



Gastkommentar	<i>Meinhard Hilf</i> · 50 Jahre europäische Integration	48
Aufsätze	<i>Christopher Daniels</i> · Verfahren gegen <i>Microsoft</i> im Kontext – Die Erteilung einer Zwangslizenz nach Art. 82 EG	50
	<i>Elisabeth Kreuzer</i> · Gambling for Resurrection – Der GmbH-Gesellschafter im Spannungsfeld von Dispositionsfreiheit und Gläubigerschutz	55
	<i>Philip von der Meden</i> · Zum Schaden beim Sportwettenbetrug	61
	<i>Mario Martini</i> · Mit Hammer und Zunge – Zur Rechts- und Kulturgeschichte der Versteigerung	68
	<i>Christopher Krois/Sebastian Naber</i> · Das verbraucherschützende Widerrufsrecht bei eBay-Auktionen	77
	<i>Morten Mittelstädt</i> · Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf europäische Kapitalgesellschaften (Teil 2)	83
International	<i>Paul Hermann/Julia Küppers/Nora Morgenstern</i> · Comparaison des droits-garanties générales en France et en Allemagne	88
Streitgespräch	<i>Stefan Engels/Michael Nesselhauf/Wolfgang Schulz</i> · Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit – Neue Caroline-Rechtsprechung des BGH	93
Rezensionen	Sabine Rückert: Unrecht im Namen des Volkes; Cass Sunstein: Gesetze der Angst; Walter Schlupe: Einladung zur Rechtstheorie (<i>Johannes Gerberding</i>)	99

Schriftleitung

Sascha Arnold
Cathrin Bauer
Hendrik Doobe
Stefan Frick
Johannes Gerberding
Heiner Kahlert
Jan Krauß
Christopher Krois
Carsten Lindner
Sebastian Pläster
Sebastian Schneider
Till Soyka
Birga Tanneberg
Julia Weingart

Redaktionelle Mitarbeit

Paul Philipp Hermann
Lars Holst
Susanne Kaminski
Benedikt Laudage

Korrespondierender Beirat

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

Bucerius Law Journal

Juni 2007

Heft 2/2007 Seiten 48 – 101

Impressum

© Bucerius Law Journal GbR, Hamburg

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

ISSN 1864-371X

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

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

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

Covergestaltung: gürtlerbachmann Werbung GmbH

Bucerius Law Journal

Schriftleitung: Sascha Arnold, Cathrin Bauer, Hendrik Doobe, Stefan Frick, Johannes Gerberding, Heiner Kahlert, Jan Krauß, Christopher Krois, Carsten Lindner, Sebastian Pläster, Sebastian Schneider, Till Soyka, Birga Tanneberg, Julia Weingart

Korrespondierender Beirat: Professor Dr. Michael Fehling, Professor Dr. Anne Röthel, Professor Dr. Frank Saliger

Heft 2/2007
Seiten 48 – 101
1. Jahrgang
20. Juni 2007

Professor Dr. Meinhard Hilf, Hamburg*

Gastkommentar: 50 Jahre europäische Integration

Die Berliner Erklärung vom 25. März 2007 erinnert an die vor 50 Jahren erfolgte Unterzeichnung der Römischen Verträge am 25. März 1957. Die damals gegründete Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und die Europäische Atomgemeinschaft (EAG) sollten eine Entwicklung zur vollständigen Integration der Volkswirtschaften der sechs Gründerstaaten einleiten. Aber bereits sechs Jahre zuvor – am 18. April 1951 – war mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) eine erste Teilintegration beschlossen worden. Als Handreichung der anderen fünf europäischen Staaten war die Bundesrepublik Deutschland von Beginn an in diesen Prozess eingebunden. Der EGKS-Vertrag erfasste zwar nur den Kohle- und Stahlsektor, aber gerade dieser hatte sich als Heizmaterial der voran gegangenen zwei Weltkriege erwiesen. Diese verheerenden historischen Erfahrungen hatten deutlich gemacht, dass Europa aus sich heraus kaum friedensfähig sein würde. Aus dieser Einsicht erwuchs schließlich die Bereitschaft, zumindest Teilsouveränitäten und partielle Hoheitsrechte schrittweise zu vergemeinschaften: Mit dem Kohle- und Stahlsektor sollte ein elementarer Wirtschaftszweig nicht mehr den Beschlussbefugnissen der nationalen Verfassungsorgane unterliegen, sondern durch bindende und vorrangige Entscheidungen der hierzu eingesetzten europäischen Organe gesteuert werden. Dieser erste Integrationsvertrag war zunächst nur in französischer Sprache verbindlich. Inzwischen bringt jeder beitretende Staat seine eigene Verfassungssprache mit, so dass das heutige Unionsrecht in über 20 Sprachen vorliegt, unter denen stets auch die Muttersprache der einzelnen Unionsangehörigen enthalten ist.

Aus dem Elan heraus, den die EGKS hatte zu Tage treten lassen, wurde alsbald eine Europäische Verteidigungs- und Politische Gemeinschaft (EVG) konzipiert, die allerdings im August 1954 in der französischen Nationalversammlung scheiterte. Schon damals erwies sich die europäische Integration als ein ebenso neuartiges wie schwieriges Vorhaben, das aber allen Widrigkeiten zum Trotz letztlich unumgänglich war. Einigkeit wurde schließlich am 25. März 1957 erzielt, als die sechs Gründungsstaaten die Römischen Verträge vereinbarten. Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) sowie die Europäische Atomgemeinschaft (EAG) sollten die Grundlage für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker schaffen und sie sollten Frieden und Freiheit festigen (so die Präambeln). Das Endziel blieb somit offen, nur der Weg wurde skizziert und mit ersten Schritten begangen. Damals wie heute: Eine Diskussion um den Endpunkt des Integrationsprozesses, der eigentlich nur die bundesstaatlich zusammengefassten „Vereinigten Staaten von Europa“ hätten sein können, hätte kein Ergebnis erbracht. So ist der Weg letztlich zum Ziel geworden, auf dem auf die wechselnden Anforderungen von außen besser und flexibler reagiert werden kann. Ohnehin sind es die Einflüsse von Seiten äußerer politischer oder wirtschaftlicher Bedürfnisse und Interessen, die sich als Motor der Integration erwiesen haben und diese auch weiter voranbringen werden: Aus sich selbst heraus hätte der Einigungsprozess kaum jemals die Tiefe und vor allem nicht die immer noch gegebene Geschwindigkeit erreicht. Die nicht ausbleibenden Krisen wären

* Der Autor ist Professor an der Bucerius Law School, Hamburg.

kaum bewältigt worden. Zu den bewältigten Krisen zählen zum einen das Scheitern des schon angesprochenen Unionskonzeptes aus dem Jahre 1954 sowie später (1965) die von Frankreich gegenüber den anderen Mitgliedstaaten praktizierte „Politik des leeren Stuhls“, die erst nach partieller Aufgabe des Mehrheitsprinzips überwunden werden konnte. Das damals konsentierete Vetorecht für den Fall, dass „wesentliche Interessen“ eines Mitgliedstaates von der Beschlussfassung betroffen waren, gab Frankreich die Möglichkeit, sich wieder dem europäischen Projekt anzuschließen. Es versteht sich von selbst, dass es in einem so engen Verbund die Gemeinschaftstreue gebietet, auf nachgewiesene Schwierigkeiten einzelner Partner angemessen einzugehen.

Der Integrationsprozess erforderte inzwischen mehr als 25 Änderungsverträge. 21 neue Mitgliedstaaten sind bisher beigetreten infolge einer kaum vorherzusehenden Anziehungskraft der europäischen Einigung. Jeder nachfolgende Beitritt wird zwar schwieriger, da der mitwachsende gemeinsame Besitzstand ohne Abstriche zu übernehmen ist. Das schließt naturgegeben Anpassungsverabredungen nicht aus (sogenannte „phase-in“- bzw. „phase-out“-Regelungen). „Maastricht“ (1992) war sicherlich der Höhepunkt mit der Bildung einer nahezu alle Teilgebiete umfassenden „Europäischen Union“. Pompidou hatte diesen Begriff vorgeschlagen mit den Worten: „J'ai une vision – une Union européenne.“ Aber auch hier wusste niemand, was „Union“ eigentlich bedeuten sollte. Die gemeinsame Währung war klar umrissen und ist seither eine unumkehrbare Grundlage für das Zusammenwachsen der zurzeit 13 beteiligten Mitgliedstaaten geworden. Und obgleich sich die vereinbarte gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik schwer tut in der Bewältigung internationaler Krisen, so weiß doch jeder Mitgliedstaat, dass sie unausweichlich ist. Und je größer die Zahl der Mitgliedstaaten ist, desto schwieriger wird eine abweichende Einzelposition durchzuhalten sein. Für Europa sind die gemeinsamen Außengrenzen notwendigerweise verbunden mit einer sich abzeichnenden gemeinsamen Immigrationspolitik. Auch gemeinsame Schritte in die Klima- und Energiepolitik werden folgen. So verlangt die Globalisierung in ihrer facettenreichen Erscheinung mehr und mehr ein Zusammenrücken der zahlreichen Randstaaten am eurasischen Kontinent. Da erscheint es kaum noch erstaunlich,

dass die Wiedervereinigung Deutschlands möglich wurde, dass Konflikte um Zypern und Südtirol bewältigt wurden (oder werden). Der neue Artikel 23 des Grundgesetzes (1992) bringt diese Verankerung Deutschlands in seinen verfassungsrechtlichen Grundlagen so zum Ausdruck, dass dessen Gehalt eigentlich für alle Mitgliedstaaten gelten sollte. Hier ist die „Konstitutionalisierung“ Europas als bestehendes Programm vorgeformt. Die Mitgliedstaaten können heute nur noch als „integrierte Staaten“ verstanden werden.

Nur scheint der nächste Schritt in Richtung auf eine Europäische Verfassung zu scheitern (seit 2004). Man mag viele unterschiedliche Gründe hierfür sehen. Völker, die die Verfassung in unausdeutbaren Volksabstimmungen abgelehnt haben, werden sich wie viele andere die Augen reiben. Den Integrationsprozess werden diese Zwischensignale sicher beeinflussen, sicher verzögern, ihn aber nicht zum Stillstand bringen können. Die Union mit ihren gemeinsamen verfassungsrechtlichen Grundlagen, der Herrschaft des Rechts und der marktwirtschaftlichen Prinzipien mit sozialer Abfederung und damit besonderen Anziehungskräften wird wie ein mäandernder Strom Wege finden zur Fortsetzung des historisch gesehen völlig einmaligen Integrationsprozesses. Die Vereinigten Staaten von Amerika sind kein geeignetes Beispiel hierfür: Es wird in Europa stets eine doppelte Identität der einzelnen als Bürger ihres Heimatstaates und gleichzeitig als Bürger der Union geben. Die einzelnen Mitgliedstaaten werden ihren Platz am „internationalen Tisch“ behalten, wenn auch in engster Solidarität und Schicksalsgemeinschaft miteinander verbunden.

Warum dürfte es einen solchen Integrationsprozess mit der Ausgestaltung einer umfassenden und vorrangigen Rechts- und Verfassungsordnung nur in Europa geben oder gegeben haben? Die Gründe sind nicht klar und schon gar nicht konsentiert: Historische, geografische, wirtschaftliche, philosophische und kulturelle Gründe (auch ohne einheitliche Sprache!) tragen alle zur Begründung der einzigartigen Union der europäischen Völker bei. Die Berliner Erklärung vom 25. März 2007 wird in weiteren 50 Jahren wieder bestätigt werden können: Die Chance für ein friedliches und solidarisches Europa ist selbst angesichts aktueller und künftig noch auftretender Problemlagen gegeben. ■

Christopher Daniels, LL.B., Hamburg*

Verfahren gegen *Microsoft* im Kontext – Die Erteilung einer Zwangslizenz nach Art. 82 EG als geeignetes Instrument im Konfliktfeld zwischen Schutzrechten und Wettbewerbsrecht? –

Die Zwangslizenz über Schutzrechte nach Europäischem Wettbewerbsrecht hat sich mittlerweile als festes Rechtsinstrument etabliert. Im folgenden Beitrag werden die juristischen Voraussetzungen und wirtschaftlichen Erwägungen aufgezeigt, welche bei der Erteilung einer wettbewerbsrechtlichen Zwangslizenz – wie kürzlich im Verfahren gegen den Softwarehersteller Microsoft – relevant werden. Dabei wird untersucht, ob die Europäischen Institutionen einen angemessenen Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen des Schutzrechtsinhabers, der Konkurrenten und der Verbraucher finden.

A. Einführung

„The labour of [man’s] body and the work of his hands, we may say, are properly his. [...] It being by him removed from the common state nature hath placed it in, it hath by this labour something annexed to it that excludes the common right of other men.“¹ Was *John Locke* bei der Definition eines Eigentumsbegriffs eher im Zusammenhang mit dem Sacheigentum aussagt, gilt gleichermaßen für solche Güter, die nicht körperlich sind. Dabei sind geistige Leistungen deutlich schwerer zu schützen als Sacheigentum – sie lassen sich weder einfangen, wegschließen, noch löschen (Grundsatz der Ubiquität).² Trotzdem existiert ein Bedürfnis – sei es aus wirtschaftlichen oder persönlichen Motiven – die Leistung dem Urheber oder dem Erfinder zuzuordnen und ihm die Früchte seiner Leistung zukommen zu lassen.³ Damit steht der Schutz des geistigen Eigentums in einem Spannungsverhältnis zum im EG-Vertrag verankerten Wettbewerbsprinzip, da Wettbewerb schon begrifflich immer mindestens zwei Wettbewerber voraussetzt.⁴

Dieser den Schutzrechten immanente Konflikt ist zurzeit im Licht breiter Öffentlichkeit im Fall *Microsoft* zu verfolgen.⁵ Die Europäische Kommission ist aufgrund ihrer umfangreichen Kompetenzen im Wettbewerbsrecht berufen, auf dem wirtschaftlich besonders bedeutsamen Markt der Betriebs- und Anwendungssoftware für Computer einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Schutzrechtsinhabers *Microsoft*, der Konkurrenten und der Verbraucher zu finden.⁶ Dabei tritt die Besonderheit auf, dass es sich bei den Schutzrechten größtenteils noch um nationales Recht handelt, während die Wettbewerbsregeln zunehmend vom Europarecht bestimmt werden.⁷ Ein bedeutendes Beispiel dieses Ineinandergreifens von Europarecht und nationalem Recht bildet die Erteilung einer Zwangslizenz nach Art. 82 EG, wie etwa das *Microsoft*-Verfahren belegt. Im Folgenden sollen zunächst die wirtschaftlichen und anschließend die juristischen Grundlagen zur Erteilung einer Zwangslizenz nach europäischem Wettbewerbsrecht vorgestellt werden. Dabei soll untersucht werden, ob die europäischen Institutionen zum Ausgleich der spezifischen Funktionen der Schutzrechte und des Wettbewerbsrechts tatsächlich einen angemessenen Weg einschlagen.

B. Betrachtungsgegenstand: Gewerbliche Schutzrechte

Unter dem Begriff Schutzrechte sind solche privatrechtlichen, subjektiven Rechte zu verstehen, die geistige Leistungen be-

lohen.⁸ Gegenstand des Schutzes sind dabei nicht körperliche Gegenstände (etwa i.S.d. § 90 BGB), sondern es handelt sich ausschließlich um Rechte an unkörperlichen Gütern, also um „verselbstständigte Geistesgüter“.⁹ Durch das Schutzrecht entsteht nach Maßgabe der zugrunde liegenden Schutzrechtsvorschriften an diesen Gütern ein Ausschließlichkeitsrecht, das den Inhaber zur alleinigen Nutzung und Verwertung berechtigt.¹⁰ In der Regel bezieht sich der Schutz zwar auf die gewerbliche Nutzung, mitunter kann aber auch der Schutz des kulturellen Schaffens oder des Persönlichkeitsrechts im Vordergrund stehen.¹¹

Oft ist Anknüpfungspunkt einer wettbewerbsrechtlichen Betrachtung jedoch nicht das einzelne Schutzrecht. Eine zunehmend große Bedeutung im Gemeinschaftsrecht nimmt der Begriff der „Technologie“ ein. Aus Art. 1 I lit. b) und h) der neuen Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung (TT-GVO)¹² ergibt sich, dass eine Technologie eine Bündelung von Patenten, Gebrauchsmustern, Geschmacksmustern, Topografien von Halbleitererzeugnissen, ergänzenden Schutzzertifikaten für Arzneimittel und Sortenschutzrechten inklusive dem dazugehörigen praktischen „Know-How“ darstellt. Damit erkennt die Kommission das wirtschaftliche Bedürfnis an, dass Lizenzverträge zwischen Unternehmen im Wirtschaftsverkehr in der Regel nicht die Lizenzierung eines einzelnen Schutzrechts zum Inhalt haben, sondern ganze Bündel von Schutzrechten erfassen.¹³

C. Die ökonomische Grundproblematik

Wirtschaftlich gesehen stehen Schutzrechte und Wettbewerbsrecht in einem natürlichen Spannungsverhältnis.¹⁴ Während das Wettbewerbsrecht einen lebendigen „Konkur-

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ *Locke*, The Second Treatise of Civil Government, Edition Hafner Press, 1947, Kapitel V Rn. 27.

² *Heinemann*, in: Baudenbacher (Hrsg.), Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht (Band III), 2004, S. 71.

³ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, § 28 Rn. 3 m.w.N.

⁴ *Goyder*, EC Competition Law, 2003, S. 219.

⁵ Spiegel Online, Meldung vom 2.7.2004, www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,306774,00.html, eingesehen am 24.5.2007.

⁶ Vgl. dazu *Ullrich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar EG-Wettbewerbsrecht, 1997, GRUR Teil A Rn. 2.

⁷ *MacFarlane*, EIPR 1994, 525.

⁸ *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 3), § 26 Rn. 1.

⁹ *Chrocziel*, Einführung in den Gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht, 2002, Rn. 4; *Eisenmann/Jautz*, Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2005, Rn. 4.

¹⁰ *Govaere*, The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law, 1996, S. 14; *Ilzhöfer*, Patent-, Marken- und Urheberrecht⁷, 2007, Rn. 11.

¹¹ *Chrocziel* (Fn. 9), Rn. 1 f.; *Eisenmann/Jautz* (Fn. 9), Rn. 7.

¹² Verordnung 772/2004/EG der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Art. 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EU Nr. L 123 vom 27.4.2004, S. 11.

¹³ Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 3), § 28 Rn. 34.

¹⁴ *Götting*, JZ 1996, 307, 308; *Liebscher/Stockinger*, in: Liebscher/Flohr/Petsche (Hrsg.), Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, 2003, § 13 Rn. 4.

renzkampf⁶ der Wettbewerber am Markt anstrebt,¹⁵ schließt das Schutzrecht als Ausschließlichkeitsrecht die potentiellen Wettbewerber gerade von der gemeinsamen Nutzung des Schutzrechtsgegenstandes (der Erfindung, der Marke, des urheberrechtlichen geschützten Werks) aus.¹⁶ Bei der Betrachtung des Verhältnisses von Schutzrechten und Wettbewerbsrecht geht es wirtschaftlich dem Grunde nach immer um die Frage, wie deren widerstrebende Funktionen in Einklang gebracht werden können. Bei der Abwägung der Interessen ist stets das übergeordnete Ziel im Auge zu behalten: Jede rechtliche oder wirtschaftliche Entscheidung sollte sich an einer möglichst optimalen, gesamtwirtschaftlichen Wachstums- und Wohlstandssteigerung orientieren.¹⁷ Schutzrechte und Wettbewerbsrecht verfolgen insofern dasselbe Ziel (Komplementaritätstheorie).¹⁸ Deswegen greifen die europäischen Institutionen zur Bewertung der den Art. 81 ff. EG unterfallenden Sachverhalte zunehmend auf ökonomische Erwägungen zurück (sog. *more economic approach*).¹⁹ Warum es ökonomisch sinnvoll ist, den Schutzrechten trotz des vorrangigen Ziels der Schaffung eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs aus Art. 3 I lit. g) EG mitunter den Vorrang einzuräumen, erklärt sich aus den spezifischen Funktionen der Schutzrechte.

I. Individuelle Anreiz- und Belohnungsfunktion

Der primäre Schutzgrund wird dabei zumeist in der individuellen Anreiz- und Belohnungsfunktion gesehen.²⁰ Schutzrechte belohnen Innovation und Entwicklung, indem sie dem Entwickler die Nutzungsgarantie zugestehen.²¹ Dahinter steht der Gedanke, dass sich individuelle Anstrengung und die z.T. erheblichen Investitionen (z.B. in der Pharmaindustrie²²) nicht lohnen, wenn man sich der Früchte der Arbeit nicht sicher sein kann.²³ Bis heute liegt auch der europäischen Gesetzgebung und Verwaltung stets der Gedanke zugrunde, dass Schutzrechte als Innovationsmotor einen wesentlichen Bestandteil einer offenen und wettbewerbsfähigen Marktwirtschaft darstellen.²⁴

II. Optimale Allokation von Immaterialgütern am Markt

Aber auch aus einer volkswirtschaftlichen Perspektive heraus bringen Ausschließlichkeitsrechte Vorteile. Einerseits besteht bei der Nutzung von Immaterialgütern eine parallele Problematik wie bei der Nutzung öffentlicher Ressourcen: Da etwa ein Erfinder die Verbreitung seiner Idee nach Bekanntmachung nicht steuern kann, ist sie wie jedes öffentliche Gut theoretisch allgemein und ohne Rücksicht auf eigene Kosten zugänglich. Jeder könnte sie in seinem wirtschaftlichen Eigeninteresse nutzen und kopieren, so dass sie wie öffentliche Ressourcen rücksichtslos ausgebeutet würde.²⁵ Da mit einer solchen Technologie selten Gewinne zu erzielen sind, wird der Inhaber keine Investitionen auf sie tätigen bzw. sie gar zurückhalten.²⁶ Die Erfindung wird mit Blick auf das gesamtwirtschaftliche Wohlergehen und die nachhaltige Nutzung mithin nicht optimal eingesetzt (*tragedy of the commons*).²⁷ So kann die Weiterentwicklung einer neuen Technologie behindert werden, wenn ein schrankenloser Zugriff auf sie besteht. Mit der hoheitlichen Einrichtung von Ausschließlichkeitsrechten wird den Gütern ein Gegenwert eingeräumt, der bei Nutzung zu einer Entscheidung mit Auswirkungen auf die eigenen Kosten zwingt,²⁸ da z.B. eine Lizenz erworben werden muss.

Durch eine zu starke Privilegierung der Rechtsinhaber kann es aber andererseits dazu kommen, dass das betreffende Gut vom gesamtwirtschaftlichen Nutzen ferngehalten wird. Wenn die Transaktionskosten für den Erwerb des Schutzrechts zu hoch sind oder der Erwerb schlicht nicht möglich ist, wird das betreffende Gut (z.B. die Erfindung) auf dem Markt nicht genutzt und „liegt brach“²⁹ (*tragedy of the anti-commons*).³⁰ Zudem besteht die Möglichkeit, dass ein Rechtsinhaber das Schutzrecht missbräuchlich gegen andere Marktteilnehmer ausnutzt. Das Schutzrecht darf daher keinen „Freibrief“ darstellen.³¹

III. Fazit

Die vorstehen Erwägungen spielen auch bei der Betrachtung des aktuellen *Microsoft*-Verfahrens eine bedeutende Rolle. Einerseits muss dem Schutzrechtsinhaber *Microsoft* ein hinreichender Anreiz zur Weiterentwicklung seiner Betriebssysteme und Anwendungssoftware verbleiben. Dieser Schutz dient auch dem gesamtwirtschaftlichen Interesse, da sich die Produkte zu einem quasi-Industriestandard entwickelt haben. Andererseits darf der Wettbewerb für diese Produkte – und auch auf weiteren Nebenmärkten – im Interesse aller Beteiligten (Wettbewerber, Verbraucher) und zur Sicherung von Innovation nicht zu sehr beschränkt werden.

D. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Art. 82 EG

Wirtschaftlich gesehen geht es also bei der Gestaltung und Auslegung der europäischen Wettbewerbsvorschriften stets um einen Balanceakt, die Schutzrechte zum gesamtwirtschaftlichen Nutzen nicht zu schwach, aber auch nicht zu stark auszustatten, um eine möglichst positive gesamtwirtschaftliche Nutzung und einen hohen Grad an Innovationskraft zu erreichen.³² Wie dargestellt, spielt aber das Vorhandensein von Wettbewerb und dessen Stärke eine ganz ent-

¹⁵ Vgl. *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 2002, S. 13.

¹⁶ *Chrocziel* (Fn. 9), Rn. 182.

¹⁷ *Reinbothe*, ZEuP 2000, 5, 9.

¹⁸ *Drexler*, GRURInt. 2004, 716, 720.

¹⁹ *Bishop/Walker* (Fn. 15), S. 2; *Zöttl*, WRP 2005, 33, 46.

²⁰ *Kübel*, Zwangslizenzen im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2004, S. 176.

²¹ *Grandstrand*, The Economics and Management of Intellectual Property, 1999, S. 83; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁴, 2005, S. 617 f.

²² Vgl. *Marx*, in: Baudenbacher (Hrsg.), Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht (Band III), 2004, S. 6.

²³ Vgl. *Pejovic*, in: Pejovic (Hrsg.), The Economics of Property Rights, 2001, S. 223.

²⁴ Vgl. Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EU Nr. C 101 vom 27.4.2004, Rn. 7 f.

²⁵ Vgl. *Baden/Stroup*, in: Hardin/Baden (Hrsg.), Managing the Commons, 1977, S. 230.

²⁶ *Lind*, ECLR 2004, 181, 185; *Weigel*, Rechtsökonomik, 2003, S. 35.

²⁷ *Cooter/Ulen*, Law & Economics, 2000, S. 160-161; *Hardin*, in: Hardin/Baden (Hrsg.), Managing the Commons, 1977, S. 16 ff.

²⁸ *Baden/Stroup* (Fn. 25), S. 230.

²⁹ Vgl. etwa *Scheffler*, GRUR 2003, 97, 98 f.

³⁰ *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 3), § 28 Rn. 12.

³¹ *Kübel* (Fn. 20), S. 176.

³² Vgl. *Sucker/Guttuso/Gaster*, in: v. d. Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, nach Art. 81 Fallgruppen Immaterialgüterrecht, Rn. 2 f.

scheidende Rolle für die tatsächliche Wirkung des Schutzrechts. Wegen der weitreichenden Kompetenzen der EG im Wettbewerbsrecht hat sich das Instrument der Zwangslizenz nach Art. 82 EG zu einer der bedeutendsten Schranken der Schutzrechte entwickelt. Welche juristischen Anforderungen durch den EG-Vertrag, die europäische Rechtsprechung und die Europäische Kommission gestellt werden, soll im Folgenden untersucht werden.

I. Allgemeines

Art. 82 EG verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem gemeinsamen Markt oder eines wesentlichen Teils desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Kernstück der Prüfung ist dabei die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung (deren Vorliegen alleine noch keinen Unrechtsgehalt bedeutet) und deren missbräuchliche Ausnutzung. Eine marktbeherrschende Stellung ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, Abnehmern und Kunden gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.³³ Der Missbrauchtatbestand umfasst die Verhaltensweisen des Unternehmens auf dem Markt zulasten des bereits geschwächten Wettbewerbs unter der Verwendung von Mitteln, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- und Dienstleistungswettbewerbs abweichen.³⁴

II. Besonderheiten bei der Bestimmung des relevanten Marktes

Die Bestimmung des relevanten Marktes nimmt regelmäßig eine Schlüsselstellung in der wettbewerbsrechtlichen Prüfung ein. Das wettbewerbsrechtliche Schicksal einer Handlung am Markt steht und fällt oft nicht mit der Auslegung der Tatbestandsmerkmale, sondern mit der Festsetzung des relevanten Marktes.³⁵

1. Unterscheidung Technologiemarkt und Produktmarkt

Von grundlegender Bedeutung ist, dass bei Schutzrechten regelmäßig nicht nur ein Markt, sondern mindestens zwei Märkte betroffen sind: Einerseits der Markt für das betreffende Schutzrecht selbst (Inputmarkt), andererseits der Markt der mit dem Gebrauch des Schutzrechts hergestellten Güter und Dienstleistungen (Outputmarkt).³⁶ Daneben können noch mehrere Zwischenmärkte relevant werden. Diese Unterscheidung entspricht der wirtschaftlichen Realität, dass der Handel mit Schutzrechten selbst eine zentrale Bedeutung einnimmt, und dass mit der Beherrschung des Technologiemarktes die Gefahr der Beherrschung des Produktmarktes einhergeht.³⁷ Moderne europäische Rechtssetzung trägt diesem Gedanken explizit Rechnung. Die GVO Technologietransfer etwa macht ihre Anwendbarkeit von Marktanteilsschwellen sowohl am Produkt- als auch am Technologiemarkt abhängig.³⁸

2. Marktabgrenzung

Nach der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes ist vor allem der räumlich und sachlich relevante Markt zu bestimmen.³⁹ Da sich in räumlicher Hinsicht im Bereich der Schutzrechte mittlerweile eine hinreichende Homogenität der Wettbewerbsbedingungen

einwickelt hat,⁴⁰ ist die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes von größerer Bedeutung.

In ständiger Praxis der Kommission und Rechtsprechung des EuGH bestimmt sich der sachlich relevante Markt nach dem sog. Bedarfsmarktkonzept.⁴¹ Danach umfasst der sachlich relevante Markt sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.⁴²

Bei den unterschiedlichen Schutzrechten kann dies zu Besonderheiten führen. Bei einem Markt für Patente (respektive Technologien) ist es durchaus üblich, dass etwa unterschiedliche Produktionsverfahren miteinander konkurrieren.⁴³ Wurde ein schnelleres oder billigeres Produktionsverfahren entworfen, hat dies grundsätzlich keinen Einfluss auf die Austauschbarkeit mit anderen Verfahren. Auf dem Produktmarkt gilt dies erst recht für die mit dem Verfahren hergestellten Produkte.⁴⁴ Es ist also mit dem Bedarfsmarktkonzept nach den allgemeinen Grundsätzen zu fragen, ob eine Austauschbarkeit des Patents (bzw. der Technologie) mit anderen Patenten bzw. des mit dem Patent hergestellten Produkts und anderen Produkten besteht. Die pauschale Feststellung, das Schutzrecht bedinge ein Monopol, ist daher zumindest wettbewerbsrechtlich unzutreffend.

Etwas anders ist die Lage im Zusammenhang mit Urheberrechten zu beurteilen. Die Schwierigkeit ist, dass Urheberrechte persönliche, geistige Schöpfungen schützen, die per Definition gerade einzigartig sein müssen. Bei eher technisch geprägten, urheberrechtlich geschützten Gegenständen mag zwar mitunter eine Austauschbarkeit vorliegen (etwa bei Bauplänen für ein Projekt⁴⁵ oder bei Software). Gerade bei eher künstlerisch geprägten Urheberrechten wird eine Austauschbarkeit aber kaum zu bejahen sein. Beispiele sind etwa die Werke bestimmter Buchautoren oder Künstler. Ähnlich verhält es sich bei einmaligen oder sonst wichtigen Informationen, z.B. die Programminformationen einer Fernsehgesellschaft⁴⁶ oder Informationen vom Veranstalter eines wichtigen Sportereignisses. Der Markt ist oft auf genau diese Werke und Informationen begrenzt.⁴⁷

Es ist daher zu beachten, dass bei Urheberrechten (anders als bei Patenten) regelmäßig eine sehr enge Marktabgrenzung

³³ EuGH, Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, S. 461, 520.

³⁴ EuGH, Rs. 322/81 – *Michelin*, Slg. 1983, S. 3461, 3514.

³⁵ *Kaestner*, Missbrauch von Immaterialgüterrechten, 2005, S. 82.

³⁶ *Emmerich*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (Band II), 2006, H.I § 1 Rn. 395.

³⁷ *Bartl*, Immaterialgüterrechtliche Marktzutrittsschranken im System des Art. 82 EG, 2005, S. 61.

³⁸ Art. 3 III Verordnung 772/2004/EG (Fn. 12).

³⁹ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. C 372 vom 9.12.1997, S. 5.

⁴⁰ Vgl. dazu *Kübel* (Fn. 20), S. 193.

⁴¹ Statt vieler: *Jung*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2005, Art. 82 Rn. 30.

⁴² Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (Fn. 39), S. 5 Rn. 7; *Schütz/Bruha/König*, Casebook Europarecht, 2004, S. 950 m.w.N.

⁴³ *Ullrich*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 6), GRUR Teil B Rn 38.

⁴⁴ Vgl. *Bartl* (Fn. 37), S. 57 f.

⁴⁵ *Kübel* (Fn. 20), S. 195.

⁴⁶ EuGH, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P – *Magill*, Slg. 1995, S. 743, 822.

⁴⁷ *Ullrich*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 6), GRUR Teil B Rn. 39.

erfolgt, die den Schutzrechtsinhaber bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung benachteiligen kann. Um die Anreiz- und Belohnungsfunktion nicht zu schmälern, sollte dies mit einer entsprechend großzügigeren Anwendung der sonstigen Tatbestandsmerkmale und beim Ausspruch der Rechtsfolgen berücksichtigt werden.⁴⁸ Eine ähnliche Problematik besteht auch bei Marken und Geschmacksmustern, die regelmäßig wie Urheberrechte einen einzigartigen Charakter aufweisen.

III. Die wettbewerbsrechtliche Zwangslizenz

Ein häufiger Ausübungsakt eines Schutzrechts, an den der EuGH seine Missbrauchskontrolle anknüpft, ist die Verweigerung einer Lizenz durch ein marktbeherrschendes Unternehmen.⁴⁹ Zwar ist es unzulässig, aus dem Bestehen eines Schutzrechts als solchem auf eine Beherrschung des Marktes zu schließen – vielmehr muss die Bestimmung nach den allgemeinen Grundsätzen des Bedarfsmarktkonzeptes erfolgen – allerdings kann es durchaus sein, dass ein Schutzrecht mit einer marktbeherrschenden Stellung zusammentrifft oder diese begründet.⁵⁰ Fraglich ist dann, wann die Ausübung des Schutzrechts einen Missbrauch i.S.d. Art. 82 EG darstellen kann, und ob als Abhilfemaßnahme eine Zwangslizenz erteilt werden darf. Diese Maßnahme entspricht im Materialgüterrecht etwa der Enteignung gegen Entschädigung.⁵¹ Grundsätzlich liegt es in der Vertragsfreiheit der Unternehmen zu entscheiden, mit wem sie in Geschäftsbeziehungen treten wollen und wem sie eine Lizenz erteilen. Dies entspricht auch gerade der Anreiz- und Belohnungsfunktion der Schutzrechte, weswegen dem Inhaber die Wahl zwischen Eigennutzung und vertraglicher Verwertung gesetzlich vorbehalten ist.⁵² Deswegen kann auch die Schutzrechtsausübung als solche eigentlich keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen, da sonst dem Inhaber die Substanz seines Ausschließlichkeitsrechts entzogen würde.⁵³ Bevor der EuGH die erste Zwangslizenz im Fall *Magill* ausdrücklich bestätigte, hatte er – *obiter dictum* – bereits einige Kriterien hierfür aufgestellt. So komme ein Missbrauch etwa in Betracht, wenn ein Inhaber eines Geschmacksmusters an Karosserieteilen sich willkürlich und ohne sachliche Gründe weigert, unabhängige Reparaturwerkstätten zu beliefern, oder wenn er die Entscheidung trifft, keine Karosserieersatzteile mehr herzustellen, obwohl noch viele Fahrzeuge des betreffenden Modells verkehren, und somit die Erzeugung zu Lasten der Verbraucher einschränkt (vgl. Art. 82 lit. b) EG).⁵⁴

1. Die *Magill*-Rechtsprechung

Die Leitentscheidung des EuGH im Fall *Magill*⁵⁵ erging im Jahre 1995. Als Sachverhalt lag zugrunde, dass die Firma *Magill TV Guide* eine umfassende wöchentliche Fernsehprogrammzeitschrift aller Sendeunternehmen für Nordirland herausgeben wollte, die für den betreffenden Markt noch nicht existierte. Einige Sender verweigerten *Magill* unter Berufung auf ihre Urheberrechte die Nutzung der Sendeinformationen in einer Wochenzeitschrift. Die Kommission stellte eine Zuwiderhandlung gegen Art. 82 EG [ex-Art. 86] fest und wies die Unternehmen an, diese dadurch abzustellen, Dritten auf Anfrage ihre jeweiligen Programmvorschauen zur Verfügung zu stellen und die Wiedergabe durch Dritte zu gestatten. Sollten Lizenzgebühren erhoben werden, müssten diese angemessen sein. Der EuGH bestätigte die Entscheidung und stellte fest, dass die Ausübung des Urheberrechts (obwohl explizit durch das englische Recht geschützt) unter „außer-

gewöhnlichen Umständen“ ein missbräuchliches Verhalten darstellen kann.⁵⁶ Der EuGH definierte zwei Märkte: einen für die Programmzeitschriften selbst und einen für die dazugehörigen, urheberrechtlich geschützten Programminformationen; das Unternehmen besitze mangels Substituierbarkeit auch ein „faktisches Monopol“ an diesen Informationen.⁵⁷ Primäre Interessen der Parteien könnten durch die Herausgabe einer umfassenden Programmzeitschrift nicht berührt sein. Der Missbrauch begründe sich insb. dadurch, dass ein abgeleiteter Markt für umfassende Programmzeitschriften komplett verhindert werde, an dem aber ein gewichtiges Interesse der Verbraucher bestehe.

2. Entwicklung nach *Magill* (insb. *IMS Health*)

Es bestand zunächst Uneinigkeit darüber, ob es sich beim Verfahren *Magill* um eine Einzelentscheidung oder um den Beginn einer ständigen Rechtsprechung des Gerichts handelte. In der Entscheidung *IMS Health*⁵⁸ aus dem Jahre 2004 bestätigte der EuGH dann eine weitere Zwangslizenz der Kommission. In der Sache ging es um die Verweigerung einer Lizenz durch *IMS Health* (dem weltweit führenden Anbieter von Informationen über den Absatz und die Verschreibung von Pharmaprodukten) an zwei andere Unternehmen für eine Datenerhebungsmethode („1860 Bausteine“), welche als de-facto-Norm für die der Pharmaindustrie bereitgestellten Daten galt.⁵⁹ Andere Datenformate der Unternehmen hatten sich vorher als nicht durchsetzbar erwiesen. Zunächst ist festzuhalten, dass es sich um ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes handelte, in dem die Kommission die Zwangslizenz anordnete. Das EuG und der EuGH bestätigten die einstweilige Anordnung allerdings nicht.⁶⁰ In der endgültigen Entscheidung bestätigten sie jedoch die Entscheidung der Kommission. Anders als im Fall *Magill* ging es hier um einen Markt, auf dem sowohl der Schutzrechtsinhaber (*IMS Health*) als auch die Lizenz ersuchenden Unternehmen direkt tätig waren,⁶¹ namentlich dem für Informationen über den Absatz und Verschreibung von Pharmaprodukten. Vieles deutet also darauf hin, dass der EuGH nicht nur seine Rechtsprechung aus dem Fall *Magill* bestätigen, sondern diese gar ausweiten wollte.⁶²

3. *Microsoft*

Ohne abschließende Rechtsprechung – dafür aber im Lichte der breiten Öffentlichkeit – verlief bisher das spektakuläre Verfahren gegen *Microsoft*. In diesem Verfahren bescheinigte

⁴⁸ Vgl. Kübel (Fn. 20), S. 197.

⁴⁹ Jung, in: Grabitz/Hilf (Fn. 41), Art. 82 Rn. 197.

⁵⁰ Govaere (Fn. 10), S. 111.

⁵¹ Schäfer/Ott (Fn. 21), S. 625.

⁵² Keeling, Intellectual Property Rights in EU Law, 2003, S. 381.

⁵³ Vgl. Ebenroth/Bohne, EWS 1995, 397 m.w.N.

⁵⁴ EuGH, Rs. 238/87 – *Volvo/Veng*, Slg. 1988, S. 6211, 6235.

⁵⁵ EuGH, *Magill* (Fn. 46), S. 743 ff.

⁵⁶ EuGH, *Magill* (Fn. 46), S. 743, 823.

⁵⁷ EuGH, *Magill* (Fn. 46), S. 743, 822.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-418/01 – *IMS Health*, Slg. 2004, S. I-5039.

⁵⁹ Kübel (Fn. 20), 240 m.w.N.

⁶⁰ Verfügung des Präsidenten des EuG vom 26.10.2001, Rs.T-184/01 R, Slg. 2001, S. II-3193; Verfügung des Präsidenten des EuGH vom 11.4.2002, Rs. C-481/01 P(R), Slg. 2002, S. I-3401.

⁶¹ Eilmansberger, EWS 2003, 12, 14.

⁶² Vgl. Bartl (Fn. 37), S. 328 ff; Kübel (Fn. 20), S. 235; Schwarze, EuZW 2002, 75, 80.

die Kommission dem Softwarehersteller einen Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Betriebssysteme zuzulasten des Marktes für Anwendungssoftware und ordnete eine Offenlegung der urheberrechtlich geschützten Schnittstellen für die Programmierung von Anwendungssoftware für Arbeitsgruppenserver an.⁶³ Die Kommission griff bei der Bewertung des Sachverhalts auf die bewährten Kriterien aus der *Magill*-Rechtsprechung zurück. Dazu zählt insb. die Bereitschaft, auf den vollständigen Bestand eines Schutzrechts zu verzichten, wenn die wirtschaftliche Bedeutung des Schutzrechts für den Inhaber gering ist und die Gefahr einer Behinderung auf dem Markt (oder einem abgeleiteten Markt) das Schutzinteresse des Inhabers überwiegt. Für Aufmerksamkeit sorgte der Fall aber eher durch die Höhe der Strafzahlungen wegen unzureichender Offenlegung der urheberrechtlich geschützten Protokolle zur Interoperabilität mit anderen Betriebssystemen.⁶⁴ Zuletzt monierte die Kommission auch die Höhe der Lizenzgebühren. Dabei stellt sie insbesondere auf den mangelnden Innovationsgrad der Protokolle ab.⁶⁵ Die Argumentation zum Innovationsgrad der Protokolle legt den Schluss nahe, dass sich im Bereich der Software für Arbeitsgruppenserver in der Tat eine *tragedy of the anti-commons* entwickelt hat, welche die Kommission zu durchschlagen versucht. Ob ihr dies gelingt, bleibt indes abzuwarten.

4. Anwendung der *essential facilities* Doktrin auf Schutzrechte?

Für einige Aufregung in der Literatur hat die Frage gesorgt, ob der EuGH im Verfahren *Magill* und *IMS Health* die Anwendung der *essential facilities* Doktrin auf das Immaterialgüterrecht ausweiten wollte.⁶⁶ Die Anwendung der aus dem US-amerikanischen Recht rezipierten *essential facilities* Doktrin setzt voraus, dass ein Unternehmen über eine wesentliche Einrichtung verfügt und einem anderen Unternehmen den Zugang zu dieser Einrichtung ohne sachlichen Grund verweigert, so dass der Wettbewerb auf einem bestimmten Markt (insb. vor- und nachgelagerten Märkten) ausgeschlossen werden kann.⁶⁷ Wesentlich ist die Einrichtung, wenn sie zur Ausübung der Tätigkeit unentbehrlich ist.⁶⁸ In der Tat fallen einige Ähnlichkeiten auf, wenn der EuGH annimmt, die Fernsehunternehmen hätten *Magill* den Zugang zu einem abgeleiteten Markt verhindert, indem sie „unentbehrliches Ausgangsmaterial“ vorenthielten. Die Konstellation ist die gleiche wie bei Sachgütern. Auch wenn der EuGH sich nicht ausdrücklich (wie etwa die Kommission) auf die *essential facilities* Doktrin beruft, so ist doch nicht zu verneinen, dass das Gericht deren Grundgedanken anwendet. Daher ist festzuhalten, dass auch ein Immaterialgüterrecht eine „wesentliche Einrichtung“ sein kann, oder aber zumindest nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln ist.⁶⁹ Der Rechtsgedanke der *essential facilities* Doktrin kann somit zur Rechtsfindung und Rechtsberatung in Schutzrechtsfällen herangezogen werden.⁷⁰ Auch im Fall *Microsoft* ließe sich diese Argumentation gut anwenden, denn die urheberrechtlich geschützten Schnittstellen ließen sich durchaus als *essential facilities* für die Programmierung von Anwendungssoftware einordnen.

E. Fazit

Zusammengenommen scheint sich die Zwangslizenz daher als Rechtsinstrument im europäischen Wettbewerbsrecht durchgesetzt zu haben. Die Neigung, auf europäischer Ebene Zwangslizenzen einzuführen, hat auch durch den europäi-

schen Gesetzgeber Aufwind bekommen, der im Mai 2006 die VO 816/2006⁷¹ erließ, die Zwangslizenzen für die Patente an der Herstellung von pharmazeutischen Produkten für die Ausfuhr in Länder mit Problemen im Bereich der öffentlichen Gesundheit erlaubt. Zwar steht dies nicht in Zusammenhang mit Erwägungen des Wettbewerbsrechts, sondern mit der Entwicklungshilfe und der öffentlichen Gesundheit. Es zeigt aber, dass das Rechtsinstrument aus dem Gemeinschaftsrecht nicht mehr wegzudenken ist.

F. Stellungnahme

In der Literatur und in der Unternehmenswelt ist zuletzt die hohe Rechtsunsicherheit kritisiert worden, welche sich im Wettbewerbsrecht ausbreitet⁷² – dies gilt neben der Rechtsprechung zu Art. 82 EG insb. im Kontext der Neugestaltung des Rechtfertigungstatbestands des Art. 81 III EG und der Neuorientierung der Gruppenfreistellungsverordnungen an Marktanteilsschwellen sowie der Einführung des Prinzips der Legalausnahme in der VO 1/2003. Für die gegenwärtige Auslegung des Art. 82 EG kann diese Kritik – anders als für die Neuerungen im Bereich des Art. 81 EG – jedoch nicht mit gleicher Intensität gelten.⁷³

Zwar ist die *Magill*-Rechtsprechung (zumindest zunächst) mit einiger Kritik aufgenommen worden.⁷⁴ Bemängelt wurde u.a. die pauschale Begründung des EuGH, es liege ein „faktisches Monopol“ und somit „offensichtlich“ eine marktbeherrschende Stellung vor.⁷⁵ Die Marktmacht eines Unternehmens liege dann gerade in der Inhaberschaft eines Schutzrechts begründet. Dem ist zuzugeben, dass nach den geltenden Grundsätzen das Schutzrecht nur eine gewisse Indizwirkung erzeugt, die aber erst durch andere Faktoren (z.B. Finanzkraft des Unternehmens) zu einer marktbeherrschenden Stellung vollendet wird.⁷⁶ Allerdings ist dem EuGH zugutezuhalten, dass nach überwiegender Auffassung Schutzrecht und marktbeherrschende Stellung in der Tat stark miteinander verwoben sein können. Durch die Betonung, es liege ein „faktisches“ Monopol vor, macht das Gericht auch gerade deutlich, dass es die marktbeherrschende Stellung nicht aus der Rechtsposition als solcher herleitet, sondern vielmehr nur eine Deckungsgleichheit zwischen beiden feststellt, die nicht in einem zwingenden Zusammenhang steht.⁷⁷

⁶³ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 24.3.2004, IP/04/382.

⁶⁴ Vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 12.7.2006, MEMO/06/277.

⁶⁵ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 1.3.2007, IP/07/269.

⁶⁶ *Bartl* (Fn. 37), S. 226; *Kübel* (Fn. 20), S. 224; vgl. auch *Tränkle*, Die „essential facilities“ Doktrin im europäischen Wettbewerbsrecht, 2001, S. 116.

⁶⁷ *Goyder* (Fn. 4), S. 317; *Lettl*, Kartellrecht, 2005, Rn. 286, 559.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-7/97 – *Bronner*, Slg. 1998, S. I-7791, I-7830.

⁶⁹ *Keeling* (Fn. 52), S. 384 ff.

⁷⁰ So auch: *Eilmansberger*, EWS 2003, 12, 23; *Tränkle* (Fn. 66), S. 117.

⁷¹ Verordnung 816/2006/EG vom 17.5.2006 über Zwangslizenzen für die Patente an der Herstellung von pharmazeutischen Produkten für die Ausfuhr in Länder mit Problemen im Bereich der öffentlichen Gesundheit, ABl. EU Nr. L 157 vom 9.6.2006, S. 1.

⁷² So auch *Lind*, ECLR 2004, 181.

⁷³ Vgl. *Montag*, EuZW 1997, 71, 72.

⁷⁴ *Fitzgerald*, EIPR 1998, 154; *Goyder* (Fn. 4), S. 307.

⁷⁵ Vgl. *Pilny*, GRURInt. 1995, 955, 956.

⁷⁶ *Fitzgerald*, EIPR 1998, 154, 160.

⁷⁷ *Kübel* (Fn. 20), S. 200; kritisch zum Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung: *Ebenroth/Bohne*, EWS 1995, 397, 398 f.

Als zweiter Kritikpunkt wird vorgebracht, dass der EuGH die Grenze zu den nationalen Eigentumsordnungen, die durch Art. 295 EG geschützt sind, endgültig zu überschreiten droht.⁷⁸ In der Tat muss man sich fragen, ob die Zwangslizenz noch innerhalb der Kompetenz der EG liegt, oder ob nicht ein Handeln *ultra vires* vorliegt. Zunächst hatte der EuGH die Grenze selbst zwischen dem unantastbaren Bestand (spezifischer Gegenstand) und der Ausübung des Schutzrechts gezogen. Allerdings überzeugt diese Argumentation bei der Erteilung einer Zwangslizenz nicht.⁷⁹ Denn obwohl die Programminformationen nationalem Schutz unterlagen, entzieht der EuGH dem Rechtsinhaber jegliche Ausschließlichkeitsfunktion zugunsten des Wettbewerbs auf einem abgeleiteten Markt und begründet dies mit dem nachrangigen Interesse der Rechtsinhaber an den Informationen.⁸⁰ Statt der klassischen begrifflichen Unterscheidung kommt es vielmehr zu einer materiellen Prüfung der Interessen im Einzelfall mit Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit.⁸¹ Somit ist zuzugeben, dass die klassische Lehre von Ausübung und Bestand der Schutzrechte keinen durchgängigen Bestand in der Rechtsprechung mehr hat.⁸² Dies erlaubt jedoch nicht den Schluss, dass die EG ihre Kompetenzen zulasten der nationalen Eigentumsordnungen überschritten hat.⁸³ Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (Wettbewerbsbeschränkung, Missbrauch) im EG-Vertrag macht eine derartige dynamische Neuinterpretation möglich. Vielmehr kann die Aufgabe zur Schaffung eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs (Art. 3 I lit. g) EG) im Einzelfall vorrangig gegenüber dem Schutz der nationalen Eigentumsordnungen sein.⁸⁴ Die notwendigen Maßnahmen zur Sicherung des Wettbewerbs, soweit sie nicht explizit vorgesehen sind, müssen dann zu den *implied powers (pouvoir impliqué)* der EG zählen, die eine effektive Umsetzung ihrer Ziele sichern. Eine Kompetenzüberschreitung ist somit zu verneinen.⁸⁵ Die Aufgabe, oder zumindest Einschränkung, der Lehre von Bestand und Ausübung der Schutzrechte und vom spezifischen Gegenstand zugunsten einer materiellen Prüfung im Einzelfall bedeutet aber eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Wettbewerbsrechts, da bisherige Schranken nicht mehr gelten.

Infolgedessen wurde zu Recht zunächst kritisiert, dass der EuGH mit der Aufgabe der Lehren von Bestand und Ausübung und vom spezifischen Gegenstand zugunsten einer materiellen Einzelfallprüfung weitere Rechtsunsicherheiten für Unternehmen geschaffen hat, wann ein Verhalten nicht den europäischen Wettbewerbsregeln entspricht.⁸⁶ Den Entscheidungen im Einzelfall fehle es an der nötigen Vorhersehbarkeit, welche die alten Grundsätze zumindest teilweise erzeugten. Zudem werde durch die Existenz einer europäischen

Zwangslizenz die Anreiz- und Belohnungsfunktion der Schutzrechte geschwächt.⁸⁷ Allerdings ist dagegen einzuwenden, dass die europäischen Gerichte i.R.d. Art. 82 EG sehr strenge Kriterien an die Erteilung einer Zwangslizenz stellen („außergewöhnliche Umstände“) und in anderen Fällen⁸⁸ nach *Magill* Zwangslizenzen verweigerten.⁸⁹ Auch bietet die *essential facilities* Doktrin einen guten, alternativen Ansatz zur Bewertung der Problematik.⁹⁰ Insgesamt sollte die Rechtsprechung des EuGH zwar kritisch im Auge behalten werden, um die Gefahr einer *tragedy of the commons* durch Zwangslizenzen zu vermeiden. Allerdings kann durch die Rechtsprechung in den Fällen *Magill* und *IMS Health* noch keine hinreichende Bedrohung für die Schutzrechte als solche gesehen werden.

Grundsätzlich erscheint die an ökonomischen Erwägungen orientierte Praxis der Kommission und der europäischen Gerichte sachgerecht und bietet einen zukunftsweisenden Ansatz, um das Spannungsfeld zwischen Schutzrechten und Wettbewerbsrecht aufzulösen. Für die kommenden Jahre ist zu erwarten, dass sich die Vergemeinschaftung der Schutzrechte fortsetzen wird.⁹¹ Dies wird einen Großteil des Streits um die begriffliche Bestimmung von Bestand und Ausübung von Schutzrechten – die bisher größtenteils national geprägt waren – ohnehin auflösen, da dann ein einheitlicher, gemeinschaftlicher Schutzrechtsstandard auf dem Binnenmarkt vorliegt.⁹² Vor diesem Hintergrund ist es auch verständlich und richtig, dass die Kommission und der EuGH neue Maßstäbe suchen und sich stärker auf die wirtschaftlichen Auswirkungen des jeweiligen Verhaltens auf dem sich immer mehr verwirklichenden Binnenmarkt konzentrieren. ■

⁷⁸ Schwarze, EuZW 2002, 75, 81.

⁷⁹ Vgl. Fitzgerald, EIPR 1998, 154, 160.

⁸⁰ Govaere (Fn. 10), S. 155.

⁸¹ Baril (Fn. 37), S. 265.

⁸² Vgl. Fitzgerald, EIPR 1998, 154, 160; Keeling (Fn. 52), S. 383.

⁸³ So auch Kübel (Fn. 20), S. 211.

⁸⁴ Vgl. Keeling (Fn. 52), S. 383.

⁸⁵ So im Ergebnis auch Lober, GRURInt. 2002, 7, 16.

⁸⁶ Fitzgerald, EIPR 1998, 154.

⁸⁷ Eilmansberger, EWS 2003, 12.

⁸⁸ Z.B. EuG, Rs. T-504/93 – *Tiercé Ladbroke*, Slg. 1997, S. II-923.

⁸⁹ Schwarze, EuZW 2002, 75, 80.

⁹⁰ Eilmansberger, EWS 2003, 12, 13; Mennicke ZHR 1996, 626, 658.

⁹¹ Vgl. Ullrich, in: Behrens (Hrsg.), Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, 2004, S. 11.

⁹² Vgl. dazu Hilty, in: Behrens (Hrsg.), Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, 2004, S. 187.

Elisabeth Friederike Kreuzer, LL.B., Hamburg*

Gambling for Resurrection

– Der GmbH-Gesellschafter im Spannungsfeld von Dispositionsfreiheit und Gläubigerschutz –

A. Einführung

Die Konjunktur schwächelt und so laufen die Geschäfte der X-GmbH seit geraumer Zeit nur schleppend. Aufgrund schlechter Auftragslage mangelt es an liquiden Mitteln um laufende Forderungen zu begleichen. Die Eigenkapitalquote

ist gering, weiteres Fremdkapital insofern in absehbarer Zeit nicht aufzutreiben. In der Hoffnung, eine womöglich drohende Insolvenz der X abzuwenden, weisen die Gesellschafter A und B den Geschäftsführer G an, ein hochriskantes

Termingeschäft abzuschließen. Das Geschäft misslingt, so dass der G nun gezwungen ist, Insolvenz anzumelden. A und B werden wegen der Haftungsbeschränkung in § 13 II GmbHG grundsätzlich nicht zur Verantwortung gezogen. G als Haftungssubjekt nach §§ 823 II BGB i.V.m. § 64 GmbHG ist selten ein solventer Schuldner. Die Gläubiger gehen schließlich wegen der regelmäßig geringen Befriedigungsquoten im Insolvenzverfahren leer aus.

Die geschilderte Problematik ist unter vielen Schlagworten bekannt – als *gambling for resurrection* im US-amerikanischen Recht, als *Endspielszenarium* und *Überinvestitionsproblem* in der deutschen Literatur. Konkrete Lösungsansätze bleibt der Gesetzgeber indessen schuldig und auch die Judikatur begnügt sich mit Einzelfallentscheidungen.

Im Folgenden soll geklärt werden, ob es sich bei dem Abschluss von Risikogeschäften in der Krise schlicht um eine unternehmerische Fehlentscheidung der Gesellschafter handelt oder doch um einen Eingriff in das geschützte Vermögen der GmbH, der einen Rückgriff auf die Gesellschafter erlaubt.

B. Die Zulässigkeit einer Gesellschafterhaftung in der GmbH – Grenzen der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter

Der Haftungsbeschränkung als Hauptmotiv und Namensgeberin der GmbH¹ steht eine umfassende unternehmerische Freiheit der Gesellschafter zur Seite.² Diese Kombination von Haftungs- und Handlungsfreiheit ermutigt den Gesellschafter zu risikofreudigen Entscheidungen, weshalb sich der Gesetzgeber für ein Gläubigerschutzkonzept als regelndes Moment entschieden hat. Die Haftung des Gesellschafters gegenüber Gläubigern der GmbH ist darin nicht vorgesehen. Ein Durchgriff ist demnach nur unter Aufzeigen der Lücken im Zusammenspiel der Funktion der Haftungsbeschränkung und der Wirkung des gesetzlichen Gläubigerschutzkonzeptes zu begründen.

I. Funktion der Haftungsbeschränkung

§ 13 II GmbHG lässt vorerst keinen Raum für Interpretationen. Es haftet allein das Gesellschaftsvermögen. Doch stellt sich die Frage, ob es sich bei der Haftungsbeschränkung um ein Prinzip handelt, das der juristischen Person inhärent und damit unüberwindbar ist oder ob vielmehr Ausnahmen zulässig sind.

Der Zweck des Konstrukts der juristischen Person ist es, eine rechtsfähige Einheit zu etikettieren und sie insbesondere gleich einer natürlichen Person zu behandeln.³ Dem steht jedoch in mancher Hinsicht die Rechtswirklichkeit entgegen. So besitzt eine GmbH etwa kein genuines Interesse an ihrer Existenz,⁴ ihr fehlen natürlicher Wille und Verantwortlichkeit.⁵ Ihre Mitglieder können mit Hilfe ihres Einflusses auf die GmbH von deren Geschäftstätigkeit profitieren, das Risiko jedoch dieser aufbürden. Damit beweist sie weit weniger „Haftungssensibilität“ als eine natürliche Person.⁶ Wegen dieser Interessendivergenz von natürlicher und juristischer Person und den damit verbundenen Gefahren für den Rechtsverkehr kann die Haftungsbeschränkung in Ausnahmesituationen aufgehoben werden.⁷ Der Charakter der GmbH als juristische Person steht dem nicht grundsätzlich entgegen.⁸

II. Defizite des gesetzlichen Gläubigerschutzes

Dass der Gesetzgeber den Gesellschaftern die unbeschränkte Haftung nicht gänzlich ohne Gegenleistung gewähren wollte,

wird bereits aus den Vorschriften zu Kapitalaufbringung und -erhaltung deutlich.⁹ So birgt etwa das gesetzliche Mindestkapital eine Seriositätsschwelle zur Errichtung der GmbH.¹⁰

Gegen Auszahlungen an die Gesellschafter ist das Stammkapital durch die §§ 30, 31 GmbHG geschützt. Bilanzunwirksame, gläubigerschädigende Vorgänge oder unternehmerische Fehlentscheidungen werden indes nicht erfasst.¹¹ Auch die betriebswirtschaftlichen Folgen wie etwa Liquiditätsengpässe, die eine rechtswidrige Entnahme nach sich ziehen kann, erfasst die Rückgewährpflicht des § 31 I GmbHG nicht. Einer erweiternden Auslegung zur Erfassung bilanzneutraler Vorgänge sind die §§ 30 f. GmbHG nicht zugänglich.¹² Die Kapitalerhaltung versagt schließlich ebenso, wenn Handlungen der Gesellschafter vor dem Zeitpunkt der Unterbilanz existenzvernichtende Auswirkungen haben.

Auch das Eigenkapitalersatzrecht der §§ 32a f. GmbHG ist außer Stande, den Schutz der Gläubiger vor unerlaubten Eingriffen der Gesellschafter zu gewährleisten. Der Rangrücktritt wird hier nur als Nachspiel der positiven Entscheidung des Gesellschafters zur Darlehensgabe statuiert. Eine allgemeine Pflicht zur Ausstattung mit angemessenem Eigenkapital besteht nicht.¹³

Dieses Defizit können auch die Liquidations- und Insolvenzvorschriften nicht auffangen, denn ihre Schutzmechanismen setzen erst ein, wenn die Entscheidung zur Liquidation getroffen wurde, bzw. die zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens nach den §§ 19 ff. InsO getroffen werden muss. Die Insolvenzeröffnungstatbestände sollen dafür Sorge tragen, dass das Verfahren beginnt, sobald der Kapitaleinsatz der Gesellschafter verbraucht ist. Damit soll den Gläubigern zu weitgehender Befriedigung verholfen oder gar mit Hilfe eines Insolvenzplans die Sanierung ermöglicht werden.¹⁴ Doch ist die Krise zu diesem Zeitpunkt regelmäßig nicht mehr aufzuhalten. So bewirkt allein der Wechsel vom Ansatz von Fortführungs- zu den geringeren Liquidationswerten beim Tatbe-

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

¹ Vgl. Meyer, Haftungsbeschränkungen im Recht der Handelsgesellschaften, 2000, S. 1.

² Ulmer, in: Ulmer (Hrsg.), Gesetz betreffend die GmbH: Großkommentar, Bd. 1, 2005, Einl. A21, A28; Goette, ZIP 2005, 1481, 1486; siehe ausführlich Röhrich, in: FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 83, 105.

³ Raiser, in: FS Lutter, 2000, S. 637, 639; ders., AcP 199, 104, 137.

⁴ Raiser (Fn. 3), S. 637, 648; Grigoleit, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, 2006, S. 6.

⁵ Wiedemann, Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH, 1968, S. 5.

⁶ Grigoleit (Fn. 4), S. 7.

⁷ Unerheblich ist es, ob diese Erkenntnis auf Rechtsmissbrauchserwägungen oder die Normzwecklehre zurückgeführt wird (siehe dazu Raiser, in: GK-GmbHG (Fn. 2), § 13 Rn. 63 ff. m.w.N.).

⁸ Zur Ausnahmequalität eines Durchgriffs vgl. BVerfGE 13, 331, 339 ff.

⁹ Siehe dazu eingehend Röhrich (Fn. 2), S. 83, 98 ff.; vgl. auch Goette, DStR 1997, 1495.

¹⁰ Siehe Goette, ZGR 2006, 261, 265; Vetter, ZGR 2005, 788, 800 m.w.N.; a.A. Blaurock, in: FS Raiser, 2005, S. 3, 13 f.

¹¹ Vgl. nur Westermann, in: Scholz (Hrsg.), Kommentar zum GmbH-Gesetz⁹, 2000, § 30 Rn. 13; ausführlich zur Kapitalerhaltung siehe K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 2002, S. 1131 ff.

¹² Eingehend dazu Grigoleit (Fn. 4), S. 93 ff.; differenzierend Mülbert, DStR 2001, 1937, 1941 ff.; sowie Ulmer, in: FS Pfeiffer, 1988, 853, 868 f.

¹³ BGHZ 142, 116, 119 f.; allg. Meinung, vgl. Goette, ZGR 2006, 261, 271; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), Gesetz betreffend die GmbH¹⁸, 2006, § 32a Rn. 2.

¹⁴ Vgl. Kirchhof, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung⁴, 2006, § 19 Rn. 2.

stand der Überschuldung (§ 19 II 2 InsO), dass sich erhebliche Vermögenswerte quasi in Luft auflösen.¹⁵

Das Gesetz weist folglich dort Schutzlücken auf, wo vor Insolvenzreife weder Kapitalzuführung noch bilanzwirksame Entnahmen Gesellschafterpflichten generieren und von einer Liquidation schlicht abgesehen wird. In diesem scheinbar schutzlosen Raum bewegen sich die Risikogeschäfte der Gesellschafter.

III. Rechtspolitische und rechtsökonomische Erwägungen

Das Telos der Haftungsbeschränkung ist es, dem GmbH-Gesellschafter die Angst vor dem Totalverlust zu nehmen und dadurch volkswirtschaftlich erwünschte Innovationschübe zu generieren.¹⁶ Nicht beabsichtigt ist allerdings, dass er dies als Freischein zum Spekulieren und Misswirtschaften nutzt. Regelmäßig generiert das Bestreben der Gesellschafter, mit der GmbH erwerbswirtschaftlich tätig zu sein, nicht nur ihre Erträge, sondern schützt reflexartig auch das Tilgungsinteresse der Gläubiger.¹⁷ Besteht indessen die Möglichkeit Verluste abzuwälzen, folgen die Gesellschafter modifizierten Anreizen.¹⁸ Da die erwirtschafteten Erträge wegen des Auszahlungsverbots ab dem Zeitpunkt der Unterbilanz reinvestiert werden müssen (vgl. §§ 30, 31 GmbHG), scheint das von den Gesellschaftern ursprünglich eingesetzte Kapital in der Krise verloren. Ein Ausfall geht in dieser Zeit zu Lasten der Gläubiger, während bei Gewinnen insbesondere die Gesellschafter profitieren, die wieder Entnahmen tätigen dürfen. Sie stellen bei ihren Entscheidungen deshalb allein auf die Höhe des möglichen Gewinnes ab, anstatt diese mit der Gefahr des Verlusts abzuwägen. Es findet eine Externalisierung der Nachteile auf die Gläubiger statt, die wenig Einfluss auf das Unternehmen haben.¹⁹ Hier gilt es, die Grenze zwischen volkswirtschaftlich erwünschter Risikofreude und gläubigerschädigendem Verhalten zu ziehen.

IV. Die Konsequenzen für die Dispositionsfreiheit der Gesellschafter

Das Zusammenspiel von lückenhaft normiertem Gläubigerschutz und dem begrenzten Zweck der Haftungsbeschränkung, nicht jedes Risiko zu fördern, führt zu der Frage, ob dem gesetzlichen Konzept weitergehende Sorgfaltspflichten der Gesellschafter zu entnehmen sind.

Ursprünglich bewegte sich die Diskussion um die Frage, ob ein autonomes Interesse der Gesellschaft an ihrem Bestand anzuerkennen sei, die Gesellschafter ihr also zu Sorgfalt verpflichtet seien.²⁰ Zwar folgt aus dem Trennungsprinzip zwingend die Respektierung der juristischen Person, doch bildet diese ihren Willen nicht autonom, sondern vielmehr durch die Zweckbestimmung der Gesellschafter.²¹ So käme es einer *petitio principii* gleich, die Interessen der Gläubiger auf die Gesellschaft zu kanalisieren, um daraus wiederum eine Sorgfaltspflicht der Gesellschafter für ihre Gesellschaft zu konstruieren.²² Damit besteht kein genuines Interesse der Gesellschaft an ihrer Existenz. Dies macht auch § 60 I Nr. 2 GmbHG deutlich, der eine Liquidation ohne sachlichen Grund allein aufgrund einer qualifizierten Mehrheitsentscheidung gestattet.²³

Der Gesellschafter kann die Haftungsbeschränkung indessen nicht ernsthaft in Anspruch nehmen wollen, wenn nicht zumindest gewährleistet ist, dass das zur Erfüllung der Verbindlichkeiten benötigte Vermögen vor ihm geschützt wird.²⁴ Der

geringen Haftungssensibilität der GmbH²⁵ muss insofern Rechnung getragen werden, als dass sie ihr Interesse an der Befriedigung ihrer Gläubiger nicht selbst vor Eingriffen der Gesellschafter schützen kann. Deshalb ist die Rücksicht auf die Vermögensbindung Voraussetzung der Anerkennung der GmbH als juristische Person.²⁶ Bestandsgefährdende Entnahmen können nicht nur in Form von Bilanzpositionen, sondern etwa auch als Geschäftschancen oder Humankapital relevant werden.²⁷ So ist die Erwartung des Rechtsverkehrs, dass das der juristischen Person gewidmete Vermögen dieser zur Verfügung steht, realistisch.²⁸ Auch beweist die Gesamtschau der gesetzlichen Vorschriften, dass eine aktive Desinvestition nur im Rahmen der vorgezeichneten Wege beschritten werden soll.²⁹ Es ist also von einer Bindung des Vermögens der GmbH zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten auszugehen.³⁰

V. Zwischenergebnis

Das normierte Konzept wird den von Gesellschaftern initiierten Risikogeschäften nicht Herr. Es lässt sich zwar das Prinzip der Vermögensbindung herleiten, doch fehlt es an einem konturierten Haftungstatbestand. Missbrauchsfälle müssen demnach durch rechtsfortbildende Institute erfasst werden.

C. Die Tatbestände der Gesellschafterhaftung

Im Folgenden werden der Tatbestand der Existenzvernichtungshaftung³¹ sowie die materielle Unterkapitalisierung auf ihre Tauglichkeit zur Bewältigung von Spekulationsgeschäften in der Krise überprüft. Im Anschluss stellt sich die Frage nach Zulässigkeit und Voraussetzungen einer Haftung wegen sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB.

I. Der existenzvernichtende Eingriff

Die Konturierung des haftungsrelevanten Eingriffs bereitet Schwierigkeiten. Schwer zu erfassen sind insbesondere die Handlungen, die trotz Bilanzneutralität einen wesentlichen negativen Einfluss auf die Liquidität der Gesellschaft haben. In diesem Feld bewegen sich auch die Risikogeschäfte.

¹⁵ Vgl. Kirchhof, in: HK-InsO (Fn. 14), § 19 Rn. 14.

¹⁶ Haas, Gutachten E für den DJT, 2006, E 13; Röhrich (Fn. 2), S. 83, 98; Lehmann, ZGR 1986, 345, 354.

¹⁷ Raiser (Fn. 3), S. 637, 648; Schön, ZHR 168 (2004), 268, 276; Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 206; Roth, ZGR 1993, 170, 180; ders., ZGR 1986, 371, 378.

¹⁸ Haas (Fn. 16), S. E 43; Kleindiek, ZGR 2006, 335, 338; Fleischer, ZGR 2004, 437, 446; Meyer (Fn. 1), S. 1039.

¹⁹ Blaurock (Fn. 10), S. 3, 7.

²⁰ Vgl. Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981, S. 330 ff.; jüngst Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, 2006, S. 214 ff., 223.

²¹ Schön, ZHR 2004, 268, 280.

²² Vgl. Ulmer, ZIP 2001, 2021, 2025 f., der der Konstruktion dogmatische Schwächen nachsagt; sympathisierend allerdings Schön, ZHR 2004, 268, 290.

²³ Keßler, GmbHR 2005, 257, 260.

²⁴ BGHZ 151, 181, 186 f. (KbV).

²⁵ Siehe oben B. I.

²⁶ Vgl. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Teil: Die juristische Person, 1983, S. 62.

²⁷ Vgl. Haas (Fn. 16), S. E 85 (dortige Fn. 415).

²⁸ Wiedemann, ZGR 2003, 283, 291.

²⁹ Vgl. nur Haas (Fn. 16), S. E 85.

³⁰ Explizit BGHZ 151, 181 (KbV); siehe aber auch BGHZ 149, 10, 16 (Bremer Vulkan); Röhrich (Fn. 2), S. 83, 100 ff.

³¹ Die Auseinandersetzung zwischen § 826 BGB oder §§ 128, 105 HGB als Haftungsgrundlage der Existenzvernichtungshaftung bleibt hier außen vor.

1. Konturierung der Tatbestandsvoraussetzungen

a) Anlehnung an den Nachteilsbegriff³²

aa) Differenzierung nach Zugehörigkeit zum operativen Tagesgeschäft

Einige Stimmen schlagen vor, die gerichtliche Überprüfung einer Gesellschafterentscheidung zuzulassen, wenn sie nicht dem operativen Tagesgeschäft zuzuordnen ist.³³ Dieses Kriterium ist m. E. in der GmbH nur von begrenztem Nutzen. Erst dort, wo der Bereich der alltäglichen Geschäftsführung endet, beginnt der elementare Wirkungsbereich der Gesellschafter, die die Unternehmenspolitik und Geschäftsstruktur bestimmen.³⁴ Als Konsequenz wäre jegliche Entscheidung in ihrem originären Kompetenzbereich, deren existenzvernichtender Charakter sich im Nachhinein herausstellt, gerichtlich überprüfbar. Dies widerspricht jedoch dem gesetzlichen Konzept, das der Gesellschaftergesamtheit durchaus die Möglichkeit einräumt, bewusst gesellschaftsschädigende Maßnahmen durchzuführen. Überprüft man diese im Nachhinein auf die Voraussehbarkeit ihrer Folgen, wird dem Gericht die ex-ante Beurteilung der betriebswirtschaftlichen Auswirkungen des Geschäfts auferlegt. Dies steht im Widerspruch zu dem Ermessensspielraum, der sogar dem fremdgeschäftsführenden Vorstand der AG bei unternehmerischen Entscheidungen gewährt wird.³⁵

bb) Gewährung eines Ermessensspielraums

Indessen kann auch die Anerkennung eines solchen *business judgement*³⁶-Freiraums in der Krise der GmbH keine Bedeutung haben.³⁷ Es mag zwar eine informierte Entscheidung der Gesellschafter getroffen werden, doch kommen in diesem Stadium eigene Interessen der Gesellschafter ins Spiel, die dem Wohl der Gesellschaft widersprechen.³⁸ Die Entscheidung der Gesellschafter wird deshalb nur selten frei von Interessenskonflikten sein. Dementsprechend wäre ein Entscheidungsfreiraum zu versagen und die Entscheidung wiederum voll überprüfbar. Untauglich ist auch ein Vergleich mit einem desinteressierten Geschäftsführer,³⁹ denn bei der Frage, ob dieser das Geschäft vorgenommen hätte, würde wiederum eine Prognose in Form einer Risikoabwägung vom Richter verlangt.

Ganz gleich ob man die Überprüfbarkeit bejaht oder den Vergleich mit einem unabhängigen Geschäftsleiter vornimmt, wird eine prognostische Interessenabwägung vorgenommen, die ein Gericht *a posteriori* nur unbefriedigend lösen kann.⁴⁰ Es geht dann jeweils um die Abwägung von Chance bzw. Vorteil und Risiko,⁴¹ die mit Blick auf das vernichtende Resultat selten positiv ausfällt.

Ferner sollte die Grenze der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter mit Rücksicht auf die GmbH-rechtlichen Besonderheiten gezogen werden. Die *business judgement rule* ist indes auf ein treuhänderisches Verhältnis zugeschnitten, in dem der Geschäftsleiter außer seinem fortgesetzten Arbeitsverhältnis und seinem Gehalt keine Interessen am Unternehmen hat. Er agiert also risikoavers, um eine Haftung gegenüber dem Eigentümer zu vermeiden. Zur Förderung der Risikobereitschaft gewährt die *business judgment rule* Managern bei unternehmerischen Entscheidungen einen haftungsrechtlichen *safe harbour*, wenn sie informiert und ohne Interessenskonflikte zum Wohle der Gesellschaft gehandelt haben. Hier offenbart sich der Bruch zum GmbH-Gesellschafter: Er

hat ein persönliches, finanzielles Interesse an den Erträgen der Gesellschaft und darf des Weiteren gegen ihr Wohl handeln, sie zum Beispiel liquidieren. Eine Übertragung der *business judgement rule* auf den GmbH-Gesellschafter ist demnach wegen systematischer Bedenken abzulehnen.⁴²

cc) Zwischenergebnis

Der Versuch, den Begriff des Eingriffs weit im Sinne jeglichen Nachteils zu verstehen, genügt zwar dem Zweck des Durchgriffs, Umgehungen des gesetzlichen Kapitalschutzes zu vermeiden. Dennoch führt diese Ansicht mangels klarer, auf die GmbH anwendbarer Maßstäbe zu unvorhersehbaren Ergebnissen und präsentiert dem Richter Sachverhalte, deren betriebswirtschaftliche Ausmaße dieser nicht immer zielsicher beurteilen können wird.

b) Anlehnung an das Prinzip der Vermögensbindung und die systematische Nähe zu §§ 30, 31 GmbHG

In Replik zur neueren Rechtsprechung⁴³ wird der Tatbestand der Existenzvernichtung zunehmend enger gefasst.⁴⁴ Zwar wird unter Berufung auf das oben dargestellte Prinzip der Vermögensbindung davon ausgegangen, dass auch bilanzneutrale Vorgänge des Schutzes bedürfen, doch soll die Haftung aufgrund ihrer Ergänzungsfunktion zu §§ 30, 31 GmbHG strukturell an diese angelehnt werden.⁴⁵ Im Sinne der Parallelität muss deshalb auf Seiten zumindest eines Gesellschafters oder verbundenen Unternehmens ein Vorteil hinzutreten.⁴⁶

Die GmbH bedarf eines umfassenden Schutzes werthaltiger Positionen, gleich ob bilanzrelevant oder nicht. So sind zum

³² Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 402, 414; Raiser, in: GK-GmbHG (Fn. 2), § 13 Rn. 146; Drygala, GmbHR 2003, 729; 733; Bruns, WM 2003, 815, 818; ders., NZG 2004, 409, 411; vgl. auch K. Schmidt, GmbHR 2005, 797, 806; Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 13), § 13 Rn. 17; Roth, NZG 2003, 1081, 1082 („Sabotage der Bonität“); Bitter, WM 2001, 2133, 2139 f.; ähnlich schon Fleck, ZGR 1990, 31, 38 f.

³³ So etwa Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 402, 415.

³⁴ Siehe nur K. Schmidt, in: Scholz (Fn. 11), § 45 Rn. 6.

³⁵ Vgl. § 93 I 2 AktG.

³⁶ Zu den Voraussetzungen für die Anerkennung eines Ermessensspielraums vgl. statt vieler Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften⁴, 2006, § 14 Rn. 74 ff. m.w.N.

³⁷ So aber Emmerich, AG 2004, 423, 427; Henze, NZG 2003, 649, 658; differenzierend Drygala, GmbHR 2003, 729, 733 (Einräumung eines weiteren Spielraums aufgrund der überlegenen Position als Gesellschafter im Vergleich zur treuhänderischen Stellung des Vorstands).

³⁸ S. B. III. zur erhöhten Risikofreudigkeit der Gesellschafter in der Krise.

³⁹ So aber Roth, NZG 2003, 1081, 1082.

⁴⁰ Vgl. nur Fleischer, ZGR 2001, 1, 24.

⁴¹ Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 402, 416; Roth, NZG 2003, 1081, 1083; Drygala, GmbHR 2003, 729, 736; ders., GmbHR 1993, 317, 326.

⁴² Vgl. Rubner, „Solvat socius“ statt „caveat creditor“? Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen sog. existenzvernichtenden Eingriffs, 2005, S. 151.

⁴³ Vgl. die Urteile BGH ZIP 2004, 2138 ff. (Klinik); ZIP 2005, 117 ff. (BMW-Vertragshändler); ZIP 2005, 250 ff. (Handelsvertreter); ZIP 2005, 1734, 1738; OLG München WM 2006, 1765 ff.; OLG Rostock ZIP 2004, 118 ff.

⁴⁴ Zöllner, GmbHR 2006, 1, 7; Veil, in: VGR Bd. 10, 2005, S. 103, 112 f.; Wackerbarth, ZIP 2005, 877, 879; Gehrlein, BB 2005, 613, 614; Schön, ZHR 168, 268, 288; Vetter, ZGR 2005, 788, 811; wohl auch Goette, DStR 2005, 197, 200; ders., ZIP 2005, 1481, 1487.

⁴⁵ Vgl. Goette, DStR 2005, 197, 200; ebenso schon Fleck in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 391, 399.

⁴⁶ Veil (Fn. 44), S. 103, 111; Vetter, ZGR 2005, 788, 811; Gehrlein, BB 2005, 613, 614; Haas, WM 2003, 1929, 1935; a.A. jetzt Matschernus, Die Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung in der GmbH, 2007, S. 149.

Beispiel Geschäftschancen überlebensrelevant für eine Gesellschaft. Die Folgen der Entnahme solcher Werte können weitaus gravierender sein als bilanzwirksame Eingriffe, so dass eine Haftung auch aus Umgehungsgründen angezeigt ist.⁴⁷ Dem Erfordernis eines spiegelbildlichen Zuwachses seitens der Gesellschafter ist ebenso zuzustimmen. Es sorgt für eine klare Konturierung des Tatbestands. Insofern gilt es, für einen auf *Eingriffe zugunsten der Gesellschafter* begrenzten Anwendungsbereich der Existenzvernichtungshaftung zu plädieren.

2. Subsumtion der Risikogeschäfte unter den Eingriffsbegriff

Nach Konturierung des Eingriffs verbleibt die Subsumtion der Risikogeschäfte unter den Begriff. Ein Verstoß gegen das Prinzip der Vermögensbindung liegt beim Abschluss von Spekulationsgeschäften nicht vor. Chancen und Risiken des Geschäfts verbleiben bei der GmbH.⁴⁸ Insbesondere dient der mögliche Gewinn nach wie vor der Befriedigung von Gläubigerinteressen. Erst über rechtmäßige Entnahmen kommen Gesellschafter eventuell in den Genuss des späteren Gewinns.

Für einen existenzvernichtenden Eingriff fehlt ferner der spiegelbildliche Zufluss bei einem Gesellschafter. Ein Verlust der Gesellschaft führt nicht zu einem Gewinn der Gesellschafter. Dass indessen ökonomisch betrachtet die Gesellschafter in einer Krise von einem Gewinn eher profitieren als die Gläubiger⁴⁹ kann nicht als Begründung ausreichen, um die Haftungsbeschränkung zu durchbrechen.

3. Konsolidierende rechtsökonomische Erwägungen

Im Gesamtbild ist das Institut der Existenzvernichtungshaftung auch aus ökonomischer Sicht mit Vorsicht anzuwenden. Wird der Durchgriff von den Gerichten allzu oft praktiziert, verläuft das Verhalten der Marktteilnehmer diametral zum verfolgten Zweck. Die Gesellschafter reagieren risikoavers, um einer eventuellen Haftung gegenüber den Gläubigern zu entgehen. Der gewünschte Innovationsschub bleibt aus.

Hinzukommt, dass die Kosten der GmbH für Fremdkapital stagnieren, denn die Vertragsgläubiger beziehen, da mit dem Durchgriff nicht bei jedem Zahlungsausfall gerechnet werden kann, die Haftungsbeschränkung weiterhin in ihre Zinskalkulationen ein. Die Zinskosten der Darlehen einer GmbH bewahren mithin das Niveau, das sie auch bei strikter Durchsetzung der Haftungsbeschränkung hatten.

In der Folge entsteht ein gesamtwirtschaftlich unerwünschter, sog. *windfall profit*. Der Gläubiger erhält bei Abschluss seines Darlehensvertrags oder bei Vereinbarung einer Forderungsstundung eine Prämie als Ausgleich dafür, dass er mit einem haftungsbeschränkten Subjekt kontrahiert. Kann er nach Insolvenz der GmbH zusätzlich auf den Gesellschafter als Haftungssubjekt zurückgreifen, wird er privilegiert.⁵⁰ Damit ist die klare Konturierung der Existenzvernichtungshaftung für *Eingriffe zugunsten der Gesellschafter* ökonomisch erwünscht.

4. Zwischenergebnis

Entgegen einer in der Literatur verbreiteten Meinung kann der existenzvernichtende Eingriff nicht als umfassendes Konzept zur Vermeidung einer Nachteilszufügung zu Lasten der GmbH verstanden werden. Eine solche Haftung widerspricht gerade dem Konzept, den Gesellschaftern eine weitgehende

Dispositionsbefugnis zuzuerkennen. Grenzen kann die Figur des existenzvernichtenden Eingriffs erst dort ziehen, wo die Gesellschafter sich unter Umgehung der Konzeption der §§ 30, 31 GmbHG Werte der GmbH aneignen.

II. Die Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung

In der Literatur wird des Weiteren erwogen, dem *gambling for resurrection* durch eine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung zu begegnen.⁵¹ Allgemein werden damit Konstellationen bezeichnet, in denen das Stammkapital nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zur Finanzierung der Unternehmung nach Art und Umfang nicht ausreichen kann.⁵² Diese Haftung fußt auf der Erkenntnis, dass Kapitalmangel eine der vorrangigen Konkursursachen ist.⁵³

1. Durchgriff wegen materieller Unterkapitalisierung

Von Gerichten zwar nur vereinzelt erwähnt,⁵⁴ war der Durchgriff wegen materieller Unterkapitalisierung in der Literatur als gefestigtes Rechtsinstitut anerkannt.⁵⁵ Im Vergleich zu den eigenkapitalersetzenden Darlehen (vgl. §§ 32a f. GmbHG) bemühen sich die Gesellschafter bei einer materiellen Unterkapitalisierung nicht einmal um eine irgendwie geartete Zuführung von Kapital. Erst recht lasse sich aus der Finanzierungsfolgeverantwortung des § 32a GmbHG schließen, dass das bloße Unterlassen einer Finanzierung sanktionsbewährt sein müsse.⁵⁶

2. Innenhaftung wegen materieller Unterkapitalisierung

Ein Teil der Literatur befürwortet eine verschuldensunabhängige Innenhaftung aufgrund des gesellschaftsrechtlichen Sonderrechtsverhältnisses.⁵⁷ Den Verfechtern dieser Binnenhaftung muss zugestanden werden, dass das System der GmbH auf Ansprüche zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern angelegt ist, während die Gläubiger an die GmbH als vermögensmäßig selbstständige Person verwiesen werden.⁵⁸

3. Argumente gegen den Haftungstatbestand der materiellen Unterkapitalisierung

Gleichwohl begegnet die Finanzierungsverantwortung nach innen wie nach außen gerichteten erheblichen Bedenken. Eine Haftung der Gesellschafter wegen nachträglicher Unterkapitalisierung würde de facto eine Pflicht zur Entscheidung zwischen Sanierung und Liquidation statuieren. Hätte der Gesellschafter kein Interesse an einer Sanierung und führte die

⁴⁷ In diesem Sinne auch BGH ZIP 2005, 117, 119 (*BMW-Vertragshändler*).

⁴⁸ Vgl. nur *Schön*, ZHR 168, 268, 289.

⁴⁹ Vgl. oben B. III.

⁵⁰ *Roth*, ZGR 1986, 371, 374.

⁵¹ Vgl. *Haas* (Fn. 16), S. E 93 f.; angedacht bei *Veil* (Fn. 44), S. 103, 111; *ders.*, ZGR 2006, 374, 395.

⁵² Vgl. für einen aktuellen Überblick zum Meinungsstand *Raiser/Veil* (Fn. 36), § 29 Rn. 39 ff.; grundlegend *Ulmer*, in: Hachenburg (Begr.), Großkommentar zum GmbHG⁸, 1992, Anh. § 30 Rn. 55 ff.

⁵³ *Ulmer* (Fn. 2), Einl. A 90; vgl. für einen anderen Zeitraum schon *ders.*, in: FS Duden, 1977, S. 661.

⁵⁴ BGHZ 54, 222, 224 f. (*Kleingärtnerverein*); BGHZ 31, 258, 279; BGH GmbHR 1961, 161, 162; NJW 1977, 1683, 1686; ZIP 1994, 207, 209; ausdrücklich abgelehnt in BGHZ 68, 312 ff. (*Typenhaus*).

⁵⁵ Vgl. *Ulmer*, in: Hachenburg (Fn. 52), Anh. § 30 Rn. 4 ff.; *Kuhn*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 351, 359; *Nirk*, in: FS Stimpel, 1985, S. 443, 454.

⁵⁶ *Raiser*, ZGR 1995, 156, 164.

⁵⁷ *Blawrock* (Fn. 10), S. 3, 20 f.; *K. Schmidt* (Fn. 11), S. 243 f.; *Banerjea*, ZIP 1999, 1153, 1159.

⁵⁸ Vgl. *Matschernus* (Fn. 46), S. 139.

GmbH ohne frisches Kapital weiter, entstünde eine Haftung. Um dieser zu entgehen, müsste sich der Gesellschafter dazu entscheiden, die GmbH zu liquidieren, obwohl Insolvenzzreife noch nicht gegeben ist, was dem Vorziehen der Insolvenz gleich käme. Dies ist in Deutschland wegen des Tatbestands der Überschuldung, der vor dem Wirtschaften mit fremden Geldern schützen soll, nicht erforderlich, sondern *contra legem*.⁵⁹ Die Pflicht zur Entscheidung besteht nicht,⁶⁰ sondern nur eine solche, das Vermögen der Gesellschaft seinem Befriedigungszweck zu belassen. Werden im Zustand der Unterkapitalisierung Geschäfte getätigt, die diesem Zweck widersprechen, kann selbstverständlich eine Haftung entstehen.⁶¹ Eine Haftung allein aufgrund im Betätigungsverlauf auftretender Unterkapitalisierung kann allerdings nicht statuiert werden.

Ferner müssen sich die Befürworter einer Haftung vorwerfen lassen, es seien „postmortal kluge“⁶² Feststellungen in Bezug auf die Angemessenheit des statutarischen Kapitals zu befürchten.⁶³ Einzelfallentscheidungen, wie auch richterliche *ex-post*-Betrachtungen, rufen erhebliche Rechtsunsicherheit in der Beratungspraxis hervor, was wiederum Unternehmergeist und Handlungsmut paralisieren kann.⁶⁴ Auch rechtspraktisch begegnet die Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung demnach heftigen Bedenken.

Aus dem Zusammenwirken von systematischen und rechtspolitischen Erwägungen ist ein Durchgriff wegen materieller Unterkapitalisierung demnach abzulehnen.

III. Die Haftung wegen vorsätzlicher, sittenwidriger Schädigung

Es verbleibt also die Möglichkeit, die Gesellschafterhaftung wegen Tätigkeit übermäßig riskanter Geschäfte in der Krise über die Generalklausel der vorsätzlichen, sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB zu konstruieren.

1. Die Anwendbarkeit auf gesellschaftsrechtliche Fallgestaltungen

Die Einwände gegen die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Generalklausel des § 826 BGB auf gesellschaftsrechtliche Fallgruppen sind eher undifferenziert. So wird behauptet, diese Lösung sei „unelegant“,⁶⁵ es werde eine speziell gesellschaftsrechtliche Figur benötigt.⁶⁶ Diese Stimmen verkennen allerdings die Ergänzungsfunktion einer Generalklausel, die gerade den Rückgriff auf die spezialgesetzliche Materie erfordert.⁶⁷ Auch wurde den Gerichten durch § 826 BGB ein Rechtsfortbildungsauftrag erteilt.⁶⁸ So stellt die Sittenwidrigkeit schon lange kein Moralurteil mehr dar, sondern richtet sich vielmehr nach den berechtigten Erwartungen der Verkehrsteilnehmer. Gegen den Rückgriff auf § 826 BGB bestehen also keine ernsthaften Bedenken.⁶⁹

2. Der Tatbestand

a) Das objektive Element

aa) Das Kriterium der Sittenwidrigkeit

Präziser formuliert als die herkömmliche Leerformel des „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“⁷⁰ geht es bei der Sittenwidrigkeit um die „berechtigten Verhaltenserwartungen im Verkehr“⁷¹. Folglich ergibt sich die Sittenwidrigkeit der Risikogeschäfte nicht ohne Vergleich mit den anderen gesellschaftsrechtlichen Fallgruppen der Durch-

griffshaftung. Vielmehr gilt es nun, die bisher behandelten Ansätze, die jeweils den Unrechtsgehalt der Risikogeschäfte ausdrücken, aber nicht zu einer Haftung nach den oben konturierten Tatbeständen reichen, zusammenzufassen und zu einem einheitlichen Bild der enttäuschten Verkehrserwartungen zu verbinden. Diese Erwägungen sind dann zu Kriterien zusammenzufassen, die kumuliert die Fallgruppe der hochspekulativen Risikogeschäfte bilden.⁷²

bb) Katalog relevanter Kriterien

Die Risikogeschäfte kommen dem Verstoß gegen die Vermögensbindung sehr nahe. Das rudimentäre Eigeninteresse der GmbH an der Befriedigung ihrer bereits bestehenden Verbindlichkeiten wird leichtfertig für die geringe Chance eines Gewinns außer Acht gelassen. Dies stellt sich dar, als wolle der Gesellschafter der GmbH plötzlich alle Mittel entziehen, sie auf einen Schlag außerhalb des gesetzlichen Verfahrens liquidieren. Die Haftungsbeschränkung des § 13 II GmbHG wird funktionswidrig als Mittel zur Risikobeschränkung genutzt, während die juristische Person ihre eigenen Interessen der Gläubigerbefriedigung nicht verteidigen kann.⁷³ Die *Umgehung der Zweckbindung* ist also ein erstes Kriterium.

Obleich eine materielle Unterkapitalisierung an sich nicht haftungsbegründend wirkt, liegt dem unerlaubten Risiko der Spekulationsgeschäfte eine unzureichende Kapitalausstattung zugrunde.⁷⁴ Ein zweiter Anhaltspunkt für die Sittenwidrigkeit ist also die evidente Kreditunwürdigkeit zur Zeit der Tötung des Geschäfts, die sich etwa durch eine enttäuschte Kreditanfrage bei der Bank manifestiert. Hieran schließt sich die Erkenntnis, dass das Risiko in *eklatantem Missverhältnis* zum Geschäftsumfang stehen muss.⁷⁵

Des Weiteren kann auf die Zweckrichtung der Entscheidung abgestellt werden. Ist vornehmlich die Verwirklichung *exter-*

⁵⁹ Vgl. nur Haas (Fn. 16), S. E 49.

⁶⁰ Vgl. BGHZ 127, 17, 23; 142, 116, 119; Haas (Fn. 16), S. E 115; Vetter, ZGR 2005, 788, 818; a.A. vgl. Drenckhan (Fn. 20), S. 214 ff.; Eckhold, Materielle Unterkapitalisierung, 2002, S. 559; Blawrock (Fn. 10), S. 3, 20, jeweils ausgestaltet als Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft.

⁶¹ Siehe dazu unten C. III. 1.

⁶² Goette, ZGR 2006, 261, 270.

⁶³ Haas (Fn. 16), S. E 49; vgl. auch Michalski, in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, 2002, Syst. Darst. 1, Rn. 63.

⁶⁴ Goette, ZGR 2006, 261, 270; ähnliche Bedenken äußert Haas (Fn. 16), S. E 49; ebenso schon Mertens, AcP 178, 227, 233; vgl. auch Ehrlicke, AcP 199, 257, 275 ff.

⁶⁵ Goette, ZIP 2005, 1481, 1487 m.w.N.

⁶⁶ Vgl. Raiser, in: GK-GmbHG (Fn. 2), § 13 Rn. 160; Lutter/Banerjee, ZGR 2003, 402, 408; Röhrich (Fn. 2), S. 83, 100.

⁶⁷ Vgl. Haas (Fn. 16), S. E 91; Ehrlicke, AcP 199, 257, 289, 303; Kiethe, NZG 2005, 333, 334; vgl. allgemein zur Ergänzungsfunktion Oechsler, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, 2003, § 826 Rn. 145 ff.; Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB⁴, Bd. 5, 2004, § 826 Rn. 10.

⁶⁸ Beater, AcP 194, 82, 85 f.; Oechsler, in: Staudinger (Fn. 67), § 826 Rn. 32.

⁶⁹ Vgl. Haas (Fn. 16), S. E 94; Veil, ZGR 2006, 374, 395; Schön, ZHR 168 (2004), 268, 277.

⁷⁰ Mot. II 727.

⁷¹ Oechsler, in: Staudinger (Fn. 67), § 826 Rn. 31.

⁷² Vgl. Haas (Fn. 16), S. E 93, der für eine Fallgruppe des gröblichen Missmanagements allerdings keine Kriterien nennt; a.A. Röhrich (Fn. 2), S. 83, 105; Schön, ZHR 168, 268, 289; jetzt allerdings differenzierend zwischen Missmanagement und Spekulationsgeschäften Röhrich, ZIP 2005, 505, 514; vgl. auch OLG München WM 2006, 1765 ff.

⁷³ Vgl. Raiser (Fn. 3), S. 637, 650.

⁷⁴ Vgl. Roth, NZG 2003, 1081, 1082.

⁷⁵ Vgl. Roth, NZG 2003, 1081, 1083; Drygala, GmbHR 2003, 728, 735, zur Risikoabwägung bei Annahme eines weiten Eingriffsbegriffs.

ner Interessen beabsichtigt, kann die Maßnahme also kaum mehr als Verfolgung des (fiktiven) Gesellschaftsinteresses gewertet werden, liegt ein Eingriff der erforderlichen Qualität vor.⁷⁶ Hier ist es wichtig, zu berücksichtigen, ob ein ernsthafter Sanierungsversuch unternommen wurde, der fehlgeschlagen ist, oder ob es sich um just leichtsinnige Spekulationen handelt. Erstere müssen honoriert werden und verdienen weitgehende Haftungsfreiheit. So lässt etwa die Inanspruchnahme externer, fachkundiger Beratung und der Einsatz neuen Kapitals durch die Gesellschafter auf den Sanierungswillen schließen.

Relevant sind auch die Auswirkungen des Geschäfts. Es muss Kollateralschäden herbeiführen, um auf eine Sittenwidrigkeit schließen zu können.⁷⁷ Bei diesen über den Verlust des Risikogeschäfts hinausgehenden Schäden darf es sich nicht um einen bezifferbaren Schaden der Gesellschaft handeln, sondern muss aufgrund des Lochs, das der Verlust in das Betriebskapital der GmbH gerissen hat, in ihrer *Insolvenz* enden. Anhand dieser Kriterien für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit kann man eine Fallgruppe der *hochspekulativen Risikogeschäfte* bilden.⁷⁸ Das *insolvenzauslösende Geschäft* muss sich als *Umgehung der Zweckbindung* im Stadium der *Kreditunwürdigkeit* unter Verfolgung vorwiegend *externer Interessen* darstellen.

Im Hinblick auf den eingangs erwähnten Fall wäre eine Haftung der Gesellschafter der X-GmbH begründet, wenn das Waretermingeschäft keinen Zusammenhang mit dem Unternehmensgegenstand aufweist, also externe Interessen die Entscheidung der Gesellschafter A und B zur Anweisung des Geschäftsführers G beeinflusst haben. Dann stellt der Abschluss des Geschäfts auch eine Umgehung der Zweckbindung dar. Die weiteren Voraussetzungen lägen vor.

b) Das subjektive Element

Der subjektive Tatbestand bezieht sich bei § 826 BGB auf die Kenntnis der das Sittenwidrigkeitsurteil prägenden Umstände sowie Vorsatz auf den beim Opfer verursachten Schaden.⁷⁹ Bei der Fallgruppe der hochspekulativen Risikogeschäfte ist die von der Rechtsprechung gewährte Beweiserleichterung⁸⁰ selten von Nöten. Denn obgleich der Gesellschafter einen Ausfall der Gläubiger gerade nicht beabsichtigt, sondern vielmehr auf den rettenden Gewinn hofft, kann er bei hochspekulativen Geschäften nicht ernsthaft behaupten, er habe das Risiko des Verlusts nicht wenigstens billigend in Kauf genommen.⁸¹ Vorsatz bezüglich der Schädigung wird also meistens vorliegen.

3. Die Rechtsfolge

Rechtsfolge der Haftung ist der Ersatz des Ausfallschadens des Gläubigers,⁸² nicht das Entstehen für die Schuld der Gesellschaft. Der Umfang der Durchgriffshaftung ist dem ange-

nähert, da dort den Gesellschaftern der Beweis eines begrenzten Schadens eröffnet ist, ein Durchgriff im Sinne der §§ 128, 105 HGB bei entsprechender Beweislage also nicht praktiziert wird.⁸³ Im eröffneten Insolvenzverfahren wird der Anspruch nach § 92 InsO vom Insolvenzverwalter geltend gemacht,⁸⁴ während die Gläubiger bei masseloser Insolvenz direkt gegen die Gesellschafter vorgehen können.⁸⁵

4. Ergebnis

Im Rahmen von § 826 BGB lässt sich eine Fallgruppe der hochspekulativen Risikogeschäfte bilden. Gesellschafter mit fraudulösen Absichten können so zur Verantwortung gezogen werden.

D. Fazit

Risikogeschäfte stehen an der Grenze zwischen der weitgehenden Dispositionsfreiheit der Gesellschafter und dem Missbrauch der Haftungsbeschränkung. Ihre Sanktionierung muss behutsam von statten gehen, um den Zweck der Innovationsförderung nicht zu unterlaufen. Nach einem kurzen Abriss über das Gläubigerschutzsystem der GmbH und die Lücken im positiven Gesetzesrecht, sowie die Erörterung der erforderlichen Fortbildung des Pflichtengefüges lassen sich folgende Thesen formulieren:

1. Gegenüber ihrer Gesellschaftergesamtheit besteht kein genuines Existenzinteresse der GmbH, sondern allein eine Zweckbindung des Vermögens zur Befriedigung ihrer Gläubiger.
2. Die Existenzvernichtungshaftung setzt einen Eingriff zugunsten der Gesellschafter voraus.
3. Für eine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung besteht im System der GmbH kein Platz.
4. Im Rahmen von § 826 BGB ist eine Fallgruppe zu bilden, die hochspekulative Risikogeschäfte der Gesellschafter in der Krise der GmbH erfasst.

⁷⁶ Vgl. *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 13), § 13 Rn. 18 zum weiten Eingriffsbegriff bei der Existenzvernichtung.

⁷⁷ Vgl. *Veil* (Fn. 44), S. 103, 116.

⁷⁸ Vgl. auch *Raiser* (Fn. 3), S. 637, 649, der zwischen noch zunehmender Armut und nicht mehr hinnehmbarer Unverfrorenheit Raum für rechtspolitische und pragmatische Erwägungen sieht.

⁷⁹ *Oechsler*, in: Staudinger (Fn. 67), § 826 Rn. 61.

⁸⁰ Vgl. *Kiethe*, NZG 2005, 333, 334.

⁸¹ Vgl. *Oechsler*, in: Staudinger (Fn. 67), § 826 Rn. 96.

⁸² Vgl. BGH ZIP 2005, 1734, 1738; ZIP 2004, 2138, 2141 (*Klinik*).

⁸³ *Veil* (Fn. 44), S. 103, 114 f.; *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG¹⁶, 2004, § 13 Rn. 25b.

⁸⁴ BGH ZIP 2004, 2138, 2141; BAG ZIP 2005, 1174, 1176; *Haas* (Fn. 16), S. E 90.

⁸⁵ Vgl. für den existenzvernichtenden Eingriff BGHZ 151, 181, 187; BGH ZIP 2005, 1734, 1738.

Philip von der Meden, LL.B., Hamburg*

Zum Schaden beim Sportwettenbetrug

A. Einleitung

Am 15.12.2006 hat der BGH den letzten Fußball-Bundesliga-Skandal, der in der Presse auch als „Fall *Hoyzer*“ bekannt wurde, aus strafrechtlicher Sicht aufgearbeitet.¹ Die Ange-

klagen hatten Geldzahlungen an Schiedsrichter (einer davon war *Robert Hoyzer*) und Spieler geleistet, um den Ausgang verschiedener Spiele regelwidrig zu beeinflussen. Zugleich

hatten sie sog. Oddset-Wetten auf den Ausgang der Spiele abgeschlossen. Bei Oddset-Wetten wird den Wetttern bereits bei Abschluss des Spielvertrags eine feste Gewinnquote für den Fall des Eintritts der vorausgesagten Bedingung garantiert. In einigen Fällen gingen die Spiele zu Gunsten der Angeklagten aus und sie gewannen zum Teil beträchtliche Summen. In den meisten Fällen blieben die Manipulationen allerdings für den wettrelevanten Ausgang der Spiele unbeachtlich.

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Frage nach der Feststellung und Berechnung des Schadens im Sinne des § 263 StGB bei der Manipulation sportlicher Wettkämpfe, auf deren Ausgang Oddset-Wetten abgeschlossen worden sind. Die ebenfalls in diesem Zusammenhang interessierende Täuschung wird an dieser Stelle nicht thematisiert. Es wird davon ausgegangen, dass in den Sportwettfällen im Rahmen des objektiven Tatbestands des Betruges Täuschung und Irrtum gegeben sind. Im Fokus steht hier alleine die Frage nach der Vermögenseinbuße des Wettanbieters. Wie im folgenden zu zeigen sein wird, kommt es für die Frage nach der Höhe des Schadens und damit auch der Strafzumessung insbesondere auf die Qualität der Manipulation an.

B. Vermögensgefährdung durch Abschluss des Spielvertrags

Einige Autoren² und nun auch der 5. Strafsenat in seiner Sportwettenentscheidung³ erblicken in dem Abschluss des Spielvertrags, der in der Praxis normalerweise durch einen Angestellten des Wettanbieters mit dem Manipulator geschlossen werden dürfte, eine Vermögensverfügung, die bereits zum Schaden führt. Die Annahme, dass sich schon aus der Eingehung einer Verbindlichkeit überhaupt ein Schaden ergeben könnte, ist eine Konsequenz, die sich aus der grundsätzlichen Befürwortung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs ergibt und wohl prinzipiell anerkannt werden muss.⁴ Da Verfügender und Geschädigter in diesen Fällen nicht identisch sind, handelt es sich um eine Konstellation des Dreiecksbetrugs. Weil der Angestellte aber aufgrund seines Arbeitsvertrags rechtlich befugt ist, über das Vermögen des Wettanbieters zu disponieren, ist selbst nach der engsten zum Dreiecksbetrug vertretenen Auffassung ein Betrug deshalb nicht ausgeschlossen.⁵ Fraglich ist aber, ob zum Zeitpunkt dieser ersten Vermögensverfügung schon ein Schaden gegeben ist. Dies beurteilt sich, den wirtschaftlichen Vermögensbegriff zugrunde gelegt, durch eine saldierende Betrachtung des Vermögens vor und nach Eingehung der fraglichen Verbindlichkeit.⁶ Die den Wettanbieter verpflichtende Verbindlichkeit besteht in der Zusicherung, im Falle der richtigen Vorhersage des Ausgangs des Wettereignisses den entsprechenden Gewinn auszuzahlen. Da es in aller Regel um staatlich genehmigte Glücksspiele geht, handelt es sich auch nicht um eine sogenannte Naturalobligation,⁷ die gemäß § 762 I 1 BGB keine Verbindlichkeit begründet. Vielmehr ist nach § 763 S. 1 BGB bei einem staatlich genehmigten Ausspielvertrag die Gewinnzusage verbindlich.

I. Die Natur des „Wettvertrags“

Dem Wetter steht also mit Abschluss des Vertrages im Falle des Eintritts der Bedingung ein Zahlungsanspruch gegen den Wettanbieter zu, der höher ist, als die Zahlung, die er leistet (ansonsten würde er in aller Regel nicht wetten), um diesen Anspruch zu erhalten. Allerdings wäre der Gewinnanspruch des Wetters dann als gleichwertig anzusehen, wenn sich aus

der Kombination des erhaltenen Wetteinsatzes mit der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung der gleiche Wert ergibt, wie ihn der Anspruch des Wetters auf Auszahlung des Gewinns im Falle des Eintritts der Bedingung hat. Da hier der Marktwert, der üblicherweise beim Abschluss von Spielverträgen in der konkreten Situation der Wette besteht,⁸ anzusetzen ist, muss Folgendes gelten: Der Preis für die Einräumung der Verbindlichkeit aus dem Spielvertrag ergibt sich aus der prognostizierten Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung. Umso wahrscheinlicher dem Wettanbieter der Eintritt der Bedingung erscheint, umso niedriger wird die Quote sein, die er anbietet und umso niedriger wird also auch der Gewinn sein, den er dem Wetter für seinen Einsatz in Aussicht stellt. Dementsprechend ist der Marktwert des Anspruchs aus dem Spielvertrag dann mehr wert als der Einsatz des Wetters, wenn die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung höher als gewöhnlich ist.⁹ Ob die Wahrscheinlichkeit höher als gewöhnlich ist, muss bei manipulierten Wettkämpfen danach beurteilt werden, ob die Art der geplanten Manipulation überhaupt objektiv geeignet ist, eine unrechtmäßige Verschiebung der Chancen auf den Gewinn herbeizuführen.

Hier wird deutlich, dass nicht jede noch so marginale Einflussnahme auf den Wettkampf – auch wenn sie möglicherweise rechtswidrig ist – von Bedeutung sein kann. Natürlich dürfen nur solche Manipulationen, die bei der Erstellung der Quote überhaupt ins Gewicht fallen können, Berücksichtigung finden. Wenn der Wetter zum Beispiel dafür sorgt, dass der Fußballer der Mannschaft, auf deren Niederlage er getippt hat, während des Spiels statt Orangensaft nur Apfelsaft zu trinken bekommt, so dürfte dieser Umstand für die Berechnung der Quote nicht ins Gewicht fallen. Ein Schaden wäre demnach schon deshalb ausgeschlossen. Allerdings darf an dieser Stelle eine Verneinung der Relevanz nur in Extremfällen geschehen, denn grundsätzlich muss der Wettanbieter bei der Bestimmung der Faktoren, die für ihn bei der Berechnung der Quote relevant sind, frei sein. Jedenfalls wird eine relevante Veränderung der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung immer dann zu bejahen sein, wenn beabsichtigt ist, unmittelbar in das Wettkampfgeschehen einzugreifen. Insbesondere sind also Geldzahlungen an den Schiedsrichter, an Spieler und an andere Offizielle, die ihnen für ein bestimmtes Verhalten im Wettkampf gewährt werden, geeignet, die Quote zu beeinflussen, solange sie dieses Verhalten nicht auch ohne die Geldzahlung vornehmen müssten. Ausscheiden müssen deshalb Zahlungen, die nur dazu bestimmt sind, den

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ BGH NJW 2007, 782-787.

² Komorowski/Bredemeier, Sport und Recht (SpuRt) 2005, 181, 184; Hartmann/Niehaus, JA 2006, 432, 434; a.A. Schlösser, NSTZ 2005, 423, 428; Fasten/Oppermann, JA 2006, 69, 72; wohl auch Jahn/Maier, JuS 2007, 215, 219.

³ BGH NJW 2007, 785-786, im Anschluss an BGHSt 29, 165.

⁴ Tiedemann, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch¹¹, 2005, § 263 Rn. 168.

⁵ Vgl. zu den zum Dreiecksbetrug vertretenen Auffassungen: Wesels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2²⁸, 2005, Rn. 638 f. m.w.N.

⁶ Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblatt, 64. Lfg. Oktober 2005, § 263 Rn. 193.

⁷ Zur Naturalobligation z.B.: Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil³, 2005, Rn. 27.

⁸ Hoyer, in: SK (Fn. 6), § 263 Rn. 201.

⁹ Dazu und zur Frage der Kompensation siehe insbesondere D.

Wettkampfteilnehmer dazu zu bringen, eine Leistung vorzunehmen, die er sowieso erbringen muss. Wenn also im Profifußball ein abstiegsgefährdeter Verein Spielern einer anderen Mannschaft eine Siegprämie zahlt, so kann dieses Verhalten entgegen einer im Schrifttum¹⁰ vertretenen Auffassung keine betrugsrelevante Bedeutung haben, da jeder Profifußballer auch ohne die Zahlung verpflichtet ist, sein Bestmögliches für den Sieg seiner Mannschaft zu tun.¹¹ Insoweit sind die Spieler schon gleichsam „omnimodo facturus“.

II. Der „Quotenschaden“

Da in der Regel aber eine quotenrelevante Beeinflussung gegeben sein wird, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob die Beeinträchtigung des Vermögens schon mit der Begründung der Verbindlichkeit oder erst später gegeben ist. Prinzipiell ist ein vollendeter Betrug schon mit Eingehung der Verbindlichkeit denkbar, wenn eine schadensgleiche konkrete Gefährdung des Vermögens vorliegt. Dies ist nach der Rechtsprechung,¹² die allerdings zu einer inkonsequenten Kasuistik geführt hat,¹³ und Teilen der Literatur¹⁴ schon dann der Fall, wenn eine nach den Umständen des Einzelfalls nahe liegende Möglichkeit des endgültigen Verlustes vorliegt, die nicht bloß eine abstrakte Vermögensgefährdung darstellt. Dieser Sichtweise ist der 5. Strafsenat in seiner Sportwettenentscheidung nun auch konsequent gefolgt: „[Die] Quotendifferenz“ stellt bereits bei jedem Vertragsabschluss einen nicht unerheblichen Vermögensschaden dar.“¹⁵ Unabhängig von der grundsätzlichen Kritik an der Ausweitung des Gefährdungsschadens in großen Teilen der Literatur,¹⁶ begegnet dieser Ansatz aber durchgreifenden Bedenken. Denn der BGH verzichtet auf eine Bezifferung des festgestellten Schadens.¹⁷ Stattdessen verweist er für die Fälle, in denen es zur Auszahlung des Wettgewinns kam, darauf, dass hier „das mit dem Eingehungsbetrag verbundene erhöhte Verlustrisiko in einen endgültigen Vermögensverlust [...] umgeschlagen sei.“¹⁸ Maßgeblich für die Höhe des Schadens ist also nach Ansicht des BGH in den Fällen, in denen sich das Gefährdungspotential beim Eingehungsbetrag im Erfüllungsstadium realisiert hat, alleine die (mögliche) Auszahlungssumme. Gleichzeitig erkennt er aber an, dass die Manipulationen nur die Wahrscheinlichkeit des Ausgangs des Spielgeschehens beeinträchtigen konnten und dies für die Fälle, in denen es nicht zu einer Realisierung der ursprünglich gesetzten Gefahr kam, in der Schadensberechnung zu berücksichtigen ist.¹⁹ Wenn dem so ist, kann jedenfalls nicht ohne weiteres gefolgert werden, dass die Auszahlung des Wettgewinns auch die Höhe des Gefährdungsschadens bei Abschluss des Spielvertrags indiziert.²⁰ Etwas anderes würde nur gelten, wenn der BGH eine dritte Form des Schadens etablieren wollte, die sich gleichsam aus einer Verbindung zwischen Eingehungs- und Erfüllungsbetrag ergäbe, und die Raum ließe für eine Weiterentwicklung des Schadens vom Zeitpunkt der Gefährdung bis zur endgültigen Realisierung der Gefahr. Überzeugend weist Gaede darauf hin, dass dies wohl kaum so zu verstehen sein dürfte.²¹ Vielmehr habe der BGH eine prinzipiell rechtlich zulässige Ausdifferenzierung des Eingehungsschadens vornehmen wollen, die alleine auf eine dünne Tatsachenbasis gestützt sei.²² Im Folgenden soll hierzu näher ausgeführt werden, unter welchen tatsächlichen Voraussetzungen zu welchem Zeitpunkt ein Schaden beim Wettbetrug bejaht werden kann. Insbesondere soll eine Formel hergeleitet werden, die eine die Manipulation berücksichtigende Berechnung des Schadens erlaubt.

1. Verfügung vor manipulativer Einflussnahme

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses muss eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung jedenfalls dann ausscheiden, wenn der Vertragsschluss vor einer manipulativen Einflussnahme, die sich bereits nach außen manifestiert hat – also beispielsweise der „Bestechung“ des Schiedsrichters – vorgenommen wird. Denn in diesen Fällen muss der Täter selbst noch eine Handlung vornehmen. Ihm fehlt es insoweit an der Möglichkeit des unmittelbaren Zugriffs auf das Vermögen des Getäuschten durch dessen Reaktion auf die Täuschung des Täters.²³ Zuvor muss der Täter selbst noch eine weitere Handlung – nämlich die Manipulation des Wettkampfs – vornehmen, damit überhaupt die Chancen auf den Eintritt der Bedingung, die Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs ist, steigen. Muss der Täter aber nicht, wie üblich, nur unterlassen, um den endgültigen Schaden beim Eingehungsbetrag zu verursachen, sondern muss er, wie regelmäßig in den Manipulationsfällen, handeln, so würde die Annahme einer konkreten Gefahr eine Ausdehnung des Gefährdungsbegriffs bedeuten, die nicht einmal für die konkreten Gefährdungsdelikte angenommen wird. Denn dort gehört das Fehlen einer Beherrschbarkeit der Gefahr zum Gefährdungsbegriff.²⁴ Eine Lage, die allenfalls Voraussetzung dafür sein kann, dass später der Täter eine Situation ausnutzt, die zu einer Gefahr für das Vermögen des Opfers werden kann, kann aber ihrerseits – selbst bei einem sehr weiten Verständnis der konkreten schadensgleichen Vermögensgefährdung – nicht geeignet sein, einen Schaden im Sinne des § 263 StGB zu begründen.²⁵

Dieses Ergebnis widerspricht allerdings der extensiven Sichtweise der Gerichte in diesem Kontext.²⁶ Gerade der „Fall Hoyer“ hat jedoch gezeigt, dass eine ausufernde Anwendung des Instituts des Gefährdungsschadens erheblichen Bedenken begegnet. In der Großzahl der angeklagten Fälle kam es nämlich trotz Wette und manipulationswilligen Beteiligten nicht zum gewünschten Ergebnis.²⁷ Jedes Mal musste sich der BGH damit behelfen, einen Gefährdungsschaden festzustellen. Weshalb es zu einer konkreten Gefahr schon zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gekommen sein sollte, auch wenn zum Beispiel nur zwei Regionalligaspielder Zahlungen dafür erhielten, dass sie sich mit ihrer Leistung „sehr zurück hielten“, wurde aber nicht erklärt. Diese Rechtsprechung reiht sich somit in die Reihe der Entscheidungen

¹⁰ Triffterer, NJW 1975, 612-617.

¹¹ Vgl. auch Paringer, Korruption im Profifußball, 2001, S. 187.

¹² BGHSt 21, 112, 113; 34, 394, 395.

¹³ Klein, Das Verhältnis von Eingehungs- und Erfüllungsbetrag, 2003, S. 72.

¹⁴ Haft, Strafrecht Besonderer Teil, Vermögensdelikte³, 2004, S. 215; Krey/Hellmann, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2¹³, 2002, Rn. 449.

¹⁵ BGH NJW 2007, 785.

¹⁶ Vgl. z.B. Lenckner, JZ 1971, 320; Hoyer, in: SK (Fn. 6), § 263 Rn. 231 m.w.N.

¹⁷ BGH NJW 2007, 786.

¹⁸ BGH NJW 2007, 786.

¹⁹ BGH NJW 2007, 786.

²⁰ Siehe dazu unten D.

²¹ Gaede, HRRS 2007 Nr. 1, 18, 19.

²² Gaede, HRRS 2007 Nr. 1, 20.

²³ Schröder, JZ 1965, 511, 516.

²⁴ Seelmann, JR 1986, 346, 347.

²⁵ Beulke, NJW 1977, 1073.

²⁶ Vgl. z.B.: BGH wistra 1985, 149 f.; LG Mannheim NJW 1977, 160.

²⁷ BGH NJW 2007, 782.

ein, die den Besonderheiten des Einzelfalles keine Rechnung tragen und alleine aus der abstrakten Möglichkeit, dass ein bestimmtes Verhalten zu einem späteren Zeitpunkt zu einem endgültigen Verlust der Vermögensposition des Opfers führt, den Schaden herleiten.²⁸

2. Verfügung nach manipulativer Einflussnahme und Unterlassungen

Deshalb kann auch dann noch keine konkrete schadensgleiche Vermögensgefährdung angenommen werden, wenn der Täter die Manipulation des Wettkampfs schon durch Einwirkung auf einen Dritten vor Abschluss des Spielvertrags erreicht hat oder seine Einflussnahme auf den Wettkampf in einer Unterlassung besteht. Denn vor dem Wettkampf selbst ist keineswegs hinreichend sicher, ob er überhaupt die Gelegenheit erhält, auf den Ausgang des Wettkampfs tatsächlich Einfluss zu nehmen. Für den „bestochenen“ Fußballschiedsrichter mag sich zum Beispiel nicht die Gelegenheit ergeben, einen unberechtigten Elfmeter zu gewähren oder eine rote Karte zu geben, weil die Situationen im Spiel es schlicht nicht zulassen. Der unredliche Torwart mag im ganzen Spiel keinen Schuss auf sein Tor bekommen, den er überhaupt hereinlassen könnte. Das Rennpferd könnte trotz (oder gerade wegen) des Dopings zweiter Sieger bleiben. Alles könnte doch anders kommen, denn das Spiel hat nun einmal „seine eigenen Gesetze“. Vor dem Hintergrund, dass zu einer gelungenen Manipulation in der Regel noch die Zuweisung des Gewinnanspruchs durch den Wettanbieter hinzukommt,²⁹ kann zu diesem Zeitpunkt also unter keinen Umständen eine konkrete Gefährdung des Vermögens des Wettanbieters bejaht werden. Dieses Ergebnis leuchtet auch besonders aus Gesichtspunkten des Opferschutzes ein, denn ist der Betrug schon mit Abschluss des Spielvertrages vollendet, gibt es keinerlei Anreiz mehr für den Täter, nun doch noch zumindest die Manipulation zu unterlassen und so strafbefreiend vom versuchten Betrug zurückzutreten.

Damit kann vor Beginn des Wettkampfs ein Vermögensschaden in Form eines Gefährdungsschadens entgegen der vor allem in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht nicht angenommen werden.

C. Vermögensgefährdung durch Zuweisung des Gewinnanspruchs nach dem Wettkampf

Eine konkrete schadensgleiche Vermögensgefährdung könnte aber aufgrund einer nach Ende des Wettkampfs aber vor der Auszahlung vorgenommenen Vermögensverfügung des Wettanbieters liegen, und zwar in der Zuweisung des Gewinnanspruchs.³⁰ Unter Vermögensverfügung ist jedes Handeln oder Unterlassen zu verstehen, das unmittelbar vermögensmindernd wirkt, wobei der Begriff nicht im privatrechtlichen Sinne zu verstehen ist.³¹ Eine etwaige Zuweisung der Gewinnquoten, die der Wettanbieter nach Kenntniserlangung vom Ausgang des Wettkampfs vornehmen mag, ist deshalb als Vermögensverfügung zu qualifizieren, denn im Moment der Zuweisung des Gewinnanspruchs erkennt der Wettanbieter an, dass die Bedingung eingetreten ist, die den Zahlungsanspruch auslöst. Insoweit scheint ab diesem Zeitpunkt eine konkrete schadensgleiche Vermögensgefährdung möglicherweise gegeben zu sein. Denn wenn der Wettanbieter den entsprechenden Anspruch akzeptiert, muss dieser Anspruch auch als Verbindlichkeit in die Saldierung eingestellt werden.³² Dann muss aber auch, soweit man mit der herrschen-

den Meinung einen primär wirtschaftlichen Vermögensbegriff zugrunde legt, der nun verfestigte Auszahlungsanspruch als schadensrelevante Verbindlichkeit angesehen werden.

Die Zuweisung der Wettquoten ist auch auf den täuschungsbedingten Irrtum zurückzuführen. Denn nimmt man mit einer von *Weber* für die Sportwettenfälle vertretenen Ansicht an, dass in der Manipulation des Wettkampfs die Täuschung zu sehen ist, bereitet die Kausalität keine größeren Probleme, weil es grundsätzlich nur darauf ankommt, dass der Irrtum des Opfers für die Vermögensverfügung mitverursachend war.³³ Sieht man die Täuschung in der konkludenten Vorspiegelung falscher Tatsachen bei Abschluss des Wettvertrags, so würde der Wettanbieter wohl ebenfalls kaum den Gewinnanspruch akzeptieren, wenn er wüsste, dass er durch Anfechtung gemäß §§ 123 I, 142 I BGB ohne weiteres seine Zahlungsverpflichtung aus der Welt schaffen könnte.

Insoweit kann für die Fälle, in denen eine Gewinnzuweisung bei den Wettanbietern vorgenommen wird, eine konkrete schadensgleiche Vermögensgefährdung angenommen werden, wenn die Zahlungsverpflichtung nicht durch eine andere gleichzeitig erlangte Position kompensiert wird.³⁴ Erst wenn diese Frage geklärt ist, kann bestimmt werden, ob beim Wettanbieter endgültig ein Schaden eingetreten ist.

D. Vermögensschaden durch Auszahlung des Gewinns

In der Auszahlung des Gewinns ist ebenfalls unzweifelhaft eine Vermögensverfügung zu erblicken. Spätestens im Moment der Auszahlung ist auch der endgültige Verlust des Geldes nicht mehr zu leugnen und damit ein Vermögensabfluss anzuerkennen.

Fraglich ist aber, ob trotz des Verlustes der Position (Anerkennung des Anspruchs bzw. Auszahlung des Geldes) auch in jedem Fall ein Schaden beim Wettanbieter eintritt. Ob ein Schaden vorliegt, wird durch einen saldierenden Vergleich der Vermögenslage vor und nach der in Rede stehenden Verfügung beurteilt.³⁵ Aus dem Vermögen des Wettanbieters fließt die ausgezahlte Gewinnsumme ab. Gleichzeitig erhält der Wettanbieter aber die Befreiung von einer Verbindlichkeit, die der Anspruch des Wetters auf Auszahlung des Gewinns bedeutet hat. Fraglich ist, ob diese beiden Positionen unter Umständen als gleichwertig zu betrachten sind und deshalb kein Schaden vorliegt. Die Beantwortung dieses Problems hängt letztlich von zwei Fragen ab: Zum einen müsste es sich bei dem Anspruch des Wetters, von dem der Wettanbieter frei wird, um eine Verbindlichkeit handeln, die überhaupt in die Saldierung eingestellt werden darf. Zum anderen ist bei Bestimmung der Höhe der möglicherweise durch den Vermögensabfluss erfolgten Kompensation entscheidend, wie hoch diese Verbindlichkeit ist. Denn nur bei einer Kompensation, die die Höhe der abgeflossenen Summe

²⁸ z.B. BGHSt 23, 300 m. Anm. *Lenckner*, JZ 1971, 320.

²⁹ Siehe dazu sogleich C.

³⁰ *Kutzner*, JZ 2006, 712, 717, sieht wohl alleine in der Beendigung des manipulierten Wettkampfs eine ausreichende Konkretisierung des Schadens.

³¹ BGHSt 14, 170, 171; *Lackner/Kühl*, StGB Kommentar²⁵, 2004, § 263 Rn. 22 m.w.N.

³² Vgl. *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar⁵³, 2006, § 263 Rn. 71; siehe auch D.I.

³³ BGHSt 13, 13; BGH wistra 1999, 419 f.

³⁴ Dazu sogleich D.II.

³⁵ *Hoyer*, in: SK (Fn. 6), § 263 Rn. 194-197.; BGH wistra 2004, 25 m.w.N. zur Rechtsprechung.

in vollem Umfang erreicht, ist der Schaden gleich Null.³⁶ Ansonsten vermindert sich nur die Höhe des Schadens.

I. Einstellung der Befreiung von der Verbindlichkeit aus dem Spielvertrag

Grundsätzlich müssen im Rahmen der Berechnung des Schadens auch die Positionen berücksichtigt werden, die das Opfer unmittelbar aufgrund der Vermögensverfügung erlangt; allerdings dürfen dabei solche Positionen nicht in die Saldierung eingestellt werden, die den Schadensausgleich ermöglichen sollen.³⁷ In den Manipulationsfällen ist deshalb eine Einstellung des Anspruchs aus dem Spielvertrag, von dem der Wettanbieter frei wird, möglich, wenn er nicht bereits vorher die Nichtigkeit des Anspruchs durch Anfechtung seiner Willenserklärung gemäß §§ 123 I, 142 I BGB herbeigeführt hat. Denn es handelt sich hier nicht um einen Anspruch, der den durch die Täuschung möglicherweise entstehenden Schaden ausgleichen soll, sondern um den Primäranspruch, der sich aus dem ursprünglichen vertraglichen Verhältnis selbst ergibt. Dieses Ergebnis verwundert in den Manipulationsfällen möglicherweise deshalb, weil es hier neben dem Austausch von Geldleistungen keine Ware gibt, deren (nicht vertragsgemäßer) Wert Anhaltspunkt für den Schaden sein könnte. Grundsätzlich muss demzufolge das Freiwerden des Wettanbieters von seiner Verpflichtung zur Auszahlung des Wettgewinns Berücksichtigung bei der Ermittlung des Schadens finden.

II. Wert der Befreiung von der Verbindlichkeit aus dem Spielvertrag

Insoweit ist die Bestimmung des Wertes der Verbindlichkeit aus dem Spielvertrag, von welcher der Wettanbieter frei wird, von zentraler Bedeutung, denn der Wert entscheidet über den tatsächlichen Verlust und damit den Schaden des Wettanbieters. Die Manipulationsfälle sind also vor einem anderen Hintergrund zu sehen als klassische Austauschverträge über Waren. Ist eine erlangte Ware weniger wert als vereinbart, so ergibt sich schon daraus der Schaden. In den Manipulationsfällen ist aber keine Ware fassbar. Vielmehr ist die Struktur des Spielvertrags folgende:

Der Wetter setzt eine bestimmte Summe Geld auf den Eintritt einer Bedingung. Dafür erhält er im Gegenzug die Chance, im Falle des Eintritts der Bedingung einen bestimmten Geldbetrag zu erhalten. Im Synallagma stehen also die Zahlung des Wetteinsatzes auf Seiten des Wetters und die Einräumung der Gewinnchance auf Seiten des Wettanbieters. Die Gewinnchance beurteilt sich danach, wie wahrscheinlich es ist, dass die Bedingung tatsächlich eintritt und wird durch die Quote ausgedrückt. Diese Wahrscheinlichkeit ist naturgemäß bei Sportwetten nicht rein objektiv nach mathematischen Maßstäben festzustellen, denn bei Sportereignissen existieren keine absolut zuverlässigen statistischen Erkenntnisse über die Wahrscheinlichkeit des Eintritts bestimmter Wettkampfergebnisse. Insofern handelt es sich nicht um Wahrscheinlichkeiten wie sie z.B. beim Würfelspiel vorhersagbar wären. Dort ist nach den naturgesetzlichen Regeln der Stochastik eine relativ genaue Vorhersage möglich, welches Ereignis bei einer bestimmten Anzahl von Versuchen wie häufig eintreten wird.

Auch bei Fußball, Pferderennen und anderen Sportarten, bei denen gewettet wird, gibt es aber natürlich gewisse Indizien dafür, wie der Wettkampf ausgehen wird. So ist bei einem

Fußballspiel einer Profimannschaft gegen einen Verein aus der Kreisliga *erfahrungsgemäß* die Wahrscheinlichkeit höher, dass die Profimannschaft gewinnt. Da es sich aber nur um Erfahrungssätze handelt, ist eine genaue Einordnung der Wahrscheinlichkeit des Sieges der Profimannschaft schwierig. Weil aber von dieser Wahrscheinlichkeit die Gewinnchancen bei Sportwetten abhängen und die Einräumung der Gewinnchance die vertragliche Leistung des Wettanbieters und damit seine Verpflichtung, von der er bei Zahlung des Gewinns frei wird, begründet, wird jedes Problem bei der Bestimmung der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung auch bei der Frage nach dem Schaden relevant.

1. Abhängigkeit des Werts von Qualität der Manipulation

Denn je mehr die Wahrscheinlichkeit beeinflusst wird, dass die für den Wetter günstige Bedingung eintritt, desto größer ist der Verlust des Wettanbieters beziehungsweise desto geringer der Wert, den die Befreiung von der Verbindlichkeit hat. Deshalb ist der Schaden dann gleich der Gewinnsumme (diese wird hier verstanden als Auszahlungssumme abzüglich des Wetteinsatzes), wenn der Zufall zu hundert Prozent ausgeschaltet ist. Das ist aber nur in absoluten Extremfällen denkbar. So müsste beispielsweise der „bestochene“ Fußballschiedsrichter das Spiel anpfeifen, im direkten Anschluss ein Tor geben und sofort das Spiel abpfeifen. Doch selbst in diesem Fall wäre zur Zeit des Abschlusses des Spielvertrags nicht ausgeschlossen, dass der Schiedsrichter bis zu Beginn des Wettkampfes noch seinen Plan ändert. Insoweit ist bei Abschluss des Spielvertrages – zumindest wenn dieser vor Beginn des Wettereignisses abgeschlossen wird – eine hundertprozentig sichere Manipulation, die das Entfallen jeglicher Zufälligkeit bedeuten würde, praktisch ausgeschlossen. Dies ist auch ein Grund dafür, dass vor Beginn des Wettkampfs kein Schaden anzunehmen ist.³⁸ Aus demselben Grund muss der Schaden theoretisch immer geringer sein als die Gewinnsumme, wenn man annimmt, dass der Einsatz des Täters der gleiche geblieben wäre.³⁹

Hieraus ergibt sich dann auch der grundsätzliche Ansatzpunkt zur Berechnung des Schadens. Es muss im Ausgangspunkt die hypothetische Quote zugrunde gelegt werden, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses für eine Wette auf den Ausgang des Wettkampfs, der manipuliert werden sollte, angenommen worden wäre.⁴⁰ Diese Quote, die sich nach der hypothetischen Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung bemisst, muss mit dem hypothetischen Wetteinsatz des Täters, den dieser bei der hypothetisch angebotenen Quote

³⁶ Lackner/Kühl (Fn. 31), § 263 Rn. 47; Hoyer, in: SK (Fn. 6), § 263 Rn. 200.

³⁷ Hoyer, in: SK (Fn. 6), § 263 Rn. 195 f.

³⁸ Dazu bereits oben B.II.2.

³⁹ Unerheblich muss hierbei sein, dass der konkrete Wettanbieter möglicherweise überhaupt keine Wetten auf manipulierte Sportereignisse abschließen will, denn es geht hier ausschließlich um die Berechnung des Schadens. Die Frage, inwieweit das Verhalten des Täters den Tatbestand des Betrugs erfüllt, ergibt sich bekanntlich nicht nur aus der Frage, ob er getäuscht wurde. Gleichzeitig muss auch gerade aufgrund der Täuschung ein Vermögensschaden eingetreten sein, vgl. Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil 2, Teilband 1, 1998, § 7 Rn. 63. Nach hier vertretener Auffassung kann die Frage nach der Qualität der Manipulation beim Betrug aber nicht als Frage der objektiven Zurechnung behandelt werden, denn zunächst verursacht der Täter alleine den Irrtum, der dann fortwirkt, der aber bei rechtmäßigem Alternativverhalten nicht entstanden wäre. Das rechtmäßige Alternativverhalten besteht nicht in der unterlassenen Manipulation, sondern im Unterlassen der Täuschung.

⁴⁰ So auch Kutzner, JZ 2006, 717 f.; Schild, ZfWG 2006, 213, 219.

gesetzt hätte, multipliziert werden. Hieraus ergibt sich die hypothetische Auszahlung des Wettanbieters. Will man den Gewinn ermitteln, muss auch hiervon der hypothetische Wetteinsatz wieder abgezogen werden. Die Differenz ergibt die hypothetische Gewinnsumme. Zieht man diese von der tatsächlichen Gewinnsumme, also wiederum dem tatsächlichen Gewinn abzüglich des tatsächlichen Einsatzes, ab, so ist die Differenz der Schaden des Wettanbieters.

Die Berechnung des Schadens in den Manipulationsfällen kann also als Formel folgendermaßen dargestellt werden:

Schaden = (tatsächliche Auszahlung – tatsächlicher Einsatz) – (hypothetische Auszahlung – hypothetischer Einsatz)

Bei der Berechnung der Positionen machen die tatsächlich geleisteten Zahlungen keinerlei Probleme. Schwierig wird es aber, wenn die hypothetische Quote, aus der sich ja dann der hypothetische Gewinn ergeben würde, hergeleitet werden soll. Außerdem ist fraglich, ob der tatsächliche Einsatz für die Berechnung der hypothetischen Gewinnsumme eingestellt werden darf, oder ob auch hier hypothetisch berücksichtigt werden muss, welche Summe der Täter zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gesetzt hätte, wäre ihm die hypothetische Quote bekannt gewesen.

2. Ermittlung der hypothetischen Quote

Das zentrale Problem bei der Ermittlung der hypothetischen Quote ist, dass es keinen Markt für Wetten gibt, die auf manipulierte Sportereignisse abgeschlossen werden. Wie soll also eine wahre Quote für eine hypothetische Wette ermittelt werden und welcher Einsatz darf dem Wetter bei Vorliegen dieser Quote hypothetisch unterstellt werden?

Um hier eine Lösung finden zu können, bietet es sich an, zunächst zu analysieren, wie mit einer ähnlichen Problemstellung im Rahmen des sogenannten Submissionsbetrugs umgegangen wird. Das Problem hat allerdings seit Einführung des § 298 StGB, bei dem bewusst auf das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens verzichtet wird, an praktischer Relevanz verloren, da nach dieser Vorschrift Strafbarkeit auch ohne Nachweis eines Schadens begründet werden kann.⁴¹ Eine mögliche Konstellation für einen Submissionsbetrug liegt aber immer noch vor, wenn mehrere Bewerber bei einer Ausschreibung eine Wettbewerbssituation dadurch ausschließen, dass sie vereinbaren, einer von ihnen solle das günstigste Angebot abgeben, während die anderen im Preis darüber liegen sollen.⁴² In diesen Fällen stellte sich die Frage nach einem hypothetischen Marktpreis, der bei Durchführung eines ordnungsgemäßen Wettbewerbs entstanden wäre. Nach einer Ansicht⁴³ wird die Möglichkeit einer Bejahung eines Schadens im Sinne des § 263 StGB prinzipiell abgelehnt, weil ein Schaden zwar möglicherweise entstanden sei, dieser jedoch unter keinen Umständen nachweisbar sei, da sich aufgrund der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen eben kein Marktpreis hätte bilden können. Die Rechtsprechung⁴⁴ folgt diesem Ansatz jedoch nicht. Sie nimmt Bezug auf den hypothetischen Marktpreis, der sich – wie zum Beispiel im Kartellrecht üblich – durchaus ermitteln lasse, und berücksichtigt dabei besonders den Zweifelsgrundsatz zugunsten des Täters. Des Weiteren sei die Frage, ob ein Schaden vorliege, in erster Linie eine Tatfrage. Insoweit müsse zur Überzeugung des Richters feststehen, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit ein niedrigerer Preis für die Ausschreibung möglich gewesen wä-

re, wenn die Absprache nicht stattgefunden hätte. Eine absolute, das Gegenteil denknotwendig ausschließende Gewissheit sei nach allgemeinen Grundsätzen nicht erforderlich.⁴⁵

Da auch bei der Ermittlung der hypothetischen Quote für den manipulierten Wettkampf die Annahme einer schlechteren Quote als der tatsächlichen und der Ermittlung des hypothetischen Wetteinsatzes im Grundsatz Spekulation ist, lässt sich die beim Submissionsbetrug geführte Diskussion teilweise auf das vorliegende Problem übertragen. Allerdings ist zu bedenken, dass in fast allen Fällen bei einem wirtschaftlich handelnden Wettanbieter im Falle der Offenbarung einer Manipulation eine für den Wetter schlechtere Quote angenommen werden müsste. Ausnahmen dürften sich nur für die Fälle ergeben, in denen die geplante Manipulation keinerlei wettrelevanten Einfluss auf den Ausgang des Wettkampfs hat. In diesen Fällen dürfte es aber schon an einer Täuschung fehlen, da solche Informationen, die nicht wettkampfrelevant sind, auch nicht Geschäftsgrundlage des Spielvertrags werden. Liegt also eine wettkampfrelevante Täuschung vor, muss auch ein Schaden angenommen werden, da es anders als in den Submissionsfällen nicht die reale Möglichkeit gibt, dass der Marktwert auch unter regulären Bedingungen der gleiche geblieben wäre, das heißt also, die Quote bei Kenntnis unverändert geblieben wäre. Trotzdem stellt sich die Frage, wie hoch die Differenz der Quoten bei Kenntnis des Wettanbieters gewesen wäre. Die Antwort auf diese Frage ist entscheidend, denn ein wesentlicher Gesichtspunkt bei der Bestimmung der Strafzumessungsschuld ist das vom Täter verursachte Erfolgsunrecht,⁴⁶ also in Fällen des Betruges die Höhe des Schadens.

An dieser Stelle können die bereits vorgestellten Ansichten zum Submissionsbetrug hilfreich sein, denn nun kommt es grundsätzlich auf die Frage an, inwieweit Schätzungen bei der Bestimmung des Schadens zulässig sein können. Hier müssen meines Erachtens die Umstände des Einzelfalles grundsätzlich entscheidend sein. So wird man ohne weiteres annehmen können, dass im Falle der „Bestechung“ nur eines Spielers bei einem Fußballspiel, damit dieser sich mit seiner Leistung zurückhält, die Quote nicht wesentlich schlechter wäre als im Falle der geplanten regulären Durchführung des Spiels. Auf der anderen Seite liegt ein fast annähernd der tatsächlichen Gewinnsumme entsprechender Schaden zum Beispiel dann nahe, wenn alle Spieler einer Mannschaft und der Trainer Geldzahlungen dafür erhalten, dass sie ein Spiel verlieren sollen. Doch gerade in diesen Fällen ist Vorsicht vor voreiligen Schlüssen geboten. Denn da bei Wettabschluss der Manipulator niemals mit Sicherheit wissen kann, ob seine Einflussnahme auf den Wettkampf gelingen wird, muss immer angenommen werden, dass die Quote höher als 1:1 gewesen wäre. Im Übrigen ist dem Zweifelsatz bei der Schätzung des Schadens besondere Bedeutung beizumessen. Insofern verdienen die zum Submissionsbetrug in der Literatur vorgetragenen Bedenken auch hier besondere Beachtung.

⁴¹ Heine, in: Schönke/Schröder (Begr.), Strafgesetzbuch Kommentar²⁶, 2001, § 298 Rn. 1.

⁴² Rönnau, JuS 2002, 545; BGHSt 38, 186.

⁴³ Cramer, in: Schönke/Schröder (Fn. 41), § 263 Rn. 137a.

⁴⁴ BGHSt 38, 186; 47, 88; BGH wistra 2001, 103.

⁴⁵ Vgl. BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 7.

⁴⁶ Vgl. Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2⁷, 1989, § 63 Rn. 19.

Oftmals wird ein Mindestschaden nur mit Hilfe von Gutachten feststellbar sein und es mag viele Fälle geben, in denen ein Schaden bejaht werden kann, aber die Höhe des Schadens ungewiss bleiben muss und deshalb gewissermaßen nur von einem *symbolischen Schaden* ausgegangen werden kann, der in der Regel keine gravierenden strafrechtlichen Folgen für den Täter haben dürfte. Dies mag auf den ersten Blick unbefriedigend klingen, ist aber letztlich nichts anderes als die logische Konsequenz aus den Unwägbarkeiten, die sich mit Wetten verbinden. An den zivilrechtlichen Folgen, die aufgrund der Anfechtbarkeit des schuldrechtlichen Geschäfts und der daraus folgenden Rückabwicklung nach § 812 I 1 Var. 1 BGB auf den Wetter zukommen, vermag dieses Ergebnis nichts zu ändern.

3. Berücksichtigung des hypothetischen Einsatzes des Täters

Damit ist aber immer noch nicht geklärt, ob neben der hypothetischen Quote für den manipulierten Wettkampf auch ein hypothetischer Einsatz des Täters zu dieser Quote berücksichtigt werden darf. Denn der Wetter könnte sich dahingehend einlassen, dass er bei Kenntnis der hypothetischen schlechteren Quote auch einen höheren Wetteinsatz geleistet hätte.

Für die Berücksichtigung des hypothetischen Einsatzes spricht, dass die hypothetisch zu ermittelnde Quote nur als Grundlage für die Erstellung eines Angebots gesehen werden kann. Es kann aber nicht angenommen werden, dass automatisch der gleiche Einsatz bei einer niedrigeren Gewinnchance geleistet worden wäre. Es ist zum Beispiel denkbar, dass der Täter bei einer niedrigeren Gewinnchance eine höhere Geldsumme gesetzt hätte. Dies könnte dann der Fall sein, wenn er eine feste Gewinnsumme angestrebt hat, die er in jedem Fall erreichen wollte. Dazu müsste er nämlich jede Minderung der Quote mit einem entsprechend höheren Einsatz ausgleichen. Allerdings würde eine solche Argumentation letztlich nur dann sicher zur Bejahung eines Schadens führen, wenn dem Täter nachgewiesen werden kann, dass er überhaupt nicht die Möglichkeit hatte, einen entsprechend höheren Einsatz zu leisten. Soweit der Täter nämlich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht über ausreichend liquide Mittel verfügt, um durch einen Einsatz auf die hypothetische Gewinnquote den gleichen Gewinn zu erzielen, wie er tatsächlich erzielt hat, so wäre eine dahingehende Einlassung als offensichtliche Schutzbehauptung ohne weiteres von der Hand zu weisen. In allen anderen Fällen müsste aber ein Schaden dann verneint werden, wenn der Täter den angestrebten Gewinn durch einen höheren Einsatz auch bei einer schlechteren Quote erzielen konnte und dies auch gewollt hätte.

Dieser Ansatz könnte deshalb kritikwürdig sein, weil er erhebliche Beweisschwierigkeiten mit sich bringt und so zu ei-

ner relativ hohen Anzahl von Freisprüchen führen muss. Doch selbst wenn in einer Großzahl der Fälle möglicherweise tatsächlich keine Erhöhung des Einsatzes bei einer niedrigeren Quote vorgenommen worden wäre, mag es doch Fälle geben, in denen dieser entsprechend höhere Einsatz tatsächlich geleistet worden wäre. Da dies zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen scheint, muss im Prozess bewiesen werden, dass der Täter diesen Einsatz nicht erbracht hätte. Dem steht auch nicht die nach herrschender Meinung⁴⁷ grundsätzliche Unbeachtlichkeit hypothetischer Kausalverläufe entgegen. Denn zwar wird hier eine hypothetische Handlung des Täters – nämlich der Einsatz einer tatsächlich nicht gesetzten Geldsumme – unterstellt. Dies geschieht jedoch nicht auf Tatbestandsebene im Rahmen der Frage, ob die Täuschung dem Schaden objektiv zugerechnet werden kann, sondern nur auf Subsumtionsebene bei der Frage nach dem tatsächlich eingetretenen Schaden. Dass dieser Ansatz zu erheblichen praktischen Problemen führt, ist dabei nicht von der Hand zu weisen. Auf der anderen Seite darf diese Schwierigkeit bei der Bestimmung des Schadens nicht dazu führen, dass zu Lasten des Täters ein Schaden unterstellt wird, der möglicherweise nicht eingetreten ist.

Auch vor dem Hintergrund möglicher Strafbarkeitslücken ist also bei der Bewertung des Schadens der hypothetische Einsatz des Täters zur hypothetischen Quote zu berücksichtigen. Gelingt allerdings der Nachweis, dass dieser Einsatz niedriger als der tatsächliche Einsatz gewesen wäre, oder dass der Täter unter diesen Bedingungen überhaupt keinen Spielvertrag abgeschlossen hätte, so muss auch dies in die Schadensberechnung mit einfließen.

E. Ergebnis

Es bleibt also festzuhalten, dass frühestens mit Ende des manipulierten Wettkampfs ein Schaden im Sinne des § 263 StGB bejaht werden kann. Bei der Berechnung des Schadens ist die Befreiung von der Verbindlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen in die Saldierung einzustellen. Es ist jedenfalls nicht damit getan, einfach den tatsächlichen Gewinn aus der Differenz zwischen Wetteinsatz und Auszahlung zu errechnen und daraus einen Schaden abzuleiten. Denn auch der Anspruch des Wetters ist nicht wertlos, sondern unter Umständen annähernd so wertvoll wie der Gewinn. Dies hat der BGH bei seiner Entscheidung unberücksichtigt gelassen und ist somit trotz der neu angestellten Strafzumessungserwägungen auch zu einer zu hohen Gesamtstrafe gekommen. Es bleibt zu hoffen, dass die mit diesem Urteil verbundene Aufweichung der Saldierung beim Schadensbegriff bald eine Korrektur erfährt. ■

⁴⁷ Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*¹¹, 2003, Rn. 236; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*⁵, 2005, § 4 Rn. 12.

Keine Ausgabe mehr verpassen?

Einfach unter www.law-journal.de eintragen und benachrichtigen lassen!

Privatdozent Dr. Mario Martini, Hamburg*

Mit Hammer und Zunge**– Zur Rechts- und Kulturgeschichte der Versteigerung –****A. Einführung**

Seit das Internet bislang ungeahnte Möglichkeiten der Kommunikation und des Handels bietet, erlebt die Versteigerung als Mittel des gewerblichen und des privaten Güteraustausches einen ungebrochenen Boom. Sie hat ihr Kleid eines rechtsdogmatischen Aschenputtels als Ort zwangsweiser Veräußerung von Grundstücken, Fundsachen sowie Mobiliarpfändern abgelegt und dringt in alle Lebens- und Wirtschaftsbereiche vor. Ihre Erscheinungsformen sind bunt, die Bandbreite der zur Versteigerung angebotenen Güter unüberschaubar; es gibt nahezu nichts, was nicht in Internet-Auktionen ersteigert werden könnte – Inseln in Schweden oder Übersee, Patenschaften für Tiefdruckgebiete, Atombunker, Nierensteine von Captain Kirk,¹ Werbeflächen im Dekolleté üppiger Damen oder auf den Bäuchen Schwangerer,² eine (Haupt-) Rolle in einem Kinofilm.³ Arbeitslose bieten ihre Arbeitskraft im Versteigerungswege feil, Studenten aus Protest gegen überzogene Sparpolitik ihre Universität.⁴ Geschiedene Ehemänner versteigern das Brautkleid ihrer Verflorenen,⁵ Eltern das Benennungsrecht für ihr noch ungeborenes Kind. Bisweilen finden sich auch Angebote für die eigene Niere, das eigene Blut, die eigene Seele – „gut erhalten, wenig Sünden“,⁶ ein eigenes Auge, die eigene Tochter („Funktionsspielzeug oder zum Weiterverkauf“)⁷ oder die Entjungferung⁸ – Angebote, die in aller Regel bald als unzulässig gesperrt werden.⁹ Auch der Staat hat das Potenzial der Versteigerung als Handlungsinstrument für sich erkannt: Er versteigert nicht nur forstfiskalische Eigenjagdbezirke,¹⁰ Wertpapiertranchen¹¹ und öffentliche Aufträge¹² als Mittel staatlicher Finanzpolitik. Er setzt die Versteigerung in jüngerer Zeit auch als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung ein: Knappe Frequenzen und (in anderen Ländern) andere staatliche Nutzungsrechte, wie etwa Start- und Landrechte, Verschmutzungsrechte oder Taxikonzessionen, teilt er im Wege der Versteigerung zu. Die dabei erzielten Erlöse übertreffen kühnste Erwartungen: Die Versteigerung der UMTS-Frequenzen im Jahre 2000 etwa hat 50 Mrd. € in die Kassen des deutschen Finanzministers gespült und die dogmatische wie rechtspolitische Sprengkraft dieses disparaten Zuteilungsmechanismus offen gelegt.

Versteigerungen sind immer auch ein Spiegel des Zustands der Gesellschaft. Ihre Kulturgeschichte vermittelt einen Einblick in die Befindlichkeit einer Zeit. Sie sind ein Seismograph gesellschaftlicher Entwicklungen, Abbild ökonomischer Veränderungen und eine Fundgrube soziologischer und kulturgeschichtlicher Beobachtungen. Wenn auch als ökonomischer Austauschsachverhalt konzipiert, erschöpfen sie sich nicht in einer punktgenauen Feststellung eines Marktgleichgewichtspreises. Sie sind nicht nur ein harter ökonomischer Austauschvorgang, sondern immer auch ein soziales Ereignis, ein Schauspiel des Wettkampfes, eine Begegnung von überraschendem Gewinn und enttäuschter Hoffnung, ein Zusammentreffen von Zeitvertreib und ökonomischem Tauschvorgang. Die Versteigerung ist Königsdisziplin der Schnäppchenjäger, Marktplatz sozialer Interaktion und Phänomen des Wirtschafts-, Rechts- und Soziallebens. Das Jagdfieber bei der Suche nach seltenen Stücken und Schnäpp-

chen, der Beutekampf gegen mitbietende Rivalen scheint nicht nur evolutionäre Instinkte anzusprechen, sondern entfaltet auch die Faszination eines fesselnden Spiels, bei dem das Auktionslokal zur dramaturgischen Bühne („All the world's a stage“)¹³ und jeder Bieter zum Darsteller wird.¹⁴ Gesellschaftliche Anteilnahme und Sensationslust, Inszenierung und

* Der Autor ist Privatdozent an der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Vgl. *Knoke*, Nierensteine für den guten Zweck, Spiegel-online vom 18.1.2005, www.spiegel.de/netzwelt/politik/0,1518,395826-2,00.html (22.2.2005).

² Vgl. *Stöcker*, Die bizarre Sammlung der Berufs-Ersteigerer, Spiegel-online vom 6.5.2005, www.spiegel.de/netzwelt/netzkultur/0,1518,354806,00.html (11.5.2005).

³ *Hummel*, Zahlungswege zum Ruhm, FAZ vom 28.7.2005, S. 7. Aufsehen erregte im Jahre 2003 etwa auch die Offerte von sechs Frauen, die sich unter der Rubrik „Partyzubehör“ als weibliches „Sixpack“ gegen Partylangeweile für 25.000 Euro ersteigern ließen. Vgl. Spiegel-online: „Zuschlag: 'Sixpack' für 25.050 Euro versteigert“, www.spiegel.de/netzwelt/netzkultur/0,1518,273336,00.html (10.11.2003).

⁴ Vgl. Spiegel-online „Zum Ersten, zum Zweiten und Schluss“, www.spiegel.de/unispiegel/geld/0,1518,298339,00.html (5.5.2004).

⁵ Vgl. Spiegel-online „Frust macht Spaß (und reich?)“, www.spiegel.de/netzwelt/netzkultur/0,1518,297492,00.html (29.4.2004).

⁶ Vgl. Spiegel-online: „Eine Meldung und ihre Geschichte: Niere zu verkaufen“, www.spiegel.de/spiegel/0,1518,295030,00.html (10.4.2004).

⁷ Vgl. Spiegel-online: „Wer sie hat, muss sehen, wie er mit ihr klar kommt“, www.spiegel.de/panorama/0,1518,296378,00.html (21.4.2004).

⁸ Vgl. z.B. die Versteigerung vietnamesischer Frauen zu einem Mindestgebot von 4.400 Euro bei „eBay“; dazu Spiegel-online: „eBay stoppt Versteigerung vietnamesischer Frauen“, www.spiegel.de/netzwelt/netzkultur/0,1518,290635,00.html (15.3.2004).

⁹ Vgl. zu weiteren Beispielen unseriöser Versteigerungsangebote im Internet auch *Amor*, Dynamic Commerce, 2000, S. 129; *S. Ernst*, Erscheinungsformen von Online-Auktionen und verwandten Veranstaltungen, in: Spindler/Wiebe (Hrsg.), Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze², 2005, Rn. 4; www.kuriose-auktionen.de (2.2.2006). Einige Auktionsplattformen haben sich eigens auf das (einträgliche) Geschäft spezialisiert, Erinnerungsstücke bekannter Mörder zu versteigern. Vgl. etwa www.murderauction.com. Dass die Täter aus ihren Taten Profit schlagen und damit die Gefühle der Opfer-Angehörigen zusätzlich verletzen, löste in den USA eine rechtspolitische Diskussion über die moralische Zumutbarkeit solcher Auktionen aus. Der Anbieter eBay hatte derartige Angebote in der Regel gelöscht. Vgl. *Quemener*, „Das makabere Geschäft mit Mörder-Souvenirs“, Spiegel-online vom 11.8.2005, www.spiegel.de/netzwelt/netzkultur/0,1518,369289,00.html (11.8.2005).

¹⁰ Vgl. z.B. § 16 I niedersächsisches Jagdgesetz.

¹¹ Vgl. dazu *Martini*, Der Markt in der hoheitlichen Verteilungsordnung, 2007 (im Erscheinen), S. 259 ff.

¹² Der europarechtliche Vergaberichtsrahmen lässt eine Zuteilung öffentlicher Aufträge im Wege elektronischer Auktionen zu. Vgl. Art. 56 der Vergaberichtlinie Wasser, Energie, Verkehr und Post (ABl. EG Nr. L 134 vom 30.4.2004, S. 134 ff.) bzw. Art. 54 der Vergaberichtlinie Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge (ABl. EG Nr. L 134 vom 30.4.2004, S. 1 ff.). Das deutsche Vergabesystem knüpft den Zuschlag nicht allein an quantifizierbare, sondern an qualitative Entscheidungskriterien, namentlich das wirtschaftlichste Angebot (§ 97 V GWB). Es handelt sich insoweit nicht um Versteigerungen im engeren Sinne des Wortes.

¹³ *C. Smith* (Auctions, 1989, S. 108) vergleicht Versteigerungen als „paradigm of human behaviour“ mit Bühnen im Sinne Shakespeares: „All the world's a stage, and all the men and women merely players“; vgl. auch *ders.*, S. 131: „The ability to reveal the theatrical aspect of everyday life and the practical side of dramaturgical paradigm is one of the striking strengths of auctions“.

¹⁴ Vgl. zu den damit einher gehenden Gefahren eines Fluchs des Gewinners (*winner's curse*) *Martini*, Die Versteigerung – ein Allokationsmodell auf dem Siegeszug, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik, 2004, S. 249, 261 ff., 273 ff.

Entdeckergeist gehören zur Versteigerung ebenso wie wirtschaftliches Kalkül und Berechnung.¹⁵ Der Auktionssieg kann zu einem gesellschaftlichen Ereignis werden, der den Aspekt wirtschaftlichen Austauschs in den Hintergrund treten lässt und durch das Ziel der Erregung von Aufmerksamkeit ersetzt. Kommerzielle Anbieter etwa nutzen spektakuläre Auktionen als Werbepattform. Der Versteigerungspreis wird dann zur Werbeausgabe, wie etwa die Ersteigerung des auf Papst Benedikt XVI. zugelassenen, gebrauchten VW Golf durch den Online-Kasino-Betreiber Golden Palace.com für 188.938 Euro.¹⁶

Die der Versteigerung eigene soziale Interaktion, ihr Wesen als gesellschaftliches Schauspiel, ist integraler Bestandteil der Faszination, die sie seit Jahrhunderten auf die Menschen ausübt. C. Smith fasst sie treffend in die Worte: „Whatever else an auction might be, it is generally a good show: the intense emotionality, the expressive gestures, the plots and counterplots (...). The actors, staging, props, audiences, and scripts may vary, but all auctions are public dramatic performances“.¹⁷ Diese soziologischen Implikationen auszublenden und die Versteigerung auf eine *forme pure du marché* zu reduzieren, hieße das Wesen eines disparaten Rechtsinstruments zu verkennen. „Abgesehen von den Kirmessen bietet sich nirgendwo eine bessere Gelegenheit, das Volk in seiner Art, in seinem Denken und Empfinden, in seinen alten Sitten und Rechtsgebräuchen zu beobachten und kennenzulernen als bei diesen Versteigerungen“, bringt der Notar Wilhelm Weisweiler zu Beginn des 20. Jahrhunderts die kulturpolitische Bedeutung der Versteigerung treffend auf den Punkt.¹⁸ Umso erstaunlicher erscheint es da, dass die Erforschung der Kulturgeschichte der Versteigerung bislang in der Geschichts- und der Rechtswissenschaft das Schicksal eines Mauerblümchens fristet.¹⁹ Ihre sozialgeschichtlichen Implikationen machen es zu einem lohnenden Unterfangen, den Ursprüngen und Erscheinungsformen der Versteigerung nachzuspüren und mit einem Blick in die Vergangenheit das Verständnis für die Eigentümlichkeiten eines disparaten Rechtsinstruments zu schärfen, dessen rechtspraktische Bedeutung stetig steigt.

B. Geschichte der Versteigerung

I. Von Herodot bis Didius Iulianus

Wie vielschichtig der Einsatzbereich der Versteigerung ist, lässt bereits ihr erster Anwendungsfall deutlich werden: Als erste Auktion überliefert uns der griechische Historiker Herodot in seinen Schriften über Mesopotamien den Verkauf von Frauen an Männer zur Eheschließung im 5. Jahrhundert v. Chr.²⁰ Einmal im Jahr wurden danach sämtliche heiratsfähigen Mädchen zusammengerufen und versteigert. Der Preis der Frauen richtete sich nach ihrer Schönheit. Der meistbietende Jüngling erhielt den Zuschlag. Waren die schönsten Frauen versteigert und wurden keine weiteren Gebote mehr abgegeben, kehrte sich das Prinzip um: Die Männer durften Geld für die Vermählung fordern. Das Geld hierfür wurde aus dem Topf entnommen, den die Schönen einbrachten. Derjenige, der am wenigsten forderte, erhielt den Zuschlag, musste aber eine Sicherheit dafür stellen, dass er mit der Ersteigerten zusammen leben werde.

Die Griechen nutzten Versteigerungen rege als Tauschmarkt für die Übertragung des Eigentums an Sklaven.²¹ Die Insel Delos, der Geburtsort *Apollo*, entwickelte sich zum zentralen

Sklavenmarkt für die Griechen. Auch die Versteigerung von Ausbeutungsrechten an Minenfeldern soll den Griechen schon bekannt gewesen sein.²²

In Rom müssen Versteigerungen, wie uns die Komödien des *Plautus* andeuten, bereits um die Wende des dritten zum zweiten vorchristlichen Jahrhundert für das tägliche Leben eine nicht unerhebliche Rolle gespielt haben.²³ Sie fanden sowohl als Instrument des Zwangsvollstreckungsrechts als auch des Privatverkaufs Verwendung.²⁴ Im Konkursverfahren wurde das Schuldnervermögen nach seiner Beschlagnahme durch einen von den Gläubigern gewählten Geschäftsführer im Wege der Versteigerung veräußert (*venditio bonorum*).²⁵ Der Praetor kennzeichnete den Versteigerungsort mit einem Speer; die Versteigerung fand „sub haste“ statt. Daraus entwickelte sich die Bezeichnung „Subhastation“ (*venditio sub haste*), die sich bis in die heutige Zeit zur Beschreibung der Zwangsversteigerung erhalten hat.²⁶ Der Zuschlag (*addictio*) erfolgte im Konkursverfahren nicht zu einem festen Kaufpreis, sondern nach Maßgabe einer Quote: Derjenige Bieter gewann die Versteigerung, der den Gläubigern den höchsten Prozentsatz ihrer Konkursforderungen zu befriedigen versprach.²⁷ Der Erwerber des Schuldnervermögens (*bonorum emptor*) trat – wie der Erbe – als Nachfolger in die Rechtsstellung des Gemeinschuldners ein.

Die private, nicht durch Pfandrecht erzwungene Veräußerung an den Meistbietenden zum Zwecke des Güteraustausches wurde in der Regel zur Verwertung von Erbschaften oder zur Befriedigung akuten Geldbedarfs eingesetzt. Die Veranstal-

¹⁵ „It (s.c. the auction) is an event of economic and cultural value: economically it provides an opportunity for purchasing cheap (...); it also serves a similar function of social interaction, as do the Grange, camp meetings, county fairs and family reunions. As a semi-formal institution the public sale reflects cultural patterns of the region where it is held“, beschreiben *Marsh/Aspinall/Leightley* (*Keystone Folklore Quarterly* 16 [1971], S. 133 f.) den kommunikativen Aspekt der Versteigerung treffend.

¹⁶ Vgl. dazu und zu weiteren Beispielen *Stöcker*, Die bizarre Sammlung der Berufs-Ersteigerer, Spiegel-online vom 6.5.2005, www.spiegel.de/netzwelt/netzkultur/0,1518,354806,00.html.

¹⁷ C. Smith (Fn. 13), S. 108.

¹⁸ *Weisweiler*, Geschichte des rheinpreußischen Notariats, Bd. 2, 1916, S. 233.

¹⁹ Eine der wenigen breiter angelegten geschichtswissenschaftlichen Untersuchungen ist der Forschungsbericht von *Mannheims/Oberem*, Die Versteigerung – zur Kulturgeschichte der Dinge aus zweiter Hand, 2003. Auch sie beschränkt sich aber auf die Versteigerungsgeschichte der linksrheinischen Provinzen ab dem 16. Jahrhundert.

²⁰ *Herodot* I, 2-4; einen Überblick über die Geschichte von Auktionen liefert *Shubik*, Auctions, Bidding and Markets: a historical sketch, in: Engelbrecht-Wiggans/Shubik/Stark (Hrsg.), Auctions, Bidding and Contracting, 1983, S. 165 ff.

²¹ Vgl. Art. „auction“, in: *The New Encyclopedia Britannica – Mikropedia*¹⁵, Bd. 1, 2002, S. 693.

²² *Klemperer*, Auctions: theory and practice, 2004, S. 1.

²³ Vgl. *Thielmann*, Die römische Privatauktion, 1961, S. 41.

²⁴ Die Unterscheidung zwischen der Versteigerung als Zwangsverkauf und der Versteigerung als Instrument freiwilligen Güteraustausches hielt sich in der deutschen Sprache lange Zeit. Wurde der Zwangsverkauf als „subhastatio“ bezeichnet, hieß die freiwillige Versteigerung regelmäßig „Auktion“ (*auctio*). Vgl. *Mannheims/Oberem* (Fn. 19), S. 4.

²⁵ Die ordentliche Vermögensvollstreckung war in der klassischen Zeit ein Konkursverfahren, das sich auf das gesamte Schuldnervermögen erstreckte, nur in Ausnahmefällen eine Einzelexécution. *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht¹⁷, 2003, § 85 Rn. 2.

²⁶ Gelegentlich wird der Begriff der „Subhastation“ auch für den öffentlichen Verkauf schlechthin verwendet.

²⁷ *Kaser*, Römische Rechtsgeschichte², 1993, S. 83; *Kaser/Knütel* (Fn. 25), § 85 Rn. 6.

tung einer Privatauktion galt nachgerade als Zeichen für finanzielle Bedrängnis.²⁸ Wie andere Kaiser hat etwa *Marc Aurel* die Versteigerung als Mittel der Kriegsfinanzierung eingesetzt.²⁹ Ihm wird nachgesagt, er habe königliche Möbel versteigern lassen, um seine Kriegsschulden begleichen zu können. *Caligula* soll den Spielcharakter der Versteigerung und seine Anziehungskraft für das Volk erkannt und regelmäßig Auktionen abgehalten haben.

Versteigerungsähnliche Verfahren begegnen uns in Rom nicht nur als Mittel des privaten Güterausstausches, sondern gleichberechtigt auch als öffentlich-rechtliches Instrument der Staatsbewirtschaftung. Vermutlich hat die Auktion als formalisierter Veräußerungsmechanismus der römischen Rechtspraxis ihr Vorbild sogar im öffentlichen Recht.³⁰ Sie hat sich wahrscheinlich aus der (in der römischen Literatur bereits im 5. Jahrhundert v. Chr. bei *Livius*³¹ Erwähnung findenden) Zuteilung der Kriegsbeute, insbesondere (der nach dem *ius gentium* als Sklaven zu behandelnden) Kriegsgefangenen, als öffentlich-rechtlichem Mechanismus³² entwickelt. Nicht zuletzt die Verwendung des Speers als Symbol der Versteigerung deutet darauf hin. Da die Erledigung öffentlicher Aufgaben durch staatliche Bedienstete in Rom die Ausnahme war, wurden auch Bau- und Beschaffungsaufträge, etwa die Erstellung und Unterhaltung von öffentlichen Anlagen, wie z.B. Tempeln und Wasserleitungen, in weitem Umfang verdingt. Der Zensor vergab sie im Wege der *auctio licitatio*.³³ Das römische Recht sah vor, dass derartige Verträge im Wege eines öffentlichen, mündlichen Absteigerungsverfahrens *sub haste*³⁴ abgeschlossen wurden, bei dem sich die Interessenten gegenseitig im Preis zu unterbieten hatten, bis keiner der Interessenten einen niedrigeren Preis geboten hat.³⁵ Die *leges locationes* enthielten eine Beschreibung des Bauvorhabens und der durchzuführenden Arbeiten sowie der Vertragsbestimmungen, ließen dabei aber den zu zahlenden Preis offen;³⁶ er wurde im Lizitationsverfahren ermittelt. Durch Aufnahme einer Bessergebotsklausel in die *leges locationes* konnte sich der Staat innerhalb bestimmter Frist von der Bindungswirkung des Zuschlags lösen, wenn ein anderer Bieter ein niedrigeres Gebot vorlegte – eine Verwaltungspraxis, die aus dem ptolemäischen Rechtskreis bereits für die Ausbeutung der Steinbrüche, den Verkauf von Ländereien und die Vergabe von Priesterstellen bekannt war.³⁷ Die mündliche römische *licitatio* diente ab dem 16. Jahrhundert als Paradigma für die staatliche Auftragsvergabe in Deutschland,³⁸ sie wurde erst im 19. Jahrhundert durch schriftliche Verfahren mit qualitätsorientierten Entscheidungskriterien, die heutige Submission, ersetzt, als zusehends negative Begleiterscheinungen des Versteigerungsverfahrens, insbesondere ruinöser Preiswettbewerb, übereilte, unrealistische Gebote und in deren Gefolge Qualitätsmängel mit teilweise erheblichen Folgen ruckartig wurden.³⁹ Infolge des durch das mündliche Absteigern hervorgerufenen intensiven Preiswettbewerbs kam es häufig zu unüberlegten oder unvollständigen Angeboten, die in der Kürze der Zeit ohne echte Kostenkalkulation abgegeben wurden und nicht oder nur unter Qualitätseinbußen eingehalten werden konnten.

Der Anwendungsbereich des Versteigerungsmechanismus umfasste in Rom bisweilen auch die Vergabe öffentlicher Ämter und die Wahrnehmung unmittelbarer hoheitlicher Aufgaben. Da der römische Behördenapparat nur rudimentär ausgeprägt war, zog der Staat seine Zölle und Steuern nicht

selbst durch einen eigenen Verwaltungsapparat ein, sondern vergab das Recht zur Einziehung der Staatseinkünfte (*publica vectigalia*) an den Meistbietenden im Wege der Versteigerung (*auctio licitatio*).⁴⁰ Die Verwalter (*publicani*) durften von den Zahlungspflichtigen mehr einziehen, als sie an den Staat abzuführen hatten. Die Differenz verblieb den *publicani* als Gewinn.⁴¹ Die Verwaltung eines Territoriums – die anfangs noch als Übertragung der *res privata* des Princeps eingestuft wurde und erst im Laufe der Zeit in die Sphäre des öffentlichen Rechts wanderte – umfasste dabei auch die Gestattung der Gewerbeausübung, etwa des Barbier- und Schusterhandwerks oder der Gewinnung von Mineralien, und ihrer Ausübungsmodi.⁴² Die Parallelen zu heutigen Formen von Public-Private-Partnerships, der Übertragung der Wasserver- oder Abfallentsorgung auf private Anbieter, sind unverkennbar.

Die bekannteste und kurioseste Versteigerung öffentlicher Ämter fand im Jahre 193 n. Chr. statt: Nachdem die prätorianische Leibgarde den Kaiser *Pertinax* getötet hatte, entbrannte unter den Prätorianern die Diskussion, wer künftig Kaiser von Rom und der übrigen Welt sein solle. Der Schwiegervater des ermordeten Kaisers und Stadtpräfekt *Flavius Sulcipianus* begann, den Prätorianern Geld für seine Inthronisierung zu bieten. „Als aber die wachsameren der Prätorianer gewahr

²⁸ Thielmann (Fn. 23), S. 47 mit Nachweisen aus römischen Originalquellen.

²⁹ Vgl. die Nachweise bei Thielmann (Fn. 23), S. 21.

³⁰ So ausdrücklich etwa Thielmann (Fn. 23), S. 36.

³¹ *Livius* 2, 17, 6; vgl. auch *Cicero*, pro lege agrar. II e 25; v. *Ihering*, Vorgeschiede der Indoeuropäer, 1894, S. 402.

³² Thielmann (Fn. 23), S. 36.

³³ Neben den Zensoren konnten auf Beschluss des Senats auch die Konsulen und Quaestoren bzw. in den Munizipien ein Zweimännerkollegium (*duoviri*) ein staatliches Bauvorhaben verdingen. *Ries*, Bauverträge im Römischen Recht, 1989, S. 53 f. mit Nachweisen aus römischen Rechtsquellen.

³⁴ Im engeren Sinn des Wortes handelt es sich hier nicht um Versteigerungen. Versteigerungen sind dadurch gekennzeichnet, dass ein Gut im Wege des Preiswettbewerbs an den Meistbietenden veräußert wird. Bei staatlichen Beschaffungsaufträgen verhält es sich indes umgekehrt: Staatliche Aufträge werden nicht zum Höchstgebot, sondern zum günstigsten Preis vergeben (vgl. heute § 97 V GWB). Es handelt sich nicht um Verkauf-, sondern um Einkaufsveranstaltungen. Sie werden deshalb auch in der Spieltheorie „reverse auctions“ bzw. „procurement auctions“ genannt.

³⁵ Vgl. dazu *Madvig*, Die Verfassung und Verwaltung des römischen Reiches, Bd. 2, 1882, S. 354 f.; *O. Mayer*, AöR 3 (1887), S. 7; *F.C. Huber*, Das Submissionswesen, 1885, S. 421; *Wallerath*, Die Verwaltung 1987, S. 137, 144; Thielmann (Fn. 23), S. 20 u. 252.

³⁶ *Ries* (Fn. 33), S. 56.

³⁷ Thielmann (Fn. 23), S. 22 ff. (insbesondere S. 34); *Ries* (Fn. 33), S. 56; allgemein dazu *Sieg*, Bessergebotsklausel, 1933; vgl. auch *Rudolf*, in: *Byok/Jaeger* (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht², 2005, Rn. 3 f.

³⁸ Vgl. dazu *Wallerath* (Fn. 35), S. 146 ff.; *Glöckl*, in: *Reidt/Stickler/dies.* (Hrsg.), Vergaberecht-Kommentar², 2003, Einl. Rn. 1.

³⁹ So berichtet *Heller* im Jahre 1907: „Unzweifelhaft wird durch die Lizitation, das mündliche Unterbieten, die billigste Forderung ermittelt; aber man ist allseits davon abgekommen, weil die persönliche Leidenschaft der Bieter, die Aufregung des Augenblicks, die Kürze der Zeit die reifliche Überlegung beschränkt“ - *Heller*, Das Submissionswesen in Deutschland, 1907, S. 19; vgl. dazu auch *Beutinger*, Das Submissionswesen, 1914, S. 13; *F.C. Huber* (Fn. 35), S. 343; *A. Schneider*, Die Vergabung von Arbeiten und Lieferungen durch Staat und Gemeinden, 1922, S. 8 und 17 f.

⁴⁰ Vgl. *Kaser* (Fn. 27), S. 83; *Kaser/Knütel* (Fn. 25), § 85 Rn. 7; Thielmann (Fn. 23), S. 20.

⁴¹ *Kaser* (Fn. 27), *ibid.*; *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte¹³, 2001, S. 54.

⁴² Ein anschauliches Beispiel gibt die (im Jahre 1876 in Portugal entdeckte) „lex territorio metalli Vipascensis dicta“, die die Einräumung des Rechts, in dem Bergwerksdistrikt von Vipasca bestimmte Gewerbe auszuüben, an die Entrichtung einer „locatio vectigalium“ bindet und die Einnahmen dem Verwalter zuschreibt; abgedruckt bei Thielmann (Fn. 23), S. 267 ff.

wurden, dass sie bei diesem Geschäfte nicht den angemessenen Preis für die gebotene Ware erhalten würden, stürmten sie den Wall und ließen sich lauthals vernehmen, dass die römische Welt in einer öffentlichen Auktion dem Meistbietenden angeboten werde“, berichtet *Gibbon* (1737-1793) im fünften Kapitel seines Werkes „Verfall und Untergang des Römischen Reiches“. Der zwar allseits unbeliebte, aber sehr vermögende Senator *Didius Julianus* erfuhr davon und begann mit Gegengeboten.⁴³ Er erhöhte die gebotene Summe solange, bis die Prätorianer dem Geldbetrag nicht mehr widerstehen konnten und den Zuschlag erteilten. 6250 Drachmen pro Prätorianer, d.h. 300 Mio. Sesterzen, hatte *Didius Julianus* geboten und damit die Macht im Reich für einen vergleichsweise geringen Preis erhalten. Seine Freude über den Erwerb sollte jedoch nicht lange währen: Das Volk war schon bei seiner Krönung von seinem neuen Herrn und den Umständen seiner Inthronisierung angewidert. Die britannischen, syrischen und illyrischen Armeen weigerten sich, die rechtmäßige Herrschaft des *Didius Julianus* anzuerkennen. Bald zogen mehrere Heerestruppen gegen ihn zu Felde. *Pescennius Niger* und *Clodius Albinus* sowie der Oberbefehlshaber von Pannonien, *Septimus Severus*, dem der Kaiser zunächst eine Partnerschaft angeboten hatte, scharten Truppen um sich, um den Kaiser zu stürzen. *Septimus Severus* marschierte in Rom ein und ließ *Didius Julianus* zwei Monate nach dessen Machtübernahme durch einen Tribun den Kopf abschlagen.⁴⁴ *Didius Julianus* gilt seither als Schutzpatron aller Auktionatoren.

II. Von der Handschlag-Auktion des Mittelalters bis zum Inkrafttreten der Gewerbeordnung

Nach dem Niedergang des römischen Reiches spielte die Versteigerung in den historischen Überlieferungen zunächst kaum eine Rolle. Lediglich aus China sind aus der zweiten Hälfte des 1. Jahrtausends n. Chr. erste Auktionen bekannt.⁴⁵ Mönche versteigerten dort die Güter verstorbener Mönchsbrüder, um Geld für wohltätige Zwecke zu sammeln. Zu den Aufgaben des Auktionators gehörte es dabei – anders als bei den meisten heutigen Versteigerungen – auch, den Bieter zurückzuhalten, sofern er sich in einen Bietausch hineinzusteigern drohte. China ist auch der Geburtsort der Handschlag-Auktion. Bei ihr stehen die Bieter in einem Halbkreis um den Auktionator und fassen seine Hand. Die Hand ist durch einen Schal verdeckt. Die Gebote werden mittels der Finger abgegeben.

In Westeuropa gewinnt die Versteigerung erst im Mittelalter wieder Bedeutung. Überliefert sind aus dieser Zeit in Deutschland etwa Versteigerungen der Hanse an ihren Handelsplätzen. Im Frankreich des 16. Jahrhunderts wurde den sog. „*huissiers priseurs*“ das exklusive Recht zugesprochen, die Besitztümer von Verstorbenen, insbesondere Hingerichteten, an den Meistbietenden zu verkaufen. Zur gleichen Zeit sind in den Niederlanden die ersten Kunstauktionen bekannt. Da es für die Gemälde keine festen Preise gab und jedes Bild ein Unikat war, erschien die Versteigerung ein geeignetes Instrument, um den Marktwert des Gutes zu ermitteln. Der Auktionator begann dabei mit einem Gebot, das über dem vermuteten Marktwert des Gutes lag und senkte dieses solange ab, bis der erste Versteigerungsteilnehmer ein Gebot abgab. Diese Auktionsart ist seither unter dem Namen „Holländische Versteigerung“ bekannt.

Aus Großbritannien sind erste Auktionen seit dem Ende des 15. Jahrhunderts, der Zeit *Henry VII.*, überliefert. Unter *William III.* wuchs ihre Popularität.⁴⁶ Es entwickelte sich die sog. Kerzen-Auktion: Eine Kerze von 1 Zoll Höhe (ca. 2,54 cm) wurde angezündet. Wer das letzte Gebot abgab, bevor die Flamme erlosch, erhielt den Zuschlag. Obgleich es häufig zu heftigen Auseinandersetzungen darüber kam, wer das letzte Gebot abgegeben hatte, entwickelte sich die Kerzen-Auktion zur beliebtesten Auktionsform des 17. Jahrhunderts,⁴⁷ bevor die Kerze dem Hammer als Instrument der Zuschlagserteilung (und Mittel der Ordnungswiederherstellung) Platz machte.

Mit dem wachsenden Wohlstand blühte im England des 18. Jahrhunderts zusehends der gewerbsmäßige Buch- und Kunsthandel. Buch- und Kunstauktionen wurden populär.⁴⁸ Zwei der größten Auktionshäuser der Welt haben in dieser Zeit ihren Ursprung: *Sotheby's* (1744) und *Christie's* (1766).⁴⁹ *Sotheby's* wurde als Buch-Auktionshaus gegründet; *Christie's* erlebte als das erste große Kunst-Auktionshaus seine Blütezeit. Künstler nutzten das Auktionshaus, um ihre Werke auszustellen, und machten *Christie's* auf diese Weise bekannt. Der aufsteigenden, offenen Auktionsform, die die englischen Auktionshäuser verwendeten, verdankt die heutige „Englische Auktion“ ihren Namen. Auch in Deutschland begann sich im 18. Jahrhundert die Tradition der Kunstauktionen zu entwickeln.⁵⁰

In zunehmendem Maße erkannte der Handel die wirtschaftlichen Möglichkeiten der Versteigerung. Großhandelsauktionen erfreuten sich seit der Mitte des 17. Jahrhunderts

⁴³ „Diese würdelose Unterhandlung wurde mit Hilfe von Emissären ihres Vertrauens geführt, welche zwischen den beiden Kandidaten für und wider eilten, den anderen von dem jeweils letzten Gebot seines Mitbieters zu unterrichten“, fährt *Gibbon*, Verfall und Untergang des Römischen Reiches, 5. Kapitel, fort.

⁴⁴ *Gibbon*, Verfall und Untergang des Römischen Reiches, 5. Kapitel: „Julian wurde in ein Privatgemach des Palastbades geführt und wie ein normaler Krimineller enthauptet, nachdem er mit einem unermesslichen Geldaufwand eine Herrschaft gekauft hatte, die nur sechsundsechzig Tage gedauert hatte und die angsterfüllt und jederzeit widerruflich gewesen war.“

⁴⁵ *Yang*, Harvard Journal of Asiatic Studies 13 (1950), S. 174 ff.; vgl. zur Verwendung der Fingerauktion in Pakistan *Cassady*, Auctions and Auctioneering, 1967, S. 71 ff.

⁴⁶ Vgl. *Thornicroft*, Art. „auction“, in: Turner (Hrsg.), The Dictionary of Art, Bd. 1, 1996, S. 706.

⁴⁷ Kerzen-Auktionen sind auch für Deutschland, insbesondere Hamburg und Bremen, nachgewiesen. Ihre Erscheinungsformen waren disparat. Vgl. dazu im Einzelnen *Wohlhaupter*, Die Kerze im Recht, 1940, S. 154 f. Art. 707 f. des Code de Procédure Civile erhebt eine Spielart der Kerzen-Auktion zum gesetzlichen Institut: „Vergantung bei brennender Kerze. Art. 707: (...) gleich nachdem die Versteigerung ihren Anfang genommen hat, werden nach und nach Lichter angezündet, die so eingerichtet sind, dass jedes ungefähr eine Minute dauert. Art. 708: Kein Zuschlag kann geschehen, wenn nicht vorher drey Lichter, die man vor und nach angezündet hat, verlöscht sind.“ Ähnlich § 23 der 1822 erlassenen Subhastationsordnung für die Rheinprovinzen.

⁴⁸ Nach welchen Regeln die Versteigerungen im Einzelnen abgelaufen waren, ist weitgehend unbekannt. Die wenigen überlieferten Dokumente lassen die Vermutung zu, dass die Versteigerungen in England weitgehend dem heute bekannten Muster folgten.

⁴⁹ Vgl. zu ihnen etwa *Hermann*, Sotheby's: Portrait of an Auction House, 1972; *Thornicroft*, (Fn. 46), S. 706.

⁵⁰ Bücherauktionen waren schon mindestens seit dem 17. Jahrhundert bekannt. Ein recht frühes Zeugnis legt die Verordnung der Stadt Leipzig aus dem Jahre 1680, „wie es mit Verauktionierung der Bücher und Bibliothek zu halten sei“, ab. Die Auktion leitete ein von der Universität ernannter Ausrufer (*praeco*, später Proklamator genannt).

wachsender Beliebtheit.⁵¹ Sie erlangten bald erhebliche volkswirtschaftliche Bedeutung: Sie wurden zum zentralen Instrument des Absatzes von Importgütern. Als Erste setzten die niederländischen Kolonialgesellschaften Versteigerungen zur Vermarktung ihrer überseeischen Schiffsladungen ein, die – beladen mit Kolonialwaren, etwa Gewürzen – den Hafen anliefen. Da die Waren teils aufgrund ihrer Verderblichkeit einen raschen Absatz verlangten, teils aufgrund ihres täglich schwankenden oder unbekanntenen Marktwertes einer Wertbestimmung bedurften, eignete sich die Versteigerung für ihren Vertrieb in hervorragender Weise.⁵² Zum Schutz vor nicht selten zu beobachtenden, bei Verkäufern gefürchteten Bieterkartellen entwickelte sich (insbesondere bei Tabakauktionen) die *Einschreibung*:⁵³ Die Gebote waren hier nicht mündlich, sondern am Verkaufstag in verschlossenen Umschlägen vorzulegen; diese Versteigerungsform ist heute als „Geheime Höchstpreisauktion“ bekannt. Die geheime Gebotsabgabe reduziert die Kartellstabilität: Da das Kartell – anders als in einer offenen Auktion – nicht mehr auf das Gebot eines Kartellabweichers reagieren kann, ist der Anreiz zur Abweichung von der Kartellvereinbarung (sog. *cheating*) strategisch erhöht und die Wahrscheinlichkeit einer Kartellbildung reduziert.

Ende des 18. Jahrhunderts entwickelte sich London zum Zentrum von Großhandelsauktionen. Die Londoner Makler versteigerten die aus Übersee kommende Ware in Gestalt eines Konsignationsgeschäfts: Der Konsignant gab dem Konsignatar die Ware gegen einen Vorschuss auf Lager. Bis zur Veräußerung blieb sie im Eigentum des Konsignanten.⁵⁴ Die Qualität der Ware konnte auf der Grundlage von Proben begutachtet werden, die am Eingang des Auktionslokals vorgehalten wurden. Gebräuchlich war daher auch die Bezeichnung „Probemärkte“. Im ausklingenden 19. Jahrhundert verlagerten sich für einige Waren die Auktionen zunehmend vom Abnehmer- in das Herstellerland: Die Verkäuferländer entsandten ihre Aufkäufer zu Wollauktionen in Australien, Holzauktionen in Finnland oder Pelzauktionen in Nordamerika.⁵⁵ London büßte als Handelsplatz Bedeutung ein.

In Deutschland entwickelten sich Großhandelsauktionen erst mit Verspätung.⁵⁶ Holz-, Wein- und Fischauktionen machten den Anfang. In Hamburg fand 1887 die erste Fischauktion statt, andere Orte folgten bald: 1888 Geestemünde, 1892 Bremerhaven und Cuxhaven 1908.⁵⁷ Außer bei freiwilligen kaufmännischen (Groß-)Handelsauktionen fand die Versteigerung in Deutschland früh im Rahmen der Zwangsversteigerung sowie im Falle des Annahmeverzugs des Gläubigers bei verderblichen Waren, die sich für eine Hinterlegung nicht eigneten,⁵⁸ Anwendung.⁵⁹ Die erzwungene Versteigerung, die sog. Vergantung, war Mittel des Pfandverkaufs und ein Instrument der Veräußerung von Dotalgut, Mündelgütern und Benefiziarerbenschaften bzw. der Habseligkeiten von Personen, deren Aufenthaltsort unbekannt war (etwa Handwerksgesellen auf Wanderschaft, Angehörige des Militärs in Kriegszeiten). Die Versteigerung und die ihr zugehörigen Regelungen zielten darauf ab, im Interesse der in der persönlichen Wahrnehmung ihrer Interessen beschränkten Eigentümer den größtmöglichen Käuferkreis zu erreichen und den maximalen Erlös zu erzielen. War in der frühmittelalterlichen Zeit die Pfandvollstreckung ein Akt der Rache gegen den säumigen Schuldner, stand nun die Befriedigung des materiellen Leistungsinteresses des Gläubigers und der Schutz des Schuldners vor einer Verschleuderung des Ver-

steigerungsgegenstandes im Vordergrund.⁶⁰ Die Zwangsversteigerung von Immobilien fand grundsätzlich im Friedensgerichtsgebäude statt,⁶¹ die Zwangsversteigerungen von Mobilien grundsätzlich „auf dem nächsten öffentlichen Markte“;⁶² freiwillige Versteigerungen wurden nach der Bestimmung des Verkäufers (meist aus Kostengründen) in den Privatwohnungen oder (insbesondere bei Immobilien) Gastwirtschaften abgehalten.⁶³ Der Ausschank von Alkohol war in den ländlichen Gegenden dabei über Jahrhunderte durchaus üblich. „Es war uralte Sitte bei diesen Versteigerungen Freitrunck zu reichen, am Rhein, an der Mosel und Saar Wein, auf den Höhen Brantwein“, berichtet der Notar *Weisweiler* für die linksrheinischen Gegenden.⁶⁴ Versteigerungen waren neben Festen und Märkten eine der maßgeblichen öffent-

⁵¹ Erste Vorläufer von Großhandelsauktionen lassen sich auch schon im 14. Jahrhundert in Italien, etwa im *Fondaco dei Tedeschi* in Venedig, nachweisen. Vgl. *Kellenbenz*, Art. „Auktion“, in: Erler u.a. (Hrsg.) Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1971, Sp. 260 ff.

⁵² Vgl. *Henning*, Art. „Versteigerung“, in: Erler u.a. (Hrsg.), Handwörterbuch zur Rechtsgeschichte, Bd. 5, 1998, Sp. 829 (832); *Hirsch*, Marktwesen, in: v. Beckerath (Hrsg.), Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 7, 1961, S. 170, 177; allgemein dazu *Kröhne*, Die Großhandelsversteigerungen, 1909.

⁵³ Vgl. *Hirsch* (Fn. 52), S. 170, 178 f.; *Ehrenberg*, Art. „Auktion“, in: Elsler/Ad. Weber/Eieser (Hrsg.): Handbuch der Staatswissenschaften, Bd. 1, 1924, S. 19, 20.

⁵⁴ Vgl. *Henning* (Fn. 52), Sp. 829, 832; *Hirsch* (Fn. 52), S. 170, 178.

⁵⁵ *Hirsch* (Fn. 52), S. 170, 178.

⁵⁶ *Ehrenberg* (Fn. 53), S. 19, 20.

⁵⁷ Vgl. dazu *Brandes*, Fischauktion, 2000.

⁵⁸ Vgl. heute §§ 383 f. BGB.

⁵⁹ *Henning* (Fn. 52), Sp. 829, 830. In dieser Funktion lebt die Versteigerung auch heute noch in zahlreichen Vorschriften des Privatrechts als „öffentliche Versteigerung“ fort; vgl. § 383 III, § 489, § 966 II, § 1235 I BGB, § 373 II, § 376 III HGB; § 49 III 1 bPolG, Art 27 III bayPAG, § 40 III 1 bInASOG, § 14 V 1 hmbSOG, § 28 III 1 nPolG, § 45 III 1 nrwPolG.

⁶⁰ *Ogris*, Art. „Gant“, in: Erler u.a. (Fn. 51), Sp. 1384, 1384.

⁶¹ Subhastationsordnung vom 1.8.1822 und vom 4.5.1879.

⁶² Code de procédure civile – Gesetzbuch über das rechtliche Verfahren in Zivilsachen, Art. 617.

⁶³ *Schlink* (Das französische [rheinische] und das preussische Executions-Verfahren in Zivilsachen, 1841, S. 79) berichtet davon, dass „die Landleute, welche ihre Mobilien, Produkte und Ackergeräthschaften freiwillig versteigern lassen, dieselben nicht anderwärts hinbringen, sondern die Auction in ihren Wohnungen vollziehen lassen.“ Vgl. auch *Weisweiler* (Fn. 18), S. 232 f.: Der Notar muss „auf die Bequemlichkeit der Amtsstube verzichten, da draußen Frost und Kälte, in den Versteigelokalen Dunst und Lärm, manchmal auch Hunger und Durst, stets aber Abspannung und Müdigkeit in Kauf nehmen.“

⁶⁴ Vgl. *Weisweiler* (Fn. 18), S. 233; ähnlich: Schreiben des Staatsprokurators in Köln an den Königlichen Generaladvokaten G. von Sandt vom 4.9.1817: „(...) die Kammer der Notarien erklärt, des es eine seit Jahrhunderten auf dem Lande eingeführte Gewohnheit sey, bei solcher Gelegenheit (s.c. öffentlichen Versteigerungen) Getränke zu reichen, dass die Abstellung dieser Gewohnheit gleichsam unmöglich gemacht werde durch die Habsucht der Wirthe, in deren Häusern beim Abgang eines anderen Locales der Beamte genöthigt würde die Versteigerungen zu halten und dass die Bemühungen der Notarien bis dahin sich darauf habe beschränken müssen, möglichst die Excesse zu verhüten und die Betrunkenen vom Bieten auszuschließen (...).“ Ein *Anonymus berichtet in der Monatsschrift für die kirchliche Praxis* 4 (1904), S. 412 (414) über den Hunsrücker Bauern: „Zusammenkünfte, bei denen der Bauer sich recht loslässt, sind die Versteigerungen (...). Die Versteigerungen finden im Wirtshaus statt. Früher musste der Ansteigerer von jedem Taler einen Groschen zahlen; aus dieser Summe wurden dann die Unkosten gedeckt. Jeder Anwesende bekam Wein (...). Von dem übrigen Wein wurden in jedes Haus, auch ins Pfarrhaus, ein paar Liter gebracht. Der 'Steigerungswein' war ein schlechtes Geföf (...).“ Der Brauch des Alkoholausschanks war nicht auf die rheinischen Gebiete beschränkt. Von anderen Gegenden wird Ähnliches berichtet. Vgl. etwa die in allen Kreisen Schleswig-Holsteins 1904 durchgeführte Umfrage des dortigen Bezirksvereins gegen den Missbrauch geistiger Getränke. Dazu *Stubbe*, Das Trinken in Schleswig-Holstein, 1905.

lichen Trinkgelegenheiten zu jener Zeit.⁶⁵ Der Alkohol sollte die Bietlust anreizen und enthemmen⁶⁶ und zugleich eine große Schar von Besuchern an den Versteigerungsort locken, um den Absatz der Versteigerungsgüter zu fördern. Der durch den Verkäufer initiierte Ausschank verfehlte seine Wirkung nicht. Er wuchs sich zusehends zum öffentlichen Problem aus. Im Hunsrück „übte er eine solche Anziehungskraft aus, dass zu den Versteigerungen das ganze Dorf hinging und nachher regelmäßig betrunken war. Namentlich Leute, die kein Geld hatten, machten sich den Tag zu Nutz und soffen fürchterlich.“⁶⁷ Immer wieder wird von der Abgabe unsinniger Gebote und der Störung des ordnungsgemäßen Ablaufs infolge Alkoholgenusses berichtet; „Thätlichkeiten und Schlägereien unter den durch Wein und Branntwein erhitzten Landleuten“⁶⁸ waren keine Seltenheit.

An Versuchen der Obrigkeit, diesen Missbrauch abzustellen, hat es nicht gemangelt. Bereits aus dem Jahre 1807 ist ein (wiederholtes) „Verbot des Alkoholausschanks bei gerichtlichen Versteigerungen“ des Großherzogtums Berg bekannt.⁶⁹ Die Durchsetzung bereitete aller Orten indes Schwierigkeiten.⁷⁰ Nicht nur die Wiederholung und Erneuerung der ausgesprochenen Verbote,⁷¹ sondern auch ihre wachsende Bescheidenheit legt dafür Zeugnis ab: Stand anfangs noch das Ziel eines generellen Alkoholverbots im Vordergrund, beschied man sich später damit, den Alkoholkonsum wenigstens einzuschränken – durch ein Verbot des kostenlosen Ausschanks oder das Verbot, Betrunkene zum Gebot zuzulassen, wie eine Verlagerung des Auktionsortes. Den Notaren wurde aufgegeben, nicht zuzulassen, „daß bei öffentlichen Verkäufen geistige Getränke unentgeltlich verabreicht werden, sei es, dass der Verkäufer die Kosten zahle, oder dass diese, wie bisher geschah, auf die Letztbietenden fallen (...)“ und „darauf zu wachen, dass, wenn Verkäufe in Wirthshäusern, wo jeder für sein Geld trinken kann, gehalten werden, wenigstens in dem Zimmer, wo die Versteigerung vor sich geht, nicht getrunken, und kein Berauschter zum Bieten zugelassen werde (...)“.⁷² Nicht immer gelang es, die Gepflogenheit des Weinreichens zu unterbinden.⁷³ Zu tief war der Brauch im Bewusstsein der Menschen verwurzelt. Dass auch Notare und Gerichtsvollzieher daran nicht ganz unschuldig waren, bisweilen nicht entschlossen genug eingriffen oder an dem Alkoholausschank verdienten, war wohl auch der Grund dafür, dass ihnen und ihren Frauen 1813 bzw. 1822 der Betrieb einer

steigerungen“ der Königlichen Immediat-Justiz-Commission an den königlichen General-Staats-Procurator bei dem Appelationshofe zu Trier vom 17.5.1819. Ein beredtes Zeugnis legt auch die Versteigerungsrechnung eines Gastwirthes im Kanton Aargau im Jahre 1843 ab: „Darnach wurden an der Steigerung getrunken: 346 Maß Wein zu 30 Rappen, 160 Maß Wein zu 7 Batzen und 66 ½ Maß zu 10 Batzen (...) Nachträglich kamen dazu für in dem Saal zerbrochene Tische, Stühle, Sessel, Stabellen, Glasgeschirr und was im Saal, an der Gipsdecke, Wänden und Gang verschmiert und zerschlagen worden ist (...)“ – Vgl. *Wohler*, Jahresschrift der Historischen Gesellschaft Freiamt 12 [1938], S. 37 f.; während der Versteigerung wurden also erhebliche Mengen Alkohol konsumiert; es muss zu Vandalismus gekommen sein, der den Saal renovierungsbedürftig machte.

⁶⁹ Innenministerielles Verbot des Alkoholausschanks bei gerichtlichen Versteigerungen vom 20.6.1807: „(...) Gleichwohl hat das Ministerium des Innern wahrnehmen müssen, dass es noch wirklich Gerichte im Bergischen gibt, welche ohne Rücksicht auf gedachte Vorschrift bey gerichtlichen Verkäufen Wein und andere Getränke aufsitzen und demnach den Ankäufer bezahlen lassen (...) da es mit der Würde einer öffentlichen Gerichtsstelle gar nicht besteht, die Kauflustigen durch geistige Getränke zum Bieten anfeuern zu wollen: so kann dieser Missbrauch weder im Bergischen noch in einer anderen Provinz des Großherzogthums Berg, wo derselbe etwa herrschen möchte, weiter geduldet werden.“

⁷⁰ Schreiben des für die Kreisgerichte zuständigen Staatsprocurators in Köln an den Königlichen Generaladvokaten G. von Sandt vom 4.9.1817 „(...) Es scheint großen Schwierigkeiten, die es zu vermeiden unmöglich sei, unterworfen zu seyn, bei öffentlichen Verkäufen auf'm Lande die Wirthshäuser als Ort, wo gekauft werden soll, auszuschließen.“

⁷¹ Die ersten Verbote stammen vom März 1770, vgl. *Mannheims/Oberem* (Fn. 19), S. 180. Noch 1824 erscheint beispielsweise auf Veranlassung des Kölner Generalprocurators im Kölner Amtsblatt 1824 eine Verordnung, die die Notare, Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher im Regierungsbezirk auffordert, sich an die Verordnung von 1817 zu halten. 1847 scheint das Problem im Kölner Raum immer noch nicht behoben. Der Generalprocurator Nicolovius schreibt am 6.9.1847 (an den Oberprocurator Grundschöttel): „Wiewohl nun allerdings den Notarien kein direktes Mittel zu Gebote steht, den Genuß geistiger Getränke bei Versteigerungen zu verhindern, so kann es denselben doch nicht an Gelegenheit fehlen, durch ihre Autorität und angemessene Vorhaltungen, sowie durch die Bestimmung der Zeit und die Wahl des Ortes der abzuhaltenden Versteigerungen jenem Überstande entgegen zu wirken.“

⁷² „Erneutes Verbot gegen Verabreichung geistiger Getränke bei Versteigerungen“ vom 17.5.1819 (Fn. 68). Ähnlich „Verbot der Verabreichung geistiger Getränke bei Versteigerungen“ vom 16.4.1817 durch die Königliche Immediat-Commission an den königlichen General-Staats-Procurator bei dem Appelationshofe zu Trier: „(...) Wir setzen zwar voraus, dass die Notarien bei Versteigerungen in ihren eigenen Häusern dergleichen nicht dulden werden; und wenn der gleiche Genuß von Getränken bei öffentlichen Versteigerungen in Wirthshäusern wohl nicht ganz zu vermeiden ist, so wünschen wir doch, dass der missbrauch soviel möglich verhütet und den nachtheiligen Folgen vorgebeugt würde. Wir ersuchen Sie daher (...) die Notariatskammer (...) anweisen zu lassen, dass den Notarien zur Pflicht gemacht werde, bei Verkäufen in den Wirthshäusern darauf zu wachen, dass des geistigen Getränkes nicht zu viel gereicht, wenigstens kein Berauschter zum Bieten zugelassen werde.“ Die Düsseldorf'sche Notariatskammer erwies sich in dem Kampf gegen den Alkoholausschank als besonders erfolgreich. Sie „hatte auch dem Trinken bei Versteigerungen ein Ende gemacht, indem sie ihre Mitglieder verpflichtete, die Versteigerungen nicht mehr in Wirthshäusern, sondern nur noch auf der Amtsstube des Notars oder in der Kammer abzuhalten.“ *Weisweiler* (Fn. 18), S. 89. Nach § 16 des Reglements für Auktionatoren im Gebiet des Allgemeinen Preussischen Landrechts vom 15.8.1848 dürfen die Auktionstermine in der Regel nicht in Wirthshäusern oder in Gebäuden, worin der Ausschank geistiger Getränke betrieben wird, abgehalten werden. „Ist dies unvermeidlich, so hat der Auktionator zuvor die Genehmigung der Ortspolizeibehörde einzuholen.“ § 14 der Versteigererverordnung a.F., der es dem Versteigerer untersagt es „zu(zu)lassen, dass während der Versteigerung in den Versteigerungsräumen geistige Getränke verabreicht werden“, schrieb dieses Verbot in Respekt vor den mit dem Alkoholkonsum verbundenen Gefahren bis in die jüngste Vergangenheit fort.

⁷³ Vgl. *Weisweiler* (Fn. 18), S. 233: „An diesen Gebräuchen hielten die Landbewohner trotz aller Verordnungen und trotz aller Energie des Notars zähe fest. Wurde die Landessitte nicht beobachtet, so machten sie die Versteigerung durch Vereinbarungen, durch Nichterscheinen, durch passive Assistenz oder auch durch nichtbeachtendes lautes Unterhalten oder turbulentes Kartenspiel unmöglich. Daher das Inkraftbleiben des § 270 des im Übrigen aufgehobenen preussischen Strafgesetzbuches vom 14. April 1851, der das Abhalten von Bieten bei notarieller Versteigerung zum strafbaren Vergehen stempelt.“

⁶⁵ *Stubbe* (Fn. 64), S. 22.

⁶⁶ In Grimm's Deutschen Rechtsaltertümern⁴, 1922, S. 159 heißt es unter Hinweis auf einen Beleg aus dem „Nürnberger Journal von und für Franken“ von 1793, S. 43 ff.: „Von seiten des verkäufers wird wein geschenkt, daher: sich einen muth trinken; man hört: trink und streich“ (s.c. biete). *F. Hoffmann*, Der Geschäftsbetrieb der Versteigerer in Preußen², 1902, S. 67, berichtet: „Die unentgeltliche Verabfolgung von Branntwein ist vielfach bei ländlichen Versteigerungen üblich, um durch Beeinträchtigung der Urtheilfähigkeit die Kauflust der Bieter zu steigern.“ Illustrativ ist auch das Schreiben des Notariatssekretärs *Gierlich* vom 12.8.1843 (zitiert nach *Mannheims/Oberem*, (Fn. 19), S. 173): „(...) Unverkennbar lag es in der Absicht des Verkäufers die Köpfe der Steiglustigen zu illuminieren, dass aber in einer Versammlung von Hunderten dieser Kunstgriff bei jedem den erwünschten Erfolg brachte, braucht kaum angeregt zu werden. Einzelne so diesem Getränk ärger zugehan waren, geriethen so successive in den Schuß, stifteten Unordnung, Zank, sogar Prügeleien, störten und hemmten den Verkauf, und brachte der Schnaps meines Dafürhaltens in jeder Weise mehr Schaden wie Nutzen – das Schlimmste bei dieser Sache war, dass der Käufer nicht mit Consequenz handelte und gewöhnlich am anderen Morgen über die im Taumel gemachten Ankäufe den Kopf kratzte.“

⁶⁷ *Anonymus*, (Fn. 64), S. 412, 414.

⁶⁸ Vgl. „Erneutes Verbot gegen Verabreichung geistiger Getränke bei Ver-

Gaststätte unterbunden wurde.⁷⁴ Ähnlich verbreitet wie der Alkoholausschank war in der Mitte des 19. Jahrhunderts im Rheinland wohl der Brauch des Weißbrotwerfens: Dem aktuellen Höchstbieter wurde ein Stück Weißbrot gereicht.⁷⁵ Ob das Weißbrot eine späte Form des Handgeldes darstellt, das als Ausdruck des Vertragsannahmewillens den aktuellen Höchstbieter eindeutig identifizieren und damit „die Handhabung der erforderlichen Ordnung und Ruhe“ unter den Bietern sicherstellen sollte⁷⁶ oder ob der Ursprung des „Weckwerfens“ in der Absicht der Aufweichung unzulässiger Bietabsprachen liegt⁷⁷ oder – was am wahrscheinlichsten ist – schlicht in der Absicht des Verkäufers seinen Ursprung findet, mittels einer Bietbelohnung die Bietbereitschaft anzuheizen und das verbotene Alkoholreichen zu substituieren,⁷⁸ verliert sich im Nebel der Spekulation. Wie der Alkoholausschank wurde das Weißbrotwerfen Mitte des 19. Jahrhunderts verboten, örtlich aber wohl immer wieder gleichwohl praktiziert.⁷⁹ Der Notar *Wiersberg* beschrieb es als „Thatsache (...), daß an mehren Orten ein Steiglustiger zum Bieten auch so lange den Mund nicht aufthut, bis ein Weck fliegt.“⁸⁰ Eine ähnliche Intention wie dem Weißbrotwerfen und dem Alkoholausschank lag – in ungleich nüchterner, aber wirksamer Verpackung – der teilweise verbreiteten Bietregel des *ius primi liciti* zu Grunde: Derjenige, der das erste Gebot machte, erwarb das Recht, den Gegenstand durch eine entsprechende Erklärung zum Gebot des Höchstbieters zu erwerben.⁸¹

Die Interessenkollision, in die der Versteigerer durch seine Stellung zum Einlieferer einerseits und zum Ersteigerer andererseits geraten kann, rief schon früh ein Bedürfnis nach öffentlich-rechtlichen Regelungen hervor, die das Schutzbedürfnis der betroffenen Personen befriedigen sollte: Das „Reglement und Instruction für die Auctionares“ von 1756 bestimmte, dass das Versteigerungsgeschäft in den Händen von „vereidigten Auktionatoren, redlichen vernünftigen Männern“ ruhen solle, die ohne „Parteylichkeit und Eigennutz“ die Geschäfte führen sollen. Das Königreich Frankreich legt 1771 die Tätigkeit des Versteigerers durch Edikt (mit Wirkung auch für die linksrheinischen Provinzen) zunächst in die Hände der „*jurés priseurs*“, vereidigter Taxatoren, rund 20 Jahre später in die Hände der Notare, Gerichtsvollzieher und Gerichtsschreiber.⁸² Ihnen waren nicht nur Zwangsversteigerungen, sondern auch lange Zeit die freiwillige Versteigerung vorbehalten. Das Versteigerungsgeschäft muss so einträglich gewesen sein,⁸³ dass im Regierungsbezirk Köln mancher Gerichtsschreiber sich bei Gerichtsverhandlungen von „Hülfsschreibern“ vertreten lässt, um in dieser Zeit Versteigerungen vornehmen zu können.⁸⁴ Den Gerichtsschreibern wurde daraufhin 1878 das Recht auf Mobilienversteigerungen in Nebentätigkeit entzogen.

Die Tätigkeit des Versteigerers sollte nicht auf Dauer Vorbehaltsbereich der Notare und Gerichtsvollzieher bleiben: Im Geltungsbereich des Allgemeinen Preußischen Landrechts wurde die außergerichtliche Versteigerung durch Auktionatoren bereits früh zugelassen,⁸⁵ die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1869 ließ die Tätigkeit privater Versteigerer als Gewerbe bald auch in anderen Landesteilen zu und überwand damit die in den einzelnen Ländern bestehenden Ausübungsschranken einschließlich der damit einhergehenden Rechtszersplitterung.⁸⁶ Die Gewerbefreiheit öffnete Privaten dieses lukrative Tätigkeitsfeld bei freiwilligen Versteigerungen in vollem Umfang. Versteigerungen erfreuten

sich fortan zunehmender Beliebtheit. Sie entwickelten sich von einem reinen Gebrauchtwarenmarkt zu einem Instrument der Vermarktung sowohl neuer als auch gebrauchter Güter aller Art. Meyers Konversations-Lexikon konstatiert im Jahre 1890: „Während früher neue Waren nur in ganz besonderen Fällen (zum Beispiel beim Konkurs) im Weg der Versteigerung veräußert wurden, wählten jetzt vielfach die Inhaber von Warenlagern diese Form an Stelle des gewöhnlichen Verkaufs. Es wird dadurch meist ein sicherer und rascher, auch vorteilhafter Absatz erzielt.“⁸⁷ Gewerbetreibende brachen

⁷⁴ Art. 41 des Décret portant réglemeent sur l'organisation et le service des huissiers, Gerichtsvollzieherordnung vom 14.6.1813; ferner Verbot des Betriebes eines Gewerbes durch Gerichtsvollzieher vom 6.7.1821; Verbot des Betriebes eines Gewerbes durch Notarien und deren Frauen vom 10.6.1822.

⁷⁵ Vgl. etwa die „Replik“ des Notars Stündeck in Rheinbach an den Kölner Oberprokurator Grundschötel vom 31.8.1843: „Der Gebrauch der Weißbrot-Spende besteht darin, daß der Ausrufer, welche eine Stellung einnimmt, von wo aus er das gesamte im Verkaufs-Lokale versammelte Publikum bequem überschauen kann, aus einem ihm zur Seite stehenden Korbe jedem Aufbietenden einen und bei beträchtlichen Aufgeboten auch mehrere Semmel zuteilt.“ Ist das gesamte Weißbrot vergriffen, bevor das Bieten ein Ende gefunden hat, soll der Verkäufer das bereits verteilte Brot wieder von den Bietern angekauft und erneut ausgeteilt haben. Diese Erwerbsquelle soll manchen Bieter dazu motiviert haben, allein um des Weißbrotes willen zu bieten, berichtet ein Friedensrichter in Hennef 1843.

⁷⁶ So die Behauptung des Notars Stündeck in seiner oben (Fn. 75) genannten „Replik“: „Die Hingabe aber und Annahme dieser Gabe, gilt wie die römische *arrah*, als Zeichen des festen Willens des betreffenden; zugleich wird dadurch das Faktum des geschehenen Aufgebots sicher und in einer vom gesamten Publikum leicht zu überwachenden Weise konstatiert.“

⁷⁷ Diese Behauptung stellt der Notar Wiersberg am 30.11.1843 in einem Schreiben an den Kölner Oberprokurator auf. Abgedruckt bei *Mannheims/Oberem* (Fn. 19), S. 184.

⁷⁸ Vgl. etwa Schreiben des Friedensrichters Maurmann aus Eitdorf vom 22.7.1843: Er schreibt, der Sinn des Weißbrotwerfens bestehe darin, dass „durch die, auf Erregung der Lizitationslust gerechnete, Darreichung des Brodes ein Mehrgebot bewirkt werden soll und wohl in der That auch bewirkt wird“, zitiert nach *Mannheims/Oberem* (Fn. 19), S. 178). Für diese Herleitung spricht insbesondere, dass der Verkäufer mit dem Weißbrotwerfen in den meisten Gegenden erst einsetzte, als der Wert des zu versteigernden Gegenstandes erreicht war und die Zahl der gereichten Bröthen mit dem Anstieg der Gebote progressiv vermehrt wurde.

⁷⁹ Die Zahl der örtlich anzutreffenden Versteigerungsbäuche war groß. Aus den Gegenden von Heimerzheim, Dünstekoven, Ollheim und Miel wird die Gewohnheit berichtet, einen Teller mit Schnupftabak hinzustellen, von dem sich jeder Bieter eine Prise nehmen darf. Anderenorts wurden Brezeln oder Rosenkränze als Bietbelohnung verteilt. Vgl. *Mannheims/Oberem* (Fn. 19), S. 180; *Weisweiler* (Fn. 18), S. 90.

⁸⁰ Schreiben des Notars Wiersberg am 30.11.1843 (zitiert nach *Mannheims/Oberem* (Fn. 19), S. 184).

⁸¹ *Henning* (Fn. 52), Sp. 829, 830.

⁸² *Mannheims/Oberem* (Fn. 19), S. 35 f.

⁸³ Einen Beleg für die Attraktivität der freiwilligen Versteigerungstätigkeit liefert die Anzeige des Bonner Gerichtsschreibers Bühl im Bonner Wochenblatt vom 28.11.1824, S. 4 [zitiert nach *Mannheims/Oberem* (Fn. 19), S. 42]: „Indem beinahe alle freiwilligen Mobilien-Versteigerungen des Kreises Bonn bisher nur durch die Herren Notaren und Gerichtsvollzieher geschehen und dieses in der Meinung mich bestätigt, dass das Publikums dafür halte, als wenn nur durch diese die erwähnten Verkäufe geschehen dürften, so wird demselben unterhalten, dass gemäß den Gesetzen die Gerichtsschreiber ebenfalls berechtigt seien freiwillige Mobilienverkäufe öffentlich abzuhalten. Bonn, den 21. Nov. 1824 der Gerichtsschreiber Bühl.“

⁸⁴ Vgl. justizministerielles Schreiben an den königlichen Generalprokurator Ruppenthal vom 9. Dez. 1831, nachgewiesen bei *Mannheims/Oberem* (Fn. 19), S. 43.

⁸⁵ Vgl. das „Reglement für die außergerichtlichen Auktionatoren“ vom 15.8.1848.

⁸⁶ Die Entwürfe zur Norddeutschen Gewerbeordnung aus den Jahren 1868 und 1869 wollten noch der Landesgesetzgebung die Befugnis vorbehalten, das Gewerbe der Auktionatoren einem repressiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu unterstellen. Vgl. *Ehrenberg* (Fn. 53), S. 19, 21.

⁸⁷ *Meyers Konversations-Lexikon*⁴, Bd. 16, 1890, Sp. 390.

sich in zunehmendem Ausmaß in dem wachsenden Wirtschaftszweig privater Versteigerungen Bahn.

Die neuen Möglichkeiten schufen auch neue Gefahren. Die Versteigerung als komplexe Verkaufsveranstaltung, in der Emotion und gesellschaftliche Interaktion das Ergebnis stark beeinflussen können, eröffnete zahlreiche Missbrauchsmöglichkeiten. Versteigerungstermine wurden systematisch auf die Lohntüten der Arbeitnehmer abgestimmt: Sie wurden bevorzugt an Samstagabenden abgehalten, nachdem die Arbeiter vormittags ihren Lohn erhalten hatten.⁸⁸ Die meist schlechte künstliche Beleuchtung erschwerte abends eine Prüfung des Gegenstandes. Eine Hamburger Verordnung verbot daher bald Versteigerungen nach Sonnenuntergang.⁸⁹ Meyers Konversations-Lexikon⁹⁰ klagt: „Das Publikum, durch Reklamen gelockt, auch von der Meinung ausgehend, man kaufe in Auktionen billiger als sonst, wird vielfach getäuscht.“

Zum Schutz vor Missbrauch sah eine Novelle zur Gewerbeordnung von 1889 Sonderregelungen für Versteigerer vor. Die „Geschäfte eines Auktionators“ konnten nach § 35 III a.F. der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 1.7.1883 wegen Unzuverlässigkeit untersagt werden. 1934 unterwarf das Gesetz über das Versteigerergewerbe⁹¹ das Versteigerergewerbe einer Erlaubnispflicht und machte die Erlaubnis von der Zuverlässigkeit des Bewerbers sowie einer Bedürfnisprüfung⁹² abhängig. Mit der 4. Novelle zur GewO vom 5.2.1960⁹³ wurden die Regelungen über das Versteigerergewerbe wieder in die GewO zurückgeführt und der neue § 34b GewO geschaffen.

III. Zum Boom der Versteigerung im 20. Jahrhundert

Mit der Erfindung des Internet verändert die Versteigerung ihr Gesicht und erhöht ihre Attraktivität. Sie wird von dem Ort des Versteigerungslokals unabhängig und erreicht über ein wenig kostenaufwändiges und transparentes Absatz- und Beschaffungssystem eine potenziell unbeschränkte Zahl von Teilnehmern. Die Suchkosten für die Kunden verringern sich; Anbieter sind besser und schneller über Marktbedürfnisse informiert; Marktzutrittsbarrieren schwinden. Der Markt wird transparenter und offener. Er überwindet Grenzen und Sprachbarrieren. Die dramaturgische Rolle des klassischen Auktionators als eines Maklers der Käufer- und Nutzerinteressen wird abgelöst durch die Funktionalität einer Handelsplattform, die Infrastruktur für marktliche Austauschprozesse bereitstellt.⁹⁴ Die ersten Online-Auktionen wurden 1979 in dem Computersystem „Micronet“ abgehalten, das später unter dem Namen *Compuserve* bekannt wurde. Mit der Gründung der Plattform „eBay“ in den USA im Jahre 1995 durch *Pierre Omidyar* nahm dann eine beispiellose Erfolgsgeschichte ihren Anfang. Der Gründungslegende zufolge soll eBay ursprünglich dazu gedient haben, die Pez-Sammlung der Verlobten von *Omidyar* zu erweitern. eBay wurde rasch zum größten Auktionshaus der Welt. Die Zahl von Online-Auktionsplattformen ist seither explosionsartig gestiegen und nahezu unüberschaubar geworden. Auktionen gehören zu den am schnellsten wachsenden Dienstleistungen im Internet.

Internet-Auktionen verbinden nicht lediglich als elektronische Endverbrauchermärkte (sog. *consumer to consumer*-Auktionen) das Chaos und spielerische Element eines Flohmarktes mit den geregelten Handelsabläufen der Börse, son-

dern erweisen sich auch für gewerbliche Anbieter als hilfreiches Instrument der Marktteilhabe, etwa beim Einkauf von Rohstoffen,⁹⁵ Fertigungsmaterialien oder Ausrüstungsgegenständen (*business to business*-Auktionen)⁹⁶ oder um Konsumgüter an Endkunden zu veräußern (sog. *business to consumer*-Auktionen)⁹⁷. Gerade bei kleinen und mittelständischen Betrieben erfahren sie großen Zuspruch. Sie können über derartige Auktionen ohne großen Investitionsaufwand am dynamischen Welthandel teilnehmen. Auktionen helfen den Unternehmen, Lagerbestände zu reduzieren, Sonderverkäufe einzuleiten oder Aufträge zu akquirieren und fügen sich damit hervorragend in das *just-in-time*-Konzept moderner Vertriebsstrukturen ein. Neben der Versteigerung als *Anbieter*-veranstaltung findet sich immer häufiger auch die umgekehrte Variante: Käufer schließen sich zu Bietergemeinschaften zusammen, um ihre Kaufkraft zu bündeln und über den Mengenrabatt einen Einkaufsvorteil zu erzielen (sog. *Co-Shopping* bzw. *Powershopping*).⁹⁸ Das Produkt wird umso günstiger, je mehr Bieter sich für dieses Produkt innerhalb einer bestimmten Zeitspanne finden. Der Bieter trägt dabei das Risiko, dass sich nicht genügend Bieter finden, um den Preis nach unten zu drücken. Die deutschen Gerichte stufen das Powershopping als wettbewerbswidrig ein. Es handele sich um ein übertriebenes Anlocken, einen Verstoß gegen § 1 UWG (jetzt §§ 3, 4 Nr. 1 Alt. 3 UWG). Die spekulativen Elemente der Teilnahme würden den Käufer davon abhalten, seine Kaufentscheidung allein nach Maßgabe der Preiswürdigkeit der Ware zu treffen. Zugleich nahmen sie einen Verstoß gegen das, inzwischen aufgehobene, Rabattgesetz an.⁹⁹

⁸⁸ *Olshausen* (Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 30 [1906], S. 57, 104) berichtet von der Erfahrung, dass „eine Anzahl von Auktionatoren regelmäßig an Sonnabendenden Auktionen von Gebrauchs- und Schmuckgegenständen veranstalteten, zu denen infolge der Lage des Lokals und auf sonst geeignete Weise nahezu ausschließlich die Arbeiter als Bieter herangezogen wurden, und auf denen diese Arbeiter auf die raffinierteste und systematische Weise beschwindelt und um einen großen Teil ihres Wochenlohns gebracht wurden.“

⁸⁹ *Olshausen* (Fn. 88), S. 104.

⁹⁰ *Meyers Konversations-Lexikon* (Fn. 87), Sp. 390.

⁹¹ Gesetz vom 16.10.1934 (RGBl. I S. 974, 1111) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.2.1938 (RGBl. I, S. 202).

⁹² Diese entfiel später jedoch wegen ihrer Unvereinbarkeit mit Art. 12 GG. Vgl. *Bleutge*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 34b Rn. 1 (48. EL 2006).

⁹³ BGBl. I S. 61.

⁹⁴ In dieser Besonderheit von Internet-Auktionen liegt zugleich auch der tiefere Grund, weshalb § 34b GewO nicht auf online-Auktionshäuser Anwendung findet. Dazu *Martini*, in: Dietlein (Hrsg.), Beck-OK, GewO, § 34b Rn. 21 f. m.w.N. Vgl. zu der (durch den BGH verneinten) Frage, ob es sich bei Internet-Auktionen wie eBay um eine Versteigerung i.S.d. § 156 BGB handelt: BGH NJW 2005, 53 ff.; *Krois/Naber*, BLJ 2007, 77 ff. (in diesem Heft).

⁹⁵ Mehrere Mineralölfirmen haben bspw. unter www.oceanconnect.com einen Internetmarktplatz für Schiffsöl gegründet. Er ermöglicht Reedereien, unter den Anbietern Angebote zur Betankung eines Schiffes einzuholen, das zu einem bestimmten Zeitpunkt einen bestimmten Hafen anläuft, und den Auftrag innerhalb eines festgelegten Zeitraums ersteigern zu lassen.

⁹⁶ Vgl. dazu und den sich stellenden kartellrechtlichen Folgeproblemen *Tröller*, RIW 2005, 8 ff.; *Gounalakis/Lochen*, ZHR 2003, 632 ff.

⁹⁷ *Business to consumer*-Auktionen werden vornehmlich im sog. *After-sales*-Bereich als Verkaufsinstrument eingesetzt. Die Unternehmen profitieren hier von geringem Personalaufwand und geringen Vorhaltekosten.

⁹⁸ Vgl. dazu etwa *Heckmann*, NJW 2000, 1370, 1371; *Nordemann*, NJW 2001, 2505, 2511.

⁹⁹ Vgl. OLG Hamburg K & R 2000, 135 f.; LG Köln K&R 2000, 137 f.; LG Nürnberg-Fürth MMR 2000, 640; LG Köln MMR 2001, 54 f.; OLG Hamburg AfP 2000, 536; OLG Köln ZIP 2001, 1214 ff.

Mit der wachsenden wirtschaftlichen Bedeutung von Online-Auktionen und ihrem Vordringen in sehr unterschiedliche Lebensbereiche werden auch ihre Schattenseiten sichtbar.¹⁰⁰ Da Auslesekriterium regelmäßig alleine der Preis ist, induzieren Online-Auktionen die Gefahr eines eindimensionalen ruinösen Preiskampfes, der die Qualität der Produkte dem Preiswettbewerb zu opfern vermag. Die negativen Erfahrungen des römisch-rechtlichen Lizitationsverfahrens (vgl. dazu oben S. 70 mit Fn. 39) geben der elektronischen Auktion insoweit ein mahndendes Beispiel.

Nahezu zeitgleich mit dem Boom der Internet-Auktionen trat die Versteigerung ihren Siegeszug in der öffentlich-rechtlichen Verteilungslenkung an. Im Zuge einer durch Ökonomisierung geprägten gesellschaftspolitischen Entwicklung brach sich der Gedanke Bahn, die Effizienzfunktion des Marktes auch bei der Zuteilung knapper, staatlicher Verwaltung unterworfenen Güter dienstbar zu machen. Erste Früchte trug der Gedanke bei der Verteilung von Rohstoffabbaurechten. Die USA begannen Mitte der 50er Jahre des 20. Jahrhunderts, die Erdöl- und Erdgasförderrechte auf ihrem Festlandsockel¹⁰¹ zu versteigern.¹⁰² Bis zur Ausdehnung der Versteigerungs-idee auf andere staatlicher Verwaltung unterworfenen Ressourcen vergingen allerdings Dekaden. Die bereits in den 20er Jahren durch *Leo Herzl*¹⁰³ erhobene und später durch *Ronald Coase*¹⁰⁴ aufgegriffene Forderung, knappe Frequenznutzungsrechte im Interesse effizienter Nutzung im Wege der Versteigerung zuzuteilen, verhallte zunächst ungehört. Es war Neuseeland, das als weltweit erster Staat im Dezember 1989 auf der Grundlage des *Radio Communication Act* eine Versteigerung von Frequenznutzungsrechten durchführte und damit zum Vorreiter in der Umsetzung der Idee der Frequenzzuteilung im Wege der Versteigerung avancierte.¹⁰⁵ Die USA folgten 1993. Hier fielen die Bedenken gegen Versteigerungsverfahren erst unter dem Eindruck eines großen Haushaltsdefizits – ein nicht gerade beruhigender Befund.¹⁰⁶ Inzwischen kennt die Mehrzahl der Industriestaaten eine Versteigerung knapper staatlich verwalteter Güter.¹⁰⁷ Der Frequenzversteigerung könnte über das Paradigma des Telekommunikationsrechts hinaus Modellcharakter für die Knappheitsverwaltung insgesamt zuwachsen. Die mit ihr notwendig verbundene Generierung von Einnahmen und ihre spieltheoretischen Implikationen¹⁰⁸ werfen grundlegende Fragen finanzverfassungsrechtlicher wie grundrechtlicher Natur auf. Die Versteigerung steht in der Gefahr, eine Büchse der Pandora zu öffnen, die die Grundrechtsverwirklichung dem Diktat des Geldes und staatlichem Kommerzialisierungsstreben opfert. Erinnerungen an die Gepflogenheiten des mittelalterlichen Ablasshandels („Die Seele in den Himmel springt, wenn die Münze erst im Kasten klingt“)¹⁰⁹ und den feudalistischen Regalien- und Pfründestaat werden wieder wach. Die hoheitliche Zuteilung im Wege der Versteigerung bewegt sich auf einem schmalen Grat zwischen staatlicher Pleonexie und sachgerechter Wahrnehmung von Verteilungsverantwortung, zwischen Sumpflüte des Ökonomismus und dem Bedürfnis nach effizienter Ausnutzung knapper Ressourcen.¹¹⁰ Ihre auf dem Reißbrett logischer Deduktion aus der Effizienzfunktion des Marktes entworfene Instrumentalisierung für Zwecke hoheitlicher Verteilungslenkung droht die spieltheoretischen Implikationen und Eigendynamiken dieses Zuteilungsmechanismus, insbesondere die Risiken der (bei staatlich verwalteten Gütern typischen) *ex ante*-Wertunsicherheit leicht aus den Augen zu verlieren.¹¹¹

Das muss die Versteigerung als Zuteilungsmechanismus nicht als solche diskreditieren, schränkt ihren zulässigen Wirkradius aber signifikant ein und verlangt besondere Aufmerksamkeit und Vorsicht bei dem Versuch, sie als Teil praktischer Rechtspolitik in die hoheitliche Verteilungsordnung zu implementieren. Diese Vorsicht scheint der moderne Gesetzgeber nicht immer in dem gebotenen Umfang obwalten zu lassen.

C. Epilog

Ein Seitenblick auf die Kulturgeschichte der Versteigerung bringt teilweise überraschende Erkenntnisse über die Vielfalt ihrer Erscheinungsformen ans Tageslicht und zeigt über den reinen privatrechtlichen Gütertausch hinausreichende Fa-

¹⁰⁰ Der wachsenden Bedeutung korrespondiert eine Flut ungeklärter Rechtsfragen wettbewerbsrechtlicher wie auch gewerberechtlicher und allgemein vertragsrechtlicher Natur sowie Fragen des Internationalen Privatrechts, des Datenschutzes und des gewerblichen Rechtsschutzes, die ihrer abschließenden Klärung harren. Zu der wachsenden Literatur hierzu vgl. *Amor* (Fn. 9), S. 23 ff.; *W. Bullinger*, WRP 46 (2000), 253 ff.; *Gurrmann*, Internet-Auktionen, 2005; *Heckmann*, NJW 2000, 1370 ff.; *Hoffmann/Höpfner*, EWS 14 (2003), 107 ff.; *Hollerbach*, DB 2000, 2001 ff.; *Huppertz*, MMR 2000, 65 ff.; *Krois/Naber* (Fn. 94); *Krugmann*, NVwZ 2001, 651 ff.; *Leible/Sosnitza* (Hrsg.), Versteigerungen im Internet, 2004; *Mankowski*, EWiR 2000, 415 f.; *Müller/Petri*, RTKom 2001, 153 ff.; *Wilmer*, NJW-CoR 2000, 94 ff.; *Schöne/Vohwinkel*, Jura 2001, 680 ff.; *Spindler/Wiebe* (Hrsg.), Internet-Auktionen, 2001, S. 1 ff.; *Stögmöller*, K&R 1999, 391 ff.; zur Haftung von Internetauktionshäusern: *Leible/Sosnitza*, WRP 2004, 592 ff.

¹⁰¹ Festlandsockel ist der (nicht zum staatlichen Gebiet gehörende) Meeresboden, der sich über die gesamte natürliche Verlängerung des küstenstaatlichen Landgebiets bis zur äußersten Kante des Kontinentalrandes (*continental margin*) erstreckt. Er reicht grundsätzlich 200 sm ab der der Basislinie in das Meer hinein, kann aber auch ausnahmsweise bis 350 sm oder darüber hinaus reichen (vgl. Art. 76 I-VIII des UN-Seerechtsübereinkommens).

¹⁰² Art. 81 des Seerechtsübereinkommens weist den jeweiligen Küstenstaaten das „ausschließliche Recht zu, Bohrarbeiten auf dem Festlandsockel für alle Zwecke zu genehmigen und zu regeln“. Vgl. *Hartung*, Verfahren zur Nutzung erschöpfbarer Ressourcen – Das Beispiel einer Versteigerung von offshore-Förderrechten in den USA, 1986; aus auktionstheoretischer Sicht *Cox/Isaac/V. Smith*, Supreme Court Economic Review 2 (1983), S. 43 ff.; *Dam*, oil resources – who gets what how?, 1976, S. 147 ff.

¹⁰³ *Herzl*, Univ. Chicago Law Review 18 (1951), S. 802, 809.

¹⁰⁴ *Coase*, Journal of Law & Economics 2 (1959), S. 1 ff.

¹⁰⁵ Vgl. dazu etwa *M. Mueller*, Information Economics and Policy 5 (1993), S. 159 ff.; *Felder*, Frequenzallokation in der Telekommunikation, 2004, S. 257 ff.; *Productivity Commission 2002*, Radiocommunications, Report no. 22, 2002, S. 169.

¹⁰⁶ *Bourdeau de Fontenay*, Communications & Strategies 36 (1999), S. 111 (114); *Noam*, Journal of Law & Economics 41 (1998), 765 ff.; Auktionstheoretiker heben den Aspekt staatlicher Einnahmeerzielung gerne unverhohlen als Vorteil von Auktionen hervor, vgl. z.B. *McMillan*, Telecommunications Policy 19 (1995), S. 191 (193).

¹⁰⁷ Einen Überblick liefern bspw. *Felder*, Frequenzallokation in der Telekommunikation, 2004, S. 249 ff.; *Ph. Jehiel/B. Moldovanu*, The European UMTS/IMT-2000 Licence Auctions; *P. Klemperer*, Auctions: Theory and practice, 2004, S. 151 ff.; *Pat/Valetti*, Rivista di Politica Economica 91 (2001), 59 ff. Deutschland hat die gesetzlichen Grundlagen in § 61 TKG geschaffen.

¹⁰⁸ Insbesondere die Gefahr der Bieterkollusion und des sog. Fluchs des Gewinners; vgl. dazu *Martini* (Fn. 14), S. 261 ff.

¹⁰⁹ Die Losung geht zurück auf die dem Ablasskrämer *Johann Tetzel* zugeschriebenen Worte „sobald der pfennige ins becken geworffen und clünge sobalde vere die sele, dafür es geleet, ym himmel“. *Hans Sachs* machte daraus 1532 in seinem sang „Die Wittengerisch Nachtigall, die man yetz höret vberall“: „(...) bald der guldin im Kasten klinget, die Seel sich auff gem hymel schwinget“.

¹¹⁰ *Schachtschneider*, Lizenzversteigerung – eine Sumpflüte des Ökonomismus, FAZ v. 7.9.2000, S. 11.

¹¹¹ Vgl. dazu *Martini* (Fn. 14), S. 261 ff., 273 ff. sowie *ders.*, Der Markt in der hoheitlichen Verteilungsordnung – Möglichkeiten und Grenzen einer marktgesteuerten öffentlich-rechtlichen Verteilungslenkung (im Erscheinen), S. 528 ff. des Manuskripts.

cetten eines vielschichtigen Rechtsinstruments auf, die Abschluss über das Wesen und Gefahrenpotenzial eines als ökonomischer Austauschsachverhalt konzipierten Rechtsinstituts liefern. Die Versteigerung erschöpft sich entgegen landläufiger Vorstellung nicht in einer uniformen Gestaltung, sondern steht als Sammelbegriff für eine Vielzahl von Erscheinungsformen der öffentlichen Zuteilung von Gütern gegen Meistgebot. Indem sie ausschließlich quantifizierbare Entscheidungsparameter zum Auswahlkriterium erhebt, bleibt ihre Auswahlwirkung auf rechnerisch erfassbare Messgrößen beschränkt. Sie ist strukturell nicht in der Lage, Qualität (etwa

von Auftragsgeboten), Zuverlässigkeit oder andere materielle Kriterien zu messen. Anders als ein blinder Glaube an die Versteigerung als ökonomischem Austauschsachverhalt glauben macht, erschöpfen sich Versteigerungen auch nicht in einer *forme pure du marché*, sondern sind als auf Interaktion angelegter Prozess auch das Ergebnis sozio-ökonomischen Spiels, das von Emotionalität, Geltungsstreben und Irrationalität ebenso beeinflusst sein kann wie sonstiges menschliches Verhalten. Dass die Versteigerung gemeinhin als Paradigma rationalen menschlichen Verhaltens gehandelt wird, darf insoweit auch als eine Ironie der Geschichte gelten. ■

Christopher Krois, LL.B., und Wiss. Mitarbeiter Sebastian Naber, LL.B., Hamburg*

Das verbraucherschützende Widerrufsrecht bei eBay-Auktionen

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des verbraucherschützenden Widerrufsrechts bei Internetauktionen – einer Thematik, die nicht nur für die anwaltliche Beratungspraxis, sondern auch für Studium und Juristische Staatsprüfung¹ zunehmend an Relevanz gewinnt.

A. Einführung

I. Wachsende Bedeutung...

In Deutschland gibt es offenbar einen Wirtschaftszweig, der stets nur von einem Hoch zum nächsten² eilt: Die Rede ist vom Internethandel, neudeutsch E-Commerce. Die diversen Gestaltungen des Fernabsatzes via Internet dominiert dabei die Auktion, für die wiederum – schon fast synonym³ – der Name eBay steht: Die derzeit mehr als 20 Millionen deutschen eBay-Mitglieder schließen im Sekundentakt Verträge, deren Gegenstände von alltäglichen Gebrauchsgütern über Südseeinseln bis hin zum millionenteuren Düsenjet reichen.

II. ...bei zunehmender Rechtsunsicherheit

Allerdings zeigen sich in jüngerer Zeit auch zunehmend die Schattenseiten der so beliebten, da scheinbar unkomplizierten und kostengünstigen Absatzmethode „Internetauktion“. Ihren Ursprung findet diese Entwicklung in einem folgenreichen – und in der Literatur teils heftig kritisierten – Urteil des BGH,⁴ in dem dieser entschied, dass Verbraucher nach § 312d I 1⁵ Verträge widerrufen können, die sie mit Unternehmern über eBay abgeschlossen haben (dazu B.).⁶ Seitdem ist in der Wissenschaft ebenso umstritten wie in der Praxis unklar, welche Anforderungen das Widerrufsrecht an unternehmerisch tätige Internetversteigerer stellt (dazu C.). Der folgende Beitrag widmet sich der Aufgabe, etwas Licht ins Dunkel dieser beiden Problemkreise zu bringen.

B. Drei, zwei, eins... wirklich meins? – Zum Bestehen eines Widerrufsrechts bei eBay

Wie soeben erwähnt, entschied der BGH Ende 2004, dass einem Verbraucher i.S.d. § 13 bei Abschluss eines Vertrages mit einem Unternehmer i.S.d. § 14 über eBay ein Widerrufsrecht nach § 312d I 1 zustehe (dazu I.), auf das – und daran knüpft die teils recht kritische Würdigung dieser Entscheidung in der Literatur an – der Ausschlussstatbestand des § 312d IV Nr. 5 keine Anwendung finde (dazu II.).

I. Widerrufsrecht nach § 312d I 1

Da das Internet Fernkommunikationsmittel i.S.d. § 312b I, II ist, steht bei über Auktionsplattformen geschlossenen Verträgen⁷ zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher letzterem gem. § 312d I 1 grds. ein Widerrufsrecht zu. Dass der Unternehmer meist nicht Betreiber der Plattform sein wird, ist unschädlich, da § 312b I diesbezüglich nicht differenziert.⁸ Etwas anderes gilt nur für den vom Unternehmer zu beweisenden Ausnahmefall („es sei denn“), dass er keinerlei organisatorische Maßnahmen für den Fernabsatz trifft, sondern allenfalls gelegentlich Waren über eBay veräußert.⁹

II. Ausschluss nach § 312d IV Nr. 5

Der eigentliche Streit entzündet sich erst an der Frage, ob für Internetauktionen, wie eBay sie durchführt, der Ausschlussstatbestand des § 312d IV Nr. 5 greift.

1. Wortlaut: Verweis auf § 156

Seinem Wortlaut nach erfasst § 312d IV Nr. 5 Fernabsatzverträge „in der Form von Versteigerungen (§ 156)“. Zu klären ist daher zunächst, welche Vorgaben § 156 für den Vertragsschluss bei Versteigerungen aufstellt (dazu a.), und ob eBay-Auktionen diesen genügen (dazu b.).

* Christopher Krois (Bearbeitung Teil B.) ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg. Sebastian Naber (Bearbeitung Teil C.) ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Matthias Jacobs (Bucerius Law School, Hamburg).

¹ Vgl. etwa die Examensklausur bei *Deutsch*, JA 2006, 346 ff.

² Vgl. etwa die Prognose des Hauptverbands des Deutschen Einzelhandels (HDE), der eine Umsatzsteigerung von 12 Prozent allein für 2007 voraussetzt, Handelsblatt Nr. 36 v. 20.2.2007, S. 2.

³ Vgl. nur *Noack*, AnwBl. 2004, 602 ff. („eBay-Recht“).

⁴ BGH NJW 2005, 53 ff.

⁵ Normen ohne nähere Bezeichnung sind im Folgenden solche des BGB.

⁶ Ein weiteres Problem ist die – infolge der Nichtanwendbarkeit des § 474 I 2 – fehlende Möglichkeit, einen vertraglichen Haftungsausschluss zu vereinbaren; vgl. hierzu ausführlich und krit. *Braun*, CR 2005, 113, 116-118.

⁷ Vertragsgegenstand muss nach § 312b I allerdings die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen sein. Zu den erfassten Vertragstypen vgl. etwa *Heinrichs*, in: Palandt (Begr.), Kommentar zum BGB⁶⁶, 2007, § 312b Rn. 10 ff.

⁸ *Teuber/Melber*, MDR 2004, 185, 187.

⁹ Vgl. etwa *Heinrichs*, in: Palandt (Fn. 7), § 312b Rn. 11; *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁵, Bd.2, 2007, § 312b Rn. 51.

a) Gehalt des § 156

Um zu verstehen, welche Relevanz § 156 für die – bereits seit dem ausgehenden Mittelalter¹⁰ – für Versteigerungen diskutierte Vertragsschlussproblematik zukommt, lohnt sich ein kurzer historischer Rückblick:

Denn eben diese Frage war vor Schaffung des BGB Gegenstand eines bemerkenswerten juristischen „Schlagabtauschs“,¹¹ der seinen Anfang in einem Beitrag *E. Kindervaters* nahm, in dem dieser die Auffassung vertrat, bei einer Versteigerung stelle bereits das Ausgebot einen bindenden Antrag auf Abschluss eines Vertrags dar; daher komme durch ein jedes abgegebene Gebot ein Kaufvertrag unter der aufschiebenden Bedingung zustande, dass bis zum Ende der Versteigerung – sei es durch Zuschlag oder infolge Zeitablaufs – kein höheres Gebot abgegeben werde.¹²

Dem trat *Rudolf von Jhering* mit dem Argument entgegen, das Ausgebot einer Sache an eine *persona incerta* ohne *pretium certum* könne nicht tauglicher Antrag auf Abschluss eines Vertrags, sondern lediglich *invitatio ad offerendum* sein.¹³ Zudem könnten die anwesenden Bieter andernfalls einfach verabreden, nur einen Bruchteil des Werts der zu versteigern Sache zu bieten, so dass der Versteigerer letztlich gezwungen wäre, die Sache zum Spottpreis herzugeben.¹⁴ *Von Jhering* sah daher den Antrag erst in der Gebotsabgabe und im Zuschlag dessen Annahme.¹⁵

Vollends durchsetzen konnte sich letztlich keiner von beiden. Bei der Schaffung des BGB schloss man sich vielmehr *Bernhard Windscheid* an. Anders als *von Jhering* erachtete er das Modell *Kindervaters* für rechtlich ebenso möglich,¹⁶ war jedoch – wohl im Hinblick auf eine andernfalls mögliche Bieterkollusion – der Ansicht, dass im Zweifel (!) das Ausgebot im Sinne der Ansicht *von Jherings* bloße *invitatio ad offerendum* sein sollte.¹⁷ Eben diese Aussage traf denn auch § 90 des Ersten Entwurfs zum BGB, demzufolge bei einer Versteigerung „im Zweifel der Vertrag erst dann geschlossen [sein sollte], wenn auf ein Gebot der Zuschlag erfolgt ist.“

Erst in der Vorkommission des Reichsjustizamtes wurden die Worte „im Zweifel“ gestrichen, um „zum Ausdruck zu bringen, daß es sich bei beiden Sätzen nicht um bloße Auslegungsregeln [...] handle, [sondern] ihnen die erhöhte Bedeutung dispositiver Rechtssätze zukomme.“¹⁸ Mithin wurde in § 156 der gemeinrechtliche Streit dahingehend entschieden, dass das Ausgebot zum Schutze des Anbieters bloße *invitatio ad offerendum* ist – das allerdings nur, sofern es an einer anderweitigen Parteivereinbarung fehlt.

b) Der Vertragsschluss bei eBay

Für eBay-Auktionen wird der Vertragsschluss ausführlich in § 10 I der eBay-AGB¹⁹ geregelt.²⁰ Danach ist das Einstellen eines Artikels ein bindender Antrag, der durch Abgabe eines Gebots unter der aufschiebenden Bedingung angenommen wird, dass innerhalb der Auktionszeit kein höheres Gebot erfolgt.²¹ Anders gewandt: Bei eBay-Auktionen wird von § 156 abgewichen – und zwar zugunsten eben jener Konstruktion, die einst *Kindervater* für Versteigerungen im Blick hatte.

c) Zwischenfazit

Damit lässt sich festhalten: eBay-Auktionen sind zwar Versteigerungen – jedoch nicht solche nach dem Modell des § 156.²² Die Streitfrage, ob es für den Ausschluss des Widerrufsrechts gerade darauf ankommen soll, dass eine Versteige-

rung nach dem dispositiven Modell des § 156 und nicht dem *Kindervaters* erfolgt, oder ob die Bezugnahme auf § 156 nicht als (letztlich überflüssiger) allgemeiner Hinweis²³ auf diese Vorschrift zu verstehen ist, lässt sich unter Berücksichtigung allein des Wortlauts indes nicht entscheiden.

2. Systematik: Ausnahmevorschrift

„Für eine restriktive Handhabung [...] und damit gegen eine erweiternde Auslegung“²⁴ auch auf eBay-Auktionen führte der BGH unter anderem die systematische Stellung des § 312d IV Nr. 5 als Ausnahmevorschrift an.

Abgesehen davon, welches Gewicht man der Regel *singularia non sunt extendenda* generell beimessen möchte, spricht gegen diese Argumentation jedoch, dass der Widerruf selbst bereits Ausnahme ist – nämlich vom Grundsatz *pacta sunt servanda*. Auf Grundlage dieser Erkenntnis stellte sich dann aber die Frage, ob nicht die Ausnahme von der Ausnahme wiederum – gleichsam ausnahmsweise – weit ausgelegt werden müsste. Spätestens hier zeigt sich, dass derartige systematische Erwägungen nur begrenzt hilfreich sind.²⁵

¹⁰ Detailliert zur Historie *Rüfner*, JZ 2000, 715, 716 f.

¹¹ *Kindervater*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (später: *Jherings Jahrbücher* = JhJb) 7 (1865), 1 ff.; hierauf *von Jhering*, JhJb 7 (1865), 166 ff.; darauf *Kindervater*, JhJb 7 (1865), 356 ff.; dagegen wiederum *von Jhering*, JhJb 7 (1865), 376 ff.; differenzierend schließlich *Unger*, JhJb 8 (1866), 134 ff., der auf das Vorhandensein eines Mindestpreises abstellte.

¹² *Kindervater*, JhJb 7 (1865), 1, 9 f. Dieses Modell war bereits im älteren *ius commune* verbreitet, vgl. etwa *Bartolus de Saxoferrato*, In Primam Digesti Novi Partem, Lyon 1554, fol. 53vb (ad D. 39, 4, 9 pr.).

¹³ *Jhering*, JhJb 7 (1865), 166, 172 f. sowie 177; vgl. auch *Tentler*, Die juristische Konstruktion der Versteigerung unter Berücksichtigung des § 156 des BGB, 1898, S. 13 ff.

¹⁴ *Jhering* (Fn. 13), 167 f.

¹⁵ *Jhering* (Fn. 13), 178.

¹⁶ Dem ist in Hinblick auf die hinreichende *Bestimmbarkeit* der *essentialia negotii* zuzustimmen, vgl. nur *Faust*, BGB AT², 2007, § 3 Rn. 3.

¹⁷ *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht⁹, Bd. 2, 1906, § 308, S. 262 ff.

¹⁸ Protokolle, Bd. 1, S. 87 = *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, Bd. 1, S. 695. Der dortige § 126 wurde später – ohne weitere Änderungen – zu § 156.

¹⁹ Stand 15.6.2007.

²⁰ Diese sind zwar jeweils mit der eBay Europe S.ä r.l. vereinbart, können jedoch nach überwiegender Ansicht zur Ermittlung des Empfängerhorizonts der Vertragsparteien (Anbieter und Höchstbietender) herangezogen werden; so etwa OLG Hamm NJW 2001, 1142, 1143; *Hartung/Hartmann*, MMR 2001, 278, 279 ff.; *Heiderhoff*, ZIP 2006, 793, 793 f.; *Rüfner*, MMR 2000, 597, 598. Teils wird auch eine unmittelbare Geltung vertreten, was für die vorliegende Frage der grds. Beachtlichkeit der AGB jedoch kein anderes Ergebnis bedingt; so etwa *Burgard*, WM 2001, 2102, 2106 f.; *Spindler*, ZIP 2001, 809, 811 f.; *Wenzel*, NJW 2002, 1550.

²¹ Anderes gilt für den sog. Direkt- oder Sofortkauf, bei dem die Annahme zu einem vom Verkäufer fix vorgegebenen Preis erfolgt. Dieses Angebotsformat stellt begrifflich bereits keine Versteigerung dar, sondern führt zum Abschluss eines „ganz normalen“ Kaufvertrags (so LG Memmingen NJW 2004, 2389, 2390); ebenso etwa LG Saarbrücken MMR 2004, 556, 557; AG Moers MMR 2004, 1330.

²² Vor dem Hintergrund der soeben dargelegten Gesetzgebungsgeschichte ist die teilweise vertretene Ansicht, bei eBay-Auktionen liege ein „Zuschlag durch Zeitablauf“ vor, kaum überzeugend, stellt der bloße Zeitablauf bei eBay doch gerade keine Willenserklärung, sondern den Bedingungseintritt dar; vgl. nur *Hoffmann/Höpfner*, EWS 2003, 107, 109 f.

²³ So etwa *Paefgen*, RIW 2005, 178, 182 und 183.

²⁴ BGH NJW 2005, 53, 54; ebenso *Wendehorst*, in: MüKoBGB (Fn. 9), § 312d Rn. 20.

²⁵ Kritisch bspw. auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³, 1995, S. 176, die auf den beschränkten Wert der Auslegungsregel hinweisen und betonen, dass sie gerade nicht dazu führen darf, eine Vorschrift „so eng wie möglich“ auszulegen oder Analogien in jedem Falle auszuschließen, sondern stets der Zweck der Regelung entscheidend sei.

3. Historische Auslegung

Einen ersten Anhaltspunkt liefert indes die Gesetzgebungsgeschichte: Denn im Regierungsentwurf waren vom Anwendungsbereich des Fernabsatzrechts noch alle Verträge, die „im Wege einer Versteigerung“²⁶ geschlossen werden, vollständig ausgenommen; erst auf Anraten des Rechtsausschusses beschränkte man sich auf den Ausschluss des Widerrufsrechts für Verträge „in der Form von Versteigerungen (§ 156 des Bürgerlichen Gesetzbuchs)“. Diese nachträgliche Änderung, die zunächst für eine bewusst gewählte Einschränkung auf das Modell des § 156 zu sprechen scheint,²⁷ wird vom Ausschuss allerdings denkbar kryptisch begründet: In Abgrenzung zu § 156 wollte er nämlich das Widerrufsrecht nicht ausgeschlossen wissen für Versteigerungen, bei denen „sich der andere Teil die Annahme trotz Zuschlags vor[behält]“.²⁸

Möglicherweise hatte man dabei ein kurz zuvor ergangenes Urteil des LG Münster im Blick,²⁹ in dem dieses im Einstellen eines Angebots – trotz der eindeutigen AGB von eBay – mangels Bestimmtheit von Vertragspartner und Kaufpreis eine bloße *invitatio ad offerendum* sah.³⁰ Wie schon von *Jhering* durch *Windscheid*, so wurde auch das LG Münster kurze Zeit später vom BGH³¹ eines besseren belehrt: Angesichts hinreichender Bestimmbarkeit der *essentialia negotii* ist das Einstellen eines Angebots – wie dargelegt – richtigerweise bereits ein bindender Antrag. Oder anders gewandt: eBay-Auktionen sind – entgegen der Auffassung des LG Münster – gerade keine Versteigerungen, bei denen sich der Versteigerer die Annahme „trotz Zuschlags“ noch vorbehält.

Indes: Welches Konzept der Rechtsausschuss mit der von ihm angeregten Einschränkung tatsächlich verfolgt hat, lässt sich mit letzter Sicherheit nicht mehr sagen.³² Mehr als die Tatsache, dass das Widerrufsrecht offensichtlich nicht für alle Arten von Versteigerungen ausgeschlossen sein sollte, lässt sich den Materialien kaum entnehmen.

4. Teleologische Auslegung

Eine sinnvolle Lösung muss somit an der – nicht einfach zu ermittelnden³³ – *ratio* des § 312d IV Nr. 5 ansetzen.³⁴

a) Schutz des Verbrauchers

Nach Ansicht des BGH soll der Verbraucherschutzzweck des § 312d I entscheidend sein: Ein Ausschluss des Widerrufsrechts auch für eBay-Auktionen verbiete sich, da der Ersteigerer die Ware vor Vertragsschluss nicht persönlich in Augenschein nehmen könne und sich allein auf die Angebotsbeschreibung verlassen müsse.³⁵ Hiergegen spricht jedoch, dass dies ebenso auf Internetauktionen nach dem Modell des § 156 zutrifft, für die das Widerrufsrecht anerkanntermaßen ausgeschlossen ist. Die Ausnahmen in § 312d IV zeigen vielmehr, dass es offenbar triftige Gründe gibt, das Widerrufsrecht gerade *trotz* des Vorliegens der typischen Gefahren des Fernabsatzes auszuschließen.³⁶

b) Besonderheiten der Versteigerung

Der Grund für den Ausschluss des Widerrufsrechts bei Versteigerungen im Fernabsatz muss demnach ein versteigerungsspezifischer sein.

aa) Frustrierte Aufwendungen

Teilweise wird § 312d IV Nr. 5 der Zweck beigemessen zu verhindern, dass die Aufwendungen für eine Versteigerung

infolge Widerrufs umsonst getätigt wurden; diese Erwägung greife für eBay-Auktionen genauso wie für Versteigerungen nach § 156.³⁷ Dem ist entgegenzuhalten, dass z.B. beim Sofortkauf über eBay genau dieselben Aufwendungen „verloren“ sind, wenn der Verbraucher von seinem – insoweit völlig unumstrittenen – Widerrufsrecht Gebrauch macht.³⁸ Die vom Unternehmer getätigten Aufwendungen können daher nicht der entscheidende Grund dafür sein, das Widerrufsrecht gerade bei *Versteigerungen* im Fernabsatz auszuschließen.

bb) Spekulativer Charakter der Auktion

Nach anderer Auffassung widerspräche ein Widerrufsrecht dem spekulativen Charakter der Versteigerung und sei deshalb auch für eBay-Auktionen auszuschließen.³⁹ Könnte sich der Verbraucher nämlich risikolos von seinem Gebot wieder lösen, würde die Versteigerung als Mittel zur Erzielung eines möglichst hohen Preises infolge gegenseitigen „Wettbewerbs“ der Bieter letztlich unmöglich.⁴⁰ Außerdem sei es widersprüchlich, wenn der Unternehmer, der auf den Schutz des § 156 verzichtet und durch diese „Vorabbindung“ dem Verbraucher eine – wenn auch riskante – Schnäppchenmöglichkeit eröffnet, durch ein Widerrufsrecht noch zusätzlich „bestraft“ würde.⁴¹

Dass die Einräumung eines Widerrufsrechts für Verbraucher der Versteigerung als spekulativem Risikogeschäft ihren Reiz für den Versteigerer nimmt, steht außer Frage. Trotzdem darf bezweifelt werden, ob der Sinn von § 312d IV Nr. 5 wirklich darin bestehen soll, den „Glücksspielcharakter“ der Versteigerung – letztlich zu Lasten des Verbrauchers – aufrecht zu

²⁶ Regierungsentwurf, BT-Drs. 14/2658, S. 4.

²⁷ So etwa BGH NJW 2005, 53, 54 f.; *H. Fischer*, VuR 2005, 91, 93.

²⁸ BT-Drs. 14/3195, S. 30.

²⁹ So etwa *Braun*, CR 2005, 113, 114 f.

³⁰ LG Münster JZ 2000, 730 ff. m. Anm. *Rüfner*, JZ 2000, 715 ff.

³¹ BGHZ 149, 129 ff. (bekannt als „ricardo.de“-Entscheidung); ebenso zuvor schon OLG Münster NJW 2001, 1142 ff.

³² So wohl auch *Ruzik*, ZGS 2005, 14, 17.

³³ Einige wollen § 312d IV Nr. 5 einen tieferen Sinn gar vollständig absprechen und die Ausnahme allein auf „gute Lobbyarbeit“ zurückführen; so etwa *H. Fischer*, VuR 2005, 91, 93.

³⁴ Auch dem Europarecht lässt sich nichts Näheres entnehmen: Nach Art. 3 I Spiegelstrich 5 der RL 97/7/EG (ABl. EG Nr. L 144/97, S. 19 ff.) gilt diese nicht für „Verträge, die bei einer Versteigerung abgeschlossen werden.“ Was unter „Versteigerung“ indes zu verstehen sein soll, muss sich auch hier nach dem Sinn und Zweck der Ausnahme richten. Zur – wohl zu bejahenden – Frage, ob es entgegen den Ausführungen des BGH NJW 2005, 53, 55 vor der Entscheidung zu § 312d IV Nr. 5 zunächst einer Vorlage zum EuGH bedürft hätte, vgl. etwa *H. Fischer*, VuR 2005, 91, 93 f.; *Staudinger/Schmidt-Bendun*, BB 2005, 732, 732 f.

³⁵ BGH NJW 2005, 53, 56; ähnlich *Heiderhoff*, MMR 2001, 640, 642 f.; *Kestner/Tews*, WRP 2004, 509, 510 f., die auf den Zeitdruck bei Auktionen abstellen – hiergegen *Hoffmann/Höpfner*, EWS 2003, 107, 111.

³⁶ Ebenso etwa *Bernhard*, ZGS 2005, 226, 231; *a.A. Heiderhoff*, MMR 2001, 640, 642, die unterstellt, der Gesetzgeber habe den Verbraucher bei Internetauktionen (fälschlicherweise) für nicht schutzwürdig erachtet.

³⁷ *Bernhard*, ZGS 2005, 226, 230; in diese Richtung auch *Braun*, CR 2005, 113, 115; (neben anderen) auch als Argument angeführt von *Ruzik*, ZGS 2005, 14, 16 f. und wohl auch *Hoffmann/Höpfner*, EWS 2003, 107, 110.

³⁸ Allerdings wird dem Versteigerer in einem solchen Fall nach § 10 X der eBay-AGB die kostenfreie Möglichkeit eingeräumt, sein Angebot den nicht zum Zuge gekommenen Bietern nochmals direkt anzubieten; ob diese das Angebot zum zuvor gebotenen Preis annehmen, ist freilich nicht sicher.

³⁹ So etwa *Schmidt-Räntsch*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Bd. 1, 2003, § 312d Rn. 33; *Spindler*, MMR 2005, 40, 42 f.; *Wiebe*, CR 2005, 56, 57; wohl auch *Hoffmann/Höpfner*, EWS 2003, 107, 110; *Paefgen*, RIW 2005, 178, 184.

⁴⁰ *Bernhard*, ZGS 2005, 226, 231; *Spindler*, MMR 2005, 40, 42.

⁴¹ So *Bernhard*, ZGS 2005, 226, 227 f.

erhalten. Daran vermag auch die Schnäppchenmöglichkeit bei eBay-Auktionen nichts zu ändern, besteht doch zum einen selbst bei Versteigerungen nach § 156 trotz Ausschluss des Widerrufsrechts ausweislich § 156 S. 2 Var. 2 kein Anspruch des Höchstbietenden auf den Zuschlag und damit auf ein Schnäppchen. Zum anderen könnte der Versteigerer bei eBay einen für ihn ungünstigen Ausgang auch einfach dadurch verhindern, dass er einen zumindest kostendeckenden Start- oder versteckten Mindestpreis⁴² festlegt. Hinzu kommt, dass die der Auktion immanente Gefahr eines irrationalen „Bietgechts“ noch um einiges höher ausfällt, wenn die Ware – wie bei Internetauktionen – bis zum Vertragsschluss nicht in Augenschein genommen werden kann. All das begründet eher eine erhöhte Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers als einen Grund dafür, diese zurücktreten zu lassen.

cc) Eigene Ansicht: Preisfindungsfunktion der Versteigerung

Neben der Nähe zu Glücksspiel und Volksbelustigung haben Versteigerungen aber auch eine lange und wichtige Tradition als Mechanismus zur Preisfindung, etwa bei Kunstauktionen oder Waren mit stark schwankenden Marktpreisen.⁴³ Im Zuge der rasanten Erfolgsgeschichte von eBay ist diese Funktion in den letzten Jahren verstärkt in den Blickpunkt – vornehmlich US-amerikanischer – wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchungen gerückt.⁴⁴

Der Preisfindungsmechanismus einer Versteigerung lässt sich – in grober Vereinfachung – folgendermaßen beschreiben: Ist der Preis eines Gutes unbekannt, gibt das Verhalten der anderen Bieter – insbesondere der Zeitpunkt, zu dem sie aus der Auktion aussteigen – Informationen darüber, wie hoch die Nachfrage und damit letztlich der Preis des Gutes ist. Unter Berücksichtigung dieser Informationen gewinnt jeder Bieter im Verlauf der Auktion nach und nach eine immer bessere Vorstellung vom Wert des Gutes und kann sein Bietverhalten dementsprechend anpassen.⁴⁵

Räumte man dem Bieter in dieser Situation ein Widerrufsrecht ein, bestünde für ihn kein Anreiz mehr, sich frühzeitig ernsthafte Gedanken über den Wert des Gutes zu machen: Stellte er im Nachhinein – etwa nach weiteren Nachforschungen – fest, dass er ein schlechtes Geschäft gemacht hat, könnte er sich von diesem sanktionslos wieder lösen. Infolge risikolosen „Spaßbietens“ würde der Preisfindungsmechanismus der Versteigerung letztlich nicht mehr funktionieren.⁴⁶

Nun enden eBay-Auktionen allerdings – anders als solche nach § 156 – infolge Ablaufs einer fixen Bietfrist (sog. *hard close*). Ockenfels und Roth⁴⁷ belegten in mehreren Untersuchungen, dass hierdurch ein nachweisbarer Anreiz⁴⁸ entsteht, Gebote so knapp wie möglich vor Ablauf der Auktionszeit abzugeben: Versuchen nämlich alle Bieter, ihr (dann meist einziges) Gebot in letzter Sekunde abzugeben, so erfolgt typischerweise ein Großteil der Gebote zu spät und wird damit nicht mehr erfasst, was in letzter Konsequenz einen niedrigeren Endpreis bedingt; bei Gütern mit unbekanntem Marktwert entsteht ein zusätzlicher Anreiz für solches „Snipern“ aus dem Beweggrund, eigene Informationen nicht durch frühzeitiges Bietverhalten anderen Mitbietern zu offenbaren.⁴⁹

Schätzt A den Wert eines Gutes bspw. auf 1000, B auf 950 ein, sind die übrigen 30 Bieter aber nur gewillt maximal 500 zu zahlen, so werden A und B bei Auktionen nach dem Modell des § 156 feststellen, dass ab einem Gebot von 500 sie die einzigen verbleibenden Bieter sind und dementsprechend

ihre anfängliche Einschätzung nach unten korrigieren; bei eBay werden beide ihre Gebote dagegen möglichst knapp vor Ablauf der Auktionszeit abgeben und – wenn beide noch rechtzeitig erfolgen – wird A das Gut für 951⁵⁰ ersteigern.

Dass eBay-Auktionen somit typischerweise nur eingeschränkt der Preisfindung dienen, der spekulative Charakter also deutlich überwiegt, spricht dafür, das Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht nach § 312d IV Nr. 5 auszuschließen.

Anders dürfte dagegen für Auktionen zu entscheiden sein, die zwar nicht dem Modell des § 156 folgen, jedoch eine variable Bietfrist aufweisen (sog. *soft close*), die sich also z.B. bei Gebotsabgabe erst innerhalb der letzten fünf Minuten automatisch um weitere fünf Minuten verlängern.⁵¹ Denn infolge dieser automatischen Verlängerung besteht kein – die Preisfindung beeinträchtigender – Anreiz mehr zum „Snipern“.⁵²

III. Zusammenfassung

Damit ist dem BGH zwar nicht in der Begründung, doch zumindest im Ergebnis beizupflichten, wenn er einen Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312d IV Nr. 5 für eBay-Auktionen verneint. Für Auktionen, die zwar nicht dem Modell des § 156 folgen, jedoch eine variable Bietfrist aufweisen, spricht hingegen der Gedanke funktionierender Preisfindung für einen Ausschluss des Widerrufsrechts, d.h. eine Anwendung des § 312d IV Nr. 5⁵³ auch auf solche Auktionen.

C. Form und Frist der Widerrufsbelehrung bei Fernabsatzgeschäften

Damit stellt sich für eBay-Auktionen die Frage, in welcher Weise über ein bestehendes Widerrufsrecht zu belehren ist und wie lange es ausgeübt werden kann.

I. Überblick über die Widerrufs- und Belehrungsvorschriften

Nach § 312c I 1 hat ein Fernabsatzunternehmer den Verbraucher „vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise

⁴² Wählt der Versteigerer die teils verfügbare Zusatzoption „Mindestpreis“, wird der Artikel nicht verkauft, wenn der angegebene (für die Bieter nicht sichtbare) Mindestpreis nicht erreicht wird, vgl. § 10 III der eBay-AGB.

⁴³ Vgl. ausführlich Martini, BLJ 2007, 68, 71 f. (in diesem Heft).

⁴⁴ Vgl. nur Ariely/Ockenfels/Roth, CESIFO Working Paper No. 987, 2003; Kennan/Wilson, 31 Journal of Economic Literature (1993), 45-104; Ockenfels/Roth, CESIFO Working Paper No. 992, 2003; Roth/Murnighan, 78 American Economic Review (1988), 806-823; Roth/Ockenfels, 92 American Economic Review (2002), 1093-1103.

⁴⁵ Vgl. nur Ockenfels/Roth (Fn. 44), S. 10 ff.

⁴⁶ Vgl. zum „Spaßbieten“ auch Borges, DB 2005, 319, 321 f., der allerdings die Problematik der fixen Angebotsdauer ausblendet und daher für einen Ausschluss des Widerrufsrechts auch für eBay-Auktionen plädiert.

⁴⁷ Ockenfels/Roth (Fn. 44).

⁴⁸ Insofern geht die Behauptung von Hoffmann/Höpfner, EWS 2003, 107, 111, derartiges Bietverhalten sei irrational, fehl.

⁴⁹ Grund für „Snipern“ ist wohl auch, eine allzu frühe „Bieterschlacht“ zu verhindern, vgl. etwa Ariely/Ockenfels/Roth (Fn. 44), S. 11. f.

⁵⁰ Bei eBay gilt die sog. *second price rule*, d.h. der Höchstbietende muss nur denjenigen Preis zahlen, der genau einen sog. Erhöhungsschritt (das sind bei eBay 0,50 bis 50 EUR) über dem zweithöchsten Gebot liegt.

⁵¹ Beispielhaft genannt sei hier etwa die Auktionsplattform der Atrada AG (www.atrada.de; Verlängerung um zwei Minuten).

⁵² Ausführlich hierzu Ockenfels/Roth (Fn. 44), S. 13 ff.

⁵³ Methodisch überzeugender als eine Analogie ist angesichts des wohl verfehlten Verweises auf § 156 eine teleologische Auslegung des Begriffs „Versteigerung“ im hier vorgeschlagenen Sinne; vgl. zur Methodik auch Spindler, MMR 2005, 40, 42 f.

klar und verständlich und unter Angabe des geschäftlichen Zwecks die Informationen“ zur Verfügung zu stellen, die in der Rechtsverordnung nach Art. 240 EGBGB – das ist die BGB-InfoV⁵⁴ – näher bestimmt sind: Nach § 1 I Nr. 10 BGB-InfoV umfasst dies eine umfangreiche Belehrung über das Widerrufsrecht. Ferner muss ein Fernabsatzunternehmer, der Waren liefert, dem Verbraucher gem. § 312c II 1 Nr. 2 die Vertragsbestimmungen einschließlich AGB sowie die in § 1 IV BGB-InfoV genannten Informationen – hierunter fällt gem. § 1 IV 1 Nr. 1 BGB-InfoV auch die Information über das Widerrufsrecht nach § 1 I Nr. 10 BGB-InfoV – „alsbald“ und „spätestens bis zur Lieferung“ in Textform mitteilen.

Grds. setzt der Unternehmer gem. § 355 II 1 den Lauf der Frist mit einer Widerrufsbelehrung in Textform in Gang. Bei Fernabsatzgeschäften beginnt dieser indes gem. § 312d II nicht vor Erfüllung der Pflichten aus § 312c II, bei der Lieferung von Waren nicht vor deren Eingang beim Empfänger.⁵⁵ Gem. § 355 I 2 ist der Widerruf – in der dort näher beschriebenen Form – innerhalb von zwei Wochen zu erklären; gem. § 355 II 2 beträgt diese Frist ausnahmsweise einen Monat, wenn die Belehrung „nach Vertragsschluss“ mitgeteilt wird.

II. Die Belehrung in Textform

Wertete man die Anzeige auf einer Internetseite als Zugang in Textform i.S.d. § 126b, hätten eBay-Unternehmer kaum Probleme. Gem. § 126b verlangt die gesetzlich vorgeschriebene Textform jedoch, dass die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden.⁵⁶ Für eBay-Auktionen ist damit in erster Linie umstritten, welche Anforderungen an die Eignung zu stellen sind, die Erklärung dauerhaft in Schriftzeichen wiederzugeben.

1. Textform

Die Problematik des formgerechten Zugangs beim Verbraucher wird dabei oft mit der – davon streng zu unterscheiden – Frage vermengt, ob die Erklärung vom Unternehmer in Textform erstellt wurde.

Der Textform i.S.d. § 126b genügt eine Erklärung bereits, wenn – neben der Angabe der Urheberschaft und dem räumlichen Abschluss – die Schriftzeichen lesbar abgegeben wurden.⁵⁷ Zur Formwahrung bedarf es weder eines Ausdrucks noch der dauerhaften Vorhaltung der Erklärung, etwa durch Abspeichern.⁵⁸ Ferner ist es unschädlich, wenn der Empfänger Hilfsmittel nutzen muss, um die Erklärung zu lesen.⁵⁹ Die Erklärung muss nach der Übermittlung lediglich in Schriftzeichen – also in grafische Zeichen – rückwandelbar sein.⁶⁰ Blendet man die Zugangsproblematik zunächst aus, genügt also die Angabe auf der Angebotsseite bei eBay der Textform, wenn sie der Bieter auf dem Bildschirm lesen kann.⁶¹

Wie bereits angedeutet, sind die Mitteilung nach § 312c II⁶² und die Belehrung nach § 355 II 1⁶³ empfangsbedürftige Erklärungen. Solche Erklärungen müssen zur Formwahrung dem Empfänger auch in der vorgeschriebenen Form zugehen.⁶⁴

2. Zugang

Was aber setzt der Zugang in Textform voraus? Allgemein geht eine Willenserklärung zu, wenn sie derart in den Bereich des Empfängers gelangt, dass dieser unter normalen Verhält-

nissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen.

a) Die eindeutigen Fälle

Eine E-Mail reicht zur Wahrung der Textform folglich aus.⁶⁵ Ihr ist hingegen nicht Genüge getan – dies stellt die Gesetzesbegründung klar⁶⁶ –, wenn der Empfänger durch einen Link auf eine „Nur-Lese“-Seite⁶⁷ geleitet wird. Der Zugang erfolgt auch (noch) nicht, wenn die Belehrung nur per – zusätzlichem – Klick auf die „Mich“-Seite⁶⁸ aufgerufen werden könnte. Ferner ist der Download einer eBay-Seite in den Cache, den automatischen Hintergrundspeicher, für sich genommen keine Mitteilung in Textform nach § 126b.⁶⁹ Denn eine Erklärung geht nicht zu, wenn ein Verbraucher sie ohne technische Spezialkenntnisse nicht selbstständig speichern kann.⁷⁰

b) Zugang in Textform per Anzeige als Internetseite?

Umstritten ist hingegen, wann eine Erklärung zugeht, die dem Verbraucher auf einer Internetseite angezeigt wird. Einige Gerichte und Autoren gehen davon aus, dass der Verbraucher die Internetseite dazu *tatsächlich* dauerhaft speichern muss.⁷¹ Der qualifizierte Zugang erfolgt jedoch schon, wenn der Verbraucher die *Möglichkeit* erhält, die Erklärung lokal zu speichern.⁷²

Schon die allgemeine Definition des Zugangs – siehe oben – verlangt lediglich die *Möglichkeit* der Kenntnisnahme des Empfängers. Der Empfänger muss eine Erklärung aber nicht *tatsächlich* aufbewahren, damit sie ihm überhaupt zugeht.⁷³ Für den Zugang in Textform gilt nichts anderes: Auch der

⁵⁴ BGBl. 2002 I, S. 3002, zuletzt geändert durch BGBl. 2004 I, S. 3102.

⁵⁵ Dies entspricht Art. 6 I 3 Spiegelstrich 2 der FernAbsRiL, siehe z.B. Dilger, Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Internet, 2002, S. 97.

⁵⁶ Damit wird die – insoweit großzügige – Anforderung von Art. 5 FernAbsRiL umgesetzt, nach dem die Informationen schriftlich oder auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln sind; vgl. etwa Rünz, Verbraucherschutz im Fernabsatz, 2005, S. 62.

⁵⁷ BT-Drs. 14/4987, S. 19 f.

⁵⁸ BT-Drs. 14/4987, S. 19.

⁵⁹ Hilfsmittel sind etwa „Mail-Call-Dienste“ (vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/4987, S. 20) und wohl auch Browser-Programme.

⁶⁰ BT-Drs. 14/4987, S. 20.

⁶¹ Siehe BT-Drs. 14/4987, S. 19; Janal, MDR 2006, 368, 369; a.A. aber offenbar Schirnbacher, CR 2006, 673, 677.

⁶² Bonke/Gellmann, NJW 2006, 3169.

⁶³ Woitekewitsch/Pfützer, MDR 2007, 61, 62; Kaiser, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2004, § 355 Rn. 43.

⁶⁴ BT-Drs. 14/4987, S. 20.

⁶⁵ OLG Hamburg ZGS 2006, 675, 676; LG Kleve NJW-RR 2003, 196 f.; Grüneberg, in: Palandt (Fn. 7), § 312c Rn. 7; ebenso im Hinblick auf Art. 5 I FernAbsRiL Dilger, Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Internet, 2002, S. 85.

⁶⁶ BT-Drs. 14/4987, S. 20.

⁶⁷ „Nur-Lese“-Seiten sind Internetseiten, die nur im Browser angezeigt, jedoch nicht abgespeichert oder ausgedruckt werden können.

⁶⁸ Die „Mich-Seite“ ist eine Website bei eBay, die sich jedes Mitglied selbst erstellen kann. Auf ihr können Versteigerer allgemeine Informationen für Vertragspartner zusammenstellen.

⁶⁹ Einsele, in: Münchener Kommentar zum BGB⁵, Bd. 1, Hb. 1, § 126b Rn. 4; Neuß/Vollmert, ZGS 2006, 448, 449.

⁷⁰ Siehe zur Verkehrsüblichkeit beim Zugang schon BGH NJW 1980, 990 f.; BGH NJW 1993, 1093 f.

⁷¹ Siehe z.B. KG ZGS 2007, 114, 115; Bonke/Gellmann, NJW 2006, 3169, 3170.

⁷² LG Flensburg CR 2007, 112, 113; Hertel, in: Staudinger (Fn. 63), § 126b Rn. 28; Wendtland, in: Bamberger/Roth (Fn. 39), § 126b Rn. 5; noch weitergehend OLG München CR 2001, 401, 403.

⁷³ A.A. aber offenbar Janal, MDR 2006, 368, 370.

Wortlaut von § 126b („geeignet“) deutet an, dass die *Möglichkeit* der Speicherung ausreicht.⁷⁴ § 126b soll den Einsatz moderner Kommunikationsformen gegenüber den allgemeinen Regeln überdies nicht erschweren, sondern erleichtern.

Auch die Gefahr späterer Manipulation lässt sich nicht für das Erfordernis einer tatsächlichen Speicherung anführen.⁷⁵ Denn die Gefahr, dass die Internetseite später modifiziert oder gar aus dem Netz genommen wird, ist von der vorherigen *Möglichkeit* des Verbrauchers, sie dauerhaft zu speichern – und damit von ihrem Zugang – zu unterscheiden. Sofern darüber hinaus angeführt wird, die Erklärung des Unternehmers müsse dessen späterem Zugriff entzogen bleiben,⁷⁶ ist darauf hinzuweisen, dass die *Möglichkeit*, die Internetseite lokal zu speichern, von dem Unternehmer nicht beeinflusst werden kann. Die eBay-Angebotsseiten lassen sich – jedenfalls im Regelfall – ebenso leicht wie E-Mails dauerhaft „aufbewahren“: Es ist nicht bedeutend einfacher, ein E-Mail-Programm zum Abruf eines POP3- oder IMAP-Kontos zu konfigurieren bzw. E-Mails über eine Internetseite zu verwalten, als eine Internet-Seite im HTML-Format oder als Screenshot zu speichern oder auszudrucken.⁷⁷

Um auch die Anforderungen derjenigen zu erfüllen, die eine tatsächliche Speicherung der Internetseite fordern, verlangen einige Internethändler die Bestätigung des Verbrauchers, er habe die Belehrung gespeichert oder ausgedruckt. Dieser Umstände bedürfte es nicht, könnte man sicher davon ausgehen, dass sich alle Gerichte der Auffassung anschließen, dass die Möglichkeit, eine Internetseite zu speichern, zum Zugang in Textform nach § 126b führt. Der Praxis bietet sich an, in die Belehrung einen kurzen Hinweis aufzunehmen, wie Internetseiten mit den gängigen Browser-Programmen gespeichert werden können.

III. Einmonatige Widerrufsfrist nach § 355 II 2?

Wird die Belehrung erst „nach Vertragsschluss“ mitgeteilt, gilt gem. § 355 II 2 eine einmonatige Widerrufsfrist. Für die Information nach § 312c I ergeben sich insoweit keine Probleme, setzt § 312c I doch voraus, dass diese *vor* der Willenserklärung des Verbrauchers erfolgt. Schwierigkeiten bereitet dagegen die Mitteilungspflicht nach § 312c II 1 Nr. 2.

1. Zeitpunkt der Mitteilung nach § 312c II 1 Nr. 2

Nach Auffassung des BGH ist – zumindest bei Haustürgeschäften – eine Belehrung nicht möglich, bevor der Verbraucher die Willenserklärung abgegeben hat, die auf den Vertragsschluss gerichtet ist.⁷⁸ Ansonsten könne der Verbraucher seine Rechte bis dahin wieder vergessen haben.⁷⁹ Ob diese Rechtsprechung der Intelligenz der Verbraucher und der hohen Geschwindigkeit des Online-Auktionenhandels gerecht wird, sei dahingestellt – jedenfalls ist es wahrscheinlich, dass der BGH sie auf Belehrungen nach § 312c II 1 Nr. 2 übertragen wird.⁸⁰ Ein eBay-Unternehmer muss daher sicherstellen, dass seinen Vertragspartnern nach Gebotsabgabe die Belehrung noch einmal in Textform zugeht.

Hält man, wie manche Gerichte, die speicherbare Anzeige auf einer Internetseite für nicht textformgerecht, muss ebenfalls eine gesonderte Mitteilung erfolgen, die üblicherweise voraussetzt, dass der Verbraucher bereits ein Gebot abgegeben hat. Denn nur nach der damit erfolgenden Offenlegung der Identität des Verbrauchers kennt der eBay-Unternehmer die (E-Mail-)Adresse des Verbrauchers. Je nachdem, wann

der Vertragsschluss bei eBay-Auktionen zustande kommt, kann die Belehrung nach § 312c II 1 Nr. 2 also *prima facie* die Monatsfrist nach § 355 II 2 auslösen.⁸¹

2. Vertragsschluss bei eBay

Wie bereits erläutert,⁸² ist das Einstellen eines Angebots bei eBay ein verbindlicher Antrag, der durch Gebotsabgabe aufschiebend bedingt angenommen wird. Daraus folgt: Nur wenn man unter „Vertragsschluss“ in § 355 II 2 erst das Wirksamwerden des Vertrags versteht⁸³ und ferner – wozu es letztlich keine Anhaltspunkte gibt – aus den eBay-AGB eine *ex-nunc*-Wirksamkeit des Vertrags herausliest, erfolgte eine Mitteilung nach § 312c II 1 Nr. 2 tatsächlich nach der Willenserklärung des Verbrauchers, aber noch vor Vertragsschluss.

3. Die Anwendung von § 355 II 2 auf eBay-Auktionen

Die hieraus resultierende, zwingende Verlängerung der Widerrufsfrist auf einen Monat gem. § 355 II 2, wird indes als unbefriedigend empfunden. Wie kann man dem begegnen?

a) *Spezialität von § 312c II gegenüber den §§ 355 ff.*

Anders als eine jüngere Entscheidung des LG Flensburg⁸⁴ zum Verhältnis von § 312c II Nr. 2 und § 357 III 1 vermuten lässt, ist es jedenfalls nicht möglich, § 312c II Nr. 2 den §§ 355 ff. als Spezialvorschrift vorzuziehen. Denn § 312c II einerseits und § 355 andererseits regeln verschiedene Bereiche: § 312c II Nr. 2 bestimmt den Zeitpunkt der Belehrung, § 355 II 2 leitet daraus erst die Fristdauer ab.⁸⁵

b) *Teleologische Reduktion von § 355 II 2*

Jedoch geben Sinn und Zweck von § 355 II 2 Anlass, an einer zwingenden Verlängerung der Widerrufsfrist zu zweifeln. § 355 II 2 ist im Zusammenhang mit der Einführung von § 355 III 3 zu sehen. Letztere Vorschrift wurde als Reaktion auf die Entscheidung des EuGH in Sachen *Heininger*⁸⁶ geschaffen, nach der es mit der Haustürwiderrufsrichtlinie unvereinbar ist, dass ein Widerrufsrecht auch bei unterlassener Belehrung nach einem Jahr erlischt. Um eine einheitliche Regelung für alle Widerrufsrechte der Verbraucher zu gewährleisten, wurde § 355 III 3 indes nicht auf das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften beschränkt.⁸⁷ § 355 II 2 in seiner jetzi-

⁷⁴ Janal, MDR 2006, 368, 370 (wenn auch mit anderem Erg., s. Fn. 73); Wallstein, BC 2002, 235; Hertel, in: Staudinger (Fn. 63), § 126b Rn. 28.

⁷⁵ So aber z.B. OLG Hamburg MMR 2006, 675, 676; Bonke/Gellmann, NJW 2006, 3169, 3170; Woitkewitsch/Pfitzer, MDR 2007, 61, 62.

⁷⁶ Woitkewitsch/Pfitzer, MDR 2007, 61, 62; a.A. Rünz (Fn. 56), S. 61.

⁷⁷ A.A. Bonke/Gellmann, NJW 2006, 3169, 3170.

⁷⁸ BGH NJW 2002, 3396, 3398 f.; siehe zur Belehrung bei Haustürgeschäften jüngst *Wege*, BB 2007, 1012, 1013 ff.

⁷⁹ BGH NJW 2002, 3396, 3398.

⁸⁰ So die ganz h.M., siehe z.B. Franck, JR 2004, 45, 46; Faustmann, VuR 2007, 8, 10; a.A. wohl Neuß/Vollmert, ZGS 2006, 448, 450.

⁸¹ Deswegen geht die Einschätzung von Beckmann, Versteigerungen im Internet, 2004, S. 166 fehl, dass es unerheblich sei, ob man das Gebot als Angebot oder Annahme qualifiziere.

⁸² Siehe oben B. II. 1. b.

⁸³ So wohl Neuß/Vollmert, ZGS 2006, 448, 450.

⁸⁴ LG Flensburg CR 2007, 112, 113.

⁸⁵ Neuß/Vollmert, ZGS 2006, 448, 450 f.; ähnlich Bonke/Gellmann, NJW 2006, 3169, 3172 f.; Becker/Föhlisch, NJW 2005, 3777, 3778; Kaestner/Tews, WRP 2004, 509, 513.

⁸⁶ EuGH, verb. Rs. C-481/99 – *Georg und Helga Heininger/Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, Slg. 2001, I-9945.

⁸⁷ BR-Drs. 503/1/02, S. 6; BT-Plenarprotokoll 14/240, S. 24094.

gen Fassung wurde eingeführt, um die „Nachbelehrung“ ausdrücklich zu regeln⁸⁸ und Unternehmern damit die Gelegenheit zu geben, die – ansonsten scheinbar unendliche – Widerrufbarkeit zumindest auf einen Monat zu verkürzen.⁸⁹

Wendete man § 355 II 2 unbesehen auf die Belehrung nach § 312c II 1 Nr. 2 an, würde man zumindest in Fällen, in denen die Belehrung nicht vor Vertragsschluss erfolgen kann, die Standardfrist des § 355 I 2 von zwei Wochen automatisch verlängern. Statt der beabsichtigten Erleichterung folgte aus § 355 II 2 also eine zusätzliche Belastung.

Im Schrifttum wird daher angeregt, § 355 II 2 nicht anzuwenden, wenn Vertragsschluss und Belehrung einen *einheitlichen Vorgang* bilden.⁹⁰ Doch ist – wird etwa nach Vertragsschluss eine Belehrungs-E-Mail versandt – zweifelhaft, wie lange ein Vorgang noch einheitlich ist.⁹¹ Sofern in diesem Zusammenhang mit Praktikabilitätsabwägungen argumentiert wird,⁹² bilden diese allein keine Auslegungshilfe.⁹³ Nimmt man den Zweck von § 355 II 2 – die Ermöglichung der „Nachbelehrung“ zur Verhinderung unbefristeter Widerrufsmöglichkeit – als Ausgangspunkt, erscheint es ferner nicht zwingend, gerade auf die Einheit von Vertragsschluss und Belehrung abzustellen.⁹⁴ Denn diese Figur wird benutzt, um die Verspätung der Belehrung abzulehnen. Der Kern des Problems ist jedoch nicht, *wann* eine Belehrung verspätet ist, sondern dass § 355 II 2 nach dem Wortlaut eine Fristverlängerung selbst dann bewirkt, wenn rechtzeitig belehrt wurde.

Überzeugender ist es daher, § 355 II 2 nur anzuwenden, wenn der Unternehmer seine Pflicht zur rechtzeitigen ordnungsgemäßen Belehrung versäumt hat. Allein dann kann der Unternehmer per „Nachbelehrung“ der Rechtsfolge des § 355 III 3 ausweichen. Den Anforderungen des § 312c II 1 Nr. 2 wird

jedoch noch Genüge getan, wenn die Belehrung mit Wareneingang erfolgt. Die rechtzeitige Belehrung nach § 312c II 1 Nr. 2 führt somit nach der hier vertretenen Auffassung nicht zur Anwendung der Monatsfrist des § 355 II 2.⁹⁵ Vielmehr beginnt spätestens mit Wareneingang (§ 312d II) die Zwei-Wochen-Frist des § 355 I 2 zu laufen.⁹⁶

D. Schlussbetrachtungen

Man kommt nicht umhin festzustellen, dass nicht nur für eBay-Nutzer – das ist immerhin etwa jeder vierte Deutsche! –, sondern auch für so manchen Juristen die dargestellten Widerrufsregeln kaum überschaubar sein dürften. Letzteren einen Durchblick zu verschaffen, war Anlass dieses Beitrags. Nutzer der Auktionsplattform eBay, die auf größere Regelungstransparenz hoffen, werden sich hingegen wünschen, der Gesetzgeber möge in nicht allzu ferner Zukunft endlich „Ordnung schaffen“.

⁸⁸ BR-Drs. 503/1/02, S. 5; so interpretieren die Gesetzgebungsgeschichte z.B. auch *Martis/Meinhof*, MDR 2004, 4, 6.

⁸⁹ *Schirmbacher*, CR 2006, 673, 674.

⁹⁰ *Ulmer*, in MüKoBGB (Fn. 9), § 355 Rn. 53; *Kaestner/Tews*, WRP 2004, 509, 513; *Domke*, BB 2006, 61, 62; so auch *Faustmann*, VuR 2007, 8, 9 f., allerdings gerade für eBay-Auktionen ablehnend; a.A. *Bonke/Gellmann*, NJW 2006, 3169, 3171 f.

⁹¹ *Woitkewitsch/Pfützer*, MDR 2007, 61 lehnen dies bei Versand einer Belehrungs-E-Mail etwa ab.

⁹² Siehe etwa *Neuß/Vollmert*, ZGS 2006, 448, 451: „unsinnig“.

⁹³ *Bonke/Gellmann*, NJW 2006, 3169, 3171 f.

⁹⁴ So auch *Franck*, JR 2004, 45, 48 f.

⁹⁵ *Kaestner/Tews*, WRP 2004, 509, 513 plädieren für eine Klarstellung durch den Gesetzgeber.

⁹⁶ Im Ergebnis ähnlich, aber in der Begründung anders, *Domke*, BB 2006, 61, 62; siehe auch *Franck*, JR 2004, 45, 49.

Wiss. Mitarbeiter Morten Mittelstädt, LL.B., Hamburg *

Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf europäische Kapitalgesellschaften (Teil 2)

Der Beitrag geht der Frage nach, ob und unter welchen Voraussetzungen mittels der „Haftung für existenzvernichtenden Eingriff“ eine Haftung der Gesellschafter einer europäischen Auslandsgesellschaft gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft begründet werden kann. Im ersten Teil wurden die gesellschafts- und kollisionsrechtlichen Aspekte des Themas behandelt. Dort wurde die Existenzvernichtungshaftung für mit ausländischen Gesellschaftsformen grundsätzlich kompatibel befunden. Eine Anwendung der Existenzvernichtungshaftung wurde jedoch auf Fälle beschränkt, in denen sie der Füllung ordre public-widriger Lücken im ausländischen Gesellschaftsstatut dient (Art. 6 EGBGB). Bislang nicht erörtert wurden die gemeinschaftsrechtlichen Aspekte des Themas.

D. Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung

Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse europäischer Auslandsgesellschaften durch das Recht der Mitgliedstaaten steht im Spannungsverhältnis zur gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit (Artt. 43, 48 EG). Als unzulässig wurden bis dato Regelungen angesehen, die aufgrund fehlender Geschäftstätigkeit am ausländischen Satzungssitz die Verweigerung einer Zweigniederlassungseintragung,¹ aufgrund der

Verlagerung des Verwaltungssitzes ins Inland den Verlust von Rechts- und Parteifähigkeit² oder bei Verstoß gegen besondere Publizitäts- und Eigenkapitalerfordernisse für Auslandsgesellschaften eine Geschäftsführerhaftung³ vorsahen. Ebenso wurde die prinzipielle Verweigerung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung für unzulässig erachtet.⁴ In der Entscheidung *Inspire Art* wurde erstmals eine Regelung zurückgewiesen, die bei grundsätzlicher Anerkennung der Auslandsgesellschaft das Gesellschaftsrecht eines anderen Mitgliedstaats modifizierte. Da die Anwendung der Existenzvernichtungshaftung eine ebensolche Modifikation ausländischen Gesellschaftsrechts bedeutet, ist auch sie an den Vorgaben dieser Urteile zu messen.

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Florian Faust (Bucerius Law School, Hamburg).

¹ EuGH, Rs. C-212/97 – *Centros*, Slg. 1999, I-1459 (= NJW 1999, 2027).

² EuGH, Rs. C-208/00 – *Überseering*, Slg. 2002, I-9919 (= NJW 2002, 2402).

³ EuGH, Rs. C-167/01 – *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10115 (= NJW 2003, 3331); eine Haftung des Geschäftsführers einer *private limited company* aus § 11 II GmbHG (analog) wurde auch von BGH, NJW 2005, 1648, 1649 für mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar befunden.

⁴ EuGH, Rs. C-411/03 – *SEVIC*, Slg. 2005, I-10805 (= NJW 2006, 425).

I. Schutzbereich und Eingriff

Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit umfasst Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeit sowie Gründung und Leitung von Unternehmen (Art. 43 II EG). Über den Wortlaut des Art. 43 II EG a.E. hinaus, der nur Inländergleichbehandlung verlangt, behandelt der EuGH die Niederlassungsfreiheit als Beschränkungsverbot.⁵ Für die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, die in Art. 48 EG den natürlichen Personen gleichgestellt werden, hat der EuGH im *Überseering*-Urteil eine wertvolle Präzisierung gefunden: Der klagenden Gesellschaft bescheinigte er, sie genieße das Recht, sich „als Gesellschaft niederländischen Rechts“ in Deutschland niederzulassen.⁶ Dass damit nicht nur die Unantastbarkeit der Existenz der Gesellschaft, sondern auch ihrer gesamten rechtlichen Identität gemeint war, hat spätestens die Zurückweisung gegenteiligen Vorbringens in der Rechtssache *Inspire Art* erwiesen.⁷ Eine Durchbrechung der für die Haftungsverfassung zentralen Haftungsprivilegierungsnorm, wie sie die Existenzvernichtungshaftung zur Folge hat, ist danach ein rechtfertigungsbedürftiger identitätsverändernder Eingriff.⁸

*Schanze/Jüttner*⁹ wollen dem nicht folgen. Mit anderen Stimmen in der Literatur¹⁰ sehen sie dem Schutzbereich durch die sog. *Keck*-Rechtsprechung Grenzen gezogen. So wie der EuGH nicht diskriminierende Beschränkungen aus dem Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit (Artt. 29 f. EG) ausgeklammert hat, die nicht produkt-, sondern verkaufsbezogen sind,¹¹ müssten auch nicht gesellschaftsbezogene „Regeln des allgemeinen Verkehrsrechts“ unbeachtlich sein, solange sie keine wesentliche Behinderung der Niederlassungsfreiheit darstellten. Der weite Beschränkungs-begriff zwingt sonst dazu, allzu viele marktzugangsneutrale Vorschriften an der Niederlassungsfreiheit zu messen. *Schanze/Jüttner* ziehen den Schluss, dass die Existenzvernichtungshaftung als allgemeines Verkehrsrecht keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit sei.¹² Eine ähnliche *ratio* dürfte auch der nicht ausdrücklich auf die *Keck*-Rechtsprechung rekurrierenden Feststellung zugrunde liegen, ausländische Kapitalgesellschaften hätten sich genauso wie inländische an allgemeines Verkehrsrecht zu halten.¹³

Schon im Ausgangspunkt ist zweifelhaft, ob sich die Niederlassungsfreiheit für eine Übertragung der *Keck*-Rechtsprechung eignet. Im Unterschied zur Warenverkehrsfreiheit, die in erster Linie auf eine Sicherung des Marktzugangs gerichtet ist, umfasst die Niederlassungsfreiheit ausdrücklich die Ausübung der Tätigkeit im Niederlassungsstaat.¹⁴ Selbst wenn man Regeln des allgemeinen Verkehrsrechts ausblende, wird die Existenzvernichtungshaftung kaum in diese Kategorie fallen. Das Beschränkungsverbot ist nämlich jedenfalls auf Regelungen anwendbar, die einen auf die Korporations- und Haftungsstruktur bezogenen Regelungsgehalt aufweisen.¹⁵ Nur wer wie *Schanze/Jüttner* die Existenzvernichtungshaftung als Fall des § 826 BGB begreift, kann hier zu einem anderen Ergebnis gelangen. Ihr spezifischer Bezug zum Gesellschaftsrecht wurde aber bereits herausgestellt.¹⁶

II. Rechtfertigung

1. Rechtfertigung gem. Art. 46 EG

Ungleichbehandlungen erlaubt Art. 46 EG aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit. Das mit der Existenzvernichtungshaftung verfolgte Ziel des Gläubi-

gerschutzes wird davon nicht erfasst, da das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne polizeilicher Gefahrenabwehr verstanden wird, sodass allgemeine wirtschaftliche Interessen nicht berücksichtigungsfähig sind.¹⁷

2. Rechtfertigung wegen Missbrauchs

a) Stand der Rechtsprechung

In den Rechtssachen *Centros* und *Inspire Art* hat der EuGH eine Rechtfertigung beschränkender Maßnahmen wegen „Missbrauchs“ angenommen. Niemand dürfe sich durch missbräuchliches oder betrügerisches Berufen auf das Gemeinschaftsrecht der Anwendung des nationalen Rechts entziehen.¹⁸ Der Missbrauch sei nach objektiven Kriterien im Lichte der Ziele der Niederlassungsfreiheit festzustellen.¹⁹ Bei dieser normzweckorientierten Auslegung kam das Gericht zu dem Schluss, die zielgerichtete Ausnutzung des Regelungsgefälles zwischen den Mitgliedstaaten sei nicht Missbrauch, sondern Ausübung der Niederlassungsfreiheit.²⁰ Es findet sich jedoch auch der Hinweis, eine Bekämpfung von Missbräuchen im konkreten Fall²¹ oder von Betrügereien²² sei zulässig.

b) Inhaltliche Präzisierung

Die Figur des Missbrauchs zu konkretisieren, fällt angesichts der Konturlosigkeit dieses Begriffs im Gemeinschaftsrecht schwer. Es fehlt an einer entwickelten Dogmatik, die unterschiedliche Rechtsfiguren wie Gesetzesumgehung, Rechtsmissbrauch oder die betrügerische Täuschung unterscheidbar und damit erst subsumtionsfähig machen könnte.²³ Entsprechend uneinheitlich ist das Meinungsbild, wenn es um die

⁵ EuGH, Rs. C-53/95 – *Kemmler*, Slg. 1996, I-703, 715 Rn. 12; Rs. C-55/94 – *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, 4197 Rn. 37.

⁶ EuGH, *Überseering* (Fn. 2), Rn. 80 f.; *Zimmer*, ZHR 168 (2004), 354, 359 f.

⁷ EuGH, *Inspire Art* (Fn. 3), Rn. 99 ff.; a.A. weiterhin *Altmeyen*, NJW 2004, 97, 101.

⁸ *Fleischer*, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 124 f.; *Zimmer*, BB 2003, 1, 5.

⁹ *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 667 f.

¹⁰ *Altmeyen*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz², 2006, Bd. 9/2, S. 1008 f. (Rn. 96 – 102); *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 26 f.

¹¹ Vgl. EuGH, verb. Rs. C-267/91 u. C-268/91 – *Keck u. Mithouard*, Slg. 1993, I-6097, 6131 Rn. 16 f.; vgl. dazu *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 28 EGV Rn. 41 ff.

¹² *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 667 f.

¹³ *Altmeyen*, NJW 2004, 97, 101; *Horn*, NJW 2004, 893, 899.

¹⁴ Gegen eine Anwendung der *Keck*-Grundsätze deshalb *Tiedje/Troberg*, in: v.d.Groeben/Schwarze, EUV/EGV Kommentar⁶, 2003, Bd. 1, Art. 43 EG Rn. 102 f.; *Müller-Graff*, in: Streinz (Fn. 11), Art. 43 EGV Rn. 62.

¹⁵ *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 4 Rn. 25: korporativ wirkende Vorschriften; *Renzelhoffer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), 2004, Bd. 1, Art. 48 EG Rn. 36 (Stand: August 2003).

¹⁶ Vgl. unter C. I. (Teil 1).

¹⁷ Schlussanträge GA *Alber*, *Inspire Art* (Fn. 3), Rn. 113; *Sandrock*, ZvgIRWiss 102 (2003), 447, 458 f.

¹⁸ EuGH, *Centros* (Fn. 1), Rn. 24 ff. m.w.N. zu den übrigen Grundfreiheiten in Rn. 24; *Inspire Art* (Fn. 3), Rn. 136 ff.

¹⁹ EuGH, *Centros* (Fn. 1), Rn. 25.

²⁰ EuGH, *Centros* (Fn. 1), Rn. 27; *Inspire Art* (Fn. 3), Rn. 138.

²¹ EuGH, *Inspire Art* (Fn. 3), 2. Leitsatz a.E.

²² EuGH, *Centros* (Fn. 1), Rn. 38 f.

²³ *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 179; *Ungan*, ZvgIRWiss 104 (2005), 355, 360; zum Entwicklungsstand der Missbrauchsdogmatik des Gemeinschaftsrechts vgl. *Fleischer*, JZ 2003, 865, 868 ff.; *Schön*, FS Wiedemann, 2002, S. 1271, 1277 ff.

Einschlägigkeit der Missbrauchsfigur in Existenzvernichtungsfällen geht.²⁴ Bei genauer Betrachtung ist dies auch Ergebnis einer in der Rechtsprechung angelegten Ambivalenz.

Kaum Beachtung gefunden haben nämlich bislang die unterschiedlichen Bezugspunkte des Missbrauchsvorwurfs.²⁵ Die Existenzvernichtungshaftung wurde bereits als „Missbrauchshaftung“ charakterisiert, da sie der Sanktionierung des Missbrauchs der Gesellschaftsform und der gesetzlich vorgesehenen Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens dient. Der Schluss, es handle sich deshalb um einen nicht weiter rechtfertigungsbedürftigen Missbrauchsfall im Sinne des EuGH²⁶ ist jedoch keinesfalls zwingend, denn dieser spricht meist nicht von einem Missbrauch nationaler Vorschriften, sondern von einer missbräuchlichen Berufung auf die Niederlassungsfreiheit. Bezugspunkt der Missbrauchswertung ist also die Niederlassungsfreiheit und nicht das nationale (Gesellschafts-)Recht.²⁷

Zwar lässt der EuGH Spielraum für die Bekämpfung von Missbräuchen im nationalen Recht, wenn er ausführt, dass „die Behörden des betreffenden Mitgliedstaats alle geeigneten Maßnahmen treffen können, um Betrügereien zu verhindern und zu verfolgen“. Diese Maßnahmen werden jedoch weiteren Rechtfertigungszwängen unterworfen.²⁸

Die vom EuGH vorausgesetzten beiden Bezugspunkte des Missbrauchs voneinander zu unterscheiden, ist insbesondere im Hinblick auf die weiteren Rechtfertigungsvoraussetzungen geboten. Während in Fällen missbräuchlichen Berufens auf die Niederlassungsfreiheit die Auslegung des Primärrechts dessen immanente Grenzen aufzeigt und sich die Frage weiterer Rechtfertigungsvoraussetzungen deshalb erübrigt, ist die Bekämpfung von Missbräuchen im nationalen Recht nicht schon per se mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar.²⁹ Der Missbrauch ist nur der Anlass, ein gemeinschaftsrechtlich zu legitimierendes Schutzinteresse mit geeigneten und erforderlichen Mitteln durchzusetzen.

aa) Missbrauch der Niederlassungsfreiheit

Eidenmüller hat aus ihrem Charakter als „allgemeine Regel“ herleiten wollen, die Existenzvernichtungshaftung diene nicht der Bekämpfung von Missbräuchen „im Einzelfall“.³⁰ Der Rechtsprechung des EuGH lässt sich tatsächlich das Gebot entnehmen, nicht anhand abstrakt-genereller Wertungen Beschränkungen vorzunehmen, sondern erst bei konkretem Missbrauch einzugreifen.³¹ Damit ist aber nicht gemeint, es dürfe keine Regel im Sinne eines abstrakt-generell umschriebenen Tatbestands formuliert werden. Mit dem Merkmal des konkreten Missbrauchs sollen im Vorfeld möglicher Fehlentwicklungen ansetzende, generalpräventive Regelungen zurückgedrängt werden, mit denen die Mitgliedstaaten ein eigenes Regelungsinteresse verfolgen können.³² Die gegenteilige Auffassung würde zu einer mit dem Rechtsstaatsprinzip kaum verträglichen und zudem schwer vorstellbaren Rechtsprechung ohne Regelbildung zwingen.

Aus den bisherigen Urteilen des EuGH ergeben sich aber andere Gründe, warum in Existenzvernichtungsfällen kein Gemeinschaftsrechtsmissbrauch gegeben ist: Nachdem bereits ganz global von den Luxemburger Richtern die Wahl des liberalsten Gesellschaftsstatuts als zulässig angesehen wurde, wäre es nur konsequent, die Wahl eines Gesellschaftsrechts, das die Existenzvernichtungshaftung nicht kennt, als eben eine solche Ausübung der von Artt. 43, 48 EG garantierten

Rechtswahlfreiheit anzusehen.³³ Bei aller Wichtigkeit dieser Haftungsfigur ist sie schließlich auch nur ein Baustein der grundsätzlich auch anders gestaltbaren Haftungsverfassung von Kapitalgesellschaften.

Weiterhin kann man auch auf die Genese der Figur des Missbrauchs der Grundfreiheiten Bezug nehmen. Stilbildend waren Fälle, in denen durch künstliche Gestaltung des Sachverhalts unter Berufung auf die Grundfreiheit eine „an sich“ anwendbare Vorschrift umgangen werden sollte.³⁴ Dass Haftungsregeln „an sich“ dem Recht des Staates zu entnehmen seien, in dem die Gesellschaft ihre Hauptgeschäftstätigkeit, ihren Verwaltungssitz oder sonstige Aktivitäten unterhält, ist von der jüngeren Rechtsprechung aber gerade in Frage gestellt worden.³⁵ Gedacht war wohl an nicht spezifisch gesellschaftsrechtliche Vorschriften, wie Berufsausübungsbeschränkungen, auf die in *Centros* hingewiesen wird.³⁶ Daher ist denjenigen zuzustimmen, die von einem sehr schmalen Anwendungsbereich des Missbrauchs des Gemeinschaftsrechts in Bezug auf gesellschaftsrechtliche Regelungen ausgehen.³⁷

bb) Betrügerischer Missbrauch im nationalen Recht

Anders könnte zu entscheiden sein, wenn man die Bestandschutzfälle als betrügerischen Missbrauch im nationalen Recht einordnete, gegen den sich die Mitgliedstaaten mit verhältnismäßigen Mitteln zur Wehr setzen dürfen. Eine Erörterung dieser Frage an dieser Stelle wäre indes überflüssig. Eine Prüfung liefe darauf hinaus, festzustellen, ob das verletzte Interesse legitim ist und die Maßnahmen geeignet und erforderlich sind. „Missbrauch“ bezieht sich nach diesem Verständnis auf die Verletzung rechtlich schützenswerter Interessen des nationalen Rechts. Inwieweit nationale Schutzinteressen in Konkurrenz zum Schutzgehalt der Grundfreiheiten treten können, hat der EuGH bislang, soweit sie nicht besonderen Niederschlag gefunden haben (vgl. z.B. Art. 46 EG), immer

²⁴ Dafür *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁴, 2006, Bd. 11, IntGesR Rn. 412; *G. H. Roth*, NZG 2003, 1081, 1085; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3589; dagegen *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 26; *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 9, 16.

²⁵ Ansatzweise bei *Kieninger*, ZEuP 2004, 685, 699 f.; *Schön*, ZHR 168 (2004), 268, 292 f.

²⁶ *Horn*, NJW 2004, 893, 899; *Kindler*, NZG 2003, 1086, 1089 f.; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3589.

²⁷ So auch *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1203; *Ungan*, ZvGRWiss 104 (2005), 355, 372; *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Fn. 15), Rn. 22 vermisst bei der Existenzvernichtungshaftung einen „Rechtswidrigkeitszusammenhang“ zwischen dem inkriminierten Verhalten und der Niederlassungsfreiheit.

²⁸ Zum Ganzen EuGH, *Centros* (Fn. 1), Rn. 38 f.; *a.A. Kindler*, in: MÜKoBGB (Fn. 24), IntGesR Rn. 411.

²⁹ *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Fn. 15), § 3 Rn. 116; *a.A. Kindler*, in: MÜKoBGB (Fn. 24), IntGesR Rn. 411.

³⁰ *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 26 (dortige Fn. 23).

³¹ EuGH, *Inspire Art* (Fn. 3), 2. Leitsatz a.E. „...es sei denn, im konkreten Fall wird ein Missbrauch nachgewiesen.“; Schlussanträge *GA Alber*, *Inspire Art* (Fn. 3), Rn. 117; ausf. *Sandrock*, ZvGRWiss 102 (2003), 447, 462.

³² Ähnlich *Sandrock*, ZvGRWiss 102 (2003), 447, 462.

³³ *Kieninger*, ZEuP 2004, 685, 699 f.

³⁴ EuGH, Rs. 33/74 – *van Binsbergen*, Slg. 1974, I-1299; Rs. C-23/93 – *TV 10*, Slg. 1994, I-4795; *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Fn. 15), § 3 Rn. 85-94.

³⁵ Vgl. *Paefgen*, DB 2003, 487, 488.

³⁶ EuGH, *Centros* (Fn. 1), Rn. 26: „Im Ausgangsfall sind die nationalen Vorschriften, denen sich die Betr. entziehen wollten, Vorschriften über die Errichtung von Gesellschaften, aber nicht Vorschriften über die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten“.

³⁷ *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677, 681; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1203 f.

im Rahmen der sog. *Gebhard*-Formel geprüft. Genau besehen kommt der Figur des betrügerischen Missbrauchs im nationalen Recht deshalb keine eigenständige Bedeutung zu.³⁸

3. Rechtfertigung nach der *Gebhard*-Formel

Der EuGH erkennt in ständiger Rechtsprechung bei allen Grundfreiheiten eine Rechtfertigung aus sonstigen zwingenden Gründen des Allgemeinwohls an. Nach der aus dem *Gebhard*-Urteil bekannten Formel ist eine Maßnahme zulässig, wenn sie nicht diskriminierend angewendet wird (a), zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht (b), zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet ist (c) und nicht über das zur Zweckerreichung erforderliche Maß hinausgeht (d).³⁹

a) Nichtdiskriminierende Anwendung

Der Gedanke der *Gleichbehandlung* von In- und Auslandsgesellschaften ist geradezu Ausgangspunkt für die hier diskutierte Ausweitung der Existenzvernichtungshaftung. Eine Ungleichbehandlung ergibt sich auch nicht aus einer unterschiedlichen *Wirkung* des Durchgriffs. Die unterschiedliche Haftungsverfassung der Auslandsgesellschaft wirft lediglich die Frage nach der Notwendigkeit eines Durchgriffs auf – seine Wirkung bleibt die gleiche.⁴⁰

b) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses

In der *Überseering*-Entscheidung findet sich die Feststellung, dass die Schutzinteressen der Gläubiger, des Fiskus und der Arbeitnehmer abstrakt geeignet seien, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu rechtfertigen.⁴¹ Angesichts der oben dargestellten Grundlagen der Existenzvernichtungshaftung dürfte – auch für den EuGH – kein Zweifel an der Einordnung dieser Haftungsfigur als Gläubigerschutzvorschrift bestehen.⁴²

c) Geeignetheit der Maßnahme

Die Existenzvernichtungshaftung gewährt dem geschädigten Gläubiger Zugriff auf Gesellschafter, die ihm bei Aufrechterhaltung des Haftungsschildes nicht zur Verfügung stünden. Darin liegt eine deutliche Verbesserung seiner Position, auch wenn im Einzelfall beim Gesellschafter nichts mehr zu holen sein sollte. Die Eignung der Maßnahme scheint daher unproblematisch.

Bedenken an dieser Einschätzung weckt ein in der *Centros*-Entscheidung bemühtes Argument. Die Verweigerung der Zweigniederlassungseintragung in Dänemark mit der Begründung, nicht am Gründungssitz, sondern im Inland werde die gesamte Geschäftstätigkeit entfaltet, wurde als ungeeignet zum Schutze der Gläubiger angesehen, da von den nicht erfassten (auch) im Ausland tätigen Gesellschaften keine mindere Gefahr ausgehe.⁴³ Dieses Argument lautet genau genommen, dass eine Regelung, die ihr Schutzanliegen nicht auch gegenüber gleich gefährlichen „echten“ Auslandsgesellschaften durchsetzt, ungeeignet sei.⁴⁴

Der methodische Ansatz des Gerichts am Eignungskriterium ist zweifelhaft. Wenn die Existenzvernichtungshaftung in einigen Fällen zu einer Verbesserung der Position der Gläubiger führt, dann kann sie nicht gleichzeitig offensichtlich keine Auswirkungen auf das angestrebte Ziel haben.⁴⁵ Letztlich kann diese Frage auf der Basis des hier gewählten kollisionsrechtlichen Ansatzes am *ordre public*-Vorbehalt dahinstehen. Anders als die Sonderanknüpfungslösung⁴⁶ lassen sich so auch reine Auslandsgesellschaften erfassen. Auf den Sitz der Gesellschaft kommt es dabei nicht an, sondern vielmehr auf

eine wie auch immer geartete hinreichende Inlandsbeziehung als allgemeiner Anwendungsvoraussetzung des *ordre public*.⁴⁷ Schon Sachverhaltselemente wie der Sitz des Gläubigers, der Inlandsbezug bestehender Geschäftsbeziehungen⁴⁸ oder des anspruchsbegründenden Ereignisses könnten den Vorbehalt aktivieren. Auch dies spricht für den hier vertretenen Ansatz.

d) Erforderlichkeit

Ob sich ein Durchgriff wegen existenzvernichtenden Eingriffs innerhalb des für den Gläubigerschutz Erforderlichen bewegt, hängt wesentlich davon ab, ob zwei in der bisherigen Rechtsprechung geäußerte Bedenken durchgreifen.

aa) Eigensicherung aufgrund von Publizität

In *Inspire Art* hat der Europäische Gerichtshof deutlich hervorgehoben, dass die angegriffenen besonderen Haftungsregeln, Eigenkapital- und Publizitätsvorschriften nicht erforderlich seien, da die Gläubiger durch sekundärrechtlich abschließend geregelte Publizitätsanforderungen über den Status der Gesellschaft als Auslandsgesellschaft informiert seien.⁴⁹ Wer wisse, dass er es mit einer englischen Ltd. zu tun habe – so die dahinterstehende *ratio* – könne sich durch Einräumung von Sicherheiten gegen das möglicherweise erhöhte Ausfallrisiko absichern. Beim Wort genommen lässt diese Ansicht dem Gläubigerschutz praktisch keinen Anwendungsbereich mehr.⁵⁰ Auch der durch existenzvernichtenden Eingriff geschädigte Gläubiger müsste sich danach über die Haftungsverfassung der ausländischen Gesellschaft informieren.

Die Tragfähigkeit dieses Arguments ist begrenzt. Die Möglichkeit, sich im Vorfeld zu informieren, scheidet für gesetzliche Gläubiger, z.B. bei deliktischen Schädigungen, aus.⁵¹ Arbeitnehmer und sonstige Kleingläubiger verhalten sich zudem wirtschaftlich vernünftig, wenn sie auf eine Informationsbeschaffung verzichten, da die ansonsten entstehenden Transaktionskosten in keinem Verhältnis zu ihrem wirtschaftlichen Interesse stünden.⁵²

³⁸ Auf die Akzessorietät der Rechtfertigung der Missbrauchsbekämpfung zur Legitimität der nationalen Vorschrift weist *Schön* (Fn. 23), S. 1293 f. hin.

³⁹ EuGH, *Gebhard* (Fn. 5), Rn. 37; ausdrücklich übernommen für Artt. 43, 48 EG in EuGH, *Centros* (Fn. 1), Rn. 34.

⁴⁰ I.E. ebenso *Altmeyen*, in: MüKoAktG (Fn. 10), S. 1001 (Rn. 64).

⁴¹ EuGH, *Überseering* (Fn. 2), Rn. 92.

⁴² *Bayer*, BB 2003, 2357, 2364; *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003 677, 682.

⁴³ EuGH, *Centros* (Fn. 1), Rn. 35.

⁴⁴ *Schön*, ZHR 168 (2004), 268, 293 (dortige Fn. 109); *W. H. Roth*, IPRax 2003, 117, 126: „konsequente Zielverfolgung“ als Teilerfordernis der Geeignetheit; unklar der Einwand von *Altmeyen*, in: MüKoAktG (Fn. 10), S. 1048 (Rn. 122), es handle sich um „kein Problem des Gemeinschaftsrechts.“

⁴⁵ So das traditionelle Verständnis von Geeignetheit, vgl. *Schroeder*, in: Streinz (Fn. 11), Art. 30 Rn. 52.

⁴⁶ Vgl. die entsprechenden Begründungen bei *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 28.

⁴⁷ Vgl. *Sonnenberger*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁴, 2006, Bd. 10, Art. 6 Rn. 82 ff; *Heldrich*, in: Palandt (Begr.), Kommentar zum BGB⁶⁶, 2007, EGBGB Art. 6 Rn. 6.

⁴⁸ *W. H. Roth*, IPRax 2003, 117, 126 sieht die Forderung eines konsequenten Gläubigerschutzes bei Orientierung am Umfang der inländischen Geschäftstätigkeit erfüllt.

⁴⁹ EuGH, *Inspire Art* (Fn. 3), Rn. 135; ähnlich bereits EuGH, *Centros* (Fn. 1), Rn. 36; dazu *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Fn. 15), § 3 Rn. 37 – 42.

⁵⁰ *Kersting/Schindler*, RdW 2003, 621, 623; *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 14.

⁵¹ *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677, 682; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁴, 2005, S. 665 f.; *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949, 954.

⁵² *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 27; *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 14.

Im Hinblick auf die Existenzvernichtungshaftung lässt sich das „Publizitätsargument“ zudem grundsätzlich in Frage stellen. Ob Gläubigerschutz durch gesetzliche Haftungstatbestände oder Eigensicherung der Marktteilnehmer die bessere Lösung darstellt, ist eine Grundsatzfrage des (gesellschaftsrechtlichen) Haftungsrechts. Eine einheitliche Antwort für alle denkbaren Haftungsfälle ist bis heute nicht gefunden, differenzierende Ansichten beherrschen die Diskussion.⁵³

Fälle der Existenzvernichtungshaftung zeichnen sich durch eine äußerst ungewöhnliche Risikoerhöhung infolge einer Gesellschaftermaßnahme aus. Die besondere Schutzbedürftigkeit wird gerade durch die Unvorhersehbarkeit des Eingriffs ausgelöst, mit dem ein Gläubiger nach geltenden kaufmännischen Standards nicht rechnen muss und den er daher regelmäßig nicht einkalkuliert.⁵⁴ Warum gerade die Information, es handle sich um eine ausländische Gesellschaft, an dieser Problemlage etwas ändern sollte, ist nicht ersichtlich. Denn es gibt keinen allgemeinen Erfahrungssatz, bei Auslandsgesellschaften sei eher mit existenzvernichtenden Maßnahmen zu rechnen als bei einer deutschen GmbH. Diese Information ist für Gläubiger im hier allein interessierenden Zusammenhang irrelevant.

bb) Schutzlücke und Schutzniveau

Innerhalb der Erforderlichkeitsprüfung richtet sich der Blick des EuGH regelmäßig auf den Ursprungsstaat. Ist dem zur Rechtfertigung herangezogenen Schutzziel dort bereits ausreichend Rechnung getragen, dann ist die Maßnahme nicht erforderlich.⁵⁵ Zutreffend wird deshalb verbreitet eine *Schutzlücke* im ausländischen Gesellschaftsrecht als Voraussetzung der Rechtfertigung begriffen.⁵⁶ Aus der Erkenntnis, dass unterschiedliche Rechtsordnungen das gleiche Ziel mit unterschiedlichen Mitteln verfolgen können, leitet sich der Bezugspunkt für diese Lückenbestimmung ab. Nicht das Fehlen eines bestimmten Rechtsinstituts (hier der Existenzvernichtungshaftung) ist entscheidend, sondern die funktionsäquivalente Verwirklichung der beabsichtigten Schutzziele innerhalb eines weit verstandenen Gesamtkonzepts.⁵⁷ Dies verlangt dem Rechtsanwender für jeden Einzelfall eine anspruchsvolle rechtsvergleichende Untersuchung ab.⁵⁸

Welches *Schutzniveau* unterschritten werden muss, damit sich das ausländische Gesellschaftsrecht als lückenhaft im beschriebenen Sinne erweist, wird bislang uneinheitlich beantwortet. Während einerseits schon das Unterschreiten eines dem inländischen (im Wesentlichen) vergleichbaren Schutzniveaus als ausreichend angesehen wird,⁵⁹ sehen andere die Schwelle erst bei offensichtlicher Unzulänglichkeit überschritten.⁶⁰ Gegen die erste Auffassung spricht, dass die Mitgliedstaaten es weitgehend selbst in der Hand hätten, das maßgebliche Schutzniveau festzulegen.⁶¹ Die Tendenz der Rechtsprechung des EuGH geht eindeutig dahin, den Mitgliedstaaten unterschiedliche Schutzstandards im Rahmen eines Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte zuzumuten. Prinzipiell wird von einer Vermutung der Gleichwertigkeit der Gesellschaftsrechte ausgegangen.⁶² Erst wenn man zu dem Schluss käme, dass der Gläubigerschutz vor völlig unverletzlichen Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen ganz und gar unzureichend verwirklicht ist, könnte ein Eingriff wohl das Placet des EuGH finden. Im Einzelnen wird bis zu einem entsprechenden Richterspruch aus Luxemburg hier vieles unklar bleiben.⁶³ Die gebotene Einzelfallbetrachtung und Härtefallunter-

suchung geht jedenfalls problemlos in dem hier vertretenen kollisionsrechtlichen Ansatz am *ordre public*-Vorbehalt auf.

E. Praktische Relevanz

Nach alledem bleibt noch die Frage, ob hier angesichts der wohl zu erwartenden strengen Anforderungen an eine Anwendbarkeit der Bestandsschutzhaftung nicht eine rein akademische Frage erörtert wurde. Schließlich ist das Problem des Gläubigerschutzes und des Rechtsformmissbrauchs ein allgemein gesellschaftsrechtliches Problem, das – wie oben bereits angedeutet – in praktisch jeder Rechtsordnung zumindest im Ansatz bewältigt werden muss und wird. Die in diesem Zusammenhang gerne herangezogenen „Oasenstaaten“, die durch besonders laxen Haftungsregeln Gesellschaften anzuziehen versuchen,⁶⁴ sind jedenfalls bislang kein besonders hervorstechendes Problem des innereuropäischen Gesellschaftsrechts. Ein gewisses Mindestgläubigerschutzniveau dürfte wohl in allen Mitgliedstaaten verwirklicht sein.⁶⁵

Schutzdefizite könnten sich jedoch aus den nach wie vor bestehenden Friktionen zwischen den europäischen Rechtsordnungen ergeben. So ist in einigen Mitgliedstaaten wie England und Spanien das Gesellschaftsrecht, insbesondere in den schutzrelevanten Bereichen, öffentlich-rechtlich organisiert. Das öffentlich-rechtliche Aufsichtsrecht wird zum einen begrenzt durch das völkerrechtliche Territorialitätsprinzip, das den Behörden ein Agieren jenseits der eigenen Landesgrenzen verwehrt.⁶⁶ Zum anderen wird von diesen Befugnissen bei Gesellschaften, die ihre Geschäftstätigkeit im Wesentlichen außerhalb des Territoriums entfalten, rechtstatsächlich wohl kaum Gebrauch gemacht.⁶⁷ Eine Schutzlücke lässt sich in solchen Fällen nicht etwa mit dem Argument leugnen, es sei Aufgabe des jeweiligen Mitgliedstaats, sein Aufsichtsrecht auch auf ausländische Sachverhalte zu erstrecken.⁶⁸

⁵³ Bitter, WM 2001, 2133, 2140 m.w.N. (dortige Fn. 114); Schanze/Jüttner, AG 2003, 661, 663.

⁵⁴ Lutter/Banerjee, ZGR 2003, 403, 432; G. H. Roth, NZG 2003, 1081, 1083.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-101/94 – *Komm./Italien*, Slg. 1996, I-2691, 2725; Rs. C-351/90 – *Ramrath*, Slg. 1992, I-335 Rn. 31; Rs. 205/84 – *Komm./BRD*, Slg. 1986, I-3755 Rn. 27; vgl. auch Schön, ZHR 168 (2004), 268, 293 (dortige Fn. 109).

⁵⁶ Behrens, IPRax 2004, 20, 25; Eidenmüller, ZIP 2002, 2232, 2242; Spindler/Berner, RIW 2004, 7, 14; a.A. Altmeppen, in: MüKoAktG (Fn. 10), S. 1050 (Rn. 130); Kindler, in: MüKoBGB (Fn. 24), IntGesR Rn. 431 und Ulmer, NJW 2004, 1201, 1209.

⁵⁷ Bayer, BB 2003, 2357, 2364; Eidenmüller, JZ 2004, 24, 28; Fleischer, in: Lutter (Fn. 8), S. 108.

⁵⁸ Brand, JR 2004, 89, 94; Spindler/Berner, RIW 2004, 7, 14.

⁵⁹ W. H. Roth, IPRax 2003, 117, 125; Sandrock, ZvgIRWiss 102 (2003), 445, 486; Spindler/Berner, RIW 2004, 7, 14.

⁶⁰ Eidenmüller, JZ 2004, 24, 28; ders./Rehm, ZGR 2004, 159, 173.

⁶¹ Eidenmüller, JZ 2004, 24, 28.

⁶² Eidenmüller, in: Eidenmüller (Fn. 15), § 3 Rn. 57.

⁶³ Ulmer, NJW 2004, 1201, 1209.

⁶⁴ Großrichter, DSiR 2003, 159 (168); Großfeld, in: Staudinger (Begr.), Internationales Gesellschaftsrecht, 1998, Rn. 53.

⁶⁵ Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159, 173 f.

⁶⁶ Horn, NJW 2004, 893, 898; Schön, ZHR 168 (2004), 268, 291; Ungan, ZvgIRWiss 104 (2005), 355, 358. Zu Recht weist Rehm, in: Eidenmüller (Fn. 15), § 10 Rn. 72 (dortige Fn. 209) darauf hin, dass das Territorialitätsprinzip einer Tätigkeit auf dem eigenen Territorium im Hinblick auf Sachverhalte, die sich im Ausland zutragen, nicht entgegensteht. Die Aufsicht ist deshalb nicht völlig ausgeschaltet, sondern nur gehemmt.

⁶⁷ Rehm, in: Eidenmüller (Fn. 15), § 10 Rn. 72.

⁶⁸ So aber Schumann, DB 2004, 743, 745.

Dennoch ist auch in diesen Fällen Zurückhaltung geboten. Das öffentlich-rechtliche Aufsichtsrecht wird häufig nicht das einzige Gläubigerschutzinstrument darstellen. Bei der in der Diskussion befindlichen englischen *private limited company* gibt es daneben Durchgriffstatbestände, die den Missbrauch der Haftungsbegrenzung sanktionieren. In Gestalt der *wrongful trading rule* existiert eine Haftung des als *shadow director* agierenden Gesellschafters, wenn dieser die Gesellschaft in die Krise stürzt.⁶⁹ Ein völlig unzureichender Gläubigerschutz wird sich auch deshalb wohl nur selten begründen lassen.⁷⁰

F. Ergebnisse

1. Die Bestandsschutzhaftung als Abwehrmaßnahme gegen den Missbrauch der Haftungsbeschränkung von Kapitalgesellschaften fußt auf einem allgemeinen Rechtsgedanken, der grundsätzlich auch auf ausländische Kapitalgesellschaften übertragen werden kann.
2. Kollisionsrechtlich gehört die Bestandsschutzhaftung auch nach Übergang zur Anknüpfung an das Gründungsrecht der Gesellschaft zum Gesellschaftsstatut. Eine Sonderanknüpfung von Durchgriffstatbeständen an den Verwaltungssitz überzeugt nicht, da kollisionsrechtlich nicht zu erklären ist, warum die Anknüpfung vom Ergebnis des Einzelfalls abhängen soll. Stattdessen kommt eine Anwendung über den *ordre public*-Vorbehalt in Betracht.
3. Die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs stellt einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft dar. Eine Rechtfertigung unter dem Aspekt des Missbrauchs des Gemeinschaftsrechts ist nicht einschlägig, da es ein „natürliches Recht

der Gesellschaft“, das umgangen werden könnte, nach der neueren Rechtsprechung des EuGH nicht mehr gibt.

4. Eine Rechtfertigung der Anwendung der Bestandsschutzhaftung mit dem als zwingendes Interesse des Allgemeinwohls anerkannten Gläubigerschutz ist möglich. Es handelt sich um eine nichtdiskriminierende und geeignete Maßnahme. Sie ist nicht schon deshalb unzulässig, weil sich die Gläubiger der Gesellschaft selbst gegen den Ausfall der Gesellschaft absichern können, da die Tatsache, dass es sich um eine ausländische Gesellschaft handelt, dazu keinen besonderen Anreiz setzt. Allerdings kommt eine Anwendung nur in Betracht, wenn das Statut der Kapitalgesellschaft im Hinblick auf den Gläubigerschutz völlig unzureichend entwickelt ist.
5. Praktisch dürfte eine Anwendung der Bestandsschutzhaftung auf ausländische Kapitalgesellschaften nur selten relevant werden. Die meisten ausländischen Gesellschaftsrechte kennen Durchgriffstatbestände in den Fällen des Missbrauchs der Haftungsbeschränkung. Denkbar sind Fälle, in denen ein öffentlich-rechtlich konzipiertes Aufsichtssystem, das den Gläubigerschutz verwirklichen soll, leer läuft. ■

⁶⁹ Sec. 214 Insolvency Act 214 i.V.m. Sec. 741 Companies Act; *Rehm*, in: Eidenmüller (Fn. 15), § 10 Rn. 67 f.; *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 210 sehen ein Konkurrenzverhältnis der *wrongful trading rule* zur Bestandsschutzhaftung; ähnlich *Schumann*, DB 2003, 743, 749; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1202 (dortige Fn. 12) unter Hinweis auf erhebliche Unsicherheiten in diesem Bereich.

⁷⁰ *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 182; *Schulz/Sester*, EWS 2002, 545, 551; *Schumann*, DB 2004, 743, 749.

International

Paul Philipp Hermann, Julia Küppers, Nora Morgenstern, Hamburg/Berlin*

Comparaison des droits-garanties générales en France et en Allemagne

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit den „droits-garanties générales“ des französischen Rechts und den deutschen Justizgrundrechten. Nach einem kurzen Abriss der Verfassungsgeschichte innerhalb des jeweiligen Landes richtet sich der Fokus der Untersuchung auf die Frage, in welchem Umfang die „droits-garanties générales“ gewährleistet werden. Daneben wird die unterschiedliche Art des Schutzes untersucht.

A. Introduction

Les „droits-garanties générales“ sont ceux qui assurent aux individus une protection fondamentale face aux pouvoirs répressifs de l'autorité publique. De façon classique, la plupart d'entre eux s'appliquent donc „naturellement“ à la matière pénale ou au droit répressif. Le développement jurisprudentiel et l'approfondissement du principe de prééminence du droit qui fonde l'Etat de droit ont néanmoins conduit, progressivement et dans des conditions propres à chaque système juridique, à étendre le champ d'application de ces droits et principes à d'autres contentieux. En droit français, on peut

dire que ces droits-garanties sont soutenus par trois principes généraux. C'est premièrement le droit au juge, qui implique que tout individu doit pouvoir trouver un juge pour faire valoir ses droits, c'est deuxièmement le droit de la défense, qui implique que tout individu doit se défendre lorsqu'il est mis en cause, et c'est finalement le principe de la sécurité juridique, c'est à dire que tout individu doit être assuré d'une certaine stabilité de l'ordre juridique.

B. La France

I. Le droit de la défense

Le respect du droit de la défense est la toute première garantie des droits et libertés de l'individu. Plus large que le droit au juge, le principe de respect des droits de la défense caractérise aussi bien aujourd'hui les procédures contentieuses que non-contentieuses.

* Paul Philipp Hermann ist Absolvent der Bucerius Law School, Hamburg. Julia Küppers ist Studentin an der Humboldt-Universität Berlin. Nora Morgenstern ist Studentin an der Universität Hamburg.

1. La tradition constitutionnelle française

Dans l'ancienne tradition constitutionnelle française, le droit de la défense était caractérisé par le principe de la compétence législative. Cela se voit par exemple quand on considère l'article 34 de la Constitution de 1958. Cet article peut être compris dans la plus stricte tradition républicaine. Celle-ci a toujours réservé au seul pouvoir législatif le régime des libertés publiques, alors l'article dispose que: „la loi fixe les règles concernant [...] la procédure pénale.”

2. Le problème qui se pose à cause de cette tradition

Cet article pose des problèmes par rapport au droit de la défense, car il n'est pas ostensible si le législateur pourrait éventuellement être limité par des règles de fond dans l'exercice de sa compétence.

Quand on regarde la Constitution de 1958, la Déclaration de 1789 ou le préambule de 1946, aucun de ces textes ne pose de règles directement pertinentes pour cet aspect particulier de la procédure pénale, l'aspect du pouvoir illimité du législateur. Le fait que ce pouvoir soit illimité a pour conséquence de limiter le droit de la défense.

Où alors peut-on retrouver certaines limites à la plénitude de compétence du législateur?

3. La solution du problème par la juridiction du Conseil constitutionnel

Tout au plus, on peut inférer des dispositions comme celles de l'article 9 de la Déclaration de 1789, sur la présomption d'innocence, ou encore celles de l'article 66 alinéa 1 de la Constitution de 1958, qui interdit les détentions arbitraires, une certaine réduction du pouvoir du législateur. Mais cela ne change pas vraiment le fait que, selon l'article 7 de la Déclaration de 1789, „nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et les formes qu'elle a prescrites.” En fait, cela veut dire qu'il y a un droit de la défense, mais la protection de ce droit émane de la loi, donc du législateur.

En raison de la problématique de la grande compétence du législateur, qui était initialement la sienne, le Conseil constitutionnel a développé un principe constitutionnel du respect des droits de la défense, qui oblige le législateur à ne mettre en oeuvre, par exemple, la procédure pénale que sous réserve du respect des droits de la défense tels qu'ils résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ce développement a commencé par la décision du 2 décembre 1976, dans laquelle le Conseil constitutionnel avait été saisi de la constitutionnalité d'une loi relative à la prévention des accidents du travail qui prévoyait la possibilité de mettre en totalité à la charge de l'employeur le paiement des amendes et des frais de justice dans l'hypothèse où l'infraction aux règles d'hygiène et de sécurité du travail commise par un préposé avait provoqué un décès, des blessures ou une maladie. Ici, le Conseil constitutionnel a consacré pour la première fois le principe du respect des droits de la défense en matière pénale en soutenant que cette disposition méconnaissait le caractère personnel de la responsabilité pénale et le principe de la personnalité des peines. Mais sans répondre à ses moyens, le Conseil a préféré valider les dispositions contestées en relevant qu'elles „ne portent atteinte, sous réserve du respect des droits de la défense, tels qu'ils résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la

République, à aucune disposition de la Constitution ni à aucun autre principe de valeur constitutionnelle applicable en matière pénale.”¹ Dès cet arrêt, le développement du principe a continué dans plusieurs arrêts, par exemple dans lequel du 19-20 janvier 1981 ou le Conseil censure une disposition de la loi Sécurité et Liberté permettant au président de toute juridiction de l'ordre judiciaire d'écarter discrétionnairement de la barre, pendant deux jours, un avocat ayant troublé la „sérénité des débats” et ceci contrairement „aux droits de la défense qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.”²

En conclusion, le Conseil constitutionnel entend par droits de la défense toute une série de garanties procédurales qui doivent bénéficier à toute personne susceptible de voir prise à son encontre une mesure individuelle d'une certaine gravité, reposant sur l'appréciation de sa situation personnelle. Ensuite, la mesure doit donc être motivée, et la procédure doit être contradictoire.³ Ainsi, l'intéressé doit être intégralement informé de la mesure défavorable susceptible d'être prise ou des griefs qui lui sont adressés. En outre, le droit de la défense prévoit que l'individu doit avoir accès à son dossier, doit pouvoir être entendu, par oral ou par écrit avant l'édiction de la mesure, doit disposer d'un délai pour organiser sa défense⁴, doit être en mesure de choisir librement un conseil et il doit connaître les raisons de la décision prise et disposer des voies de recours juridictionnelles effectives.

Finalement, le droit de la défense contient aussi le droit à l'assistance d'un avocat et au libre choix de ce dernier. Cela est assuré par la décision „garde à vue” du 11 août 1993 qui constitutionalise pleinement „le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue.”⁵

II. Le droit au recours

Pour se défendre dans ses droits, ce n'est pas suffisant d'avoir la possibilité de pouvoir faire valoir des arguments en réponse à ceux qui les ont méconnus ou menacent faire ainsi. Il est aussi nécessaire de pouvoir prendre l'initiative et contester l'atteinte dont on est victime devant une instance investie d'un pouvoir de réformation ou de réparation des mesures contestées.

La possibilité d'un accès à la justice dans ce sens, étant un „droit au recours” ou „droit fondamental caractère constitutionnel” ou „droit au juge”, fera l'objet d'une présentation successive.

Les racines de ce principe se trouvent directement dans le droit constitutionnel anglo saxon: les principes britanniques de *habeas corpus* et de *due process*. En France, depuis la fin du 18ème siècle, différentes voix ont fait avancer la reprise des idées fondamentales de ces principes dans le système constitutionnel français. Il en résulte une théorie générale d'une responsabilité de l'Etat pour une protection juridictionnelle de l'individu, dont découle un droit au recours au juge.

¹ CC, déc. 76-70 DC, Prévention des accidents du travail II. Tous les jugements cités sont disponibles sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

² CC, déc. 80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

³ CC, déc. 248 DC du 17 janvier 1989; déc. 89-268 DC du 29 décembre 1989, Loi de finances pour 1990, RJC I-382.

⁴ CC, déc. 248 DC, préc.; Conseil supérieur de l'audiovisuel, GD n°42.

⁵ CC, déc. 93-326 DC, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale.

Le projet de la constitution d'avril 1946 disposait que „la loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice”.⁶ Mais cette disposition n'était pas reprise par le texte définitif de son Préambule. Pour cela, un „droit au recours“ resterait „sans texte“. Le besoin de changement resterait pourtant visible – par exemple en droit administratif dans une décision célèbre du Conseil d'État.⁷ Dans l'affaire un recours pour excès de pouvoir a été nommé un „recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité.”

Vingt années après, en 1971, la permission de fonder le droit au juge constitutionnel s'avérait toutefois de la réactivation de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen par le Conseil constitutionnel. L'attribution directe avec un texte du bloc constitutionnel était fait pour la première fois par *François Luchaire* en 1987 qui rattachait un „droit au juge“ à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme, le voyant essentiellement sous l'angle de la séparation des pouvoirs.⁸ Les fondements de l'organisation de l'État définis par la Déclaration de 1789, montra qu'il était justifié de fonder ce que le Conseil constitutionnel appelle „le libre exercice du droit d'agir en justice“⁹ sur la disposition générale de l'article 16 de la Déclaration exigeant que soit assurée „la garantie des droits“.

Le Conseil constitutionnel est arrivé prudemment à emprunter de cette voie. En 1989, il affirme que „toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet devant le Conseil d'État d'un recours de pleine juridiction” et que „le droit au recours étant réservé à la personne sanctionnée, son exercice ne peut conformément aux principes généraux du droit, conduire à aggraver sa situation”, avant de constater que les dispositions contestées „ne sont pas contraires dans leur principe aux articles 11 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et citoyen.”¹⁰

Les députés requérants, en 1994, ayant fait valoir que la garantie des droits prévus à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen n'est pas assurée „dès lorsque la loi attaquée limite à six mois la possibilité d'invoquer une exception d'illégalité à l'encontre de schémas directeurs” et de „plan d'occupation des sols”, le Conseil constitutionnel, a précisé les garanties dont bénéficient les intéressés d'exercer un recours et dit „qu'ainsi le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen manque en fait.”¹¹ En revanche, en 1996, le grief sera retenu à l'encontre d'une disposition de loi organique privant de tout droit au recours devant le juge de l'excès du pouvoir, la personne qui entend contester la légalité d'un acte pris en application d'une délibération de l'assemblée territoriale (de Polynésie) plus de quatre mois après la publication de cette délibération: alors même que cette mesure était motivée par „le souci du législateur de renforcer la sécurité juridique,” un tel souci „ne saurait justifier que soit portée une atteinte aussi substantielle au droit à un recours juridictionnel.”¹²

Enfin, la référence à l'article 16 de la Déclaration sera clairement marquée par le Conseil constitutionnel dans la décision CMU du 23 juillet 1999. Après avoir cité les termes de l'article 16, le Conseil constitutionnel constata „qu'il résulte de cette disposition, qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un

recours effectif devant une juridiction.”¹³ Cette déposition était reprise en décembre 2000: Les dispositions contestées „ne méconnaissent pas le droit à un recours effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.”¹⁴ C'est ainsi qu'un „droit au juge” ou „droit fondamental à caractère constitutionnel” s'est développé dans la juridiction française. L'individu tire ses droits non de la constitution, mais de la loi et la constitution ne peut pas être utilement invoquée pour lui dans les cours et tribunaux. Ceci est un exemple du système français qui est encore partiellement celui d'une constitution descriptive qui définit un régime législatif des droits et libertés.

III. La sécurité juridique

Tout d'abord, la sécurité juridique suppose le caractère prévisible, lisible et accessible des lois et réglementations. Elle contient les principes de non-rétroactivité des lois, de stabilité des relations juridiques, de protection des droits acquis ou des exigences de qualité et d'effectivité de la règle de droit.

1. La Consécration de la non-rétroactivité en droit pénal

La non-rétroactivité des normes en droit français est un principe constitutionnel en matière de sanctions pénales, s'agissant des dispositions plus sévères. Avec le principe d'égalité des peines, il se trouve directement consacré par l'article 8 de la Déclaration de 1789 qui prévoit que „la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.” Alors, sans doute, il y a un fondement de la sécurité juridique en droit pénal. Mais ici se pose la question de savoir où on peut trouver le fondement de cette sécurité hors de la matière pénale.

2. Le problème des fondements textuels du principe

Ainsi pour certains la sécurité juridique ne serait pas garantie en droit français. On peut voir cela par exemple dans la „Proposition de loi constitutionnelle” du Sénat présentée par *M. Jean-Claude Carle* dans la Session ordinaire de 2000-2001.¹⁵

Voici quelques extraits de cette proposition: „La sécurité juridique [...] n'est pas garantie en droit français. [...] Méconnaissant le principe selon lequel 'Nul n'est censé ignorer la loi', le recours fréquent à des dispositions rétroactives et les nombreux revirements de jurisprudence ont fait naître un sentiment d'insécurité juridique chez nos concitoyens, particulièrement dans le domaine de la fiscalité. Il convient donc de faire évoluer le droit pour favoriser des relations plus transpa-

⁶ Voir <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1946p.htm#1>, art. 11 (dernière vérification le 14 juin 2007).

⁷ Conseil d'Etat, déc. du 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte*, Rec. Lebon p. 110.

⁸ *Luchaire*, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/secjur.htm> (dernière vérification le 14 juin 2007).

⁹ CC, déc. 80-119 L du 2 décembre 1980.

¹⁰ CSA 17. Jan. 1989 – GD n° 42.

¹¹ CC, déc. 93-335 DC du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, RJC I-576, § 4 et 5.

¹² CC, déc. 96-373 DC du 9 avril 1996, RJC I-660, § 85.

¹³ CMU du 23 juillet 1999, 99-416 DC, § 38, RJC I 838, § 85.

¹⁴ CC, déc. 2000-437 DC du 19 décembre 2000, § 44.

¹⁵ Disponible sur <http://www.senat.fr/leg/pp100-222.html> (dernière vérification le 14 juin 2007).

rentes et plus confiantes entre le citoyen et l'Etat [...] Ce principe, consacré par la Cour de justice des communautés européennes (C.J.C.E.), exige que toute situation de fait soit normalement, et sauf indication contraire, appréciée à la lumière des règles de droit qui lui sont contemporaines. La réglementation doit être claire et précise pour que l'administré puisse connaître sans ambiguïté ses droits et obligations et prendre ses dispositions en conséquence. [...] La sécurité juridique a pour corollaire la non-rétroactivité des actes communautaires et la confiance légitime des citoyens dans la stabilité de la situation créée par un acte juridique. [...] Reconnaître au principe de sécurité juridique une valeur constitutionnelle permettrait de clarifier cette situation et de garantir une meilleure protection pour le citoyen." Pour ces raisons, le Sénat a proposé d'ajouter deux alinéas avant le premier alinéa de l'article 34 de la Constitution. Premièrement: „La loi doit être certaine et son application prévisible par les citoyens" et deuxièmement: „La loi ne dispose que pour l'avenir. Elle ne peut avoir d'effet rétroactif que lorsque, à titre exceptionnel, le but à atteindre l'exige, et lorsque la confiance légitime des citoyens est dûment respectée."¹⁶

En même temps, il y a la possibilité en droit français d'inclure ce droit dans la „sûreté" garantie par l'article 2 de la déclaration de 1789. En disant que, pour les hommes de la Révolution, „la sûreté s'étendait à la protection des droits. L'article 10 de la déclaration girondine, l'article 8 de la déclaration jacobine le confirment expressément: protéger les droits c'est bien assurer la sécurité juridique",¹⁷ le professeur *Francois Luchaire* est en contradiction avec l'hypothèse que les hommes de la Révolution ne comprenaient par le mot de sûreté que la protection des personnes et des biens.

Ici on voit bien que le fondement de la sécurité juridique en droit français, hors de la matière pénale, est controversé.

3. La juridiction du Conseil constitutionnel

Pourtant, le Conseil constitutionnel, s'il a bien cité la sûreté comme l'un des droits de l'homme,¹⁸ n'en a pas tiré une conséquence directe sur une loi soumise à son examen. Ainsi, la loi doit être „intelligible et accessible", elle ne peut „priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel", elle doit assurer la possibilité de recourir à un juge respectueux des droits de la défense. Enfin, pour parler du problème de la rétroactivité des normes au-delà de la matière pénale, le Conseil a jugé que: „si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles."¹⁹ En plus, le Conseil considère que „l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont des objectifs de valeur constitutionnelle."²⁰ Certes, il invoque ici, non le principe de sûreté mentionné par l'article 2 de la Déclaration, mais „la garantie des droits" requise par son article 16, en affirmant que celle-ci „ne pourrait pas être effective si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui sont applicables." En conclusion, de nombreuses saisies du Conseil constitutionnel font aujourd'hui référence au principe de sécurité juridique en invoquant les dispositions des articles 2 ou 16 de la Déclaration de 1789. En ce sens, le principe de sécurité juridique est une composante indéniable de l'Etat de droit et de la protection de l'ensemble des droits fondamentaux.

B. L'Allemagne

I. L'histoire

En Allemagne l'article 19 de la constitution (GG) sert la sécurisation des droits fondamentaux à l'égard formel. Il reprend la tradition de l'histoire des constitutions allemandes. Mais les pères de la loi fondamentale allemande se laissent guider par la considération que si les droits fondamentaux sont à la disposition du législateur (comme ils étaient pendant la république de Weimar), ils peuvent perdre leur efficacité pratique si un ennemi de l'état de droit arrive au pouvoir.²¹ Pour ça, les alinéas un et deux de l'article 19 GG sont des expressions de méfiance envers le législateur. Les pères de la constitution ont construit une sécurité contre le législateur avec l'article 19 IV GG qui garantit les recours au tribunal, et par conséquent le droit au juge.²²

II. Le droit au recours

D'abord on va expliquer comment les droits fondamentaux sont protégés en général et comment le citoyen peut contrôler le respect des droits fondamentaux par le gouvernement et l'état. Après on va voir la conception de l'article 19 IV GG qui protège l'individu contre des violations par la force publique. Enfin on verra l'article 101 GG qui interdit les tribunaux d'exception et garantit un droit au juge.

1. Article 1 III GG

Selon l'article 1 III GG les droits fondamentaux sont fermes pour toutes les forces publiques. Les droits fondamentaux ne sont plus ni à la disposition du législateur ni à la disposition de la juridiction. Ils sont par décision des pères de la constitution des principes fondamentaux qui doivent être respectés dans toutes les actions publiques.²³ Chaque individu peut revendiquer que les droits fondamentaux soient respectés par des recours devant la Cour constitutionnelle (§ 90 BVerfGG, article 19 IV GG). Comme les principes constitutionnels sont fermes pour les juges, un juge doit interpréter le droit positif, s'il comporte des principes fondamentaux de la constitution, au regard des droits fondamentaux.²⁴ Si le juge omet d'interpréter les normes favorables à la constitution, l'individu peut recourir devant la Cour constitutionnelle.²⁵

2. Article 19 IV GG

L'article 19 IV GG garantit une sécurité plus au moins complète contre les violations par la force publique. Pour ça, l'article 19 IV GG n'est pas un vrai droit fondamental mais un droit fondamental formel ou procédural.²⁶ L'article veut permettre un accès au tribunal pour garder l'état de droit parce que si l'accès aux tribunaux n'est pas garanti, il est difficile de parler encore d'un état de droit.²⁷ Mais il existe des

¹⁶ Op. cit. (n. 15).

¹⁷ *Luchaire*, op. cit. (n. 8).

¹⁸ CC, déc. 132 DC du 16 janvier 1982, 164 DC du 29 décembre 1983 et 254 DC du 4 juillet 1989.

¹⁹ CC, déc. 98-404 DC du 18 décembre 1998.

²⁰ CC, déc. 421 DC du 16 décembre 1999.

²¹ *Höfling*, *Sachs*, *Grundgesetz Kommentar*³, 2003, Art. 1 points 72-74.

²² *Maurer*, *Staatsrecht I*⁵, 2007, p. 212.

²³ *Maurer* (n. 22), p. 206.

²⁴ *Höfling*, *Sachs* (n. 21), Art. 1 points 97, 99.

²⁵ *Höfling*, *Sachs* (n. 21), Art. 1 point 101.

²⁶ *Krüger/Sachs*, *Sachs* (n. 21), Art. 19 point 114.

²⁷ *Maurer* (n. 22), p. 211.

restrictions pour l'accès au recours de tribunal si le recours au tribunal est rendu trop compliqué sans être justifié par des propres raisons,²⁸ alors c'est une violation de l'article 19 IV GG. Pour ces raisons l'état peut facturer les dépenses nécessaires pour les tribunaux. Aussi l'autorisation des interventions doit être assez précise parce que s'il manque la précision le juge ne peut pas dire si les actes de l'administration sont justes. Finalement article 19 IV 2 GG assure que s'il n'existe pas un tribunal administratif on peut avoir recours aux tribunaux civils.

3. Article 101 GG

L'histoire de cette loi commence déjà avec la constitution française de 1791, dans la plupart des constitutions des Länder allemands pendant le 19ème siècle le droit au juge est également reconnu.

Article 101 GG interdit les tribunaux d'exception mais il n'interdit pas les tribunaux spéciaux. Pour distinguer il faut savoir que les tribunaux d'exception sont ceux qui sont établis pour un certain cas après que tous les faits se soient déroulés.²⁹ Maintenant l'article 101 GG ne protège pas seulement contre la justice des tribunaux d'exception mais il garde aussi la compétence des différentes cours, par exemple cela veut dire qu'on peut savoir avant de commettre le crime quel juge va juger le cas.³⁰

III. Le droit de la défense

Le droit de la défense est précisé dans l'article 103 GG et consiste en deux parties, premièrement un droit qui garantit l'accès au tribunal (l'article 103 I GG) et deuxièmement l'interdiction de double punition qui est évoquée dans l'article 103 II GG.

1. Article 103 I GG

L'article 103 I GG est une caractéristique du principe de l'état de droit. Plus précisément, c'est une partie importante du droit à la défense, qui vient de l'article 20 GG. L'article 103 I GG garantit seulement un minimum de droit de la défense.³¹ Si le juge applique les normes du code procédural il a suffisamment tenu en compte le droit d'être entendu, si ces normes sont conformes à l'article 103 I GG. Seulement l'abus du procès procédural, comme il y existait pendant le régime nazi, est interdit par l'article 103 I GG. L'article 103 GG a donc deux fonctions:

1° – L'article 103 I GG constitue la ligne directrice pour les lois procédurales³² et

2° – L'article 103 I GG donne une base pour une obligation directe d'être entendu avant la décision.³³

Un autre principe de l'article 103 I GG est que seulement les preuves envers lesquelles l'accusé peut prendre position sont permises, mais il n'est pas nécessaire que le tribunal aide les participants à trouver un avocat.

2. Article 103 III GG

Cet article interdit la double punition pour le même délit. Il s'applique seulement au cas pénal, ça veut dire qu'on peut être condamné pour réparation (en général, en Allemagne la réparation est jugée dans un cas différent devant un tribunal civil) ou pour un délit devant un tribunal social ou enfin devant un tribunal de travail. Aussi article 103 GG ne s'oppose

pas à la condamnation de quelqu'un qui était déjà condamné dans un autre pays.³⁴

IV. La sécurité juridique

La sécurité juridique en Allemagne est protégée par plusieurs articles dans la loi fédérale d'Allemagne. D'abord la non-rétroactivité des lois pénales est garantie dans Article 103 II GG. La non-rétroactivité des lois fiscales (et aussi des autres lois) dérive d'une conception très difficile, qui comporte plusieurs principes constitutionnels et plusieurs articles des lois fondamentales d'Allemagne.³⁵

1. Article 103 II GG

Selon l'article 103 II GG, une loi pénale peut seulement avoir un effet pour le futur mais jamais pour le passé. En conséquence, on peut seulement être puni par une loi qui existait déjà quand le délit a été réalisé, cela permet au coupable de savoir avant si ses actions son répréhensibles. Une question qui se pose est si article 103 II GG se rapporte également aux règles procédurales. Ce problème était important à cause des crimes des nazis et la question de prescription.³⁶ Une décision de la Cour constitutionnelle d'Allemagne³⁷ a établi que l'article 103 GG ne se rapporte pas aux règles formelles et procédurales. Le principe *nulla poena sine culpa* a une valeur constitutionnelle et est un des principes fondamentaux.

2. Article 2 I GG

Le principe d'état de droit n'est pas statué expressément dans l'article 20 GG mais il est dérivé de cet article, ce principe constitue une part importante de l'ordre constitutionnel.³⁸ Il ne se rapporte pas à des interdictions ou des obligations directes mais il est un principe constitutionnel qui doit être précisé pour chaque cas. L'article 2 I protège la liberté d'action qui comporte aussi la liberté d'économie. En plus l'article 2 I établit aussi que l'ordre constitutionnel doit être respecté par les individus et par l'état.³⁹ Pour ces raisons l'état doit respecter le principe de l'état de droit quand il crée des lois fiscales. Le principe d'état de droit revendique que les lois fiscales doivent être suffisamment concrètes pour le contentieux, le sujet, l'objectif et l'ampleur, parce que le citoyen doit être capable de calculer les impôts qu'il doit payer.⁴⁰ La rétroactivité des lois fiscales est en conséquence interdite parce que le citoyen a droit à une confiance légitime. Néanmoins il y a des exceptions à cette règle, par exemple le citoyen n'a pas besoin de protection s'il pouvait avoir prévu ces lois.⁴¹ ■

²⁸ BVerfGE 10, 268; *Huber*, v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz Kommentar, vol. 1⁴, 1999, Art. 19 point 391.

²⁹ *Degenhart*, Sachs (n. 21), Art. 101 point 22.

³⁰ *Classen*, v. Mangoldt/Klein/Starck (n. 28), vol. 2⁴, 2001, Art. 101 point 21.

³¹ *Nolte*, v. Mangoldt/Klein/Starck (n. 28), vol. 2⁴, 2001, Art. 103 point 10.

³² *Degenhart*, Sachs (n. 21), Art. 103 point 11.

³³ *Degenhart*, Sachs (n. 21), Art. 103 point 8.

³⁴ *Degenhart*, Sachs (n. 21), Art. 103 points 86-87.

³⁵ *Sachs*, Sachs (n. 21), Art. 20 points 131-144.

³⁶ *Degenhart*, Sachs (n. 21), Art. 103 points 76-77.

³⁷ BVerfGE 1, 423.

³⁸ *Sachs*, Sachs (n. 21), Art. 20 point 75.

³⁹ BVerfGE 11, 72.

⁴⁰ BVerfGE 13, 223.

⁴¹ BVerfGE 13, 272, voir aussi *Sachs*, Sachs (n. 21), Art. 20 points 131-144.

■ Streitgespräch

Dr. Stefan Engels, Michael Nesselhauf, Dr. Wolfgang Schulz

Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit

– Die neue Caroline-Rechtsprechung des BGH –

Das Bucerius Law Journal veranstaltete am 31. Mai 2007 zusammen mit Prof. Michael Fehling, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School, eine Diskussionsrunde zum Verhältnis von Pressefreiheit und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht im Lichte der neuesten Rechtsprechung des BGH (Az. VI ZR 13/06). Es diskutierten drei führende Experten des Medienrechts: Dr. Stefan Engels, Michael Nesselhauf und Dr. Wolfgang Schulz. Dr. Stefan Engels ist Partner bei der Rechtsanwaltskanzlei Lovells in Hamburg, Michael Nesselhauf ist Partner bei der Rechtsanwaltskanzlei Buse Heberer Fromm in Hamburg und Richter am Hamburger Verfassungsgericht, Dr. Wolfgang Schulz ist Geschäftsführer des Hans-Bredow-Instituts für Medienforschung an der Universität Hamburg.

Zur Einstimmung auf die Diskussion hat Prof. Fehling in einer kurzen Einführung die Eckpunkte der bisherigen Rechtsprechung von BGH, BVerfG und EGMR nachvollzogen. Dieser Vortrag kann im Format MP3 von der Webseite www.law-journal.de heruntergeladen werden.

Bucerius Law Journal: Herr Nesselhauf, Sie haben schon häufiger Prominente vor Gericht vertreten. Inwiefern kommt Ihnen die Entscheidung des BGH entgegen, inwiefern stärkt diese Entscheidung die Persönlichkeitsrechte Prominenter?

Nesselhauf: Dass mir die – ich glaube es sind mittlerweile fünf – Entscheidungen gut passen, ist unschwer festzustellen. Ich finde, das Bemerkenswerte daran ist nicht, dass der BGH nun auf einmal neue Ideen gehabt oder Sachen ganz neu entwickelt hätte. Der BGH hat sich im Ergebnis, wie ich finde, dem EGMR im Wesentlichen angeschlossen. Er hat de facto die absolute Person der Zeitgeschichte abgeschafft. Das wird so im Urteil nicht gesagt, aber wenn man sich die Abwägung in diesen fünf verschiedenen Fällen anschaut, dann kann man sehr deutlich sehen: Es geht weg davon. Der BGH sagt zwar bei einzelnen Bildern immer noch, er müsse den Bekanntheitsgrad mehr bzw. bei dem anderen etwas weniger bewerten. Aber im Kern geht es nicht mehr um die Frage absolute oder relative Person der Zeitgeschichte. Mir passt das deswegen ganz gut, weil ich diese Unterscheidung nie besonders sinnvoll und treffend fand. Aber ich glaube, dazu sollte vielleicht doch besser Herr Dr. Engels Stellung nehmen, der ja häufig genug mein Gegner ist.

Engels: Ich sehe das natürlich tatsächlich etwas differenzierter. Ausgangspunkt der jüngsten Caroline-Rechtsprechung des BGH war die Frage, was unter „Privatsphäre“ zu verstehen ist. Während nach Auffassung des BVerfG die Privatsphäre dort endet, wo man sich in der Öffentlichkeit bewegt, hat der EGMR festgestellt, dass privat alles das ist, was nicht offiziell, d.h. was nicht offensichtlich an die Öffentlichkeit ge-

richtet ist. Es gibt bei der Bestimmung des Persönlichkeitsrechts also einen Bereich, in dem das Verständnis von EGMR und BVerfG extrem divergiert. Wir haben daher alle gehofft, dass der BGH genau zu der Frage „Was ist denn nach dem deutschen Rechtsverständnis eigentlich ‚öffentlich‘ und was ‚privat‘?“ eine Antwort geben würde. Aber statt mit der Sphärenabschichtung hat sich der BGH mit dem erforderlichen Informationsgehalt der Berichterstattung auseinandergesetzt und gesagt, in Zukunft müsse man jetzt für jede Berichterstattung einen (qualifizierten) Anlass haben. Wenn der BGH so schön ausführt, „an der konkreten Berichterstattung muss ein objektives Informationsinteresse bestehen“, setzt er die Berichterstattungsfreiheit unter einen – meiner Meinung nach unhaltbaren – Rechtfertigungszwang. Scheinbar hofft er, damit die Sphären-Problematik, die ich eingangs nachgezeichnet habe, ohne Einmischung in den Konflikt zwischen EGMR und BVerfG zu lösen. Und wirft damit neue Fragen auf. Die erste Frage lautet: Was ist denn eigentlich ein „objektives Informationsinteresse“? Und die zweite: Wer entscheidet darüber?

Die zweite Frage sollten wir nur zu beantworten versuchen, wenn wir überhaupt hinnehmen wollen, dass sich Berichterstattungsfreiheit in Zukunft rechtfertigen soll. Zumal der BGH hier widersprüchliche Aussagen macht. Während er in seinen Urteilen zuerst ausführt, dass die Presse einen gewissen Spielraum hätte, entscheidet er im Anschluss an diese Ausführung doch vollumfänglich selbst.

Und die erste Frage „Was ist denn eigentlich das ‚objektive Informationsinteresse‘ - welche Anforderungen werden hieran gestellt?“ hat der BGH in seinen Urteilen selbst nicht beantwortet. Wichtige Hinweise lassen sich allerdings der Entscheidung 51/06 entnehmen. Und zwar deshalb, weil sie im Ergebnis differenziert. Während sie eine Berichterstattung für zulässig erachtet, werden zwei als unzulässig eingestuft. Anhand dieses Ergebnisses kann man ganz gut herausarbeiten, was der BGH für die Zukunft unter „objektivem Informationsinteresse“ verstanden wissen will.

BLJ: Herr Schulz, was ist das wirklich Neue an dieser Entscheidung?

Schulz: Furchtbar viel Neues gibt es aus meiner Sicht eigentlich nicht. Das, was Herr Engels beschreibt und, wie ich finde, auch in Teilen zu Recht beklagt, hat leider auch schon das BVerfG getan und gebilligt, wenn die Zivilgerichte es so machen. Nämlich, dass man im Rahmen von § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG so etwas wie eine Würdigung des „öffentlichen Interesses“ vornimmt. Das halte ich genau wie Herr Engels für bedenklich, es ist aber eigentlich keine Neuerung, die sich jetzt erst aus dieser Entscheidung ergibt.

Was ich bei dieser Entscheidung aber für bedenklich und auch für eine Neuerung halte, ist, dass die Grenzen enger ge-

zogen werden und zwar in der Tat so, wie der EGMR das auch getan hat. Und diese Berechtigung, was da an Interesse gegeben sein muss, wird so aufgeladen, dass es irgendetwas mit Staatszentriertheit, mit öffentlicher Kommunikation im engeren Sinne zu tun hat. Das halte ich für ein Problem und auch für eine Abweichung von den sehr klaren Grundsätzen des BVerfG, das eben unter anderem auch die Leitbildfunktion von Prominenten betont hat.

Das ist in der *Caroline*-Entscheidung des BVerfG sehr gut aufgearbeitet. Es geht in der öffentlichen Kommunikation um das, was Art. 5 GG schützen will, nicht nur um hehre Staatskommunikation im Sinne von „Sind unsere Renten sicher – ja oder nein?“ oder „Welches Gesundheitssystem soll gewählt werden?“ Sondern es geht eben auch um Geschmäcker, es geht um Vorbildfunktion, es geht um Werte und Dinge dieser Art. Das vermittelt sich auch über Medien. Und keineswegs nur über die Qualitätsmedien, sondern eben auch über andere Medien, die Themen von gesellschaftlichem Interesse aufgreifen. Wenn der BGH hier eine Linie zieht, also zwischen „guter“ und „schlechter“ Presse unterscheidet – und das tut er, auch wenn er sagt, dass dem nicht so ist – dann halte ich das für bedenklich. Obwohl, das muss man auch noch einmal sagen, die Diskussion hier von beiden Seiten mit einer gewissen Bigotterie geführt wird. Denn wenn einerseits die hehre Pressefreiheit in Anschlag gebracht wird, wird auf der anderen Seite das Persönlichkeitsrecht von Menschen angebracht, die sonst für teures Geld ihre Bilder von Geburten oder anderen Dingen verkaufen. Dann wird deutlich, dass auf beiden Seiten im Wesentlichen ein zu Recht grundrechtlich geschütztes kommerzielles Interesse in Rede steht.

Nesselhauf: Nur eine kleine Bemerkung zu Herrn Dr. Schulz: Wenn Leute ihre Bilder von einer Geburt oder ähnlichem verkaufen, dann haben die damit ihre Privatsphäre zu erheblichen Teilen aufgegeben und müssen sich gefallen lassen, dass darin auch in Zukunft herumgerührt wird. Es ist also nicht so, dass man einerseits sagen kann, jetzt verkaufen wir die Geburt ganz teuer und danach ist wieder absolut Schluss mit Öffentlichkeit und wir verbieten alles, was dann noch kommt. Das funktioniert nicht. Das ist eigentlich auch schon uralte. Denken Sie an *Peter Graf* und sein Nacktmodell. Ab dem Moment, als er zur Bild-Zeitung ging und sich dazu äußerte, durfte die Bild-Zeitung auch in seiner Intimsphäre herumstochern.

Und noch zwei Anmerkungen zu Dr. Engels: Ich bin nicht der Meinung, dass der Presse ein Rechtfertigungsdruck auferlegt wird. Alle Entscheidungen sagen eines: Die Presse hat einen ganz weiten Spielraum bei der Beurteilung, was sie für berichtenswert oder von Interesse für die Öffentlichkeit hält. Sie läuft nur das Risiko, dass sie auf die Nase fällt, wenn sie sich verschätzt. Das kann mir in meinem ganz normalen Leben auch passieren, dass ich denke, das geht noch, in Wirklichkeit bin ich aber über die Grenze des Zulässigen hinaus, und dann bekomme ich eben eine auf die Nase. Und wir reden ja nicht über die Wortberichterstattung, wir reden die ganze Zeit über Bilder. Es sind alles Entscheidungen, die die Bildberichterstattung betreffen. Es geht also um die Frage, wie darf ich was bebildern. Und da kann ich einen Fehler machen. Ich kann über Dinge schreiben – das kann ganz unproblematisch sein. Ob das nun relevant oder irrelevant, dämlich oder interessant ist – solange ich das nicht bebildere,

taucht die Problematik, die wir hier behandeln, überhaupt nicht auf. Es geht nur um Bilder.

Sie haben beide gesagt, das BVerfG habe so wunderbar klare Entscheidungen getroffen. Sie kommen dabei immer zurück auf die '99er Entscheidung. Das ist die Entscheidung, die im Kern sagt: „Wenn ich mich in erkennbarer Abgeschiedenheit befinde, dann bin ich geschützt.“ Diese Entscheidung ist für mich der Inbegriff von Lebensfremdheit. Einer der Fälle, die da entschieden wurden, war *Caroline*, wie sie in Saint-Rémy in einem Lokal hinten in der Ecke saß. Und da sagte das BVerfG: „Ja, das ist abgeschlossen.“ Das klingt wunderbar, das ist ja eine tolle Unterscheidung, diese „Abgeschiedenheit“. Nein, ist es nicht! Denn ich frage mich, wie komme ich denn als Prominenter in diese Abgeschiedenheit? Ich muss doch, selbst wenn ich im Auto am Hintereingang vorfahre, aussteigen, durch eine Tür gehen und gegebenenfalls auch durch ein Restaurant laufen. Bis ich also an dem Tisch sitze, darf ich fotografiert und dürfen die Bilder veröffentlicht werden. Und wenn ich dann am Tisch sitze – dann nicht mehr? Das ist eine lebensfremde Entscheidung! Ich finde, es ist der große Vorzug der Entscheidung des EGMR, dass er gesagt hat, dass dies ein untaugliches Unterscheidungsmerkmal sei. Vielmehr habe ich auch in der Öffentlichkeit ein Recht auf Privatsphäre, egal ob bekannt oder nicht bekannt, ob absolute oder relative Person der Zeitgeschichte oder normaler Mensch wie wir. Und dann stellt sich die Frage, wann ich diesen Schutz verliere oder wie weit dieser Schutz eingeschränkt werden kann.

Engels: Die Verlage hatten tatsächlich einen Argumentationsvorteil, das stimmt. Insofern ist die Grenzziehung des EGMR anders als die des BVerfG überdeutlich. Der EGMR sagt Folgendes: Es ist alles verboten, was die Gerichte im Einzelfall nicht erlauben. Und genau diese These hat sich jetzt auch der BGH zu Eigen gemacht.

Eine Sichtweise, über die man dringend diskutieren muss. Üblicherweise ist es in einem freien Land nämlich so, dass sich nicht die Freiheit rechtfertigen muss, sondern die Beschränkung der Freiheit!

Die daneben vordringlichste und gleichzeitig bedenklichste Frage ist: Was gehört denn eigentlich zum „Berichtenswert“? Wir sind uns sicherlich mit dem EGMR schnell einig, dass dazu die engere politische Kommunikation zählt. Aber kann das allein ausreichen? Schließlich ist das, worauf sich unser Interesse richtet, zu 90% von außerpolitischen Dingen geprägt. Und entsprechend ist es auch unsere Kommunikation. Wenn wir nun von diesen 90% sagen, im Grunde genommen seien sie unwert, dann legen wir unserer Gesellschaft den längst überholten Kommunikationsstil auf, der vor 200 Jahren von den rasonierenden Staatsbürgern im Salon gepflegt wurde. Aber mittlerweile leben wir ja in einer aufgeklärten modernen Demokratie, in der sich die gesamte Bevölkerung selber ihre Themen setzt und für sich entscheidet, was von öffentlichem Interesse ist. Genau das hat auch Herr Grimm in der von Herrn Schulz skizzierten '99er Entscheidung aufgegriffen und dabei zu Recht gesagt, dass die Gewährleistung der Pressefreiheit nicht nur Publikationen mit der Zielrichtung „öffentliche, politische Meinungsbildung“, sondern auch die unterhaltende Presse sowie deren Bebilde-

rung erfasst. Nur unter diesem Vorzeichen erscheinen auch mir die Voraussetzungen für eine umfassende und zeitangemessene Meinungsbildung verfassungskonform abgesichert.

BLJ: Zurück zum BGH-Urteil: Da geht es ja um das Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Was auffällt an der Entscheidung ist, dass die Subsumtion am Ende sehr knapp ausfällt. Da wird ein großer dogmatischer Bombast aufgefächert, und am Ende wird auf einer halben Seite kurz gesagt: So ist es, das Bild ist zulässig oder das Bild ist nicht zulässig. Sind die Kriterien wirklich hinreichend entwickelt oder wie müsste man – über die Entscheidung hinausgehend – dieses Kriterium „Interesse der Öffentlichkeit“ definieren? Welche Unterkriterien lassen sich zu diesem Begriff finden?

Schulz: Die Beobachtung ist sicher richtig. Ich finde, die BGH-Entscheidung ist in vielerlei Hinsicht interessant. Sie immunisiert sich ausgesprochen gut gegen Verfassungsbeschwerden, indem immer auf frühere Verfassungsgerichtsentscheidungen Bezug genommen, aber dann doch im Ergebnis anders entschieden wird. Das ist nicht ungeschickt gemacht, das muss man schon sagen. Und die Abwägung am Schluss fällt in der Tat knapp aus. Ich will in Beantwortung dieser Frage auf Herrn Engels eingehen, auch wenn das kurz auf die verfassungsrechtliche Ebene zurückführt.

Es ist etwas plakativ, jetzt nur die Freiheit auf der einen Seite zu verorten. Trotzdem würde ich Herrn Engels im Ergebnis Recht geben. Natürlich sind auf beiden Seiten im Prinzip gleich gewichtete Freiheitsrechte zu beachten. Aber, und da sind wir möglicherweise nicht einer Auffassung, was man braucht in diesem Bereich, um ein Meinungsrichtertum zu vermeiden, sind doch Begrifflichkeiten, an denen sich das fest machen lässt. Diese Begrifflichkeiten können derzeit weltfremd sein, da mag es bessere geben. Aber man braucht diese Begrifflichkeiten, denn ansonsten sind die Spielräume der Gerichte doch zu groß. Das kann es angesichts dieser Freiheitsrechte nicht geben. Und damit stellt sich die Frage, welche Kriterien angewandt werden sollen. Da ist es durchaus entscheidend, von welcher Seite man sich nähert. Wählt man Kriterien, die von der Seite des Persönlichkeitsrechts kommen, oder – und das ist der Wechsel, den der BGH jetzt ein Stück weit vornimmt – will man die Kriterien auf der Seite des Informationsinteresses verorten? Und da finde ich, um es einmal vorsichtig auszudrücken, die Entscheidung dogmatisch nicht so überzeugend. Getreu dem *Walser*'schen Motto „Früher oder später wird alles Kunst“ kann man ja auch sagen „Früher oder später wird alles öffentliches Recht, wie die Zivilrechtler sich das vorstellen“ – dass also alles in einer großen Gesamtabwägung verschwindet und man nicht versucht, in einzelnen Punkten abzuarbeiten, was man an möglichen Kriterien hat. Ich fand es eigentlich einen dogmatischen Gewinn, dass wir den § 23 Abs. 1 und Abs. 2 KUG haben. In Absatz 1 müssen wir uns über das Informationsinteresse der Öffentlichkeit Gedanken machen, und dann haben wir den Absatz 2, wo wir die entgegenstehenden Interessen der Betroffenen nochmals gewichten können. Das wird verwischt in dieser Entscheidung des BGH. Letzten Endes kommt es darauf an, ob das Ganze berichterstattungswürdig ist oder nicht. Das ist mir begrifflich zu wenig. Man muss sagen, woran man es festmacht. Und ich befürchte, wenn man das herauszuarbeiten versucht, dann ist man schnell beim EGMR mit

seinem sehr, sehr engen, politik-zentrierten Verständnis. Das ist für die öffentliche Kommunikation definitiv zu wenig. Andererseits verstehe ich, dass man, wenn man es von der Persönlichkeitssphäre her entwickelt, eine ganz merkwürdige räumlich-sphärenbezogene Geschichte bekommt. Oder eben die „30-Watt-Rechtsprechung“: Wo das Licht mit 30 Watt scheint, da geht das noch; und ab 50 Watt, da ist das dann im Lichte der Öffentlichkeit. Das ist natürlich als Abgrenzungskriterium auch nicht so plausibel. Aber man kommt nicht umhin, zu versuchen, so viele Kriterien wie möglich auf beiden Seiten zu entwickeln. Und das tut der BGH nicht.

Nesselhauf: Ich habe Sie beide so verstanden, dass die Presse über Dinge, die ein Gericht für nicht berichtenswert hält, nicht mehr berichten darf. Da kann ich nur sagen, das ist Unfug. Ich kann veröffentlichen, was ich will! Nehmen wir das Beispiel *Caroline* und ihren Ehemann, die in St. Moritz spazieren gehen. Da kann jede Zeitung drei Seiten darüber schreiben, wenn sie es spannend genug findet und ihre Seiten dafür hergibt.

Nochmals: Es geht bei diesen ganzen Entscheidungen ausschließlich um Bebilderung. Was den Text angeht, gilt nach wie vor, was schon bisher galt. Ich darf nichts Falsches schreiben und ich muss mich von Schmähkritik fernhalten. Weitere Grenzen gibt es nicht. Sie müssen das also trennen. Wenn ich eine Bleiwüste habe, wie sie früher üblich war in Zeitungen und Zeitschriften, dann kann ich heute alles schreiben – mit der obigen Begrenzung. Jetzt können Sie natürlich wieder sagen: Das ist eine schockierende Grenze für die arme Presse, jetzt muss sie sich rechtfertigen! Da kann ich nur sagen, die Pressefreiheit wird gewährt unter der Voraussetzung, dass die Leute nichts Falsches schreiben. Sie müssen eben Regeln einhalten. Wie ich auch. Wenn ich etwas Hässliches über Sie sage, dann muss ich aufpassen, dass ich mich nicht einer Beleidigung oder Verleumdung schuldig mache. Das ist doch klar! Das ist mein Risiko. Aber veröffentlichen dürfen Sie trotzdem so gut wie alles. Und jetzt geht es um die Frage: „Wie darf ich das bebildern?“ Ist das wirklich eine so unglaublich wichtige Geschichte, die unsere Rechtsordnung in den Grundfesten erschüttert, die die Pressefreiheit erschüttert?

Schulz: Wenn es zunächst tatsächlich so ist, dass man in der Wortberichterstattung über alles berichten kann, und wenn ich mir dann den letzten Teil dieser Entscheidung anschau, in der steht, dass, wenn die Wortberichterstattung passt, ich auch entsprechend bebildern darf, dann ist im Ergebnis wahrscheinlich Herr Dr. Engels zufrieden mit dieser Entscheidung. Also kann man dann letzten Endes doch wieder das Meiste bebildern. Aber nochmals zur Frage der Bebilderung: Journalismus hat sich heutzutage eben in seiner Art und auch, was die Bedürfnisse der Bürgerinnen und Bürger angeht, verändert. Das sieht man ja auch an den ganz traditionellen Zeitungen. Wenn man sich vorstellt, es würde irgendeine Zeitung nur noch mit Text erscheinen, wäre das eine starke Veränderung dessen, was man heute unter Journalismus versteht. Die Bebilderung spielt im modernen Journalismus eine starke, die Visualität eine immer größere Rolle.

Wo ich Ihnen Recht geben würde, ist aber, dass die Bebilderung besonders begründungsbedürftig ist, dass es eine Abstufung zwischen Bild- und Textberichterstattung gibt. Das halte ich für plausibel und richtig, auch von der grundrechtlichen

Wertung her. Schwierig wird es dann, wenn man es wirklich sehr weit auseinanderdividieren kann. So nach dem Motto: „Seid doch froh, dass Ihr textlich berichten könnt, es müssen doch nicht auch noch Bilder sein.“ Das ist für bestimmte Teile des Journalismus schon ein Problem.

BLJ: Herr Engels, wir drücken uns etwas davor, dieses Informationsinteresse, das man bestimmen muss, wirklich konkret zu definieren. Aus der Sicht des Praktikers: Was sind denn nun handhabbare Kriterien, die man anlegen kann und mit denen man feststellen kann, in diesem Fall überwiegt das Informationsinteresse oder es überwiegt nicht?

Engels: Die Abwägungsentscheidung an sich kann nur für den konkreten Einzelfall getroffen werden. Ganz generell muss bei der Bestimmung des Informationsinteresses aber folgende simple Gleichung gelten: Von öffentlichem Interesse ist das, was von öffentlichem Interesse ist. Oder anders gesagt, das, was die Gesellschaft interessiert. Wir verfügen heutzutage über hinreichende Umfragemöglichkeiten und andere Instrumente, um das zu überprüfen und zu belegen.

Alles andere ist, nach meinem Dafürhalten, eine unzulässige Beschränkung. Wenn man festgestellt hat, dass etwas von öffentlichem Interesse ist, eben weil es nämlich die Mehrzahl der Bundesbürger interessiert, besteht im Übrigen in § 23 Abs. 2 KUG weiterhin die Möglichkeit, die entgegenstehenden Interessen festzustellen und dann abzuwägen, ob diese überwiegen. Wobei natürlich von meinem Ausgangspunkt her dem stärkere Grundrecht, der Pressefreiheit, immer das „Prä“ zukommt und die Regel zu gelten hat: „Im Zweifel für die Meinungsfreiheit.“

Unter dieser Prämisse wird man sicher auch bei Berichterstattungen über Personen, die sich selber in die Öffentlichkeit stellen, zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Hier möchte ich im Übrigen auch auf das Phänomen hinweisen, dass dieselben, die sich eine Woche vorher „exklusiv“ der Öffentlichkeit preisgeben, die identischen Informationen anderen Zeitungen und Zeitschriften verbieten. Das kann man nicht nur, das muss man berücksichtigen! Aber um auf ihre Frage zurückzukommen: Ja, ich finde, wir haben in Form der gesellschaftlich relevanten Kommunikationsinhalte ganz klare Trennlinien zur Bestimmung des öffentlichen Interesses.

Nesselhauf: Also, wenn Sie erwarten, dass wir irgendwann einmal Kriterien von A bis C kriegen, dann ist dies eine vergebliche Hoffnung; das wird es nie geben. Es bleibt eine Frage des Einzelfalls. Ich finde, der BGH hat das aber auch gar nicht schlecht gemacht. Ich verstehe die Entscheidung so, dass es einen weiten Spielraum für die Presse gibt, in der sie frei entscheiden kann. Das, was ich am höchsten werte und was das höchste Gewicht bei der Abwägung hat, das sind die Dinge, die Einfluss auf den demokratischen Prozess haben, also das, was Sie vorhin mit Politik beschrieben haben. Und nach unten gehend, oder im Gewicht verlierend, sind Dinge, die rein der Neugier oder dem Unterhaltungswert dienen oder sogar noch darunter sind. Zwischen diesen beiden Punkten bewegt sich der BGH – es ist alles zulässig, es ist alles geschützt. Nur die Rechte des Betroffenen bei der Verwertung seines Bildes, die sind im unteren Bereich stärker zu bewerten als im oberen. Je mehr es im oberen ist, umso weniger, je mehr wir nach unten kommen, umso mehr Gewicht bekommt

das Persönlichkeitsrecht. So habe ich diese Entscheidungen gelesen und finde das auch nicht falsch. Nebenbei sagt der BGH ja auch, dass der Kontext berücksichtigt werden muss. Es hängt ja auch mit davon ab: Was steht denn daneben?

Schulz: Vielleicht noch einmal kurz zu dem Satz „Von öffentlichen Interesse ist, was die Öffentlichkeit interessiert“. Das ist natürlich im Prinzip richtig, auch wenn es ein bisschen tautologisch klingt – und wohl auch ist. Damit ist gesagt, dass es im Grunde etwas Empirisches ist. Also, das kann man glaube ich verraten, wir [zu Dr. Engels] haben einmal Seite an Seite kämpfend zwar im Prinzip gewonnen, aber insoweit verloren, als – wenn ich mich richtig entsinne – das Bundesverfassungsgericht sich nicht darauf eingelassen hat, dass es sich um ein komplett empirisches Kriterium handelt. Dass man also zum Beispiel fragen könnte: Interessiert Euch das Trinkverhalten von *Prinz Ernst August*? Und wenn 78% sagen, „das finden wir spannend, das ist ein Leitbild, daran orientiere ich mich auch jeden Abend“, dann ist das berichterstattungswürdig. So ist es, wenn man das BVerfG zugrunde legt, nicht.

Das heißt aber noch nicht, dass man da keine Kriterien anlegen könnte. Man kann sich zum Beispiel anschauen, was typische journalistische Handlungsregeln sind: Was ist zum Beispiel typischerweise berichterstattungswürdig? Man nimmt Journalismus, wie er funktioniert, als Maßstab. Bereiche, die typischerweise Berichterstattung auslösen, bei denen muss man dann auch im Einzelfall sagen, dass ein öffentliches Interesse gegeben ist. Und wenn einmal irgendetwas in die Öffentlichkeit gezerrt wird, was da fremd ist, was da wirklich nicht hingehört, dann hat man einen Indikator dafür, dass ein Journalist oder ein Verlag die Grenzen überschreitet. Damit könnte ich persönlich leben. Das ändert aber nichts daran, und das ist gerade für die Prominenten ein unumgekehrbares Problem, dass die Presse sich teilweise durch ihr eigenes Handeln ihre Legitimation selber schafft. Dass also das, was durch sie publiziert wird, damit auch öffentliches Interesse hat. Das ist aber auch nicht falsch, wenn Journalismus funktioniert, diese Sachen also tatsächlich von den Lesern nachgefragt werden. Dann wird Journalismus auch, grosso modo, so funktionieren, dass er das anbietet, was die Leute tatsächlich wollen.

Insofern, glaube ich, kann man das auf der Seite der Pressefreiheit verfestigen. Aber wir brauchen auch Kriterien auf der Seite der Betroffenen, bei der Frage, wie intensiv eigentlich die Persönlichkeitsrechtsverletzung ist. Dementsprechend kommt man auch nicht daran vorbei, sich mit dieser Berechtigung des Interesses auseinanderzusetzen – so unangenehm es für die Verlage ist. Und deshalb müssen sich auch *Caroline, Prinz Ernst August* und andere überlegen, in welchem Teil des Lokals oder in welcher Art von Öffentlichkeitsumgebung sie nun eigentlich damit rechnen können, fotografiert zu werden und in welcher nicht.

BLJ: Gehen wir noch einen Schritt weiter und wenden uns der Abwägung zu, die nach dem BGH jetzt erforderlich ist. Er deutet an, dass in dieser Abwägung zwischen Informationsinteresse und Persönlichkeitsrecht auch wieder die Prominenz der Person selbst einzustellen ist. Die Frage an Herrn Nesselhauf: Halten Sie das für ein zulässiges Kriterium oder ist das nicht wieder ein Rückfall in die alte Dogmatik der absoluten und relativen Person der Zeitgeschichte?

Nesselhauf: Das kann man so sehen, aber ich finde, dass der Bekanntheitsgrad einer Person durchaus wieder in die Abwägung einbezogen werden muss. Wir sind uns übrigens in einer ganzen Reihe von Punkten bei weitem nicht so uneinig, wie es immer wieder den Eindruck macht. Zum Beispiel, glaube ich, würde mir Dr. Engels zugeben, bei unseren Dauerkonflikten käme ich nie auf die Idee, zu sagen: *Oliver Kahn*, abgebildet im P1 mit seiner neuen Freundin – das wollen wir jetzt verboten haben. Natürlich nicht! Wenn ich mich in München ins P1 begeben, dann habe ich mich der Presse zur Verfügung gestellt und kann dann dort in jeder Situation fotografiert werden, in der man erwischt wird. Das ist so. Dagegen habe ich auch keine Einwände. Aber ich wollte auf etwas anderes hinaus. Nach sehr, sehr langen Jahren, in denen ich mich vor den unterschiedlichsten Gerichten getroffen und gestritten habe, habe ich folgenden Eindruck von diesem ganzen Bereich gewonnen (und früher war ich in der selben Position wie Dr. Engels und habe die Verlagsseite vertreten): die Richter gehen nicht so heran: „Was sagt der § 23 KUG, was sagt der § 22 KUG, was sagt der Europäische Gerichtshof, was sagt das OLG Hamburg?“ Nein, die Richter fragen sich: „Ist das okay oder ist das nicht okay?“ Das ist der Ausgangspunkt. Und wenn die Richter das Gefühl haben, eine Abbildung sei eine wirkliche Schweinerei, dann finden sie einen Weg, wie sie das dogmatisch sehr sauber begründen können. Und wenn sie dieses Gefühl nicht haben, dann finden sie ebenfalls einen sauberen – oder manchmal nicht ganz so sauberen – Weg, um auch das zu begründen. Ich finde das nicht falsch, wonach wollen sie es denn auch sonst bemessen. Sie müssen sich doch selbst ein Bild davon machen, ob das ein akzeptabler Vorgang ist oder nicht.

Engels: Was Herr Nesselhauf da beschreibt, ist ein sehr interessanter Punkt und in der Tat die Wahrheit. Die Richterschaft kriegt den Fall auf den Tisch, schaut auf die Veröffentlichung und sagt, ohne sich den Sachverhalt näher anzuschauen: „Völlig in Ordnung.“ Erst dann wird darüber nachgedacht, wie man dieses vorweggenommene Ergebnis begründet. Aber ist das tatsächlich in Ordnung? Schließlich sind wir als Juristen gehalten, das, was wir als Rechtsdogmatik kennen, dazu zu benutzen, um eine auf diese Weise gesteuerte, nachvollziehbare, sachgerechte Entscheidung zu finden. Genauso wie es im Strafrecht nicht sein kann, dass ein Richter schlicht aus seinem subjektiven Gerechtigkeitsempfinden heraus eine Haftstrafe von fünf Jahren ausurteilt, hat auch im Pressrecht eine Befindlichkeitsrechtsprechung nichts verloren. Vielmehr plädiere ich dafür, dass wir die Vorzüge der Dogmatik nutzen, nämlich handlungsleitend zu sein, abzuschichten, Argumente zu ordnen und zu einem Ergebnis zu kommen, das andere nachvollziehen, ihm zustimmen bzw. ihm an bestimmten Stellen auch entgegenzutreten können. Das Aufgeben von jeglicher Dogmatik und die Einbeziehung sämtlicher Kriterien in eine einzige große Abwägung führen in die falsche Richtung. Damit wären wir wieder bei purer Willkür, wenn man das mal so sagen darf.

BLJ: Dieses Stichwort möchte ich aufgreifen. Sie sprachen von Dogmatik, dogmatischer Einordnung. Wie kann man dieses Abwägungserfordernis wirklich sinnvoll in § 23 Abs. 1 einordnen und, wenn wir es so machen wie der BGH, bleibt dann überhaupt noch Spielraum für den Abs. 2?

Schulz: Zunächst einmal wissen Sie jetzt, warum in diesem Rechtsbereich die Kollegen rechts und links von mir so erfolgreich sind, weil es da nämlich stark auf Argumentation ankommt – es ist schon ein sehr diskursives Recht, um es mal positiv auszudrücken. Aber ich würde trotzdem mit Herrn Engels sagen, dass man – wohl wissend, dass hier vieles nicht auf Kriterien festzunageln ist – soviel an Rationalität aus den Normen herausholen muss wie möglich. Und das ist erschreckend wenig. Aber ein bisschen was gibt es doch, wie wir jetzt auch in der Diskussion schon versucht haben herauszuarbeiten. Uns fehlt zum Beispiel, dass man die Prüfungsstufen in § 23 Abs. 1 und Abs. 2 KUG versucht auseinanderzuhalten. Das ist aus meiner Sicht auch verfassungsrechtlich sinnvoll, denn wir stellen hier eine praktische Konkordanz her. Das hat das BVerfG im *Lebach*-Urteil geradezu muster-gültig ausdekliniert und dabei gerade auch festgestellt, dass § 23 KUG verfassungskonform ist, weil man eben in Abs. 1 der Pressefreiheit sozusagen eine Einwirkungsmöglichkeit gibt und in Abs. 2 die Persönlichkeitsrechte zum Tragen kommen – hier kann also praktische Konkordanz hergestellt werden. Jetzt muss man sich fragen: Was für Kriterien haben wir auf der ersten und zweiten Stufe? Hier muss ich mich wiederholen – ich glaube, dass der BGH nicht das herausholt, was möglich ist, weil er eben alles in eine Gesamtabwägung fließen lässt. Fraglich ist also: Was kann man in Absatz 1 sinnvoll hineininterpretieren? Dazu haben wir schon Ausführungen gemacht. Und was ist in Abs. 2 möglich, in dem es um die entgegenstehenden Rechte der abgebildeten Person geht? Auch dazu gibt es eine ganze Menge. Und wenn diese Entscheidung jetzt dazu führen würde, dass diese ganzen Bemühungen, die die Rechtsprechung schon seit Jahren unternommen hat, sich in wolkigen Dingen auflösen, dann führt das – hier klauere ich Herrn Engels eine Pointe, denn das ist von ihm – zum „Mehrschweinchenprinzip“, also dass derjenige, der in seinem Vorverhalten mehr Schwein war, den Prozess verliert. Das kann es nicht sein. Es gilt also, soviel Rationalität wie möglich in das Verfahren zu bringen. Da können wir Ihnen aber keine Liste von Kriterien bieten, sondern das ist eben sehr stark davon abhängig, in welchem Verhältnis die beiden Rechtspositionen gerade im konkreten Einzelfall zueinander stehen, um was für einen Typ von Berichterstattung es geht, um was für Sphären es sich im Persönlichkeitsbereich handelt, wie das Vorverhalten der Person war, wie hoch deren Prominenz ist – da spielen eine ganze Menge von Faktoren rein. Das ganze ist aber nicht so weich und offen, wie es jetzt vielleicht den Anschein hat.

Nesselhauf: Wenn ich dazu noch etwas sagen darf: Ich bin nicht gegen Kriterien. Ein Richter, der mit dem Bild von *Caroline von Monaco* – auf dem Markt einkaufend – konfrontiert wird, der muss sich als Erstes nicht die Frage stellen: „Welche Kriterien habe ich hier anzulegen?“, sondern muss sich sinnvollerweise sagen: „Soll jemand in dieser Situation, von dieser Prominenz, Schutz genießen oder nicht?“ – womit er nebenbei auch schon einige entscheidungserhebliche Kriterien identifiziert. Ich bin der festen Überzeugung, dass es nur so geht und nicht anders. Wenn ich der Meinung bin, der Betroffene soll Schutz genießen, dann werde ich die Kriterien finden, die mir erlauben, dementsprechend zu entscheiden. So herum läuft es und nicht umgekehrt. Ich kann nicht Kriterien aufstellen und dann auf Lebenssachverhalte anwenden, sondern ich muss versuchen, Lebenssachverhalte

gerecht zu beurteilen. Das mag beim Kaufvertrag anders sein, da kann ich sagen, es muss das und das drinstehen, sonst ist es kein Kaufvertrag. Aber hier geht es um Lebenssachverhalte, weit mehr als beim Kaufvertrag, und diese Lebenssachverhalte muss ich als solche feststellen und mir dann überlegen: „Gibt es Schutz oder gibt es keinen Schutz?“ Und dann kann ich natürlich sagen: „Die *Caroline* ist prominent, sie geht immer dahin, wo die meisten Leute sind, obwohl sie sicher sein kann, dass dort auch Fotografen stehen, und sie macht auch jedes Mal Theater mit der Marktfrau, also was will sie eigentlich? Wenn sie ihren Frieden haben will, dann soll sie still und ruhig irgendwo einkaufen.“ Die Frage ist aber doch, ob Personen vom Bekanntheitsgrad einer *Caroline*, die nach gängiger Meinung absolute Personen der Zeitgeschichte sind, noch eine Privatsphäre haben oder nicht, wenn sie sich nicht in einem abgeschlossenen Kämmerlein vergraben wollen. Und da sagt eben der EGMR, anders als das BVerfG, dass diese Privatsphäre weiter reicht. Da können Sie sagen, die Rechtsprechung des BVerfG geht dogmatischer vor; ich räume gerne ein, dass das '99er BVerfG-Urteil sich besser liest als das Urteil des EGMR, das sicherlich besser hätte formuliert werden können. Aber im Ergebnis ist es ein sehr klares Urteil, und die Richter geben auch klar vor, wie sie vorgehen. Das muss man nicht teilen. Aber ich würde überhaupt nicht zustimmen, wenn Sie sagen, der EGMR habe das nach Gefühl und Wellenschlag gemacht, um Kriterien zu finden, die ihm sicher erscheinen.

BLJ: Herr Engels, wollen Sie noch ein Wort dazu sagen? Sie haben doch stark dafür plädiert, den Bereich der Zeitgeschichte, wie er in § 23 Abs. 1 KUG genannt ist, eher von der Presse kommend, von der Öffentlichkeit her kommend zu definieren. Sie haben gesagt: Was von öffentlichem Interesse ist, bestimmt die Öffentlichkeit selbst, de facto also nicht die Öffentlichkeit, sondern die Presse, dadurch, dass sie darüber berichtet. Sie haben sich dagegen gewandt, dass der BGH Abs. 1 und Abs. 2 etwas miteinander vermengt und in eine allgemeine Abwägung eintritt. Können Sie erläutern, warum das ein so heikler Punkt für Sie ist?

Engels: Eine Nivellierung von Abs. 1 und 2 bedeutet prozesual – d.h. dafür, was ich zum Sachverhalt vortragen muss und was mir vorgehalten wird, wenn ich es nicht tue – natürlich eine ganz gewaltige Konsequenz. Denn es ist ja so, dass in Abs. 1 die Darlegungs- und Beweislast beim Äußernden liegt, also bei der Presse. In Abs. 2 ist hingegen der Betroffene am Zug zu erklären, warum die Veröffentlichung für ihn besonders belastend ist. Die in diesem Zusammenhang häufig aufgestellte Behauptung, nämlich dass die armen Prominenten Tag und Nacht von Paparazzi belagert seien, stimmt im Übrigen nicht. Ich habe noch nie, in keinem Prozess, den ich bisher geführt habe, diese Behauptung belegt gefunden. Wenn mir jemand nachweisen würde, dass eine dauerhafte Verfolgung stattfindet, so wie es z.B. bei *Prinzessin Diana* in Großbritannien der Fall war, dann hätten wir es nämlich mit einer gänzlich anderen Situation zu tun. Lässt sich eine derartige Verfolgung feststellen, müsste man in der Tat mit dem EGMR sagen, dass in diesem Fall die Veröffentlichung unzulässig wäre. Und deshalb spreche ich mich für eine dogmatisch saubere Aufteilung und eine saubere Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast aus.

Einer einzigen großen Abwägung steht im Übrigen die Struktur des § 23 KUG eindeutig entgegen. Dem unbefangenen Normrezipienten stellt sie sich wie folgt dar: Abs. 23 Abs. 1 KUG nennt die Ausnahmen, nach denen die grundsätzlich für die Veröffentlichung von Personen-Bildnissen erforderliche Einwilligung entbehrlich ist. Und in § 23 Abs. 2 KUG kommt dann die Abwägung. Diesen offensichtlichen Zweischritt gibt der BGH nun – entgegen seiner Argumentation in älteren Entscheidungen, wie etwa zu *Bob Dylan* oder zur *Willy-Brandt-Gedächtnismedaille* – auf!

BLJ: Uns würde abschließend noch interessieren, ob die neue BGH-Entscheidung nach Ihrer Meinung Bedeutung besitzt nicht nur für den konkret beschriebenen Fall, also die Abbildung von Prominenten, sondern inwiefern man das neue Abwägungsverhältnis übertragen muss, z.B. auf die Abbildung von Politikern?

Nesselhauf: Ich würde da keinen großen Unterschied machen, ich würde mit denselben Kriterien herangehen und wahrscheinlich im Ergebnis dazu kommen, dass ein Politiker sich in der Tat einiges mehr gefallen lassen muss. Aber das ist eben in der Abwägung mit den Kriterien Bekanntheitsgrad, Bedeutung, Relevanz ja auch so, dass ein Politiker sein Privatleben ohnehin nur eingeschränkter genießen kann als es z.B. Schauspieler oder ähnliche Leute können. Ich glaube, man sollte da keinen Unterschied machen. In beiden Fällen muss ich mir überlegen, was ist deren Gewicht, was ist ihre Bedeutung, was trägt diese Veröffentlichung auf der anderen Seite, um bei Ihrem Abs. 1 zu bleiben, beispielsweise zur Gestaltung unseres demokratischen Lebens bei?

Schulz: Wenn man die Entscheidungspraxis des EGMR anschaut, dann ist da eine ganz klare Stufung bei der Bedeutung der Personen zu erkennen: zunächst der Normalbürger, bei dem die Anforderungen an die Zulässigkeit einer Bildnisveröffentlichung am höchsten sind, was das Berichterstattungsinteresse angeht; dann auf der nächsten Stufe wichtige Wirtschaftsführer – wenn man großen Unternehmen vorsteht, hat man auch mehr an Berichterstattung hinzunehmen; dann kommen Politiker allgemein und schließlich auf der vierten und höchsten Stufe Regierungsmitglieder, die sich kraft ihres herausgehobenen Amtes sehr viel gefallen lassen müssen. Diese Stufung kann man in den Entscheidungen des EGMR ziemlich gut herausarbeiten. Unterstellt, der BGH orientiert sich mit seinem neuen Urteil an der EGMR-Rechtsprechung, dann ist man mit der Berichterstattung über Politiker in der zweitgrößzügigsten Stufe, so dass ich mir kaum Sorgen machen würde, dass die Berichterstattung hier jetzt stärker eingeschränkt wird. Ich sehe eher das Problem, das haben wir jetzt schon mehrfach umkreist, dass die Konzentration gerade auf diese öffentliche Kommunikation i.e.S., auf politische Prozesse stattfindet. Aber dass es jetzt dazu kommt, dass man sagt, mit dem Privatleben von Politikern ist zurückhaltender umzugehen als bisher, das kann ich aus der BGH-Entscheidung nicht herauslesen.

BLJ: Wir bedanken uns bei Ihnen für dieses Gespräch.

Das Gespräch führten Sascha Arnold und Johannes Kefner.

Rezensionen

Sabine Rückert: Unrecht im Namen des Volkes

Einigen mögen sie lästig erscheinen – die vielen rechtlichen Möglichkeiten, mit denen der Einzelne eine angelaufene Verwaltungs- oder Justizmaschinerie zum Stocken, zu Umwegen oder zum Halt bringen kann. Sie sind es nicht. Anhand eines Strafverfahrens veranschaulicht *Sabine Rückert*, Gerichts- und Kriminalreporterin der Wochenzeitung DIE ZEIT, wie schnell einem das Rechtssystem einen Kampf um Ehre und Freiheit aufzwingen kann.

„Unrecht im Namen des Volkes. Ein Justizirrtum und seine Folgen“ heißt das Buch, in dem *Rückert* die Tragödie um ein „Amelie“ genanntes Mädchen schildert. Die Autorin beschreibt eingangs die Lebenswelt dieser Amelie; der Leser kann nur zu dem Schluss kommen, dass sie kein glückliches Leben führt. Ihr Vater ist ein Familientyrann, der sie häufig schlägt und beleidigt; Amelie leidet unter der Lieblosigkeit ihrer Umgebung sehr. 1994 begeht das 18-jährige Mädchen einen Selbstmordversuch. In der Jugendpsychiatrie beginnt Amelie, ihren Vater Adolf S. fälschlicherweise des sexuellen Missbrauchs zu beschuldigen. Die Justiz beginnt zu arbeiten. Adolf S. wird in Untersuchungshaft genommen.

Diesen Geschehnissen widmet *Rückert* das erste Drittel des Buches. In den Erzählstrang eingebettet finden sich Rückblenden in die Vergangenheit der Familie, Tagebuchauszüge der Amelie und Briefe, mit denen Adolf S. seine Tochter dazu bewegen wollte, von den Vorwürfen gegen ihn abzurücken. Als eine Art Exkurs liest sich ein langes Interview, das *Rückert* mit dem Berliner Psychologieprofessor *Max Steller* geführt hat. Ihn ziehen Gerichte häufig als Sachverständigen zu Rate, wenn es gilt, Aussageglaubwürdigkeit zu bewerten; hier skizziert er eine über den Fall Amelie hinausgehende Erklärung, woher der bisweilen mächtige Wunsch kommt, unglaubwürdigen Aussagen doch Glauben zu schenken.

Rückert schildert nicht nur die Unstimmigkeiten und Defizite in den Aussagen der Amelie. Sie bemüht sich auch, das Klinikmilieu zu veranschaulichen, das wie ein Katalysator für die Verfestigung von Amelies Unwahrheiten wirkte. Trotz der vielen Fehler, die alle Beteiligten schon in dieser Phase gemacht haben, mag mancher Leser – anders als die Autorin – doch zögern, schon an dieser Stelle den beteiligten Personen ihr Verhalten vorzuwerfen. Zeigt sich ihm doch ein Panorama des Elends, in dem die Wahl kritischer Distanz zum Geschehen auch eine schwere Fehlentscheidung hätte sein können.

In den folgenden Kapiteln verschiebt sich der Akzent des Buches aus dem psychiatrisch-klinischen Bereich hin zur Justiz, und hier wird der Leser Zeuge von institutionellem Versagen erschreckenden Ausmaßes. Amelie beschuldigt nun neben ihrem Vater auch ihren Onkel Bernhard M. Vor dem LG Osnabrück kommt es zu Prozessen gegen die beiden Angeklagten. Ausführlich beschreibt die Autorin das Verfahren gegen Bernhard M. Amelies Aussagen bleiben widersprüchlich und schwankend; ihr körperlicher Zustand lässt sexuellen Missbrauch, wie sie ihn beschrieben hat, nahezu unmöglich erscheinen. Das Gericht reagiert auf die vielfältigen Unstimmigkeiten: Es bietet M. einen Deal an. Staatsanwaltschaft und Amelie als Nebenklägerin sind einverstanden, dass „man es mit einer Bewährungsstrafe von zwei Jahren gut sein las-

sen“ (S. 139) könne, wenn M. nur „ein bisschen was“ (a.a.O.) gestehe. M schlägt das Angebot aus und verlangt einen neuen Strafverteidiger: Er empfindet es als Verrat, dass sich sein erster Verteidiger an Verhandlungen über einen Deal überhaupt beteiligt hat. Die gänzlich im Beschreibend-Konkreten bleibende Schilderung dieser Begebenheit gehört zu den eindrucklichsten Passagen des Buches; es wird wohl jedem Leser schwerfallen, sie fortan in der rechtspolitischen Diskussion um Inhalte und Grenzen des strafprozessualen Deals als Grundierung auszublenden. Das Gericht lastet dem M. seine Entscheidung strafscharfend an. Er wird zu viereinhalb Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Zuvor schon ist Adolf S. zu sieben Jahren Gefängnis verurteilt worden.

Angemessen beschreiben die Titel der beiden letzten Kapitel – „Die Justiz kratzt und beißt“ und „Der Freispruch“ – den Fortgang des Dramas. *Rückert* nimmt sich des Falles ab 2001 als Journalistin an; am 2. Mai 2002 beantragt M. die 2005 dann zum Freispruch führende Wiederaufnahme des Verfahrens. Zeitgleich erscheint in der ZEIT ein wie das Buch betitelter Artikel über die Prozesse gegen M. und S. Es ist bestürzend zu lesen, wie Teile der Justiz selbstherrlich und mit aggressiven Ausfällen gegen die Journalistin reagieren. Von Nüchternheit, Abgeklärtheit oder Kritikfähigkeit findet sich in den abgedruckten Leserbriefen keine Spur. *Rückert* schildert, wie schleppend sich die Staatsanwaltschaft Oldenburg, wo über die Wiederaufnahme zu entscheiden ist, auf den Fall einlässt. Und wie es – nach mehr als einem Jahrzehnt – schließlich zum Freispruch wegen erwiesener Unschuld kommt.

Rückert hat ein beeindruckendes Buch geschrieben. Zwar stört die durchweg von tiefer Entrüstung getragene, oft polemische Ausdrucksweise der Autorin. Sie belegt das Unrecht, das S. und M. widerfahren ist, so akribisch und detailreich, dass es überflüssig erscheint, der sich beim Lesen einstellenden Empörung stilistisch derart nachzuhelfen. Doch die Qualität des Buch mindert das wenig. Es zeigt eindrucklich, wie sehr Gerechtigkeit bedingt ist nicht nur durch den Buchstaben des Gesetzes, sondern ebenso durch einen Berufsethos, der diesem auch Geltung verschaffen will. ■

(Johannes Gerberding)

Sabine Rückert: Unrecht im Namen des Volkes. Ein Justizirrtum und seine Folgen. Erschienen in Hamburg bei Hoffmann und Campe, 2007. 288 Seiten, gebunden, 19,90 Euro.

Cass R. Sunstein: Gesetze der Angst

„In diesem Buch geht es um Angst, Demokratie, Rationalität und Recht.“ So beginnt *Cass R. Sunstein* sein „Gesetze der Angst“ betiteltes Werk. Es zeigt sich dem Leser als ein typisches Produkt US-amerikanischer *scholarship*, das sich flink springend zwischen verschiedenen Disziplinen bewegt. Aus Psychologie, Ökonomie, Rechts- und Politikwissenschaft kommen die Bausteine, deren sich der Autor bei der Errichtung seiner Argumentationsgebäude bedient.

Sunstein, Rechts- und Politikprofessor an der Universität von Chicago, ist einer der profiliertesten Rechtswissenschaftler der Vereinigten Staaten. Verfassungsrecht und Regulierungsfragen, Law and Economics und die Herausforderungen des

Internet an Recht und Staat sind Schwerpunkte seiner Forschung. In den „Gesetzen der Angst“ widmet sich *Sunstein* der Frage, wie ein Gemeinwesen auf Gefahren reagieren soll – vor allem, wenn Schadensausmaß oder Eintrittswahrscheinlichkeit unbekannt sind. Es ist eine weite Ebene, die der Autor hier betrachtet; die Stichworte Gentechnik, Klimawandel und Terrorismus mögen genügen, sie abzustecken.

Sunsteins Buch besteht aus zwei Teilen, „Probleme“ und „Lösungen“. Als das Problem, das einem rationalen Umgang mit Risiken und Ungewissheit entgegensteht, macht der Autor das vom Vorsorgeprinzip angeleitete Denken aus; der Untertitel der Originalausgabe lautet dann auch *Beyond the Precautionary Principle*. Dieses Prinzip wird oft als tragende Säule nicht nur des deutschen, sondern auch des europäischen und internationalen Umweltrechts beschrieben; es hat Eingang in mehrere Gesetzeswerke gefunden. Grob skizziert besagt es, dass bereits die Entstehung von Umweltgefahren und Umweltschäden so weit wie möglich vermieden werden soll. Zwar geht der Autor ausführlich auf europäische Erscheinungsformen des Vorsorgeprinzips ein – das Buch entstand aus einer Vorlesungsreihe *Sunsteins* an der Universität Oxford –, doch weist er es ebenso in US-amerikanischer *policy* nach; nebenbei setzt er damit dem Klischee von der risikoscheuen EU und den risikofreudigen USA sehr zu. Außerdem fasst der Autor seinen Untersuchungsgegenstand so weit, dass er auch Rechtsgebiete, in denen üblicherweise nicht vom Vorsorgeprinzip gesprochen wird, in seine Betrachtungen mit einbezieht, so zum Beispiel Sicherheitsmaßnahmen zu Terrorabwehr oder präventive Kriegsführung – auch wenn, anders als es der Umschlagtext der deutschen Ausgabe vermuten lässt, hierauf kein Schwerpunkt seiner Ausführungen liegt.

Sunstein kritisiert das Vorsorgeprinzip vornehmlich nicht deswegen, weil es zu ineffizienten, ungerechten oder sonst nachteiligen Auslegungsergebnissen oder gesetzgeberischen Entscheidungen weist. Als Problem arbeitet er vielmehr heraus: Das Vorsorgeprinzip ist willkürlich. Es leitet überhaupt nicht zu irgendwelchen konsistenten, rational vermittelbaren Entscheidungen an. Denn der Mensch ist in der Regel unfähig, über Wahrscheinlichkeiten und damit über die Bedeutung von Risiken vernünftig zu urteilen und sein Verhalten entsprechend anzupassen. Diesen ernüchternden Befund belegt *Sunstein* sehr ausführlich. Die Ergebnisse einiger von ihm beschriebener Studien faszinieren auch gänzlich unabhängig von den theoretischen Erwägungen, in die sie eingebettet sind. Die kognitiven Mängel fächert der Autor in verschiedene Aspekte auf: Den Hang zur Überbetonung von *Worst-Case*-Szenarien und von plastisch beschreibbaren, die Phantasie besonders ansprechenden Risiken, dazu die Anfälligkeit für „soziale Kaskaden“ und „Gruppenpolarisierung“ – Begriffe, mit denen *Sunstein* die Entstehung und Verfestigung irrationaler Ängste in Gruppen beschreibt. Am Ende des Abschnitts hat der Leser das Vertrauen in ein naiv formuliertes Vorsorgeprinzip als Rechtsgrundsatz wohl vollständig verloren.

Im zweiten Part des Buches – den „Lösungen“ – skizziert *Sunstein* einen Strauß an *policies* und Prinzipien, die als Ersatz für das diskreditierte Vorsorgeprinzip fungieren können. Einen großen, übergreifenden Entwurf sucht der Leser hier vergebens. Man merkt der Darstellung an, dass mehrere Kapitel bereits in verschiedenen amerikanischen Rechtszeitschriften erschienen sind.

Viel Raum gibt *Sunstein* der Kosten-Nutzen-Analyse als Instrument zur Gestaltung und Evaluation rechtlicher Schutzmechanismen. Soweit sie einen Ersatz zum Vorsorgeprinzip darstellt, handelt es sich bei ihr um eine Sammlung von Methoden, die den Nutzen einer Risikoreduzierung als Geldbetrag zu fassen versucht und ihn so den Kosten der Risikoreduzierung gegenüberstellen kann. *Sunstein* entwirft ein detailreiches Modell, das Gegenargumente auf viele Einwände formuliert, die man bei der Lektüre artikulieren mag. Leider wird der Leser kaum in die wissenschaftliche Diskussion um Anwendungsvoraussetzungen und Grenzen der Kosten-Nutzen-Analyse eingeführt, so dass er sich ihre Grundlagen oft aus den dargestellten Verfeinerungen zu erschließen hat. Insbesondere hier wäre ein ausführlicherer Fußnotenapparat wünschenswert gewesen.

Im Schlusskapitel kommt der Autor auf das Verhältnis zwischen einem rationalen Umgang mit Risiken und demokratischer Meinungsfindung zu sprechen. Gerade hier hätte sich mancher Leser eine ausführlichere Auseinandersetzung mit denkbaren Spannungen – wann soll eine irrationale Risikoeinschätzung der Mehrheit Beachtung finden? – gewünscht; *Sunsteins* Ausführungen bleiben an dieser Stelle skizzenhaft und wenig konkret.

Sunsteins Werk ist trotz einer gewissen Redundanz der Argumente lesenswert. Mit Gewinn kann auch derjenige das Buch lesen, dem dessen zentrales Thema – die Kritik des Vorsorgeprinzips – als zu speziell und nicht sonderlich attraktiv erscheint. Denn der Autor demonstriert, wie sich die Rechtswissenschaft auf überzeugende Art und Weise der Erkenntnisse und Argumente anderer Wissenschaften bedienen kann. Ärgerlich ist allerdings die punktuell ungenaue bis irreführende deutsche Übersetzung, wenn beispielsweise aus *tort law* (Deliktsrecht) in der deutschen Fassung „Strafrecht“ wird. ■

(Johannes Gerberding)

Cass R. Sunstein: Gesetze der Angst. Erschienen in Frankfurt a.M. im Suhrkamp Verlag, 2007. 344 Seiten, gebunden, 24,80 Euro.

Walter R. Schlupe: Einladung zur Rechtstheorie

Eine „Einladung zur Rechtstheorie“ hat der schweizerische Zivilrechtler *Walter R. Schlupe* verfasst. Schon äußerlich kommt das Werk unkonventionell daher: Die mehr als 1.500 Seiten haben Postkartenformat; die Schriftgröße ist überdurchschnittlich. Das mutet zunächst kurios an, macht indes die Lektüre schon sinnlich zu einer außergewöhnlichen Leseerfahrung.

Das Erscheinen seines Werkes mitzuerleben, war dem Zürcher Rechtsprofessor leider nicht mehr vergönnt; nach der Fertigstellung des Manuskripts verstarb *Schlupe* 77-jährig. Die Vorbemerkung von *Marc Amstutz* und *Felix Zulliger*, die die Veröffentlichung des Buches betreuten, deutet an, dass *Schlupe* seine Rechtstheorie als sein Vermächtnis an die juristische Welt ansah. Der Umfang des Buches zeugt davon, dass hier der Autor mit seiner „Einladung“ keine Präsentation bloß von groben Zügen und übergreifenden Strukturen beabsichtigt, sondern eine durchaus tiefgreifende, detail- und facettenreiche Darstellung des Gegenstandes anstrebt.

Nach eigenem Bekunden zielt *Schlupe* mit seiner „Einladung zur Rechtstheorie“ darauf ab, dem im Alltagsgeschäft stecken-

den Juristen die Fundamente und Horizonte seines Faches (neu) aufzuzeigen. Deshalb wird kein Wissen um Diskussionsstände und Positionen auf dem Gebiet der Rechtstheorie vorausgesetzt. Auch vertiefte Kenntnisse der Rechtsdogmatik setzt das Buch nicht voraus. Darum ist es für den deutschen Leser nicht störend, dass sich *Schluemp* zur Illustration vornehmlich auf schweizerische Gesetze und Urteile bezieht.

Das Buch gliedert sich in drei Teile. Im ersten Abschnitt – der mit „Grundlagen“ überschrieben und mit rund 360 Seiten vergleichsweise kurz ist – widmet sich *Schluemp* den Bausteinen und Konzepten, die jede Diskussion über Rechtstheorie voraussetzt. Es geht um den Begriff der Rechtsregel und ihre vielfältigen Erscheinungsformen, dazu eine Einführung in die Idee der Rechtsquelle und den Stufenbau der Rechtsordnung. Hier findet sich auch ein Kapitel über „Rechtliche Grundbegriffe“, das eine Reihe von Gegensatzpaaren präsentiert („öffentliches und privates Recht“, „subjektives und objektives Recht“, „Sachrecht und Kollisionsrecht“ u.a.), deren man sich im Rechtsgespräch häufig bedient. *Schluemp*s Ausführungen hierzu sind zwar prägnant und verständlich. Doch ist ein Auswahlkriterium für die vorgestellten Konzepte, das über die bloße Häufigkeit ihrer Nennung in juristischen Diskussionen hinausgeht, oder eine übergreifende Strukturierung nicht ersichtlich; diese Passagen lesen sich deshalb eher lexikonartig. Insgesamt dürfte der Abschnitt eher den juristisch interessierten Laien als den (angehenden) Juristen ansprechen; letzterer wird hier übermäßig viel Bekanntes finden.

Im zweiten Abschnitt, mit annähernd tausend Seiten das Herzstück des Buches, breitet *Schluemp* den Diskussionsstand über die Methodenlehre der Rechtswissenschaft – der Theorien darüber, wie der Sinn von Rechtsnormen richtigerweise zu ermitteln ist – aus. Die Darstellung orientiert sich zunächst an der hergebrachten Aufteilung in Auslegungscanones. Besonders interessant für den deutschen Leser ist die häufige Bezugnahme auf die geschriebene Auslegungsvorschrift in Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs, für die ein deutsches Pendant fehlt; sie strukturiert die Darstellung wesentlich. Neben dieser herkömmlich gegliederten Methodenlehre präsentiert *Schluemp* eine Fülle anderer Ansätze und Schulen – die Spanne reicht von der Ökonomischen Analyse des Rechts über den *legal realism* bis zur Frankfurter Schule. Die schiere Materialfülle ist beeindruckend – das Literaturverzeichnis von *Schluemp*s Werk umfasst mehr als 1.900 Einträge. Umso ärgerlicher ist die fehlende Zitiergenauigkeit, etwa wenn aus *Bernd Rütters* mal Rütther, mal Rütters wird,

oder der Mitbegründer der *critical legal studies*, *Roberto Mangabeira Unger*, als Ungerer zitiert wird.

Im dritten und letzten Teil, der mit „Inhalt der Rechtssätze – Transitorischer Anhang“ etwas opak überschrieben ist, geht es um den „richtigen“ Inhalt zu setzenden Rechts. Neben einer hastigen Auseinandersetzung mit der Positivismus/Naturrecht-Debatte skizziert *Schluemp* hier vor allem eigene Ansätze, nach denen sich die Richtigkeit von Rechtssätzen bemessen soll, womit seine Rechtstheorie in eine Sozialphilosophie oder Rechtsethik einmündet. Seine Ideen sind zwar anregend, doch bleibt vieles skizzenhaft und dunkel – etwa wenn *Schluemp* fordert, als „Realfaktor“ bei der Bestimmung richtigen Rechts müssten die „Evolutionstheorie... aber auch die mit fraktalen Strukturelementen durchsetzten Chaostheorien“ (Rn. 3515) berücksichtigt werden.

Das Buch hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck. Die Lektüre vermittelt es ausgezeichnet, dem Leser den Facettenreichtum und die Vielgestaltigkeit der rechtstheoretischen Diskussion aufzuzeigen; es gibt kaum ein juristisches Grundlagenthema, dem sich *Schluemp* nicht wenigstens in einer Handvoll Sätzen zuwendet. Viele Abschnitte weisen den Leser zu den Autoren und Werken, die bestimmte Diskussionsrichtungen maßgeblich geprägt haben. Zudem benutzt *Schluemp* sehr häufig – auch längere – Originalzitate. Damit bekommt der Leser einen ersten Einblick in ganz unterschiedliche Sprach- und Argumentationsstile, für den er ansonsten die Büchermenge einer kleinen Bibliothek hätte aufblättern müssen. Erinnert man sich daran, dass *Schluemp* beabsichtigt, mit seiner Einladung die Faszination des Lesers für die theoretische Fundierung jeder Beschäftigung mit Recht zu wecken, kann man konstatieren, dass ihm dies hervorragend gelungen ist.

Dagegen scheint es misslich, dass eine die Darstellung ordnende Leitidee nicht auszumachen ist. Die Fülle der Themen und Quellen erweist sich unter diesem Gesichtspunkt als Dschungel, in dem der Leser orientierungslos umherwandert. Stark gewöhnungsbedürftig ist *Schluemp*s Fußnotenverwendung; denn neben den etwas uneinheitlich formatierten Quellennachweisen finden sich in ihnen auch illustrierende Beispiele zum Haupttext, Aufzählungen, mal auch bloß Synonyme zu im Haupttext verwendeten Wörtern. ■

(Johannes Gerberding)

Walter R. Schluemp: Einladung zur Rechtstheorie. Erschienen in Bern und Baden-Baden in den Verlagen Stämpfli und Nomos, 2006. CLXXXVII, 1504 Seiten, gebunden, 82,00 Euro.

Keine Ausgabe mehr verpassen?

Einfach unter www.law-journal.de eintragen und benachrichtigen lassen!
