

HEIDELBERGER BEITRÄGE ZUM FINANZ- UND STEUERRECHT

Heidelberg Working Paper Series on Public Finance and Tax Law



INSTITUT FÜR
FINANZ- UND
STEUERRECHT

Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.)

Ausnahmen brechen die Regel

mit Beiträgen von Thomas von Danwitz, Uwe Kischel,
Rudolf Mellinghoff und Franz Reimer



HFSt **12**



Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), *Ausnahmen brechen die Regel*
Online-Fassung: <http://journals.ub.uni-heidelberg.de/index.php/hfst/index>

Zitiervorschlag:

Autor, in *HFSt* (12) 2019, Seite.

© beim Autor

Umschlagsgestaltung: Atelier Peter Nardo, Mannheim

Druck: docupoint GmbH, Magdeburg

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliografische Daten sind im
Internet über www.dnb.de abrufbar.

Herausgeber:

Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell), Prof. Dr. Ekkehart Reimer

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Institut für Finanz- und Steuerrecht

ISBN 978-3-96543-080-8

Lehmanns Media, Berlin 2019

Helmholtzstraße 2-9

10587 Berlin

www.lehmanns.de

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	5
<i>Hanno Kube</i>	
§ 2 Regel und Ausnahme im Steuerrecht – Gedanken aus der Perspektive des Europarechts und der Praxis des Gerichtshofes der Europäischen Union	11
<i>Thomas von Danwitz</i>	
§ 3 Regel und Ausnahme in der Rechtsvergleichung	41
<i>Uwe Kischel</i>	
§ 4 Apologie der Ausnahme – Rechtstheoretische Perspektiven	71
<i>Franz Reimer</i>	
§ 5 Identifikation von Regel und Ausnahme im Steuerrecht	103
<i>Rudolf Mellinshoff</i>	
§ 6 Schlusswort.....	131
<i>Paul Kirchhof</i>	

Vorwort

Der vorliegende Band der Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht verfolgt – wie alle Bände der Reihe – ein dezidiert wissenschaftliches Interesse. Er steht aber unter einem besonderen Stern. Schon sein Titel ist ungewöhnlich abstrakt. Er nennt Regel und Ausnahme und fragt, wie beide zueinander stehen. Ist das Verhältnis der Ausnahme zur Regel freundlich oder feindlich, konfirmativ oder disruptiv? Was macht die Ausnahme mit der Regel, was die Regel mit der Ausnahme? Diese Fragen sind noch grundsätzlicher als das, was üblicherweise auf den Symposien des Instituts für Finanz- und Steuerrecht verhandelt wird und dann den Weg in die HFSt findet.

Das hat seinen besonderen Grund. Dieser Grund ist persönlicher Natur: Mit dem Nachdenken über Regel und Ausnahme ehren Verfasser und Herausgeber eine Ausnahmeerscheinung aus den Reihen des Heidelberger Instituts für Finanz- und Steuerrecht: dessen langjährigen Institutsdirektor Paul Kirchhof.

1943 geboren, hat er 2018 seinen 75. Geburtstag gefeiert. Der Juristischen Fakultät gehörte Paul Kirchhof zunächst von 1969 bis 1974 als Habilitand, sodann – ungewöhnlich kurz – als Privatdozent an, bevor er nach Münster ging, wo er jüngster Direktor des ältesten deutschen Instituts für Steuerrecht und sehr bald auch Prorektor der Universität Münster wurde. 1981 kehrte er als Ordinarius nach Heidelberg zurück. Sein Platz im Fakultäts-sitzungssaal war immer die Wandseite – nicht, weil er gern aus dem Fenster schaute. Vielmehr wollte er die Porträts der verstorbenen Dekane, vieler hochberühmter Persönlichkeiten von den Jellineks über Gustav Radbruch und Ernst Forsthoff bis zu Hans Schneider im Rücken haben, vielleicht auch nicht ständig ihren Blicken ausgesetzt sein.

Das ist der ganze Paul Kirchhof: eigenständig, innerlich und äußerlich frei, ein Wissenschaftler *sui generis*. Bei höchster Strahlkraft nach außen – als Bundesverfassungsrichter, als Hoffnungsträger für weitere hohe und höchste Ämter im Staat, als Herausgeber und Publizist, als Redner und Mahner, als Preisträger und Ratgeber – hat er in Heidelberg immer sein eigentliches Gravitationszentrum gesehen. Neben der Heimat hoch über dem Neckar in Ziegelhausen und dem gediegenen Refugium, der Steuervilla in der Zeppelinstraße, sind es gerade der Fakultätssitzungssaal und die

Alte Aula der Universität, in der Paul Kirchhof in den letzten vierzig Jahren lehrt und wirkt.

Als Seniorprofessor *distinctus* ist Paul Kirchhof bis heute zur Freude der Studenten und zum Glück seiner Fakultät im Hörsaal präsent. Er liest und spricht und schreibt. Zuletzt ist 2018 die „Beherzte Freiheit“ erschienen – ein Buch, das die dogmatische Rechtswissenschaft weit transzendiert, sie mit der Geschichte der abendländischen Philosophie und mit Grundfragen des Lebens und der Gesellschaft konfrontiert. Seine ungewöhnliche Schaffenskraft und der einmalige Reichtum an Gedanken und Durchblicken zeichnen Paul Kirchhof aus.

Wir Herausgeber danken den Referenten dafür, ihre Überlegungen in Schriftform gebracht und damit auch für die Zukunft zugänglich gemacht zu haben. Frau Susanne Röth, die Geschäftsführerin des Instituts, hat das Symposium hervorragend organisiert und begleitet. Herr Daniel Reich hat den vorliegenden Band redaktionell betreut. Auch ihnen danken wir sehr herzlich.

Heidelberg, im September 2019

Hanno Kube

Ekkehart Reimer

§ 1 Einführung

Hanno Kube

Ausnahmen bestätigen die Regel, heißt es sehr verbreitet. Die Ausnahme scheint danach die Regel zu legitimieren, die Regel damit auch die Ausnahme. Ein Rückblick auf den Ursprung der Wendung „Ausnahmen bestätigen die Regel“ zeigt allerdings, dass es so einfach nicht ist. Die Wendung geht wohl zurück auf eine Rede Ciceros zur Verteidigung des Konsuls Lucius Cornelius Balbus Maior vor Gericht im 1. Jahrhundert vor Christus. Gegenstand des Rechtsstreits war die Annahme des römischen Bürgerrechts durch Balbus, das Motiv des Streits war aber ein politisches. „*Exceptio probat regulam in casibus non exceptis.*“, argumentierte Cicero („Die Ausnahme bestätigt/begründet die Regel in den nicht ausgenommenen Fällen.“). Gemeint war damit, dass ein Sachverhalt, der nicht unter einen besonderen, als Ausnahme ausgestalteten Verbotstatbestand fällt, als rechtmäßig, als regelgerecht anzusehen ist. Anders gewendet: Alles das, was nicht ausdrücklich verboten ist, ist erlaubt. In diesem Ursprung betrifft die Wendung „Ausnahmen bestätigen die Regel“ somit weniger das Verhältnis zwischen Regel und Ausnahme auf Normebene als vielmehr die Technik der Auslegung und Subsumtion.

Ob eine Ausnahme von einer Regel der Sache nach gerechtfertigt ist, bleibt insoweit offen. Unter dem ein wenig provokant formulierten Tagungstitel „Ausnahmen brechen die Regel“ wollen wir vor allem – wenn auch nicht ausschließlich – diese Frage nach dem normativen Verhältnis zwischen Regel und Ausnahme ins Licht rücken und uns damit einem Thema zuwenden, das im Europarecht ebenso aktuell und drängend ist wie im Verfassungsrecht und im einfachen Recht, gerade im Steuerrecht.

Das Verhältnis zwischen Regel und Ausnahme steht im Mittelpunkt des wissenschaftlichen Werks unseres langjährigen Institutsdirektors und heutigen Jubilars Paul Kirchhof, weil dieses Verhältnis die Allgemeinheit des Gesetzes und die Gleichheit vor dem Gesetz betrifft. In seiner großen Kommentierung zu Art. 3 Abs. 1 GG im Maunz/Dürig-Grundgesetzkommentar

schreibt Paul Kirchhof: „Das Gesetz trifft die abstrakt-generelle, grundsätzlich jedermann betreffende, in eine noch ungewisse Zukunft vorausgreifende Regelung, ist in dieser Allgemeinheit ein Gleichheitsgarant, erschwert ... individuelle Sonderlasten und Privilegien“¹. Die Allgemeinheit des Gesetzes und ihre Gleichheitsgerechtigkeit prägen den wegweisenden, von Paul Kirchhof vorgelegten Entwurf des Bundessteuergesetzbuchs, der sich privilegierenden Steuervergünstigungen entgegenstellt und Lastengerechtigkeit durch die folgerichtige Umsetzung ihrerseits gerechtfertigter Belastungsgrundentscheidungen zu erreichen sucht, all dies in klarer und verständlicher Sprache.

Zugleich kann „regeln“ aber auch „unterscheiden“ heißen. „Der Gleichheitssatz“, so formuliert Paul Kirchhof an anderer Stelle seiner Kommentierung, „fordert einen Vergleich“ vorgefundener „Verschiedenheiten und deren Bewertung“². Gleichheit kann danach gesetzliche Differenzierung verlangen; eine Differenzierung, die sich – jenseits der unverrückbaren, in der Menschenwürde begründeten Statusgleichheit aller Menschen – aus den zu regelnden Lebenssachverhalten ergibt. Die Unterscheidungen des Gesetzes sind dabei, wiederum mit Paul Kirchhof, oftmals schon „im jeweiligen Regelungsgegenstand angelegt“. Oft, so führt er aus, „enthält die tatsächliche Anfrage an den Gleichheitssatz schon den Leitgedanken der Antwort.“³ Das Steuerrecht belastet den Menschen je nach seiner finanziellen Leistungsfähigkeit; das Sozialrecht differenziert nach der Bedürftigkeit; beim Wahlrecht knüpft die Gleichheit an die Zugehörigkeit zum Staatsvolk an.⁴ Die gesetzlichen Unterscheidungen entsprechen somit „dem Gleichheitssatz, wenn sie durch das Ziel der gesetzlichen Regelung gerechtfertigt werden.“⁵

¹ Paul Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Lfg. 75 (September 2015), Art. 3 Abs. 1 Rdnr. 234.

² Paul Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Lfg. 75 (September 2015), Art. 3 Abs. 1 Rdnr. 7.

³ Paul Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Lfg. 75 (September 2015), Art. 3 Abs. 1 Rdnr. 6.

⁴ Paul Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Lfg. 75 (September 2015), Art. 3 Abs. 1 Rdnr. 6.

⁵ Paul Kirchhof, *Beherrzte Freiheit*, 2018, S. 131.

Nach alldem beauftragt der Gleichheitssatz den Gesetzgeber – Zitat Paul Kirchhof –, „für seine jeweilige Regelung den angemessenen Grad der Verallgemeinerung zu finden“⁶, oder in den Worten unseres Tagungsthemas: Regel und Ausnahme in ein angemessenes Verhältnis zu setzen.

Diesem Verhältnis zwischen Regel und Ausnahme werden wir uns in vier großen Blöcken widmen. An erster Stelle möchte ich dabei unserem Dank dafür Ausdruck verleihen, dass wir herausragende Referenten gewinnen konnten, die ihre Gedanken mit uns teilen und ganz sicher hochinteressante Diskussionen anregen werden.

So freuen wir uns ganz besonders darüber, dass uns der deutsche Richter am Gerichtshof der Europäischen Union, Herr Professor Dr. Thomas von Danwitz, zugesagt hat, uns im Eröffnungsreferat die Aktualität unserer Thematik im Europarecht vor Augen zu führen. Regel und Ausnahme haben sich hier vor Maßstäben zu rechtfertigen, die ihrerseits Gleichheit, insbesondere Wettbewerbsgleichheit verlangen. Den Gerichtshof beschäftigt dabei in jüngerer Vergangenheit immer stärker das Beihilfenverbot, dessen Anwendung zuallererst die Feststellung erfordert, was in einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung als Regel, als Referenzrahmen, als Normalmaß, und was als – begünstigende – Ausnahme anzusehen ist. Die Grundfreiheiten wiederum fordern eine Rechtfertigung der mitgliedstaatlichen Unterscheidung zwischen dem Inlandsfall und dem grenzüberschreitenden Fall und in diesem Sinne zwischen Regel und Ausnahme. Herr von Danwitz, wir wissen um Ihren sehr dichten Zeitplan und sind deshalb umso dankbarer für Ihr Kommen und sehr gespannt auf Ihre gleich anschließenden Ausführungen als Professor des Öffentlichen Rechts und erfahrener Richter des Gerichtshofs.

Dass unterschiedliche Rechtsordnungen ein unterschiedliches Verständnis von Regel und Ausnahme haben können und dass in der vergleichenden Betrachtung dieser Rechtsordnungen in ganz unterschiedlichen Dimensionen nach Regel und Ausnahme gefragt werden kann, wird uns sodann Herr Professor Dr. Uwe Kischel verdeutlichen. Er kann dabei aus seiner reichhaltigen Erfahrung in der Rechtsvergleichung schöpfen, die beson-

⁶ Paul Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Lfg. 75 (September 2015), Art. 3 Abs. 1 Rdnr. 10.

ders eindrucksvollen und weithin bekannten Niederschlag in seinem großen Werk „Rechtsvergleichung“ von 2015 gefunden hat. Der Rechtsvergleicher beleuchtet nicht nur die Normkonzeption, sondern gerade auch die Praxis, den gesellschaftlichen und kulturellen Kontext des Rechtsvollzugs und nicht zuletzt den wissenschaftlichen Diskurs in den einzelnen Rechtsordnungen, in unserem Fall über Regel und Ausnahme im Recht. Herr Professor Kischel, lieber Uwe, wir freuen uns über Deine Anwesenheit und auf Deine Erkenntnisse.

Sodann wollen wir, vor dem Hintergrund unserer Überlegungen zum Europarecht und zur Rechtsvergleichung, einen Schritt zurücktreten und aus rechtstheoretischer Perspektive erwägen, wie Regel und Ausnahme zueinander stehen. Hierzu wird uns Herr Professor Dr. Franz Reimer berichten, der eine Professur für Öffentliches Recht und Rechtstheorie an der Universität Gießen innehat und vielfältig zu Methodik und Prinzipien des Rechts forscht und publiziert. Herr Reimer wird uns in den Kosmos der rechtstheoretisch zu unterscheidenden Arten von Ausnahmen einführen, ihre Funktionen erläutern und ihr Verhältnis zu den Regeln beleuchten. Spätestens zu diesem Zeitpunkt werden Aussagen wie „Ausnahmen sind eng auszulegen“ oder „Ausnahmen unterliegen einem Analogieverbot“ zur Diskussion stehen. Herr Professor Reimer, lieber Franz, wir sind gespannt.

Bewähren muss sich all das, was wir verstanden zu haben meinen, freilich im einfachen Recht und seiner Anwendung. Deshalb stehen die Identifikation und Rechtfertigung von Regel und Ausnahme im Steuerrecht am Ende unseres Symposions. Im Steuerrecht ringen wir in besonderer Weise um strukturierende Axiome, die den oftmals komplexen und verschachtelten Rechtsstoff handhabbar machen. Die Frage nach Regel und Ausnahme ist uns schon deshalb im Steuerrecht besonders vertraut. Hinzu kommt die besondere Anfälligkeit dieses Rechtsgebiets für ausnahmsweise gewährte Begünstigungen, sei es auf Normebene, sei es im Vollzug (tax rulings), die verfälschend wirken und die es umso mehr erfordern, die Regeln und Prinzipien in den Vordergrund zu rücken; dies nicht zuletzt, und damit schließt sich der Kreis, im Zusammenhang mit der europäischen Beihilfenkontrolle. Wer sollte zur Darlegung der Herausforderungen und zur Hervorhebung der großen Linien im Steuerrecht – neben dem Jubilar des heutigen Tages – besser geeignet sein als der Präsident des Bundesfinanzhofs und ehemalige Richter des Bundesverfassungsgerichts, Herr Professor Dr. Rudolf Mellinghoff. Wir danken Ihnen, lieber Herr Professor Mellinghoff,

Dir, lieber Rudolf, sehr für Dein Kommen und sind neugierig auf Deine Ausführungen.

Das Schlusswort, das die Ergebnisse des Tages zusammenführen und ganz sicher auch in die Zukunft blicken wird, wird dann von Paul Kirchhof gesprochen.

§ 2 Regel und Ausnahme im Steuerrecht – Gedanken aus der Perspektive des Europarechts und der Praxis des Gerichtshofes der Europäischen Union

Thomas von Danwitz

I.	Methodengerechtigkeit	12
1.	Auslegungsmethodik im Recht der Europäischen Union	13
2.	Regel und Ausnahme – ein allgemeiner Auslegungsgrundsatz.....	16
3.	Der Grundsatz enger Auslegung von Ausnahmen im europäischen MWSt-Recht.....	18
II.	Enge Auslegung von Ausnahmebestimmungen als allgemeiner Auslegungsgrundsatz des Unionsrechts	20
1.	Selbstverständlichkeiten.....	20
2.	Zur Spruchpraxis des Gerichtshofes	21
III.	Fazit	26

Es ist mir eine große Ehre und Freude an dieser Tagung mit Gedanken aus der Spruchpraxis des Gerichtshofes der Europäischen Union mitwirken zu dürfen, die als akademische Feier zum 75. Geburtstag von Paul Kirchhof veranstaltet wird. Für die mir mit dieser Einladung gegebene Gelegenheit, Herrn Kirchhof gleichsam ein persönliches Geburtstagspräsent zu machen, bin ich auf Grund der persönlichen Verbundenheit, die aus den Jahren gemeinsamer Tätigkeit in der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages herrührt, ausgesprochen dankbar. Es ist überdies eine Freude, in dem ganz besonderen Rahmen, den die Alte Aula der Heidelberger Universität bildet, schon zum dritten Mal in meiner akademischen Laufbahn sprechen zu dürfen: 1999 bei meinem Vortrag vor der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer über „Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung“, 2010 auf dem von der Juristischen Fakultät veranstalteten Symposium zum Europäischen Verwaltungsrecht über „Integrationsverantwortung des Gerichtshofes der Europäischen Union“ und heute über „Regel und Ausnahme im Steuerrecht“. Aber jenseits all dessen ist das mir gestellte Thema

für einen am Gerichtshof der Europäischen Union „angelernten“ Steuerrechtler von großem Reiz, denn es reflektiert, wenngleich in einer spezifischen Weise, die methodisch angeleitete Herangehensweise, mit der sich Mitglieder des Gerichtshofes Steuerrechtsfragen widmen. In den vergangenen 12 Jahren hatte ich selbst immerhin in rund 50 Verfahren als Berichterstatter und in rund 100 Verfahren als mitberatender Richter über solche Fragen zu entscheiden; über die Zeit kommt so einiges zusammen! Doch lassen Sie uns gleich in medias res gehen.

I. Methodengerechtigkeit

Methodische Grundfragen der Rechtsauslegung verdienen auch und gerade im Recht der Europäischen Union besondere Beachtung, ermöglichen sie dem Betrachter doch jenseits der in einem bestimmten Einzelfall gefundenen Auslegung einer Norm eine Aussage über die Methodik, mit der sich der Gerichtshof der Aufgabe der Auslegung zuwendet. Eine methodisch geprägte Auslegungsweise gilt daher nicht von ungefähr als Gewähr für die Vorhersehbarkeit einer Rechtsprechungsentwicklung, die dem Postulat der Rechtssicherheit entspricht. Überdies gibt diese Form methodischer Selbstbindung dem Erfordernis der Rechtsanwendung ein Fundament, auf das der dem Recht unterworfenen Steuerbürger legitimer Weise seine Erwartung stützen darf, dass „sein“ Fall unter Anwendung der gleichen methodischen Grundsätze entschieden werden wird. Daher „trifft“ der Vorwurf, eine Rechtsprechung sei nicht methodengerecht ergangen, den Richter in besonderer Maße, indiziert sie doch eine ergebnisbezogene, die Gleichheit der Rechtsanwendung verkennende Prädisposition des Richters. Für den Gerichtshof der Europäischen Union gilt diese Sensibilität gegenüber der Methodengerechtigkeit seiner Rechtsprechung und der daran geäußerten Kritik in besonderer Weise, da das Vorabentscheidungsverfahren auf den Grundgedanken des Dialogs und der Kooperation der nationalen mit der europäischen Gerichtsbarkeit beruht und ein in diesem Verfahren ergangenes Urteil das Vorlagegericht jedenfalls in einem solchen Maße „mitnehmen“ muss, dass es die fragliche Auslegung des Unionsrechts zur Grundlage seiner eigenen Entscheidung macht.

So wichtig die Methodengerechtigkeit einer Rechtsprechung im Unionsrecht also ist, so fundamental ist es für die Akzeptanz derselben jedoch, die Auslegungsgrundsätze und -methoden des Rechts der Union gut zu verstehen und den auch in jüngerer Zeit immer noch verbreiteten Fehler zu vermeiden, die Rechtsprechung des Gerichtshofes am Maßstab von methodischen Regeln und Gepflogenheiten einer bestimmten nationalen Rechtstradition messen zu wollen. Denn damit würde letztendlich der Kern dessen verkannt, was die supranationale Rechtsordnung der Union gerade ausmacht. Gestatten Sie daher, dass ich mich aus dieser Perspektive dem Verhältnis von Regel und Ausnahme nähere und es in seinen europäischen Kontext stelle.

1. Auslegungsmethodik im Recht der Europäischen Union

Als Grundlage für die folgenden Betrachtungen sollte die Feststellung dienen, dass die in der deutschen Rechtswissenschaft und -praxis anerkannten Auslegungsargumente nach Wortlaut und Telos einer Vorschrift sowie der Systematik eines Rechtsaktes und seiner Entstehungsgeschichte in gleicher Weise in der Rechtsprechung des Gerichtshofes anerkannt sind¹. Da diese Auslegungskriterien in allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bekannt sind, gehören sie ohne Zweifel zu den Rechts- und Verfassungsüberlieferungen, welche den Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Diese erfreuliche Übereinstimmung im Ausgangspunkt führt in der Rechtsprechungspraxis jedoch keineswegs dazu, dass es in der Anwendung dieser Auslegungskriterien zu einer nahtlosen Übereinstimmung in Argumentation und Ergebnis kommt. Die Gründe hierfür liegen maßgeblich in der spezifischen Prägung, welche die europäische Gesetzgebung kennzeichnet.

So ist die Auslegung anhand des Wortlauts einer Norm in der Rechtsprechung des Gerichtshofes die „Methode der ersten Wahl“, die in aller Regel dazu verwandt wird, eine Eigentümlichkeit in der Redaktion der auszulegenden Vorschrift in einer das Auslegungsergebnis vorentscheidenden

¹ Urteil vom 21. September 2017, Aviva, C-605/15, EU:C:2017:718, Rn. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie Urteil vom 19. April 2018, Firma Hans Bühler, C-580/16, EU:C:2018:261, Rn. 33.

Weise herauszustellen². Dennoch gibt es in der Rechtsprechungspraxis des Gerichtshofes gute Beispiele dafür, dass dem Wortlaut der Norm in einer ganzen Reihe von Fällen keine auslegungsrelevante Bedeutung zuerkannt werden kann. Der Grund hierfür liegt in der Gleichberechtigung der 24 Amtssprachen der Union, die dazu führt, dass einer bestimmten Sprachfassung eines Rechtsaktes der Union keine vorrangige oder gar entscheidende Bedeutung für die Auslegung zuerkannt werden kann. Vielmehr ist es nach der Rechtsprechung so, dass Unterschiede zwischen verschiedenen Sprachfassungen regelmäßig zur Unbeachtlichkeit des bloßen Wortlautarguments führen³. In vergleichbarer Weise sind die europäischen Besonderheiten der übrigen Auslegungsargumente und namentlich der Entstehungsgeschichte zu bedenken. Vor dem Hintergrund der spezifischen Mitwirkungsakte von Kommission, Rat und Parlament am Gesetzgebungsverfahren werfen Willens- und Meinungsbekundungen eines bestimmten Organs unweigerlich die Frage auf, ob und in welchem Maße sie dem Unionsgesetzgeber zugerechnet werden können.

Demgegenüber bietet das Unionsrecht günstige Ausgangsbedingungen für die systematische und für die teleologische Auslegung. Bei der systematischen Auslegung bleibt aus Sicht des nationalen Rechts zu bedenken, dass Rechtsakte der Europäischen Union mitunter nur Einzelaspekte einer Materie erfassen⁴ und zudem eine im Vergleich zum nationalen Recht mehrdimensionale Regelungsintensität aufweisen können. Dementsprechend ist die Systematik einer Unionsregelung auf der Grundlage ihres spezifi-

² Siehe etwa Urteile Urteil vom 9. April 2014, T-Mobile Austria, C-616/11, EU:C:2014:242, Rn. 24 bis 26 ; vom 14. Juni 2017, Khorassani, C-678/15, EU:C:2017:451, Rn. 27, sowie vom 31. Mai 2018, Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag u. a., C-542/16, EU:C:2018:369, Rn. 40.

³ Urteile vom 12. Oktober 2017, Lombard Ingtatlan Lizing, C-404/16, EU:C:2017:759, Rn. 21, sowie vom 27. Juni 2018, Turbogás, C-90/17, EU:C:2018:498, Rn. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung.

⁴ So regelt etwa die Richtlinie 2003/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. November 2003 über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (ABl. EU 2003, L 345, S. 90) nur die „Weiterverwendung“, nicht aber den Zugang zu Informationen des öffentlichen Sektors. Siehe dazu Urteil vom 14. November 2018, NKBM, C-215/17, EU:C:2018:0000, Rn. 31 bis 33.

schen Bezugsrahmens zu bestimmen, der vom Regelungsumfeld des nationalen Rechts erheblich divergieren kann. Diese Systematik kann namentlich im Hinblick auf die Aufteilung der Regelungsbefugnisse zwischen Union und Mitgliedstaaten von zusätzlichen Auslegungsgesichtspunkten überlagert werden.

Für eine teleologische Auslegung bieten die in Unionsrechtsakten dokumentierten Erwägungsgründe eine objektive Grundlage, die der gerichtlichen Überprüfung stets zugänglich ist und auf die in der Rechtsprechung des Gerichtshofes daher regelmäßig verwiesen wird⁵. Daher sollte die Bedeutung eines Erwägungsgrundes, der die entsprechende operative Bestimmung dieses Rechtsaktes erläutert, für die Auslegung dieser Vorschrift nicht außer Acht gelassen werden. Umgekehrt ist in der neueren Gesetzgebungspraxis leider eine mitunter inflationäre Vervielfältigung von Erwägungsgründen festzustellen⁶, die keinen unmittelbaren Bezug zu einer operativen Bestimmung aufweisen. Unter solchen Bedingungen können Erwägungsgründe vieldeutig und ihr Auslegungswert durchaus zweifelhaft erscheinen. Zusammenfassend wird man also festhalten dürfen, dass es im Recht der Europäischen Union keine gleichsam mustergültige Herangehensweise einer methodengerechten Auslegung gibt, sondern dass diese stets von den Besonderheiten des jeweiligen Rechtsaktes abhängt, um dessen Auslegung es geht. Ich frage mich jedoch, ob das im deutschen Steuerrecht wirklich anders ist.

⁵ Siehe beispielsweise Urteile vom 17. Mai 2017, X, C-68/15, EU:C:2017:379, Rn. 70, und vom 19. April 2018, Firma Hans Bühler, C-580/16, EU:C:2018:261, Rn. 40.

⁶ Siehe etwa die Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (ABl. EU 2014, L 173, S. 349), die 97 Artikel zählt, aber 170 Erwägungsgründe. In der Richtlinie (EU) 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren (ABl. EU 2016, L 65, S. 1), stehen 13 Artikel insgesamt 51 Erwägungsgründen gegenüber.

2. Regel und Ausnahme – ein allgemeiner Auslegungsgrundsatz

Die Aussage, dass eine Rechtsvorschrift als Ausnahme von einem Grundsatz eng auszulegen ist, wird von der Rechtsprechung des Gerichtshofes in ganz unterschiedlichen Bereichen des Unionsrechts verwandt⁷ und gehört fraglos zu den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen des Rechts der Europäischen Union⁸. So hat der Gerichtshof jüngst, im Verfahren LM um die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nach Polen trotz Bedenken gegen die Unabhängigkeit des dortigen Justizsystems, ausgeführt, dass die Vollstreckung dieses Haftbefehls im System des Rahmenbeschlusses 2002/584 über den Europäischen Haftbefehl den Grundsatz darstellt, während die Ablehnung der Überstellung des Betroffenen als Ausnahme ausgestaltet und eng auszulegen ist⁹. Gleichsinnig hat der Gerichtshof in den sog. TUIfly-Verfahren wegen „wilder Streiks“ nach der Verordnung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste betont, dass die Bestimmung in Artikel 5 Abs. 3 dieser Verordnung über „außergewöhnliche Umstände“ eine Ausnahme von dem Grundsatz enthält, wonach Fluggäste bei Annullierung oder großer Verspätung Anspruch auf Ausgleichsleistungen haben¹⁰. Gleichsinnig hat der Gerichtshof den besonderen Deliktsgerichtsstand nach Artikel 5 Nr. 3 der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung 44/2001¹¹, die Möglichkeit der sog.

⁷ Für einen Überblick zur Rechtsprechungstätigkeit des Gerichtshofes im Jahr 2016, siehe Herberger, „Ausnahmen sind eng auszulegen“ – Die Ansichten beim Gerichtshof der Europäischen Union, ZfRV 2017, S. 100 (101 f.).

⁸ Schilling, *Singularia non sunt extendenda*: die Auslegung der Ausnahme in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 1996, S. 44 (ff.); Reimer, Sind Ausnahmen eng auszulegen?, in: Fritz/Herzberg/Kühnberger (Hrsg.), *Festschrift für Jürgen Keßler*. 2015, S. 531 (533 f.). Grundlegend zu diesem Grundsatz Herberger, „Ausnahmen sind eng auszulegen“: die Ansichten beim Gerichtshof der Europäischen Union, Diss. 2017.

⁹ Urteil vom 25. Juli 2018, Minister for Justice and Equality (Mängel des Justizsystems), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 41; sowie bereits Urteil vom 10. August 2017, Tupikas, C-270/17 PPU, EU:C:2017:628, Rn. 49 und 50.

¹⁰ Urteil vom 17. April 2018, Krüsemann u. a., C-195/17, C-197/17 bis C-203/17, C-226/17, C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 bis C-286/17 und C-290/17 bis C-292/17, EU:C:2018:258, Rn 36.

¹¹ Urteil vom 21. April 2016, Austro-Mechana, C-572/14, EU:C:2016:286, Rn. 29.

Inhouse-Vergabe¹² oder die Berufung auf besondere Sicherheitsmaßnahmen und wesentliche Interessen der Mitgliedstaaten zur Begründung der freihändigen Vergabe¹³, die Bestimmung über Privatkopien im Rahmen der Urheberrechtsrichtlinie¹⁴ und den Ausschluss des Ausgleichsanspruchs für selbständige Handelsvertreter¹⁵ als Ausnahmebestimmung eng ausgelegt. Gleichsinnig hat der Gerichtshof für Maßnahmen zur Verhinderung von Steuerhinterziehungen und Missbräuchen im Sinne von Artikel 1 Abs. 2 der sog. Mutter-Tochter-Richtlinie entschieden, dass diese Bestimmung eng auszulegen ist, da sie eine Ausnahme von der allgemeinen Regel dieser Richtlinie vorsieht, nämlich die Inanspruchnahme der gemeinsamen Steuerregelung für Mutter- und Tochtergesellschaften im Anwendungsbereich dieser Richtlinie¹⁶.

Für das Vertragsrecht ist der Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen seit jeher anerkannt¹⁷ und wird *tel quel* auch auf die Niederlassungsfreiheit¹⁸ ebenso wie auf die Freiheit des Kapitalverkehrs¹⁹ im Recht der direkten Besteuerung angewandt. Gleiches gilt für die vertraglichen Bestimmungen über die Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen in Artikel 107 Abs. 2 AEUV, die als Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz der Unvereinbarkeit solcher Beihilfen mit dem Binnenmarkt nach Artikel 107 Abs. 1 AEUV eng auszulegen sind²⁰. *Cum grano salis* wird man wohl sagen

¹² Urteil vom 8. Mai 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, Rn. 22 und 23.

¹³ Urteil vom 20. März 2018, Kommission/Österreich, C-187/16, EU:C:2018:194, Rn. 73, 74 und 77.

¹⁴ Urteil vom 29. November 2017, VCAST, C-265/16, EU:C:2017:913, Rn. 32.

¹⁵ Urteil vom 19. April 2018, CMR, C-645/16, EU:C:2018:262, Rn. 31.

¹⁶ Urteil vom 20. Dezember 2017, Deister Holding und Juhler Holding, C-504/16 und C-613/16, EU:C:2017:1009, Rn. 59.

¹⁷ Urteil vom 21. Juni 1974, Reyners, 2/74, EU:C:1974:68, Rn. 43 bis 55.

¹⁸ Urteil vom 14. September 2017, Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements, C-646/15, EU:C:2017:682, Rn. 27.

¹⁹ Urteile vom 6. März 2018, SEGRO und Horváth, C-52/16 und C-113/16, EU:C:2018:157, Rn. 95/96; vom 30. Juni 2016, Feilen, C-123/15, EU:C:2016:496, Rn. 25, sowie vom 14. März 2000, Église de scientologie, C-54/99, EU:C:2000:124, Rn. 17.

²⁰ Urteile vom 29. April 2004, Deutschland/Kommission, C-277/00, EU:C:2004:238, Rn. 20, und vom 23. Februar 2006, Atzeni u.a., C-346/03 und C-529/03, EU:C:2006:130, Rn. 79.

können, dass der Auslegungsgrundsatz vom Erfordernis einer engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofes in aller Regel keine nähere Konturierung erfährt, sondern unmittelbar auf die zur Entscheidung stehende Auslegungsfrage angewandt wird.

3. Der Grundsatz enger Auslegung von Ausnahmen im europäischen MWSt-Recht

Im Recht über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem nach der Richtlinie 2006/112 ist dieser allgemeine Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen ebenfalls seit geraumer Zeit anerkannt. Im Unterschied zu anderen Rechtsbereichen belässt es der Gerichtshof im Mehrwertsteuerrecht jedoch nicht bei der bloßen Formel, dass Ausnahmebestimmungen eng auszulegen sind. Vielmehr betont er in ständiger Rechtsprechung für die im gleichnamigen Kapitel der Mehrwertsteuerrichtlinie enthaltenen „Steuerbefreiungen für bestimmte, dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten“, dass diese Steuerbefreiungen die Förderung bestimmter, dem Gemeinwohl dienender Tätigkeiten bezwecken und hebt zugleich hervor, dass diese Befreiungen nicht alle dem Gemeinwohl dienenden Tätigkeiten erfassen, sondern nur diejenigen, die in der Vorschrift einzeln aufgeführt und sehr genau beschrieben sind²¹. Die Begriffe, mit denen die genannten Steuerbefreiungen bezeichnet werden, sind eng auszulegen, da diese Steuerbefreiungen Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz darstellen, dass jede Leistung, die ein Steuerpflichtiger gegen Entgelt erbringt, der Mehrwertsteuer unterliegt²². An diesen Grundsatz knüpft die Rechtsprechung im Mehrwertsteuerrecht indes die weitere Aussage an, dass die Regel einer engen Auslegung jedoch nicht bedeutet, dass die zur Definition

²¹ Urteile vom 23. April 2009, TNT Post UK, C-357/07, EU:C:2009:248, Rn. 32; vom 14. Juni 2007, Horizon College, C-434/05, EU:C:2007:343, Rn. 15; vom 16. Oktober 2008, Canterbury Hockey Club und Canterbury Ladies Hockey Club, C-253/07, EU:C:2008:571, Rn. 18, sowie vom 10. Juni 2010, Future Health Technologies, C-86/09, EU:C:2010:334, Rn. 29.

²² Siehe nur Urteil vom 26. Oktober 2017, The English Bridge Union, C-90/16, EU:C:2017:814, Rn. 20 und die dort angeführte Rechtsprechung.

der Steuerbefreiungen verwandten Rechtsbegriffe in einer Weise auszulegen sind, die den Befreiungen ihre Wirkung nähme²³. Als methodische Erläuterung führt der Gerichtshof des Weiteren aus, dass solche Begriffe nach ihrem Sachzusammenhang sowie nach den Zielsetzungen und der Systematik der Mehrwertsteuerrichtlinie auszulegen sind, wobei insbesondere der Normzweck der betreffenden Steuerbefreiung zu berücksichtigen ist²⁴. Im Mehrwertsteuerrecht hat der Gerichtshof den Grundsatz enger Auslegung schließlich herangezogen, um herauszustellen, dass die von der Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen zugelassene Einführung des Reverse-Charge-Verfahrens nur unter den Voraussetzungen in Betracht kommt, die in dieser Richtlinie ausdrücklich vorgesehen sind²⁵.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die zur Auslegung von Befreiungstatbeständen im Mehrwertsteuerrecht ergangene Rechtsprechung bis dato keine Übertragung auf andere Rechtsbereiche des Unionsrechts erfahren hat. Der Grund hierfür dürfte maßgeblich darin liegen, dass die unterschiedlichen Steuerbefreiungen jeweils einem spezifischen Normzweck verfolgen, durch den Art und Umfang der zu gewährenden Steuerbefreiung bestimmt werden und sich nicht lediglich darin erschöpft, eine Ausnahme von der Regelbesteuerung einzufordern. Entsprechende Erwägungen stellt der Gerichtshof daher namentlich im Rahmen der Auslegung einzelner Steuerbefreiungen an, auf die noch zurück zu kommen sein wird.

²³ Urteile vom 18. November 2004, *Temco Europe*, C-284/03, EU:C:2004:730, Rn. 17; vom 14. Juni 2007, *Horizon College*, C-434/05, EU:C:2007:343, Rn. 16, sowie vom 16. Oktober 2008, *Canterbury Hockey Club und Canterbury Ladies Hockey Club*, C-253/07, EU:C:2008:571, Rn. 17.

²⁴ Urteile vom 3. März 2005, *Fonden Marselisborg Lystbådehavn*, C-428/02, EU:C:2005:126, Rn. 28; vom 16. Oktober 2008, *Canterbury Hockey Club und Canterbury Ladies Hockey Club*, C-253/07, EU:C:2008:571, Rn. 17, sowie vom 21. Februar 2013, *Žamberk*, C-18/12, EU:C:2013:95, Rn. 20.

²⁵ Urteil vom 26. April 2017, *Farkas*, C-564/15, EU:C:2017:302, Rn. 25 und 26.

II. Enge Auslegung von Ausnahmebestimmungen als allgemeiner Auslegungsgrundsatz des Unionsrechts

Jenseits des Mehrwertsteuerrechts erscheint es indes auf den ersten Blick so, dass die in ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes wiederholte Formel, wonach eine Ausnahmebestimmung eng auszulegen ist, kaum Anhaltspunkte für weitergehende methodologische Überlegungen oder gar eine eigenständige Konzeptualisierung bietet²⁶. Doch ein zweiter Blick auf diese Rechtsprechung ermöglicht die karge Erkenntnis, dass der Gerichtshof das Postulat enger Auslegung von Ausnahmebestimmungen als einen allgemeinen Auslegungsgrundsatz des Unionsrechts anerkennt und diese Maxime in ständiger Rechtsprechung anwendet.

1. Selbstverständlichkeiten

Beginnen wir zunächst mit einigen Selbstverständlichkeiten, die man vielleicht doch besser einmal ausspricht. Denn mit der Anknüpfung an ein normativ vorgegebenes Verhältnis von Regel und Ausnahme bindet sich der Gerichtshof an die Beschaffenheit des Unionsrechts in einem bestimmten Bereich. Er stützt seine weitere Auslegung auf die Unterscheidungen, wie sie dem Unionsrecht zu entnehmen sind, gleichviel ob diese vom Vertragsgesetzgeber oder vom einfachen Unionsgesetzgeber stammen. Zunächst einmal schärft diese Sicht den Blick für den gesetzgeberisch angestrebten Zustand und zugleich für die Notwendigkeit, dass nur qualifizierende Umstände es zu rechtfertigen vermögen, Abweichungen von diesem Grundsatz hinzunehmen. Auf dieser Ebene lässt die Rechtsprechung also den Unionsgesetzgeber „selbst“ sprechen; sie bringt auf diese Weise unverfälscht zum Ausdruck, wie dessen Regelungskonzept zu verstehen ist, ohne dass der Gerichtshof in diesem Stadium seiner Prüfung Wertungen über das vom Gesetzgeber verfolgte Konzept anfügt. Mag diese Erkenntnis im Hinblick auf das Vertragsrecht nur als ein recht grober Anhaltspunkt erscheinen, der ohne weitergehende Wertungen nicht zu operativ verwendbaren Schlussfolgerungen führt, so zeigt diese Rechtsprechung, dass der

²⁶ Kritisch wohl Reimer, Sind Ausnahmen eng auszulegen? in: Fritz/Herzberg/Kühnberger (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Keßler. 2015, S. 531 (536).

Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen im Zusammenhang mit teleologischen Erwägungen zur Anwendung gelangt²⁷. Demgegenüber ermöglicht diese Anknüpfung an die Systematik des fraglichen Unionsrechtsakts im Bereich des Sekundärrechts in aller Regel eine ungleich feinere Justierung. Doch auch in dieser Konstellation bezieht die Rechtsprechung die Zwecksetzung der fraglichen Regelungen regelmäßig in die Auslegung mit ein²⁸; die Wertungen, die der Gerichtshof aus Sinn und Zweck einer Regelung ermittelt, werden namentlich im Rahmen der Frage behandelt, ob die Gründe, auf die sich eine Partei beruft, die qualifizierten Voraussetzungen erfüllen, die angesichts der engen Auslegung der in Rede stehenden Ausnahmevorschrift zu stellen sind. Bevor der akademische Betrachter indes den Stab über die Formel von der Notwendigkeit einer engen Auslegung von Ausnahmevorschriften als bloßes Einfallstor teleologischer Erwägungen bricht, die es dem Gerichtshof ermöglichen, spezifisch richterliche Wertungen in einen objektiven Rahmen der vorgegebenen Systematik des Unionsrechts einzukleiden, lohnt es, einen Blick auf die Spruchpraxis des Gerichtshofes zu werfen. Denn eine Aussage über die Leistungsfähigkeit dieses Auslegungsgrundsatzes wird erst möglich, wenn man die Problemstellungen betrachtet, die zu seiner Anwendung geführt haben.

2. Zur Spruchpraxis des Gerichtshofes

Ein treffliches Beispiel für die Anwendung des Auslegungsgrundsatzes der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen bildet ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich wegen des Auftrags der

²⁷ Siehe Urteile vom 14. September 2017, Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements, C-646/15, EU:C:2017:682, Rn. 27, sowie vom 30. Juni 2016, Feilen, C-123/15, EU:C:2016:496, Rn. 25.

²⁸ Urteile vom 21. Februar 2013, Žamberk, C-18/12, EU:C:2013:95, Rn. 23; vom 17. April 2018, Krüsemann u. a., C-195/17, C-197/17 bis C-203/17, C-226/17, C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 bis C-286/17 und C-290/17 bis C-292/17, EU:C:2018:258, Rn. 36; vom 20. Dezember 2017, Deister Holding und Juhler Holding, C-504/16 und C-613/16, EU:C:2017:1009, Rn. 59; vom 29. November 2017, VCAST, C-265/16, EU:C:2017:913, Rn. 32, sowie vom 20. März 2018, Kommission/Österreich, C-187/16, EU:C:2018:194, Rn. 74 bis 79.

Herstellung von Ausweispapieren ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens. In den einschlägigen Richtlinien ebenso wie in Artikel 346 Abs. 1 lit. b) AEUV ist eine solche Befugnis vorgesehen, wenn der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen es gebietet. Im Zusammenhang mit dem Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen hat der Gerichtshof betont, dass Maßnahmen, die von den Mitgliedstaaten im Rahmen der berechtigten Belange von nationalem Interesse getroffen werden, nicht schon deshalb in ihrer Gesamtheit der Anwendung des Unionsrechts entzogen sind, weil sie namentlich im Interesse der öffentlichen Sicherheit ergehen. Sodann bestätigt der Gerichtshof, dass den Mitgliedstaaten bei der Entscheidung über die Maßnahmen, die sie als für den Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsmaßnahmen erforderlich erachten, zwar ein Ermessensspielraum zusteht. Allerdings kann die bloße Berufung auf diese Interessen nicht zur Abweichung von den Bestimmungen des Vertrages führen. Daher muss ein Mitgliedstaat nachweisen, dass eine Ausschreibung, wie sie vom Vergaberecht der Union vorgesehen ist, dem Schutz dieser Interessen nicht hätte gerecht werden können, was der Gerichtshof im Einzelnen untersucht und im konkreten Fall der Bundesdruckerei Österreichs verneint hat²⁹.

Ein ebenso instruktives Beispiel stellt die vom Gerichtshof im Verfahren *Tele2 Sverige und Watson*³⁰ geprüfte Frage der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung über eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung sämtlicher Verkehrs- und Standortdaten aller Nutzer von elektronischen Kommunikationsmitteln mit dem Unionsrecht dar. Denn im Unterschied zum Verfahren in der Rechtssache *Digital Rights Ireland*³¹ sowie dem 2010 vom BVerfG entschiedenen Verfahren³² stellte sich die in *Tele2 Sverige und Watson* aufgeworfene Frage primär nicht in Bezug auf die Einhaltung der Grundrechte, namentlich aus Artikel 7 und 8 der Charta der

²⁹ Urteil vom 20. März 2018, *Kommission/Österreich*, C-187/16, EU:C:2018:194, Rn. 76, 78 und 79.

³⁰ Urteil vom 21. Dezember 2016, *Tele2 Sverige und Watson u.a.*, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970.

³¹ Urteil vom 8. April 2014, *Digital Rights Ireland u. a.*, C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238.

³² BVerfG NJW 2010, S. 833.

Grundrechte, sondern vor allem im Hinblick auf die sekundärrechtliche Bestimmung, die in Artikel 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 über elektronische Kommunikation enthalten ist. Diese Vorschrift ermächtigt die Mitgliedstaaten zum Erlass von Vorschriften wie der Vorratsdatenspeicherung wenn diese ua zur „Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten [...] in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, angemessen und verhältnismäßig“ sind. Nach Erwägungsgrund 11 dieser Richtlinie müssen solche Maßnahmen „sowohl geeignet sein als auch in einem strikt angemessenen Verhältnis zum intendierten Zweck stehen und ferner innerhalb einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein sowie angemessenen Garantien gemäß der [EMRK] entsprechen“. In seiner Entscheidung zur Unzulässigkeit einer allgemeinen und unterschiedslosen Vorratspeicherung sämtlicher Verkehrs- und Standortdaten hat sich der Gerichtshof – wie mitunter verkannt wird – maßgeblich auf die Auslegung von Artikel 15 Abs. 1 der ePrivacy-Richtlinie 2002/58 gestützt. Methodischer Ausgangspunkt bildete insofern die Feststellung, dass der Grundsatz der Vertraulichkeit elektronischer Kommunikation nach Artikel 5 dieser Richtlinie es jeder anderen Person als dem Nutzer grundsätzlich untersagt, ohne dessen Einwilligung Verkehrsdaten zu speichern, die mit der elektronischen Kommunikation verbunden sind³³. Sodann hat der Gerichtshof betont, dass die in Artikel 15 Abs. 1 gewährte Befugnis als Ausnahme von der grundsätzlichen Verpflichtung zur Vertraulichkeit nach ständiger Rechtsprechung eng auszulegen ist und weiter ausgeführt: „Eine solche Bestimmung vermag es daher nicht zu rechtfertigen, dass die Ausnahme von dieser grundsätzlichen Verpflichtung und insbesondere von dem in Artikel 5 der Richtlinie vorgesehenen Verbot, diese Daten zu speichern, zur Regel wird, soll die letztgenannte Vorschrift nicht weitgehend ausgehöhlt werden“³⁴. Auf Grund der charakteristischen Merkmale einer allgemeinen und unterschiedslosen Vorratsdatenspeicherung hat der Gerichtshof schließlich festgestellt, dass eine derartige Regelung die Vorratspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten zur Regel macht, obwohl nach dem

³³ Urteil vom 21. Dezember 2016, *Tele2 Sverige und Watson u.a.*, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 85.

³⁴ Urteil vom 21. Dezember 2016, *Tele2 Sverige und Watson u.a.*, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 89. Ebenda, Rn. 89.

mit der Richtlinie 2002/58 geschaffenen System die Vorratsspeicherung von Daten die Ausnahme zu sein hat³⁵. Damit hat der Gerichtshof seine Schlussfolgerung zur Unverhältnismäßigkeit einer solchen Regelung unabhängig von der grundrechtlichen Beurteilung maßgeblich auf eine systematische Auslegung der Bestimmung von Artikel 15 Abs. 1 der ePrivacy-Richtlinie gestützt; eine methodische Vorgehensweise, die angesichts der verschiedenen Anhaltspunkte im Wortlaut der Richtlinie und in der bereits ergangenen Rechtsprechung zum Ausnahmecharakter der fraglichen Bestimmung unmittelbar einleuchtet. Da der Gerichtshof zugleich nicht jede Form von präventiver Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten als mit dem Unionsrecht unvereinbar ansieht³⁶, wird offenkundig, dass es gerade die umfassende Anordnung der Speicherung sämtlicher Verkehrs- und Standortdaten elektronischer Kommunikation ohne Verdachts- oder Gefährdungslage ist, die in einer demokratischen Gesellschaft als unverhältnismäßig beurteilt wird.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch die jüngste beihilfe-rechtliche Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Rechtssache World Duty Free³⁷. Die seit geraumer Zeit zu beobachtende Neigung der nationalen Gesetzgeber, das Steuerrecht zu Zwecken der Begünstigung bestimmter Formen wirtschaftlicher Aktivitäten in Dienst zu nehmen, hat das mitgliedstaatliche Steuerrecht naturgemäß in den Fokus des in Artikel 107 Abs. 1 AEUV verankerten Verbots staatlicher Beihilfen gerückt. In der Rechtssache World Duty Free hat der Gerichtshof die Tragweite des Beihilfeverbots im Steuerrecht konkretisiert, die maßgeblich von der Beurteilung der Selektivität der Steuerbegünstigung abhängt. Demnach muss die Kommission für die Einstufung einer nationalen steuerlichen Maßnahme als „selektiv“ in einem ersten Schritt die in dem betreffenden Mitgliedstaat geltende allgemeine oder „normale“ Steuerregelung ermitteln und in ei-

³⁵ Urteil vom 21. Dezember 2016, *Tele2 Sverige und Watson u.a.*, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 104. Rn. 104.

³⁶ Urteil vom 21. Dezember 2016, *Tele2 Sverige und Watson u.a.*, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 108 ff. Rn 108 ff.

³⁷ Urteil vom 21. Dezember 2016, *Kommission/World Duty Free Group u. a.*, C-20/15 P und C-21/15 P, EU:C:2016:981.

nem zweiten Schritt dartun, dass die in Rede stehende steuerliche Maßnahme vom allgemeinen System insoweit abweicht, als sie Unterscheidungen zwischen Wirtschaftsteilnehmern einführt, die sich im Hinblick auf das mit dieser allgemeinen Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden³⁸. Gerade im ersten Schritt dieser Prüfung kommt es damit ganz wesentlich auf den Ausnahmecharakter der maßgeblichen steuerrechtlichen Begünstigung an, was allerdings nicht gleichbedeutend mit der Feststellung einer unionsrechtswidrigen Beihilfe ist. Zwar sind Maßnahmen, die eine Unterscheidung zwischen Unternehmen einführen, die sich in einer im Hinblick auf das von der in Rede stehenden rechtlichen Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden, a priori selektiv, sie unterfallen aber dann nicht dem Beihilfeverbot, wenn der betreffende Mitgliedstaat nachweisen kann, dass diese Unterscheidung gerechtfertigt ist, weil sie sich aus der Natur oder dem Aufbau des Systems, in das sie sich einfügen, ergeben³⁹. Die Vorlage des BFH in der anhängigen Rechtssache A-Brauerei⁴⁰ gibt dem Gerichtshof die Gelegenheit, seine Rechtsprechung weiter zu entfalten.

Schließlich möchte ich auf das mehrwertsteuerrechtliche Beispiel der Auslegung der in Artikel 132 Abs. 1 lit. m) enthaltenen Befreiungsvorschrift über „bestimmte, in einem Zusammenhang mit Sport und Körperertüchtigung stehende Dienstleistungen“ zu sprechen kommen. Nachdem der Gerichtshof in einer Abfolge von Entscheidungen den Telos dieser Befreiung darin erkannte, eine solche Betätigung durch breite Schichten der Bevölkerung zu fördern⁴¹. Eine Auslegung dieser Bestimmung dahingehend, dass sie nur auf organisierte, planmäßig oder mit dem Ziel der Teilnahme an Sportwettkämpfen ausgeübte sportliche Betätigungen abziele, wurde

³⁸ Urteil vom 21. Dezember 2016, Kommission/World Duty Free Group u. a., C-20/15 P und C-21/15 P, EU:C:2016:981, Rn. 57.

³⁹ Urteil vom 21. Dezember 2016, Kommission/World Duty Free Group u. a., C-20/15 P und C-21/15 P, EU:C:2016:981, Rn. 58.

⁴⁰ Rechtssache A-Brauerei, C-374/17, anhängig.

⁴¹ Urteil vom 19. Dezember 2013, Bridport and West Dorset Golf Club, C-495/12, EU:C:2013:861, Rn. 23, sowie vom 26. Oktober 2017, The English Bridge Union, C-90/16, EU:C:2017:814, Rn. 23.

demnach als mit dem Ziel der Vorschrift unvereinbar angesehen⁴². Demgegenüber wurden Tätigkeiten, die der körperlichen und geistigen Gesundheit förderlich erscheinen, dann nicht als steuerbefreit angesehen, wenn sie der reinen Erholung oder Entspannung dienen⁴³. Die dem Gerichtshof sodann unterbreitete Frage, ob das Kartenspiel „Duplicate-Bridge“ dieser Befreiungsvorschrift unterfalle, bot dem Gerichtshof Gelegenheit, seine Entscheidung maßgeblich auf den Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmegesetzen zu stützen. Diese Entscheidung wird angesichts vielfältiger Abgrenzungsschwierigkeiten bspw. gegenüber dem Gesang und den Folgen für neuartige Sportarten wie den sog. E-Sports verständlich. So entschied der Gerichtshof, dass die bloße Förderlichkeit einer Betätigung für die Gesundheit eine Auslegung als Sport ebenso wenig rechtfertigt wie die regelmäßige Austragung von Wettkämpfen. Mit Blick auf gewisse traditionelle Spiele sah sich der Gerichtshof indes veranlasst darauf hinzuweisen, dass seine Auslegung der Frage nicht vorgreife, ob eine Tätigkeit, die eine unbedeutend erscheinende körperliche Komponente enthält, der Befreiungsvorschrift über „kulturelle Dienstleistungen“ unterfallen könne, wenn sie unter Berücksichtigung ihrer Ausübung, ihrer Geschichte und der Tradition, zu denen sie gehört, in einem Mitgliedstaat in dessen sozialem und kulturellem Erbe eine solche Bedeutung einnimmt, dass sie als Teil der Kultur angesehen werden kann⁴⁴.

III. Fazit

Ich komme zum Schluss.

Das Postulat enger Auslegung von Ausnahmebestimmungen gehört als allgemeiner Auslegungsgrundsatz des Unionsrechts zum methodischen Repertoire, auf das sich der Gerichtshof in seiner beständigen Spruchpraxis stützt. In aller Regel verzichtet der Gerichtshof auf die Formulierung von

⁴² Urteil vom 21. Februar 2013, Žamberk, C-18/12, EU:C:2013:95, Rn. 23 und, 24.

⁴³ Urteil vom 21. Februar 2013, Žamberk, C-18/12, EU:C:2013:95, Rn. 22 sowie vom 25. Ebenda Rn. 22 sowie Urteil vom 25. Februar 2016, Kommission/Niederlande, C-22/15, nicht veröffentlicht, EU:C:2016:118, Rn. 24 und 25.

⁴⁴ Urteil vom 26. Oktober 2017, The English Bridge Union, C-90/16, EU:C:2017:814, Rn. 20, 25 und 28.

Anwendungsdirektiven auf mittlerem Abstraktionsniveau, sondern belässt es bei der einzelfallbezogenen Anwendung dieser Maxime. Immerhin legt der Gerichtshof anhand der Systematik des betroffenen Unionsrechtsaktes dar, welche Gesichtspunkte zur Anwendbarkeit des Grundsatzes enger Auslegung von Ausnahmevorschriften führen. Auf diese Weise verschafft der Gerichtshof seiner Rechtsprechung eine objektiv nachvollziehbare Grundlage für seine Entscheidungen, sichert ihr jedoch zugleich eine gewisse Flexibilität, die methodisch unschlüssige Ergebnisse vermeidet. Besonders hervorzuheben ist, dass der Gerichtshof mit dem Topos der engen Auslegung von Ausnahmevorschriften eine Verbindung von systematischen und teleologischen Auslegungselementen pflegt, durch die seine Rechtsprechung namentlich an die Weichenstellungen des Unionsgesetzgebers anknüpft, um auf diese Weise die Akzeptanz seiner Rechtsprechung zu gewährleisten

Es ist sicher richtig, dass die Akzeptanz der Rechtsprechung der Unionsgerichte nach wie vor nicht mit der Selbstverständlichkeit konkurrieren kann, mit der die Rechtsprechung nationaler Gerichte befolgt wird. Dennoch sollten die offensichtlichen Fortschritte nicht verkannt werden, die erzielt worden sind. Vor allem lehrt der Blick auf den Brexit und auf die Rechtsstaatsprobleme oder die grassierende Korruption in manchen Ländern, wie fundamental eine funktionstüchtige Kooperation der Dritten Gewalt in Europa ist. Der richterliche Dialog des Vorabentscheidungsverfahrens ist daher weit mehr als nur ein Instrument zur Gewährleistung von Rechtseinheit in Europa. Es ist ganz maßgeblich dieses Verfahren, dass die Kraft des Rechts in Europa auch gegenüber autoritären Tendenzen allorts sichert und über das gemeinsame Recht zugleich eine Verbindung zwischen den Völkern schafft. Dass es im europäischen Rechtsprechungsdialog heute und in beständig zunehmendem Maße nicht mehr um die leicht verdauliche Kost der schlichten Auslegung des einfachen Fachrechts geht, sondern immer mehr um die Werte, für die die Union steht, verdient umso mehr Hervorhebung als zwischenzeitlich offenkundig geworden ist, dass auch Deutschland keine Insel der Seligen ist. Auch so mancher Kollege scheint noch nicht verstanden zu haben, dass die Zeit kleinteiliger Spielchen vorbei ist und man aufhören muss, versteckt hinter vollmundigen Erklärungen zugunsten Europas für alles und jedes eine Ausnahme einzufordern, um zu Hause alles beim Alten belassen zu können. Es ist die Stunde, in der sich zeigt, ob die von der Geschichte verwöhnte Generation

der Babyboomer sich auf ihre Verantwortung vor der europäischen Geschichte zu besinnen vermag und bereit ist, für die Werte zu streiten, auf denen Europa gegründet ist. Seit es in Europa um den Rechtsstaat geht, wissen wir, dass es ums Ganze geht.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.

Diskussion

Moderation: Hanno Kube

Hanno Kube:

Lieber Herr von Danwitz, wir danken ganz herzlich für ein großes, ein weit ausgreifendes Referat, zunächst zu den Auslegungsgrundsätzen des Europarechts, zu dem Gedanken der engen Auslegung von Ausnahmen und zu den Gründen für diesen Gedanken wie auch zu der Bedeutung der Bezugnahme auf das Regelungskonzept, mit Blick auf das dieser Gedanke nur fruchtbar gemacht werden kann. Wir danken für Ihre Einblicke in die Anwendungspraxis, die Sie uns gewähren, und insbesondere auch für die mahnenden, zugleich aber zukunftsgerichteten Worte am Ende. Wir kommen damit zur Diskussion und ich darf Sie auffordern, Fragen zu stellen, Diskussionsbeiträge zu liefern.

Christian Seiler:

Herr von Danwitz, herzlichen Dank für diesen anregenden Vortrag, der uns das Verhältnis von Regel und Ausnahme in der gesamten Breite des Europarechts dargestellt hat. Wenn ich als kleiner Steuerrechtler aus den Niederungen dieses Rechtsgebiets in die Höhen des Europarechts hinaufschau, dann drängt sich natürlich im Moment ein Ausschnitt dieses Rechtsgebiets auf, den Sie aus guten Gründen ausgespart haben. Ich erlaube mir gleichwohl, eine Frage aus diesem Bereich zu stellen, und ich bemühe mich, die Frage so abstrakt zu formulieren, dass Sie als Wissenschaftler darauf antworten können, ohne irgendwelche Rückschlüsse auf eine Subsumtion zu § 6a Grunderwerbsteuergesetz zu ermöglichen. Es ist uns allen im Raum klar, dass Sie sich hierzu im Moment nicht äußern können, auch wenn es uns große Freude bereitet hätte.

Worüber ich schon lange, natürlich spezifisch mit Blick auf das Steuerrecht, nachdenke, ist die Frage nach dem Begriff des selektiven Vorteils. Der selektive Vorteil hängt ja wie kaum eine andere Kategorie des Europarechts mit Bezug zum Steuerrecht an einem Verhältnis von Regel und Ausnahme. Dieses Verhältnis lesen wir oft in das Kriterium der Selektivität

hinein. Müsste man es aber nicht schon bei dem Begriff des Vorteils fruchtbar machen, der vom EuGH gelegentlich etwas formal gehandhabt wird? Müsste man hier nicht materieller ansetzen? Ein Vorteil ist immer eine Besserstellung, im Sinne von „besser als“, und damit ist er immer etwas Selektives. Das Selektive ist also schon im Vorteilsbegriff enthalten. Müsste man deshalb die Argumente, die zum Thema „Bezugsrahmen“ aufgebracht werden, nicht schon im Vorteilsbegriff aufarbeiten, also nach der inneren Ratio eines Rechtsgebietes fragen und auf dieser Grundlage Bestimmungen ausscheiden, die nur vermeintlich aussehen wie ein Vorteil, in Wirklichkeit aber gar keiner sind? Ich habe da natürlich nicht an eine bestimmte Vorschrift gedacht.

Thomas von Danwitz:

Wozu würde das praktisch führen, wenn ich zurückfragen darf? Wir haben das Problem, dass sie sowohl einzelne Wirtschaftszweige begünstigen können unter dem Beihilfeverbot, als auch einzelne Unternehmen. Es hilft relativ wenig zu sagen, dass die Automobilindustrie begünstigt wird, denn dann sind sie noch immer nicht aus dem Beihilfeverbot heraus. Aber das ist wahrscheinlich nicht Ihre Idee. Vielleicht wäre es deswegen ganz gut, dass Sie nochmal sagen, wozu Ihre Überlegung denn führen würde.

Christian Seiler:

Natürlich bleibt noch das Kriterium der Wettbewerbsrelevanz, das ja als weiteres Kriterium auch im bisherigen Beihilfebegriff enthalten ist. Die Frage, ob einzelne Produktionszweige oder Unternehmensgruppen herausgenommen werden, ist eine gesondert zu betrachtende Fragestellung, auf die ich gar nicht eingehen wollte. Ich meinte etwas anderes, nämlich Vorschriften, die möglicherweise in ihrem Grundtatbestand überschießend formuliert sind und die dann korrigiert werden durch andere Vorschriften, die letztlich nichts anderes sind als eine teleologische Reduktion. Ist das nicht schon ein Problem des Vorteilsbegriffs?

Thomas von Danwitz:

Ich bitte mir nachzusehen, wenn ich ein bisschen allgemein antworte. Das Verfahren A-Brauerei hat – nachdem wir in den Fällen Gibraltar, wo ich

Berichterstatter war, und im Fall Duty Free für unser Verständnis als Gerichtshof der Meinung waren, sehr getreu der anerkannten Rechtsprechungslinien zu urteilen, aber auch der Meinung waren, dass es sozusagen nicht darum ging eine Grundsatzentscheidung von bahnbrechender Tragweite zu treffen – hat uns vor allem das Verfahren A-Brauerei jetzt natürlich die Gelegenheit gegeben ein bisschen mehr Ordnung in das System zu bringen. Ich finde den Gedanken interessant, ich müsste mal genau sehen wozu das konkret führt, wenn man es in den Vorteilsbegriff hineinnimmt, statt in den Begriff der Selektivität.

Das Grundproblem scheint mir natürlich das gleiche zu bleiben. Die Frage ist, was machen die Mitgliedsstaaten da? Ich sage mal ganz ehrlich, das ist eigentlich keine steuerrechtliche Frage, sondern das ist eine beihilferechtliche Frage. Wenn die Mitgliedsstaaten, und ich meine wir sprechen ja auch mit Leuten, wenn dann gesagt wird „Ja wieso, aber natürlich lenken wir, indem wir solche Gesetze machen. Wir lenken wirtschaftliche Tätigkeiten.“. Dann habe ich immer gesagt: „Habt ihr euch das gut überlegt, dass ihr lenkt?“ Denn wenn es sich letztlich um Lenkungswirkungen handelt, dann ist der Schritt zur Beihilfe kein großer. Aber ich glaube man muss zwei Dinge sehen:

Der Gerichtshof muss, das ist aus seiner Perspektive kaum anders zu machen, Aussagen zu nationalem Recht bekommen, die verlässlich und nachvollziehbar sind. Es kann also nicht darum gehen, dass man sagt: „Naja, das steht da so im Gesetz, aber das ist bitte anders zu verstehen.“ Das reicht in aller Regel nicht aus, um den Gerichtshof zu beruhigen. Was allerdings wichtig ist, und das ist glaube ich der ganz zentrale Punkt – und Herr Kube hat ihn heute Morgen in der Einleitung schon angesprochen – grundsätzlich ist die Definition des Referenzrahmens eine Frage des nationalen Rechts. Da urteilen wir nicht in eigener Kompetenz über die Auslegung des nationalen Rechts, sondern nehmen das nationale Recht so wie es uns präsentiert wird und prüfen nur, ob die Darstellung, die der Mitgliedsstaat gibt, schlüssig ist.

Das wird ja in aller Regel bestritten von einer Partei, die auch aus dem nationalen Rechtsrahmen stammt und deswegen haben wir Gelegenheit, das sauber zu prüfen. Aber wenn das der Fall ist, besteht ja im Weiteren dann noch die Rechtfertigungsmöglichkeit innerhalb der Systematik des natio-

nenen Rechts. Und hier sollte man auch nicht vorschnell meinen, dass lediglich die Frage der Selektivität schon alles entscheidet, weil auch eine selektive Steuerbeihilfe kann gerechtfertigt sein nach dem System.

Persönlich würde ich, wenn ich so ganz grobe Linien der Rechtsprechung des Gerichtshofes sehe, würde ich meinen, dass also zumindest dieses System – zu sagen, das Verbot, also der Selektivitätsbegriff hier, ist eher ein grober Filter und danach kommt im Wege der Rechtfertigung noch ein spezifischerer Filter – könnte ich mir vorstellen, dass das auch eine spannende Lösung für das von Ihnen angesprochene Problem sein könnte.

Florian Zawodsky:

Ich würde gerne das Beispiel von der Mehrwertsteuersystemrichtlinie und den ermäßigten Steuersätzen aufgreifen. Ich denke hier ist schön zu sehen, was die Regel und was die Ausnahme ist. Sie haben eben bereits die Positivliste erwähnt, was man eben heutzutage sagt „Sport ist begünstigt, kann man begünstigen als Mitgliedsstaat“.

Jetzt schlägt ja die EU-Kommission vor, das umzudrehen in eine Negativliste und zu sagen: Waffen darf man nicht mehr begünstigen. Meine Frage dazu, aus gesetzgeberischer Sichtweise: Was ist da vorzugswürdig, eine Positiv- oder Negativliste? Und die Frage generell-abstrakt, nur als Beispiel, weil mir schon klar ist, dass da viel Politik mit reinspielt. Man kann das vielleicht als „carrot and stick“-Maßnahme sehen zu anderen Kommissionsvorschlägen. Wenn ich mich in die Lage des Gesetzgebers versetze, wie umschreibe ich die Ausnahme und wie komme ich dazu?

Thomas von Danwitz:

Ich bitte um Verständnis. Für uns ist das Mehrwertsteuersystem ein relativ komplex gewordenen System dadurch, dass man so viele Ausnahmen hingenommen hat, die wiederum ausgeübt werden von den Mitgliedsstaaten. Und das in einer sehr heterogenen Weise. Nehmen wir mal das Beispiel, weil es wieder in der Presse war, der Besteuerung von Hoteldienstleistungen und die Frage des Steuersatzes. Ob das an der badisch-elsässischen Grenze zu Wettbewerbsverzerrungen oder dergleichen führt, kann der Unionsrichter nicht prüfen.

Deswegen, muss ich gestehen, habe ich eine gewisse Sympathie dafür, dass die Kommission nachsteuern möchte und sagen möchte: „Wenn wir schon die Ausnahmen nicht ganz wegbekommen, machen wir wenigstens Negativlisten, dass wir bestimmte gesetzgeberisch oder politisch unerwünschte Steuerbefreiungen damit nicht mehr gestatten.“ Das macht das System natürlich noch komplizierter. Als Richter würde ich mir dagegen wünschen, dass wir die Ausnahmetatbestände durchforsten und sehen, was ist da wirklich notwendig an Ausnahmen. Und natürlich: Auch die Korridore der Sätze sind aufgebläht worden. Aber das ist weniger die Sorge des Richters, das ist eher die Sorge der Wettbewerbswirkungen. Also das wäre meine erste Antwort auf Ihre Frage.

Armin von Bogdandy:

Lieber Herr von Danwitz, Sie haben uns allen ein gutes Gefühl vermittelt und uns in eine gute Stimmung versetzt. Denn Sie haben uns gezeigt, dass die etablierten Standards der deutschen Dogmatik im Europäischen Gerichtshof eine starke Stimme haben und man große Teile der europäischen Rechtsprechung auch mit diesen Standards rekonstruieren kann. Das ist sehr wichtig – selbst so unverdächtige Zeitgenossen wie Jürgen Habermas sagen ganz eindeutig, dass dies Standards sind, die für die Vernunft in der Geschichte verantwortlich sind. Nun haben Sie uns aber vor allen Dingen gezeigt, wie die juristische Argumentation lief. Sie haben uns nur ganz selten gezeigt, und dann auch mit leiserer Stimme, was eigentlich herausgekommen ist. Und Sie haben uns auch nicht gesagt, welche eigentlich die materiellen Interessenkonflikte waren, die mit diesen Auslegungen behandelt wurden.

Das führt mich zu meiner Frage über die methodengerechte Anwendung des Rechts, von der Sie einleitend gesprochen haben und die natürlich ungeheuer wichtig ist für die Akzeptanz des Gerichtes. Gehört zu dieser methodengerechten Auslegung nicht auch, dass das, was Sie uns hier nur mit leiser Stimme vorgetragen und auch manchmal gar nicht vorgetragen haben, nämlich was der tatsächliche Interessenkonflikt und was herausgekommen ist, was also die Folgen der Entscheidung im konkreten Fall waren? Und sollte dies nicht noch deutlicher in den Erwägungen des Gerichtshofs Ausdruck finden?

Thomas von Danwitz:

Ich danke für die Frage, lieber Herr von Bogdandy. Bei den Beispielen, die ich genannt habe, ist glaube ich relativ offensichtlich, wie es ausgegangen ist und welches die Interessengegensätze waren. Aber Sie adressieren, glaube ich, Ihre Frage auch eher an die Art und Weise, wie unsere Urteile abgefasst werden und wie der Gerichtshof zu zentralen Fragen steht. Nun sage ich immer: Den Europäischen Gerichtshof gibt es fast so lange wie das Bundesverfassungsgericht und wir krebzen trotzdem, was Akzeptanz und sonstige Dinge angeht, in einer ganz anderen Liga herum.

Allerdings ist richtig, dass wir natürlich die hochpolitischen Fragen, die wir gegenwärtig beispielsweise anhängig haben am Gerichtshof, erst seit im Grunde genommen zehn Jahren kennen. Und dass es natürlich nicht nur in der Institution selbst, sondern auch in den Rechtsakten des Raums der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts häufig nur erspürbar ist, wie die eigentlichen Interessenkonflikte gelöst wurden und der Gerichtshof intuitiv vor der schwierigen Frage steht: Macht er sich noch stärker als durch seine Entscheidungen zum Verkünder eines bestimmten Wertes? Also beispielsweise die Frage: Schreiben wir in den Verfahren, die die öffentliche Sicherheit betreffen und Kommunikationsgrundrechte, schreiben wir da Absätze über das, was für uns eine demokratische Gesellschaft ist? Schreiben wir da Absätze hinein, wie wir uns vorstellen, dass die eine oder andere Regelung missbraucht werden könnte? Ist das produktiv oder ist das kontraproduktiv? Das sind bisher sehr schwierige Fragen für den Gerichtshof gewesen, die uns veranlasst haben, eher vorsichtig zu sein und relativ nüchtern zu bleiben in unseren Prüfungen, relativ technokratisch, wenn Sie so wollen. Ob wir das in Zukunft bleiben können – ich verstehe ihre Frage gerade auch so – ist für mich in der Tat eine Frage, weil natürlich gerade derartige Anfragen an den Gerichtshof gerichtet werden, die sich ohne klare Bekenntnisse zu den Werten auch nicht beantworten lassen. Insofern, glaube ich, erspüren Sie den Zug der Zeit und Sie werden über kurz oder lang dazu, so glaube ich, auch mehr vom Gerichtshof hören.

Das scheint aber alles für mich eingebettet zu sein in eine europäische Entwicklung, wenn sie uns dahin trägt. Auf der anderen Seite haben wir natürlich auch Verfahren, wo gerade übermäßig deutliche Erklärungen [...] – nehmen Sie nur mal als ein Beispiel das gegenwärtig beim Gerichtshof anhängige Verfahren, das das BVerfG anhängig gemacht hat, zur Staatsschuldenkrise und zur Politik der EZB: Soll der Gerichtshof da in der Tat

das Publikum darüber belehren, was eine sinnvolle europäische Finanz- oder Stabilitätspolitik ist? Es gibt, glaube ich, auch Grenzen dessen, was ein Europäischer Gerichtshof gegenwärtig machen kann. Ich hoffe, dass das in 30 Jahren anders ist und ich sagte, es ist eine Entwicklung und wir werden mehr machen. Aber auch da gibt es Grenzen dessen, was sinnvoll ist, weil wir einfach damit den Widerspruch und die Gegensätze betonen würden.

Adam Dampc:

Vielen Dank für den spannenden Vortrag. Ich habe im Wesentlichen zwei Fragen, die auch miteinander verbunden sind.

Sie haben gesagt, es gibt die Auslegungsregel, dass Ausnahmen eng auszulegen seien. Was wären denn die Ausnahmen dieser Regel? Und die zweite Frage: Woran erkennen Sie, was die Ausnahme und die Regel ist? Sie haben vorhin gesagt, Artikel 107 Abs. 2 AEUV seien die Ausnahmen von Abs. 1 und damit eng auszulegen. Wir könnten natürlich auch sagen, der Abs. 1, das generelle Beihilferecht, ist bereits eine Ausnahme der Regel, dass die Mitgliedsstaaten die Souveränität über ihr eigenes Steuerrecht haben sollen. Und in Abs. 2a haben wir beispielsweise als Ausnahme soziale Beihilfen, die sich dann durch Grundrechte oder den Sozialstaat begründen ließen. Und dann ist das natürlich auch schwierig, solche Güter von Verfassungsrang auf die Ausnahme zu reduzieren, dass der Sozialstaat oder die Grundrechte dann die Ausnahme sein sollen. Dann wäre die Frage, ob man an manchen Stellen nicht das Paradigma von Ausnahmen und Regeln aufgeben könnte und eher von einer Kollision bestimmter Prinzipien sprechen könnte?

Thomas von Danwitz:

Also auf ihre erste Frage: Wir haben in der Rechtsprechung keine Ausnahme vom Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmen formuliert.

Was ihre übrigen Erwägungen angeht, die kennen wir natürlich aus den Schriftsätzen zu genüge. Ich bitte sehr um Nachsicht, wenn ich jetzt nicht die Systematik des Vertrages oder einzelner Rechtsakte hier lehren möchte, sondern ich bitte vielleicht mit Blick auf das allgemeine Publikum, uns richtig zu verstehen. Wir sind zwar alle Juristen und haben auch eine Vorliebe für unsere eigenen und im Zweifel dann für die Orchideen auch der anderen, aber wir sind vor allem nicht blöde. Und – ich bitte um Nachsicht

wenn ich das so sage – man darf nicht meinen, dass in einem Europäischen Gerichtshof nicht gesehen wird, was die Mitgliedsstaaten machen und wozu das im Hinblick auf die Wettbewerbsverhältnisse im Binnenmarkt führt. Nehmen sie doch zunächst mal ein Beispiel, das weit weg von Deutschland ist. Nehmen sie doch mal den Apple-Fall. Wie viel sind das? 13-14 Milliarden? Ist doch eine stolze Leistung, oder nicht? Ich meine die Frage, „was bedeutet das für den Wettbewerb?“, brauche ich in diesem Saal nicht zu stellen. Und damit die Frage für den Binnenmarkt und seine Funktionsfähigkeit. Und ich brauche natürlich auch nicht zu betonen, dass ein kleines, armes Land – nehmen sie mal meinen bulgarischen oder zypriotischen Kollegen – das Beihilfeverbot anders liest als ein Richter, der vielleicht aus einem sehr reichen Land kommt, wo eine Regierung mit einem Fingerschnipp mal eben zwei Milliarden mobilisieren kann, wenn das erforderlich ist. Da sind die eigentlichen Probleme der Beurteilung der Systeme. Wir müssen gucken, dass Europa irgendwie funktionsfähig bleibt, trotz der divergierenden Interessen. Wir haben dann als Gerichtshof jenseits der Systematik eines bestimmten Rechtsgebietes weitere Dinge, die wir beachten müssen. Ich bitte sehr um Nachsicht für die sehr bodenständige Antwort, die ich da gebe. Aber Sie würden, glaube ich, den Gerichtshof und seine Rechtsprechung missverstehen, wenn ich nicht auf dieser Ebene antworte.

Paul Kirchhof:

Ich sage ganz herzlichen Dank für diesen methodisch disziplinierten und deswegen so einsichtigen Vortrag. Es war ein sehr reichhaltiger, bereichernder, die Zukunft gestaltender Beitrag.

Ich habe zwei Fragen: Sie haben die Regel immer ganz bewusst und gezielt vom konkreten Gesetzgebungsziel abgeleitet. Das kommt dem sehr nahe, was wir teleologische Auslegung nennen. Nun haben wir in den letzten Jahren aber auch in der Literatur, gelegentlich auch in Luxemburg, gehört, im Europarecht ginge es mehr um eine finale Auslegung, die – ich vereinfache und vergrößere, um das Thema zu verdeutlichen – Europarecht daran misst, ob es der Integration dient. Ein solches Grundverständnis würde natürlich fundamental von dem abweichen, was ein Verfassungsgericht als Maß für alle Hoheitsgewalt versteht: nämlich die Mächtigkeit zu mäßigen, auf die rechtliche Ermächtigung zurückzunehmen, auf die Betroffenheit der Bürger auszurichten. Folgt man diesem Prinzip der

Verhältnismäßigkeit, so kann die Regel nicht allein von dem abgeleitet werden, was der jeweilige Gesetzgeber sich als Ziel gesetzt hat.

Die zweite Frage sucht nach den Stufen der Regelhaftigkeit. Wir folgen im Steuerrecht dem Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Dieses ist ein sehr allgemeines Leitprinzip, das im Einkommensteuerrecht als einer Personensteuer nach den individuellen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen ausgeprägt wird, im Umsatzsteuerrecht hingegen allenfalls die in der Kaufkraft vermutete Leistungsfähigkeit meint.

Auf einer zweiten Stufe fragen wir nach dem Navigator der jeweiligen Einzelsteuern. Wohin will uns die Einkommensteuer, die Umsatzsteuer, die Erbschaftssteuer führen? Die Einkommensteuer fragt nach dem Gewinn oder Überschuss, der durch Nutzung einer Erwerbsgrundlage erzielt worden ist. Die Umsatzsteuer ist eine Verbrauchsteuer, belastet also die Konsumentennachfrage, müsste dann den zwischenunternehmerischen Umsatz aus dieser Regel ausgrenzen. Weitere gesetzliche Regeln gibt es für Inland und Ausland, für Wettbewerb und Nichtwettbewerb, für Eigennutz und Gemeinnützigkeit.

Wenn wir unsere Frage „Regel und Ausnahme“ – wie in der Einleitung von Hanno Kube vorausgedacht – für gesetzlich definierte Tatbestände entwickeln, bleibt alles, was vom gesetzlichen Tatbestand nicht erfasst ist, außerhalb des Regelungsbereichs. Das ist nicht Ausnahme, sondern Freiheit. Diese vor jeder gesetzlichen Tatbestandlichkeit stehende Freiheit ist ein Prinzip, das die Regel bestimmt. Könnten Sie zu diesem Verhältnis etwas sagen? Welche Autorität beantwortet die Stufung von Prinzip, Regel und Ausnahme?

Thomas von Danwitz:

Vielen Dank Herr Kirchhof, das Letztere ist in der Tat eine sehr schwierige Frage und ich verstehe jetzt auch die vorhergehende Frage in ihrer Tiefe ein bisschen besser.

Ich glaube, man versteht den Gerichtshof gut, wenn man weiß, dass die Richter in der großen Mehrheit Fachrecht machen dürfen, machen müssen und sich mit den Schwierigkeiten des Sekundärrechts zu befassen haben. Deshalb ist die typische Reaktion auf Ihre Frage auch die: Es ist im Grunde genommen die unterste Ebene, auf der wir Regel und Ausnahme festmachen, die unterste normative Ebene. Und lassen Sie mich auch sagen: Es ist

auch deshalb für den Gerichtshof wichtig, sich bei der Auslegung des Fachrechtes an diesen normativen Ausdruck zu halten, weil ansonsten seine Rechtsprechung mit deutlich größeren Unsicherheiten behaftet wäre und das eigentliche Ziel der ganzen Methodik, sich an den Gesetzgeber anzudocken, würde im Grunde genommen in Frage gestellt.

Nun, Sie haben so freundlich in der ersten Frage gesagt: „Das war sehr regelbezogen, das war methodisch sehr vertraut.“ Ihnen bilateral darf ich vielleicht sagen: Das ist eben meine Handschrift gewesen. Aber ich muss natürlich auch einräumen, dass wir Fälle haben – und das hatte ich zwischen den Passagen auch gesagt – wo wir uns im reinen Vertragsrecht bewegen und wo die Dinge schwierig werden, weil die Regelungen, die wir haben – ich möchte nicht sagen fast beliebig auslegungsfähig sind – aber im Grunde genommen kaum Anhaltspunkte bieten, aber es gleichwohl offensichtlich ist, dass es kein Programmsatz sein soll, sondern eine verbindliche Norm. Diese Fälle sind für uns, jeden einzelnen Richter, extrem schwierig. Und ob dann im Hinterkopf des einen die Integrationsnützlichkeit oder ein so wahrgenommenes nationales Interesse eine Rolle spielen mag, das ist kaum nachvollziehbar und das ist auch schwierig zu beurteilen. Ich kann lediglich sagen, dass derartige Dinge in den Beratungen offengelegt werden, also nicht im Sinne „Ich reklamiere hier ein wie genanntes Interesse“, aber dass deutlich wird, wer für welche Auslegung streitet aus welchen Gründen. Und es ist schon eine sehr rationale Entscheidungsfindung, vom Prozess her.

Aber es ist natürlich richtig, dass je offener die Normen sind, desto offener ist auch das Ergebnis, das herauskommen kann. Und Sie wissen ja, man ist als Richter manchmal auch ein bisschen unglücklich mit einem Ergebnis. Auch das kann passieren und es gehört dazu, dass das passiert, weil es ja nur zeigt, dass lebendig um das Recht gestritten wird. Also insofern bleibe ich Ihnen eine letzte Antwort schuldig.

Hanno Kube:

Ganz herzlichen Dank, lieber Herr von Danwitz für ein grundsätzliches und zugleich konkretes Referat, mit dem Sie uns in wunderbarer Weise Regel und Ausnahme im Europarecht vorgestellt und zugleich den Boden bereitet haben für all das, was heute noch kommt. Ganz herzlichen Dank auch für die offenen, auch nachdenklich stimmenden Antworten auf die

Fragen, in der Abwägung zwischen wissenschaftlicher Offenheit und Zurückhaltung, die geboten ist in Ihrer Rolle. Ganz herzlichen Dank für Ihr Kommen, Herr von Danwitz, für das Referat und für die Diskussion. Danke auch an die Teilnehmer der Diskussion.

Wir dürfen uns erkenntlich erweisen mit einer kleinen Gabe: Einige Erträge des Instituts für Finanz- und Steuerrecht, unter anderem Erträge, die sich auf Art. 107 AEUV beziehen, auf Grundlage eines Werkstattgesprächs am Institut.

Ganz herzlichen Dank, Herr von Danwitz.

§ 3 Regel und Ausnahme in der Rechtsvergleichung

Uwe Kischel

I.	Einführung.....	41
II.	Bedeutung von Regel und Ausnahme in der Rechtsvergleichung?.....	43
	1. Ergebnisorientierung.....	43
	2. Kontextuelles Grundverständnis.....	45
	3. Gelebtes Recht.....	46
	4. Differenzierter Begriffsinhalt von Regel und Ausnahme.....	49
III.	Regel und Ausnahme in den verschiedenen Rechtsordnungen.....	49
	1. Inhaltliche Perspektive.....	50
	a. Verschiedenheit.....	50
	b. Verfälschung.....	51
	c. Verwirrung.....	52
	2. Konzeptionelle Perspektive.....	52
	a. Debatte zwischen Regel und Ausnahme.....	53
	b. Dialektik von Regel und Ausnahme.....	54
	c. Dekomposition von Regel und Ausnahme.....	54
	d. Dialog statt Regel und Ausnahme.....	56
IV.	Ergebnis und methodischer Ausblick.....	57

I. Einführung

Regeln sichern Freiheit, heißt es in der Einladung zu unserem heutigen Symposium. Doug Darrell würde das anders sehen. Denn nach den *Regeln* des Staates New Hampshire hatte er schlicht keine Chance. Er war wegen Herstellung von Drogen angeklagt. Die Nationalgarde hatte von einem Hubschrauber aus 15 Cannabispflanzen in seinem Garten entdeckt. Dass der friedfertige 59jährige Familienvater und Klavierstimmer Rastafari war und das gewonnene Marihuana ausschließlich selbst und aus religiösen – und daneben medizinischen – Gründen konsumierte, durfte nach den einschlägigen rechtlichen Regeln keine Rolle spielen. Dennoch sprach eine

Jury ihn 2012 einstimmig frei.¹ Die Jury ignorierte also einfach die Regel und kreierte gleichsam ad hoc eine Ausnahme für Doug Darrell. Daß eine Jury so vorgehen darf, sie also nicht streng an das Recht und seine Regeln gebunden ist, gilt im common law als elementarer Grundsatz, bekannt unter dem Stichwort der jury nullification.² Hintergrund dieser Möglichkeit, die rechtlichen Regeln zu durchbrechen, ist es aber gerade, die Freiheit des Bürgers zu sichern; ihm soll die Jury gegen die Übermacht von Richter und Gesetzgeber, ja gegen die Reichen und Mächtigen zur Seite stehen.³ Nicht die Regel sichert dort also die Freiheit, sondern die Möglichkeit ihrer Nichtbeachtung.

Die Rechtsvergleichung zeigt hier eine ihrer typischen Eigenschaften: Sie hinterfragt scheinbare Selbstverständlichkeiten des nationalen Rechts und löst sie nicht selten sogar auf. Gleichzeitig zwingt sie mit ihrer auf Sachprobleme hin orientierten Sicht vielfach dazu, auch die Bedeutung eingefahrener Terminologie genauer zu überdenken. Hat die Jury für Doug Darrel die Regel schlicht gebrochen, oder ist die Möglichkeit der jury nullification als generalklauselartige, rechtliche Ausnahme zu lesen?⁴ Was bedeutet es also, wenn wir von Regel, wenn wir von Ausnahme sprechen?

¹ Vgl. *Hanson, Hilary*, Doug Darrell Acquitted of Marijuana Charges Through Jury Nullification in New Hampshire, *Huffington Post* v. 17.09.2012; *Hayward, Mark*, Jury Clears NH Man of Felony Pot Charge, *New Hampshire Union Leader* v. 18.09. 2012.

² Dazu umfassend mit vielen weiteren Beispielen *Conrad, Clay S.*, Jury Nullification – The evolution of a doctrine, 1998, Nachdruck 2014, passim; vgl. etwa auch *Horowitz, Irwin A. et al.*, Jury nullification – Legal and psychological perspectives, *Brooklyn Law Review* 66 (2001), 1207 (1207ff.); vgl. auch *Kischel, Uwe*, Der menschliche Faktor – Der Mythos der Jury im common law, in: Hanschel, Dirk et al. (Hrsg.), *Mensch und Recht – Festschrift für Eibe Riedel zum 70. Geburtstag*, 2013, 631 (636ff.).

³ Zu dieser Funktion der Jury vgl. das verbreitet Zitate von *Hamilton, Alexander*, The Federalist No. 83, in: *The Federalist Papers*, Penguin edition 1961, 495 (499) ("the very palladium of free government"), der diese Ansicht allerdings zunächst referiert und nur für Strafsachen im Ergebnis teilt; aus heutiger Zeit etwa *Fleming, John G.*, The American tort process, 1988, 102; vgl. weiter *Devlin, Patrick*, Trial by jury, 1956, 164 ("Each jury is a little parliament. (...) no tyrant could afford to leave a subject's freedom in the hands of twelve of his countrymen. So that trial by jury (...) is the lamp that shows that freedom lives."); Lord Atkin in *Ford v Blurton* [1922] 38 TLR 801 (CA) 805: "the bulwark of liberty, the shield of the poor from the oppression of the rich and powerful".

⁴ Gegen die Auffassung, dass es sich um ein Recht der jury handele vgl. etwa *Sparf v. U.S.*, 156 U.S. 51, 59ff. (1895); besonders klar zur Kritik auch die Darstellung durch Judge

Dabei ist es – erstens – zunächst einmal keineswegs selbstverständlich dass sich die Rechtsvergleichung überhaupt näher für die Kategorien von Regel und Ausnahme interessiert. Denn schließlich ist sie weit mehr auf Realität denn Normativität konzentriert, betrachtet also die Ergebnisse im realen Leben und weit weniger die manchmal feinsinnige rechtsdogmatische Konstruktion (B). Wird – zweitens – der Blick darauf geworfen, welche Erkenntnisse der rechtsvergleichende Blick auf die verschiedenen Rechtsordnungen zu der nicht nur in Deutschland so beliebten Kategorisierung in Regel und Ausnahme zu bieten hat, so zeigt sich ein vielschichtiges Bild, bei dem die inhaltlich Zuordnung zu Regel oder Ausnahme sich als vielfältig und nicht zuletzt gefahrgeneigt erweist und bei dem sich Regel und Ausnahme in ihrem konzeptionellen Verhältnis zueinander aufzulösen beginnen (C). Die sich aus alledem ergebende Weite des Blickwinkels reflektiert – drittens – auch die Anforderungen an eine angemessene Methode der Rechtsvergleichung, bei der ich mich aber auf ganz wenige abschließende Andeutungen beschränken will (D).

II. Bedeutung von Regel und Ausnahme in der Rechtsvergleichung?

1. Ergebnisorientierung

Die Rechtsvergleichung ist nicht auf Regeln und Ausnahmen fixiert. Sie betrachtet und vergleicht vor allem Ergebnisse. Strukturen, Lösungswege und Denkweisen der verschiedenen Rechtsordnungen sind zu unterschiedlich, als dass der Vergleich auf die schlichte Ebene der spezifischen Einzelnormen reduziert werden könnte. Nehmen wir zwei einfache Beispiele: Während etwa die Grundrechte in Deutschland bekanntermaßen dem Grundschema von Schutzbereich, Eingriff und Schranke gehorchen und global betrachtet viele Probleme vor allem auf der Schrankenebene

Leventhal in *U.S. v. Dougherty*, 473 F.2d 1113, 1133ff. (1972) und das dagegen gerichtete Sondervotum, *U.S. v. Dougherty*, 473 F.2d 1113, 1139ff. (1972) (Bazelon, Chief Judge, dissenting).

und mithilfe einer Abwägung gelöst werden, fehlt ein entsprechendes Schema in den USA. Dort werden denn auch Probleme oft schon auf der Tatbestandsebene mithilfe begrifflicher Verfeinerungen gelöst, und auch die mögliche Rechtfertigung beruht weniger auf einer Einzelfallabwägung als auf der Kategorisierung in eine bestimmte Stufe der Kontrolldichte⁵ gegenüber dem Gesetzgeber.⁶ Meinungsfreiheit, Religionsfreiheit, Gleichheit – wer hier vergleichen will, muss auf die *Ergebnisse* in typischen Fallkonstellationen schauen. Ein weiteres Beispiel liefern etwa die Gerichtsstrukturen in Deutschland und England. Wer sie vergleichen will, kann sich für England nicht auf die üblichen und allgemein bekannten courts wie High Court oder Court of Appeal beschränken. Vielmehr muss er auch die weit weniger bekannten sog. tribunals mit einbeziehen.⁷ Denn für die bindende und durchsetzbare Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten durch den Staat sind auch die tribunals zuständig; in Bereichen wie etwa dem Verwaltungsrecht tragen sie sogar die Hauptlast. Dass die tribunals dabei aus englischer Sicht gar nicht Teil der Gerichtsbarkeit, sondern der Verwaltung sind, ist dafür unerheblich. Wenn also somit in der Rechtsvergleichung das Ergebnis und nicht die normative Konstruktion zählt, so kann es auch auf die konstruktive Zuordnung zu Regel oder Ausnahme nicht ankommen.

⁵ Zu dieser Kategorisierung vgl. *Barak, Aharon*, Proportionality, in: Rosenfeld, Michel; Sajó, András (Hrsg.), *Oxford Handbook of Constitutional Law*, 2012, 739 (752ff.); zu den sog. levels of scrutiny *Chemerinsky, Erwin*, *Constitutional Law – Principles and Policies*, 4. Aufl. 2011, 551ff.

⁶ Diese Unterschiede führen manchen U.S. Juristen gar zu der seltsamen Annahme, die dortige Sichtweise sei ein gegenüber der Abwägung fortgeschrittenes Entwicklungsstadium des Verfassungsrechts, dessen Fehlen auf einen noch nicht abgeschlossenen Reifungsprozeß schließen lasse, so *Schauer, Frederick*, Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States – A case study in comparative constitutional architecture, in: Nolte, Georg (Hrsg.), *European and U.S. Constitutionalism*, 2005, 49 (57ff.); *Schauer, Frederick*, The exceptional First Amendment, in: Ignatieff, Michael (Hrsg.), *American exceptionalism and human rights*, 2005, 29 (54ff.).

⁷ Zu den tribunals vgl. etwa *Craig, Paul P.*, *Administrative Law*, 7. Aufl. 2012, 231ff.; *Phillips, O. Hood; Jackson, Paul; Leopold, Patricia*, *Constitutional and Administrative Law*, 8. Aufl. 2001, 686ff.; *Darbyshire, Penny*, *Darbyshire on the English Legal System*, 11. Aufl. 2014, 217ff.; *Bailey, S.H.; Ching, J.P.L.; Taylor, N.W.*, *Smith, Bailey and Gunn on the Modern English Legal System*, 5. Aufl. 2007, 52ff.

2. Kontextuelles Grundverständnis

Trotz dieser Ergebnisorientierung verlieren aber Regel und Ausnahme nicht ihre Bedeutung. Im Gegenteil sind sie zentral für das kontextuelle Grundverständnis fremder Rechtsordnungen und Rechtskreise. Wer beispielsweise nur sieht, dass es im common law ebenso wie im kontinental-europäischen Recht sowohl Richterrecht als auch Gesetzesrecht gibt, wer erkennt, dass es im common law sehr viel mehr Gesetze, im kontinental-europäischen Recht sehr viel mehr richterlichen Einfluss gibt als manchmal angenommen, könnte leicht auf den Gedanken verfallen, es bestehe gar kein Unterschied mehr zwischen common law und kontinentaleuropäischem Recht. Und tatsächlich werden Thesen in diese Richtung unter dem Stichwort der Konvergenz teilweise vertreten.⁸ Letztlich ignorieren solche Thesen aber nur die *Regelhaltung*, die den jeweiligen Umgang mit dem Recht insgesamt prägt, und betonen stattdessen die jeweilige *Ausnahme*; sie vergessen, die Ausnahme in dem Regelkontext zu würdigen, in dem sie steht. Ähnlich ergeht es dem Rechtsvergleicher, der vor lauter Freude darüber, ein bekanntes Stichwort, eine nahestehende Geisteshaltung im fremden Rechts entdeckt zu haben, möglicherweise übersieht, dass er gerade die Ausnahme vor sich hat und nicht die Regel, also etwa eine vereinzelte Meinung statt der verbreiteten Standardmeinung oder ein spezielles Buch statt eines Standardwerks. Jedem von uns fällt sicherlich schnell ein Werk ein, das zwar wissenschaftlich wertvoll ist, aber das wir auf keinem Fall einem ausländischen Kollegen als repräsentative Einführung in einen Themenkreis empfehlen würden. Wichtig ist also vor allem zu erkennen, was die Regel ist. Das bedeutet aber nicht, dass die Ausnahme

⁸ Für die jeweiligen Standpunkte im Konvergenzstreit vgl. etwa einerseits *Markesinis, Basil S.*, Learning from Europe and learning in Europe, in: ders. (Hrsg.), *The gradual convergence*, 1994, 1 (20ff.); *Cappelletti, Mauro*, The doctrine of stare decisis and the civil law – A fundamental difference – or no difference at all?, in: Bernstein, Herbert; Drob-nig, Ulrich; Kötz, Hein (Hrsg.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, 1981, 381 (381ff., 392); *de Cruz, Peter*, *Comparative law in a changing world*, 3. Aufl. 2007, 514ff.; andererseits *Legrand, Pierre*, European legal systems are not converging, *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), 52 (60ff.); *Schlesinger, Rudolf B.*, The past and future of comparative law, *American Journal of Comparative Law* 43 (1995), 477 (480f.); vertiefte Darstellung und Bewertung des Streits bei *Kischel, Uwe*, *Rechtsvergleichung*, 2015, § 7 Rn. 228ff. m.w.N.

immer irrelevant für das kontextuelle Grundverständnis wäre. Bei *vertieften* Studien sind natürlich auch die Ausnahmestandpunkte und die ungewöhnlicheren Bücher, die Mindermeinungen und Gegenansichten für die Rechtsvergleichung von Bedeutung. Erst sie erklären die Hintergründe und tieferen Gedankengänge bestimmter Tendenzen; erst sie ermöglichen eine Erkenntnis darüber, wie verfestigt, umstritten oder im Fluss eine bestimmte nationale Rechtsauffassung ist. Denn schließlich interessiert sich die Rechtsvergleichung zwar weniger für law in books, aber auch nicht nur für law in action, sondern ebenso für law in debate.⁹

3. Gelebtes Recht

Damit wäre ein weiteres zentrales Stichwort der modernen Rechtsvergleichung gefallen: "law in action", also das gelebte – im Unterschied zum nur gelehrten – Recht.¹⁰ Das gelebte Recht ist es, auf das der Rechtsvergleicher sein Augenmerk richten muss. Landläufige Ansichten oder von nationalen Autoritäten aufgestellte Regelsätze bleiben irrelevant, wenn sie nicht von der gelebten Praxis bestätigt werden. So war Diceys berühmter Satz, dass es in England kein Verwaltungsrecht gebe,¹¹ real schon kaum haltbar, als er ihn niederschrieb.¹² Und dass es in Deutschland kein Richterrecht gebe, wird jenseits abstrakter rechtstheoretischer Gedanken kein Praktiker des deutschen Rechts bestätigen können. Der Gedanke des law in action reicht aber noch weiter. Wenn das geschriebene Recht oder die Entscheidungen oberster Gerichte in einem Land weitgehend Papiertiger bleiben, sei es etwa aufgrund von gesellschaftlichen Gepflogenheiten, allgemeinen Durchsetzungsproblemen oder Korruption, so konzentriert sich der

⁹ Zu law in debate vgl. *Kischel* (Fn. 8), § 3 Rn. 48, 234.

¹⁰ Grundlegend zur Begrifflichkeit von law in action und law in books *Pound, Roscoe*, Law in books and law in action, *American Law Review* 44 (1910), 12 (12ff.).

¹¹ Vgl. *Dicey, A.V.*, Introduction to the study of the law of the constitution, 10. Aufl. 1959 (im Text unveränderter Abdruck der 7. Aufl. 1908), 202f.

¹² Vgl. dazu *Riedel, Eibe*, Kontrolle der Verwaltung im englischen Rechtssystem, 1976, 246f.

Rechtsvergleich auf das real angewandte und durchgesetzte Recht und behandelt bloßes Papier als Papier. Dass das gesetzte Recht – also die *Regel* – auch wirklich *gilt*, wird damit in manchen Staaten schon *zur Ausnahme*.

Schauen wir etwa auf den Text der Verfassungen Lateinamerikas, die den an die Nüchternheit etwa der deutschen oder U.S.-amerikanischen Verfassungen gewohnten Beobachter leicht vor Ehrfurcht erstarren lassen. Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte werden dort umfassend gewährleistet und sind teils sogar einklagbar;¹³ menschenrechtlich und rechtsstaatlich scheinen paradiesische Zustände zu herrschen. Diese in Regeln gegossene Verfassungssyrik steht allerdings in einem ebenso unverkennbaren Widerspruch zur Realität in vielen dieser Länder. Widersprüche solcher Art können ganz verschiedene Hintergründe haben. So ist die lateinamerikanische Verfassungssyrik sogar Ausdruck eines besonderen Vertrauens in die Verfassung als Instrument sozialen Fortschritts.¹⁴ Anders etwa der russische Rechtsnihilismus: er geht erheblich weiter und spricht

¹³ Vgl. etwa *Uprimny, Rodrigo*, The recent transformation of constitutional law in Latin America – Trends and challenges, *Texas Law Review* 89 (2011), 1587 (1589ff.); *Oquendo, Ángel R.*, Möglichkeiten und Grenzen – In Richtung einer ganzheitlichen Auffassung und Umsetzung von Rechten in Lateinamerika, in: Häublein, Martin; Utz, Stephen (Hrsg.), *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus – Liber amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag*, 2012, 189 (191f.). Beispielhaft gewähren etwa Art. 19 §§ 9, 10, 16, 18 chilenVerf die Rechte auf Gesundheit, Bildung, gerechte Entlohnung und soziale Sicherheit, Art. 16, 17, 18, 19 der bolivianischen Verfassung die Rechte auf Wasser, Nahrung, Bildung, Gesundheit und Wohnung, Art. 20 bolivVerf sogar ein Recht auf allgemeinen und gleichen Zugang zur Grundversorgung mit Trinkwasser, Abwasserentsorgung, Strom, Gas, Post und Telekommunikation. Vgl. auch den denkbar umfassenden Katalog in Art. 13 - 107 bolivVerf. Beispielhaft zur Ableitung konkreter Ansprüche von Aids-Patienten aus dem Recht auf Gesundheit *Oquendo* (Fn. 13), 189 (192ff.).

¹⁴ Vgl. etwa *Garcia Villegas, Mauricio*, Law as hope – Constitutions, courts, and social change in Latin America, *Florida Journal of International Law* 16 (2004), 133 (133ff.); *Linarelli, John*, Anglo-american jurisprudence and Latin America, *Fordham International Law Journal* 20 (1996), 50 (59).

dem Recht als bloßem Werkzeug der Herrschenden insgesamt Ordnungsfunktion und Steuerungscharakter ab; Regeln werden nach Möglichkeit beiseite gedrängt und ignoriert.¹⁵

Dass Regeln einen Ausnahmecharakter annehmen und an den Rand gedrängt werden, ist aber kein Phänomen, für das wir immer weit über unseren Tellerrand hinausschauen müssen. Es kann sich vielmehr auch in westlichen Verfassungen finden. In Schweden etwa war die Verfassung über lange Zeit kein wichtiges rechtliches Thema. "Niemand interessiert sich dafür, niemand kennt sie"¹⁶ konnte noch 1982 ein bedeutender schwedischer Jurist sagen. Und noch 2007 erklärten ranghohe Juristen, dass es in Schweden als rechthaberische und qualitätsmindernde Argumentation gelte, sich vor Gericht auf die Verfassung zu berufen.¹⁷

¹⁵ Zum russischen Rechtsnihilismus vgl. *Nußberger, Angelika*, Die Frage nach dem tertium comparationis – Zu den Schwierigkeiten einer rechtsvergleichenden Analyse des russischen Rechts, *Recht in Ost und West* 42 (1998), 81 (83); *Nußberger, Angelika*, Die Grundrechte in der Rechtsprechung des russischen Verfassungsgerichts, *EuGRZ* 25 (1998), 105 (106); *Yakovlev, Alexander M.*, The rule-of-law ideal and Russian reality, in: Frankowski, Stanislaw; Stephan, Paul B. (Hrsg.), *Legal reform in post-communist Europe – The view from within*, 1995, 5 (6f.); *Gall, Caroline von*, Macht und Recht in Russland – Das sowjetische Erbe, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 61 (2011), 22 (26f.); zum geschichtlichen Hintergrund *Silnizki, Michael*, *Geschichte des gelehrten Rechts in Russland*, 1997, 38ff.

¹⁶ Gustaf Petrén im Interview mit Hans Magnus Enzensberger 1982, zit. nach *Nergelius, Joakim*, Konstitutionellt rättighetsskydd – Svensk rätt i ett komparativt perspektiv, 1996, 23 ("i Sverige är det ingen människa som intresserar sig för författningen. Ingen känner till den.").

¹⁷ *Rothstein, Bo*, Ta grundlagen på allvar, *Advokaten [Schweden]* 73 (2007), 14 (14): "De framhöll båda att idén att de inför en svensk domstol skulle åberopa grundlagen skulle fungera närmast kontraproduktivt. Att i rättsprocesser hänvisa till paragrafer i grunlagen uppfattades enligt dem av svenska domare närmast som en rättshaveristisk argumentation och som demeriterande för den juridiska framställningen. (...) Inför mitt påpekande att man faktiskt kan anse att brott mot vad som stadgas i grundlagen är särskilt allvarliga, ställde sig de båda tämligen frågande. Åtminstone menade de att för den svenska domarkåren var detta inte ett giltigt argument."; die zitierten Juristen sind Lars Korsell und Christer van der Kwast.

4. Differenzierter Begriffsinhalt von Regel und Ausnahme

Auf den ersten Blick ist der rechtsvergleichende Befund somit widersprüchlich und verwirrend. Denn einerseits spielt die Differenzierung von Regel und Ausnahme keine Rolle, andererseits ist sie sogar besonders wichtig. Die Lösung des Rätsels liegt in der Erkenntnis, dass die Begriffe "Regel" und "Ausnahme" keineswegs unproblematisch¹⁸ und eindeutig sind. Es lassen sich vielmehr stichwortartig eine normstrukturelle, eine empirische und eine soziologische Bedeutung unterscheiden: *Normstrukturell* beziehen Regel und Ausnahme sich auf die Gesetzgebungstechnik, darauf was einerseits als allgemeiner Grundsatz, andererseits als abweichende Sonderregelung für bestimmte Einzelfälle formuliert ist. Diese Art von Regel- und Ausnahmeverhältnis ist für die Rechtsvergleichung, wie gesehen, nur selten interessant. Von großem Interesse sind hingegen Regel und Ausnahme im *empirischen* Sinn. Hier geht es darum, was in einer Rechtsordnung real gilt, zu welchen Ergebnissen sie also kommt. Regel, im Gegensatz zur Ausnahme, wäre hier, was entweder statistisch in der überwiegenden Zahl der Fälle gilt, oder was dem Grundverständnis der jeweiligen Rechtsordnung entspricht und so für sie systemprägend ist. Schließlich können Regel und Ausnahme aber auch *soziologisch* verstanden werden, d.h. Regel ist das, was beachtet wird, während mit der Ausnahme die Nichtbeachtung, der Regelbruch bezeichnet wird.¹⁹ Auch in diesem letzten Sinn ist die Unterscheidung von Regel und Ausnahme für die Rechtsvergleichung wichtig, die sich für die Realität des gelebten Rechts interessiert.

III. Regel und Ausnahme in den verschiedenen Rechtsordnungen

Ist damit die Bedeutung von Regel und Ausnahme für die Rechtsvergleichung als Disziplin geklärt, können wir uns der nächsten Frage zuwenden: Welche Erkenntnisse hält die Rechtsvergleichung zu Regel und Ausnahme

¹⁸ Vgl. zu dieser scheinbar verbreiteten Einschätzung *Schimmel, Roland*, Etwas anderes gilt, wenn ..., Legal Tribune Online v. 13.01.2015, <https://www.lto.de/recht/feuilleton/f/juristenlogik-regel-ausnahme/2/> (zuletzt abgerufen 17.09.2018).

¹⁹ Vgl. für dieses Verständnis etwa *Ortmann, Günther*, Regel und Ausnahme – Paradoxien sozialer Ordnung, 2003, passim, etwa 2, 20, 22.

in den nationalen Rechtsordnungen bereit? Bei dieser Betrachtung durch die rechtsvergleichende Brille sind zwei ganz verschiedene Perspektiven zu unterscheiden. Erstens kann es darum gehen, welche Normen der Rechtsvergleicher jeweils *inhaltlich* in den verschiedenen Rechtsordnungen als Regel und welche als Ausnahme einordnet (I). Zweitens geht es um den Vergleich der eher *konzeptionellen* Perspektive der Rechtsordnungen, also darum, wie das Verhältnis von Regel und Ausnahme jeweils gesehen wird (II).

1. Inhaltliche Perspektive

Zunächst zur inhaltlichen Perspektive: Die rechtsvergleichende Einordnung von Rechtssätzen als Regel oder als Ausnahme fördert vor allem drei Aspekte zutage – die Erkenntnis der Verschiedenheit, und die Gefahren von Verfälschung und Verwirrung.

a. Verschiedenheit

Wenig überraschend ist der erste Aspekt. Dass die Regel in der einen Rechtsordnung die Ausnahme in der anderen sein kann, weil die Rechtsordnungen nun einmal *verschieden* sind, wurde etwa schon beim strukturellen Verhältnis von Richter- und Gesetzesrecht in common law und civil law deutlich.²⁰ Ein anderes Beispiel bietet etwa das gerichtliche Wiederaufnahmeverfahren, das im nationalen Recht üblicherweise eine besondere Ausnahme darstellt. In der Volksrepublik China hingegen hat sich diese Lage ins Gegenteil verkehrt, als 2007 aufgrund einer Reform das Wiederaufnahmeverfahren dort so einfach und preiswert wurde, dass es in der Praxis die Berufung als reguläres Rechtsmittel verdrängte.²¹

²⁰ Vgl. *supra* II, 2.

²¹ Vgl. *Bu, Yuanshi*, Gestalten, Schlichten, Richten, oder Abweisen – Gegenwärtige Reformströmungen im Lichte der anstehenden Novelle des Zivilprozessrechts in China, *Zeitschrift für Zivilprozeß International* 15 (2010), 359 (360ff.).

b. Verfälschung

Weit wichtiger hingegen ist die Erkenntnis, dass immer wieder einmal aus der Außenperspektive fehlerhaft wahrgenommen wird, was in einer Rechtsordnung als Regel, was als Ausnahme gelten muss. Tatsächlich liegt in dieser *Verfälschung* ein typisches Problem und eine typische Fehlerquelle der Rechtsvergleichung. Es kann schon bei eher überschaubaren Themen auftauchen, etwa wenn gern – aber fehlerhaft – angenommen wird, die Jury im common law und insbesondere in den USA müsse immer aus 12 Personen bestehen und immer einstimmig entscheiden.²² Die Verfälschung kann aber auch breiter angelegt sein, etwa wenn – um beim selben Thema zu bleiben – unterstellt wird, dass die Jury die klar überwiegende oder auch nur übliche Entscheidungsmethode im common law sei, während sie doch in den USA schon lange klar auf dem Rückzug und in England sogar fast vollständig aufgegeben ist.²³ Oder die Fehleinschätzung betrifft das Recht in seiner Breite, etwa wenn angenommen würde, dass der skandinavische Rechtsrealismus in Skandinavien eine wichtige Rolle spielte, oder gar eine, die der des Rechtsrealismus in den USA vergleichbar wäre.²⁴

²² Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit kleinerer Jurys in den USA vgl. *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78 (1970); *Colgrove v. Battin*, 413 U.S. 149 (1973); zur Zulässigkeit bloßer Mehrheitsentscheidungen in den USA vgl. *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404 (1972); *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356 (1972); zu den unterschiedlichen Größen der Jurys in den US-Gliedstaaten variierend zwischen 6 und 12 Juroren vgl. United States Department of Justice: *State Court Organization*, 2004, 233ff.; in England genügt z.B. eine Mehrheit von 10 der 12 Geschworenen, vgl. *Juries Act*, 1974, Section 17 (1).

²³ Zum Rückzug der Jury in Zivilverfahren in den USA vgl. *Sward, Ellen E.*, *The decline of the civil jury*, 2001, 12ff.; zur fast vollständigen Aufgabe in England vgl. *Bailey/Ching/Taylor* (Fn. 7), 943ff.; *Elliott, Catherine; Quinn, Frances*, *English legal system*, 12. Aufl. 2011, 225f.

²⁴ Versuch einer verständlichen Darstellung des Kerngedankens des skandinavischen Rechtsrealismus Hägerströms bei *Olivecrona, Karl*, *The legal theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt*, *Scandinavian Studies in Law* 3 (1959), 125 (127ff.); *Schmidt, Folke*, *The Uppsala school of legal thinking*, *Scandinavian Studies in Law* 22 (1978), 149 (153ff.); *Alexander, Gregory S.*, *Comparing the two legal realisms – American and Scandinavian*, *American Journal of Comparative Law* 50 (2002), 131 (149ff.); anhand des Beispiels der Willenserklärung auch *Sandström, Marie*, *Law – Fact, fiction*

c. *Verwirrung*

Damit sind wir fast schon beim dritten Aspekt angelangt, der *Verwirrung*, die letztlich nur eine Steigerung der soeben angesprochenen Verfälschung ist. Bei der *Verwirrung* nehmen wir das Recht eines Landes nicht richtig wahr, weil wir eine bestimmte *Regel* unterstellen, wir also m.a.W. nicht erkennen, dass das Land gerade eine *Ausnahme* bildet. Ein besonders weitreichendes Beispiel bietet hier die Volksrepublik China. Vieles im rotchinesischen Verfassungsrecht wird dem westlichen Juristen zunächst vertraut und sogar gut vorkommen. Was aber leicht verborgen bleibt und was zu völligen Fehleinschätzungen der realen Lage führen kann, ist die alles überragende Rolle der Kommunistischen Partei Chinas mit ihren umfassenden Einflussmöglichkeiten, ihren eigenen Parteinormen, ihren den staatlichen Organisationen parallelen Strukturen und Organen.²⁵ Dass dieser bestimmende Einfluss aus juristischer Sicht leicht verborgen bleibt, liegt nicht zuletzt an einer unterstellten *Regel*. Diese *Regel* erscheint aus westlicher Sicht geradezu selbstverständlich. Es handelt sich um die geradezu intuitive Annahme, dass primärer Inhaber der Macht in einem Land immer und gerade der Staat, die *staatlichen* Institutionen sein müssen. Davon aber bildet die Volksrepublik China mit ihrer Kommunistischen Partei eine markante Ausnahme.

2. Konzeptionelle Perspektive

Kommen wir damit zur eher konzeptionellen Perspektive, also der Frage, welche Erkenntnisse die rechtsvergleichende Vogelperspektive zu dem Problem erlaubt, in welchem Verhältnis *Regel* und *Ausnahme* eigentlich zueinander stehen. Verlassen wir dabei den beschaulichen Hafen rein

or in between? – Axel Hägerström's quest for legal realism, *Scandinavian Studies in Law* 48 (2005), 329 (330ff.).

²⁵ Vgl. dazu etwa *Zhang, Mo*, The socialist legal system with Chinese characteristics – China's discourse for the rule of law and a bitter experience, *Temple International and Comparative Law Journal* 24 (2010), 1 (49ff., 58ff.); *Chen, Albert Hung-yee*, An introduction to the legal system of the People's Republic of China, 3. Aufl. 2004, 74ff.

westlichen Rechtsdenkens, so umreißen vier Stichworte die verschiedenen Positionen: Debatte, Dialektik, Dekomposition und Dialog.

a. Debatte zwischen Regel und Ausnahme

Zunächst zeigt sich, dass Regel und Ausnahme sich als Teil einer *Debatte* darstellen können, in der die Rollen möglicherweise einmal im Laufe der Zeit wechseln. Die Sklaverei im islamischen Recht etwa war anfangs erlaubt und somit die Regel. Der Prophet aber hat stets für die Freilassung der Sklaven plädiert, und sie galt als rechtlich empfohlene Handlung.²⁶ Dass der Islam in diesem Sinne die Abschaffung der Sklaverei anstrebte, führt zu einem heute fast einhellig akzeptierten Schluss: Ist sie erst einmal abgeschafft, kann sie nicht wieder eingeführt werden, sondern bleibt verboten. Aus der Ausnahme wurde so die Regel. Für das Verständnis von Teilen der innerislamischen Diskussion ist dieses Debattenschema zentral; denn wie weit mit analoger Gedankenführung auch rechtliche Veränderungen in andere Lebensbereiche möglich sind – denken wir an das islamische Strafrecht, die Apostasie oder die Gleichberechtigung von Mann und Frau –, stellt einen Kernpunkt im Streit zwischen traditionsverhafteter und modernistischer Auslegung des Koran dar.²⁷

²⁶ Vgl. Sure 24:33 ("Doch wer von euren Sklaven einen Freibrief begehrt, dem stellt ihn aus, wenn ihr Gutes über ihn wißt."); der letzte Satzteil wird als ein Wahlelement gelesen, das die Pflicht mandub macht.

²⁷ Zu diesen Beispielen *Charfi, Mohamed*, Islam et liberté – Le malentendu historique, 1998, 65ff., 95ff., 146; *Bleuchot, Hervé*, Droit musulman – Essai d'approche anthropologique, Bd. 2, Fondements, culte, droit public et mixte, 2002, 474; zur Sklaverei auch *Talbi, Mohamed*, Plaidoyer pour un islam moderne, 1998, 67; zu Reformisten und Modernisten im islamischen Recht *Bleuchot* (Fn. 27), 472ff.; die entsprechende Terminologie verwendet schon *Schacht, Joseph*, An introduction to Islamic law, 1964, 73; *andere Einteilungen der neuen Meinungen ab dem 19. Jahrhundert etwa bei Rohe, Mathias*, Das islamische Recht, 2. Aufl. 2009, 182ff., insbes. 189ff.; *Lombardi, Clark B.*, State law as Islamic law in modern Egypt – The incorporation of the Shari'a into Egyptian constitutional law, 2006, 73ff.

b. *Dialektik von Regel und Ausnahme*

Regel und Ausnahme können aber nicht nur Teil einer Debatte sein, die sogar zu einem Rollentausch führen kann, sondern auch in einem *dialektischen* Verhältnis zueinander stehen. Sind beispielsweise die Gerichte in der Volksrepublik China in der Regel abhängig oder unabhängig? Beides läßt sich mit guten Gründen behaupten, beides ist richtig. Denn einerseits sind die Gerichte vielfachen Einflüssen durch höhere Gerichte, durch Volkskongresse, Volksregierungen, Volksstaatsanwaltschaften und nicht zuletzt durch die Partei ausgesetzt.²⁸ Andererseits aber sind sie durchaus eigenständig und haben selbst in der Praxis die Möglichkeit, ihre Interessen und Wünsche durchzusetzen.²⁹ Dieses dialektische Verhältnis ist in der Volksrepublik auch durchaus erwünscht, verhindert es doch Machtkonzentrationen auf unteren Ebenen. Nicht zuletzt aber sind die sich daraus ergebenden Widersprüche ohne weiteres Teil des sinomarxistischen Denkens.³⁰

c. *Dekomposition von Regel und Ausnahme*

Regel und Ausnahme erscheinen aus westlich-deutscher Sicht als natürliches Gegensatzpaar, im eher soziologischen Begriffsverständnis vor allem verkörpert im Unterschied zwischen erlaubt und verboten, zwischen Norminhaltung und Normverstoß. Dieser scheinbar so klare Dualismus ist aber keinesfalls zwingend, sondern erfährt rechtsvergleichend eine *Dekomposition*. Das zeigt anschaulich ein Blick ins islamische Recht, das zwar ebenfalls Gebote ebenso wie Verbote kennt, aber darüber hinaus noch drei

²⁸ Vgl. eingängig Binding, Jörg, *Das Gerichtssystem der VR China – Ein Beitrag zur Bestimmung des Rechtswahlstatuts*, ZVglRWiss 109 (2010), 153 (passim, inbes. 165ff., 170f., 173ff., 182f., 192ff.); vgl. auch schon Lubman, Stanley S., *Bird in a cage – Legal reform in China after Mao*, 1999, 261ff.

²⁹ Zum Willen des Obersten Volksgerichtshofs, die eigene Bedeutung zu fördern und zu verteidigen Cuniberti, Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains*, 2. Aufl. 2011, 245; zu den Möglichkeiten auch niedrigerer Instanzen, sich politischem Druck zu entziehen vgl. He, Xin, *The judiciary pushes back – Law, power, and politics*, in: Peerenboom, Randall (Hrsg.), *Judicial independence in China – Lessons for global rule of law promotion*, 2010, 180 (180ff.).

³⁰ Zum sinomarxistischen Umgang mit Widersprüchen vgl. Senger, Harro von, *Einführung in das chinesische Recht*, 1994, 230ff.

dazwischenliegende Kategorien:³¹ *Mandub* sind nur empfehlende Sätze, deren Nichtbefolgung aber keine negativen Folgen im Diesseits mit sich bringt, etwa die Empfehlung, Sklaven freizulassen. Umgekehrt beschreibt *makruh* unerwünschte Handlungen, deren Einhaltung belohnt, deren Verletzung aber nicht bestraft wird. Unerwünscht in diesem Sinne ist es beispielsweise, eine Meinung über etwas zu vertreten, über das man nicht genug weiß – Sie sehen, dass das islamische Recht durchaus manchmal ein Vorbild sein kann. Die dritte Kategorie schließlich ist *mubah*, das eine Wahlmöglichkeit impliziert, etwa wenn es darum geht, gegen ein Speisegebot zu verstoßen, um das eigene Leben zu retten. Dieses im Detail sehr komplexe System gibt Außenstehenden leicht einmal Anlass zu Missverständnissen oder gar zu bewussten Manipulationen. So ist etwa die bekannte Scheidung durch dreimaliges Wiederholen der Scheidungsformel (*talaq*, *talaq*, *talaq* – heute zur Not auch per SMS) im islamischen Recht äußerst unerwünscht, also gesteigert *makruh*.³² Dennoch geht es nicht an, sie deshalb kurzerhand für illegal zu erklären, um das islamische Recht moderner oder westlicher erscheinen zu lassen.³³

Eine Dekomposition des Dualismus zwischen erlaubt und verboten muss aber nicht immer einen derart strukturierten und formalen Niederschlag finden wie im islamischen Recht. In Lateinamerika etwas unterliegt die Existenz anfänglich illegal errichteter Armensiedlungen einem stetigen

³¹ Dazu ausführlich umfassend *Kamali, Mohammad Hashim*, Principles of Islamic jurisprudence, 3. Aufl. 2003, 413ff.; kürzer *Dien, Mawil Izzi*, Islamic law – From historical foundations to contemporary practice, 2004, 96ff.; zusammengefaßt kurz *Doi, Abdur Rahman I.*, Shari'a – The Islamic law, 1984, 50f.

³² Deutlich *Doi* (Fn. 31), 179: "This is usually done by ignorant Muslims to satisfy their selfish motives. (...) they commit a heinous sin against the precepts of the Shari'ah."

³³ Das ist keineswegs nur ein aktuelles Problem, wie die schon die entsprechende Beschwerde aus den 1960er Jahren bei *Linant de Bellefonds, Y.*, Traité de droit musulman comparé, Bd. 1, 1965, 81 Fn. 8 zeigt; allgemein zur Gefahr eines "imaginären Rechts" durch nicht hinreichend rechtlich fundierte Herangehensweisen *Bleuchot* (Fn. 27), 471f. mit der bezeichnenden Bewertung *ibid.*, 471: "Il est encore vrai qu'à l'heure actuelle, pratiquement tout ce qui s'écrit par des (...) non-juristes, laisse perplexe, du moins quand il ne s'agit pas d'une falsification pure et simple."; für eine weniger negative Sicht der Beiträge von Nichtjuristen zur Diskussion vgl. *Rohe* (Fn. 27), 399.

Prozess der Verrechtlichung mit zahlreichen Übergangsphasen. Hier entsteht langsam Legalität in der Illegalität, wird die Ausnahme schrittweise zur Regel.³⁴

d. Dialog statt Regel und Ausnahme

Regel und Ausnahme können auch Teil eines *Dialogs* sein, für den besonders nachdrücklich das jüdische Recht steht. Denn dort gibt es nicht nur einen Dialog über das Recht, sondern das Recht selbst ist ein dialogischer Prozess der Entwicklung und Weiterentwicklung. Ganz anschaulich zeigt sich das etwa in den Jeschiwas, in denen nicht ein Lehrer den Schülern das Recht erklärt, sondern die Schüler untereinander über das Recht sprechen, ja streiten und sich aufregen, und so nicht das richtige Ergebnis, sondern den richtigen Weg lernen.³⁵ Dasselbe zeigt sich auch schon an einem Hauptobjekt des Streits in den Jeschiwas, dem Talmud. Er besteht keineswegs aus einem durchlaufenden Text. Vielmehr stellt der Talmud schon ganz körperlich auf jeder Seite einen Abschnitt der Mischna - die selbst eine Zusammenfassung von Auslegungen der hebräischen Bibel ist - drucktechnisch in die Mitte und umgibt diesen Abschnitt ebenso körperlich mit den verschiedensten Kommentaren der verschiedensten Autoren. Der Talmud ist also letztlich ein großes offenes Feld der Diskussion – und niemand sagt uns jemals, was eigentlich die Regel ist.³⁶ Zitate aus dem Talmud sind damit ungemein missbrauchsanfällig, was etwa von antisemitischer Seite gern einmal ausgenutzt wird.

³⁴ Zur Entwicklung von Armensiedlungen eingängig *Krumwiede, Heinrich-W.*, Probleme sozialer Rechtsstaatlichkeit in Lateinamerika, in: Kappel, Rolf; Tobler, Hans Werner; Waldmann, Peter (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit im Zeitalter der Globalisierung*, 2005, 319 (329ff.); ausführlich und empirisch *Karst, Kenneth L.; Schwartz, Murray L.; Schwartz, Audrey J.*, *The evolution of law in the barrios of Caracas*, 1973, 17ff.; vgl. auch *Pérez-Perdomo, Rogelio*, Venezuela, 1958 - 1999 – The legal system of an impaired democracy, in: Friedman, Lawrence M.; Pérez-Perdomo, Rogelio (Hrsg.), *Legal culture in the age of globalization*, 2003, 414 (434f.).

³⁵ Dazu kurz *Glenn, H. Patrick*, *Legal traditions of the world*, 5. Aufl. 2014, 112.

³⁶ *Glenn* (Fn. 35), 111 ("*And nobody tells you what the rule really is.*"), Hervorhebung im Original.

IV. Ergebnis und methodischer Ausblick

Kurz zusammengefasst ist also die Rechtsvergleichung zwar an der rein normstrukturellen, dogmatischen Unterscheidung zwischen Regeln und Ausnahmen nur wenig interessiert, legt aber dafür umso größeren Wert auf Regel und Ausnahme im mehr empirischen und auch soziologischen Sinn. Nur so wird der Realitätsorientierung der Rechtsvergleichung Rechnung getragen, ihrem vornehmlichen Interesse an law in action, aber auch an law in debate. Der rechtsvergleichende Zugriff auf die verschiedenen Rechtsordnungen der Welt zeigt dann einerseits, dass die inhaltliche Einordnung von Rechtssätzen als Regel oder Ausnahme von der Erkenntnis der Verschiedenheit geprägt, aber zugleich mit den Gefahren der Verfälschung und Verwirrung verbunden ist. Andererseits verliert das konzeptionelle Verhältnis von Regel und Ausnahme aus der rechtsvergleichenden Vogelperspektive an Trennschärfe und gewinnt in Debatte, Dialektik, Dekomposition und Dialog an Tiefe.

Daraus ergibt sich zugleich ein Anspruch an die Methodenlehre der Rechtsvergleichung: Sie muss in der Lage sein, all diese Aspekte von Regel und Ausnahme zu beachten und abzubilden.³⁷ Aber auch wenn die Diskussion über die Methodenlehre und die damit oft einhergehende Kritik an der traditionellen Rechtsvergleichung schon seit langem en vogue ist: Vieles an dieser Kritik und viele der gelegentlich vorgeschlagenen Alternativen werden diesem Anspruch nicht gerecht. Das gilt etwa für die soziologisch inspirierte Kritik, wenn sie von der Rechtsvergleichung mehr "Theorie" fordert und damit im Darendorfschen Sinne³⁸ gerade keine realistische, differenzierte Theorie verlangt, die umfassend Regeln und Ausnahmen berücksichtigte, sondern im Gegenteil eine stilisierte, vereinfachte, dafür aber

³⁷ Zur Methodendiskussion und zur kontextuellen Rechtsvergleichung umfassend *Kischel* (Fn. 8), § 3 Rn 6ff.

³⁸ Vgl. *Dahrendorf, Ralf*, *Pfade aus Utopia – Zur Theorie und Methode der Soziologie*, 4. Aufl. 1986, 200: "In dem Maße, in dem die wissenschaftlichen Theorien zugrunde liegenden Annahmen 'realistisch' werden, werden sie differenziert, eingeschränkt, mehrdeutig; im gleichen Maße aber verbieten sie die Deduktion bestimmter Erklärungen oder Prognosen. In diesem Sinne sind Theorien desto besser, je unrealistischer, nämlich stilisierender, bestimmter, eindeutiger ihre Annahmen sind."

umso "erklärungskräftigere" Theorie.³⁹ Auch eine ökonomische Modellbildung⁴⁰ in der Rechtsvergleichung müsste die Variablen erheblich beschränken, um noch hinreichend handhabbar zu sein und könnte so die komplexe Vielfalt der rechtsvergleichenden Realität nicht berücksichtigen. Auf die Spitze getrieben wird eine solche Modellbildung von den Ansätzen einer statistischen Rechtsvergleichung, die mit ihrer Reduzierung der Aussagen von Rechtsregeln auf einfache Werte von Null, Eins oder 0,5 konsequent alle Besonderheiten, Differenzierungen, Einschränkungen, kurz: alle Ausnahmen ignoriert.⁴¹ Der Vielschichtigkeit der Realität, der Komplexität des gelebten Rechts, den unterschiedlichen Bedeutungen von Regel und Ausnahme wird damit letztlich gerade eine traditionelle, genauer: die kontextuelle Rechtsvergleichung gerecht. Das aber, sie werden es schon bemerkt haben, wäre schon der Stoff eines ganz neuen Vortrags.

³⁹ Zu dieser Kritik ausführlich *Kischel* (Fn. 8), § 3 Rn. 147ff.

⁴⁰ Zur Ablehnung der Modellbildung als juristischer Methode vgl. *Kischel, Uwe*, The State as a non-unitary actor – The role of the judicial branch in international negotiations, *Archiv des Völkerrechts* 39 (2001), 268 (271ff.).

⁴¹ Zur statistischen Rechtsvergleichung klar und kritisch *Siems, Mathias M.*, Statistische Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 72 (2008), 354 (354ff.).

Diskussion

Moderation: Hanno Kube

Hanno Kube:

Lieber Uwe, vielen Dank für ein großartiges und wiederum sehr grundsätzliches Referat zu einem großen Thema, mit dem Du uns einen Blick durch ein Kaleidoskop eröffnet hast: Du hast uns verschiedene methodologische Zugänge der Rechtsvergleichung zu dem Thema Regel und Ausnahmen vorgeführt und darüber hinaus die vielen Zugänge, die zu dem Thema Regel und Ausnahme in den verschiedenen Rechtsordnungen vertreten werden. Ganz herzlichen Dank. Damit kommen wir auch sogleich zur Diskussion. Gerd Morgenthaler bitte.

Gerd Morgenthaler:

Ja, lieber Herr Kollege Kischel, vielen Dank für diesen auch geographisch groß ausgreifenden Vortrag, der uns vielerlei Anregungen gegeben hat. Ich möchte mir erlauben, als Jurist, der viel im Bereich außereuropäischer Rechtsordnungen gewesen ist und dort auch Rechtsvergleichung betrieben hat, vielleicht auf laienhaftem Niveau, aber in dem Bemühen, zu verstehen, was vor sich geht, ein paar Beobachtungen beizusteuern. In den postsocialistischen Rechtsordnungen, die noch unter dem Rechtsnihilismus leiden, den Sie ja angesprochen haben, werden häufig mit westlicher Unterstützung, auch mit deutscher, Gesetzbücher erlassen, bei denen es sich um direkte Übersetzungen in die Zielsprache handelt, ohne dass die Fachbegriffe dort irgendwie eingeführt wären. In Aserbaidschan ist mir begegnet, dass die Juristen zum Teil gar nichts mit diesen Gesetzen anfangen konnten. Sie hatten selbst an den Universitäten kurz zuvor von amerikanischen Hochschullehrern amerikanisches Corporate Law beigebracht bekommen, obwohl im Land bereits gesellschaftsrechtliche Gesetze galten, die mit Hilfe der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit auf der Basis zum Beispiel des deutschen GmbH-Gesetzes konzipiert waren. Und in China sagte mir eine Kollegin, wenn sie mit den neuen chinesischen Zivilgesetzen arbeitet, auch wieder sehr häufig aus dem Deutschen übersetzt, und

diese im Chinesischen nicht versteht, weil dort neu eingeführte Termini verwendet werden, die sie im Chinesischen nicht kennt, dann schlägt sie im BGB nach, um zu begreifen, was im Chinesischen eigentlich gemeint ist.

Zudem dringen nach meiner Beobachtung regelmäßig in eine normative Oberfläche, die aus dem Westen kommt, aber nicht verstanden wird, Gedanken aus der einheimischen Kultur ein, die die Aufnahme, die Rezeption dieses Rechts dann völlig verändern.

Das ist jetzt natürlich im engeren Sinn keine Rechtsvergleichung, aber ein Fragenkomplex, der mich aus der Praxis interessiert: Macht man sich in der Rechtsvergleichung oder in der Theorie der Rechtsreform irgendwelche Gedanken, wie den geschilderten Herausforderungen begegnet werden kann? Was kann man zur Verbesserung der Praxis konkret tun? Vielen Dank.

Uwe Kischel:

Vielen Dank, Herr Morgenthaler. In Ihrer Beschreibung der Phänomene haben Sie schlicht umfassend Recht. Nur an einer Stelle muss ich Ihnen vehement widersprechen: Das war Rechtsvergleichung! Und auch keinesfalls Rechtsvergleichung auf laienhaftem Niveau, wie Sie sagen, sondern hervorragende Erkenntnisse aus der praktischen Rechtsvergleichung. In der Tat gab und gibt es die von Ihnen beschriebenen Probleme sehr häufig. Sie spielen in Osteuropa bis heute eine große Rolle, obwohl inzwischen die Zeit des großen Umbruchs schon sehr lange her ist.

Einen wirklich guten Tipp, wie man dem begegnen kann, gibt es nicht, außer es etwas langsamer und bedachter angehen zu lassen. In der heißen Phase des Umbruchs, nach 1989, stürzten sich die Hilfsgesellschaften und Kanzleien, einerseits aus Deutschland und vielleicht Frankreich, andererseits aus den USA auf die neuen Herausforderungen in Osteuropa. Sie versuchten, dort im eigenen Interesse ihr eigenes Recht durchzusetzen – nicht selten ohne Rücksicht auf die dort bestehenden Traditionen. Die Auswirkungen waren im Fall amerikanischen Einwirkens oft verheerender als im Fall deutschen oder französischen Einflusses, weil die osteuropäischen Länder vielfach in der Tradition des kontinentaleuropäischen Rechts standen, sodass deutsche und französische Rechtsideen kompatibler waren. Ein besseres Vorgehen in solchen Fällen hätte darin bestehen könnten, im intensiven Dialog nicht nur mit Regierungsbeamten, sondern mit Richtern und praktizierenden Rechtsanwälten vor Ort, erst einmal auszuloten, wie

die bisherige Situation war. So hätte man, um ein Beispiel zu nennen, verhindern können, dass ein ganz neues Gesetz geschaffen wurde, obwohl das bestehende und den Juristen vor Ort gut vertraute Gesetz an sich recht gut funktionierte; das neue Gesetz hingegen war nicht nur in seiner Terminologie unbekannt, sondern bezog sich auch in seiner Auslegung weitgehend auf internationale Dokumente, die zwar in Deutschland ohne Weiteres verfügbar waren, auf die aber im jeweiligen Land kaum jemand Zugriff hatte.

Das heißt, es geht darum, mehr zuzuhören und sich weniger aufzudrängen. Es geht darum zu versuchen, das einheimische Recht mit aufzugreifen, auch wenn das eigene Recht dem Helfer vielleicht besser und geeigneter erscheint. Denn in jedem Fall ist es besser, man hat ein einigermaßen funktionierendes und halbwegs vernünftiges Recht, als eine wunderbare rechtliche Durchnormierung, die – wie Sie es so deutlich beschrieben haben – in der Praxis nicht die allergeringste Rolle spielt.

Hannfried Walter:

Mein Name ist Hannfried Walter, ich war vor etwa 50 Jahren Assistent am Institut für Steuerrecht und davor Assistent und Referent am Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht hier. Wenn Sie mir die Ergänzung gestatten, sollte man beim Thema „Ausnahmen brechen die Regel“ auch auf den verfassungsrechtlichen Zustand hinweisen, der die Ausnahme schon im Begriff enthält, nämlich den Ausnahmezustand, gerade auch unter rechtsvergleichendem Aspekt.

Ich will zunächst mal ein Beispiel erwähnen, das vielleicht dem einen oder anderen etwas abgelegen erscheint: In Island standen 1941 Neuwahlen zum Parlament an. Island war damals von den Alliierten, von den Briten besetzt, um Island, was damals in Personalunion mit Dänemark noch unter dem gemeinsamen Thron verbunden war, nicht in deutsche Hände fallen zu lassen. Und dann hat man im Parlament beschlossen, seine Legislaturperiode zu verlängern, mit der Begründung, unter einer fremden Besatzung könne man nicht normale Wahlen abhalten. Der Parlamentspräsident erklärte damals: „Wir verstoßen jetzt gegen die Verfassung. Aber es ist ja eine alte Rechtsregel: Not bricht alle Gesetze.“ - Das ist der Ausnahmezustand auf die Spitze getrieben.

Sie haben ja auch Skandinavien erwähnt: Norwegen ist ein Land, was keine geschriebene Notstandsverfassung kennt. In Verfassungsrechtslehrbü-

chern findet man aber einen Abschnitt über das dort sogenannte „Konstitutionelle Notrecht“. Ich erinnere mich, in einem Verfassungsrechtslehrbuch von Joseph Andenes, das war ein Verfassungsrechtler im letzten Jahrhundert, fängt das Kapitel im Grunde mit dem Paukenschlag, so wie es der isländische Parlamentspräsident zitiert hat: „Es ist eine alte Rechtsregel: Not bricht alle Gesetze.“ Und die norwegische Verfassung - ich will da jetzt im Einzelnen nicht zu weit gehen - kennt sogar im Laufe ihrer Geschichte, es ist ja die älteste Verfassung Europas, Fälle, wo die Verfassung selbst unter Umgehung des normalen Verfassungsänderungsverfahrens unter Berufung auf Konstitutionelles Notrecht geändert wurde. Das heißt, die Verfassung selbst wird geändert durch eine Ausnahme, die nicht einmal in der Verfassung steht.

Und letztlich ist der Unterschied zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Verfassungsrecht eigentlich gar nicht mal so ins Gewicht fallend, wenn sich die Notstandsverfassung, etwa Art. 148 der Weimarer Verfassung darauf reduziert, dass die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen sind.

Interessant wird es – sie haben ja auch Schweden erwähnt – wenn es ausführliche Notstandsverfassungen gibt, wie etwa nach dem Deutschen Grundgesetz, oder etwa auch in Schweden: Was ist eigentlich, wenn die Notstandsverfassung nicht mehr funktioniert? Gilt dann auch der Satz „Not bricht alle Gesetze“?

Letztlich läuft es dann darauf hinaus - und das ist dann vielleicht ein grobes rechtsvergleichendes Fazit -, dass im Grunde der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt, den ja auch wir zum deutschen Verfassungsrecht zählen, obwohl auch der ungeschriebenes Verfassungsrecht ist, weil auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht *expressis verbis* in der Verfassung im Grundgesetz steht. Und das würde bedeuten, dass sich im Grunde die Verfassung im Notstand auf den Grundsatz reduziert: „Die erforderlichen Maßnahmen sind zu ergreifen.“ Und der einzige Gesichtspunkt für die Legitimation ist letztlich die *ex-post* Betrachtung: Hat der Notstand und die in ihm getroffenen Maßnahmen dazu geführt, dass wieder die verfassungsmäßige Regelung Geltung erlangt hat. Wenn sie es nicht erlangt hat, landet man im Grunde bei der Revolution.

Und noch ein letzter Satz: Der norwegische oberste Gerichtshof, *Høyesterett*, hat 1945, nach dem Ende der deutschen Besatzung, das ungeschriebene konstitutionelle Notrecht ausdrücklich bestätigt.

Uwe Kischel:

Das steht für sich.

Christian Walter:

Christian Walter, Universität München. Ich möchte zunächst herzlich danken für die wunderbare Werbung für die Rechtsvergleichung, die der Vortrag geboten hat, und zugleich eine Frage stellen, die darauf abzielt, ob man die vergleichende Perspektive nicht auch ein bisschen ausweiten kann. Das betrifft vor allem den letzten Teil:

Hier legst Du den Vergleich über die verschiedenen Rechtsordnungen an und das ist ja auch das, was man gemeinhin als Rechtsvergleichung ansieht. Man kann sich aber fragen, wenn man die einzelnen Elemente anschaut, die da auftauchen, ob man nicht etwas ganz ähnlich Vergleichendes innerhalb einer Rechtsordnung machen könnte, indem man verschiedene Teilbereiche anschaut:

Wenn man etwa ein Regulierungsproblem hat, könnte man sagen, jetzt betrachte ich das Wettbewerbsrecht, vergleiche es vielleicht mit anderen Bereichen des Wirtschaftsrechts, dem Umweltrecht, möglicherweise sogar dem Steuerrecht, wenn dort denn Lenkungszwecke erlaubt sind und versuche daraus Gemeinsamkeiten abzuleiten.

Also, allgemeiner gesprochen, ist doch die Vergleichung eine Analyse im Kontext. Und deswegen die Frage: Ist nicht eigentlich auch Rechtsvergleichung letztlich genau das: eine Analyse im Kontext, nur dass der Kontext so viel komplexer ist und dass es so viel schwieriger ist, den Kontext zu erfassen. Aber ansonsten passieren da doch eigentlich ganz ähnliche Dinge, oder?

Uwe Kischel:

Auch hier kann ich im Grundsatz nur zustimmen. Aber vielleicht etwas detaillierter: Der Unterschied liegt darin, dass bei einer Rechtsvergleichung, die verschiedene Staaten erfasst – und noch mehr wenn sie dabei über verschiedene Rechtsfamilien oder Rechtskontexte hinausgeht – die Unterschiede im rechtlichen Denken, in den Hintergründen, vor denen agiert wird, so gravierend sind, dass sie zum bestimmenden Element der Vergleichung werden. Es könnte gut sein, dass Du genau das mit dem Verweis auf den sehr viel komplexeren Kontext meinst. Wenn ich also bei-

spielsweise innerhalb Deutschlands vergleiche, so habe ich zwischen Bayern und Mecklenburg-Vorpommern keine nennenswerten Unterschiede in der rechtlichen Denkweise, in der Herangehensweise, in der allgemeinen Rechtskultur.

Aber davon abgesehen, ist es natürlich richtig, dass zum Beispiel das Polizeirecht in Deutschland angewandte Rechtsvergleichung ist, auch wenn dies gern einmal übersehen wird: Denn schließlich haben wir in den Bundesländern je verschiedene Polizeigesetze, so dass ein bundesweites Lehrbuch des Polizeirechts immer rechtsvergleichend vorgehen muss, manchmal sogar in wertender Rechtsvergleichung, auch wenn das üblicherweise nicht erwähnt wird.

Davon abgesehen, bin ich, wie Du vielleicht weißt, ein großer Freund von Studien, die die unterschiedlichen Antworten auf dasselbe Problem in verschiedenen Rechtsbereichen betrachten: So habe ich etwa in einem meiner ersten juristischen Aufsätze die Auswirkungen formeller und materieller Illegalität in verschiedenen Rechtsbereichen wie Baurecht, Gewerberecht oder Umweltrecht verglichen. Dabei ergab sich, dass die obersten Gerichte bei Abgrenzung wie Rechtsfolgen zu je eindeutigen und unter den Vertretern der jeweiligen Rechtsgebiete oft auch konsentierten Ergebnissen kommen, die nur einen Schönheitsfehler haben: Sie weichen vollständig voneinander ab, obwohl es dafür nicht den geringsten Grund gibt, oder man zumindest sehr lange danach suchen muss. Solche Vergleiche sind sehr hilfreich. Derartige, je nach Rechtsgebiet unterschiedlichen Sichtweisen finden sich auch in anderen Konstellationen. So kann man zum Beispiel die Frage der Systemgerechtigkeit einmal aus nicht-steuerrechtlicher, rein verfassungsrechtlicher Perspektive betrachten und dann mit der einschlägigen steuerrechtlichen Diskussion vergleichen. Nach meiner persönlichen Auffassung ergibt sich aus einem solchen Vergleich eine sehr eigenständige Dogmatik im Steuerrecht, die in vielen Teilen von dem abweicht, was außerhalb des Steuerrechts als übliche Dogmatik angesehen wird. Aber auch wenn man diese Einschätzung nicht teilt – ein solcher Vergleich ist in jedem Fall un-
gemein spannend.

Ähnliches wäre vermutlich etwa im Strafprozessrecht möglich, wo bestimmte Regelungen des Grundgesetzes ganz überwiegend von Strafprozessrechtlern diskutiert und kommentiert werden, während ein allgemeiner Verfassungsrechtler vielleicht etwas ganz neues und anderes dazu zu sagen hätte.

Christian Walter:

Wenn ich mir eine Anmerkung erlauben darf, dann glaube ich, dass diese Art der Rechtsvergleichung in heutiger Zeit von besonderem Wert sein könnte, auch im Verhältnis der Fachsäulen – Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht, bezogen auf Themen wie Zurechnung, was bedeutet es, ein Gesetz zu erlassen, einen Vertrag zu schließen und das ist vielleicht eine Aufgabe unserer Zeit.

Ekkehart Reimer:

Eine ganz kurze Frage, Uwe, deren Hintergrund ich offen legen möchte: Es gibt hier ein kleines Promotionskolleg über Digitales Recht, also über die Frage inwieweit sich Recht in irgendeiner Weise algorithmisieren und dann übersetzen lässt. Und da ist in den letzten Monaten sehr viel die Rede gewesen von bildgebenden Verfahren, mit denen Texte visualisiert werden, also etwa in der Netzwerktheorie. Man bekommt dann solche Heat-Maps, d.h. wenn bestimmte Wörter sehr häufig auftauchen, dann stehen diese im Zentrum und sind dick gedruckt und Wörter, die selten auftauchen stehen an der Peripherie und sind schmaler und die Kanten sind dünn.

Bei allem Respekt davor, dass natürlich in der Rechtsvergleichung der reine Textvergleich immer zu kurz gesprungen ist: Ist es irgendwo denkbar und beobachtest Du, dass auch in der Komparatistik mit Methoden gearbeitet wird, die im Grunde linguistische und computerlinguistische Methoden sind, d.h. bei denen man also in irgendeiner Weise sieht, etwa bei den Polizeigesetzen, wo wir viele gleichartige Texte haben und gleichartige Fragestellungen und sozusagen einen gleichen Grad an Vertextung, dass es die Möglichkeit gibt, sich im Grunde die Regel und die Ausnahme generieren zu lassen, wo sich der Rechtsvergleicher von der Maschine helfen lassen kann, auch in der Visualisierung von Regel und Ausnahme?

Uwe Kischel:

Das ist eine spannende Frage, die ich vehement verneinen würde. Ein solcherart digitalisierter Vergleich der Texte mag innerhalb des deutschen Rechts bei den Polizeigesetzen der Länder vielleicht noch angehen, weil sie alle vor demselben gedanklichen Hintergrund geschrieben wurden. Ob das wirklich funktioniert, vermag ich nicht zu beurteilen, habe allerdings intuitiv schon hier meine Zweifel.

Verlässt man aber den Bereich des deutschen Rechts, wird man schnell feststellen, dass der Umgang mit Texten in den verschiedenen Rechtsordnungen unendlich verschieden ist. Um ein einfaches Beispiel zu nehmen, gilt es allgemein als ein grundlegender rechtsvergleichender Fehler, bei der Erforschung der Rechtslage im common law zentral auf den Gesetzestext abzustellen. Denn entscheidend sind dort nicht die Gesetzestexte, sondern die Urteile. Der Wortlaut des Gesetzes ist peripher und wird von den dortigen Juristen auch so behandelt. So gälte es in einer Verfassungsrechtsvorlesung in den USA als sehr ungewöhnlich, immer den eigentlichen Wortlaut der Verfassung heranzuziehen – kein Student hat den Text der Verfassung im Unterricht dabei, kein Student würde darauf kommen, ihn bei Fragen und Problemen aufzuschlagen. Ein Textvergleich macht schon unter diesen Bedingungen kaum einen Sinn. Und auch unabhängig davon hat die Auslegung einer Norm – stark vereinfacht und aus deutscher Perspektive gesprochen – oft herzlich wenig damit zu tun, wie diese Norm formuliert ist. Kurz gesagt kommt eine richtig verstandene, hermeneutische Rechtsvergleichung zu so differenzierten Ergebnissen, dass ein simpler Textvergleich, auch wenn er computergestützt ist, nicht sehr weit führt, oder sogar größere Fehler mit sich bringen kann.

Klaus-Dieter Drüen:

Herr Kischel, auch von meiner Seite aus, herzlichen Dank. Als Steuerrechtler muss ich natürlich die Flanke, die Sie hinsichtlich der Frage Steuerrecht und Rechtsvergleich geschlagen haben, aufnehmen.

Einmal: Ihre Bemerkung ist gelebte Praxis der Zivilgerichte. Das Steuerrecht gilt als ausländisches Recht und die Zivilgerichte beauftragen regelmäßig Hochschullehrer mit Gutachten über die deutsche Rechtslage im Steuerrecht, etwa in Regressprozessen. Ich halte das für unzulässig, denn auch wenn das Steuerrecht nicht an allen Universitäten akademisch gelehrt

wird, ist es deutsches Recht und dem Beweis nicht durch ein Sachverständigengutachten zugänglich.

Zu Ihrer dahinterstehenden Frage nach der Sonderdogmatik im Steuerrecht – das ist auch eine Frage von Regel und Ausnahme – vielleicht die selbstkritische Bemerkung: Uns Steuerrechtlern gelingt es offenbar nicht immer deutlich zu machen, warum wir in verfassungsrechtlicher Hinsicht im Steuerrecht manchmal besondere Maßstäbe anlegen müssen. Nicht, weil wir etwas Besonderes sind, sondern weil die Regelungstechnik den Gesetzgeber – bei aller Freiheit, die das Verfassungsgericht einräumt – dazu zwingt, dass zumindest die selbstgewählte Sachgesetzlichkeit auch konsequent umgesetzt wird. Dankeschön.

Uwe Kischel:

Danke, ich verstehe das sehr gut. Mir geht es insofern in erster Linie um einen Punkt, über den wir uns vermutlich vollkommen einig sind: Es ist notwendig und gut, zu erkennen und offen auszusprechen, dass es in unterschiedlichen Rechtsbereichen unterschiedliche Herangehensweisen gibt und sich nicht etwa alle einig sind. Ist dieser Schritt einmal gemacht, dann gibt es für diese unterschiedlichen Herangehensweisen vielleicht gute Gründe, über die man debattieren kann. So gelangt man zu einer wunderbaren, wissenschaftlich-dogmatische Herangehensweise an das Steuerrecht.

Paul Kirchhof:

Ganz herzlichen Dank für diese grandiose Skizze von Regel und Ausnahme im Weltvergleich.

Ich habe eine Grundsatzfrage, die das Geltungsvertrauen betrifft: Recht braucht Vertrauen, um zu gelten. Den geläufigen Ausgangspunkt haben Sie uns verdeutlicht. Eine Regel lautet: Cannabiskonsum ist strafbar. Das Gegenprinzip, die Ausnahme, lässt Abweichungen von dieser Regel bei Gesundheitsbedarf und religiösem Brauchtum zu.

Dann folgt die Differenzierung nach der Autorität. Die Regelung des Gesetzgebers beansprucht eine andere Geltung als das Urteil des Richters. Der Staat setzt Recht, die Partei nicht. Das war in der ehemaligen DDR anders, als die Partei die Mauerschützen „vergatterte“, auf den Flüchtenden zu schießen. Dort hatte man sich daran gewöhnt, den Willen der Partei über den des Staates zu stellen.

Dann folgt die Weiterführung des Problems, der eigentliche Kern Ihres Referates: Recht beansprucht Geltung. Die Geltung wird geschwächt, wenn die Regel weicht und die Ausnahme zur Regel zu werden droht. Dabei ist Recht stets etwas Prozedurales. Es kann sich in der Antithese entwickeln, im Dialog ein gegenseitiges Wägen und Gewichten veranlassen, im Diskurs die Vielfalt der Denk- und Entscheidungsmöglichkeiten anregen.

Im Rahmen dieser richtigen und einprägsamen Beschreibungen fragt allerdings der Rechtsbetroffene, an welchem auf Dauer verbindlichen Maßstab er sich ausrichten kann. Er will sich rechtstreu verhalten, unbedingt im Binnenbereich der Legalität bewegen, einen Ausnahmezustand weder beim Staat noch beim einzelnen Bürger zulassen. Er erwartet den rechtlichen Normalfall, wehrt sich gegen die Resignation, wonach Not kein Gebot kenne. Gilt die Regel, dass eine Norm nur durch Vertrautheit Vertrauen gewinnen kann, die ständige Übung die Allgemeinheit des Gesetzes sichert, das Rechtsbewusstsein Geltungsbedingung für Recht ist?

Uwe Kischel:

Das führt mich, herzlichen Dank, zu einem Teil, den ich nicht angesprochen habe, aber zu dem Sie mich jetzt gleichsam zwingen. Ihre Grundfrage ist allgemein berechtigt. Das Geltungsvertrauen in das Recht, eine grundlegende Beständigkeit und Stetigkeit des Rechts, eine Vorhersehbarkeit, die sich nicht stetig und dauerhaft in Diskussionen, Dialogen, Unklarheiten auflöst, ist elementar wichtig. Dieses Bedürfnis ist speziell bei deutschen Rechtswissenschaftlern ganz besonders ausgeprägt, aber auch, so glaube ich, beim deutschen Bürger.

Rechtsvergleichend wäre es notwendig, empirische Studien anzustellen, wie weit dieses Bedürfnis auch in anderen Ländern besteht. In den USA beispielsweise ist es – jedenfalls unter Juristen – sehr viel weniger deutlich als bei uns.

Ich persönlich aber teile Ihre Position uneingeschränkt. Und dazu muss ich ein Bekenntnis ablegen: Auch wenn ich Rechtsverglicher bin und die Vielfalt der Rechtsordnungen, der ganz verschiedenen Herangehensweisen und der Umgangsweisen mit dem Recht sehe, so freue ich mich doch immer wieder, in den heimatlichen Haften des deutschen Rechts zurückzukehren. Tatsächlich halte ich die deutsche Herangehensweise und die deutsche Sichtweise – jedenfalls für Deutschland – für absolut beispielhaft

und würde mich vehement dagegen wehren, nach dem Beispiel anderer Rechtsordnungen bei uns etwas ändern zu wollen.

Hanno Kube:

Lieber Uwe, wir danken Dir ganz herzlich für ein großes Referat zu einem großen Thema, dem Grundsatzthema der Rechtsvergleichung, und für Deine Antworten in der Diskussion, mit denen Du uns gelebte Rechtsvergleichung vor Augen geführt hast. Ganz, ganz herzlichen Dank.

§ 4 Apologie der Ausnahme Rechtstheoretische Perspektiven*

Franz Reimer

I.	Der Rahmen.....	72
1.	Ordnung als Voraussetzung von Regel und Ausnahme.....	72
2.	Regeln und Ausnahmen des Realbereichs.....	74
3.	Ausnahmen als negative Sonderregelung.....	74
II.	Vielfalt der Ausnahmen.....	77
1.	Differenzierung nach Normschichten.....	77
2.	Differenzierung nach Anknüpfungspunkten.....	77
	a. Quantitativ bestimmte und qualitativ bestimmte Ausnahmen.....	77
	b. Anknüpfungsmöglichkeiten für qualitativ bestimmte Ausnahmen.....	78
	c. Insbesondere: Materielle und formelle Ausnahmen.....	79
3.	Differenzierung nach Funktion der Bezugsnorm (der Regel).....	80
4.	Zwischenergebnis.....	81
III.	Funktionen der Ausnahmen.....	81
1.	Ausnahmen als Instrument der Darstellung.....	81
2.	Ausnahmen als Instrument der Differenzierung.....	81
3.	Ausnahmemotivationen.....	83
4.	Zwischenergebnis.....	83
IV.	Umgang mit Ausnahmen.....	84
1.	Zuständigkeit zur Bestimmung von Ausnahmen.....	84
2.	Enge Auslegung von Ausnahmen?.....	85
3.	Heuristische Bedeutung von Ausnahmen.....	87
4.	Legistische Bedeutung von Ausnahmen.....	88
V.	Fazit.....	88

Die Ausnahme ist eine so uneindeutige wie unentbehrliche Regelungsfigur. Dies möchte ich in vier Schritten zeigen: durch Bestimmung des gegenwärtigen Rahmens für Rechtsetzung und Rechtsanwendung (I.), durch eine

* Der Beitrag gibt den Vortrag vom 26.10.2018 in geringfügig ergänzter Form wieder; der Vortragsduktus wurde beibehalten.

Skizze zur Vielfalt von Ausnahmeregelungen (II.), durch eine Rekapitulation der Funktionen von Ausnahmen (III.) und schließlich durch Folgerungen für die Anwendung (IV.). In der folgenden rechtstheoretischen Analyse lege ich ein Verständnis der Rechtstheorie als systematisierender und reflektierender allgemeiner Rechtslehre zugrunde, die von der Strukturierung der Phänomene des positiven Rechts ausgeht und auf diese Weise Kategorien bildet, die als Fragen für die Rechtsanwendung fruchtbar sein können.

I. Der Rahmen

1. Ordnung als Voraussetzung von Regel und Ausnahme

Als ein junger aus Gießen kommender Professor in seiner Heidelberger Antrittsvorlesung 1935 von der „Einheit der Rechtsordnung“ sprach, war eines der adressierten Probleme das der *Zweiheit* der Rechtsordnung: das Nebeneinander von altem und neuem Recht.¹ So war die *Einheit* ein Problem, nicht aber die Rechtsordnung. Im Jahre 2019 ist die *Rechtsordnung* problematisch. Wir leben in einer Rechtsunordnung.² Denn von „Ordnung“ im gewohnten Sinne kann man nur sprechen, wenn das Regelsystem transparent und stabil ist.³ Sowenig man angesichts der unbezwingbaren und unzählbaren Vielfalt des Realbereichs von einer *Realordnung* sprechen kann, so wenig sollten wir angesichts der überbordenden unkoordinierten Regelungen und Re-Regelungen auf den verschiedenen interferierenden Ebenen von einer „Rechtsordnung“ sprechen. Jedenfalls ist das Recht keine erzeugte Ordnung (τάξις) – ist es eine spontane Ordnung

¹ Karl Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, Ndr. 1987, bspw. S. 84 ff.

² Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 2-5.

³ Auf Vorhersagbarkeit abstellend Friedrich August von Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit S. 38: „Als ‚Ordnung‘ werden wir durchweg einen Zustand bezeichnen, in dem verschiedenartige Elemente in großer Anzahl so aufeinander bezogen sind, daß die Kenntnis eines räumlichen oder zeitlichen Teiles des Ganzen uns erlaubt, richtige Erwartungen hinsichtlich des Übrigen zu bilden oder zumindest Erwartungen, die sich mit erheblicher Wahrscheinlichkeit als richtig herausstellen.“

(κόσμος)?⁴ Vielleicht erkennen wir zu einem bestimmten Zeitpunkt im Chaos der Normgeflechte ein Bild mit sinnvoll deutbaren Strukturen, einen Kosmos. Bis dahin sind Regel und Ausnahme mangels eines transparenten und stabilen Regelsystems nicht zuverlässig erkennbar und bestimmbar, wenn überhaupt noch vorhanden. „Ausnahme“ ist damit ein epochengebundener Begriff. So wie er erst im 18. Jahrhundert Verbreitung fand⁵ (die *exceptiones* des römischen Rechts waren Einreden⁶; im Übrigen begegnen *singularia*⁷ bzw. *iura singularia* oder *dispositiones speciales*), so prekär wird die Rede von „Ausnahmen“ im fluiden Mehrebenenrecht der Gegenwart. Es ist daher wohl kein Zufall, dass die Ausnahme „als vergessene Kategorie der Rechtswissenschaft“ bezeichnet worden ist.⁸

Zwar herrschen innerhalb bestimmter Zonen des Rechts so viel Transparenz und Stabilität, dass sich dort noch sinnvoll von Regel und Ausnahme reden lässt; dennoch ist auf deren Voraussetzung, die Systematizität, hinzuweisen: Wo sie entfällt, entfällt auch der Sinn der Rede von Regel und Ausnahme. Ob eine Granularisierung des Rechts – deren Durchdringung der Rechtstheorie⁹ und Staatsrechtslehre¹⁰ aufgegeben ist – in ähnlicher Weise die Gegenüberstellung von Regel und Ausnahme bedroht und die Rechtsordnung gewissermaßen in Ausnahmen auflöst (dies dann aber vielleicht doch wieder auf der Basis von Regeln, die wiederum durch Ausnahmen konturiert werden könnten), vermag ich nicht zu überblicken; viel

⁴ Unterscheidung bei Hayek (Fn. 3), S. 37 ff.

⁵ Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, 2. Aufl. 2012, S. 163.

⁶ Näher Anna-Bettina Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Freiburger Habilitationsschrift, 2017, MS, S. 41.

⁷ Zur Maxime *singularia non sunt extendenda* Manfred Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7. Aufl. 2007, S. 220 sub S 40 (m.w.N.); Knütel, *Ius Commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, JuS 1996, S. 768 (772).

⁸ Kaiser (Fn. 6), S. 36; ähnlich Franz Josef Lindner, *Das Regel-Ausnahme-Verhältnis im Verwaltungsrecht*, *VerwArch* 98 (2007), S. 213; Frederick Schauer, *Exceptions*, *The University of Chicago Law Review* 58 (1991), S. 871 (872): „lack of attention“.

⁹ Nachdrücklich Marietta Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, 2018, S. 61.

¹⁰ Hellsichtig Hanno Kube, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, *VVDStRL* 78 (2019), MS, S. 8 f., 12.

spricht dafür, dass auch Algorithmen Regeln und Ausnahmen als gedankliche Voraussetzung haben.¹¹

2. Regeln und Ausnahmen des Realbereichs

Ebenfalls nicht Gegenstand der folgenden Überlegungen sind die „Regeln“ des Realbereichs, d.h. die Regelmäßigkeiten. Als Rechtswissenschaftler beschäftigen wir uns ungerne mit der kruden Faktizität. Wir überlassen sie Praktikern, Gutachtern, Sachverständigen oder Fachwissenschaftlern. Aber auch hier schlagen die Voreinstellungen des Rechtsetzers oder Rechtsanwenders durch: Explizite oder implizite Regel-Ausnahme-Annahmen über den Realbereich prägen Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Keine Rechtsetzung und keine Rechtsanwendung findet ohne solche Normalitätsannahmen statt! Die Annahmen des Gesetzgebers – *legislative facts* – sind zunehmend Gegenstand rechtswissenschaftlicher Bemühung; an dieser Stelle genügt es, an die große Bedeutung der Wahrnehmung des Realbereichs zu erinnern. Wahrnehmungsbarrieren (etwa Stereotype) können Breitenphänomene zu Ausnahmen stempeln und so eine bunte Wirklichkeit auf graue Uniformität reduzieren, oder Wahrnehmungsverzerrungen dramatisieren umgekehrt Ausnahmen zu Regelphänomenen („Alle Makler lügen“). Beides führt zu unrichtiger Rechtsanwendung, bleibt im Folgenden aber ausgeblendet.

3. Ausnahmen als negative Sonderregelung

Im Weiteren aber sollen unter Regeln und Ausnahmen nur noch Regelungen, und zwar Rechtsregelungen, verstanden werden. „Ausnahme“ sei die Sonderregelung, die die Rechtsfolge der Ausgangsregelung („Regel“) für bestimmte Anwendungsfälle unanwendbar macht, d.h. eine negative *lex*

¹¹ Kube (Fn. 10), S. 12: „Der Gedanke einer durch die Technik ermöglichten „Granularisierung“ des Rechts ist deshalb ein Missverständnis, soweit mit dem Recht die Rechtsnorm gemeint ist. Freiheits- und gleichheitsgerecht ist niemals die Individualisierung der Maßstäbe, sondern allenfalls und in Grenzen die technikgestützt verbesserte Subsumtion unter den allgemeinen Maßstab.“

specialis. Außer Betracht bleiben damit die *nichtregelförmige* Ausnahme einerseits und die *positive* Spezialregelung andererseits.

Es versteht sich, dass die Normübertretung keine Ausnahme im hier behandelten Sinne sein soll. Denn es geht mir an dieser Stelle um Ausnahmen *im* Recht (nicht um Ausnahmen *vom* Recht¹²), insbesondere um Ausnahmenvorschriften. Wenn diese als „Rechtssätze, die einen geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtsgrundsatz für besonders geartete Fälle durchbrechen“, definiert werden,¹³ so schafft der unklare Begriff der „Durchbrechung“ unnötige Schwierigkeiten. Mit dem stattdessen benutzten Begriff der „Sonderregelung“ bleibt die nichtregelförmige Ausnahme außer Betracht, also die Übertretung, Abweichung, Durchbrechung im Sinne einer Eigenmächtigkeit. Denn das Thema der Ausnahme ist nicht die *Eigenmächtigkeit*, die Infragestellung einer Autorität, sondern die *Eigengeartetheit*, die Infragestellung der Generalität.

Insofern die „Regel“ als allgemeine Vorschrift zugunsten der Ausnahme als Sonderregelung zurücktritt und unanwendbar wird,¹⁴ kann man die Ausnahme als *lex specialis* bezeichnen, die die *lex generalis* partiell außer Anwendung setzt. Aber nicht jede *lex specialis* wird als Ausnahme bezeichnet, sondern nur eine solche, die – negativ – die Rechtsfolge der *lex generalis* für die bezeichneten Fälle außer Anwendung setzt; eine Spezialnorm, die gegenüber der Generalnorm gesteigerte Rechtsfolgen hat, stellt keine „Ausnahme“ dar; sie nimmt nichts aus, *eximiert* nicht, sondern *extendiert*

¹² Instruktive Unterscheidung von „Ausnahmen im Gesetz“, „Ausnahmen vom Gesetz“ und „Ausnahmen vom Recht“ bei *Kaiser* (Fn. 6), S. 39 ff. – Zum weiten Feld der Ausnahmen vom Recht *Carl Schmitt*, *Politische Theologie* (1922), 7. Aufl. 1996, S. 13 ff.; von einem ähnlichen Ausnahmegriff ausgehend *Günther Ortman*, *Regel und Ausnahme. Paradoxien sozialer Ordnung*, 2003. Da es hier nur um Ausnahmeregelungen geht, bedarf es keiner Stellungnahme zur Theologie der Ausnahme („Die Ausnahme ist das nicht Subsumierbare“: *Schmitt*, S. 19). Außer Betracht bleibt ferner das Schrifttum zur „defeasibility“, z.B. *Frederick Schauer*, *Is Defeasibility an Essential Property of Law?*, 2008.

¹³ *Enneccerus/Nipperdey*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. I/1, S. 295 f.; hier zit. n. *Thomas M.J. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 2017, § 4 Rn. 123.

¹⁴ A.A. offenbar *Jürgen Rödig*, *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, 1986, S. 46: Einräumung höheren Rangs der Ausnahme gegenüber der Regel.

oder intensiviert. So ist § 49 Abs. 3 VwVfG, der den Widerruf des Verwaltungsakts auch für die Vergangenheit erlaubt, gegenüber § 49 Abs. 2 VwVfG, der ihn nur für die Zukunft zulässt, eine *lex specialis*, aber keine Ausnahme.

Die Ausnahme kann vom Normsetzer als solche bezeichnet werden (wie es der Bundesverfassungsgeber bspw. in Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG getan hat: „In Ausnahmefällen kann der Bund wegen eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung das Verwaltungsverfahren ohne Abweichungsmöglichkeit für die Länder regeln.“¹⁵); die Ausdrücklichkeit ist für ihren Status – der noch näher zu bestimmen ist – aber nicht erforderlich. Dementsprechend begegnen die verschiedensten Formulierungen zur Anordnung von Ausnahmen.¹⁶ So genügt ein „soll“ in einer verwaltungsrechtlichen Norm (anstelle eines „kann“) oder ein „nur“ wie in § 35 Abs. 1 BauGB („Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn ...“). Diese letztgenannte Norm zeigt auch die Relativität von Regel und Ausnahme: Das in ihr verkörperte Verbot des Bauens im Außenbereich ist Ausnahme von der Regel der Baufreiheit, aber Regel zur Ausnahme der Zulässigkeit privilegierter Vorhaben. Ob diese Relativität von Regel und Ausnahme ein Problem für Auslegung und Anwendung darstellt, soll später noch einmal aufgegriffen werden (IV.2). Häufig leitet in verwaltungsrechtlichen Gesetzen die Formulierung „abweichend von § ...“¹⁷ Ausnahmeregelungen ein; damit stellt der Gesetzgeber den Fortbestand der Ausgangsregelung (d.h. die Regel) klar und kontrastiert die Ausnahme.

¹⁵ Die Gesetzesbegründung von Regierungsentwürfen soll in diesem Fall angeben, warum ein Ausnahmefall wegen eines besonderen Bedürfnisses besteht: § 43 Abs. 3 GGO und BMJ (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 434.

¹⁶ Prägnantes Beispiel bei *Reinhard Mußgnug*, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen n.F., Bd. 13, teilw. zugl. Heidelberg, Univ., Diss., 1962), 1964, S. 72 (§ 8 V WHG a.F.): „Die Bewilligung wird für eine bestimmte Frist erteilt, die in besonderen Fällen dreißig Jahre überschreiten darf.“

¹⁷ So im AufenthG i.d.F. d. Bek. v. 25.2.2008 (BGBl. I S. 162), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 12.7.2018 (BGBl. I S. 1147), allein dreißigmal.

II. Vielfalt der Ausnahmen

Der Kosmos der Ausnahmen ist so groß wie der Kosmos des Rechts. Dies zu betonen, scheint mir für eine differenzierende Beurteilung der Ausnahmen nötig.

1. Differenzierung nach Normschichten

Es kann zunächst Ausnahmen zu primär-, sekundär- und tertiärrechtlichen, zu verfassungsrechtlichen, parlaments- und untergesetzlichen, zu verwaltungsaktsförmigen und vertraglichen, zu richter- und gewohnheitsrechtlichen Regelungen geben. Die Kategorie der Ausnahme ist indifferent gegenüber der Normschicht und der Regelungsform der Regel. Die Ausnahmen wiederum können vom entsprechenden Regelungsgeber stammen. Der Normalfall ist, dass Regel und Ausnahme oder jedenfalls Regel und Ermächtigung zur Ausnahme¹⁸ vom gleichen Regelsetzer stammen, denn die Ausnahme stellt einen partiellen *actus contrarius* zur Regel dar, so dass das Auseinanderfallen von Zuständigkeit, Verfahren und Form der Regel einerseits und der Ausnahme andererseits rechtfertigungsbedürftig wäre; darum soll es heute allerdings nicht gehen. Denn schon die vom Parlamentsgesetzgeber geregelte Ausnahme zu seinem eigenen Parlamentsgesetz ist problematisch genug.

2. Differenzierung nach Anknüpfungspunkten

a. Quantitativ bestimmte und qualitativ bestimmte Ausnahmen

Der Normsetzer kann sich auf die Statuierung der Ausnahmeeigenschaft einer Regelung beschränken, also keinen inhaltlich begrenzenden Tatbestand nennen. Statt eines die Ausnahme auslösenden (und damit zugleich begrenzenden) Tatbestandsmerkmals tritt dann die quantitative Dimension: Nur in der Minderzahl der Fälle soll die Sonderregelung greifen, für die Mehrzahl muss die Basisregelung („Regel“) greifen. Man kann insoweit

¹⁸ Zur Delegation der „Dispensationsbefugnis“ *Mußgnug*, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, 1964; *Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002, Rn. 43.

von quantitativ bestimmten Ausnahmen sprechen (auch wenn selbstverständlich Zahlen weder angegeben noch als scharfer Prüfungsmaßstab nutzbar sein werden). Ein Beispiel sind Normen, die sich der Wendung „in Ausnahmefällen“ bedienen.¹⁹ Ein Beispiel für eine Kombination von quantitativ und qualitativ bestimmter Ausnahme stellt der bereits zitierte Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG dar. Auch insoweit ist der Begriff der „Ausnahme“ selbst also indifferent: Er umfasst qualitativ bestimmte wie auch lediglich quantitativ bestimmte Ausnahmen. Ein normatives Regel-Ausnahme-Verhältnis muss also keineswegs darauf abzielen, dass die Ausnahmefälle die Minderzahl und die Regelfälle die Mehrzahl der Anwendungsfälle der Gesamtregelung darstellen.²⁰

b. Anknüpfungsmöglichkeiten für qualitativ bestimmte Ausnahmen

Qualitative Ausnahmen können an externe rechtliche oder faktische Faktoren, insbesondere an Zeit und/oder an Raum, an persönliche Eigenschaften der Adressaten, an die Auswirkung der Norm und viele andere sonstige Faktoren anknüpfen: an Verfügbares und Unverfügbares, Sicheres und Unsicheres, Sachgerechtes und schreiend Unsachgerechtes; daher lässt sich materiellrechtlich – etwa mit Blick auf die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG – nichts Allgemeines über Ausnahmen sagen. Ausnahmen können unmittelbar einleuchtend und unkontrovers²¹ oder aber hochkontrovers und

¹⁹ Bspw. § 17b Abs. 1 Satz 7 KHG: „Soweit dies zur Ergänzung der Fallpauschalen in eng begrenzten Ausnahmefällen erforderlich ist...“

²⁰ Diff. *Kaiser* (Fn. 6), S. 38: „Regelmäßig hat die gesetzliche Ausnahme zugleich eine quantitative Dimension. Damit ist gemeint, dass die Ausnahme in einer geringeren Zahl von Fällen einschlägig ist als die Regel. So hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise für das in Art. 33 Abs. 4 GG niedergelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis festgehalten, dass von „der Ausnahmemöglichkeit [...] kein Gebrauch gemacht werden [darf], der dazu führt, dass der vorgesehene Regelfall faktisch zum zahlenmäßigen Ausnahmefall wird.“ Letztlich ist zwar durch Auslegung für jede Ausnahmenorm gesondert zu bestimmen, inwiefern ihr eine solche quantitative Dimension mit normativen Konsequenzen zukommt.“

²¹ Etwa § 35 Abs. 1 StVO über „Sonderrechte“: Befreiung von Bundespolizei, Bundeswehr, Polizei, Feuerwehr u.a. von den Vorschriften der StVO, „soweit das zur Erfüllung ho-

brisant²² sein. Von dem damit zugrunde gelegten weiten Begriff der Ausnahme aus – der mir den ganz herrschenden juristischen Sprachgebrauch abzubilden scheint – ist nicht die Ausnahme selbst das Problem (sie ist zunächst nur ein redaktionelles Phänomen), sondern ihre Motivation und Gestaltung.

c. Insbesondere: Materielle und formelle Ausnahmen

Qualitativ ausgerichtete Ausnahmen können materielle oder formelle (z.B. prozessrechtlich oder redaktionell bedingte) Sonderregelungen sein.²³ Sind die Ausnahmen inhaltliche Abweichungen von einer generellen Norm (wie einem Rechtsgrundsatz), so kann man von Ausnahmen im materiellen Sinne sprechen; der Rechtsgrundsatz spiegelt dann eine vom Normsetzer angenommene oder angestrebte Normalität wider, die Ausnahme das punktuelle Überwiegen eines anderen Belangs.²⁴ Sind Ausnahmen anders motiviert als inhaltlich, kann man von Ausnahmen im formellen Sinne sprechen; dies gilt etwa, wenn die Sonderregelung redaktionelle Gründe

heitlicher Aufgaben dringend geboten ist“ – eine Regelung, die „aus sich heraus Plausibilität und Akzeptanz“ hat (*Gregor Kirchhof*, *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 2009, S. 216).

²² Bsp.: § 47 Abs. 4a BImSchG i.d.F. des Dreizehnten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes vom 8. April 2019, BGBl. I S. 432: Ausnahmemöglichkeiten und Ausnahmen von Diesel-Fahrverboten – sichern sie die Verhältnismäßigkeit oder bewirken sie einen Verstoß gegen die zugrundeliegende Luftqualitätsrichtlinie?

²³ Andere Kategorisierung noch bei *Reimer* (Fn. 2), Rn. 334 ff.

²⁴ Eine solche materielle Ausnahme kann auch vorliegen, wenn die Sonderrechtsfolge nicht automatisch eintritt, sondern dem Ermessen einer Behörde unterliegt. So lässt sich § 52 Abs. 1 SGB V („Leistungsbeschränkung bei Selbstverschulden: (1) Haben sich Versicherte eine Krankheit vorsätzlich oder bei einem von ihnen begangenen Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen zugezogen, kann die Krankenkasse sie an den Kosten der Leistungen in angemessener Höhe beteiligen und das Krankengeld ganz oder teilweise für die Dauer dieser Krankheit versagen und zurückfordern.“) als Ausnahme zum Finalprinzip, d.h. zur Kostentragung ohne Rücksicht auf die Verursachung, ansehen, vgl. BSG NJW 1963, 1894 (1895) zu § 192 RVO („Ausnahmecharakter“); *Schifferdecker*, in: *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht*, 100. EL Juni 2018, § 52 SGB V Rn. 2: „Ausnahme von der Regel, wonach im Interesse der Versicherten und der Allgemeinheit Krankenbehandlung und andere notwendige Leistungen ohne Rücksicht auf die Krankheitsursachen zu gewähren sind“.

hat: Auch ohne ein inhaltliches Regel-Ausnahme-Verhältnis begründen zu wollen, kann der Normsetzer mit der „Regel“ eine Auffangregelung schaffen und mit einer „Ausnahme“ abweichende Rechtsfolgen statuieren, ohne dass die Auffangregelung einen Normalzustand sichern und die Ausnahme eine rechtfertigungsbedürftige Abweichung zulassen sollte; diese Ausnahme stellt gewissermaßen eine Inhaltsbestimmung, einen integralen Teil der Gesamtregelung dar. Eine solche Ausnahme im formellen Sinne wird man wohl auch anzunehmen haben, wenn sie sich prozessrechtlichen Erwägungen verdankt, nämlich einer bestimmten Beweislastverteilung dient.²⁵ Auch ohne dass wir bereits näher analysiert hätten, was von der Qualifikation einer Norm als „Regel“ oder als „Ausnahme“ dogmatisch abhängt (dazu unten IV.2), wird man sagen können, dass am brisantesten sicherlich die Ausnahmen im materiellen Sinne sind, also das partielle Abgehen des Normsetzers von einer generellen Norm. Von diesen Ausnahmen im materiellen Sinne soll im Folgenden schwerpunktartig die Rede sein.

3. Differenzierung nach Funktion der Bezugsnorm (der Regel)

Ausnahmen unterscheiden sich schließlich nach Funktion und Wirkung ihrer Bezugsnorm: Ausnahmen in der Eingriffsverwaltung haben andere Funktion und Wirkung als Ausnahmen in der Leistungsverwaltung: erstere verschonen, letztere schließen aus. Legt man die rechtstheoretische Unterscheidung von Gebot, Verbot, Erlaubnis (Nicht-Verbot) und Freistellung (Nicht-Gebot²⁶) zugrunde, so ist deutlich, dass Ausnahmen von Geboten eine andere Funktion und Wirkung haben als Ausnahmen von Verboten, Ausnahmen von Erlaubnissen und Ausnahmen von Freistellungen. Und dass Ausnahmen von *Ansprüchen* wiederum anders wirken (nämlich ausschließend), liegt auf der Hand.

²⁵ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 355.

²⁶ Adomeit/Hähnchen, Rechtstheorie, Rn. 44 unter Hinweis auf Bentham, Of Laws in General; jeweils anders Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 185 (Inbegriff von positiver und negativer Erlaubnis); Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, § 22 II, S. 191 f.

4. Zwischenergebnis

Ein kurzes Zwischenergebnis könnte, freundlich formuliert, lauten: Ausnahmen sind äußerst vielfältig. Etwas weniger freundlich formuliert, lautet es: Die Kategorie der Ausnahme ist beschreibungsschwach²⁷ – ein Befund, der sich im nächsten Schritt, bei der Frage nach den Funktionen der Ausnahmen, konkretisieren wird und der weitreichenden allgemeinen Aussagen über Ausnahmen entgegensteht.

III. Funktionen der Ausnahmen

1. Ausnahmen als Instrument der Darstellung

Ausnahmen – verstanden als negative Sonderregelungen (oben I.3) – können als redaktionelles Instrument der klaren und regelungsökonomischen (rechtstechnischen) Durchdringung eines Regelungsfeldes dienen. Man könnte geneigt sein, sie als bloße *façon de parler* des jeweiligen Normsetzers aufzufassen. Aber das wäre voreilig: Es wird immer einen Unterschied ergeben, ob ein Regelungskomplex aus einer Summe von Einzelregelungen besteht oder aber aus einem Grundsatz (d.h. der Regel), dem Ausnahmen hinzugefügt werden: Die (kaum je vermeidbare) Unvollständigkeit in der Erfassung der Phänomene durch den Normsetzer schlägt sich im ersten Fall darin nieder, dass nicht gesehenen Fällen die erwünschte Rechtsfolge *nicht* zugeordnet wird, wohingegen diese im zweiten Fall vom Grundsatz erfasst werden, so dass ihnen die Rechtsfolge zugewiesen wird. Auch für die Beurteilung der Beweislast ergibt sich häufig ein Unterschied aus der Formulierung (sei dies dem Normsetzer bewusst, sei es ihm nicht bewusst).

2. Ausnahmen als Instrument der Differenzierung

Inhaltlich dienen Ausnahmen der Differenzierung des Rechts, sei sie sachgerecht, sei sie sachfremd. Ausnahmen sind daher – in Abwandlung einer Formulierung *Reinhard Mußgnugs* – Ausdruck der Antinomie zwischen

²⁷ Ähnlich *Rödiger* (Fn. 14), S. 219: „mehrdeutig“.

Generalität und Individualität.²⁸ Oder in der Formulierung seines Lehrers: „Die Gleichbehandlung ist ein notwendiger Bestandteil der Gerechtigkeit. Aber in dem Maße, in dem ein Gesetz diese Gleichheit durch seine generalisierende Art verbürgt, wirkt es zugleich ungerecht, weil es die individuelle Eigentümlichkeit eines jeden Falles, für den es gilt, verfehlen muss. Jedes und jeden nach seiner Besonderheit zu behandeln ist ebenfalls ein Gebot der Gerechtigkeit. Je genereller eine Regelung ist, umso mehr verlangt das Gerechtigkeitsbedürfnis danach, das Summarische der Regel durch eine fallgemäße Lösung zu ersetzen. Aber, auch das Umgekehrte gilt: Je spezieller ein Rechtssatz ist, umso mehr wächst das Bedürfnis, die Besonderheit und damit Ungleichheit der Rechtslagen durch eine Regelmäßigkeit zu überhöhen und in ihr aufgehen zu lassen. So stehen die Norm und ihre Durchbrechung in einem dialektischen Verhältnis. Die Ausnahme empfängt von der Norm her ihren Sinn und die Norm lässt sich erst von der Ausnahme aus voll begreifen. Nur Regel und Ausnahme zusammen sichern eine gerechte Ordnung.“²⁹

In diesem Sinne dürfte bereits die aristotelische *ἐπιείκεια* (Billigkeit) eine Quelle von Ausnahmen sein (wenn auch eher Quelle der Ausnahmen *vom* Gesetz als der Ausnahmen *im* Gesetz). Die Ausnahmen können damit zugleich, auch wo sie ihrerseits allgemein formuliert sind,³⁰ die inhaltliche Allgemeinheit der Bezugsnorm (d.h. der Regel) gefährden und Ausdruck der Anmaßung von Wissen sein. Sie können Mahnmale eines naiven regulatorischen Perfektionismus', einer hemmungslosen Detailregulierung darstellen. Sie können aber auch mit der Regel zusammen ein sinnvolles und einleuchtendes Ganzes ergeben, also die Allgemeinheit der Norm nicht gefährden, sondern definieren.³¹

²⁸ *Mußnug* (Fn. 16), S. 58 mit Blick auf den Dispens: „Antinomie zwischen Norm und Individualität“.

²⁹ *Hans Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002, Rn. 42 a.E.; der Abschnitt wird eingeleitet mit dem Passus: „Dispens und Privileg sind elementare juristische Kategorien, die ebenso im Dienst des Gerechtigkeitsstrebens stehen wie das Gesetz als genereller Satz. Der allgemeine und zwingende Charakter des Gesetzes sichert Gleichmäßigkeit der Rechtsfolgen für gleiche Lagen.“

³⁰ Hinweis hierauf bei *Kaiser* (Fn. 6), S. 43.

³¹ Wie die straßenverkehrsrechtliche Norm über „Sonderrechte“, vgl. o. Fn. 21.

3. Ausnahmemotivationen

Funktion der in der Ausnahme liegenden Differenzierung kann einerseits sein, die Verfassungsmäßigkeit der Bezugsnorm zu sichern. Denn Ausnahmen können die Grundrechtskonformität einer Regelung – insbesondere ihre Verhältnismäßigkeit – herstellen. Funktion der Ausnahme kann auch schlicht sein, die Billigkeit oder die Akzeptanz der Regel herzustellen. Fragt man in diesem Sinne nach den Motiven des Ausnehmenden, können Ausnahmen Ausdruck der Rechts- und Verfassungstreue, des Rechtsgefühls oder des Gerechtigkeitsempfindens, aber auch der Scheu vor den politischen Kosten eines Konsenses oder der Nachgiebigkeit gegenüber einer Lobby sein.

4. Zwischenergebnis

Die Ausnahme ist damit nicht nur eine Sicherung, sondern auch eine Gefährdung von Gerechtigkeit und Verfassungsmäßigkeit; sie ist ambivalent, und zwar auch dann, wenn eine Belastung ausgenommen wird. Das Verbot des Bauens im Außenbereich nach § 35 BauGB dürfte ohne Ausnahmen ein unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 14 GG sein. Würde die Liste der privilegierten Vorhaben in Abs. 1 aber immer weiter verlängert, so dass faktisch nur mehr einige wenige Bauvorhaben unzulässig wären, könnte die Norm wegen Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes und des Staatsziels Umweltschutz in die Verfassungswidrigkeit kippen. Die privilegierten Vorhaben blieben zwar dogmatisch (wenn auch nicht statistisch) Ausnahmen, aber sie wären ab einem bestimmten Punkt verfassungswidrig.

Ausnahmen sind damit ein elementares und unverzichtbares Gestaltungs- und Darstellungselement der Normsetzer. Sie sind aber auch ein riskantes Instrument, können sie doch verfassungswidrige Ungleichheiten oder Schutzdefizite schaffen, ferner in der Zeit Begehrlichkeiten wecken und so Eigendynamik entfalten. Das aber leitet bereits über zur Frage nach dem Umgang mit Ausnahmen.

IV. Umgang mit Ausnahmen

1. Zuständigkeit zur Bestimmung von Ausnahmen

Souverän ist bekanntlich, wer über die Ausnahme entscheidet.³² Wer aber entscheidet über Ausnahmen? Unproblematisch *zuständig* ist der Normsetzer der Bezugsnorm oder derjenige, der durch den zuständigen Normsetzer zur Ausnahmeregelung ermächtigt worden ist. Der Rechtsanwender muss mit der geeigneten Technik (und mit n Ethik) der Auslegung die Entscheidung des Normsetzers identifizieren. Das scheint leicht zu sein, wenn die Ausnahme als solche gekennzeichnet ist, und schwer, wenn ein Regel-Ausnahme-Verhältnis nur implizit angeordnet wird (was, wie gesehen, ohne weiteres statthaft ist). In Wirklichkeit verbergen sich angesichts der Vielfalt möglicher Ausnahmen die eigentlichen Schwierigkeiten bei der Frage, was sich hinter der Chiffre „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ verbirgt – was aber bereits keine Zuständigkeitsfrage mehr ist. – Unproblematisch *unzuständig* für die Entscheidung über Ausnahmen ist der jeweils nieder-rangige Normsetzer, sofern keine höherrangige Ermächtigung vorliegt. Aber liegen durch Anwendung völkerrechtsfreundlicher, europarechts-konformer und verfassungskonformer Auslegung nicht auch dort Ausnahmen vor, wo der Normsetzer sie nicht positiviert hat? In meinen Augen dient der Rekurs auf höherrangiges Recht häufig nicht der Auslegung im Sinne einer Inhaltserforschung, sondern der Korrektur einer Norm: Die Konformauslegung fragt nicht nur nach Konformität, sondern stellt sie unter Umständen her.³³ Wie auch immer man sich hierzu stellt, ist Konformauslegung eine äußerst anspruchsvolle Doppelauslegung:³⁴ Es muss der Normtext der untergeordneten Rechtsschicht und genauso sorgfältig, aber mit anderen Methoden der Normtext der übergeordneten Rechtsschicht ausgelegt werden. Wie bei der niederrangigen Norm wird es in aller Regel auch bei der höherrangigen Maßstabnorm einen Korridor vertretbarer

³² Nach *Schmitt* (Fn. 12), S. 13; hierzu *Hasso Hofmann*, „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“, *Der Staat* 44 (2005), S. 171; *Kaiser* (Fn. 6), S. 20, 56.

³³ *Reimer* (Fn. 2), Rn. 239.

³⁴ Zusammenfassend zur hier zugrunde gelegten Konzeption: *Reimer* (Fn. 2), Rn. 679 ff.

Auslegungsvarianten geben. Zeigt sich dennoch eine nicht überbrückbare Diskrepanz, ist die Korrektur der niederrangigen Norm – etwa durch Ergänzung durch eine Ausnahme – zu prüfen; aber nur in dem Rahmen, den die erkennbare Regelungsentscheidung des Normsetzers lässt. Eine freihändige Kreation von Ausnahmen durch den Interpreten unter Berufung auf höherrangiges Recht verbietet sich.

2. Enge Auslegung von Ausnahmen?

Lässt sich eine Ausnahmenvorschrift im positivierten Recht durch Auslegung identifizieren – zur Erinnerung: meist sind Regel-Ausnahme-Verhältnisse implizit angeordnet –, so stellt sich die Gretchenfrage nach einer engen Auslegung. Für eine solche enge Auslegung könnten Normen und Praxen anderer Rechtsordnungen sprechen. So unterliegen nach can. 18 des Codex Iuris Canonici Normen, die eine Ausnahme vom Gesetz enthalten, strikter Auslegung („Leges quae [poenam statuunt aut liberum iurium exercitum coarctant aut] exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi.“). Auch der EuGH bekräftigt – und wir haben heute Vormittag darüber gesprochen – häufig, Ausnahmen seien eng auszulegen.³⁵ In einer furiosen abweichenden Meinung haben gegen die Parömie die Richter des Bundesverfassungsgerichts *von Schlabrendorff, Geiger* und *Rinck* im Jahre 1974 formuliert: „Für jede Vorschrift, auch für eine Ausnahmenvorschrift, gilt, daß sie korrekt und das heißt hier ihrem eindeutigen Inhalt und Sinn entsprechend auszulegen ist. Der Charakter einer Ausnahmenvorschrift verbietet nur, sie über ihren eindeutigen Inhalt und Sinn hinaus ausdehnend auszulegen; mehr gibt die Formel "Ausnahmenvorschriften sind eng auszulegen" nicht her.“³⁶ In dieselbe Richtung weist die lateinische Maxime *singula non sunt extendenda* – Ausnahmen dürfen nicht erweitert werden.

Zur Beantwortung der Frage nach einer etwaigen engen Auslegung von Ausnahmen bedarf es zunächst der Erinnerung daran, dass „Ausnahme“ eine unscharfe Kategorie ist, die eine Vielzahl unterschiedlicher Phäno-

³⁵ Hierzu *Thomas von Danwitz*, i.d.B.; *Franz Reimer*, Sind Ausnahmen eng auszulegen?, in: FS Jürgen Keßler, 2015, S. 531 (535 ff.).

³⁶ BVerfGE 37, 363 (405).

mene umfasst. Die materielle Ausnahme hat inhaltliche Gründe, die formelle unter Umständen nur redaktionelle. Die qualitative Ausnahme schaut auf inhaltliche Gesichtspunkte, die quantitative Ausnahme auf eine messbare Ergebnisrelation. Die qualitative Ausnahme darf daher zur statistischen Regel werden, die quantitative darf es nicht. Letzteres könnte mit dem Merksatz „Ausnahmen sind eng auszulegen“ ausgedrückt werden, der dann aber zu weit greift.

Damit ist immerhin der Weg zur Erklärung der Formel gewiesen: Normen wirken durch und in der Anwendung, d.h. dezentral in Raum und Zeit. Sie können von Mal zu Mal großzügiger angewendet werden. Denn Ausnahmen beginnen das Bild der Normalität mitzuprägen, auf die Regelwahrnehmung zurückzuwirken – eine Annahme, die durch das sozialpsychologische Phänomen der *shifting baselines*³⁷ plausibel wird. Auch schafft jede Ausnahme einen Grund für die nächste Ausnahme,³⁸ nicht zuletzt aufgrund des „grundrechtlichen Sogs zu Detailregelungen“.³⁹ Diese Eigendynamik von Ausnahmen unterläuft dann die Regelungsentscheidung des Normsetzers, und dieser Eigendynamik versucht die Parömie von der engen Auslegung entgegenzuarbeiten. Sie rechtfertigt kein Einengungsgebot, wohl aber eine sensible und treue Auslegung gemäß der erkennbaren, hilfsweise der mutmaßlichen Regelungsentscheidung des Normsetzers. Ausnahmen sind daher nicht einzuengen, wohl aber als Ausnahmebestimmungen zu *erkennen* (Wahrnehmungsgebot) und in Raum und Zeit als Ausnahmebestimmungen zu *wahren* (Ausweitungsverbot).⁴⁰ In Ausnahmefällen (sic!) kommt eine Ausweitung und eine analoge Anwendung

³⁷ Begriffsprägend *Daniel Pauly*, Anecdotes and the shifting baseline syndrome of fisheries, in: *Trends in Ecology and Evolution* 10 (10/1995), S. 430; rezipiert bei *Harald Welzer*, Klimakriege. Wofür im 21. Jahrhundert getötet wird, 2008, S. 212 ff.; näher *Dietmar Rost*, Wandel (v)erkennen. Shifting Baselines und die Wahrnehmung umweltrelevanter Veränderungen aus wissenssoziologischer Sicht 2014, S. 17 ff.

³⁸ „Einzelheiten verleiten zu neuen Einzelheiten“: *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, hier zit. n. *Kirchhof* (Fn. 21), S. 120.

³⁹ Begriff: *Gregor Kirchhof*, Rechtliche Allgemeinheitspostulate, in: *Kluth/Krings* (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 4 Rn. 33.

⁴⁰ *Reimer* (Fn. 2), Rn. 343 ff.

durchaus in Betracht;⁴¹ beides muss aber – besonders bei der quantitativen Ausnahme – einem gedanklichen Verallgemeinerungstest standhalten. Insofern bedingt die Qualifikation einer Norm als Ausnahme dogmatisch keine besonderen Rechtsfolgen; Ausnahmen sind treu, aber nicht eng oder gar einengend auszulegen; ein pauschales Analogieverbot besteht nicht. Dieses Ergebnis entlastet die Klärung der Frage, ob eine Ausnahme vorliegt. Die „Relativität der Ausnahme“ (also die Tatsache, dass ein- und dieselbe Norm gegenüber einer Regel Ausnahme und gegenüber einer Ausnahme Regel sein kann) zeitigt keine problematischen Folgen.

3. Heuristische Bedeutung von Ausnahmen

Neben der dogmatischen sollten abschließend kurz die heuristische und die legistische Bedeutung von Ausnahmen angesprochen werden. Ausnahmen sind in ihrem Informationswert ernst zu nehmen. Sie haben hohen heuristischen Wert. Denn sie helfen nicht nur, ein Regelungssystem zu verstehen, sondern sind auch insoweit eine Sonde, als sie dazu beitragen können, rechtspolitische oder rechtstechnische *Probleme* zu identifizieren, etwa ein grundrechtliches Übermaß der Regel, einen starken Lobbyismus und damit unter Umständen verbundene Gleichheitsprobleme. Besonders interessant ist auch hier wieder die Perspektive in der Zeit: Was heute Regel ist, war häufig gestern Ausnahme. Daher sollten Ausnahmen auch als mögliche Vorboten einer neuen Regel gewürdigt werden: die Geburt der Regel aus dem Geist der Ausnahme⁴² – eine gemeinsame Aufgabe für Wissenschaft, Rechtsprechung und Rechtsetzung.

⁴¹ Zur Statthaftigkeit einer analogen Anwendung von Ausnahmenvorschriften insbes. Markus Würdinger, Die Analogiefähigkeit von Normen, AcP 206 (2006), S. 946 ff.

⁴² So wurden die Verbraucherschutzrechtlichen Regeln im Privatrecht als Ausnahmen zur Regel der Privatautonomie angesehen, bis die Privatautonomie als Ausnahme zum Verbraucherschutz erscheint; hierzu Gerhard Wagner, Zivilrechtswissenschaft heute. Zwischen Orakeldeutung und Maschinenraum, in: Horst Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 67 (98 ff.).

4. Legistische Bedeutung von Ausnahmen

Damit sind wir bereits bei der Rechtsetzungslehre oder Regulierungstheorie angelangt. Normsetzer und die, die sie beraten, sollten Regel-Ausnahme-Verhältnisse reflektieren.⁴³ Die Figur schafft Klarheit über den Gesamtgehalt eines Regelungskomplexes; sie kann ein Beitrag dazu sein, aus Rechtsunordnung Rechtsordnung zu machen.⁴⁴ Daher sollten Rechtsetzer, wenn sie eine Regel-Ausnahme-Struktur für sachgerecht halten, diese als solche ausweisen, und sei es auch nur in den Materialien; auch dies hat Relevanz für die Rechtsanwendung: Es bindet in einer richtig verstandenen legitimationsorientierten („subjektiv-historischen“) Auslegung. Zu den kehrseitigen Obliegenheiten des Rechtsetzers gehört es dabei auch, über Art und Ausmaß der Ausnahme zu entscheiden. Niemals aber sollten sich Regelsetzer mit dem Instrument der Ausnahmen dem regulatorischen Perfektionismus hingeben, der unser Recht so überdifferenziert und änderungsanfällig macht.

V. Fazit

Der Kosmos der Ausnahmen ist wie der Kosmos des Rechts unerschöpflich. Die gemeinsame Entdeckungsreise dorthin war kurz; als Souvenirs bringen wir heim: Ausnahmen sind negative Sonderregelungen. Damit dienen sie als Instrument der Ausdifferenzierung des Rechts. Ausnahmen

⁴³ Davon ist in den meisten Büchern zur Rechtsetzungslehre bzw. Gesetzgebungswissenschaft wenig zu finden; als ein Beispiel vgl. Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014. Einige Hinweise enthält das Handbuch der Rechtsförmlichkeit (Fn. 15), bspw. als Inhalt der Rechtsprüfung die Frage: „Ist das Verhältnis von Regel und Ausnahme sachgerecht?“ (Rn. 9) oder die Faustregel für den Aufbau von Stammgesetzen: „die Regel vor der Ausnahme“ (Rn. 361).

⁴⁴ Betonung der komplexitätsreduzierenden Bedeutung von Regel-Ausnahme-Verhältnissen bei *Lindner* (Fn. 8), S. 213 (214 f., 218 f.). – In meinen Augen wäre eine allgemeine Diskussion der Frage, ob die Norm von der Ausnahme oder von der Normalität her gedacht und gemacht werden muss, fruchtlos, da zu pauschal. Viele Normen sollen Ausnahmeständen vorbeugen; sie können dabei (positiv) an Normalitätszustände anknüpfen oder (negativ) Ausnahmestände sanktionieren. Zum Ganzen näher *Kaiser* (Fn. 6), *passim*.

sind folglich ambivalent, können sie doch Gerechtigkeit wie Ungerechtigkeit bewirken, sachgemäße Differenzierung wie unsachgemäße Privilegierung (oder Diskriminierung) bedeuten. Diese Ambivalenz diskreditiert Ausnahmen nicht als Gestaltungsinstrument; sie bleiben schlechthin unentbehrlich, müssen von den Normsetzern aber mit der „Kultur des Maßes“ (*Paul Kirchhof*) eingesetzt werden. Positivierte Ausnahmen sind treu auszulegen: der Regelungsentscheidung getreu und dem Normsetzer gegenüber loyal. Im Einzelfall kann eine einengende ebenso wie eine ausweitende Auslegung oder auch eine analoge Anwendung in Betracht kommen. Darüber hinaus haben Ausnahmen heuristischen Wert als Problemindikatoren und als Vorboten neuer Grundsätze. Auf diese Weise können sie uns lehren, Recht nicht statisch, sondern in seiner Entwicklung in Raum und Zeit zu verstehen – und damit zugleich unsere juristische Wahrnehmung zu schärfen: mit ihren sich oft unmerklich verändernden Referenzrahmen und Normalitätsannahmen, ihren *shifting baselines*.

Diskussion

Moderation: Ekkehart Reimer

Ekkehart Reimer:

Da drüben auf der rechten Seite der alten Aula hat oft Hans-Georg Gadamer mal gegessen. Er hätte sich verstanden gefühlt, denn die Treue, mit der ein Rechtstext zur Verständnis gebracht wird, ist sehr deutlich aufgeschrieben in dem Vortrag. Wir verstehen, dass die Ausnahme ein heterogenes Phänomen ist. Dass vielleicht das eine Wort Ausnahme gar nicht die Vielfalt der Phänomene wirklich erfasst, von denen heute Vormittag und jetzt die Rede war und dass aber eben doch zugleich die Methodenlehre viel beizutragen hat, über die Hinweise aus den dogmatischen Fächern und aus der Rechtsvergleichung hinaus. Ich bin sehr gespannt auf die Diskussion und darf Sie herzlich einladen, sich daran zu beteiligen.

Wie sind wir treu zur Ausnahme? Kollege Schuhr.

Jan Schuhr:

Sie haben sehr spannend und eingehend erklärt, wie „die Ausnahme selbst wieder als Regel“ aufzufassen ist. Das passt sehr gut für den Fall, in dem Regeln miteinander kollidieren. Ich würde aber gerne dafür plädieren, auch rechtstheoretisch, einen weiteren Begriff von Ausnahmen beizubehalten, der für noch mehr Fälle passt.

Mir scheint es so zu sein, dass wir einen ganz wesentlichen Teil von Ausnahmen haben, die mit Kompetenzen verbunden sind: Wenn jemand ein Notwehrrecht, wenn man so reden darf, hat, dann ist nicht das jetzt die Regel: „Er muss Notwehr üben“. Sondern er hat selbst die Entscheidung: „Ich übe die Notwehr aus oder nicht“. Er bricht die ursprüngliche Regel oder nicht, aber das geht nicht selbst regelhaft, sondern da steckt Freiheit drin. Und große Teile unserer Rechtsordnung scheinen mir so zu sein, dass wir die Freiheiten in Ausnahmen versetzen. Man kann im Vertrag von dem dispositiven Recht abweichen, eine Ausnahme setzen zu dem, was als Regel erstmal formuliert ist. Darin liegt Autonomie. Das Sexualstrafrecht ist so strukturiert, dass wir erstmal sehr weitreichende Verbote haben. Die sollen

aber nicht den Sex verbieten, sondern das geht jeweils mit Einverständnis, da wird eine Ausnahme gesetzt.

Wenn wir Autonomie schützen oder die Rechtsordnung Autonomie vorsieht, scheint mir das in Ausnahmen zu liegen. Vielleicht nicht immer, aber regelmäßig. Ich kann die Autonomie letztlich gerade nicht allgemein regeln. Das ist der Witz daran. Sondern ich brauche eine Kategorie, in der ich eine Kompetenz zuordne und die Ausnahme machen kann von der Regel, ohne dass die Ausnahme selbst eine Regel ist.

Und dann, glaube ich auch, kann man die Tatsachen nicht so weit trennen von dem jeweiligen Recht. Das liegt an Sprachspielen.

Wenn ich eine Regel habe wie „Du sollst nicht töten“. Dann können wir uns nicht gegenseitig beglückwünschen, heute noch niemanden umgebracht zu haben. Wenn wir das regelmäßig tun, dann derogieren wir damit die Regel, dann hat man irgendwann den Eindruck, man könnte es auch mal anders machen.

Wir bestätigen die Regel „Du sollst nicht töten“ vielmehr, indem wir die Leute verurteilen, die jemanden töten. Wir brauchen den Bruch der Regel, um überhaupt die Regel zu sehen. Das hat letztlich normativ-sprachliche Gründe. Wir brauchen den Bruch, um die Norm erkennen zu können, und das liegt, glaube ich, in der Struktur von Sprachspielen. Die Regeln in den Sprachspielen, die erkenne ich nur, indem ich die Ausnahme als Ausnahme bezeichne, was mir auch der Sinn zu sein scheint des Satzes: „Ausnahmen bestätigen die Regel“. Indem ich die Ausnahme als Ausnahme bezeichne, und zwar nicht als Regelhaftigkeit, die ich ausnehme, sondern als „Dies ist eine Ausnahme, dies ist nach der Regel falsch.“, erkenne ich die Regel überhaupt erst und bestätige sie. Und deshalb würde ich auch - ohne bestreiten zu wollen, was Sie sagen, rein als Bemerkung zur rechtstheoretischen Begriffsbildung - einen weiteren Begriff der Ausnahme vorschlagen.

Franz Reimer:

Herzlichen Dank für diese Fülle von wichtigen Aspekten. Zur Klarstellung meiner eigenen Position hinsichtlich der Formulierung der Relativität von Regel und Ausnahme. Vielleicht kann ich es am besten mit dem Beispiel von heute Vormittag illustrieren. Art. 107 Abs. 1 AEUV kann schon als Ausnahme gesehen werden, gegenüber Artikel 107 Abs. 2 AEUV ist er dann aber die Regel. Diese Relativität, diese Blickrichtungsabhängigkeit

der Qualifikation schadet nicht. Das ist mein Punkt, eine ganz nüchterne Feststellung normstruktureller Art. Das muss man nicht Rechtstheorie nennen, man kann es auch als einen Zwischenbefund allgemeiner Rechtslehre bezeichnen. Es ist relativ anspruchslos, aber ich glaube eben, dass die Rechtstheorie in diesem schlichten Sinne als allgemeine Rechtslehre, oder strukturierende Rechtslehre, durch Synopse und Kategorisierung einiges beitragen kann zum Verständnis der Gesamtrechtsordnung.

Das leitet über zu Ihrem nächsten Punkt. Wenn ich es richtig verstanden habe, betonen Sie, dass die Ausnahme häufig gerade Sitz der Freiheit ist (oder Sitz des rechtlichen Schutzes von Freiheit) wie in dem Notwehrbeispiel. Ich glaube, das ist in der Tat sehr wichtig. Es schlägt sich dann nieder, wenn eine Ausnahme eine Eingriffsregelung erst verhältnismäßig macht, also grundrechtskonform. Da ist dann sozusagen die Luft zum Atmen da. Das muss aber nicht so sein: Die Ausnahme kann auch eine ganz andere Funktion haben. Wiederum, es ist banal, die Ausnahme zu einer sozialrechtlichen Leistungsgewährung hat ausschließenden Charakter, ist potentiell zwar kein Freiheitseingriff, aber eine Leistungsversagung. Ein anderes Beispiel, das Ihrer These auf einer ganz schlichten dogmatischen Ebene widersprechen würde, wäre, dass viele Kollegen die grundrechtlichen Freiheiten, die Gewährung der Schutzbereiche in Freiheitsrechten, als die Regel betrachten und die Gesetzesvorbehalte als die Möglichkeit zu einer Ausnahme. Da hätte die Ausnahme, durch Benutzung der Gesetzesvorbehalte, gerade die Funktion einer Freiheitsverkürzung. Man kann gegen diesen Sprachgebrauch einwenden, dass es allzu „wolkgig“ ist, gewissermaßen in Art. 14 Abs. 1 GG erstmal eine Regel zu sehen und dann in Art. 14 Abs. 1 S. 2 oder Art. 14 Abs. 2 ansetzt zur Ausnahme. Aber immerhin: Das zeigt, dass die Ausnahmen auch hier in ihrer Wirkung kontextabhängig sind und nicht unbedingt *sedes materiae* für den Freiheitsschutz und den Schutz der Autonomie darstellen, sondern unter Umständen gerade das Gegenteil bewirken können, jedenfalls bei dieser ganz schlichten, strukturorientierten Betrachtung.

Und ein letzter Punkt – Ihr Statement war so reichhaltig, dass ich noch einen Punkt anschließen möchte. Ich glaube auch, dass Ausnahmen eine erkenntnistheoretische Funktion haben, indem sie Regeln erst wirklich sichtbar oder greifbar oder konturiert machen. Nur würde ich das nicht auf, sagen wir, Straftatbestände und ihren Bruch anwenden, denn der Bruch und die Verletzung eines Straftatbestandes wären für mich schon

keine Ausnahme in dem Sinne, den ich hier vorgeschlagen habe. Das wäre eine Durchbrechung, eine Verletzung, also keine Ausnahme im Recht, sondern eine Ausnahme vom Recht auf der Seite eines Privaten. Aber es gilt, ich glaube, generell für alle Ausnahmen, vielleicht auch für diese Durchbrechung, dass sie eine Regel erst tatsächlich sichtbar oder jedenfalls in ihrer Gestalt wahrnehmbar machen. Das ist die epistemologische Funktion von Ausnahmen. Und da kann man in der Tat die Ausnahme in einem ganz, ganz weiten Sinne verstehen, der die Durchbrechungen und Verletzungen einschließt.

Ekkehart Reimer:

Das Lob der Ausnahme. Herr Professor Droege.

Michael Droege:

Ich weiß nicht, ob ich die Ausnahme loben kann, aber vielleicht mache ich Dir die Antwort leichter, Franz. Im Steuerrecht hat nach meinem Eindruck die Ausnahme einen schlechteren Ruf als dieses ambivalente allgemeine Bild nahelegt, das Du jetzt gezeichnet hast. Die Ausnahme erscheint dem Steuerrechtler als störend, als Durchbrechung von Grundentscheidungen der Steuerrechtsordnung. Vor diesem Hintergrund würde mich aus den Niederrungen des Steuerrechts die Aufgabe besonders interessieren, die Du gerade nachhaltig durch die Relativität von Regel und Ausnahme entlasten wolltest. Also stelle ich die Frage, wie erkenne ich denn die Regel, wenn die Ausnahme doch so allgegenwärtig ist?

Ich mache Dir ein Beispiel, das kennen wir alle, das ist auch durchentschieden: Die Beschränkung der Pendlerpauschale. Ist das eine Durchbrechung des Nettoprinzips oder ist das vielleicht ein neues Prinzip „Werktor plus umweltpolitischer Lenkungsentscheidung“. Das war ja die Frage, um die wir gestritten haben. Kannst Du aus der Perspektive der Methodenlehre irgendetwas sagen? Im Steuerrecht habe ich immer den Eindruck, wir auferlegen dem Gesetzgeber durch die Bindung unserer Methoden an den Gleichheitssatz ein besonderes Rechtfertigungsniveau. Und das setzt an der Ausnahme an und nicht an der Regel. Vielen Dank.

Franz Reimer:

Ich werde mich nicht zu steuerrechtlichen Äußerungen hinreißen und verleiten lassen. Vielleicht müssen wir tatsächlich unsere bisherige Praxis, auch der Rechtsprechung und auch in der Wissenschaft, kritisch daraufhin durchforsten, ob wir zu Unrecht an dem ansetzen, was wir für Ausnahmen halten. Das wäre ja meine These: dass es im Prinzip nicht ankommt auf die Qualifikation einer Norm als Regel oder als Ausnahme, selbst wenn wir sie eindeutig und nicht relativ, sondern absolut, bestimmen können. Für die Gewerbefreiheit wird man sagen müssen, sie ist Regel. Man wird sie kaum als Ausnahme von etwas begreifen können.

Trotzdem würde ich sagen, auch hier gelten die allgemeinen Grundsätze einer treuen, und das ist für mich: einer legitimationsorientierten, also einer subjektiv-genetischen oder subjektiv-teleologischen – wie auch immer Sie das nennen wollen – Auslegung. Das heißt: Respekt für die Regelungsentscheidung des Gesetzgebers. So habe ich übrigens heute Morgen auch Herrn von Danwitz verstanden mit der engen Bindung an insbesondere die sekundärrechtlichen Entscheidungen. Das überzeugt mich vollständig: dass wir nicht zu sehr „reingrätschen“ mit Systemvorstellungen. Das ist, ich denke, letztendlich ein demokratisches Gebot. Ein Gebot des Respekts für den jeweils legitimierten Normsetzer auf Unionsebene, auf Landesebene, auf Bundesebene. Insofern wäre vielleicht die Antwort auf die Frage, auch wenn ich damit ein Stück weit der Frage ausweiche: Knüpfen wir nicht an Ausnahmen an, sondern an eine sorgfältige Auslegung der einzelnen Norm an, egal wie sie uns erscheint.

Ekkehart Reimer:

Kollege Christoph Kern, ebenfalls auf der Gadamer-Bank.

Christoph Kern:

Ja vielen Dank, und nicht aus den „Niederungen“ des Steuerrechts, sondern noch entfernter – und ich hoffe, die Festversammlung nicht zu langweilen.

Aus dem Blick des Insolvenzrechts stellt sich manchmal die Frage – und die haben wir heute noch nicht diskutiert: Was ist eigentlich die Regel und was ist die Ausnahme? Ein Beispiel: Im Insolvenzverfahren gestehen wir dem Schuldner unter Umständen zu, das Verfahren in Eigenverwaltung

durchzuführen. Der Insolvenzschuldner darf also selbst weiter wirtschaften; ihm wird dann ein Sachwalter an die Seite gestellt. Der Gesetzgeber hat die Kompetenzen von Schuldner und Sachwalter teils explizit verteilt, dem einen diese Kompetenz, dem anderen jene Kompetenz gegeben, und wir streiten jetzt oder sind uns unsicher: Was ist eigentlich für den Fall, der nicht geregelt ist, die Entscheidung? Gibt es eine Grundentscheidung, eine Regel, und gibt es eine Ausnahme? Wir wissen nicht sicher, was die Regel und was die Ausnahme ist. Wir kommen also mit dem methodischen Werkzeug der getreuen Auslegung nicht weiter, weil wir einen nicht geregelten Fall haben. Der Gesetzgeber hat sich gerade nicht dazu geäußert, was er als Regel ansieht, und wir fragen uns: Will er vielleicht gar keine Regel aufstellen? Aber es wäre natürlich hilfreich zu wissen, wenn es eine Regel gibt, welches die Regel ist. Denn beides kommt in Betracht und genauso gut die völlige Offenheit, die völlige Unklarheit. Gibt es methodisch dazu Überlegungen?

Franz Reimer:

Aus meiner Perspektive, aber sie ist vielleicht eine partikuläre Perspektive, stehen wir natürlich nicht hilflos vor Lückenfällen. Sondern in Übereinstimmung mit dem, was die Methodenlehre als eine Art Handwerkslehre über Jahrzehnte hinweg entwickelt hat, gibt es verschiedene Instrumente zur Überprüfung der Existenz von Lücken und dann, bei Bejahung einer Lücke, zu deren Schließung, wenn man das mit diesem etwas brutalen oder unpassenden Wort bezeichnet. Und nicht nur die Analogie, an die man zuerst denkt, sondern auch die Bildung eines Rechtsgrundsatzes. Ich würde sagen, das sind alternative Instrumente:

Die Bildung eines Rechtsgrundsatzes im Wege der Induktion, also eines Schlusses vom Besonderen, von einzelnen Regelungen aus, seien sie Regeln oder Ausnahmen, auf einen übergreifenden Rechtsgedanken, von dem wir den Eindruck haben, er ist nicht nur ein Hintergedanke, eine Motivation, sondern er kann eine Norm sein, ein Maßstab, ein Entscheidungsmaßstab – das ist das, was ich Induktion nennen würde. Das Interessante und Bristante hieran ist, dass damit die Rechtsfolgen des Grundsatzes der neu entstandenen, der induzierten, Norm offen sind.

Und daneben steht das Instrument der Analogie, einer Einzelanalogie oder einer Gesamtanalogie. Der Unterschied zur Induktion scheint mir, mit

Blick auf die Gesamtanalogie, dass hier die einzelnen Normen, die Ausgangspunkt sind für die Gesamtanalogie, bereits übereinstimmende Rechtsfolgen vorsehen müssen, die dann auf den einzelnen Fall Anwendung finden. Das ist natürlich ein sehr, sehr problematisches Geschäft. Der heikelste Punkt ist der allererste Schritt: Liegt überhaupt eine Lücke vor, oder nicht ein bewusster Regelungsverzicht? Wenn ein bewusster Regelungsverzicht vorliegt, kann er immer noch eine Delegation des Normsetzers an die Rechtsanwendung und an die Rechtswissenschaft darstellen. Insofern ist auch das Dogma von der Regelungslücke, von der bewussten Nichtregelung, etwas zu eng.

Jedenfalls brauchen wir diesen ersten Schritt, und für die Lückenfüllung gibt es dann, glaube ich, diese beiden unterschiedlichen Wege der Einzelanalogie oder Gesamtanalogie auf der einen Seite und der Bildung eines Rechtsgrundsatzes auf der anderen Seite. Und dieser Rechtsgrundsatz ist, meine ich, rechtstheoretisch etwas anderes als die Regel, von der wir heute sprechen. Man kann natürlich sagen, der Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben ist so etwas wie eine Regel. Das kann übereinkommen, das muss sich aber nicht decken. Die Regel im heutigen Sinne wird definiert als Gegenbegriff zur Ausnahme. Der Rechtsgrundsatz als übergreifende Norm, die rechtsfolgenoffen ist, aus der also unterschiedliche Rechtsfolgen abgeleitet werden können, definiert sich als Gegenbegriff zur Einzelnorm. Das kann bedeuten, dass man mit der Bildung eines Rechtsgrundsatzes eine neue Regel schafft, von der es dann wieder Ausnahmen gibt, aber wir sind für die Lückenfälle eben nicht angewiesen auf die Schaffung einer Regel. Insofern denke ich, können wir als Rechtsanwender durchaus vorstoßen in diese unregelmäßigen Fälle, soweit nicht der Gesetzgeber hier einen bewussten Regelungsverzicht ohne Delegation an den Rechtsanwender geschaffen hat.

Ekkehart Reimer:

Uwe Kischel.

Uwe Kischel:

An meinen Vorredner anknüpfend und an das, was Sie gesagt haben: Ist es nicht in sehr, sehr vielen Fällen so, dass die Unterstellung, der Gesetzgeber habe sich für eine Regel entschieden, für einen Grundsatz, eine schlichte

Unterstellung ist? Dass wir in Wirklichkeit gar nicht davon sprechen können. Dass nämlich der Gesetzgeber sich dafür entschieden hat, es in bestimmten Fällen so und in anderen Fällen so zu tun und das ist seine Entscheidung. Und wir wählen uns jetzt eine dieser beiden Entscheidungsteile heraus und erklären den zur Regel auf unklarer Grundlage, weil es schöner zu formulieren ist oder vielleicht weil es die Mehrheit der Fälle betrifft.

Ich denke zum Beispiel an das deutsche Wahlrecht. Im deutschen Wahlrecht gibt es die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dass wir im Grundsatz eine Verhältniswahl haben, die deshalb an der Erfolgswertgleichheit zu messen ist. Während, wenn wir keine Verhältniswahl hätten, sondern eine Mehrheitswahl, würde der Grundsatz der Erfolgswertgleichheit nicht einschlägig sein. Das wird dann aber seltsam, weil nach den Ergebnissen der modernen Wahlforschung innerhalb des Spektrums denkbarer Wahlsysteme es einfach eine kontinuierliche Linie mit immer geringerer Erfolgswertgleichheit gibt, die übrigens nicht einmal bei einer absolut reinen Verhältniswahl erreicht würde, es sei denn, es würde eine Person eine andere Person wählen. Sind das nicht einfach Unterstellungen? Und ich habe heute Morgen mit Interesse die Frage von Herrn Kirchhof an Herrn von Danwitz zur Kenntnis genommen, bei der es mir schien, als wenn es im Ergebnis so wäre, als wenn der Europäische Gerichtshof vielfach aus den eigenen Grundsätzen der Wettbewerbsfreiheit und der Erhaltung des Wettbewerbs und der Möglichkeiten des Europarechts heraus festlegt, was eine Regel ist und das aber nicht ausspricht.

Sollten wir es nicht vielleicht – und gehen vielleicht Ihre Ausführungen in diese Richtung? – sollten wir dieses Denken, außer in absolut klaren Fällen nicht vielleicht schlicht aufgeben und sagen, Regel und Ausnahme spielen vielfach keine Rolle, was natürlich im Steuerrecht extrem gravierende Auswirkungen hätte.

Ekkehart Reimer:

Das Lob der Fragmentierung.

Franz Reimer:

Ich stimme Ihnen insoweit zu, als eine Regelungsentscheidung des jeweiligen Normsetzers natürlich in der Tat ganz oft nicht feststellbar ist. Selbst wenn wir Äußerungen in den Materialien haben, sind die häufig nicht als *pars pro toto* zu verstehen. Man muss sehr sorgfältig zurechnen, um aus ihnen dann tatsächlich einen Regelungswillen, eine Regelungsabsicht, eine kollektive Intention des jeweils relevanten Gremiums abzuleiten. Es ist gesagt worden, dass deshalb die subjektiv-historische oder genetische Auslegung in allen entscheidenden Fällen ins Leere geht. Wie auch immer man das jetzt bemessen will: Wo im Einzelfall einmal eine Regelungsentscheidung des zuständigen Akteurs, des Normsetzers, feststellbar ist, bindet sie, meine ich, aus legitimationsorientierten Gründen. Wo nicht, ist der Weg frei zu anderen Auslegungsformen, und wenn wir eine Lücke haben, ohnehin zu den verschiedenen Instrumenten der Lückenfüllung. Was ich postuliere, ist eine Art Vorrang der Regelungsentscheidung des Normsetzers, aber kein Vorbehalt. Wir sind nicht zum Nichtstun verdammt, wenn wir eine Regelungsentscheidung nur fingieren können. Das ist meine differenzierende Antwort.

Ekkehart Reimer:

Paul Kirchhof.

Paul Kirchhof:

Ganz herzlichen Dank sage ich für einen faszinierenden, neuen Blick in den Garten von Regel und Ausnahme. Sie betonen zu Recht, dieses Denken setze ein System voraus, fordere dann vor allem die Kategorie der Spezialität. Diese unterteilen Sie in zwei Unterkategorien: Es gibt eine Spezialität, die die Regel widerlegt (Ausnahme), und es gibt eine Spezialität, die die Regel modifiziert, also ergänzt und erweitert, wie wir sie insbesondere bei den Grundrechten kennen (keine Ausnahme). Das sind fundamentale Kriterien, die wir aufnehmen sollten.

Damit ist zugleich die Kernfrage unseres Themas formuliert: Wann darf eine spezielle Regel die allgemeine Regel widerlegen? Wenn das Recht – insbesondere das Verfassungsrecht – bestimmte Grundwerte garantiert, die Grundrechte, das Rechtsstaatsprinzip, Demokratieprinzipien, darf

prinzipiell keine Ausnahme gelten. Diese Regelfälle, Regelsätze, beanspruchen besondere Verbindlichkeit, erlauben nur eine ergänzende, erweiternde Spezialität.

Eine andere Spezialität ergibt sich aus der Zuständigkeitsordnung zwischen obersten Bundesgerichten und Bundesverfassungsgericht. Die obersten Bundesgerichte sind befugt und beauftragt, das Gesetzesrecht auszulegen. Soweit dort ein Fehler unterläuft, verstößt dieser Fehler grundsätzlich gegen den Satz „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“. Das Bundesverfassungsgericht wäre zur Korrektur berufen, würde damit zu einem Superrevisionsgericht. Deswegen fragen wir für die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts nach der Verletzung von „spezifischem Verfassungsrecht“. Wenn ein oberstes Bundesgericht Leitgedanken des Verfassungsrechts verletzt, ist das Bundesverfassungsgericht zur Aufhebung dieses Urteils berufen. Eine bloß fehlerhafte Gesetzesanwendung hingegen bleibt in der Verantwortung der Fachgerichtsbarkeit. Im Verhältnis zwischen Fachgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit wird also zwischen der Anwendung von Elementarprinzipien des Verfassungsrechts und der Anwendung von Gesetzesrecht unterschieden.

Blicken wir nachher – Sie haben sehr zurecht auf den Gleichheitssatz verwiesen – auf das Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber am Maßstab des Willkürverbots, geht es um Fehler der Gesetzgebung, die ausschließlich vom Bundesverfassungsgericht korrigiert werden können. Wenn der Gesetzgeber sich außerhalb dessen bewegt, was nach Verfassungsrecht zulässig ist, entsteht nicht mehr Gesetzesrecht, sondern Willkür, Wahl(kür) nach Wollen, die dem Gesetzgeber nicht zusteht und deswegen unverbindlich ist.

Die klassische arbeitstechnisch geläufige Stufung von Regel und Ausnahmen regelt das GG im Verhältnis von Administrativenteignung als Regel und Legalenteignung als Ausnahme. Ein solches verfassungsrechtliches Stufenverhältnis kann auch der verfassungsverdeutlichende Gesetzgeber begründen. Dazu bietet – Herr Kischel – das Wahlrecht ein Beispiel. Art. 38 Abs. 3 GG sagt: „Das Nähere bestimmt das Gesetz.“ 1949 hätte der Gesetzgeber ein Persönlichkeitswahlrecht oder ein Verhältniswahlrecht, aber auch Mischformen einführen können. Wenn er sich zu einem personalisierten Verhältnismäßigkeitsprinzip entschlossen hat, gilt – solange diese gesetzliche Regel wirkt – das Folgerichtigkeitsprinzip. Wir könnten nicht

plötzlich im Wahlkreis Heidelberg ein Persönlichkeitsrecht einführen, solange die Systementscheidung eines Verhältnismäßigkeitswahlrechts fortgilt. Der Gesetzgeber hat mit seiner Regelbildung A gesagt, darf dann nicht auf die Ausnahme B ausweichen.

Ich glaube, lieber Herr Reimer, Ihr Gedanke der Spezialität und die daran anknüpfende Frage, wann das spezielle Gesetz eine andere, besondere Dauer- und Weitenwirkung beanspruchen darf, ist der Kern unseres Problems. Ich sage erstens: Sie haben uns große Erkenntnishilfen und Nachdenklichkeitsimpulse gegeben. Ich sage zweitens: Danke.

Franz Reimer:

Das war eigentlich das Schlusswort. Ich hätte eine winzige Bemerkung zu machen, aber ich weiß nicht, wie wir in der Zeit sind.

Ekkehart Reimer:

Zeit haben wir.

Franz Reimer:

Vielleicht ganz kurz zu Ihrem ersten Aspekt. Die Wirkung der Einführung einer Spezialnorm ist zunächst ganz schlicht markiert durch den Satz *lex specialis derogat legi generali*. Entgegen der herrschenden Meinung würde ich sagen, die *lex specialis* hebt nicht die Generalnorm auf, so wird derogieren häufig übersetzt, sondern suspendiert sie, setzt sie außer Anwendung. Denn die Generalnorm bleibt natürlich wirksam, bleibt in Geltung, eigentlich in allen Fällen und wird nur außer Anwendung gesetzt. Das natürlich nur, wenn die *lex specialis* wirksam ist, insbesondere wenn sie nicht verfassungswidrig ist. Und da kommen die verfassungsrechtlichen Maßstäbe ins Spiel, und in der Tat: Ich denke, das sind die Gleichheitssätze, vor allen Dingen Art. 3 Abs. 1 GG, unter Umständen aber auch bestimmte Verfassungsnormen, aus denen sich Schutzpflichten ergeben. Je nach Gegenstand kann das Art. 2 Abs. 1 GG sein oder Art. 20a GG, wenn umweltrelevante Thematiken berührt sind, oder Art. 20 Abs. 1 GG, das Sozialstaatsprinzip. Das heißt wir müssen eine Konformitätsprüfung durchführen.

Dabei haben wir wiederum das Problem der Frage, ob wir eine *lex specialis*, die uns verfassungswidrig vorkommt, verfassungskonform auslegen können, aus meiner Sicht eine Art „Konformisierung“, keine wirkliche Auslegung mehr. Ich denke, der Schlüssel zu diesem Fragebündel ist die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers. Bei allem Verdruss und Unbehagen an diesen unendlichen *leges speciales* müssen wir anerkennen, dass der Parlamentsgesetzgeber das souveräne Recht zu irren hat, ein schlechtes Rechtssystem zu präsentieren. Einen Teil der Probleme, denke ich, müssen wir in die politische Arena verweisen, ein anderer Teil ist natürlich rechtlich aufzuarbeiten anhand dieser Maßstäbe und möglicherweise sogar anhand des Verbots des Einzelfallgesetzes nach Art. 19 GG, aber das ist eine Einzelfrage.

Ekkehart Reimer:

Methodenfragen sind Verfassungsfragen. Damit ist die Diskussion an dem Punkt angekommen, der jede weitere Diskussion nicht abschneidet, sondern eröffnet. Das machen wir in der Kaffeepause. Vorher aber Franz, ganz herzlichen Dank für Vortrag und Diskussion, das war sehr erhellend.

§ 5 Identifikation von Regel und Ausnahme im Steuerrecht

Rudolf Mellinghoff

I.	Bedeutung von Regel und Ausnahme im Steuerrecht.....	103
1.	Regel und Ausnahme im Werk von Paul Kirchhof.....	103
2.	Regel und Ausnahme im Steuerrecht.....	104
II.	Die Identifikation der Regel.....	106
1.	Das Diktum des Gesetzgebers und die verfassungsrechtliche Konkretisierung.....	106
2.	Die Allgemeinheit der Last.....	108
3.	Typisierung und Pauschalierung.....	112
a.	Typisierung und Pauschalierung als Regel oder als Ausnahme.....	112
b.	Günstigerprüfung und Billigkeitsmaßnahmen.....	113
III.	Die Identifikation der Ausnahme.....	114
1.	Die Abweichung von der Regel.....	114
2.	Die Erkennbarkeit der Ausnahme.....	114
3.	Die getrennte Betrachtung.....	116
4.	Regel – Ausnahme – Rückausnahme.....	116
IV.	Ausblick.....	118

I. Bedeutung von Regel und Ausnahme im Steuerrecht

1. Regel und Ausnahme im Werk von Paul Kirchhof

Das Verhältnis von Regel und Ausnahme im Steuerrecht durchzieht das wissenschaftliche Wirken von *Paul Kirchhof* von Anbeginn an. Ihm war es stets ein Anliegen, die allgemeine Belastungsregel von Steuergesetzen herauszuarbeiten und die Ausnahmen als rechtfertigungsbedürftig entgegenzustellen. In zahlreichen Abhandlungen hat er nachgewiesen und verdeutlicht, dass die Gemeinlast der Steuer keine Privilegien, Bevorzugungen und Lenkungen verträgt, sondern die Belastbarkeit des Einzelnen jeweils nach seinem wirtschaftlichen Erfolg definiert. Anlass für das von ihm maßgeblich formulierte Bundessteuergesetzbuch war unter anderem die Tatsache,

dass die historisch bewährten Belastungsprinzipien des Steuerrechts von Ausnahmen, Privilegien und Lenkungsstatbeständen so überwuchert sind, dass die Grundprinzipien des Steuerrechts kaum noch erkennbar sind.¹ Auch seine Beiträge im Handbuch des Staatsrechts zu den Steuern und zum allgemeinen Gleichheitssatz verdeutlichen, dass sich schon aus der Verfassung ergibt, dass ein freiheitsgerechtes Steuerrecht eine verallgemeinerungsfähige Grundregel erfordert, die am Maßstab der Freiheitsrechte zu entwickeln ist, erfordert.²

Die generelle Regel und damit die Allgemeinheit des Gesetzes sind für *Paul Kirchhof* jedoch nicht nur auf das Steuerrecht beschränkt, sondern bilden die Grundlage des Verhältnisses von Staat und Bürger. Seine wegweisende Kommentierung zu Art. 3 Abs. 1 GG im Kommentar von *Maunz-Dürig* beginnt mit dem Auftrag zur angemessenen Verallgemeinerung und der Rechtfertigung jeder Regel.³ Das allgemeine Gesetz bildet für ihn damit die Grundlage des freiheitlichen Verfassungsstaates. Jede Ausnahme, die den Grundgedanken eines Gesetzes nicht folgerichtig umsetzt, sondern ihm widerspricht, muss auch vor Art. 3 GG daraufhin überprüft werden, ob sie sich rechtfertigen lässt.

Nach über 40-jähriger gemeinsamer Verbundenheit, erst als Schüler, dann als Mitarbeiter, als Mitherausgeber eines Großkommentars und schließlich als guter Freund ist es mir eine besondere Freude, einen kleinen Beitrag zu diesem Symposium beizusteuern, das dem 75. Geburtstag von Paul Kirchhof gewidmet ist.

2. Regel und Ausnahme im Steuerrecht

Sprachlich versteht man unter einer Regel die aus bestimmten Regelmäßigkeiten abgeleitete, aus Erfahrungen und Erkenntnissen gewonnene, in

¹ *P. Kirchhof*, Bundessteuergesetzbuch, 2011, S. V.

² *P. Kirchhof*, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: HStR VIII, ³2010, § 181 Rn. 180; *ders.*, Die Steuern, in: HStR V, ³2007, § 118 Rn. 168 ff.

³ *P. Kirchhof*, in: *Maunz-Dürig*, Grundgesetz Kommentar, Art. 3 Abs. 1 Rn. 1.

Übereinkunft festgelegte, für einen bestimmten Bereich als verbindlich geltende Richtlinie.⁴ Diesen Gedanken greift *Paul Kirchhof* in seinem neuesten Buch „Beherrzte Freiheit“ auf, indem er darauf hinweist, das allgemeine Gesetz handle vom Alltagsleben des Jedermann und regle die Normalität, zugleich vertraue es aber auf die Freiheit der Gesellschaft, angemessene Begegnungs- und Umgangsformen selbst zu entwickeln. Das allgemeine Gesetz bildet damit die Grundlage des freiheitlichen Verfassungsstaates.⁵

Anders als in anderen Lebensbereichen ergeben sich die Inhalte und Vorgaben für die allgemeine Regel im Steuerrecht allerdings weniger aus vorgefundenen Lebenssachverhalten; vielmehr lebt das Steuerrecht aus dem Diktum des Gesetzgebers. In einem ersten Schritt werde ich daher den Maßstäben nachgehen, die bei der Regelsetzung im Steuerrecht zu beachten sind.

Die Ausnahme kennzeichnet, dass sie nicht von der Regel umfasst wird, sich von dieser abgrenzen lässt und sich teilweise in deutlichem Widerspruch zu ihr befindet. Der Gesetzgeber kann auch im Steuerrecht ausdrücklich Ausnahmen von einer allgemeinen Norm bestimmen. Insbesondere diese Ausnahmegesetze, die eine Durchbrechung der Regelbesteuerung enthalten, sind rechtfertigungsbedürftig, nicht aber immer rechtfertigungsfähig. Die Maßstäbe für zulässige Ausnahmetatbestände von der allgemeinen Besteuerung Regel werde ich in einem weiteren Schritt ansprechen.

Darüber hinaus können Ausnahmen aber auch die allgemeine Regel konkretisieren. Diese zweite Form der Ausnahme kennen wir aus dem Sprichwort „die Ausnahme bestätigt die Regel“. In diesem Fall lässt die Erwähnung einer expliziten Ausnahme auf das Vorhandensein einer Regel in den nicht von der Ausnahme betroffenen Fällen schließen. Hierbei handelt es sich dann nicht um den rechtfertigungsbedürftigen Gegensatz, sondern um die nähere Ausgestaltung eines allgemeinen Gesetzestatbestandes.

⁴ Vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/Regel>.

⁵ *Paul Kirchhof*, Beherrzte Freiheit, 2018, S. 132

II. Die Identifikation der Regel

Wer heute die allgemeine Besteuerungsregel und damit den steuerlichen Belastungsgrund eines Gesetzes identifizieren will, stößt schon deshalb auf Schwierigkeiten, weil die ursprünglichen Grundprinzipien einzelner Steuergesetze kaum noch erkennbar sind. Sie sind durch ergänzende Belastungs- und Entlastungsentscheidungen verfremdet und durch Lenkungsnormen verfälscht. Teilweise sind Steuergesetze, wie z.B. die Gewerbesteuer im Laufe der Zeit in einer Art und Weise verändert worden, dass sie den ursprünglich geltenden Besteuerungsgedanken nicht mehr entsprechen. Um die allgemeine Regel eines Steuergesetzes zu identifizieren sind darüber hinaus verfassungsrechtliche Wertungen heranzuziehen.

1. Das Diktum des Gesetzgebers und die verfassungsrechtliche Konkretisierung

Bereits 1962 hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass das Steuerrecht von der Idee der „primären Entscheidung des Gesetzgebers über die Steuerwürdigkeit bestimmter generell bezeichneter Sachverhalte“ getragen wird und dementsprechend „aus dem Diktum des Gesetzgebers“ lebt.⁶ Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, die er der Besteuerung zugrunde legen will.

Für die Identifikation der allgemeinen Regel eines Steuergesetzes genügt es jedoch nicht, darauf zu verweisen, dem Gesetzgeber stehe es frei, einen Lebenssachverhalt zu besteuern. Vielmehr werden die Belastungsgrundentscheidungen durch verfassungsrechtliche Maßstäbe, insbesondere aus den Freiheits- und Gleichheitsrechten konkretisiert. Die im Rahmen von Art. 3 GG entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Sachgerechtigkeit, der Besteuerung am Maßstab der finanziellen Leistungsfähigkeit, der

⁶ BVerfG v. 24. Januar 1962 – 1 BvR 232/60, BVerfGE 13, 318-331 unter Hinweis auf: *Bühler/Strickrodt*, Steuerrecht, 3. Aufl. S. 658; vgl. auch BVerfG v. 5. November 2014 – 1 BvF 3/11, BVerfGE 137, 350 Rn. 33.

Widerspruchsfreiheit in der Gesamtrechtsordnung und der maßvollen Besteuerung⁷ erlangen damit nicht nur im Rahmen der Rechtfertigungsbedürftigkeit von Ausnahmen Bedeutung, sondern tragen in einem zunehmend komplex gewordenen Steuersystem bereits dazu bei, die Belastungsgrundentscheidung und damit die allgemeine Besteuerungsregel zu identifizieren.

Dass die verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Besteuerung nicht erst bei der Rechtfertigung von Ausnahmen von der Belastungsentscheidung des Gesetzgebers eine Rolle spielen, sondern bereits dazu dienen, die allgemeine Besteuerungsregel zu konkretisieren folgt daraus, dass die Unterscheidung zwischen Regel und Ausnahme in vielen Fällen zwei Seiten einer Medaille sind. So kann eine gesetzliche Regelung entweder den allgemeinen Besteuerungstatbestand konkretisieren und verdeutlichen oder aber eine bewusste Entgegensetzung oder Abweichung von der Belastungsentscheidung des Gesetzgebers bedeuten.

Ob eine Regelung des Einkommensteuergesetzes die Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit ausformt oder aber eine bewusste Abweichung von der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit darstellt, kann sich auch aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben ergeben. Die Regelungen des Familienleistungsausgleiches, die teilweise eine verfassungsgebundene Freistellung des Familienexistenzminimums enthält, können daher einerseits der Konkretisierung der verfassungsgebundenen Besteuerung unter Berücksichtigung des Familienexistenzminimums zugeordnet werden. Soweit es sich jedoch um eine sozialstaatliche Leistung handelt, handelt es sich um eine Ausnahme von der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit, die nicht einer folgerichtigen Belastungsentscheidung des Gesetzgebers entspricht. Insoweit handelt es sich um einen Fremdkörper im Einkommensteuergesetz.⁸

⁷ P. Kirchhof, Die Steuern, in: HStR V, ³2007, § 118 Rn. 124 ff.; ders., Maunz-Dürig, Art. 3 Abs. 1, Rn. 323 ff.

⁸ Heuermann, FR 2000, 248; Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Besteuerung von Ehe und Familie, in: Grundrechtsschutz im Steuerrecht, Rechtsstaat in der Bewährung 35, (2001), S. 39.

2. Die Allgemeinheit der Last

Regeln im Steuerrecht sollen unterschiedliche Lebenssachverhalte in einer rechtserheblichen Gemeinsamkeit erfassen.⁹ Der Gesetzgeber bestimmt einen Steuergegenstand und setzt diese Belastungsentscheidung in einer allgemein geltenden Bemessungsgrundlage um, die grundsätzlich alle Steuerpflichtigen erfasst, die den Tatbestand des Gesetzes erfüllen.

Dabei verbietet Art. 19 Abs. 1 GG nicht nur das Einzelfallgesetz, sondern ordnet an, dass Gesetze allgemein zu gelten haben. *Gregor Kirchhof* hat die Allgemeinheit des Gesetzes im Steuerrecht entfaltet und unter anderem ausgeführt, dass die personale Allgemeinheit sich im Anspruch, alle Bürger zu erfassen, gegen ein personenbezogenes Privileg wehrt.¹⁰ Schon unter der Weimarer Verfassung, die in Art. 134 ausdrücklich den Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung kannte, galt die Regel, dass die gesetzliche Entscheidung über die Steuerwürdigkeit im Einzelsteuergesetz so auszugestalten ist, dass sie jeden nur denkbaren Steuertatbestand, den der Gesetzgeber treffen sollte auch wirklich erfasst.¹¹

Für die Allgemeinheit des Steuergesetzes stellt sich dabei die Frage, ob Steuergegenstand, Steuerbemessungsgrundlage und Steuersubjekt so ausgestaltet werden dürfen, dass nicht alle vom Tatbestand angesprochenen Personen, sondern nur ein sehr begrenzter Personenkreis von der Steuer erfasst wird. Dies ist einerseits bei Lenkungssteuern möglich, die das Verhalten einer überschaubaren und möglicherweise sehr kleinen Gruppe von Steuerpflichtigen beeinflussen will. Ein Beispiel hierfür wäre z.B. die Kernbrennstoffsteuer, die von 2011-2016 von den Betreibern von Kernkraftwerken erhoben wurde.

Grundsätzlich dürfte es zwar zulässig sein, den Steuergegenstand von Lenkungssteuern so eng zu fassen, dass nur ein relativ überschaubarer oder ein sehr kleiner Personenkreis hiervon betroffen ist. Allerdings kennzeichnet die in Art. 106 GG benannten Steuerarten, dass es sich um Steuern handelt,

⁹ *P. Kirchhof*, in: Maunz-Dürig, Art. 3 Abs. 1 Rn. 118.

¹⁰ *G. Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 166.

¹¹ *G. Kirchhof*, a.a.O., S. 542 m.w.N.

die dem Ideal der Gemeinlast entsprechen und eine große Anzahl von Personen oder Unternehmen betreffen. Da die Kernbrennstoffsteuer keiner der in Art. 106 GG benannten Steuertypen zugeordnet werden konnte, hat das Bundesverfassungsgericht diese für verfassungswidrig erklärt.¹²

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, wenn der Gesetzgeber zwar einen generellen und allgemeingültigen Belastungsgrund in einem Steuertatbestand definiert, sodann aber durch zahlreiche Subventions-, Lenkungs- und Entlastungsregelungen den Kreis der Betroffenen derart reduziert, dass nur noch eine kleiner Ausschnitt der vom allgemeinen Tatbestand erfassten Steuerpflichtigen überhaupt steuerlich belastet wird. Die rechtfertigende Belastungsidee wird in ihrer Allgemeinheit nicht mehr verwirklicht. Das Gesetz erweckt dann in der tatbestandlichen Grundregel zwar den Eindruck, als ob dieses Gesetz eine allgemeine Steuerbelastung formuliert. Wenn aber dann die Mehrzahl aller Steuerpflichtigen durch gegenläufige Regelungen von der Steuer ausgenommen wird, führt dies im Zusammenspiel von Regel und Ausnahme im Ergebnis dazu, dass die eigentliche Besteuerungsidee nicht mehr abgebildet wird und die allgemeine Regel, die der Besteuerung scheinbar zugrunde liegt, nicht mehr verwirklicht wird. Stattdessen wird nur noch ein bestimmter überschaubarer Kreis von Steuerpflichtigen erfasst. Die Regelbesteuerung findet dann nur noch in seltenen Ausnahmefällen statt.

Wer in diesen Fällen versucht, die Regel der Besteuerung zu identifizieren, wird durch den scheinbar allgemein geltenden Gesetzeswortlaut von der Realität der Besteuerung abgelenkt. Selbst wenn sich jeder einzelne Ausnahmetatbestand vor Art. 3 GG rechtfertigen lässt, stellt sich die Frage, ob ein solches Gesetz noch dem Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung entspricht. Möglicherweise ergibt sich aus einer gemeinsamen Betrachtung von allgemeiner Regel und zahlreichen Ausnahmen, dass der Besteuerung im Ergebnis eine andersartige Belastungsregel zugrunde liegt.

Zwar dürfte sich in diesen Fällen vielfach auch die Frage nach einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG stellen, weil die im allgemeinen Tatbestand geregelte Belastungsentscheidung nicht folgerichtig umgesetzt worden ist.

¹² BVerfG v. 13. April 2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171.

Allerdings wird in der Praxis immer nur überprüft, ob eine einzelne Steuerbefreiung, eine bestimmte Lenkungsnorm oder Sozialzwecknorm gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt. Eine Prüfung, ob eine derart eingeschränkte Anwendung der Grundregel noch dem Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes entspricht, ist bisher kaum thematisiert worden.

Die Problematik lässt sich am Beispiel der Gewerbesteuer aber auch an der Erbschaftsteuer zeigen:

Die Erbschaft- und Schenkungssteuer will nach ihrer Idee die Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Empfänger von Erbschaften oder Schenkungen erfassen.¹³ Besteuert wird nicht das vom Erblasser hinterlassene Vermögen, sondern die Bereicherung, die der Erwerb von Vermögen beim Erben oder Beschenken bewirkt. Das Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz nimmt jedoch einerseits das durchschnittliche Familienvermögen durch persönliche Freibeträge weitestgehend von der Erbschaftsbesteuerung aus.¹⁴ Außerdem wird das Unternehmensvermögen im Rahmen sachlicher Steuerbefreiungen nahezu umfassend von der Erbschaft- und Schenkungssteuer befreit.¹⁵

Diese beiden, jeweils für sich rechtfertigungsfähigen¹⁶ Ausnahmen von der Regel, dass Erbschaften und Schenkungen besteuert werden, führen im Ergebnis dazu, dass nicht mehr die Allgemeinheit der Erben und Beschenken zur Erbschaft- und Schenkungssteuer herangezogen wird. Der überwiegende Teil der Erbschaften überschreitet die Freibeträge des Familienvermögens nicht. Der überwiegende Teil größerer Vermögen ist wirtschaftlich in Unternehmen gebunden, die ebenfalls von der Erbschaft- und Schenkungssteuer befreit sind. Bis auf große Unternehmensvermögen werden nur noch relativ wenige Erbschaften bei größeren Vermögensanfällen, Erben außerhalb des engeren Familienverbundes und diejenigen, die keine

¹³ Eisele, Erbschaft- und Schenkungssteuer, in: *Kube/Mellinshoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler* (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts* 2013, Bd. II, § 187 Rn.3.

¹⁴ §§ 15, 16 ErbStG.

¹⁵ §§ 13a – c ErbStG.

¹⁶ Zum Familiengebrauchsvermögen: BVerfG v. 22. Juni 1995 – 2 BvR 552/91, BVerfGE 93, 165 Rn. 28; zum unternehmerischen Vermögen: BVerfG vom 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136 ff.

Vorsorge durch entsprechende Steuergestaltungen vorgenommen haben, zur Erbschaftsteuer herangezogen.

Damit trägt nur noch eine kleine gesellschaftliche Gruppe die „Sonderlast“ der Erbschaft- und Schenkungsteuer.¹⁷ Die Erbschaftsteuer fällt nur noch in den Fallkonstellationen an, die keiner Steuerbefreiung oder Ausnahmeregelung zuzuordnen sind.

Ein ähnliches Problem zeigt sich bei der Gewerbesteuer. Zwar enthält das Gewerbesteuergesetz nicht eine dem Erbschaftsteuergesetz vergleichbare Steuerfreistellung von gewerblichen Einkünften. Im Ergebnis wird hier die allgemeine Regel durch eine gegenläufige Steuerentlastung im Einkommensteuerrecht durchbrochen.

Die Gewerbesteuer wurde seit ihren Anfängen mit äquivalenztheoretischen Erwägungen als Real- und Objektsteuer gerechtfertigt.¹⁸ Nach Einführung der Gewerbesteuerumlage, dem Wegfall der Lohnsumme als Besteuerungsgrundlage, der Abschaffung der Gewerbekapitalsteuer und der Befreiung der Mittel- und Kleinbetriebe hat sich die Gewerbesteuer von einer Objektsteuer zu einer Ertragsteuer entwickelt.¹⁹ Diese Sonderertragsteuer wird nach der allgemeinen Besteuerungsregel des § 2 GewStG ein Gewerbebetrieb, der im Inland betrieben wird. Die pauschale Anrechnung der Gewerbesteuer gemäß § 35 EStG bei Personenertragsteuern führt dazu, dass ein erheblicher Anteil von Steuerpflichtigen de facto von der Gewerbesteuer ausgenommen wird. Im Ergebnis wird nicht mehr die Allgemeinheit aller Gewerbebetriebe, sondern nur größere Unternehmens-einheiten zur Gewerbesteuer herangezogen. Selbst wenn man diese unterschiedliche Behandlung durch den niedrigen Körperschaftsteuersatz vor Art. 3 GG rechtfertigt, führt dies im Ergebnis dazu, dass die allgemeine Regel des Gewerbesteuergesetzes nicht mehr in vollem Umfang zur Geltung kommt.

Für die Identifikation der Regel bei der Besteuerung reicht es nicht aus, den Grundtatbestand eines Steuergesetzes in den Blick zu nehmen. Vielmehr

¹⁷ Seer, in: *Tipke/Lang*²³, § 15 Rn. 6.

¹⁸ Roser, in: *Wieland* (Hrsg.), *Kommunalsteuern und -abgaben*, DStJG 35 (2012), S. 189 (195)

¹⁹ P. Kirchhof, FR 2010, 961.

ist es erforderlich, auch die Steuerbefreiungen, Steuerverschonung und sonstige Lenkungsnormen zu berücksichtigen. In den Fällen, in denen der Regeltatbestand des Steuergesetzes nur noch in Ausnahmefällen verwirklicht werden kann, sind die Voraussetzungen der Allgemeinheit der Besteuerung nicht mehr für die im Gesetzestatbestand formulierten Fälle verwirklicht. De facto liegt dann der Besteuerung eine anders geartete Besteuerungsregel zugrunde.

3. Typisierung und Pauschalierung

Zur Bewältigung der mit Massenverfahren verbundenen besonderen Anforderungen an die Steuerverwaltung greift der Gesetzgeber auf typisierende und pauschalierende Regelungen zurück. In diesem Zusammenhang wird häufig hervorgehoben, dass derartige Normen eine Ungleichbehandlung bewirken und daher der Rechtfertigung in einem System gleichmäßiger Austeilung von Steuerlasten bedürfen.

a. Typisierung und Pauschalierung als Regel oder als Ausnahme

Typisierungen, Pauschalierungen, Durchschnittsätze, Vereinfachungsbefreiungen, Freibeträge und Freigrenzen sollen eine Durchschnittsnormalität fixieren und können im Einzelfall zu einer Ungleichbehandlung führen. Die vergrößernde, die Abwicklung von Massenverfahren erleichternde Typisierung ist grundsätzlich zulässig. Der Gesetzgeber darf einen steuererheblichen Vorgang der materiellen Gleichheit willen im typischen Lebensvorgang erfassen und individuell gestaltbare Besonderheiten unberücksichtigt lassen.²⁰

Voraussetzung für eine Typisierung ist jedoch, dass die Regelung nach der gesetzgeberischen Zielsetzung und nach ihrem objektiven Regelungsgehalt das Ergebnis eines Typisierungsvorgangs ist. Der Gesetzgeber darf sich nicht von Erwägungen leiten lassen, die mit einer zulässigen Typisierung

²⁰ P. Kirchhof, Die Steuern, in: HStR V, ³2007, § 118 Rn. 97.

in keinem erkennbaren Zusammenhang stehen.²¹ Eine gesetzliche Typisierung darf keinen atypischen Fall als Leitbild wählen, sondern muss sich realitätsgerecht am typischen Fall orientieren.²² Die gesetzlichen Verallgemeinerungen müssen auf einer möglichst breiten, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließenden Beobachtung aufbauen.

Typisierungen sind daher keine Ausnahme von der Regelbesteuerung sondern dienen dazu, die in einem Steuergesetz enthaltene allgemeine Be- oder Entlastungsentscheidung zu konkretisieren. Diesen Grundgedanken hebt *Paul Kirchhof* in seinem Beitrag zu den Steuern im Handbuch des Staatsrechts hervor:²³ Die Allgemeinheit der Besteuerung zwingt den Gesetzgeber, die Tatbestände generell und abstrakt zu formulieren, vereinfachend und vergrößernde auf häufig wiederkehrende Sachverhalte und zählbare Tatbestände zurückzuführen. Die Typisierung dient damit der Steuergerechtigkeit.

Dies schließt nicht aus, dass auch typisierende Regelungen eine Ausnahme vom allgemeinen Besteuerungstatbestand bilden. In diesem Fall wird keine allgemeine Besteuerungsregelung konkretisiert, sondern der Gesetzgeber verallgemeinert bewusst einen Ausnahmetatbestand.

b. Günstigerprüfung und Billigkeitsmaßnahmen

Die Vereinfachungsnormen der Typisierung und Pauschalierung werden häufig durch Regelungen zur Günstigerprüfung oder Härtefallregelung flankiert. Hierbei handelt es sich zwar um eine Ausnahmeregelung zur Typisierungsregelung. Eine allgemeine Günstigerprüfung widerspricht jedoch dem Vereinfachungszweck einer Typisierung und Pauschalierung. Demgegenüber fangen Härtefallregelung und Billigkeitsmaßnahmen die unverhältnismäßige Belastung im Einzelfall auf. Billigkeitsmaßnahmen und Härtefallregelungen sind dazu gedacht, auch im vollkommen atypischen Einzelfall das Gerechtigkeitspostulat zur Geltung zu bringen.

²¹ Hey, in: *Tipke/Lang*²³, § 3 Rn 145.

²² BVerfG vom 29. März 2017 – 2 BvL 6/11, BVerfGE 145, 106 Rn. 104 m.w.N.

²³ *P. Kirchhof*, Die Steuern, in: HStR V, ³2007, § 118 Rn. 97.

III. Die Identifikation der Ausnahme

1. Die Abweichung von der Regel

Die Identifikation der Ausnahme setzt eine vorherige sorgfältige Ermittlung der allgemeinen Besteuerungsregel voraus. Nur dann, wenn der allgemeine Gesetzestatbestand in seiner verfassungsrechtlichen Gebundenheit festgestellt worden ist, lässt sich eine Ausnahmeregelung identifizieren.

Sonderregelungen in einem Steuergesetz stellen jedoch nicht automatisch eine Abweichung von der Regel dar. Vielmehr müssen diese Sonderregelungen daraufhin überprüft werden, ob sie die in einem allgemeinen Gesetzestatbestand formulierte Belastungsidee aufnehmen, vertiefen oder weiterentwickeln. Die Analyse einer Sonderregelung, ob es sich um einen abweichenden Ausnahmetatbestand oder um eine folgerichtige Ausgestaltung der steuerlichen Belastungsidee handelt, ist der Frage vorgelagert, ob eine derartige Ausnahmeregelung verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist.

Die Identifikation der Ausnahmeregelungen wird erleichtert, wenn der Gesetzgeber die jeweilige Abweichung in dem einzelnen Steuergesetz hinreichend deutlich macht. Da die Identifikation der Ausnahmeregelung auch Bedeutung für die verfassungsrechtliche Prüfung hat, muss jede einzelne Abweichung von der Belastungsidee konkret herausgearbeitet werden. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich in den Fällen, in denen sich in einem gestuften Normengeflecht Regel und Ausnahme, Rückausnahme und vollständige Umformulierung abwechseln.

2. Die Erkennbarkeit der Ausnahme

Die Identifikation einer Ausnahme wird in den Fällen erleichtert, in denen nichtfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele von einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen werden.

In zahlreichen Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass der Gesetzgeber zwar nicht fiskalische Förderungs- und Lenkungsziele verfolgen darf, der Förderung- und Lenkungszweck aber von

einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen sein muss.²⁴ Die Begründung für diese Anforderungen ergeben sich aus einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom Juni 1995²⁵, an dem *Paul Kirchhof* mitgewirkt hat. Das Gericht verweist darauf, dass der Gesetzgeber aus staatsorganisationsrechtlichen und grundrechtlichen Gründen gesondert prüfen müsse, ob er das Handlungsmittel der Besteuerung für außerfiskalische Zwecke einsetzen dürfe und wolle. In den Fällen, in denen sich der Förderungs- und Lenkungszweck aus den Gesetzgebungsmaterialien, insbesondere der amtlichen Begründung ergibt, ist die Identifikation der Ausnahmeregel relativ einfach.

Es ist aber nicht unbedingt erforderlich, dass sich der Ausnahmecharakter und das Ausnahmeziel aus der historischen Gesetzesbegründung und aus den Gesetzesmaterialien ergeben. Vielmehr genügt es, wenn sich der Ausnahmecharakter anhand der üblichen Auslegungsmethoden feststellen lässt. Das bedeutet aber auch, dass das Gesetz das für den steuerlichen Belastungsgrund als maßgeblich erachtete Bemessungsziel erkennen lässt.²⁶

In diesem Zusammenhang spielt auch die von *Paul Kirchhof* oft angesprochene Besteuerung in der Zeit eine Rolle.²⁷ Dies belegt die Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Grundsteuer. Da das in der Grundsteuer normierte Bewertungssystem nicht mehr die den Verkehrswert der Grundstücke bestimmende Verhältnisse einheitlich und realitätsgerecht abgebildete, entsprach die Bewertung nicht mehr der Besteuerungsregel der Grundsteuer. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht das vom Gesetzgeber selbst so gestaltete Bewertungssystem zugrunde gelegt, dem der Gedanke zugrunde liegt, dass die den Verkehrswert der Grundstücke bestimmenden Verhältnisse einheitlich zum Zeitpunkt der Hauptfeststellung möglichst realitätsnah abgebildet werden.²⁸

²⁴ BVerfG vom 5. November 2014 – 1 BvF 3/11, BVerfGE 137, 350; BVerfG vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06, BVerfGE 133, 377 jeweils m.w.N..

²⁵ BVerfG vom 22. Juni 1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 Rn. 76.

²⁶ BVerfG vom 10. April 2018 – 1 BvL 11/14, BVerfGE 148, 147 Rn. 97.

²⁷ Vgl. z.B. *P. Kirchhof*, Bundessteuergesetzbuch, 2011, S. 447.

²⁸ BVerfG vom 10. April 2018 – 1 BvL 11/14, BVerfGE 148, 147 Rn. 97.

3. Die getrennte Betrachtung

Nicht selten enthalten Regelungen eines Steuergesetzes Abweichungen von der Regel in mehrfacher Hinsicht. Ein Beispiel ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Erbschaftsteuer aus dem Jahr 2014²⁹, in der die einzelnen Ungleichbehandlungen herausgearbeitet wurden. So wird zwischen der generellen Unterscheidung zwischen betrieblichem und nicht betrieblichem Vermögen, der Unterscheidung zwischen den verschiedenen Vermögensarten innerhalb des betrieblichen Vermögens, zwischen den durch die Lohnsummenregelung einerseits und der Freistellung davon für Betriebe bis zu 20 Beschäftigten andererseits entstehenden Ungleichbehandlungen sowie der Unterscheidung zwischen begünstigtem und nicht begünstigtem Verwaltungsvermögen unterschieden. Jede einzelne dieser Abweichungen ist zunächst für sich alleine am Maßstab des Art. 3 GG zu rechtfertigen.

4. Regel – Ausnahme – Rückausnahme

Die Identifikation stößt auf besondere Schwierigkeiten, wenn der Regel eines Steuertatbestandes einen Ausnahmetatbestand entgegengesetzt wird, dieser Ausnahmetatbestand jedoch wieder mit einer Rückausnahme versehen wird. In den letzten Jahren besteht eine zunehmende Tendenz, eine Ausnahme im Gesetz mit einer Rückausnahmen anzureichern, die wieder zur Steuerungsregel zurückkehren, teilweise aber auch andere Wege gehen.³⁰

Ein Beispiel betrifft § 6 EStG. Entgegen dem Grundsatz, dass dasjenige Einkommensteuersubjekt die Leistungsfähigkeitssteigerung zu versteuern hat, die in seiner Person angefallen ist, erlaubt es § 6 Abs. 3 S. 1 EStG, dass es zu einer Verlagerung der aufgelaufenen Reserven auf ein anderes Einkommensteuersubjekt kommt. Das soll aber wieder nicht gelten, wenn es sich um einen Teil-Mitunternehmeranteil handelt, der mit Sonderbetriebsvermögen verknüpft ist, wenn denn nicht die Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 S. 2 EStG einschlägig sind.

²⁹ BVerfG vom 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136 ff.

³⁰ Crezelius, FR 2009, 881.

Ein Leckerbissen für Liebhaber von Rückausnahmen ist das Außensteuergesetz. Die Hinzurechnungsbesteuerung geht von dem tatbestandsbegründenden Merkmal aus, dass die ausländische Zwischengesellschaft sog. passive Einkünfte erzielt. Anstatt schädliche passive Einkünfte allgemein zu kennzeichnen oder im Gesetz zu benennen hat sich der Gesetzgeber für ein überaus komplexes System der „Regel-Ausnahme-Rückausnahme-Ausnahme von der Rückausnahme“ entschieden.³¹ So wird in § 8 Abs. 1 AStG zunächst ein Katalog aktiver Tätigkeiten normiert. Dieser hat ganz grundsätzlich zur Folge, dass sämtliche Einkünfte (darunter insbesondere solche aus neuartigen Betätigungsfeldern, die notwendigerweise nicht vom Aktivkatalog erfasst sein können) als passiv qualifizieren, soweit sie nicht ausdrücklich einer der dort aufgelisteten Tätigkeiten zugeordnet werden können. Ergänzt werden dann die im Aktivkatalog aufgeführten Tätigkeiten überwiegend mit Ausnahme-, teils auch Rückausnahme- und Ausnahme von der Rückausnahme-Bestimmungen, die die Hinzurechnungsbesteuerung für den Steuerpflichtigen alles andere als intuitiv verständlich machen. So sind etwa Einkünfte aus dem Handel (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 AStG) zwar zunächst grundsätzlich aktiv („Regel“), können aber als passiv qualifizieren, wenn es sich um eine Einkaufs- oder Verkaufsgesellschaft handelt (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 Bstb. a) und b) AStG) („Ausnahme“). Gleichwohl sind solche Einkünfte wiederum aktiv, wenn die Zwischengesellschaft nachweislich über einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb unter Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr unterhält („Rückausnahme“). Aber selbst dann gelten die Einkünfte als passiv, wenn der inländische unbeschränkt steuerpflichtige Anteilseigner oder eine ihm nahe stehende Person schädlich an den Tätigkeiten der Zwischengesellschaft mitgewirkt hat („Ausnahme von der Rückausnahme“). Dass gerade die „Rückausnahme“- und „Ausnahme von der Rückausnahme“-Bestimmungen durch überaus auslegungsbedürftige und unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt sind, fügt dem Aktivkatalog der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung eine weitere Komplexitätsebene hinzu.

Auch im europäischen Recht hat die Identifikation des Regeltatbestandes und der Ausnahmeregel erhebliche Bedeutung, wie jüngste Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Sanierungsklausel gezeigt

³¹ Quilitzsch/Engelen, FR 2018, 293.

hat. So hat der EuGH festgestellt, dass die Europäische Kommission das falsche Referenzsystem im Rahmen der deutschen Besteuerung zugrunde gelegt hat.³² Für alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen in Deutschland gelte nämlich die allgemeine Regel der Nutzung des steuerlichen Verlustvortrags. Der Wegfall des Verlustvortrags beim Anteilseignerwechsel gem. § 8c KStG ist insoweit entgegen der Auffassung der Kommission gerade nicht die allgemeine Regel, sondern stellt eine Ausnahme von der steuerlichen Verlustnutzung dar. Die Sanierungsklausel zum Erhalt der Verlustvorträge ist wiederum eine Rückausnahme hiervon. Der EuGH weist insoweit ausdrücklich darauf hin, dass die verwendete Regelungstechnik der streitigen Sanierungsklausel als Ausnahme von dem Wegfall des Verlustvortrags beim Anteilseignerwechsel gem. § 8c KStG kein für die Bestimmung des Referenzsystems ausschlaggebender Gesichtspunkt sein kann. Der Fehler der Kommission bei der Bestimmung des maßgeblichen Referenzsystems führte zwangsläufig dazu, dass deren gesamte Beurteilung hinsichtlich der Selektivität der Sanierungsklausel mangelhaft und damit für nichtig zu erklären war.³³

IV. Ausblick

Regel und Ausnahme haben im Steuerrecht zentrale Bedeutung. *Paul Kirchhof* hat insbesondere in seinen Arbeiten zum Steuerrecht und zum allgemeinen Gleichheitssatz die Bedeutung dieser Unterscheidung hervorgehoben und eine Reduzierung der Ausnahmeregelungen gefordert, um das Steuerrecht einfacher, übersichtlicher und verständlicher zu machen. Bemerkenswert ist bei alledem, dass es sich nicht auf eine Zustandsbeschreibung, auf eine Analyse und auf eine Rezeption der Verfassungsrechtsprechung beschränkt, sondern weit in die Zukunft schaut und auch aktuelle Entwicklungen aufgreift.

Paul Kirchhof hat in einem jüngst erschienen Beitrag eindrucksvoll die Chancen der Digitalisierung im Recht hervorgehoben. Er weist darauf hin,

³² EuGH vom 28. Juni 2018 – C-203/16 P, DB 2018, 1639.

³³ EuGH vom 28. Juni 2018 – C-203/16 P, DB 2018, 1639; dazu auch: *Uhländer*, DB 2018, 2788; *Henze*, ISR 2018, 438.

dass die Digitalisierung die Durchsetzung des Gebots der Folgerichtigkeit erleichtert, die Erkennbarkeit der Geltung einzelner Regelungen ermöglicht und das Zusammenwirken der verschiedenen Rechtsquellen zu erkennen und zu klären vermag.³⁴

Paul Kirchhof gehört damit nicht zu denjenigen, die sich mit der Emeritierung zurückgezogen haben, sondern er bereichert uns in der aktuellen Diskussion mit neuen Ideen, weiterführenden Gedanken und grundsätzlichen Abhandlungen. So ist auch dieses Symposium zwar eine Gelegenheit, das reiche Wirken von *Paul Kirchhof* in den Blick zu nehmen. Es gibt uns aber auch Hoffnung, dass wir noch lange und intensiv mit ihm über viele Grundsatzfragen diskutieren dürfen.

³⁴ *P. Kirchhof*, DStR 2018, S. 497.

Diskussion

Moderation: Ekkehart Reimer

Ekkehart Reimer:

Ja, auf ganz ideale Weise hat dieser Vortrag vieles verklammert, was bereits im Laufe des Tages zur Sprache gekommen war, nämlich diese Vielstufigkeit von Regel und Ausnahme, die Verfassungsfragen, insbesondere die Rechtfertigungsbedürftigkeit der Durchbrechungen von Regeln im Steuerrecht, hat uns vieles aus dem einfachen Recht vor Augen geführt, von der Gewerbesteuer, der Erbschaftssteuer bis hin zu § 8 Abs. 2 AStG. Und damit ist jetzt einer Diskussion der Boden bereitet, der keine weiteren Worte entgegenstehen dürfen.

Wie ist das mit Regel und Ausnahme im Steuerrecht? Wie ausnahmenfeindlich ist das bessere Recht? Herr Borggräfe.

Joachim Borggräfe:

Wir haben in der erbschaftssteuerrechtlichen Regelung zwei Dinge, zu denen der BFH selber eine Aussage machen könnte. Wir haben in der Zwischenzeit eine Regelung in § 7 Abs. 8 ErbStG bekommen, in der die disproportionale Einlage in die GmbH fingiert wird als Bereicherung des Gesellschafters. Dies ist eine Ausnahme, nachdem der BFH selber die GmbH als juristische Person, als Rechtsträger anerkannt hat, bei dieser disproportionalen Einlage, bei der der Gesetzgeber hingegangen ist und sagt: Ich besteuere jetzt – im Erbschaftssteuerrecht – eine Bereicherung, die nicht auf der Ebene des Gesellschafters durch eine Zuwendung bedingt ist. Damit haben wir jetzt eine Ausnahme im Gesetz, die – aus meiner Sicht – den Tatbestand des § 7 I ErbStG ausweitet, über ein System der Erbschaftssteuer als Verkehrssteuer – geht nicht.

Der BFH selbst hat aber 1994 eine Ausnahme geschaffen, an der wir heute noch basteln. Nämlich, er hat postuliert, dass die KG oder OHG oder GbR bei dieser gesellschaftsrechtlichen Einlage nicht der maßgebliche Rechtsträger ist, sondern, dass die Gesellschafter Rechtsträger des Vermögens der KG sind. Für diese Aussage von 1994 hat er in der Zwischenzeit in der Rechtsprechung des BGH keine Grundlage mehr. Der BGH erkennt die

Rechtsträgerschaft der Personengesellschaft im Sinne von § 14 II ohne Weiteres an. Was machen wir mit diesen „Ausnahmen“?

Rudolf Mellinghoff:

Herr, Borggräfe, vielen Dank, aber ich glaube, sie haben heute Morgen schon von Herrn von Danwitz gehört, dass sich Richter zu konkreten Rechtsfragen und zu konkreten Fällen, die sie bald zu beurteilen haben, selbst wenn sie persönlich nicht darüber zu entscheiden haben, nicht äußern. Und gerade als Präsident werde ich ganz bestimmt nicht zu einem konkreten Fall Stellung nehmen, den der 2. Senat des Bundesfinanzhofes in Zukunft zu entscheiden hat.

Soweit sie darauf verweisen, dass der Bundesfinanzhof in dem ein oder anderen Fall nicht gerade zur Vereinfachung beiträgt, kann ich dies natürlich nicht ausschließen. Im Allgemeinen ist es aber das Bestreben der Senate des Bundesfinanzhofes, das komplizierte Steuerrecht auf ein überzeugendes und nachvollziehbares System zurückzuführen. Das ist aber bei der Normkomplexität im Steuerrecht nicht immer einfach. Manche Gesetzesänderungen lassen sich da auch kaum einpassen.

Ekkehart Reimer:

Vielen Dank. Ich sehe Herrn Kollegen Piekenbrock und im Anschluss Herrn Kollegen Palm.

Andreas Piekenbrock:

Vielen Dank, ich habe mit großem Interesse ihren Ausführungen zum Erbschaftssteuerrecht gelauscht - mein engster Bezug zum Steuerrecht. Wenn ich sie richtig verstehe, sehen sie ja auch eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme darin, dass durch hohe Freibeträge - empirisch gesehen -, der Regelerbfall eigentlich steuerfrei gestellt werden soll. Wobei die Regeln, die das bewirken, ja ganz generelle sind, weil ja jeder, auch der hohe Erbfall, diese Freibeträge für sich in Anspruch nimmt. Das heißt systematisch hätte man hier ja eigentlich keine Ausnahmenregel, wenn ich jedem Erben nach dem Tod seines Vaters oder seiner Mutter 400.000 € Freibetrag gebe, aber es führt im Vollzug empirisch dazu, dass dann vielleicht die Besteuerung die Ausnahme wird.

Würden Sie sagen, dass auch solche Regelungen, die eigentlich ganz generell formuliert sind, aber nur empirisch die Regel zur Ausnahme machen, rechtfertigungsbedürftig sind?

Rudolf Mellinghoff:

Rechtfertigungsbedürftig impliziert ja immer eine Gleichheitsprüfung. In meinem Beitrag stand aber weniger die Gleichheitsprüfung im Zentrum der Betrachtung, sondern die Allgemeinheit des Gesetzes, die in Art. 19 Abs. 1 GG verankert ist. Die Steuergesetze sollten einen Belastungsgrund definieren und die Allgemeinheit dann in diesem Belastungsgrund erfassen.

Wenn die Erbschaft- und Schenkungssteuer allgemein die Erbschaften besteuert werden sollen, aufgrund der Ausgestaltung aber nur eine sehr geringe Zahl von Steuerpflichtigen überhaupt Erbschaftsteuer zahlen muss, dann muss man die Frage stellen, ob ein solches Erbschaftssteuergesetz überhaupt noch den Anspruch erhebt die Allgemeinheit der Erben zu erfassen. Im engsten Familienverbund existieren großzügige Freibeträge und Unternehmen haben es in der Regel in der Hand, durch geschickte Gestaltungen die Zahlung der Erbschaftsteuer zu vermeiden. Im Großen und Ganzen ist der normale Durchschnittsfall des Erben, sowohl innerhalb der Familie als auch der Erbe eines mittelständischen Unternehmers steuerfrei gestellt.

Und wenn das so ist, dann mutiert die Erbschaftsteuer zu einer Sondersteuer für wenige Erben. Ist das dann noch die Erbschaftsteuer, die in den Kompetenzregeln des Grundgesetzes vorgesehen ist und stellt sich die Gleichheitsfrage nicht dahin, ob es gerechtfertigt ist, diese kleine Gruppe steuerlich zu belasten, die sich wahrscheinlich völlig ungerecht behandelt fühlt?

Ekkehart Reimer:

Schweigen wir einen Moment, das war eine bedeutende Aussage.

Jetzt die Frage von Ulrich Palm.

Ulrich Palm:

Vielen Dank, Ulrich Palm, Universität Hohenheim. Lieber Rudolf, wir haben heute – das hat Franz Reimer in seinem Vortrag herausgearbeitet – verschiedene Arten von Ausnahmen kennengelernt, die man auf drei Ebenen verorten kann. Zunächst ist da der Rechtsbruch, der möglicherweise

irgendwann einmal Normativität erzeugt. Dann gibt es die gesetzestechnische Ausnahme. Der Gesetzgeber greift auf sie zurück, um Rechts- und Sachkomplexe zu erfassen, ohne der Ausnahme eine Wertung zukommen zu lassen. Ein Beispiel hierfür ist die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen. Die Grundregel des Art. 70 Abs. 1 GG kennt so viele Ausnahmen, dass sich das Verhältnis praktisch umkehrt. Das ist bloße Rechtstechnik. Schließlich kommen wir zur Ausnahme im engeren Sinn, die auf der Ebene der Normativität gelagert ist.

Regelmäßig geht es hier um das Verhältnis gleichrangiger Normen. Im Steuerrecht haben wir aber die Besonderheit, dass sich das Rechtsgebiet mit dem Grundsatz der Leistungsfähigkeit an einem Prinzip ausrichtet, dem Verfassungsrang zukommt. Die einfachgesetzlichen Normen des Steuerrechts werden daher – dem würde Uwe Kischel vielleicht nicht zustimmen – anhand eines verfassungsrechtlichen Maßstabs abgeglichen und gegebenenfalls als Ausnahme identifiziert. Lieber Rudolf, verstehe ich Dich da richtig? Verortest Du die steuerrechtliche Grundregel im Prinzip der Leistungsfähigkeit?

Ein Beispiel hierzu: § 42 AO stellt als Generalklausel gegen den Gestaltungsmissbrauch die Regel auf, die Steuergesetze nicht zu umgehen. An welchem Maßstab überprüfe ich aber, dass das Gesetz umgangen wird? Zieht man lediglich die einfachgesetzlichen Normen heran, wird sich eine Gesetzesumgehung in der Regel nicht identifizieren lassen. Erst wenn wir an das einfachgesetzliche Ergebnis den verfassungsrechtlichen Maßstab der Leistungsfähigkeit anlegen, wird sich die Gesetzesumgehung erkennen lassen.

Noch eine zweite Frage, die ebenfalls von Franz Reimer angeregt ist: Wie siehst Du das Verhältnis der Generalklausel zur Spezialität beim steuerrechtlichen Gestaltungsmissbrauch? Würdest Du Herrn Reimer zustimmen, dass neben den speziellen Missbrauchsvermeidungsvorschriften auch § 42 AO zur Anwendung kommt?

Rudolf Mellinghoff:

Ulrich, vielen Dank für diese Frage. Bei der Konzeption meines Vortrages habe ich in der Tat daran gedacht, ob ich mich zu § 42 AO äußern soll. Das ist mir schwer gefallen, weil § 42 AO ein Auffangtatbestand ist, der ja in die Normalität der Besteuerung drängt. Das heißt, die Regel des § 42 AO will

ja die Allgemeinheit des Steuergesetzes verwirklichen und auch durchsetzen. Und die Frage, ob eine spezielle Missbrauchsregelung daneben noch die Anwendung der allgemeinen Missbrauchsregelung des § 42 AO erlaubt, beantwortet der Bundesfinanzhof in der Regel dahin, dass diese Spezialregelung deutlich macht, dass andere Fälle gerade keinen Missbrauch darstellen. Das folgt aus der Spezialität des Gesetzes.

Wenn man aber den § 42 AO so definiert, dass er sozusagen die Allgemeinheit der Besteuerung verwirklicht, dann muss man jedenfalls einen Moment darüber nachdenken, ob diese Rechtsprechung, die das Bundesfinanzministerium für unzutreffend hält, vielleicht doch hinterfragen muss. Ich habe diese Frage für mich selber noch nicht endgültig beantwortet. Die Rechtsprechung ist hier allerdings eindeutig.

Ekkehart Reimer:

Jetzt habe ich Herrn Kollegen Drüen gesehen und dann Paul Kirchhof.

Klaus-Dieter Drüen:

Wir können uns sicherlich auf das verfassungsrechtliche Gebot der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit als Grundmaxime und auch als Anwendungskriterium des Gleichheitssatzes einigen. Für unser Thema heute möchte ich aber in Frage stellen, ob es nach diesem abstrakten, durch den parlamentarischen Gesetzgeber auch auszufüllenden, Prinzip der Leistungsfähigkeitsbesteuerung eine Regelbesteuerung gibt, weshalb jede Ausnahme einer besonderen Rechtfertigung bedarf.

Meine These, gestützt auf das Demokratieprinzip lautet, dass der Gesetzgeber die Quellen der Leistungsfähigkeit identifizieren und im steuerlichen Eingriffsrecht er auch abstecken muss, wie weit die grundrechtliche Freiheit geht und wo der Eingriffstatbestand beginnt. Insoweit müssen wir vorsichtig sein und dürfen nicht jede Quelle der Leistungsfähigkeit als Regel identifizieren, die zu besteuern ist. Der Gesetzgeber kann schon bei der Grundentscheidung – dies zum Beispiel der Erbschaftsteuer – sich auf eine private Erbschaftsteuer beschränken, ohne unternehmerisches Vermögen, das schon bei der Einkommensbesteuerung von Gewerbebetrieben einer Regelbesteuerung unterliegt, nochmal beim Transfer besteuern zu müssen. Insoweit würde ich die Differenzierung schon etwas früher ansetzen und

nicht jede Nicht-Besteuerung als eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme begreifen wollen.

Die Fragen von Herrn Palm zur Generalklausel und den speziellen Missbrauchsregeln veranlasst mich, auch unter dem Eindruck des Referats von Herrn Reimer, nochmal zu einer Bemerkung: Herr Mellinghoff, ich teile ihre Auffassung, dass die Missbrauchsklauseln – sei es die allgemeine, sei es die spezielle, durchaus die Allgemeinheit der Besteuerung herstellen können. Ich würde insoweit aber nicht von einem Auffangtatbestand reden, sondern insoweit nur darauf abstellen, ob durch eine vorgetäuschte Gestaltung, durch einen irrlleitenden Subsumtionsversuch, die vom Gesetzgeber gewollte Belastung vermieden werden soll. Es geht also im Kern um Steuerumgehung.

Das führt zu der Anschlussfrage: Spezialgesetzliche Regelungen geben vor, was angemessen oder was unangemessen ist, wenn der Gesetzgeber typisiert in persönlicher, in sachlicher, in betragsmäßiger Hinsicht. Wenn der Gesetzgeber durch eine Spezialregelung, z.B. im Grunderwerbsteuerrecht, weil es gerade intensiv diskutiert wird, sagt: Bei 95% des Übergangs von Anteilen an Kapitalgesellschaften ist dieses Rechtsgeschäft gleich einer Grundstücksübertragung zu behandeln, dann liegt darin eine Angemessenheitswertung vor, ob gewollt oder nicht. Dann komme ich mit der allgemeinen Missbrauchsklausel nicht weiter, die selbst keinen Maßstab hat. Der Maßstab kommt aus dem umgangenen Steuergesetz. Darum führt insoweit § 42 AO nicht weiter.

Herr Mellinghoff, wo ich ihre Überlegungen teile und auch anregen möchte mit einem Beispiel: Ob nicht eine ganz bewusste Gestaltung der Lebenswirklichkeit ein Fall ist des Gestaltungsmissbrauchs der Spezialregelung? Das Finanzgericht Hamburg hat einen solchen Fall entschieden zu § 8b Körperschaftsteuergesetz, also zu den Beteiligungsfreistellungen, wo so gestaltet worden ist, um in den Genuss der Steuerfreistellung zu kommen. Das wäre ein Punkt, wo der Gesetzgeber die typischen Fälle regeln wollte, aber wenn einzelne Merkmale der Spezialklausel bewusst vermieden werden, dann möchte ich Ihren Gedanken aufgreifen, zumindest darüber nachzudenken, ob es dafür nicht außersteuerliche Gründe gibt. Herzlichen Dank.

Rudolf Mellinghoff:

Herr Drüen, lassen Sie mich zwei Dinge dazu sagen:

Ich habe den § 42 AO nicht als ganz allgemeinen Auffangtatbestand gesehen. Sondern ich habe nur die Frage gestellt, ob § 42 AO auch dann anwendbar ist, wenn der Gesetzgeber eine spezielle Missbrauchsregelung zu einem gesetzlichen Tatbestand geregelt hat, dabei aber andere Fallgestaltungen nicht geregelt hat. Konkretisiert dann die spezielle Missbrauchsregelung den gesetzlichen Tatbestand und erlaubt gerade die anderen Fallgestaltungen, so dass § 42 AO ausscheidet? Und in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes möglicherweise zu anderen Ergebnissen führen kann als die gegenwärtige Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs.

Und zur Erbschaftssteuer: Natürlich ist es nicht so, dass wir jetzt allgemein in Deutschland jede Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit besteuern. Nein, da bin ich ganz bei Ihnen. Da hat der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum. In diesem Zusammenhang kann eine Ausnahmeregelung auch dem allgemeinen Steuertatbestand Konturen geben.

Aber der Gesetzgeber ist andererseits bei der Steuergesetzgebung an die Typen des Art. 106 GG gebunden. Und in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob eine Erbschaftsteuer, die nicht mehr die Allgemeinheit der Erben steuerlich belastet noch dem Typus der Erbschaftsteuer entspricht, die der Grundgesetzgeber sich vorgestellt hat.

Paul Kirchhof:

Wir haben soeben von einem Gipfel des Steuerrechts gehört, der uns in Zukunft das Recht nimmt, von den Niederungen des Steuerrechts zu sprechen. Die Antithese von Spitzen und Niederungen des Steuerrechts bezeichnet ab heute nicht Regel und Ausnahme, sondern allenfalls Maßstab und Interpretationsbedarf.

Mich bewegt eine zentrale Frage: Die Kernaussage des Referats sagt, das Steuerrecht sei als solches eine Rechtsidee, die nicht in der Wirklichkeit ihre Lösungen vorfindet, der Staat dort vielmehr eine Zugriffsvorstellung – die Teilhabe am privaten Vermögen – rechtlich in die Wirklichkeit hineinträgt. Im Polizeirecht bezeichnet die vorgefundene Gefahr den Auftrag der polizeilichen Abwehrmaßnahmen. Im Sozialrecht benennt der tatsächliche Bedarf den Anspruch, den der Staat befriedigen muss. Im Strafrecht

ist die Schuld des Täters der Rechtfertigungsgrund für eine staatliche Strafe. Im Steuerrecht bleiben die tatsächlichen Vorgaben für die Gesetzgebung und das Steuerverfassungsrecht konturenarm. Deswegen suchen wir mit großer Intensität normative Bindungen, die auch hier eine Kultur des Maßes begründen. Das Referat verweist eindrucksvoll auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die mit den aus bundesstaatlichem Anlass in der Finanzverfassung genannten Steuertypen einen Kanon der zulässigen Steuerarten umgrenzt. Erkannt wird eine abschließende Steuertypenlehre, von der es grundsätzlich keine Ausnahmen gibt. Man kann sie allenfalls durch verfassungsändernde Mehrheit erweitern.

Diese Regel ist zugleich ein wichtiger Beitrag zur Steuerkonkurrenz. Der Vortrag nennt als Beispiel die Gewerbesteuer und deren Anrechnung bei der Einkommensteuer als eine Fehlentwicklung der Steuerkonkurrenzlehre. Das ist zutreffend und weist den Weg, gerade in der kumulativen Belastungswirkung unterschiedlicher Steuern zunächst an die Regel zu denken, dann die Ausnahme kritisch zu prüfen.

Ein zweiter Kerngedanke des Referats betrifft den Gleichheitssatz als zentralen Maßstab der Besteuerung. Wir brauchen die gleichheitsrechtlich dirigierte Rückkehr zu Prinzip und Ausnahme. Im Steuerrecht ist der Leidensdruck besonders groß. Wir kennen viele Ausnahmen von der Regel, dann Ausnahmen von der Ausnahme und schließlich Rückausnahmen von der Ausnahme. Das ist weder intellektuell noch materiell zumutbar, das ist nicht mehr verständlich, widerlegt das Postulat der Planbarkeit der Steuern, schwächt auch das Vertrauen in das Steuerrecht.

Meine Frage betrifft nun die Entfaltung des Gleichheitssatzes im Steuerrecht. Zunächst gilt die Regel der bereichsspezifischen Anwendung des Gleichheitssatzes. Diese ist im Einkommenssteuerrecht eine andere als im Umsatzsteuerrecht. Ihr folgt die Sachgerechtigkeit. Ein Beispiel bietet der Familienlastenausgleich. Die Realitätsgerechtigkeit fordert die wirklichkeitsentsprechende Tatbestandsbildung, aktuell etwa eine realitäts- und entwicklungsgerechte Bewertung im Erbschaftssteuerrecht. Schließlich fordert die Gleichheit in der Zeit, die Steuerentwicklung auf Kontinuität und Vertrauensschutz anzulegen, den abrupten Bruch zu meiden. Alle diese Unterprinzipien des Gleichheitsprinzips konkretisieren den Gleichheitssatz, widerlegen nicht die Oberregel der Gleichheit vor dem Gesetz, sondern verdeutlichen und entwickeln die Gleichheit in der Verschiedenheit der Menschen und der Welt. Wenn wir diesem Maßstab folgen, ist

alles das, was gegen diese Regel verstößt, die Ausnahme, die die Regel zu widerlegen versucht, aber prinzipiell eine unzulässige Ausnahme bleibt.

Rudolf Mellinghoff:

Also ich habe ja ganz bewusst an den Anfang die Identifikation der Regel gestellt, und die Konturenarmut beklagt. Wenn dann dem Bundesverfassungsgericht vorgeworfen wird, dass es eine Sonderrechtsprechung zum Steuerrecht entwickelt hätte, dann möchte ich auf den Beitrag von Michael Eichberger in der Festschrift „100 Jahre des Bundesfinanzhofs“ verweisen. Er macht dort deutlich, dass die Gleichheitsdogmatik im Steuerrecht vollständig der allgemeinen Gleichheitsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts entspricht. Die Besonderheit des Steuerrechts besteht eben darin, dass der Gesetzgeber die Regeln die der Besteuerung zugrunde liegen, nicht bereits vorfindet, sondern dass er diese selber festlegen muss. Das bedeutet, dass wir schon bei der Identifikation der Regel sehr sorgfältig sein müssen. Der Gesetzgeber hat einen sehr weiten Gestaltungsspielraum dabei. Bei der Ausgestaltung ist der Gesetzgeber dann an den Grundsatz der Folgerichtigkeit gebunden.

Ekkehart Reimer:

Herr Präsident, lieber Rudolf, herzlichen Dank für Vortrag und Diskussion, die nochmal vertieft haben, was mit Regel und Ausnahme gemeint ist und wie auch die Regeln über Regel und Ausnahme richtig zu verstehen sind.

Nun darf ich für das Schlusswort Paul Kirchhof an das Pult bitten.

§ 6 Schlusswort

Paul Kirchhof

Meine Damen und Herren, was für ein Tag! Gemeinhin sagt man, es gebe keine Regel ohne Ausnahme. Dieser Satz ist heute widerlegt worden. Die Regelerwartung war: Wir werden zu anspruchsvollen Themen grundsätzliche Gedanken, eine einprägsame Sprache und praxiswirksame Theorien hören. Mitgedacht war, dass es sicherlich gewissen Ausnahmen geben werde. Doch heute ist die Regelerwartung ausnahmslos erfüllt worden. Das ist eine Errungenschaft.

Dafür danken wir den beiden Veranstaltern, Hanno Kube und Ekkehart Reimer. Sie haben das Tagungsthema geformt, unsere Referenten gewonnen, diese Art des akademischen Dialogs in unserer Alten Aula gefördert und gepflegt.

Die Vorträge und Diskussionen waren so vielfältig und differenziert, dass eine Zusammenfassung das Gesagte zu sehr vergrößern und damit verfälschen würde. Ich sehe meine Aufgabe zum Schluss eher darin, nochmals das Koordinatenkreuz zu skizzieren, das unsere Rechtsordnung in Regel und Ausnahme ordnet.

1. Es gibt Rechtssätze, die keine Ausnahme erlauben. Die Menschenwürde ist unantastbar. Die Todesstrafe ist abgeschafft. Die Folter ist verboten. Ein Völkermord ist nicht zu rechtfertigen. Diese ausnahmslos geltenden Grundsatzwertungen sind das unverrückbare und unantastbare Fundament unserer Rechtsordnung.

2. Wesentliche Rechtsbereiche rücken eine Regel als Grundprinzip in den Mittelpunkt einer Teilrechtsordnung, gestatten sodann Ausnahmen von dieser Regel. Das Zivilrecht anerkennt den vereinbarten Vertrag als verbindlich, weil die Vertragspartner Verfügungsberechtigt sind und sich auf den Vertrag verständigt haben. Willensmängel und Leistungsstörungen stellen als Ausnahmefälle die Verbindlichkeit in Frage. Im Strafrecht begründet die Tatbestandlichkeit eine Strafe. Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind die Ausnahme. Im Polizeirecht hat der Störer die Gefahr zu beseitigen. Der Nichtstörer ist nur ausnahmsweise polizeipflichtig.

3. Viele Einzelgewährleistungen, insbesondere des Verfassungsrechts, regeln die Normalität, machen aber einen Vorbehalt für das parlamentarische Gesetz. Die Grundrechte, das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip begründen Regeln. Nur das Parlament ist berufen, eine Ausnahme vorzusehen.

4. Wenn das Parlament eine solche Ausnahme vorsieht, ist es verfassungsrechtlich gebunden – durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, den Gleichheitssatz, Verfahrens- und Formvorschriften.

5. Jedes Gesetz hat allgemein zu sein. In diesem Verallgemeinerungsauftrag sind Privilegien und Sondernachteile ausgeschlossen, Ausnahmen rechtfertigungsbedürftig, Rechtsstrukturen auf Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit angelegt. Die Allgemeinheit des Gesetzes fordert auch die Verbindlichkeit im gesamten räumlichen Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers, die für jedermann ersichtliche und lesbare Verbreitung des Gesetzestextes, vor allem aber die sachliche Allgemeinheit, die für jede Ausnahme den sachlich rechtfertigenden oder sonstwie einleuchtenden Grund voraussetzt.

Dieses Ausgangsschema prägt alle Verfassungsstaaten, gilt in Europa, hat wesentliche Anklänge im Völkerrecht, baut auf Prinzipien, Fundamentalsätze, die sich weltweit verbreiten, universal gelten sollen. Das moderne Verfassungsrecht sagt, diese Leitgedanken des Rechts seien den Menschen eigen, unantastbar, unveräußerlich und unverbrüchlich. Dieses Rechtsverständnis widerspricht der These, der Gesetzgeber könne grundsätzlich alles regeln, was er für regelungsbedürftig hält. Doch Rechtssätze entstehen nicht nur dadurch, dass der Gesetzgeber sie beschließt und sie im Bundesgesetzblatt verkündet werden, sondern vielfach dadurch, dass eine Regel allgemeine Anerkennung gefunden, zur Selbstverständlichkeit erwachsen und in den Köpfen der Menschen gegenwärtig ist.

Recht gewinnt durch Regelhaftigkeit Verbindlichkeit. Es setzt auf die Regelbereitschaft der Menschen. Diese folgen den ihnen geläufigen und vertrauten Verhaltensweisen. Eine freiheitliche Rechtsordnung erwartet darüber hinaus auch eine nicht rechtlich geforderte Normalität. Freiheitsrechte sind ein Angebot, das der Mensch annehmen oder auch ausschlagen kann. Die Berufsfreiheit gibt dem Menschen das Recht, sich am Erwerbsleben zu beteiligen, aber auch das Recht, als Diogenes in der Tonne zu leben und sich vom Erwerbsleben fernzuhalten. Doch unsere Soziale Marktwirtschaft und unser Finanzstaat setzen darauf, dass die große Mehrheit

der Freiheitsberechtigten aus sich heraus den Weg zur Qualifikations- und Erwerbsanstrengung wählt, damit in Freiheit gewährleistet, dass der Staat nicht an seiner eigenen Freiheitlichkeit zugrunde geht. Die Freiheit von Ehe und Familie erlaubt dem Menschen, Kinder zu haben oder kinderlos zu bleiben. Würde sich eine Mehrzahl gegen das Kind entscheiden, hätte diese Demokratie, dieser Rechtsstaat keine Zukunft mehr. Wissenschaftsfreiheit, Forschungsfreiheit und Kunstfreiheit erwarten, dass sich Menschen für die Erkenntnis anstrengen, diese Welt in Formensprache zum Ausdruck bringen, die Frage nach dem Unauffindbaren immer wieder stellen. Täte das keiner, wäre dieser Kulturstaat sprach- und gesichtslos. Freiheit baut auf Regelerwartungen. Die Regelhaftigkeit ist ein Friedensprinzip.

Der freiheitliche Staat setzt voraus, dass die Menschen bestimmte Regelverhaltensweisen beachten, weil sie ihre eigenen und weil sie einsichtig sind. Wenn die Regeln des ehrbaren Kaufmanns, des anständigen Bürgers, der Erklärung nach bestem Wissen und Gewissen verloren gingen, bräche die freiheitliche Ordnung im Verhalten der Freien zusammen. Bemühungen um Compliance-Regeln mögen eine solche Entwicklung auffangen, können den Rechtsstaat aber allein nicht stabilisieren.

Die Regelerwartung stützt sich auf die gute Gewohnheit. Sie, Herr Kischel, haben in Ihrem großartigen Buch geschrieben, dass das Gewohnheitsrecht heute in Zeiten des geschriebenen Rechts fast keine Rolle mehr spiele. Das ist richtig. Doch vom Entstehensgrund des Rechts her war die gute Gewohnheit und die Überzeugung, eine gute Gewohnheit sei rechtens, eine der wesentlichen Quellen des Rechts. Diese Gewohnheit wurde dann aufgeschrieben, der Rechtsschreiber an bestimmte Prinzipien gebunden, schließlich das Schreiben von verbindlichem Recht dem Parlament vorbehalten.

Jede Rechtsordnung, die Freiheit garantiert und demokratische Mitbestimmung vorsieht, ist auf eine bestimmte Regelhaftigkeit angelegt. Werden diese Regeln beachtet, erlaubt Freiheit das Atypische, das Unkonventionelle, das Provozierende, auch das, was im Algorithmus nicht erfasst werden kann. Ohne diesen Regelgedanken können wir unsere freiheitliche Rechtsordnung nicht verteidigen.

Diese historisch gewachsenen und von den Menschen allseits aufgenommenen Denkmuster von Regel und Ausnahme, von Leitgedanken und Ausführung sind schließlich auch eine wesentliche Auslegungshilfe, um ein Gesetz richtig zu verstehen.

Doch zum Schluss möchte ich Ihnen vor allem sagen: Ich bin bewegt von diesem Tag. Ich danke allen, die uns diesen Tag geschenkt haben. Wir gehen reicher an Gedanken und Begegnungen aus dieser Aula. Denken Sie nach. Ich wünsche einen guten Heimweg.

Autoren

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas von Danwitz

Kammerpräsident am Gerichtshof der Europäischen Union und Direktor des Instituts für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre der Universität zu Köln.

Prof. Dr. Dres. h.c. Paul Kirchhof

Bundesverfassungsrichter a.D., emeritierter Direktor des Instituts für Finanz- und Steuerrecht an der Universität Heidelberg, Seniorprofessor *distinctus*.

Prof. Dr. Uwe Kischel, LL.M. (Yale), attorney-at-law (New York)

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung (Nordosteuropa) an der Universität Greifswald.

Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell)

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung des Finanz- und Steuerrechts sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für Finanz- und Steuerrecht an der Universität Heidelberg.

Prof. Dr. Franz Reimer

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Rechtstheorie an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff

Präsident des Bundesfinanzhofs, Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D. und Honorarprofessor an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

Bisher in dieser Reihe erschienen:

- HFSt 1 (2015) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Subsidiarität in der Finanzverfassung, ISBN 978-3-86541-783-1
- HFSt 2 (2016) Hanno Kube, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe, ISBN 978-3-86541-837-1
- HFSt 3 (2016) Ulrich Hufeld/Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Entwicklungslinien der Finanzverfassung, ISBN 978-3-86541-888-3
- HFSt 4 (2016) Paul Kirchhof/Hanno Kube/Reinhard Mußgnug/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Geprägte Freiheit in Forschung und Lehre - 50 Jahre Institut für Finanz- und Steuerrecht, ISBN 978-3-86541-889-0
- HFSt 5 (2016) Johannes Becker/Leonhard Kornwachs/Kamilla Zembala-Börner, Die gemeinsame Europäische Bankenaufsicht als Reformmodell für die verstärkte Zusammenarbeit?, ISBN 978-3-86541-895-1
- HFSt 6 (2017) Hanno Kube/Ekkehart Reimer, Europäisches Finanzrecht: Stand - Methoden - Perspektiven, ISBN 978-3-86541-935-4
- HFSt 7 (2018) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Größenneutralität im Recht der Unternehmensbesteuerung, ISBN 978-3-86541-981-1
- HFSt 8 (2018) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Das Beihilfenrecht als Innovationsmotor des Steuerrechts, ISBN 978-3-86541-982-8
- HFSt 10 (2019) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Geprägte Freiheit 2018/19, ISBN 978-3-96543-001-3
- HFSt 11 (2019) Johannes Klamet, Digitale Wirtschaft und zwischenstaatliche Verteilungsgerechtigkeit, ISBN 978-3-96543-061-7



