



Gastkommentar	<i>Volker Römermann</i> · Anwaltliches Erfolgshonorar: Quo vadis?	1
Aufsätze	<i>Johannes Altenburg</i> · Whistleblowing – Korruptionsbekämpfung durch Business Keeper Monitoring Systems?	3
	<i>Henning Grosse</i> · Der ordre public-Vorbehalt im Europäischen Kollisionsrecht	9
	<i>Sebastian Schilling</i> · Die Liberalisierung von Product Placement – Das endgültige Aus für die dienende Rundfunkfreiheit?	14
	<i>Ingmar Dörr und Daniel Fehling</i> · Missbrauchsbekämpfung im Steuerrecht – § 42 AO unter der Lupe	20
	<i>Sven Timmerbeil und Christoph Stancke</i> · Einführung in den Unternehmenskauf	24
International	<i>Thomas P. Ferguson</i> · Observations on the Securitization of Non-Performing Loans in Russia	30
Streitgespräch	<i>Karsten Schmidt und Wolfgang Zöllner</i> · Wovon handelt das Handelsrecht? – Gegenstand und Zukunft des Handelsgesetzbuches	36
Rezensionen	Ingeborg Puppe: Kleine Schule des juristischen Denkens; Rolf Lamprecht: Die Lebenslüge der Juristen; Winfried Hassemer: Erscheinungsformen des modernen Rechts (<i>Johannes Gerberding</i>)	44
	Klassiker der juristischen Literatur – Thomas von Aquin: Über die Herrschaft der Fürsten (<i>Anna Bodemann</i>)	

Redaktion der Ausgabe 1/2008

Sascha Arnold
Cathrin Bauer
Anna Bodemann
Brian Buzby
Kelley Day
Hendrik Doobe
Stefan Frick
Johannes Gerberding
Heiner Kahlert
Jan Krauß
Christopher Krois
Benedikt Laudage
Carsten Lindner
Sebastian Pläster
Sebastian Schneider
Simon Schönleber
Michael Schramm
Jan Sturm
Birga Tanneberg
Philipp Tieben

Korrespondierender Beirat

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

Bucerius Law Journal

April 2008

Heft 1/2008 Seiten 1 – 48

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V. i.G., 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 Vielfältigung 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.

Zitiervorschlag: Bucerius Law Journal (BLJ) 2008, 43

Covergestaltung: gürtlerbachmann Werbung GmbH

Bucerius Law Journal

Redaktion: Sascha Arnold, Cathrin Bauer, Anna Bodemann, Brian Buzby, Kelley Day, Hendrik Doobe, Stefan Frick, Johannes Gerberding, Heiner Kahlert, Jan Krauß, Christopher Krois, Benedikt Laudage, Carsten Lindner, Sebastian Pläster, Sebastian Schneider, Simon Schönleber, Michael Schramm, Jan Sturm, Birga Tanneberg, Philipp Tieben.

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

Heft 1/2008

Seiten 1 – 48

2. Jahrgang

4. April 2008

Dr. Volker Römermann, Hamburg/Hannover*

Gastkommentar: Anwaltliches Erfolgshonorar – Quo vadis?

Erfolgshonorar: Das klingt schon dubios. Der deutsche Anwalt ist doch kein Glücksritter, er arbeitet seriös, sachlich, ist ein „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ (§ 1 BRAO), seinem „Berufsrecht“ verhaftet. Und nun also ein Gastkommentar zum „Anwaltlichen Erfolgshonorar“, ist das nicht ein Widerspruch in sich? Oder liegt es etwa am *Law Journal*, wo verderblichen amerikanischen Einflüssen möglicherweise nicht so leicht ein Riegel vorgeschoben werden kann wie in der ehrwürdigen NJW?

Bis heute gilt ein absolutes Verbot von Erfolgshonoraren bei Anwälten. In § 49b II BRAO heißt es unzweideutig: „Verbindungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird (Erfolgshonorar) oder nach denen der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrags als Honorar erhält (quota litis), sind unzulässig.“ Als ich mich gemeinsam mit meinem Doktorvater vor etwa einem Dutzend Jahren zum ersten Mal wissenschaftlich mit Erfolgshonoraren bei Anwälten beschäftigte, wollte mir die Notwendigkeit eines totalen Verbots nicht einleuchten (nachzulesen bei *Michalski/Römermann*, AnwBl. 1996, 241, 244 ff.). Es sollte allerdings noch viele Jahre dauern, bis sich das BVerfG mit dieser Fragestellung auseinanderzusetzen hatte. Manche berufsrechtlichen Normen bleiben nur deswegen so lange in Kraft, weil sich nicht früher ein Fall ergibt, der eine höchst- oder gar verfassungsrichterliche Klärung herbeiführt. Seit das BVerfG in seinen „Bastille“-Entscheidungen vom 14. Juli 1987 (NJW 1988, 191, 193) die Berufsfreiheit der freien Berufe wiederentdeckt und insoweit eine Renaissance des tot geglaubten Art. 12 GG bewirkt hat, ist das anwaltliche Berufsrecht nicht mehr zur Ruhe gekommen. Der Gesetzgeber und die von ihm ermächtigte (§ 59b BRAO) anwaltliche

Satzungsversammlung waren wieder und wieder tätig und haben doch wenig erreicht, was die nächste gerichtliche Prüfung überdauert hätte. Das gilt für das anwaltliche Werberecht genau so wie für das anwaltliche Gesellschaftsrecht und nun das anwaltliche Gebührenrecht.

Eigentlich sollte es vielleicht gar kein Gesetz über Anwaltsgebühren geben. Als im Jahre 1878 die Rechtsanwaltsgebührenordnung, also der Vorläufer von BRAGO und – seit 2004 – RVG, erlassen wurde, beklagten viele Berufsangehörige schon die damit verbundene Verringerung ihrer Honorare. Bis dahin galten zum Teil regionale Tarife, zum Teil waren Anwalts honorare dem freien Spiel der Verhandlung unterworfen. Die Hoffnung der Anwaltschaft, der Gesetzgeber werde einer Art Fürsorgepflicht gegenüber dem so gemäßregelten Beruf gehorchen und die Tarife zeitnah an die gestiegenen Kosten anpassen, erwies sich rasch als trügerisch. Seit vielen Jahren kann man daher die Kluft beobachten, die zwischen den ausländischen Berufsträgern, die ohne gesetzliche Vorgaben ihre Gebühren frei verhandeln, und ihren deutschen Kollegen, die sich allzu häufig an den Buchstaben des hiesigen Gesetzes klammern, klafft. Die deutschen Rechtsanwaltskammern sind trotz dieser Erfahrung ebenso wie der Deutsche Anwaltverein der Überzeugung, der Mehrheit der Anwaltschaft etwas Gutes zu tun, wenn man den Bestand der gesetzlichen Vergütungsregelung als solche verteidigt – um der Gefahr weiter fortschreitenden Gebührendumpings im untersten Bereich vorzubeugen (JuraXX lässt, besser: ließ grüßen). Diesen Hintergrund muss man immer berücksichtigen, wenn man ein zutreffendes Bild von der Diskussion

* Der Autor ist Gründer der Sozietät Römermann Rechtsanwälte, Hamburg/Hannover/Berlin.

über die Zukunft anwaltlicher Gebührenregelungen gewinnen möchte.

Hanna N. lebte in den USA und wollte Restitutionsansprüche ihres von den NS-Machthabern enteigneten Großvaters geltend machen. Anspruch auf Prozesskostenhilfe hatte sie nicht. Sie fand eine deutsche Anwältin, die gegen eine Erfolgsbeteiligung von einem Drittel das Mandat führte. Nachdem der Erfolg eingetreten war, berief sich die US-Mandantin auf einmal auf das deutsche Erfolgshonorarverbot und verweigerte die vereinbarte Vergütung. Die – maßgeblich von Anwälten besetzte – Anwaltsgerichtsbarkeit erkannte zudem auf einen Berufsrechtsverstoß und verurteilte die siegreiche Rechtsanwältin zur Zahlung einer Geldbuße. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde hatte die Anwältin dann zwar im Einzelfall Pech, wird aber jedenfalls in die Rechtsgeschichte eingehen: Das BVerfG stellte mit Beschluss vom 12.12.2006 (BB 2007, 617 m. Anm. *Römermann*) fest, dass das totale Verbot von Erfolgshonoraren verfassungswidrig ist, wollte es aber bis zu einer gesetzlichen Neuregelung weiter anwenden; hierfür wurde dem Gesetzgeber eine Frist auf den 30. Juni 2008 gesetzt. Nun besteht also Handlungszwang. Inhaltlich steht nur fest, dass Erfolgshonorare dort nicht verboten sein können, wo anderenfalls der Zugang zum Recht verhindert würde – insbesondere also in Fällen bedürftiger Mandanten ohne PKH-Anspruch wie bei *Hanna N.* (unterstellt, sie sei bedürftig gewesen, wofür der Sachverhalt nichts hergibt). Das BVerfG lässt dem Gesetzgeber ansonsten jeden erdenklichen Spielraum.

Seit dem 19.12.2007 liegt nun ein Gesetzentwurf des Bundesministeriums der Justiz vor. „Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren“ lautet die Überschrift, und in der Tat: Nicht um eine Liberalisierung soll es hier gehen, sondern um eine Verteidigung des bestehenden Verbotes, das mit unverändertem Wortlaut den 1. Juli 2008 nicht erleben würde. In § 49b II BRAO-E soll der Grundsatz des Erfolgshonorarverbotes festgeschrieben bleiben, für die Ausnahmen wird auf das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz verwiesen. Dort sollen sich zukünftig drei Paragraphen den Vergütungsvereinbarungen widmen: § 3a unter der Überschrift „Vergütungsvereinbarung“ als vor die Klammer gezogener „Allgemeiner Teil“, § 4 „Erfolgsunabhängige Vergütung“ und § 4a „Erfolgshonorar“. Ein Erfolgshonorar darf danach „nur für den Einzelfall und nur dann vereinbart

werden, wenn damit besonderen Umständen der konkreten Angelegenheit Rechnung getragen wird. Dies gilt insbesondere, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde.“ Bei genauerer Betrachtung, die hier allerdings aus Raumgründen nicht möglich ist (dazu *Römermann*, BB Heft 11/2008), zeigt sich, dass die Entwurfsverfasser über den minimalen Anwendungsbereich wie im Fall des BVerfG nicht hinaus wollen. Wenn es überhaupt einen zusätzlichen Anwendungsbereich für Erfolgshonorare geben soll, dann bei Gebührenab- und nicht -aufschlägen, also die „Misserfolgsgebühr“!

In die Vereinbarung müssen zudem diverse Belehrungen aufgenommen werden. Das geht soweit, dass es in § 4a III RVG-E heißt: „In der Vereinbarung sind außerdem die wesentlichen tatsächlichen Umstände und rechtlichen Erwägungen kurz darzustellen, auf denen die Einschätzung der Erfolgsaussichten beruht“. Wahrheitswidrigen Angaben beider Parteien bei Abschluss der Vereinbarung solle durch diese Pflicht zur schriftlichen Fixierung entgegengewirkt werden, heißt es in der Entwurfsbegründung. In der Konsequenz wird aber de facto eine Pflicht zur Festlegung des Anwalts auch im Hinblick auf seine rechtliche Würdigung eingeführt – und zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem das Mandat gerade erst begründet werden soll! Das ist praxisfern und soll offenbar alles nur dazu beitragen, das nun formal zugelassene Erfolgshonorar gesetzlich so unattraktiv zu machen, dass kein Anwalt Neigung verspürt, es zu vereinbaren. So etwas ist im Berufsrecht kein neues Phänomen. So beeilte sich gleich nach Zulassung der Anwalts-GmbH als „neue“ Rechtsform für Rechtsanwälte der Gesetzgeber im Jahre 1998, die Einzelheiten in den §§ 59c ff. BRAO so unkomfortabel auszugestalten, dass sie möglichst keiner wählen sollte; zehn Jahre später ist etwas Entspannung eingetreten und man denkt über eine Liberalisierung nach. Noch ist es Zeit, beim Erfolgshonorar diesen Umweg zu vermeiden. ■

Johannes Altenburg, LL.B., Hamburg*

Whistleblowing

– Korruptionsbekämpfung durch Business Keeper Monitoring Systems? –

A. Einführung

Selten vergeht ein Tag ohne eine Schlagzeile über einen neuen Korruptionsskandal. Nicht zuletzt die aktuellen Skandale um Siemens und VW haben verdeutlicht: „Korruption hat Konjunktur“¹. Dabei reicht Korruption in alle Gesellschaftsbereiche hinein: Politik, Verwaltung und Unternehmen, sogar Betriebsräte sind involviert.

Aus dieser Alltäglichkeit der Korruption kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass Deutschland eine Korruptionshochburg wäre. Deutschland belegte in dem von Transparency International zum Vergleich der Korruptionsdichte jährlich erstellten Corruption Perception Index (CPI)² des Jahres 2007³ den 16. Platz und rangierte damit zwar weltweit im oberen Drittel, verglichen mit den anderen europäischen Staaten jedoch höchstens im Mittelfeld.⁴

Für die genauere Beschreibung eines Lageberichts zum Thema Korruption muss grundsätzlich zwischen Hellfeld und Dunkelfeld unterschieden werden.⁵ Die Anzahl an Korruptionstaten in den polizeilichen Statistiken, welche das Hellfeld erfassen, unterliegt jedoch seit Jahren starken Schwankungen. Ob diese auf einer tatsächlichen Veränderung im Korruptionsverhalten in der Gesellschaft beruhen, ist bis heute nicht geklärt.⁶ Jedenfalls bestätigen die schwankenden Zahlen in den Statistiken des Bundeskriminalamtes (BKA) den Verdacht eines enorm hohen Dunkelfeldes.⁷

Eine genaue Bestimmung des Dunkelfeldes⁸ ist naturgemäß nicht möglich, sodass genaue Angaben über das Ausmaß eines Dunkelfeldes grundsätzlich nur bedingt aussagekräftig sind.⁹ Aber die Experten auf dem Gebiet der Korruptionsbekämpfung sowie der Korruptionsforschung gehen einhellig von einer Dunkelziffer¹⁰ von über 90% aus.¹¹

B. Korruption als opferloses Heimlichkeitsdelikt

Der Grund für das hohe Dunkelfeld bei den Korruptionsdelikten liegt in der Struktur dieses Deliktes. Korruption ist geprägt von einer Täter-Täter-Beziehung.¹² Wenn eine Person eine andere dafür bezahlt, dass sie etwas bekommt, was ihr nicht zusteht, dann profitieren beide, der Geber und der Nehmer. Im Zweifel machen sich sogar beide strafbar.¹³ Beide Parteien werden daher von Anfang an versuchen, das ganze Geschehen zu verdecken. Die Täter-Täter-Beziehung führt zusätzlich dazu, dass bei Korruptionsdelikten keine personifizierten Geschädigten zu erkennen sind.¹⁴ Korruption stellt sich also als „opferloses Heimlichkeitsdelikt“ dar.¹⁵ Dadurch kommt es zu einem defizitären Anzeigeverhalten,¹⁶ sodass die Aufklärung von Korruptionstaten entscheidend vom Kontrollaufwand abhängt.¹⁷ Korruption ist somit ein typisches Beispiel von Kontrollkriminalität.¹⁸ Eine bessere Kontrolle ist jedoch nur möglich, wenn die an der Aufdeckung der Korruptionstaten interessierten Organisationen Verdachtsmomente und Anhaltspunkte für ihre Nachforschungen erhalten.¹⁹ Erstmals 2004 wurde vom BKA ein Trend festgestellt, wonach überwiegend externe Hinweise zu Verfahrenseinleitungen bei den Strafverfolgungsbehörden führten. Dieser Trend hat im Jahre 2005 noch deutlich zugenommen.²⁰

C. Whistleblowing

Zur Effektivierung der Bekämpfung von Korruption bedarf es somit einer Steigerung des Hinweisaufkommens.²¹ Da Hinweise von den Tätern nicht zu erwarten sind und es keine direkten Opfer gibt, kann eine solche Steigerung nur dadurch erreicht werden, dass Menschen, die vom Fehlverhalten anderer Personen in ihrem beruflichen Umfeld²² Kenntnis erlangen, auf diese Missstände aufmerksam machen und dadurch berufliche Ri-

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

¹ *Bannenber*, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts* 2007³, 10. Kapitel Rn. 1; *dies./Schaupensteiner*, *Korruption in Deutschland. Portrait einer Wachstumsbranche*, 2004, S. 11.

² Der Index misst das wahrgenommene Ausmaß der Korruption und stützt sich dabei auf Einschätzungen von Geschäftsleuten sowie auf Beurteilungen von Länderanalysen, vgl. *Möllering*, in: Dölling (Hrsg.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, 2007, 2. Kapitel Rn. 178.

³ *Transparency International*, *Global Corruption Report* 2007, S. 325.

⁴ *Nötzel*, in: Dölling (Hrsg.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, 2007, 10. Kapitel Rn. 1, der Europa als „wirkliches Konkurrenzumfeld“ bezeichnet.

⁵ *Bannenber*, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, 2002, S. 64.

⁶ *Wiehen*, in: Wieland (Hrsg.), *Handbuch Wertemanagement*, 2004, S. 225; *Bannenber/Schaupensteiner* (Fn. 1), S. 36; *Bannenber* (Fn. 5), S. 52 m.w.N. Das BKA kommt vielmehr zu dem Ergebnis, dass „insgesamt keine gravierende Änderung der Korruptionslage in Deutschland feststellbar“ sei, vgl. *BKA*, *Bundeslagebericht Korruption (BLK)* 2005, S. 14.

⁷ *BKA* (Fn. 6), S. 14; *Bannenber/Schaupensteiner* (Fn. 1), S. 36.

⁸ Zum Begriff siehe *Kunz*, *Kriminologie*⁴, 2004, 5. Kapitel Rn. 4.

⁹ *Eisenberg*, *Kriminologie*⁶, 2005, S. 128; *Wassermann*, *Kriminalistik* 1984, 20.

¹⁰ Zum Begriff siehe *Kunz* (Fn. 8), 5. Kapitel Rn. 15.

¹¹ *Dölling*, in: Dölling (Hrsg.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, 2007, 1. Kapitel Rn. 7; *Dolata*, *Kriminalistik* 2007, 246; *Wiehen* (Fn. 6), S. 225; *Schenkendorff*, *Korruption in Deutschland*, 2006, S. 93; *Bannenber/Schaupensteiner* (Fn. 1), S. 37; *Schaupensteiner*, *Wachstumsbranche Korruption*, in: *BKA* (Hrsg.), *Wirtschaftskriminalität und Korruption*, 2003, S. 73, 76.

¹² *Lindner*, *Korruptionsbekämpfung im anonymen Dialog. Ein webbasiertes Hinweisgebersystem im Einsatz bei der Zentralstelle Korruptionsbekämpfung*, in: *Transparency International* (Hrsg.), *Korruption in Deutschland*, 2004, S. 66, 67; *Butte*, *Die Kriminalpolizei* 2005, 121.

¹³ *Wiehen* (Fn. 6), S. 225; *Bannenber* (Fn. 5), S. 382; *Pies/Sass*, *Korruptionsprävention als Ordnungsproblem*, 2006, S. 4.

¹⁴ *Lindner* (Fn. 12), S. 67; *Wiehen* (Fn. 6), S. 225; *Zachert*, *Korruption und Korruptionsbekämpfung*, in: *Friedrich-Ebert-Stiftung* (Hrsg.), *Korruption in Deutschland*, 1995, S. 85, 87.

¹⁵ Vgl. für viele *Kaenel*, *Schweizerische Juristenzeitung* (SJZ) 2007, Bd. 103, 309, 311.

¹⁶ *Backes/Lindemann*, *Staatliche organisierte Anonymität als Ermittlungsmethode bei Korruptions- und Wirtschaftsdelikten*, 2006, S. 3; *Dannecker*, *Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik* 2005, 33, 38; *Lindner* (Fn. 12), S. 67.

¹⁷ *Schaupensteiner* (Fn. 11), S. 76.

¹⁸ *Stierle*, *Zeitschrift für Corporate Governance* (ZCG) 2007, 13, 15; *Lindemann*, *ZRP* 2006, 127; *Butte*, *Die Kriminalpolizei* 2005, 121; *Zachert* (Fn. 14), S. 88; *Backes/Lindemann* (Fn. 16), S. 5.

¹⁹ *Bannenber* (Fn. 1), 10. Kapitel Rn. 144.

²⁰ *BKA* (Fn. 6), S. 14.

²¹ Vgl. *Bannenber* (Fn. 5), S. 254 ff.; *BKA* (Fn. 6), S. 48.

²² Zur Beschränkung auf den Arbeitsplatz siehe *Maschmann*, in: *Dölling* (Hrsg.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, 2007, 3. Kapitel Rn. 125; *Ledergerber*, *Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung*, 2005, Rn. 9.

siken eingehen.²³ Solche Menschen werden international als „Whistleblower“, in Deutschland als Hinweisgeber bezeichnet.²⁴

Dabei wird zwischen internem und externem Whistleblowing unterschieden.²⁵ Beim internen Whistleblowing gibt der Hinweisgeber eine Meldung gegenüber einer internen Stelle – unter Missachtung der herkömmlichen Hierarchieebenen²⁶ – im Unternehmen ab.²⁷ Der externe Whistleblower meldet seinen Hinweis einer unternehmensfremden Stelle, wie den Medien oder den Strafverfolgungsorganen.²⁸

D. Umgang mit Whistleblowern

I. Gesellschaftliche Einstellung

In den USA ist Whistleblowing ein fester Bestandteil der unternehmensinternen sowie staatlichen Aufklärung von Wirtschaftsstraftaten und Korruption.²⁹ Auch in Europa hat die Thematik des Whistleblowings neuerdings „Hochkonjunktur“. Die gesellschaftliche Einstellung gegenüber Whistleblowern ist kulturell jedoch noch sehr unterschiedlich. In angelsächsischen Ländern werden Whistleblower traditionell positiv betrachtet.³¹ Dieses zeigt sich unter anderem daran, dass das TIME Magazine drei Whistleblower zu „Persons of the Year 2002“ kürte.³² In vielen kontinentaleuropäischen Staaten werden hingegen Vorbehalte gegenüber Hinweisgebern vorgebracht.³³ Insbesondere für Deutschland kann wohl aus historischen Gründen³⁴ festgestellt werden, „dass die öffentliche Meinung Whistleblowing – anders als in den USA – noch immer als ‚Denunziantentum‘ missbilligt“. Auch der Umgang innerhalb der Unternehmen ist unterschiedlich. In den USA ist die Zahl der Unternehmen, die Whistleblower-Schutz als wichtig erachten, dreimal so hoch wie in Deutschland.³⁶

II. Gesetzlicher Schutz

Die unterschiedlichen gesellschaftlichen Einstellungen gegenüber Hinweisgebern werden auch in den Schutzregelungen für Hinweisgeber deutlich, wie der folgende Vergleich der gesetzlichen Regelungen in den USA und in Deutschland zeigt.

1. Rechtlicher Schutz in den USA

Der rechtliche Schutz von Whistleblowern in den USA hat eine lange Tradition,³⁷ so dass dieser inzwischen umfassend geworden ist.

Angestellte im öffentlichen Sektor schützt der erste Zusatzartikel der amerikanischen Verfassung, welcher die Meinungsfreiheit garantiert. Auf diesen Artikel können sich Whistleblower berufen, falls ihre Äußerung sich auf eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse bezieht und das Effizienzinteresse der Verwaltung nicht ausnahmsweise entgegensteht.³⁸

Der bisherige – insbesondere durch das Common-law geprägte – Schutz der Whistleblower im privaten Sektor wurde im Jahre 2002 aufgrund einer Vielzahl von Skandalen (wie Enron, WorldCom) durch den Sarbanes-Oxley Act (SOA) deutlich verbessert.³⁹ Dieses Gesetz garantiert internen und externen Whistleblowern von börsennotierten Gesellschaften umfassenden Schutz vor jeglicher Diskriminierung.⁴⁰ Im Falle einer gerichtlichen Feststellung der Diskriminierung des Whistleblowers durch den Arbeitgeber stehen dem Whistleblower Ansprüche auf Ersatz aller erlittenen materiellen und immateriellen Schäden (bis hin zur Wiedereinstellung) zu.⁴¹ Darüber hinaus muss der Arbeitgeber mit Geld- sowie mit Gefängnisstrafen von bis zu zehn Jahren rechnen (sec. 806

SOA).⁴² Auch muss jedes Unternehmen ein Audit Committee als Ausschuss des Board of Directors einrichten, welches ein System für (ausdrücklich auch anonymes) Whistleblowing etablieren muss (sec. 301 SOA).⁴³

2. Rechtlicher Schutz in Deutschland

In Deutschland besteht nur ein sehr begrenzter Schutz von Whistleblowern.⁴⁴ Whistleblower sind grundsätzlich durch die Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) geschützt.⁴⁵ Dennoch müssen Hinweisgeber in Deutschland regelmäßig mit arbeitsrechtlichen Maßnahmen bis hin zur Kündigung rechnen, welche von der deutschen Rechtsprechung mehrfach für rechtmäßig befunden wurden.⁴⁶

Zwar hat das BVerfG deutlich gemacht, dass ein Bürger durch eine in gutem Glauben getätigte Strafanzeige ein ver-

²³ *Salvenmoser/Kruse*, Die Bank 2007, 75, 77; *Deiseroth*, Betrifft JUSTIZ 2004, 296, 305; *Transparency International*, ABC der Korruptionsbekämpfung², 2004, S. 24.

²⁴ *Kittelberger*, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 2007, 90, 92; *Hunziker*, in: FS v. d. Crone, 2007, S. 164 f.; *Weber-Rey*, AG 2006, 406, 407; *Ledergerber* (Fn. 22), Rn. 9.

²⁵ *Maschmann* (Fn. 22), Rn. 126; *Portmann/Wohlmann*, SJZ 2007, Bd. 103, 179; *Wyer*, Whistleblowing im Rahmen der Corporate Governance, 2004, S. 16; *M. Schmidt*, „Whistle Blowing“ and Accounting Standards Enforcement in Germany and Europe, in: Humboldt-Universität (Hrsg.), Betriebswirtschaftliche Diskussionsbeiträge, Nr. 29, 2003, S. 1, 7.

²⁶ *Weber-Rey*, AG 2006, 406; *Schenckendorff* (Fn. 11), S. 78.

²⁷ *Deiseroth*, Betrifft JUSTIZ 2004, 296.

²⁸ *Wyer* (Fn. 25), S. 1, 5 f.; *M. Schmidt* (Fn. 25), S. 7 f.

²⁹ *Salvenmoser/Kruse*, Die Bank 2007, 75; *Mansbach*, Business Ethics 2007, 124, 129.

³⁰ *Kittelberger*, ÖBA 2007, 90, 91; ähnlich *Deiseroth*, Betrifft JUSTIZ 2004, 296.

³¹ *Portmann/Wohlmann*, SJZ 2007, Bd. 103, 179; *Ledergerber* (Fn. 22), Rn. 133; *Wyer* (Fn. 25), S. 7; *M. Schmidt* (Fn. 25), S. 1, 3.

³² Es handelte sich dabei um *Cynthia Cooper* (WorldCom), *Coleen Rowley* (FBI) und *Sherron Watkins* (Enron), siehe *TIME Magazine*, 30.12.2002, verfügbar im Internet unter <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1003998-1,00.html> (Stand: 14.02.2008).

³³ Vgl. *Mansbach*, Business Ethics 2007, 124, 129; *Hofmann*, ZCG 2006, 121, 126; *Berndt/Hoppler*, BB 2005, 2623; *Deiseroth*, Betrifft JUSTIZ 2004, 296, 306; *Ledergerber* (Fn. 22), Rn. 107. Sehr eindrucksvoll wird dieser Umgang von *Paul van Buitenen* geschildert, vgl. *van Buitenen*, *Blowing the Whistle*, 2000.

³⁴ *Schönefeld*, Personalführung 2007, 36.

³⁵ *Maschmann* (Fn. 22), Rn. 129.

³⁶ *Kreikebaum/Behnam/Gilbert*, Management ethischer Konflikte in internationalen Unternehmen, 2001, S. 108.

³⁷ Zur historischen Entwicklung der Whistleblower-Gesetzgebung in den USA siehe *Graser*, Whistleblowing – Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht, 2000, S. 73 f.; ebenfalls *Weber-Rey*, AG 2006, 406 408; *Ledergerber* (Fn. 22), Rn. 124.

³⁸ Siehe *Graser* (Fn. 37), S. 18 ff.

³⁹ *Weber-Rey*, AG 2006, 406, 408; *Ledergerber* (Fn. 22), Rn. 127 spricht von einem „Meilenstein auf dem Weg zu einem umfassenden Schutz“.

⁴⁰ *Berndt/Hoppler*, BB 2005, 2623, 2625; *M. Schmidt* (Fn. 25), S. 1, 13.

⁴¹ *Ledergerber* (Fn. 22), Rn. 128 f.

⁴² *M. Schmidt* (Fn. 25), S. 1, 13.

⁴³ *Weber-Rey*, AG 2006, 406, 409. Zusätzlich wird Whistleblowern in den USA durch den *False Claim Act* ein finanzieller Anreiz zur Aufdeckung von Korruptionstaten gesetzt, vgl. *Ledergerber* (Fn. 22), Rn. 125; *Graser* (Fn. 37), S. 90; *Leisinger*, Whistleblowing und Corporate Reputation Management, 2003, S. 16.

⁴⁴ *Deiseroth*, Betrifft JUSTIZ 2004, 296, 300; *ders.*, Betrifft JUSTIZ 2000, 266, 269.

⁴⁵ *Graser* (Fn. 37), S. 126 ff.; *Maschmann* (Fn. 22), Rn. 137; *Stein*, BB 2004, 1961; *Deiseroth*, Betrifft JUSTIZ 2004, 296, 300; *ders.*, Whistleblowing in Zeiten von BSE, 2001, S. 180 ff.

⁴⁶ *Wisskirchen/Körber/Bissels*, BB 2006, 1567, 1570 m.w.N.

fassungsrechtlich geschütztes Recht in Anspruch nimmt und dadurch keine zivilrechtlichen Nachteile erleiden darf.⁴⁷

Allerdings sind Arbeitnehmer im privaten Sektor aufgrund ihrer Treuepflicht⁴⁸ gegenüber dem Arbeitgeber grundsätzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet.⁴⁹ Im öffentlichen Sektor verletzt das externe Whistleblowing sogar in der Regel die Loyalitätspflichten von Beamten und Angestellten.⁵⁰ So hat auch das BAG – nach der Entscheidung des BVerfG – eine Kündigung eines gutgläubigen Whistleblowers für rechtmäßig erklärt, da auch andere Gründe als die Bösgläubigkeit zur Treuepflichtverletzung führen könnten.⁵¹ Es läuft somit bei der Bewertung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung wegen (externen) Whistleblowings auf eine Abwägung der Meinungsfreiheit mit dem Interesse des Arbeitgebers an der Geheimhaltung hinaus.⁵² Bis heute ist in der Bewertung der Rechtmäßigkeit solcher Kündigungen noch keine Kontinuität der Rechtsprechung zu erkennen.⁵³ Insbesondere wird – anders als in den USA – das Interesse der Allgemeinheit am Whistleblowing nicht mit in die Abwägung einbezogen.⁵⁴ Diese Rechtslage führt zu einer Rechtsunsicherheit für potentielle Whistleblower,⁵⁵ welche die Bereitschaft zum Whistleblowing mindert.

III. Whistleblowing-Schutzsysteme

Die vorangegangenen Feststellungen zeigen die Notwendigkeit, nach alternativen Lösungen zu suchen, die die Bereitschaft zum Whistleblowing in der Gesellschaft und in Unternehmen erhöhen.⁵⁶ Im Rahmen dieser Überlegungen wurden in der Vergangenheit unterschiedliche Whistleblower-Schutzsysteme entwickelt, die Hinweisgeber vor den beschriebenen Konsequenzen schützen und so die Bereitschaft zum Whistleblowing erhöhen sollen. Viele Unternehmen haben interne Compliance Officer⁵⁷, externe Ombudsleute⁵⁸ oder Hotlines⁵⁹ eingerichtet.

Ein neuartiges Whistleblower-Schutzsystem stellt das Business Keeper Monitoring System (BKMS) dar, welches im Folgenden näher beschrieben wird.⁶⁰

1. Das Grundprinzip

Das BKMS ist ein webbasiertes Meldesystem zur Prävention und Repression krimineller oder sonst schädigender Handlungen.⁶¹ Dieses System ermöglicht es Hinweisgebern, zu jeder Zeit und von jedem Internetanschluss Hinweise über Fehlverhalten anderer mitzuteilen. Die Hinweise sind sodann von der zuständigen, vom Kunden der Business Keeper AG ausgewählten Stelle einsehbar. Dabei wird die Anonymität des Hinweisgebers technisch garantiert, weder die Business Keeper AG noch der Hinweisempfänger können die Identität des Hinweisgebers nachvollziehen. Die Anonymität und die Sicherheit sind die herausragenden Merkmale des BKMS. Die Anwendung des BKMS wird auf Servern in einem Hochsicherheitstrakt betrieben, in dem auch die Server der Europäischen Zentralbank stehen. Das System ermöglicht einen Direktzugriff auf diesen Server, sodass keine IP-Adressen oder Timestamps gespeichert werden.⁶²

Über den reinen Hinweis hinaus kann sich der Hinweisgeber auch einen Postkasten einrichten. Dessen Einrichtung ist eine Option für den Hinweisgeber, um nach der Abgabe des Hinweises, ohne um die Preisgabe seiner Identität fürchten zu müssen, für Nachfragen zur Verfügung zu stehen und über den weiteren Verlauf seiner Meldung auf dem Laufenden gehalten zu werden. Dieser Postkasten ermöglicht in der Folgezeit die

(technisch garantiert anonyme) Kommunikation mit der zuständigen Stelle und unterscheidet das BKMS wesentlich von anderen Whistleblowing-Systemen.⁶³

2. BKMS in Unternehmen

a) Interesse an der Verbesserung der Hinweislage

Zwar besteht in Deutschland (noch) keine generelle Pflicht zur Installierung eines solchen Whistleblower-Schutzsystems; sie kann nach herrschender Auffassung auch nicht aus § 91 II AktG⁶⁴ oder aus § 130 OWiG⁶⁵ abgeleitet werden. Allerdings unterliegen diejenigen Unternehmen in Deutschland, die unmittelbar – oder mittelbar über Mutterkonzerne – an den US-Börsen gelistet sind, den Regelungen des SOA, welcher die Einführung eines Whistleblowing-Schutzsystems vorschreibt. Ein weiterer Grund für das Interesse an einer verbesserten Korruptionsaufklärung im Unternehmen zeigt sich momentan im Fall Siemens: Die Spätfolgen von Korruptionsskandalen können zu erheblichen Imageverlusten und Bußgeldern führen.⁶⁶

b) Tauglichkeit des BKMS für Unternehmen⁶⁷

Im Folgenden soll dargestellt werden, ob die Eigenschaften des BKMS mit den Bedürfnissen und den rechtlichen Rahmenbedingungen der Unternehmen einhergehen.

⁴⁷ BVerfGE 74, 257, 262.

⁴⁸ Für eine ausführliche Darstellung dieser Treuepflicht im Zusammenhang mit Whistleblowern siehe Graser (Fn. 37), S. 136 ff.

⁴⁹ Maschmann (Fn. 22), Rn. 136; Weber-Rey, AG 2006, 406, 410; Wisskirchen/Körber/Bissels, BB 2006, 1567, 1571.

⁵⁰ So ist regelmäßig von einem Verstoß gegen die Pflicht zur Einhaltung des Dienstweges (§ 171 BBG), die Verschwiegenheitspflicht (§ 61 BBG) sowie gegen die Gehorsamspflicht (§ 55 II BBG) auszugehen. Graser (Fn. 37), S. 148 ff.; Deiseroth, Betrifft JUSTIZ 2004, 296, 300; ders. (Fn. 45), S. 207.

⁵¹ BAG, NJW 2004, 1547, 1550 mit Besprechung von Stein, BB 2004, 1961.

⁵² Graser (Fn. 37), S. 200; M. Schmidt (Fn. 25), S. 1, 17; Deiseroth, Betrifft JUSTIZ 2000, 266, 269.

⁵³ Müller, NZA 2004, 424, 437.

⁵⁴ Deiseroth (Fn. 45), S. 208; ähnlich auch Graser (Fn. 37), S. 202.

⁵⁵ Weber-Rey, AG 2006, 406, 411; Maschmann (Fn. 22), Rn. 144 ff.

⁵⁶ So auch Graser (Fn. 37), S. 262; Grupp, Korruptionsabwehr, S. 86.

⁵⁷ Bei Siemens z.B. gibt es seit Anfang 2007 einen neuen Chief Compliance Officer, den früheren Oberstaatsanwalt Daniel Noa.

⁵⁸ So hat die Deutsche Bahn AG zwei Anwälte als externe Ombudsleute ausgewählt, da diese aufgrund ihrer Verschwiegenheitspflicht die Vertraulichkeit im Falle einer Vernehmung mit Hilfe ihres Zeugnisverweigerungsrechtes (§ 53 I Nr. 3 StPO) am besten garantieren können, vgl. Korte, in: Dölling (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention, 2007, 6. Kapitel Rn. 36; Schuppensteiner (Fn. 11), S. 105.

⁵⁹ Eine anonyme Hotline hat etwa das Dezernat Interne Ermittlungen der Hansestadt Hamburg eingeführt.

⁶⁰ Für eine ausführliche Darstellung des Systems sowie der unterschiedlichen Einsatzmöglichkeiten siehe www.business-keeper.com (Stand: 14.02.2008).

⁶¹ Das BKMS wurde von der Business Keeper AG aus Potsdam entwickelt und wird von dieser seit 2001 vertrieben.

⁶² Für eine ausführliche Darstellung der Sicherheitsvorkehrungen siehe http://www.business-keeper.com/ger_DE/100/sicherheit.html (Stand: 14.02.2008).

⁶³ Butte, Die Kriminalpolizei 2005, 121, 122; Backes/Lindemann (Fn. 16), S. 8 f.

⁶⁴ Siehe für viele Behrendt/Kaufmann, Computer und Recht (CR) 2006, 642, 644.

⁶⁵ Vgl. Förster, in: Rebmann/Roth/Herrmann, Kommentar zum OWiG, Losebl. (Stand: Mai 2006), § 130 Rn. 14.

⁶⁶ Salvenmoser/Kruse, Die Bank 2007, 75, 76; Ledergerber (Fn. 22), Rn. 234.

⁶⁷ Bisher nutzen die Deutsche Telekom und die Kaufmännische Krankenkasse (KKH) das BKMS.

aa) Anonymität

Ob die Einführung eines Whistleblowing-Systems, welches anonyme Hinweise ermöglicht, aus Sicht der Unternehmen sinnvoll ist, wird unterschiedlich beurteilt. Die technisch garantierte Anonymität verspricht die Hinweisquantität innerhalb der Unternehmen wesentlich zu verbessern, da potentielle Hinweisgeber durch die Möglichkeit der Abgabe anonymer Hinweise der Gefahr von Repressalien entgehen können.⁶⁸ „Gerade im Bereich der Korruption sind viele Mitarbeiter (...) nur bereit, anonym Informationen weiterzugeben.“⁶⁹

Auch erfüllt das Unternehmen durch die Einführung eines anonymen Whistleblowing-Systems die Vorgaben der sec. 301 SOA.⁷⁰

Das Hauptargument gegen die Einführung eines anonymen Systems ist, dass, anders als bei Einschaltung eines Vertrauensanwalts, keine Möglichkeit für Nachfragen bleibt.⁷¹ Eben diese Möglichkeit des anonymen Dialogs gewährleistet jedoch das BKMS. Das Hauptargument der Gegner von anonymem Whistleblowing in Unternehmen ist somit kein Argument gegen das BKMS.⁷²

Jedoch gibt es weitere Einwände gegen die Möglichkeit der anonymen Hinweisabgabe. So wird immer wieder auf die Gefahr des Denunziantentums hingewiesen, welchem durch ein anonymes Hinweisgebersystem eine Plattform gegeben werde.⁷³

bb) Ständige Erreichbarkeit und Dialogfähigkeit

Als webbasiertes Hinweisgebersystem besitzt das BKMS die Eigenschaft, jederzeit von jedem Internetanschluss erreichbar zu sein. Dieses wird als Vorteil insbesondere gegenüber dem Einsatz von Ombudsleuten hervorgehoben.⁷⁴ Denn potentielle Whistleblower sind oft nur in bestimmten Situationen (z.B. nach Auseinandersetzungen mit dem Vorgesetzten) bereit, relevante Informationen weiterzugeben.

Als großer Vorteil gegenüber anderen anonymen Hinweisgebersystemen wird die Dialogfähigkeit des BKMS gelobt. Der Dialog bietet die Möglichkeit, den Sachverhalt näher zu erforschen und gleichzeitig zu verifizieren.

cc) Datenschutzrechtliche Bedenken

Die durch das BKMS gewonnenen Hinweise enthalten personenbezogene Daten i.S.d. § 3 I BDSG.⁷⁵ Bezüglich der Verarbeitung dieser Daten gilt das in § 4 BDSG enthaltene präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Als Erlaubnisnorm kommt einzig § 28 I 1 Nr. 2 BDSG in Betracht.⁷⁶ Danach bedarf der Arbeitgeber eines berechtigten Interesses, welches nicht von dem Interesse des Betroffenen überwogen wird.

Als Interesse des Arbeitgebers an der Einführung des BKMS kommt die Pflicht zur Erfüllung der SOA-Vorgaben⁷⁷ sowie das Interesse des Arbeitgebers, schwere Straftaten zu verhindern, in Betracht, welche jeweils ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 28 I 1 Nr. 2 BDSG darstellen und die Interessen der Betroffenen im Regelfall überwiegen.⁷⁸

Fraglich ist, ob sich für die in § 28 BDSG angelegte Auslegung aufgrund von europarechtlichen Regelungen etwas anderes ergibt. Der § 28 BDSG ist grundsätzlich im Lichte der Datenschutzrichtlinie⁷⁹ auszulegen. In Frankreich wurde eine Whistleblowing-Hotline von *McDonald's* durch die CNIL⁸⁰ aus datenschutzrechtlichen Gründen für unwirksam erklärt.⁸¹ Um den Konzernen Leitlinien für ein datenschutzrechtlich zulässiges Whistleblowing-System an die Hand zu geben, hat

die Art. 29-Datenschutzgruppe⁸² einen – rechtlich nicht bindenden⁸³ – europarechtlichen Rahmen für Whistleblowing-Systeme vorgelegt,⁸⁴ in welchem unter anderem gefordert wird, dass Whistleblowing-Systeme so aufgebaut sein sollten, „dass sie anonyme Meldungen als normale Art der Beschwerde nicht unterstützen.“⁸⁵

3. BKMS als Mittel zur Strafverfolgung

Das LKA Niedersachsen setzt seit Oktober 2003 das BKMS als Mittel zur Strafverfolgung von Wirtschaftskriminalität und Korruption ein.

a) Bisherige Erfahrungen⁸⁶

Vom Oktober 2003 bis zum 30. Juni 2007 wurden knapp 38.000 Zugriffe auf der Informationsseite des LKA Niedersachsen verzeichnet. Insgesamt wurden 1.239 Hinweise abgegeben.

Von den 329⁸⁷ auf Grund dieser Hinweise eingeleiteten neuen Ermittlungsverfahren gegen bekannte Personen (JS-

⁶⁸ So auch *Zimmermann*, WM 2007, 1060, 1064; *Benz/Heißner/John*, in: Dölling (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention, 2007, 2. Kapitel Rn. 130; *Transparency International* (Fn. 23), S. 24; *Pies/Sass* (Fn. 13), S. 12 f.; *Maclagan*, Management and Morality, 1998, S. 134.

⁶⁹ *Korte* (Fn. 58), Rn. 43.

⁷⁰ *Glaum/Thomaschewski/Weber*, in: Rosen (Hrsg.), Studien des Deutschen Aktieninstituts, Heft 33, 2006, S. 30; *Zimmermann*, WM 2007, 1060, 1065.

⁷¹ *Art. 29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 1/2006 zur Anwendung der EU-Datenschutzvorschriften auf interne Verfahren mutmaßlicher Missstände in den Bereichen Rechnungslegung, interne Rechnungslegungskontrollen, Fragen der Wirtschaftsprüfung, Bekämpfung von Korruption, Banken- und Finanzkriminalität, S. 11; vgl. auch *Benz/Heißner/John* (Fn. 68), 2. Kapitel Rn. 134; *Salvenmoser/Kruse*, Die Bank 2007, 75, 78; *Hofmann*, ZCG 2006, 121, 126; *Wisskirchen/Körper/Bissels*, BB 2006, 1567, 1569; *Leisinger* (Fn. 43), S. 91.

⁷² *Wiehen* (Fn. 6), S. 237.

⁷³ Vgl. beispielhaft *KPMG*, Anti Fraud Management, Best Practice der Prävention gegen Wirtschaftskriminalität, 2006, S. 24.

⁷⁴ *Lindner* (Fn. 12), S. 68; *Salvenmoser/Kruse*, Die Bank 2007, 75, 78; *KPMG* (Fn. 73), S. 24; *Schönefeld*, Personalführung 2005, 36, 38.

⁷⁵ Zur Anwendbarkeit des BDSG auf die durch deutsche Unternehmen im Rahmen des Einsatzes des BKMS gewonnenen Hinweise siehe *Zimmermann*, Recht der Datenverarbeitung (RDV) 2006, 242, 243; *Behrendt/Kaufmann*, CR 2006, 642, 644.

⁷⁶ *Zimmermann*, RDV 2006, 242, 245; *Behrendt/Kaufmann*, CR 2006, 642, 645.

⁷⁷ *Behrendt/Kaufmann*, CR 2006, 642, 646; vgl. auch *Zimmermann*, WM 2007, 1060, 1061; *Schmidl*, Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 2006, 414, 418.

⁷⁸ *Nicklisch*, Die Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Act auf die Deutsche Corporate Governance, 2007, S. 128; *Salvenmoser/Kruse*, Die Bank 2007, 75, 78; *Zimmermann*, RDV 2006, 242, 246.

⁷⁹ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG Nr. L 281 S. 31-50.

⁸⁰ Commission nationale de l'informatique et des libertés.

⁸¹ CNIL Entscheidung 2005-110 vom 26.05.2005.

⁸² Die Arbeitsgruppe wurde durch Art. 29 Richtlinie 95/46/EG (Fn. 79) eingesetzt. Sie ist ein unabhängiges EU-Beratungsgremium in Datenschutzfragen. Ihre Aufgaben sind in Art. 30 Richtlinie 95/46/EG und Art. 15 Richtlinie 2002/58/EG festgelegt.

⁸³ Vgl. *Wuermeling*, Datenschutz-Berater (DSB) 2006, 13; *Di Martino*, Datenschutz im europäischen Recht, 2005, S. 55 ff.

⁸⁴ *Art. 29 Datenschutzgruppe* (Fn. 71); vgl. auch *Wuermeling*, DSB 2006, 13; *Zimmermann*, RDV 2006, 242; *Schmidl*, DuD 2006, 414.

⁸⁵ *Art. 29-Datenschutzgruppe* (Fn. 71), S. 12.

⁸⁶ Die bisherigen Erfahrungen werden anhand der vom LKA Niedersachsen zur Verfügung gestellten Zahlen dargestellt.

⁸⁷ Die übrigen Hinweise bezogen sich auf bereits laufende Verfahren oder enthielten keine Hinweise auf strafbares Verhalten.

Verfahren) wurden 272 eingestellt, 13 Verfahren endeten mit Verurteilungen und 43 Verfahren werden zurzeit noch bearbeitet.⁸⁸

b) Positive Bilanz des LKA

Der Erfolg des Einsatzes des BKMS zeigt sich aus Sicht des LKA bereits darin, dass die Zentralstelle Korruption in Niedersachsen vor der Einführung des BKMS über eine kostenlose Hotline innerhalb eines Jahres keinen einzigen, in den vierzehn Monaten danach jedoch – allein über das BKMS – 553 Hinweise erhalten habe, von denen mindestens 50 Hinweise auf Korruption hindeuteten. Diese vermehrte Hinweisgewinnung sei allein auf die Einführung des BKMS zurückzuführen. Diese habe die Hemmschwelle für Hinweisgeber herabgesetzt und gleichzeitig zu einer breiten Berichterstattung in den Medien geführt. Das LKA bewertet die Einführung des BKMS somit als großen Erfolg.⁸⁹

c) Argumente gegen den Einsatz des BKMS als Mittel zur Strafverfolgung

Die Kritik an dem Einsatz des BKMS als Mittel zur Strafverfolgung ist insbesondere in einer von *Backes/Lindemann* erstellten, von der Stiftung ProJustitia⁹⁰ finanzierten Studie formuliert worden.⁹¹ Diese Studie untersuchte die beim LKA Niedersachsen eingegangenen Hinweise und deren weiteres Schicksal im Zeitraum vom 30.10.2003 bis 31.12.2004⁹² und kritisiert insbesondere die hohe Anzahl an Verfahrenseinstellungen. So seien im Untersuchungszeitraum über 90 % aller Fälle, die durch das BKMS bekannt wurden, nach § 179 II StPO eingestellt oder gar nicht erst aufgenommen (§ 152 II StPO) worden. Dieses zeige die Ungenauigkeit und die teilweise bewusste Wahrheitswidrigkeit der Vorwürfe, die über das BKMS vorgebracht würden.⁹³ Darüber hinaus kritisieren *Backes/Lindemann*, dass das Hauptziel der Strafverfolgungsbehörden – die Vermehrung von Insiderhinweisen – nicht erreicht wurde, da in keinem einzigen untersuchten Fall ein anonymes Hinweisgeber involviert gewesen sei, der als Insider bei offener Aussage Repressalien zu befürchten hätte.⁹⁴ Der Hauptkritikpunkt ist jedoch, dass die durch die anonymen Hinweise aufgenommenen Ermittlungen zu grundrechtsintensiven Maßnahmen, wie Durchsuchungen und Finanzermittlungen, führten, ohne dabei nennenswerte Verurteilungszahlen zu produzieren.⁹⁵

d) Rechtliche Bedenken gegen die Einführung

Rechtliche Bedenken an der Einführung des BKMS als Mittel zur Strafverfolgung wurden bisher in der Literatur kaum diskutiert. Fraglich ist, ob die Strafverfolgungsbehörden durch die Einführung des BKMS ihre rechtlichen Befugnisse dadurch verletzen, dass sie Hinweisgebern eine Plattform für die Abgabe anonymen Hinweisen zur Verfügung stellen. Die Annahme von anonymen Hinweisen ist nach einhelliger Ansicht nicht nur erlaubt, sondern vielmehr geboten.⁹⁶ Das BKMS geht jedoch weiter. Es gestattet den Strafverfolgungsbehörden die Kommunikation mit den anonymen Hinweisgebern und fördert diese Art der Hinweisabgabe.

In dieser durch die Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung gestellten Plattform könnte eine Vertraulichkeitszusage an potentielle Hinweisgeber gesehen werden.⁹⁷ Auch Vertraulichkeitszusagen, d.h. Zusagen, bestimmte Aussagen vertraulich zu behandeln, werden – zumindest für schwere Straftaten⁹⁸ – allgemein als zulässig erachtet.⁹⁹ Jedoch darf Vertrau-

lichkeit grundsätzlich nur für redliche Hinweise zugesagt werden. Bei falschen Verdächtigungen kann eine solche Zusage nicht wirksam erteilt werden.¹⁰⁰ Durch die garantierte Anonymität im BKMS werde, so der Vorwurf, eine nicht wirksame Vertraulichkeitszusage erteilt, die dazu führe, dass die Strafverfolgungsbehörde sich der Möglichkeit entledigt, einer bewusst falschen Verdächtigung nachzugehen. Dieses verursache eine faktische Nichtanwendung des § 164 StGB, die teilweise als „rechtstaatlich äußerst bedenklich“ eingestuft wird.¹⁰¹

Gegen diese Überlegung hat *Gundlach* angeführt, dass sich das BKMS wesentlich von einer Vertraulichkeitszusage darin unterscheidet, dass dem Hinweisgeber zu keiner Zeit die vertrauliche Behandlung seiner Person zugesichert wird. Vielmehr werde der Hinweisgeber sehr wohl in den Aufklärungsprozess öffentlich integriert, wenn die Strafverfolgungsbehörden dessen Identität herausfinden. Durch das BKMS werde einzig ein Weg der Identitätsermittlung technisch verhindert.¹⁰²

Die Einführung des BKMS wird daher trotz der enthaltenen Anonymitätszusage an potentielle Hinweisgeber sowohl von der Generalstaatsanwaltschaft in Celle, dem Niedersächsischen Justizministerium sowie Oberstaatsanwalt *Gundlach* als rechtmäßig angesehen.¹⁰³

Zu bedenken ist allerdings, dass zwar Regeln für den Umgang mit herkömmlichen anonymen Hinweisen existieren (insbesondere Nr. 8 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren – RiStBV).¹⁰⁴ Der qualitative Unterschied zwischen den herkömmlichen anonymen Hinweisen und den BKMS-Hinweisen besteht nun aber in der Möglichkeit zum anonymen Dialog. Dieser Dialog ermöglicht es den Strafverfolgungsbehörden, von anonymen Hinweisgebern so umfassende Informationen zu erhalten wie von offenen Hin-

⁸⁸ Abweichungen von 100 % beruhen auf fehlender Auskunft.

⁸⁹ Vgl. *Wiehen* (Fn. 6), S. 236, der diese Einschätzung teilt.

⁹⁰ Die Stiftung Pro Justitia wurde von *Dietmar Hopp*, Mitbegründer der SAP AG, aufgrund seiner persönlichen Erfahrungen mit Eingriffen der Strafverfolgungsbehörde gegründet. Die Stiftung will nach eigener Aussage „mit den von ihr geförderten wissenschaftlichen Projekten [...] dafür sorgen, dass möglichst niemand mehr unfair oder gar ungerechtfertigt durch Missbräuche im Ermittlungsverfahren an den Pranger gestellt wird“, http://www.stiftung-projustitia.de/st_historie.html (Stand: 14.02.2008).

⁹¹ Diese Studie wurde in der Presse wiederholt aufgegriffen. Interessant ist insbesondere ein Bericht des ZDF-Magazins *Frontal 21* vom 10.07.2007, zu sehen auf <http://www.zdf.de/ZDFmediathek/inhalt/21/0,4070,5565877-0,00.html> (Stand: 14.02.2008).

⁹² *Backes/Lindemann* (Fn. 16), S. 16 f. Insofern beruht die Studie auf anderen Zahlen als den in diesem Aufsatz genannten.

⁹³ *Backes/Lindemann* (Fn. 16), S. 97, 105 f.

⁹⁴ *Backes/Lindemann* (Fn. 16), S. 106.

⁹⁵ Zu den genauen Zahlen solcher Ermittlungen aufgrund von BKMS-Hinweisen vgl. *Backes/Lindemann* (Fn. 16), S. 30 ff. Zur Kritik an diesen Maßnahmen siehe ebenda S. 103 f.

⁹⁶ BGH, MDR 1952, 659; *Koch*, *Denunciatio*, 2006, S. 22.

⁹⁷ Vgl. zu dieser Überlegung auch *Gundlach*, *Rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Informationen über das elektronische Hinweisgebersystem*, in: *Transparency International* (Hrsg.), *Korruption in Deutschland*, 2004, S. 74, 75 f., der diese Überlegung jedoch am Ende verwirft.

⁹⁸ *Geerds*, in: *FS Krause*, 1990, S. 451, 460 f.

⁹⁹ *Koch* (Fn. 96), S. 22; *Geerds* (Fn. 98), S. 451, 455; *Krüger*, *Die Polizei* 1983, 77, 80; *Krause/Nehring*, *Strafverfahrensrecht in der Polizeipraxis*, 1978, Rn. 237.

¹⁰⁰ BVerwG, DÖV 1965, 488 f.; *Geerds* (Fn. 98), S. 451, 456 f.; *Krüger*, *Die Polizei* 1983, 77, 80.

¹⁰¹ So *Backes/Lindemann* (Fn. 16), S. 102 f.

¹⁰² Siehe dazu *Gundlach* (Fn. 97), S. 76.

¹⁰³ Siehe dazu *Gundlach*, (Fn. 97), S. 76.

¹⁰⁴ Siehe *Korte* (Fn. 58), Rn. 43.

weisgeben. Dabei besteht die Gefahr, dass die bei anonymen Hinweisen gebotene Zurückhaltung in der Bewertung der Aussagekraft, die sich aus Nr. 8 RiStBV ergibt,¹⁰⁵ nicht eingehalten wird. Es bedarf daher einer Klarstellung, dass bei BKMS-Hinweisen ein Anfangsverdacht nicht ohne vorhergehende Vorermittlungen bejaht werden darf.

E. Stellungnahme

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Bei der Aufklärung und Bekämpfung von Korruption sind Unternehmen und die Strafverfolgungsbehörden auf Hinweise von Whistleblowern angewiesen.

Vergleicht man die verschiedenen Whistleblower-Schutzsysteme, so stellt man fest, dass das BKMS als erstes System die Kombination aus garantierter Anonymität des Hinweisgebers und der Möglichkeit zum Dialog zwischen Hinweisgeber und Hinweisempfänger ermöglicht. Ein anonymes System birgt jedoch immer die Gefahr, dass es von Denunzianten bewusst durch falsche Hinweise missbraucht wird. Die Interessen der Betroffenen müssen daher sowohl bei der rechtlichen Bewertung als auch bei der tatsächlichen Umsetzung von anonymen Whistleblowing-Systemen berücksichtigt werden.¹⁰⁶

I. Bewertung des BKMS in Unternehmen

Die Rechtmäßigkeit der Einführung des BKMS in Unternehmen hängt entscheidend davon ab, wie die Abwägung i.R.d. § 28 I BDSG ausfällt. Der Einfluss der europäischen Entwicklung auf diese Abwägung, insbesondere bezüglich der Zulässigkeit anonymer Systeme, bleibt abzuwarten. Allerdings können kaum Zweifel daran bestehen, dass im Rahmen der Korruptionsbekämpfung eine standardisierte Abwägung zumindest für die Unternehmen, die den SOA-Vorgaben genügen müssen, zugunsten des Aufklärungsinteresses des Arbeitgebers ausfällt.¹⁰⁷ Eine Einhaltung der Empfehlung der Art. 29-Datenschutzgruppe würde zu einer Einbuße der SOA-Konformität führen¹⁰⁸ und wird im Be-

reich der Korruptionsbekämpfung als nicht zielführend bewertet.¹⁰⁹

II. Bewertung des BKMS als Mittel der Strafverfolgung

Die Rechtmäßigkeit der Einführung des BKMS als Mittel der Strafverfolgung scheidet nicht bereits deshalb aus, weil die Strafverfolgung durch die Zusicherung der Anonymität eine faktische Nichtanwendung der Strafdrohung wegen falscher Verdächtigung (§ 164 StGB) herbeiführt. Eine solche faktische Nichtanwendung existiert in gleichem Maße bei herkömmlichen anonymen Hinweisen, denen die Strafverfolgungsbehörde nach einhelliger Auffassung nachgehen muss. Jedoch ist die Bereitstellung einer Plattform für solche anonymen Hinweise eine über das reine Aufnehmen von Hinweisen hinausgehende Tätigkeit, welche nur dann verhältnismäßig ist, wenn der Einsatz des BKMS tatsächlich zu einer Verbesserung der Strafverfolgung führt und der Umgang mit den Hinweisen die Anonymität des Hinweises berücksichtigt.

Ob mit der Einführung des BKMS bei dem LKA Niedersachsen eine Verbesserung der Strafverfolgung erreicht wurde, ist schwer zu beurteilen. Das liegt vor allem daran, dass aufgrund der kurzen Zeitspanne eine sinnvolle Bilanz noch nicht gezogen werden kann. Es bleibt abzuwarten, ob die Einführung des BKMS zu einer deutlichen Aufhellung des Dunkelfeldes führen wird. Die exorbitante Steigerung der Hinweiszahlen verspricht jedoch eine solche. ■

¹⁰⁵ Siehe dazu *Korte* (Fn. 58), Rn. 43; *Wetterich*, in: FS Middendorff, 1986, S. 273, 274.

¹⁰⁶ So auch *Zimmermann*, RDV 2006, 242, 249.

¹⁰⁷ So auch *Schmidl*, DuD 2006, 353, 359.

¹⁰⁸ *Zimmermann*, RDV 2006, 242, 243; *ders.*, WM 2007, 1060, 1062.

¹⁰⁹ *Behrendt/Kaufmann*, CR 2006, 642, 648; *Schönefeld*, Personalführung 2005, 36.

Keine Ausgabe mehr verpassen?

Einfach unter www.law-journal.de eintragen

und benachrichtigen lassen!

Henning Grosser, LL.B., Hamburg*

Der ordre public-Vorbehalt im Europäischen Kollisionsrecht

A. Einführung

Leo Raape hat das geflügelte Wort geprägt, „die Verweisung auf fremdes Recht [sei] leider häufig ein Sprung ins Dunkle“.¹ Zwar hat die fortschreitende Integration in Europa inzwischen reichlich Licht auf andere Rechtsordnungen geworfen, dennoch mag sich bis heute kein Staat vorbehaltlos der Anwendung ausländischen Rechts unterwerfen. Deshalb findet sich der „Vorbehalt der öffentlichen Ordnung“ nach wie vor in vielen Staatsverträgen² und auch in einigen gemeinschaftsrechtlichen Verordnungen.³ Er schützt den „unantastbaren Kernbereich“⁴ einer Rechtsordnung und macht damit unter bestimmten Voraussetzungen vom Grundsatz der Anwendbarkeit ausländischen Rechts in Fällen mit Auslandsbezug eine Ausnahme.⁵ Manche bezeichnen ihn daher auch als „Überdruckventil“⁶ oder gar als „Notbremse vor einer Fahrt in die Abgründe einer ausländischen Rechtsordnung“.⁷ Folglich verwundert es nicht, dass auch die (geplante) Rom I-VO⁸ sowie die nunmehr verabschiedete Rom II-VO⁹ einen „Vorbehalt der öffentlichen Ordnung“ enthalten.

B. Der ordre public-Vorbehalt in der Rom I- und in der Rom II-VO

I. Wortlaut

Der ordre public-Vorbehalt ist in der Rom I-VO und der Rom II-VO beinahe wortgleich. So heißt es in Art. 21 Rom I-VO:

„Die Anwendung einer Norm des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts kann nur versagt werden, wenn dies mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist.“

Art. 26 der Rom II-VO weist demgegenüber nur geringfügige Abweichungen auf:

„Die Anwendung einer *Vorschrift* des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts kann nur versagt werden, wenn *ihre Anwendung* mit der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist.“¹⁰

Dieser Wortlaut ist seit dem Haager Kindesunterhalts-Übereinkommen von 1956 in Staatsverträgen allgemein üblich¹¹ und wurde von der Europäischen Kommission für beide Verordnungen aus Art. 16 des Übereinkommens von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980 (EVÜ)¹² übernommen.¹³

II. Die Folgen der Einbindung in das Gemeinschaftsrecht

1. Grundsatz: Auslegungsmonopol des EuGH

Für die beiden Verordnungen Rom I bzw. Rom II ergibt sich die Auslegungszuständigkeit des EuGH direkt aus Art. 220 EG. Zu beachten ist aber (bislang) die Einschränkung des Art. 68 EG, nach dessen Abs. 1 nur solche Gerichte nach Art. 234 EG vorlegen dürfen, deren Entscheidungen mit Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden können. Dies bedeutet im Vergleich zu den Auslegungsprotokollen des EVÜ einen Rückschritt,¹⁴ da hiernach bislang auch Rechtsmittelgerichte vorlegen dürfen.¹⁵ Art. 68 EG soll allerdings durch den Vertrag von Lissabon aufgehoben werden.¹⁶

Die zentrale Neuerung ist, dass die Rom I- und die Rom II-VO nunmehr zum Bestand des (sekundären) Gemeinschaftsrechts zählen und sich damit in die Gemeinschaftsrechtsordnung einfügen, was insbesondere für ihre Auslegung von Bedeutung ist.¹⁷ Der EuGH bedient sich dabei einer besonderen Methodik, deren Inhalt seit langem Gegenstand reger Diskussion in der Literatur ist.¹⁸ Er folgt dabei grundsätzlich den „klassischen“ Auslegungsmethoden,¹⁹ ergänzt diese aber je nach Fall um weitere Methoden.²⁰ Welchem Instrument dabei der Vorrang zukommt, ist lebhaft umstritten.²¹ Neuerdings werden auch die Bedeutung des Verweises auf frühere Rechtsprechung und der Einfluss der Schlussanträge des Generalanwalts auf die Argumentation des EuGH besonders hervorgehoben.²²

2. Die Auslegung des ordre public-Vorbehaltes

Diese Auslegungsproblematik betrifft grundsätzlich auch den ordre public-Vorbehalt, da er Teil der beiden Verordnungen

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

¹ Raape/Sturm, Internationales Privatrecht Bd. 1⁶, 1977, S. 199.

² Siehe hierzu Blumenwitz, in: Staudinger-BGB, Neubearb. 2003, Art. 6 EGBGB Rn. 46.

³ Etwa in Art. 34 Nr. 1 der Brüssel-I-VO (ABl. EG 2001 L 12, S. 1) und Art. 26 der EuInsVO (ABl. EG 2000 L 160, S. 1).

⁴ Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht⁹, 2004, S. 516.

⁵ Blumenwitz, in: Staudinger-BGB (Fn. 2), Art. 6 EGBGB Rn. 6.

⁶ v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht Bd. 1², 2003, S. 714.

⁷ Siehr, Internationales Privatrecht, 2001, S. 490.

⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) vom 15. Dezember 2005, KOM (2005) 650 endg. i.d.F. des Standpunktes des Europäischen Parlaments, festgelegt in erster Lesung am 29.11.2007, Dok.-Nr. COD/2005/0261, abrufbar unter www.europarl.europa.eu/oeil.

⁹ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. EU 2007 L 199, S. 40.

¹⁰ Hervorhebungen des Verfassers.

¹¹ Lagarde, I.E.C.L. Vol. III-11, 1994, S. 7; Art. 4 des Übereinkommens über das auf Unterhaltspflichten gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. Oktober 1956 (BGBl. 1961 II, S. 1012) lautet: „La loi déclarée applicable par la présente Convention ne peut être écartée que si son application est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat dont relève l'autorité saisie.“

¹² BGBl. 1986 II, S. 809; in kons. Fassung veröffentlicht in ABl. EU 2005 C 334, S. 1.

¹³ Ausdrücklich in Bezug auf die Rom II-VO KOM (2003) 427 endg., S. 31.

¹⁴ Heß, NJW 2000, 23, 29; Kropholler, in: Basedow (Hrsg.), 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, S. 583, 587.

¹⁵ Nach Art. 2 lit. b des Ersten Protokolls, ABl. EU 2005 C 334, S. 21.

¹⁶ Gem. Art. 2 Rn. 67 des Vertrages von Lissabon, ABl. EU 2007 C 306, S. 63.

¹⁷ Dies rührt daher, dass die einheitliche Anwendung von Gemeinschaftsrecht „ein Grunderfordernis der gemeinschaftlichen Rechtsordnung“ ist, EuGH, Rs. C-143/88 und C-92/89 – Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Slg. 1991, S. I-415, Rn. 26.

¹⁸ Siehe zuletzt monographisch etwa Anweiler, Die Auslegungsmethoden des EuGH, 1997; Buck, Über die Auslegungsmethoden des EuGH, 1998; Dederichs, Die Methodik des EuGH, 2004.

¹⁹ Pernice/Mayer, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, 2006, Art. 220 EGV Rn. 42-55.

²⁰ So zählt Anweiler (Fn. 18) insgesamt 10 verschiedene Auslegungsmethoden, S. 141-173.

²¹ Siehe etwa Dederichs (Fn. 18), S. 134-135, nach der entgegen der bisherigen Ansicht die Reihenfolge grammatisch, teleologisch, systematisch maßgebend ist.

²² Dederichs (Fn. 18), S. 37-64, 125-133, die eine quantitative Analyse der Argumente des EuGH vorgenommen hat.

ist. Jedoch gilt es, einen grundlegenden Unterschied zu beachten: Art. 21 Rom I-VO bzw. Art. 26 Rom II-VO nehmen jeweils Bezug auf die öffentliche Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts, sprechen mithin einen *Verweis* auf das Recht des jeweiligen Mitgliedstaates aus.²³ Damit stellt sich die Frage, ob hieraus eine Konkurrenz der Auslegungskompetenzen folgt.

a) Die bisherige Rechtsprechung des EuGH

Eine geteilte Auslegungskompetenz zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten in Bezug auf die Auslegung des Begriffes der „öffentlichen Ordnung“ hat der EuGH außerhalb des Primärrechts²⁴ erstmals im Rahmen des Internationalen Zuständigkeits- und Anerkennungsrechts festgestellt. Die streitige Vorschrift war Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ, die lautet:

„Eine Entscheidung wird nicht anerkannt: 1. wenn die Anerkennung der öffentlichen Ordnung des Staates, in dem sie geltend gemacht wird, widersprechen würde.“

Hierzu führte der EuGH im Jahr 2000 im Fall *Krombach* aus:²⁵

„22. Wengleich die Vertragsstaaten (...) aufgrund des Vorbehalts in Artikel 27 Nummer 1 des Übereinkommens selbst festlegen können, welche Anforderungen sich nach ihren innerstaatlichen Anschauungen aus ihrer öffentlichen Ordnung ergeben, gehört doch die *Abgrenzung* dieses Begriffes zur Auslegung des Übereinkommens.

23. Auch wenn es demnach nicht Sache des Gerichtshofes ist, den *Inhalt* der öffentlichen Ordnung eines Vertragsstaats zu definieren, hat er doch über die *Grenzen* zu wachen, innerhalb deren sich das Gericht eines Vertragsstaats auf diesen Begriff stützen darf, um der Entscheidung eines Gerichts eines anderen Vertragsstaats die Anerkennung zu versagen.“²⁶

Diese Rechtsprechung wurde kurz danach im Fall *Renault* bestätigt²⁷ und im Jahr 2006 im Fall *Eurofood* auf die Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO)²⁸ übertragen.²⁹ Art. 26 der EuInsVO lautet:

„Jeder Mitgliedstaat kann sich weigern, ein in einem anderen Mitgliedstaat eröffnetes Insolvenzverfahren anzuerkennen oder eine in einem solchen Verfahren ergangene Entscheidung zu vollstrecken, soweit diese Anerkennung oder diese Vollstreckung zu einem Ergebnis führt, das *offensichtlich* mit seiner öffentlichen Ordnung, *insbesondere* mit den Grundprinzipien oder den verfassungsmäßig garantierten Rechten und Freiheiten des einzelnen, unvereinbar ist.“³⁰

Hierzu stellte der EuGH zuerst kurz die im *Krombach*-Fall entwickelte Rechtsprechung zur geteilten Auslegungskompetenz dar³¹ und merkte sodann lapidar an:³²

„64. Diese Rechtsprechung lässt sich auf die Auslegung von Artikel 26 der Verordnung übertragen.“

Es fragt sich daher, ob die Rechtsprechung des *Krombach*-Falles ebenso auf die Rom I- bzw. Rom II-VO übertragbar ist.

b) Übertragbarkeit auf die Rom I- bzw. Rom II-VO

Die Europäische Kommission geht ganz offensichtlich von einer direkten Übertragbarkeit der geteilten Auslegungskompetenz zumindest auf die Rom II-VO aus, indem sie im ersten

Verordnungsvorschlag der Rom II-VO von 2003 in der Erläuterung³³ des damaligen Art. 22 (entspricht wortgleich dem heutigen Art. 26 Rom II-VO) die Rechtsprechung des *Krombach*-Falles wörtlich aus dem *Renault*-Fall zitiert.³⁴ In der Rom I-VO findet sich dagegen keine Erläuterung des Art. 21 Rom I-VO, da dieser im Vergleich zu Art. 16 EVÜ inhaltlich nicht verändert wurde.³⁵

In der Literatur wird ebenfalls von einer Übertragbarkeit der Rechtsprechung des *Krombach*-Falles auf die Rom I- bzw. Rom II-VO ausgegangen.³⁶ Dafür sprechen mithin auch mehrere Argumente: zum einen sind die Wortlaute der in Frage stehenden Vorschriften (Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ, Art. 26 EuInsVO, Art. 21 Rom I-VO, Art. 26 Rom II-VO) nahezu identisch, wonach es sich stets um eine „offensichtliche“ Unvereinbarkeit mit der nationalen öffentlichen Ordnung handeln muss.³⁷ Zum anderen ist nach Systematik sowie dem Sinn und Zweck der Art. 21 Rom I-VO bzw. Art. 26 Rom II-VO die Sachlage die gleiche wie bei Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ und Art. 26 EuInsVO, da der EuGH jeweils zur Auslegung des gesamten Rechtsaktes berufen ist und somit über das „Sich-Einfügen“ des ordre public-Vorbehaltes zu wachen hat.

Mit der bloßen Annahme der Übertragbarkeit der Rechtsprechung des *Krombach*-Falles dahin, dass der EuGH über die Grenzen der Auslegung des ordre public-Vorbehaltes durch die Mitgliedstaaten zu wachen hat, ist hingegen noch nichts darüber gesagt, *welches Maß* diese Grenzen haben; dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden.

C. Die Grenzenbestimmung durch den EuGH

In den Fällen *Krombach* und *Renault* hat der EuGH angedeutet, dass sich diese Maßstäbe sowohl aus dem Primär- wie auch aus dem Sekundärrecht ergeben können.

²³ KOM (2003) 427 endg., S. 31; so auch schon zum EVÜ der Bericht von *Giuliano/Lagarde*, BT-Drucks. 10/503, S. 70.

²⁴ Zum Unterschied zwischen der primärrechtlichen „öffentlichen Ordnung“ und der des Sekundärrechts siehe noch unten C.I.

²⁵ EuGH, Rs. C-7/98 – *Dieter Krombach/André Bambarski*, Slg. 2000, I-1935, Rn. 22-23.

²⁶ Hervorhebungen des Verfassers.

²⁷ EuGH, Rs. C-38/98 – *Renault SA/Maxicar SpA*, Slg. 2000, I-2973, Rn. 27-28.

²⁸ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. EG 2000 L 160, S. 1.

²⁹ EuGH, Rs. C-341/04 – *Eurofood IFSC Ltd.*, Slg. 2006, I-3813, Rn. 64.

³⁰ Hervorhebungen des Verfassers.

³¹ EuGH, *Eurofood* (Fn. 29), Rn. 63.

³² EuGH, *Eurofood* (Fn. 29), Rn. 64.

³³ Alle späteren Fassungen der Rom II-VO enthalten keine Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln mehr.

³⁴ KOM (2003) 427 endg., S. 31.

³⁵ Es wurden nur inhaltliche Änderungen erläutert, siehe KOM (2005) 650 endg., S. 5.

³⁶ *Junker*, in: MüKo-BGB⁴, 2006, Art. 42 Anh. EGBGB Rn. 91, der als Begründung allerdings nur auf die Rechtsprechung des *Krombach*-Falles verweist; nicht auf die Rom I- bzw. Rom II-VO, sondern generell auf den ordre public-Vorbehalt bezogen: *Thoma*, Die Europäisierung des nationalen ordre public, 2007, S. 169-170; ebenso *Martiny*, in: FS Sonnenberger, 2004, S. 523, 532; *ders.*, in: v. Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, 1991, S. 211, 231-232; *Basedow*, in: FS Sonnenberger, 2004, S. 291 (319); *Meidanis*, E.L.Rev. 30 (2005), 95, 110; *Renfert*, Über die Europäisierung der ordre public Klausel, 2003, *passim*.

³⁷ Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ wird vom EuGH dahin ausgelegt, dass der Widerspruch zur öffentlichen Ordnung „offensichtlich“ sein müsse, EuGH (*Krombach*, Fn. 25), Rn. 37; bestätigt im *Renault*-Fall (Fn. 27), Rn. 30 und im *Eurofood*-Fall (Fn. 29), Rn. 63.

I. Grenzen aus dem Primärrecht

Hinsichtlich primärrechtlicher Grenzen stellt sich zuerst die Frage, ob hierfür nicht die Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH zur „öffentlichen Ordnung“ im Primärrecht fruchtbar gemacht werden könnten.³⁸ Bekanntlich lässt der EG-Vertrag die Einschränkungen der Grundfreiheiten unter strengen Voraussetzungen zu,³⁹ und auch Art. 64 I EG enthält einen Vorbehalt der öffentlichen Ordnung.⁴⁰ In Betracht käme insbesondere eine Ausdehnung des ordre public-Vorbehaltes im Wege der Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls.⁴¹ Eine Übertragung dieser Grundsätze auf das Sekundärrecht wird jedoch zu Recht abgelehnt: Sie stehen in einem gänzlich anderen Regelungszusammenhang und betreffen Gesetzgebungszuständigkeiten, wogegen es im sekundärrechtlichen Internationalen Privatrecht um eine „Koordination ausländischen und inländischen Rechts unter der Prämisse der Gleichrangigkeit“⁴² geht.⁴³ Lediglich im Lichte ihrer Funktion als Ausnahmvorschrift im Gefüge des EG-Rechts lässt sich übertragen, dass die „öffentliche Ordnung“ generell eng auszulegen ist und ihre Anwendung nicht gegen die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verstoßen darf.⁴⁴

Den Grundsatz der engen Auslegung hat der EuGH in den Fällen *Krombach* und *Renault* in Bezug auf Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ bestätigt.⁴⁵ Bemerkenswert ist, dass er im Fall *Krombach* zugleich anmerkte, dass das EuGVÜ auf Grundlage des Art. 293 EG (ex-Art. 220 EGV) geschlossen wurde und daher „in dem durch diesen Artikel festgelegten Rahmen im Zusammenhang mit dem EG-Vertrag [steht]“,⁴⁶ obwohl es seiner Rechtsnatur nach kein Gemeinschaftsrecht ist.⁴⁷ Für die auf der Grundlage des Art. 65 i.V.m. Art. 61 lit. c EG basierende Rom I- bzw. Rom II-VO gilt dies nunmehr uneingeschränkt. Aufgrund des Grundsatzes der primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts⁴⁸ darf die Anwendungsweise der Rom I- bzw. Rom II-VO und damit auch die des ordre public-Vorbehaltes daher nicht den Grundprinzipien des EG-Vertrages widersprechen.⁴⁹

1. Diskriminierungsverbot

Ein wesentliches Grundprinzip des EG-Vertrages ist das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 I EG, das als besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes angesehen wird⁵⁰ und im Rahmen der Anwendbarkeit des EG-Vertrages „jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ verbietet.⁵¹ Es wird auch als „Leitmotiv des EG-Vertrages“ bezeichnet.⁵² In Literatur und Rechtsprechung wird indes uneinheitlich beantwortet, ob ein Verstoß gegen Art. 12 I EG einer Rechtfertigung zugänglich ist oder nicht.⁵³ Unabhängig hiervon wird bei bloßer Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ein wie auch immer gearteter Rechtfertigungsgrund regelmäßig fehlen, sodass eine Rechtfertigung von vornherein nicht in Betracht kommt.⁵⁴

2. Funktionieren des Binnenmarktes

Der Binnenmarkt ist als „Kernstück der Integration“⁵⁵ eine wesentliche Grundlage der Gemeinschaft.⁵⁶ Nach Art. 14 II EG umfasst er einen „Raum ohne Binnengrenzen“ und ist als Gemeinsamer Markt in Art. 2 EG als Ziel der Gemeinschaft genannt.⁵⁷ Die Europäische Kommission hat die Bedeutung eines harmonisierten Kollisionsrechts für den Binnenmarkt wiederholt betont.⁵⁸ Die Auslegung der Rom I- bzw. Rom II-VO darf daher nicht in grundlegender Weise der Idee des

Binnenmarktes zuwiderlaufen.⁵⁹ Die praktische Bedeutung die Einschränkung ist indes eher gering.⁶⁰

3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit der ergriffenen Maßnahme in Relation zum erstrebten Ziel hat der EuGH für den Fall der Anwendung einer Ausnahmvorschrift schon im Rahmen der Grundfreiheiten entwickelt.⁶¹ Da die Anwendung des ordre public-Vorbehaltes in der Rom I- bzw. Rom II-VO der Harmonisierungsidee und hierbei insbesondere der Rechtssicherheit abträglich ist, darf das nationale Gericht bei

³⁸ So schon zum EVÜ *Czernich*, in: Czernich/Heiss, EVÜ, 1999, Art. 16 EVÜ Rn. 16 mit Verweis auf *Martiny* (Fn. 36), S. 211, 230.

³⁹ Bei der Warenverkehrsfreiheit durch Art. 30 EG, bei der Freizügigkeit der Arbeitnehmer durch Art. 39 III EG, bei der Niederlassungsfreiheit durch Art. 46 I EG, bei der Dienstleistungsfreiheit durch Art. 55 i.V.m. Art. 46 I EG sowie bei der Kapitalverkehrsfreiheit durch Art. 58 I lit. b, II EG. Im Einzelnen *Streinz*, *Europarecht*⁷, 2005, Rn. 692-698.

⁴⁰ Im Einzelnen *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV³, 2007, Art. 64 EGV Rn. 4-8.

⁴¹ So die sog. „Cassis-Formel“, entwickelt in EuGH, Rs. 120/78 – *Rewe-Zentral AG/Bundes-monopolverwaltung für Branntwein*, Slg. 1979, 649, Rn. 8; hierzu sowie zur Ausweitung auf die anderen Grundfreiheiten siehe *Streinz* (Fn. 39), Rn. 699-704.

⁴² *Martiny* (Fn. 36), S. 211, 212-213.

⁴³ Anders hingegen in Bezug auf das EuGVÜ noch *Völker*, Über die Dogmatik des ordre public, 1998, S. 299-300; *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit, 1995, S. 764.

⁴⁴ So in Bezug auf den prozessualen ordre public-Vorbehalt *Föhlich*, Der gemeineuropäische ordre public, 1998, S. 38; eine enge Auslegung erfordert indes auch schon das Merkmal der „offensichtlichen“ Unvereinbarkeit, hierzu unten C.II.1.

⁴⁵ EuGH, *Krombach* (Fn. 25), Rn. 21; *Renault* (Fn. 27), Rn. 26, mit Verweis auf EuGH, Rs. C-414/92 – *Solo Kleinmotoren*, Slg. 1994, I-2237, Rn. 20.

⁴⁶ EuGH, *Krombach* (Fn. 25), Rn. 24, mit Verweis auf EuGH, Rs. C-398/92 – *Mund & Fester*, Slg. 1994, I-467, Rn. 12.

⁴⁷ Sondern „nur“ ein völkerrechtliches Übereinkommen, siehe *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht⁸, 2005, Einl. Rn. 15.

⁴⁸ *Pernice/Mayer*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 19), Art. 220 EGV Rn. 43.

⁴⁹ Zu dieser Form der teleologischen Auslegung siehe im Einzelnen *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Altband I, 2000, Art. 4 EGV Rn. 57.

⁵⁰ EuGH, Rs. 147/79 – *René Hochstrass/Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 1980, 3005 Rn. 7 sowie Rs. C-29/95 – *Eckehard Passtoors und Trans-Cap GmbH/Belgischer Staat*, Slg. 1997, I-285 Rn. 14.

⁵¹ *Renfert*, Über die Europäisierung der ordre public Klausel, 2003, S. 100; *Föhlich* (Fn. 44), S. 38; so auch schon *Martiny* (Fn. 36), S. 211, 230; ähnlich *Basedow* (Fn. 36), S. 291, 308; in Bezug auf Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ auch schon der BGH, BGHZ 123, 268, 279.

⁵² v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, 2006, Art. 12 EGV Rn. 1; *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV³, 2007, Art. 12 EGV Rn. 1.

⁵³ Zu den im Wesentlichen drei unterschiedlichen Auffassungen (absolutes Verbot und daher keine Rechtfertigung möglich; relatives Verbot und daher Rechtfertigung bei nicht unmittelbarer Diskriminierung möglich; Ausprägung des Gleichheitssatzes und daher immer Rechtfertigung möglich) siehe *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 12 EGV Rn. 38-39.

⁵⁴ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 12 EGV Rn. 40; ähnlich *Föhlich* (Fn. 44), S. 39-40.

⁵⁵ *Streinz*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 2 EGV Rn. 30.

⁵⁶ Vgl. Art. 2, 3 I lit. c sowie Art. 14 II EG.

⁵⁷ Zum Streit um das genaue Verhältnis des Gemeinsamen Marktes zum Binnenmarkt (Einschränkungs-, Synonymitäts- und Erweiterungstheorie) siehe *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV³, 2007, Art. 14 EGV Rn. 7-11.

⁵⁸ Siehe für die Rom I-VO KOM (2005) 650 endg., S. 4; für die Rom II-VO KOM (2003) 427 endg., S. 5, sowie übergreifend den Wiener Aktionsplan von 1999, ABl. EG 1999 C 19, S. 4, 10-11.

⁵⁹ In Bezug auf Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ auch hier schon der BGH, BGHZ 123, 268 (279).

⁶⁰ Größere Bedeutung hat dieser Aspekt dagegen im Internationalen Zivilverfahrensrecht bei der Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen, siehe dazu *Föhlich* (Fn. 44), S. 41.

⁶¹ Im Einzelnen *Streinz* (Fn. 39), Rn. 703-704.

dessen Anwendung nicht über das unbedingt erforderliche Maß hinausgehen.⁶² In den beiden Verordnungen kommt dies durch das Erfordernis der „offensichtlichen“ Unvereinbarkeit zum Ausdruck, das eine zurückhaltende Handhabung des ordre public-Vorbehaltes vorschreibt.⁶³

4. Art. 6 II EU

Nach Art. 6 II EU achtet die Union die Menschenrechte der EMRK, was der EuGH mittelbar über deren Eingang in die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts erreicht.⁶⁴ Eine direkte Anwendung der EMRK scheidet bislang aus, da die EG der EMRK noch nicht beigetreten ist,⁶⁵ maßgeblich sind daher nur die Grundwertungen der EMRK.⁶⁶ Für die Anwendung des ordre public-Vorbehaltes in der Rom I- bzw. Rom II-VO bedeutet dies, dass der EuGH die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und damit auch die Grundwertungen der EMRK als Maßstab bei der Auslegungskontrolle durch die Mitgliedstaaten anzulegen hat.⁶⁷ Indes ist deren praktische Bedeutung hier deutlich geringer als im Internationalen Verfahrensrecht.⁶⁸ Relevant werden könnten sie jedoch dann, wenn ein mitgliedstaatliches Gericht den ordre public-Vorbehalt der Rom I- bzw. Rom II-VO grundsätzwidrig nicht anwendet und sich damit bei der Anwendung ausländischen Rechts gegen die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts stellt. In diesem Fall könnte der EuGH bei Anrufung durch das letztinstanzliche Gericht die Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verlangen.⁶⁹ Freilich würde sich der betreffende Mitgliedstaat in einem solchen Fall gleichzeitig selber nach der EMRK schadensersatzpflichtig machen.⁷⁰

II. Grenzen aus dem Sekundärrecht

Grenzen gegenüber der Anwendung des ordre public-Vorbehaltes in der Rom I- bzw. Rom II-VO ergeben sich insbesondere aus den Verordnungen selber.

1. „Offensichtliche“ Unvereinbarkeit

Wie sich schon aus den Wortlauten der ordre public-Vorbehalte in den beiden Verordnungen ergibt, muss die Unvereinbarkeit mit der nationalen öffentlichen Ordnung *offensichtlich* sein. Dies ist nur in Ausnahmefällen der Fall.⁷¹ Erwägungsgrund 37 der Rom I-VO sowie Erwägungsgrund 32 der Rom II-VO sprechen diesbezüglich von „außergewöhnlichen Umständen“. Die Beurteilung, ob eine solche „Offensichtlichkeit“ im konkreten Fall vorliegt, hat der EuGH im Fall *Eurofood* dem nationalen Gericht zugewiesen.⁷² Zuvor hatte Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen ausgeführt, dass dem EuGH nur eine Prüfung dahingehend zustehe, ob die geltend gemachte Unvereinbarkeit „grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Vorschrift [Art. 26 EuInsVO] fällt“, hingegen die Feststellung, „ob der angebliche Verstoß *schwer genug* war“, dem nationalen Gericht obliege.⁷³ Angesichts der Antwort des EuGH hierauf kann davon ausgegangen werden, dass er sich dieser Prüfungsmethodik angeschlossen hat.⁷⁴

2. Systematik und Telos

Grenzen gegenüber der Anwendung des ordre public-Vorbehaltes ergeben sich in besonderem Maße aus der Systematik und dem Telos der Verordnungen. So hat der EuGH auch in den Fällen *Krombach* und *Renault* besonders auf den Regelungszusammenhang sowie den Regelungszweck des EuGVÜ hingewiesen und damit klare Schranken aufge-

zeigt.⁷⁵ Für die Rom I- bzw. Rom II-VO heißt dies ebenfalls, dass eine Anwendung des ordre public-Vorbehaltes innerhalb des Regelungszusammenhangs bzw. des Regelungszwecks der Verordnungen nicht in Betracht kommt. Dies würde die Verordnungen konterkarieren. In systematischer Hinsicht verdient daher bei der Rom I-VO insbesondere Art. 12 Beachtung, da er den Geltungsbereich des anwendbaren Rechts ausdrücklich absteckt. In teleologischer Hinsicht ist Erwägungsgrund 6 hervorzuheben, nach dem zu den Regelungszielen der Rom I-VO gehört, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, den Ausgang von Rechtsstreitigkeiten berechenbarer zu machen und die Rechtssicherheit sowie die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen zu fördern.

In der Rom II-VO ist in systematischer Hinsicht Art. 15 besonders bedeutsam, da auch er den Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts ausdrücklich absteckt. Die Regelungsziele der Rom II-VO entsprechen denen der Rom I-VO, wie sich aus den Erwägungsgründen 6, 13 und 14 ergibt; sie sind nach Erwägungsgrund 16 aber noch um einen „angemessenen Interessenausgleich“ zwischen Haftendem und Geschädigtem erweitert. Innerhalb dieser „gewollten“ Regelungsbereiche scheidet eine Anwendung des ordre public-Vorbehaltes damit grundsätzlich aus.

III. Wirkungsweise der Grenzen

1. Prüfungsmethode

Aus der Rechtsprechung des EuGH in den Fällen *Krombach*, *Renault* und *Eurofood* ergibt sich, dass sich der EuGH in Bezug auf das EuGVÜ eine Eignungsprüfung dahingehend vorbehält, ob ein bestimmter Umstand des Falles *in abstracto* geeignet ist, unter den ordre public-Vorbehalt zu fallen. Wie er im *Krombach*-Fall entwickelt und anschließend durchgängig bestätigt hat, müsse es sich hierbei um die Verletzung einer „als *wesentlich* [geltenden] Rechtsnorm“ oder eines „als

⁶² Ebenso schon *Martiny* (Fn. 36), S. 211 (230); zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beim ordre public-Vorbehalt im Internationalen Zivilverfahrensrecht siehe *Renfert* (Fn. 36), S. 100; in Bezug auf Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ ebenso der BGH, BGHZ 123, 268 (279).

⁶³ Hierzu auch noch unter C.II.1.

⁶⁴ *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, 2006, Art. 6 EUV Rn. 46.

⁶⁵ Hierzu fehlt der EG bislang die Kompetenz, siehe EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, 1759. Nach Art. 1 Abs. VIII des Vertrages von Lissabon soll die EU der EMRK allerdings beitreten, ABl. EU 2007 C 306, S. 13.

⁶⁶ Vgl. *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 64), Art. 6 EUV Rn. 48: „materielle Bindung an die EMRK (...) als Mindeststandard“.

⁶⁷ Wie er es etwa im Fall *Krombach* (Fn. 25) getan hat, Rn. 25-27.

⁶⁸ *Martiny* (Fn. 36), S. 523, 535.

⁶⁹ Ähnlich, jedoch in Bezug auf das Internationale Zivilprozessrecht *Base-dow* (Fn. 36), der hierbei von einer „europäischen Rechtspflicht“ spricht, S. 291, 317.

⁷⁰ Dies kann aus Art. 41 EMRK folgen, siehe zu den Einzelheiten *Meyer-Ladewig*, in: Meyer-Ladewig, EMRK², 2006, Art. 41 EMRK Rn. 13-20.

⁷¹ KOM (2003) 427 endg., S. 31.

⁷² EuGH, *Eurofood* (Fn. 29), Rn. 68.

⁷³ Schlussanträge GA *Jacobs*, *Eurofood* (Fn. 29), Rn. 145. Hervorhebungen des Verfassers.

⁷⁴ Die abstrakte Prüfung der Vereinbarkeit nimmt der EuGH anhand des Gemeinschaftsrechts vor, siehe hierzu sogleich unter C.III.1.

⁷⁵ So kann etwa einem ausländischen Urteil die Anerkennung nicht deshalb versagt werden, weil sich das ausländische Gericht zu Unrecht für zuständig erklärt hat, denn das EuGVÜ wolle eine solche Nachprüfung gerade verhindern, Rn. 32 des *Krombach*-Falles (Fn. 25). Weiter kann die Anerkennung ebenso wenig deshalb versagt werden, weil das ausländische Gericht maßgebliche Rechtsvorschriften falsch angewandt hat, denn dies solle das EuGVÜ gleichfalls verhindern, Rn. 29 des *Renault*-Falles (Fn. 27).

grundlegend [anerkannten Rechts]“ handeln, denn nur in diesem Fall begründe ein Verstoß einen „nicht hinnehmbaren Gegensatz zur Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates“. ⁷⁶ Begründet wird dies jeweils mit dem systematischen Argument des Verbotes der Urteilsnachprüfung. In der Rom I- bzw. Rom II-VO gibt es ein solches Verbot nicht. Jedoch gibt es das Gebot der *einheitlichen Anwendung* der Kollisionsnormen, um die jeweiligen Ziele der Verordnungen zu erreichen. ⁷⁷ Angesichts des hohen Stellenwertes dieses Gebots dürften die vom EuGH entwickelten Kriterien (*wesentliche Rechtsnorm* bzw. *grundlegendes Recht*) auch auf die Rom I- bzw. Rom II-VO übertragbar sein. Die Vereinbarkeit *in concreto* obliegt dagegen dann dem nationalen Gericht. ⁷⁸

Bemerkenswert ist in dieser Hinsicht, dass der EuGH in den Fällen *Krombach* und *Eurofood* jeweils mit einer Vereinbarkeitsprüfung im Hinblick auf die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts begonnen hat. ⁷⁹ Da schon hiernach eine Unvereinbarkeit festgestellt wurde, war eine weitere Prüfung anhand der nationalen öffentlichen Ordnung aufgrund des Vorranges des Gemeinschaftsrechts obsolet. Hingegen lag im *Renault*-Fall nach beiden Ebenen keine Unvereinbarkeit vor, weshalb der EuGH konsequent schon die Eignung als Auslöser des *ordre public*-Vorbehaltes verneinte. ⁸⁰

2. Prüfungsreichweite

Überdies ist zu beachten, dass eine Bestimmung der Grenzen in *zwei* Richtungen möglich ist: Zum einen, wie es traditionell gehandhabt wurde, zur Begrenzung einer *zu weiten* Auslegung der nationalen öffentlichen Ordnung; zum anderen jedoch auch in Form einer *Verpflichtung* zum Eingreifen, wenn die nationale öffentliche Ordnung unter Außerachtlassung der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts *zu eng* ausgelegt wurde.

D. Die Frage der Lückenfüllung

Eine von der Rom I- bzw. Rom II-VO nicht geregelte Frage ist die des anwendbaren Ersatzrechtes, wenn der *ordre public*-Vorbehalt eine ausfüllungsbedürftige ⁸¹ Lücke schlägt. Hierbei bieten sich vielerlei Lösungsmöglichkeiten an, ⁸² praktisch werden innerhalb der Europäischen Gemeinschaft grundsätzlich aber nur zwei verschiedene Lösungen angewandt. ⁸³ die einen wenden in einem solchen Fall stets unmittelbar das Recht der *lex fori* als Ersatzrecht an, ⁸⁴ wogegen die anderen zunächst versuchen, die entstandene Lücke aus dem Geiste des an sich anwendbaren Rechts heraus zu schließen. ⁸⁵ Eine Sonderstellung nimmt insofern Italien ein, wo das Ersatzrecht zunächst nach alternativen Anknüpfungskriterien zu ermitteln ist. ⁸⁶ Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Regelungen fragt sich, ob die Vergemeinschaftung des *ordre public*-Vorbehaltes nunmehr eine einheitliche Regel erzwingt. In Bezug auf die Rom II-VO wird dies von der Europäischen Kommission zugunsten der unmittelbaren Anwendung des Rechts der *lex fori* ohne nähere Begründung bejaht. ⁸⁷ Diese Ansicht kann sich darauf stützen, dass die Frage der Lückenfüllung grundsätzlich aus der Rom I- bzw. Rom II-VO heraus zu bestimmen ist, da der *ordre public*-Vorbehalt lediglich eine Einzelfallausnahme zu dem im Übrigen durch die Verordnungen festgelegten anwendbaren Recht erlaubt. Da keine Wortlautanknüpfung möglich ist, muss auf eine teleologische Auslegung der Verordnungen zurückgegriffen werden, wonach Rechtssicherheit aufgrund einheitlicher Kollisionsnormen Primärziel ist. ⁸⁸ Angesichts der unterschiedlichen mit-

gliedstaatlichen Regelungen würde die einheitliche Heranziehung der *lex fori* als Ersatzrecht die höchstmögliche Vorhersehbarkeit und damit Rechtssicherheit bedeuten. Dagegen könnte jedoch sprechen, dass es der EuGH im Hinblick auf das EuGVÜ schon einmal abgelehnt hat, bei fehlender Wortlautanknüpfung und sich widersprechenden mitgliedstaatlichen Regelungen eine autonome Regel zu entwickeln; vielmehr verwies er auf das jeweilige nationale Recht. ⁸⁹ Dies betraf jedoch eine Frage, deren Regelung sachlich nicht in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fiel. ⁹⁰ Dies unterscheidet diesen Fall damit von der Frage der Lückenfüllung im Zusammenhang mit dem *ordre public*-Vorbehalt in der Rom I- bzw. Rom II-VO, ⁹¹ weshalb daher von einer Anwendung der *lex fori* als maßgeblichem Ersatzrecht auszugehen ist.

E. Fazit

Die Kompetenz zur Auslegung des *ordre public*-Vorbehaltes in der Rom I- bzw. der Rom II-VO ist zwischen EuGH und nationalen Gerichten geteilt. Während die nationalen Gerichte grundsätzlich selber über den Inhalt ihrer nationalen „öffentlichen Ordnung“ zu befinden haben, wacht der EuGH über die Grenzen dieser Auslegung. Dabei orientiert er sich sowohl am Primär-, als auch am Sekundärrecht. Grenzen ergeben sich hierbei insbesondere aus der Systematik und dem Telos der Rom I- bzw. der Rom II-VO. Bei Anwendung des *ordre public*-Vorbehaltes ist das gegebenenfalls erforderliche Ersatzrecht der *lex fori* zu entnehmen. Zusammenfassend empfiehlt sich daher folgende Prüfungsreihenfolge:

1. Ermittlung des Ergebnisses der Anwendung ausländischen Rechts anhand der Bestimmungen der Verordnungen;
2. Überprüfung des gewonnenen Ergebnisses anhand der nationalen öffentlichen Ordnung;

⁷⁶ Rn. 37 des *Krombach*-Falles (Fn. 25), sowie Rn. 30 des *Renault*-Falles (Fn. 27) und Rn. 63 des *Eurofood*-Falles (Fn. 29), Hervorhebungen des Verfassers.

⁷⁷ Vgl. etwa die Erwägungsgründe 6, 14 und 16 der Rom II-VO.

⁷⁸ Rn. 68 des *Eurofood*-Falles (Fn. 29).

⁷⁹ Rn. 25 des *Krombach*-Falles (Fn. 25) sowie Rn. 65 des *Eurofood*-Falles (Fn. 29).

⁸⁰ Rn. 34 des *Renault*-Falles (Fn. 27).

⁸¹ In Fällen, wo durch schlichte Nichtanwendung der ausländischen Norm ein *ordre public-gemäßes* Ergebnis erzielt werden kann, stellt sich dieses Problem dagegen nicht, siehe hierzu *Sonnenberger*, in: MüKo-BGB⁴, 2006, Art. 6 EGBGB Rn. 93-97 sowie *Lagarde*, I.E.C.L. Vol. III-11, 1994, S. 3, 53.

⁸² Einen Überblick gibt *Blumenwitz*, in: Staudinger-BGB (Fn. 2), Art. 6 EGBGB Rn. 164-173.

⁸³ Siehe auch *Lagarde*, I.E.C.L. Vol. III-11, 1994, S. 3, 53.

⁸⁴ So etwa Frankreich (*Batiffol/Lagarde*, *Droit international privé*⁸, 1993, S. 591) und das Vereinigte Königreich (*Morris*, *The conflict of laws*⁵, 2000, Rn. 5-004).

⁸⁵ So die h.M. in Deutschland (*Blumenwitz*, in: Staudinger-BGB [Fn. 2], Art. 6 EGBGB Rn. 169, m.w.N.).

⁸⁶ Zu diesem Konzept siehe *Lagarde* (Fn. 11), S. 3, 56-57.

⁸⁷ KOM (2003) 427 endg., S. 31; ihr (ebenfalls ohne Begründung) folgend *Junker*, in: MüKo-BGB (Fn. 36), Art. 42 Anh. EGBGB Rn. 91.

⁸⁸ Zur teleologischen Auslegungsmethode siehe *Buck* (Fn. 18), S. 202-230 sowie *Anweiler* (Fn. 18), S. 198-222.

⁸⁹ Dies betraf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit nach Art. 21 EuGVÜ, siehe EuGH, Rs. 129/83 – *Siegfried Zelger/Sebastiano Salintri*, Slg. 1984, 2397, Rn. 10-15.

⁹⁰ EuGH (Fn. 89), Rn. 15.

⁹¹ Es sei denn, man wolle die Frage des maßgeblichen Ersatzrechtes so eng mit der Anwendung des *ordre public*-Vorbehaltes verknüpft sehen, dass sie zusammen mit dessen Inhaltsbestimmung dem Recht eines jeden Mitgliedstaates zu unterliegen hat. Dies geht aber sehr weit.

3. Überprüfung der Anwendung der nationalen öffentlichen Ordnung auf einen möglichen Verstoß gegen die Grundsätze des Primärrechts sowie gegen Sekundärrecht und gegebenenfalls Korrektur;

4. Im Falle des Entstehens einer ausfüllungsbedürftigen Lücke Schließung derselben anhand des Rechts der *lex fori*;

5. Bei Zweifeln bei der Anwendung von Punkt 3 oder 4 gegebenenfalls Durchführung eines Vorlageverfahrens an den EuGH gemäß Art. 68 i.V.m. Art. 234 EG. ■

Sebastian Schilling, B.A. (Oxford), LL.B., Hamburg*

Die Liberalisierung von Product Placement – Das endgültige Aus für die dienende Rundfunkfreiheit? –

A. Einleitung

Kaum hatte das EU-Parlament die Neuauflage der Fernsehrichtlinie¹ verabschiedet, regte sich bereits heftiger Protest gegen die Liberalisierung von Produktplatzierungen.²

Zwar hatte der europäische Gesetzgeber mit der MDstRL vor allem einen einheitlichen Rechtsrahmen für audiovisuelle Dienste schaffen wollen. Im Fokus der Öffentlichkeit steht dennoch die Lockerung der Werbevorschriften.

Dies zeugt vom Spannungsfeld zwischen zwei gegensätzlichen Verständnissen der Funktion von Rundfunk, in welchem sich die zweite Revision der EG-F Fernsehrichtlinie bewegt: die wirtschaftsorientierte Wahrnehmung audiovisueller Mediendienste durch EU-Kommission und *EuGH*³ einerseits und das funktionelle deutsche Rundfunkverständnis als Medium und Faktor der öffentlichen Meinungsbildung⁴ andererseits.

Tatsächlich haben audiovisuelle Medien neben ihrer meinungsbildenden Funktion eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung. So wurden im Jahre 2006 allein von den 20 größten Fernsehunternehmen in der EU Gewinne von 105,2 Mrd. Euro erwirtschaftet.⁵

Das deutsche Medienrecht steht angesichts dieses grundlegend anderen Blickwinkels vor umfassendem Umsetzungs- und Änderungsbedarf durch die Richtlinie. Dabei geht es im Rahmen dieses Beitrags vor allem darum, eine neue deutsche Medienordnung zu skizzieren, die den europarechtlichen Vorgaben sowie den Herausforderungen von Digitalisierung und Konvergenz gerecht zu werden vermag.

B. Die Revision der MDstRL und ihre Auswirkungen auf die deutsche Medienordnung

Kernbestandteile der MDstRL sind die Schaffung eines technologieneutralen Rechtsrahmens mit einer abgestuften Regelungsdichte zwischen linearen und nicht linearen Diensten⁶ sowie die Liberalisierung der Werbevorschriften. Die Landesgesetzgeber haben die technologieneutrale Regulierung bereits im 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrag⁷ umgesetzt und in seinem Sechsten Teil auch die Telemedien einer abgestuften inhaltlichen Regulierung unterworfen. Im Gegensatz zur MDstRL wird jedoch zwischen Rundfunk und Telemedien nicht anhand ihrer Linearität abgegrenzt, sondern vielmehr über das Kriterium der Darbietung, also anhand der Meinungsrelevanz eines Dienstes.⁸

I. Die Gründe für die Revision

Einer der Hauptgründe für den Reformbedarf im Medienrecht war das Phänomen der Konvergenz auf den Ebenen der Kommunikationsplattformen sowie der Endgeräte.⁹ Aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung¹⁰ können nun völlig verschiedene Plattformen wie das Satelliten- und das Fernsehkabelnetz miteinander verbunden und Endgeräte wie der Computer z.B. mit einem TV-Anschluss versehen werden.¹¹ Damit ist sowohl aus Anbieter- als auch aus Nutzersicht eine klare Trennung zwischen klassischem Rundfunk und Neuen Diensten nicht länger möglich.¹² Diese Entwicklung wird außerdem wahrscheinlich zu einer Konvergenz der Märkte füh-

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

¹ Richtlinie 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, Abl. EG Nr. L 332, S. 27, im Folgenden: MDstRL (Mediendiensterichtlinie).

² S. dazu *Krempl*, heise-online vom 02.12.2007, abrufbar unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/99895>.

³ EuGH, Rs. 155/73 – *Sacchi*, Slg. 1974, 409, 432 = GRUR Int 1974, 297, 299.

⁴ Grundlegend BVerfGE 12, 205, 260 = NJW 1961, 547, 552; s. auch BVerfGE 57, 295, 320 = NJW 1981, 1774, 1775.

⁵ EuroTopics vom 09.01.2008, abrufbar unter <http://www.eurotopics.net/zoom/de/magazin/medienmaerkte-2007-12/zahlen-und-fakten-medienkonzerne/grafik-zahlen-und-fakten-medienkonzerne-de/>.

⁶ S. zum Kriterium der Linearität *krit. Schütz*, MMR 9/2005, VIII, IX; teilweise abwegig *Stender-Vorwachs/Theißen*, ZUM 2007, 613, 616; *dies.* ZUM 2006, 362, 366.

⁷ Neunter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, HmbGVBl. 2007, S. 39.

⁸ *Schulz*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 2 Rn. 46; *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts, 2003, Rn. 161; s. zur diesbezüglichen Umsetzung der MDstRL ins deutsche Recht *Pothast*, ZUM 2007, 443, 445.

⁹ S. dazu *Gounalakis*, in: Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, S. C 12-15.

¹⁰ *Petersen*, Medienrecht³, 2006, § 1 Rn. 21; *Langenfeld*, in: FS Starck, 2007, S. 593; *Gounalakis* (Fn. 9), S. C 12.

¹¹ *Pichinot*, Konvergenz der Medien in Europa im Spannungsfeld von E-Commerce- und Fernsehrichtlinie, 2005, S. 4, S. 6; *Storr*, ThürVbl 2003, 169.

¹² *Pichinot* (Fn. 11), S. 7; *Michel*, MMR 2005, 284, 285; vgl. auch *Schulz*, Zum Vorschlag für eine Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, 2006, S. 6 f.

Keine Ausgabe mehr verpassen?

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

ren,¹³ sodass technologie neutrale Regelungen auch aus Konzentrationskontrollrechtlicher Sicht erforderlich sind. Einen weiteren Anstoß für die Revision der Fernsehrichtlinie gab die Dominanz US-amerikanischer Produktionen.¹⁴ Der MDStRL liegt die Überlegung zugrunde, dass eine Liberalisierung des Werbemarkts die Wettbewerbsfähigkeit der Produzenten stärken kann.¹⁵ Es sind diese wirtschaftspolitischen Überlegungen, die nicht nur dem europäischen Legislativverfahren eine Fülle von Diskussionsstoff geliefert haben, sondern, wie noch zu zeigen sein wird, auch die Umsetzung ins deutsche Medienrecht vor Herausforderungen stellen.

II. Die wichtigsten Neuerungen der MDStRL und ihr Einfluss auf die deutsche Medienordnung

Eine wichtige Neuerung schafft die Richtlinie mit dem Begriff der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation.¹⁶ Unter diesen fallen alle Formen der Werbung im weitesten Sinne wie die Fernsehwerbung und das Teleshopping, aber auch die Produktplatzierung, die ebenfalls als neuer Begriff in Abgrenzung zur Schleichwerbung eingefügt wird.¹⁷ Im Folgenden sollen die Neuerungen im Bereich der Fernsehwerbung (1.) und der Produktplatzierung (2.) erläutert und ihre Reformimpulse für das deutsche Medienrecht (3.) untersucht werden. In diesem Zusammenhang wird vor allem der objektiv-rechtliche Gehalt der Rundfunkfreiheit einer kritischen Betrachtung unterzogen.

1. Fernsehwerbung

Bei der Fernsehwerbung sieht die MDStRL eine weitreichende Liberalisierung vor. So wird durch Art. 11 I MDStRL¹⁸ der Trennungsgrundsatz zwischen Werbung und Programm gelockert. Werbung oder Teleshopping-Spots können nun in laufende Programme eingefügt werden, solange der Gesamtzusammenhang des Programms nicht verletzt wird, Art. 11 I. Außerdem werden die vorgeschriebenen Abstände zwischen Werbeblöcken in Spielfilmen von 45 auf 30 Minuten verkürzt, Art. 11 II. Die Tageshöchstgrenze für Fernsehwerbung wird abgeschafft, die stündliche Begrenzung der Sendezeit für Werbung und Teleshopping wird demgegenüber beibehalten. Statt der bisherigen Begrenzung des Anteils reiner Werbespots auf 15% der stündlichen Sendezeit legt der neue Art. 18 I einen gemeinsamen Höchstanteil für Werbespots und/oder Teleshopping von 20% fest.

2. Produktplatzierungen

a) Die Neuerungen der MDStRL

Auch im Bereich der Produktplatzierungen nimmt die MDStRL weitreichende Liberalisierungen vor. So erlaubt Art. 3g II Spstr. 1 unter bestimmten Voraussetzungen entgeltliche Produktplatzierungen in Spielfilmen, Serien, Sportprogrammen und Programmen der leichten Unterhaltung: Zuschauer müssen dabei am Anfang und am Ende der Sendung auf diese Produktplatzierungen hingewiesen werden; des Weiteren darf die redaktionelle Unabhängigkeit des Anbieters nicht beeinträchtigt werden, Art. 3g II lit. a), d). Bereits hier wird das deutsche Medienrecht vor große Herausforderungen gestellt: § 7 VI 1 Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrag¹⁹ statuiert ein uneingeschränktes Schleichwerbeverbot. Produktplatzierungen werden zwar ausdrücklich von der Schleichwerbung abgegrenzt, die gemäß Art. 3g I immer verboten ist. Allerdings bestehen hinsichtlich der Sinn-

haftigkeit dieser Differenzierung erhebliche Zweifel. Schon die Definitionen von Schleichwerbung und Produktplatzierung in Art. 1 lit. j) und Art. 1 lit. m) offenbaren die Verwandtschaft beider Begriffe. Beide sind auf die Absatzförderung von Waren oder Dienstleistungen gerichtet und in das laufende Programm eingebaut. Der Unterschied zwischen Schleichwerbung und Produktplatzierung liegt nach dem Wortlaut der MDStRL darin, dass erstere den Zuschauer hinsichtlich ihrer Werbeabsicht irreführen kann. Diese Gefahr besteht hingegen bei jeder zielgerichteten Einfügung von Marken oder Produkten in laufende Sendungen. Deshalb verbietet die MDStRL in Art. 3g IV auch Produktplatzierungen in Nachrichtensendungen, Sendungen zum aktuellen Zeitgeschehen, Kindersendungen und Dokumentarfilmen. Darüber hinaus müssen die Zuschauer gemäß Art. 3g II lit. d) auf Produktplatzierungen hingewiesen werden. Wenn die Unterscheidung zwischen Produktplatzierung und Schleichwerbung aber von diesem Gebot abhängt, könnte man ebenso eine Hinweispflicht für Schleichwerbung statuieren.²⁰ Mithin verhält es sich zwischen „product placement“ und Schleichwerbung ähnlich wie zwischen „Outsourcing“ und Massenentlassungen: Der jeweilige Anglizismus ist letztlich nichts weiter als ein Euphemismus.

b) Rechtspolitische Betrachtung von Produktplatzierungen

aa) Die Gefahren von Produktplatzierungen

Konsens besteht darüber, dass eine Aufweichung des Schleichwerbeverbots Gefahren mit sich bringt. Diese bestehen in erster Linie für die öffentliche Meinungsbildung durch Beeinflussung der Programmgestaltung²¹ sowie für den einzelnen Verbraucher aufgrund von Irreführungen.²²

(1) Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung

Eine freie öffentliche Meinungsbildung setzt die Freiheit von instrumentalisierter Beeinflussung von Auswahl, Inhalt und Ausgestaltung des Programms durch Dritte voraus.²³ Auf den ersten Blick scheinen zwar Produktplatzierungen in Sportsendungen, Programmen der leichten Unterhaltung, Serien und Spielfilmen auf die öffentliche Meinungsbildung kaum durch Einfluss auf die Programmgestaltung einwirken zu können. Diese Formate dienen aber dazu, die eigenen Verhaltensweisen und Werte zu vergleichen und so das „Fundament

¹³ Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen – Ein Schritt in Richtung Informationsgesellschaft, KOM(1997) 623 endg., S. 7 f.; Storr, ThürVbl 2003, 169; Schoch, JZ 2002, 798, 800; Gounalakis (Fn. 9), S. 15-19; Palzer/Hilger, IRIS-plus 2001-8, 1, 8.

¹⁴ Langenfeld (Fn. 10), S. 593, 597, 604; s. auch bereits Schwartz, ZUM 1991, 155.

¹⁵ Erwägungsgrund 61 MDStRL; Leügeb, ZUM 2006, 837, 841; Langenfeld (Fn. 10), S. 593, 597, 604.

¹⁶ Art. 1 lit. h) MDStRL.

¹⁷ Art. 1 lit. m) MDStRL.

¹⁸ Artt. ohne Gesetzesangabe sind im Folgenden solche der MDStRL.

¹⁹ Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien in der Fassung des 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrags, HmbGVBl. 1991, S. 425; im Folgenden: RTMStV.

²⁰ Vgl. Langenfeld (Fn. 10), S. 597, 604; Gounalakis, K&R 2006, 96, 101; Hörrmann, ZEuS 2005, 585, 588.

²¹ Langenfeld (Fn. 10), S. 593, 605 f.; vgl. für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk BVerfGE 83, 238, 311 = NJW 1991, 899, 903.

²² Holzapfel, Liberalisierung von Product Placement, 2007, S. 62 ff. m.w.N.

²³ BVerfGE 59, 231, 258 = NJW 1982, 1447, 1448.

für politisches Handeln aufzubauen“.²⁴ Tatsächlich eignen sich die fraglichen Formate neben Produktplatzierungen im engeren Sinne vor allem für Themenplatzierungen mit einem hohen politischen Aussagegehalt, wie z.B. den EU-Beitritt der Türkei.²⁵ Insbesondere im Privatfernsehen, das inzwischen beinahe ausschließlich aus „leichter Unterhaltung“ besteht, ist damit eine erheblich Einflussnahme auf die öffentliche Meinungsbildung zu erwarten. Dies kann sich sowohl auf Pluralität und Ausgewogenheit als auch auf das Vertrauen der Zuschauer in die Objektivität des Rundfunks negativ auswirken.²⁶

(2) Gefahren für den Verbraucherschutz

Neben dem Schutz der öffentlichen Meinungsbildung diene das Schleichwerbeverbot bisher dazu, den Verbraucher davor zu schützen, dass er durch die Verschleierung des Werbecharakters einer Produktdarstellung in die Irre geführt wird.²⁷ Problematisch ist diesbezüglich insbesondere, dass der Zuschauer eine mit Werbeinhalten gespickte Information als journalistisch objektiv verstehen kann und so seine Konsumentscheidungen unterbewusst beeinflusst werden.

bb) Die Vorzüge von Produktplatzierungen

Diesen Gefahren stehen aber auch gewichtige Vorteile von Produktplatzierungen entgegen: Zum einen haben sie ein erhebliches marktwirtschaftliches Potential; die geschätzten weltweiten Umsätze liegen jährlich zwischen 50 und 250 Mrd. Euro.²⁸ Würde man die in Deutschland niedergelassenen Privatsender daran hindern, diese zusätzlichen Gewinnchancen zu realisieren, wäre ihre Abwanderung ins Ausland langfristig kaum zu vermeiden – jedenfalls wenn man davon ausgeht, dass andere EG-Mitgliedstaaten nunmehr das Schleichwerbeverbot aufgeben. Zum anderen müssten Filmproduktionen durch das Privatfernsehen bei einem Verbot von Produktplatzierungen mit einem wesentlich schmaleren Budget auskommen, was sich auf die Qualität dieser Produktionen auswirken kann.²⁹ Die Stärkung europäischer Produktionen im internationalen Vergleich ist hingegen ein erklärtes Ziel der Mediendiensterichtlinie.³⁰

Außerdem ist die Produktplatzierung, wie Erwägungsgrund 61 richtig feststellt, eine Tatsache in Kino- und Fernsehspiel-filmen. Solange diese Filme Bestandteil von audiovisuellen Diensten sind und Produktplatzierungen so weiterhin ihre Werbewirkung entfalten, ist eine Beschränkung auch aus Verbraucherschutzgründen nicht mehr gerechtfertigt. Der Einwand, die Digitalisierung des Fernsehens mache es möglich, Produktplatzierungen aus Filmen zu entfernen,³¹ geht demgegenüber zu weit, denn die Darstellung von Produkten ist auch häufig für eine realistische Darstellung oder die Schaffung einer bestimmten Atmosphäre notwendig.³² Die Gefahr, dass Zuschauer die im Unterhaltungsprogramm verbreiteten Informationen als journalistisch objektiv verstehen, dürfte darüber hinaus eher überschaubar sein, soweit zu Beginn und Ende des Programms auf bestehende Produktplatzierungen hingewiesen wird.³³ Hinzu kommt, dass sich Fernsehzuschauer mittel- bis langfristig auf die Verwendung von Produktplatzierungen einstellen können und so für den kommerziellen Charakter vieler Fernsehsender sensibilisiert werden. Schließlich lässt sich den Gefahren durch Produktplatzierungen dadurch begegnen, dass diese im öffentlich-rechtlichen Rundfunk einem strengeren Regime unterworfen werden und so dem kommerziellen Unterhaltungsfernsehen

ein von Meinungspluralität und Ausgewogenheit geprägter Kulturrundfunk entgegengesetzt wird.³⁴

3. Die stärkere Akzentuierung der dualen Rundfunkordnung nach der Fernsehrichtlinie

Im Hinblick auf eine Reform der aktuellen Medienordnung stellt sich die Frage, inwieweit eine rechtliche Verpflichtung besteht, die Vorschriften der MDStRL ins deutsche Medienrecht umzusetzen. Dabei ließe sich insbesondere andenken, auf der Grundlage von Art. 3g II das Schleichwerbeverbot aus § 7 VI 1 RTMStV uneingeschränkt beizubehalten. Dagegen spricht vor allem Erwägungsgrund 34, der darauf hin deutet, dass Art. 3 sowie Art. 3g II nicht die Abschottung einzelner Mitgliedstaaten gestatten sollen. Will man außerdem Deutschland als Standort für Mediendiensteleister wettbewerbsfähig halten, verbieten sich die jetzigen hohen Anforderungen an private Rundfunksender hinsichtlich ihrer dienenden Funktion für die öffentliche Meinungsbildung. Private Sender würden andernfalls langfristig von den durch mehr Werbeeinnahmen finanzkräftigeren Auslandsanbietern verdrängt werden. Darüber hinaus lässt sich rechtspolitisch vor allem anführen, dass, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, bereits der verfassungsrechtliche status quo den Anforderungen einer positiven Medienordnung nicht gerecht zu werden vermag. Hierzu soll zunächst ein knapper Überblick über die bestehende Medienordnung gegeben werden (a), bevor die Aufgabe der Vielfaltsicherung durch den Privatrundfunk (b) und das Finanzierungskonzept des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (c) einer kritischen Betrachtung unterzogen wird.

a) Die bestehende deutsche Medienordnung

Das *Bundesverfassungsgericht* versteht den Rundfunk als Medium und Faktor der öffentlichen Meinungsbildung.³⁵ Aufgrund seiner Wirkungen für die öffentliche Meinungsbildung durch seine „Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“³⁶ und der damit verbundenen Missbrauchsgefahr könne der Rundfunk nicht dem „freien Spiel der Kräfte“³⁷ überlassen werden. Im Gegensatz zur Pressefreiheit dienen also die Rundfunkfreiheit und damit auch ihre Träger vor allem der *Sicherung* bestehender Meinungsvielfalt.³⁸ Diese dienende Funktion wird durch eine „positive Ordnung“ gewährleistet, die sowohl den privaten als auch den öffentlich-rechtlichen

²⁴ Gounalakis, K&R 2006, 97, 101; vgl. auch Hoffmann-Riem, AfP 1996, 9, 11; Roßnagel, in: Roßnagel (Hrsg.), Neuordnung des Medienrechts, 2005, S. 15, 16.

²⁵ Holzapfel (Fn. 22), S. 64; Hörrmann, ZEuS 2005, 585, 590.

²⁶ Gounalakis, WRP 2005, 1476, 1479.

²⁷ Holzapfel (Fn. 22), S. 62; Hörrmann, ZEuS 2005, 585, 608; Gounalakis, WRP 2005, 1476, 1479.

²⁸ Hörrmann, ZEuS 2005, 585, 587.

²⁹ Vgl. Holzapfel (Fn. 22), S. 60.

³⁰ Erwägungsgrund 61 MDStRL.

³¹ Von Danwitz, AfP 2005, 417, 421.

³² Hörrmann, ZEuS 2005, 585, 609; Gounalakis, WRP 2005, 1476, 1479.

³³ Ladeur, AfP 2003, 385, 389.

³⁴ Bullinger, in: FS Hollerbach, 2001, S. 131, 143 f.; s. dazu unten, 3.) c).

³⁵ BVerfGE 12, 205, 260 = NJW 1961, 547, 552.

³⁶ BVerfGE 90, 60, 87, 90 = NJW 1994, 1942, 1943.

³⁷ BVerfGE 31, 314, 325 = NJW 1971, 1739.

³⁸ Vgl. BVerfGE 74, 297, 323-325 = NJW 1987, 2987 f.; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bonner Grundgesetz Kommentar⁴, 1999, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 111; Hoffmann-Riem, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland³, 2001, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 157 f.

Rundfunk über das Gebot der Staatsferne hinaus zu Ausgewogenheit und Meinungsvielfalt verpflichtet.³⁹ Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist zusätzlich im Rahmen der ihm zukommenden Bestands- und Entwicklungsgarantie⁴⁰ mit der Grundversorgung von Meinungsvielfalt im Programm beauftragt.⁴¹

b) Die Abkehr von der Aufgabe der Vielfaltssicherung durch den Privatrundfunk

In Anbetracht der Liberalisierung von Schleichwerbung und klassischer Fernsehwerbung stellt sich im Hinblick auf die Rundfunkfreiheit die Frage, ob ein objektiv-rechtliches Verständnis der Rundfunkfreiheit, durch das private Rundfunkanbieter in den Dienst der öffentlichen Meinungsbildung gestellt werden, einer von kommerziellen Interessen geprägten Rundfunklandschaft gerecht wird, da die Abhängigkeit von Einschaltquoten den privaten Rundfunk einem Diktat der Mehrheit unterwirft. Vorgeschlagen wird im Folgenden die Subjektivierung⁴² der Rundfunkfreiheit für den Privatrundfunk, wobei der Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aufrechterhalten werden soll.

Das objektiv-rechtliche Verständnis der Rundfunkfreiheit beruht vor allem darauf, dass vom Rundfunk in seiner ursprünglichen Form erhebliche Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung ausgegangen wären, wenn Meinungsvielfalt und Ausgewogenheit in den wenigen öffentlich-rechtlichen Sendern nicht gewährleistet worden wären. Diese Struktur war geprägt von der Knappheit terrestrischer Frequenzen, die jedoch im Zuge der Digitalisierung weggefallen ist.⁴³ Daher lässt sich die vom *Bundesverfassungsgericht* entwickelte Sonderstellung der Rundfunkfreiheit mit ihrem objektiv-rechtlichen Gehalt als dienende Freiheit unter dem Gesichtspunkt kritisieren, dass die ursprünglich vom Rundfunk ausgehenden Gefahren mit zunehmender Anbietervielfalt verschwinden. Darüber hinaus ist es nicht mehr zeitgemäß, dem privaten Rundfunk das Konzept eines solchen Funktionsgrundrechts aufzuerlegen, da dieser ausschließlich wirtschaftliche Interessen verfolgt.⁴⁴ Letztlich sollte diese objektiv-rechtliche Rundfunkfreiheit für den Privatrundfunk subjektiviert werden, für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk aber eine dienende Freiheit bleiben.⁴⁵ Wie das *Bundesverfassungsgericht* zu Recht feststellt, ergeben sich die Grenzen der Verpflichtung zu Pluralität und Ausgewogenheit für den privaten Rundfunk aus dem Umfang, in dem der öffentlich-rechtliche Rundfunk seine verfassungsrechtlichen Aufgaben erfüllt.⁴⁶ Wie der Schleichwerbeskandal in der ARD⁴⁷ exemplarisch zeigt, ist dieser Umfang jedoch zunehmend geschrumpft. Private Rundfunksender in ein diskursives System der öffentlichen Meinungsbildung einzubeziehen ist demgegenüber bereits heute in den meisten Fällen geradezu grotesk.⁴⁸ Wird folglich die Kommerzialisierung des privaten Rundfunks weiter vorangetrieben, muss die kulturelle Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Vergleich zum privaten Rundfunk stärker akzentuiert werden. Andernfalls droht die Aushöhlung der Garantie von Pluralität und Ausgewogenheit, da die öffentlich-rechtlichen Sender immer stärker in den Sog der Kommerzialisierung geraten.⁴⁹ Es wäre daher sinnvoll gewesen, Privatsender schon früher von der dienenden Funktion des Rundfunks weitestgehend freizustellen, um so zwischen kommerziellem und kulturellem Rundfunk zu unterscheiden.⁵⁰ Einen ersten Schritt in die Richtung einer Subjektivierung hat das *Bundesverfassungsgericht* schließlich in seinem Beschluss vom 20.2.1998⁵¹ gemacht,

indem es privaten Rundfunksendern wenigstens die Grundrechtsträgerschaft der Rundfunkfreiheit zuerkannte. Will man der heutigen überwiegend kommerziellen Medienlandschaft gerecht werden, ist es nur konsequent, die Rundfunkfreiheit für den Privatrundfunk auf ihren subjektiv-rechtlichen Gehalt zu beschränken.

Führt man sich vor Augen, dass der deutsche private Rundfunkmarkt praktisch von einem Duopol beherrscht wird,⁵² sind die ursprünglichen Gefahren nicht vollständig beseitigt. Gegen eine umfassende Subjektivierung der Rundfunkfreiheit für private Anbieter ließe sich überdies einwenden, dass ein binnenpluraler öffentlich-rechtlicher Rundfunk allein nicht in der Lage sei, das durch den kommerziellen Privatrundfunk geschaffene Ungleichgewicht bei der Darstellung des Meinungsspektrums auszugleichen.⁵³ Beide Argumente vernachlässigen jedoch die rasante Entwicklung der neuen Medien. Diese führt zum einen zur zunehmenden Individualisierung⁵⁴ des Rundfunks, die jedem Einzelnen die Zusammenstellung und z.B. auf *youtube.com* sogar die Sendung eines individuellen Programms ermöglicht. Damit werden insbesondere Aktualität und Suggestivkraft von audiovisuellen Medien zunehmend relativiert, wodurch wiederum die rundfunkspezifische Missbrauchsgefahr schwindet. Zum anderen bedeutet technologische Konvergenz auch eine Konvergenz der Medien.⁵⁵ Deshalb ist es wahrscheinlich, dass die Landschaft der audiovisuellen Medien von der im Internet vorhandenen Außenpluralität profitieren wird. Ein Beispiel dafür ist die Kombination von Rundfunk und Abrufdiensten in der elektronischen Presse. So sind auf *www.spiegel.de* nicht nur die wesentlichen Pressehalte des Magazins „DER SPIEGEL“ zu lesen, sondern gleichzeitig auch die Inhalte der Fernsehsendung „SPIEGEL TV“ in Ton und Bild abrufbar. Es steht zu erwarten, dass das Angebot audiovisueller Dienste von meinungsrelevanten Internetseiten zunehmen wird und so zu mehr Außenpluralität in den audiovisuellen Medien insgesamt führt.⁵⁶

³⁹ BVerfGE 57, 295, 320, 330-332 = NJW 1981, 1774, 1776, 1778; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*², 2004, Art. 5 I, II Rn. 266.

⁴⁰ Vgl. zur sichernden Funktion der Grundrechte in Bezug auf die freie Mitwirkung des Einzelnen im Gemeinwesen *BVerfG* NJW 1997, 1634 m.w.N.

⁴¹ BVerfGE 83, 238, 297 f. = NJW 1991, 899, 900.

⁴² Vgl. ebenso *Degenhart*, AfP Sonderheft 2007, 24, 28; *ders.*, in: Dolzer (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2004, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 644-647; *Pieroth/Schlink*, *Grundrechte Staatsrecht II*²², Rn. 576.

⁴³ *Bullinger* (Fn. 34), S. 131, 132 f.; *Hoffmann-Riem*, *Regulierung der dualen Rundfunkordnung*, 2000, S. 70 ff.; vgl. auch *Schoch*, *VVDStRL 57* [1998], 158, 189; *Bullinger*, in: FS BVerfG, 2001, S. 193, 203 f.

⁴⁴ *Schoch*, *VVDStRL 57* [1998], 158, 193 f.; *Degenhart*, AfP Sonderheft 2007, 24, 25.

⁴⁵ *Bullinger* (Fn. 43), S. 193, 215 f.

⁴⁶ BVerfGE 74, 297, 325 = NJW 1987, 2987, 2988.

⁴⁷ *Holzappel* (Fn. 22), S. 61 f.

⁴⁸ *Gersdorf* (Fn. 8), Rn. 249; *Lerche*, in: FS Everling, 1995, S. 729, 735; *Schoch*, *VVDStRL 57* [1998], 158, 193 f.

⁴⁹ Die Gefahr des Übergreifens dieser Erosion auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sieht bereits *Bullinger* (Fn. 34), S. 131, 136.

⁵⁰ *Bullinger*, in: FS BVerfG, 2001, S. 193, 205-214.

⁵¹ BVerfGE 97, 298, 310 = NJW 1998, 2659, 2660.

⁵² *BKartA*, Beschluss B6-103-05, *Springer-Pro7/Sat1*, S. 30; vgl. auch 9. Jahresbericht der KEK, S. 280-281.

⁵³ BVerfGE 73, 118, 159 = DVBl. 1987, 30, 33; BVerfGE 83, 238, 316 = NJW 1991, 899, 904.

⁵⁴ *Bullinger*, ZUM 2007, 337, 341.

⁵⁵ S.o., B.I.

⁵⁶ Vgl. *Degenhart*, K&R 2007, 1, 8.

Die notwendige Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht im Privatrundfunk kann durch entsprechende kartellrechtliche Regelungen und somit nicht als Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit, sondern als Eingriff in die Rundfunkfreiheit erreicht werden.⁵⁷ Würden die Befugnisse der verschiedenen Aufsichtsbehörden zusammengelegt, hätte dies außerdem den Vorzug eines Effizienzgewinns durch die Möglichkeit des „one-stop-shop“ bei einer Aufsichtsbehörde.⁵⁸ Meinungsvielfalt und Ausgewogenheit lassen sich außerdem wie schon jetzt z.B. in § 19 Medienstaatsvertrag Hamburg/Schleswig-Holstein auf der Ebene der Zugangskontrolle fördern. Dabei wird über die Zuweisung von Frequenzen auch anhand der Marktanteile entschieden. Alle Rundfunkanbieter einer verfassungsrechtlichen Garantie zu unterwerfen ist daher nicht länger geboten.

Eine verfassungsrechtliche Pflicht für private Rundfunksender, durch Binnenpluralität⁵⁹ im Programm Meinungsvielfalt und Ausgewogenheit zu fördern, ist demnach im Lichte der Konvergenz der Medien zu unflexibel und angesichts der zunehmend kommerziellen Funktion des Privatrundfunks nicht mehr haltbar, denn nach der Liberalisierung von Produktplatzierungen dürfte die endgültige Kommerzialisierung des Privatrundfunks nur noch schwer aufzuhalten sein. Der wirtschaftlichen Funktion der audiovisuellen Medien, die durch die MDStRL gefördert werden soll, wird eine solche Pflicht ebenfalls nicht gerecht. Auch vor dem Hintergrund der schwindenden Angebotsvielfalt auf dem Printmedienmarkt⁶⁰ lässt sich die Sonderstellung der Rundfunkfreiheit im Vergleich zur Pressefreiheit dogmatisch nicht länger rechtfertigen.⁶¹

c) Der öffentlich-rechtliche Kulturrundfunk

aa) Abkehr von der Gebührenfinanzierung?

Mit der Liberalisierung der Werbevorschriften für das Fernsehen in Art. 10, 11 stellt sich zusätzlich die Frage, ob auch im öffentlich-rechtlichen Rundfunk mehr Werbung zugelassen werden soll. Zunächst ließe sich dabei andenken, dass eine gebührenunabhängige Finanzierung durch Werbung den öffentlich-rechtlichen Rundfunk von staatlicher Einflussnahme befreit und damit einer unabhängigeren Meinungsbildung Vorschub leistet.⁶² Dafür spricht insbesondere, dass im hier skizzierten Modell der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Garant für Pluralität und Ausgewogenheit fungiert und somit keine kommerziellen Interessen verfolgt. Dieses Argument verkennt jedoch, dass eine von Einschaltquoten abhängige Finanzierung Rundfunkveranstalter dazu zwingt, die Belange von Minderheiten weniger wenn nicht gar unberücksichtigt zu lassen, da niedrige Einschaltquoten direkt mit geringen Werbeeinnahmen korrespondieren. Solche Programme, die sich ausschließlich an Minderheiten wenden, können sich folglich aufgrund ihrer per se geringen Einschaltquoten nicht durch Werbeeinnahmen finanzieren, weshalb bisher keine Außenpluralität in den Medien Einzug hielt. Unterlägen also alle Rundfunkveranstalter ausschließlich wirtschaftlichen Zwängen, wäre nicht gesichert, dass genügend Veranstalter für Pluralität sorgen. Eine Abkehr von der Gebührenfinanzierung würde den öffentlich-rechtlichen Rundfunk damit trotz seines Grundversorgungsauftrags faktisch dem privaten Rundfunk gleichstellen und mithin den Bestand von Meinungsvielfalt und Ausgewogenheit im Rundfunk weiter gefährden.

bb) Teilweise Finanzierung durch Werbung?

Das *Bundesverfassungsgericht*⁶³ ließ die Teilfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch Werbung mit der Begründung zu, dass ihre vielfaltverengenden Tendenzen nicht evident würden, solange die Gebührenfinanzierung nicht in den Hintergrund gedrängt sei. Vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Werbevorschriften für den Fernseh Rundfunk durch die MDStRL fragt sich aber, ob die Teilfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch Werbung noch sinnvoll ist. Zunächst ist festzuhalten, dass mit der hier vertretenen Subjektivierung der Rundfunkfreiheit für den Privatrundfunk die Garantie von Pluralität und Ausgewogenheit vollständig auf den Schultern des öffentlich-rechtlichen Rundfunks lastet. Damit ist es umso mehr erforderlich, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu einem nationalen Kulturrundfunk auszugestalten.⁶⁴ Dieser Funktion kann der öffentlich-rechtliche Rundfunk nur dann gerecht werden, wenn er gegenüber dem Privatrundfunk eine erhöhte Glaubwürdigkeit besitzt.⁶⁵ Diese Glaubwürdigkeit lässt sich wiederum nur dann erreichen, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk so weit wie möglich von Werbung befreit ist. Teilweise wird angedacht, nach dem Vorbild des britischen Channel 4 die Programmgestaltung der öffentlich-rechtlichen Sender hoheitlich zu kontrollieren, dabei aber eine begrenzte Werbefinanzierung zuzulassen.⁶⁶ Allerdings wird der Channel 4 im Vergleich zur BBC von der Bevölkerung als qualitativ schlechter und weniger glaubwürdig empfunden. Auch im Zuge des verstärkten Wettbewerbs auf dem Rundfunkmarkt durch Neue Dienste und ausländische Anbieter ist es angezeigt, dass sich die öffentlich-rechtlichen Rundfunksender auf ihre Gewährleistungsverantwortung besinnen und so wenig wie möglich über den Markt finanziert werden.⁶⁷ Schließlich spricht das Richtlinienziel des Verbraucherschutzes dafür, den Zuschauern einen jederzeit werbefreien Anlaufpunkt im Fernseh Rundfunk zu geben, um ihnen damit die Möglichkeit zu bieten, Rundfunk zu konsumieren, ohne dabei Werbung ausgesetzt zu sein. Eine duale Rundfunkordnung mit einem kommerziellen Privatrundfunk erfordert somit einen werbefreien, gebührenfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk.

⁵⁷ S. dazu *Hoffmann-Riem*, in: R. Schmidt (Hrsg.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, BT 1, 1995, § 6 II Rn. 17; *Bullinger*, ZUM 2007, 337, 343; *Frye*, Die Staatsaufsicht über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 2001, S. 80; *a.A. Storr*, ThürVbl. 2003, 169, 172 f.

⁵⁸ Vgl. *Hain*, K&R 2006, 325, 328.

⁵⁹ Bisher sind alle privaten Rundfunksender zu Vielfalt im Programm verpflichtet (Binnenpluralität), solange diese nicht durch Angebotsvielfalt am Markt (Außenpluralität) sichergestellt werden kann, BVerfGE 57, 295, 320, 330-332 = NJW 1981, 1774-1777; s. auch § 25 I RTMStV.

⁶⁰ *BKartA*, Beschluss B6-103-05, *Springer-Pro7/Sat1*, S. 42.

⁶¹ A.A. BVerfGE 57, 295, 323 = NJW 1981, 1774, 1775.

⁶² Einen solchen Effekt bei teilweiser Werbefinanzierung bejahend BVerfGE 90, 60, 91 = NJW 1994, 1942, 1944.

⁶³ BVerfGE 90, 60, 91 = NJW 1994, 1942, 1944.

⁶⁴ *Bullinger* (Fn. 34), S. 131, 140.

⁶⁵ Vgl. *Ladour*, AfP 2003, 385, 388f.; *Gounalakis*, WRP 2005, 1476, 1479; vgl. auch BVerfGE 35, 202, 229 = NJW 1973, 1227, 1230.

⁶⁶ Diesbezüglich unentschieden *Bullinger* (Fn. 34), S. 131, 144.

⁶⁷ *Immenga*, in: Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation (Hrsg.), *Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Werbefinanzierung*, 1995, S. 129, 147.

cc) Teilweise Finanzierung durch Produktplatzierungen

Wie bereits gezeigt, kann der öffentlich-rechtliche Rundfunk mit einem kommerzialisierten Programm seinem Grundversorgungsauftrag nicht gerecht werden. Eine vollständige Befreiung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogramms von Produktplatzierungen ist jedoch im Spielfilmbereich praktisch unmöglich, will man nicht vollständig auf viele ausländische, insbesondere US-amerikanische Filmproduktionen verzichten.⁶⁸ Fraglich ist daher, ob man nicht zumindest Produktplatzierungen bei Eigenfilmproduktionen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks verbieten sollte. Dagegen spricht vielerlei: Zum einen ist es nur konsequent, Produktplatzierungen bei Eigenproduktionen zuzulassen, wenn ohnehin Produktplatzierungen im übrigen Programm vorkommen. Zum anderen können Produktplatzierungen in Eigenproduktionen dahin gehend kontrolliert werden, dass ihre irreführende Wirkung minimiert wird. Darüber hinaus steht zu erwarten, dass sich die durch Produktplatzierungen generierten Werbeeinnahmen positiv auf die Qualität der Produktionen auswirken werden.⁶⁹ Bei allen übrigen Unterhaltungssendungen, wie Game Shows sowie Sport- und Musiksendungen ist hingegen am Verbot von Produktplatzierungen im öffentlich-rechtlichen Rundfunk unbedingt festzuhalten.

dd) Teilweise Finanzierung durch wirtschaftliche Tätigkeit?

Neben der Fernsehwerbung kommen auch programmunabhängige Finanzierungsmöglichkeiten in Frage, wie zum Beispiel eine wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Sender im Bereich der Telemedien oder durch einen öffentlich-rechtlichen Pay-TV-Sender, der neben den gebührenfinanzierten Programmen besteht. Dies ist zwar im Hinblick auf die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand im Grundsatz unproblematisch,⁷⁰ wirft jedoch Fragen bezüglich der Vereinbarkeit einer Veranstaltung von Pay-TV mit dem Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf. So wird gegen die Zulässigkeit von Pay-TV im öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorgebracht, eine solche Veranstaltung gefährde die Grundversorgungsaufgabe des Rundfunkauftrags und führe zu einem Zweiklassenfernsehprogramm.⁷¹ Der Grund dafür sei die Tatsache, dass sich eine Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nur durch die Veranstaltung eines Vollprogramms erreichen ließe, andernfalls wäre das Programm nicht für breite Bevölkerungskreise attraktiv. Dies führe dazu, dass hochwertige Formate zwangsläufig aus dem gebührenfinanzierten Programm ins Pay-TV verlagert werden und ersteres zu einem Rumpfprogramm ohne Höhepunkte verkommt. Hinzu komme, dass ein Pay-TV-Sender ähnlich einem werbefinanzierten Programm dem „Diktat der Einschaltquote“⁷² unterworfen sei und so kaum vor den vielfaltverengenden Tendenzen der Direktfinanzierung geschützt werden könne. Dieser Rekurs auf die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* überzeugt nur bedingt. Im fraglichen Urteil⁷³ ging es um die Zulässigkeit einer Teilfinanzierung durch Werbeeinnahmen. Zu der Frage, ob es dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk gestattet sei, über die Erfüllung seines Grundversorgungsauftrags hinaus einen unabhängig finanzierten Sender zu betreiben, sagt dieses Urteil nichts. Dass die Abhängigkeit von Einschaltquoten die Pluralität und Ausgewogenheit eines Fernsehprogramms hindert, sei auch an dieser Stelle

nicht bestritten. Hingegen überzeugt das Argument, das gebührenfinanzierte Programm verkomme zu einem Standardprogramm, nur auf den ersten Blick. So gibt es z.B. eine Vielzahl von Spielfilmformaten, die im gebührenfinanzierten Programm aus Mangel an Sendezeit nicht gesendet werden. Der Einwand gewinnt jedoch insofern an Bedeutung, als sichergestellt werden muss, dass die durch den Pay-TV-Sender erzielten Gewinne dem gebührenfinanzierten Vollprogramm zugute kommen. Priorität des öffentlich-rechtlichen Rundfunks muss es bleiben, seinen Grundversorgungsauftrag zu erfüllen. Darüber hinaus steht zu erwarten, dass die Veranstaltung eines Pay-TV-Senders weniger Einfluss auf die Programmgestaltung des gebührenfinanzierten Fernsehens hat als dessen teilweise Werbefinanzierung. Für die Rechtmäßigkeit eines öffentlich-rechtlichen Pay-TV-Programms spricht auch die Feststellung, dass sich der Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht auf das beschränken muss, was nicht durch den Privatrundfunk erfüllt wird.⁷⁴ Auch den härteren Wettbewerbsbedingungen durch den Zuwachs an Angeboten im Zuge der Konvergenz trägt ein solcher Vorschlag Rechnung. Entschließen sich also die Länder dazu, neben den bisherigen gebührenfinanzierten Programmen einen Pay-TV-Sender zu betreiben, steht dem rundfunkrechtlich und medienpolitisch nichts entgegen. Gleiches gilt demnach auch für eine Querfinanzierung durch werbefinanzierte Telemedien, solange diese vom gebührenfinanzierten Vollprogramm getrennt bleiben. Sind Telemedien aber mit dem gebührenfinanzierten Programm verknüpft, wie z.B. ein elektronischer Programmführer, müssen auch diese frei von kommerzieller audiovisueller Kommunikation bleiben.⁷⁵

C. Conclusio

Will man sich europarechtlichen Impulsen nicht völlig verschließen, wird durch die MDstRL die Kommerzialisierung der Rundfunklandschaft in Deutschland weiter vorangetrieben. Können private Rundfunkanbieter ihrem Dienst an der öffentlichen Meinungsbildung bereits jetzt nicht mehr gerecht werden, so wird deren Indienstnahme nach Inkrafttreten der MDstRL gänzlich absurd. Die MDstRL aber ist kein Brüsseler Teufelswerk, sondern sie greift vielmehr die unaufhaltsame Entwicklung des privaten Rundfunks hin zum Wirtschaftsfaktor auf. Nicht zuletzt durch die Phänomene der Konvergenz und der Individualisierung des Rundfunks entfällt nunmehr die Rechtfertigung für eine Sonderstellung der Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit im Gegensatz zur Pressefreiheit als Abwehrrecht. Einzig für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk muss die Rundfunkfreiheit noch objektiv-rechtliche Wirkung entfalten. Dabei sollte aber die bestehende Teilfinanzierung durch Werbung einer Querfinanzierung durch einen eigenen Pay-TV Sender oder werbefinanzierte Telemedien weichen. ■

⁶⁸ Vgl. Hörmann, ZEuS 2005, 585, 614 f.

⁶⁹ Vgl. Holzapfel (Fn. 22), S. 59 ff.

⁷⁰ Hoffmann-Riem, Pay-TV im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, 1996, S. 85.

⁷¹ Stettner, ZUM 1995, 293, 294.

⁷² Stettner, ZUM 1995, 293, 300.

⁷³ BVerfGE 90, 60, 91 = NJW 1994, 1942, 1944.

⁷⁴ Bullinger (Fn. 34), S. 131, 140.

⁷⁵ Vgl. Bullinger (Fn. 34), S. 131, 146.

Dr. Ingmar Dörr und Dr. Daniel Fehling, LL.M. tax (King's College London), München*

Missbrauchsbekämpfung im Steuerrecht

– § 42 AO unter der Lupe –

A. Einleitung

Einer der prominentesten Inhalte des Jahressteuergesetzes 2008 (JStG 2008)¹ ist die Änderung des § 42 Abgabenordnung (AO), des allgemeinen steuerrechtlichen Missbrauchsstatbestands.² Diese Reform wird zum Anlass genommen, die Regelung des § 42 AO unter Berücksichtigung der sich nun ergebenden Neuerungen grundlegend vorzustellen.³

Die große Bedeutung des § 42 AO für das gesamte Steuerrecht erklärt sich aus Folgendem: Steuerrecht ist staatliches Eingriffsrecht. Es gilt der Vorbehalt des Gesetzes.⁴ Der Vorbehalt des Gesetzes wiederum führt zum Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit des Steuereingriffs: Was nicht unter den Tatbestand des Steuergesetzes fällt, darf nicht besteuert werden (§ 38 AO).⁵ Steuerverschärfende Analogien sind nur eingeschränkt zulässig.⁶ In der Praxis stellt sich für den auf Steuereinnahmen angewiesenen Staat aber das Problem, dass die zu besteuern Sachverhalte häufig von den Beteiligten verändert und gestaltet werden können. Oft gibt es mehrere Wege, um ein wirtschaftliches Ergebnis zu erreichen, und die Beteiligten werden den Weg beschreiten, der die geringste Steuerlast auslöst. Dies führt zur Erosion des Steueraufkommens, der wichtigsten staatlichen Einnahmequelle.

Der Staat wird dem nicht tatenlos zusehen, und als Steuerstaat darf er es auch nicht.⁷ In seiner Reaktion auf solche Ausweichhandlungen der Steuerpflichtigen hat der deutsche Gesetzgeber verschiedene, zum Teil widerstreitende Wertungsgesichtspunkte zu berücksichtigen. Er muss zunächst beachten, dass wegen Art. 2 I GG niemand gezwungen ist, sich so zu verhalten, dass eine möglichst hohe Steuer entsteht.⁸ Steuervermeidung durch Unterlassung der Tatbestandsverwirklichung ist nicht sanktionierbar: Wer nicht arbeiten geht und deswegen keinen einkommensteuerpflichtigen Arbeitslohn erwirbt, den darf der Staat nicht (etwa auf der Grundlage eines fiktiven Arbeitslohns, der bei Erwerbstätigkeit erzielt würde) besteuern. Auf der anderen Seite ändert die Verheimlichung einer Tatbestandsverwirklichung gegenüber den Finanzbehörden (Steuerhinterziehung) nichts an dem Entstehen der Steuerschuld. Hier geht es aus Sicht des Steuerstaats „nur“ darum, wirksame Kontrollmechanismen einzurichten und durch Sanktionen abzuschrecken bzw. zu bestrafen.⁹

Schwieriger zu beurteilen als diese Extreme ist die Steuerumgehung. Hier handelt der Steuerpflichtige nicht heimlich, er verzichtet auch nicht auf die Verwirklichung eines Lebenssachverhalts. Er wählt stattdessen eine Sachverhaltsgestaltung, die am Tatbestand des Steuergesetzes mehr oder weniger knapp vorbeigeht, aber ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach der Gestaltung entspricht, die vom Steuertatbestand erfasst werden soll. Mit § 42 AO will der deutsche Gesetzgeber diese Steuerumgehungen begrenzen, indem er missbräuchlichen Gestaltungen die steuerliche Anerkennung versagt.¹⁰

Beispiel 1:¹¹ Die befreundeten Familien Müller und Meier planen jeweils, ein Haus zu bauen. Die Baukosten möchten sie bei der Einkommensteuer absetzen. Dies geht nicht, wenn sie das Haus selbst bauen und bewohnen. Denn derartige

Kosten der privaten Lebensführung sind grds. nicht abzugsfähig, § 12 Nr. 1 Einkommensteuergesetz (EStG).

Die beiden Familien kommen auf die Idee, die Häuser jeweils nach den Vorstellungen der anderen Familie zu bauen und dann an diese zu vermieten (Überkreuzvermietung). Die Mieten sollen identisch hoch sein, so dass sich insofern ein Nullsummenspiel ergibt. Dies führt zwar einerseits zu steuerlichen Nachteilen, weil die Einkünfte aus der Vermietung der Häuser einkommensteuerpflichtig gemäß § 21 I 1 Nr. 1 EStG sind. Folge ist aber andererseits, dass auch die Baukosten des zu vermietenden Hauses steuerlich abgesetzt werden dürfen. Es handelt sich nämlich um Ausgaben, die durch die Begründung der Einkunftsquelle veranlasst waren (sog. Werbungskosten). Soweit diese Kosten höher sind als die steuerpflichtigen Einkünfte aus der Vermietung, mindern sie auch die Einkünfte aus anderen Einkunftsquellen (z. B. Arbeitslohn, Kapitaleinkünfte).¹² Angesichts dieser Minderungen der steuerlichen Bemessungsgrundlage dürfte im Ergebnis ein nicht unerheblicher Steuervorteil entstehen.

* Die Autoren sind Rechtsanwälte in der Praxisgruppe Steuerrecht der internationalen Sozietät Lovells LLP in München.

¹ BGBl. I 2007, S. 3150.

² Das JStG 2008 ist ein Omnibusgesetz, also ein Änderungsgesetz, das Änderungen mehrerer Gesetze beinhaltet. Im Steuerrecht sind solche Omnibusgesetze mindestens einmal im Jahr typisch („Jahressteuergesetz“, „Steueränderungsgesetz“, „Steuerbereinigungsgesetz“), mit denen der Gesetzgeber relativ zeitnah die erkannten oder vermeintlichen Besteuerungslücken schließen will.

³ Eingehend speziell zu den Änderungen s. Dörr/Fehling, NWB v. 21.01.2008, Fach 2, S. 9671.

⁴ Abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip, vgl. Art. 20 III, 28 I GG.

⁵ Vgl. die allgemeine Definition von Steuern in § 3 I AO: „Steuern sind Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft; die Erzielung von Einnahmen kann Nebenzweck sein“ (Hervorhebung durch die Verfasser).

⁶ Vgl. dazu weiterführend Driën, in: Tipke/Kruse (Hrsg.), Kommentar zu AO/FGO, Loseblatt (Stand: Oktober 2007), § 42 AO Rn. 10 m.w.N.

⁷ Unter Steuerstaat versteht man einen Staat, der die Einnahmen zur Deckung seiner notwendigen Ausgaben nicht durch eigene Wirtschaftstätigkeit erzielt, sondern die Wirtschaft überwiegend in privater Hand lässt und an deren Erträgen durch staatliche Abgaben partizipiert. Die Besteuerung durch den Steuerstaat steht grds. in einem Spannungsfeld zu den Freiheitsgrundrechten (Art. 2, 12 und 14 GG), aber gemessen an der Alternative staatlicher Einkunftserzielung (in letzter Konsequenz: Konfiskation der privaten Wirtschaftsgüter und Betrieb einer Staatswirtschaft) ist sie die freiheitsschonendere. Vgl. zum Wesen des Steuerstaats Isensee, in: FS Ipsen, 1977, S. 409, 417; Uelner, DSStZ 1995, 321: Steuer als Preis der Freiheit.

⁸ BVerfGE 9, 237, 249 f.

⁹ Die vorsätzliche Steuerhinterziehung ist eine Straftat, §§ 369 ff. AO, die leichtfertige Steuerhinterziehung ist eine Ordnungswidrigkeit, §§ 377 ff. AO. Zur Haftung für hinterzogene Steuern s. § 71 AO.

¹⁰ Statt durch die Schaffung einer allgemeinen gesetzlichen Missbrauchsregel könnte man die Problematik auch durch eine extensive Auslegung der entsprechenden Besteuerungstatbestände lösen. So die sog. Innentheorie, die sich in Deutschland aber nicht durchgesetzt hat, vgl. P. Fischer, DB 1996, 644, 646.

¹¹ Angelehnt an BFH, BStBl. II 1991, 904.

¹² Die Baukosten des Hauses sind aber nicht sofort als Werbungskosten in voller Höhe abzugsfähig, sondern nur zeitlich gestreckt über die Nutzungsdauer, sog. Absetzung für Abnutzung (AfA).

B. Der Tatbestand des § 42 AO

I. Blankettcharakter

Der Tatbestand von § 42 AO a.F. war traditionell relativ karg gefasst. In § 42 I 1 AO a.F. hieß es lediglich, dass ein Steuergesetz durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts nicht umgangen werden könne. Der sich daraus ergebende Blankettcharakter der Norm war gesetzgeberische Absicht.¹³ Der Tatbestand sollte offen sein, um einen weiten Anwendungsbereich zu haben und auch mit neuen und komplexen Missbrauchsgestaltungen noch Schritt halten zu können. Die nähere Ausgestaltung des Tatbestands überließ der Gesetzgeber der Rechtsprechung.

Dieser Aufgabe hat sich die Rechtsprechung angenommen. Dabei konnte sie in § 42 AO a.F. durchaus Anknüpfungspunkte finden. § 42 I 1 AO a.F. enthielt das Wort „Missbrauch“. Aus § 42 I 2 AO a.F. konnte gefolgert werden, dass ein Missbrauch nicht vorliegt bei einer „den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen“ Gestaltung. Damit enthielt § 42 AO a.F. normative, die Auslegung leitende Kriterien. Der Bundesfinanzhof hat daraus in ständiger Rechtsprechung die Formel entwickelt, dass der Tatbestand des § 42 AO a.F. erfüllt ist, wenn die gewählte rechtliche Gestaltung unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist, wobei der Zweck der Steuerersparnis unbeachtlich bleibt.¹⁴

Im Laufe der Zeit genügte dies dem Gesetzgeber (und den ihn beratenden Fachleuten im Bundesfinanzministerium) aber nicht mehr. Die Möglichkeiten der Steuerumgehung sollten noch stärker beschränkt werden. So kam es zum jüngsten Reformvorhaben. Die ursprüngliche Absicht war es, den Tatbestand zu verschärfen und den Missbrauchsvorwurf dadurch auf mehr Fälle auszuweiten. Die gesetzgeberische Umsetzung dieses Vorhabens erwies sich aber als schwierig, so dass es zu einer wechselvollen Gesetzgebungsgeschichte kam. Der Referentenentwurf des JStG 2008 vom 14.06.2007¹⁵ sah vor, den Missbrauchsverdacht bereits daran zu knüpfen, dass die Gestaltung zu einem Steuervorteil führt. Auf die Unangemessenheit sollte es nicht länger ankommen. Zudem sollte die steuerliche Anerkennung komplexer Gestaltungen von einer Bewilligung durch das Bundesfinanzministerium abhängig gemacht werden. Ziel war es offensichtlich, dem Bundesfinanzministerium neuartige Gestaltungen frühzeitig zur Kenntnis zu bringen, um schnelle Gegenmaßnahmen zu ermöglichen.¹⁶ Dieser Entwurf zog heftige Kritik auf sich.¹⁷ Der anschließende Regierungsentwurf ging daher einen anderen Weg.¹⁸ Der Tatbestand des § 42 AO sollte präziser gefasst werden, indem der Missbrauchsvorwurf an die näher definierte „Ungewöhnlichkeit“ einer Gestaltung geknüpft werden sollte. Auch dieser Entwurf stand im Kreuzfeuer der Kritik.¹⁹ Im Bundesrat wurde sogar erwogen, von einer Reform ganz abzusehen, weil die alte Gesetzesfassung immer noch geeigneter erschien als die vorgeschlagene Reform.²⁰ Bezeichnenderweise hielt man eine Gesetzesänderung aber dann doch für unausweichlich, weil sonst bei den Steuerpflichtigen der Eindruck entstehen könnte, die derzeitige Rechtslage bedürfe keiner Reform.²¹ Mit anderen Worten handelt es sich in gewisser Weise auch um eine Reform um der Reform willen. Der Durchbruch gelang dann einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe. Diese arbeitete einen Reformvorschlag aus, der ebenfalls den Weg der konkreteren Fassung des Tatbestands ging, durch Einfügen einer Definition des

„Missbrauchs“. Wie die nachfolgende Analyse zeigen wird, orientiert sich diese Konkretisierung aber weitgehend an der bisherigen Interpretation der Norm durch die Rechtsprechung. Nachdem dieser Kompromissvorschlag die Zustimmung von Bundestag und Bundesrat erhalten hatte, wurde das JStG 2008 am 28.12.2007 im Bundesgesetzblatt²² veröffentlicht.

II. Die Unangemessenheit der Gestaltung

Die Angemessenheit war schon nach der bisherigen Fassung des § 42 AO das entscheidende Merkmal, um die zulässige von der unzulässigen, missbräuchlichen Gestaltung zu unterscheiden. Daran hat sich auch mit der erstmaligen Definition des Missbrauchs in § 42 II 1 AO n.F. nichts geändert. Ein Missbrauch liegt nach dieser Definition vor, „wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt“.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu § 42 AO a.F. war die Gestaltung unangemessen, wenn verständige Parteien sie in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts, insbesondere des erstrebten wirtschaftlichen Ziels, als unpassend nicht wählen würden.²³ Der Bundesfinanzhof bezog sich auf das Bestreben der Rechtsordnung, rechtlichen Gestaltungen möglichst einfache Umsetzungsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen. Folglich sei der einfachste Weg grds. der angemessene. Unangemessene Gestaltungen hingegen seien schwerfällig, gekünstelt, kompliziert usw.²⁴ Mit dieser umschreibenden Annäherung vermied es der Bundesfinanzhof, sich zu weitgehend festzulegen und entsprechend selbst zu binden.

Nach der nun Gesetz gewordenen Neufassung kommt es weiterhin auf die Unangemessenheit der Gestaltung an. Eine Präzisierung des Begriffs „Unangemessenheit“ enthält die Neuregelung nicht. Dies ermöglicht es dem Bundesfinanzhof, seine Rechtsprechungslinie einer annähernden Auslegung

¹³ BT-Drs. 6/1892, S. 114.

¹⁴ BFH, BStBl. II 1984, 428, 430; BStBl. II 1991, 607, 609; BStBl. II 1999, 769, 770.

¹⁵ Regelmäßig wird frühzeitig ein Referentenentwurf (aus der Feder der Fachbeamten im Bundesfinanzministerium) der Fachöffentlichkeit zugespielt, um deren erste Reaktionen schon berücksichtigen zu können, bevor das eigentliche Gesetzgebungsverfahren beginnt.

¹⁶ In diese Richtung ging auch der Entwurf eines Gesetzes zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen vom 25.06.2007, mit dem steuerliche Berater zur Anzeige bestimmter Steuergestaltungen verpflichtet werden sollten (zu diesem Gesetzesentwurf eingehend *Flämig*, Beihefter zu DStR Heft 44/2007). Dieser Entwurf ist bislang nicht weiter verfolgt worden, auch wenn im Gesetzgebungsverfahren des JStG 2008 zwischenzeitlich erwogen worden war, diese Regelungen in das JStG 2008 mit aufzunehmen (BR-Drs. 544/07, S. 63). Es bleibt abzuwarten, ob dieser Gesetzesentwurf in ein parlamentarisches Verfahren eingebracht wird. Der Aufschei in der Beraterbranche wäre gewaltig.

¹⁷ Vgl. nur *Crezelius*, DB 2007, 1428 ff.

¹⁸ Regierungsentwurf vom 10.08.2007, BT-Drs. 16/6290.

¹⁹ *P. Fischer*, FR 2007, 857: rechtskultureller Standortnachteil; vgl. zudem die kritischen Stellungnahmen zur öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestags vom 10.10.2007, abrufbar im Internet unter www.bundestag.de.

²⁰ BR-Drs. 544/1/07, S. 81.

²¹ BR-Drs. 544/07, S. 63.

²² BGBl. I 2007, S. 3150.

²³ BFH, BStBl. II 2001, 43, 44; BFH/NV 2001, 829, 831.

²⁴ BFH, BStBl. II 1999, 769, 771.

weiterzuführen. Das ist zu begrüßen, denn eine engere gesetzliche Fassung hätte der Norm die notwendige Flexibilität genommen. Insbesondere ist positiv, dass die früheren Vorschläge, den Begriff der Unangemessenheit gänzlich zu streichen oder durch den Begriff der Ungewöhnlichkeit zu ersetzen, fallen gelassen wurden.²⁵ Der völlige Verzicht auf ein solches Korrektiv hätte jedes steuersparende Verhalten einem Missbrauchsvorwurf mit Gegenbeweispflicht ausgesetzt. Auch die Ersetzung der Unangemessenheit durch die Ungewöhnlichkeit einer Gestaltung hätte den Missbrauchsverdacht zu stark ausgeweitet. Dann wäre nämlich schon jede neue, originelle Gestaltung per se in den Missbrauchsverdacht gekommen. Innovationen wären pönalisiert und die Fortentwicklung des Rechts wäre gehemmt worden.

Lösung zu Beispiel 1: *Durch die Überkrenzvermietung haben die Familien Müller und Meier die Hausbaukosten von der steuerlich irrelevanten Privatsphäre (§ 12 Nr. 1 EStG) in die steuerlich relevante Vermietungssphäre (§ 21 EStG) verschoben. Da sich die Mieteinnahmen und -ausgaben gegeneinander aufheben und jede Familie in ihrem Wunschhaus lebt, ist wirtschaftlich dasselbe Ergebnis eingetreten, das entstanden wäre, wenn jede Familie ihr Haus für sich selbst gebaut hätte und darin wohnen würde. Dann wären die Baukosten aber nicht steuerlich absetzbar. Die Unangemessenheit ist zu bejahen, weil ein umständliches, gekünsteltes Vorgehen gewählt wurde. Es sind auch keine beachtlichen außersteuerlichen Gründe dafür erkennbar. Gemäß § 42 AO sind die zwischengeschalteten Mietverhältnisse daher unbeachtlich, nach alter wie nach neuer Rechtslage. Es bleibt somit bei § 12 Nr. 1 EStG und die Baukosten können nicht steuermindernd geltend gemacht werden.*

III. Subjektive Anforderungen?

Nicht völlig geklärt war bislang, ob § 42 AO a.F. auch ein subjektives Missbrauchselement voraussetzte. Regelmäßig konnte diese Frage aber dahinstehen, weil das Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale das Vorliegen einer Missbrauchsabsicht indiziert.²⁶ Da sich auch die Neuregelung zu dieser Frage nicht äußert, bleibt es in diesem Bereich bei Unklarheiten.

IV. Zweck der Steuerminderung

Schon nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs setzte § 42 AO a.F. tatbestandlich voraus, dass die gewählte Steuergestaltung zu einer niedrigeren Steuer führte als die vom Steuergesetz vorausgesetzte Gestaltung. Die Neufassung hat dieses Kriterium nun in den Tatbestand aufgenommen. Eine Änderung der Rechtslage ergibt sich dadurch nicht. Dies folgt auch nicht daraus, dass nunmehr ausdrücklich auch Steuervorteile erfasst sind, die Dritten²⁷ zugute kommen. Denn auch nach bisheriger Rechtslage konnten derartige fremdnützige Steuergestaltungen aufgrund der tatbestandlichen Weite des § 42 AO a.F. schon erfasst werden.

V. Objektive Beweislast

Bislang trug die Finanzverwaltung nach den allgemeinen Regeln des Eingriffsverwaltungsrechts (Untersuchungsgrundsatz gemäß § 88 AO) für den gesamten Tatbestand die objektive Beweislast.²⁸ Der Steuerpflichtige musste jedoch bei der Aufklärung der außersteuerlichen Gründe, die der Gestaltung zugrunde liegen, mitwirken (Mitwirkungsgrundsatz gemäß § 90 AO). Versagte der Steuerpflichtige sich oder konnte er

keine vernünftigen Gründe nennen, so erlaubte der Bundesfinanzhof, im Wege der Beweiswürdigung auf die Abwesenheit solcher Gründe zu schließen. Bei bestimmten, häufig wiederkehrenden, typischen Gestaltungen vermutete der Bundesfinanzhof im Rahmen der Beweiswürdigung sogar einen Missbrauch. Es oblag dann wiederum dem Steuerpflichtigen, diese Vermutung (durch Indizien) zu erschüttern.²⁹

Die Verschärfung der Beweislast war eines der wesentlichen Anliegen der Reform und seit dem Referentenentwurf vorgesehen. Aus der gesetzlichen Neufassung (§ 42 II 2 AO: „Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind“) ergibt sich nun eindeutig, dass dem Steuerpflichtigen die Beweislast für das Vorliegen beachtlicher außersteuerlicher Gründe obliegt. Weil die Rechtsprechung aber schon bisher dem Steuerpflichtigen eine gewisse Mitwirkungsobliegenheit auferlegt hat, bedeutet dies de facto keine gravierende Verschärfung.³⁰

Die Umkehr der Beweislast ist auch prinzipiell nicht zu beanstanden. Zwar gilt im Steuerrecht als Eingriffsrecht der Untersuchungsgrundsatz, der die Beweislast der Finanzverwaltung auferlegt. Aber es ist sachgerecht, bei Umständen aus der Sphäre des Steuerpflichtigen, die die Finanzverwaltung nur schwer oder gar nicht aufklären kann, partiell von diesem Grundsatz abzuweichen. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Beweislast nur für das Vorliegen außersteuerlicher Gründe und nicht für deren Beachtlichkeit übergeht. Denn beim Kriterium der Beachtlichkeit handelt es sich um eine Rechtsfrage, die von der Finanzverwaltung ohne weiteres geprüft und beantwortet werden kann.

In der Praxis empfiehlt sich wie bislang, die der Gestaltung zugrunde liegenden außersteuerlichen Gründe zu dokumentieren, um bei einer etwaigen Auseinandersetzung mit den Finanzbehörden genügend Argumentationsmaterial zu besitzen.

VI. Verhältnis zu speziellen Missbrauchstatbeständen in Einzelsteuergesetzen

Da der allgemeine Missbrauchstatbestand in der AO verortet ist, ist er grds. für das gesamte Steuerrecht anwendbar.³¹ Es gibt aber auch spezielle Missbrauchstatbestände in den steuerlichen Einzelgesetzen, die in einem Konkurrenzverhältnis zu § 42 AO stehen.³² Nach der früheren ständigen Rechtsprechung wurde § 42 AO a.F. von solchen Spezialgesetzen nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* im Wege

²⁵ Zu den Vorschlägen im Referentenentwurf und im Regierungsentwurf s. o. II. 1.

²⁶ BFH, BStBl. II 1992, 532, 536; vgl. zum Streitstand *Koenig*, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Kommentar zur AO, 2004, § 42 Rn. 24 m.w.N.

²⁷ Zu denken ist hier insbesondere an Familienmitglieder und konzernverbundene Unternehmen.

²⁸ BFH, BStBl. II 1990, 100, 101.

²⁹ BFH, BStBl. II 1993, 84, 86; dazu eingehend *Brockmeyer*, DStR 2007, 1325.

³⁰ Kritischer *Brockmeyer*, DStR 2007, 1325, 1326 (zum Regierungsentwurf).

³¹ Die AO ist eine Art „Allgemeiner Teil“ des Steuerrechts. Sie enthält neben materiellrechtlichen Bestimmungen auch Regelungen zum steuerrechtlichen Widerspruchsverfahren („Einspruchsverfahren“ genannt). Man kann sie sich daher grob als eine steuerrechtliche Mischform aus VwVfG und VwGO vorstellen (freilich ohne Regelungen zum Klageverfahren, diese sind in einem eigenen Gesetz, der Finanzgerichtsordnung, geregelt).

³² Z.B. bekämpft § 15 Außensteuergesetz ausländische Familienstiftungen, indem er das Vermögen und das Einkommen der Stiftung direkt dem Stifter zurechnet. Es findet also der Sache nach – mit anderer Stoßrichtung – ein auch aus dem Gesellschaftsrecht bekanntes *piercing* oder *lifting the corporate veil* statt.

eines Anwendungsvorrangs verdrängt.³³ Darin erkannte der Gesetzgeber eine zu starke Einschränkung des § 42 AO a.F. In der Tat sind die speziellen Missbrauchstatbestände häufig tatbestandlich präziser gefasst und dadurch auch leichter zu umgehen. Zur Abhilfe schuf der Gesetzgeber in § 42 II AO a.F. eine Regelung, der zufolge die allgemeine Missbrauchsnorm anwendbar ist, wenn ihre Anwendbarkeit nicht gesetzlich ausdrücklich ausgeschlossen ist. Die Rechtsprechung unterließ diese Intention des Gesetzgebers aber. Sie wendete zwar § 42 AO a.F. nunmehr neben den Spezialgesetzen an, ließ bei dieser Anwendung aber die Wertungsgesichtspunkte der Spezialnorm einfließen.³⁴ Die Folge dieses Wertungsvorrangs der Spezialnorm war, dass sich aus § 42 AO a.F. weiterhin keine anderen Ergebnisse ableiten ließen als aus der Spezialnorm.³⁵

Das Verhältnis zu speziellen Missbrauchstatbeständen ist seit der Neufassung in § 42 I 2 AO geregelt. Demnach ist zunächst die einschlägige Spezialnorm zu prüfen. Ist deren Tatbestand erfüllt, gelten die in ihr enthaltenen Rechtsfolgen. Für eine Anwendung der allgemeinen Missbrauchsnorm ist dann kein Raum mehr. Anderenfalls soll § 42 AO anzuwenden sein, also zum einen in dem Fall, in dem es eine spezielle Missbrauchsnorm gibt, deren Tatbestand aber nicht erfüllt wurde, und zum anderen, wenn gar keine spezielle Missbrauchsnorm vorhanden ist.

Aus dieser Neuregelung ergeben sich unseres Erachtens aber keine Neuerungen gegenüber der bisherigen Rechtslage. Denn aus der Neuregelung ergibt sich nicht, dass der Wertungsvorrang der Spezialnorm nicht länger gelten soll. Folglich ist die Rechtsprechung auch nach dem neuen Recht nicht gehindert, beim Vorhandensein spezieller Missbrauchsregelungen deren Wertungen vorrangig einfließen zu lassen, so dass sich aus § 42 AO n.F. kein weitergehender Prüfungsmaßstab ergibt. Dies ist auch sachgerecht. Missbrauchsregelungen in Einzelsteuergesetzen sind auf bestimmte Konstellationen zugeschnitten und auf ihr jeweiliges Regelungsumfeld abgestimmt. Dass der Gesetzgeber ein bestimmtes Verhalten eigens als missbräuchlich bewertet hat, lässt den Schluss zu, dass andere Gestaltungen diesen Vorwurf eben nicht auslösen sollen. Dieses Regelungsgefüge würde gestört, wenn ungeachtet dessen stets noch der grobe Kamm des § 42 AO n.F. zur Anwendung käme und diese Wertungen aushebeln könnte. Wenn der Gesetzgeber erkennt, dass die spezielle Missbrauchsnorm zu eng ist, muss er deren Tatbestand ausweiten. Außerdem wäre es angesichts der weiterhin gegebenen tatbestandlichen Offenheit von § 42 AO n.F. gar nicht zu vermeiden, die Wertungen des Spezialgesetzes und der dortigen speziellen Missbrauchsnorm einfließen zu lassen.

Der Wertungsvorrang der Spezialnorm gilt nur dann nicht, wenn die spezielle Missbrauchsvorschrift keine abschließende Regelung trifft („unechte Spezialvorschrift“) oder wenn der Steuerpflichtige die spezielle Missbrauchsvorschrift ihrerseits missbraucht („Missbrauch der Missbrauchsvorschrift“).³⁶

Beispiel 2: Die A-AG will ein Grundstück kaufen, das im Betriebsvermögen der B-GmbH steht und deren einzigen Vermögensgegenstand darstellt. Der Kauf eines Grundstücks löst gemäß § 1 I Nr. 1 Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) Grunderwerbsteuer aus. Um diese Grunderwerbsteuer zu sparen, kauft die A-AG nicht das Grundstück, sondern alle Anteile an der B-GmbH von deren Muttergesellschaft, der B-AG. Es

wird also der Kaufgegenstand ausgewechselt und trotzdem das gewünschte wirtschaftliche Ergebnis erzielt. Gegenüber den Finanzbehörden stellen sich die Beteiligten auf den Standpunkt, die A-AG habe kein Grundstück gekauft, so dass auch keine Grunderwerbsteuer anfallen könne.

Lösung zu Beispiel 2: Der vorliegende Sachverhalt löst keine Steuerpflicht gemäß § 1 I Nr. 1 GrEStG aus, weil kein Grundstück gekauft wird. Er ist dem von § 1 I Nr. 1 GrEStG erfassten Sachverhalt wirtschaftlich aber doch recht ähnlich, so dass sich die Frage nach dem Eingreifen einer Missbrauchsvorschrift stellt. Der Gesetzgeber hat diese Gestaltungsvariante erkannt und deswegen in § 1 III Nr. 1 GrEStG eigens eine spezielle Missbrauchsregelung geschaffen. Nach dieser Regelung gilt der Kauf der Anteile einer grundstücksbesitzenden Gesellschaft als Kauf des Grundstücks, wenn mindestens 95% der Anteile der Gesellschaft in der Hand des Erwerbers vereinigt werden. Hier führt der Anspruch auf Übertragung sämtlicher Anteile an der B-GmbH dazu, dass der Tatbestand von § 1 III Nr. 1 GrEStG erfüllt wird. Das bedeutet, dass vorliegend die Auswechslung des Kaufgegenstands das Ziel der Steuerersparnis nicht erreichen kann.

Etwas anderes gilt, wenn die B-AG der A-AG nur 94,9% der Anteile der B-GmbH veräußert und die restlichen 5,1% zurückbehält oder an einen unabhängigen Dritten veräußert.³⁷ Dann ist der Tatbestand von § 1 III Nr. 1 GrEStG nicht erfüllt. Hier stellt sich dann die Frage, ob in einem solchen Fall § 42 I 3 i.V.m. II AO n.F. nicht doch dazu führt, dass die Gestaltung Grunderwerbsteuer auslöst. Nach der oben dargestellten Linie der Rechtsprechung ist § 42 AO neben der speziellen Missbrauchsnorm § 1 III Nr. 1 GrEStG zwar anwendbar, aber inhaltlich so vordeterminiert, dass die knappe Unterschreitung der 95%-Grenze keinen Missbrauchsvorwurf begründen kann.

C. Rechtsfolge

Als Rechtsfolge eines Missbrauchs ordnete § 42 I 2 AO a.F. bislang an, dass der Steueranspruch so wie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entstehe. Auch insoweit kommt es in der Neufassung zu keiner inhaltlichen Änderung. Dieser Blick auf die „verdeckte“ Gestaltung erinnert an die Regelung des § 117 II BGB zum Scheingeschäft.

D. Fazit

Der allgemeine Missbrauchstatbestand des § 42 AO ist und bleibt eine Norm, die jeder steuerliche Berater im Hinterkopf haben muss, wenn er „steueroptimierend“ berät. Diese Norm markiert die Grenze, die der steuerliche Berater bei steuerlichen Strukturierungen nicht überschreiten darf, um zum einen seinem Mandanten ein Vorgehen auf gesicherter Rechtsgrundlage zu ermöglichen und zum anderen sein eigenes Haf-

³³ BFH, BStBl. II 2003, 50, 53.

³⁴ BFH, BStBl. II 2006, 118, 120.

³⁵ Lang, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht¹⁸, 2005, § 5 Rn 99.

³⁶ Driën, in: Tipke/Kruse (Fn. 6), § 42 AO Rn. 20.

³⁷ Es gibt mittlerweile einen eigenen Markt für Gesellschaften, die zur Ermöglichung solcher Grunderwerbsteuervermeidungsstrategien entgeltlich Minderheitsanteile an grundstücksbesitzenden Gesellschaften halten. Solche unabhängigen Minderheitsgesellschafter zur Vermeidung von Grunderwerbsteuer werden in der Praxis „RETT-Blocker“ genannt, wobei RETT die Abkürzung des englischen Begriffs für Grunderwerbsteuer (Real Estate Transfer Tax) ist.

tungsrisiko gegenüber dem Mandanten gering zu halten. Das Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des § 42 AO wurde dementsprechend in der Beraterbranche aufmerksam verfolgt. Die zunächst erwartete erhebliche Verschärfung ist aber ausgeblieben. Insbesondere entfalten spezielle Missbrauchsnormen weiterhin eine wertungsmäßige Sperrwirkung.

Es würde überraschen, wenn die steuerlichen Folgen der Reform den Fiskus zufrieden stellen. Nach dem beschwerlichen Gesetzgebungsverfahren ist eine erneute Reform in näherer Zeit aber unwahrscheinlich. Möglicherweise wird der Steuergesetzgeber eher versuchen, durch einen weiteren Abbau von Steuerbegünstigungen steuerliche Mehreinnahmen zu erzielen. ■

Dr. Sven Timmerbeil, LL.M. und Christoph Stancke, Frankfurt am Main*

Einführung in den Unternehmenskauf

Der Schwerpunktbereich Wirtschaftsrecht befasst sich mit den verschiedensten Rechtsgebieten. Beispielhaft seien hier das Gesellschafts- und Handelsrecht sowie das Wettbewerbs- und Kartellrecht genannt. Im Gegensatz zu seiner großen praktischen Bedeutung genießt der Unternehmenskauf in der Ausbildung dagegen noch ein Schattendasein, obwohl bei einem Unternehmenskauf viele der genannten und weitere Bereiche des Wirtschaftsrechts zum Tragen kommen. Der vorliegende Beitrag will daher eine Einführung in die Struktur und die rechtliche Gestaltung von Unternehmenskäufen geben und dabei auch deren zunehmend angelsächsisch geprägte Terminologie vermitteln.

A. Einleitung

Die Veräußerung eines Unternehmens erfolgt in der Regel durch schlichten Verkauf. Allerdings werden auch Unternehmen zunehmend im Rahmen so genannter Auktions- bzw. Bieterverfahren veräußert; als Verkaufsmakler dienen dabei Investmentbanken oder andere M&A-Berater.¹

Unabhängig von der konkreten Art der Veräußerung (schlichter Verkauf oder Auktionsverfahren), folgen Unternehmensveräußerungen in den meisten Fällen einem bestimmten Grundschemata, an dem sich auch der vorliegende Beitrag orientiert: Es beginnt mit der frühen Phase der Vertragsanbahnung, in der es bereits zur Unterzeichnung erster Vorverträge kommen kann, etwa einer Vertraulichkeitsvereinbarung (*Non-Disclosure Agreement* – *NDA*) oder einer Absichtserklärung (*Letter of Intent* – *LoI*). Sodann folgt eine umfassende Überprüfung des Unternehmens als Kaufgegenstand, die so genannte *Due Diligence*. Nur wenn diese zu einem akzeptablen Ergebnis für den Käufer führt, intensivieren die Parteien nochmals die Verhandlungen. Sind diese erfolgreich, kommt es zum Abschluss (*Signing*) und zum Vollzug (*Closing*) des Unternehmenskaufvertrags. Je nach Transaktionsstruktur können *Signing* und *Closing* zusammenfallen oder aber, insbesondere wenn der Vollzug des Kaufvertrages von bestimmten Bedingungen (sog. *Closing Conditions*), etwa einer Kartellfreigabe, abhängig ist, können zwischen *Signing* und *Closing* Wochen oder Monate liegen.

Einem etwas anderen Schema folgen indes (öffentliche) Übernahmen börsennotierter Unternehmen, die wegen ihrer kapitalmarktrechtlichen Besonderheiten hier keine Berücksichtigung finden sollen.²

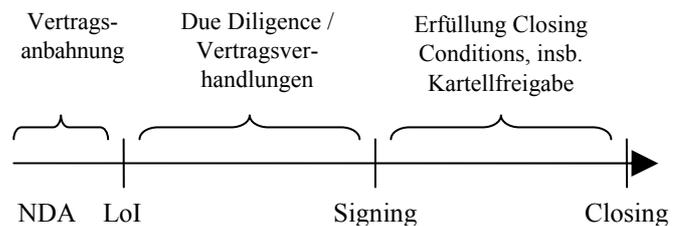


Abb. 1: Grundschemata Ablauf eines Unternehmenskaufes

B. Vertragsanbahnung

Die Vertragsanbahnung erfolgt regelmäßig auf oberster Management-Ebene und teilweise durch Vermittlung professioneller M&A-Berater.

I. Sondierung der Kaufinteressenten

Im herkömmlichen Verkaufsverfahren spricht entweder ein Kaufinteressent gezielt die Inhaber eines Übernahmeobjektes an oder der Verkäufer kontaktiert von sich aus einen oder einige wenige potentielle Kaufinteressenten, oftmals ihm persönlich bekannte Branchenkonkurrenten. Anders verhält es sich bei der Veräußerung eines Unternehmens im Wege eines Auktionsverfahrens.³ Hier wendet sich der Verkäufer von vorne herein an eine Vielzahl potentieller Kaufinteressenten, zu denen sowohl strategische Investoren als auch Finanzinvestoren (insbesondere Private Equity Fonds) zählen können. Diese werden aufgefordert, bei Interesse ein erstes, unverbindliches Angebot abzugeben. Aus dem Kreis der ersten Bieterrunde wählt der Verkäufer sodann die Kandidaten für die 2. Runde aus. Entscheidend für die Auswahl ist dabei nicht allein die Höhe des Angebots, sondern auch dessen Ernsthaftigkeit, die Art der Finanzierung, das Konzept für die Zukunftsentwicklung (z.B. kein Arbeitsplatzabbau) und die begründete Erwartung eines möglichst komplikationsfreien und

* Dr. Sven Timmerbeil, LL.M. ist Rechtsanwalt bei Latham & Watkins in Frankfurt am Main. Christoph Stancke ist Rechtsanwalt bei Baker & McKenzie in Frankfurt am Main.

¹ Im Hinblick auf die stark angelsächsisch geprägte Terminologie spricht man bei Unternehmenskäufen auch von Mergers & Acquisitions (M&A). Eine Erläuterung der wichtigen Fachbegriffe findet sich in: *Risse/Kästle/Gebler, M&A und Corporate Finance* von A-Z, 2006.

² Eine, wenn auch nicht mehr in allen Punkten aktuelle Einführung in das Kapitalmarktrecht findet sich bei *Merkt/Rossbach*, JuS 2003, 217. Zu den neueren Entwicklungen vgl. etwa *Weber*, NJW 2006, 3685.

³ Zu den rechtlichen Problemen bei der Durchführung eines Auktionsverfahrens siehe *Louven/Böckmann*, ZIP 2004, 445.

zeitnahen Abschlusses der Verhandlungen.⁴ Am Ende der zweiten Runde übermitteln die Bieter dem Verkäufer sodann ein verbindliches Angebot und den überarbeiteten Entwurf des vom Verkäufer zur Verfügung gestellten Kaufvertragsentwurfes. Erst danach finden die eigentlichen Verhandlungen zwischen den dann noch verbliebenen Bietern und dem Verkäufer statt.

I. Vertraulichkeit der Verhandlungen

Von vorne herein sieht sich der Verkäufer in der schwierigen Lage, dass er nur dann potentielle Käufer finden und einen angemessenen Kaufpreis für sein Unternehmen erzielen kann, wenn er in gewissem Umfang vertrauliche Informationen über sein Geschäft offen legt, die eine Bewertung und Überprüfung seines Unternehmens zulassen. Dies ist besonders dann problematisch, wenn es sich bei den Kaufinteressenten um Branchenkonkurrenten des zum Verkauf stehenden Unternehmens handelt. Um das damit verbundene Risiko zu minimieren, dass im Falle des Scheiterns der Verhandlungen interne Geschäftsinformationen missbräuchlich genutzt werden, erhöht der Verkäufer die Informationspreisgabe nur schrittweise und verringert dabei gleichzeitig den Kreis der Gesprächspartner entsprechend. Rechtlich kann er durch Geheimhaltungserklärungen oder -vereinbarungen sicherstellen, dass erlangte Informationen nicht an Dritte offenbart und auch nicht zu anderweitigen Zwecken genutzt werden dürfen (so genannte *Non-Disclosure Agreements (NDA)* oder *Confidentiality Agreements*). Diese Vereinbarungen sehen oftmals auch vor, dass bei einem Abbruch der Vertragsverhandlungen die erhaltenen Informationen zurück gegeben oder vernichtet werden müssen und dass in diesem Fall der Käufer für einen Zeitraum von ein bis zwei Jahren keine Mitarbeiter von dem zum Verkauf angebotenen Unternehmen abwerben darf. In Einzelfällen wird bei Verstoß auch eine Vertragsstrafe im Sinne der §§ 339-345 BGB vereinbart.

II. Ernsthaftigkeit der Verhandlungen

Da der Verkaufsprozess neben der für den Verkäufer unangenehmen Offenlegung von sensiblen Geschäftsdaten in der Regel mit nicht unerheblichen Kosten verbunden ist, ist es für alle Beteiligten wichtig, dass die jeweils andere Partei ernsthaft beabsichtigt, die geführten Verhandlungen zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen. Dies kann aus verschiedenen Gründen nicht der Fall sein. So kann sich ein Branchenkonkurrent als Kaufinteressent gerieren, um auf diese Weise an vertrauliche Informationen seines Konkurrenten zu gelangen; oder ein Verkäufer kann einen weiteren Kaufinteressenten nur deswegen im Verkaufsprozess halten, um den Druck auf den eigentlich favorisierten Mitbewerber möglichst hoch zu halten. Üblicherweise kommt es daher schon in der frühen Verhandlungsphase zur Unterzeichnung eines so genannten *Letter of Intent (LoI)*.⁵ Sein Zweck besteht darin, den Stand der Verhandlungen festzuhalten und die Absicht des Erwerbers zu bekunden, vorbehaltlich der Einigung über offene Punkte sowie des Eintritts sonstiger Ereignisse (z.B. Offenlegung von Informationen, Sicherstellung der Finanzierung) den verhandelten Vertrag abzuschließen. Geben sowohl der Verkäufer als auch der Kaufinteressent gemeinsam eine entsprechende Absichtserklärung ab, spricht man auch von einem *Memorandum of Understanding*. In aller Regel soll der *Letter of Intent* – anders als ein Vorvertrag – keine rechtliche Bindungswirkung für den potentiellen Erwerber entfalten, den

Unternehmenskaufvertrag tatsächlich abzuschließen. Verletzt dieser die darin bekundete Absicht zum Vertragsschluss schuldhaft, kommt daher auch keine Haftung auf Ersatz des positiven Interesses und daher auch kein Schadensersatz für entgangenen Gewinn in Betracht.⁶ Allerdings kann der *Letter of Intent* für diesen Fall die Zahlung einer so genannten *Break-up Fee* vorsehen. Daneben kommt wegen des schuldhaften Abbruchs der Vertragsverhandlungen eine auf den Vertrauensschaden gerichtete Haftung aus *culpa in contrahendo* (§§ 280 I, 241 II, 311 II BGB) in Betracht.⁷

B. Due Diligence

Vor Abschluss des Kaufvertrages unterzieht der Käufer das Zielunternehmen regelmäßig einer intensiven rechtlichen Prüfung, der so genannten (*Legal*) *Due Diligence*.

I. Zweck

Der Zweck der *Due Diligence* besteht vor allem darin, die rechtlichen Verhältnisse des Zielunternehmens genau zu erfassen und etwaige Risiken noch vor Abschluss des Kaufvertrages zu erkennen.⁸ Sie umfasst unter anderem die Prüfung, ob der Verkäufer tatsächlich Inhaber der zum Verkauf stehenden Unternehmensanteile ist (nur bei Anteilsabtretung) sowie eine Überprüfung aller wichtigen Verträge, des Eigentums an Grundstücken und anderen wichtigen Vermögensgegenständen, arbeitsrechtlicher Aspekte, öffentlich-rechtlicher Genehmigungen, von Umweltrisiken, gewerblichen Schutzrechten sowie (drohenden) Rechtsstreitigkeiten. Entdeckt der Käufer Risiken, kann er rechtzeitig reagieren, etwa indem er von dem geplanten Unternehmenskauf gänzlich Abstand nimmt, den Kaufpreis entsprechend reduziert oder sich eine entsprechende Garantie oder Freistellung im Unternehmenskaufvertrag einräumen lässt (siehe dazu näher unter Ziffer D.IV.).⁹

II. Ablauf

Eine genaue rechtliche Analyse des Zielunternehmens setzt voraus, dass der Käufer einen weit reichenden Zugang zu unternehmensinternen Informationen und Dokumenten hat. Insofern ist er auf die Kooperationsbereitschaft des Verkäufers angewiesen. Dieser möchte sich in der Regel zwar nicht unkooperativ zeigen, aber gleichzeitig so wenig vertrauliche Geschäftsdaten wie möglich preisgeben. Insbesondere ist er daran interessiert, weiterhin die Kontrolle über die zur Verfügung gestellten Dokumente zu behalten. Üblicherweise stellt er daher die Dokumente für einen bestimmten, oft sehr kurzen Zeitraum, in einem so genannten Datenraum bereit. Dabei kann es sich um echte Räume im physischen Sinne handeln. In diesem Fall muss der Käufer – unterstützt von Rechts- und Wirtschaftsberatern – die teilweise sehr umfangreiche Dokumentation, deren Vervielfältigung zudem häufig

⁴ Picot, Handbuch Mergers & Acquisitions³, 2005, S. 25.

⁵ Ausführlich zum Letter of Intent Kösters, NZG 1999, 623.

⁶ Geyrhälter/Zirngibl/Strehle, DStR 2006, 1559.

⁷ Geyrhälter/Zirngibl/Strehle, DStR 2006, 1559, 1560. Zum Kostenersatz beim Abbruch von Vertragsverhandlungen in M&A Transaktionen siehe auch OLG Stuttgart, WM 2007, 1743 sowie Ziegler/Stancke, M&A Review 2008, 28.

⁸ Triebel, Mergers & Acquisitions, 2004, S. 248; Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹², Rn. 12; vgl. auch Werner, GmbHR 2007, 678.

⁹ Zu den ökonomischen Funktionen der Due Diligence siehe auch Liekefett, Due Diligence bei M&A Transaktionen, 2005, S. 37.

untersagt ist, vor Ort unter Beaufsichtigung des Verkäufers begutachten. Daneben sind zunehmend so genannte elektronische Datenräume anzutreffen. Hierbei handelt es sich schlicht um online verfügbar gemachte Dokumentendatenbanken, für welche dem Käufer unter Wahrung bestimmter Sicherheitsmechanismen und technischen Einschränkungen Zugang gewährt wird. Die Vielzahl der Dokumente, der relativ kurze Zeitraum sowie die Diversität der betroffenen Rechtsgebiete machen auf Seiten des Käufers häufig ein ganzes Team aus Rechtsanwälten erforderlich (daneben Wirtschaftsprüfer und Steuerberater für die so genannte *Financial Due Diligence*). Das Ergebnis ihrer Untersuchung fassen diese in einem umfassenden rechtlichen Gutachten zusammen, dem so genannten (*Legal*) *Due Diligence Report*. Er dient dem Kaufinteressenten als Grundlage für die Beurteilung der dem zu kaufenden Unternehmen immanenten rechtlichen Risiken.⁷

III. Rechtliche Bedeutung

Die *Due Diligence* kann wesentliche Auswirkungen auf die Rechtsstellungen der Parteien haben, von denen folgende besonders hervorzuheben sind:

1. Reduzierung der Aufklärungspflichten?

Nach §§ 311 II, 241 II BGB kann der Verkäufer dem Käufer im vorvertraglichen Stadium zur Aufklärung verpflichtet sein. Unter anderem hat er den Käufer auch ungefragt über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck des Käufers vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern der Käufer deren Mitteilung nach den Verkehrsumständen erwarten durfte.⁸ Bestehen und Umfang der Aufklärungspflicht bestimmen sich nach Treu und Glauben und hängen maßgeblich von der Schutzbedürftigkeit des Käufers ab.⁹

So muss der Verkäufer etwa sämtliche Verbindlichkeiten des Unternehmens ungefragt offenbaren, wenn deren Existenz die Überlebensfähigkeit des Unternehmens wegen drohender Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung ernsthaft gefährdet.¹⁰ Andere Gegebenheiten des Einzelfalles können diese Aufklärungspflicht aber wieder reduzieren. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn der Käufer keine Verbindlichkeiten übernimmt und das Unternehmen in den branchengleichen Betrieb des Käufers eingegliedert werden soll. Eine Aufklärungspflicht besteht in diesem Fall aber jedenfalls insoweit, als der Vertragszweck bei einer Eingliederung in das eigene Unternehmen, etwa die gewinnbringende Erzielung von Synergieeffekten, gefährdet wird.¹¹

Verfügt der Käufer – wie dies regelmäßig bei Unternehmenskäufen der Fall ist – über genügend eigene Kompetenz zur Auswertung von Informationen, reduziert sich seine Schutzbedürftigkeit im Wesentlichen auf die Möglichkeit zur Informationserlangung und zur Prüfung des Kaufgegenstandes.¹² Bietet nun der Verkäufer dem Käufer die Möglichkeit, eine *Due Diligence* durchzuführen, ist der Käufer nicht mehr oder nur noch sehr begrenzt schutzwürdig, während der Verkäufer je nach Umfang und Vollständigkeit der im Datenraum zur Verfügung gestellten Informationen seiner vorvertraglichen Aufklärungspflicht weitgehend entsprechen kann.¹³ Verletzt der Verkäufer eine bestehende Aufklärungspflicht, kommt eine Haftung nach §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB in Betracht, wobei im Einzelnen umstritten ist, ob und inwieweit die Ansprüche aus *culpa in contrahendo* durch die Sachmängelgewährleistungsvorschriften der §§ 434-447 BGB verdrängt werden.¹⁴

2. Haftungsausschluss nach § 442 I BGB

Nach § 442 I 1 BGB sind die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen, wenn dieser den Mangel bei Vertragsschluss kennt. Dies kann zu dem merkwürdig anmutenden Ergebnis führen, dass der Käufer, der zum eigenen Schutz eine kosten- und zeitintensive *Due Diligence* durchführt, die Verschlechterung seiner Rechtsposition riskiert, da er im Rahmen der *Due Diligence* offen gelegte Informationen gegen sich gelten lassen muss. Darüber hinaus kommt nach § 442 I 2 BGB ein Ausschluss der Haftung auch dann in Betracht, wenn dem Käufer ein Mangel aufgrund grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Deswegen läuft sogar derjenige Käufer Gefahr, in den Anwendungsbereich des § 442 BGB zu fallen, der eine ihm angebotene *Due Diligence* nicht oder nicht ordentlich durchführt.¹⁵ In der Praxis spielt diese Problematik insoweit eine untergeordnete Rolle, als dass die Parteien häufig die Anwendbarkeit der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche samt § 442 BGB ausschließen. Dennoch stellt die Implementierung einer vergleichbaren Regelung in das ersatzweise vertraglich vereinbarte Gewährleistungssystem einen beliebten Streitpunkt in den Verhandlungen des Kaufvertrags dar.

C. Der Unternehmenskaufvertrag

Rechtliche Grundlage für den Kauf eines Unternehmens ist der Unternehmenskaufvertrag. Auch wenn es sich hierbei letztlich um einen Kaufvertrag im Sinne der §§ 433-479 BGB handelt, enthält ein Unternehmenskaufvertrag regelmäßige umfassende und abschließende Regelungen, die einen Rückgriff auf das BGB weitgehend entbehrlich machen, teilweise sogar ausdrücklich ausschließen. Grund hierfür ist zum einen, dass das internationale und damit auch das deutsche Unternehmenskaufrecht hinsichtlich der Vertragsgestaltung sehr stark durch die U.S.-amerikanische Vertragspraxis geprägt ist.¹⁶ Zum anderen aber auch, dass es sich bei einem Unternehmen um einen sehr komplexen Kaufgegenstand handelt, bei dem sich die Regelungen des BGB als nicht immer sachgerecht erweisen.¹⁷

I. Share Deal und Asset Deal

Ein Unternehmen kann durch Übertragung der Gesellschaftsanteile an der das Unternehmen haltenden Zielgesellschaft (*Target*) übertragen werden. Man spricht dann von einem

⁷ Ausführlich hierzu *Elfring*, JuS 2007, Beilage Heft 5.

⁸ Vgl. BGH, NJW 2002, 1042, 1043.

⁹ *Emmerich*, in: MüKo-BGB⁴, 2003, § 311 Rn. 134.

¹⁰ BGH, DStR 2002, 1098.

¹¹ So etwa im Fall von BGH, NJW 2002, 1042, 1043.

¹² Vgl. BGHZ 63, 382; NJW 1991, 1223, 1224; 1971, 1795, 1799; 1986, 918, 919; *Richert*, Die *Due Diligence* beim Unternehmenskauf mit internationalem Bezug, 2004, S. 186 sowie *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 843.

¹³ Diese Frage ist im Einzelnen umstritten. Für eine Reduzierung der Aufklärungspflicht des Verkäufers bei Durchführung einer *Due Diligence* durch den Käufer etwa *Wagner*, DStR 2002, 958 und *Huber*, AcP 202 (2002), 179, 217 f.; dagegen aber beispielsweise *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841.

¹⁴ Vgl. hierzu *Barnert*, WM 2003, 416 m.w.N.

¹⁵ Im Einzelnen umstritten, vgl. *Beisel/Klump*, Der Unternehmenskauf⁶, Kap. 16 Rn. 52.

¹⁶ Vgl. zur Gestaltung internationaler Wirtschaftsverträge im Allgemeinen auch die Einführung von *Döser*, JuS 2000, 246; 2000, 456; 2000, 663; 2000, 773; 2000, 869; 2000, 972; 2000, 1076; 2000, 1178; 2001, 40.

¹⁷ *Knott*, NZG 2002, 249, 256.

Share Deal. Der Unternehmenskaufvertrag wird dann auch *Share Purchase Agreement (SPA)* genannt; handelt es sich bei der Zielgesellschaft um eine Aktiengesellschaft, spricht man auch vom *Stock Purchase Agreement*.

Alternativ können aber auch nur die einzelnen das Unternehmen bildenden Vermögensgegenstände, wie etwa Maschinen, Lagerbestände, Verträge, Grundstücke, aber auch Verbindlichkeiten ohne die Hülle der die *Assets* und Verbindlichkeiten haltenden Gesellschaft übertragen werden. Dann handelt es sich um einen *Asset Deal*. Der Unternehmenskaufvertrag wird dann auch *Asset Purchase Agreement* genannt.¹⁸

Obwohl das *Share Purchase Agreement* und das *Asset Purchase Agreement* inhaltlich ähnlich ausgestaltet sind, sind die Unterschiede zwischen den beiden Erwerbskonstruktionen mannigfaltig. Neben den steuerlichen Unterschieden¹⁹ seien hier beispielhaft vier rechtliche Unterschiede genannt:

1. Übertragungsakt und Bestimmtheitsgrundsatz

Da beim *Share Deal* nur die Gesellschaftsanteile an der Zielgesellschaft Kaufgegenstand sind, kann dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz verhältnismäßig einfach durch deren Beschreibung genüge getan werden.

Beim *Asset Deal* hingegen bedarf es für jeden zum Unternehmen gehörenden Vermögensgegenstand eines gesonderten, dem Bestimmtheitsgebot entsprechenden Übertragungsaktes. Daher muss das *Asset Purchase Agreement* alle Vermögensgegenstände, die übertragen werden sollen, einzeln aufzuführen. Bloße Mengenangaben genügen nicht.²⁰ Insbesondere bei Verweisen auf Bilanzen oder zusammenfassende Beschreibungen ist darauf zu achten, dass die Vermögensgegenstände eindeutig zugeordnet werden können.²¹ Das *Asset Purchase Agreement* enthält daher meist sog. *Asset-Listen* als Anlagen. Je nach Art des Vermögensgegenstandes sind ferner Besonderheiten beim Übertragungsakt (z.B. Übergabe von beweglichen Sachen, Eintragung ins Grundbuch bei Grundstücken, Zustimmung Dritter beim Übergang von Verträgen) zu berücksichtigen.

2. Formerfordernisse

Anders als der Erwerb von Aktien bedarf der Unternehmenskaufvertrag hinsichtlich des Erwerbs von Geschäftsanteilen einer GmbH der notariellen Beurkundung (§ 15 III, IV GmbHG). Dagegen bedarf der *Asset Deal*, sofern zu den Vermögensgegenständen des Unternehmens keine Grundstücke oder GmbH-Geschäftsanteile gehören, grundsätzlich nicht der notariellen Beurkundung. Ausnahmsweise kann allerdings auch eine notarielle Beurkundung des *Asset Purchase Agreements* nach § 311b III BGB erforderlich sein, wenn es sich bei den zu erwerbenden Vermögensgegenständen um das „Vermögen“, also die Gesamtheit (oder nahezu die Gesamtheit) der Aktiva ohne Passiva²² (sog. *Asset-Leerkauf*) handelt. Hier können in der Praxis Unklarheiten auftreten, wann es sich tatsächlich um eine Vermögensgesamtheit handelt.²³

3. Übernahme von Haftungsrisiken

Beim *Share Deal* werden mit dem Kauf der Zielgesellschaft auch sämtliche darin befindlichen Haftungsrisiken übernommen. Diese Haftungsrisiken können den Wert des erworbenen Unternehmens beträchtlich mindern. Allerdings ist die Haftung regelmäßig auf die Zielgesellschaft begrenzt, jedenfalls wenn es sich dabei um eine Kapitalgesellschaft handelt.

Eine Durchgriffshaftung, also der Rückgriff auf den Erwerber als neuen Gesellschafter, kommt dann nur in Ausnahmefällen in Betracht.²⁴ Beim *Asset Deal* können die Parteien dagegen die zu übernehmenden Verbindlichkeiten bestimmen. Verborgene Haftungsrisiken verbleiben beim Veräußerer, sieht man einmal von den Sonderregelungen der § 25 HGB (Haftung für betriebliche Verbindlichkeiten des früheren Inhabers bei Fortführung der bisherigen Firma) und § 75 AO (Haftung des Betriebsübernehmers für Betriebssteuern) sowie der gefahrenabwehrrechtlichen Zustandsverantwortlichkeit ab.

4. Übergang von Arbeitnehmern

Bei einem *Share Deal* gelten die mit der Zielgesellschaft bestehenden Arbeitsverhältnisse, eine etwaige Tarifbindung sowie vereinbarte Betriebsvereinbarungen fort.²⁵ Ein Betriebsübergang im Sinne von § 613a BGB liegt nicht vor und falls ein Betriebsrat existiert, hat dieser regelmäßig keine Mitwirkungsrechte.

Bei einem *Asset Deal* gehen die Arbeitsverhältnisse gemäß § 613a BGB kraft Gesetzes über, sofern ein Betrieb oder ein Betriebsteil übertragen wird. In der Praxis kann es allerdings erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten geben, ob ein Betriebsteil im Sinne von § 613a BGB vorliegt.²⁶ Darüber hinaus haben die betroffenen Arbeitnehmer nach § 613a BGB ein Widerspruchsrecht, was sowohl auf Seiten des Veräußerers als auch des Erwerbers bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist zu Unsicherheiten führen kann. Der Veräußerer ist regelmäßig daran interessiert, dass alle zu dem veräußerten Betrieb gehörenden Arbeitnehmer mit übergehen. Umgekehrt kann es für den Erwerber wichtig sein, dass diejenigen Arbeitnehmer übergehen, die für die Fortführung des Betriebes erforderlich sind und/oder eine besondere Expertise besitzen.

5. Die Entscheidung zwischen *Share Deal* und *Asset Deal*

Ob ein Unternehmenskauf als *Share Deal* oder als *Asset Deal* strukturiert wird, hängt von verschiedenen Erwägungen ab, von denen hier nur einige wenige exemplarisch aufgezeigt werden sollen. Wie bereits unter Ziffer D. I. 1. ausgeführt, müssen wegen des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes bei einem *Asset Deal* alle zu übertragenden Vermögensgegenstände genau bestimmt werden. In der Praxis geschieht dies durch Erstellung umfangreicher Anlagen zum Unternehmenskaufvertrag. Die Erstellung des Unternehmenskaufvertrags und seiner Anlagen gestalten sich daher bei einem

¹⁸ Mischformen von *Asset* und *Share Deals* sind ebenfalls möglich, hierzu *Kästle/Oberbracht*, Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement, 2005, S. 8.

¹⁹ Siehe zu den steuerlichen Unterschieden die Darstellungen bei *Kästle/Oberbracht* (Fn. 21), S. 5-8; *Holzappel/Pöllath* (Fn. 8), Rn. 137; *Picot* (Fn. 4), S. 84 und *Elser*, DStR 2002, 1827.

²⁰ Vgl. BGH, NJW 1994, 133 („alle Gegenstände einer Gattung“ reicht aus).

²¹ Näher dazu *Beisel/Klumpff* (Fn. 18), Kap. 4 Rn. 29.

²² *Palandt/Grüneberg*⁶⁶, 2007, § 311b III, Rn. 66.

²³ Ausführlich zur Frage der Beurkundungspflicht von *Asset-Leerkäufen* in jüngerer Zeit *Böttcher*, NZG 2005, 950, *Heckschen*, NZG 2006, 772 und *Müller*, NZG 2007, 2001. Siehe auch *Hermanns*, ZIP 2006, 2296.

²⁴ Vgl. zur Durchgriffshaftung die aktuelle grundlegende Entscheidung BGH, NJW 2007, 2689. Hierzu auch *Altmeppen*, NJW 2007, 2658 und *Paefgen*, DB 2007, 1907 sowie die rechtsgebietsübergreifende Betrachtung von *Mansdörfer/Timmerbeil*, WM 2004, 362.

²⁵ Vgl. BAG, NJW 1991, 247; NZA 1991, 63, 64 f.

²⁶ EuGH, NJW 2006, 889, 890; BAG, NJW 2006, 2138; 2004, 2324, 2325 f.; NZA 2006, 668, 669.

Asset Deal in der Regel als deutlich zeitaufwändiger. Sollen im Rahmen eines *Asset Deals* auch Verträge (z.B. Kunden-, Liefer- und Lizenzverträge) übernommen werden, muss ferner die Zustimmung der jeweiligen Vertragspartner eingeholt werden. Gerade wenn das Zielunternehmen von der Fortführung besonders wichtiger Verträge abhängig ist (z.B. im Falle eines strategisch wichtigen Großkunden, der einen Großteil des Umsatzes der Zielgesellschaft beisteuert), kann dieser Aspekt gegen die Gestaltung des Kaufvertrags als *Asset Deal* sprechen. Darüber hinaus gestaltet sich der *Share Deal* für den Verkäufer aus steuerlicher Sicht regelmäßig günstiger.²⁷ In der Praxis kommen *Share Deals* daher deutlich häufiger vor. Ein *Asset Deal* kommt primär beim Erwerb von Einzelwirtschaftsgütern, Teilbetrieben oder Unternehmen in der Krise in Betracht. In letzterem Fall vor allem, um eine ungewollte Übernahme von Verbindlichkeiten zu vermeiden (vgl. Ziffer D. I. 3.).

II. Signing und Closing

In der weit überwiegenden Zahl der Unternehmenskäufe fallen der Zeitpunkt des Vertragsschlusses (*Signing*), also die schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung des Unternehmens, sowie der Zeitpunkt des Vollzugs des Unternehmenskaufes (*Closing*), also der dingliche Übergang des Unternehmens und der mit ihm verbundenen Rechte und Pflichten, auseinander. Ein häufiger Grund hierfür ist, dass nach dem *Signing* erst noch die kartellrechtliche Freigabe für den Unternehmenszusammenschluss erteilt werden muss. Deshalb steht der Vollzug des Unternehmenskaufes regelmäßig unter der aufschiebenden Bedingung (*Closing Condition*) der Kartellfreigabe. Weitere *Closing Conditions* können beispielsweise sein: Erforderliche Zustimmungen bestimmter Gremien des Veräußerers, des Erwerbers und/oder der Zielgesellschaft (z.B. Aufsichtsrat), die Unterzeichnung von Nebenverträgen meist zwischen der Zielgesellschaft und dem Veräußerer (z.B. Liefervereinbarungen, Mietverträge, Lizenzverträge) sowie das Ausbleiben wesentlicher nachteiliger Entwicklungen des Zielunternehmens (*Material Adverse Change*)²⁸ zwischen *Signing* und *Closing*.

III. Der Kaufpreis

Nur selten wird ein Unternehmen zu einem Festpreis verkauft. Da beispielsweise im Zeitpunkt des *Closing* der genaue Bestand des Umlaufvermögens des Unternehmens noch nicht klar ist, sondern dieser regelmäßig erst im Rahmen der nach dem *Closing* zu erstellenden *Closing Date Financial Statements* festgestellt wird, vereinbaren die Parteien häufig eine Kaufpreisanpassung. Der Unternehmenskaufvertrag enthält daher eine Kaufpreisformel, die unterschiedlich ausgestaltet sein kann.²⁹

1. Bilanzorientierte Kaufpreisberechnung

Bei dieser Berechnungsmethode einigen sich die Parteien auf einen Ausgangsbetrag als Kaufpreis (*Base Amount*) unter der Annahme, dass das Unternehmen weder Barmittel (*Cash*) noch Finanzverbindlichkeiten (*Financial Debt*) hat (*cash-free/debt-free*). Folglich werden die Finanzverbindlichkeiten von der *Base Amount* abgezogen und etwaige Barmittel hinzuaddiert.

In einem zweiten Schritt wird dann ein positives Nettoumlaufvermögen (*Net Working Capital*) im Zeitpunkt des *Closing* hinzuaddiert – hierzu gehören beispielsweise Vorräte,

und Forderungen aus Lieferungen und Leistungen (vgl. auch § 266 II B HGB) – und ein negatives Nettoumlaufvermögen abgezogen. In Betracht kommt darüber hinaus eine Anpassung des Kaufpreises an die Entwicklung des Eigenkapitals (*Net Equity*; vgl. auch § 266 III A HGB). Durch diese Anpassungsmechanismen wird verhindert, dass der Veräußerer das Nettoumlaufvermögen oder das Eigenkapital zum Nachteil des Erwerbers zwischen *Signing* und *Closing* absenken kann. Häufiger Streitpunkt zwischen den Parteien sind bei dieser Berechnungsmethode die Definitionen der einzelnen Posten, insbesondere die Definition von Finanzverbindlichkeiten. Denn je weiter der Begriff der Finanzverbindlichkeiten im Unternehmenskaufvertrag verstanden wird, desto geringer ist letztlich der vom Käufer zu zahlende Kaufpreis. Da die betreffenden Positionen im Zeitpunkt des *Closing* oftmals noch nicht feststehen, wird regelmäßig zunächst ein vorläufiger Kaufpreis bezahlt, der dann nach der Festlegung dieser Positionen durch einen neutralen Wirtschaftsprüfer angepasst wird.

2. Geschäftsergebnisorientierte Kaufpreisberechnung

Bei dieser Berechnungsmethode wird das Jahresergebnis des Zielunternehmens oder das durchschnittliche Jahresergebnis beispielsweise der letzten drei Geschäftsjahre mit einem bestimmten Faktor (*Multiple*) multipliziert; anschließend erfolgt gegebenenfalls eine Bereinigung um außerordentliche Ergebnisse (z.B. außerordentliche Veräußerungserlöse). Das Jahresergebnis wird dabei häufig in Gestalt des EBIT, also dem Unternehmensgewinn vor Zinsen und Steuern (*Earnings before Interest and Tax*), oder EBITDA, also dem Unternehmensgewinn vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen (*Earnings before Interest, Taxes Depreciation and Amortization*) erfasst. Der Kaufpreis hängt bei dieser Kaufpreisformel maßgeblich vom *Multiple* ab, das der Erwerber frei bestimmen kann, das sich aber häufig an dem Unternehmenswert vergleichbarer Unternehmen der betreffenden Branche orientiert. Je nach Branche und Größe des Unternehmens variieren die durchschnittlichen EBIT-*Multiples* derzeit von 3,4 (kleine und mittlere Unternehmen der Bau- und Handwerksbranche) bis zu 8,0 (große Unternehmen der Pharmabranche).³⁰

3. Earn Out Klauseln

Ferner kann der Kaufpreis von der zukünftigen Geschäftsentwicklung abhängig gemacht werden; so zum Beispiel wenn der Erwerber den Kaufpreis im Zeitpunkt des Kaufes nicht vollständig aufbringen kann oder in den Folgejahren eine besonders gute Geschäftsentwicklung zu erwarten ist. Dies geschieht durch Beteiligung des Veräußerers an dem Geschäftsergebnis der Folgejahre (*Earn Out*).³¹ Problematisch dabei ist, dass der Veräußerer in dem maßgeblichen Zeitraum keinen Einfluss mehr auf den Geschäftsbetrieb hat, der *Earn Out* mithin allein vom unternehmerischen Handeln des Erwerbers abhängt und dieser das Geschäftsergebnis für die be-

²⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 22.

²⁸ Ausführlich dazu Picot/Duggal, DB 2003, 2635; Lange, NZG 2005, 454 und Schmittner, M&A Review 2005, 322. Zu Material Adverse Change-Klauseln in U.S. amerikanischen Unternehmenskaufverträgen siehe Schlösser, Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) 2006, 889.

²⁹ Näher dazu Bruski, BB 2005 Sonderbeilage 7, S. 19 sowie Hilgard, DB 2007, 559.

³⁰ FINANCE, März/2008, S. 70 f.

³¹ Näher dazu Baums, DB 1993, 1273 und Vischer, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 98 (2002), 509.

treffenden Jahre sogar negativ beeinflussen kann. Hier bedarf es vertraglicher Schutzmechanismen zugunsten des Veräußerers. Beispielhaft sei hier die Unbeachtlichkeit bestimmter Ereignisse bei der Berechnung des *Earn Out* (z.B. Abweichung von einem vereinbarten *Business Plan*) genannt.

IV. Gewährleistungen und Freistellungen

Gemäß angelsächsischem Vorbild wird das gesetzliche Gewährleistungsrecht bei einem Unternehmenskauf von den Parteien nahezu immer ausgeschlossen und im Unternehmenskaufvertrag ein eigenständiges, auf die Interessen der Parteien und das Zielunternehmen abgestimmtes Haftungsregime vereinbart.

1. Representations & Warranties

Representations & Warranties sind selbständige Garantien im Sinne von § 311 I BGB, die nicht § 444 BGB unterliegen.³² Sie werden regelmäßig verschuldensunabhängig für den Zeitpunkt des *Signing* und häufig auch für den Zeitpunkt des *Closing* gewährt. Teilweise werden sie aber dahin gehend eingeschränkt, dass diese nach bestem Wissen und Gewissen (*to Seller's Best Knowledge*) abgegeben werden.

In den *Representations & Warranties* sichert der Veräußerer³³ dem Erwerber den Bestand des Unternehmens zu. Dies geschieht anhand eines umfassenden Katalogs von Garantien, die beispielsweise die Existenz der gekauften Gesellschaftsanteile (beim *Share Deal*) und das Vorliegen aller für den Betrieb des Unternehmens erforderlichen Genehmigungen zum Gegenstand haben. Dazu gehören aber auch so genannte Negativverklärungen, in denen der Veräußerer das Nichtvorliegen bestimmter Umstände zusichert, etwa dass es in den letzten drei Jahren – außer den im Vertrag ausdrücklich offen gelegten – keinen signifikanten Produkthaftungsfall gegeben hat. Liegt indes ein solcher Umstand vor, kann der Veräußerer dies im Vertrag bzw. einer entsprechenden Anlage offen legen (*Disclosure*) und dadurch einen entsprechenden Schadensersatzanspruch ausschließen.

Von den *Representations & Warranties* zu unterscheiden sind die *Covenants*, d.h. bestimmte Pflichten, die den Parteien für die Zeit zwischen *Signing* und *Closing* auferlegt werden. Eine gängige *Covenant* ist beispielsweise die Verpflichtung des Veräußerers den Betrieb des Zielunternehmens bis zum *Closing* in bisheriger Weise fortzuführen (*Ordinary Course of Business*).

2. Haftungsbeschränkungen und -erweiterungen

Üblicherweise werden die *Representations & Warranties* in verschiedener Weise begrenzt. In Betracht kommen etwa Haftungshöchstbeträge (*Caps*), Bagatellgrenzen (*De Minimis Amount*) und Freigrenzen (*Threshold Amount*).³⁴ Ferner werden besondere Verjährungsregeln getroffen und je nach Verhandlungsposition des Verkäufers der Ersatz von entgangenem Gewinn und Mangelfolgeschäden ausgeschlossen.³⁵ Ein nicht zu unterschätzender Aspekt ist auch die Ersatzfähigkeit von Schäden, die das Zielunternehmen, das ja nicht Partei des Unternehmenskaufvertrages ist, durch die Verletzung einer *Representation & Warranty* erlitten hat. Die Parteien müssen schließlich auch Einigkeit darüber erzielen, wessen Wissen sich der Erwerber zurechnen lassen muss, insbesondere ob hier auch schon das Wissen der Anwälte und sonstigen Berater des Erwerbers zu einem Anspruchsauschluss führt.³⁶

3. Freistellungen

Neben den *Representations & Warranties* ist es insbesondere für die Bereiche Steuern und Umwelt/Altlasten zwischenzeitlich gängige Praxis, dass der Verkäufer Freistellungen (*Indemnities*) gewährt, d.h. er verpflichtet sich beispielsweise den Käufer von allen das Zielunternehmen betreffenden und noch offenen Steuern freizustellen, soweit sich diese auf einen Zeitraum vor dem *Closing* beziehen. Die Ausgestaltung dieser Freistellungen im Einzelnen ist wegen des potentiell weitreichenden Haftungsrisikos (vor allem auch im Bereich Umwelt/Altlasten) allerdings häufig Gegenstand langwieriger Verhandlungen zwischen den Parteien. Freistellungen werden regelmäßig nicht den oben unter Ziffer D. IV. 2.) ausgeführten Haftungsbeschränkungen unterstellt und es wird oft eine längere Verjährung (z.B. 5 Jahre) vereinbart.

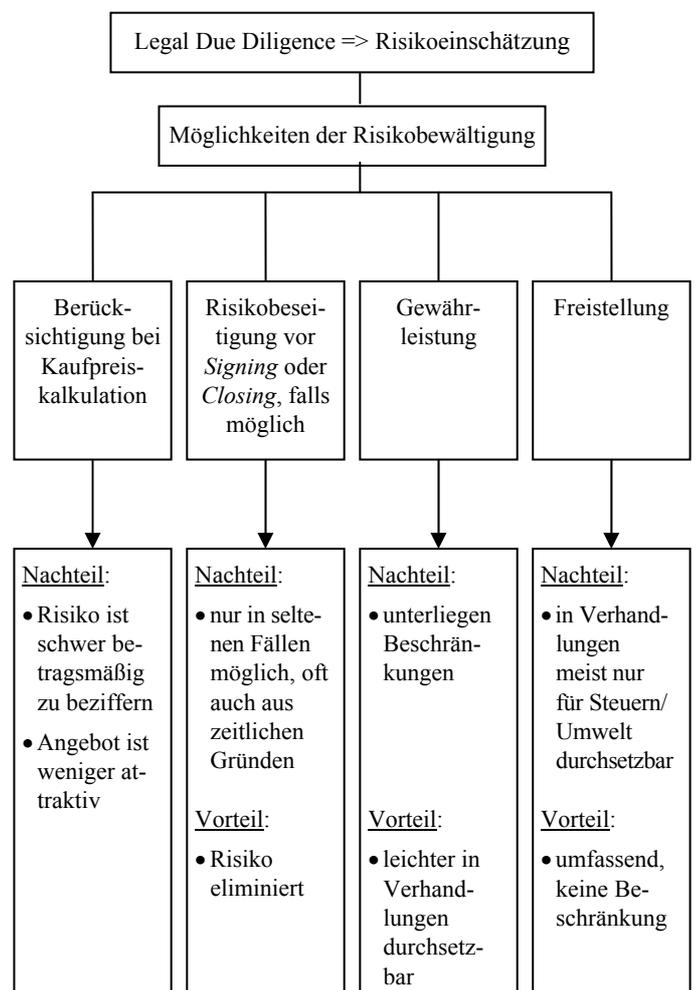


Abb. 2: Möglichkeiten der Berücksichtigung von im Rahmen der *Due Diligence* aufgedeckten rechtlichen Risiken

³² Schreiben des Bundesministeriums der Justiz an den Bundesverband der Deutschen Industrie vom 10.1.2003, Geschäftszeichen I B 2, vgl. AG 2003, R 160. Siehe auch *Kindl*, WM 2003, 409, 415.

³³ Zu *Representations & Warranties*, die vom Erwerber abgegeben werden siehe *Kästle/Oberbracht* (Fn. 21), S. 194 f., *Grabowski*, DStR 1993, 20.

³⁴ Ausführlich hierzu *Hilgard*, BB 2004, 1233.

³⁵ Zur Berechnung des Schadens im Fall der Verletzung von Garantien eines Unternehmenskaufvertrages siehe *Hilgard*, ZIP 2005, 1813.

³⁶ Näher dazu *Goldtschmidt*, ZIP 2005, 1305.

D. Der Vollzug des Unternehmenskaufes

Ist die gegebenenfalls erforderliche Kartellfreigabe erteilt³⁷ und sind auch alle übrigen *Closing Conditions* erfüllt oder wurde auf diese, soweit dies im Unternehmenskaufvertrag vorgesehen ist, wirksam verzichtet (*Waiver*), findet das *Closing* statt. Beim *Closing* nehmen die Parteien die *Vollzugs-handlungen* vor (*Closing Actions*), die im Unternehmenskaufvertrag festgelegt sind. Hierzu gehören insbesondere die Zahlung des Kaufpreises, die Übergabe etwaiger verbriefteter Gesellschaftsanteile sowie die Unterzeichnung einer Vollzugsbestätigung (*Closing Confirmation*) durch die Parteien.

Mit dem *Closing* ist der Unternehmenskauf abgeschlossen. Allerdings können sich daran noch sog. *Post-Closing* Maßnahmen anschließen, etwa eine gemeinsame Presseerklärung der Parteien, der Austausch des Managements, soweit dies noch nicht zum *Closing* erfolgt ist, die Benachrichtigung von Lieferanten und Kunden sowie gesellschaftsrechtliche Restrukturierungen und die Eingliederung des Zielunternehmens in die IT-Infrastruktur des Erwerbers. Die *Post-Closing* Maßnahmen werden im Unternehmenskaufvertrag regelmäßig nur ansatzweise geregelt.

E. Schlussbetrachtung

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass ein Unternehmenskauf hinsichtlich seiner Terminologie, den gewählten Instrumentarien und der Vertragsgestaltung häufig eigenen Regeln folgt, die die Parteien zunehmend nach angelsächsischem Vorbild wählen. Das Gewährleistungsrecht unterliegt in nahezu allen Fällen einem eigenständigen Haf-

tungsregime. Gleichwohl sind *Letter of Intent*, *Due Diligence* und Unternehmenskaufvertrag beim Verkauf eines deutschen Unternehmens regelmäßig nach deutschem Recht zu beurteilen.

Da die Parteien häufig für den Fall von Streitigkeiten den Weg zu den staatlichen Gerichten ausschließen und stattdessen ein (nicht öffentliches) Schiedsgericht wählen, ist das Unternehmenskaufrecht den ordentlichen Gerichten weitgehend entzogen. So wird das Unternehmenskaufrecht auch weiterhin eine Spezialmaterie bleiben, die weniger durch Gesetz und ordentliche Rechtsprechung als vielmehr durch die aktuellen Standards der beherrschenden Märkte geprägt und fortentwickelt wird.

Reizvoll ist die Thematik für junge Juristen aufgrund der facettenreichen Problemstellungen allemal. Und wegen des Zusammenspiels verschiedener Rechtsgebiete, die hier allenfalls im Ansatz aufgezeigt werden konnten, scheint der Unternehmenskauf gerade auch für mündliche Prüfungen geeignet. Junge Juristen, die eine spätere wirtschaftsrechtliche Tätigkeit anstreben, werden schließlich aufgrund der großen Bedeutung von Unternehmenskäufen in der anwaltlichen Praxis auf die eine oder andere Weise ohnehin mit dieser besonderen Thematik in Berührung kommen. ■

³⁷ Einführend *Holzapfel/Pöllath* (Fn. 8), Rn. 49-69. Zu den zivilrechtlichen Auswirkungen von Verstößen gegen fusionskontrollrechtliche Vollzugsverbote siehe *Leupold/Timmerbeil*, EWS 2007, 155. Ein Überblick zu den neueren Entwicklungen findet sich bei *Emmerich*, AG 2007, 517.

International

Thomas P. Ferguson, St. Louis (USA)*

Observations on the Securitization of Non-Performing Loans in Russia

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit der Verbriefung notleidender Kredite in Russland. Einer allgemeinen Darstellung der Verbriefung von Krediten und deren volkswirtschaftlichen Implikationen folgt eine Beschreibung der spezifischen Möglichkeiten und Hindernisse für die Verbriefung notleidender Kredite in Russland.

A. Introduction

Asset securitization is a burgeoning trend in Russia as companies burdened by poor credit ratings seek access to capital at lower costs than they would be allowed in traditional equity or debt markets. In other countries, non-performing loan portfolios are assets that are frequently securitized. But securitization of these bad loans has not occurred in Russia at the levels one might expect. This has been due to both a relatively small amount of loans that under-perform as well as impediments – legal and regulatory – that have discouraged investors and lenders alike. However, expansion of consumer credit in Russia and the circumstances under which it is occurring indicate that the level of non-performing loans is due to rapidly increase and as the rationale for maintaining the

impediments that stand in the way of securitizing these loans is being re-examined, those impediments are being scaled back to make way for market participants to engage in such securitizations. Thus, this article anticipates a significant rise in the level of non-performing loans, which will be logically paired with an increased interest of Russian lenders in securitizing these assets.

B. Landscape

Asset securitization is a financing technique in which financial assets, in many cases themselves less liquid, are pooled and converted into tradable securities that may be offered and sold in the capital markets and can target a broader investor base with different risk characteristics.¹ In a basic securitiza-

* J.D./M.B.A. Candidate (2008) Washington University in St. Louis; B.S. (2003) Loyola University New Orleans. The author is also an alumnus of the Bucerius International Exchange Program in International and Comparative Business Law (2006). The complete working paper is available on SSRN (<http://ssrn.com/abstract=1017288>).

¹ Richard Peiser & Bing Wang, *Non-Performing Loan Resolution in China*, 27 REAL EST. ISSUES 115 (2002).

tion structure, an entity, often a financial institution and commonly known as an originator or lender originates or otherwise acquires a pool of financial assets, such as mortgage loans, either directly or through an affiliate. It then sells the financial assets, again either directly or through an affiliate, to a specially created entity that issues securities “backed” or supported by those financial assets.² These securities are aptly referred to as asset-backed securities. Payment on the asset-backed securities depends primarily on the cash flows generated by the assets in the underlying pool and other rights designed to assure timely payment, such as liquidity facilities, guarantees, or other features known as credit enhancements.

In principle, any asset or entitlement that provides predictable cash flows can be securitized, so long as those cash flows can be legally transferred via a true sale. Even future expected cash flows, such as tax revenues or utilities payments may be securitized. However, the most commonly securitized types of assets are mortgage receivables (both residential and commercial), credit card receivables, auto loans, and consumer loans.³

Of these asset classes, several originate as loans from lenders – usually banks – to debtors. Naturally, some loans issued will be repaid late or will not be repaid at all. These loans are considered non-performing. Definitions of non-performing loans (“NPL(s)”) differ in that parties may disagree as to when a loan becomes “non-performing” (i.e. whether after 60, 90, or 120 days delinquency). However, for the purposes of this article, these distinctions are not significant and the term NPL refers to a loan or portfolio of loans that the lending institution believes is unlikely to be efficiently recovered. Like securities of any other asset class, NPLs may be securitized by selling the expected stream of cash flows, whatever that may be, to investors. NPL securitization is unique in the opportunities it provides for both originator and investor. From the bank’s standpoint, securitizing NPLs removes illiquid and high-risk assets from its balance sheet and replaces those assets with cash. Doing so has the obvious advantage of increasing the bank’s operating capital position by providing cash to issue more – and hopefully wiser – revenue-producing loans.

Inexorably, increased lending activity in the form of consumer and small business loans will lead to more loans that do not perform, particularly in Russia where systems to analyze consumer credit risk are still being developed. Prior to early-2005 legislation that allows for credit reporting,⁴ each bank maintained its own consumer credit data, rather than there being a central database.⁵ The president of a prominent Russian rating agency reported to the World Bank:

Russian banks have traditionally focused on large corporate clients. Once a bank is comfortable with the risk posed by such a client, lending is profitable. However, the number of such clients is limited. As banks get deeper into the economy, they need to focus on ever smaller institutions. Currently, there is a wave of interest and investment in retail customers. The technology is quite different. Rather than analyzing each credit separately, the class of clients is assessed by a scoring model and losses are expected across the whole portfolio. This technique reduces individual transaction costs, but it requires the technology to set

up the models, monitor the performance of the portfolio and deal with delinquent borrowers. As these techniques become more widely used, banks will be able to provide finance to wider ranges of borrowers.⁶

Credit bureaus, relatively new to Russia, are important developments that will allow for greater efficiency in bank lending decisions. Also, with reliable consumer information banks will be able to more efficiently collect payment on nonperforming loans. “If you don’t have a good database you can’t know whether your next step is to go to [the borrower’s] home, to provide him different repayment options, or to accept that he will pay after another 15 days.”⁷ Further, regarding NPL securitization:

The value of traditional securitized products, such as credit card and auto loans, can be estimated by statistically extrapolating the historical loss data to forecast the expected probability of default and severity of loss for each loan pool. The cash flows of the NPLs can be extremely difficult to estimate, due to a lack of transparency on historical loss data and the short credit history for consumer loans still in their infancy, such as mortgage and auto loans. This substantially increases the difficulty of valuation for investors. Encouragingly, originators are gaining proficiency in identifying and collating the historical cash flow data, which will become a vital part of the disclosure in securitization documents. The establishment of consumer credit information services will also ease the securitization of non-performing consumer loans.⁸

Even despite a lack of reliable consumer credit information, since 2000, Russian consumer credit has increased more rapidly than that of nearly any other country as has the level of Russian consumption expenditures.⁹ At the same time, interest rates on loans to consumers are extremely high compared to those in other emerging market countries.¹⁰

What seems to be surprising, however, is a decreasing ratio of NPLs to total loans over the same period.¹¹ But regardless how important these ratios are to the health of the Russian banking industry from a macroeconomic perspective, they fail to underscore the very real case that the number and amount of NPLs is increasing, whether or not those figures

² These entities are typically referred to as “special purpose entities” or “special purpose vehicles” (SPVs).

³ See INTERNATIONAL FINANCIAL CORPORATION, SECURITISATION IN RUSSIA: WAYS TO EXPAND MARKETS AND REDUCE BORROWING COSTS, 6(2005).

⁴ Russian Federal Law No. 218-FZ, dated 30 December 2004, *On Credit Histories*.

⁵ See Bradley Gardner, *Home Credit Still Struggles in Russia: Interview with Ladislav Chvatal*, Czech Business Weekly (January 15, 2007), available at <http://www.cbw.cz/phprs/2007011519.html>. See also CENTRAL BANK OF THE RUSSIAN FEDERATION, 2005 ANNUAL BANKING SUPERVISION REPORT, 81.

⁶ Richard Hainsworth, REPORT AT THE SYMPOSIUM OF THE WORLD BANK (2005), available at http://www.rusrating.ru/en/research/regional_banks.

⁷ Gardner, *supra* note 5.

⁸ Min Xu, *Resolution of Non-Performing Loans in China*, Glucksman Institute for Research in Securities Markets, 56(April 1, 2005), available at http://w4.stern.nyu.edu/glucksman/docs/Xu_2005.pdf.

⁹ See THE INTERNATIONAL MONETARY FUND, GLOBAL FINANCIAL STABILITY REPORT, Chapter 2 (2006).

¹⁰ *Id.* at 52.

¹¹ See THE INTERNATIONAL MONETARY FUND, GLOBAL FINANCIAL STABILITY REPORT, Statistical Appendix (2007).

are compared to the number and amount of all loans. Ernst & Young's 2006 Nonperforming Loan Report explains:

[Although] NPL ratios remain very low since Russian families have historically prided themselves in having a strong repayment culture... as a metric, an NPL ratio can hide the level of problem loans during periods of rapid credit growth. Additionally, Russian banks sooner rather than later might feel the pain of NPLs if economic expansion stalls and competition for credit-worthy borrowers tightens.¹¹

Using percentages to compare non-performing loans to total loans can lead to faulty conclusions, particularly when, as in Russia, consumer lending is rapidly increasing and the best NPL data will always be "backward looking and may not fully reflect the lending... [during] rapid credit expansion."¹² Of course, Russian banks can likely carry the burden of even higher rates of NPLs. The most recent International Monetary Fund Global Financial Stability Report presents Russia as having one of the highest ratios of bank provisions to NPLs (higher even than that of the United States), indicating that Russian banks are and should remain well positioned to handle NPLs. The volume of Russian NPLs will increase as long as Russian consumer lending increases. Russian banks, while able to survive bad loans, should increasingly want to remove such NPLs from their balance sheets. Through securitization, this can be accomplished in a manner that greatly reduces the risk associated with such loans while at the same time freeing up capital needed for further lending initiatives.

C. Barriers and opportunities in Russia

There have been several successful securitization deals amid much talk about securitization in Russia and market participants there are becoming more comfortable. However, legal and economic barriers still pose significant difficulties. Legal uncertainty and the lack of precedent in dealing with securitizations give rise to valid concerns among market participants.¹³ Steps have been taken to modernize Russia's laws to embrace securitization, but considerable administrative and legislative efforts are still required to shore up investor confidence.

I. Economic Factors

1. Non-Transparent Ownership

Russian banks generally have not fully disclosed their ownership structures. Several reasons for this exist, among them a hold-over from past political fears and tax implications of large ownership interest in an institution.¹⁴ However, the Central Bank of Russia has begun exerting tighter regulations regarding transparency of ownership by requiring banks to make disclosures and has made transparency of bank ownership structure a primary task in upgrading banking regulation and supervision.¹⁵ Nevertheless, these disclosures made to the Central Bank are not yet being made available to the general public and low transparency of ownership interests has hindered investment.¹⁶ To encourage investor confidence in its financial systems, Russia needs to continue to aggressively press for full public disclosure of bank ownership structures.

2. Foreign Exchange Control

Russia is well known for its hard-line approach to currency control. This was particularly true until June 2004 when a

new law, *On Currency Regulation*,¹⁷ came into effect and introduced a movement toward a more liberal currency control system. The new law had the effect of abolishing the requirement for transaction-specific authorizations from the Central Bank for currency transactions and replaced them with compulsory use of special-type accounts and mandatory "reserving". But now, prompted by President Putin's intent to abolish remaining onerous restrictions to speed up the process of making the ruble a fully convertible currency, the Russian government and Central Bank have done away with even these requirements. The law also eased restrictions on foreign currency purchases and the opening of foreign accounts by Russian residents.¹⁸

As the International Financial Corporation has noted, however, "the new law entitles the currency control authorities, at any time, to impose reserve requirements on numerous currency operations which may be concluded under securitization transactions."¹⁹ Such restrictions will likely not hinder or frustrate securitizations, but potential extra costs may make them more expensive to complete, and hence reduce investor interest.²⁰

II. Legal Factors

While banks in Russia are becoming more and more sophisticated and aspire to complete securitization deals, the legal framework has not been so quick to follow. Some of the fundamental mechanisms necessary to securitization – true sales, SPVs, bankruptcy remoteness, and various tax concepts – have yet to be interpreted by Russian courts and thus present uncertainty in how Russian law might be applied. The several successful deals already executed prove that this does not preclude securitizations from taking place, but the legal uncertainty equates to risk which has likely deterred potential investors and slowed the pace of securitization in Russia.²¹ However, things do seem to be moving in the right direction with the passage of securitization-specific legislation, the Mortgage-Backed Securities Law²² (the "MBS Law"), which defines a type of bond that can be used in domestic mortgage securitization, introduces the concept of an SPV, and provides for limited true-sale concepts.²³ Also promising was the

¹¹ ERNST & YOUNG, GLOBAL NONPERFORMING LOAN REPORT 2006, 69.

¹² See The International Monetary Fund, *supra* note 9, at 56.

¹³ Standard & Poor's, Structured Finance Commentary, *EEMEA Gains a Foothold in the Global Securitization Market*, 13 (Dec. 2005).

¹⁴ Hainsworth, *supra* note 6.

¹⁵ CENTRAL BANK OF THE RUSSIAN FEDERATION, 2005 ANNUAL BANKING SUPERVISION REPORT, 50.

¹⁶ Hainsworth, *supra* note 6.

¹⁷ Russian Federal Law No. 173-FZ, dated 10 December 2003, *On Currency Regulation and Currency Control*.

¹⁸ See INTERNATIONAL FINANCIAL CORPORATION'S TECHNICAL WORKING GROUP ON SECURITIZATION, *SECURITISATION IN RUSSIA: WAYS TO EXPAND MARKETS AND REDUCE BORROWING COSTS*, 34 (2005) (hereinafter *IFC*). See also Baker & McKenzie, Legal Alert, *Liberalization of Russian Currency Control* (2006).

¹⁹ IFC, *supra* note 19.

²⁰ *Id.*

²¹ See generally Martin Bartlam & Karin Artmann, *Securitisation Sensation: Increased Lending, New Laws and More Sophistication and Understanding in the Marketplace Mean the Russian Securitisation Market is in the Ascendancy*, THE LAWYER, Sept. 18, 2006, <http://www.thelawyer.com/cgi-bin/item.cgi?id=121949>.

²² Russian Federal Law No. 152-FZ, dated 11 November 2003, *On Mortgage-Backed Securities*.

²³ *Id.*

late 2006 announcement by the Russian Federal Financial Markets Services²⁴ of the proposal of new draft laws (the "Draft Laws") that would amend several pieces of current legislation to facilitate securitization of various asset types.²⁵

1. Transfer of Receivables

Receivables, under Russian law, can be transferred under assignment or by factoring. In an assignment, the contractual rights to a stream of cash flows generated by the underlying assets are transferred to, ultimately, the investors in the securities. Factoring, on the other hand, is the process of selling the receivables for cash in what is essentially a purchase and sale agreement. While the Draft Laws contemplate changes to legislation regarding factoring, they are silent on the regulation of assignments. Both methods are discussed below, however.

2. Assignments

Assignment by way of an agreement has been the most prevalent way to transfer receivables for securitization in Russia. However, in Russia the agreement to an assignment is distinguished from the legal transaction underlying such transfer.²⁶

a) Rights Eligible for Assignment

Whether a transfer of rights is legal and binding will determine whether a true sale has been made and whether a Russian debtor must recognize the sale.

The transfer of assets at a discount (for the purpose of covering funding costs) or with a deferred element (to cover over-collateralization levels) risks challenge under Russian bankruptcy law if the amounts involved are significant. This is because a liquidator of the originator has the power to set aside transactions made [below value].²⁷

As Russian case law and legislation has not been fully developed in this area, doubts generally surround the issue of transferring rights by assignment. The net adverse result of such lack of clarity is that, if the assignment or transfer is not correctly made, it may be challenged by the debtor or liquidator of the originator. The transfer could then be reduced to become simply the SPV's unsecured contractual claim over the originator's right to a third party receivable.²⁸ Essentially, this means that investors of securitized assets could find they have no rights to the underlying assets and that their investments are worthless. "Russian courts have traditionally maintained the conservative position that a creditor's rights under a contract can only be transferred in full (not in part), and only together with a transfer of all its corresponding obligations under the contract."²⁹ Under this view, the transferee essentially replaces the original contracting party rather than simply acquiring some or all of the rights assigned to it. This approach had some support among Russian legal scholars, however it does not allow for the structure of a typical securitization transaction. More recently the Russian Supreme Court has clarified, in a number of decisions, that a creditor can transfer rights either fully or partially, if it has proved that it has fulfilled its duties and remains a creditor under the relevant contract.³⁰

Furthermore, the Supreme Court has supported a partial assignment of rights without the transfer of corresponding obligations under continuing contracts (for

example, gas or electricity supply contracts) provided the rights being assigned: (i) are uncontested; (ii) arose before the assignment; and (iii) are not conditional upon any counter-performance by the assignor. However, in affirming the assignability of payment rights under these conditions, the Supreme Court did not succeed in significantly widening the scope of rights capable of being assigned under Russian law. In fact, the Supreme Court's rulings limited the assignability of rights only to situations in which it is proven beyond doubt that each of the conditions above is met.³¹

b) Assignment of Future Flows

Whether it is legally permissible to transfer future cash flows by way of assignment is even more uncertain because from "a conservative view, the contract of assignment at the date it is signed must describe in writing in sufficient detail all rights to be transferred (including quantum) in the manner prescribed by mandatory Russian law."³²

Some arguments are being made in support of the possibility of assignment of such rights, while the prevailing view (which is supported by courts and some scholars) still is that rights under future contracts cannot be assigned, mainly because the scope of the rights being assigned cannot be fully identified as of the moment of transfer. In particular, some courts have taken the view that a right being assigned should be identified by reference to a specific contract from which such right arose.³³

There is a slight distinction among legal scholars, however, between rights under future contracts and future rights under existing contracts. Most scholars concur that future rights under existing contracts are assignable, but that the assignability of rights under future contracts is disputable.³⁴

This is mainly due to the lack of ability to identify future rights being assigned at the time of transfer. "In particular, some courts have taken the view that a right being assigned should be identified by reference to a specific contract from which such right arose."³⁵ Russian court practice has also

²⁴ The Federal Financial Markets Service (FFSM) is the federal executive body, which controls and supervises activity in the financial markets, including the activity of exchanges, and issues the relevant regulations.

²⁵ See FEDERAL FINANCIAL MARKETS SERVICE OF RUSSIA, PASSAGE OF LEGISLATION ON SECURITIZATION TO CREATE NEW POSSIBILITIES FOR FINANCIAL MARKET PARTICIPANTS, available at http://www.fcsm.ru/eng/catalog.asp?ob_no=9149. See also Vladimir Dragunov, *Proposed Changes to Securitization Legislation in Russia*, GTNEWS, Mar. 5, 2007, <http://www.gtnews.com/article/6657.cfm>.

²⁶ See Vladimir Dragunov & Mikhail Turetsky, *THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LEGAL GUIDE TO SECURITISATION: RUSSIA*, 271 (2006).

²⁷ Emmie Rackham & Norton Rose, *Russian Securitizations: Just Around the Corner?*, GTNEWS, May 11, 2004, <http://www.gtnews.com/article/5470.cfm>.

²⁸ *Id.*

²⁹ Maya Melnikas & Elena Stepanenko, *A Chance for an Alternative: Issues in Assignment of Receivables in the Context of Securitization*, 2005 VESTNIK NAUFOR (a Russian-language publication), at 3.

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

³² Rackham & Rose, *supra* note 28.

³³ Melnikas & Stepanenko, *supra* note 30.

³⁴ *Id.* In fact, the "direct reference to the pledge of future property rights in Russian law has provided comfort for at least one successful cross-border securitization of such future rights, the securitization of diversified payment rights by Alfa Bank in March 2006." Bartlam & Artmann, *supra* note 22.

³⁵ Melnikas & Stepanenko, *supra* note 30.

shown that alternative methods of assignment of future receivables are being used successfully in the absence of a consensus among the courts and authorities, and at least one court has established a precedent by permitting a rights assignment under a future contract with the qualification that the assignment agreement may only be valid after the completion of the underlying future contract.³⁶ However, even if a Russian court did not view a future receivables assignment as vesting of title to the receivables in the purchaser, it may still view such a transaction as a preliminary agreement or “agreement to agree” which under Russian law would grant the purchaser the right to force the seller to execute a new agreement to assign the future receivables.³⁷

The lack of mention of assignment rights in the Draft Laws does little to pave the way for transfers by way of assignment and it thus may fall out of favor, replaced by factoring as the preferred method to complete several types of securitizations.

3. Factoring

Russian law recognizes factoring as a unique way to transfer several types of receivables. “Factoring is defined as a ‘financing against an assignment of a monetary claim’ whereby a licensed factor provides financing to the client against an assignment of a monetary claim arising from the client delivering goods, rendering services or performing works to a third party.”³⁸ Factoring has had separate legal treatment and is generally a more securitization-friendly transfer mechanism when compared to a general assignment.³⁹ Factoring now has the potential to become the primary method of completing some kinds of securitizations as the Draft Laws clarify and provide for these types of transfers explicitly. However, factoring is not a generally accepted method to transfer loans, mortgages, and consumer credit receivables, and the Draft Laws make no mention of expanding the scope of factoring to include such loans and receivables and so will remain a limited method of securitization for several asset classes.⁴⁰

Prior to the Draft Laws, entities to which the rights were transferred were required to hold a factoring license to receive assets under a factoring agreement unless the entity was a bank or other credit institution. Matters were further complicated by the fact that there was no implementing legislation or authoritative literature or commentary describing and explaining the use of factoring in Russia, and no information on the procedure for obtaining a factoring license.⁴¹

The Draft Laws change this by contemplating optional public registration of the factoring agreement and assigning the responsibility of determining the registration procedure to the Russian government. The Draft Laws also clarify that a future receivable is transferred as of the moment it originated, unless stipulated differently in the factoring agreement. They also provide for the ability of other – unspecified as of yet – laws to be applied to the transfer of receivables as of the date of the factoring agreement.⁴²

4. Special Purpose Vehicles

The MBS Law, by providing for a “mortgage agent,” a legal entity that may be used only in mortgage securitizations, introduced the concept of an SPV structured specifically for securitization in Russia for the first time. “The mortgage agent must be incorporated in the form of a joint-stock company and has a limited capacity and strict staffing/management re-

quirements.”⁴³ The Draft Laws expand on this concept and contemplate a new entity called the special finance company⁴⁴ (“SFC”) that is incorporated and set up for the specific purpose of purchasing receivables and issuing bonds backed by those receivables.⁴⁵ Prior to the Draft Laws, a Russian SPV was unlikely to receive a high enough credit rating to issue a securitized bond. Presumably the Draft Laws, if enacted, would open up the possibility to the SFC of achieving such a rating by, among other things, setting several restrictions on recourse against the SFC’s assets by creditors of the originator.⁴⁶ Also, prior to implementation of the Draft Laws, a Russian SPV will not be exempt from taxes on its profits, despite the fact that any gain it realized on the sale of securities was passed through the SPV to the originator.⁴⁷ The Draft Laws propose amendments to the Tax Code to exempt any income received by the SFC associated with securitizations from the Russian profits tax. Instead, the Draft Laws establish methods for calculating the value added tax (“VAT”) on receivables such that, when the receivables are sold at par, there would be no tax consequences.⁴⁸ Even more hopeful is that “a VAT exemption on any sale of receivables to the SFC is... under consideration as well.”⁴⁹

In many developed countries, an SPV can take the form of a charitable trust – typically a grantor trust, as it does not generate tax at the trust level – for several reasons. Under a trust structure none of the participants in the deal must consolidate the SPV on their balance sheets, nor can they be deemed responsible for its obligations.⁵⁰ The concept of a trust, however, is not recognized by Russian courts or legislation.⁵¹ Thus, the uncertainty of tax and accounting treatment under Russian law for trusts further complicates asset transfers in securitization transactions.⁵²

D. Solutions

Even with significant barriers in the form of a lack of a determinable and unified picture of the legality of securitization structures, and even disregarding the imminent passage of the Draft Laws into fully applicable legislation, Russian lenders have found successful ways to securitize assets. Enlisting the aid of law firms and other securities specialists, originators have been paired with investors in securitization transactions using various solutions to help minimize legal and financial risk. Utilizing a trust structure is one of these methods, with one reason being that Russian courts may take a cue from the

³⁶ *Id.*

³⁷ See Dragunov & Turetsky, *supra* note 27, at 272.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Dragunov, *supra* note 26.

⁴¹ Rackham & Rose, *supra* note 28.

⁴² Dragunov, *supra* note 26.

⁴³ Dragunov & Turetsky, *supra* note 27.

⁴⁴ In Russian: *spezializirovannoe finansovoe obshestvo* (SFO).

⁴⁵ Dragunov, *supra* note 26.

⁴⁶ For more details on the mechanics of the proposed legislation, see *Id.*

⁴⁷ Rackham & Rose, *supra* note 28.

⁴⁸ Dragunov, *supra* note 26.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ IFC, *supra* note 19, at 26; Rackham & Rose, *supra* note 28.

⁵¹ See Rackham & Rose, *supra* note 28; IFC, *supra* note 19 at 26.

⁵² For details on a similar situation in China, where a lack of precedent and legislation regarding trust and accounting treatment led to ambiguity and hindered securitization, see Xu, *supra* note 8.

rest of the developed world's concept of trusts and offer an economically favorable analysis of such a transaction. Other methods to work around the current economic, political, and legal barriers include the following:

- *Creating escrow accounts and/or special tranches to absorb losses from commingling assets*⁵³

By ensuring that proceeds from securitized receivables are immediately allocated to the receivables and distributed to the issuer, commingling risk can be mitigated. If the lender is not able to distribute proceeds quickly enough, a pledge of the account at which proceeds from the assets arrive could be used to mitigate commingling risk. Tranche distributions to asset holder classes may be used to further designate that payment flows belong to specific parties, which may deter Russian courts from including them in an originator's bankruptcy sale.⁵⁴

- *Foreign exchange and interest rate hedging*

Issuers should hedge any risks that could be caused by currency or interest rate fluctuation as these can result in imbalances between the issuer's cash flows, frustrating the servicing of the securities. This is a concept widely accepted among professionals dealing in markets with these types of risk, but up until recently was labeled gambling by Russian courts. However, a new federal law⁵⁵ grants judicial protection to these and other forms of derivatives.

- *Arranging for mezzanine tranches to be purchased by organizations such as the International Finance Corporation to achieve higher credit ratings*⁵⁶

On assets with the potential to achieve a rating higher than Russian sovereign ratings, it makes sense to sell tranches of those assets to an organization that could then issue them with a credit rating higher than the originator could achieve itself.

- *Storage of personal obligor*⁵⁷ *details with a third party (possibly a credit bureau) to overcome data protection and banking secrecy issues*

"The assignment of receivables would normally involve a transfer of relevant data on the obligors. If such data is confidential, its transfer may lead to an infringement of the obligors' rights. In the first place, data protection rules are of great importance for the assignment of consumer loans by banks which are bound to observe strict confidentiality. Non-banks, however, may also face obstacles in transferring obligor-related data. Problems could arise due to a lack of consistent and systematic legislative guidance on the handling of confidential data."⁵⁸ By storing this information with a third party who is permitted to receive the data, information about the loans or receivables may be verified without compromising private data.

These solutions to some of the issues created by the legal and regulatory barriers to securitization present in Russia have encouraged market participants to continue securitization deals. Further, the amendments contemplated in the Draft Laws are a responsible measure to prevent potential problems that a mere reactive response may simply exacerbate. Taking into account the several solutions and the Draft Laws, which are likely to be passed soon, the regulatory and legal climate

for securitizations in Russia is looking better than ever. And, while there is still much room for progress, several large recently-completed successful transactions indicate that market participants will continue to push to exchange securities for efficient capital that aids in the expansion of the banking system's ability to provide loans to more consumers and ultimately drive the economy.

E. Conclusion

There is no shortage of suitable assets and cash flows in Russia, and the country has already begun a rapid increase in consumer credit levels. Securitization has already emerged as a successful financing tool and the civil law nature of Russia's legal system, contrary to that of a common law system, likely means that some of the structures like those contemplated in the Draft Laws will pave the way for the immediate availability of securitization techniques by market participants if and when the Draft Laws become law.

Economic factors surrounding the increase in consumer credit levels, such as the concurrent increased level of spending in Russian households, the high interest rates at which household loans are offered, and the lack of strong consumer credit data all point to a continuing rapid increase in the levels of NPLs. This will cause strain on Russian banks' balance sheets, incentivizing the banks to securitize their NPL portfolios in order to obtain the inexpensive capital that securitization can afford and to reallocate the risk of the NPLs. At the same time, banks will increasingly want to refinance their existing loans for another reason: to continue to lend more intelligently. As the quality of consumer credit data improves on the increased development of credit bureaus, the accuracy of credit reports on potential borrowers will increase as well, causing banks to become more comfortable lending to consumers. This rising comfort level, coupled with the continued rise of demand for loans, will increase competition among banks that will then need to look for ever cheaper ways to obtain capital. Securitizing nonperforming loan portfolios is a logical way to react and adapt to the economic climate in Russia, both currently and in the future, and will likely make substantial headway as a financing technique in the near future. ■

⁵³ "Commingling risk – i.e. the risk that cash proceeds from securitized receivables are commingled with other assets of [a lender who services the loans], and subsequently become part of the [lender's] bankruptcy estate—is one of the key risks to be addressed in most securitization transactions." IFC, *supra* note 19, at 32.

⁵⁴ *Id.* at 31-32. The IFC argues that it is thus necessary to adopt a "necessary statutory provision such that the subordination of securities tranches is enforceable on the Issuer's bankruptcy." *Id.*

⁵⁵ Russian Federal Law No. 5-FZ, dated 9 February 2007, *On Amendments to Article 1062 of the Second Part of the Civil Code of the Russian Federation*. See the FFSM release at http://www.fesm.ru/eng/catalog.asp?ob_no=9143.

⁵⁶ Bartlam & Artmann, *supra* note 30.

⁵⁷ The obligor is the person or entity that has an obligation to pay all principal and interest payments on a debt. In the case of a home mortgage, it would be the person who borrowed money to purchase the home.

⁵⁸ IFC, *supra*, note 19, at 33.

■ Streitgespräch

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Zöllner, Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt

Wovon handelt das Handelsrecht?

– Gegenstand und Zukunft des Handelsgesetzbuches –

Das Bucerius Law Journal veranstaltete am 11. Februar 2008 eine Podiumsdiskussion zum Thema „Wovon handelt das Handelsrecht“. Es diskutierten zwei Persönlichkeiten, die das Handelsrecht über die letzten 30 Jahre entscheidend geprägt haben: Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Zöllner und Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt. Die Veranstaltung wurde von der Kanzlei Morgan Lewis, unserem ständigen Förderer, gesponsert.

Zur Einstimmung auf die anschließende Diskussion hielt **Prof. Dr. Florian Faust**, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School, einen Kurzvortrag zum Streitstand, der auch im Folgenden als Einführung dienen soll.

Dieser Vortrag kann im Format mp3 von der Webseite www.law-journal.de heruntergeladen werden.

Wovon handelt das Handelsrecht, sehr geehrte Damen und Herren, ist das Thema der Veranstaltung. Der Titel stammt nicht vom *Bucerius Law Journal*, sondern von Professor Zöllner. Er hat mit ihm vor 25 Jahren eine Rezension der ersten Auflage des Handelsrechtslehrbuchs von Karsten Schmidt überschrieben. Er hat das Buch damals als „überaus lobenswürdiges Werk“ bezeichnet – unter anderem.

Karsten Schmidt formuliert eines der Grundanliegen seines Buchs wie folgt: „Die Gesetzgebung, Praxis und Wissenschaft des Handelsrechts war stets durch rechtsschöpferische Leistungen gekennzeichnet, nicht durch starres Festhalten am Hergebrachten. Nur eine Handelsrechtswissenschaft, die sich dieser Tradition verpflichtet weiß, kann die dem Handelsrecht zukommende Rolle im Rechtsleben zurückgewinnen. Dazu bedarf es einer Hinwendung vom Kaufmannsrecht zu einem Außenprivatrecht der Unternehmen.“ Ausgangspunkt ist dabei die Annahme, dass Handelsrecht und Handelsgesetzbuch nicht ein und dasselbe sind. Im Recht der Handelsgeschäfte, also den §§ 343 ff. HGB, gehe es um bestimmte Rechtsgeschäfte, die, wie § 343 sagt, zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehören. Es wird also ein situationsbezogenes Sonderprivatrecht geschaffen, ebenso wie zum Beispiel durch die Vorschriften über Verbraucherverträge im BGB. Dieses Sonderprivatrecht ordnet etwa an, dass der Käufer Mängel unverzüglich rügen muss, wenn der Abschluss des Kaufvertrags sowohl für ihn als auch für den Verkäufer zum Betrieb des jeweiligen Handelsgewerbes gehört. Solche Normen könnte man nach Ansicht von Karsten Schmidt aus dem HGB entfernen und ins BGB oder in Sondergesetze auslagern.

Ganz anders verhält es sich nach Ansicht von Professor Schmidt mit den Vorschriften etwa über die Firma oder die

Buchführungs- oder Rechnungslegungspflicht. Hier sei ein statusbezogener Ansichtspunkt maßgeblich. Entscheidend ist, ob das betreffende Rechtssubjekt Kaufmann ist. Und in ihnen sieht Professor Schmidt den Keim des von ihm propagierten Außenprivatrechts der Unternehmen, das sich – deshalb „Außenprivatrecht“ – nicht mit der Binnenorganisation der Unternehmen befasst, sondern mit Fragen der Publizität und der Rechnungslegung, sowie insbesondere der Zuordnung von Rechts- und Haftungsverhältnissen.

Für verfehlt hält Professor Schmidt die Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff. Dessen Rückständigkeit habe sich zwar durch die Handelsrechtsreform von 1998 reduziert, sei jedoch vom Gesetzgeber aus Halbherzigkeit keineswegs beseitigt worden. Nicht gelten handelsrechtliche Normen insbesondere für Freiberufler wie Ärzte, Architekten und Rechtsanwälte, da sie nach herrschender Meinung eben kein Gewerbe betreiben, und weitgehend für die nicht eingetragenen Kleingewerbetreibenden. Professor Schmidt will deshalb die meisten Normen des HGB auf sämtliche Unternehmensträger erstrecken, etwa § 362 über das Schweigen auf ein Angebot, § 366 über den gutgläubigen Erwerb, oder § 377 über die Rügeobliegenheit. Große Vorsicht sei dagegen angebracht, soweit es um die Anwendung von Vorschriften auf Nichtkaufleute gehe, die Ausnahmen von bürgerlichrechtlichen Schutzvorschriften statuierten, wie etwa § 350 HGB, der Kaufleuten die formfreie Übernahme einer Bürgschaft ermöglicht.

Kernpunkt der Lehre von Karsten Schmidt ist aber gar nicht die analoge Anwendung von Handelsrecht auf Nichtkaufleute, sondern die Unterscheidung von Unternehmen und Unternehmensträger. Das Unternehmen, das im Mittelpunkt seiner Überlegungen steht, wird charakterisiert durch eine selbständige, planmäßige, entgeltliche und anbietende Tätigkeit am Markt. Allerdings ist ein Unternehmen natürlich kein Rechtssubjekt. Nicht es kann Träger von Rechten und Pflichten sein, sondern nur der dahinter stehende Unternehmensträger, also etwa eine natürliche Person oder eine GmbH. Die Überbrückung dieser Kluft von Unternehmen und Unternehmensträger ist eines der Hauptanliegen von Professor Schmidt. Denn seiner Ansicht nach entspricht es einer vernünftigen Gerechtigkeitsvorstellung, dass die Rechtsverhältnisse des Unternehmens auch immer zum Unternehmen gehören. Dies bewerkstellige das Gesetz mit einer Reihe von Hilfsregeln, wie etwa der Lehre vom unternehmensbezogenen Rechtsgeschäft im Rahmen des stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzips, nach der ein im Namen des Unternehmens geschlossenes Rechtsgeschäft für den betreffenden Unternehmensträger wirkt.

Eine zentrale Rolle bei der Bindung von Rechtsverhältnissen des Unternehmens an den Unternehmensträger kommt in Professor Schmidts Konzeption den §§ 25 bis 28 HGB zu. So ist für ihn etwa das Charakteristikum des § 25 die Unternehmensfortführung. Sei sie gegeben, komme es auf die Firmen-

fortführung, auf die das Gesetz abstellt, nicht an. „Und wenn man mir entgegen hält“, schreibt Professor Schmidt, „dies alles stehe nicht so im HGB, so bin ich versucht, in Anlehnung an Hegel zu replizieren: Umso schlimmer für das HGB!“

Ganz anders sieht das Professor Zöllner: „Es ist geradezu die Grundentscheidung des Handelsrechts, die der Gesetzgeber getroffen hat, die Anwendung auf gewerbliche Unternehmen zu beschränken.“ Im Handelsrecht liege nicht, wie Professor Schmidt meint, der Keim eines allgemeinen Unternehmensaußenrechts, sondern sein *de lege lata*-Verbot. Dieses Verbot läßt sich auch nicht mit dem Begriff der Rechtsfortbildung überwinden. „Rechtsfortbildung ist seit einiger Zeit zur Zaubersformel für mehr oder minder offene Gesetzesuntreue geworden.“ Die Kontroverse rührt hier also an ganz fundamentale Fragen, die weit über das Handelsrecht hinausgehen: wie ernst ist das Gesetz zu nehmen? Wie weit darf – nicht ein Rechtsprofessor, denn er darf selbstverständlich alles – aber ein Richter gehen? Welche Grenzen zieht die Gewaltenteilung der Judikative?

Professor Zöllner konstatiert in seiner Rezension nüchtern: „Der Verfasser hat, das muss man sehen, zum Gesetzeswortlaut eine sehr freie Einstellung.“ Professor Schmidt meint dagegen: „Entscheidend ist, wie weit der Ungehorsam gegenüber dem Gesetzeswortlaut noch mit der Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) vereinbar ist.“ Für Professor Zöllner kommt das Außenprivatrecht der Unternehmen somit nur als rechtspolitisches Ziel in Frage. Doch auch insofern ist er skeptisch, weil er den Begriff des Unternehmens für zu konturenlos hält und Schmidt seiner Ansicht nach die Dualität von Unternehmen und Unternehmensträger nicht wirklich überzeugend bewältigt. Professor Schmidt hat zu dieser Kritik vor drei Jahren angemerkt, er sehe sich mehr durch den Fortgang von Diskussion und Entwicklung bestätigt als durch Zöllner belehrt. Wir dürfen uns also auf eine sehr spannende Diskussion freuen, nicht nur über das Handelsrecht, sondern auch über Grundfragen der Rechtsanwendung und -fortbildung schlechthin. ■

Zöllner: Meine Damen und Herren, es kommt zuweilen vor, dass der Teufel auch einen Wissenschaftler reitet. Und so war es 1982, als mir ein großes blaues, Ihnen hoffentlich allen bekanntes Lehrbuch von einem gewissen Karsten Schmidt in die Hände gekommen ist. Von einem „gewissen“ sage ich nur, weil ich ihn damals bei weitem noch nicht so gut gekannt habe wie heute. Ich habe natürlich gewusst, dass es sich um einen juristischen Tausendsassa handelt, um einen Meister auf vielen Gebieten, aber so des Näheren war mir das doch nicht bekannt, was alles in ihm steckt. Und nun las ich dieses Lehrbuch und war tief beeindruckt von diesem Kenntnisreichtum. Ich wusste selbstverständlich auch, dass er juristisch weitaus begabter ist als ich, ich wusste, dass er eloquenter ist als ich und so weiter. Dass ich es trotzdem gewagt habe, Streitgespräche mit ihm zu führen, hängt nur mit meiner Tollkühnheit zusammen.

Wie gesagt, das Buch hat enormen Eindruck auf mich gemacht. So etwas muss man natürlich immer vorher sagen, wenn man nachher Schlechtes zu sagen beabsichtigt. Denn alsbald hat mir das Buch schwer missfallen. Und zwar deshalb, weil es ein Lehrbuch sein wollte und ich fand, dass er mit diesem Buch den Studenten etwas beibringen wollte, was vom geltenden Recht doch ein gutes Stück entfernt ist. Und

wie das dann so geht: Im Zorn oder Ärger schreibt man alles Mögliche nieder, und so ist ein etwas polemischer Artikel entstanden. Es ist übrigens nie wieder etwas, was ich veröffentlicht habe, so viel zitiert worden wie ausgerechnet dieses kurze Stück. Und in diesen Ausführungen habe ich vor allem seine zentrale These aufs Korn genommen: Handelsrecht – Außenprivatrecht von Unternehmen.

Es ist nicht ganz so, wie das bei Herrn Faust herauskam, dass diese Grundthese sich um die Frage des Verhältnisses von Unternehmer und Unternehmen drehte, sondern in diesen grundsätzlichen Ausführungen hat er tatsächlich vom „Außenprivatrecht der Unternehmen“ gesprochen. Das kann natürlich von vornherein nicht funktionieren, weil ein Unternehmen nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Er hat das dann später durchaus so korrigiert, dass man es als Jurist akzeptieren kann. Und er hat später dann auch – das darf ich an der Stelle gleich sagen – mit den Österreichern gemeinsame Sache gemacht. Denn bei der HGB-Reform 1998, also immerhin über anderthalb Jahrzehnte später, da ist man ihm absolut nicht gefolgt, sondern ist beim Kaufmannsbegriff geblieben. Der Gesetzgeber hat sich damit natürlich explizit gegen seine Vorstellungen und Lehren entschieden. Und wenn er dann später geschrieben hat: „Der Zöllner ist quasi überholt“, dann ist das ein Akt der Selbsttäuschung von ungeheuren Ausmaßen. Und möglicherweise bohrt das immer noch so in ihm, dass ich hierher eingeladen worden bin.

„Das Handelsrecht ist überflüssig.“

Natürlich, unser beiderseitiges Nachdenken über die Dinge ist weiter gegangen. Und je mehr Zeit vergangen ist und je länger ich darüber nachgedacht habe, desto mehr bin ich eigentlich zu der Überzeugung gekommen, dass die Frage, wer Subjekt oder Adressat des Handelsrechts sein soll – nach Karsten Schmidt das Unternehmen, nach dem Gesetz der Kaufmann – *de lege lata* ist sie völlig klar entschieden – sich rechtspolitisch nur beantworten lässt, wenn man genauer fragt, was das Handelsrecht eigentlich regeln und welche Zwecke es verfolgen soll. Und bei dieser Frage bin ich immer mehr zu der Überzeugung gekommen, dass dem Handelsrecht nur noch eine allenfalls ganz, ganz bescheidene Regelungsaufgabe zukommt, die es nicht rechtfertigt, überhaupt ein HGB aufrecht zu erhalten und mit ihm ein Handelsrecht. Das heißt, meine Grundthese lautet: Das Handelsrecht ist überflüssig.

Es mag Ihnen etwas überspitzt vorkommen. Man muss das auch ein bisschen überspitzen für eine solche Diskussion. Es werden damit natürlich nicht die sämtlichen Materien, wie sie im HGB geregelt sind, überflüssig. Aber jedenfalls: Sie sind nicht in einer geschlossenen systematischen Materie und einem eigenen Gesetzbuch festzuhalten.

Da stecken wir nun eigentlich bei einer Grundfrage, die es zu überlegen gilt. Nämlich, was aus dem, was im HGB geregelt ist, werden soll. Kann man das einfach aufheben? Muss man es in eigene Gesetze verschieben? Muss man es in schon vorhandene Gesetze verschieben? Und ich sage gleich dazu: die Antwort auf diese Frage kann nur differenziert ausfallen – teils, teils.

Ich würde nun sagen, das wäre eine Frage, die im Einzelnen zu diskutieren ist. Aber bevor wir uns darauf einlassen, sollte ich nun Karsten Schmidt Gelegenheit geben, dass er erst einmal dagegen hält. Sie müssen sich klar sein: Die Abschaf-

fung des Handelsrechts jemandem zuzumuten, der so ein dickes Buch darüber geschrieben hat, das ist nicht nur eine wirtschaftliche Zumutung. Es ist vor allem, und das ist viel wichtiger, eine intellektuelle Zumutung allerersten Ranges. Bücher sind für Autoren wie Kinder. Und wenn man ihm sagt, Dein Kind muss nun ermordet werden, dann ist das für ihn natürlich nicht schön...

Schmidt: Wenn ich jetzt Stellung nehme, wird sich das so anhören, als ob ich den Mund ein wenig voll nähme, aber es ist ja letztlich ein Plädoyer. Sie werden vielleicht sagen: „Meine Güte, gibt der an.“ Aber ich will deutlich machen, was das Ganze denn soll. Zunächst komme ich zu der Frage, ob denn das Handelsrecht überflüssig wird und ob das mit mir zu machen ist. Ich zitiere mal aus Canaris' Lehrbuch – Canaris ist nun leider abwesend und deswegen muss ich mich sehr zurückhalten – aber er sagt, es handele sich um einen völligen Bedeutungsverlust des Handelsrechts, um ein randständiges Gebiet, das möglicherweise sogar gänzlicher Destruktion anheim fällt. Und dann schreibt Canaris: „Diese gegenüber dem Handelsrecht als eigenständiger Materie skeptische Grundhaltung provoziert freilich die Frage, warum es sich überhaupt noch lohne, ein Lehrbuch des Handelsrechts – und es ist nicht ganz dünn – zu schreiben. Die Antwort fällt indessen nicht schwer. Zum einen besteht nämlich ein essentieller Teil des Fortschritts auf dem Gebiet der Wissenschaft, und nicht nur der Wirtschaft, in produktiver Zerstörung.“ Also dieses Buch will eigentlich die eigene Materie zerstören. Und außerdem gibt es ja manche Fragen, die sowieso gelöst werden müssen, das war so etwas wie die letzte Einlassung von Herrn Zöllner.

Unternehmensrecht I und II

Ich bin gar nicht dieser Meinung. Ich sehe auch überhaupt keinen Grund, dieses Rechtsgebiet, wie immer wir es auch künftig nennen, abzuschaffen. Ich hätte meine Bücher am liebsten „Unternehmensrecht I“ und „Unternehmensrecht II“ genannt, nur hätte dann jeder gesagt: „Was heißt das?“ „Handelsrecht“ und „Gesellschaftsrecht“, das erkennt man im Curriculum des Rechtsunterrichts wieder, daher die Titel. Eigentlich heißen sie „Unternehmensrecht I“ und „Unternehmensrecht II“, und das wird es weiterhin geben.

Zunächst zu der Frage: Was will so ein Lehrbuch? Es ist ein Lehrbuch, aber kein Lernbuch, in dem nur drin steht, was nicht falsch sein kann. Es ist einerseits ein Lehrbuch, das zu dem Studienziel führt, sich in einem Fachgebiet auszukennen. Und andererseits ist es ein wissenschaftliches Buch insofern, als es Gedanken enthält. Das ist keine Selbstverständlichkeit bei juristischen Büchern, die meisten enthalten nämlich keine. Sie enthalten Gedanken, die man vorfindet und gegeneinander abwägt, herrschende Meinung und weniger herrschende Meinung, dann nennt man Vorteile und Nachteile und geht zum nächsten Thema über. Es muss auch Lehrbücher geben, die die Studierenden an einem wissenschaftlichen Diskurs teilhaben lassen. Es gibt eben Materien, die packen einen so, dass man sich sagt: „Da will ich mal sehen, wohin die Karre so läuft.“ Und dann findet Diskussion statt. Ich habe es schon mehrfach im Hörsaal gesagt: Studierende neigen dazu – und ich habe das früher wahrscheinlich auch so gesehen –, sich herrschende Meinungen wie einen „rocher de bronze“ vorzustellen, der immer gleich bleibt. Und dann gibt es so ein paar kleine Kläffer, die laufen böse um diese herrschende Meinung herum, und das wird in fünfzig Jahren noch immer so

sein. Das sehe ich völlig anders. Nur aus Originalität darf man nicht irgendwelche Meinungen auf den Markt werfen. Sondern das tut man dann, wenn man die Chance sieht, dass sie in einem Jahr, in zehn Jahren oder wann immer zur herrschenden werden und dann sich auch etablieren können. Das war die Idee, wegen der ich diese Bücher geschrieben habe, nicht damit dann auch ein Handelsrechtsbuch mehr im Regal steht.

Nun zum Außenprivatrecht der Unternehmen. Es gibt drei Hauptopponenten: Wolfgang Zöllner, der etwas milde geworden ist. Das liegt möglicherweise nicht an der Richtigkeit meiner Thesen, aber es liegt daran, dass die Diskussion sich fortgesetzt hat. Die Schärfe seines Aufsatzes von 1984 ist heute nicht mehr ganz wieder zu erkennen. Dann Claus-Wilhelm Canaris als Hauptopponent und ein Canaris-Schüler namens Jörg Neuner, Professor in Augsburg. Dieser hat eine Grundlagenschrift geschrieben, „Rechtsfindung contra legem“, und da komme ich natürlich als mephistophelische Figur vor, das ist ja klar. Er schreibt: „Die methodische Ausgangslage zu diesem Zentralproblem ist – soweit ersichtlich – unstrittig. Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sind Normadressaten des HGB ausschließlich Kaufleute.“ Da kann ich nur sagen – *d'accord*. Neuner weiter: „Auch der Wortlaut und die Systematik der §§ 1 ff., §§ 343 ff. HGB lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, dass dem HGB der Kaufmannsbegriff zugrunde liegt.“ Da möchte ich sagen: „Aufhören, aufhören, wir wissen es! Das steht da drin. Wir können ja alle lesen.“ Und nun seine Folgerung: „Die These von Karsten Schmidt, dass das Handelsrecht bereits in sich den Keim eines allgemeinen Unternehmensaußenrechts trage, ist daher methodisch nicht nachvollziehbar. Es beinhaltet im Gegenteil sein unzweifelhaftes *de lege lata*-Verbot.“ Ein *de lege lata*-Verbot des Außenprivatrechts der Unternehmen, dafür wird Wolfgang Zöllner zitiert. Also ist man sich da einig.

Aber das ist ein großes Missverständnis. Dass das im HGB nicht drinsteht, das ist zu erkennen, da ist vom „Kaufmann“ die Rede. Aber wie soll sich das Handelsrecht entwickeln? Und es geht nicht nur darum. Manche sehen immer nur die Spitze des Eisbergs und sagen: „Was? Der will auf den Zahnarzt den § 377 HGB anwenden?“ Das will ich, das stimmt. Aber das ist nur ein Problemchen. Das Hauptanliegen ist ein anderes. Es geht nicht nur um die analoge Anwendung, es geht darum, dass ich mir als erstes das Unternehmen anschau und nicht sage: „Da ist ein Subjekt, nennen wir es Max Meyer. Wollen wir doch mal sehen, ob es Kaufmann ist.“ Als ich Handelsrecht lernte, wurde mir gesagt: „Passt mal auf, liebe Kinder, im Handelsrecht gibt es zwei Grundnormen. Die eine ist § 1, der Kaufmannsbegriff. Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Und § 343: Handelsgeschäft ist das Geschäft eines Kaufmanns, das zu seinem Handelsgewerbe gehört.“ Richtig: Das steht da drin. Das wurde uns als „Grundnormen des Handelsrechts“ verkauft. Wenn Sie aber einen Praktiker fragen: „Wann haben Sie zum letzten Mal über diese Fragen nachgedacht?“, wird er sagen: „Seit dem Examen bestimmt nicht mehr.“

Vielleicht sind diese Fragen von rechtstheoretisch so grundlegender Bedeutung, dass man sagt: Dafür sind wir geistig bereichert worden! Aber sie sind so ärmlich, dieser Kaufmannsbegriff und dieses Handelsgeschäft! Was ist also inspirierend? Die Wirklichkeit inspiriert! Zu ihr gehören die Un-

ternehmen, und dann wollen wir mal sehen, wie das Handelsrecht damit umgeht und wie weit wir es treiben können, ohne dass der Gesetzgeber das Handelsrecht ändert.

Was ist nun das Handelsrecht, und wovon handelt es? Das Handelsgesetzbuch weiß es nicht, und zwar deswegen, weil es in zwei Teile zerbricht. Ganz grob gesehen enthält es fünf Bücher. Das erste heißt seit hunderten Jahren „Handelsstand“. Das ist das Buch vom Unternehmen. Das zweite betrifft die OHG, die KG und die stille Gesellschaft, da sagt man, dass das zum Gesellschaftsrecht gehöre. Das dritte Buch behandelt die Bilanzen, und das vierte die Handelsgeschäfte. Das fünfte, von § 476 bis § 905, enthält das Seehandelsrecht. Und was wird gelehrt von den Professoren? Als Erstes sagt man, dass das alles nur Flickwerk ist, das ist ja schnell zu erklären. Vom Seerecht verstehen die Professoren nichts – bis auf die Seerechtler. Vom Bilanzrecht wollen sie nichts verstehen, davor haben sie Angst. Canaris sagt: Das ist öffentliches Recht. Ich kenne aber keinen Öffentlichrechtler, der Bilanzrecht kann. Also lehren sie es auch nicht. Das zweite Buch ist ja Gesellschaftsrecht, „nächstes Trimester“. Was wird also als Handelsrecht gelehrt? Das erste und das dritte Buch. Und damit kommen wir in diese kleine Welt von 1897, da läuft das Personal des Kaufmanns durch das HGB. Früher waren die Handlungslehrlinge noch dabei, die „Azubis“. Die sind dann irgendwann in eine Art Sondergesetz gekommen, aber Arbeitsrechtler bin ich ja nicht. Da sind die Handlungsgehilfen und der Prokurist und all das. Dazu kommt in Buch IV das Recht der Handelsgeschäfte, und davon hat Wolfgang Zöllner gesprochen. Mir ist es völlig gleichgültig, ob das ins HGB oder ins BGB hinein kommt. Das ganze vierte Buch kann ohne Weiteres irgendwo ins BGB hineingestreut werden: Für den Kaufmann gilt das und das, der kann sich mündlich verbürgen, der muss die Ware angucken, wenn er Mängel geltend machen will, das kann alles ins BGB.

Aber der Kernbestand des Unternehmensrechts, das ist der Unternehmensträger, der im HGB viel zu kurz kommt, das ist die Firma, das sind diese Registerfragen, das geht letztlich nachher in die Rechtssubjektivität bis hin zu Haftungsregeln, §§ 25-28 HGB, und dann im Anschluss daran das Gesellschaftsrecht. Das ist genuines Unternehmensrecht. Und das ist der Fokus, auf den ich mein Augenmerk richte. Ich muss in dem Buch natürlich dann auch die mündliche Bürgschaft darstellen, aber das wirkliche Thema des Unternehmensrechts ist das nicht. Das heißt, mit anderen Worten: Das Handelsgesetzbuch und die Wirklichkeit, die sich dahinter verbirgt, sind immer weiter auseinander gedriftet. Das erste Buch gehört modernisiert, das dritte Buch gehört in das BGB hinein transplantiert. Das wäre meine erste These.

Rechtsfortbildung oder Rechtsbruch?

BLJ: Professor Schmidt, zunächst stellt sich uns die gleiche Frage, die auch Professor Zöllner bereits aufgeworfen hat. Inwieweit ist das Außenprivatrecht der Unternehmen *de lege lata* wirklich mit dem Gesetz vereinbar?

Schmidt: Zunächst einmal gibt es Fragen, bei denen man gar nicht erst in das Gesetz schauen muss, zum Beispiel im Handelsgewohnheitsrecht. Der BGH hat längst das Recht des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auf Nicht-Kaufleute angewandt. Dabei musste er nicht ins HGB schauen, obwohl es sich um Regeln des Handelsrechts handelte, vielmehr ha-

ben sich diese gewohnheitsrechtlichen Normen ihre Adressaten selbst gesucht. Aber ich betone noch einmal: Die Frage der analogen Anwendung ist nicht mein zentrales Anliegen. Das ist nur das, was immer wieder auffällt. Als wir uns vor vielen Jahren in einem ähnlichen Format an der Universität Heidelberg schon einmal zu diesem Thema gestritten haben, habe ich gesagt: Mit meinem Buch ist das wie mit Günter Grass' „Blechtrommel“. Alle haben die Stelle mit dem Brausepulver gelesen, aber was das Buch eigentlich will, das haben sie kaum in Erinnerung. Sie erinnern sich nur an gewisse anstößige Dinge. Was will mein Buch nun eigentlich? Es will im Wesentlichen die Doktrin des Unternehmens darauf testen, inwieweit man sie mit dem Handelsgesetzbuch abdecken kann.

Die andere Frage ist natürlich: Wie weit darf sich Rechtsfortbildung vom Gesetzeswortlaut entfernen? Da wird mir immer beschwörend entgegengehalten, dass man das doch nicht dürfe! Aber die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist seit Januar 2001 auch ständige Praxis und allgemein akzeptiert. Wolfgang Zöllner hatte heftig opponiert, weil dies seiner Ansicht nach *de lege lata* nicht ging. Und wenn man mit der Methode herangeht: „Als erstes kommt die Wortlauttreue“, dann stimmt das auch. Der BGH hatte in der damaligen Entscheidung behauptet, die Rechtsfähigkeit der GbR sei mit § 736 ZPO vereinbar, obwohl dieser ausdrücklich von der fehlenden Rechtsfähigkeit der GbR ausgeht. Der BGH sagt also, das sei damit vereinbar – nur aus Angst vor dem Bundesverfassungsgericht! Canaris hat dann gesagt, diese Entscheidung sei verfassungswidrig, weil sie ein klarer Rechtsbruch sei. Wolfgang Zöllner und viele andere haben dagegen opponiert, aber es gab doch eine kleine Minderheit – damals Minderheit – die der Ansicht war, die Gesellschaft sei rechtsfähig und parteifähig. Und diese Ansicht hat sich nun durchgesetzt – entgegen dem Gesetzeswortlaut! Es gibt neuere Beispiele, die ich im Einzelnen hier nicht anführen will. So hat der BGH z.B. in einem insolvenzrechtlichen Fall gegen den klaren Wortlaut der Insolvenzordnung – die sogar eigens nach den eindeutigen Motiven des Gesetzgebers formuliert war – gesagt: „Nein, das gefällt uns so nicht, das ist eine Verschlechterung gegenüber der alten Konkursordnung, das machen wir nicht mit.“ Ähnliche Rechtsprechung gibt es auch zum Eigenkapitalersatz.

Es gibt also offenbar Punkte, bei denen man es sich erlauben kann, sich über den Wortlaut hinwegzusetzen. Rechtsfortbildung ist eine Frage der Feinfühligkeit. Die Frage ist dabei natürlich auch, wieweit man das dem Gesetzgeber überlassen muss, inwieweit man also sagen muss: „Was schwarz auf weiß im Gesetz steht, da beißt die Maus keinen Faden ab, das muss so bleiben.“ Aber mit so ernstesten Problemen wie den unsrigen befasst der Gesetzgeber sich nicht, damit wäre er auch überfordert. Die Frage ist also: Rechtsfortbildung *contra legem* – ist sie erlaubt, oder ist sie *a limine* unerlaubt?

Zöllner: Nun, es ist eindeutig, dass sie nicht erlaubt ist. Es ist unerhört, dass der Präsident einer Universität Studenten des Rechts zum Rechtsbruch und zur Rechtsbeugung auffordert, meine Damen und Herren! Dem muss ich – mit aller Achtung vor Herrn Schmidt – widersprechen. Ich glaube, das ist eine nicht weiterführende Frage. Es gibt unendlich viele Beispiele dafür, dass die Gerichtsbarkeit sich über geschriebenes Recht hinweggesetzt hat. Wenn es passiert ist und es sich auch durchgesetzt hat – na gut, dann ist es sanktioniert, aber man

darf es jedenfalls eigentlich nicht machen. Will man eine Antwort auf die gestellte Frage geben, so ist damit also auf keinen Fall gesagt, dass die These vom Außenprivatrecht des Unternehmens mit dem Gesetz vereinbar ist. Sie ist nicht damit vereinbar! Das ist eindeutig.

Ist eine Reform rechtspolitisch wünschenswert?

Die andere Frage ist, ob man das Recht dahin verwandeln will. Die Österreicher haben zum Beispiel, nicht zuletzt unter Ihrem Einfluss, Herr Schmidt, auf den Vorsitzenden der maßgeblichen Kommission, Heinz Krejci, gedacht: Jetzt machen wir mal etwas ganz Modernes und holen aus Deutschland etwas herein zu uns und haben daher beschlossen, wir machen ein Unternehmensgesetzbuch. Sie haben ihr HGB also einfach umbenannt in Unternehmensgesetzbuch, sie sprechen nicht mehr vom Kaufmann, sondern vom Unternehmer und sagen: „Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt.“ Das ist eine sehr profunde Gesetzesbestimmung am Anfang des österreichischen UGB. Ansonsten hat das UGB aber nach wie vor vier Bücher – das Seehandelsrecht spielt in Österreich natürlich keine Rolle! In diesem österreichischem UGB – das ist als Vergleich vielleicht ganz interessant – hat man geregelt, dass das erste Buch auf Unternehmer Anwendung findet. Das ist interessant! Denn es heißt ja „Unternehmensgesetzbuch“, das ganze Buch handelt aber minimalst vom Unternehmen und im Wesentlichen vom Unternehmer und seinen Rechtsbeziehungen. Dann regelt man aber in § 4 UGB, dass das erste Buch auf freie Berufe keine Anwendung findet. Das gleiche gilt dann auch für die Landwirtschaft und schließlich nimmt man diese beiden auch noch aus dem dritten Buch – über die Rechnungslegung – heraus. Das einzige Buch, das auf die freien Berufe und die Landwirtschaft Anwendung findet, ist das vierte Buch. Und gerade hier wurde bisher weder in Österreich noch bei uns ausreichend diskutiert, inwieweit diese Normen überhaupt passen.

Ich will das an einem Beispiel darstellen. Nehmen Sie einmal die Pflicht zur Mängelrüge beim beiderseitigen Handelskauf – Herr Schmidt hat das ja auch angesprochen. Sind also beide Seiten Kaufleute und kauft einer der beiden etwas, so muss er diese Sache dann auch gleich untersuchen und auch gleich rügen, wenn ein Mangel feststellbar ist. Das ist sehr sinnvoll beim Handelskauf, wenn also wirklich jemand beteiligt ist, der typischerweise Sachen kauft. Aber ein Zahnarzt, der sich zweimal im Leben einen Zahnarztstuhl kauft, warum soll für diesen auch diese unverzügliche Rüge gelten? Dafür gibt es überhaupt keinen vernünftigen Gedanken! Oder ein Anwalt, der einen Computer kauft – warum muss der unverzüglich untersuchen und rügen? Ich sehe das nicht ein. Es ist auch nicht so, dass Ärzte eine besondere Geschäftserfahrung haben oder haben müssen, wie man das für den Kaufmann als den Handelsmann im typischen Sinne postuliert. Für die Gleichstellung von Personen, die ein Unternehmen betreiben – gleich welcher Art – gibt es meiner Ansicht nach kein nachweisbares rechtspolitisches Bedürfnis. Und es fehlt vor allem auch das, was wir sonst verlangen, wenn wir Rechtsfortbildung betreiben und den Wortlaut im Wege der Analogie überschreiten, nämlich die Gleichheit der Interessenlage. Karsten Schmidt will hier alles begrifflich, systematisch gleich behandeln, indem er sagt, dass ein Unternehmen teleologische Grundlage für diese Vereinheitlichung war. Diese besteht überhaupt nicht.

Schmidt: Nur ganz kurz einige Punkte hierzu. Zunächst einmal zu den österreichischen Gesetzen. Ob die Österreicher so recht getan haben, das UGB jetzt noch so zu verändern, wo man doch vor einer europäischen Rechtsvereinheitlichung steht, darüber kann man streiten. Aber das ist eine rechtspolitische Frage. Man kann mir aber nicht entgegenhalten, dass die Österreicher den Freiberufler und die Landwirtschaft ausgenommen haben! Es ist schriftlich nachweisbar, dass ich ihnen davon abgeraten habe. Aber so ist eben Gesetzgebung. Von Kirchmann hatte ja Recht in seiner berühmten Schrift „Von der Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“, die in Wahrheit eine Beschimpfung nicht der Wissenschaft, sondern des Gesetzgebers ist. Wir hatten einen wunderbaren Entwurf vorgelegt und kaum war der Entwurf da, kamen die *Pressure Groups* ins Ministerium und sagten: „Das kann doch nicht wahr sein, dass unsere Landwirte einfach wie Kaufleute behandelt werden.“ Und bei den Freiberuflern war es ganz genau so. In Deutschland kommt in Wahrheit noch die Gewerbesteuer hinzu – die Freiberufler wollen keine Berührung mit den Gewerbetreibenden haben, weil dann der Gesetzgeber auf die Idee kommen könnte, sie müssten Gewerbesteuer bezahlen. Das ist der versteckte, natürlich völlig sachfremde Grund. So, das ist das eine. Diese Ausnahmen sind eine Verwässerung.

Das nächste: Wolfgang Zöllner behauptet, ich wollte alle Unternehmen gleich behandeln. Das ist nicht so. Ich schaue mir die einzelnen Normen schon sehr genau an und differenziere, ob man sie z.B. nicht auf Kleingewerbetreibende anwenden soll. Ich prüfe also bei jeder Norm sehr genau die Analogiefähigkeit. Ich betone aber noch einmal, dass dies nicht mein Hauptthema ist.

Noch einmal zum § 377 HGB und zur Mängelrüge: Bitte, selbst wenn ein Kaufmann das nicht jeden Tag tut, so muss er doch, wenn er einen Computer kauft, prüfen und rügen. Das ist eine Frage, die sich gegen die Norm des § 377 HGB richtet. Es wäre wahrscheinlich besser gewesen, wenn der Gesetzgeber sie auf Massengüter beschränkt hätte – auf das Umlaufvermögen des Unternehmens, da passt das. Auf das Anlagevermögen passt sie im Grunde nicht: Wenn der Unternehmer einen Lieferwagen kauft oder einen Computer und will ihn noch ein bisschen schonen, stellt ihn also in den Keller, prüft ihn zu spät und ist seine Gewährleistungsrechte los – das wirkt sonderbar. Aber das richtet sich gegen die Norm als solche und nicht gegen das Konzept.

„Wir müssen das HGB abschaffen!“

BLJ: Prof. Zöllner, Sie sagen, dass man den Anwendungsbereich des Handelsrechts nicht durch den Begriff des Unternehmers abgrenzen könnte. Wie könnte man denn Ihrer Ansicht nach den Anwendungsbereich vernünftig abgrenzen? Würden Sie dafür plädieren, den Kaufmannsbegriff beizubehalten?

Zöllner: Also, ich halte diesen Streit eigentlich für antiquiert. Mich interessiert er nur noch begrenzt. Ich bin der Meinung, dass wir das HGB abschaffen sollten. Und das schließt nicht aus, dass man dann natürlich eine Art Unternehmerbegriff brauchen wird. Da bin ich in der Sache mit Karsten Schmidt einig, dass es eigentlich eine bürgerlich-rechtliche Frage der Sonderbehandlung von Personen ist, die in bestimmter Weise am Markt tätig sind. Wir nähern uns da also durchaus an.

Aber ich bin dagegen, dass man dies pauschal für alle Unternehmer sagt.

Ich würde also all das, was jetzt noch im HGB – vor allem im vierten Buch – steht, herausnehmen. Allerdings kann ich nicht viel zum Seehandelsrecht sagen, und würde das in Hamburg auch nie tun! Inwiefern diese Vorschriften sinnvoll sind, davon verstehe ich zu wenig. Aber notfalls kann man daraus ein eigenes Gesetz machen. Eine gewisse Verwandtschaft hat das natürlich auch mit dem Transportrecht – auch das gehört natürlich schon längst aus dem HGB heraus und in ein eigenes Transportgesetzbuch, wo alle Fragen der Personen- und Sachbeförderung nach einheitlichen Gesichtspunkten geregelt werden. Auch das Kommissionsgeschäft, das ohnehin nur ganz geringe Bedeutung hat, gehört ganz ins BGB. Das Gesellschaftsrecht gehört heraus, ebenso wie die Rechnungslegung, egal ob man sie nun für öffentliches Recht hält – was übrigens, wenn ich mir diese Bemerkung erlauben darf, herrschende Meinung ist – oder nicht. Das Rechnungslegungsrecht gehört längst in ein eigenes Gesetzbuch.

Das nimmt ja auch eine Entwicklung, die eigentlich mit der deutschen handelsrechtlichen Gesetzgebung gar nicht mehr zu bewältigen ist. Es wird Ihnen ja bekannt sein, dass wir hier längst – vor allem im Aktienrecht – internationale Regelungen bei den börsengängigen Aktiengesellschaften zu berücksichtigen haben, z.B. IAS/IFRS. Das sind Normen, die auf sehr merkwürdige Weise zu Stande kommen. Nämlich gar nicht durch den Gesetzgeber, sondern auf einer verfassungsrechtlich sehr fragwürdigen Ermächtigung von mehr oder weniger privaten Instanzen.

Kurzum: Wir müssen das Handelsrecht abschaffen! Canaris sagt, das bedeute viel zu viel gesetzgeberischen Aufwand. Er will deshalb am Handelsgesetzbuch festhalten, lehnt aber das Handelsrecht als überflüssig ab. Ich meine, diese Arbeit können wir uns durchaus machen, da wir ja ohnehin so viele unterbeschäftigte juristische Professoren haben. Die könnten sich doch mal mit der Aufgabe befassen, wie die einzelnen Materien des HGB sinnvoll unterzubringen sind.

Ihre Frage ist also durchaus berechtigt in der Sache: Wie grenzt man da nun ab? Das BGB kennt das ja auch, dass man für bestimmte Rechtssubjekte besondere Pflichten statuiert. Das BGB unterscheidet zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Und dann hätten wir im BGB die Unternehmer weiterhin auch für Materien, die früher im Handelsrecht standen. Ob da die Abgrenzung ganz dieselbe zu sein hat, ist auch ein schwieriges legislatives Problem. Aber es ist ein Problem, das wir so und so irgendwann bewältigen müssen. Und dann stehen wir vor der Frage, ob wir nicht überhaupt das ganze Handelsrecht in diesen Verbraucherschutz überführen. Und wenn man z.B. eine Rügepflicht für sinnvoll hält, kann man weiterfragen, ob man dann nicht nach bestimmten Gesichtspunkten abgrenzen muss, so wie zum Beispiel der Konsumentenschutz nach Branchen unterscheidet. Das kann der Massenkauf sein, das kann aber auch etwas anderes sein. Aber ich mach da nimmer mit.

Schmidt: Das deckt sich ja weitgehend. Ich bin der Auffassung, der Unternehmer und der Verbraucher sind im BGB definiert. Da gibt es eine Schieflage zwischen dem BGB und dem HGB, das ja auch sagt, bei einseitigen Handelsgeschäften zwischen Unternehmer und Verbraucher sei Handelsrecht anwendbar. Das steht in § 345 HGB, das passt nicht zueinander, rein ins BGB, dann ist das vierte Buch weg. Nur: das Bi-

lanzrecht muss auch irgendwo stehen, ebenso Handelsregister und Firma. Das ist „Unternehmensrecht I“ und hat eine enge Verbindung zum Gesellschaftsrecht. Da stehen die besonderen Regeln über die einzelnen Rechtsformen drin. Wie man das legislatorisch macht, darüber kann man streiten, aber wenn man das ganze Gerümpel aus dem vierten Buch ins BGB hinein tut, dann sieht man umso mehr, was bleibt: das Bilanzrecht, das Recht der Unternehmenspublizität, usw. Das sind unternehmensrechtliche Regeln, die gehören in ein Gesetz, wie immer wir das dann nennen, Unternehmensgesetzbuch oder wie immer, das ist eine Rechtsmaterie die Bestand haben wird. Deswegen glaube ich, dass wir jetzt gar nicht mehr so furchtbar weit auseinander sind.

Die Schwächen des Kaufmannsbegriffs

BLJ: Professor Schmidt, können Sie uns praktische Beispiele dafür geben, in welchen Fällen der aus Ihrer Sicht veraltete Kaufmannsbegriff einfach nicht mehr sachgemäß ist, um diese Fälle zu lösen, und das Unternehmensrecht schlichtweg besser geeignet ist?

Schmidt: Die meisten Beispiele sind gesellschaftsrechtlicher Art. Und die meisten haben sich durch Rechtsfortbildung erledigt, zum Beispiel die Insolvenzfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und so weiter – das ist alles gesichert. Früher war es ja so, dass der nicht eingetragene Bauunternehmer sich selbst wegen Konkursverschleppung nicht strafbar machen konnte. Wenn der keine Bilanzen aufstellte, war das völlig in Ordnung, weil er nach Handelsbilanzrecht überhaupt nicht bilanzierungspflichtig war. Das war einfach dummes Zeug. Der Gesetzgeber hat das teilweise nachgebessert, indem er den Kaufmannsbegriff 1998 modernisiert hat. Er hat ihn aber nur modernisiert und nicht ersetzt durch einen viel allgemeineren Begriff, und das hängt mit dieser Zaghafigkeit zusammen, von der ich vorhin gesprochen habe. Man fragt sich zum Beispiel, wie das mit den Land- und Forstwirten ist. Es ist doch völlig albern zu sagen, dass jemand, der eine große Landwirtschaft betreibt, kein Unternehmer ist. Ich pflege immer zu sagen: Das ist die Vorstellung von 1897. Die kannte zwei Arten von Bauern, die einen waren Junker und wollten mit den Kaufleuten nicht in eine Kiste gesteckt werden, nicht zum Handelsstand gehören. Die anderen waren Analphabeten. Und die passten da auch nicht rein, die konnte man nicht bilanzierungspflichtig machen. Aber so entsteht Rechtsgeschichte. Und das schleppt sich durch die Gesetze durch. Also dass das Gesetz entschieden entrümpelt werden muss, das ist klar. Was dann vom Handelsgesetzbuch übrig bleibt, darüber kann man streiten. Ein Unternehmensgesetzbuch oder wie man es immer nennen will, in dem solche Dinge wie Handelsregister, Bilanzierung und so weiter drinnen stehen, werden wir auch in Zukunft haben. Das heißt, die Materie wird das Gesetz überleben. Hurra!

BLJ: Sie haben gerade schon die Handelsgesetzesreform von 1998 angesprochen, dass sich Ihre Anliegen zum Teil damit erfüllt haben. Inwieweit bleibt denn noch Reformbedarf?

Schmidt: Das fängt bei der Bilanzierung an. Nehmen wir die Freiberufler. Der Unternehmensberater wird als Kaufmann behandelt, der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater nicht, weil er Freiberufler ist, kein Gewerbetreibender, also gelten für ihn all diese Regeln nicht. Beim Wirtschaftsprüfer dürfen wir all diese Regeln nicht anwenden. Das ist nicht einzusehen, rechtspolitisch ist das mindestens anstößig. Und ich meine,

dass man sich de lege lata schon darüber hinwegsetzen kann, der Bundesgerichtshof hat ja wie angedeutet in verschiedenen Fällen außerordentlich viel Mut darin bewiesen, im Privatrecht mit dem Gesetzeswortlaut ziemlich tolle Stücke zu treiben.

Die Schwarzwaldklinik ist bilanzierungspflichtig

BLJ: Professor Zöllner, Sie haben sich eben entschieden dagegen gewehrt, die freien Berufe in das HGB einzubeziehen. Warum sind Sie so entschieden dagegen?

Zöllner: Also zunächst einmal ist etwa die Bilanzierungspflicht etwas, das auf viele Freiberufler kaum passt. Dann ist selbstverständlich, dass es nicht sehr sinnvoll wäre, die Freiberufler zusammen mit den gewerblichen Unternehmen in ein einheitliches Register zu bringen. Ich habe schon vorhin gesagt, dass die Vorschriften über Handelsgeschäfte auf die Freiberufler so gut wie überhaupt nicht passen. Mit Herrn Schmidt bin ich mir da nicht einig hinsichtlich der Rückpflicht, aber es gibt viele andere Dinge, für die kann man das im Einzelnen zeigen, ich hab das auch des näheren ausgeführt. Es bleibt eigentlich vom HGB so gut wie nichts, was auf die Freiberufler passt. Und was mir eigentlich wichtig ist, das mögen manche für Sozialromantik oder sonst was halten: Ich finde es nicht gut, wenn der Gesetzgeber die Gesellschaft juristisch über einen Kamm schert und sagt, der Freiberufler ist genauso wie jeder andere Gewerbetreibende. Wie Sie wissen, fordern Ärzte und Anwälte ja ein Honorar: Schon der Begriff hat etwas mit Ehre zu tun. Das ist etwas anderes, als wenn ich ein Entgelt für eine Leistung fordere. Und ich finde, das sollte auch zum Ausdruck kommen und in geeigneten Fällen in juristische Entscheidungen einfließen und als moralische Forderung im Raum stehen. Wenn man, wie das heute gerne der Fall ist, sagt: Jede Anwaltspraxis ist heute gewerblich organisiert, die sind nur am Geld interessiert – ich weiß nicht, ob das richtig ist, und vor allem würde ich als Gesetzgeber nicht einfach sagen, so ist es, also mach ich sie alle gleich. Aber, wie gesagt, das ist vielleicht ein realitätsferner Idealist, der so denkt.

Schmidt: Dass ich völlig anderer Meinung bin, liegt auf der Hand. Die Schwarzwaldklinik oder eine Dialysepraxis, wenn sie groß genug ist, ist bilanzierungspflichtig. Ich bin sehr für die Romantik, aber die Romantik muss ihren Platz da haben, wo sie hingehört. Hier passt sie nicht mehr. Der Taxifahrer, der uns nach Hause fährt, das Taxiunternehmen ist eintragungsfähig oder -pflichtig sogar, die Dialysepraxis nicht. Ich bin der Auffassung, dass diese Differenzierungen verstaubt sind. Sonst müsste man ja auch sagen, ein kaufmännisch betriebenes Theater, das ist die hohe Kunst und darf dann auch nicht ins Handelsregister.

Aber ich habe das Gefühl, dass die Punkte, in denen wir sachlich auseinander gehen, gar nicht mehr so essentiell sind. Vieles hat sich gewissermaßen aufeinander zu bewegt, das Außenprivatrecht der Unternehmen ist unsterblich, das will Wolfgang Zöllner natürlich nicht zugeben. Wenn man das Handelsgesetzbuch beiseite fegt, wird es diese Materie weiterhin geben.

Zöllner: Wobei man natürlich sagen muss, Außenprivatrecht der Unternehmen, das ist ja zum größten Teil nicht das, was im HGB steht, sondern das ist das BGB. Wenn ein Unternehmen privatrechtliche Beziehungen nach außen hat, dann sind sie fast immer in irgendeiner Form im Bürgerlichen Ge-

setzbuch. Deswegen meine Meinung, man soll das, was im HGB noch steht, ins BGB integrieren. Dann haben wir das BGB als Außenprivatrecht der Unternehmen, aber nicht nur der Unternehmen, sondern auch anderer Rechtsträger. Aber damit ist natürlich die Bedeutung dieses Handelsrechtslehrbuchs, dieses blauen, ganz marginal und das darf nicht sein, nicht wahr? Und es ist mir doch ganz wichtig: in Diskussionen sollte man nie sagen, etwas ist passé. Da präsumiert man, dass eine Meinung, die unter Umständen noch von einem quantitativ und qualitativ nicht ganz irrelevanten Bevölkerungsteil vertreten wird, eine *quantité négligeable* ist. Und ich muss sagen, soweit würde ich in meinem Urteil nur ganz selten gehen wollen, allerdings in Bezug auf das HGB tue ich es vielleicht doch. Da sage ich auch, das ist passé.

Schmidt: Darf ich auch noch einen Schluss ziehen: Wissenschaft ist nicht Gewissheit. Wo Gewissheit besteht, ist kein Bedürfnis für das, was wir als Wissenschaft betreiben. Das hört sich zunächst wunderbar an, aber es ist so. Wo das Wissen fest ist, da ist für die Wissenschaft im Moment kein Platz. Wolfgang Zöllner möchte die Lehren, die sich nicht durchgesetzt haben, davor schützen, dass sie passé sind. Ich sehe das völlig anders. Die, die sich durchgesetzt haben, die sind passé. Das Ganze besteht darin, dass man versucht, gegen den Widerstand einer herrschenden Meinung mit einer neuen These durchzukommen. Und wenn die neue These eines Tages allgemein akzeptiert ist, dann hat sich nicht der Verlierer, sondern der Sieger erledigt, und dann können neue Probleme kommen. Das ist im Grunde Wissenschaft, das ist der Unterschied zu Kunst, das hat Max Weber auch gesagt. Kunst will unsterblich sein. Wissenschaft erledigt sich selbst und zwar nicht durch Unterliegen, sondern durch Obsiegen.

Wohin mit den Regelungen des HGB?

Zöllner: Ja, ich würde noch nicht ganz beim Schlusswort angelangt sein...

Schmidt: Pardon.

Zöllner: ...sondern würde doch noch einmal mein Postulat in Erinnerung bringen, dass wir nun nicht über diese eigentlich weithin diskutierten Fragen weiter reden sollten, sondern, dass wir genauer fragen sollten, was soll aus den einzelnen handelsrechtlichen Regelungskomplexen werden. Nehmen Sie mal ein ganz einfaches Beispiel, meine Damen und Herren, das vor allem für die Studierenden immer noch ein wichtiger Punkt in Klausuren ist: Die handelsrechtliche Stellvertretung. Das HGB enthält im ersten Buch eine ganze Reihe von Normen über die Handlungsvollmacht, und es enthält Normen über die Prokura. Wenn man nun sagt, das Handelsgesetzbuch soll verfrachtet werden, soll – wie sagt Canaris – zerstört werden, und die Dinge sollen anderswohin überführt werden, steht man sofort vor der Frage: Soll es eine besondere Handlungsvollmacht oder Handlungsvollmacht, also etwa in Gestalt der Prokura, geben, die gesetzlich fest umschrieben ist? Und wer darf diese Handlungsvollmacht erteilen? Dies ist ein gerade für Studenten schön begreifliches Beispiel für etwas, was zu den freien Berufen passt: der Anwalt könnte vielleicht seinem Bürovorsteher Prokura erteilen, oder es könnte auch der älteste Anwalt den Unteranwältinnen Prokura erteilen, und ähnliches. Wo regelt man das? Regelt man es in den §§ 164 ff. BGB? Dann kann man die gleiche Frage natürlich auch für die anderen Bestimmungen über die Hand-

lungsvollmachten stellen, von denen Canaris sagt, die gehörten schon lange ins BGB. Ist das wirklich Unternehmensaußenrecht, Außenprivatrecht der Unternehmen, oder, ich bringe in Erinnerung, etwa ein Kapitel aus dem ersten Buch des HGB? Was macht man mit dem Handelsvertreter? Schreiben wir den als besonderen Typus ins BGB?

Schmidt: Wir sind jetzt schon im vierten Buch: Das Handelsgeschäft.

Zöllner: Nun gut. Aber ich meine, solche Dinge sind wichtige Fragen der Bewältigung der Zukunft des Handelsrechts, meiner Ansicht nach, die sind zu diskutieren, damit wir mit diesem HGB weiter kommen, mit dem kein Mensch in Wahrheit mehr zufrieden ist. Die schwierigste Frage ist natürlich die nach dem Handelsregister, das hat Karsten Schmidt vorher schon erwähnt, dann die Namensfragen, die wir heute im Firmenrecht haben. Soll man die jetzt bei § 12 BGB lozieren? Es lohnt auf der einen Seite sicher nicht, wegen diesem Pimperleskram das HGB noch aufrecht zu erhalten. Auf der anderen Seite, es heraus zu nehmen und irgendwo unterzubringen ist nicht so ganz einfach. Ich argumentiere jetzt gegen mich selbst, aber das gehört ja eigentlich auch dazu, nicht wahr?

Schmidt: Ich denke, wir sollten die etwas größere Linie wieder genauer prüfen. Ich schlage vor, wir machen ein Unternehmensgesetzbuch, in dem aber nicht all das über die Handelsgeschäfte steht, sondern etwas über die Unternehmen. Das findet Anschluss an das Gesellschaftsrecht, und dazu gehören die §§ 25 bis 28 HGB, die Canaris so hasst, und die Wolfgang Zöllner auch nicht so liebt, und eigentlich gehörte da auch der § 613a BGB für den Übergang der Arbeitsverhältnisse mit hinein. Das ist Unternehmensrecht, das ist „Unternehmensaußenrecht“. Dies ist eine Klammer, die geeignet ist, ein Gesetz zusammenzuhalten. Was will denn eine Kodifikation? Beim Strafrecht wissen wir, warum es ein Strafgesetzbuch gibt; irgendwie können wir uns darunter etwas vorstellen. Das Handelsrecht sucht gewissermaßen seine Mitte noch immer und hat sie immer noch nicht gefunden. Es zerbricht jetzt und deswegen meine ich, man sollte es jetzt reduzieren auf den Kernbestand des Unternehmensrechts. Unternehmensrecht I ist das, was wir früher Handelsrecht nannten, Unternehmensrecht II ist das, was wir Gesellschaftsrecht nennen. Vielleicht ist das Kapitalmarktrecht das Unternehmensrecht III, das weiß ich noch nicht genau.

UGB als Vorbild für eine HGB-Reform?

BLJ: Sie hatten schon das österreichische UGB angesprochen, das ja 2007 in Kraft getreten ist. Wäre das denn ein Konzept, was ein Vorbild für das deutsche HGB sein könnte?

Schmidt: Prof. Zöllner hat es schon kritisiert. Ich selbst habe daran mitgewirkt, allerdings sitze ich da ja in keinem Gremium mit drin, ich habe nur mit beraten. Ich würde sagen, die waren jedenfalls mutiger als unser „Klein-Klein“-denkender Gesetzgeber von 1998. Die Österreicher sind einen großen Schritt weitergegangen. Allerdings ist auch da auf der Strecke manches liegengeblieben, manches ist halber Kram geblieben. Der Name Unternehmensgesetzbuch verspricht mehr, als der Inhalt hält, das hat Wolfgang Zöllner auch gesagt. Aber gerade bei der Haftungskontinuität geht das Gesetz doch sehr weit: Firmenfortführung ist nicht mehr erforderlich und ganze Rechtsverhältnisse gehen über. Fabelhaft! Das steht seit 1980 in meinem Buch. Und wie sagte

da vorhin Wolfgang Zöllner? Ich hätte da so ein bisschen umgelenkt nach seiner Rezension. Er hat mich „flexibel“ genannt. Ganz im Gegenteil: Ich bin in dieser Hinsicht völlig starrköpfig.

Erforderlichkeit einer Gewinnerzielungsabsicht

BLJ: Das österreichische UGB bezieht sich auch auf die Gewinnerzielungsabsicht. Was halten Sie denn davon?

Schmidt: Das halte ich für eine Diskussion, die in meinen Augen abgeschlossen ist. Wir verzichten längst in Deutschland darauf. Bloß ist es leider in den Kommentaren noch nicht herrschende Meinung. Der Bundesgerichtshof hat sich früher mit der Deutschen Bahn so schwer getan: Weil sie früher keine Aktiengesellschaft war, und manche sagten: „Die haben ja keine Gewinnerzielungsabsicht!“ Der BGH erklärte dagegen: „Ja, eigentlich würde sie gerne Gewinne machen, sie schafft es bloß nie! Das genügt uns.“ In Wahrheit kann ich mir nicht vorstellen, dass Betriebswirte noch ernsthaft auf die Gewinnerzielungsabsicht abstellen. Ein Unternehmen, das defizitär konzipiert ist, eine Konzerntochter, die man eigentlich nur aus Wettbewerbsgründen irgendwohin schiebt, damit sie ein bisschen den Markt aufräumt, die aber defizitär arbeitet... Wir sitzen in einem solchen Unternehmen, das defizitär arbeitet – es wird ja alles bezahlt, aber es ist ja nicht der Markt, der das hergibt. Es wird ja nicht von außen bezahlt, sondern die Gesellschafterin, die ZEIT-Stiftung, muss die GmbH unterhalten. Würde jemand ernsthaft bestreiten, dass das ein Unternehmen ist? Ich jedenfalls nicht!

Zöllner: Ja, das ist die Frage, was man mit dem Begriff will. Wenn man die Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Vorschriften auf dieses Unternehmen anstrebt, dann bin ich nicht davon überzeugt. Und um die geht es ja nun in Österreich. Die österreichische Reform war durchaus nicht eine Reform, die einen mutigen Schritt gegangen ist. Das ist ein Wischiwaschi, was da heraus gekommen ist. Das ist nur begrifflich mutig und freut Karsten Schmidt, weil es seine Ideen irgendwie mit propagiert.

Aber zur Frage der Einbeziehung der Gewinnerzielungsabsicht. Da geht es in Deutschland um Unternehmen, meistens im Besitze der öffentlichen Hand, Eigenbetriebe der Gemeinden und Ähnliches, das sind oft Unternehmen, die keinen Gewinn machen können, ihn zum Teil aber auch nicht machen wollen, etwa in dem Sinne, dass sie in der Bilanz Gewinn ausweisen und dann ausschütten, etwa an den Inhaber. Aber das sind doch Unternehmen, die nicht nur am Markt tätig sind, sondern die sich selbst vergrößern wollen und die selber unter Umständen jedenfalls ihre Marktanteile ausweiten wollen. Nehmen Sie mal ein gemeindliches Energielieferungsunternehmen, das natürlich auch an möglichst viele Strom liefern will. Heute ist dies besonders interessant, da ja da kein Monopol mehr bestehen darf. Aber das ist dann, glaube ich, auch eine Frage dessen, was man für einen Gewinnerzielungsbegriff zugrunde legt.

Ich bin da in der Sache mit Karsten Schmidt einig, dass diese Rechtsprechung wohl richtig war. Es muss aber nicht so weit gehen, wie die Österreicher das formuliert haben, dass nun jede Art von Non-Profit-Organisation, wenn sie nur irgendwie am Markt entgeltlich tätig ist, auch gleich behandelt wird. Das schöne, auch wieder romantische, Beispiel ist die Notküche. Die kauft Kartoffeln ein und muss rügen, obwohl sie das Essen, das sie daraus produziert, wie es ihrem vorge-

fassten Vorsatz entspricht, zu einem Preis abgibt, der nicht kostendeckend ist. Muss das unbedingt sein, dass man die gleich behandelt? Das kann man machen, ich habe da keinen besonderen Ehrgeiz, das so oder so zu entscheiden, aber ich sehe an sich keine Notwendigkeit, das so zu machen. Ich meine, dass man so etwas auch herausnehmen könnte aus den schärferen Vorschriften des HGB. Und wenn wir das HGB abschaffen...

BLJ: Wie kann man denn dieser Befürchtung begegnen, dass gerade die kleineren Unternehmen durch die Anwendung der strengeren Vorschriften überfordert werden?

Schmidt: Die kleineren Unternehmen werden ja bevorzugt, weil sie sich nicht eintragen lassen müssen. Und wenn sie nicht eingetragen sind, dann unterstehen sie diesen Vorschriften nicht. Das hat der Gesetzgeber ja sehr vernünftig geregelt. Er war sehr viel zaghafter als der Österreicher, da bin ich ja völlig anderer Meinung als Herr Zöllner, aber da besteht keine Gefahr. Und was den Unternehmensbegriff angeht: Ich habe hier eine neue kartellrechtliche Entscheidung, da prüft der Bundesgerichtshof in Kartellsachen, ob ein „Nur-Nachfrager“, also ob die öffentliche Hand, wenn sie nur nachfragt, Unternehmen ist. Im handelsrechtlichen Sinne bestimmt nicht, würde man nach jetzigem Wissen sagen. Im Kartellrecht kann das anders sein. Es gibt nicht *den* Unternehmensbegriff, sondern jeder Unternehmensbegriff – im Umsatzsteuerrecht, in §§ 13, 14 BGB, im Handelsrecht und im Kartellrecht – ist ganz unterschiedlich definiert. Im Kartellrecht geht es darum, Märkte offen zu halten, und da muss man möglicherweise sehr viel weiter mit dem Unternehmensbegriff operieren als bei den handelsregistereintragungsbedürftigen Unternehmen. Wir müssen eine Behörde nur deswegen, weil sie Bleistifte kauft, nicht ins Handelsregister eintragen, aber im Kartellrecht kann sie doch Unternehmen sein.

Die Konturierung des Unternehmensbegriffs

BLJ: Prof. Zöllner hat ja auch schon Kritik dahingehend geäußert, dass der Unternehmensbegriff konturenlos und schwierig mit Inhalt zu füllen ist. Aber ist es nicht wie in vielen Bereichen, dass Rechtsbegriffe zunächst schwierig zu fassen sind, so wie früher der konzernrechtliche Unternehmensbegriff, oder im BGB die Geschäftsgrundlage, und dass man im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung und die Lehre diese Begriffe doch in den Griff bekommt?

Zöllner: Der Unternehmensbegriff, so wie er jetzt beispielsweise in Österreich definiert ist, der hat ja nun keinen besonders großen Inhalt. Und im Konzernrecht ist es auch ein Begriff, der so gut wie nichts beinhaltet. Sie haben den Unternehmerbegriff im BGB. Der ist einigermaßen fassbar. Der Unternehmensbegriff im Kartellrecht ist ein bisschen anders als im Konzernrecht. Und der Unternehmensbegriff, wie ihn nun das österreichische UGB zugrunde legen will, ist noch ein bisschen anders. Dass man dann in der Lage sein wird, in der Praxis zu entscheiden, was alles darunter fällt, da habe ich keinen Zweifel. Ich stimme Ihnen also völlig zu, dass sich ein solcher Begriff, der operationabel ist, herausbildet. Aber die Frage ist, und das ist eigentlich das Entscheidende, ob dieser Begriff von seinem Inhalt her die Konturen enthält, die dem Zweckgefüge eines bestimmten Rechtsnormenkomplexes wie zum Beispiel des HGB, entsprechen, ob also dieser Begriff des Unternehmens die Konturen hat, die die Anwendung dieses Rechtsnormenkomplexes sinnvoll macht. Das ist die Frage. Und das ist der Punkt, den ich beim österreichischen UGB und den ich auch in dem Konzept von Karsten Schmidt vermissen. Ich sehe keinen hinreichenden Grund, dass auf alle die Gebilde, die diesem Begriff unterfallen, die handelsrechtlichen Normen Anwendung zu finden haben. ■

*Das Gespräch führten
Cathrin Bauer und Sebastian Schneider.*

Rezensionen

Ingeborg Puppe: Kleine Schule des juristischen Denkens

Mit der „Kleinen Schule des juristischen Denkens“ legt die Bonner Strafrechtslehrerin *Ingeborg Puppe* ein bündiges Studienbuch zur juristischen Methodenlehre vor. Es ist aus mehreren Einführungsvorlesungen zu diesem Gebiet hervorgegangen. Umfang und Fußnotenapparat des Buches zeigen, dass es der Autorin nicht darum geht, den erreichten Diskussionsstand in seinem ganzen Umfang und Facettenreichtum der Leserschaft nahezubringen, sondern ein grundlegendes Arbeitswissen zu vermitteln. Damit bietet das Werk vor allem dem Leser, für den die juristische Methodenlehre Neuland oder nur oberflächlich erkundetes Territorium ist, eine Handreichung und erleichtert die Orientierung in Abhandlungen zu spezielleren Themen.

Aber auch für die Leser, denen die Grundbegriffe und -probleme der juristischen Methodenlehre bereits bekannt sind, bietet das Buch eine anregende Lektüreerfahrung. Denn im Hinblick auf Stil und Problemdarstellung hebt sich das Werk von anderen Lehrbüchern zur juristischen Methodenlehre deutlich ab. *Puppe* weist auf die von ihr als solche wahrge-

nommenen argumentativen Missstände in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung schärfer hin, als dies gewöhnlich geschieht. In sehr feinen Dosen mag der Leser mal leichten Spott, mal eine gewisse Enttäuschung ausmachen angesichts der ausgeschmückt-nichtssagenden Definitionen, zirkelschlussartigen Begründungen oder logisch inkohärenten Argumentationen, die die Autorin zusammenträgt. Eine weitere Besonderheit des Werkes ist, dass die Ausführungen stets an ganz konkrete Rechtsprobleme angebunden sind. Diese sind fast ausschließlich dem Strafrecht entnommen und gehören dort allesamt zum Grundwissen. Ausdrücklich wird der Leser zum Beginn vieler Abschnitte dazu animiert, sich mit gewissen Problemen und Diskussionsständen vertraut zu machen, bevor er mit der Lektüre fortfährt. Diese Behandlung von Methodenfragen am konkreten Beispiel ist die herausragende Stärke des Buches; auf Beispiele wird hier nicht bloß in einem Nebensatz hingewiesen, vielmehr werden Probleme der juristischen Methodenlehre am Beispiel entwickelt und erklärt.

Puppe gliedert das Buch in sechs Abschnitte. Der erste, „Die Begriffe im Recht“, führt den Leser an die verschiedenen Arten juristischer Begriffsbildung heran und unternimmt eine

eigene Kategorienbildung der Rechtsbegriffe. Die Systematik der Autorin ist nicht unangreifbar, jedenfalls aber bringt *Puppe* ihren Standpunkt – wie in dem Werk durchgängig – in klarer Sprache zum Ausdruck, so dass es dem Leser leichtfällt, eigene Vorstellungen in Anlehnung oder Kontrast zu den Überlegungen der Autorin zu entwickeln. Die Darstellung erreicht sehr schnell ein hohes Niveau, doch bleibt es auch dem Einsteiger in die Thematik möglich, ihr zu folgen. Die Autorin gibt Hinweise zur Darstellungspraxis im juristischen Gutachten (und das heißt für den Studierenden v.a.: in der Klausur), die plausibel und hilfreich sind.

Die beiden sich anschließenden Abschnitte behandeln die klassischen Auslegungsmethoden und das Problem ihrer Rangfolge sowie die Argumentationsformen im Bereich der Rechtsfortbildung. Die Autorin stellt den hergebrachten Kanon der Auslegungsmethoden knapp vor; die Darstellung verläuft hier in gewohnten Bahnen. Dem Leser, der sich bereits über die Grundlagen der juristischen Methodenlehre informiert hat, werden hier kaum neue Gedanken präsentiert, der Einsteiger aber bekommt eine verlässliche Übersicht geboten. Sehr gelungen ist die Passage zur systematischen Auslegung, in der *Puppe* deren in Einführungslehrbüchern meist nicht explizit gemachte Voraussetzungen herausarbeitet. Im Rahmen der Beschreibung der teleologischen Auslegung spricht die Autorin auch die Frage an, ob und wie Realfolgen bestimmter Auslegungen zu berücksichtigen sind. Dafür, dass hier auf einen vergleichsweise neuen Strang rechtswissenschaftlicher Diskussion verwiesen wird, erscheinen die Ausführungen *Puppes* lapidar und damit etwas unbefriedigend. Man hätte sich einen tiefer greifenden Einstieg gewünscht. Im Abschnitt über die Argumentationsformen im Bereich der Rechtsfortbildung wird neben der Diskussion von Analogie-, Umkehr- und Erst-recht-Schluss auch das ansonsten als argumentative Figur eher vernachlässigte *argumentum ad absurdum* ausführlich dargestellt. Wie bei der Vorstellung der systematischen Auslegung macht die Autorin auch hier die Gültigkeitsvoraussetzungen der Argumentationsform explizit, wie es in anderen Darstellungen nicht geschieht, und stellt dem Leser damit ein verständliches und leicht zu handhabendes Instrumentarium zur Verfügung.

Puppe fährt mit Ausführungen zum Zusammenspiel von „Recht und Logik“ und zur Gestalt juristischer Problemdiskussion (die sich freilich in einem sehr anschaulichen und lehrreichen Beispiel eines „juristischen Gesprächs“ erschöpft) fort. Das Werk endet mit einer Kontrastierung von systematischen Argumentationsformen und topischer Rechtsfindung. Als Wermutstropfen bleibt nach der Lektüre, dass die Autorin zu vielen alternativen Erscheinungsformen des juristischen Denkens schweigt. Der Titel hätte zumindest ein Anreißer beispielsweise der ökonomischen oder kulturwissenschaftlichen Analyse des Rechts durchaus nahegelegt – zeigt die Autorin doch auch sonst keine Scheu vor der pädagogischen Vereinfachung.

Puppes „Kleine Schule des juristischen Denkens“ beginnt mit kraftvollen Worten: der zentralen Passage aus der Antwort Immanuel Kants auf die Frage: Was ist Aufklärung? Der pompöse Einstieg mit einem derart wirkmächtigen Zitat mag zunächst irritieren. Nach der Lektüre der sich anschließenden 180 Seiten aber stellt der Leser fest, dass er durchaus den Zuspruch erhalten und einige intellektuelle Werkzeuge erworben hat, um Mängel „der Entschließung und des Mutes, sich

[des Verstandes] ohne Leitung eines anderen zu bedienen“, in der Auseinandersetzung mit juristischen Argumenten beherzt anzugehen. ■

(Johannes Gerberding)

Ingeborg Puppe: Kleine Schule des juristischen Denkens. Erschienen in Göttingen bei Vandenhoeck & Ruprecht als UTB-Taschenbuch, 2008. 191 Seiten, broschiert, 12,90 Euro.

Rolf Lamprecht: Die Lebenslüge der Juristen

Der Titel verspricht unangenehme Wahrheiten: „Die Lebenslüge der Juristen“ will *Rolf Lamprecht* aufdecken. 30 Jahre lang hat der Autor als Korrespondent des SPIEGEL vom Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof berichtet. In 20 kurzen und wuchtig formulierten Kapiteln macht sich der Autor daran, die Lügen der Juristenzunft bloßzustellen. Gemeint allerdings sind damit offenbar nur Richter und Staatsanwälte, selten einmal ein Verwaltungsjurist; die Rechtsanwaltschaft dagegen scheint sich und anderen nichts vorzumachen. In lebendiger Sprache schildert der Autor mehrere Dutzend Fälle, die schließlich fast alle bis nach Karlsruhe gelangt sind. Man erkennt hier einige Klassiker wieder, daneben aber auch viele Justizdramen, die nicht exemplarisch wurden. *Lamprecht* beschreibt das Arbeiten der Justizmaschinerie und weckt im Leser bisweilen ungläubiges Erstaunen über das Ausmaß des juristischen Versagens und den Mangel an Empathie mancher Beteiligten. Eingestreut in diese Geschichten findet der Leser Ansichten zu den rechtlichen Wirkmechanismen, die der Autor im Hintergrund der Fälle ausmacht.

Dabei kommt *Lamprecht* immer wieder auf die erste der titelgebenden Lebenslügen der Juristenschaft zu sprechen: Die bloß vermeintliche Rationalität der Rechtsanwendung. Der Autor beschreibt Rechtsprechung und Strafverfolgung als Bereiche, die nur biographisch, soziologisch und psychologisch zu erklären sind. Die Idee neutraler Rechtsprechung als ein Trugbild zu entlarven, ist das Anliegen, das das Buch antreibt.

Auf einen juristisch auch nur ein wenig informierten Leser wirkt dieser Enthüllungsversuch sehr befremdlich. Der Autor trägt Erwartungen an das Recht heran, die dieses ersichtlich nicht einlösen kann. Das Extrem einer quasi mathematischen und damit unangreifbaren Deduzierbarkeit der gerichtlichen Entscheidung aus dem Gesetzestext stellt der Autor als Chimäre bloß. Genauso verfährt er mit der Vorstellung einer Rechtsanwendung, die frei ist von jedem Vorverständnis. Dies aber geschieht von einer Warte am anderen Extrem aus. Hier kommt der Richter nur als „Beamtensohn“ oder als „Kaufmannssohn“ vor, dessen Entscheidungen unbewusst, aber maßgeblich die Tischgespräche seiner Kindheit zu Grunde liegen. Berücksichtigt man, dass sich das Werk *Lamprechts* an den juristischen Laien richtet, gewinnt man zwar etwas Verständnis für die Ausführlichkeit, mit der der Autor gegen die Idee einer durch das Gesetz zweifelsfrei vorprogrammierten Entscheidung anschreibt, ist diese Vorstellung doch offenbar weit verbreitet. Der aufgeklärtere Leser aber wird Zeuge eines wütenden Kampfes gegen Gegner, die schon lange außer Gefecht gesetzt sind – falls sie denn überhaupt jemals kampfbereit waren: Wenn *Lamprecht* postuliert, der Richter solle „eigentlich ...“, wie alle bis zum Überdruß

betonen, nicht mehr sein als der ‚Mund des Gesetzes‘, dann kann er bei der ‚Aufdeckung‘ einer von diesem Programmsatz abweichenden Wirklichkeit nur gewinnen. Verwundert fragt man sich auch, wer denn die ‚alle‘ sein sollen, von denen *Lamprecht* spricht. Dass er hier eine der Lebenslügen der Juristenschaft aufspießt, ist zu bezweifeln.

Zweites zentrales Motiv *Lamprechts*, und die zweite ‚Lebenslüge‘, über die er aufklären will, ist die Kollisionslage von Recht und Gerechtigkeit. Beeindruckend kraftvoll schildert er die Ungerechtigkeiten, die den Protagonisten seiner Fälle widerfahren. In den Darstellungen wird das Ideal des Autors deutlich, das Recht, wird es denn nur richtig angewandt, verwirkliche stets Gerechtigkeit. Nur in der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit bewähre es sich. Doch selbst denjenigen, der für diese Vorstellung eine gewisse Sympathie hegen mag, lässt die Lektüre unbefriedigt zurück. Denn die Maßstäbe einer ‚gerechten‘ Entscheidung bleiben im Dunkeln. Dass Autor und Leser die Empörung über manche Ungerechtigkeit – krasse Fälle, in deren Bewertung schnell Konsens herzustellen ist – leicht teilen können, täuscht nicht über die Binsenweisheit hinweg, dass zur Frage der Gerechtigkeit oft keine Einigkeit herzustellen ist. Man wird es aber einem Juristen nur unter argumentativen Mühen als ‚Lebenslüge‘ die Vorstellung unterschieben können, Rechtsanwendung und die Verwirklichung allgemein akzeptierter Gerechtigkeit seien dasselbe. Diese Mühen scheut der Autor.

Die Lebenslügen der Juristen, die *Lamprecht* enttarnen will, wird der Leser also nur dann ausmachen können, wenn er sich auf eine kaum plausible Blickweise auf Recht und Justiz einlässt. Der Schluss vom konkreten Justizskandal auf die allgemeine Lebenslüge überzeugt nicht. Als Argument bleibt hier nur eine 30-jährige Erfahrung des Autors als Gerichtsreporter stehen.

Lesenswert ist das Buch dennoch. Denn *Lamprecht* schafft es, toten Sachverhaltsbeschreibungen Leben einzuhauchen. Plastisch beschreibt er die Kämpfe, Siege und Niederlagen, deren Arena der Gerichtssaal ist. Mit der Darstellung von Fehlbarkeit, von Anmaßung und Starrsinnigkeit der Justiz erschreckt und empört er den Leser. Doch auch hier spürt der Leser, wie dem Autor in manchen Einschätzungen der Sinn für Angemessenheit verloren geht, den er selbst in seinem Buch sooft anmahnt. Es irritiert, wenn *Lamprecht* in einem Richter, der seine Fürsorgepflicht vernachlässigt, den Charaktertypus Adolf Eichmanns zu enthüllen versucht. Dem Leser, der über solche Passagen hinwegsehen kann, bietet das Buch aber lebendige Schilderungen aus der bundesrepublikanischen Justizgeschichte. ■

(Johannes Gerberding)

Rolf Lamprecht: Die Lebenslüge der Juristen. Warum Recht nicht gerecht ist. Erschienen in München in der Deutschen Verlags-Anstalt, 2008. 271 Seiten, gebunden, 19,95 Euro.

Winfried Hassemer: Erscheinungsformen des modernen Rechts

Verschiedenen ‚Erscheinungsformen des modernen Rechts‘ spürt *Winfried Hassemer* in seiner im Verlag Vittorio Klostermann erschienenen Zusammenstellung von Reden, Interviews und Abhandlungen nach. Der Autor ist scheidender Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts und Professor

unter anderem für Strafrecht und Rechtstheorie an der Universität Frankfurt am Main. Die gesammelten 17 Beiträge sind alle jüngeren Datums; der älteste stammt aus dem Jahr 2000. Die überwiegende Anzahl ist aus Vorträgen hervorgegangen. Unter ihnen finden sich mehrere, die, so kann man vermuten, vor einem überwiegend nichtjuristischen Publikum gehalten wurden. Dies macht auch eine Lektüre, die vornehmlich durch bloße intellektuelle Neugier und reines Informationsinteresse motiviert ist, vergleichsweise leichtgängig und angenehm. Das Vorwissen, das der Leser mitbringen sollte, unterscheidet sich zwar von Beitrag zu Beitrag. Manche, wie die Überlegungen *Hassemers* zum Verhältnis von juristischer Methodenlehre und dem reichhaltigen Reservoir an Handlungswissen der Justiz, ‚richterlicher Pragmatik‘, setzen mehr als nur eine grobe Vororientierung auf dem Themenfeld voraus. Andere, insbesondere die vier Abdrucke der Interviews, die *Hassemer* mit der Süddeutschen Zeitung, der Frankfurter Allgemeinen und anderen geführt hat, sind in ihrem Problemaufriss und -zugriff auch dem Laienpublikum verständlich. Kein Beitrag aber ist an einen derart kleinen oder abgeschlossenen akademischen Zirkel gerichtet, dass dem Außenstehenden das Eindringen in die abgehandelten Probleme unmöglich gemacht wird.

Hinter den Beiträgen steht als die sie einende Idee, nur solche Phänomene zu betrachten, die in das Recht erst in jüngerer Zeit Einzug gehalten haben. Das umfasst sowohl die Antworten des Rechts auf neue gesellschaftliche Probleme, die an es herangetragen werden – sei es durch Akte der Gesetzgebung, sei es durch rechtsdogmatische Neuerungen –, als auch neue Sichtweisen auf grundsätzlich bereits kartographierte Themenfelder. Die Anbindung der Beiträge an das ‚Moderne‘ im Recht ist dabei durchaus unterschiedlich stark ausgeprägt. Manche erscheinen so, als habe bei ihrer ursprünglichen Ausarbeitung der Gesichtspunkt, eine neue Erscheinungsform des Rechts auszumachen, nicht schon im Vordergrund gestanden.

Hassemer ordnet seine Reflexionen fünf Oberbegriffen unter: Menschenwürde, Freiheit, Verfassung, Rechtsfindung, Informationsgesellschaft. Eine thematische Eingrenzung können Kategorien dieser Weite natürlich nicht leisten. Einschränkungen erfolgen aber durch die rechtswissenschaftlichen Interessenbereiche des Autors: Viele Beiträge behandeln Fragen mit Bezug zum Straf- und Sicherheitsrecht; weitere Schwerpunkte bilden Grundrechtsfragen und Probleme der juristischen Methodenlehre. Es variieren der Spezialisierungsgrad der Beiträge und ihre Nähe zu solchen Themenkomplexen, über auch außerhalb der bloß juristischen Öffentlichkeit diskutiert wird. Weiterhin finden sich in der Zusammenstellung Aufsätze zu vergleichsweise schmalen Problemereichen, so z.B. über den Missbrauch strafprozessualer Rechte oder über die Verteidigung des absoluten Folterverbots. Ebenso findet man Abhandlungen zu Thematiken, die eine Vielzahl von Diskursen berühren, wie in *Hassemers* Arbeiten über das Prinzip der Selbstbestimmung oder das gegenwärtige Staatsverständnis. Keiner der Beiträge aber kommt im bloß ‚juristisch-technischen‘ Gewande daher, vielmehr ist hier alles rechtswissenschaftliche Argumentieren außerjuristischer – philosophischer, religiöser, geschichtlicher – Kontexte gewahr.

Unter den Beiträgen ragen einige als besonderes lesenswert empor. Herausgegriffen sei hier der Schlussbeitrag des Bu-

ches: „Staat, Sicherheit und Information?“, der eine Rede auf einem Sicherheitskongress des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik im Mai 2001 wiedergibt. Abgeklärt und durchaus auch humorvoll zeichnet *Hassemer* hier die Beziehungen und Wechselwirkungen zwischen diesen drei Konzepten nach. Er verknüpft Überlegungen zur Karriere des „Grundrechts auf Sicherheit“ und der „Risikogesellschaft“ mit Beobachtungen zur gegenwärtigen Entwicklung des strafrechtlichen Informationsschutzes. Es ist dieses Aufzeigen von Querverbindungen, welche nicht offensichtlich, gleichzeitig aber sehr einleuchtend sind, das die Lektüre von *Hassemers* Überlegungen zu einem intellektuellen Vergnügen macht.

Das Buch kann also ohne Einschränkung empfohlen werden. Der Leser wird Zeuge juristischer Argumentation auf hohem Niveau und Reflexionsgrad, die auch Erwägungen anderer Wissenschaftsdisziplinen kundig einbezieht. Selbstverständlich setzt der Autor mit keinem Argument den Schlusspunkt einer Debatte, die Hürde für eine souveräne Erwiderung aber legt er hoch. Alle Beiträge sind außerdem geprägt von einer klaren und anschaulichen Sprache; die Sprachbilder, die *Hassemer* in seine Beobachtungen und Argumente einfließen lässt, sind klug gewählt und vereinfachen dem Leser den Zugang zum Text erheblich. ■

(Johannes Gerberding)

Winfried Hassemer: Erscheinungsformen des modernen Rechts. Erschienen in Frankfurt am Main im Verlag Vittorio Klostermann, 2007. 263 Seiten, broschiert, 39,00 Euro.

Klassiker der juristischen Literatur

Thomas von Aquin: Über die Herrschaft der Fürsten

„Um wieviel mehr muss aber der von den Menschen gepriesen und von Gott belohnt werden, der es bewirkt, dass sich ein ganzes Land des Friedens freut, der jede Grausamkeit hintanhält, die Gerechtigkeit wahrt und durch seine Gesetze und Vorschriften bestimmt, wie die Menschen zu handeln haben. Daran zeigt sich auch die Erhabenheit der Herrschertugend, dass sie vor allem ein Gleichnis Gottes darstellt. Sie tut in ihrem Königreiche, was Gott auf der ganzen Welt.“ Der Italiener *Thomas von Aquin* (1224/1225 – 1274), wohl der bekannteste Theologe, Kirchenlehrer und Philosoph des Mittelalters, verfasste um 1265 einen Fürstenspiegel für den König des Kreuzfahrerstaates Zypern (*Hugo II.* oder *III.*), der ähnlich wie der in Ausgabe 3 des BLJ (BLJ 2007, 150 f.) rezensierte, knapp 250 Jahre später verfasste „Fürst“ von *Niccolò Machiavelli* eine wenn auch kürzere Staatsphilosophie enthält, aber inhaltlich diametral gegensätzliche Instruktionen zur politischen Amtsführung gibt. Sein *opusculum* (Werkchen), das vier Bücher umfasst, von denen die Forschung jedoch nur zwei mit insgesamt neunzehn Kapiteln *Thomas von Aquin* selbst zuschreibt und auf die sich die folgenden Ausführungen beschränken, nimmt sich im Rahmen seines gewaltigen Oeuvres, das allein zwölf Kommentare zu Aristoteles, zwei Lehrbücher und zahlreiche theologische Schriften umfasst, zwar bescheiden aus, enthält aber eine logisch aufgebaute und in sich abgeschlossene Abhandlung von dem im Vorwort angekündigten Vorhaben, „den Ursprung königlicher Herrschaft und alles, was mit dem Beruf eines Königs verbunden ist, geleitet vom Gebot der Heiligen Schrift, der Erkenntnis der Philosophen und dem Beispiel gepriesener

Fürsten, mit aller Sorgfalt (zu) entwickeln.“ Den angekündigten Ausführungen zur Fürstenherrschaft stellt *Thomas von Aquin* zu Beginn des Werks Betrachtungen über die menschliche Gesellschaft voran. Ein Leben des Einzelnen in Gemeinschaft sei natürliche Bestimmung des im Gegensatz zu Tieren mit Vernunft begabten Menschen, der nur durch die Ausnutzung eigener Kraft und ohne arbeitsteiliges Zusammenwirken nicht überlebensfähig sei. Ziel der Gemeinschaft sei Frieden, „die Wohlfahrt und das Heil einer zu höherer Gemeinschaft verbundenen Menge.“ Die erforderliche Einheit in Frieden der selbstbestimmten Menschen bewirke allein die fürstliche Herrschaft. „Wenn also eine Gesellschaft von Freien von ihrem Führer auf das Gemeinwohl der Gesellschaft hingelenkt wird, so wird diese Regierung recht und gerecht sein, wie es Freien angemessen ist. Wenn aber die Führung sich nicht das Gemeinwohl der Gesellschaft, sondern den persönlichen Vorteil des Führers zum Ziel setzt, so wird die Herrschaft ungerecht und wider die Natur sein. Daher droht auch der Herr solchen Führern durch Hesekiel (Kap. 34, 2): ‚Wehe den Hirten, die sich selbst weideten!‘ – das heißt ihrem eigenen Vorteil nachgehen – ‚Sollten nicht die Herden von den Hirten geweidet werden?‘ Wenn aber die Hirten das Wohl ihrer Herden suchen müssen, so auch jeder Führer das Wohl der Gesellschaft, die ihm unterworfen ist.“ Der Fürst steht im Dienste des Volkes als Friedenherrscher folglich in der Verantwortung vor Gott und hat drei grundlegende Aufgaben: Er soll die Gesellschaft zur Einheit des Friedens führen, sie dazu anleiten, ein tugendhaftes Leben zu führen und dafür Sorge tragen, dass die dazu notwendigen materiellen Güter in ausreichendem Maß vorhanden sind. Er hat sich dabei nicht von eigenen Machtinteressen leiten zu lassen, da der egoistische Herrscher zum Tyrannen werde. Der Dichotomie gerechter Herrscher, metaphorisch als „Seele für den Leib“ der Gemeinschaft charakterisiert, und tyrannischer Fürst widmet *Thomas von Aquin* den umfangreichsten Teil seines Werkes. Der Tyrann verachte das Gemeinwohl, sei habgierig, jähzornig und verhindere die freie Entfaltung des Einzelnen, da er befürchte, dass gesellschaftlicher Fortschritt zu einer Verurteilung seines Unrechtsregimes führen könne. Er misstrauere darum Tüchtigkeit und Tugend des Einzelnen, behindere soziale Entwicklung und befürworte eine Gemeinschaft des gegenseitigen Misstrauens unter den Untertanen, das sie daran hindert, sich gegen den Tyrannen zu verbünden. Zusammenfassend schein es „ja fast dasselbe, einem Tyrannen unterworfen zu sein oder vor den Rachen eines wilden Tieres geschleudert zu werden.“ Tyrannenmord durch den Einzelnen lehnt *Thomas von Aquin* unter Verweis auf eine entgegenstehende Aussage Petrus’ in der Bibel ab, der es als Gnade empfindet, Trauriges zu erleiden. Möglich sei es dem Volk aber, gegen den Tyrannen gemeinsam nach einem entsprechenden Beschluss vorzugehen oder Gott um Hilfe anzurufen. Während der Tyrann nur nach eigenem Vorteil strebe, sei die Belohnung des gerechten Königs nicht Ruhm und Ehre, die vergänglich seien, ihn gegenüber dem wankelmütigen Volk in eine abhängige Position drängen und zu kriegerischem Handeln im Streben nach Achtung führten. Seine Belohnung solle göttlichen Ursprungs sein, sie manifestiere sich in ewiger Glückseligkeit. Das mit vier Kapiteln deutlich kürzere zweite Buch des Fürstenspiegels, das aus heutiger juristischer Sicht weniger informativ scheint, handelt vor allem von der Stadtgründung und den dabei vom Fürsten zu beachtenden Besonderheiten.

Der aus einem wohlhabenden Adelsgeschlecht stammende *Thomas von Aquin*, der von seiner Familie bereits mit fünf Jahren in ein Benediktinerkloster zur Ausbildung geschickt wird und später gegen den Willen der Eltern dem Orden der Dominikaner beitrifft, lehrt nach Studienaufenthalten in Neapel, Paris und Köln Theologie in Italien und Frankreich, wird Hoftheologe von Papst *Urban VI.* und vereinigt in seinen Werken aristotelisches Gedankengut mit christlicher Theologie vor mittelalterlicher Lebenswirklichkeit im Sinne der Scholastik. Zahlreiche Verweise auf aristotelische Lehren und Bibelzitate kennzeichnen diese philosophische Methodik in „Über die Herrschaft der Fürsten“. Inhaltlich kommt sie darin zum Ausdruck, dass der thomatische Staat ontologisch in der Natur des Menschen gründet, deren Lebenszweck sich aber nicht in einer aristotelischen realen Polis erfüllt, sondern als „himmlische Seeligkeit“ gottgerichtet ist. Dabei kommt dem Fürsten zwar eine mediatisierende Rolle zu, doch die erforderliche überirdische göttliche Gnade wird durch Christus biblisch bezeugt und durch seinen irdischen Stellvertreter den Papst personifiziert, dem sich die Fürsten folglich unterstellen müssen. Während die Lehren *Machiavellis* bereits zu sei-

ner Zeit verteufelt wurden, wurde der 1323 heiliggesprochene *Thomas von Aquin*, dessen christliche Lehren 1879 von der katholischen Kirche als verbindlich für die katholische Theologie und Philosophie erklärt wurden, noch zu Lebzeiten als „*doctor angelicus*“, der engelsgleiche Lehrer, bewundert. Sein größtes Werk, die „Summe der Theologie“, ist unvollendet geblieben bedingt durch seinen vorzeitigen krankheitsbedingten Tod, der nach Gerüchten unter anderem von *Dante* auf einen Giftmordanschlag im Auftrag von *Karl I. von Anjou* zurückzuführen ist, gegen den das Adelsgeschlecht der *Aquino* rebellierte. Die Lektüre von „Über die Herrschaft der Fürsten“ dieses von Zeitgenossen als „Fürsten der Scholastik“ gerühmten Autors gibt heute einen faszinierenden Einblick in eine mittelalterliche christliche Gedankenwelt zu irdischer Herrschaft mit göttlicher Leitung. ■

(*Anna Bodemann*)

Thomas von Aquin: Über die Herrschaft der Fürsten. Erschienen u.a. bei Reclam in Stuttgart. 93 S., broschiert, 3 Euro.