437, p.442; Ohrmann (fn.11), pp.50-53; Fechner (fn.5), chap. 4 mn.28.

¹³Ehmann (fn.6), p.437, pp.440f.; Gounalakis/Rhode (fn.4), mns.178-183.

¹⁴Ehmann (fn.6), p.437, p.440; Gounalakis/Rhode (fn.4), mn.185.

¹⁵Wagner (fn.9), sect. 825, mns.14, 4.

¹⁶Ehmann (fn.6), p.437, p.439; Schwarz/Wandt (fn.4), sect.16 mn.53.

¹⁷BGHZ 13, 334; 30, 7, 12f.; BGH NJW 2006, 599 and the following (ff.); Schwarz/Wandt (fn.4), sect.16 mn.54.

¹⁸BGHZ 39, 124; Ehmann (fn.6), p.437, p.439; Roth (fn.5), pp.26f.;

Schwarz/Wandt (fn.4), sect.16 mn.55.

¹⁹BGHZ 26, 349; 143, 214; Ehmann (fn.6), p.437, pp.441f.; Roth (fn.5), p.28.

personal information²⁰, the decrease of their freedom of choice²¹ and pestering²².

II. Violations of Personal Rights

An violation of a SPR exists in case its elements of an offence are matched. In contrast an violation of the GPR is determined differently: Because the area of protection of the GPR is not finally defined and open to new cases²³ an interference in the GPR does not automatically mean that the victim is granted remedies. The interference additionally has to be illegal to constitute an violation. Therefore each interference in personal rights has to be balanced with the interest of the person causing the interference. If the interfering interest (eg. freedom of press that is protected by article 5 paragraph 1 BLG) overweighs the interfered personal right (that is protected by article 2 paragraph 1 BLG), the interference is legal. If the personality right overweighs, the interference is illegal and an violation exists.²⁴

III. Liability: Remedies

German substantive civil law knows multiple remedies that ensure an appropriate liability for violations of personal rights. These remedies are also utilised concerning violations of personal rights on the internet.

Provided that a person's personal rights were violated through publications in the media, the right of reply enables the violated person to demand the publication of a statement from his point of view.²⁵ It is a special remedy because it neither requires illegality - the personal right only needs to be interfered, not violated - nor fault.²⁶ It is explicitly regulated in section 56 German Interstate Broadcasting Treaty (GIBT) and the broadcasting and press (media) acts of the federal states of Germany.²⁷

Moreover, revision of a violating statement referring to a person can be accomplished through four different types: by removing it (revocation), by adjusting its content to the truth (correction), by adding new content to it (addition) or by dissociating oneself from it (dissociation).²⁸ Claims of revision do not require fault.²⁹ The claims of revocation, correction or addition are derived from sections 823, 824, 826 GCC or section 1004 paragraph 1 GCC analogous.³⁰

Furthermore, the affected person can be empowered to assert injunctive relief: The acting person is forbidden to carry out a certain action that will or already has violated a personal

right.³¹ This right is set explicitly in section 12 GCC for the right to bear a name³² and in section 97 paragraph 1 GCA for the author's personal rights of sections 12-14 GCA. Moreover it can be derived out of sections 823 paragraph 2 in conjunction with (icw.) sections 185-187 GCrC, sections 824, 826 GCC³³ for the protection of one's honour and good reputation. For the privilege as to one's own image, omission can be asserted out of section 823 paragraph 2 GCC icw. sections 22, 23 GACA.³⁴ Concerning the GPR, injunctive relief is derived from an analogy to sections 12, 862 and 1004 GCC.³⁵

Compensation for damages can be granted for tangible and intangible damages - bases of claims (requirements) and legal consequences vary.

Compensation for tangible damages is regulated in section 823 paragraph 1 GCC for the infringement of „another right“ which is every SPR and the GPR.³⁶ It can also be granted by section 823 paragraph 2 GCC which requires the breach of a „statute that is intended to protect another person“. Such protective laws can be found in sections 22-24 GCA for the „privilege as to one's own image“³⁷, in 185-187 GCrC for the „protection of one's honour and good reputation“³⁸, in section 201 GCrC for the „protection against violation of intimate privacy by taking photographs“³⁹ and in sections 202 and 203 GCrC for the „protection of secrecy“⁴⁰. Section 824 GCC allows compensation for tangible damages if the „protection of one's honour and good reputation“⁴¹ is infringed. Section 97 paragraph 2 GCA grants compensation for tangible damages in case the „author's personality rights“ of sections 12-14 GCA is infringed.⁴²

According to section 253 paragraph 2 GCC, compensation for intangible damages (damages) is only possible in case of „an injury to body, health, freedom or sexual self-determination“. Thus, if the violated SPR or GPR constitutes such an injury, compensation based on sections 823 paragraph 1, paragraph 2 or 824 GCC can be granted. Nonetheless, German case law admits compensation for intangible damages besides section 253 paragraph 2 GCC if a SPR or the GPR^{43,44} is profoundly violated and cannot be just compensated through other claims such as the right of reply or an injunctive relief⁴⁵.

³¹Ohrmann (fn.11), pp.108-120; Fechner (fn.5), chap.4 mns.104-109; Schwarz/Wandt (fn.4), sect.16 mn.63.

³²Fechner, chap.4 mn.74; Gounalakis/Rhode, mn.323; Schwarz/Wandt, sect.20 mn.22.

³³Fechner, chap.4 mn.104.

³⁴Fechner, ic..

³⁵BGHZ 30, 7, 14; Schwarz/Wandt, sect.16 mn.63 icw.sect.20 mn.23.

³⁶Ohrmann, pp.128ff.; MüKo-Wagner, sect. 823 mn. 171; Schwarz/Wandt, chap.16 mn.49.

³⁷BGHZ 20, 345, 347; 26, 349, 351; OLG München, NJW 1988, pp.915f; Helle, p.50; Roth, pp.44f..

³⁸Sect. 184: RGZ 140, 392, 395; sect. 186: BGHZ 95, 212; OLG Düsseldorf, NJW 1978, 704; RGZ, 115, 74, 79; 156, 372, 374; sects. 185-187: Fechner, chap.4 mn. 141; Roth, pp.44f.; Gounalakis/Rhode, mn.158.

³⁹Gounalakis/Rhode, mn.176.

⁴⁰Sect. 202: RGZ 94, 1, 2; sect. 203: OLG Hamm, MedR 1995, 328f..

⁴¹See A. I. 1..

⁴²Fechner, chap. 5 mn.100; Gounalakis/Rhode, mn.97.

⁴³Except for the postmortem GPR.

⁴⁴Roth, p.46; Gounalakis/Rhode, mn.359.

⁴⁵BGHZ 26, 349; Schwarz/Wandt (fn.?), sect.16 mn.64.

²⁰BVerfGE 32, 373, 379; 34, 269, 281; WRP 2006, 1021; BGHZ 24, 72, 79; 27, 284, 286; 91, 233.

²¹BGH NJW 2006, 2477f.; OLG Hamm NJW 1983, 1436; LG Bonn JZ 1971, 56.

²²BGHZ 106, 229, 233f.; Roth (fn.5), pp.28-31; Schwarz/Wandt (fn.4), sect.16 mn.59.

²³See A I. Personal Rights.

²⁴Ehmann (fn.6), p.437, pp.438f.; Schwarz/Wandt (fn.4), sect.16 mns.60f.

²⁵Ohrmann (fn.11), pp.120-128; Fechner (fn.5), chap.4 mn.110.

²⁶Roth (fn.5), pp.38f.; Wüllrich, Das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen im Internet, Köln 2005, pp.157f..

²⁷Fechner, chap.4 mns.111, 119.

²⁸Fechner (fn.5), chap.4 mn.120; similarly: Münch (fn.5), p.240.

²⁹Wüllrich (fn.29), p.161.

³⁰Ehmann, Jura 2011, p.437, p.445; Roth, pp.41f.; Klein, p.22; Fechner, chap.4 mn.121.

Compensation for intangible damages then is based on section 823 paragraph 1 GCC icw. articles 1, 2 paragraph 1 BLG.⁴⁶

In addition to that, a levy of profit based on section 812 paragraph 1 sentence 2 GCC can be granted.⁴⁷

Moreover, supporting claims, such as the revelation of personal information of the infringer, can be granted.⁴⁸

IV. On the Internet: Responsibility of Content, Access- and Host-Providers

Due to the internet's anonymity and its global distribution of information⁴⁹ it is hard to find the person that caused the violation of personal rights (content-providers⁵⁰). Thus, it is necessary to give consideration to a liability of access- and host-providers.⁵¹

In German substantive civil law, sections 7-10 German Telemedia Act (GTMA) regulate the „responsibility“ of content, access- and host-providers (service providers). The regulations are based on the EU Electronic Commerce Directive (EUECD) which aims at harmonising the internet liability law of the members of the EU.⁵²

1. Sections 7-10 GTMA

Section 7 GTMA refers to „general legislation“ and sections 7-10 GTMA utilise extensive the term „responsibility“, which shows that they apply in any field of German law (criminal, civil and public law).⁵³ Their regulatory content is exceptional: On the one hand, they do not regulate bases for claims but establish additional requirements for existing ones and, in this way, filter out violations of certain service providers (filtering solution). On the other hand they cannot extend liability but only limit it.⁵⁴ Overall, sections 7-10 GTMA privilege service providers.⁵⁵

2. Section 7 Paragraph 1 GTMA: Responsibility of Content-Providers

According to section 7 paragraph 1 GTMA, services providers that keep ready own information on the internet (content-providers) are responsible „in accordance with general legislation“. Thus, it clarifies that they are not granted any privilege which means that their liability is not limited.⁵⁶ The term „keep ready“ means that content-providers have to exercise control

on the information. It does not refer to providing information on the internet (hosting) and is thus unclear.⁵⁷

German case law⁵⁸ and most of German academics⁵⁹ state that the content-providers' own information are those for which he accepts responsibility from an impartial point of view that embraces all relevant issues.⁶⁰ Nevertheless, this seems critical with regard to the regulatory target of the ECD.⁶¹ Because of this, some providers that, in terms of the ECD, would be seen as access- or host-providers are in Germany defined as content-providers.

3. Section 8 GTMA: Responsibility of Access-Provider

Section 8 paragraph 1 GTMA, which is based on article 12 EUECD, privileges services providers who transmit information of third parties or give access to them (access-providers) as long as this works passively and automatically (eg. routing⁶²).⁶³

Section 8 paragraph 1 sentence 2 GTMA makes an exception of this privilege if the service provider deliberately cooperates with a recipient of his service to commit illegal acts. Section 8 paragraph 2 GTMA extends the privilege of paragraph 1 sentence 1 by negating the liability for the temporarily storage of information of third parties which serve the purpose of paragraph 1.

4. Section 9 GTMA: Responsibility for Temporary Storage

Section 9 sentence 1 GTMA, that is based on article 13 EUECD, privileges service providers who temporarily storage information of third parties for the purpose of a more efficient transmission of these information (eg. caching)⁶⁴ as long as they do not change the information and consider several technological standards⁶⁵ (number 1 to 5).

Section 9 sentence 1 number 5 GTMA obliges service providers to remove or disable access to information of third parties once they obtain knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network or that access to it has been disabled, or that a court or administrative authority has ordered such removal or disablement. Section 9 sentence 2 GTMA refers to the exception of section 8 paragraph 1 sentence 2 GTMA.

5. Section 10 GTMA: Responsibility of Host-Providers

⁴⁶BVerfGE 34, 369; BGHZ 35, 363; 39, 124, 131f.; 143, 214, 218f.;

Schwarz/Wandt (fn.?), sect.16 fn.126, mn.67.

⁴⁷Ohrmann (fn.11), pp.134f.; Roth (fn.5), pp.42-44; Wüllrich (fn.29), pp.168f.

⁴⁸Ohrmann (fn.11), pp.135-137.

⁴⁹See B. II. 3. b) bb) aaa) (1) Place of Action.

⁵⁰See A. IV. 2. Responsibility of Content-Providers.

⁵¹See A. IV. 3.-5..

⁵²EUECD recitals 14, 22, 40, 42, 45, 46; Ohrmann (fn.11), pp.149f.; Fechner (fn.5), chap.12 mn.22; Freytag,

in: Verantwortlichkeit im Netz, Bayreuth 2003, p.143.

⁵³Ohrmann (fn.11), p.150 and fn.775; Fechner (fn.5), chap.12 mn.33.

⁵⁴BGH MMR 2004, p.166, p.167; BT-Drucks.13/7385 p.20; BT-Drucks.13/7385 p.51; Ohrmann (fn.11), p. 151; Fechner (fn.5), chap.12 mn.33; Gounalakis/Rhode (fn.4), mn.264.

⁵⁵Ohrmann (fn.11), p.150 and fn.776 wfr.; Münch (fn.5), p.174.

⁵⁶Ohrmann (fn.11), p.176; Fechner (fn.5), chap.12 mns.34-38.

⁵⁷Gounalakis/Rhode (fn.4), mn.274.

⁵⁸BGH MMR 2010, 556; BGH MMR 2004, 668; OLG Zweibrücken MMR 2009, 541; OLG Hambrug ZUM 2009, 642; KG Berlin MMR 2010, 203.

⁵⁹Kohl, Die Haftung der Betreiber von Kommunikationsforen im Internet und virtuelles Hausrecht, Regensburg 2007, pp.51f.

⁶⁰BT-Drucks. 13/7385 p.19.

⁶¹Ohrmann (fn.11), pp.176-184.

⁶²See B. II. 3. b) aa) aaa) Place of Action.

⁶³EUECD recital 42; Ohrmann (fn.11), p.195; Fechner (fn.5), chap.12 mns.39-41; Hoeren, p.452.

⁶⁴Ohrmann (fn.11), p.189; Fechner (fn.5), chap.12 mn.42.

⁶⁵Fechner (fn.5), chap.12 mn.50.

Section 10 GTMA, which is based on article 14 EUECD, privileges service providers who store information of third parties (host-providers) as long as they have no knowledge of the illegal activity or the information and no knowledge of any facts or circumstances from which the illegal activity or the information is apparent (number 1). Furthermore the privilege does not apply if host-providers obtain such knowledge but do not act expeditiously to remove the information or disable access to it (number 2).

Section 10 sentence 1 letter a GTMA excludes the host-providers' privilege in case they know or should know of „the illegal activity or the information“. This wording indicates that host-providers have to know about the illegal activity or about the - legal or illegal - information. Therefore knowledge of the illegality of the information would not be sufficient to exclude the privilege of section 10 GTMA but simple knowledge about the information would be. Thus, host-providers would have to supervise information of third parties. However this would contradict section 7 paragraph 2 sentence 1 GTMA that explicitly excludes an obligation of supervision for information of third parties.⁶⁶ Moreover, the knowledge of the information does not automatically show if it is illegal or legal, because the information's context is not identifiable⁶⁷ or a consent may exist⁶⁸. Thus, it is generally accepted, that the second „the“ in this part of the sentence is wrong and that host-providers shall only be responsible for obvious illegal information.⁶⁹ This is supported by article 14 paragraph 1 letter a EUECD that denies the host-providers' privilege in case they know or should know of „the illegal activity or information“.

6. Section 7 Paragraph 2 Sentence 2 GTMA: Priority of „General Legislation“

Section 7 paragraph 2 sentence 1 GTMA states that access- and host-providers are not obliged „to monitor the information transmitted or stored by them or to search for circumstances indicating an illegal activity“. Thus, a general monitoring obligation of access- and host-providers is explicitly forbidden. In this way, section 7 paragraph 2 sentence 1 GTMA transfers the regulatory content of article 15 paragraph 1 ECD into German law.

Nevertheless, section 7 paragraph 2 sentence 2 GTMA loosens the strict rule of sentence 1 by declaring that access- and host-providers can still be obliged „to remove or disable access to information under general legislation, even where the service provider does not bear responsibility pursuant to Sections 8 to 10“. Basically, sentence 2 does not contradict sentence 1 or article 15 paragraph 1 ECD, because it only ensures that German general legislation is not annulled. However, the proviso of sentence 2 leads to problems in the event of its conjunction with a special rule known in German case law: If the violated party is granted an injunctive relief, German courts can also instruct an order for omission in the case of identical violations⁷⁰. Thus, the violating party is obliged to

make sure that no further violation will occur and for this reason monitor information that could cause further violations and even search for facts indicating further violations. The combination of section 7 paragraph 2 sentence 2 GTMA and the case law of the order for omission in the case of identical violations contradicts the regulatory target of article 15 paragraph 1 ECD.⁷¹

V. Result of the Examination of German Substantive Civil Law

German substantive civil law copes with violations of personal rights that occur on the internet by combining the general rules for violations of personal rights with a statute that explicitly determines the responsibility of content, access- and host-providers (GTMA).

B German International Private Law

Violations of personal rights on the internet, usually⁷² have a connection with more than one state respectively more than one legal system. Due to the circumstance that every legal system has its own substantive law, it is thus questionable which one is applicable. This question is answered by international private law (private international law) which decides between the affected legal systems by providing rules how to find the right substantive law. International private law should assure a just balance of the affected interests and legal certainty.⁷³ Hence, it is necessary to describe how German international private law deals with violations of personal rights on the internet.

I. Qualification of Violations of Personal Rights on the Internet

First of all, it is required to track the conflict rules that suit to the „core area of the legal dispute“ (qualification).⁷⁴ From a German point of view, there are two different sources of international private law that could apply to violations of personal rights: the EU's Rome II Regulation (Rome II) and Germany's national IPR, the Introductory Act to the German Civil Code (IAGCC). Both the EU's (Rome II) and Germany's (IAGCC) international private law do not have particular conflict rules for violations of personal rights⁷⁵, so that the trial courts⁷⁶ have to decide about their core area respectively their qualifica-

⁶⁶Ohrmann, pp.152ff.; Hoeren (fn.65), pp.452 f.; Fechner, chap.12 mn.50.

⁶⁷Wüllrich (fn.29), p.187; Lütcke, Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, München 2000, p.123; Gounalakis/Rhode (fn.4), mn.8; Härting, Internetrecht, Berlin 1999, pp.1f..

⁶⁸Rauscher, Internationales Privatrecht - Mit internationalem und europäischem Verfahrensrecht, 3.Auflage, Heidelberg 2009, mns.47, 49-51, 55, 66; v.Hoffmann/Thom, Internationales Privatrecht einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 6.Auflage, Hamburg 2006, sect.4 I., IV..

⁶⁹Gounalakis/Rhode (fn.4), mn.8; Rauscher (fn.55), mns.46; Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Auflage, München 2004, sect.7 I.; v.Hoffmann/Thom, Internationales Privatrecht einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts, sect.6 mn.1.

Contrary to: Section 46 of the international private law of the People's Republic of China; section 28 paragraph 3 of the international private law of the Republic of China on Taiwan; article 139 of the Switzerland's Federal Code on Private International Law.

⁷⁰3 German International Jurisdiction.

⁶⁶Münch (fn.5), p.213.

⁶⁷Münch (fn.5), *ibid.*em (*ibid.*).

⁶⁸Ohrmann (fn.11), p.187 and fn.922 *wfr.*

⁶⁹Ohrmann (fn.11), p.187; Münch (fn.5), pp.213f.; Fechner (fn.5), chap.12 mn.48.

⁷⁰BGHZ 158, 236 ff..

tion.⁷⁷ This could lead to different qualifications of violations of personal rights because the courts of the EU (Court of Justice of the European Union) and the courts of Germany could interpret their international private laws in different ways.⁷⁸ Therefore, according to article 3 number 1 letter a IAGCC, the rules of Rome II basically take precedence over the ones of IAGCC avoiding problems mentioned above.

Nevertheless article 1 number 2 letter g Rome II excludes non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation from the scope of Rome II. This exception had to be made due to insurmountable differences between the EU's member states concerning their national regulations balancing the rights of individuals and the freedom of the press.⁷⁹ That is why international cases of violations of personal rights are only regulated by German international private law (IAGCC).

German international private law basically qualifies violations of personal rights as torts within the meaning of articles 40-42 IAGCC.⁸⁰ At least this is generally accepted for compensation, injunctive relief and revision (revocation, correction, addition and dissociation).⁸¹ Moreover, the protection of the „right to bear a name“ is consistently categorised within the meaning of articles 40-42 IAGCC.⁸² The right of reply acts in accordance with articles 40-42 IAGCC because otherwise it would be detached from the closely related claims of revision.⁸³

II. Articles 40-42 IAGCC

It remains to be examined in which way articles 40-42 IAGCC determine the applicable law in case of violations of personal rights on the internet.

1. Article 42 IAGCC: Choice of Law

⁷⁷BT-Drucks. 14/343, p.10; Wüllrich (fn.29), p.261; Münch (fn.5), p.255; Lütcke (fn.54), p.123; v.Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, Hamburg 1999, p.39.

⁷⁸Schmidt, Grundlagen des europäischen internationalen Privatrechts, Jura 2010, 117, 117f.; Kropholler (fn.55), sect.10 III.

⁷⁹Jayme/Kohler, Europäisches Kollisionsrecht 2007: Windstille im Erntefeld der Integration, IPrax 2007, p. 493, p.494; Wagner, Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an der Rom II-Verordnung und der Europäischen Deliktsgerichtsstand, IPrax 2006, p.372, p.384; idem, Änderungsbedarf im autonomen deutschen internationalen Privatrecht aufgrund der Rom II-Verordnung? Ein Überblick über den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Rom II-Verordnung, IPrax 2008, p.314, p.316; v.Hein, Die Kodifikation des europäischen IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse vor dem Abschluss, VersR 2007, p.440; Thorn, in: Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Rome II 1 mn.10; Wurmnest (fn.76), article (art.) 40 IAGCC mn.67.

⁸⁰BT-Drucks. 14/343, p.10; Wüllrich (fn.29), p.274; Gounalakis/Rhode (fn.4), mn.9; Junker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Auflage 5, München 2010, art.40 IAGCC mn.72; Kropholler (fn.55), sect.53 V.4.; Thorn (fn.61), art.40 IAGCC mn.10.

⁸¹BT-Drucks. 14/343, p.10; Wüllrich (fn.29), p.274; Kristin, Das Deliktsstatut bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen über das Internet, München 2001, pp.87f..

⁸²Wüllrich (fn.29), p.274; Neu, Die kollisionsrechtliche Behandlung von Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, Bielefeld 2002, pp.24f.; v.Hinden (fn.59), p.40; Junker (fn.62), art.40 IAGCC mn.84.

⁸³Wüllrich (fn.29), p.276; Neu (fn.64), pp.27f.; Kristin (fn.63), p.90; Lütcke (fn.54), pp.127f..

Article 42 IAGCC enables the parties involved in violations of personal rights to choose a legal regime of a state after the violation occurred (choice of law). To determine the applicable law before violations occur, the parties have to conclude a contract of their choice of law. Afterwards, this contract constitutes a special legal relationship within the meaning of article 41 paragraphs 1, 2 number 1 IAGCC.⁸⁴

2. Article 40 Paragraph 2 IAGCC: Common Habitual Residence

Article 40 paragraph 2 sentence 1 IAGCC regulates that in case a common habitual residence of the liable and the injured party exists at the time of the occurrence of violations of personal rights, the law of the state of the common habitual residence shall be applied (*lex domicilii communis*). Sentence 2 says that for legal persons „the principal establishment, or where a branch is involved, this establishment“ replaces the habitual residence.

3. Article 40 Paragraph 1 IAGCC: Principle of the Scene of an Offence

In case neither a choice of law nor a common habitual residence exists, article 40 paragraph 1 IAGCC is applicable.⁸⁵

a) Basic Rule

Article 40 paragraph 1 sentence 1 IAGCC regulates that the legal system is determined according to „the state in which the liable party has acted“ (place of action). In contrast, article 40 paragraph 1 sentence 2 IAGCC enables „the injured party to demand“ the application of „the law of the state in which the injury occurred“ (place of occurrence). That option can be invoked only with certain time limits set forth by article 40 paragraph 1 sentences 2, 3 IAGCC. Through this, article 40 paragraph 1 sentences 2, 3 IAGCC regulate the injured party's „option of determination“ in favour of the place of occurrence.⁸⁶

The differentiation between the place of action and the place of occurrence is not needed, they are located in the same state (local tort) but only in case they diverge into different states (distance tort).⁸⁷

In case the place of action and the place of occurrence are different, article 40 paragraph 1 IAGCC regulates that basically the law of the place of action has to be applied, unless the injured person opts for the law of the place of occurrence. Therefore the applicable law acts in accordance to the place of action or the place of occurrence alternatively.⁸⁸ Hence, torts are generally committed at both places (*lex loci delicti commissi*) (principle of the ubiquity of torts)⁸⁹ but the place of

⁸⁴Rauscher (fn.55), mn.1289.

⁸⁵Junker (fn.62), art.40 IAGCC mns.12-15.

⁸⁶BT-Drucksache 14/343, p.11; Litterscheid, Das Bestimmungsrecht des Verletzten aus Art.40 Abs. 1 S. 2 und S. 3 EGBGB, Bonn 2005, pp.29-31.

⁸⁷Wüllrich (fn.29), pp.66f.; Junker (fn.62), art.40 IAGCC mn.29; v.Hoffmann/Thorn (fn.56), sect.11 mns.22f..

⁸⁸BT-Drucksache 14/343, p.11.

⁸⁹Junker (fn.62), art.40 IAGCC mn.22.

occurrence is not considered as long as the injured party opts for it (limitation of the principle of the ubiquity of torts)⁹⁰. Thus, article 40 paragraph 1 IAGCC regulates the principle of the scene of an offence which ties the applicable law up to the place, where the tort was committed.⁹¹

b) Article 40 Paragraph 1 IAGCC: Violations of Personal Rights on the Internet

Having explained the basic principles of articles 40-42 IAGCC, it is necessary to examine how article 40 paragraph 1 IAGCC deals with violations of personal rights on the internet. To provide a clear evaluation, it is necessary to distinguish between the problems that arise from violations of personal rights and those that arise on the internet (internet-torts⁹²).

aa) Violations of Personal Rights

Basically, articles 40-42 IAGCC take effect equally in case of violations of personal rights, but the place of action and the place of occurrence of article 40 paragraph 1 IAGCC have to be pinpointed.

aaa) Place of Action

The place of action of violations of personal rights is fixed, where they are carried out.⁹⁴ This definition is very abstract and resembles the general definition of the place of action⁹⁵. It is thus hardly helpful for particular cases. This is due to the circumstance that the place of action in case of violations of personal rights depends on the kind of media (eg. letter, printed press, broadcasting, television or internet) that carries the violating information. Therefore it can only be pinpointed for the different kinds of media.^{96,97}

Preparatory acts (eg. the creation of a text or the decision about the publication) do not give reasons for a place of action.⁹⁸ A place of action comes into existence the moment the violating party cannot control the information anymore.

bbb) Place of Occurrence

The place of occurrence in case of violations of personal rights is fixed at the place, where the personal right is violated.⁹⁹ For knowing, where personal rights are violated, it is necessary to pinpoint the place, where they are located. Personal rights have

no physical equivalent like property rights which are connected with detectable items.¹⁰⁰ Therefore it is questionable, whether personal rights can be located or not.

Some take the position that personal rights are situated everywhere and thus cannot be located at one specific place.¹⁰¹ According to this opinion, violations of personal rights do not have a place of occurrence and in terms of article 40 paragraph 1 IAGCC the law of the place of action must apply. Other authors states that personal rights have to be distinguished from one's personality¹⁰² and that personal rights as a legal structure can be located at the place where they are affected¹⁰³.

In favour of the first opinion argues the circumstance, that it is generally accepted that personal rights abstractly exist everywhere (ubiquity of personal rights).¹⁰⁴ Against the first opinion and in favour of the second opinion argues the consideration, that those abstractly unlocatable personal rights „update“ and „locate“ the time they get violated.¹⁰⁵ Moreover, it is the competence of substantive law to evaluate the legal range of violations of personal rights. By denying a place of occurrence in case of violations of personal rights, international private law would partly deprive substantive law of this competence.¹⁰⁶

Therefore, violations of personal rights can be located at the places where they are affected, which is where they are recognised by the violated party or third parties (place of distribution).¹⁰⁷ Because of the categorical conflict with the freedom of opinion, only predictable places of violations can constitute places of occurrence (places of intended distribution).¹⁰⁸ A reputation of the violated party at the place of distribution favours celebrities and is not required.¹⁰⁹

bb) Violations of Personal Rights on the Internet

Having examined how article 40 paragraph 1 IAGCC generally deals with violations of personal rights, it remains to be seen how they have to be assessed when they happen on the internet.

⁹⁰Rauscher (fn.55), mn.1255; Wüllrich (fn.29), p.272.

⁹¹BT-Drucksache 14/343, pp.10, 11; Wüllrich (fn.29), p.270; Junker (fn.62), art.40 IAGCC mn.22.

⁹²Wüllrich (fn.29), p.72; Junker (fn.62), art.40 IAGCC mn.78.

⁹³v.Hinden (fn.59), p.76.

⁹⁴Wüllrich (fn.29), p.273; Wurmnest (fn.76), in: juris Praxiskommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Band 6 Internationales Privatrecht, 5.Auflage, 2010, art.40 IAGCC mn.71; Schaub, in: Prütting/Wegen/Weinreich Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4.Auflage, Köln 2009, art.40 IAGCC mn.23.

⁹⁵See B II. 3. a) Basic Rule.

⁹⁶Wüllrich (fn.29), pp.273, 278ff.; Junker (fn.62), art.40 mns. 74-76; Wurmnest (fn.76), *ibid.*; Schaub (fn.76), *ibid.*; Kropholler (fn.55), sect.53 V.4..

⁹⁷See B II. 3. b) bb) aaa) (1) Place of Action concerning the place of action of violations of personal rights on the internet.

⁹⁸Wüllrich (fn.29), p.272; v.Hinden (fn.59), p.55; Lütcke (fn.54), p.129; Junker (fn.62), art.40 mn.76; Wurmnest (fn.76), art.40 IAGCC mn.72.

⁹⁹Wüllrich (fn.29), p.273.

¹⁰⁰Wüllrich (fn.29), p.69; v.Hinden (fn.59), p.79; Wurmnest (fn.76), art.40 IAGCC mn.73; v.Hoffmann, in: J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2001, Berlin, art.40 IAGCC mn.59.

¹⁰¹Kubis, Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechtsverletzungen, Bielefeld 1999, p.122; v.Bar, Internationales Privatrecht Band 2: Besonderer Teil, München 1991, mn.665; Hohloch, Rechtsprechungsübersicht, Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gem Art 5 Nr 3 EuGVÜ, JuS 1995, 928f.; Schack, Die grenzüberschreitende Verletzung allgemeiner Urheberpersönlichkeitsrechte, UfITA 108 (1998), 51, 64.

¹⁰²Wüllrich (fn.29), p.70.

¹⁰³v.Hinden (fn.59), pp.80, 81 *ate.*, 82, 83 *ate.*; v.Hoffmann (fn.82), art.40 IAGCC mn.59.

¹⁰⁴Wüllrich (fn.29), p.70; v.Hinden (fn.59), p.80.

¹⁰⁵Wüllrich (fn.29), *ibid.*, pp.300f.; v.Hinden (fn.59), *ibid.*

¹⁰⁶v.Hinden (fn.59), p.81 *ate.*

¹⁰⁷v.Hinden (fn.59), p.110.

¹⁰⁸OLG Celle OLG R 2003, p.43; OLG Düsseldorf AfP 2009, 159; Spickhoff, Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet: Internationale Zuständigkeit und Kollisionsrecht, IPrax 2011, p.131, p.132; v.Hinden (fn.59), pp.98-101, 110f.; Kropholler (fn.55), sect.53 V.4..

¹⁰⁹v.Hinden (fn.59), p.88.

The internet's technical structure¹¹⁰ demands a separate examination of violations of personal rights that are caused by the own information of content-providers and third party information of access- and host-providers.

aaa) Violations of Personal Rights Caused by Content-Providers

Content-providers within the meaning of international private law, are those who create and upload information¹¹¹ and is thus different to the definition in German national law (GTMA)¹¹².

(1) Place of Action

Basically, the place of action of violations of personal rights on the internet is situated where violations of personal rights are carried out.¹¹³ Thus, it has to be examined, where violations of personal rights are carried out on the internet.

The internet is a connection of worldwide spread networks (sub-networks) that consist of computers. These (sub-)networks again are connected among themselves by computers which are connected to more than one of the networks, the so-called „nodes“ or „gateways“.¹¹⁴ Because of this structure, the internet forms a grid similar to a spider's web and information can be transferred between origin (uploading computer) and destination (server) over different wires.¹¹⁵ To transfer information on the internet, the information first get separated into multiple packages and are combined with a protocol which guarantees that they can later be rebuild.¹¹⁶ Each package then sets off from its origin to its for the destination but has no precise route how to get there. On the contrary, the particular network in which the package currently travels, routes it individually in terms of demand and availability of other networks (routing).¹¹⁷ Therefore not only information but also the packages as parts of one information happen to be transferred over different routes.¹¹⁸ To access information on the internet, users have to connect to the internet over a dial-in node and then recall information from a server (recall principle)¹¹⁹.

Generally speaking, the location of the server, the gateways and the uploading computer are significant transition points of the information. Thus, all of these locations are discussed to establish a place of action.

Some want to establish a place of action at the location of the server and draws a parallel between internet torts and press

torts and argues that the location of the server is the place of publication¹²⁰ where the violating information is published as recently as users recall it.¹²¹

Nevertheless, the circumstance that content-providers can choose the server to be anywhere in the world and thus would be able to determine their most favourable law of the place of action (law shopping), argues against that opinion.¹²² Furthermore, by defining the location of the server to be the place of action, the place of action and the place of occurrence would be the same in case the destination of the information is not a server but the computer of a specific recipient (inter-individual communication¹²³). Moreover, the crucial action of violations of personal rights is that content-providers release information into the internet and thus - in particular because of the routing - let go of the possibility to control the information (ubiquity of information¹²⁴). Therefore, the place of action has to be pinpointed earlier when the content-provider still has control over their information.¹²⁵

Hence, the place of action could be located earlier at the location of the dial-in node or the gateways. But these transition points cannot be controlled and thus disable the content-providers from being able to determine the law of the place of action and from being able to adjust themselves to the law of their place of action.¹²⁶ This also constitutes an argument against the location of the server.¹²⁷

By and large, the place of action has to enable content-providers to prepare for the law they are liable under. Besides it has to be within the area that can be controlled by content-providers so that the violating information cannot spread independently. That is why the place of action can only be located at the place where the information is injected to the internet computer - the location of the uploading computer (place of uploading).¹²⁸ It is rebuttably presumed at the habitual residence of a natural person¹²⁹ and at the seat of a legal person¹³⁰. The conceptual design of the offering does not cause a place of occurrence because its a preparatory act.¹³¹

(2) Place of Occurrence

Concerning violations of personal rights, the place of occurrence of article 40 paragraph 1 IAGCC is located where the violating information gets recognised by the violated party or

¹¹⁰See B II. 3. b) aa) aaa) Place of Action.

¹¹¹Wüllrich (fn.29), p.50; v.Hinden (fn.59), p.9.

¹¹²See A. IV. 2..

¹¹³See B II. 3. b) aa) aaa) Place of Action.

¹¹⁴Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, Frankfurt/München 1998, p.56; zur Mühlen (fn.98), p.3.

¹¹⁵zur Mühlen (fn.98), p.5; Kuner, Internet für Juristen - Zugang - Recherche - Kommunikation - Sicherheit - Informationsquellen, Frankfurt am Main 1996, pp.15-18.

¹¹⁶Roth (fn.5), p.7; Münch (fn.5), p.21.

¹¹⁷Loewenheim/Koch, pp.28f.; zur Mühlen, Internet: Historie und Technik, Arbeitsberichte des Instituts für Wirtschaftsinformatik der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster - Arbeitsbericht Nr. 66, p.3; v.Hinden (fn.59), pp.54, 67.

¹¹⁸Kuner (fn.96), p.18; Wanckel (fn.5), p.55.

¹¹⁹Wüllrich (fn.29), p.74; v.Hinden (fn.59), p.13f.

¹²⁰LG Düsseldorf, *ibid.*; Loewenheim/Koch (fn.95), pp.460f.

¹²¹Loewenheim/Koch (fn.95), *ibid.*.

¹²²v.Hinden (fn.59), pp.62f..

¹²³See B II. 3. b) bb) aaa) (2) (a) Inter-individual Communication.

¹²⁴Wüllrich (fn.29), p.73; similarly: v.Hinden (fn.59), pp.10f..

¹²⁵v.Hinden (fn.59), pp.63-65.

¹²⁶v.Hinden (fn.59), pp.67f..

¹²⁷v.Hinden (fn.59), pp.65-67.

¹²⁸Wüllrich (fn.29), pp.284f., 306; Münch (fn.5), p.256; Gounalakis/Rhode (fn.4), mn.12; Lütcke (fn.54), pp.128f.; v.Hinden (fn.59), pp.68-71, 77; Kristin (fn.63), p.135; Neu (fn.64), p.40.

¹²⁹Mankowski, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, *RabelsZ* 63 (1999), pp.203, 265ff.; v.Hinden (fn.59), p.71; Kristin (fn.63), *ibid.*.

¹³⁰Lütcke (fn.54), p.129.

¹³¹See B II. 3. b) aa) aaa) Place of Action; especially for violations of personal rights: v.Hinden (fn.59), pp.73-77.

third parties (place of distribution).¹³² It remains to be examined, where this place is situated for the different forms of communication on the internet.

(a) Inter-individual Communication

Inter-individual communication between one sender and one recipient mainly occurs through the internet services¹³³ of electronic-mail (e-mail) or chat¹³⁴. The information exchange is initiated and distributed by the sender (push technology)¹³⁵. The place of distribution is therefore explicitly defined by the sender and the recipient can only access the information that are given to him by the sender. Hence, the place of occurrence is usually situated at the place of residence of the recipient even if the sender does not know about this place.¹³⁶

Nevertheless, problems arise when the recipient receives information at a temporary residence (eg. in a foreign state during holidays). It is then questionable, whether the place of receipt (factual residence) or the place of the intended distribution (habitual residence). A place of receipt other than the habitual residence of the recipient, is not predictable because it can be influenced partially by the recipient that would deny the sender's right to determine his liability risk allow the recipient to determine the law of the place of occurrence (law shopping).¹³⁷ Thus, in inter-individual communication, the place of occurrence is situated at the habitual residence or seat of the recipient.¹³⁸ Exceptions can be made, if the sender knows about the temporary residence.¹³⁹

(b) Public Communication

Public communication between one sender and an unlimited number of recipients mainly happens through the internet services of world wide web (www) and its contents that are visible for every internet user (public) such as guestbook, comments or public forums (eg. isharegossip.de, rottenneighbor.com). The information exchange is initiated and distributed by the recalls of the recipients (pull technology).¹⁴⁰ A notice of the violated party or third parties can only occur after recalling information from the server (recall principle¹⁴¹).¹⁴²

(aa) Places of Recallability

Thus, the location of every recalling computer basically constitutes a place of occurrence (places of recall). Nevertheless, the factual number of recalls cannot be fixed definitely due to

technical disabilities¹⁴³ and problems with data protection¹⁴⁴. Moreover, it has to be mentioned that the sender loses control of the distribution of information the minute he uploads them to the internet.¹⁴⁵ It has also to be considered that users are able to conceal or manipulate their place of recall. Hence, the place of recall does not cope with the structure of the internet, which is why the place of the possible distribution (places of recallability) has to be implied as the basic place of occurrence.¹⁴⁶ Due to the internet's global networking¹⁴⁷, this leads to worldwide places of occurrence (multi-state tort¹⁴⁸) in public communication. Hence, legal systems all around the world would be applicable and the violated party would be able choose the most favourable law (law shopping) which simultaneously would be the most unfavourable law for content-providers. Consequently, content-providers would be exposed to a „global liability risk“.¹⁴⁹

(bb) Correction

Therefore, it is generally accepted that this result has to undergo a correction.¹⁵⁰ Nonetheless how to do this is highly controversial. Different approaches can be allocated to five main theories:

The first theory does not distinguish a place of action and a place of occurrence but determines the applicable law in accordance with the *lex fori*.¹⁵¹

The second theory reduces the places of occurrence to a single location by examining where the most severe violation of personal rights exists (theory of one core area).¹⁵² Some representatives of this theory reduce the places of occurrence further by demanding that the place of occurrence is part of the „intended distribution area“.¹⁵³

The third theory reduces the places of occurrence to multiple locations by detaching locations of light or insignificant violations from those of severe violations of personal rights (theory of core areas). Some representatives of this theory determine the core areas by requiring that the location belongs to the intended distribution and that the violated party has a „special relation“ to it.¹⁵⁴ Other authors utilise these requirements progressively.¹⁵⁵ Some reduce the places of occurrence to the intended distribution.

The fourth theory does not reduce the places of occurrence but limits the range of the claims that can be lodged at them:

¹³²See B II. 3. b) aa) bbb) Place of Occurrence.

¹³³The various possibilities of using the internet are referred to as „services“.

¹³⁴Important forms: IRC, Webchat (facebook chat), Instant Messaging (QQ, ICQ, MSN) and Voicechat (Skype).

¹³⁵Roth (fn.5), p.223; v.Hinden (fn.59), p.112.

¹³⁶Neu (fn.64), p.46; Kristin (fn.63), p.148; v.Hinden (fn.59), p.114.

¹³⁷Wurmnest (fn.76), art.40 IAGCC mn.78; v.Hoffmann (fn.82), art.40 IAGCC mn.63.

¹³⁸Neu (fn.64), p.46; Kristin (fn.63), p.148; Wurmnest (fn.76), *ibid.*; Junker (fn.62), art.40 IAGCC mn.81.

¹³⁹v.Hinden (fn.59), p.116.

¹⁴⁰Neu (fn.64), p.43 *ate.*; v.Hinden (fn.59), p.118.

¹⁴¹See B. II. 3. b) bb) aaa) (1).

¹⁴²See B II. 3. b) aa) aaa) Place of Action.

¹⁴³Roth (fn.5), pp.235-237; Neu (fn.64), pp.43, 44; v.Hinden (fn.59), pp.121-125.

¹⁴⁴Roth (fn.5), pp.237-240; v.Hinden (fn.59), pp.125-129.

¹⁴⁵Neu (fn.64), p.44.

¹⁴⁶Roth (fn.5), pp.242f.; Neu (fn.64), p.43; v.Hinden (fn.59), p.139.

¹⁴⁷See B II. 3. b) aa) aaa) Place of Action.

¹⁴⁸Riegl, *Streudelikte im internationalen Privatrecht*, Augsburg 1986, pp.4f..

¹⁴⁹Münch (fn.5), pp.257, 258.

¹⁵⁰Münch (fn.5), p.257 *wf.*.

¹⁵¹Wagner, *Ehrenschaft und Pressefreiheit im europäischen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht*, *RabelsZ* 62 (1998), p.243, pp.279ff..

¹⁵²Neu (fn.64), pp.105-139; Kristin (fn.63), pp.154-181; v.Hoffmann (fn.82), art.40 mns.26 *ate.*, 66; v.Hoffmann/

Thorn (fn.56), sect.11 mn.32.

¹⁵³v.Hinden (fn.59), pp.186f..

¹⁵⁴Lütcke (fn.54), pp.135f..

¹⁵⁵Gounalakis/Rhode (fn.4), mns.20f..

The violated party can choose every place of occurrence, however it can only claim those damages at each place of occurrence which happen there (distributive application of law¹⁵⁶). The full range of damage can only be lodged at the place of action (mosaic theory).¹⁵⁷

The fifth theory combines the theory of core areas and the mosaic theory by reducing the places of occurrence to those of severe violations of personal rights and limiting the range of the damages that can be lodged at them to those that happen there (combination theory). Parts of this theory determine the core areas of violations of personal rights by demanding that the violated party holds a certain prominence at the location.¹⁵⁸ Other parts determine them by imposing a duty of determination on the violated party that constitutes a correlate to his right of choice.^{159 160}

(cc) Discussion of the Opinions

The first theory bears the the advantage that international private law and the law of international jurisdiction act in accordance.¹⁶¹ By doing so, it virtually abolishes international private law and disrespects its regulatory content. Moreover, from a today's point of view this opinion is contradictory to the evaluation of article 1 paragraph 2 letter g Rome II¹⁶² that explicitly forbids a EU's competence concerning the determination of the applicable law in case of violations of personal rights. Therefore, the first theory is to object.

The theory of one core area has the advantage that it pinpoints one place of occurrence and thus leads to a practicable handling of legal disputes and legal certainty.¹⁶³ However, the reduction of the places of occurrence to a single location bears the risk of becoming determinable by violators (content-providers) and thus of causing the most favourable law for them (law shopping). Moreover, the reduction to a single place of occurrence leads to practicability at the expense of the protection of the violated party because locations that contain even slightly less severe violations of personal rights are ignored.¹⁶⁴ Therefore a solution can only be found in theory that grants multiple places of occurrence.

The theory of core areas allows many places of occurrence and therefore protects the violated party. Yet it does not limit the range of the damages that can be claimed at these places and thus enables the violated party to lodge every violation of personal rights at the location that grants the most favourable law. This contains a great liability risk for content-providers and does not lead to legal certainty.¹⁶⁵

¹⁵⁶Wüllrich (fn.29), p.289.

¹⁵⁷Mankowski, (fn.110) p.203, pp.270f.; Junker (fn.62), art.40 IAGCC mn.79; Wurmnest (fn.76), art.40 mn.77; Rauscher (fn.55), mns.1265f.; Kropholler (fn.55), sect.53 V.4.; Kegel/Schurig (fn.56), sect.18 IV.1.b); for jurisdiction: ECJ C-68/93, Fiona Shevill et al. vs Presse Alliance SA (NJW 1995, 1881).

¹⁵⁸Münch (fn.5), p.258.

¹⁵⁹See B II. 3. a) Basic Rule.

¹⁶⁰Wüllrich (fn.29), pp.303-306.

¹⁶¹Wagner (fn.131), p.243, p.285.

¹⁶²See B I. Qualification of Violations of Personal Rights on the Internet.

¹⁶³v.Hoffmann (fn.82), art.40 IAGCC mn.62.

¹⁶⁴Wüllrich (fn.29), p.297.

¹⁶⁵Wüllrich (fn.29), p.295.

The mosaic theory is able to create legal certainty because each violation of personal rights is judged according to the law that exists in the place of the violation. The violated party cannot claim all damages at the location that grants the greatest amount of personal rights or the most distinctive personal rights. Each violation of personal rights is assessed according to the historical and cultural backgrounds of the state that grants them.¹⁶⁶ This leads to legal certainty for both the violator and the violated party.¹⁶⁷ Furthermore, it makes the mosaic theory a just tool to balance the interests of both parties involved: the violated party is enabled to claim the damages of all countries but the violator is only liable according to the law that is affected.¹⁶⁸ Moreover, the mosaic theory is applied by the European Court of Justice (ECJ) in terms of jurisdiction.¹⁶⁹ The allegation that the mosaic theory disrespects the character of personal rights because they are not territorially divisible¹⁷⁰, can be objected by the fact that personal rights update and locate at the location of the violation the time they got violated.¹⁷¹ The problem of the mosaic theory is that it lacks practicability as a result of numerous and worldwide spread places of occurrence.¹⁷²

(dd) Assessment and Conclusion

The root of the excessive discussion is the conflict between the violated party's interest of just protection and the violator's interest of legal certainty: The violated party does not want to be violated and if she gets violated, she wants to be granted legal protection that compensate its violations. The violator does not want to be liable or at least wants to know which law determines its liability, so that he can prepare himself for the consequences.

A partial legal representation of the violated party's interest would allow her to choose the place of occurrence at any place of recall and lodge all claims there. An absolute legal representation of the violator's interest would allow her to determine the place of occurrence and therefore to be only liable at the place of action, which is under the control of the violator and inside of his territorial area.

None of these extremes can be justified, a balance has to be found. The theories of core areas try to find that balance by reducing the places of occurrence (quantitative restriction). The more places of recall are excluded from the places of occurrence, the more the theories lead to legal certainty and practicability but the more they also deprive the violated party of her protection in the denied states. In case of excluding only few places of recall from the places of occurrence, the violated party is favoured by these theories. If many places of recall are excluded, the violator is favoured. A balance can hardly be found. The mosaic theory tries to balance the interests by limiting the range of claims that can be lodged at the places of occurrence (qualitative limitation). By doing this, it leads to legal certainty and just protection of the violated party. Overall, the

¹⁶⁶See Introduction.

¹⁶⁷Wüllrich (fn.29), pp.300f..

¹⁶⁸Wüllrich (fn.29), p.301.

¹⁶⁹ECJ C-68/93, Fiona Shevill et al. vs Presse Alliance SA (NJW 1995, 1881).

¹⁷⁰v.Hoffmann (fn.82), art.40 IAGCC mn.60.

¹⁷¹See B II. 3) b) aa) bbb) Place of Occurrence.

¹⁷²Wüllrich (fn.29), pp.303f..

mosaic theory creates a balance between interests of the violated party and the violator.

Nevertheless, the interest of practicability has also to be considered: The separate examination of all the violations' different laws is complex and makes the mosaic theory impracticable. Hence, the combination of the mosaic theory's qualitative limitation, that provides just protection and legal certainty, and the theory of core areas' quantitative restriction which provides practicability, can create a solution that considers not only idealistic interests but also practicable interests. Such a theory firstly reduces the places of occurrence to the core areas of violations of personal rights and secondly limits the range of the claims that can be lodged at them to those claims which happen there.

This conclusion is also made by the combination theories. Nonetheless, it is questionable whether a „certain prominence“¹⁷³ or a „duty of determination“¹⁷⁴ of the violated party constitutes the determining factor of the core areas. The requirement of a certain prominence of the violated party in the place of occurrence has to be declined.¹⁷⁵ A duty of determination of the violated party may constitute a harmonious addition to the right of choice¹⁷⁶ of article 40 paragraph 1 IAGCC¹⁷⁷ but it favours the violated party by letting her choose the applicable law and thus leads to law shopping. This problem is limited by the combination with the mosaic theory but it is not eradicated completely because the violated party can still choose from her place of occurrence from all of them.¹⁷⁸ Moreover it is not defined how many places are allowed to be determined by the violated party. Hence, the quantitative reduction needs to be done with the help of an impartial factor. At this point, the results of the examination of the places of occurrence concerning general violations of personal rights have to be reminded: Only places of distribution that are predictable can constitute places of occurrence (places of intended distribution).¹⁷⁹ This factor can impartially be defined by the language or subject of the information. The fact, that it can lead to many places of occurrence has to be accepted by content-providers because that constitutes a general risk of the internet.

Therefore, the places of occurrence of violations of personal rights on the internet in public communication have to be determined by a combination of the mosaic theory and the intended distribution.

(c) Limited Communications

Limited communication between one sender and a restricted number of recipients takes place through access restricted services such as mailing list, newsletters, newsgroups, conference chats, forums and social networks that require a registration or subscription (eg. QQzone, facebook). Basically these restrictions do not have an influence on the determination of the places of occurrence through the combination of the mosa-

ic theory and the intended distribution, which means that the place of the intended distribution does not get defined by the restricted number of members.¹⁸⁰ Nevertheless, exceptions can be made if the restrictions do consist of a controlled identification (eg. through the proof of identity).

bbb) Violations of Personal Rights Caused by Access- and Host-Providers

Access- and host-providers do not create violating information but handle information of content-providers (third party information): Access-Providers ensure the connection to the internet and the information exchange on it.¹⁸¹ Host-Providers save and keep contents ready on their servers.¹⁸² Therefore, access- and host-providers could be liable for handling information of content-providers (of third parties) in terms of substantive law¹⁸³. That is why, international private law has to determine the applicable law for access- and host-providers.

The determination of the liability of access- and host-providers could act in accordance to that of content-providers (accessory determination)¹⁸⁴ or could have to be determined independently (independent determination)¹⁸⁵.

An accessory determination avoids further examinations of the access- and host-providers' international private law and therefore boosts procedural economy. Moreover, the violated party does not get overwhelmed by an complex correlation of laws.¹⁸⁶ In contrast, an independent determination leads to the advantage, that another legal system is responsible for the liability of access- and host-providers, in case the legal system that evaluates the liability of content-providers is not satisfying.¹⁸⁷ Furthermore, the determination of the content-providers' place of action is the most technically challenging and the access- and host-providers do not have an influence on it.¹⁸⁸ That is why, the access- and host-providers' international private law has to be determined independently.

The access- and host-providers' place of action has to be determined according to the last chance of control, whether this is a action or a non-act.¹⁸⁹ Thus, it can be located at the place where the access- and host-providers' actions are managed (place of the centre of decisions).¹⁹⁰ Basically, this is the natural person's habitual residence¹⁹¹ and the legal person's seat¹⁹². This is rebuttably presumed.¹⁹³

¹⁸⁰ v.Hinden (fn.59), p.197.

¹⁸¹ Wüllrich (fn.29), pp.51f.; Münch (fn.5), p.26; Gounalakis/Rhode (fn.4), mn.290.

¹⁸² Wüllrich (fn.29), pp.52f.; Gounalakis/Rhode (fn.4), mn.278; v.Hinden (fn.59), p.9.

¹⁸³ See A IV. On the Internet: Responsibility of Content-, Access- and Host-Providers.

¹⁸⁴ Lütcke (fn.54), p.140.

¹⁸⁵ Neu (fn.64), p.147; Kristin (fn.63)a, p.136; v.Hinden (fn.59), pp.201, 206.

¹⁸⁶ Kristin (fn.63), p.136.

¹⁸⁷ Kristin (fn.63), p.137.

¹⁸⁸ Kristin (fn.63), pp.136f.; v.Hinden (fn.59), 201.

¹⁸⁹ Neu (fn.64), pp.144-147.

¹⁹⁰ Gounalakis/Rhode (fn.4), mn.13; v.Hinden (fn.59), p.203; v.Hoffmann (fn.82), art.38 IAGCC mn.482.

¹⁹¹ v.Hinden (fn.59), pp.203f..

¹⁹² Mankowski (fn.131), p.243, p.287; Gounalakis/Rhode (fn.4), mn.13; Junker (fn.62), art.40 IAGCC mn.75; v.Hoffmann (fn.82), art.40 IAGCC mn.58; Wurmest (fn.76), art.40 IAGCC mn.71.

¹⁷³ Münch (fn.5), p.258.

¹⁷⁴ Wüllrich (fn.29), pp.303-306.

¹⁷⁵ See B II 3. b) aa) bbb) Place of Occurrence.

¹⁷⁶ See B II 3. a) Basic Rule.

¹⁷⁷ Wüllrich (fn.29), p.305.

¹⁷⁸ Wüllrich (fn.29), p.219.

¹⁷⁹ See B II. 3) b) aa) bbb) Place of Occurrence.

The places where violations of personal rights occur are not influenced by the access- and host-providers' actions, which is why the places of occurrence stay the same.¹⁹⁴

4. Article 40 Paragraph 3 IAGCC: Proviso

At last, the proviso of article 40 paragraph 3 IAGCC has to be considered. It limits the claims that are governed by the law of a foreign state if these claims fundamentally and obviously object to German legal principles.¹⁹⁵ This rule primarily prevents the injured party from receiving claims for compensation that contravene the German rule against unjustified enrichment^{196,197} By doing so, article 40 paragraph 3 IAGCC forms a „special regulation of the *ordre public*“ set forth in article 6 IAGCC.¹⁹⁸

5. Article 41 IAGCC: Substantially Closer Connection

Article 41 paragraph 1 IAGCC differs from the basic principle of article 40 paragraph 1 IAGCC by declaring that the law of another state shall apply if the facts of the case feature a „substantially closer connection“ with the law of that state. Paragraph 2 thereafter gives examples („in particular“) for a substantially closer connections. Paragraph 2 number 1 regulates that „a special legal or factual relationship between the persons involved“ which is linked to the violation of personal rights may constitute a substantially closer connection (accessory connection)¹⁹⁹.

6. Articles 40-42 IAGCC: Legitimacy of a Renvoi

According to article 4 paragraph 1 sentence 1 IAGCC, articles 40-42 IAGCC basically refer to the entire legal system of another state which consists of its international private law and substantive law.²⁰⁰ Article 4 paragraph 1 sentence 1 at the end (ate.) IAGCC makes an exception to this rule „insofar as this is not incompatible with the meaning of the referral“. This exception applies to article 41 paragraph 1 IAGCC²⁰¹ and article 41 paragraph 2 number 1 IAGCC (accessory connection)²⁰². Furthermore article 4 paragraph 2 IAGCC excludes a renvoi in case of choices of law like article 42 IAGCC²⁰³.

Article 40 paragraph 1 sentence 1 IAGCC includes a renvoi.²⁰⁴ The option of article 40 paragraph 1 sentences 2,3 IAGCC only takes effect on the layer of international private law and allows the violated party to choose between the two alternatives - place of action and place of occurrence - of article 40 paragraph 1 IAGCC that both include a renvoi. Hence, article 40 paragraph 1 sentences 2,3 IAGCC do not constitute a choice of law similar to article 42 IAGCC and article 4 para-

graph 2 IAGCC is not applicable.²⁰⁵ The violated party has to choose the law of the place of occurrence. Therefore, the laws which are determined in this way, have to be applicable in the end. Hence according to article 4 paragraph 1 sentence 1 ate. IAGCC, a renvoi is incompatible with the meaning of the referral of article 40 paragraph 1 sentences 2,3 IAGCC.²⁰⁶ Moreover, this serves the procedural economy.²⁰⁷

III. Section 3 GTMA: Influence of the State of Origin Principle towards International Private Law

Section 3 GTMA, that is based on article 3 EUECD, says that providers „established in the Federal Republic of Germany and their telemedia shall also be subject to the provisions of German law if the telemedia are commercially offered or provided in another state“ of the EU. Because of this formulation it is questionable, whether section 3 GTMA is only part of Germany's substantive law or has an influence of Germany's international private law and thus articles 40-42 IAGCC in favour of the state of origin principle or part of Germany's substantive law.

Owing to the explicit note in section 1 paragraph 5 IAGCC, which is based on article 1 Nr.5 EUECD, that says that the GTMA „does not stipulate rules in the field of international private law“, it is generally believed that section 3 GTMA is part of Germany's substantive law and does not influence the regulatory content of articles 40-42 IAGCC.²⁰⁸ Moreover, this would cause an indirect influence of EU law on the legal evaluation of violations of personal rights which is objected by article 1 paragraph 2 letter g Rome II.

Nevertheless, this legal question will soon be answered by the ECJ that currently deals with this question after the FCJG submitted it to him.²⁰⁹

IV. Results of the Examination of German International Private Law

International private law handles international violations of personal rights on the internet (multi-state torts) by applying the law of the place of action or the law of the place of occurrence which gets determined by cutting back the possible places of occurrence with the help of a quantitative reduction (intended distribution) and a qualitative limitation (mosaic theory).

C German Law of International Jurisdiction

The law of international jurisdiction aims at defining the places of jurisdiction of a case that touches the legal systems of more

¹⁹³ v.Hinden (fn.59), pp.203f..

¹⁹⁴ Neu (fn.64), p.148; Kristin (fn.63), p.153; v.Hinden (fn.59), pp.204-206.

¹⁹⁵ Rauscher (fn.55), mn.1297.

¹⁹⁶ Like „treble damages“ or „punitive damages“ in the law of the United States of America.

¹⁹⁷ Rauscher (fn.55), *ibid.*; Kropholler (fn.55), sect.53 IV.6..

¹⁹⁸ Rauscher (fn.55), mn.1296; Kropholler (fn.55), *ibid.*.

¹⁹⁹ Kropholler (fn.55), sect.53 IV.4..

²⁰⁰ BT-Drucksache 14/343 pp.8, 15.

²⁰¹ Junker (fn.62), art.41 IAGCC mns.25, 26.

²⁰² Junker (fn.62), art.41 IAGCC mn.27.

²⁰³ Junker (fn.62), art.42 IAGCC mn.29.

²⁰⁴ Junker (fn.62), art.40 IAGCC mn.120; Rauscher (fn.55), mn.1252.

²⁰⁵ Junker (fn.62), art.40 IAGCC mn.121; Rauscher (fn.55), mn.1260.

²⁰⁶ Junker (fn.62), *ibid.*.

²⁰⁷ Gounalakis/Rhode (fn.4), mn.35.

²⁰⁸ Wüllrich (fn.29), p.359; Münch (fn.5), p.254; Wurmnest (fn.76), art.40 IAGCC mn.80.

²⁰⁹ ECJ C-509/09, eDate Advertising vs X (submitted by BGH EuZW 2010, 313).

than one state.²¹⁰ Thus, it is essential in the global world of the internet. The law of international jurisdiction needs to be defined exactly because it does not provide a referral in case of incompetence²¹¹ and the German law of international jurisdiction is regulated in multiple sources of law.

I. Sources of Law

1. European Union: The Brussels Convention and the Brussels I Regulation

The law of the European Union (EU) provides two sources of law that can apply in terms of international jurisdiction concerning violations of personal rights on the internet: the Brussels Convention (Brussels C) and the Brussels I Regulation (Brussels I). According to articles 66, 68 paragraph 1 Brussels I, Brussels I replaced Brussels C for proceedings instituted on 1 March 2002 or after that date. In case of proceedings instituted before 1 March 2002, Brussels C is still applied. Nevertheless, the regulatory content of Brussels C and Brussels I is, in most instances, the same.²¹² Concerning international jurisdiction for violations of personal rights on the internet, the essential regulations of Brussels C are identical to those of Brussels I.²¹³ That is why Brussels I has to be examined and the results can be transferred to Brussels C.

Brussels I applies within the European Union.²¹⁴ It takes precedence over national regulations²¹⁵ and therefore it is applied in most cross-border cases²¹⁶. It applies if, according to article 1 paragraph 1, a civil or commercial matter exists that is not excluded by article 1 paragraph 2 and, according to article 3 paragraph 1, the defendant domiciles in a member state of the EU. The decision whether a civil or commercial matter exists is made autonomously by the EU²¹⁷ whereas national law (*lex fori*) has to decide the defendant's domicile according to article 59²¹⁸. In case of a company or other legal person, a statutory seat, central administration or principle place of business inside the EU replaces the domicile of natural persons, article 60 paragraph 1²¹⁹. This requirement is autonomously evaluated by the EU.²²⁰

If these criteria are matched, article 2 paragraph 1 Brussels I sets a general place of jurisdiction at the defendant's domicile, regardless of his nationality. Every possible claim for violations of personal rights can be lodged before the courts of this location.²²¹ But article 2 paragraph 1 only regulates inter-

national jurisdiction, local jurisdiction has to be defined by national procedure law (*lex fori*).²²²

Moreover, article 5 number 3 Brussels I, sets a special place of jurisdiction for torts at the place where the harmful event occurred in case the defendant domiciles in a member state different to the member state of jurisdiction. Only tort-related claims can be lodged before the courts of this location²²³ and no accessory jurisdiction is granted²²⁴. Claims of unjust enrichment are excluded from the scope.²²⁵ In contrast to article 2 paragraph 1, article 5 number 3 regulates international and local jurisdiction and no national law (*lex fori*) has to be applied.²²⁶

The special place of jurisdiction exists alongside of the general place of jurisdiction. The complainant can choose between the two of them.²²⁷ Articles 23 and 24 Brussels I allow the parties to make an agreement concerning the international jurisdiction between them (*prorogation*).²²⁸

2. European Economic Area: The Lugano Convention

The Lugano Convention (LC) applies to the members of the European Economic Area (EEA) but, according to article 54b number 1 LC, does not influence relations between the member states of Brussels C, and thus Brussels I which replaced Brussels C²²⁹. LC equals Brussels I in its regulatory content concerning jurisdiction for violations of personal rights on the internet, which is why a separate examination is not necessary.²³⁰

3. Worldwide: The GCCP

If neither Brussels C or Brussels I nor LC applies (outside the EU and EEA) to set international jurisdiction for violations of personal rights on the internet, national law regulates international jurisdiction.²³¹

German national law does not explicitly regulate international jurisdiction, yet rules of the German Code of Civil Procedure (GCCP) that determine the local jurisdiction are extended to also include international jurisdiction.²³² Therefore, sections 12, 13 GCCP set a general place of jurisdiction at the defendant's domicile for natural persons and sections 12, 17 GCCP set a general place of jurisdiction at the defendant's seat for legal persons whereas section 32 GCCP sets a special place of jurisdiction for torts at the district in which the performance was committed. General and special place of jurisdiction exist parallel, the complainant is allowed to choose between

²¹⁰ Roth (fn.5), p.58; Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht - Kommentar*, 8. Auflage, Frankfurt am Main 2005, sect.58 I2..

²¹¹ Grunsky, *Zivilprozessrecht*, 13. Auflage, Bielefeld 2008, mn.68 atc..

²¹² Rauscher (fn.55), mn.1601.

²¹³ Articles 2 paragraph 1, 5 number 3 Brussels C are identical to those of Brussels I.

²¹⁴ Although article 1 paragraph 3 Brussels I excludes Denmark from its field of application, Denmark signed an agreement which has the same regulatory content as Brussels I on the 01.07.2007 (OJ EU 2005 L 299/62).

²¹⁵ Rauscher (fn.55), mn.1600; Grunsky (fn.191), mn.68.

²¹⁶ Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 4. Auflage, Kiel 2006, mn.234 irw. mn.235 atc..

²¹⁷ Rauscher (fn.55), mn.1604.

²¹⁸ Article 59 paragraph 1 Brussels I is identical to article 52 paragraph 1 Brussels C.

²¹⁹ According to article 53 paragraph 1 Brussels C only the seat of a company or legal person is sufficient.

²²⁰ Rauscher (fn.55), mn.1640.

²²¹ Rauscher (fn.55), mn.1648.

²²² Rauscher (fn.55), mn.1649.

²²³ ECJ 189/87, *Kalfelis vs Bankhaus Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co*; Rauscher (fn.55), mns.1684-1686.

²²⁴ ECJ *ibid.*; Rauscher (fn.55), mn.1687.

²²⁵ Kropholler (fn.190), art.5 mn.75; Rauscher (fn.55), mn.1686.

²²⁶ Rauscher (fn.55), mn.1683.

²²⁷ Rauscher (fn.55), mn.1651.

²²⁸ Articles 17f. Brussels C are similar.

²²⁹ See C I. 1. European Union: The Brussels Convention and the Brussels I Regulation.

²³⁰ Articles 2 paragraph 1 and 5 number 3 LC are equal to those of Brussels I except for their addressees.

²³¹ Rauscher (fn.55), mns.2013-2015; Grunsky, mn.68.

²³² Rauscher (fn.55), mn.2023; Grunsky, *ci.*

them.²³³ Section 38 GCCP enables the parties to make an agreement concerning the international jurisdiction between them (prorogation).

II. Determination of the Special Places of Jurisdiction

The special places of jurisdiction are abstract and thus need to be determined further.

1. Article 5 number 3 Brussels I/Brussels C/LC

At first, „the place where the harmful event occurred“ of article 5 number 3 Brussels I also seems to be easily identifiable. One might think that the harm could only occur at a single place. But this only applies to violations of personal rights whose place of action and place of occurrence is situated in a single state (local tort).²³⁴ In contrast, the „place where the harmful event occurred“ is questionable in case the place of action and place of occurrence are situated in different states (distance tort): The „harmful event“ could be the action of the violator that causes violations of personal rights at the place of action as well as the occurrence of these violations at the place of occurrence.²³⁵ Both places can „constitute significant connecting factors from the point of view of the jurisdiction“²³⁶ and „be particularly helpful from the point of view of the evidence and of the conduct of the proceedings“²³⁷. Furthermore article 5 number 3 Brussels I needs to be interpreted in such a wide way because it „covers a wide diversity of claims“.²³⁸ On the one hand, the exclusion of the place of occurrence would often lead to a coincidence of the remaining place of action of article 5 number 3 Brussels I and the place of the defendant's domicile of article 2 paragraph 1 Brussels I and therefore deprive article 5 number 3 Brussels I of its regulatory content. On the other hand, the exclusion of the place of occurrence would deny complainant a „helpful connecting factor with the jurisdiction of a court particularly near to the cause of damage“.²³⁹ Therefore, both the place of action and the place of occurrence are covered by article 5 number 3 Brussels I („principle of the scene of an offence“²⁴⁰) and both can basically determine its special place of jurisdiction („principle of ubiquity“²⁴¹), yet the complainant has to choose between one of them („limitation of the principle of ubiquity“²⁴²,²⁴³).

a) Comparability of International Private Law and the Law of International Jurisdiction

As in the case of article 40 paragraph 1 IAGCC²⁴⁴, the scene of the offence, which consists of the place of action and the place

²³³ Grunsky (fn.191), mn.65.

²³⁴ Rauscher (fn.55), mn.1688.

²³⁵ ECJ C-21/76, Bier vs Mines de potasse d'Alsace (NJW 1977, 493), mns.13f.; Roth (fn.5), p.168; Rauscher (fn.55), mn.1691; Kropholler (fn.190), art.5 mn.81.

²³⁶ ECJ C-21/76, Bier vs Mines de potasse d'Alsace (NJW 1977, 493), mn.15.

²³⁷ ECJ C-21/76, Bier vs Mines de potasse d'Alsace (NJW 1977, 493), mn.17.

²³⁸ ECJ C-21/76, Bier vs Mines de potasse d'Alsace (NJW 1977, 493), mn.18.

²³⁹ ECJ C-21/76, Bier vs Mines de potasse d'Alsace (NJW 1977, 493), mns.20f..

²⁴⁰ Spickhoff (fn.90), p.131, pp.131f.; Wüllrich (fn.29), p.204.

²⁴¹ Wüllrich (fn.29), *ibid.*.

²⁴² In case of international private law: Rauscher (fn.55), mn.1255.

²⁴³ ECJ C-21/76, Bier vs Mines de potasse d'Alsace (NJW 1977, 493), mns.24f.; Rauscher (fn.55), *ibid.*; Kropholler (fn.190), *ibid.*.

²⁴⁴ See B II 3. a) Basic Rule.

occurrence, determines the collision of laws. Thus, it is questionable, whether the results of article 40 paragraph 1 IAGCC can be adopted to article 5 number 3 Brussels I or have to be identified separately.

Basically both international private law and the law of international jurisdiction are confronted by a collision of laws. International private law faces the challenge to determine the right out of multiple substantive laws, whereas the law of international jurisdiction deals with the challenge of determining right jurisdictions.²⁴⁵ Moreover, International private law and the law of international jurisdiction aim to achieve legal certainty and consistency.²⁴⁶

Nevertheless, the law of international jurisdiction favours the defendant's interests of a nearby jurisdiction in contrast to the international private law's neutrality in finding the „closest connection“ between the facts of the case and the substantive laws.²⁴⁷ In addition, the law of international jurisdiction allows multiple competing jurisdictions, whereas international private law searches the one right substantive law and wants to avoid the application of multiple substantive laws.²⁴⁸

Hence, the initial situation of international private law and the law of international jurisdiction might resemble, but the underlying interests diverge.²⁴⁹ That is why the international private law's determination of the scene of an offence cannot be adopted by the law of international jurisdiction and its determination of the scene of an offence.²⁵⁰ Thus, the scene of an offence of article 5 number 3 Brussels I has to be determined separately, but some basic principles that are not based on the international private law's and the law of international jurisdiction's diverging interests can be adopted.

b) Violations of Personal Rights Caused by Content-Providers

aa) Place of Action

In case of violations of personal rights, the place of action of article 5 number 3 Brussels I is situated where the action that caused the violations took place.²⁵¹ On the internet, the location of the server, the location of the gateways and the location of the uploading computer are significant transition points of the information and could thus constitute a place of action.²⁵²

²⁴⁵ Roth (fn.5), p.74.

²⁴⁶ Roth (fn.5), pp.76f..

²⁴⁷ Roth (fn.5), pp.78f..

²⁴⁸ Roth (fn.5), pp.79f..

²⁴⁹ Roth (fn.5), pp.85f..

²⁵⁰ Roth (fn.5), pp.85f..

²⁵¹ Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 6.Auflage, Köln 2007, sect.3 mn.68; Kropholler (fn.190), art.5 mn.81.

²⁵² See B II 3. b) aa) Place of Action.

The law of international jurisdiction needs to be close to the case and its evidences. Therefore every act, not only those that cause liability, are potential places of action. Even preparatory acts can serve the law of international jurisdiction's interest of a proximity.²⁵³ Nevertheless, these potential places of action also have to be limited to essential acts, because the place of action has to provide information to assess the case. Hence, not every act - in particular preparatory acts - can constitute a place of action. To make sure that only places of action are determined that contribute information about the case it is necessary to connect the place of action with direct physical actions of the violating party.²⁵⁴ That is why the automatic operations (location of the server and the gateways) of the internet after the physical action of the violator cannot constitute a place of action.²⁵⁵ Moreover, the law of international jurisdiction protects the defendant by avoiding that he gets taken to court at places that are not reasonable.²⁵⁶ Therefore, the places of action are limited to places that can be influenced by the defendant's behaviour. This also leads to the exclusion of the location of the server and the gateways.²⁵⁷

Concerning the acts that relate to the internet, only the place of uploading corresponds to these requirements.²⁵⁸ In case of businesses that are based on the division of labour, the place of upload has to be changed to the „place of the decision about the publication“.²⁵⁹ These places have to be rebuttably presumed at the natural person's habitual residence and the legal person's seat.²⁶⁰

Furthermore, it is questionable, whether preparatory acts cause places of action. On the one hand, preparatory acts often consist of multiple acts and thus would constitute multiple places of action which would lead to legal uncertainty.²⁶¹ On the other hand, the violating information are created at the places of preparatory acts. Moreover, preparatory acts cannot be manipulated as easily as the place of upload.²⁶² At last, the law of international jurisdiction allows multiple places of action without the risk of legal uncertainty.²⁶³ Therefore, preparatory acts constitute places of action. As mentioned, above they have to match certain criteria in terms of concrete and case-related actions. Hence, only preparatory acts that prepare a concrete violation of personal rights constitute a place of action (place of creation).

bb) Place of Occurrence

In case of violations of personal rights, the place of occurrence of article 5 number 3 Brussels I is located at the place, where

²⁵³ Roth (fn.5), pp.193f..

²⁵⁴ Roth (fn.5), pp.193-196.

²⁵⁵ Roth (fn.5), pp.196f..

²⁵⁶ See C II. 1. a) Comparability of International Private Law and Law of International Jurisdiction; Roth (fn.5), pp. 200-205.

²⁵⁷ Roth (fn.5), p.205.

²⁵⁸ Spickhoff (fn.90), p.131, p.132; ; Nagel/Gottwald (fn.231), sect.3 mn.71; v.Hoffmann (fn.82), art.40 mn.101.

²⁵⁹ Roth (fn.5), pp.198, 205.

²⁶⁰ Roth (fn.5), pp.206-211.

²⁶¹ Wüllrich (fn.29), p.231.

²⁶² Mankowski (fn.110), p.243, pp.262ff..

²⁶³ See C II. 1. a) Comparability of International Private Law and the Law of International Jurisdiction; Roth (fn.5), p.188.

the violation steps in.²⁶⁴ At this moment, abstract personal rights become tangible.²⁶⁵ Thus, personal rights are violated the moment the information is recognised by the violated party or third parties (place of distribution).²⁶⁶ To define this place on the internet, it is required to distinguish between the different forms of communication.

aaa) Inter-individual Communications

In inter-individual communications, the place of occurrence is basically located at the place where the recipient recalls the information (place of recall). Usually this is the place of the habitual residence of natural persons and the place of the seat of legal persons.²⁶⁷

Problematic is the question, whether the place of recall has to be limited to the place of habitual residence in case the sender intends the recipient to receive the information there but the recipient recalls the information at a temporary residence.

In favour of the place of recall speaks the argument that the violated party holds an interest of the place of occurrence being close to her.²⁶⁸ Against the place of recall and argues the circumstance, that the sender cannot influence the place where the recipient recalls the information.²⁶⁹ One could say that this is the usual risk of the ubiquity of information on the internet. Nevertheless, in individual communications, the sender unambiguously defines the recipient and the intended place of distribution. Moreover, the connection to the place of recall would virtually grant the recipient the opportunity of choosing his forum (forum shopping). Thus, the place of occurrence in individual communications has to be changed from the place of recall to the place of the habitual residence in case the recipient resides at a temporary residence.

An exception of this rule is made, if the defendant does not know about the habitual residence of the complainant. Here, the place of recall constitutes the place of occurrence.²⁷⁰

bbb) Public Communications

In public communications on the internet, places of occurrence are basically set worldwide.²⁷¹ However, it is generally accepted that they have to be limited because worldwide places of jurisdiction would discriminate against the defendant by enabling the complainant to choose his most favourable forum (forum shopping)²⁷² whereas the reduction of the places of

²⁶⁴ Nagel/Gottwald (fn.231), sect.3 mn.68; Kropholler (fn.190), art.5 mn.81.

²⁶⁵ See B II. 3. b) aa) bbb) Place of Occurrence; Roth (fn.5), pp.214-221.

²⁶⁶ See B II. 3. b) aa) bbb) Place of Occurrence; Roth (fn.5), p.221.

²⁶⁷ See B II. 3. b) bb) aaa) (2) (a) Inter-individual Communication.

²⁶⁸ See C II. 1. a) Comparability of International Private Law and the Law of International Jurisdiction.

²⁶⁹ Roth (fn.5), p.228.

²⁷⁰ Roth (fn.5), p.231.

²⁷¹ See B II. 3. b) bb) aaa) (2) (b) Public Communication.

²⁷² Schütz, Deutsches Internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des Europäischen Zivilprozessrechts, 2.Auflage, Berlin 2005, mns.114-121; Köhler/Arndt/Fetzer, Recht des Internet, 5.Auflage, Stuttgart/ Mannheim 2006, p.277.

occurrence to a single one would deprive the complainant of his right of a fair trial²⁷³.

One opinion wants to reduce the places of occurrence by requiring a qualifying factor (quantitative reduction^{274,275}), whereas another opinion wants to limit the jurisdiction at the places of occurrence to the part of the damages that occurred in that state (mosaic theory) (qualitative limitation^{276,277}).

Against a qualitative limitation respectively the mosaic theory speaks the fact, that it leads to multiple proceedings and thus is not economical and stresses the complainant who has to lead proceedings in many different countries at the same time.²⁷⁸ By doing this, article 5 number 3 Brussels I would cause a fragmentation of cases and jurisdictions which fosters legal discrepancies, although Brussels I aims to avoid such things.²⁷⁹ Furthermore, the application of the mosaic theory virtually cancels the principle that the place of action and the place of occurrence of article 5 number 3 Brussels I are equally applied (principle of ubiquity). In addition, even the mosaic theory enables the complainant to choose his most favourable forum, yet makes it less beneficial.²⁸⁰

Against a quantitative reduction argues the circumstance, that it allows the complainant to choose his most favourable jurisdiction law and lodge all damages there. However, this disadvantage can be eradicated by requiring a qualifying factor that reduces the places of occurrence to those that provide a balance between the complainant's and defendant's interests.

It remains to be examined, which that qualifying factor is. The reduction to the places where the information virtually gets recalled (place of factual recalls²⁸¹) is not technically accomplishable. Similarly, the place that unites the most recalls (quantitative core area) fails to be defined due to technical reasons. A reduction to places where the violated party holds a reputation needs to be rejected because violations of personal rights can equally occur to parties that hold no such reputation. Furthermore, a reduction to the violated party's relations to place of occurrence misjudges the possibility that violations of personal rights can be caused in addition to the relations of the violated party.²⁸²

From this it follows, that the qualifying factor that reduces the places of occurrence needs to be an abstract one, which can be adjusted to the particular case. The factor has to exclude insignificant places to secure the defendant's interest of a close connection of jurisdiction and the case and evidences while including significant places to serve the complainant's right to

judicial review.²⁸³ Hence, a „qualified connection to the state of the place of occurrence“ has to be established.²⁸⁴

ccc) Limited Communications

In limited communications on the internet, the places of occurrence are also basically determined through a „qualified connection to the state“. ²⁸⁵ Exceptions in favour of „the habitual residence of the violated party“ can be made in case the sender ensures that only members of certain states participate in the communication.²⁸⁶

c) Violations of Personal Rights Caused by Access- and Host-Providers

In case of violations of personal rights that are caused by access- and host-providers, the place of action has to be changed from the place of upload to the place of where the access- and host-providers' actions are managed.²⁸⁷ The places of occurrence stay the same.

2. Section 32 GCCP

Section 32 GCCP establishes a special place of jurisdiction at the district in which the performance was committed. Although the wording does not suggest it, section 32 GCCP regulates that the „law of the place where the delict was committed“ to be applicable.²⁸⁸ Therefore the places of action and the places of occurrence deliver places of jurisdiction has to be applied. The interpretation conforms to the one of article 5 number 3 Brussels I.²⁸⁹

3. Section 3 GTMA: Influence of the State of Origin Principle towards the Law of International Jurisdiction

The state of origin principle of section 3 GTMA respectively article 3 EUECD does not have an influence on the law of international jurisdiction.²⁹⁰

III. Results of the Examination of the German Law of International Jurisdiction

The law of international jurisdiction copes with the internationality of violations of personal rights on the internet by allowing places of jurisdiction at the place of action and the places of occurrence. The numerous places of occurrence are restricted through a quantitative reduction (qualified connection to the state of the place of occurrence).

²⁷³ Spickhoff (fn.90), p.131, p.132.

²⁷⁴ See B II. 3. b) bb) aaa) (2) (b) (dd) Assessment and Conclusion.

²⁷⁵ Sujecki, Persönlichkeitsverletzungen über das Internet und gerichtliche Zuständigkeit, K&R 2011, p.315,

pp.316-318; Spickhoff (fn.90), p.131, pp.131-133; Roth (fn.5), pp.338f.

²⁷⁶ See B II. 3. b) bb) aaa) (2) (b) (dd) Assessment and Conclusion.

²⁷⁷ ECJ C-68/93, Fiona Shevill et al. vs Presse Alliance SA (NJW 1995, 1881).

²⁷⁸ Spickhoff (fn.90), p.131, pp.132f.

²⁷⁹ Wüllrich (fn.29), p.217.

²⁸⁰ Wüllrich (fn.29), p.219.

²⁸¹ See B II. 3. b) bb) aaa) (2) (b) (aa) Places of Recallability.

²⁸² Roth (fn.5), pp.269-271.

²⁸³ Roth (fn.5), pp.276..

²⁸⁴ BGH 29.03.2011 Az.VI ZR 111/10; BGHZ 184, p.313; Spickhoff (fn.90), p.131, p.132; Roth (fn.5), pp.293f.

²⁸⁵ Roth (fn.5), 290-293.

²⁸⁶ Roth (fn.5), pp.292 & 293.

²⁸⁷ See B II. 3. b) bb) bbb) Violations of Personal Rights Caused by Access- and Host-Providers.

²⁸⁸ Nagel/Gottwald (fn.231), sect.3 mn.356.

²⁸⁹ Rauscher (fn.55), mn.2024.

²⁹⁰ Wüllrich (fn.29), pp.358f..

Conclusion

The evaluation of the civil liability for violations of personal rights on the internet challenges all levels of German civil law: German substantive law determines the concrete liability by the means of its general remedies and a special statute that establishes responsibilities of content, access- and host-providers, whereas German international private law and the German law of international jurisdiction evaluate international cases with their general instruments.

On the international level, the principle of the scene of an offence is of outstanding significance: The place of action and the place of occurrence determine international private law and the law of international jurisdiction. At this point, it has to be emphasised that international private law and the law of international jurisdiction solve the same problem differently due to different interests: In terms of international private law, the combination of a quantitative reduction (intended distribution) and a qualitative limitation (mosaic theory) emerges as a satisfying solution. In contrast, a qualitative limitation contradicts the interests and aims of the law of international jurisdiction, which is why the restriction of the multiple places of occurrence is accomplished by a quantitative reduction (qualified connection to the state of the place of occurrence) only.

Die Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags

stud. jur. Nina Faehling*

Seit seiner ersten Erhebung wird die Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags kontrovers diskutiert. Sowohl die Gerichte, als auch die Literatur haben sich eingehend mit dieser Frage beschäftigt. Besondere Brisanz hat diese Thematik nun durch die BFH Urteile vom 21.07.2011 (II R 52/09; II R 52/10) erlangt. Dort hat der BFH den Solidaritätszuschlag für das Streitjahr 2005 und 2007 erneut für verfassungskonform erklärt. Die öffentliche Diskussion ist mit diesen Entscheidungen noch lange nicht beendet. Für ihren lebendigen Fortgang sorgt nicht zuletzt der starke politische Bezug des Solidaritätszuschlags.

I. Einleitung

Dieser Beitrag distanziert sich von der politischen Kontroverse und analysiert die Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags aus einer juristischen Perspektive.

Dafür wird der Solidaritätszuschlag zunächst allgemein dargestellt, seine Entwicklung veranschaulicht und in die Finanzverfassung eingeordnet. Darauf folgt eine Klassifizierung, Darstellung und Auswertung der bisherigen Rechtsprechung zur Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags. Anhand der ergangenen Entscheidungen werden Kriterien erarbeitet, an denen eine Prüfung der Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags vorgenommen wird. Abschließend wird eine Schlussfolgerung gezogen und ein Ausblick gegeben.

II. Allgemeines zum Solidaritätszuschlag

Nach § 1 Abs. 1 SolZG 1995 wird ein Solidaritätszuschlag als Ergänzungsabgabe zur Einkommensteuer (ESt) und Körperschaftsteuer (KSt) erhoben. Derzeit beträgt er nach § 4 SolZG 1995 5,5 % der Bemessungsgrundlage. Mit dem Solidaritätszuschlag in der Fassung des SolZG 1995 sollen primär die Kosten der Deutschen Einheit getragen werden. Darüber hinaus soll er zur Schließung des allgemeinen finanziellen Mehrbedarfs des Bundes beitragen.¹ Der Gesetzgeber hält ein solidarisches finanzielles Opfer aller Bevölkerungsgruppen in Form des Solidaritätszuschlags zur Erreichung dieser Ziele für unausweichlich.² Die Notwendigkeit des Solidaritätszuschlags soll nach Aussage des Gesetzgebers mittelfristig überprüft werden.³ Bis jetzt hat eine solche Überprüfung noch nicht stattgefunden.⁴ Obwohl die Einführung des Solidaritätszuschlags zeitlich und wirtschaftlich mit dem Beitritt der neuen Bundesländer zusammenfiel, sollte durch seine Erhebung stets auch der allgemeine finanzielle Mehrbedarf des Bundes gedeckt werden.⁵ Das in der Bevölkerung überwiegend herrschende Bild vom Solidaritätszuschlag als Instrument zur ausschließlichen Förderung der neuen Bundesländer ist somit verkürzt.

*Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin und hat ihren Schwerpunkt im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht absolviert. Den wahlobligatorischen Teil gestaltete sie dabei im Steuerrecht. Erste Praxiserfahrungen im Steuerrecht sammelte sie bei der KPMG WP AG und der Noerr LLP.

¹ BT-Drs. 12/4401 S. 45.

² BT-Drs. 12/4401 S. 51.

³ BT-Drs. 12/4401 S. 51.

⁴ Lindenberg in Blümich, 110. Aufl. 2011, § 1 SolZG 1995 Rn. 1.

⁵ Rohde/Geschwandtner Ist das Solidaritätszuschlagsgesetz 1995 verfassungswidrig? NJW 2006, 3332 (3334).

III. Entwicklung des Solidaritätszuschlags

Durch das Finanzverfassungsgesetz (FinanzverfG) (BGBl I 1955 S. 817) wurde 1955 die Kompetenz zur Einführung einer Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt geschaffen (Art. 105 Abs. 2 i.V. mit Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 n.F. GG). Von ihr wurde erstmals 1967 Gebrauch gemacht. Durch das Ergänzungsabgabengesetz (BGBl I 1967 S. 1254) wurde eine Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt in Höhe von 3 % eingeführt.⁶ Die Ergänzungsabgabe zur ESt endete 1975, die zur KSt 1977.⁷ Auf der Grundlage von Art. 105 Abs. 2 i.V. mit Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG folgte auch die Erhebung des ersten Solidaritätszuschlags mit dem SolZG 1991 (BGBl I 1991 S. 1318). In dem SolZG 1991 wurde ein befristeter Solidaritätszuschlag für den Zeitraum 01.07.1991 - 30.06.1992 erhoben. Der Solidaritätszuschlag betrug 3,75 %. Es folgte eine Aussetzung des Solidaritätszuschlags bis zu seiner Wiedereinführung 1995 mit dem Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms (BGBl I 1993 S. 975). Zunächst betrug er 7,5 %.⁸ Im Jahre 1998 wurde er auf 5,5 % abgesenkt. Das SolZG 1995 ist heute noch in Kraft und zeitlich nicht begrenzt.⁹

IV. Einordnung in die Finanzverfassung

Für die Beurteilung der Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags ist die Darstellung der Grundzüge der Finanzverfassung unerlässlich, deshalb wird sie im Folgenden überblicksartig dargestellt.

1. Die Finanzverfassung

Das Finanzverfassungsrecht im engen Sinne ist in Art. 104 a-108 GG enthalten und betrifft die Abgabenzuständigkeit (Art. 104a, 104b, 106a GG), die Steuergesetzgebungszuständigkeit (Art. 105 GG), die Steuerertragszuständigkeit (Art. 106, 106b, 107 GG) und die Verteilung der Steuerverwaltungszuständigkeit (Art. 108 GG).¹⁰ Dabei wird der Steuerbegriff im GG nicht definiert.¹¹ Jedoch ist allgemein anerkannt,¹² dass die einfachgesetzliche Definition in § 3 Abs. 1 AO zugrunde gelegt wer-

⁶ Selmer Keine von Verfassungswegen nur befristete Erhebung von Ergänzungsabgaben - Solidaritätszuschlag JuS 2011, 381 (381).

⁷ Maunz in Maunz/Dürig 61. Ergänzungslieferung 2011, Art. 106 GG Rn. 28.

⁸ Stuhmann Die Grundzüge der Steuergesetzänderung 1993 NJW 1993, 2421 (2425).

⁹ v. Reden in Littmann/Bitz/Pust 89. Ergänzungslieferung 2010, §§ 1-5 SolZG Rn. 1a.

¹⁰ Henneke in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf 12. Aufl. 2011, Vor Art. 104 a GG Rn. 2.

¹¹ Pieroth in Jarass/Pieroth 9. Aufl. 2007, Art. 105 GG Rn. 5.

¹² BVerfG Beschluss v. 02.10.1973 - 1 BvR 345/73, BVerfGE 36, 66 (70); BVerfG Beschluss v. 06.11.1984 - 2 BvL 19, 20/83, BVerfGE 67, 257 (282).

den kann. Demnach sind Steuern Geldleistungen, die keine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht anknüpft, die Erzielung von Einnahmen kann Nebenzweck sein.

a) Steuergesetzgebungshoheit

Art. 105 Abs. 1 GG spricht dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz über Zölle und Finanzmonopole zu. Die konkurrierende Gesetzgebung hat er nach Art. 105 Abs. 2 GG über die übrigen Steuern, wenn ihm deren Aufkommen zumindest teilweise zusteht oder die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG vorliegen. Die umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird in der Literatur teilweise auf den Katalog des Art. 106 GG begrenzt.¹³ Bundesgesetze über Steuern, deren Aufkommen den Ländern oder den Gemeinden zumindest teilweise zufließen, bedürfen nach Art. 105 Abs. 3 GG der Zustimmung des Bundesrates.

b) Steuerertragshoheit

In Art. 106 GG wird die Verteilung der steuerlichen Erträge auf Bund, Länder und Gemeinden geregelt.¹⁴ Diese Verteilung bildet den Kern des Finanzausgleichs, wobei der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern als vertikaler und der zwischen den Ländern als horizontaler bezeichnet wird.¹⁵ Der Bund darf die in Art. 106 Abs. 1 GG aufgezählten Bundessteuern, wie Zölle, Verbrauchsteuern und auch die Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt, für sich vereinnahmen.¹⁶ In Art. 106 Abs. 2 GG werden die Steuern aufgezählt, die den Ländern zustehen, z.B. die Vermögens-, Erbschafts- oder Biersteuer. In Art. 106 Abs. 3 GG wird festgelegt, dass die ESt, KSt und Umsatzsteuer Gemeinschaftsteuern sind, also dem Bund und den Ländern gemeinsam zustehen. Die Ertragszuweisung für die kommunale Ebene erfolgt nach Art. 106 Abs. 6 GG.¹⁷ Den horizontalen Finanzausgleich regelt Art. 107 GG.¹⁸

c) Steuerverwaltungszuständigkeit

Nach Art. 108 Abs. 1 GG hat der Bund die Verwaltungskompetenz über Zölle, Finanzmonopole, bundesgesetzlich geregelte Verbrauchsteuern und Abgaben im Rahmen der EU. Die übrigen Steuern werden nach Art. 108 Abs. 2 GG durch die Landesfinanzbehörden verwaltet. Bei der Verwaltung von Steuern, die ganz oder zum Teil dem Bund zufließen werden sie nach Art. 108 Abs. 3 GG im Auftrag des Bundes tätig.

2. Der Solidaritätszuschlag in der Finanzverfassung

Mit diesem Hintergrund kann der Solidaritätszuschlag verfassungsrechtlich eingeordnet werden. Nach § 1 SolZG 1995 wird der Solidaritätszuschlag als Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt erhoben. Der Begriff „Ergänzungsabgabe“ knüpft an die Ertragszuweisungsnorm Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG an. Im Zusammenhang mit Art. 105 Abs. 2 GG besteht die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt. Die Verwaltung des Solidaritätszuschlags obliegt nach Art. 108 Abs. 2 GG den Landesfinanzbehörden, die nach Art. 108 Abs. 3 GG im Auftrag des

Bundes tätig werden. Der Solidaritätszuschlag wird auch als Annexsteuer zur ESt und KSt bezeichnet, da er die zu versteuernde Einkommen zusätzlich belastet.¹⁹ Die Stellung des Solidaritätszuschlags in der Finanzverfassung, macht seine Erforderlichkeit zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs des Bundes deutlich. Sein Aufkommen beträgt ca. 13 Mrd €. ²⁰ Erhöhungen der ESt und KSt könnten zu keinem gleichwertigen Ergebnis führen, da ihr Aufkommen als Gemeinschaftsteuern immer dem Bund und den Ländern gemeinsam zufließt.

V. Bisherige Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich ausführlich mit der Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags beschäftigt. Im Folgenden wird die relevante Rechtsprechung exemplarisch in sechs Perioden eingeteilt, dargestellt und ausgewertet. Dabei bezieht sich die erste Periode auf die Ergänzungsabgabe von 1968 und die Zulässigkeit ihrer fehlenden Befristung. Die zweite Periode beschäftigt sich mit der Rückwirkungsproblematik des SolZG 1991. Die dritte Periode befasst sich ebenfalls mit dem SolZG 1991. Die Frage ist hier hingegen, ob der Solidaritätszuschlag eine Steuer oder vielmehr eine unzulässige Sonderabgabe darstellt. In der vierten Periode wird die Verfassungskonformität des SolZG 1995 hinsichtlich seiner fehlenden Befristung gerügt. In der fünften und sechsten Periode ging es ebenfalls um die fehlende Befristung des SolZG 1995, die spätestens seit dem VZ 2005 bzw. 2007 verfassungswidrig sei.

1. Fehlende Befristung der Ergänzungsabgabe von 1968

Die für die Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags maßgebliche Entscheidung ist der Beschluss des BVerfG²¹ aus dem Jahre 1972, in dem es die Ergänzungsabgabe von 1968 für verfassungskonform erklärt. Zwar bezieht sich der Beschluss inhaltlich nicht auf den Solidaritätszuschlag, sondern auf die 1968 erhobene Ergänzungsabgabe, trotzdem ist diese Entscheidung der zentrale Anknüpfungspunkt für die folgenden Rechtsprechungsperioden, denn bei dem Solidaritätszuschlag handelt es sich um eine Ergänzungsabgabe i.S. des Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG, so dass die 1972 aufgestellten Grundsätze für die Ausgestaltung der Ergänzungsabgabe uneingeschränkt Anwendung finden.

a) Anforderungen an eine Ergänzungsabgabe

In diesem Beschluss stellt das BVerfG Anforderungen an eine Ergänzungsabgabe (Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 n.F. GG) auf, in deren Ausgestaltung sie zulässig ist. Demnach muss die Abgabe eine Ergänzung der ESt und KSt darstellen, also ihrer Struktur ähneln und auf ihrer Systematik aufbauen. Das BVerfG stellt klar, es sei nicht verfassungsrechtlich geboten eine Ergänzungsabgabe von vornherein zu befristen. Als Argument gegen das Erfordernis einer Befristung führt das BVerfG ihre Funktion die Deckung des zusätzlichen Finanzbedarfs des Bundes auf. Es weist darauf hin, dass bei den Beratungen zum FinanzverfG bedacht wurde, dass sich auch für längere Zeit ein Mehrbedarf des Bundes ergeben könne, der nicht durch Erhöhung der Gemeinschaftsteuern gedeckt werden könne. Das BVerfG greift Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren auf, nach denen die Ergänzungsabgabe zur Befriedigung „ander-

¹³ Heun in Dreier 2. Aufl. 2008 Art. 105 GG Rn. 33.

¹⁴ Pieroth (Fn. 11), Art. 106 GG Rn 1.

¹⁵ Maunz (Fn. 7), Art. 106 GG Rn 2.

¹⁶ Birk Steuerrecht 12. Aufl. 2009, Rn. 150.

¹⁷ Ebd., Rn. 151.

¹⁸ Siekmann in Sachs 2. Aufl. 1999, Art. 107 GG Rn. 3.

¹⁹ Lang in Tipke/Lang Steuerrecht 20. Aufl. 2010, S. 208.

²⁰ Statistisches Bundesamt Jahrbuch 2009, S. 578.

²¹ BVerfG Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

weitig nicht ausgleichender Bedarfsspitzen im Haushalt“ und „in Notfällen“ erhoben werden müsse²², und weist sie als zu unbestimmt zurück, um daraus schließen zu können, dass eine Ergänzungsabgabe nur befristet eingeführt werden könne. Eine Befristung, die auf vorübergehende Bedarfsspitzen oder Notfälle abstellt, wird von dem BVerfG für mit den Grundsätzen moderner Finanzplanung, Haushalts- und Konjunkturpolitik unvereinbar erklärt. Da sich im Laufe der Ergänzungsabgabe für den Bund neue Aufgaben ergeben können, hält das BVerfG eine erneute Einführung einer Ergänzungsabgabe oder die Fortführung einer bestehenden für zulässig.

b) Grenzen einer Ergänzungsabgabe

Das BVerfG stellt in seiner Entscheidung auch Grenzen der Zulässigkeit einer Ergänzungsabgabe auf. Es verbietet dem Bund eine Steuer unter der Bezeichnung „Ergänzungsabgabe“ einzuführen, die den erkennbaren Vorstellungen des Verfassungsgebers mit einer solchen Abgabe widerspricht. Insbesondere verweist das BVerfG auf die Unzulässigkeit einer Steuer, die wegen ihrer Höhe die Gemeinschaftsteuern aushöhlen würde. So gesteht es der Ergänzungsabgabe eine Begrenzung der Höhe nach zu. Ferner verbietet es die Einführung einer Ergänzungsabgabe nur für einen ganz kurzen Zeitraum. Offen lässt das BVerfG, ob sich ein verfassungsrechtlicher Zwang zur Aufhebung der Ergänzungsabgabe ergeben würde, wenn ihre Erhebungsvoraussetzungen evident entfielen.

2. Rückwirkungsproblematik SolZG 1991

Gegen das SolZG 1991 bestanden verfassungsrechtliche Bedenken einer unzulässigen Rückwirkung, da das Gesetz am 01.07.1991 und so mitten in einem Veranlagungszeitraum (VZ) in Kraft getreten war.²³ Der BFH entschied, dass eine Verfassungswidrigkeit des SolZG 1991 nicht darauf gestützt werden kann, dass es sich auf zuvor erzielte Einkünfte erstreckt.²⁴ Die tatbestandliche Rückanknüpfung verstößt nicht gegen das Gebot der Rechtssicherheit.²⁵ Die dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde wurde vom BVerfG ohne Begründung nicht zur Entscheidung angenommen.²⁶ Eine derartige Rückwirkungsproblematik ist in dem SolZG 1995 nicht enthalten und somit für die aktuelle Diskussion der Verfassungsmäßigkeit des SolZG 1995 nicht von Bedeutung.

3. Solidaritätszuschlag als unzulässige Sonderabgabe

Vor dem FG Hessen wurde die Frage behandelt, ob es sich bei dem Solidaritätszuschlag von 1991 um eine Steuer und nicht vielmehr um eine unzulässige Sonderabgabe handelt.²⁷ Das FG wies die Klage ab und begründete dies damit, dass der Solidaritätszuschlag als Abgabe geregelt sei. Der Weg der selbständigen Ergänzungsabgabe anstelle von ESt- oder KSt-Erhöhungen wurde nur gewählt, da der staatliche Mehrbedarf fast ausschließlich beim Bund bestände. Mit den Revisionen vor dem BFH rügt der Kläger die Verfassungswidrigkeit des Solidaritätszuschlags von 1991 und die Verletzung seines

Anspruchs auf rechtliches Gehör durch das FG.²⁸ Der BFH wies die Revisionen zurück. Er stellt fest, dass obwohl der Wortlaut auf eine Abgabe hindeute, die Anknüpfung an ESt und KSt für eine Steuer spricht. Der BFH verweist auf BVerfG Beschlüsse²⁹, welche die Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt als Steuern des Einkommens einordnen. Er stellt klar, dass der Begriff der Steuer im GG nicht definiert sei und verwendet die allgemein anerkannte³⁰ Definition aus § 3 Abs. 1 AO. Daraufhin grenzt der BFH Sonderabgaben von Steuern ab und kommt zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem Solidaritätszuschlag um keine Sonderausgabe handele, da ihm ausnahmslos alle Steuerpflichtigen unterworfen sind. Zur Frage der Befristung verweist der BFH auf den BVerfG Beschluss von 1972.³¹ Er sieht auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht verletzt, da die zusätzliche Belastung durch den Solidaritätszuschlag ist nicht so schwerwiegend ist, dass sie als unverhältnismäßiger Eingriff in die Grundrechte angesehen werden könne. Die vom Kläger in Anschluss an die BFH Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde wurde vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen, da die Annahmeveraussetzungen nach § 93 a Abs. 2 BVerfGG nicht vorlagen.³² Es fehlte hierfür an der grundlegenden Bedeutung, die der Frage beizumessen ist, da die verfassungsrechtlichen Fragen, auf die es für die Entscheidung ankam, in der Rechtsprechung des BVerfG bereits geklärt waren. Insbesondere verweist das BVerfG auf seine Entscheidung von 1972.³³

4. Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags im Jahr 2002

Eine Klage vor dem FG Münster³⁴ betraf die Erhebung des Solidaritätszuschlags im Jahr 2002. Die Kläger machten geltend, dass dieser spätestens ab dem Streitjahr eine unzulässige Sondersteuer darstelle. Das FG wies die Klage ab, da es die Verfassungskonformität des SolZG 1995 gewahrt sah, so dass auch die Voraussetzungen eines Vorlagebeschlusses nach Art. 100 Abs. 1 GG nicht vorlägen. Die Nichtzulassungsbeschwerde³⁵ wendete sich gegen die Entscheidung des FG Münster. Die Kläger sahen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durch das SolZG 1995 verletzt und waren der Auffassung eine Ergänzungsabgabe dürfe nicht zeitlich unbegrenzt erhoben werden. Spätestens 2002 habe er sich zu einer eigenen Steuer neben der ESt und KSt entwickelt. Die Beschwerde blieb erfolglos, da der BFH die verfassungsrechtlichen Zweifel am Solidaritätszuschlag im Streitjahr 2002 nicht teilte. Einen Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit sah er in der zusätzlichen Steuerbelastung nicht, da diese nicht so schwerwiegend ist, dass sie nicht als unverhältnismäßiger Eingriff in die Rechte des Steuerpflichtigen gewertet werden kann. Für die Frage, ob 2002 die längstmögliche Befristung des SolZG 1995 erreicht ist, verweist der BFH auf den Beschluss des BVerfG zur Ergänzungsabgabe.³⁶ Eine Aushöhlung der Gemeinschaftssteuern zieht der BFH nicht in Betracht. Die vom Bund der Steuerzah-

²² BT-Drs. 2/480 S. 72.

²³ Scheurmann-Kettner/Dötsch Das Solidaritätszuschlaggesetz (Teil I) DB 1991, 1691 (1594).

²⁴ BFH Urteil v. 25.06.1992 - IV R 9/92, BStBl. II 1992, 702.

²⁵ BFH Beschluss v. 21.12.1992 - XI B 79/92, BVH/NV 1993, 363; BFH Urteil v. 21.01.1993 - XI R 63/92, BFH/NV 1993, 414.

²⁶ BVerfG Beschluss v. 12.06.1995 - 2 BvR 762/93.

²⁷ FG Hessen v. 21.04.1994 - 2 K 2200/93.

²⁸ BFH Urteil v. 28.02.1996 - XI R 83, 84/94, BFH/NV 1996, 712.

²⁹ BVerfG Beschluss v. 07.05.1963 - 2 BvL 8, 10/61, BVerfGE 16, 64 (75); BVerfG Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

³⁰ BVerfG Beschluss v. 02.10.1973 - 1 BvR 345/73, BVerfGE 36, 66 (70); BVerfG Beschluss v. 06.11.1984 - 2 BvL 19, 20/83, BVerfGE 67, 257 (282).

³¹ BVerfG Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

³² BVerfG Beschluss v. 19.11.1999 - 2 BvR 1167/96, NJW 2000, 797.

³³ BVerfG Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

³⁴ FG Münster v. 27.09.2005 - 12 K 6263/03 E, EFG 2006, 371.

³⁵ BFH Beschluss v. 28.06.2006 - VII B 324/05, BStBl II, 692.

³⁶ BVerfG Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

ler erhobene Verfassungsbeschwerde gegen das SolZG 1995 im VZ 2002 wurde vom BVerfG ohne Begründung nicht zur Entscheidung angenommen.³⁷

In dieser vierten Rechtsprechungsperiode erfolgt erstmals eine Auseinandersetzung mit dem SolZG 1995. Es wird die fehlende Befristung des Gesetzes gerügt, die 2002 die Grenze der Zulässigkeit erreicht haben soll. Für diese Frage verweist der BFH zutreffend auf die Entscheidung des BVerfG zur Ergänzungsabgabe.³⁸ Er nimmt eine Prüfung anhand der Maßstäbe vor, die das BVerfG damals aufgestellt hat und kommt zu dem Ergebnis, dass der Solidaritätszuschlag auch im Jahr 2002 zu keiner Aushöhlung der Gemeinschaftsteuern führt. Dem ist zuzustimmen, denn es ist nicht ersichtlich, warum der Solidaritätszuschlag nun ausgerechnet im Jahr 2002 an seine zeitliche Grenze stoßen soll. Als das BVerfG die daraufhin erhobene Verfassungsbeschwerde begründungslos nicht zur Entscheidung annimmt, macht es deutlich, dass es sich der Sache nach abschließend geäußert hat.

5. Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags im Jahr 2007

a) Vorlage des FG Niedersachsen

Eine Wende in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung³⁹, stellt die Entscheidung des FG Niedersachsen⁴⁰ dar. Dort trägt der Bund der Steuerzahler in einem Musterfall die Argumente gegen die Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags vor.⁴¹ Das FG Niedersachsen folgt diesem Vortrag und hält das SolZG 1995 für verfassungswidrig. So sieht es die verfassungsgemäße Ordnung i.S. des Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG durch das SolZG 1995 verletzt. Es stützt sich auf die Vorstellungen des Verfassungsgebers, die aus den Materialien zur Einführung einer Ergänzungsabgabe in das GG und aus der Ablehnung des Entwurfes „eines Gesetzes über eine Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt“ in den Jahren 1954/55 entnommen wurden.⁴² Ferner bezieht sich das FG auf die Aussage des BVerfG von 1972, der Bund sei nicht berechtigt unter der Bezeichnung Ergänzungsabgabe eine Steuer einzuführen, die den Vorstellungen widerspricht, die der Verfassungsgeber erkennbar mit dem Charakter einer solchen Abgabe verbunden hat.⁴³ Das FG hält den Solidaritätszuschlag als Ergänzungsabgabe allein zur Deckung vorübergehender Bedarfsspitzen im Bundeshaushalt für zulässig, da die Ergänzungsabgabe im Verhältnis zu den sonstigen Steuern eine Ausnahme ist und eben dieser Ausnahmecharakter eine dauerhafte Erhebung versagt. Eine Bedarfsspitze kann nach Ansicht des FG sinnlos nicht auf Dauer vorliegen. Das FG geht davon aus, dass der Verfassungsgeber die Vorstellung hatte, eine bereits eingeführte Ergänzungsabgabe müsse vor einer geplanten Steuer senkung entfallen. Es wirft dem BVerfG und dem BFH eine mangelnde Auseinandersetzung mit den Motiven des Verfassungsgebers bei der Auslegung des Begriffs Ergänzungsabgabe vor.

b) BVerfG weist Vorlage als unzulässig zurück

In seinem Beschluss⁴⁴ weist die erste Kammer des Zweiten Senats des BVerfG die Vorlage des FG Niedersachsen als unzulässig zurück. Dazu führt es aus, dass ein Gericht die Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG nur einholen kann, wenn es zuvor die Entscheidungserheblichkeit und auch die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift sorgfältig geprüft hat. Das BVerfG weist auf die Bindungswirkung seiner Rechtsprechung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG hin, die bei der künftigen Auslegung der Verfassung von den Gerichten beachtet werden muss. Es stellt klar, dass für Rechtsfragen, die es bereits entschieden hat, erhöhte Begründungsanforderungen für Richtervorlagen bestehen, denen die Vorlage des FG angesichts der 1972 ergangenen Entscheidung nicht genüge. Da die Vorlage des FG allein auf die Dauer der Erhebung des Solidaritätszuschlags gestützt sei, habe es die Entscheidung des BVerfG von 1972 nicht zum Ausgangspunkt seiner Prüfung genommen und sich somit nicht hinreichend mit der Reichweite der Bindungswirkung der Rechtsprechung des BVerfG auseinander gesetzt. Nach dem BVerfG bringt das FG auch keine neuen Aspekte ein, die eine erneute Überprüfung der Auslegung des Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG rechtfertigen würden. Bei der Auslegung der Norm durch das FG sieht das BVerfG wesentliche Zusammenhänge der Begründung der Entscheidung von 1972 durch das FG außer Acht gelassen. Insbesondere stellt sich das FG gegen die Ansicht des BVerfG von 1972, die Begriffe „Bedarfsspitze im Bundeshaushalt“ und „besondere Notfälle“, seine zu unbestimmt, um daraus ein Begrenzungserfordernis folgern zu können. Das BVerfG weist darauf hin, dass die Rechtsansicht des FG, nach der Finanzlücken durch Steuererhöhungen, aber nicht durch die Fortführung der Ergänzungsabgabe geschlossen werden dürfen, unberücksichtigt lässt, dass bereits bei den Beratungen zum FinanzverfG bedacht wurde, dass sich ein Mehrbedarf für längere Zeit nur beim Bund ergeben könne. Die Deckung dieses Bedarfes durch Steuererhöhungen würde die Steuerpflichtigen unnötig belasten und könnte konjunkturpolitisch unerwünscht sein, wenn der Bedarf seitens der Länder nicht besteht. Das BVerfG weist die Behauptung des FG zurück, es hätte sich nicht ausreichend mit den Motiven des Verfassungsgebers beschäftigt und diese bei der Auslegung des Begriffs „Ergänzungsabgabe“ missachtet. Dabei greift es auf seine Feststellung von 1972 zurück, dass während des Gesetzgebungsverfahrens zum FinanzverfG keine ernsthaften Versuche angestellt worden seien, eine Befristung zu erreichen, obwohl der Bundesrat den Vermittlungsausschuss angerufen hatte, um eine Begrenzung der Höhe nach zu erreichen.⁴⁵ Das BVerfG hält die These des FG Steuer senkungen können nicht mit der Fortführung einer Ergänzungsabgabe einhergehen, für nicht hinreichend begründet. Ferner wirft das BVerfG dem FG eine mangelnde Auseinandersetzung mit Alternative vor.

Die Entscheidung des BVerfG ist mit dem Hintergrund der zuvor ergangenen Entscheidungen zutreffend. Das FG Niedersachsen argumentiert allein historisch und kommt so zu einer abweichenden Auslegung des Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG. Bei dieser Interpretation setzt sich das FG über die Rechtsprechung des BVerfG von 1972 hinweg und missachtet somit die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nach § 31 Abs. 1 BVerfGG. Die aufgeworfene Rechtsfrage ist keine

³⁷ BVerfG Beschluss v. 11.02.2008 - 2 BvR 1708/06, DSz 2008, 229.

³⁸ BVerfG Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

³⁹ Z.B. FG Münster 08.12.2009 - K 4077/08 E, DSzRE 2011, 92; FG Köln v. 14.01.2010 - 13 K 1287/09, BeckRS 2010, 26028820.

⁴⁰ Niedersächsisches FG v. 25.11.2009 - 7K 143/08, DSzR 2010, 854.

⁴¹ Vgl. Schemmel Verfassungswidriger Solidaritätszuschlag Karl-Bräuer-Institut des Bundes der Steuerzahler e.V. Berlin 2008.

⁴² BT-Drs. 2/480, S. 4, 72.

⁴³ BVerfG Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

⁴⁴ BVerfG Beschluss v. 08.09.2010 - 2 BvL 3/10, NJW 2011, 441.

⁴⁵ BT-Drs. 2/480 S. 72.

neue. Schon 1972 wurde geprüft, ob eine Ergänzungsabgabe unbefristet ergehen kann. Nun trägt diese Ergänzungsabgabe zwar den Namen Solidaritätszuschlag, die Grundsätze der Aufstellung gelten jedoch fort. Auch in der vierten Rechtsprechungsperiode wurde die Befristungsfrage gestellt. Diese wurde sowohl von den FGs als auch von dem BFH mit einem Verweis auf die BVerfG Entscheidung von 1972 beantwortet. Das BVerfG nahm eine hiergegen gerichtete Entscheidung ohne Begründung nicht zur Entscheidung an. Insofern ist es zu begrüßen, dass die Vorlage durch das BVerfG überhaupt zur Entscheidung angenommen wurde.

6. Die Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags im Jahr 2005 bzw. 2007

Jüngst entschied der BFH über die Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags im Jahr 2005 bzw. 2007.⁴⁶ Zugrunde lagen die Klagen einer Rechtsanwältin⁴⁷ und einer GmbH⁴⁸, die den Solidaritätszuschlag wegen seiner fehlenden Befristung im Jahr 2005 bzw. 2007 für verfassungswidrig hielten. Der BFH entschied hierzu, dass der Solidaritätszuschlag in seiner derzeitigen Ausgestaltung in Höhe von 5,5 % keine verfassungswidrige Aushöhlung der Bund und Länder nach Art. 106 Abs. 3 S. 2 GG gemeinschaftlich zustehenden Steuern darstellt. Auch die fehlende zeitliche Befristung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dazu wird erneut auf den Beschluss des BVerfG von 1972 verwiesen.⁴⁹ Auch die in den Gesetzesmaterialien geäußerte Absicht den Solidaritätszuschlag mittelfristig zu überprüfen begründet nach dem BFH mit der Beibehaltung des Solidaritätszuschlags keine Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit. Einen neuen Aspekt bringt der BFH ein, indem er zeitliche Grenzen anspricht. So soll sich eine zeitliche Begrenzung einer unbefristet erhobenen Ergänzungsabgabe daraus ergeben können, dass sie nach ihrem Charakter den Zweck hat, einen aufgabenbezogenen Mehrbedarf des Bundes zu finanzieren. Selbst wenn sie längerfristig erhoben wird darf sie nicht zum dauerhaften Instrument der Steuerverteilung werden.⁵⁰ Eine Verfassungswidrigkeit soll jedoch erst eintreten, wenn eine eindeutige und offensichtliche Änderung der Verhältnisse besteht.⁵¹ Dabei weist der BFH jedoch auch darauf hin, dass der Solidaritätszuschlag im Jahr 2005⁵² und 2007⁵³ noch erhoben werden konnte.

VI. Prüfungskriterien für die Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags

Die bisherige Rechtsprechung zum Solidaritätszuschlag zeigt deutlich die bestehenden Zweifel an seiner Verfassungskonformität auf. Auch in der Literatur und nicht zuletzt in der Politik wird der Solidaritätszuschlag lebhaft diskutiert. Dabei wird von einem immerwährenden Solidaritätszuschlag gesprochen, der als Dauerergänzungsabgabe die Finanzverfassung verletze.⁵⁴ Er wird als Störfaktor im System des Finanzaus-

gleichs⁵⁵ oder als ärgerlicher Weise unerwähnte Zusatz-EST⁵⁶, die durch Politiker instrumentalisiert wird, bezeichnet.

Die bislang vorgebrachten Zweifel werden im Folgenden anhand von drei wesentlichen Rechtsfragen diskutiert. Die erste Frage ist, ob der Solidaritätszuschlag die Steuereigenschaft erfüllt. Als zweite Rechtsfrage ist die Zulässigkeit der unbefristeten Erhebungsdauer zu betrachten. Als dritte Frage ist die Höhe des Abgabesatzes zu behandeln. Die Zulässigkeit der unbefristeten Erhebung bildet seither den Schwerpunkt der Diskussion. Es folgt eine Prüfung dieser Rechtsfragen.

1. Steuereigenschaft

In der formellen Verfassungsmäßigkeit des SolZG 1995 ist danach zu fragen, ob der Bund eine Gesetzgebungskompetenz hatte. Diese Kompetenz wird auf Art. 105 Abs. 2 i.V. mit Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG gestützt. Sie ist jedoch nur gegeben, wenn es sich bei dem Solidaritätszuschlag als Ergänzungsabgabe i.S. des Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG um eine Steuer handelt. Für den Steuerbegriff ist die Definition nach § 3 Abs. 1 AO zugrunde zu legen. Die Steuer ist insbesondere von der Sonderabgabe abzugrenzen. Bei einer Sonderabgabe handelt es sich um eine hoheitlich auferlegte Geldleistungspflicht, der keine unmittelbare Gegenleistung gegenüber steht.⁵⁷ Sonderabgaben nehmen lediglich eine bestimmte Gruppe in Anspruch und dienen der Finanzierung besonderer Aufgaben, zu denen eine Gruppe eine größere und objektivere Sachnähe aufweist als die Allgemeinheit und deren Bewältigung in Verantwortung dieser Gruppe fällt.⁵⁸ Von der Steuer unterscheidet sie sich dadurch, dass der Kreis der Abgabepflichtigen begrenzt ist und ihr Aufkommen einem Sonderfond vorbehalten ist.⁵⁹ Der Solidaritätszuschlag ist eine Geldleistung, die keine Gegenleistung darstellt und wird vom Bund und somit von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen erhoben. Er dient der Erzielung von Einnahmen und wird allen Steuerpflichtigen auferlegt. Die Einnahmen sind keinem Sonderfond vorbehalten, sondern dienen dem allgemeinen finanziellen Mehrbedarf des Bundes. Somit handelt es sich bei dem Solidaritätszuschlag um eine selbständige Steuer und nicht etwa um eine Sonderabgabe.⁶⁰ Die Steuereigenschaft ergibt sich systematisch auch aus Art. 106 Abs. 1 GG, der „die Erträge der folgenden Steuern“ dem Bund zuspricht und dann unter Nr. 6 die Ergänzungsabgabe zu ESt und KSt aufzählt, als welche der Solidaritätszuschlag nach § 1 SolZG erhoben wird.⁶¹ Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Art. 105 Abs. 2 GG, da das Aufkommen des Solidaritätszuschlags nach Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG allein dem Bund zusteht. Die Diskussion, ob die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf den Katalog des Art. 106 GG beschränkt ist, ist folglich nicht von Bedeutung, da die Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt, als welche der Solidaritätszuschlag erhoben wird, unter Nr. 6 aufgeführt wird. Eine Zustimmung im Bundesrat nach Art. 105 Abs. 3 GG ist anders als für Bundesgesetze zur ESt und KSt nicht

⁴⁶ BFH Urteil v. 21.07.2011 - II R 50/09; BFH Urteil v. 21.07.2011 - II R 52/10.

⁴⁷ FG München Urteil v. 18.08.2009 - 2 K 108/08, EFG 2010, 166.

⁴⁸ FG Köln Urteil v. 14.01.2010 - 13 K 1287/09, EFG 2010, 1063.

⁴⁹ BVerfG Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

⁵⁰ BFH Urteil v. 21.07.2011 - II R 50/09, Rn. 25.

⁵¹ BFH Urteil v. 21.07.2011 - II R 52/10, Rn. 25.

⁵² BFH Urteil v. 21.07.2011 - II R 50/09, Rn. 25.

⁵³ BFH Urteil v. 21.07.2011 - II R 52/10, Rn. 26.

⁵⁴ Kanzler Der immerwährende Solidaritätszuschlag und das Bundesverfassungsgericht NWB 2010, 2203 (2204).

⁵⁵ Birk Richtervorlage zum Solidaritätszuschlag in 2007 unzulässig FR 2010, 1002 (1003).

⁵⁶ Kanzler Keine Nullzone bei Solidaritätszuschlag auf pauschale Lohnsteuer FR 2002, 685.

⁵⁷ Pieroth (Fn. 11), Art. 105 GG Rn. 9.

⁵⁸ BVerfG Urteil v. 10.12.1980 - 2 BvF 3/77, BVerfGE 55 274(298).

⁵⁹ Pieroth (Fn. 11), Art. 105 GG Rn. 9.

⁶⁰ Winter Solidaritätszuschlag GmbH 1991, 57.

⁶¹ Hilgers/Holly Die Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags DB 2010, 1419.

erforderlich, da der Ertrag des Solidaritätszuschlags ausschließlich dem Bund zufließt.

2. Unbefristeter Solidaritätszuschlag

Den Mittelpunkt der aktuellen Diskussion bildet das Befristungserfordernis des Solidaritätszuschlags. Diese Frage war Gegenstand der vierten, fünften und sechsten Rechtsprechungsperiode. Auch diese Frage ist Gegenstand der formellen Verfassungsmäßigkeit und der Gesetzgebungskompetenz, denn sie knüpft an die Auslegung des Begriffs „Ergänzungsabgabe“ an. Wenn der Solidaritätszuschlag den Rahmen einer Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt i.S. des Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG überschreiten würde, bestände für den Bund keine Gesetzgebungskompetenz nach Art. 105 Abs. 2 i.V. mit Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG.

a) Auslegung des Begriffs „Ergänzungsabgabe“

Die zuletzt vorgebrachten Zweifel des FG Niedersachsen knüpfen an seine Interpretation des Begriffs „Ergänzungsabgabe“ an. Das FG sieht in den Formulierungen „anderweitig nicht auszugleichenden Bedarfsspitzen im Bundeshaushalt“⁶² und „keineswegs für die Dauer, sondern lediglich für Ausnahmefälle bestimmt“⁶³ zwingende Grenzen für die Erhebung einer Ergänzungsabgabe.⁶⁴ Die Beurteilung der Zulässigkeit der fehlenden Befristung des Solidaritätszuschlags als Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt ist folglich eine Frage der Interpretation des Begriffs „Ergänzungsabgabe“ und somit eine Frage der Verfassungsauslegung.⁶⁵ Als Kriterien der Auslegung kommen dabei Grammatik, Systematik, Historie und Sinn und Zweck in Betracht.⁶⁶

aa) Grammatik

Auszugehen ist von dem Wortsinn des Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG, also der Bedeutung des Ausdrucks im allgemeinen Sprachgebrauch.⁶⁷ Der Begriff „Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt“ signalisiert im Alltagsgebrauch, dass die Abgabe neben den Gemeinschaftssteuern existiert, an diese anknüpft und sie ergänzt. Er deutet auf eine gewisse Akzessorietät zur ESt und KSt hin.⁶⁸ Der Wortlaut des Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG gibt keine Auskunft über eine mögliche Beschränkung der Erhebungsdauer. Aus dem Sprachgebrauch des Wortes „Ergänzung“ kann nicht geschlossen werden, dass die Erhebung der Ergänzungsabgabe auf das Vorliegen von Bedarfsspitzen beschränkt ist und nicht dauerhaft vorliegen kann.

bb) Systematik

Verschiedene Bedeutungsvarianten können einem Ausdruck auch in seinem Gebrauchszusammenhang zukommen.⁶⁹ Hierfür kann auf die Stellung der Ergänzungsabgabe in der Finanzverfassung zurückgegriffen werden. Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG ist lediglich eine Ertragszuweisungsnorm, die dem Bund zusammen mit Art. 105 Abs. 2 GG eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz verleiht, weil der Ertrag dem Bund zufließt. Aus dieser Stellung kann nicht geschlossen werden, dass

sie nur beim Vorliegen von Bedarfsspitzen und nicht dauerhaft erhoben werden kann. Im Gegenteil, diese systematische Stellung macht gerade die Erforderlichkeit einer Ergänzungsabgabe deutlich, um den finanziellen Mehrbedarfs des Bundes zu schließen, denn dies ist durch Erhöhungen der Gemeinschaftsteuern nicht möglich. Auch das Argument eine dauerhafte Ergänzungsabgabe laufe dem Finanzausgleich des GG zuwider⁷⁰ ist nicht zutreffend. Durch die vom BVerfG 1972 aufgestellten Grenzen, nach denen die Ergänzungsabgabe die Gemeinschaftsteuern nicht aushöhlen darf⁷¹, wird dieser Gefahr hinreichend Rechnung getragen. Von einer Aushöhlung kann bei dem derzeitigen Abgabesatz von 5,5 % der Bemessungsgrundlage nicht gesprochen werden.

cc) Historie

Bei der historischen Auslegung ist nach der Regelungsabsicht und Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers zu fragen.⁷² Dabei muss kritisch beurteilt werden, dass ein Gesetzgeber keine Einzelperson, sondern eine Versammlung ist und der Wille des Einzelnen unerforscht bleibt.⁷³ Somit ist zu beachten, dass Materialien wie Gesetzesbegründungen nicht „den Willen des Gesetzgebers“ abbilden, sondern allenfalls als Indiz für diesen herangezogen werden können.⁷⁴ Die Gesetzesbegründungen, die das FG Niedersachsen zitiert⁷⁵, beziehen sich auf unterschiedliche Gesetze und sind somit getrennt zu bewerten.⁷⁶ Die Formulierung „keineswegs für die Dauer, sondern lediglich für Ausnahmefälle bestimmt“, stammt aus der Begründung zum Gesetzesentwurf über eine Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt 1955.⁷⁷ Aufgrund des einfachgesetzlichen Ranges und der fehlenden Verabschiedung ist dem Dauerhaftigkeitsverbot geringere Bedeutung beizumessen.⁷⁸ Das „Bedarfsspitzenargument“ stammt zwar aus den Gesetzesmaterialien zum FinanzverfG⁷⁹, doch auch dieses muss mit einer gewissen Distanz betrachtet werden.

Das FG Niedersachsen wirft dem BVerfG vor, es habe sich in seinen vorausgehenden Entscheidungen unzureichend mit dem Willen des Verfassungsgebers beschäftigt.⁸⁰ Das trifft nicht zu. Zwar argumentiert das BVerfG anders als das FG nicht ausschließlich historisch, sondern systematisch und teleologisch, mit den Gesetzesmaterialien setzt es sich trotzdem auseinander. Es misst ihnen nur eine andere Bedeutung als das FG zu. Bezüglich des historischen Kontexts missachtet das FG insbesondere die Feststellung des BVerfG, dass während des Gesetzgebungsverfahrens zum FinanzverfG keine ernsthaften Versuche angestellt wurden, eine Befristung einzuführen, obwohl der Bundesrat den Vermittlungsausschuss angerufen hatte, um eine Begrenzung der Höhe nach zu erreichen.⁸¹ Auch greift das BVerfG schon 1972 die bestrittenen Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren auf, nach denen die Ergänzungsabgabe zur Befriedigung „anderweitig nicht auszugleichender Bedarfsspitzen im Haushalt“ und „in Notfällen“ erhoben werden

⁶² BT-Drs. 2/480 S. 72.

⁶³ BT-Drs. 2/480 S. 4.

⁶⁴ Niedersächsisches FG v. 25.11.2009 - 7K 143/08, DStR 2010, 854.

⁶⁵ Schober Die Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags Stbg 2010, 389 (391).

⁶⁶ Larenz/Canaris Methodenlehre 3. Aufl. 1995, S. 141 ff.

⁶⁷ Ebd., S. 141.

⁶⁸ BVerfG, Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

⁶⁹ Larenz/Canaris (Fn. 66), S. 145.

⁷⁰ Schemmel (Fn. 41), S. 7.

⁷¹ BVerfG, Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

⁷² Larenz/Canaris (Fn. 66), S. 149.

⁷³ Ebd., S. 150.

⁷⁴ Schober (Fn. 65), 392.

⁷⁵ BT-Drs. 2/480, S. 4, 72.

⁷⁶ Schober (Fn. 65), 392.

⁷⁷ Schemmel (Fn. 41) S. 9.

⁷⁸ Schober (Fn. 65), S. 392.

⁷⁹ Schemmel (Fn. 41), S. 8.

⁸⁰ Selmer (Fn. 6), 382.

⁸¹ BVerfG Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

müsse.⁸² Es weist sie jedoch als zu unbestimmt zurück, um daraus schließen zu können, dass eine Ergänzungsabgabe nur befristet eingeführt werden könne, da eine derartige Begrenzung einer flexiblen Anpassung der Finanzplanung an die Ziele der Politik entgegenstehen würde.⁸³

Die Argumentation des BVerfG ist überzeugend und kann insbesondere im Hinblick auf die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nicht einfach übergangen werden. Es hat sich sehr wohl mit der Historie auseinandergesetzt und kommt schlicht zu einem andern Ergebnis. Selbst mit einer historischen Auslegung der Norm lässt sich nicht eindeutig belegen, dass eine Beschränkung auf Bedarfsspitzen und ein Dauerhaftigkeitsverbot der Ergänzungsabgabe erforderlich sind.

dd) Sinn und Zweck

Die objektiv-teleologische Auslegung fragt nach dem objektiven Zweck des Rechtes, den der Gesetzgeber durch das Gesetz zu verwirklichen sucht.⁸⁴ Der Solidaritätszuschlag dient den Kosten der Deutschen Einheit und der Deckung des allgemeinen finanziellen Mehrbedarfs des Bundes.⁸⁵ Diese Funktion wird besonders im systematischen Kontext des Solidaritätszuschlags deutlich. Er wird als Ergänzungsabgabe erhoben, deren Ertrag ausschließlich dem Bund zufließt. Die Behauptung des FG, Finanzlücken dürften allein durch Steuererhöhungen geschlossen werden, nicht durch die Fortführung einer Ergänzungsabgabe⁸⁶, ist widersprüchlich und missachtet erneut die Rechtsprechung des BVerfG. Der Solidaritätszuschlag dient gerade dem finanziellen Mehrbedarf, der ausschließlich beim Bund anfällt.⁸⁷ Eine Erhöhung der Gemeinschaftsteuern würde die Steuerpflichtigen unnötig belasten und könnte konjunkturpolitisch unerwünscht sein, wenn der Bedarf seitens der Länder nicht besteht.⁸⁸ Insofern ist der Vorwurf des BVerfG an das FG zutreffend, das FG setzt sich nicht hinreichend mit Alternativen auseinander.⁸⁹ Auch die Argumentation der Solidaritätszuschlag müsse entfallen, da die Wiedervereinigung schon Jahre zurück liegt⁹⁰, ist nicht überzeugend, da sie die Funktion des Solidaritätszuschlags als Instrument zur Schließung des finanziellen Mehrbedarfs des Bundes außer Acht lässt. Der Sinn und Zweck des SolZG 1995 lässt folglich auf kein Befristungserfordernis oder eine Beschränkung auf Bedarfsspitzen schließen.

b) Stellungnahme

Anhand der vier Auslegungsmethoden, lässt sich der Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt i.S. des Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG kein Befristungserfordernis und keine Beschränkung auf Bedarfsspitzen entnehmen. Somit ist der Solidaritätszuschlag von dem Begriff der Ergänzungsabgabe i.S. des Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG gedeckt, so dass im Zusammenhang mit Art. 105 Abs. 2 GG eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht.

⁸² BT-Drs. 2/480 S. 72.

⁸³ BVerfG Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

⁸⁴ Larenz/Canaris (Fn. 41), S. 153.

⁸⁵ BT-Drs 12/4401 S. 45.

⁸⁶ Balke Solidaritätszuschlaggesetz verfassungswidrig? NWB 2009, 38997 (3899).

⁸⁷ BT-Drs 12/4401 S. 45.

⁸⁸ BVerfG Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757

⁸⁹ Köster Normenkontrollantrag betreffend den Solidaritätszuschlag unzulässig DSz 2010, 773 (774).

⁹⁰ Birk (Fn. 55), 1003.

3. Höhe des Solidaritätszuschlags

Die Höhe des Solidaritätszuschlags ist eine Frage der materiellen Verfassungskonformität und betrifft seine Verhältnismäßigkeit. Dem Gesetzgeber steht ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Auswahl des Steuergegenstandes und der Bestimmung des Steuertarifs zu.⁹¹ Ein Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit kommt insbesondere in Betracht, wenn eine Steuer eine erdrosselnde Wirkung hat.⁹² Es ist also danach zu fragen, ob der Solidaritätszuschlag mit seiner Höhe von 5,5 % eine erdrosselnde Wirkung hat. Dabei kann auf die Grenzen der Zulässigkeit einer Ergänzungsabgabe zurückgegriffen werden, die das BVerfG 1972 aufgestellt hat. Dort hatte es dem Bund verboten eine Steuer unter der Bezeichnung „Ergänzungsabgabe“ einzuführen, die wegen ihrer Höhe die Gemeinschaftsteuern aushöhlen würde.⁹³ Bei einem Solidaritätszuschlag von 5,5 % kann jedoch in Anbetracht der ESt- und KSt-Sätze von keiner Aushöhlung dieser gesprochen werden. Insbesondere ist zu beachten, dass das BVerfG eine damals 3 %-ige Ergänzungsabgabe für zulässig hielt.⁹⁴ Somit hat der Solidaritätszuschlag keine erdrosselnde Wirkung und verstößt nicht gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

4. Zwischenergebnis

Das SolZG 1995 und somit der danach erhobene Solidaritätszuschlag ist sowohl formell als auch materiell verfassungsgemäß.

VII. Schlussfolgerung

Betrachtet man die bisher ergangene Rechtsprechung steht im Zentrum eine Entscheidung des BVerfGs, die nun mehr als 40 Jahre zurück liegt. Diese Entscheidung stellt die Grundsätze für eine Ergänzungsabgabe zur ESt und KSt i.S. des Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG auf. Der wichtigste Grundsatz im Hinblick auf die Diskussion ist wohl, dass eine solche Abgabe nicht von vornherein befristet werden muss. Die Klagefreude der Steuerpflichtigen hinsichtlich des Solidaritätszuschlags ist beachtlich. Gerade mit dem Hintergrund, dass dieser als Ergänzungsabgabe einzuordnen ist. Nachdem Verfassungsbeschwerden durch das BVerfG mit Verweisen auf die Grundsätze der Entscheidung 1972 abgewiesen wurden und angenommene Beschwerden maßgeblich auf diese Entscheidung verweisen, ist verwunderlich, dass daraufhin wiederholt Klagen auf die Erhebungsdauer des Solidaritätszuschlags gestützt werden. Es erweckt den Eindruck, der mit dem Solidaritätszuschlag verbundene Unmut der Steuerpflichtigen hänge mit seinem Bild in der Öffentlichkeit zusammen, das nicht zuletzt durch die Politik falsch dargestellt wird. Für die meisten Steuerpflichtigen besteht das Ärgernis wohl darin, einen solidarischen Beitrag zur Wiedervereinigung leisten zu müssen, obwohl diese schon Jahre zurück liegt. Dabei bleibt völlig außer Acht, dass der Solidaritätszuschlag auch dazu dient den finanziellen Mehrbedarf des Bundes zu decken. Schon eine politisch geschickte neue Einkleidung könnte die Reputation des Solidaritätszuschlags heben und den potentiellen Klägerkreis verringern.

⁹¹ Hilgers/Holly (Fn. 61) 1421.

⁹² Lang in (Fn. 19) S. 128 f.

⁹³ BVerfG Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

⁹⁴ BVerfG Beschluss v. 09.02.1972 - 1 BvL 16/69, NJW 1972, 757.

VIII. Ausblick

Es bleibt spannend den künftigen Verlauf der Diskussion abzuwarten. Die bisherige Entwicklung hat gezeigt, dass es nur eine Frage der Zeit ist, bis sich der nächste Kläger finden wird, der die Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags erneut vor Gericht trägt. Allerdings muss eine erneute Klage hinsichtlich ihrer Erfolgsaussicht genau überdacht werden. Eine Klage erneut auf die Dauer der Erhebung zu stützen scheint aussichtslos. Das BVerfG hat deutlich gemacht, dass es sich hinsichtlich dieser Frage 1972 abschließend geäußert hat. Diese Auffassung wurde jüngst durch den BFH bestätigt. Interessante Anknüpfungspunkte wären viel mehr die 1972 aufgestellten Grenzen einer Ergänzungsabgabe, insbesondere, wann eine Aushöhlung der ESt und KSt bzw. ein evidenter Wegfall ihrer Erhebungsvoraussetzungen vorliegt. Im Fortgang der Diskussion wäre eine Befassung mit Alternativen wünschenswert, denn, wie eine durch Wegfall des Solidaritätszuschlags entstehende Finanzierungslücke beim Bund gedeckt werden soll, bleibt bisher außer Acht. So kann abschließend festgestellt werden, dass der Solidaritätszuschlag in seiner derzeitigen Ausgestaltung verfassungskonform ist und eine veränderte Beurteilung in den nächsten Jahren wohl nicht zu erwarten ist.