



<b>Gastkommentar</b>	<i>Brigitte Zypries</i> · Kinderrechte ins Grundgesetz – Warum wir eine Ergänzung der Verfassung brauchen!	1
<b>Aufsätze</b>	<i>Ramona Francuski</i> · Der Geschäftsherr als Drittvoileilsempfänger im Rahmen des § 299 StGB	3
	<i>Quintin N. Mahlow</i> · Die Doha-Handelsrunde der WTO – Einigung in Sicht?	8
	<i>Elsa Mein</i> · Ein allgemeines Freiheitsrecht auch auf europäischer Ebene?	14
	<i>Astrid Schnabel</i> · Der nicht ganz so goldene Handschlag – Sozialplanabfindungen im Lichte des AGG	20
	<i>Marcus Seyfarth</i> · Open Access – Ist der offene Wissenszugang für alle der bessere Weg?!	25
	<i>Mathias Habersack</i> · Perspektiven des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts	31
<b>International</b>	<i>Claudio Kich-Heim</i> · Grand Corruption – A New Crime Under International Law?	35
<b>Streitgespräch</b>	<i>Michael Bruns, Oliver Pragal</i> · Die neuen §§ 20a ff. BKA-Gesetz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit	41
<b>Rezensionen</b>	Rudolf von Ihering: Der Kampf um's Recht ( <i>Matthias Schulz</i> )	51
	Klassiker – Montesquieu: Vom Geist der Gesetze ( <i>Anna Bodemann</i> )	

## Redaktion der Ausgabe 1/2009

Sascha Arnold  
Anna Bodemann  
Stefan Frick  
Johannes Gerberding  
Heiner Kahlert  
Jan Krauß  
Christopher Krois  
Carsten Lindner  
Sebastian Pläster  
Michael Schramm  
Birga Tanneberg  
Julia Weingart

## Korrespondierender Beirat

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

# Bucerius Law Journal

Mai 2009

Heft 1/2009 Seiten 1 – 53

## Impressum

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

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

ISSN 1864-371X

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

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

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

**Covergestaltung:** gürtlerbachmann Werbung GmbH

# Bucerius Law Journal

**Schriftleitung:** Sascha Arnold, Anna Bodemann, Stefan Frick, Johannes Gerberding, Heiner Kahlert, Jan Krauß, Christopher Krois, Carsten Lindner, Sebastian Pläster, Michael Schramm, Birga Tanneberg, Julia Weingart

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

Heft 1/2009

Seiten 1 – 53

2. Jahrgang

7. Mai 2009

Brigitte Zypries, Berlin/Darmstadt\*

## Gastkommentar: Kinderrechte ins Grundgesetz

### Warum wir eine Ergänzung der Verfassung brauchen!

Unser Grundgesetz wird 60 Jahre alt und wir feiern dieses Jubiläum zu Recht. Der Geburtstag unserer Verfassung darf sich aber nicht in staatstragenden Reden und Nostalgie erschöpfen. Wir müssen dieses Jubiläum auch zum Anlass nehmen, um zu prüfen, ob unsere Verfassung noch auf der Höhe der Zeit ist. Wir sollten daher nicht nur zurückblicken und uns an den Parlamentarischen Rat erinnern, sondern auch nach vorne schauen und fragen, was wir dafür tun müssen, damit unser Grundgesetz den Herausforderungen der Zukunft gerecht wird.

Die Zukunft unserer Gesellschaft, das sind vor allem die nachwachsenden Generationen, die Kinder. Sie sind aber zugleich auch das schwächste Glied unserer Gemeinschaft. Sie brauchen deshalb unseren Schutz und unsere Fürsorge ganz besonders. Viele spektakuläre Einzelfälle haben dies gezeigt. Einzelfälle, in denen Kleinkinder durch ihre Eltern misshandelt oder vernachlässigt worden sind. Die Diskussion darüber, wie wir den Kinderschutz verbessern können, spannt einen weiten Bogen: Von Maßnahmen der Früherkennung und der Gesundheitsfürsorge, über Aktivitäten der Familiengerichte und der Jugendämter, über die Zusammenarbeit und Vernetzung der im Kinderschutz tätigen Berufsgruppen bis eben hin zu einer Verankerung von Kinderrechten in der Verfassung.

Die Rechtspolitik hat in der Vergangenheit bereits eine Menge getan, um die Situation von Kindern zu verbessern: Im Jahr 2000 wurde Gewalt als Mittel der Erziehung geächtet (§ 1631 II BGB). Umfragen zeigen, dass heute immer weniger Eltern Schläge für ein Erziehungsmittel halten. 2002 trat das Gewaltschutzgesetz in Kraft (BGBl 2001 I S. 3513). Mit ihm kann bei häuslicher Gewalt der Schläger aus der Wohnung verwiesen werden. Das hilft nicht nur Frauen, sondern auch gefährdeten Kindern. 2008 haben wir schließlich die Eingriffsmöglichkeiten der Familiengerichte bei der Gefähr-

dung des Kindeswohls verbessert; jetzt können die Gerichte schneller, umfassender und nachhaltiger handeln (§ 1666 BGB, BGBl. 2008 I S. 1188).

Solche Verbesserungen des einfachen Gesetzesrechts und auch die Optimierung seiner Anwendung müssen der erste Schritt sein, wenn es darum geht, Kinder besser zu schützen. Trotzdem bleibt eine Ergänzung des Grundgesetzes wichtig.

Die breite Diskussion darüber ist zunächst ein gutes Zeichen dafür, welch hohen Stellenwert unser Grundgesetz in der öffentlichen Wahrnehmung besitzt. Sie zeigt, welche große Bedeutung und Steuerungskraft ihm zugetraut wird. Die Forderung, Kindergrundrechte ausdrücklich ins Grundgesetz aufzunehmen, macht ja nur dann Sinn, wenn man dem Grundgesetz auch die Kraft zutraut, konkrete Lebenssituationen von Menschen unmittelbar zu verbessern. Dass es 60 Jahre nach In-Kraft-Treten des Grundgesetzes ein so großes Vertrauen in die Kraft unserer Verfassung gibt, freut mich als Verfassungsministerin ganz besonders. Auch ich bin davon überzeugt, dass die Bestimmungen unserer Verfassung – namentlich die Grundrechte – nicht nur dem staatlichen Handeln Schranken setzen. Sie haben auch die Kraft, staatliches Handeln im Interesse des Kinderschutzes zu verbessern.

Tatsache ist: Es gibt Eltern, die mit der Aufgabe, die ihnen unsere Verfassung zuweist – nämlich der Pflege und Erziehung ihrer Kinder – oft heillos überfordert sind. Aktuelle Schätzungen von Unicef zufolge werden etwa 5 bis 10 % aller Kinder unter 6 Jahren in Deutschland von ihren Eltern vernachlässigt. Die Ursachen hierfür sind vielfältig: Alkohol- oder Drogenabhängigkeit, Arbeitslosigkeit oder Verarmung – es gibt viele Gründe, warum der Staat eingreifen muss, um Eltern zu unterstützen und Kinder zu schützen. Unser Grundgesetz gibt dafür dem Staat auch heute bereits den nötigen

\* Die Autorin ist Bundesministerin der Justiz und Bundestagsabgeordnete für den Wahlkreis Darmstadt-Dieburg.

Handlungsspielraum. Artikel 6 gibt dem Staat ein Wächteramt, daher ist es letztlich der Staat, der das Wohl eines Kindes zu garantieren hat. Er ist verpflichtet, sich der Entwicklung des Kindes immer dann anzunehmen und es vor Gefährdungen zu schützen, wenn die Eltern ihre Verantwortung nicht oder nur unzureichend wahrnehmen. Wir haben also beides: Die Pflicht des Staates, in solchen Fällen einzugreifen, und dementsprechend den Anspruch der Kinder auf staatlichen Schutz. Gerade in letzter Zeit hat das Bundesverfassungsgericht wieder eines sehr deutlich gemacht: Kinder sind kein Objekt von Staat oder Eltern, Kinder haben eigene Rechte (BVerfG NJW 2008, 1287). Eine Ergänzung des Grundgesetzes, die dies deutlich benennt, kann auf längere Sicht das Rechtsbewusstsein aller positiv prägen, die Verantwortung tragen, wenn es um das Wohl von Kindern und deren Schutz geht. Ich habe deshalb vorgeschlagen, Artikel 6 Grundgesetz wie folgt zu ergänzen:

*„Jedes Kind hat ein Recht auf Entwicklung und Entfaltung seiner Persönlichkeit, auf gewaltfreie Erziehung und auf den besonderen Schutz vor Gewalt, Vernachlässigung und Ausbeutung. Die staatliche Gemeinschaft achtet, schützt und fördert die Rechte des Kindes und trägt Sorge für kindgerechte Lebensbedingungen.“*

Ein solcher Text könnte aus meiner Sicht vor allem vier Dinge leisten:

- Erstens wird dadurch die Stellung des Kindes als Subjekt, sein Anspruch auf Achtung seiner Persönlichkeit und seine zunehmende Einsichtsfähigkeit ausdrücklich anerkannt. Ohne das Primat der Elternverantwortung und das staatliche Wächteramt zu beeinträchtigen, wird damit klargestellt, dass sowohl die Eltern als auch der Staat ihre Entscheidungen, die die Kinder betreffen, stets am Kindeswohl ausrichten müssen.
- Zweitens würde dadurch erstmals in der Verfassung näher bestimmt, was das Kindeswohl eigentlich ist. Das würden wir dadurch erreichen, indem wir die gewaltfreie Erziehung sowie den Schutz vor Gewalt, Vernachlässigung und Ausbeutung ausdrücklich im Grundgesetz verankern.
- Drittens würde damit der besondere Schutz- und Förderauftrag des Staates gegenüber Kindern bekräftigt. Damit würde auch die Verwaltung an eine konkrete verfassungsrechtliche Vorgabe gebunden.
- Viertens schließlich hätte eine ausdrückliche Festschreibung der Kinderrechte auch Auswirkungen bei Interessenabwägungen. Das gälte etwa für den Gesetzgeber und die Verwaltung, wenn sie über die Finanzierung, den

Bau oder die Ausstattung von Kindergärten, Spielplätzen oder sonstigen öffentlichen Einrichtungen zu entscheiden haben. Das gälte aber genauso für die Gerichte. Bei allen Abwägungen wäre das Wohl des Kindes dann ein Faktor, der besonders ins Gewicht fiele, weil er im Grundgesetz ausdrücklich verankert wäre. Eine Ergänzung von Artikel 6 könnte also längerfristig erhebliche Auswirkungen auf alle Entscheidungen haben, die staatliche Organe in Bund und Ländern fällen und die in der einen oder anderen Form Kinder betreffen.

Der Schutz der Kinder vor Vernachlässigung oder Misshandlung fordert Engagement in vielen Politikbereichen, auch in der Rechtspolitik. Eine Ergänzung des Grundgesetzes würde aber weit über das Verfassungsrecht hinaus wirken. Sie wäre ein großer Gewinn für die Kinder. Deshalb ist sie so wichtig und deshalb setze ich mich dafür ein. ■

Ramona Francuski, LL.B., Hamburg\*

## Der Geschäftsherr als Drittvorteilsempfänger im Rahmen des § 299 StGB

### A. Einführung

Nahezu täglich neue, spektakuläre Korruptionsfälle wie jener um die Siemens AG, bei dem 1,3 Milliarden Euro zweifelhafter Zahlungen geflossen sein sollen,<sup>1</sup> rauben der Bevölkerung die Illusion über Moralvorstellungen in der Privatwirtschaft. Sämtliche Geschäftsbeziehungen scheinen unter demselben Motto zu stehen: „Schmier gewinnt“.<sup>2</sup> Auf diese Entwicklung reagierte der deutsche Gesetzgeber bereits im Jahre 1997 mit dem *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*<sup>3</sup>, mit dem er unter anderem Zuwendungen an Dritte im Rahmen der Angestelltenbestechlichkeit und -bestechung, sogenannte Drittvorteile, in den Bereich der Strafbarkeit aufnahm.

Zwar kann der Geschäftsherr<sup>4</sup> selbst *de lege lata* weder Täter des Sonderdelikts des § 299 Abs. 1 StGB noch Bestochener im Rahmen des § 299 Abs. 2 StGB sein. Jedoch erfasst die Norm mit den Drittvorteilen ihrem Wortlaut nach auch Fallkonstellationen, in denen der empfangene Vorteil dem Geschäftsherrn des tätigen Angestellten oder Beauftragten zufließt. Hier ist es mit Blick auf das von § 299 StGB geschützte Rechtsgut notwendig, im Rechtsverkehr erlaubtes Aushandeln von Vorteilen von korruptivem Vorgehen abzugrenzen, also zu analysieren, inwiefern der Geschäftsherr Vorteilsempfänger im Sinne der Norm sein kann und sollte.

### B. Vereinbarkeit der Lösungsansätze mit dem Rechtsgut des § 299 StGB

Dazu bedarf es der Feststellung, ob die von der ganz herrschenden Meinung<sup>5</sup> ohne weiteren Begründungsaufwand vorgenommene Einbeziehung des Geschäftsherrn in den Kreis der Drittvorteilsempfänger i. S. d. § 299 StGB und die sich daraus ergebende Strafbarkeit des Agenten „sachgemäß“<sup>6</sup>, also mit Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung vereinbar ist.

### I. Konsequenzen der Einbeziehung des Geschäftsherrn als Drittvorteilsempfänger

Erkennt man den Geschäftsherrn mit der herrschenden Meinung als „Dritten“ an, so bedeutet das für den Angestellten oder Beauftragten Strafbarkeit nach § 299 Abs. 1 StGB, wenn er – selbst mit Wissen oder auf generelle Weisung des Geschäftsherrn<sup>7</sup> – einen Vorteil für diesen fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Unterdessen könnte jener selbst die gleiche Handlung mangels Tätertauglichkeit *de lege lata* straflos vornehmen und den Vorteil sogar im Rahmen der straflosen „Innenbestechung“<sup>8</sup> an den Angestellten oder Beauftragten weiterleiten. Während also der Geschäftsherr eine für die Bevorzugung angebotene Incentive-Reise unbeschwert genießen könnte, müsste sich sein Agent Gedanken über eine Strafbarkeit nach § 299 Abs. 1 StGB machen.<sup>9</sup>

Spiegelbildlich macht sich nach § 299 Abs. 2 StGB strafbar, wer einem Angestellten oder Beauftragten einen Vorteil für dessen Geschäftsherrn im Gegenzug für eine Bevorzugung anbietet, verspricht oder gewährt. Wendet sich der „Bittsteller“ mit dem Vorteil jedoch unmittelbar an den Geschäftsherrn – auch hier möglicherweise unter Weiterleitung des Vorteils an den Agenten –, so hat er keine strafrechtlichen Konsequenzen zu fürchten.

Grenzt man den Geschäftsherrn aus dem Kreis der möglichen Vorteilsempfänger aus, so bleiben Angestellter oder Beauftragter und Geschäftsherr bei Vorteilen zugunsten des Letzteren straffrei.

### II. Vereinbarkeit der Ergebnisse mit dem Rechtsgut des lautereren Wettbewerbs

Diese Konsequenzen sollen nun auf ihre Vereinbarkeit mit dem von der Norm geschützten Rechtsgut untersucht werden.

Der Streit um das Rechtsgut der Angestelltenbestechlichkeit bzw. -bestechung herrschte bereits bei Einführung des § 12 UWG a. F. im Jahre 1909<sup>10</sup> und hat mit den im *Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes*<sup>11</sup> vorgesehenen Änderungen des § 299 StGB wieder an Aktualität gewonnen. Zumeist wurde und wird im Rahmen der Diskussion ein bunter Strauß von Rechtsgütern mit im Einzelnen unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen angeführt.<sup>12</sup> Die herrschende Ansicht sieht einheitlich zumindest den freien lautereren Wettbewerb als unmittelbares Rechtsgut der Norm an.<sup>13</sup> Da es nicht Ziel

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

<sup>1</sup> BGH, NJW 2009, 89.

<sup>2</sup> *Prüfer*, in: FTD v. 12.09.2008, S. 1.

<sup>3</sup> BGBl. I 1997, S. 2038, Art. 1 Nr. 3.

<sup>4</sup> Die Begriffe des „Geschäftsherrn“ und des „Prinzipsals“ werden im Folgenden synonym verwendet, ebenso wie „Angestellter oder Beauftragter“ und „Agent“.

<sup>5</sup> Im Wortlaut meist: „der geschäftliche Betrieb, für den der Angestellte oder Beauftragte tätig ist“. So Arzt/Weber, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2000, § 49 Rn. 59; Dannecker, in: Neumann/Puppe/Schild (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblattsammlung*, Stand: November 2003, § 299 Rn. 41; Diemer/Krick in: Hefeldehl/Hohmann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2006, § 299 Rn. 10; Fischer, *Kommentar zum Strafgesetzbuch und Nebengesetzen* 55, 2008, § 299 Rn. 11; Heine, in: Schönke/Schröder, *Kommentar zum Strafgesetzbuch* 27, 2006, § 299 Rn. 12; Höltkemeier, *Sponsoring als Straftat. Die Bestechungsdelikte auf dem Prüfstand*, 2005, S. 172; Kienle/Kappel, NJW 2007, 3530, 3532; Tiedemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch* 11, 2005, § 299 Rn. 25.

<sup>6</sup> Vgl. *Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*<sup>3</sup>, 1995, S. 154.

<sup>7</sup> Vgl. *Winkelbauer*, in: FS Weber, 2004, S. 385, 390; zum sogenannten Problem der „entschleierte[n] Schmiergelder“ bei Zustimmung des Geschäftsherrn grundlegend RGSt 48, 291 ff.; *Wassermann*, GRUR 1931, 549 ff. und aktuell *Rengier*, in: FS Tiedemann, 2008, S. 837 ff.

<sup>8</sup> *Winkelbauer* (Fn. 7), S. 385, 393.

<sup>9</sup> *Winkelbauer* (Fn. 7), S. 385, 387, 389.

<sup>10</sup> *Pragal*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB. Erscheinungsformen, Rechtsgut, Tatbestandsauslegung und ein Reformvorschlag, 2006, S. 107.

<sup>11</sup> Vom Bundeskabinett am 30.05.2007 beschlossen, vgl. BR-Dr 548/07.

<sup>12</sup> Einen Überblick hierzu bietet statt vieler *Pragal* (Fn. 10), S. 107 ff.

<sup>13</sup> RGSt 48, 291, 295; 50, 118, 118; 76, 335, 336; BGHSt 10, 358, 367; *Berg*, *Wirtschaftskorruption. Phänomen und zivilrechtliche Rechtsfolgen*, 2004, S. 57; *Dannecker*, in: NK (Fn. 5), § 299 Rn. 4; *Diemer/Krick*, in: MüKo (Fn. 5), § 299 Rn. 3; *Fischer* (Fn. 5), § 299 Rn. 2; *Heine*, in: Sch/Sch (Fn. 5), § 299 Rn. 2; *Heinrich*, *Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht. Auslegungsrichtlinien unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsguts der Amtsdelikte*, 2001, S. 605, 606; *Lackner/Kühl*, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*<sup>27</sup>, 2007, § 299 Rn. 1; *Lampe*, in: FS Stree/Wessels, 1993, S. 449, 462; *Otto*, in: Jacobs/Lindacher/Teplitzky (Hrsg.), *Großkommentar zum Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen*, 2006, § 12 Rn. 5; *Pfeiffer*, in: FS v. Gamm, 1990, S. 129, 130; *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193, 194; *Rudolphi*, in: *Rudolphi/Horn/Günther/Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblattsammlung*, Stand: Mai 2008, § 299 Rn. 1; *Tiedemann*, in: LK (Fn. 5), § 299 Rn. 5; *ders.*, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen*

dieser Arbeit ist, einen vertieften Einblick in die Diskussion oder gar einen eigenen Beitrag dazu zu präsentieren, wird für die folgenden Ausführungen eben dieses Rechtsgut des lautereren Wettbewerbs zugrunde gelegt.

Da das Rechtsgut die Einhaltung grundlegender Regeln des Wettbewerbs gewährleisten soll,<sup>14</sup> befindet es sich bei unlauteren Einflussnahmen auf denselben, die geeignet sind, sachwidrige Marktentscheidungen zu begünstigen, in Gefahr.<sup>15</sup> Grundsätzlich beruhen Entscheidungen der Teilnehmer am Markt auf dem Leistungsprinzip: In der Behandlung im Wettbewerb spiegelt sich die marktmäßig bewertete Leistung eines Wirtschaftssubjekts wieder. Dieser Entscheidungsmaßstab kann nicht nur direkt, sondern auch durch die Einwirkung auf die Grundlage einer Entscheidung beeinflusst werden. Denn objektiv betrachtet fällt der (zwar subjektiv nach dem Leistungsprinzip) Handelnde seine Entscheidung auch bei einer Beeinträchtigung der von ihm berücksichtigten Faktoren, also der Entscheidungsgrundlage, nicht mehr nach dem Leistungsprinzip.

Sachwidrige Entscheidungen können also auf der Verschiebung des Entscheidungsmaßstabs und auf der Beeinflussung der Entscheidungsgrundlage beruhen.<sup>16</sup>

### 1. Fallbeispiele

Zur Analyse soll nun mit Hilfe folgender Fallbeispiele die strafbare Konstellation des Eigenvorteils für den Angestellten (*Fall (1)*) mit der eines Dritt Vorteils für den Geschäftsherrn in Drei- und Vier-Personen-Verhältnissen (*Fall (2)* und *(3)*) im Hinblick auf das tangierte Rechtsgut verglichen werden:

G ist Inhaber eines Weinlokals und möchte für dieses einen neuen Sektlieferanten beauftragen. Zwei Händler reichen qualitativ gleichwertige Angebote zu 10 € pro Flasche (X) und 15 € pro Flasche (Y) ein.

*Fall (1)*: Händler Y verspricht dem Angestellten A, diesem selbst zwei Kisten Sekt zu „schenken“, wenn es zu einem Vertragsschluss komme.

*Fall (2)*: Händler Y verspricht dem Angestellten A, für den Zuschlag dem G den Sekt für die bevorstehenden Feierlichkeiten zum 50-jährigen Firmenjubiläum ohne weitere Kosten zur Verfügung zu stellen.

*Fall (3)*: D möchte sein Aktiendepot aufstocken. Hierzu lässt er sich vom fachkundigen, bei dem Unternehmen G beschäftigten Anlageberater A beraten. Geschäftsherr G wiederum bekommt vom mit dem Angestellten A befreundeten Manager Y eines Immobilienfonds für jeden Investor, den A zur Zeichnung eines Fondanteils bei Y bringt, 1000 €.

### 2. Fall (1): Eigenvorteil – Zwei-Personen-Verhältnis

Im ersten Fall erhält ausschließlich der Angestellte A einen Vorteil in Form der beiden Sektkisten; für Nachfrager G ist dies kein Teil der Leistung. Aufgrund der „Prämie“ wird sich A nun gewogen sehen, trotz des höheren Preises für gleichwertige Waren einen Vertragsschluss zugunsten des Y herbeizuführen.

Der angebotene Vorteil ist kein Leistungsparameter, wenn und weil er dem Nachfrager als Leistungsempfänger nicht zugute kommt, und es droht eine Verschiebung des Entscheidungsmaßstabs beim Agenten. Folglich ist im Falle des Eigenvorteils die Entscheidung sachwidrig und das Rechtsgut des lautereren Wettbewerbs betroffen.<sup>17</sup>

### 3. Fall (2): Dritt vorteil im Drei-Personen-Verhältnis

Betrachtet man nun den zweiten Beispielfall, so verspricht Y neben der vertragsgemäßen Leistung eine zusätzliche Zuwendung in Form des Sekts für das Firmenjubiläum, die nicht dem Entscheidungsträger A, sondern dessen Geschäftsherrn G zukommen soll. Könnte diese Zuwendung trotz Fehlens eines unmittelbaren Bezugs zur Hauptleistung als Teil der Leistung an G anzusehen sein, so wäre eine Berücksichtigung dieses Vorteils durch A nicht sachwidrig, sondern entspräche dem Entscheidungsmaßstab „Leistungsprinzip“ und damit gerade dem Verhalten der Nachfragerseite im Wettbewerb. Damit gilt: Sämtliche dem Geschäftsherrn zugute kommenden Vorteile, die als Teil der Leistung angesehen werden können, beeinträchtigen das Rechtsgut des lautereren Wettbewerbs nicht.<sup>18</sup>

Es muss also geklärt werden, welche Zuwendungen zunächst bei Absprachen mit dem Geschäftsherrn selbst unter den Leistungsbegriff fallen und ob das Ergebnis auf Entscheidungen der Angestellten oder Beauftragten übertragen werden kann.

#### a) Begriff der „Leistung“ bei Verhandlungen mit dem Geschäftsherrn

Hinter dem Leistungsbegriff im Rahmen von Absprachen mit dem Prinzipal versteckt sich letzten Endes die Frage, ob der Geschäftsherr überhaupt wettbewerbswidrig entscheiden, also das Rechtsgut der Norm verletzen kann. Eben dies wird unter dem Punkt der „Tätertauglichkeit“ des Geschäftsherrn *de lege ferenda* in der Literatur rege diskutiert und lässt sich somit für das hier zu behandelnde Problem des Geschäftsherrn als Drittverteilsmpfänger fruchtbar machen.<sup>19</sup>

#### aa) Vertragsfreiheit

Korruption ist der „Tausch von Vorteilen unter Regelverstoß“<sup>20</sup>. Grundsätzlich ist damit auch ein Geschäftsherr korrupt, handelt also wettbewerbswidrig, wenn er ein für sich vorteilhaftes Geschäft abschließt und dabei gegen Regeln verstößt. Dementsprechend stellt sich die Frage, ob eben solche Regeln zu finden sind.

Zunächst kann in diesem Zusammenhang der Hinweis herangezogen werden, der Geschäftsherr könne aufgrund seiner verfassungsrechtlich garantierten Vertragsfreiheit<sup>21</sup> beim Bezug von Waren und Dienstleistungen grundsätzlich frei be-

Gesetzes- und Verordnungstexten<sup>2</sup>, 2008, Rn. 196; *Ulbricht*, Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299), 2007, S. 38; *Vogel*, in: FS Weber, 2004, S. 395, 404; vgl. BT-Dr 13/5584, S. 12.

<sup>14</sup> *Dölling*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), 1996, C86; ähnlich *Otto*, in: GK-UWG (Fn. 13), § 12 Rn. 5.

<sup>15</sup> *Gercke/Wollschläger*, wistra 2008, 5, 6; *Heine*, in: Sch/Sch (Fn. 5), § 299 Rn. 2.

<sup>16</sup> Vgl. *Koepsel*, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299). Eine Fallanalyse zur Ermittlung von Anwendungsbereich und Grenzen der Norm, 2006, mit Beispielen auf S. 163, 185.

<sup>17</sup> Mit ähnlichen Fallbeispielen *Koepsel* (Fn. 16), S. 105, 169.

<sup>18</sup> Vgl. *Lampe* (Fn. 13), S. 449, 462.

<sup>19</sup> So ohne den Bezug zum Leistungsbegriff *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme 66/2006, S. 6; *Greeve*, Korruptionsdelikte in der Praxis, 2005, Rn. 442; *Winkelbauer* (Fn. 7), S. 385, 393 f.

<sup>20</sup> *Volk*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1996, Band II/1 (Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse), 1996, L35, L46.

<sup>21</sup> St. Rspr., vgl. exemplarisch BVerfGE 8, 274, 328; 12, 341, 347; 60, 329, 339; 95, 267, 303; zur verfassungsrechtlichen Garantie der Vertragsfreiheit ausführlich *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: Mai 2008, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101 ff.

stimmen.<sup>22</sup> Im Rahmen eines Austauschverhältnisses muss es ihm gestattet sein, denjenigen Vertragspartner auszuwählen, der ihm das beste Angebot unterbreitet.<sup>23</sup> In einer auf Privatautonomie basierenden, wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft entscheiden allein die Nachfragenden im Vertragsschluss darüber, was sie als Teil dieses Angebots gelten lassen und honorieren wollen.<sup>24</sup> Zwar lassen sich regelmäßig als entscheidend angesehene Parameter, die sich auf das Produkt selbst und dessen Eigenschaften (z. B. Qualität und Preis) oder auf die mit dem Erwerb in Zusammenhang stehenden Modalitäten (z. B. Geschäftssitz und Lieferfrist) beziehen, extrahieren.<sup>25</sup> Jedoch können und dürfen auch rein individuelle Präferenzen beispielsweise für einen bestimmten „lifestyle“, die Erbringung einer kostenlosen Zusatzleistung oder die Umweltfreundlichkeit eines Unternehmens für die Auswahl des Vertragspartners herangezogen werden.<sup>26</sup> So kommt das Versprechen bzw. Annehmen eines zusätzlichen Vorteils der freien Vereinbarung einer Gegenleistung gleich.<sup>27</sup>

#### bb) Wettbewerbsrechtliche Verbotsnormen als Grenze?

Diese Vertragsfreiheit kann allerdings nicht ohne Einschränkungen gewährleistet werden; sie erreicht ihre Grenzen, wo zwingende wettbewerbsrechtliche Verbotsnormen eingreifen.<sup>28</sup> Die Verbote des Wettbewerbsrechts könnten also Regeln sein, gegen die der Geschäftsherr verstoßen haben und damit korrupt handeln könnte. Zur strafrechtlichen Erfassung dieser Fälle fordert Volk, den Tatbestand für Vorteile an den Geschäftsherrn als „Dritten“ zu öffnen und wettbewerbsrechtliche Verbote unter dem Merkmal der „Bevorzugung in unlauterer Weise“ in die Unrechtswertung einfließen zu lassen.<sup>29</sup> Jedoch wird das Merkmal derzeit nicht in exakt diesem Sinne ausgelegt. Zudem ist ein solcher Verweis auf außerstrafrechtliche Normen zur Bestimmung der Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG mit Vorsicht zu genießen. Die in Bezug genommenen Normen müssen diesem strafrechtlichen Maßstab genügen,<sup>30</sup> was bei der Einstufung als „wettbewerbswidrig“ im Sinne des Wettbewerbsrechts bezweifelt werden kann und damit gegen die Heranziehung der wettbewerbsrechtlichen Verbotsnormen zur Bestimmung der Strafbarkeit nach § 299 StGB spricht.<sup>31</sup> Des Weiteren werden Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht von § 1 UWG erfasst und ausreichend mit Hilfe zivilrechtlicher Instrumente sanktioniert.<sup>32</sup> Folglich sollte wettbewerbsrechtswidriges Verhalten nicht der Bestimmung wettbewerbswidrigen Verhaltens im Sinne des Strafrechts dienen.

#### cc) Aufbau des Wettbewerbs

Gegen eine Möglichkeit des Prinzipals, sachwidrig in den lautereren Wettbewerb einzugreifen, spricht überdies, dass er durch seine Nachfrage gerade den Konkurrenzkampf zwischen den Mitbewerbern, mithin den Wettbewerb, anregt. Diese Wettbewerbseröffnung ist die stärkste mögliche Beeinflussung desselben, sodass dem Geschäftsherrn nicht zugleich aktive Einflussnahme in Form der Nachfrage nahe gelegt und Wettbewerbsverzerrung<sup>33</sup> durch Bevorzugung des für ihn persönlich günstigsten Anbieters vorgeworfen werden kann.<sup>34</sup>

#### dd) Wesen des vertypten Unrechts und Struktur des Tatbestandes

Ferner könnten aus dem Wesen des vertypten Unrechts oder der Struktur dieser Vertypisierung Rückschlüsse auf eine

mögliche Verletzung des lautereren Wettbewerbs durch den Geschäftsherrn zu ziehen sein.

Den Tatbestand des § 299 StGB beherrscht die missbilligte Zweck-Mittel-Relation aus der Verbindung von Vorteilsgewährung und Bevorzugung im Wettbewerb.<sup>35</sup> Weder die Gewährung eines Vorteils beispielsweise in Form der „Klimapflege“<sup>36</sup> noch die reine Bevorzugung im Wettbewerb<sup>37</sup> werden strafrechtlich geahndet. Erst das Zusammenspiel dieser beiden Merkmale in Form eines *do ut des*, zumindest in der Vorstellung des Täters, gibt dem Unrecht des § 299 StGB und der damit verbundenen Verletzung des lautereren Wettbewerbs ihr Gepräge.<sup>38</sup>

Der Geschäftsherr stützt seine Entscheidung aber gerade nicht auf den Vorteil: Innerhalb der von ihm als Nachfrager abgesteckten Rahmenbedingungen des Wettbewerbs entscheidet der Prinzipal in einer Gesamtbetrachtung über das für ihn individuell am günstigsten erscheinende Angebot.<sup>39</sup> Bei Zugrundelegung des hier vertretenen subjektivierten Leistungsbegriffs kann der Geschäftsherr hierbei keine wettbewerbswidrigen Erwägungen berücksichtigen.

*Bürger*<sup>40</sup> bestreitet dies mit Hinweis darauf, dass die Entscheidung des Geschäftsherrn nicht zwingend ausschließlich

<sup>22</sup> Brand/Wostry, WRP 2008, 637, 640; Bürger, wistra 2003, 130, 134; Dölling (Fn. 14), C87; Pragal, ZIS 2006, 63, 73; Ransiek, StV 1996, 446, 453.

<sup>23</sup> Winkelbauer (Fn. 7), S. 385, 394.

<sup>24</sup> EuGH, Rs. 53/7 – [Procureur de la Republique, Besançon, gegen Bonheller und andere], Slg. 1977, I-197, 205, Rn. 13; EuGH, Rs. 90/86 – [Strafverfahren gegen G. Zoni], Slg. 1988, V-4285, 4305, Rn. 16; Koepsel (Fn. 16), S. 102; Knöpfle, Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens, 1966, S. 57; Schünemann in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) mit Preisabgabenverordnung, 2004, § 3 Rn. 141 f.; Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung. Erscheinungsformen und Ursachen auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts, 1995, S. 81 f.; vgl. auch Siebeneck, BB 1979, 1475, 1477; a. A. ohne eingehende Begründung Baudenbacher, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, 1978, S. 157.

<sup>25</sup> Koepsel (Fn. 16), S. 102 f.; Sosnitza (Fn. 25), S. 81.

<sup>26</sup> Koepsel (Fn. 16), S. 102; Schünemann, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Fn. 25), § 3 Rn. 142; Sosnitza (Fn. 25), S. 81; ähnlich Gillert, BB 1981, 702, 704.

<sup>27</sup> Szebrowski, Kick-Back, 2005, S. 155, 184; ähnlich RGSt 66, 16, 17.

<sup>28</sup> Brand/Wostry, WRP 2008, 637, 640; Bürger, wistra 2003, 130, 135; Volk, in: GS Zipf, 1999, S. 419, 427; ders. (Fn. 21), L35, L48 f., der den Wucher-Tatbestand benennt.

<sup>29</sup> Volk (Fn. 21), L35, L48; ebenso Höltkemeier (Fn. 5), S. 171.

<sup>30</sup> BVerfGE 48, 48, 57; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten<sup>2</sup>, 2007, Rn. 106.

<sup>31</sup> So hält Dölling (Fn. 14), C87 eine hinreichend sichere Abgrenzung von sittenwidrigem und strafwürdigem Verhalten für „gegenwärtig kaum möglich“.

<sup>32</sup> Szebrowski (Fn. 28), S. 184.

<sup>33</sup> So aber Hanft, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH. Für und Wider eines Schutzes zivilrechtlich formalisierter Rechtspositionen durch das Strafrecht, 2006, S. 163; Lampe, in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Band XI, Anlage 1, 1976, S. 18.

<sup>34</sup> Brand/Wostry, WRP 2008, 637, 640.

<sup>35</sup> Brand/Wostry, WRP 2008, 637, 641.

<sup>36</sup> Bannenberg in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts<sup>3</sup>, 2007, Kap. 10 Rn. 99; Kienle/Kappel, NJW 2007, 3530, 3533; Pfeiffer (Fn. 13), S. 129, 136; Pragal, ZIS 2006, 63, 79.

<sup>37</sup> Brand/Wostry, WRP 2008, 637, 641.

<sup>38</sup> Brand/Wostry, WRP 2008, 637, 641; Jaques, Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu § 12 UWG, 1996, S. 96; Pfeiffer (Fn. 13), S. 129, 136; ähnlich Volk (Fn. 29), S. 419, 421.

<sup>39</sup> Brand/Wostry, WRP 2008, 637, 641.

<sup>40</sup> Bürger, wistra 2003, 130, 135.

im für die Vorteilhaftigkeit der Marktentscheidung relevanten Interesse des Geschäftsbetriebes erfolgen müsse. Vielmehr könne auch ein für den Prinzipal persönlich vorteilhaftes Geschäft in seiner Gesamtbetrachtung einem für den Geschäftsbetrieb günstigeren Angebot vorzuziehen sein. Diesem Ansatz folgend, dürften zu den als Leistung anerkannten Komponenten nur solche zählen, die im Interesse des Geschäftsbetriebes liegen.

*Koepsel* allerdings, die nicht den Betrieb, sondern den Geschäftsherrn selbst als Nachfrager und damit auch dessen Interessen als entscheidend ansieht, hält die Auswahl eines persönlich vorteilhaften Abschlusses gerade für das Ziel des Wirtschaftens.<sup>41</sup> Denn hinter jeder Gesellschaft stehe letztlich die Zweckentscheidung ihrer Gesellschafter, die sich stets Hand in Hand mit deren Interesse weiterentwickle. Da folglich kein von diesem Innenverhältnis losgelöstes eigenes Interesse der Gesellschaft bestehe, könne auch nur das Interesse der Gesellschafter im Rahmen des Wettbewerbs von Bedeutung sein.<sup>42</sup> Auch dem Geschäftsherrn persönlich zufließende – beispielsweise steuerliche – Vorteile<sup>43</sup> sind demnach als Teil der Leistung und als solcher als wettbewerbskonforme Entscheidungsbasis anzuerkennen.

#### ee) Zwischenergebnis zum Leistungsbegriff

Es lässt sich feststellen, dass der Geschäftsherr als Nachfrager aufgrund der Subjektivierung des Leistungsbegriffs nicht wettbewerbswidrig entscheiden,<sup>44</sup> das Rechtsgut also bei keiner Zuwendung an ihn berührt sein kann. Ein strafrechtlich relevantes Verhalten kann dann nur vorliegen, wenn Nachfrager (Leistungsempfänger) – in diesem Fall der Geschäftsherr – und Entscheidungsträger wie in *Fall (2)* auseinander fallen.

#### b) Übertragbarkeit auf Entscheidungen von Angestellten oder Beauftragten

Nummehr muss also bestimmt werden, ob man zwingend zu einer Strafbarkeit gelangt, wenn Nachfrager und Entscheidungsträger unterschiedliche Personen sind.

Solange die Zuwendung des Y an den Geschäftsherrn G als Teil der Leistung an selbigen angesehen werden kann, ergibt sich nach dem eben Festgestellten gerade kein bestechungsrelevanter Vorteil.

Ist der Angestellte oder Beauftragte vom Prinzipal beauftragt, über den Leistungsbezug auf einem bestimmten Geschäftsfeld zu entscheiden, so macht sich der Geschäftsherr durch die Aufgabendelegation die Entscheidung des Agenten zu Eigen. In diesen Fällen nimmt der Geschäftsherr mittels der übertragenen Entscheidung selbst unmittelbar am Wettbewerb teil.<sup>45</sup> Der Vorteil ist damit nach wie vor Bestandteil der Leistung an ihn und das Schutzgut wird nicht berührt.

Handelt der Entscheidungsträger jedoch ohne Beauftragung, so kann seine Entscheidung nicht als die des Prinzipals angesehen werden. Mangels Delegation obliegt diesem selbst die Definition der Leistung und die Auswahl der zugehörigen Komponenten.<sup>46</sup> Eine Entscheidung durch den Agenten könnte infolgedessen nicht als Vereinbarung eben dieser Leistung an den Geschäftsherrn angesehen werden und das von § 299 StGB geschützte Rechtsgut wäre verletzt.<sup>47</sup> Jedoch muss berücksichtigt werden, dass der Vorteil letztlich dem Geschäftsherrn zugute kommt. Träfe er die Bezugsentscheidung selbst, so wäre der Vorteil – wie gesehen – ein weiterer

Leistungsparameter. Dass der Angestellte oder Beauftragte diesen zusätzlichen, neben Preis und Qualität tretenden Leistungsparameter „Vorteil“ nicht im Sinne des Prinzipals gewichtet, kann im Ergebnis nichts daran ändern, dass er das Leistungsprinzip als Beurteilungsmaßstab heranzieht, sogar arbeitsvertragliche Pflichten erfüllt<sup>48</sup> und damit wettbewerbsgerecht entscheidet.<sup>49</sup> Eine mögliche Entscheidung des Agenten zulasten des Geschäftsherrn, die beispielsweise zur Vernichtung einer faktischen Exspektanz führt, oder das Einhalten des Vorteils durch den Angestellten oder Beauftragten wird von der Untreue gem. § 266 StGB abgedeckt. Diesen Gefahren muss und darf wegen der unterschiedlichen Schutzrichtungen nicht mit § 299 StGB begegnet werden.

#### c) Zwischenergebnis zum Drei-Personen-Verhältnis

Für *Fall (2)* bedeutet dieses Ergebnis, dass eine Verletzung des Rechtsguts der Norm – sei der Entscheidungsträger nun beauftragt oder nicht – ausgeschlossen ist. Drittverteile an den Geschäftsherrn, bei denen *per se* Entscheidungsträger und Leistungsempfänger auseinander fallen, sind also nicht strafwürdig, wenn Leistungs- und Vorteilsempfänger personenidentisch sind.

#### 4. Fall (3): Drittverteil im Vier-Personen-Verhältnis

Wendet man sich nun *Fall (3)* zu, so stellt Y dem Angestellten A für seine Bevorzugung einen Vorteil für dessen Geschäftsherrn G in Aussicht, während Kunde D Nachfrager und folglich auch Empfänger der den Vertrag charakterisierenden Leistung ist. Der dem Prinzipal G zugewandte Vorteil kann also keinesfalls Teil der Leistung an D sein; Leistungs- und Vorteilsempfänger sind personenverschieden. Es soll nun analysiert werden, ob diese Konstellation hinsichtlich der Lauterkeit des Wettbewerbs strafwürdig erscheint.

#### a) Keine Personenidentität zwischen Leistungsempfänger und Entscheidungsträger

Da das Schutzgut des lautereren Wettbewerbs auch hier nur tangiert sein kann, wenn Entscheidungsträger und Leistungsempfänger auseinander fallen,<sup>50</sup> muss zunächst entschieden werden, wer in diesem Fall als Entscheidungsträger anzusehen ist.

Entscheidungsträger kann sein, wer über rechtliche Entscheidungsmacht verfügt, also die Macht hat, rechtsverbindlich für einen anderen Entscheidungen herbeizuführen (der sogenannte „echte Entscheidungsstellvertreter“<sup>51</sup>). Darüber hinaus muss

<sup>41</sup> *Koepsel* (Fn. 16), S. 188; *Volk* (Fn. 29), S. 419, 427; so im Ergebnis auch *Brand/Wostry*, WRP 2008, 637, 641; *Siebeneck*, BB 1979, 1475, 1477.

<sup>42</sup> *Koepsel* (Fn. 16), S. 180.

<sup>43</sup> A. A. auch *Pragal* (Fn. 10), S. 142 ff.; *ders.*, ZIS 2006, 63, 73, der einen Interessenkonflikt zwischen „dem Stand des Schweizer Nummernkontos [des Geschäftsinhabers] und dem buchhalterischen Geschäftsergebnis seines Gewerbetriebs“ durch Nichtsteuerung des Vorteils erblickt.

<sup>44</sup> Statt vieler *Vormbaum*, in: FS Schroeder, 2006, S. 649, 652 f.; a. A. 61. DJT, Verhandlungen, Band II/1, L60, der mit 71:44:4 dafür stimmte, den Geschäftsinhaber in die Strafbarkeit einzubeziehen.

<sup>45</sup> *Brand/Wostry*, WRP 2008, 637, 643; im Ergebnis so auch *Odenthal*, wistra 2005, 170, 172.

<sup>46</sup> Vgl. *Brand/Wostry*, WRP 2008, 637, 643.

<sup>47</sup> So im Ergebnis *Brand/Wostry*, WRP 2008, 637, 643.

<sup>48</sup> *Winkelbauer* (Fn. 7), S. 385, 391, 393.

<sup>49</sup> Im Ergebnis zustimmend *Koepsel* (Fn. 16), S. 169; *Winkelbauer* (Fn. 7), S. 385, 393; wohl auch *Höltkemeier* (Fn. 5), S. 174.

<sup>50</sup> Hierzu bereits oben unter B. II. 3. a) ee).

<sup>51</sup> Zum Begriff: *Koepsel* (Fn. 16), S. 143.

als Entscheidungsträger anerkannt werden, wer zwar keine *rechtliche*, wohl aber *faktische* Entscheidungsmacht besitzt, wessen sich der Nachfrager also aufgrund seiner Erfahrung oder Expertise bedient. In begrifflicher Anlehnung an eine Figur der mittelbaren Täterschaft geht es hier um durch den Nachfrager D zugestandene „Entscheidungsmacht kraft überlegenen Wissens“<sup>52</sup>.

Da im vorliegenden Fall der Kunde D gerade auf die Expertise des Angestellten A vertraut, ist dieser mit faktischer Entscheidungsmacht ausgestattet. Damit fallen Nachfrager – hier D – und Entscheidungsträger – hier A – auseinander. Würde der Angestellte A selbst die „Prämie“ von Y erhalten, würde er diesen zusätzlichen, lediglich ihm als Agenten zugute kommenden Parameter in seine Entscheidung einfließen lassen und der lautere Wettbewerb wäre aufgrund der Verschiebung des Entscheidungsmaßstabs weg vom Leistungsprinzip in Gefahr.<sup>53</sup> Fraglich ist nun, ob sich an dieser Beurteilung dadurch etwas ändert, dass nicht dem Angestellten A, sondern dessen Geschäftsherrn G der Vorteil zufließt. Hier kann erneut auf die Frage zurückgegriffen werden, ob der Geschäftsherr (nun in dieser Konstellation) *de lege ferenda* tauglicher Täter des § 299 StGB sein sollte<sup>54</sup> und ob sich die Wertung auf das Handeln des Angestellten oder Beauftragten übertragen lässt.

#### b) Wettbewerbswidriges Verhalten des Geschäftsherrn im Vier-Personen-Verhältnis

Lässt man den Geschäftsherrn in den Konstellationen des Vier-Personen-Verhältnisses als Entscheidungsträger auftreten, verändert sich die Beurteilung im Vergleich zu Drei-Personen-Konstellationen zu seinen Ungunsten: Da er nicht gleichzeitig als Nachfrager (Leistungsempfänger) handelt, stellt die Zuwendung an den Prinzipal keinen Teil der Leistung dar. Der Geschäftsherr wird hier nicht Vertragspartner (vielmehr kommt ein Vertrag zwischen Nachfrager D und dem den Vorteil Gewährenden Y zustande) und somit kann die Berücksichtigung einer Zuwendung an ihn selbst nicht mehr von der Vertragsfreiheit gedeckt sein.<sup>55</sup> Solange der Entscheidungsträger im Rahmen des Leistungsvergleiches bei der Auswahlentscheidung also neben den Interessen des Nachfragers andere – seien es nun eigene oder fremde – Interessen berücksichtigt, fällt er seine Entscheidung nicht allein auf Basis des Leistungsprinzips und damit unsachgemäß. Das Rechtsgut des lauteren Wettbewerbs wird somit durch das Handeln des Geschäftsherrn verletzt.<sup>56</sup>

#### c) Übertragung auf Entscheidungen von Angestellten oder Beauftragten

Tritt nun der Angestellte oder Beauftragte anstelle seines Geschäftsherrn in Erscheinung, handelt er zwar nicht eigennützig, nimmt aber gleichwohl nicht die Vermögensinteressen des Nachfragers, sondern eines Dritten, namentlich seines Geschäftsherrn, wahr. An der Verletzung des Rechtsguts des lauteren Wettbewerbs ändert dies im Ergebnis nichts.<sup>57</sup>

#### d) Zwischenergebnis zum Vier-Personen-Verhältnis

Setzte Kunde D kein Vertrauen in die Beratung seitens des A, hätte dieser also weder rechtliche noch faktische Entscheidungsmacht, verbliebe diese Macht beim Nachfrager. Eine Zuwendung an A oder dessen Geschäftsherrn G wäre in dieser Konstellation mangels Einflusses auf die Entscheidung strafrechtlich irrelevant.

Bei Drittvorleistungen zugunsten des Geschäftsherrn im Vier-Personen-Verhältnis ist das Schutzgut der Lauterkeit des Wettbewerbs demnach immer dann berührt, wenn dem Angestellten wie auch immer geartete Entscheidungsmacht zukommt und damit erneut Entscheidungsträger und Leistungsempfänger personenverschieden sind.<sup>58</sup> Fallen also zusätzlich Leistungs- und Vorteilsempfänger auseinander, erscheint das Verhalten der Beteiligten im Hinblick auf das der Norm zugrunde gelegte Rechtsgut strafwürdig.

### III. Schlussfolgerungen für die Vereinbarkeit mit dem Rechtsgut des lauteren Wettbewerbs

Strafrechtlich relevant können im Rahmen des § 299 StGB nur solche Fälle sein, in denen dem Angestellten oder Beauftragten des den Vorteil empfangenden Geschäftsherrn Entscheidungsmacht zukommt.

Da bei unter § 299 StGB zu subsumierenden Drittvorleistungen zugunsten des Geschäftsherrn Leistungsempfänger und Entscheidungsträger immerzu auseinander fallen, ist eine Verletzung des Rechtsguts „lauterer Wettbewerb“ möglich, wenn darüber hinaus Vorteil und Leistung für verschiedene Personen bestimmt sind.

#### C. Fazit und methodische Umsetzung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass im Drei-Personen-Verhältnis, also bei Personenidentität von Leistungs- und Vorteilsempfänger, die Vorteilsgewährung zugunsten des Geschäftsherrn nicht strafwürdig ist.

Drittvorleistungen zugunsten des Geschäftsherrn sollten jedoch bei Verschiedenheit von Leistungs- und Vorteilsempfänger – also sachwidrigen Entscheidungen im Vier-Personen-Verhältnis – und zugleich Übertragung der Entscheidungsmacht auf den Angestellten oder Beauftragten zur Strafbarkeit der Beteiligten führen.

Mit Blick auf das Rechtsgut des lauteren Wettbewerbs erscheint also weder eine vollständige Einbeziehung<sup>59</sup> des Geschäftsherrn in den Kreis der „Dritten“ im Sinne des § 299 StGB noch seine gänzliche Ausklammerung<sup>60</sup> sachgemäß.

Folglich gilt es den weiten Wortlaut der Vorschrift zur Aussonderung der nicht strafwürdigen Fälle bei Personenidentität von Leistungs- und Vorteilsempfänger zu korrigieren. Die in § 299 StGB enthaltene, nach ihrem insoweit eindeutigen

<sup>52</sup> Koepsel (Fn. 16), S. 144.

<sup>53</sup> So zu einem ähnlichen Fall, allerdings in einem Drei-Personen-Verhältnis Koepsel (Fn. 16), S. 183 f.; Bürger, wistra 2003, 130, 131.

<sup>54</sup> Hierzu bereits oben unter B. II. 3. a).

<sup>55</sup> Bürger, wistra 2003, 130, 135; Volk (Fn. 29), S. 419, 427.

<sup>56</sup> Im Ergebnis ebenso Dannecker, in: NK (Fn. 5), § 299 Rn. 27; ders., in: Dannecker/Leitner (Hrsg.), Schmiergelder. Strafbarkeit und steuerliche Abzugsverbote in Österreich und Deutschland, 2002, S. 126; Dölling (Fn. 14), C88; Lampe (Fn. 34), S. 81 ff., 95 f.; Möhrenschräger, JZ 1996, 822, 828; Tiedemann, in: LK (Fn. 5), § 299 Rn. 13; ders., in: FS Lampe, 2003 S. 759, 762 f.; Ulbricht (Fn. 13), S. 56; Volk (Fn. 29), S. 419, 427, die diese Konstellationen als „Berater-Fälle“ ansprechen.

<sup>57</sup> Ebenso in Bezug auf diese „Berater-Fälle“ Dannecker, in: NK (Fn. 5), § 299 Rn. 27; Volk (Fn. 29), S. 419, 427.

<sup>58</sup> So für die direkte Vereinbarung mit dem Geschäftsinhaber in Beratungsfällen auch Bürger, wistra 2003, 130, 135; Dölling (Fn. 14), C88; Lampe (Fn. 13), S. 449, 464 f.; Möhrenschräger, JZ 1996, 822, 828; Volk (Fn. 29), S. 419, 427; kritisch hierzu Ransiek, StV 1996, 446, 453, der nur Verbraucherinteressen als betroffen ansieht.

<sup>59</sup> So allerdings die h. M., siehe Fn. 5.

<sup>60</sup> So jedoch Winkelbauer (Fn. 7), S. 385, 392.

Wortlaut zu weit gefasste Regel muss auf den ihr nach dem Regelungszweck des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt werden.<sup>61</sup> Dies kann, sieht man von einer Gesetzesänderung ab, in erster Linie über eine – zulässige da den Täter begünstigende<sup>62</sup> – teleologische Reduktion erreicht werden.

Abschließend soll an dieser Stelle die Möglichkeit der vollständigen Einbeziehung des Geschäftsherrn als „Dritten“ bei gleichzeitiger Korrektur mittels des Tatbestandsmerkmals der „Bevorzugung in unlauterer Weise“ in den Raum gestellt

werden,<sup>63</sup> die der Vermeidung der mit einer teleologischen Reduktion zwingend einhergehenden Auslegungsunsicherheiten dienen kann. ■

<sup>61</sup> Larenz/Canaris, (Fn. 6), S. 210 f.

<sup>62</sup> Statt vieler Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld<sup>3</sup>, 2008, Rn. 98 ff m. w. N.

<sup>63</sup> So Odenthal, wistra 2005, 170, 172; wohl auch Brand/Wostry, WRP 2008, 637, 643.

Quintin N. Mahlow, LL.B., Hamburg\*

## Die Doha-Handelsrunde der WTO – Einigung in Sicht?

### A. Einleitung

Seitdem die Doha-Runde der Welthandelsorganisation (WTO) 2001 eingeleitet wurde, gab es kaum positive Schlagzeilen. Stattdessen endeten bisherige WTO-Treffen mit meist wenig Erfolg, aber vielen tiefgreifenden Unstimmigkeiten. Die ohnehin angespannte Verhandlungslage wird nun durch die allgegenwärtige Wirtschaftskrise noch zusätzlich strapaziert. Als Reaktion auf die Krise kann ein Wiederaufleben protektionistischer Tendenzen verzeichnet werden. So diskutierte der amerikanische Kongress über eine Klausel des Konjunkturpakets, nach der für öffentliche Bauvorhaben ausschließlich amerikanische Materialien verwendet werden sollten.<sup>1</sup> Ferner drängen diverse Industriezweige darauf, Finanzhilfen national auszurichten und nur die heimische Wirtschaft zu stützen.<sup>2</sup> Derartige Entwicklungen werden bei der WTO mit Sorge aufgenommen. Die WTO soll ausweislich des WTO-Übereinkommens<sup>3</sup> durch den Abbau von nationalen Handelsbarrieren auf eine fortlaufende Liberalisierung des Welthandels hinwirken. Der Erfolg der WTO als „member-driven organisation“<sup>4</sup> ist dabei entscheidend von den leitenden WTO-Mitgliedern abhängig. Als die wichtigsten Industrie- und Schwellenländer beim Finanzgipfel im November 2008 Auswege aus der Wirtschaftskrise diskutierten, wurde beteuert, dass der Abschluss der Doha-Runde im Jahre 2009 oberste Priorität habe.<sup>5</sup> Was für einen Einfluss die Wirtschaftskrise letztlich auf die Doha-Verhandlungen haben wird, bleibt abzuwarten. Sie ändert aber jedenfalls nichts daran, dass zunächst die bestehenden Interessenkonflikte der Verhandlungsparteien überwunden werden müssen.

Dieser Beitrag soll einen Überblick verschaffen, woran die Doha-Runde bisher scheiterte. Zunächst werden die Grundlagen der Verhandlungen und ihr bisheriger Verlauf skizziert, um im Anschluss die Interessenkonflikte zu analysieren.

### B. Grundlagen der Verhandlungen und bisheriger Verlauf

#### I. Ausgangslage

Die Doha-Runde wurde im November 2001 bei der vierten WTO-Ministerkonferenz in Doha (Katar) eingeleitet. Das Treffen stand im Kontext der Anschläge vom 11. September. Nach der Destabilisierung der Weltwirtschaft durch

die Terror-Anschläge wurden Hoffnungen auf multilaterale Handelsvereinbarungen gesetzt, um eine tiefere Wirtschaftskrise zu vermeiden.<sup>6</sup> Vor diesem Hintergrund wurde in Doha ein Programm von 21 Arbeitspunkten verabschiedet. Erklärtes Ziel dieser sog. „Doha Development Agenda“<sup>7</sup> war es, die Belange der Entwicklungsländer stärker zu berücksichtigen.<sup>8</sup> Durch die „Entwicklungsrunde“ sollten die bisher außen vor stehenden Entwicklungsländer in den Welthandel integriert werden.<sup>9</sup> Die Agenda wurden als „single undertaking“<sup>10</sup> verabschiedet, d.h. die Mitglieder verpflichteten sich im Voraus, alle Ergebnisse der Verhandlung nur als Gesamtpaket anzunehmen und keine Arbeitspunkte auszusparen.

#### II. Verhandlungsparteien

Die WTO umfasst mittlerweile 153 Mitglieder.<sup>11</sup> Eine pauschale Darstellung der Verhandlungen als „Entwicklungsländer gegen Industrieländer“ ist nicht ganz präzise. Die Mitglieder haben sich nämlich weitgehend in Gruppen bzw. Abstimmungsblocks zusammengeschlossen.<sup>12</sup> Diese

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

<sup>1</sup> S. *International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)*, Bridges Weekly vom 18.02.2009, abrufbar unter <http://ictsd.net/i/news/bridgesweekly/41050/>.

<sup>2</sup> S. *The Economist* vom 07.02.2009, S. 9.

<sup>3</sup> Vgl. Präambel und Art. III des WTO-Übereinkommens vom 15.04.1994.

<sup>4</sup> Oeter, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), WTO-Recht: Rechtsordnung des Welthandels, 2005, § 1 Rn. 28.

<sup>5</sup> S. *Declaration of the Summit on Financial Markets and the World Economy November 15, 2008, Washington DC*, para. 13, abrufbar unter <http://www.g20.utoronto.ca/2008-leaders-declaration-081115.html>.

<sup>6</sup> Cho, JIEL (7) 2004, 219, 224; Beise, Internationale Politik, Heft 6/2002, 11 f. S. auch die Rede des japanischen Ministers für Wirtschaft, Handel und Industrie, Hiranuma: „I am delighted that we are able to deliver a strong message (...) precisely when the world economy is showing instability since September 11.“; zitiert in: Stewart, After Doha. The Changing Attitude and Ideas of the New WTO Round, 2002, S. 4.

<sup>7</sup> *Ministerial Declaration*, seither als Doha Development Agenda bezeichnet, WTO-Dok.WT/MIN(01)/DEC/1 vom 14.11.2001 (im Folgenden: DDA).

<sup>8</sup> Vgl. insbesondere den Wortlaut der DDA, paras. 2-4, 6.

<sup>9</sup> DDA, paras. 2, 3.

<sup>10</sup> DDA, para. 47.

<sup>11</sup> Eine Liste der WTO-Mitglieder ist abrufbar unter [http://www.wto.org/english/theWTO/org6\\_e.htm](http://www.wto.org/english/theWTO/org6_e.htm).

<sup>12</sup> Eine Übersicht der bestehenden Gruppen und ihrer Mitglieder ist abrufbar unter [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/agric\\_e/negs\\_bkgrnd04\\_groups\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/agric_e/negs_bkgrnd04_groups_e.htm).

Gruppen variieren je nach Verhandlungsgegenstand und umfassen u.U. sowohl Industrie- als auch Entwicklungsländer. Zu den wichtigsten Gruppen gehören die Industrienationen als G-7 bzw. G-8 und die in Cancún formierte „Gruppe der 21“, der einflussreiche Schwellenländer, wie z.B. China und Indien, angehören. Die Gruppenbildung ist für das Verständnis der Verhandlungen wichtig, da sich dadurch das Kräfteverhältnis innerhalb der WTO geändert hat: Der Zusammenschluss in Koalitionen führt zu einer stärkeren Verhandlungsposition für Entwicklungsländer, die auf diese Weise – unter der Wortführung der Schwellenländer – Entscheidungen blockieren können.<sup>13</sup>

Zudem ist die Einteilung in Entwicklungs- und Industrieländer problematisch, weil sie für Auseinandersetzungen zwischen den Beteiligten sorgt. WTO-Mitgliedstaaten haben entweder den Status eines Industrie- („developed“) oder Entwicklungslands („developing“). Die am wenigsten entwickelten Länder („least developed countries“, kurz: „LDCs“) sind eine Unterkategorie der Entwicklungsländer. An den Status „Entwicklungsland“ knüpft das WTO-Recht gewisse Sonderrechte. So kommen den Entwicklungsländern etwa bei der Umsetzung von WTO-Verpflichtungen längere Umsetzungszeiten zu und es besteht die Möglichkeit, technische Unterstützung zu erlangen.<sup>14</sup> Problematisch ist indes, dass dieser Status im WTO-Übereinkommen (WTO-Ü) nicht legaldefiniert ist. Welche WTO-Mitglieder als Entwicklungsland einzustufen sind, ist daher unklar.<sup>15</sup> Die Definition wird für die bestehenden Mitgliedstaaten vielmehr auf einer ad-hoc-Basis vorgenommen.<sup>16</sup> Je nach Thema können WTO-Mitglieder selbst über ihren Status entscheiden. Zwar kann diese Entscheidung von anderen Mitgliedern angefochten werden. Die Praxis zeigt aber, dass große, wettbewerbsfähige Schwellenländer sich erfolgreich hinter dem selbst gewählten Status als Entwicklungsland verstecken, um sich eigenen Zugeständnissen zu entziehen.<sup>17</sup>

Schließlich sind die Interessen der pauschal als Entwicklungsländer zusammengefassten Mitgliedstaaten keineswegs einheitlich.<sup>18</sup> Die Interessen der schon recht weit entwickelten Staaten, wie z.B. Indien, Brasilien oder Südafrika (auch diese Schwellenländer sind zurzeit Entwicklungsländer im Sinne des WTO-Rechts), decken sich nicht mit denen der LDCs.

Trotz alledem wird in Praxis und Literatur zur Vereinfachung allgemein auf diese Kategorien zurückgegriffen. Aus demselben Grund wird diese Einteilung auch im Folgenden zu Grunde gelegt; soweit erforderlich, wird jedoch darauf hingewiesen, wenn die Trennlinie bzgl. bestimmter Positionen anders verläuft als zwischen diesen Gruppen.

## I. Verhandlungsgegenstände

Der Handel mit Agrar-Erzeugnissen ist zum Schlüsselpunkt der Doha-Runde avanciert.<sup>19</sup> Obwohl die Landwirtschaft nur 8% des globalen Warenhandels ausmacht,<sup>20</sup> hat sie sowohl für Industrie- als auch für Entwicklungsländer besondere Bedeutung. Viele Entwicklungsländer haben einen relativ großen Agrarsektor, in dem ein Großteil der Bevölkerung arbeitet.<sup>21</sup> Auch für Schwellenländer wie Indien machte der Agrarhandel in den letzten Jahren einen wesentlichen Anteil (20-30%) des Bruttoinlandsproduktes (BIP) aus.<sup>22</sup> Für viele der LDCs ist praktisch der gesamte Export auf ein Agrarerzeugnis, z.B. auf Baumwolle für Benin oder Kaffeebohnen für Burundi, beschränkt.<sup>23</sup> In Industrieländern ist der Agrar-

sektor zwar vergleichsweise klein, ist jedoch von erheblichen staatlichen Unterstützungszahlungen gekennzeichnet. So fließt im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) der EG fast die Hälfte des Haushalts (rund 50 Mrd. €) an Landwirte.<sup>24</sup> Ein weiterer Verhandlungspunkt ist die Öffnung des Dienstleistungssektors. Viele Entwicklungsländer befürchten, dass diese zu einer Dominanz ausländischer Firmen und zur Privatisierung von staatlichen Dienstleistungen führen würde.<sup>25</sup>

Ferner umfassen die Verhandlungen den Marktzugang für Nicht-Agrarprodukte („Non-Agricultural Market Access“, kurz: „NAMA“), also alle gefertigten Waren (Industrieprodukte). In den letzten Jahren waren fast 90% der exportierten Waren NAMA-Produkte.<sup>26</sup> Die Uruguay-Runde hatte bereits signifikante Verbesserungen hinsichtlich des Zugangs für gefertigte Waren zu den Märkten der Industrienationen gebracht: Die durchschnittlichen Zölle wurden von 6,3% auf 3,8% gesenkt.<sup>27</sup> Die Doha-Agenda fordert nun, weitere Zollsenkungen zu beschließen.<sup>28</sup> Die Industrieländer erhoffen sich verbesserten Zugang zu den Märkten der Entwicklungsländer, während für viele Entwicklungsländer die NAMA-Zölle eine wichtige Einnahmequelle darstellen und sie durch hohe Zölle ihre Märkte schützen wollen.<sup>29</sup>

Die Doha Development Agenda umfasst schließlich noch weitere Themen, z.B. Implementierung der WTO-Verpflichtungen, Handelsregeln (Anti-Dumping) und Umweltschutzstandards.<sup>30</sup> Diese Punkte stehen indes im Schatten

<sup>13</sup> Rolland, Harv. Int'l L.J. (48) 2007, 483.

<sup>14</sup> Zur Sonderbehandlung umfassend Jessen, WTO-Recht und „Entwicklungsländer“: „Special and Differential Treatment for Developing Countries“ im multidimensionalen Wandel des Wirtschaftsvölkerrechts, 2006, S. 205 ff.

<sup>15</sup> Cottier/Oesch, International Trade Regulation. Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland, 2005, S. 553.

<sup>16</sup> Für Beitrittskandidaten ist die Anerkennung als Entwicklungsland hingegen Teil der auszuhandelnden Beitrittsbedingungen gem. Art. XII WTO-Ü, s. Michaelis/Jessen, in: Hilf/Oeter (Fn. 4), § 31 Rn. 22.

<sup>17</sup> BMWi, Pressemitteilung vom 29.07.2008, abrufbar unter <http://www.bmw.de/BMWi/Navigation/Presse/pressemitteilungen.html>.

<sup>18</sup> Dazu der kenianische Handelsminister Kituyi: "developing countries should not always automatically assume that a shoe which fits the foot of India, China, and Brazil will fit the foot of Kenya, Burundi, and all", zitiert in: ICTSD, Bridges Weekly vom 03.08.2005, abrufbar unter <http://ictsd.net/i/news/bridgesweekly/7336/>.

<sup>19</sup> Matthews, in: Griller (Hrsg.), At the Crossroads: The World Trading System and the Doha Round, 2008, S. 315, 316; Harbinson, in: Petersmann (Hrsg.), Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency, and Democratic Governance, 2005, S. 121.

<sup>20</sup> WTO, International Trade Statistics 2007, S. 7, abrufbar unter [http://www.wto.org/english/res\\_e/status\\_e/its2007\\_e/its07\\_toc\\_e.htm](http://www.wto.org/english/res_e/status_e/its2007_e/its07_toc_e.htm).

<sup>21</sup> The Economist, World in Figures, 2006, S. 48 u. 108 ff.

<sup>22</sup> Vgl. Mukerji, Journal of World Trade (6) 2000, 33, 39 f.; The Economist (Fn. 21), S. 156.

<sup>23</sup> Vgl. BBC, Poor Countries and Trade unter Verwendung von WTO und UNCTAD Statistiken, abrufbar unter <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/7532168.stm>.

<sup>24</sup> Vgl. Bundesfinanzministerium, abrufbar über den Link „Gemeinsame Agrarpolitik – GAP“ auf [http://www.bundesfinanzministerium.de/nn\\_25694/DE/Wirtschaft\\_und\\_Verwaltung/Europa/node.html](http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_25694/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Europa/node.html).

<sup>25</sup> Vgl. Edwini, in: Hofman/Tondl (Hrsg.), The European Union and the WTO Doha Round, 2007, S. 79, 84.

<sup>26</sup> WTO, abrufbar unter [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/markacc\\_e/nama\\_negotiations\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/markacc_e/nama_negotiations_e.htm).

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> DDA, para. 16.

<sup>29</sup> Vgl. Edwini (Fn. 25), S. 79, 84.

<sup>30</sup> S. DDA paras. 12 (Implementierung), 28 f. (Anti-Dumping), 31-33 (Umwelt).

der Hauptstreitigkeiten über Landwirtschaft und Industriegüter. Bei ihnen ist eine Veränderung nur zu erwarten, wenn bei der Landwirtschaft ein Durchbruch gelingt.<sup>19</sup>

## II. Bisheriger Verlauf

Die erste auf Doha folgende Ministerkonferenz in Cancún (Mexiko) wurde zum Debakel.<sup>20</sup> Sie scheiterte nicht nur an Meinungsverschiedenheiten bzgl. materieller Interessen, wie z.B. einer Annäherung bei Agrarreformen, sondern auch an organisatorischen Defiziten. Ferner zeigten sich bei den Beteiligten grundsätzliche Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Rolle der WTO. So hoffte die EG auf eine Erweiterung des WTO-Rechts auf Bereiche wie Wettbewerb, Investitionen, Öffentliches Beschaffungswesen und Handelserleichterungen (sog. „Singapur-Themen“).<sup>21</sup> Die Entwicklungsländer lehnten es dagegen ab, vor einer Einigung über bestehende inhaltliche Streitpunkte über eine derartige Erweiterung zu verhandeln.

Ein Lichtblick folgte in Genf im Jahre 2004. Dort konnte man sich auf ein Rahmenprogramm, das sog. „Doha Work Programme“<sup>22</sup> bzw. „July Package“ einigen. Es wurde beschlossen, dass – mit Ausnahme der Handelserleichterung – die Singapur-Themen bis auf Weiteres nicht Teil der Agenda sein sollten.<sup>23</sup> Zudem signalisierten die Industriestaaten Bereitschaft, Agrarsubventionen im Gegenzug für die Gewährung verbesserten Marktzugangs für gefertigte Waren zu senken.<sup>24</sup> Die Einigung wurde allseits mit Erleichterung aufgenommen und als Schritt in die richtige Richtung begrüßt.<sup>25</sup> Bei der Ministerkonferenz in Hongkong 2005 blieben die Erklärungen wieder weitgehend vage. Zwar einigten sich die Industrienationen darauf, bis zum Jahr 2013 Agrarsubventionen abzubauen.<sup>26</sup> Diese Vereinbarungen hätten aber einer weiteren Konkretisierung bis zum 30. April 2006 bedurft,<sup>27</sup> was nicht gelang.

Nachdem auch weiterhin keine substantiellen Annäherungen in wesentlichen Verhandlungsbereichen gelangen, setzte der Allgemeine Rat der WTO die Verhandlungen am 27. Juli 2006 förmlich aus.<sup>28</sup>

Seit Februar 2007 laufen die Verhandlungen offiziell wieder. In Potsdam trafen sich im Sommer 2007 die EG, USA, Brasilien und Indien (sog. G-4). Im Mittelpunkt standen wiederum die Senkung der NAMA-Zölle der Entwicklungsländer und die Senkung der Subventionszahlungen der Industrieländer. Die Verhandlungen endeten einmal mehr ohne Ergebnis.<sup>29</sup>

Im Sommer 2008 versuchten 40 Minister der wichtigsten Handelsnationen in Genf erneut, die Doha-Runde abzuschließen. Nach intensiven Verhandlungen scheiterten die Gespräche schließlich an einer Unstimmigkeit hinsichtlich der Schutzmaßnahmen zugunsten von Kleinbauern in wirtschaftlich prekären Zeiten, sog. „special safeguard mechanisms“ („SSM“, s. dazu unten C.I.2.b)).

## B. Analyse der Interessenkonflikte

Hauptanliegen für die Entwicklungsländer ist eine verbesserte Integration in den Welthandel. Bestehende Marktverzerrungen, insbesondere im Agrarbereich, sollen beseitigt und dadurch ein verbesserter Marktzugang erlangt werden.<sup>30</sup> Im Folgenden soll auf den Abbau von Agrarsubventionen und Agrarzöllen als Hauptinteressen der Entwicklungsländer sowie auf die Marktzugangsinteressen als wesentliches Verhandlungsziel der Industrieländer näher eingegangen werden.

## I. Hauptinteressen der Entwicklungsländer

### 1. Abbau von Agrarsubventionen

#### a) Status quo

Obwohl Agrarsubventionen im WTO-Landwirtschaftsübereinkommen („Agreement on Agriculture“, kurz: „AoA“) in seiner seit 1995 geltenden Fassung erfasst sind,<sup>31</sup> hatte dieses bislang nur eine geringe Auswirkung auf den Weltagrarhandel.<sup>32</sup> Dass trotz der Regelungen des AoA die Subventionen weiterhin ein derart großer Streitpunkt sind, ist u.a. dadurch bedingt, dass das AoA ein Kompromissprodukt war.<sup>33</sup> Das Regelwerk ist dementsprechend schwach. So diente als Basis für die Berechnung der Subventionsabbauverpflichtungen ein Zeitraum, in dem sehr hohe Subventionen gewährt wurden.<sup>34</sup> Ferner bestand bis zum 31.12.2003 eine „Friedensklausele“, Art. 13 AoA, wonach die Mitglieder davon absahen, die dort aufgeführten Subventionen mittels des WTO-Streitbeilegungsmechanismus zu überprüfen.

Aufgrund der Schwäche der Regelungen können in der EG nach der Gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) pro Jahr 40-50 Mrd. € an Landwirte gezahlt werden.<sup>35</sup> Durch die daraus resultierenden billigen Exportwaren ist die EG führender Agrarexporteur.<sup>36</sup> Die Entwicklungsländer kritisieren, dass es sich bei den Subventionen nicht – wie von der EG behauptet – um die Korrektur von Marktversagen handelt, sondern um eine erhebliche Wettbewerbsverzerrung.

Die Subventionen der Industrieländer wirken sich insbesondere auf Entwicklungsländer nachteilig aus, da deren Wirtschaft – sowohl bezogen auf das BIP als auch auf die Beschäftigtenzahl – generell mehr auf Agrarprodukte angelegt ist als die anderer Länder.<sup>37</sup> Der komparative Kostenvorteil

<sup>19</sup> Harbinson (Fn. 19), S. 121; vgl. auch den Vortrag des brasilianischen Außenministers Amorim vom 04.05.2005: „agriculture is the engine, is the locomotive of this round. And if the locomotive stalls, nothing else will move“, abrufbar unter [http://www.mre.gov.br/ingles/politica\\_externa/discursos/discurso](http://www.mre.gov.br/ingles/politica_externa/discursos/discurso).

<sup>20</sup> S. etwa Meng, in: R. Pitschas (Hrsg.), *Handel und Entwicklung im Zeichen der WTO – ein entwicklungspolitisches Dilemma*, 2007, S. 23, 28 m.w.N.

<sup>21</sup> S. *Ministerial Declaration*, WTO-Dok. WT/MIN(96)/DEC vom 13.13.1996, paras. 20-22.

<sup>22</sup> *Doha Work Programme*, WTO-Dok WT/L/579 vom 01.08.2004.

<sup>23</sup> *Ibid.*, para. 1 lit. g.

<sup>24</sup> *Ibid.*, Annex A. und Annex B.

<sup>25</sup> *BBC News* vom 01.08.2004, abrufbar unter <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/3525602.stm>. Der damalige WTO-Generaldirektor Panitchpakdi beschrieb die Ergebnisse als historischen Durchbruch, *WTO News* vom 31.07.2004, abrufbar unter [http://www.wto.org/news/spm73\\_e.htm](http://www.wto.org/news/spm73_e.htm).

<sup>26</sup> S. *Ministerial Declaration*, WTO-Dok WT/MIN (05)/DEC vom 18.12.2005, para. 6.

<sup>27</sup> *Ibid.*, para. 10.

<sup>28</sup> S. *WTO News* vom 24.07.2006, abrufbar unter [http://www.wto.org/english/news\\_e/24july\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/24july_e.htm).

<sup>29</sup> Pressemitteilung des BMWi vom 21.06.2007, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Presse/pressemitteilungen8994.html>.

<sup>30</sup> Matthews, *Development Policy Review* (20) 2001, 75 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 6, 7 AoA (interne Stützungsmaßnahmen), Art. 8, 9 AoA (Exportsubventionen). S. dazu Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, 2006, S. 299 ff.

<sup>32</sup> Jessen, in: Hilf/Oeter (Fn. 4), § 19 Rn. 53 m.w.N.

<sup>33</sup> Vgl. *ibid.*, § 19 Rn. 54.

<sup>34</sup> *Ibid.*, § 19 Rn. 53; Tangermann, in: Petersmann, (Hrsg.), *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency, and Democratic Governance*, 2005, S. 99, 107.

<sup>35</sup> S. Fn. 24.

<sup>36</sup> *WTO* (Fn. 20), S. 38.

<sup>37</sup> *Ibid.*, S. 48 u. 108 ff. S. dazu auch schon oben unter B. III.

der Entwicklungsländer in der Landwirtschaft, der auf billigere Arbeitskraft und geographische Eignung für bestimmte Agrarprodukte zurückgeht, wird durch diese Subventionen nivelliert: Sie können trotz ihrer Kostenvorteile mit den billigen Preisen der Industrienationen nicht mithalten. Für viele der LDCs geht es also um die Freisetzung ihrer – durchaus vorhandenen – Beteiligungspotentiale am Exportmarkt: Die meisten von ihnen sind zwar derzeit Nettoimporteure von Agrarprodukten, wie z.B. Reis. Die Konsumenten in diesen Ländern profitieren also auf den ersten Blick sogar von den durch die Subventionen niedrig gehaltenen Preisen der Importprodukte. Die Gesamtwirtschaft würde aber von einem Abbau der Subvention und dadurch freigesetzten Exportpotentialen noch wesentlich mehr profitieren.<sup>38</sup> Dies zeigt sich beispielsweise bei den US-Baumwollsubventionen und dem durch sie mit verursachten Einbruch des Weltmarktpreises für Baumwolle.<sup>39</sup>

### b) Gründe für fehlende Bereitschaft zur Subventionskürzung

Der Unwillen, kurzfristige politische Kosten zu tragen, bietet den ersten Grund für die ausbleibende Senkung der Subventionen. Für die Industrieländer ist Subventionsabbau ein politisch „heikles“ Thema.<sup>40</sup> Dies wurde bei der WTO-Konferenz in Genf 2008 erneut deutlich. Das vom EG-Handelskommissar unterbreitete Angebot, die Agrarsubventionen um 60% zu senken, wurde vom französischen Präsidenten Sarkozy scharf kritisiert. Er befürchtete, dass dies zum Verlust von „100.000 Arbeitsplätzen“ führen würde; dies werde er nicht zulassen.<sup>41</sup> Die EG-Landwirtschaftsminister haben sich zwar Ende letzten Jahres auf eine Kürzung der Direktzahlungen um 10% geeinigt, aber auch derartige Kompromissvorschläge stoßen auf erheblichen Widerstand bei den heimischen Bauern.<sup>42</sup>

Die tatsächlich geleisteten Agrarsubventionen liegen in den USA und der EG unterhalb des durch das AoA zugestandenen Höchstniveaus.<sup>43</sup> Daher erscheint auf den ersten Blick unverständlich, dass sie sich gegen eine Senkung dieses tatsächlich von ihnen überhaupt nicht ausgenutzten Höchstniveaus sperren. Die Industrieländer wollen jedoch die Möglichkeit, mit Subventionsenkungen zu „schachern“, nicht preisgeben, ohne im Gegenzug von den Entwicklungsländern etwas dafür zu bekommen. Die bisherigen Angebote von Seiten der Entwicklungsländer waren aus ihrer Sicht nicht ausreichend. Dass andererseits die Entwicklungsländer nicht zu größeren Zugeständnissen bereit sind, liegt v.a. daran, dass sie nicht für den Abbau des in ihren Augen „unfairen“ Systems Verhandlungspositionen aufgeben wollen.<sup>44</sup> Zudem ist bei ihnen die Ansicht weit verbreitet, dass sie die „Verlierer“ der Uruguay-Runde gewesen seien, so dass die bestehenden Ungleichheiten von den Industrieländern abgebaut werden müssten.<sup>45</sup> Diese entgegengesetzten Positionen sind der zweite wesentliche Grund, warum es bisher zu keiner Einigung über Subventionskürzungen kam.

## 2. Senkung von Agrarzöllen

Das andere Hauptinteresse der Entwicklungsländer betrifft den erweiterten internationalen Marktzugang für ihre Agrarprodukte.<sup>46</sup> Der Export von Agrarprodukten macht bei Entwicklungsländern einen höheren Anteil des BIP aus als bei Industrieländern.<sup>47</sup> Hohe Agrarzölle sind daher für Entwicklungsländer besonders schmerzlich.

### a) Bestehende Marktzugangshindernisse und Lockerungen

Eine allgemeine Aussage über das Niveau der Agrarzölle zu treffen ist schwierig. Die Uruguay-Runde führte dazu, dass alle bis dahin nicht erfassten Agrarprodukte gebunden wurden.<sup>48</sup> Das bedeutet, dass für diese Produkte kein höherer als der vertraglich zugesicherte Zoll erhoben werden darf. Die gebundenen Agrarzölle liegen im Durchschnitt bei ca. 60%, die tatsächlich angewandten bei 17 %. Zum Vergleich: Der durchschnittliche tatsächlich angewandte Zoll für gefertigte Waren liegt bei nur 9% (29% gebunden).<sup>49</sup> Der Durchschnitt der tatsächlich angewandten Agrarzölle von 17% lässt zudem nicht erkennen, dass die Zölle für einzelne Agrarprodukte, wozu v.a. „traditionelle“ Agrarerzeugnisse (z.B. Zucker oder Weizen) gehören, teilweise sehr viel höher sind.<sup>50</sup> Für Entwicklungsländer ist es daher sehr teuer, derartige Produkte in die Industrieländer zu exportieren.

Insbesondere sog. Spitzenzölle, d.h. Zölle oberhalb von 15%,<sup>51</sup> und Zolleskalation schaden den Entwicklungsländern. Letzteres bedeutet, dass die Zölle mit steigendem Verarbeitungsgrad ansteigen: Während die Zollsätze für Rohstoffe niedrig sind, werden für verarbeitete bzw. fertige Waren hohe Zölle verlangt.<sup>52</sup> Entwicklungsländer haben deswegen weniger Anreiz, eine eigene Verarbeitungsindustrie aufzubauen.<sup>53</sup> Stattdessen führen sie die Rohstoffe unmittelbar aus und müssen verarbeitete Waren importieren.

Ein erster Erfolg der Zolllenkungsmaßnahmen auf WTO-Ebene konnte bei der Ministerkonferenz in Hongkong 2005 verbucht werden. Die Industrieländer sicherten den LDCs zoll- und quotenfreien Marktzugang für alle aus diesen Ländern stammenden Produkte ab spätestens 2008 zu.<sup>54</sup> Die EG hatte diese Regelung bereits in ihrer „Everything but arms (EBA)“-Initiative<sup>55</sup> realisiert. Die Unterstützung für die Ein-

<sup>38</sup> S. Schamel, in: Hofman/Tondl (Fn. 25), S. 165.

<sup>39</sup> S. zur Problematik der US-Baumwollsubventionen Cross, *JIEL* (9) 2006, 149 ff.

<sup>40</sup> Vgl. Dilip K. Das, *Global Economic Review* 2008, 293, 299.

<sup>41</sup> Vgl. *BBC News* vom 17.07.2008, abrufbar unter <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/europe/7511595.stm>.

<sup>42</sup> S. *tagesschau.de* vom 20.11.2008, abrufbar unter <http://www.tagesschau.de/wirtschaft/euagrarsubventionen100.html>.

<sup>43</sup> Langhammer, *WiSt* 2007, 567, 568.

<sup>44</sup> S. Meng (Fn. 32), S. 23, 49 f.; s. auch Charlton/Stiglitz, in: *Financial Times* vom 13.12.2005, S. 19: “it is inappropriate for the largest and richest countries to be demanding a quid pro quo from the poorest. Demands for reciprocity ignore the egregious unfairness of the world trade system, which over 50 years has reduced tariffs on goods of export interest to the rich countries and protected goods that should be exported by the poor countries.”

<sup>45</sup> Garcia, *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* (27) 2004, 291, 292; Meng (Fn. 32), S. 23, 49.

<sup>46</sup> Matthews (Fn. 19), S. 83 ff.

<sup>47</sup> *WTO* (Fn. 20), S. 48 ff.; *The Economist* (Fn. 21), S. 48.

<sup>48</sup> S. Matthews (Fn. 19), S. 79 f.

<sup>49</sup> Vgl. Puth, in: *Hilf/Oeter* (Fn. 4), § 10 Rn. 19.

<sup>50</sup> Matthews (Fn. 19), S. 80; Anderson, *Agriculture*, in: Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis* Vol. II, 2005, S. 109, 115.

<sup>51</sup> Puth (Fn. 61), § 10 Rn. 20.

<sup>52</sup> Hoekman/Koestecki, *The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond*<sup>2</sup>, 2001, S. 152 ff.

<sup>53</sup> Puth (Fn. 61), § 10 Rn. 20; Trebilcock/Howse, *The Regulation of International Trade*<sup>3</sup>, 2005, S. 481.

<sup>54</sup> *Ministerial Declaration*, WTO-Dok, WT/MIN(05)/DEC vom 18.12.2005, Annex F.

<sup>55</sup> Verordnung (EG) Nr. 416/2001 des Rates vom 01.03.2001, *ABl. EG* L 60, S. 43-50.

richtung eines ähnlichen Programms durch andere Industrieländer, wie die USA und Japan, ist bislang jedoch ausgeblieben. Die „EBA“-Initiative ist zudem ein Beispiel dafür, dass Zugeständnisse, die auf den ersten Blick nennenswert erscheinen, möglicherweise doch nicht ausreichend die Interessen der Parteien berücksichtigen. Für eine ernsthafte Interessenberücksichtigung müsste das erklärte Ziel der Maßnahme, nämlich den Produkten der LDCs Marktzugang zu verschaffen, mit der tatsächlichen Wirkung übereinstimmen. Dies ist bisher aber nur ansatzweise der Fall. Die EG bestand nämlich darauf, 3% der Produktionslinien vom Marktzugang auszuschließen, um sensible Agrarprodukte zu schützen. Freier Marktzugang existiert also nur für 97% der LDC-Exportwaren. Eine Studie unterstreicht, dass dieser Marktzugang den LDCs zwar helfen kann, dass der Ausschluss von 3% der Güter aber ausreicht, um die Vorteile erheblich zu beeinträchtigen.<sup>56</sup> Trotzdem wird durch diese ersten Zollsenkungen immerhin deutlich, dass verbesserter Marktzugang durch Zollabbau heute grundsätzlich als der richtige Weg angesehen wird, um ärmeren Ländern zu helfen.

### b) Schutzinteressen

Das jüngste Treffen in Genf im Juli 2008 zeigte, dass der Schutz der Agrarmärkte auch deshalb weiterhin ein problematisches Thema ist, weil die Entwicklungsländer selbst hohe Agrarzölle für eigene Importe beibehalten möchten. In Hongkong hatte man sich 2005 auf einen besonderen Schutzmechanismus (SSM) speziell für Entwicklungsländer verständigt.<sup>57</sup> Diesen wird dadurch ermöglicht, auf eine Störung der inländischen Märkte, z.B. aufgrund plötzlichen Anstiegs von Importen oder Preisverfalls, mit der vorübergehenden Erhebung von Schutzzöllen zu reagieren. Hauptstreitpunkt in Genf war, ob diese Zölle über dem in der Uruguay-Runde vereinbarten Niveau liegen dürfen („*pre-Doha-Round bound rates*“).

Der Streit spiegelt das Aufeinandertreffen von verschiedenen Ansichten bzgl. des staatlichen Schutzes der Landwirtschaft wider. Einerseits wird der SSM von den Entwicklungsländern der „G-33“<sup>58</sup> als Schutz für Kleinbauern angesehen und soll daher schon durch Überschreiten einer relativ geringen Auslöseschwelle initiiert werden und hohe Zölle erlauben. Diese Position gründet auf der Annahme, dass die Preise ohnehin nur so niedrig sind, weil die Industrieländer ihren Landwirten hohe Unterstützungszahlungen leisten.

Dagegen wird vorgebracht, dass der SSM nur eine zeitlich begrenzte Maßnahme sei, um die Liberalisierung zu erleichtern. Daher solle er restriktiv eingesetzt werden und der Höhe nach die *pre-Doha-Round bound rates* nicht übersteigen. Dies wird von lateinamerikanischen und süd-ostasiatischen Ländern in der „Cairns Gruppe“ (die aber nicht in der G-33 sind) und den USA vertreten. Die in dieser Gruppierung befindlichen Entwicklungsländer weisen darauf hin, dass auch für sie ein Interesse daran besteht, den SSM restriktiv zu handhaben, da der Handel zwischen Entwicklungsländern ebenfalls davon berührt sei und sie sich somit selbst schaden würden, wenn der SSM zu einfach ausgelöst werden könne.<sup>59</sup>

## II. Interessenlage der Industrieländer

### 1. Marktzugangsinteressen

Die Industrieländer haben großes Interesse daran, erweiterten Zugang zu den Märkten der Entwicklungsländer zu erhalten

und bestehende sektorspezifische Zugangshindernisse abzubauen. Insbesondere für gefertigte Waren sind die lukrativen Märkte der Schwellenländer durch hohe Zölle geschützt. Auch der verbesserte Zugang für Dienstleistungen ist für die Industrieländer von grundlegendem Interesse.<sup>60</sup> Während das Niveau gebundener Zölle für kommerzielle und industrielle Waren in den Industrieländern in den letzten Jahren durchschnittlich von 40% auf 4% gesunken ist, sind in Entwicklungsländern die gebundenen Zölle teilweise noch sehr hoch, beispielsweise 60 % in Indien. Durch das Durchschnittszollniveau wird allerdings noch nicht deutlich, dass besonders einzelne Sektoren mit hohen Zöllen versehen sind.<sup>61</sup> Nach China exportierte Autoteile werden z.B. neben dem Einfuhrzoll von 10% mit einer Zusatzabgabe von 15% belastet, wenn die chinesischen Autohersteller nicht ausreichend Teile aus heimischer Herstellung verwenden.<sup>62</sup> Für diese Bereiche besteht großes Interesse der Industrieländer an – und demgegenüber große Furcht der Schwellenländer vor – einer Marktöffnung. Hierzu sind die Entwicklungsländer nur im Austausch für Zugeständnisse der Industrieländer bereit, insbesondere im Hinblick auf verbesserten Zugang für ihre Agrarprodukte zu den Märkten der Industrieländer.<sup>63</sup>

Eine Marktöffnung würde allerdings nicht nur den Industrieländern helfen. 40% der Exporte der Entwicklungsländer gehen an andere Entwicklungsländer, wobei der Großteil aus gefertigten Waren besteht. So wird berechnet, dass 70% der Zölle von Entwicklungsländern an andere Entwicklungsländer gezahlt werden.<sup>64</sup> Die Sorgen der Entwicklungsländer erscheinen aus dieser Perspektive nur teilweise begründet. Auch hier dürfte wesentlicher Grund für die stockenden Verhandlungen daher sein, dass die Entwicklungsländer ihre Position nicht ohne Gegenleistung aufgeben wollen.

### 2. Fehlende Anreize für Industrieländer

Nach dem soeben Gesagten kann man als Grundinteresse der Industrieländer den erweiterten Zugang zu den Märkten der Schwellenländer identifizieren. Dass dieses Interesse bisher nicht dazu geführt hat, dass die Industrieländer zu größeren Zugeständnissen bereit waren, liegt vor allem an zwei Phänomenen: zum einen an der Diskrepanz zwischen tatsächlich angewandten und vertraglich gebundenen Zöllen (dazu sogleich a)), zum anderen an der Senkung von Zöllen im Rahmen von regionalen Abkommen (dazu unten b)).

<sup>56</sup> Lorde, Looking for a meaningful Duty Free Quota Free Market Access Initiative in the Doha Development Agenda, S. 9, abrufbar unter <http://ictsd.net/downloads/2008/07/new-pdf5-final5.pdf>.

<sup>57</sup> Ministerial Declaration, WTO-Dok. WT/MIN(05)/DEC Annex A Agriculture Market Access.

<sup>58</sup> S. Fn. 12.

<sup>59</sup> WTO News vom 30.08.2008, abrufbar unter [http://www.wto.org/english/news\\_e/news08\\_e/meet08\\_30july\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news08_e/meet08_30july_e.htm).

<sup>60</sup> Vgl. Böhmer/Glania, in: Tietje/Kraft/Sethe (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 15/2003, S. 29 f.

<sup>61</sup> *Ibid.*, S. 7 f.

<sup>62</sup> Pressemitteilung auf [europa.eu](http://europa.eu) vom 15.12.2008, abrufbar unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1976>. Die chinesischen Regelungen waren auch Gegenstand eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens *China – Measures Affecting Imports of Automobile Parts, Complaint by the European Communities*, WT/DS339/R, angenommen am 30.03.2006. Der Appellate Body bestätigte die Entscheidung des Panels, dass die von China praktizierte Zollerhebung für Autoteile gegen WTO-Recht verstößt.

<sup>63</sup> BMWi, Stand der Welthandelsrunde vom 12.01.2009, S. 3, abrufbar unter <http://www.bmw.de/BMWi/Redaktion/PDF/WTO/wto-handelsrunde-stand-juli-august-2007>.

<sup>64</sup> Böhmer/Glania (Fn. 72), S. 8.

### a) Niedriges tatsächlich angewandtes Zollniveau

Der tatsächlich verlangte Zoll darf natürlich den gebundenen Zoll unterschreiten. Bei vielen Schwellenländern wurde von dieser Möglichkeit vor allem in Bezug auf Industriegüter Gebrauch gemacht, so dass die tatsächlich angewandten Zölle zum Teil weit unterhalb der vertraglich vereinbarten Zölle liegen (sog. „*binding overhang*“-Phänomen).<sup>65</sup> Diese Praxis hat den Industrienationen, die in diese Schwellenländer exportieren wollen, den Anreiz genommen, durch Verhandlungen die vertraglich vereinbarten Zölle zu senken.<sup>66</sup>

Dies gilt jedoch nur, wenn die tatsächlich angewandten Zölle auf Dauer niedrig bleiben, was indes keineswegs sicher ist. Insbesondere in wirtschaftlich volatilen Zeiten wie diesen könnten die Zölle schlagartig erhöht werden.<sup>67</sup> Exporteure könnten unwillig sein, vor dem Hintergrund dieser Unsicherheit neue Märkte zu erschließen.<sup>68</sup> Daher wäre es aus Gründen der Rechtssicherheit durchaus im Interesse der exportierenden Industrienationen, dass die Schwellenländer ihre tatsächlich angewandten Zölle vertraglich binden.<sup>69</sup> Dieser Aspekt scheint von den Industriestaaten jedoch bisher nicht für allzu wichtig erachtet worden zu sein.

Umgekehrt ist auf den ersten Blick verwunderlich, dass die Schwellenländer nicht von sich aus bereit sind, ihre gebundenen Maximalzölle auf die Höhe der tatsächlich angewandten Zölle zu senken. Das Verhalten von Staaten wie Indien erscheint zunächst widersprüchlich: Sie haben von den niedrigen angewandten Zöllen profitiert, sind aber nicht bereit, ihre Zölle in entsprechender Höhe vertraglich zu binden, obwohl dies auf Grund gesteigerter Rechtssicherheit höchstwahrscheinlich einen weiteren Investitionsschub mit sich bringen würde. Das Verhalten lässt sich erneut primär mit verhandlungsstrategischen Gründen erklären: Wenn sie ihre gebundenen Zölle anpassen, können diese Länder in der Doha-Runde nichts mehr „bieten“. Die tatsächlichen und gebundenen Zölle fallen bei der EG und den USA kaum auseinander,<sup>70</sup> während sie bei Ländern wie Indien, Brasilien oder Mexiko weiter auseinander liegen.<sup>71</sup> So betrug der gebundene Zoll im Jahre 2005 für nach Indien eingeführte Agrarprodukte 114%, während der tatsächlich angewandte knapp über 37% lag.<sup>72</sup> Für ihre Bereitschaft, solch große Zollsenkungen vorzunehmen, erwarten die Schwellenländer entsprechend große Gegenleistungen; diesen Verhandlungsvorteil wollen sie nicht vorschnell aus der Hand geben.

### b) Rückhalt regionaler Abkommen

Der zweite Grund für den fehlenden Anreiz für Industrienationen ist die Stärke der bestehenden bilateralen und regionalen Handelsbeziehungen. Die meisten WTO-Mitglieder sind an einer Vielzahl von regionalen Abkommen beteiligt.<sup>73</sup> Über Dreiviertel davon sind bilaterale Abkommen.<sup>74</sup> Wirtschaftssimulationen zeigen, dass die großen Industrienationen mit ihren regionalen Abkommen, wie die USA und NAFTA bzw. die EG, von einer weiteren Liberalisierung kaum profitieren würden.<sup>75</sup> Somit besteht wenig Anreiz, Zugang zu weiteren Märkten im Rahmen der WTO zu verfolgen. Dies gilt umso mehr, als regionale Abkommen eine Reihe von Vorteilen bieten: Zum einen können „heikle“ Bereiche ausgespart werden.<sup>76</sup> So wird der Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen von den meisten regionalen Abkommen entweder gar nicht oder nur selektiv erfasst.<sup>77</sup> Zum anderen können konkrete politische Ziele verfolgt werden,<sup>78</sup> welche die wirt-

schaftliche Zielsetzung fast als nebensächlich erscheinen lassen können.<sup>79</sup> Besonders in instabilen Gebieten werden durch wirtschaftliche Verbindungen Sicherheitsinteressen verfolgt.<sup>80</sup> Historische Beispiele hierfür sind die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) und ASEAN.<sup>81</sup>

### C. Perspektive

Die Analyse hat gezeigt, dass die Interessenlage vielfach gar nicht so widersprüchlich ist, wie es zunächst scheint. Jedoch sind die Verhandlungspositionen oftmals aus taktischen Gründen festgefahren. Ein erfolgreicher Abschluss der Doha-Runde ist daher nur zu erwarten, wenn sich alle Seiten dazu durchringen können, von diesen Positionen zumindest teilweise abzurücken.

Dabei ist davon auszugehen, dass die Landwirtschaft weiterhin Schlüsselpunkt der Verhandlungen sein wird. Dies gilt heute mehr denn je, da die Entwicklungsländer von der Wirtschaftskrise besonders schwer getroffen sind.<sup>82</sup> Ferner haben die Auswirkungen von fluktuierenden Nahrungsmittelpreisen über die letzten Jahre gezeigt, welche fundamentale Bedeutung die Landwirtschaft einnimmt.<sup>83</sup> Ob die Weltwirtschaftskrise die Industrieländer insoweit zu Zugeständnissen animieren kann (die ein Entgegenkommen der Entwicklungsländer bzgl. der NAMA-Zölle nach sich ziehen könnten), bleibt abzuwarten. Viel wird auch von der politischen Atmosphäre abhängen. Berücksichtigt man aber, dass keine der Wirtschaftsprognosen in der Gesamtrechnung mit Wohlstandsverlusten für die Industrieländer rechnet, so bleibt Grund zur Hoffnung auf einen erfolgreichen Abschluss der Doha-Runde selbst dann, wenn die Industrieländer nur die eigenen wirt-

<sup>65</sup> S. Langhammer, WiSt 2007, 567, 568.

<sup>66</sup> *Ibid.*; Evenett, Doha's Near Death Experience at Potsdam: Why is Reciprocal Tariff Cutting so Hard? CEPR Research vom 23.06.2007, abrufbar unter <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/317>, S. 1 ff.

<sup>67</sup> *Ibid.*, S. 2.

<sup>68</sup> Böhmer/Glania (Fn. 72), S. 8; Gallagher, Guide to the WTO and Developing Countries, 2000, S. 18.

<sup>69</sup> Vgl. Messerlin, Walking a Tightrope: World Trade in Manufacturing and the Benefits of Binding, GMF Policy Brief, 2008, abrufbar unter [http://www.gmfus.org/doc/GMF\\_MesserlinBrief\\_-NAMA\\_Final.pdf](http://www.gmfus.org/doc/GMF_MesserlinBrief_-NAMA_Final.pdf), S. 1: „The real gold mine in the Doha negotiations is the increased certainty that would flow from large cuts to bound tariff rates“.

<sup>70</sup> WTO (Fn. 20), S. 60 (EG) u. S. 177 (USA).

<sup>71</sup> *Ibid.*, S. 81 (Indien), S. 26 (Brasilien) und S. 112 (Mexiko).

<sup>72</sup> *Ibid.*, S. 81.

<sup>73</sup> Übersicht der bei der WTO gemeldeten bilateralen und regionalen Handelsabkommen bei [Worldtradelaw.net](http://www.worldtradelaw.net), abrufbar unter <http://www.worldtradelaw.net/fta/ftadatabase/ftas.asp>.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Vgl. Breuss, in: Griller (Hrsg.), At the Crossroads: The World Trading System and the Doha Round, 2008, S. 231, 303.

<sup>76</sup> Bender, in: Hilf/Oeter (Fn. 4), § 9 Rn. 38.

<sup>77</sup> C. Pitschas, in: R. Pitschas (Fn. 33), S. 101, 109.

<sup>78</sup> Damro, in: Bartel/Ortino (Hrsg.), Regional Trade Agreements and the WTO Legal System, 2006, S. 23, 30.

<sup>79</sup> Crawford/Fiorentino, Changing Landscape of Regional Trade Agreements, S. 16.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Damro (Fn. 90), S. 23, 31.

<sup>82</sup> Worldbank, Swimming against the tide: how developing countries are coping with the global crisis, 2009, S. 1, abrufbar unter <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/swimmingagainstthetide-march2009.pdf>.

<sup>83</sup> Vgl. Food and Agriculture Organization (FAO), Food Outlook Global Market Analysis November 2008, abrufbar unter <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/ai474e/ai474e00.pdf>.

schaftlichen Interessen im Auge haben.<sup>84</sup>

Sollten jedoch erneute Anläufe zum Abschluss der Doha-Runde auch dieses Jahr erfolglos bleiben, so wird sich der Trend zu regionalen Abkommen höchstwahrscheinlich fortsetzen. Dies würde zum einen die Entwicklungsländer hart treffen, da deren Belange – v.a. in der Landwirtschaft – auf diesem Wege voraussichtlich einmal mehr unberücksichtigt blieben. Ferner würde die WTO als solche in Frage gestellt, da regionale Abkommen trotz ihrer ausnahmsweisen Zulässigkeit (vgl. Art. XXIV GATT und „enabling clause“<sup>85</sup>) einen „Fremdkörper“ im WTO-Recht darstellen: Sinn solcher Abkommen ist ja gerade, einzelnen Staaten bessere Handelsbedingungen einzuräumen, also vom leitenden WTO-Prinzip

der Nicht-Diskriminierung<sup>86</sup> (vgl. Art. I GATT, Art. II GATS) abzuweichen. Eine solche Abkehr vom multilateralen Ansatz dürfte auf lange Sicht weder im Interesse der Entwicklungs- noch der Industrieländer sein. ■

<sup>84</sup> Teilweise werden für die Industrieländer sogar größere Gewinne als für die Entwicklungsländer erwartet, so etwa *Anderson*, Tabelle 2, The Challenge of Reducing Subsidies and Trade Barriers, CEPR Discussion Paper No. 0412, Adelaide 2004, abrufbar unter <http://www.adelaide.edu.au/cies/papers/0412.pdf>.

<sup>85</sup> *Decision of 28 November 1979 on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries*, WTO-Dok. L/4903.

<sup>86</sup> S. dazu *Göttsche*, in: *Hilf/Oeter* (Fn. 4), § 7 Rn. 39 ff.

Elsa Mein, Hamburg\*

## Ein allgemeines Freiheitsrecht auch auf europäischer Ebene?

### A. Einleitung

In Deutschland ist ein allgemeines Freiheitsrecht in Form des weiten Verständnisses des Art. 2 I GG als allgemeine Handlungsfreiheit, die grundsätzlich alle Formen menschlichen Verhaltens erfasst und schützt, weitgehend akzeptiert.<sup>1</sup> Sie dient als „Auffanggrundrecht“ und gewährleistet so einen lückenlosen Grundrechtsschutz. Auf nationaler Ebene ist damit die Entscheidung für einen lückenlosen und gegen einen punktuellen Grundrechtsschutz gefallen.

Die Frage eines lückenlosen Grundrechtsschutzes stellt sich angesichts der sich immer weiter verdichtenden Kompetenzen der europäischen Organe auch auf europäischer Ebene. Es gibt vereinzelte Entscheidungen des EuGH, in denen der Gerichtshof explizit oder implizit von einer allgemeinen Handlungsfreiheit spricht.<sup>2</sup> Inwiefern aber eine allgemeine Handlungsfreiheit tatsächlich in den Vertragstexten der EU-Grundrechtscharta (GRCh) oder der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verankert ist, wurde noch nicht abschließend geklärt.

In meinem Beitrag möchte ich mich deshalb mit folgenden Fragen beschäftigen: Ist ein allgemeines Freiheitsrecht auf europäischer Ebene notwendig? Wenn ja, inwiefern ist es dort schon anerkannt? Und was könnte sich durch den Vertrag von Lissabon und der damit einhergehenden Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta ändern?

### B. Ein allgemeines Freiheitsrecht auf europäischer Ebene? – Grundsätzliche Überlegungen

In Deutschland ist anerkannt, dass ein allgemeines Freiheitsrecht Voraussetzung für einen effektiven Grundrechtsschutz ist. Aber gilt dies auch für die Ebene des Europarechts?<sup>3</sup> Denn dort muss man sich fragen, ob auch die kompetenziell beschränkten europäischen Gemeinschaften (vgl. Art. 5 EGV ein lückenloses Grundrechtssystem brauchen, oder ob bei diesen nicht auch ein punktuelles Gewährleistungssystem reicht. Weiter ist danach zu fragen, ob sich ein lückenloser Grundrechtsschutz in die sich entwickelnde europäische Grundrechtsdogmatik einpassen würde. Dabei will ich zunächst letztere Frage aufgreifen. Der heutige europäische Grundrechtsschutz, jedenfalls bis zur Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta und dem Beitritt der Europäischen Union zur EMRK, basiert auf prätorischem Recht. Über Art. 6 II

EUV leitet der EuGH dabei die europäischen Grundrechte aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der EMRK her.<sup>4</sup> Die Grundrechte werden somit nicht erst „neu“ für die EU erschaffen, sondern vielmehr aus dem Gesamtfreiheitsbestand, aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten in wertender Rechtsvergleichung herauskristallisiert.<sup>5</sup> Ein solches prätorisches Grundrechtssystem kann bei der derzeitigen Rechtslage flexibel reagieren und schließt über Art. 220 EGV i.V.m. Art. 6 II EUV auftretende Lücken.<sup>6</sup> Es kann schon jetzt aus dem Freiheitsbestand der Mitgliedstaaten schöpfen, um dann die benötigten Grundrechte zu schaffen. Die vertragliche Verankerung eines allgemeinen Freiheitsrechts, dessen Aufgabe unter anderem die „Lückenfüllung“ ist, würde sich in diese Praxis sehr gut einfügen. Denn ein allgemeines Freiheitsrecht kann zur Quelle spezieller Grundrechte werden, allein oder im Zusammenhang zu schon bestehenden Grundrechten.<sup>7</sup> Diese neuen speziellen Grundrechte werden von Literatur und Rechtsprechung ausgeformt. Dies lässt sich gut mit der bisherigen Vorgehensweise des EuGH zur Grund-

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg. Der Aufsatz basiert auf einer Seminararbeit, die im Rahmen eines Seminars bei Prof. Dr. Matthias Klatt im Sommersemester 2008 entstanden ist.

<sup>1</sup> *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 2005, Art. 2 Abs. 1 Rn. 8-13.; *Dreier*, in: *Dreier*, *Grundgesetz Kommentar*, 2004 Art. 2 I Rn. 27; *Lindner*, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, 2005, S. 193 m.w.N.; zur Begründung eines allgemeinen Freiheitsrechts sehr überzeugend: *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 309-356.; BVerfGE 6, 32, 36 (richtungsweisend); BVerfGE 80, 137, 152; BVerfGE 91, 335, 338; lediglich noch zweifelnd: *Schulz-Schaeffer*, *Der Freiheitssatz des Art. 2 I GG*, 1971, S. 28 ff.; *Schwarz*, *JZ* 2000, 126-131, *Hochhuth*, *JZ* 2002, 743-752.

<sup>2</sup> Zuerst EuGH, verb. Rs. 133-136/85 *Rau*, Slg. 1987, 2289, Rn. 15; EuGH, verb. Rs. 46/87 u. 227/88 *Hoechst*, Slg. 1989, 2859, Rn. 19; EuGH, Verb. Rs. 97-99/87 *Dow Chemical Ibérica*, Slg. 1989, 3165, Rn. 16; EuGH, Rs. C-309/99 *Wouters u.a./Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Slg. 2002, I-1577.

<sup>3</sup> *Dreier*, in *Dreier* (Fn. 1), Art. 2 I Rn. 30 m.w.N.

<sup>4</sup> *Ehlers*, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2005, S. 11; *Koenig/Haratsch/Pechstein*, *Europarecht*, 2006, Rn. 588; *Philippi*, *Die Charta der Grundrechte der europäischen Union*, 2002, S. 47.

<sup>5</sup> *Rengeling/Szczekalla*, *Grundrechte in der Europäischen Union*, 2004, Rn. 642; *Schmitz*, *JZ* 2001, 833, 835.

<sup>6</sup> *Zuleeg*, *EuGRZ* 2000, 511.

<sup>7</sup> *Richter*, in: *Grote/Marauhn* (Hrsg.), *Konkordanzkommentar EMRK/GG*, 2006, Kap. 9 Rn. 9.

rechtsschaffung vergleichen. Ein allgemeines Freiheitsrecht passt damit gut zu einem derartig richterrechtlich geprägten Grundrechtsschutz.

Überspitzt formuliert ist dieses Richterrecht schon jetzt die Manifestation eines allgemeinen Freiheitsrechts. Damit ist auch die europäische Grundrechtskonzeption mit einem allgemeinen Freiheitsrecht kompatibel und fordert angesichts der aufgezeigten Ähnlichkeiten geradezu ein solches.

Allerdings könnte man hiergegen einwenden, dass ein lückenloser Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene gar nicht notwendig sei. Ein punktueller Schutz für punktuelle Kompetenzen müsse hier ausreichen.<sup>8</sup>

Im Angesicht des fortschreitenden Integrationsprozesses scheint ein Beharren auf einem punktuellen Schutzsystem nicht sinnvoll. Die Flut der Rechtssetzungsakte der EU jedes Jahr spricht Bände. Das Begrenzungs- und Einflusspotential der Nationalstaaten ist durch die Übertragung von Hoheitsbefugnissen und dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts auch vor nationalem Verfassungsrecht nachhaltig beschränkt.<sup>9</sup> Der Vollzug des Gemeinschaftsrechts ist dabei zum großen Teil Aufgabe der einzelnen Mitgliedsstaaten. Sofern dabei keine Umsetzungs- und Vollzugsspielräume des nationalen Gesetzgebers und der Exekutive verbleiben, gelten nicht die Grundrechte des jeweiligen Mitgliedsstaats, sondern allein die Gemeinschaftsgrundrechte.<sup>10</sup> Ziel sollte also sein, das Schutzniveau auf europäischer Ebene dem der Mitgliedstaaten anzugleichen<sup>11</sup> und wenn möglich europäisch orientiert zu optimieren. Ein modernes europäisches Grundrechtsschutzsystem kann den Vorrang des Gemeinschaftsrechts weiter legitimieren.<sup>12</sup> Ein punktuelles Schutzsystem kann diesem Anspruch hingegen aus den oben genannten Gründen nicht genügen. Es sprechen demnach keine Gründe gegen ein allgemeines Freiheitsrecht auf europäischer Ebene. Es würde sich vielmehr sehr gut in die fortschreitende europäische Grundrechtskonzeption einpassen.

### C. Ein allgemeines Freiheitsrecht in der EuGH-Rechtsprechung

Fraglich ist nun, inwiefern der EuGH in seiner Rechtsprechung ein solches Freiheitsrecht als allgemeinen Rechtsgrundsatz anerkannt hat. Der EuGH hat bis jetzt in einigen wenigen Entscheidungen explizit oder implizit von einem allgemeinen Freiheitsrecht gesprochen.<sup>13</sup> Hervorzuheben sind dabei das *Rau*<sup>14</sup>- und das *Hoechst*<sup>15</sup>- Urteil: Im *Rau*-Urteil aus dem Jahr 1987 spricht der EuGH explizit von einer „allgemeinen Handlungsfreiheit“ oder „general freedom to pursue any lawful activity“, allerdings ohne näher auf den Inhalt einer solchen allgemeinen Handlungsfreiheit einzugehen.<sup>16</sup> Nur kurze Zeit später führte er im *Hoechst*-Urteil hingegen aus:

„Indessen bedürfen in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung jeder - natürlichen oder juristischen - Person einer Rechtsgrundlage und müssen aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen gerechtfertigt sein; diese Rechtsordnungen sehen daher, wenn auch in unterschiedlicher Ausgestaltung, einen Schutz gegen willkürliche oder unverhältnismäßige Eingriffe vor. Das Erfordernis eines solchen Schutzes ist folglich als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzuerkennen.“<sup>17</sup>

Damit führt der EuGH die Idee des Vorbehalts des Gesetzes, des Willkürverbots und des Grundsatzes der Verhältnismä-

ßigkeit in ein allgemeines Prinzip zusammen, nämlich das eines umfassenden Auffanggrundrechts, eines allgemeinen Freiheitsrechts, oder wie es in deutscher Dogmatik genannt wird, einer allgemeinen Handlungsfreiheit.<sup>18</sup> Der EuGH hat also nach Ansicht eines Großteils der Literatur zumindest in Ansätzen ein allgemeines Freiheitsrecht anerkannt.<sup>19</sup> Allerdings bleibt die bisherige Rechtsprechung insofern relativ unergiebig, als dass eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht weiterhin fehlt. Darüber hinaus war die Heranziehung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch den EuGH im konkreten Fall nicht zwingend geboten und auch nicht entscheidungserheblich. Die Prüfung hätte sich auch allein auf wirtschaftliche Grundrechte, wie die freie Berufsausübung oder die Wettbewerbsfreiheit, beschränken können.<sup>20</sup>

Trotz dieser Einschränkungen wird argumentiert, dass von der Anerkennung eines allgemeinen Freiheitsrechts auf europäischer Ebene auszugehen sei.<sup>21</sup> Ein allgemeines Freiheitsrecht sei eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung. Immerhin kennen im „alten“ Europa außer der deutschen noch die spanische und die griechische Verfassung und in den neuen Beitrittsländern immerhin die polnische, estnische, die lettische, die rumänische und die tschechische Verfassung ein allgemeines Freiheitsrecht.<sup>22</sup> Außerdem würden die Mitgliedstaaten, die ein solches Recht nicht ausdrücklich in ihren Verfassungen verankert hätten, es als selbstverständliches Prinzip voraussetzen.<sup>23</sup>

Es gibt aber auch Gegenstimmen in der Literatur, nach denen das Konzept eines allgemeinen Freiheitsrechts in Form der allgemeinen Handlungsfreiheit vor allen Dingen ein deutsches Spezifikum oder zumindest doch ein europäischer Ausnahmefall sei und man in die *Hoechst*-Entscheidung und die

<sup>8</sup> Dreier, in Dreier (Fn. 1), Art. 2 I Rn. 12 meint dazu, dass „dem Gemeinschaftsrecht mit seinem Konzept der begrenzten Einzelermächtigung der Organe der Union [ist] eine umfassende Freiheitsgewährleistung ... nach Art von Art. 2 I GG naturgemäß fremd (sei).“

<sup>9</sup> Lindner, (Fn. 1), S. 36 f.; Calliess, JZ 2004, 1033, 1035; BVerfGE 73, 339 *Solange II*.

<sup>10</sup> Zuleeg, EuGRZ 2000, 511.

<sup>11</sup> Zuleeg, EuGRZ 2000, 511.

<sup>12</sup> Kingreen, EuGRZ 2004, 570.

<sup>13</sup> Zuerst EuGH, *Rau* (Fn. 2), Rn. 15; EuGH, *Hoechst* (Fn. 2), Rn. 19; EuGH, *Dow Chemical Ibérica* (Fn. 2), Rn. 16; EuGH, *Wouters u.a./Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* (Fn. 2), S. 1577.

<sup>14</sup> EuGH, *Rau* (Fn. 2), Rn. 15.

<sup>15</sup> EuGH, *Hoechst* (Fn. 2), Rn. 19.

<sup>16</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag<sup>2</sup>, 2002, Art. 6 EUV Rn. 169; *Schmitz*, JZ 2001, 833, 837; EuGH, *Rau* (Fn. 2), Rn. 15.

<sup>17</sup> EuGH, *Hoechst* (Fn. 2), Rn. 19.

<sup>18</sup> *Pernice/Mayer*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der europäischen Union, nach Art. 6 EUV, Rn. 75.

<sup>19</sup> *Rengeling/Szczekalla*, (Fn. 5), Rn. 632; *Pernice/Mayer*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 18), nach Art. 6 EUV Rn. 75; *Tettinger*, in: *Tettinger/Stern* (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 6 Rn. 16; *Rengeling*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, S. 136; *Schmitz*, JZ 2001, 833, 837; *Schilling*, EuGRZ 2000, 14; *Pauly*, EuR 1998, 254.

<sup>20</sup> *Rengeling/Szczekalla* (Fn. 5), Rn. 632.

<sup>21</sup> *Rengeling/Szczekalla* (Fn. 5), Rn. 632.

<sup>22</sup> Genauere Nachweise: *Rengeling/Szczekalla* (Fn. 5) S. 428.

<sup>23</sup> *Rengeling/Szczekalla* (Fn. 5), Rn. 633, *Julian Rivers* argumentiert in *Alexy, A Theory of Constitutional Rights*, 2002, xli ff., dass ein „general right to liberty“ ein Prinzip des common law wäre, allerdings gibt er zu, dass das auch umstritten wäre.

darauf folgenden Entscheidungen eine nationale Lösung hinein interpretieren würde.<sup>24</sup>

Für diese Ansicht spricht, dass in ausländischer rechtswissenschaftlicher Literatur ein allgemeines Freiheitsrecht selten thematisiert wird und auch im Zusammenhang mit der *Hoechst*-Entscheidung eine solche Interpretation nicht vertreten wurde. Auch die *Rau*-Entscheidung wird gar nicht erwähnt.<sup>25</sup> Interessant ist auch, dass in einem von deutschen Rechtswissenschaftlern für das englischsprachige Ausland herausgegebenen Buch über die Prinzipien des europäischen Verfassungsrechts ein allgemeines Freiheitsrecht oder eine allgemeine Handlungsfreiheit keinen Eingang gefunden hat. Auch der Fall *Hoechst* wird nur kurz abgehandelt, indem darauf hingewiesen wird, dass jeder Eingriff einer Rechtfertigung bedarf.<sup>26</sup>

Andererseits spricht für eine Anerkennung des allgemeinen Freiheitsrechts auf Gemeinschaftsebene, dass der EuGH explizit von einer allgemeinen Handlungsfreiheit spricht und wiederholt in seinen Entscheidungen umschreibt, auch wenn es an einer Vertiefung des Problem in diesen Entscheidungen mangelt.<sup>27</sup> Zudem kennen immerhin acht Mitgliedstaaten ein solches Recht.<sup>28</sup> Es scheint also nicht abwegig in wertender Rechtsvergleichung ein allgemeines Freiheitsrecht anzunehmen. Mithin kann man sagen, dass ein allgemeines Freiheitsrecht zumindest im Ansatz durch den EuGH und damit auf Gemeinschaftsebene anerkannt worden ist.

#### D. Ein allgemeines Freiheitsrecht in der Grundrechtecharta oder der EMRK

Fraglich ist ferner, ob auch in der Grundrechtecharta oder in der EMRK als geschriebenen Grundrechtskatalogen ein allgemeines Freiheitsrecht zu finden ist.

Die Grundrechtecharta ist, zumindest im Moment noch, als lediglich feierliche Erklärung nicht rechtsverbindlich.<sup>29</sup> Sie gehört nicht zu den Grundrechtsquellen, die der EuGH gemäß Art. 6 II EUV bei seinen Entscheidungen berücksichtigen muss, allerdings kann sie als „Orientierungshilfe“ herangezogen werden.<sup>30</sup> In dieser Funktion ist es interessant zu untersuchen, ob die Grundrechtecharta ein allgemeines Freiheitsrecht kennt.

Infrage käme hier insbesondere Art. 6 GRCh, der die „Freiheit und Sicherheit“ eines jeden schützt. Dem Wortlaut nach könnte man „Freiheit“ dahingehend auslegen, dass hier ein allgemeines Freiheitsrecht gemeint ist.<sup>31</sup> Doch dem steht Art. 52 III GRCh entgegen. Danach haben diejenigen Rechte, die denen der EMRK entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite wie in der EMRK.<sup>32</sup> Art. 6 GRCh stimmt dabei wörtlich mit Art. 5 I 1 EMRK überein und gewährleistet somit wie dieser nur die körperliche (Fortbewegungs-) Freiheit.<sup>33</sup> Insbesondere in Anbetracht des Art. 53 GRCh, der besagt, dass keine Bestimmung dieser Charta als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen sei, die in dem jeweiligen Anwendungsbereich durch das Unionsrecht, das Völkerrecht, internationale Übereinkommen, bei denen die Gemeinschaft oder die alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, wie der EMRK, sowie durch die Verfassungen der Mitgliedsstaaten anerkannt sind, könnte man jedoch überlegen, ob Art. 52 III GRCh nicht als ein Mindeststandard zu verstehen ist, also lediglich mindestens derselbe Standard wie in der EMRK gewährleistet sein muss. Die Interpretation eines Grundrechts

der Grundrechtecharta dahingehend, dass es ein höheres Schutzniveau als die EMRK gewährleistet, wäre dann zulässig. Hier könnte also in Art. 6 GRCh auch ein allgemeines Freiheitsrecht interpretiert werden. Dagegen spricht jedoch der Wortlaut von Art. 52 III GRCh: In der deutschen Fassung wird von der „gleiche[n]“ Bedeutung gesprochen. Das könnte man eventuell zwar noch so auslegen, dass die Bedeutung und die Tragweite des Grundrechts in der Grundrechtecharta dem der EMRK „gleich“ solle, also nicht „dieselbe“ Bedeutung haben müsse und dementsprechend ein „Mehr“ an Schutz erlauben würde. Allerdings scheint diese Interpretation im Lichte der englischen und französischen Fassung wenig überzeugend. Diese sprechen von „the same“ und „le même“. Beide Begriffe kann man wiederum nur so verstehen, dass es „dieselbe“ Bedeutung und Tragweite haben soll. Art. 6 GRCh schützt also wegen der Schrankenregelung des Art. 52 III GRCh nur die körperliche Freiheit und beinhaltet kein allgemeines Freiheitsrecht.<sup>34</sup>

Im Übrigen ist in der EMRK kein weiterer Ansatzpunkt für ein allgemeines Freiheitsrecht ersichtlich. Lediglich Art. 8 EMRK, der das Privatleben schützt, käme hierfür noch in Betracht. So folgt aus Art. 8 EMRK ein Recht auf Identität und persönliche Entwicklung, sowie auf Herstellung und Entwicklung von Beziehungen zu anderen Menschen und zur Außenwelt. Damit bestehen Ansätze zu einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und auch zu einem allgemeinen Freiheitsrecht.<sup>35</sup> Nichtsdestotrotz soll es sich bei Art. 8 EMRK nicht um ein Auffanggrundrecht handeln. Art. 8 EMRK sei weder so gedacht worden, noch werde er so vom EGMR interpretiert.<sup>36</sup>

Demnach ist weder in der Grundrechtecharta noch in der EMRK ein allgemeines Freiheitsrecht verankert.

#### E. Das allgemeine Freiheitsrecht und der Vertrag von Lissabon

Die Erfolgsaussichten des Vertrags von Lissabon sind durch das „Nein“ der Iren stark vermindert worden. Allerdings wurde er auch noch nicht vollständig aufgegeben, denn der Ratifikationsprozess wird fortgeführt. Insofern lohnt es sich, einen Blick in den Vertrag zu werfen, um zu schauen, was sich für den Grundrechtsschutz verändert. Hier sind die vorgesehene Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta und

<sup>24</sup> Tettinger, in: Tettinger/Stern (Fn. 19), Art. 6 Rn. 16; Dreier, in: Dreier (Fn. 1) Art. 2 I Rn. 12.

<sup>25</sup> Wyatt/Dashwood, *European Union Law*<sup>5</sup>, 2006, Rn. 8-007; Craig/de Búrca, *EU Law*<sup>3</sup>, 2003, S. 334-335.

<sup>26</sup> Kühling, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Principles of European Constitutional Law*, 2006, S. 533.

<sup>27</sup> EuGH, *Rau* (Fn. 2), Rn. 15; EuGH, *Hoechst* (Fn. 2), Rn. 19; EuGH *Dow Chemical Ibérica* (Fn. 2), Rn. 16; EuGH, *Wouters u.a./Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* (Fn. 2), S.1577.

<sup>28</sup> Rengeling/Szczekalla (Fn. 5), S. 428.

<sup>29</sup> Ehlers (Fn. 4), S. 462; Schmitz, *JZ* 2001, 833, 835; Schröder, *JZ* 2002, 849, 850.

<sup>30</sup> Ehlers (Fn. 4), S. 462; Schmitz, *JZ* 2001, 833, 835; Schröder, *JZ* 2002, 849, 850.

<sup>31</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 16), Art. 6 EUV Rn. 169.

<sup>32</sup> Tettinger, in: Tettinger/Stern (Fn. 19), Art. 6 Rn. 18; Schmitz, *JZ* 2001, 833, 837.

<sup>33</sup> Tettinger, in: Tettinger/Stern (Fn. 19), Art. 6 Rn. 18 f.; Erläuterungen des Konventspräsidiums CHARTE (4473/00 CONVENT 49).

<sup>34</sup> Tettinger, in: Tettinger/Stern (Fn. 19), Art. 6 Rn. 17-18.

<sup>35</sup> Rengeling/Szczekalla (Fn. 5), Rn. 638 m.w.N.

<sup>36</sup> Richter in: Grote/Marauhn (Fn. 7), Kap. 9 Rn. 64-65.

der geplante Beitritt der EU zur EMRK hervorzuheben. Dieser lässt rechtsdogmatisch aber keine besonderen Komplikationen für ein allgemeines Freiheitsrecht erwarten und wird deswegen nicht weiter erörtert. Die Grundrechtecharta wird allerdings anders als beim Verfassungsvertrag nicht mehr in den EU-Vertrag inkorporiert, sondern der EU-Vertrag verweist in Art. 6 I EUV n.F. lediglich auf die Grundrechtecharta. Dabei erkennt die Europäische Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Grundrechtecharta vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind. Außerdem wird die Gleichrangigkeit der Charta mit den Verträgen hervorgehoben. Die Grundrechtecharta wäre damit auf den Rang des Primärrechts gehoben und rechtsverbindlich.<sup>37</sup> Damit werden zwei für diese Arbeit interessante Themenkomplexe aufgetan:

Zum einen fragt sich, ob es nach der Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta dem EuGH noch freisteht, Grundrechte weiterzuentwickeln und zu „finden“ und somit, ob er noch an einem sich entwickelnden allgemeinen Freiheitsrecht festhalten kann.

Zum anderen ist die schwierige Schrankenregelung des Titels VII, nach der die Charta gemäß dem dann neuen Art. 6 I letzter Satz EUV n. F. auszulegen ist, zu beachten. Art. 53 GRCh des Titel VII lässt sich dabei so auslegen, dass er die Mitgliedstaaten ermächtigt, ihrem grundrechtlichen Mindeststandard zum Teil auch gegen das höherrangige Unionsrecht zur Durchsetzung zu verhelfen.<sup>38</sup> Wenn diese Auslegung zutreffen sollte, könnte man sich zumindest in Deutschland auch beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht auf die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG, berufen.

### I. Prätorischer Grundrechtsschutz auch noch nach Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta?

Mit der Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta stellt sich die Frage, ob der europäische Gerichtshof weiter auf seine alte Rechtsprechung, also neben der Grundrechtecharta auf die allgemeinen Rechtsätze, die er z.B. aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen gewinnt, zurückgreifen darf. Dies ist insbesondere interessant für die Grundrechte, die vom EuGH anerkannt wurden, jedoch keinen Niederschlag in der Grundrechtecharta gefunden haben, also auch für das allgemeine Freiheitsrecht. Sollte die frühere Judikatur des EuGH keine Anwendung mehr finden, wäre es um den Schutz eines allgemeinen Freiheitsrechts auf europäischer Ebene schlecht bestellt. Zu der Fortgeltung der vom EuGH aufgestellten allgemeinen Rechtsgrundsätze gibt es verschiedene Ansichten:

Nach einer Ansicht besteht für die aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen gewonnenen Grundrechte nach dem Rechtsverbindlichwerden der Grundrechtecharta kein Bedarf mehr.<sup>39</sup> Die Grundrechtecharta habe aufgrund ihrer detailreichen Regelung, immerhin 50 Artikel - das ist im internationalen Vergleich viel - einen abschließenden Charakter. Hätte der „Gesetzgeber“ z. B. ein allgemeines Freiheitsrecht aufnehmen wollen, so hätte er dies angesichts seiner sonstigen Regelungsfreudigkeit getan und tun müssen.<sup>40</sup> Ein allgemeines Freiheitsrecht hat er trotz entsprechender Vorschläge nicht aufgenommen.<sup>41</sup> In ähnlicher Richtung argumentiert auch eine andere Ansicht: Danach fände mit der Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta ein „Paradigmenwechsel“

statt.<sup>42</sup> Bisher war der Grundrechtsschutz durch eine lückenfüllende Rechtsprechung geprägt. Es galt, das Recht zu wahren (Art. 220 EGV). Der EuGH förderte unter zu Hilfenahme juristischer Methoden die Grundrechte aus dem Reich „der Ideen in die praktische Wirklichkeit.“<sup>43</sup> Dagegen liegt mit einer verbindlichen Grundrechtecharta ein deliberativ geschriebener Grundrechtskatalog vor, der Ergebnis politischer Diskussion und Konsenses ist sowie als solcher Wertungen vornimmt und Akzente setzt, die nicht einfach wieder ausgehebelt werden können. Ein geschriebener Grundrechtskatalog hat eine Legitimationskraft, die durch die Judikatur des EuGH nicht erreicht werden kann.<sup>44</sup> Weiterhin auf die Rechtsprechung des EuGH abzustellen, würde diese Legitimationskraft schwächen.

Nach einer anderen Ansicht bedeutet die „Detailverliebtheit“ der Grundrechtecharta noch nicht, dass allgemeine Rechtsätze wie z. B. ein allgemeines Freiheitsrecht nicht mehr neben der Charta zur Anwendung kommen können. Auch wenn gewisse Grundrechte, die der EuGH schon anerkannt hat, bewusst nicht aufgenommen wurden, hieße das noch lange nicht, dass von einem „beredten Schweigen“ auszugehen wäre.<sup>45</sup>

Nach einer am Vertragstext orientierten Ansicht müssen und dürfen die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als allgemeine Grundsätze neben der Grundrechtecharta angewandt werden. Art. 6 III EUV n.F. besagt nämlich, dass „die Grundrechte, [...] wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts [sind].“ Der Konvent argumentierte in seinen Erläuterungen zum „Februar-Entwurf“ des textgleichen Art. I-7 Abs. 3 EVV, dass „sich der Gerichtshof auch nach Einbeziehung der Charta auf diese [...] Quellen berufen kann, um zusätzliche Grundrechte anzuerkennen, die sich insbesondere aus [...] den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ergeben.“ Grundrechtskataloge wären klassischerweise nicht abschließend, deswegen könnte man auch problemlos aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen neue Grundrechte neben der Grundrechtecharta entwickeln.<sup>46</sup>

Gegen die beiden letzteren Ansichten spricht die Gefahr, dass die Charta an Bedeutung verliert und saubere Schutzbereichsabgrenzungen eine Seltenheit werden. Stattdessen werden dann neue Grundrechte geschaffen oder es wird auf unklar definierte „alte“ Grundrechte rekurriert. Zudem sind Grundrechtskataloge traditionellerweise abschließend. Kaum ein Verfassungsgericht würde sich sonst mit einer dogmatisch sauberen Schutzbereichsabgrenzung „herumschlagen“.<sup>47</sup> Au-

<sup>37</sup> *Terhechte*, EuR 2008, 143, 170; *Craig*, European Law Review (ELR) 2008, 137, 162.

<sup>38</sup> *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 16), Art. 53 GRCh Rn. 2 m.w.N.

<sup>39</sup> *Calliess*, EuZW 2001, 261, 268; indirekt: *Philippi* (Fn. 4), S. 51; *Zuleeg*, EuGRZ 2000, 513.

<sup>40</sup> *Rengeling/Szczekalla* (Fn. 5), Rn. 635.

<sup>41</sup> *Rengeling/Szczekalla* (Fn. 5), Rn. 636 m.w.N.

<sup>42</sup> *Nicolaysen*, EuR 2003, 719, 727; *Hilf/Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 18), Art. 6 EUV Rn. 67.

<sup>43</sup> *Nicolaysen*, EuR 2003, 719, 727.

<sup>44</sup> *Nicolaysen*, EuR 2003, 719, 727.

<sup>45</sup> *Lindner* (Fn. 1), S. 226.

<sup>46</sup> Präsidium des Verfassungskonvents, Entwurf der Artikel 1 bis 16 des Verfassungsvertrags v. 6.2.2003, CONV 528/03; **kritisch**: *Grabenwarter*, EuGRZ 2004, 563, 568.

<sup>47</sup> *Grabenwarter*, EuGRZ 2004, 563, 568.

ßerdem besteht gerade beim EuGH, als einem Gericht, das jahrzehntelang in richterrechtlicher Rechtsfortbildung den europäischen Grundrechtsschutz entwickelt hat, die Gefahr, in alten Verhaltensweisen verhaftet zu bleiben und den geschriebenen Grundrechtskatalog kaum zu beachten. Es kann aber nicht Sinn und Zweck der Grundrechtecharta sein, dass sie, sobald sie nun endlich rechtverbindlich geworden ist, nicht beachtet werden muss.<sup>48</sup> Zudem kann ein geschriebener Grundrechtskatalog auch ohne auf außenstehende Grundrechte zu rekurren, nämlich durch eine kreative Auslegung der vorhandenen Grundrechte, an der Weiterentwicklung des Grundrechtsschutzes teilhaben. Dafür können nationale und internationale Beispiele angeführt werden. Insbesondere wäre an die erweiternde Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK oder die Entwicklung des Rechts auf Informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 GG durch das BVerfG zu denken.<sup>49</sup>

Andererseits und damit für die beiden letzteren Ansichten argumentierend, läuft man in die Gefahr der „Erosion der Schutzbereiche“<sup>50</sup>, wenn geradezu „krampfhaft“ versucht werden muss, Verhaltensweisen, die so eigentlich nicht geschützt werden, unter die zum Teil nur schwer passenden vorhandenen Schutzbereiche zu subsumieren. Dies führt zu unsauberen dogmatischen Ergebnissen und mindert den Wert der jeweiligen Schutzbereiche. Allerdings scheint die Lösung, neben den neuen Grundrechtsquellen noch die alten zuzulassen, dogmatisch wenig überzeugend und auch hinsichtlich der erhofften höheren Legitimation fragwürdig. Sollten sich Lücken im Grundrechtsschutz auftun, wäre es dogmatisch sauberer, dass der europäische Gesetzgeber durch Vertragsänderungen darauf reagiert.

Dem muss man entgegen, dass im neuen EU-Vertrag explizit die Fortgeltung der Grundrechte, die aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen als allgemeine Grundsätze gewonnen werden, geregelt wird. Diese explizite Festlegung kann auch durch dogmatische Überlegungen nicht überwunden werden. Allerdings gibt es Interpretationsversuche, welche die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen in ihre Schranken verweisen sollen: Eine Ansicht versucht diesen Konflikt dadurch zu lösen, dass Art. 6 III EUV n.F. lediglich als ein Bekenntnis zu den Wurzeln des Unionsgrundrechtsschutzes angesehen wird. Es würde zwar die große rechtsinterpretatorische Kraft der bisherigen Judikatur betont,<sup>51</sup> man könne aber trotzdem nur auf das geschriebene Recht rekurren.<sup>52</sup> Dies scheint jedoch wenig überzeugend. Schließlich spricht Art. 6 III EUV n.F. nicht davon, dass die allgemeinen Grundsätze „Erkenntnisquelle“ des Unionsrechts wären, sondern dass sie „Teil des Unionsrechts“ sind.

Nach anderer Ansicht sollen die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zwar auch vorwiegend als „Rechtserkenntnisquellen“, also als Interpretationshilfen dienen, da die Charta im Prinzip diese „sichtbar“ gemacht hat. Allerdings sollen sie nur dann zu Rate gezogen werden, wenn sonst eine Regelungslücke entstünde.<sup>53</sup> Sonst muss sich der EuGH strikt an die Grundrechtecharta halten. Dies scheint eine der Rechtslage entsprechende Interpretation zu sein und ist als solche überzeugend. Konkret auf das allgemeine Freiheitsrecht bezogen heißt dies, dass auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon der EuGH weiter auf die von ihm in Ansätzen entwickelte allgemeine Handlungsfreiheit rekurren und sie weiter entwickeln kann. Dies ist zwar nicht die dogmatisch

vorzuziehende Lösung, entspricht aber dem Vertragstext von Lissabon.

## II. Die Schutzniveaubestimmung des Art. 53 GRCh

Art. 53 GRCh lässt beim ersten Lesen einen ganz erstaunlichen Schluss zu. Indem er bestimmt, dass keine Bestimmung der Charta „als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen [ist], die in dem jeweiligen Anwendungsbereich durch das Recht der Union, ... , sowie durch Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden.“, räumt er nationalen Grundrechten, wenn sie ein höheres Schutzniveau als die Grundrechte der Charta haben, Vorrang vor den Chartagrundrechten ein.<sup>54</sup> Eine solche „Schutzverstärkung“ muss dann individuell auf den jeweiligen Mitgliedstaat bezogen sein.<sup>55</sup> Eine schon öfter propagierte Forderung,<sup>56</sup> wonach das höchste Schutzniveau in der gesamten Gemeinschaft gelten soll, ist auch hier nicht sinnvoll. Es ist nicht nachvollziehbar, dass hier ein einzelner Mitgliedstaat über diese angebliche Ausnahmeregelung seine Lösung allen anderen Mitgliedsstaaten aufzwingen kann.<sup>57</sup> Nach dieser Auslegung würde also das nationale Verfassungsrecht mit höherem Schutzniveau als das Recht der Grundrechtecharta Vorrang vor dem Gemeinschaftsrecht haben. Das hieße konkret für das allgemeine Freiheitsrecht, dass in Deutschland die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG auch für das Gemeinschaftsrecht angewendet werden könnte.<sup>58</sup> Vereinzelt wird hieraus geschlussfolgert, die nationalen Gerichte würden nur noch auf die nationalen höchsten Gerichte schauen, die wieder jeden Rechtsatz der Union überprüfen könnten. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts wäre dann praktisch aufgehoben und die Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrecht akut gefährdet – und das alles durch die Grundrechtecharta, die eigentlich der Integration der Gemeinschaft dienen sollte.<sup>59</sup>

Dies kann jedoch nicht Sinn und Zweck der Vorschrift sein. Ein weniger überzeugendes Argument, welches die Konventionsmitglieder jedoch als Grundlage nahmen, ist die Einfügung von „im jeweiligen Anwendungsbereich“ in Art. 53 GRCh. Dies bedeutet lediglich, dass für die Mitgliedsstaaten die Grundrechtecharta nur bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht gilt. Diese Aussage trifft aber bereits Art. 51 I GRCh und muss daher nicht in Art. 53 GRCh hinein interpretiert werden.

<sup>48</sup> In diese Richtung auch argumentierend: *Grabenwarter*, EuGRZ 2004, 563, 568.

<sup>49</sup> *Grabenwarter*, EuGRZ 2004, 563, 569; *Philippi*, (Fn. 4), S. 51.

<sup>50</sup> *Pernice/Meyer*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 18), nach Art. 6 EUV Rn. 75; *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 1), Art. 2 Abs. 1 Rn. 14; *Grabenwarter*, EuGRZ 2004, 569; *Schmitz*, JZ 2002, 833, 837-838.

<sup>51</sup> In diese Richtung auch: *Lecheler*, *Zeus* 2003, 337, 347.

<sup>52</sup> *Kingreen*, EuGRZ 2004, 570, 571. Er bezieht sich allerdings noch auf die textgleiche Fassung des EVV.

<sup>53</sup> *Hilf/Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 18), Art. 6 EUV Rn. 67.

<sup>54</sup> Das Problem anreizend: *Dutheil de la Rochère*, *Rèvue du Marché Commun et de l'Union européenne* (RMC) 2000, 674, 678-679.

<sup>55</sup> *Seidel*, EuZW 2003, 97.

<sup>56</sup> *Vranes*, „Die Horizontalen Bestimmungen der Grundrechtecharta – Rechtsdogmatische Stolpersteine für den ersten und zweiten Konvent“ in den Jahren 2001-2003 am Forschungsinstitut für Europafragen der Wirtschaftsuniversität, S. 18 m.w.N., abrufbar unter [www.ecln.net/documents/pdf/vranes.pdf](http://www.ecln.net/documents/pdf/vranes.pdf) (letzter Abruf: 05.03.2009).

<sup>57</sup> *Vranes* (Fn. 56), S. 18.

<sup>58</sup> *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 16), Art. 53 GRCh Rn. 2 m.w.N.; *Seidel*, EuZW 2003, 97.

<sup>59</sup> *Seidel*, EuZW 2003, 97.

Wenn man die „Verfassungen der Mitgliedstaaten“ als die „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen“ deuten könnte, würde dies die Möglichkeit zur Anerkennung eines allgemeinen Freiheitsrechts eröffnen. Dies lässt sich dem Wortlaut zum einen nicht entnehmen. Zum anderen wurde im Konvent genau darüber diskutiert, nur um eine solche Formulierung dennoch bewusst zu verwerfen.<sup>60</sup>

Weiter könnte man Art. 53 GRCh als eine schlichte Rechtswahrungsklausel gleich Art. 53 EMRK verstehen. Allerdings hat Art. 53 GRCh eine ganz andere Stoßrichtung als sein Äquivalent in der EMRK: Die EMRK setzt der staatlichen Hoheitsgewalt Grenzen, ohne dabei selber ihre Gewalt beschränken zu müssen. Rechtseinheitlichkeit ist auf der Ebene der EMRK nicht erforderlich, solange nur ein Mindeststandard gleich eines „Auffangnetzes“ gewährleistet ist. Dagegen muss in der EU neben dem Mindeststandard auch die Uniformität der Rechtsordnung gewährleistet sein. Mit der Grundrechtecharta setzt sich die Gemeinschaft darüber hinaus selbst Grenzen. Insofern ist Art. 53 EMRK nicht ohne weiteres mit Art. 53 GRCh vergleichbar.<sup>61</sup>

Wenn man allerdings den Text des Art. 53 GRCh genau liest, so fällt es auf, dass es „keine Bestimmung dieser Charta“ heißt. Das bedeutet strikt formal gelesen, dass keine Bestimmung dieser Grundrechtecharta eine Schranke für das nationale Verfassungsrecht ist. Das sagt aber nichts über die Möglichkeit der Einschränkung des nationalen Verfassungsrechts durch andere gemeinschaftsrechtliche Instrumente aus.<sup>62</sup>

Nach den Konventsdebatten<sup>63</sup> sollte die Vorschrift auch vor allen Dingen eine Klarstellung sein, dass das Unionsrecht nicht in die nationalen Verfassungen eingreift, wenn es sich allein um nationale Belange handelt.

Zudem werden durch die Charta keine neuen Zuständigkeiten begründet oder bestehende geändert (explizit: Art. 51 II GRCh).<sup>64</sup> Art. 53 GRCh kann in systematischer Auslegung also keine Norm sein, die das Verhältnis der Charta-Grundrechte zu den nationalen Grundrechten entgegen dem allgemeinen Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts neu regelt.

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass – auch wenn Art. 53 GRCh zu einer Interpretation einlädt, die dem nationalen Verfassungsrecht wieder Vorrang vor dem Gemeinschaftsrecht einräumt – dies angesichts der weitreichenden und sicherlich nicht beabsichtigten Konsequenzen nicht Sinn und Zweck der Vorschrift sein kann. Die Vorschrift scheint in ihrer Unklarheit geradezu widersinnig: Mit ihrer Rechtsverbindlichkeit würde sie sich selbst wieder in einigen Fällen, z.B. in Deutschland im Zusammenhang mit der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG, außer Kraft setzen. Um nicht die gesamte gemeinschaftsrechtliche Rechtsordnung infrage zu stellen, muss man sich deshalb mit einer Auslegung nach dem Wortlaut und einer systematischen Verortung der Vorschrift behelfen und sich damit zufrieden geben, dass sie nur einen eigentlichen offensichtlichen Regelungsgehalt hat. Das heißt aber auch, dass man die allgemeine Handlungsfreiheit, zumindest in Deutschland, nicht durch Art. 53 GRCh in die Gemeinschaftsebene katapultieren kann.

## F. Schlussbemerkungen

Nach alledem kann festgehalten werden: Ein allgemeines Freiheitsrecht ist auch auf europäischer Ebene notwendig. Es

garantiert einen lückenlosen Grundrechtsschutz, der angesichts des kompetenziellen Zusammenwachsens der Europäischen Union nötig ist. Es entspricht der westeuropäischen Denktradition, welche die Freiheit als vorrechtlich und somit als schon vorhanden begreift.<sup>65</sup> Es gibt prätorische Ansätze zur Schaffung eines solchen Auffangrechts, allerdings muss die deutsche Rechtswissenschaft sich hier selbst hinterfragen, inwieweit sie ihre „nationale Lösung“ vielleicht auch unbewusst in die Interpretation der fraglichen Urteile hineinträgt, und ob der Schluss auf die Anerkennung eines allgemeinen Freiheitsrechts durch den EuGH wirklich so zwingend ist, wie die deutsche Literatur es zum Teil darstellt. Andererseits kommt der EuGH in seinem *Hoechst*-Urteil dem deutschen Verständnis eines allgemeinen Freiheitsrechts ziemlich nahe, so dass eine Namensgebung des Prinzips durch die deutsche Literatur vielleicht einen Anstoß geben kann über ein solches Recht auch auf europäischer Ebene zu diskutieren. Dafür müsste die deutsche Rechtswissenschaft dieses Prinzip jedoch noch stärker in die europäische Öffentlichkeit tragen.

Das allgemeine Freiheitsrecht ist also in Ansätzen in der momentanen europäischen Rechtsordnung anerkannt. Wünschenswert wäre es, wenn der EuGH es weiter entwickeln und vertiefen würde.

Die vom Vertrag von Lissabon vorgeschlagene Lösung des Nebeneinanders der neuen und alten Grundrechtsquellen ist keine befriedigende Lösung. Sie reduziert die Legitimation, die ein geschriebener und in sich geschlossener Grundrechtskatalog der Europäischen Union verschaffen würde. Zu dem unterstützt eine solche Lösung sicher nicht die Entwicklung einer präzisen europäischen Grundrechtsdogmatik.

Die vorgeschlagene Alternative, dass als Rechtsquelle nur die Grundrechtecharta und die EMRK dienen sollen ist ebenso wenig befriedigend. Hier bestünde die Gefahr der Schutzbereichserosion.

Optimale Lösung wäre meines Erachtens, wenn nur die Grundrechtecharta und die EMRK die europäischen Grundrechte schützten und der EuGH sich nur innerhalb dieser Grundrechtskataloge bewegen dürfte, man aber ein allgemeines Freiheitsrecht in die Grundrechtecharta aufnähme. Damit behielte man die Flexibilität des bisherigen prätorischen Grundrechtsschutzes in einem in sich geschlossenen transparenten Grundrechtssystem. Die Gefahr sowohl der „Schutzbereichserosion“ als auch der Bedeutungsreduktion der Grundrechtecharta wäre gebannt. Der EU würde weitere Legitimation verschafft. Zusammengefasst wäre es eine konsequente Fortführung des Gedanken, der hinter dem prätorischen Grundrechtssystem steckt und die Zusammenführung mit der Idee, die hinter diesem Kodifikationsprojekte stand. ■

<sup>60</sup> *Vranes* (Fn. 56), S. 17, die Diskussion genau nachzeichnend: *Liisberg*, *Common Market Law Review* (CMLR) 2001, 1171-1199.

<sup>61</sup> *Liisberg*, CMLR 2001, 1171, 1194; *Vranes* (Fn. 56), S. 17.

<sup>62</sup> *Liisberg*, CMLR 2001, 1171, 1191.

<sup>63</sup> *S. Liisberg*, CMLR 2001, 1171-1199.

<sup>64</sup> *Liisberg*, CMLR 2001, 1171, 1191.

<sup>65</sup> *Schmitz*, JZ 2001, 833, 837.

Astrid Schnabel, LL.B., Hamburg\*

## Der nicht ganz so goldene Handschlag – Sozialplanabfindungen im Lichte des AGG –

### A. Einleitung

Besonders in Zeiten knapper Kassen entscheiden sich Unternehmen zu Personalreduzierungen. Erfüllen diese den Tatbestand der Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG, geht mit ihnen eine Sozialplanpflichtigkeit einher. Nach der Legaldefinition des § 112 I 2 BetrVG dienen Sozialpläne dem Ausgleich oder der Milderung wirtschaftlicher Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen. Dabei geht es um nicht unerhebliche Summen. So belief sich das Sozialplanvolumen bei der Schließung des Bochumer Nokia-Werkes bspw. auf rund 200 Millionen Euro.<sup>1</sup>

Im Rahmen des ihnen gesetzlich zugestandenen Ermessens können die Betriebsparteien entscheiden, ob, in welchem Umfang und in welcher Weise sie die entstehenden Nachteile kompensieren wollen.<sup>2</sup> Gleichwohl müssen sich die getroffenen Maßnahmen am gesetzlich determinierten *Telos*, nämlich der Kompensation wirtschaftlicher Nachteile orientieren. Um diesem Anspruch gerecht zu werden, richten sich Sozialplanabfindungen in der Praxis formelhaft nach Faktoren, aufgrund deren bei den Arbeitnehmern gesteigerte Nachteile vermutet werden. Dazu zählen insbesondere das (fortgeschrittene) Lebensalter, die Dauer der Betriebszugehörigkeit und die Höhe des Bruttomonatsgehalts.<sup>3</sup> Der Prototyp der Abfindungsformeln ist die weit verbreitete Divisorformel, in der das Produkt aus Alter, Betriebszugehörigkeit und Bruttomonatsgehalt durch einen von den Betriebsparteien ausgehandelten Divisor geteilt wird.<sup>4</sup>

### B. Das AGG als Prüfungsmaßstab

Während sich Abfindungsregeln bisher am Billigkeitsgebot des § 75 BetrVG und dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz messen lassen mussten, bietet sich nach Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) am 18. August 2006 ein zusätzlicher Prüfungsmaßstab. § 7 AGG untersagt die unmittelbare und mittelbare Benachteiligung von Beschäftigten wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes. Zu den in § 1 AGG genannten unzulässigen Diskriminierungsmerkmalen gehört insbesondere das Alter, welches entgegen des im Sprachgebrauch vorbelegten Begriffs des Alters i.S.d. fortgeschrittenen Lebensalters sowohl Jüngere als auch Ältere erfasst.<sup>5</sup>

### I. Benachteiligung Jüngerer durch Anknüpfung an das Alter

Fällt dem fortgeschrittenen Lebensalter wie bei der Divisorformel durch eine direkte Anknüpfung eine unmittelbar anspruchserhöhende Wirkung zu, werden dadurch ältere Arbeitnehmer pauschal bevorzugt. Umgekehrt sind diese Formeln für jüngere Arbeitnehmer ungünstig, da sie aufgrund ihres geringeren Lebensalters niedrigere oder überhaupt keine Abfindung erhalten. „Jünger“ ist absolut zu verstehen: Es wird nicht nur der 55-Jährige gegenüber dem 30-Jährigen besser gestellt, sondern auch der 33-Jährige gegenüber dem 30-Jährigen.<sup>6</sup> Diese Schlechterstellung wird dadurch verstärkt, dass das Alter nicht nur einfach, sondern doppelt oder sogar dreifach in die Abfindungsberechnung einfließt.<sup>7</sup>

Das AGG kennt keine absoluten Diskriminierungsverbote. Es stellt den Betriebsparteien mit § 10 S. 3 Nr. 6 AGG eine ausdrückliche Rechtfertigungsmöglichkeit für eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Regelung zur Seite. Diese qualifizierte Rechtfertigung verlangt jedoch, dass die Staffelung in verhältnismäßiger Weise die altersabhängigen Arbeitsmarktchancen widerspiegelt.

### 1. Kumulative Berücksichtigung von Alter und Betriebszugehörigkeit

Bereits die Tatsache, dass in der Praxis häufig sowohl das Lebensalter als auch die Betriebszugehörigkeit berücksichtigt werden, könnte mit § 10 S. 3 Nr. 6 AGG unvereinbar sein. Das Gesetz spricht an dieser Stelle nur von einer Staffelung nach Alter *oder* Betriebszugehörigkeit. Die Frage, ob auch die kumulative Berücksichtigung von Alter und Betriebszugehörigkeit zulässig ist, läuft auf das Problem der Doppelbevorzugung Älterer hinaus.<sup>8</sup> Dies ist jedoch eher eine Frage der Verhältnismäßigkeit denn ein Problem des Tatbestands.<sup>9</sup> Für die Auslegung als „und/oder“ spricht, dass die Regelung des § 10 S. 3 Nr. 6 AGG fast wortgetreu aus der früheren BAG-Rechtsprechung übernommen wurde, in der die Berücksichtigung beider Faktoren für zulässig gehalten wurde.<sup>10</sup> Die Gesetzesmaterialien nehmen zu dieser Frage nicht eindeutig Stellung, verweisen aber darauf, dass die Normierung der Rechtssicherheit dienen sollte.<sup>11</sup> Im Ergebnis ist also davon auszugehen, dass im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung eine Berücksichtigung beider Faktoren alleine noch nicht unzulässig ist.<sup>12</sup>

### 2. Berücksichtigung altersabhängiger Chancen auf dem Arbeitsmarkt

Probleme wirft hingegen die gesetzliche Forderung auf, dass die Staffelung die altersabhängigen Arbeitsmarktchancen durch eine *verhältnismäßige* Betonung des Alters berücksich-

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

<sup>1</sup> Süddeutsche Zeitung, 8.4.2008, <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/833/438577/text/> (zuletzt aufgerufen am 20.04.2009).

<sup>2</sup> Vgl. BAG, NZA 2004, 559, 560; BAG, NZA 1985, 717.

<sup>3</sup> *Willemsen*, in: *Willemsen* (Hrsg.), *Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen*<sup>3</sup>, 2008, C Rn. 239.

<sup>4</sup> *Kania*, in: *Erfurter Kommentar*<sup>9</sup>, 2009, § 112a BetrVG Rn. 27; z.T. auch als „Schaubsche Formel“ bezeichnet, vgl. *Liebers*, in: *Moll* (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, 2005, § 55 Rn. 65.

<sup>5</sup> *Thüsing*, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, 2007, C Rn. 212 f.; *Wendeling-Schröder*, NZA 2007, 1399. Der Schutz Jüngerer stellt eine wesentliche Neuerung dar, vgl. z.B. § 75 I 2 BetrVG a.F. (*Schweibert*, in: *FS ARGE*, 2006, S. 1001, 1003).

<sup>6</sup> Vgl. *Schweibert* (Fn. 5), S. 1001.

<sup>7</sup> *S. Liebers*, in: *Moll* (Fn. 4), § 55 Rn. 67; *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2583, 2587.

<sup>8</sup> *Roloff*, in: *Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht*<sup>10</sup>, 2008, § 10 AGG Rn. 30; *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2583, 2587.

<sup>9</sup> *Berg*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, 2008, § 10 AGG Rn. 32.

<sup>10</sup> BAG, NZA 1997, 165, 167; BAG, NZA 1989, 25.

<sup>11</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 36.

<sup>12</sup> So auch *Adomeit/Mohr*, in: *Adomeit/Mohr*, *Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, 2007, § 7 Rn. 56; *Besgen*, BB 2007, 213, 218; *Hanau*, ZIP 2007, 2381, 2386; *Nicolai*, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, 2006, Rn. 342.

tigen soll. Konkret bedeutet dies, dass eine Abfindungsprogression ausweislich des Wortlauts nur zulässig ist, wenn die Arbeitsmarktchancen tatsächlich mit zunehmendem Alter sinken.<sup>13</sup>

Bislang ging das BAG davon aus, dass ältere Arbeitnehmer grundsätzlich mit längerer oder gar mit Dauerarbeitslosigkeit rechnen müssten, während jüngeren Kollegen bessere Chancen prognostiziert wurden.<sup>14</sup> Dass letztere durch solch eine Behandlung gleichzeitig belastet wurden, stand weder unter § 75 BetrVG noch unter dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz entgegen. Ob diese pauschale Begünstigung nach Inkrafttreten des AGG fortgesetzt werden kann, hängt nunmehr maßgeblich davon ab, ob die Einschätzung, dass ältere Arbeitnehmer generell schlechtere Berufsaussichten haben, zutrifft.

In Deutschland waren im Jahr 2004 lediglich 41% der 55- bis 64-Jährigen erwerbstätig, während die Beschäftigtenquote in der Gruppe der 25-bis 44-Jährigen mehr als das Doppelte betrug.<sup>15</sup> Auch von der Langzeitarbeitslosigkeit sind ältere Personen häufiger betroffen.<sup>16</sup> Während in der letzten Zeit zwar ein Anstieg der Alterserwerbsbeteiligung vermeldet wird<sup>17</sup>, ist die Ausgangsposition älterer Erwerbsloser tendenziell schlechter als die Situation jüngerer Kollegen. Diese Fakten sprechen also zunächst für eine Vereinbarkeit der Staffelung mit § 10 S. 3 Nr. 6 AGG.

Allerdings geben diese Ergebnisse alleine noch keinen Aufschluss darüber, ob es gerechtfertigt ist, Abfindungen in weiten Teilen und vor allem pauschal an das Lebensalter zu koppeln. *Kopke* weist zu Recht darauf hin, dass ein 55-Jähriger Arbeitnehmer im Vergleich zu einem 39-Jährigen nicht generell geringere Chancen auf dem Arbeitsmarkt habe.<sup>18</sup> Es lässt sich zwar nicht verhehlen, dass mit einem gewissen Lebensalter bestimmte stereotypische Merkmale wie eine eingeschränkte Leistungsfähigkeit, fehlende Motivation, Krankheit und Unflexibilität assoziiert werden.<sup>19</sup> Doch auch andere, altersunabhängige Gründe spielen eine Rolle. So ist Arbeitslosigkeit im hohen Maße qualifikationsspezifisch<sup>20</sup> und hängt zudem von der lokalen und branchenspezifischen Arbeitsmarktsituation ab.<sup>21</sup>

Soll die Abfindungsprogression im Rahmen von § 10 S. 3 Nr. 6 AGG gerechtfertigt sein, muss man also ermitteln, wann genau die Vermittlungschancen gerade wegen des Alters abnehmen. Diesem Anspruch genügen jedoch solche Formeln nicht, die pauschal jedes einzelne Lebensjahr berücksichtigen. Zum einen verändert sich die Arbeitsmarktsituation stetig, sodass damit auch das Bedürfnis nach Fördermaßnahmen für bestimmte Altersgruppen variiert.<sup>22</sup> Zum anderen beeinflusst nicht jedes einzelne Lebensjahr die Arbeitsmarktchancen.<sup>23</sup> *Schweibert* rechnet anhand der Divisorformel zutreffend vor, dass ein 30-jähriger Arbeitnehmer mit fünf Jahren Betriebszugehörigkeit und einem Gehalt von 5000 € eine Abfindung von 25000 € erhält, während ein 33-jähriger Mitarbeiter mit acht Jahren Betriebszugehörigkeit bei gleichbleibendem Divisor und Gehalt mit 44000 € abgefunden wird.<sup>24</sup> Eine solche Differenz ist nicht nachvollziehbar. Ersterer ist zwar jünger, seine geringere Berufserfahrung macht ihn jedoch möglicherweise sogar schwerer vermittelbar als seinen älteren Kollegen.<sup>25</sup>

Gegen eine solch strenge Verknüpfung mit der Arbeitsmarktlage wird eingewendet, dass die Anforderungen an die Be-

triebsparteien nicht durch eine objektive Richtigkeitsüberprüfung überspannt werden dürften.<sup>26</sup> Richtig ist daran, dass bei Aufstellung des Sozialplans das Ausmaß der wirtschaftlichen Nachteile unsicher ist und die Parteien daher pauschalieren müssen.<sup>27</sup> Dafür sprechen auch legitime Praktikabilitätsabwägungen<sup>28</sup>; den Betriebsparteien kann im Rahmen ihrer Verhandlungen keine langwierige Arbeitsmarktanalyse aufgebürdet werden. Es spricht jedoch nichts dagegen, dem Sozialplan Arbeitsmarktdaten der Bundesagentur für Arbeit zugrunde zu legen.<sup>29</sup> Vor diesem Hintergrund genügt die pauschale, von der Arbeitsmarktlage und der individuellen Schutzbedürftigkeit losgelöste Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer daher nicht den Anforderungen des § 10 S. 3 Nr. 6 AGG.<sup>30</sup>

### 3. Rechtfertigung gemäß § 10 S. 1, 2 AGG

Da § 10 S. 3 Nr. 6 AGG keine abschließende Wirkung entfaltet, kommt ein Rückgriff auf § 10 S. 1, 2 AGG in Betracht.<sup>31</sup> Danach ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, wobei die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein müssen. Hinter dem etwas verwirrenden Gesetzeswortlaut verbirgt sich eine großzügige Rechtfertigungsmöglichkeit, die auf eine klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung hinausläuft.<sup>32</sup>

Stellt man auf die mutmaßlich schlechteren Arbeitsmarktchancen älterer Arbeitnehmer ab, so stellt deren Ausgleich ein legitimes Ziel i.S.v. § 10 S. 1 AGG dar. Eine dementspre-

<sup>13</sup> *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2583, 2587.

<sup>14</sup> Statt vieler BAG, NZA 2001, 849, 853; BAG, NZA 2000, 732; vgl. auch BAG, DB 2009, 626, 628.

<sup>15</sup> Fünfter Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland, Bericht der Sachverständigenkommission an das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, S. 47 (zit.: *Altenbericht* 2005).

<sup>16</sup> *Altenbericht* 2005 (Fn. 15), S. 58.

<sup>17</sup> *Altersübergangsreport* 1/2009, S.1, <http://www.iaq.uni-due.de/auem-report/2009/2009-01/auem2009-01.pdf> (zit.: *Altersübergangsreport*, zuletzt aufgerufen am 20.04.2009).

<sup>18</sup> *Kopke*, NJW 2006, 1040, 1041.

<sup>19</sup> Vgl. *Körner*, NZA 2008, 497.

<sup>20</sup> Vgl. IAB Forschungsbericht 9/2007, <http://doku.iab.de/forschungsbericht/2007/fb0907.pdf> (zuletzt aufgerufen am 20.04.2009).

<sup>21</sup> Vgl. BAG, NZA 1989, 28, 30 f.

<sup>22</sup> Vgl. *Altersübergangsreport* (Fn. 17), S. 1.

<sup>23</sup> Die kritische Altersgrenze soll zwischen 40 und 50 Jahren liegen, vgl. *Berg*, in: *Däubler* (Fn. 9), § 10 AGG Rn. 32; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 664.

<sup>24</sup> *Schweibert* (Fn. 5), S. 1001, 1010.

<sup>25</sup> *Schweibert* (Fn. 5), S. 1001, 1010; *Willemsen* (Fn. 3), C Rn. 263a.

<sup>26</sup> *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 2008, § 10 Rn. 59.

<sup>27</sup> *Bauer*, DB 1994, 217, 225; *Preis/Bender*, in: *Wlotzke/Preis* (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz*, 2006, § 112, 112a Rn. 28.

<sup>28</sup> Vgl. BAG, NZA 1997, 1058 f.

<sup>29</sup> *Däubler* Anm. zu BAG, EWiR 2000, 559; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 26), § 10 Rn. 59; a.A. BAG, NZA 2000, 732, 733, das davon ausgeht, dass die Betriebspartner die Lage am Arbeitsmarkt „zumindest pauschalierend“ selbst einschätzen können.

<sup>30</sup> So auch *Annuß*, BB 2006, 325, 327; *Bauer*, in: *FS Adomeit*, 2008, S. 25, 36; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 664; *Schweibert* (Fn. 5), S. 1001, 1010; a.A. *Bauer/Göpfert/Krieger* in: *Bauer/Göpfert/Krieger* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 2008, § 10 Rn. 56.

<sup>31</sup> *Roloff*, in: *BeckOK Arbeitsrecht* (Fn. 8), § 10 AGG Rn. 11; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 26), § 10 Rn. 60.

<sup>32</sup> Vgl. *Schlachter*, in: *ErfK* (Fn. 4), § 10 AGG Rn. 1 f.

chend höhere Abfindung ist auch geeignet, diese gesteigerten Nachteile zumindest abzufedern. Unterstellt man die schlechteren Arbeitsmarktperspektiven, so steht die Schlechterstellung jüngerer Kollegen auch nicht außer Relation zum verfolgten Zweck.<sup>33</sup> Allerdings ergibt sich hier wiederum das Problem, dass die anspruchserhöhende Einbeziehung lediglich abstrakt auf schlechteren Arbeitsmarktchancen begründet ist und im Gegenzug andere Faktoren außer Betracht lässt. Insofern scheidet eine Rechtfertigung, wenn man nicht schon das Vorliegen eines legitimen Ziels verneint, jedenfalls an der Angemessenheit.

#### 4. Positive Maßnahme gemäß § 5 AGG

Neben den Rechtfertigungsgründen besteht gem. § 5 AGG die Möglichkeit, im Wege sog. positiver Maßnahmen bestehende Nachteile auf angemessene Weise zu verhindern oder auszugleichen. Vor dem Hintergrund der dem AGG zugrunde liegenden Richtlinie, die nur die Mitgliedsstaaten zu positiven Maßnahmen ermächtigt, wird die nach dem Wortlaut des AGG uneingeschränkte Zulässigkeit der Delegation positiver Maßnahmen an Private – wie z.B. die Betriebsparteien – bezweifelt.<sup>34</sup> Da eine positive Maßnahme zwar eine Gruppe begünstigt, andere Personen jedoch schlechter stellt, liegt darin auch keine zulässige „Übererfüllung“.<sup>35</sup> Daher scheint eine Einschränkung des § 5 AGG im Wege der richtlinienkonformen Auslegung geboten, soweit dies möglich ist. Ungeachtet dessen scheidet eine Rechtfertigung jedenfalls wiederum an der Verhältnismäßigkeit. In Anlehnung an die EuGH-Rechtsprechung zu Quotenregelungen erlauben auch positive Maßnahmen keinen „absoluten und unbedingten Vorrang“ ohne Berücksichtigung des Einzelfalls.<sup>36</sup> Genau ein solcher Vorrang wird jedoch bei der anspruchserhöhenden Berücksichtigung jedes einzelnen Lebensjahrs eingeräumt. Daher vermag auch § 5 AGG eine von den tatsächlichen Verhältnissen losgelöste Abfindungsberechnung nicht zu rechtfertigen.

Die Divisorformel verstößt daher jedenfalls wegen ihrer direkten Anknüpfung an das Alter des Beschäftigten gegen § 7 I AGG und ist somit unzulässig.

## II. Benachteiligung Jüngerer durch Anknüpfung an die Betriebszugehörigkeit

Neben der direkten Berücksichtigung des fortgeschrittenen Lebensalters honorieren die üblichen Abfindungsformeln bei der Beitragshöhe zudem eine (lange) Betriebszugehörigkeit. Damit wird zwar formal kein Merkmal aus § 1 AGG herangezogen, allerdings ist es offensichtlich, dass das Merkmal „lange Betriebszugehörigkeit“ eher von älteren als von jüngeren Arbeitnehmern verwirklicht wird.<sup>37</sup> Da Beschäftigungszeiten bei anderen Arbeitgebern üblicherweise nicht angerechnet werden<sup>38</sup>, können ältere Arbeitnehmer unter Umständen zwar ein geringeres Dienstalter als ihre jüngeren Kollegen aufweisen. Allerdings ist es für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung ausreichend, wenn Jüngere lediglich in „besonderer Weise“ betroffen sind.

Eine mittelbare Benachteiligung i.S.v. § 3 II AGG liegt jedoch nur vor, wenn die Ungleichbehandlung nicht durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Zielerreichung angemessen und erforderlich sind. Zwar ist eine mittelbare Diskriminierung in der Regel weniger intensiv als eine unmittelbare Diskriminierung; an den sachlichen Grund können jedoch einzelfallabhängig vergleichbare Anforderungen gestellt werden.<sup>39</sup> Im Unterschied zur direk-

ten Anknüpfung an das Alter ist bei der Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit schon auf Tatbestandsebene eine Abwägung zu treffen.

### 1. Belohnungs- und Anreizfunktion

Koppelt man Leistungen an das Dienstalter, so können sie sowohl Betriebstreue und den Beitrag zum Unternehmenserfolg honorieren<sup>40</sup> als auch eine zukunftsgerichtete Anreizfunktion für Betriebsbindungen schaffen. Einem solchen Ziel im Rahmen von Sozialplanabfindungen steht jedoch entgegen, dass das BAG in ständiger Rechtsprechung Sozialplanabfindungen eine Überbrückungsfunktion zumisst. Danach soll mit einem begrenzten Volumen eine verteilungsgerechte Überbrückungshilfe bis zur Wiedereingliederung in das Arbeitsleben oder bis zum Bezug einer anderen Absicherung ermöglicht werden.<sup>41</sup> Vor diesem Hintergrund müssen sich Abfindungen konsequenterweise nicht nach dem Geleisteten, sondern nach dem proportional zur Dauer der Arbeitslosigkeit steigenden wirtschaftlichen Nachteil richten. Der Anreizfunktion lässt sich entgegenhalten, dass es zur Zeit der Betriebsänderung keines Anreizes zur Betriebstreue mehr bedarf, da das Arbeitsverhältnis ohnehin beendet wird.<sup>42</sup> Allenfalls könnte die Erwartung einer hohen Abfindung in der Zukunft zur Betriebstreue motivieren. Diese Auslegung ist jedoch eher hypothetischer Natur: Arbeitnehmer werden nicht zugunsten einer hohen Abfindung im Falle der Arbeitslosigkeit ein besseres Stellenangebot ablehnen.

### 2. Bedarfsgerechte Versorgung als legitimes Ziel

Bislang begründete das BAG die Korrelation von Abfindung und Betriebszugehörigkeit hauptsächlich mit zwei Erwägungen. Zum einen bestehe die Gefahr, dass sich mit zunehmendem Dienstalter die Qualifikationen auf die Spezifika des bisherigen Arbeitsplatzes verengen, wodurch der Arbeitnehmer nicht mehr ohne Weiteres auf einem anderen Arbeitsplatz eingesetzt werden könne.<sup>43</sup> Zum anderen könne man

<sup>33</sup> Voigt, in: Schleusener/Suckow/Voigt, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2007, § 10 Rn. 17 ff.

<sup>34</sup> Vgl. Maier-Reimer, NJW 2006, 2577, 2580; Schlachter, ZESAR 2006, 391, 397; a.A. Mansel, in: Jauernig (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch<sup>12</sup>, 2007, § 5 AGG Rn. 1; Schiek, in: Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, § 5 Rn. 11.

<sup>35</sup> Kamanabrou, RdA 2006, 321, 333. Die Richtlinien erlauben den Mitgliedsstaaten, günstigere Regelungen zu treffen oder beizubehalten, s. z.B. Art. 8 I RL 2000/78/EG.

<sup>36</sup> Bei Quotenregelungen stellt sich die Frage, inwieweit Fördermaßnahmen für unterrepräsentierte Personengruppen durch die Einführung von Mindestquoten zulässig sind, vgl. EuGH, Rs. C-409/95 – Hellmut Marschall/Land Nordrhein-Westfalen, Slg. 1997, I-6363, Rn. 32.

<sup>37</sup> Bertelsmann, in: Rust/Falke (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, § 10 Rn. 32.

<sup>38</sup> Beschäftigungszeiten bei einem Rechtsvorgänger können angerechnet werden; gleichzeitig besteht aber keine Pflicht, auch bei einer bloßen vertraglichen Überleitungsvereinbarung anzurechnen, BAG, NZA 1995, 88; BAG, NZA 1994, 1147, 1148.

<sup>39</sup> Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz<sup>2</sup>, 2008, § 3 Rn. 56.

<sup>40</sup> BAG, NZA 1995, 88; Löwisch, DB 2006, 1729, 1731; Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein (Fn. 26), § 10 Rn. 37.

<sup>41</sup> BAG, NZA 2001, 849, 853; BAG, NZA 1997, 165, 166; ablehnend von Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht<sup>6</sup>, 2007, § 15 Rn. 37; Preis, NZA 2008, 922, 925.

<sup>42</sup> Vgl. Hanau, in: Richardi/Wlotzke (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht<sup>2</sup>, Band 1, 2000, § 69 Rn. 27.

<sup>43</sup> BAG, NZA 2003, 1287, 1289; BAG, NZA 2002, 451, 452; zustimmend Däubler, in: Däubler/Bertzbach (Fn. 39), § 7 Rn. 249; Berg, in: Däubler (Fn. 9), § 10 AGG Rn. 33.

mithilfe der Betriebszugehörigkeit die bisherige Loyalität des Arbeitnehmers gegenüber dem Betrieb bemessen.<sup>44</sup> Unterstützend greift das BAG auf einen Befriedungsgedanken zurück und misst dem Kriterium des Dienstalters „hohe Transparenz und Praktikabilität“<sup>45</sup> zu.

Geht man von der langjährigen Beschäftigung auf ein und demselben Arbeitsplatz aus, scheint die vom BAG befürchtete Qualifikationsverengung ein valides Argument. Allerdings mangelt es auch hier an gesicherten Erkenntnissen, dass eine lange Betriebszugehörigkeit generell zu schlechteren Arbeitsmarktchancen führt. Zudem bleibt unberücksichtigt, dass die Betriebszugehörigkeit gleichzeitig Berufserfahrung indiziert, die sich wiederum positiv auswirkt.<sup>46</sup>

Folgendes Beispiel mag die Konsequenzen der bisher vom BAG gebilligten Sozialplanpraxis verdeutlichen: Eine 33-jährige alleinerziehende Mutter mit zwei kleinen Kindern, die nach der Ausbildung wenige Jahre gearbeitet hat und sich seitdem in Elternzeit befindet, hätte nach dieser Argumentation geringere Nachteile auf dem Arbeitsmarkt zu erwarten als ein gleichaltriger alleinstehender Arbeitnehmer ohne Unterhaltspflichten, der zwölf Jahre lang in einem Betrieb gearbeitet hat. In der Realität wird freilich letzterer die besseren Arbeitsmarktperspektiven haben. Mit der Überbrückungsfunktion von Sozialplänen ist diese Konsequenz nicht zu vereinbaren.

Schließlich vermag auch der vom BAG wiederholt angeführte Befriedungsaspekt die Differenzierung nicht zu tragen. Das Bedürfnis, der Belegschaft transparente Maßstäbe präsentieren zu können<sup>47</sup>, ist zwar nachvollziehbar. Allerdings gibt es neben der Betriebszugehörigkeit weitere objektive Bemessungskriterien wie Unterhaltspflichten oder eine Schwerbehinderung. Anciennitätsregeln sind zwar weit verbreitet<sup>48</sup>; über ihre Zulässigkeit sagt dies jedoch nichts aus. Mangels eines sachlichen Grundes liegt danach in der anspruchserhöhenden Wirkung jedes einzelnen Dienstjahres ohne Rücksicht auf die individuelle Betroffenheit eine mittelbare Benachteiligung Jüngerer.<sup>49</sup>

Da die Divisorformel neben dem Bruttomonatsgehalt kumulativ an das Alter und die Betriebszugehörigkeit anknüpft, verstößt sie sogar doppelt gegen das in § 7 I AGG statuierte Diskriminierungsverbot.

### III. Benachteiligung Älterer durch Abfindungsminderung bei Rentenansprüchen

Angesichts der ohnehin durch Sozialpläne generierten exorbitanten Kosten liegt es im Unternehmerinteresse, diese zumindest so gering wie möglich zu halten. Eine beliebte Methode der Mittelbegrenzung sind daher Klauseln, nach denen Personen, die durch den Bezug von Altersrente wirtschaftlich abgesichert sind, geringere Abfindungen erhalten oder von Abfindungsleistungen ausgeschlossen sind. Es liegt auf der Hand, dass ältere Arbeitnehmer aufgrund ihrer Rentennähe durch eine solche Regelung im Vergleich zu jüngeren Kollegen schlechter gestellt werden.<sup>50</sup> In der Anknüpfung an den Bezug von Altersrente und, damit verbunden, an das Renteneintrittsalter liegt eine unmittelbare verdeckte Diskriminierung i.S.v. § 3 I AGG.

#### 1. Keine wesentlichen Neuerungen?

Im Juni 2007 musste sich das LAG Köln als eines der ersten Gerichte mit der Zulässigkeit von Kürzungen und dem Aus-

schluss von Abfindungen bei Rentenberechtigung befassen.<sup>51</sup> Das LAG Köln hielt diese Regelung sowohl unter dem bisherigen Maßstab des § 75 BetrVG als auch nach dem AGG für zulässig. Maßgeblich hierfür war, dass § 10 S. 3 Nr. 6 AGG die bisherige BAG-Rechtsprechung aufgreift. Danach waren entsprechende Klauseln zulässig, da Personen, die anderweitig abgesichert sind, im Vergleich zu Kollegen, die mit (längerer) Arbeitslosigkeit rechnen müssen, nur unwesentliche Nachteile erlitten.<sup>52</sup> Die Fortsetzung dieser Rechtsprechung auch nach Inkrafttreten des AGG wurde nunmehr vom BAG ausdrücklich bestätigt.<sup>53</sup>

Während diese Erwägungen grundsätzlich angesichts der Überbrückungsfunktion eine Kürzung zu tragen vermögen, ist die Reichweite der Rechtfertigung durch § 10 S. 3 Nr. 6 AGG und der insoweit uneingeschränkten Billigung dieser Sozialplanpraxis durch das BAG nicht unproblematisch. Zwar ist es einleuchtend, dass Rentenberechtigte eine andere Sicherheit erfahren als Personen, die nunmehr auf ALG I oder ALG II zurückgreifen müssen. Gleichzeitig muss jedoch sichergestellt werden, dass die Einbuße der Älteren ihren jüngeren, bedürftigen Kollegen zugute kommt. Verweist eine Regelung den Arbeitnehmer statt einer Abfindung auf den Bezug von Arbeitslosengeld oder zwingt ihn in den Vorruhestand, wälzt das Unternehmen die Kosten des Personalabbaus (teilweise) auf die Allgemeinheit ab. Dies ist jedoch weder rechtspolitisch noch gesamtwirtschaftlich tragbar.<sup>54</sup> Insofern muss der Sozialplan auch im Rahmen von § 10 S. 3 Nr. 6 AGG ein legitimes Ziel verfolgen.

#### 2. Maßstab der wirtschaftlichen Absicherung

Während § 10 S. 3 Nr. 6 AGG bei einer bestehenden Rentenberechtigung von der wirtschaftlichen Absicherung der Beschäftigten ausgeht, ist diese Vermutung in der Praxis nicht unproblematisch, zumal sich sowohl das Gesetz als auch die Rechtsprechung einer Präzisierung des Begriffs der wirtschaftlichen Absicherung enthalten. Im Folgenden ist daher zu differenzieren.

Sieht ein Sozialplan den Ausschluss von Abfindungen vor, sobald die Möglichkeit des Vorruhestands besteht, ist dies entgegen der bisherigen Rechtsprechung nicht zu rechtfertigen, solange mit der Inanspruchnahme vorzeitiger Altersrente gekürzte Bezüge einhergehen. Ansonsten zwingt der Arbeitgeber ältere Arbeitnehmer *de facto* in eine ungünstigere wirt-

<sup>44</sup> BAG, NZA 1994, 1147, 1148.

<sup>45</sup> BAG, NZA 2002, 451, 452.

<sup>46</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-17/05 – *B. F. Cadman/Health & Safety Executive*, Slg. 2006, I-9608.

<sup>47</sup> BAG, NZA 2003, 1287, 1289; BAG, NZA 2002, 451, 452.

<sup>48</sup> Vgl. *Bispinck*, Tarifliche Senioritätsregelungen, S. 11 f., [http://www.boeckler.de/pdf/p\\_ta\\_elemente\\_senioritaetsregelungen.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_ta_elemente_senioritaetsregelungen.pdf) (zuletzt aufgerufen am 20.04.2009).

<sup>49</sup> *Kittner/Deinert*, in: *Kittner/Zwanziger* (Hrsg.), *Arbeitsrecht*<sup>4</sup>, 2007, § 17 Rn. 33; *Löwis*, DB 2006, 1729, 1731; *Schmidt*, in: *Schiek* (Fn. 34), § 10 Rn. 32; a.A. *Hanau*, ZIP 2006, 2189, 2196.

<sup>50</sup> Existieren unterschiedliche Renteneintrittsalter für Männer, Frauen und/oder Schwerbehinderte (vgl. § 37 SGB VI), besteht zugleich das Problem einer mittelbaren Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts (vgl. hierzu EuGH, Rs. C-19/02 – *Hlozek*, Slg. 2004, I-11491) oder einer Behinderung, da der Abfindungsausschluss dementsprechend früher eingreift.

<sup>51</sup> LAG Köln, BB 2007, 2572 ff.

<sup>52</sup> BAG, NZA 1997, 165, 166 f.

<sup>53</sup> BAG, NZA 2009, 210 ff.

<sup>54</sup> Ebenso *Giesen*, NZA 2008, 905, 907.

schaftliche Situation.<sup>55</sup> Diese wirtschaftlichen Nachteile sind also in jedem Fall ausgleichspflichtig.

Anders sind grundsätzlich Klauseln zu bewerten, die lediglich Kürzungen für rentennahe Arbeitnehmer vorsehen bzw. Abfindungen bei Rentenberechtigung ausschließen. Da Abfindungen den Zeitraum von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zum Renteneintritt überbrücken sollen, kann man den durch die Betriebsänderung entstehenden wirtschaftlichen Nachteil konkret bemessen<sup>56</sup>. Ist es jedoch möglich, die Nachteile genau zu bestimmen, steht einer solchen Abfindungsbemessung nichts entgegen.<sup>57</sup> Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch, besser gestellt zu werden, als er gestanden hätte, wenn er bis zum Rentenalter weitergearbeitet hätte.<sup>58</sup> Eine Abfindungskürzung für rentennahe sowie sogar ein Abfindungsausschluss für rentenberechtigte Arbeitnehmer scheinen unter diesen Gesichtspunkten angemessen, eine hinreichende Absicherung gegeben. Dagegen lässt sich zwar einwenden, dass einige Arbeitnehmer über das Regelrenteneintrittsalter hinaus arbeiten<sup>59</sup>, etwa weil sie ihren Lebensstandard ansonsten nicht aufrecht erhalten könnten. Diesen wird ihre Erwerbsquelle nun ersatzlos genommen. Zudem kann es für ältere Arbeitnehmer aufgrund von Unterhaltspflichten oder anderweitiger Verpflichtungen ebenso schwierig sein, die Einkommensausfälle zu verkraften.<sup>60</sup> Üblicherweise arbeiten Arbeitnehmer jedoch nur bis zum Regelrenteneintrittsalter, sodass der Überbrückungszeitraum bei Rentenberechtigten mit Null angesetzt werden kann. Bei der Berechnung müssen zwar individuelle Faktoren berücksichtigt werden; der Arbeitgeber muss jedoch nicht sämtliche tatsächliche Nachteile, die der Arbeitnehmer erleidet, ausgleichen.<sup>61</sup>

Eine Klausel, die Abfindungen bei Rentennähe ausschließt bzw. vermindert, ist daher nach Inkrafttreten des AGG nur noch zulässig, soweit eine verlustfreie Absicherung der Betroffenen tatsächlich sichergestellt ist.<sup>62</sup>

#### IV. Benachteiligung Älterer durch Höchstbetragsklauseln

Um für das Sozialplanvolumen auf eine sichere Berechnungsgröße zurückgreifen zu können, enthalten Sozialpläne häufig zudem sog. Höchstbetragsklauseln, mit denen die Maximalabfindung auf einen Betrag festgesetzt wird. Zugleich sollen diese Klauseln einer „Übersorgung“ von Arbeitnehmern vorbeugen.<sup>63</sup>

##### 1. Schlechterstellung durch Nivellierung

Diese durchaus nachvollziehbaren Motive können jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass insbesondere ältere Beschäftigte von den Höchstbetragsklauseln nachteilig betroffen sind. Aufgrund der bisher gängigen, an Alter und Betriebszugehörigkeit anknüpfenden Berechnungsformeln erhalten sie typischerweise hohe Abfindungen und kommen daher auch eher mit den Kappungsgrenzen in Berührung.<sup>64</sup> Zwar wird in der neueren Rechtsprechung teilweise bereits das Vorliegen einer Ungleichbehandlung mit dem Argument verneint, dass ältere Arbeitnehmer nicht schlechter, sondern trotz ihres Alters gleich gestellt würden<sup>65</sup>. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass Ziel des AGG keine absolute Ergebnisgleichheit ist, sondern die Beseitigung von Benachteiligungen.<sup>66</sup> Erhält ein Arbeitnehmer nach jahrzehntelanger Betriebszugehörigkeit zwar absolut gesehen die gleiche Abfindung, relativ gesehen aber nur einen minimalen Bruchteil des Abfindungsbetrags eines erst wenige Monate im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmers, liegt eine Ungleichbehandlung vor.<sup>67</sup> Im Übrigen

geht auch der Gesetzeswortlaut des § 10 S. 3 Nr. 6 AGG von einer Staffelung und eben keiner Nivellierung aus.

##### 2. Tatbestandsausschluss, § 3 II Hs. 2 AGG

Die Zulässigkeit der durch die Höchstbetragsklauseln verursachten mittelbaren Schlechterstellung wurde bislang vom BAG mit dem Ermessen der Betriebsparteien verteidigt: Da diese entscheiden könnten, welche Nachteile sie entschädigen, seien sie auch berechtigt, Arbeitnehmer von Abfindungen ganz oder teilweise auszuschließen.<sup>68</sup> Verstärkend rekurrierte das BAG wiederum auf den Aspekt der Verteilungsgerechtigkeit. Da nur begrenzte Ressourcen zu Verfügung stünden, müssten diejenigen zurückstehen, die bereits hohe Abfindungsbeträge erhielten.<sup>69</sup>

Der vom BAG angesprochene Versuch optimaler Allokation ist grundsätzlich billigenwert. Hierbei muss jedoch wiederum sichergestellt werden, dass das durch Höchstbetragsklauseln erzielte „freie“ Volumen tatsächlich der Belegschaft zugute kommt. Zusätzlich muss die Verhältnismäßigkeit der Kappungsgrenzen gewährleistet sein. Das bedeutet zum einen, dass zu niedrig angesetzte Höchstbeträge unzulässig sind. Zum anderen müssen sie erforderlich sein, um eine Überbeanspruchung des Sozialplantopfes zu verhindern. Ist eine mit den Arbeitsmarktchancen korrespondierende Abfindung jüngerer Arbeitnehmer ohne die Aufnahme von Höchstbetragsklauseln möglich, ist eine Begrenzung nicht zur Zielerreichung erforderlich. Zudem sind bei ihrer Bemessung die widerstreitenden Interessen von jüngeren und älteren Arbeitnehmern abzuwägen. Jüngere befinden sich in der Regel im Aufbau ihrer Existenz, Ältere sind an ihren Lebensstil gewöhnt. Damit vereinbar ist jedenfalls eine Beschränkung auf das, was der Arbeitnehmer bei Beibehaltung seiner Beschäftigung erhalten hätte.<sup>70</sup> Eine darüber hinaus gehende Kürzung lässt sich nach Inkrafttreten des AGG jedoch jeden-

<sup>55</sup> Nicolai (Fn. 12), Rn. 343; a.A. BAG, NZA 1989, 25; Krieger/Arnold, NZA 2008, 1153, 1157.

<sup>56</sup> BAG 28.10.1992, 10 AZR 489/91 (nv); LAG Berlin-Brandenburg, AE 2008, 124 ff.

<sup>57</sup> Vgl. BAG 28.10.1992, 10 AZR 489/91 (nv); BAG, NZA 1985, 717.

<sup>58</sup> Leuchten, NZA 2002, 1254, 1260; Lingscheid, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, 2004, S. 250; a.A. Temming, RdA 2008, 205, 215.

<sup>59</sup> So auch Temming, der eine solche Kappung nur für zulässig hält, wenn im Arbeitsvertrag eine Altersgrenze vereinbart ist, RdA 2008, 205, 215.

<sup>60</sup> Dies erkennt auch Schweibert (Fn. 5), S. 1001, 1008.

<sup>61</sup> Vgl. BAG, NZA 2005, 302, 305; Krieger/Arnold, NZA 2008, 1153, 1157.

<sup>62</sup> So auch Schweibert (Fn. 5), S. 1001, 1011; Thüsing (Fn. 5), E Rn. 450; a.A. Krieger/Arnold, NZA 2008, 1153 ff. Auf Basis dieser Erwägungen sind auch pauschale Abfindungsausschlüsse für Berufsanfänger unzulässig: Diese sind in der Regel weder „abgesichert“ noch – mangels Berufserfahrung – leicht vermittelbar. Auch dort muss eine individuelle Betrachtung erfolgen.

<sup>63</sup> Vgl. Preis, Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, B, S. 102; Schweibert (Fn. 5), S. 1001, 1011.

<sup>64</sup> Grobys/von Steinau-Steinrück, Anm. zu BAG 2.10.2007, NJW Spezial 2/2008, 50, 51; dies erkennt auch das BAG an, zuletzt BAG 23.1.2008, 1 AZN 575/07 (nv).

<sup>65</sup> BAG 23.1.2008, 1 AZN 575/07 (nv); LAG Köln, AE 2008, 138 ff.

<sup>66</sup> Das AGG strebt keine Ergebnisgleichheit an, sondern soll Benachteiligungen verhindern oder beseitigen, vgl. Rühl/Schmid/Viethen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, S. 45. Zum Unterschied zwischen Gleichbehandlung und Gleichstellung vgl. Fastrich, RdA 2000, 65, 67.

<sup>67</sup> Kreuzt, in: FS Wolf, 1985, S. 309, 331; Temming, RdA 2008, 205, 213.

<sup>68</sup> BAG, NZA 1989, 28, 30; vgl. Thüsing (Fn. 5), E Rn. 448 f.

<sup>69</sup> Vgl. BAG, NZA 2000, 732; BAG, NZA 1991, 692, 693.

<sup>70</sup> Vgl. Leuchten, NZA 2002, 1254, 1260.

falls nicht mehr mit dem weiten Ermessen der Betriebsparteien begründen.

### C. Folgen

Ist eine Regelung unzulässig, ordnet § 7 II AGG ihre automatische Nichtigkeit an. Mangels Übergangsfristen gilt dies ausnahmslos für alle Vereinbarungen, die in den Anwendungsbereich des AGG fallen. Nicht gesetzlich geregelt ist, was an die Stelle der unwirksamen Regelung tritt<sup>71</sup>. Für die Vergangenheit gewähren BAG und EuGH im Falle einer sachwidrigen Nicht-Begünstigung regelmäßig einen Anspruch auf Gleichstellung mit den nicht benachteiligten Arbeitnehmern (sog. Anpassung nach oben)<sup>72</sup>, während das Entgeltniveau für die Zukunft nach unten angepasst werden kann<sup>73</sup>.

### D. Fazit

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass das AGG die Sozialplanpraxis verkompliziert. Eine branchenübergreifende,

jahrzehntlang unveränderte Berechnungsformel gibt es danach nicht mehr. Aufgrund des erheblichen Kostenrisikos einer Anpassung nach oben ist für die Praxis anzuraten, in die Abfindungsberechnung eine Vielzahl von Kriterien einfließen zu lassen. Alter und Betriebszugehörigkeit sind kein Tabu, dürfen jedoch nur zwei von mehreren Faktoren sein, die nach der jeweiligen Arbeitsmarktrelevanz zueinander gewichtet werden. ■

<sup>71</sup> Vgl. *Adomeit/Mohr* (Fn. 12), § 7 Rn. 15; *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 333.

<sup>72</sup> Statt vieler EuGH, Rs. C-187/00 – *Helga Kutz-Bauer/Freie und Hansestadt Hamburg*, Slg. 2003, I-2741, Rn. 75; BAG, NZA 2002, 1334, 1335; zustimmend von *Steinau-Steinrück/Schneider/Wagner*, NZA 2005, 28, 30; **krit.** *Wank*, in: FS Wissmann, 2005, S. 599, 617; *Wolf*, in: FS Hromadka, 2008, S. 512, 525; zustimmend in Bezug auf Tarifverträge *Henssler/Tillmanns*, in: FS Birk, 2008, S. 179, 188 ff.

<sup>73</sup> BAG, NZA 1996, 48, 52; *Adomeit/Mohr* (Fn. 12), § 7 Rn. 15; *Sievers*, Die mittelbare Diskriminierung im Arbeitsrecht, 1997, S. 156 f.

Marcus Seyfarth, Freiburg\*

## Open Access – Ist der offene Wissenszugang für alle der bessere Weg?!

### A. Einführung

Im Bereich der Software legte der sog. *Common-goods-Ansatz*<sup>1</sup> unter dem Schlagwort *Open Source* eine echte Erfolgsgeschichte hin.<sup>2</sup> Wohl auch vor diesem Hintergrund wird den Beziehern wissenschaftlicher Informationen plötzlich klar, dass Immaterialgüterrechte nicht nur Schutz für ihre Arbeitsergebnisse zu gewähren vermögen, sondern dass sie auch zu einem hindernden Faktor werden können<sup>3</sup> und dadurch die Akzeptanz des geistigen Eigentums gefährden.<sup>4</sup> Der vor diesem Hintergrund in der Wissenschaft im Vordringen befindliche *common-goods-Ansatz*, genannt *Open Access* (OA), soll im Folgenden näher beleuchtet werden. Zunächst (unter B.) wird die sogenannte *publication crisis* als eigentlicher Anlass für die OA-Bewegung skizziert, sodann das *Open-Access-Konzept* selbst (unter C.) vorgestellt. Im Anschluss hieran werden die Rechtsbeziehungen zu den Endnutzern einer OA-Veröffentlichung beschrieben (unter D.).

Unter *Open Access* als Prinzip wird im Folgenden das allgemeine und freie Zugänglichmachen von wissenschaftlichen Texten verstanden, das es erlaubt, den Artikel zu lesen, für persönliche und wissenschaftliche Zwecke – unter der korrekten Angabe der Quelle – zu verwenden, nach Bedarf abzuspeichern sowie Ausdrucke anzufertigen.<sup>5</sup>

### B. Publication Crisis

#### I. Hintergrund und Auswirkungen

Das *Desktop Publishing* vereinfachte das Publizieren von wissenschaftlichen Texten während der letzten Jahrzehnte in großem Maße. Mit Gewinn für die Verleger: Schriftsetzer wurden durch Computerprogramme überflüssig, die Autoren übernahmen fortan deren Arbeit. Begleitet wird diese Entwicklung von einer zunehmenden Konzentration auf dem Verlagsmarkt, was in einigen Fachwissenschaften wohl schon zu oligopol- bzw. monopolartigen Strukturen geführt hat.<sup>6</sup> Trotz Senkung der Druckkosten sanken die Preise für Bücher und Zeitschriften nicht, sondern stiegen im Vergleich zur allgemeinen Kostenentwicklung stark an.<sup>7</sup> Die ehemalige Präsi-

dentin des Bundesverfassungsgerichts, Limbach, warnte bereits 1996: „Es wäre für den gesamten Rechtsbereich folgenreich, wenn aufgrund finanzieller Zwänge und der IT die pluralistische Struktur des rechtswissenschaftlichen Verlagswesens in Frage gestellt würde.“<sup>8</sup>

Zwar wurde durch die Digitalisierung von Texten und das Internet zunächst die Möglichkeit eröffnet, auch an bislang schlecht erschließbare Inhalte zu gelangen. Diese Technik kann nun aber auch von marktbeherrschenden Unternehmen dazu eingesetzt werden, den Zugang zu den begehrten Inhalten nur noch unter unangemessenen Bedingungen zu gewähren.<sup>9</sup> Sollten die Inhalte nur noch über restriktive Onlineportale oder -datenbanken einsehbar sein, schränkt dies den Wis-

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Der Artikel ging aus einer Seminararbeit zum Urheberrecht bei Prof. *Thomas Dreier* und Prof. *Maximilian Haedicke* im Rahmen des Schwerpunktstudiums hervor. Jene wurde hierfür grundlegend überarbeitet und aktualisiert.

<sup>1</sup> *Pfeifer*, ILC 2008, 679, 679 ff.; *Spindler*, Vorwort, in: Spindler (Hrsg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen*, 2006, [http://univerlag.uni-goettingen.de/OA-Leitfaden/oaleitfaden\\_web.pdf](http://univerlag.uni-goettingen.de/OA-Leitfaden/oaleitfaden_web.pdf) (04.08.2007), I-II, I.

<sup>2</sup> *Bargheer/Bellem/Schmidt*, *Open Access und Institutional Repositories – Rechtliche Rahmenbedingungen*, in: Spindler (Fn. 1), Rn. 1.

<sup>3</sup> *Hilty*, GRURInt 2006, 179, 180.

<sup>4</sup> *Pfeifer* (Fn. 1), 681.

<sup>5</sup> *Bargheer*, *Auswege aus der Publication Crisis?*, in: Hagenhoff (Hrsg.), *Internetökonomie der Medienbranche*, 2006, [http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2006/mediaconomy\\_book.pdf](http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2006/mediaconomy_book.pdf) (04.08.2007), S. 173, 178.

<sup>6</sup> *Schüngel*, *Auswirkungen des Electronic Commerce auf juristische Fachverlage*, 2002, S. 55 f.; *Sietmann*, <http://www.heise.de/ct/06/12/190/> (10.08.2007): „der Verlag C. H. Beck gehört zu den großen deutschen Buch- und Zeitschriftenverlagen und dominiert mit über 7000 lieferbaren Werken von mehr als 4.500 aktiven Autoren und mit einer jährlichen Produktion von mehr als 1000 Neuerscheinungen und aktualisierten Neuaufgaben den Markt für rechtswissenschaftliche Literatur.“

<sup>7</sup> Siehe <http://www.bibliothek.uni-regensburg.de/pdf/krise.pdf>, S. 3 (14.08.2007).

<sup>8</sup> Zitiert in: *Schüngel*, (Fn. 6), S. 56.

<sup>9</sup> *Hilty* (Fn. 3), 180.

senszugang über Gebühr ein. Gerade für Studenten ist jede Art der Restriktion alles andere als wünschenswert.<sup>10</sup> Sie sind mangels finanzieller Eigenressourcen und der hohen Studentenzahl gleich mehrfach gegenüber den anderen Beziehern von Wissenschaftspublikationen benachteiligt.

Der Impuls, auf die *Publication Crisis* zu reagieren, geht im Wesentlichen zurück auf (1.) staatliche Geldnöte,<sup>11</sup> (2.) neu erkannte Möglichkeiten des Informationsaustausches und (3.) überzogene Gewinnvorstellungen einiger Verlagshäuser.<sup>12</sup> Auf den ersten Blick erscheint die Situation in der Tat grotesk: Die öffentliche Hand zahlt, um Forschung zu ermöglichen, und muss die veröffentlichten Resultate später noch einmal erwerben - wieder mit öffentlichen Geldern.<sup>13</sup> Wofür sollten Forscher, die sich letztlich gegenseitig mit elektronischen Informationen bedienen, den Verleger noch bezahlen? Einen zusätzlichen Mehrwert vermag dieser zwar in der elektronischen Datenverwaltung, dem Unterhalt der gesamten Informationsinfrastruktur sowie vor allem aber durch die Veredelung der elektronischen Daten zu erbringen. Im Kern trifft die Frage allerdings die wunde Stelle:<sup>14</sup> Was ist der richtige Preis für den Zugang zu wissenschaftlichen Informationen und wer hat ihn zu bezahlen?<sup>15</sup>

## II. Entstehung der Gegenbewegung zum etablierten System

Wenn der Gesamtwert solcher vom Verleger beigesteuerten Leistungen als sehr gering und der Preis für ein Onlineangebot als sehr hoch empfunden wird, so wächst die Motivation, sich nach Alternativen umzuschauen.<sup>16</sup> Eine solche Alternative bietet die OA-Bewegung, welche die Frage nach dem richtigen Preis – jedenfalls in Bezug auf die Endnutzer – mit „kostenlos“ beantwortet.

### C. Open Access Bewegung

Im folgenden Abschnitt soll zunächst der Begriff *Open Access* erörtert werden. Dem folgt eine Gegenüberstellung von Vorteilen offenen Publizierens einerseits und von Bedenken hiergegen andererseits. Neue Publikationswege und Geschäftsmodelle werden anschließend ebenfalls kurz vorgestellt.

#### I. Der Begriff

Können registrierungspflichtige Angebote noch *Open Access* sein? Müssen OA-Autoren die Verwertungsrechte an die Öffentlichkeit abgeben, also Download, Spiegelung und Druck zulassen?<sup>17</sup> Vorweg erwähnt sei, dass der Begriff noch im Fluss ist. Verschiedene Gremien setzten sich damit auseinander und die durch sie entstandenen Dokumente sind als Forderungen der OA-Bewegung zu verstehen.<sup>18</sup> Allen gemeinsam ist, dass ein weitaus größerer Umfang an Nutzungs- und Verwertungsrechten eingeräumt wird, als dies im althergebrachten Publikationswesen der Fall ist.

Eine besonders wichtige Definition findet sich in der Berliner Deklaration, die weite internationale Beachtung gefunden hat und auf einer Konferenz der Max-Planck-Gesellschaft im Jahr 2003 entstanden ist.<sup>19</sup> Die dort gefassete Definition ist eine Maximalforderung. Sie verlangt vom Autor, der Allgemeinheit dauerhaft alle abtretbaren Nutzungsrechte einzuräumen. Dies schließt beispielsweise die Befugnis ein, abgeleitete Werke aus dem ursprünglichen

Text herzustellen. Eine solch weitgehende Rechteerräumung ist aber sicher nicht in jedem Fall erforderlich und sinnvoll. Ein Mindestmaß an Kontrolle darüber, wie ihre Werke genutzt werden dürfen, sollte den Autoren verbleiben, sodass sie weiterhin „Herren ihres Werkes“ sind. Die Regelung konkreter Befugnisse in einer der Publikation beigefügten Lizenz ist daher empfehlenswert. Auf die möglichen Lizenzvarianten, wie etwa die *Creative Commons* oder die *Digital Peer Publishing Initiative*, wird später genauer einzugehen sein.<sup>20</sup>

Die Minimalforderung an *Open Access* beschränkt sich hingegen auf den kostenfreien Lesezugriff und wird mit der Wahrung der Authentizitätsfunktion des Autors gerechtfertigt.<sup>21</sup>

## II. Vorteile von Open Access

### 1. Sichtbarkeit, Wirksamkeit und Kosten

Der wesentliche Vorteil von OA-Publikationen wird häufig<sup>22</sup> mit den Begriffen Sichtbarkeit und Wirksamkeit umschrieben. Sichtbarkeit und Wirksamkeit tragen zusammen zum Renommee von Autoren bzw. ihrer Institution bei.<sup>23</sup> Der Leserkreis erweitert sich über das reine wissenschaftliche Fachpublikum hinaus.<sup>24</sup> Die Wahrscheinlichkeit, dass atypische Nutzer auf den Artikel zugreifen, sinkt nämlich rapide, wenn Zugangsschranken sie vom Inhalt abhalten.<sup>25</sup> Die globale kostenfreie Verfügbarkeit führt aber auch innerhalb der Wissenschaft zu einer verstärkten Nutzung, die wiederum eine vermehrte Zitierung zur Folge hat, wie Studien empirisch belegen.<sup>26</sup> Zudem werden kostenlos verfügbare Werke deutlich früher zitiert.<sup>27</sup> Denn OA-

<sup>10</sup> Seyfarth, <http://seylaw.blogspot.com/2007/02/studenten-von-heimnutzung-der.html> (10.08.2007): „Statt mit dem Fortschritt der technischen Entwicklung voran zu schreiten und dem technisch versierten Jurastudenten eine wesentliche Erleichterung seiner Arbeit zu gestatten, wird nun der entgegengesetzte Weg eingeschlagen“.

<sup>11</sup> Insbesondere der Bundesrat forderte eine Ergänzung zum § 38 I UrhG (BR-Drs. 257/06, 6). Die Bundesregierung griff den Vorschlag jedoch bislang nicht auf (lt. Gegenäußerung der BReg zu BR-Drs. 257/06, 3 f.).

<sup>12</sup> Hilty (Fn. 3), 182; Hansen, GRURInt 2005, 378, 379.

<sup>13</sup> Bargheer (Fn. 5), S. 175.

<sup>14</sup> Hilty (Fn. 3), S. 183.

<sup>15</sup> Hilty (Fn. 3), S. 182 f.

<sup>16</sup> Hilty (Fn. 3), S. 184.

<sup>17</sup> Bargheer (Fn. 5), S. 178.

<sup>18</sup> Insbesondere in Deutschland vom Wissenschaftsrat, s. [www.wissenschaftsrat.de/texte/4935-01.pdf](http://www.wissenschaftsrat.de/texte/4935-01.pdf) (24.08.2007); der Hochschulrektorenkonferenz, Neuausrichtung des Informations- und Publikationssystems der Deutschen Hochschulen, 2002, S. 2; und die Göttinger Erklärung von 2004, s. [www.urheberrechtsbuendnis.de/GE-Urheberrecht-BuW-Mitgl.pdf](http://www.urheberrechtsbuendnis.de/GE-Urheberrecht-BuW-Mitgl.pdf) (24.08.2007).

<sup>19</sup> [www.zim.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html](http://www.zim.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html) (10.08.2007), die deutsche Fassung enthält nicht den Teil über abgeleitete Werke, im Ganzen ist nur die englische Version verbindlich.

<sup>20</sup> Vgl. <http://creativecommons.org/licenses> (10.08.2007) und [www.dipp.nrw.de/lizenzen/](http://www.dipp.nrw.de/lizenzen/) (10.08.2007).

<sup>21</sup> Graf, [www.uni-dortmund.de/listen/inetbib/msg23047.html](http://www.uni-dortmund.de/listen/inetbib/msg23047.html) (17.01.2009); vgl. Pfeifer, GRUR 2009, 23.

<sup>22</sup> Bargheer/Bellem/Schmidt (Fn. 2), S. 11; Übersicht von Studien: <http://opcit.eprints.org/oacitation-biblio.html> (17.01.2009).

<sup>23</sup> [http://open-access.net/de/allgemeines/gruende\\_und\\_vorbehalte/gruende\\_fuer\\_oa/](http://open-access.net/de/allgemeines/gruende_und_vorbehalte/gruende_fuer_oa/) (10.08.2007).

<sup>24</sup> Eysenbach, [www.jmir.org/2006/2/e8/](http://www.jmir.org/2006/2/e8/) (08.11.2008).

<sup>25</sup> Eysenbach, [www.jmir.org/2006/2/e8/](http://www.jmir.org/2006/2/e8/) (08.11.2008).

<sup>26</sup> Eysenbach, PLoS Biol 2006, E 157, 4, 5.

<sup>27</sup> Lawrence, <http://citeseer.ist.psu.edu/online-nature01/> (14.08.2007); Harnad/Brody, [www.dlib.org/dlib/june04/harnad/06harnad.html](http://www.dlib.org/dlib/june04/harnad/06harnad.html) (14.08.2007).

Publikationen erscheinen nach Einreichen des Manuskripts in der Regel schneller als konventionelle Medien, da der durchgängig elektronische Arbeitsprozess eine zügige redaktionelle Bearbeitung, Begutachtung und Bereitstellung ermöglicht und die Zeit für Druck und Distribution wegfällt. Schließlich ist der Informationszugang weitgehend unabhängig von den zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln möglich.<sup>19</sup> So ist sichergestellt, dass wirklich jeder auf wissenschaftliche Informationen zugreifen und diese nutzen kann.<sup>20</sup>

## 2. Gute Auffindbarkeit über Suchmaschinen und Nachweisdienste

Die veröffentlichten Publikationen werden in der Regel durch - internationalen Standards entsprechenden - Metadaten, Abstracts und Schlagwörtern angereichert und sind über Suchmaschinen auffindbar. Sie sind in Nachweisdiensten, die von Wissenschaftlern einer Disziplin oder eines Arbeitsgebiets häufig genutzt werden, ebenfalls gut erschlossen. Weitere Mehrwertdienste (z.B. Alerting-Dienste, Zitatnachweise, Referenzverknüpfungen) erhöhen den Nutzen zusätzlich. Zitatnachweise von OA-Publikationen liefern beispielsweise ein wesentlich aktuelleres und vollständigeres Bild der Nachnutzung wissenschaftlicher Erkenntnisse als konventionelle Dienste, die nur traditionell publizierte Arbeiten auswerten.<sup>21</sup>

## 3. Förderung der internationalen und interdisziplinären Zusammenarbeit sowie der Forschungseffizienz

Die weltweite Vernetzung wissenschaftlichen Wissens fördert die Internationalisierung der Wissenschaft und die interdisziplinäre Zusammenarbeit.<sup>22</sup> Die OA-Bewegung hilft dabei, die digitale Spaltung zwischen reich und arm zu überwinden und alle an den Forschungsergebnissen der weltweiten wissenschaftlichen Gemeinschaft teilhaben zu lassen. Unter einer OA-Lizenz veröffentlichte Texte sind zudem, im Gegensatz zu urheberrechtlich weitergehend geschützten Texten, ohne Weiteres einer Übersetzung zugänglich. Darüber hinaus wird die kooperative Zusammenarbeit an komplexen Forschungsproblemen erleichtert. Das verkürzt den Forschungszyklus und fördert die Effizienz.<sup>23</sup>

## 4. Stärkung des Autors und des pluralistischen Verlagswesens

Durch die OA-Lizenzen haben Autoren die Möglichkeit, den Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte selbst exakt zu definieren.<sup>24</sup> Im klassischen Publikationswesen werden aufgrund der traditionell stärkeren Verhandlungsposition der Verlage meist sämtliche Nutzungsrechte an die Verlage übertragen, die fortan über die Werknutzung entscheiden dürfen.

Zudem steuert OA einem Marktversagen im Verlagswesen entgegen, denn offenes Publizieren hilft pluralistische Strukturen zu erhalten und sich aus finanziellen Zwängen zu befreien.<sup>25</sup>

## III. Bedenken gegenüber Open Access

Im Folgenden wird auf zwei Bedenken eingegangen, die OA-Publikationen maßgeblich entgegen gehalten werden.

### 1. Mangelnde Qualität?

Manche Autoren befürchten Qualitätseinbußen.<sup>26</sup> Als Gründe werden u.a. die geringe Etablierung, mangelndes Renommee und eine unzureichende Qualitätskontrolle der OA-Zeitschriften genannt. Renommee und Qualität einer Zeitschrift sind allerdings keine Frage des zugrunde liegenden Geschäftsmodells. So gibt es unterschiedliche Niveaus bei kostenpflichtigen wie kostenlosen Angeboten. Ein Maßstab zum Ermitteln von Renommee ist der sogenannte *Impact Factor*. Dieser misst, wie oft andere Zeitschriften einen Artikel aus jener – in Relation zur Gesamtzahl der dort veröffentlichten Artikel – zitieren. Je höher dieser Faktor, desto angesehen ist eine Fachzeitschrift. Verschiedene OA-Publikationen erzielten gemessen an diesem Faktor innerhalb kürzester Zeit ein hohes Ansehen.<sup>27</sup> Was die Bedenken bzgl. der Qualität angeht, so lässt sich das traditionelle Qualitätssicherungsverfahren (*peer review*) ohne Änderungen auf OA-Publikationen übertragen, sodass ein Nachteil von *Open Access* insoweit nicht zu erkennen ist. Auch sind neue interaktive Ansätze zur Qualitätssicherung unter Einbeziehung der gesamten wissenschaftlichen Gemeinschaft möglich.<sup>28</sup>

### 2. Unzureichende Archivierung?

Autoren<sup>29</sup> äußern ferner Zweifel, ob ihre Arbeiten langfristig auffindbar, lesbar und inhaltlich unverändert bleiben.<sup>30</sup> Die Frage des Geschäftsmodells ist jedoch für die (technischen) Prozesse der Langzeitarchivierung irrelevant: Open-Access-Zeitschriften durchlaufen prinzipiell die gleichen technischen Verfahrensabläufe wie kommerzielle Onlinepublikationen.<sup>31</sup> Für diese Gleichbehandlung im Kontext der Langzeitarchivierung sorgt schon das Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG).<sup>32</sup> Es verpflichtet die Bibliothek in seinen §§ 2, 3 zur Sammlung aller Medienwerke, die ab 1913 in Deutschland, in deutscher Sprache oder über Deutschland erschienen sind. Dieser gesetzliche Sammlauftrag ist verbunden mit der Verpflichtung zur dauerhaften Bewahrung und Bereitstellung der archivierten Materialien.

## IV. Publikationswege

Bei OA-Publikationen sind zwei Veröffentlichungswege vorherrschend. Auf der einen Seite der „goldene“, auf der anderen der „grüne“ Weg. Als „goldener“ Weg werden

<sup>19</sup> Freilich bedarf es weiterhin der nötigen Infrastruktur wie Computer, Strom, Internetzugang etc.

<sup>20</sup> Vgl. Fn. 23.

<sup>21</sup> Vgl. Fn. 23.

<sup>22</sup> Vgl. Fn. 23.

<sup>23</sup> Swan, Open Access and the Progress of Science, [www.americanscientist.org/template/AssetDetail/assetid/55131](http://www.americanscientist.org/template/AssetDetail/assetid/55131) (14.08.2007).

<sup>24</sup> Vgl. Fn. 23.

<sup>25</sup> Pfeifer (Fn. 1), 681.

<sup>26</sup> Mann/v. Walter/Hess/Wigand, LMu – Munich School of Management Magazine<sup>5</sup>, 2007, 34, 37.

<sup>27</sup> Bsp. BioMed Central, [http://blogs.openaccesscentral.com/blogs/bmc-blog/entry/official\\_2007\\_impact\\_factors\\_show](http://blogs.openaccesscentral.com/blogs/bmc-blog/entry/official_2007_impact_factors_show) (17.01.2009).

<sup>28</sup> Bodenschatz/Pöschl, Qualitätssicherung bei Open Access, in: Deutsche Unesco Kommission (Hrsg.), Open Access – Chancen und Herausforderungen, 2007, [www.unesco.de/fileadmin/medien/Dokumente/Kommunikation/Handbuch\\_Open\\_Access.pdf](http://www.unesco.de/fileadmin/medien/Dokumente/Kommunikation/Handbuch_Open_Access.pdf) (16.08.2007), S. 50, 51, 54.

<sup>29</sup> Mann/v. Walter/Hess/Wigand (Fn. 26), 36.

<sup>30</sup> Schwens/Altenhöner, Langzeitarchivierung bei Open Access, in: Deutsche Unesco Kommission (Fn. 28), S. 55.

<sup>31</sup> Schwens/Altenhöner, in: Deutsche Unesco Kommission (Fn. 28), S. 56.

<sup>32</sup> BGBl. I 2006, 1338.

Erstveröffentlichungen von wissenschaftlichen Artikeln oder Monographien in einer OA-Zeitschrift bezeichnet.<sup>33</sup> Der „grüne“ Weg – auch unter dem Begriff *Self-Archiving* bekannt – bezeichnet die Veröffentlichung einer wissenschaftlichen Arbeit als Postprint oder Preprint.<sup>34</sup> Beim Preprint werden wissenschaftliche Arbeiten bereits vor der Veröffentlichung in einer kostenpflichtigen Zeitschrift im Internet kostenfrei angeboten. Preprints haben noch keinen Begutachtungsprozess durchlaufen. Die Nutzungsrechte liegen bei Preprints in der Regel noch beim Autor, so dass eine Veröffentlichung rechtlich unproblematisch ist.

Als Postprint wird die Zweitveröffentlichung nach der Erstveröffentlichung in einer kostenpflichtigen Zeitschrift bezeichnet. Diese Publikationen wurden in der Regel bereits im Rahmen der Erstveröffentlichung begutachtet. Einzelheiten zur Zulässigkeit des Postprint sind meist dem Verlagsvertrag, den der Autor mit dem Verlag geschlossen hat, zu entnehmen. Der Verlag hat in der Regel vorerst die ausschließlichen Nutzungsrechte und gestattet ggf. dem Autor eine Zweitpublikation nach Ablauf einer bestimmten Frist. Falls der Vertrag insoweit keine explizite Regelung trifft, kommen urheberrechtliche Auslegungsregeln zum Zuge.

Eine wichtige Auslegungsregel ist § 38 UrhG, der im Zweifel dem Verleger bzw. Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht zuweist, wenn der Urheber die Aufnahme des Werkes in eine periodisch erscheinende Sammlung (Abs. 1) gestattet.

Es stellt sich allerdings das Problem, ob § 38 UrhG auch für die öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) als Auslegungsregel herangezogen werden kann, also namentlich für das Publizieren im Internet. Aus dem Wortlaut, der sich auf die Verbreitung (§ 17 UrhG) und die Vervielfältigung (§ 16 UrhG) beschränkt, wird teilweise die Unanwendbarkeit von § 38 I UrhG auf § 19a UrhG gefolgert.<sup>35</sup>

Andererseits<sup>36</sup> wollen § 38 I UrhG analog auf § 19a UrhG anwenden. Wenn der Autor bereits publiziert hat, aber kein expliziter Verlagsvertrag abgeschlossen wurde, könnte er somit entsprechend § 38 UrhG seinen Artikel ein Jahr nach Publikation der Zeitschrift online verwerten, denn der Verlag hat nach Ablauf des Jahres nur noch ein einfaches Nutzungsrecht. Wenn man § 38 I UrhG nicht analog auf das Recht der Onlineverwertung anwendet, bleibt es bei der allgemeinen Zweckübertragungslehre, die besagt, dass ein Urheber im Zweifel Nutzungsrechte nur in dem Umfang einräumt, wie es der Vertragszweck unbedingt erfordert (vgl. § 31 V UrhG).<sup>37</sup> Falls keine ausdrückliche Vereinbarung existiert und keine spezielle Auslegungsregel greift, ist daher ein konkludent eingeräumtes Onlinenutzungsrecht ein einfaches Nutzungsrecht.<sup>38</sup> Fraglich bleibt jedoch, ob das Werk im Originallayout des Verlages, beispielsweise als digitale 1:1-Kopie aus der Veröffentlichung, publiziert werden darf. Darauf ist zu antworten, dass der Verlag mangels ausreichender Schöpfungshöhe nur in den wenigsten Fällen für ein Layout urheberrechtlichen Schutz besitzen wird.<sup>39</sup> Somit darf der Urheber zumeist den Artikel im Originallayout veröffentlichen.

## V. Neue Geschäftsmodelle

„Goldene“ OA-Publikationen zu betreiben kostet Geld. Im OA-Bereich sind es im Gegensatz zu traditionellen Publi-

kationen zumeist die wissenschaftlichen Produzenten, also die Autoren, die für die Präsentation ihrer Ergebnisse bezahlen. Verlage bieten entgeltliche Dienstleistungen zur Anreicherung des Artikels (Qualitätsprüfung, Aufbereitung als hochwertiges Medienprodukt) und die qualifizierte Verbreitung desselben an. Mehrere Ansätze haben sich entwickelt: Die Finanzierung durch die Autoren<sup>40</sup>, hybride Modelle (mit einer Mischfinanzierung aus Gebühren für den sofortigen *Immediate Free Web Access* (IFWA) und Subskriptionseinnahmen) sowie die sogenannte institutionelle Mitgliedschaft, bei der nach Zahlung einer *Flat Fee* alle Mitarbeiter der Institution ein Jahr lang ohne weitere Gebühren in der Zeitschrift publizieren können oder eine prozentuale Reduzierung der Publikationsgebühren gewährt wird.<sup>41</sup>

## D. Rechtsbeziehung auf der Nutzerseite

Zur Sprache kam bereits der Aspekt, dass der Autor nicht unbedingt alle seine Rechte auf den Endnutzer übertragen will. Das Spannungsfeld zwischen dem Prinzip des „offenen Zugangs“ auf der einen Seite und dem Wunsch mancher Urheber, die Nutzung ihres Werkes – teils aus ideellen, teils aus ökonomischen Motiven – auf bestimmte „gewünschte“ Nutzungsformen, beispielsweise die nicht-kommerzielle Nutzung, zu beschränken, wird durch lizenzvertragliche Gestaltung aufzulösen versucht.<sup>42</sup>

Nach einem kurzen Überblick zum deutschen Urheberrechtsschutz, der einige Eigenarten aufweist, soll im Folgenden auf den Grundfall der Rechteübertragung anhand von Standardlizenzen eingegangen werden.

## I. Urheberrechtsschutz und Urheberrechtsschranken

Auch an OA-Werken besteht ein urheberrechtlicher Schutz, welcher den Verfasser bzw. Rechteinhaber mit entsprechenden Verbotungsrechten<sup>43</sup> ausstattet. Dies mag zunächst widersprüchlich erscheinen, kommt es doch Verfassern, Anbietern und Nutzern gerade darauf an, das Werk für die Allgemeinheit (frei) nutzbar zu machen. Dennoch ist die vollständige Aufgabe des Urheberrechts nach dem deutschen UrhG nicht möglich.<sup>44</sup> Zwar ist ein

<sup>33</sup> Bargheer/Bellem/Schmidt (Fn. 2), S. 7.

<sup>34</sup> Lossau, *Der Begriff Open Access*, in: Deutsche Unesco Kommission (Fn. 28), S. 18, 19.

<sup>35</sup> Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Kommentar zum UrhG<sup>9</sup>, 2009, § 38 Rn. 6; Dreier, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Kommentar zum UrhG<sup>3</sup>, 2008, § 38 Rn. 11; Heckmann/Weber, GRURInt. 2006, 995, 996.

<sup>36</sup> Ehmann/Fischer, GRURInt 2008, 284, 288.

<sup>37</sup> Ehmann/Fischer (Fn. 36), 288.

<sup>38</sup> Ehmann/Fischer (Fn. 36), 289.

<sup>39</sup> Heckmann, *Open Access in der Informationsgesellschaft*, www.dini.de/fileadmin/workshops/juni-2007/Heckmann.pdf (25.12.2008), S. 23.

<sup>40</sup> Eine Studie der Kaufmann-Wills Group ermittelte unter den Open Access-Zeitschriften eine Quote von unter 50 %, die Publikationsgebühren erheben, so zitiert in: Bargheer/Bellem/Schmidt (Fn. 2), S. 9.

<sup>41</sup> Bargheer (Fn. 5), S. 181; im Detail vorgestellt bei: Schmidt, Geschäftsmodelle des Open Access-Publizierens: Welche Perspektiven bieten sich hier für Bibliotheken?, www.bibliothek-saur.de/preprint/2006/ar2394\_schmidt.pdf (04.08.2007).

<sup>42</sup> Dorschel, *Open Source in neuem Gewand?*, in: Hagenhoff (Fn. 5), S. 235, 237.

<sup>43</sup> Verbotungsrechte sind die negative Ausprägung der Verwertungsrechte nach § 15 ff. UrhG.

<sup>44</sup> Block, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 35), § 29 Rn. 4.

Verzicht auf einzelne Verwertungsrechte der §§ 15 ff. UrhG grundsätzlich denkbar, ohne entsprechende ausdrückliche Erklärung des Autors jedoch nicht anzunehmen.<sup>45</sup> Denn auch Verfasser eines auf OA-Basis veröffentlichten Beitrags möchten in der Regel eine Mindestkontrolle über ihr Werk behalten, etwa um die kommerzielle Ausbeutung oder eine Werkmonopolisierung durch Dritte zu verhindern. Von einem konkludenten Verzicht auf die urheberrechtlichen Verwertungs- (und damit Verbotungs-) rechte kann daher nicht ausgegangen werden.<sup>46</sup>

Fraglich ist jedoch, ob der Autor einer OA-Publikation die Nutzung des Werkes überhaupt an die Einhaltung seiner Lizenzbedingungen binden kann oder ob dem das Schranken-system des Urheberrechts entgegensteht. Die Einflussmöglichkeiten des Urhebers einer OA-Publikation finden ihre Grenzen in den einschlägigen Urheberrechtsschranken der §§ 44a ff. UrhG. Insbesondere die Schranke zu vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen (§ 44a UrhG), also Handlungen, die flüchtig oder begleitend sind und einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen, enthält weit reichende Beschränkungen des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts. Gleiches gilt für die Schranke zu Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch (§ 53 UrhG). Ist eine der Urheberrechtsschranken einschlägig, ist der Nutzer für die betreffende Handlung an die Bestimmungen einer etwaigen Lizenz nicht mehr gebunden. Deren Beschränkungen werden somit für die von der Urheberrechtsschranke erfassten Handlung gegenstandslos.

Jeder Nutzung einer Online-Publikation wird zunächst eine Vervielfältigungshandlung (§ 16 UrhG) vorausgehen, denn um das Werk auf dem Endgerät sichtbar zu machen, muss es vom Server herunter geladen oder zumindest temporär in den Arbeitsspeicher bzw. Zwischenspeicher (sog. *Cache*) des Endgerätes geladen werden.<sup>47</sup> Dieser Vorgang wird zwar grundsätzlich als *Browsing* von der Schranke des § 44a Nr. 2 UrhG erfasst, sodass nach dem Gesagten eine Bindung an die Lizenzbestimmungen nicht bestünde.<sup>48</sup> Allerdings setzt § 44a Nr. 2 UrhG eine „rechtmäßige Nutzung“ und damit eine Zustimmung des Rechtsinhabers voraus.<sup>49</sup> Zwar wird man bei OA-Werken, ähnlich wie bei frei zugänglichen Webseiten, von einem konkludenten Einverständnis in den Abruf des Werkes ausgehen können<sup>50</sup>, so dass zunächst eine im Sinne der Vorschrift rechtmäßige Nutzung regelmäßig vorliegt. Doch kann die Zustimmung an Bedingungen geknüpft sein, insbesondere an die Beachtung bestimmter OA-Lizenzbestimmungen. Denn dem Nutzer wird zwar ein unentgeltliches nicht-ausschließliches Nutzungsrecht gemäß § 31 Abs. 2 i.V.m. § 32a Abs. 3 S. 3 UrhG eingeräumt. Dieses Nutzungsrecht kann jedoch räumlichen, zeitlichen oder inhaltlichen Beschränkungen gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG unterliegen.<sup>51</sup> Dies ist durch die Lizenz der Fall. Wenn sich der Nutzer nicht an die Lizenz hält, wird die Nutzung daher unrechtmäßig.

Besteht zudem die Nutzung (auch) in einer dauerhaften Verkörperung des Werkes auf einem nicht nur flüchtigen Speichermedium, etwa auf Festplatten, CDs, DVDs oder einem Ausdruck auf Papier, so liegt hierin eine weitere Vervielfältigung zusätzlich zum *Browsing*. Diese erfordert nach allgemeinen urheberrechtlichen Regeln grundsätzlich

die Zustimmung des Urhebers. Mangels „rechtmäßiger Nutzung“ nach § 44a Nr. 2 UrhG beziehungsweise mangels „vorübergehender Vervielfältigungshandlung“ scheidet insofern in beiden Fällen jene Schranke aus.

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das Recht auf Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch (§ 53 UrhG). So sind auch weitere Vervielfältigungshandlungen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zulässig, wenn diese zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch erfolgen (§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG).<sup>52</sup>

Voraussetzung ist jedoch, dass die Vervielfältigung zu privatem Gebrauch geboten ist, was regelmäßig dann nicht der Fall ist, wenn das betreffende Werk ohne erheblichen Aufwand beschafft werden kann.<sup>53</sup> OA-Werke sind regelmäßig ohne erheblichen Aufwand beschaffbar, weil es lediglich die Beachtung der entsprechenden Lizenzbestimmungen bedarf. § 53 UrhG ist daher ebenfalls nicht geeignet, den Nutzer von den Bestimmungen der Lizenz zu entbinden.

## II. Ausdrückliche Rechteübertragungen durch Standard-Lizenz-Verträge

Der gängigste Weg der Spezifikation der Nutzungsrechte ist die Verwendung eines Standard-Lizenzvertrages. Im Internet kann ein solcher über einen Hyperlink wirksam in den Nutzungsvertrag eingebunden werden.<sup>54</sup> Nach den Bestimmungen der meisten Lizenzen soll ein Vertrag durch die Nutzung des Werkes geschlossen werden.<sup>55</sup> Zumeist besitzen diese Lizenzen eine Generalklausel, die dem Nutzer die wichtigsten Rechte einräumt.<sup>56</sup> Unterschiedliche Bestimmungen gibt es hinsichtlich der Frage, ob die Bearbeitung sowie die Vergabe von Unterlizenzen zugelassen werden. Zum Teil wird die Bedingung vorgegeben, dem Werk den Lizenztext beizufügen.<sup>57</sup> Ist ein Bearbeitungsrecht vorgesehen, so ist regelmäßig der Vorbehalt enthalten, dass Änderungen des Ursprungswerkes kenntlich zu machen sind. Auch ist mitunter eine Klausel zu finden, die verlangt, dass abhängig geschaffene Werke wieder unter der gleichen Lizenz veröffentlicht werden müssen (sog. *Copyleft-Klausel*).<sup>58</sup> Das Verändern des Lizenztextes ist in der Regel ausgeschlossen.<sup>59</sup>

<sup>45</sup> *Block*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 35), § 29 Rn. 18 f.; a.A. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge<sup>4</sup>, 2004, Rn. 289.

<sup>46</sup> *Block*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 35), § 29 Rn. 22.

<sup>47</sup> *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 35), § 16 Rn. 16 f.

<sup>48</sup> v. *Welser*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 35), § 44a Rn. 3.

<sup>49</sup> v. *Welser*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 35), § 44a Rn. 17.

<sup>50</sup> LG München I, K&R 2002, 258, 259.

<sup>51</sup> *Block*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 35), § 29 Rn. 22.

<sup>52</sup> *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 35), § 53 Rn. 26.

<sup>53</sup> *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 35), § 53 Rn. 27; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (Fn. 35), § 53 Rn. 23.

<sup>54</sup> *Dorschel*, in: Hagenhoff (Fn. 5), 254.

<sup>55</sup> Creative Commons Legal Code (CCLC), der auch Publikationen der PLoS zu Grunde liegt, abrufbar unter <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/legalcode> (24.08.2007); dies setzt voraus, dass der Nutzer vorher von der Lizenz Kenntnis genommen hat.

<sup>56</sup> Bsp. Ziff. 3 des CCLC.

<sup>57</sup> Bsp. Ziff. 4a des CCLC.

<sup>58</sup> *Dorschel*, in: Hagenhoff (Fn. 5), 254 f.

<sup>59</sup> Bsp. Ziff. 4a des CCLC.

Wird gegen einzelne Bestimmungen des Lizenzvertrages verstoßen, fallen durch eine automatische Vertragsbeendigung sämtliche Rechte an den Lizenzgeber zurück.<sup>60</sup> Die *Creative Commons*-Lizenzen sind die am weitesten verbreiteten, dank ihrer Flexibilität.<sup>61</sup> Manche Urheber gestatten eine kommerzielle Nutzung ihres Werkes. Andere sehen dagegen vor, dass das Werk unter einer *Copyleft*-Klausel stehen soll. Eine an die Voraussetzungen des deutschen Urheberrechts angepasste *Creative Commons*-Lizenz ist ebenfalls erhältlich. Das deutsche Recht kennt nämlich einen indisponiblen Kern des Urheberrechts, der dem Verfasser auch durch eine OA-Lizenz nicht genommen werden kann.<sup>62</sup> Hierzu zählen insbesondere das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (§ 13 UrhG) sowie das Entstellungsverbot (§ 14 UrhG). Dies mag insbesondere im Verhältnis von Verfasser und Anbieter relevant sein: Soweit sich der Anbieter formularmäßig ein Bearbeitungsrecht einräumen lässt, empfiehlt es sich, das Entstellungsverbot ausdrücklich unberührt zu lassen.<sup>63</sup>

Auch die *Digital Peer Publishing Lizenz* der OA-Initiative *Digital Peer Publishing Nordrhein-Westfalen*<sup>64</sup> ist ebenso flexibel anpassbar. Bearbeitungsrechte lassen sich einräumen, wobei innerhalb des Textes sogar nach einzelnen Bereichen differenziert werden kann.

### III. Beschränkter freier Zugang?

*Open Access* heißt nicht unbedingt, dass der Verfasser jede Nutzung seines Werkes gestatten möchte. Eventuell möchte er sicher gehen, dass eine kommerzielle (Fremd-) Nutzung seines Werkes ausgeschlossen ist. Einzelne Verwertungsrechte auszuschließen, ist problemlos möglich. Spezifische Nutzungszwecke einzelner Nutzungshandlungen in einer Lizenz zu beschränken ist urheberrechtlich aber nur beschränkt zulässig. Ein Nutzungsrecht lässt sich, wie bereits erwähnt, zwar durch eine Lizenz örtlich, zeitlich und inhaltlich beschränken (§ 31 I 2 UrhG), eine dingliche Wirkung entfaltet diese Beschränkung jedoch nur dann, wenn sie auf eine wirtschaftlich-technisch selbständige Nutzungsart gerichtet ist.<sup>65</sup> Möglich ist dagegen, derartige Beschränkungen als eine schuldrechtliche Vereinbarung zu verstehen, das Werk nur in den vom Lizenzgeber gebilligten Schranken zu nutzen.<sup>66</sup> Eine Verletzung dieses „Nutzungsvertrages“ führt zu einem Rückfall sämtlicher Rechte an den Lizenzgeber.<sup>67</sup> Vorsorgemaßnahmen zur Rechtsdurchsetzung, wie etwa die namentliche Registrierung der Nutzer, sind nicht erforderlich.<sup>68</sup> Die Standardlizenzen sind nämlich wie gewöhnliche AGB zu behandeln.<sup>69</sup>

### IV. Ausdrückliche Lizenzierung und AGB-Kontrolle

Die Nutzungsbedingungen des OA-Anbieters müssen also den Voraussetzungen der §§ 305 ff. BGB gerecht werden.<sup>70</sup> Eine in den erlaubnisfreien Bereich der §§ 44a ff. UrhG hineinreichende Bestimmung wäre nach § 307 II Nr. 1 BGB regelmäßig unwirksam.<sup>71</sup>

Ob sich eine AGB-rechtlich unwirksame Beschränkung auch auf die Einräumung des Nutzungsrechtes auswirkt, ist fraglich. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion<sup>72</sup> würde dazu führen, dass unzulässig einschränkende Rechtseinräumungsklauseln unwirksam werden. Somit wäre die gesamte Rechtsübertragung für die jeweilige Nutzungsart hinfällig. Soweit die Beschränkung nur

schuldrechtliche Wirkung entfaltet, ist deren Unwirksamkeit für das Bestehen des Nutzungsrechtes jedoch unschädlich, weil eine bloße Unwirksamkeit schuldrechtlicher Vereinbarungen den Bestand eines wirksam eingeräumten Nutzungsrechtes nicht beeinflussen kann.<sup>73</sup> Jenes Nutzungsrecht besteht daher ohne die Beschränkung fort.<sup>74</sup>

Wirkt sich aber eine unangemessene Benachteiligung einer dinglich wirkenden Beschränkung auf das Nutzungsrecht aus? In der Regel nicht: Die Rechtsprechung teilt eine solche Klausel in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil. Dies ist zulässig, wenn der unwirksame Teil der Klausel gestrichen werden kann, ohne dass der Sinn des anderen Teils darunter leidet.<sup>75</sup> Dies wird in den allermeisten Fällen anzunehmen sein, zumal die wirtschaftlich-technische Selbstständigkeit ja gerade Voraussetzung einer dinglichen Wirkung der Beschränkung ist.<sup>76</sup> Generelle Haftungsausschlüsse des Urhebers, die auf dispositivem Recht beruhen, sind dagegen unwirksam (vgl. § 309 Nr. 7 BGB).<sup>77</sup>

### E. Schlussbemerkungen

Ist nun der offene Wissenszugang für alle der bessere Weg? Der Autor dieser Arbeit bejaht dies eindeutig. Vor dem Hintergrund der *publication crisis* hat sich gezeigt, dass das altehrwürdige Zitat, nach dem Wissen Macht bedeutet, sich auf dem Markt der Wissenschaftspublikationen heute nunmehr von seiner hässlichen Seite zeigt. Macht ist in diesem Falle mit Marktmacht gleichzusetzen. Die Rückbesinnung auf das Gemeingut „Information“ durch OA ist daher aus der Notwendigkeit geboren worden, wirtschaftliche Zwänge zu überwinden, aber auch eine Antwort darauf zu formulieren, wie der gerechte Preis für das Publizieren von Forschungsergebnissen im Onlinezeitalter zu bilden ist. Die kostenlose Werknutzung durch den Endnutzer ist dessen logische Schlussfolgerung und wirkt als Preisregulativ in einer Marktnische, die anscheinend nicht mehr selbst nach marktwirtschaftlichen Ge-

<sup>60</sup> Bsp. Ziff. 7a des CCLC; eine solche Regelung ist keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners; vgl. LG München I MMR 2004, 693, 695; LG Frankfurt a.M., CR 2006, 729; LG Berlin, CR 2006, 735; LG München I, BeckRS 2008, 01944.

<sup>61</sup> Siehe Auswahloptionen auf <http://creativecommons.org/license> (10.08.2007).

<sup>62</sup> Vgl. hierzu Schulze, in: Dreier/Schulze (Fn. 35), Vor § 12 Rn. 10.

<sup>63</sup> Siehe Jaeger/Metzger, MMR 2003, 431, 435.

<sup>64</sup> [www.dipp.nrw.de/lizenzen/](http://www.dipp.nrw.de/lizenzen/) (10.08.2007).

<sup>65</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze (Fn. 35), § 31 Rn. 28.

<sup>66</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze (Fn. 35), § 31 Rn. 29.

<sup>67</sup> Vgl. auch für die GPL LG München I, MMR 2004, 695, wo von einer aufschiebend bedingten dinglichen Einigung ausgegangen wird.

<sup>68</sup> A.A. Plaß, GRUR 2002, 670, 675.

<sup>69</sup> Vgl. Urteile zur GPL (Fn. 69).

<sup>70</sup> Plaß (Fn. 68), 678.

<sup>71</sup> Plaß (Fn. 68), 679; Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 35), Vor §§ 44a ff. Rn. 9.

<sup>72</sup> BGH, NJW 1986, 1610, 1611.

<sup>73</sup> Dorschel, in: Hagenhoff (Fn. 5) 257 f.

<sup>74</sup> OLG Nürnberg, NJW 1989, 2634, 2635; Plaß (Fn. 68), 682.

<sup>75</sup> Basedow, in: Rebmann/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB<sup>5</sup>, 2007, Band 2, § 306 Rn. 18.

<sup>76</sup> BGH, NJW 1992, 1320; Plaß (Fn. 68), 674 f.

<sup>77</sup> In der deutschen Version der Creative Commons erfolgte insoweit eine Anpassung, siehe <http://mirrors.creativecommons.org/worldwide/de/english-changes.pdf> (24.08.2007).

sichtspunkten funktioniert. Der Gesetzgeber hat signalisiert, mit einem „Dritten Korb“ zum Urheberrecht den Bedürfnissen der Wissenschaft entgegen kommen zu wollen. Es bleibt

zu wünschen, dass Regelungen getroffen werden, welche die Entwicklung des OA-Bereichs beschleunigen und ein mehr an Rechtssicherheit bzw. -klarheit schaffen. ■

Prof. Dr. Mathias Habersack, Tübingen\*

## Perspektiven des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts

### A. Grundlagen

Die aktienrechtlichen Vorschriften über die Geltendmachung von Mängeln des Hauptversammlungsbeschlusses, mithin die §§ 241 ff. AktG, sehen sich seit geraumer Zeit einer intensiven Reformdiskussion ausgesetzt. Ursächlich hierfür ist der Umstand, dass sich die Beschlüsse der Hauptversammlungen börsennotierter Gesellschaften,<sup>1</sup> und zwar vorzugsweise solche, die zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Handelsregister bedürfen, nahezu durchweg der Anfechtungsklage ausgesetzt sehen.<sup>2</sup> Bemerkenswert hierbei ist vor allem, dass mehr als zwei Drittel aller Anfechtungsklagen auf einen überschaubaren Kreis „professioneller“ Kläger entfallen, ferner, dass nahezu sämtliche der von dieser Klägergruppe erhobenen Klagen durch Vergleich enden, wobei in den meisten Fällen der Vergleichswert höher liegt als der Höchststreitwert für Beschlussmängelstreitigkeiten gemäß § 247 I AktG und in sämtlichen Fällen die beklagte Gesellschaft ungeachtet der Erfolgsaussichten der Klagen die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten der Gegenseite mit übernommen hat. Bei den geltend gemachten Beschlussmängeln handelt es sich vorzugsweise um solche verfahrensrechtlicher Art. Besonders beliebt ist die Geltendmachung von Informationspflichtverletzungen, sei es im Zusammenhang mit auszuliegenden Berichten über Strukturmaßnahmen oder im Zusammenhang mit umfänglichen und in der Hauptversammlung verlesenen Fragenkatalogen. Was letztere betrifft, so gehört es zur „bewährten“ Praxis der Anfechtungskläger, die – vermeintlichen – Anfechtungsgründe zu provozieren; bisweilen geht das sogar so weit, dass vom Versammlungsleiter festgesetzte Redezeitbeschränkungen missachtet werden und der Aktionär von Saalordnern des Saales verwiesen werden muss. Insbesondere ausländische Beobachter besonders „emotional“ geführter Debatten sprechen bisweilen von einem „Rechtskulturschock“.

Die tatsächliche Ausgangslage steht zwar im Wesentlichen außer Streit. In der Frage, wie dem Missstand zu begegnen ist, besteht hingegen kein Einvernehmen. Die Schwierigkeiten hängen damit zusammen, dass das Recht, Mängel des Hauptversammlungsbeschlusses geltend zu machen, wiewohl mitgliedschaftlicher Natur, über eine Doppelfunktion verfügt:<sup>3</sup> Die Beschlussmängelklage soll nicht nur dem Aktionär die Verteidigung seiner eigenen Rechtsposition ermöglichen. Ihr geht es vielmehr ganz allgemein darum, präventiv auf Einhaltung von Gesetz und Satzung hinzuwirken und rechtswidrige Beschlüsse zu vernichten. So gesehen ist die Beschlussmängelklage nicht nur ein Instrument des Individualschutzes; sie ist vielmehr zugleich „Funktionärsklage“ mit „polizeirechtlichem“ Einschlag; die Erhebung von Anfechtungsklagen durch Aktionäre, denen es nicht um die Geltendmachung individueller Rechte, sondern um die „gute Ordnung“ geht, ist mithin nachgerade Programm.

Die *lex lata* schränkt das Recht zur Geltendmachung von Beschlussmängeln, wie nicht zuletzt die abweichende Rechtslage im Vereins- und Personengesellschaftsrecht zeigt,<sup>4</sup> bereits dadurch nicht unerheblich ein, dass sie zwischen per se nichtigen Beschlüssen und zwar fehlerhaften, aber nur anfechtbaren Beschlüssen unterscheidet und den nicht nichtigen Beschluss nach Ablauf der Monatsfrist des § 246 I AktG in Bestandskraft erwachsen lässt. Im Übrigen bleibt zwar das Verbot des (individuellen oder institutionellen) Rechtsmissbrauchs, mithin die Verwirkung des mitgliedschaftlichen Anfechtungsrechts, unberührt; doch vermag es als solches, wie die Erfahrung zeigt, eine effektive Filterfunktion nicht zu entfalten.<sup>5</sup> Eine Reform ist indes auch deshalb dringlich, weil eine wirksame Missbrauchsbekämpfung – dies ist ein vielfach übersehener Aspekt – die Hauptversammlung stärken würde, indem sie den Abbau von Anfechtungsgründen,<sup>6</sup> die allfälligen Versuche zur Vermeidung einer Beschlussfassung durch die Hauptversammlung und übermäßige Ermächtigungen des Vorstands zur Ausgabe neuer Aktien und zum Rückwerb eigener Aktien erübrigen würde. Klar zutage tritt dieser Zusammenhang übrigens auch im Regierungsentwurf zum ARUG,<sup>7</sup> soweit dieser dem „Bedürfnis, die Vorratsermächtigung nicht alljährlich auffrischen zu müssen“,<sup>8</sup> durch die Heraufsetzung der Höchstdauer der Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien Rechnung tragen will.

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

<sup>1</sup> Von den annähernd 16.000 Aktiengesellschaften sind rund 840 börsennotiert; zu Zahlenangaben s. Kornblum, GmbHR 2007, 25 ff.; Habersack, in: Münchener Kommentar zum AktG<sup>3</sup>, 2008, Einl. Rn. 11.

<sup>2</sup> Dazu sowie zum Folgenden s. die eindrucksvolle Untersuchung von Baums/Keinath/Gajek, ZIP 2007, 1629 ff.; zuvor bereits Baums/Vogel/Tacheva, ZIP 2000, 1649 ff.

<sup>3</sup> Näher zu Rechtsnatur und Entwicklung der Beschlussmängelklagen Hüffer, in: Münchener Kommentar zum AktG<sup>2</sup>, 2001, § 241 Rn. 1 ff., 6 ff., § 243 Rn. 4 ff.; K. Schmidt, in: Großkommentar zum AktG<sup>4</sup>, 1996, § 241 Rn. 1 ff.; Zöllner, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. II: Grundsatzfragen des Aktienrechts, 2007, 10. Kapitel, Rn. 59 ff.; Habersack, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht, 1996, S. 226 ff., 285 ff., 296 ff.

<sup>4</sup> Vgl. für den Verein Hadding, in: Soergel, BGB<sup>13</sup>, 2000, § 32 Rn. 35 ff.; Ulmer/Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>5</sup>, 2009, § 709 Rn. 104 ff.; zur analogen Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf das GmbH-Recht s. hingegen Raiser/Heermann, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, Anh. § 47 Rn. 14 ff., 33 ff., 94 ff.; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG<sup>10</sup>, 2007, § 45 Rn. 46 ff.

<sup>5</sup> Zur Schadensersatzhaftung des Aktionärs bei missbräuchlicher Anfechtungsklage s. jetzt aber OLG Frankfurt/M., ZIP 2009, 271 ff.

<sup>6</sup> Beispiele: § 243 IV 2 AktG, § 243 III Nr. 1 AktG in der Fassung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie, ZIP 2008, Beil zu Heft 46.

<sup>7</sup> Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie, ZIP 2008, Beil zu Heft 46; dazu Seibert/Florstedt, ZIP 2008, 2145 ff.

<sup>8</sup> Seibert/Florstedt, ZIP 2008, 2145, 2150.

## B. Aktienrechtsreformen von 2005 und 2009

### I. UMAG

Der Gesetzgeber hat bereits mit dem UMAG vom 22.9.2005<sup>9</sup> auf den breitflächigen Missbrauch des Anfechtungsrechts reagiert. Hervorzuheben sind zunächst

- die Neuregelungen in § 131 II 2, III Nr. 7 AktG, mit denen den Gesellschaften die Vermeidung allfälliger Anfechtungsgründe im Zusammenhang mit dem Auskunftsrecht ermöglicht werden soll,
- der Anfechtungsausschluss des § 243 IV 2 AktG, mit dem abfindungsbezogene Informationsmängel in das Spruchverfahren verwiesen werden,
- die in § 248a AktG vorgesehene Pflicht zur Bekanntmachung einer jeden Beendigung des Anfechtungsprozesses sowie prozessvermeidender Absprachen (die sich freilich als zahnloser Tiger erwiesen hat) und
- die Einschränkung der Nebenintervention durch § 246 IV 2 AktG.<sup>10</sup>

Vor allem hat das UMAG mit der neuen Vorschrift des § 246a AktG das zuvor im Umwandlungs- und Konzernrecht erprobte Freigabeverfahren auf Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung sowie auf den Abschluss eines Unternehmensvertrags erstreckt und hierdurch die Eintragung angefochtener Beschlüsse ermöglicht, sofern die Anfechtungsklage unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist oder das alsbaldige Wirksamwerden des Hauptversammlungsbeschlusses nach freier Überzeugung des Gerichts unter Berücksichtigung der Schwere der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzungen zur Abwendung der vom Antragsteller dargelegten wesentlichen Nachteile für die Gesellschaft und ihre Aktionäre vorrangig erscheint.<sup>11</sup>

### II. ARUG

Die sich abzeichnende Aktienrechtsreform des Jahres 2009<sup>12</sup> folgt dem Pfad des UMAG und setzt – neben dem Abbau von Anfechtungsgründen<sup>13</sup> – ganz wesentlich auf den Ausbau des Freigabeverfahrens des § 246a AktG. So sollen zunächst

- die sofortige Beschwerde gegen die landgerichtliche Entscheidung im Freigabeverfahren nur noch auf Zulassung durch den *iudex a quo* ergehen und hierdurch das Freigabeverfahren beschleunigt werden,
- ein auf das Freigabeverfahren beschränktes Bagatellquorum eingeführt werden, dem zufolge die Freigabe zu beschließen ist, wenn der Anfechtungskläger nicht binnen einer Woche nach Zustellung durch Urkunden nachgewiesen hat, dass er seit Bekanntmachung der Einberufung der Hauptversammlung einen anteiligen Betrag von mindestens 100 Euro hält,
- die Zustellung an den Prozessvertreter legitimiert und der Gesellschaft unmittelbar nach Ablauf der Anfechtungsfrist des § 246 I AktG Akteneinsicht ermöglicht werden.

Vor allem soll die Interessenabwägungsklausel des § 246a II AktG neu gefasst und effektiviert werden. Der Freigabebeschluss soll künftig bereits ergehen, wenn „das alsbaldige Wirksamwerden des Hauptversammlungsbeschlusses vorrangig erscheint, weil die vom Antragsteller dargelegten wesentlichen Nachteile für die Gesellschaft und ihre Aktionäre nach freier Überzeugung des Gerichts die Nachteile für den Antragsgegner überwiegen, es sei denn, es liegt eine besondere

Schwere des Rechtsverstoßes vor.“ Hierdurch soll klargestellt werden, dass stets eine Abwägung zwischen dem Interesse des Anfechtungsklägers einerseits und den wirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft und ihrer übrigen Aktionäre andererseits vorzunehmen ist.<sup>14</sup> Vorbehaltlich eines besonders schweren Rechtsverstoßes – die Materialien<sup>15</sup> nennen insoweit vor allem die gezielte Rechtsverletzung, die zudem den Kläger im Vergleich zur Mehrheit ungleich trifft – wird der Anfechtungskläger somit in aller Regel darauf verwiesen, die Rechtswidrigkeit des Beschlusses feststellen zu lassen und gegebenenfalls Ersatz des individuell erlittenen Schadens zu begehren; die Eintragung blockieren kann er hingegen nicht mehr.

Spätestens an dieser Stelle wird deutlich, dass sich das Freigabeverfahren in einer „konzeptionellen Sackgasse“ befindet, da die Anfechtungsbefugnis als solche zwar unberührt bleibt, die Anfechtungswirkungen indes in einer Weise beschnitten werden, die nur als „verdeckter Ausschluss“ des Anfechtungsrechts bezeichnet werden kann.<sup>16</sup> Zudem wird die Abwägung des Interesses des Anfechtungsklägers mit den Interessen der Gesellschaft und der übrigen Aktionäre der „Polizeifunktion“ der Anfechtungsklage nicht einmal ansatzweise gerecht. Letztlich soll es für die Eintragung nicht mehr auf die Rechtmäßigkeit des Beschlusses, sondern auf das wirtschaftliche Interesse der Gesellschaft ankommen. Aber auch im Übrigen vermag die Nachbesserung durch das ARUG nicht zu überzeugen. Was zunächst das Bagatellquorum betrifft, so dürfte es weitgehend wirkungslos bleiben. Möglicherweise haben es die Gesellschaften künftig mit einer geringeren Zahl an Anfechtungsklägern zu tun, was – ein wenig zynisch betrachtet – die „Vergleichskosten“ senken könnte; des Problems Wurzel wird indes nicht berührt. Die Zulassungsgebundenheit der sofortigen Beschwerde gegen die Freigabeentscheidung des Landgerichts schließt den – vielfach durch Spezialsenate gewährleisteten – Sachverstand der Oberlandesgerichte von der Entscheidung im Freigabeverfahren aus und belässt diesen nur noch das Hauptsacheverfahren. Dieses aber ist, nachdem der Freigabebeschluss ergangen ist, von eher theoretischer Bedeutung. Dies gilt zumal vor dem Hintergrund, dass sich mit dem – geltend gemachten – Beschlussmangel keineswegs zwangsläufig ein Individualschaden des Anfechtungsklägers verbinden muss, der Anfechtungskläger vielmehr durchaus berechtigt und sogar aufgefordert ist, als Funktionär der Aktienrechtsordnung zu agieren. Ein auf „dulde und liquidiere“ gerichteter Ansatz, wie er insbesondere im Rahmen des Vertrags- und Eingliederungskonzerns und bei der Ausschließung von Minderheitsaktionä-

<sup>9</sup> Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22. 9. 2005, BGBl. I S. 2802; näher zu den die Beschlussanfechtung betreffenden Teilen der Reform *Veil*, AG 2005, 567 ff.; *Kort*, BB 2005, 1577 ff.; *Weißhaupt*, WM 2004, 705 ff.

<sup>10</sup> Dazu BGH ZIP 2007, 1528 (Unanwendbarkeit auf Altfälle); s. ferner BGH ZIP 2007, 1337 (Unanwendbarkeit des in § 101 I ZPO geregelten Grundsatzes der Kostenparallelität).

<sup>11</sup> Zu den Eintragungsvoraussetzungen *Hüffer*, AktG<sup>8</sup>, 2008, § 246a Rn. 6 ff.

<sup>12</sup> Vgl. neben den Nachw. in Fn. 7 noch *Baums/Drinhausen*, ZIP 2008, 145 ff.

<sup>13</sup> Vgl. § 246 III Nr. 1 AktG-E und dazu *Seibert/Florstedt*, ZIP 2008, 2145, 2146.

<sup>14</sup> Vgl. Begr. RegE, ZIP 2008, Beil. zu Heft 46, S. 23.

<sup>15</sup> Vgl. Fn. 14.

<sup>16</sup> Vgl. bereits *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht*, AG 2008, 617, 619; ganz ähnlich *Martens/Martens*, Festschrift K. Schmidt, 2009, S. 1129, 1138 ff.; *Zöllner*, Festschrift Westermann, 2008, S. 1631 ff.; gänzlich anders *Baums/Drinhausen*, ZIP 2008, 145 ff.; *M. Winter*, Festschrift Ulmer, 2003, S. 699 ff.; *ders.*, Liber amicorum Happ, 2006, S. 363 ff.

ren gemäß §§ 327a ff. AktG begegnet, muss im Rahmen der allgemeinen Beschlussanfechtung schon im Ansatz versagen.

### C. Alternativkonzeptionen

Vor dem Hintergrund der konzeptionellen Schwächen des Freigabeverfahrens kann es nicht überraschen, dass in jüngerer Zeit vermehrt vorgeschlagen wird, den eingeschlagenen Pfad zu verlassen und das Beschlussmängelrecht im Grundsätzlichen zu reformieren.

An erster Stelle zu nennen ist der Vorschlag, bei börsennotierten Gesellschaften die Anfechtungsbefugnis an ein substantielles Quorum zu binden, mithin abzugehen von dem Grundsatz, dass eine jede Aktie das Anfechtungsrecht verkörpert und somit ein jeder Aktionär über das Instrument der Anfechtungsklage und der Eintragungsbremse verfügt.<sup>17</sup> Ihm hat sich auch die wirtschaftsrechtliche Abteilung des 67. Deutschen Juristentags angeschlossen.<sup>18</sup> Zu überzeugen vermag der Vorschlag freilich nicht. Gestaltete man das Quorum so, dass die derzeit agierenden Anfechtungskläger (die es zum Gutteil zu einem beträchtlichen Vermögen gebracht haben) aller Voraussicht nach nicht länger zur Anfechtung befugt wären, hätte dies zur Folge, dass die Beschlusskontrolle im Wesentlichen in der Hand einiger weniger Großaktionäre läge; diese aber gehören, von spezifischen Konflikten mit anderen Großaktionären abgesehen, im Allgemeinen ohnehin nicht zu den typischen Anfechtungsklägern. Insbesondere die diversen Aktionärsschutzvereinigungen wären *de facto* nicht mehr klagebefugt. Die Anfechtungsklage wäre ihrer Kontrollfunktion beraubt, was die Frage nach sich zöge, wer anstelle der Aktionäre das Beschlussgeschehen zu überwachen hätte. Will man nicht einem staatlichen „Aktienamt“ das Wort reden, so sollte der Vorschlag eines hinreichend effektiven Aktienquorums nicht weiterverfolgt werden.

Entsprechendes gilt für den Vorschlag, der Anfechtungsklage jegliche Registersperre zu nehmen und die Aktionäre auf Sekundäransprüche zu verweisen.<sup>19</sup> Auch er läuft darauf hinaus, der Anfechtungsklage jegliche Präventiv- und Aufsichtsfunktion zu nehmen und das Kind mit dem Bade auszuschütten; zudem ist auch er auf ein „dulde und liquidiere“ gerichtet, ohne zu berücksichtigen, dass der Beschlussmängelklage Ordnungs- und Aufsichtsfunktion zukommt. Der Vorschlag eines „umgekehrten“ Freigabeverfahrens<sup>20</sup> schließlich ist darauf gerichtet, die Registersperre nur aufgrund einer einstweiligen prozessgerichtlichen Entscheidung eintreten zu lassen. Damit würden zwar, verglichen mit dem Freigabeverfahren bisheriger Prägung, die Initiativ- und Darlegungslast umgekehrt; es bliebe indes bei dem Erfordernis einer Abwägung des Aussetzungs- gegen ein Vollzugsinteresse und damit bei der konzeptionellen Schwachstelle des geltenden Rechts.

### D. Der Vorschlag des Arbeitskreises Beschlussmängelrecht im Besonderen

Die Schwächen des geltenden Rechts wie auch der vorstehend (unter III.) skizzierten Alternativkonzeptionen sucht der vom Arbeitskreis Beschlussmängelrecht<sup>21</sup> unterbreitete Vorschlag zur Neufassung der Vorschriften des Aktiengesetzes über Beschlussmängel<sup>22</sup> zu vermeiden. Er ist auf eine gänzliche Neukonzeption der §§ 241 ff. AktG gerichtet. Auf eine Unterscheidung zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften wird verzichtet; der Vorschlag zielt vielmehr – insoweit im Einklang mit der bisherigen Konzep-

tion der §§ 241 ff. AktG – auf eine Einheitslösung, die mittelbar auch für die GmbH Geltung beanspruchen könnte.<sup>23</sup>

## I. Wesentlicher Inhalt

### 1. Einheitliche Beschlussmängelklage

Der Arbeitskreis schlägt vor, künftig von einer einheitlichen Beschlussmängelklage auszugehen, bei der die traditionelle Unterscheidung zwischen Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen nur noch mittelbar bei den Fehlerkategorien und der Klagefrist eine Rolle spielt.

### 2. Beibehaltung der Kategorie der Nichtigkeit

Die Kategorie des *per se* nichtigen, d.h. nicht erst auf Anfechtungsklage durch Urteil rechtskräftig für nichtig erklärten Hauptversammlungsbeschlusses soll zwar beibehalten werden. Es sollen jedoch die bislang in § 241 Nr. 1 und 2 AktG geregelten verfahrensbezogenen Nichtigkeitsgründe deutlicher gefasst und die Tatbestände inhaltlicher Nichtigkeit auf wirklich gravierende Fälle begrenzt werden. So soll ein Beschluss der Hauptversammlung nur dann nichtig sein, wenn er in einer Hauptversammlung gefasst worden ist, deren Einberufung nach § 121 AktG die Gesellschaft, die Zeit oder den Ort der Versammlung nicht hinreichend deutlich erkennen ließ, entgegen § 130 I AktG nicht in eine notarielle Niederschrift aufgenommen ist oder im Gläubiger- oder sonstigen öffentlichen Interesse nicht hinnehmbare, gegen zwingendes Gesetzesrecht verstoßende Regelungen trifft; namentlich (vermeintliche) Ladungsmängel, wie sie jüngst das OLG Frankfurt/M. zum Anlass genommen hat, sämtliche Beschlüsse der Hauptversammlung der *Leica AG* als nichtig anzusehen,<sup>24</sup> oder (vermeintliche) Inhaltsmängel, die sich darin erschöpfen, dass der Beschluss anstelle des konkreten Ausgabebetrags von Aktien einen Mindestausgabebetrag nennt,<sup>25</sup> wären nach dem Vorschlag des Arbeitskreises jedenfalls nicht mehr *per se* nichtig.

### 3. Beschränkung der Anfechtbarkeit im bisherigen Sinne auf besonders schwere Beschlussmängel

Nach dem Vorschlag des Arbeitskreises ist die Anfechtbarkeit im bisherigen Sinne und damit im Sinne einer rückwirkenden Vernichtung auf kassatorische Klage des Aktionärs

<sup>17</sup> Vgl. namentlich *Noack*, BB 2007, Heft 32, S. I; *J. Vetter*, AG 2008, 176 ff.; *Poelzig/Meixner*, AG 2008, 196 ff.

<sup>18</sup> Beschluss 15 der wirtschaftsrechtlichen Abteilung, abgedruckt in ZIP 2008, 1896: Bei börsennotierten Gesellschaften ist auf eine qualifizierte Aktionärsminderheit abzustellen, die nicht unter einem Prozent des Nennkapitals/100.000 € liegen sollte (angenommen: 47:28:4).

<sup>19</sup> In diesem Sinne *Assmann*, AG 2008, 208 ff.

<sup>20</sup> *Niemeier*, ZIP 2008, 1148 ff.

<sup>21</sup> Dem Arbeitskreis Beschlussmängelrecht gehören an: Volker Butzke, Syndikus, Frankfurt am Main; Prof. Dr. Mathias Habersack, Tübingen; Dr. Peter Hemeling, Syndikus, München; Dr. Roger Kiem, LL.M., Rechtsanwalt, Frankfurt am Main; Prof. Dr. Peter O. Mülbert, Mainz; Prof. Dr. Ulrich Noack, Düsseldorf; Prof. Dr. Carsten Schäfer, Mannheim; Eberhard Stilz, Präsident des Oberlandesgerichts, Stuttgart; Dr. Jochen Vetter, Rechtsanwalt, Düsseldorf.

<sup>22</sup> Abdruck des Vorschlags nebst Begründung in AG 2008, 617 ff.

<sup>23</sup> Zur analogen Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf die GmbH s. die Nachw. in Fn. 4.

<sup>24</sup> OLG Frankfurt/M., AG 2008, 745; s. aber auch OLG München, AG 2008, 746; näher zur Problematik *Schulte/Bode*, AG 2008, 730 ff.

<sup>25</sup> Vgl. KG, ZIP 2008, 648; OLG Celle, AG 2008, 85, 86; a.A. – gegen Nichtigkeit – *Fuchs*, in: Münchener Kommentar zum AktG<sup>3</sup>, 2009, § 193 Rn. 12 ff.; *Habersack*, ebenda, § 221 Rdn. 217; *Umbeck*, AG 2008, 67 ff.; s. ferner Art. 1 Nr. 29 des Regierungsentwurfs eines ARUG (Fn. 7).

nur eine der dem Gericht zu Gebote stehenden Reaktionsmöglichkeiten und auf Fälle zu begrenzen, in denen besonders schwere Rechtsverstöße diese Rechtsfolge gebieten. Dies deckt sich im Ergebnis mit der Konzeption des Regierungsentwurfs eines ARUG, soweit danach die Eintragung aufgrund bloßer Interessenabwägung bei besonderer Schwere des Rechtsverstoßes ausscheiden soll. Anders als der Regierungsentwurf spricht sich der Arbeitskreis indes für eine offene Begrenzung der weitestgehenden Rechtsfolge einer begründeten Anfechtungsklage aus und lässt zudem noch Raum für Sanktionen in Fällen, in denen es an einem besonders schweren Beschlussmangel fehlt.

Die Kassation des Beschlusses soll nach den Vorstellungen des Arbeitskreises etwa bei fehlerhafter Beschlussfeststellung veranlasst sein, also dann, wenn das Beschlussergebnis nicht richtig ausgewertet wurde, sei es, weil vom Stimmrecht ausgeschlossene oder treuwidrig abgegebene Stimmen zu Unrecht mitgerechnet oder vermeintlich ausgeschlossene Stimmen nicht mitgerechnet wurden, sei es weil der Versammlungsleiter sich verzählt hat. Kassation kommt in diesen Fällen allerdings nur bei Kausalität des Feststellungsfehlers in Betracht; sonst mag zwar von einem schweren Mangel gesprochen werden können, nicht aber von einem Mangel, der die Rechtsfolge der Nichtigkeit gebietet. Der fehlerhaften Beschlussfeststellung sollen das Nichterreichen eines im Gesetz vorgesehenen Kapitalquorums (etwa in den Fällen der §§ 319 I 1, 320 I 1, 327a I 1 AktG) und inhaltliche Mängel des Beschlusses (etwa die Verletzung der Treupflicht oder des Gleichbehandlungsgrundsatzes, die zwar *per se* keinen Nichtigkeitsgrund darstellt, aber abhängig von den konkreten Umständen sonst so gewichtig sein mag, dass die Nichtigkeitsfolge geboten erscheint) gleichstehen, nur ganz ausnahmsweise Verfahrensfehler, etwa wenn der Rechtsverstoß absichtlich zum Nachteil einzelner Aktionäre begangen wurde.<sup>26</sup>

#### 4. Sanktionierung sonstiger Beschlussmängel

Ein wesentliches Anliegen des Vorschlags des Arbeitskreises besteht darin, den Automatismus zwischen einem Beschlussmangel und der Vernichtbarkeit des Beschlusses mit Wirkung *ex tunc* zu beseitigen und an das Vorliegen eines Beschlussmangels gegebenenfalls andere, weniger einschneidende Folgen zu knüpfen. Eine mögliche Folge besteht zunächst in der Feststellung durch das Gericht, dass der Beschluss fehlerhaft war, und der Aufhebung des Beschlusses mit Wirkung *ex nunc*. In Betracht kommt diese Folge bei sämtlichen Beschlussgegenständen. „Kassierende“ Wirkung entfaltet sie namentlich in Fällen, in denen die Hauptversammlung dem Vorstand eine Ermächtigung – etwa zur Ausgabe neuer Aktien (§ 202 AktG) oder zum Erwerb eigener Aktien (§ 71 I Nr. 8 AktG) – erteilt hat und von dieser noch nicht Gebrauch gemacht worden ist. Bei sonstigen Beschlüssen, etwa Wahlbeschlüssen nach § 101 AktG (Aufsichtsrat) und § 119 Nr. 4 AktG, § 318 I HGB (Abschlussprüfer), verleiht die Feststellung der Fehlerhaftigkeit dem Beschluss auch insoweit Bestand für die Vergangenheit, als die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft derzeit hierzu nicht imstande sein sollte.

Neben oder anstelle der Feststellung der Fehlerhaftigkeit des Beschlusses kann das Gericht der Gesellschaft zur Rüge des Verstoßes ein an die Staatskasse zu leistendes Rügegeld auferlegen oder die Veröffentlichung des Tenors der Entscheidung und gegebenenfalls der Auferlegung eines Rügegeldes

in den Gesellschaftsblättern anordnen. In Betracht kommen diese Sanktionen insbesondere bei Verfahrensfehlern; auf diese Weise bleibt das Präventionsinteresse gewahrt, ohne dass die Wirksamkeit des Beschlusses gefährdet wird. Stets ist das Gericht aufgerufen, die Rechtsfolge in Abhängigkeit von der Schwere des Rechtsverstoßes zu bestimmen.

#### 5. Zuständigkeit der Oberlandesgerichte als Eingangsinstanz

Zu den Kernzielen des Vorschlags des Arbeitskreises gehört es, die gerichtlichen Beschlussmängelverfahren zu beschleunigen. Im Einklang mit dem Gesetzentwurf des Bundesrats zur Einführung erstinstanzlicher Zuständigkeiten des Oberlandesgerichts in aktienrechtlichen Streitigkeiten<sup>27</sup> wird deshalb vorgeschlagen, die Eingangszuständigkeit der Oberlandesgerichte für alle Beschlussmängelklagen vorzusehen. Hierfür spricht nicht zuletzt die Tatsache, dass gegen die landgerichtlichen Entscheidungen in Beschlussmängelsachen praktisch immer Berufung eingelegt und hierdurch das Oberlandesgericht angerufen wird. Werden die Oberlandesgerichte als Eingangsinstanz tätig, entfallen eine Überprüfungsinstanz und die zugehörigen Rechtsmittelfristen. Die Verkürzung des Instanzenzugs bewirkt also eine erhebliche – verfassungsrechtlich unbedenkliche<sup>28</sup> – Verfahrensbeschleunigung.<sup>29</sup>

#### 6. Zwischenentscheidung des Prozessgerichts über die Eintragung

Der Vorschlag, die Eingangszuständigkeit für Beschlussmängelklagen zu begründen, verbindet sich mit der Erwartung, dass eine Entscheidung des Senats innerhalb von drei Monaten nach Klageerhebung ergeht. Für den Fall, dass dies nicht gelingt, schlägt der Arbeitskreis vor, das Freigabeverfahren durch eine Zwischenentscheidung des Prozessgerichts zu ersetzen. Obgleich die Zwischenentscheidung die Funktion des Freigabeverfahrens übernimmt, bestehen doch erhebliche Unterschiede. Zunächst einmal ergeht die Zwischenentscheidung im Rahmen des Hauptverfahrens; eine Aufspaltung in zwei selbständige Verfahren (mit jeweils selbständigen Instanzenzügen) soll also vermieden werden. Zudem zielt die Zwischenentscheidung lediglich auf die Frage, mit welcher Rechtsfolge der – behauptete – Beschlussmangel belegt werden soll; es wird also lediglich eine Entscheidung getroffen, die vom Prozessgericht ohnehin zu treffen ist. Gelangt das Prozessgericht zu der Überzeugung, dass der geltend gemachte Beschlussmangel, sollte er tatsächlich vorliegen, kei-

<sup>26</sup> Für Informationsmängel sieht der Vorschlag des Arbeitskreises allerdings besondere Regelungen vor: Abfindungsbezogene Informationsmängel sollen generell (und damit über § 243 IV 2 AktG hinausgehend) in das Spruchverfahren verwiesen werden; sonstige Informationsmängel sollen die Kassation des Beschlusses nur gebieten, wenn davon auszugehen ist, dass der Hauptversammlungsbeschluss bei richtig und vollständig erteilter Information nicht gefasst worden wäre.

<sup>27</sup> BR-Dr. 901/07; s. ferner Stellungnahme des Bundesrats zum RegE ARUG (Fn. 7), BR-Dr. 847/08, S. 50 ff. der Niederschrift; ferner *Goll/Schwörer*, ZRP 2008, 77; *dies.*, ZRP 2008, 245.

<sup>28</sup> BVerfGE 107, 395, 408.

<sup>29</sup> Die hiergegen von der Bundesregierung erhobenen Einwendungen (vgl. BT-Drs. 16/9020, S. 47 f.) überzeugen nicht. Dass die Verkürzung des Instanzenzugs eine Verkürzung der Verfahrensdauer zur Folge hat, kann vernünftigerweise nicht bestritten werden. Die Annahme, eine Instanzenzugverkürzung blähe das Verfahren der Eingangsinstanz auf, lässt sich mit der Rechtswirklichkeit bei Beschlussmängelklagen nicht vereinbaren, die sich schon jetzt durch einen umfassenden Sachvortrag in erster Instanz auszeichnet.

nesfalls schwerwiegend wäre, so hat es anzuordnen, dass die Klage der Eintragung nicht entgegensteht. Überlegungen und Wertungen, die von der Beschlussmängelklage unabhängig sind, sollen nicht Gegenstand des Zwischenverfahrens sein.

## II. Resonanz

Der Vorschlag des Arbeitskreises Beschlussmängelrecht hat in wesentlichen Punkten Zustimmung durch die wirtschaftsrechtliche Abteilung des Erfurter Juristentages erfahren.<sup>30</sup> So hat sich der Juristentag nicht nur allgemein dafür ausgesprochen, die Möglichkeiten der Anfechtungsklage weiter einzuschränken. Er hat vielmehr auch dafür plädiert, das Beschlussmängelrecht im Grundsätzlichen zu reformieren, und zwar durch Ersetzung des Freigabeverfahrens durch eine beschleunigte Eintragungsfreigabe im Hauptsacheverfahren, durch Konzentration der Nichtigkeitsfolge auf gravierende (besonders schwere) Mängel, die eine Tolerierung durch die Rechtsordnung nicht dulden, und durch Begründung der Eingangszuständigkeit der Oberlandesgerichte. Zusätzlich hat sich der Juristentag für börsennotierte Gesellschaften für Einführung eines Quorums<sup>31</sup> sowie – mit dem Plädoyer für das Zwischenverfahren allerdings kaum vereinbar – für Einführung eines „umgekehrten“ Freigabeverfahrens ausgesprochen.

## E. Resümee

Deutlicher als die Bundesregierung hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Entwurf eines ARUG darauf hingewiesen, dass die Blockade unternehmerischer Entscheidungen durch Berufskläger die Wettbewerbsfähigkeit des Stand-

ortes Deutschland schwächt.<sup>32</sup> Zu ergänzen ist, dass der systematische Missbrauch des Anfechtungsrechts mittelbar die Hauptversammlung schwächt, indem in weitem Umfang Vorstandermächtigungen erteilt und seitens des Gesetzgebers Anfechtungsgründe abgebaut werden;<sup>33</sup> der „Abkauf“ von Anfechtungsklagen steht zudem vielfach im krassen Widerspruch zum Gleichbehandlungsgrundsatz des § 53a AktG und zum Ausschüttungsverbot des § 57 I 1, III AktG. Es steht zu befürchten, dass die im Regierungsentwurf eines ARUG vorgesehenen Änderungen des Aktienrechts den breitflächigen Missbrauch des Anfechtungsrechts nicht zu stoppen vermögen,<sup>34</sup> der Gesetzgeber indes weder Mut noch Zeit für eine grundlegendere Reform noch während der laufenden Legislaturperiode aufzubringen vermag. Ob es in der nächsten Legislaturperiode gelingt, dem „Reförmchen“ des Beschlussmängelrechts durch das ARUG eine wirkliche Reform folgen zu lassen, bleibt abzuwarten. Der Aktienrechtskultur jedenfalls wäre dies zu wünschen. ■

<sup>30</sup> Wiedergabe der Beschlussergebnisse in ZIP 2008, 1896; s. ferner Schäfer, DB Status:Recht 2008, 364; dem Vorschlag des Arbeitskreises zustimmend auch Goll/Schwörer, ZRP 2008, 245 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Fn. 18.

<sup>32</sup> BR-Drucks. 847/08, S. 50 der Niederschrift, u.a. unter Hinweis auf die Vorgänge im Zusammenhang mit der zu Sanierungszwecken erfolgten Kapitalerhöhung der IKB Industriekreditbank AG; dazu auch Goll/Schwörer, ZRP 2008, 245.

<sup>33</sup> Vgl. bereits unter I.

<sup>34</sup> So auch Goll/Schwörer, ZRP 2008, 245 ff.

# International

Ass. iur. Dr. Claudio Kirch-Heim, LL.B., Cambridge, MA\*

## Grand Corruption – A New Crime Under International Law? –

### A. Introduction

*“Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies. It undermines democracy and the rule of law, leads to violations of human rights, distorts markets, erodes the quality of life and allows organized crime, terrorism and other threats to human security to flourish.”* (Kofi A. Annan)<sup>1</sup>

Corruption is arguably one of the most serious problems that the world is facing today. Large-scale misappropriation of state funds, widespread bribery schemes and other systematic abuses of public authority have devastating consequences for social, economic and political structures. These consequences are not limited to the countries where corruption occurs, but may rather spread beyond borders and regions. Accordingly, massive corruption is a major concern of the entire international community. Nevertheless, high-ranking officials and heads of states who plunder their countries usually escape liability.

International criminal law, however, may provide the means to fight grand corruption more successfully. In a first step, it will be pointed out why grand corruption can be combated

more effectively if it is treated as an international crime (see B.). This analysis will be followed by an attempt to define “grand corruption” (see C.). Finally, it will be shown that grand corruption is a *jus cogens* crime under international law (see D.). As it will be explained, large-scale and systematic corruption can constitute a crime against humanity. But more importantly, it will be argued that grand corruption is an international crime *sui generis*.

### B. International or Domestic Crime: Why It Makes a Difference

International criminal law could become an invaluable instrument in the fight against grand corruption. Domestic legislation may not contain the provisions necessary to hold perpetrators accountable. And even if there is appropriate legislation on the books, most often it will not be enforced effectively against heads of states or high-ranking public officials.

\* The author graduated from Bucerius Law School in 2003 (incoming class of 2000). He is now an LL.M. student at Harvard Law School.

<sup>1</sup> Foreword to the UN Convention Against Corruption (2003), p. iii.

International criminal law, in contrast, constitutes *jus cogens* and creates inderogable obligations for both states and individuals.<sup>2</sup> In addition, there is universal jurisdiction over perpetrators,<sup>3</sup> and all states have a duty either to prosecute or to extradite (*aut dedere aut iudicare*).<sup>4</sup> And finally, international criminal law overrides any domestic constraints. In particular, states cannot grant immunity to perpetrators.<sup>5</sup> Hence, even if perpetrators have created safe havens in their home countries, they still have to fear criminal prosecution elsewhere, irrespective of their prior or actual political or social status.

Thus, recognizing grand corruption as a *jus cogens* crime under international law would have important consequences for the prosecution of high-profile offenders, cause significant deterrent effects and restore fundamental moral, ethical and social norms.

### C. Defining Grand Corruption

Several scholars have defined or described the phenomenon of grand corruption. *Sonja Starr* depicts grand corruption as “large-scale ransacking of public treasuries and resources by heads of state and their families and associates”.<sup>6</sup> *Paul Ochoje* notes that the element characterizing grand corruption is abuse of state power.<sup>7</sup> *Ndiva Kofele-Kale* describes an alleged international crime which he calls “indigenous spoliation”<sup>8</sup> or “patrimonicide”<sup>9</sup> (inspired by the term “genocide”). He defines indigenous spoliation as the “illegal act of depredation committed for private ends by constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals”<sup>10</sup> or as “the deliberate and systematic plunder of the wealth and resources of a nation by officials in positions of public trust in violation of their fiduciary obligations to the larger community”<sup>11</sup>. *Chile Eboe-Osuji* suggests that it be an international crime for public officials – which he names “kleptocracy” – to “dishonestly [misappropriate] public wealth or property with the intention of permanently depriving the public of such wealth or property.”<sup>12</sup>

Reconciling these prepositions and accounting for the essence of what constitutes corruption, it seems appropriate to define grand corruption as *large-scale and systematic abuse of public authority for personal benefit*. This definition includes four elements. First, the potential perpetrator has to be a public official. Grand corruption, in principle, does not include any acts of corruption committed by private actors. Second, such public official has to abuse her authority. Acts that do harm to the public good but that do not involve any breach of the official’s duty of loyalty do not constitute corruption. Third, in order to qualify as an international crime, acts of corruption must have a certain degree of seriousness. This is what mainly distinguishes grand corruption from garden-variety corruption.<sup>13</sup> And fourth, the perpetrator has to act with the intent to gain a personal benefit for herself or for a third party.

This overall definition of grand corruption includes different types of corruption. Most important is the misappropriation or embezzlement of state funds. Another form of grand corruption are schemes of bribery that are severe enough to qualify as an international crime. Finally, there may be other constellations that feature a systematic and large-scale abuse of an official’s duty of loyalty for private gains, but that constitute neither misappropriation nor bribery (e.g. extortion committed by abusing public authority).

### D. Grand Corruption: An International Crime?

Can grand corruption be regarded as a *jus cogens* crime under international law? The answer to this crucial question is in the affirmative. Under certain circumstances, large-scale and systematic corruption fulfils all elements of a crime against humanity (see I.). But more importantly, grand corruption also constitutes an international crime *sui generis* (see II.).

#### I. Grand Corruption and Crimes against Humanity

It has been argued that large-scale and systematic corruption constitutes a crime under international law because it causes severe pain and suffering among the civilian population and therefore features all necessary elements of a crime against humanity.<sup>14</sup>

##### 1. Misappropriation, Embezzlement and Bribery as “Other Inhumane Acts”?

The elements of crimes against humanity under customary international law are essentially settled. A crime against humanity consists of an individual criminal act committed by the perpetrator which has to be part of a broader context.<sup>15</sup> This individual criminal act has to be a particularly severe offence.<sup>16</sup> It is undisputed that there is no exclusive list for such offences. Crimes against humanity include murder, extermination, enslavement, deportation, unlawful imprisonment, torture, sexual violence, persecution, enforced disappearance<sup>17</sup> and arguably apartheid<sup>18</sup>, but also “other inhumane acts” of similar severity. The argument that grand corrupt-

<sup>2</sup> Cherif Bassiouni, *International Crimes: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, 59 *Law & Contemp. Probs.* 63, 67, 73 (1996).

<sup>3</sup> Cherif Bassiouni, *supra* note 2, at 63.

<sup>4</sup> *See id.*, at 65; Ndiva Kofele-Kale, *The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law*, 34 *Int’l L.* 149, 167 (2000); Paul Ochoje, *Refocusing International Law on the Quest for Accountability in Africa: The Case Against the “Other” Impunity*, 15 *LJIL* 749, 777 (2002).

<sup>5</sup> Cherif Bassiouni, *supra* note 2, at 67, 73.

<sup>6</sup> Sonja Starr, *Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice beyond Crisis Situations*, 101 *Nw. U. L. Rev.* 1257, 1281 (2007).

<sup>7</sup> Paul Ochoje, *supra* note 4, at 755.

<sup>8</sup> Ndiva Kofele-Kale, *The International Law of Responsibility for Economic Crimes*, 9 (2<sup>nd</sup> ed. 2006); Ndiva Kofele-Kale, *Patrimonicide: The International Economic Crime of Indigenous Spoliation*, 28 *Vand. J. Transnat’l L.* 45, 56 (1995).

<sup>9</sup> Ndiva Kofele-Kale, *Patrimonicide: The International Economic Crime of Indigenous Spoliation*, 28 *Vand. J. Transnat’l L.* 45, 58 (1995)

<sup>10</sup> Ndiva Kofele-Kale, *The International Law of Responsibility for Economic Crimes*, 9 (2<sup>nd</sup> ed. 2006); Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 9, at 56.

<sup>11</sup> Ndiva Kofele-Kale, *The International Law of Responsibility for Economic Crimes*, 75 (2<sup>nd</sup> ed. 2006).

<sup>12</sup> Chile Eboe-Osuji, *Kleptocracy: A Desired Subject of International Criminal Law That Is in Dire Need of Prosecution by Universal Jurisdiction*, in Evelyn Ankumah/Edward Kwakwa, *African Perspectives on International Criminal Justice*, 121, 132 (2005).

<sup>13</sup> *See* Sonja Starr, *supra* note 6, at 1259.

<sup>14</sup> *See* Ilias Bantekas, *Corruption as an International Crime and Crime against Humanity*, 4 *JICJ* 466, 477 (2006); Sonja Starr, *supra* note 6, at 1259; Chile Eboe-Osuji, *supra* note 12, at 131. Sonja Starr, *supra* note 6, at 1297, even claims that grand corruption be an “other inhumane act” under art. 7(1)(k) of the ICC statute.

<sup>15</sup> *See* Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 259 (2<sup>nd</sup> ed. 2008).

<sup>16</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 98 (2<sup>nd</sup> ed. 2008).

<sup>17</sup> *See id.*, at 109-112.

<sup>18</sup> Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, para. 873 (2<sup>nd</sup> ed. 2007); Helmut Satzger, *supra* note 15, 265.

ion constitutes a crime against humanity is usually made by pointing to the devastating consequences of large-scale and systematic corruption and by classifying these acts as “other inhumane acts” under international criminal law.<sup>20</sup>

There can be no doubt about the fact that massive corruption can cause serious pain and suffering among the civilian population. Corruption expropriates whole countries of their resources, thereby ruining social services and health systems and causing massive poverty and famines.<sup>21</sup> As *Sonja Starr* rightly points out, there is no requirement for an “other inhumane act” to be inherently violent or to be the immediate cause of inhumane consequences.<sup>22</sup> The ban on crimes against humanity rather outlaws any deliberate infliction of harm that is contrary to fundamental humanitarian values. Hence, any act of corruption that causes severe pain and suffering may constitute an “other inhumane act”. However, it is not sufficient to show that a corrupt scheme somehow results in pain and suffering. Rather, it is the very acts committed by the particular perpetrator that must bring about these harmful consequences.

Moreover, a more thorough analysis reveals that it is necessary to distinguish between misappropriation and embezzlement, on the one hand and bribery on the other hand. Misappropriation and embezzlement of state funds may well cause severe pain and suffering among the civilian population, as they deprive people of necessary means of subsistence. This is not the case, however, regarding bribery. Public officials do not cause inhumane situations by soliciting or accepting bribes. They rather commit potentially inhumane acts after and because they have been bribed. In other words, bribery only creates the motive for other acts resulting in inhumane consequences. Accordingly, bribery alone cannot constitute a crime against humanity.<sup>23</sup> Hence, misappropriation and embezzlement of state funds can be “other inhumane acts”, while this is not the case for the acceptance or solicitation of bribes.

## 2. Corrupt Acts as Part of a Widespread or Systematic Attack

Customary law requires that the individual act be part of a “widespread or systematic attack” against a civilian population.<sup>24</sup> By its definition grand corruption consists of widespread and systematic practices. It is less clear, however, whether massive corruption constitutes an “attack” against a civilian population, because this term seems to imply an inherently violent or aggressive act. However, the essential function of the “widespread or systematic attack”-requirement is to assure that the perpetrator’s inhumane act is not a sporadic or isolated event,<sup>25</sup> but rather part of a larger overall framework.<sup>26</sup> Thus, it seems more accurate to require widespread or systematic “practices”<sup>27</sup> rather than an “attack”.

Furthermore, it is usually required that the act find the support of a governmental authority, or that it is at least in accordance with a general state policy.<sup>28</sup> *Prima facie*, it may seem contradictory that a public official who violates his duty of loyalty owed to the state may act in accordance with a state policy. But large-scale corruption usually requires consent of high-ranking officials, or even heads of states.<sup>29</sup> While garden-variety corruption violates state policy, large-scale and systematic corruption usually involves political leaders and is

either committed by these persons or at least happens with their tacit approval.<sup>30</sup> Consequently, grand corruption may well form an element of governmental policy.<sup>31</sup>

Thus, massive corruption may constitute a “widespread or systematic attack against a civilian population” that finds support in a general state policy.

## 3. Mens Rea Requirements

Finally, the perpetrator has to act with *mens rea* in relation to her particular act. *Dolus eventualis* and arguably even recklessness is sufficient.<sup>32</sup> Moreover, she has to be aware of the fact that her act is part of a widespread or systematic practice.<sup>33</sup>

As to the first part of the *mens rea* component, it is sufficient to prove that the perpetrator deliberately assumed the risk that her acts of misappropriation would deprive people of necessary means of subsistence. In practice, this proof may be derived from factual circumstances.<sup>34</sup> As *Sonja Starr* points out, the necessary state of mind can usually be inferred if the population is obviously vulnerable and if the dimension of

<sup>19</sup> Gerhard Werle, *supra* note 18, at para. 881; Helmut Satzger, *supra* note 15, at 265. See also art. 7(1)(k) of the ICC statute („other inhumane acts of similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health“), art. 5(i) of the ICTY statute and art. 3(i) of the ICTR statute (“other inhumane acts”) and art. 18(k) of the ILC Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind (“other inhumane acts which severely damage physical or mental integrity, health or human dignity, such as mutilation and severe bodily harm”).

<sup>20</sup> See *Sonja Starr*, *supra* note 6, at 1297.

<sup>21</sup> See *id.*, at 1281; Ilias Bantekas, *supra* note 14, at 467; Paul Ocheje, *supra* note 4, at 757.

<sup>22</sup> *Sonja Starr*, *supra* note 6, at 1301.

<sup>23</sup> Moreover, while the agreement between the person who offers bribes and the public official who solicits and accepts bribes may be regarded as conspiracy to commit crimes against humanity, this does not give rise to liability under international criminal law either. Unlike conspiracy to engage in a war of aggression or conspiracy to commit genocide, the mere act of conspiring to commit crimes against humanity is not punishable under international customary law, see Gerhard Werle, *supra* note 18, at para. 581.

<sup>24</sup> Antonio Cassese, *supra* note 16, at 98; Ilias Bantekas/Susan Nash, *International Criminal Law*, 130 (3<sup>rd</sup> ed. 2007); Ilias Bantekas, *supra* note 14, at 474. See also art. 3 of the ICTR statute and art. 7(1) of the ICC statute (“committed as part of a widespread or systematic attack”), and art. 18 of the ILC Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind (“committed in a systematic manner or on a large scale”). Crimes against humanity do not require an additional international element or to be committed in connection with an armed conflict, see Antonio Cassese, *supra* note 16, at 99; Ilias Bantekas, *supra* note 14, at 474; Ilias Bantekas/Susan Nash, *supra* note 24, at 128; see also art. 3 of the ICTR statute, art. 5 of the ICTY statute and art. 18 of the ILC Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind, and the decision of the Appeals Chamber of the ICTY in *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Decision of October 2, 1995, para. 141.

<sup>25</sup> Antonio Cassese, *supra* note 16, at 98.

<sup>26</sup> See *Sonja Starr*, *supra* note 6, at 1304.

<sup>27</sup> See Antonio Cassese, *supra* note 16, at 98.

<sup>28</sup> Antonio Cassese, *supra* note 16, at 98, 116. See also art. 7(2)(a) of the ICC statute requiring for an attack against any civilian population a course of conduct “pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack”.

<sup>29</sup> Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 9, at 60.

<sup>30</sup> See *id.*

<sup>31</sup> *Sonja Starr*, *supra* note 6, at 1304; Paul Ocheje, *supra* note 4, at 776.

<sup>32</sup> Antonio Cassese, *supra* note 16, at 114; Ilias Bantekas, *supra* note 14, at 474.

<sup>33</sup> Antonio Cassese, *supra* note 16, at 114; Ilias Bantekas/Susan Nash, *supra* note 24, at 133.

<sup>34</sup> *Sonja Starr*, *supra* note 6, at 1303.

the misappropriation is sufficiently severe.<sup>35</sup> Moreover, perpetrators will often notice the disastrous consequences of their corrupt practices and nevertheless choose to proceed with it.<sup>36</sup> The second mental element does not seem difficult to prove, as perpetrators will usually be well aware that their corrupt practices are part of a large-scale and systematic pattern of corruption.

#### 4. Missing the Essence of the Crime

As it has been shown, misappropriation and embezzlement of state funds – under certain circumstances – constitute a crime against humanity. However, this does not resolve the problem. In fact, it misses the very essence of grand corruption to treat it only as a subset of crimes against humanity without also recognizing it as an international crime on its own.

The ban on crimes against humanity seeks to protect basic humanitarian standards. Its focus is on preventing severe physical or mental pain and suffering among the civilian population. As *Sonja Starr* argues, if corruption is judged by the standards of crimes against humanity, liability will necessarily depend on the population's level of vulnerability.<sup>37</sup> A public official who misappropriates large amounts of money in a poor country may commit a crime against humanity. But if a public official steals the same amount of money in a rich country that can easily absorb the loss, there is no basis for such liability.<sup>38</sup> In any case, however, the public official is guilty of participating in grand corruption as defined above.

This is not to say that acts of corruption should not be treated as crimes against humanity where they fulfill all necessary requirements of such crimes. If large-scale and systematic corruption causes severe pain and suffering among the civilian population, it should be prosecuted and punished as a crime against humanity. However, grand corruption is a different crime that addresses a different mischief. It may coincide with crimes against humanity, but this need not necessarily be the case. The very essence of grand corruption is the perpetrator's breach of a fiduciary duty owed to the people.<sup>39</sup> The main charge is that a public official abused her authority for personal gain. This specific legal wrong is consummated irrespective of whether the corrupt acts ultimately cause suffering or not.

The scholarly efforts to apply the legal rules on crimes against humanity to grand corruption are well-meant and perfectly legitimate. But they cannot solve the issue as they can only address part of the problem – even if it is a very pressing and important part of it. Hence, the question remains whether grand corruption is an international crime *sui generis*.

## II. Grand Corruption as International Crime *sui generis*

Some scholars have argued that grand corruption should be treated as an international crime *sui generis* giving rise to liability under international criminal law.<sup>40</sup> And indeed, as it will be shown, there are strong arguments that grand corruption is an international *jus cogens* crime.

### 1. Characteristics of International Crimes

The rules of international criminal law are designed to guard values that are considered indispensable by the international community and thus create obligations for all states and individuals.<sup>41</sup> International crimes constituting *jus cogens* are

outstandingly severe crimes that are committed against a universal interest.<sup>42</sup> Generally accepted are aggression, genocide, crimes against humanity, war crimes and piracy, and arguably also slavery and torture.<sup>43</sup> It is less clear, however, what the requirements are for a crime to rise to the level of international *jus cogens*. Today, the predominant notion is that international crimes do not require any transnational element, but may be committed even in purely domestic settings.<sup>44</sup> Usually, it is said that an international crime must constitute a threat to peace and security of humankind and/or must be of such severity that it is contrary to fundamental human values and shocking to human conscience.<sup>45</sup> Moreover, international crimes arguably require that they are committed by state actors or at least find support in a general state policy.<sup>46</sup> Additional considerations are whether there are legal instruments both on the international and domestic level that outlaw a particular crime, whether a particular crime has been prosecuted and adjudicated internationally and domestically in the past, and whether there are other sources of law suggesting that a crime has risen to the level of an international crime.<sup>47</sup> None of these factors is decisive *per se*. Rather, the answer to the question whether a crime constitutes *jus cogens* under in-

<sup>35</sup> See *id.*, at 1304.

<sup>36</sup> See *id.*

<sup>37</sup> See *id.*, at 1303.

<sup>38</sup> See *id.*

<sup>39</sup> Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 11, at 141; Brian Harms, *Holding Public Officials Accountable in the International Realm: A New Multi-Layered Strategy to Combat Corruption*, 33 *Cornell Int'l L.J.* 159, 196 (2000).

<sup>40</sup> See Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 11, at 75; Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 4, at 161; Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 9, at 88; Paul Ocheje, *supra* note 4, at 769; Chile Eboe-Osuji, *supra* note 12, at 132; Brian Harms, *supra* note 39, at 195. The Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences (2002) also demand universal jurisdiction for "crimes that have major adverse economic, social or cultural consequences – such as acts of plunder and gross misappropriation of resources" (principle 4), see also Sonja Starr, *supra* note 6, at 1281. The Commonwealth Working Group on Asset Repatriation recommended that corruption should be included as an offence in the ICC statute, *Report of the Commonwealth Working Group on Asset Repatriation* (2005), para. 23 and Recommendation no. 9.

<sup>41</sup> Antonio Cassese, *supra* note 16, at 11.

<sup>42</sup> See *id.*

<sup>43</sup> Cherif Bassiouni, *supra* note 2, at 68. Slavery and torture, however, may also be categorized as a subset of crimes against humanity, see art. 3 of the ICTR statute, art. 5 of the ICTY statute, art. 7(1) of the ICC statute and art. 18 of the ILC Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind.

<sup>44</sup> Sonja Starr, *supra* note 6, at 1281. It is beyond controversy that genocide can be committed in a purely domestic context; see Theodor Meron, *International Criminalization of Internal Atrocities*, 89 *Am. J. Int'l L.* 554, 556 (1995); see also art. 2 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, art. 2 of the ICTR statute, art. 4 of the ICTY statute and art. 6 of the ICC statute. The same is true concerning crimes against humanity, see the ICTY decision in *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Decision of October 2, 1995, para. 141; see also art. 3 of the ICTR statute, art. 5 of the ICTY statute and art. 7 of the ICC statute. As to war crimes, see Theodor Meron, *supra*, at 574; see also art. 8(2)(c) and (e) of the ICC statute and art. 20(f) of the ILC Draft Code of Crimes Against Peace and Security of Mankind.

<sup>45</sup> Cherif Bassiouni, *supra* note 2, at 69; Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 121 (2003); Sonja Starr, *supra* note 6, at 1268. See also art. 1(2) of the ILC Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind ("Crimes against the peace and security of mankind are crimes under international law and punishable as such [...]").

<sup>46</sup> Cherif Bassiouni, *supra* note 2, at 69; Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 121 (2003).

<sup>47</sup> Cherif Bassiouni, *supra* note 2, at 70. See also art. 38(1) of the Statute of the International Court of Justice.

ternational criminal law can only be achieved by thoroughly considering, weighing and balancing all relevant arguments.

## 2. Grand Corruption: A New Crime under International Law?

It has already been pointed out that grand corruption is usually supported by state policy. Moreover, grand corruption is severe enough to be a concern of the entire international community (see a.). In addition, corruption is widely recognized as a serious crime (see b.).

### a) Grand Corruption: A Concern for the International Community

It has been claimed that grand corruption – as it is a requirement under international criminal law – does constitute a threat to international peace and security and that it shocks the conscience of humankind.<sup>48</sup> This is true, of course, in situations where corrupt officials deprive the population of basic means of subsistence, thereby causing massive poverty and famine. Extreme dearth and mass mortality are shocking to human conscience. Such conditions may also result in internal and international armed conflicts and cause migration and refugee problems.<sup>49</sup> Moreover, devastated social structures create safe havens for terrorists.<sup>50</sup> Thus, massive poverty also threatens international peace and security.

Grand corruption as an international crime, however, is not limited to situations in which severe physical or mental suffering arises. Rather, it can be assumed that grand corruption constitutes both a threat to international peace and security and a shock to the conscience of humanity even if it is committed in a rich country that can ultimately bear the economic loss. This finding is based on two lines of reasoning.

First, irrespective of whether grand corruption leads to poverty and famine, it poses a considerable threat to the rule of law, social justice and political stability.<sup>51</sup> Thus, grand corruption compromises any society's fundamental values. Of course, large-scale and systematic corruption by public officials is not likely to occur in most developed countries. But if it takes place, it reaches the level of severity required for an international crime irrespective of whether the affected country is rich or poor, developed or underdeveloped. Accordingly, it may well be said that grand corruption is always shocking to the conscience of humankind and always constitutes a threat to international peace and security.

Second, it has been conclusively argued that grand corruption also violates peoples' basic social and economic rights, which are recognized under international law.<sup>52</sup> Such rights are embodied in several international legal acts.<sup>53</sup> In particular, the International Covenant on Civil and Political Rights<sup>54</sup> and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights<sup>55</sup> refer to a peoples' right to socio-economic self-determination.<sup>56</sup> Common art. 1 of the Covenants provides in its relevant parts:

(1) *All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they [...] freely pursue their economic, social and cultural development.*

(2) *All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources [...]. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence. [...]*

A similar right of socio-economic self-determination<sup>57</sup> can be found in art. 21 of the African Charter on Human and Peo-

ples' Rights<sup>58</sup> and in the UN General Assembly Resolution 1803 (XVII) of 1962.<sup>59</sup> Further, art. 13 of the Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties<sup>60</sup> also seems to take such a right for granted.<sup>61</sup>

Grand corruption violates this right of the people to socio-economic self-determination.<sup>62</sup> It deprives people of their right to freely pursue their economic and social development. This is obvious in cases of massive misappropriation of resources. But it is also true in any other situation involving a systematic and large-scale abuse of official duties. Any massive violation of fiduciary duties owed to the people perverts state actions and necessarily negates the people's right to a self-determined social and economic development.

### b) State Practice and International Conventions

Truly, corruption has never been prosecuted in an international forum, and it is not mentioned in the statute of any existing international tribunal.<sup>63</sup> In fact, the practice in international criminal law has not engaged in protecting social and economic rights, but has rather focussed on mass atrocities that were committed during acute crisis situations.<sup>64</sup>

On the domestic level, however, corruption is widely criminalized. A breach of fiduciary duties by a public official constitutes a crime in virtually all states.<sup>65</sup> What is more, it seems remarkable that in an increasing number of states, anti-bribery legislation applies not only to the bribery of domestic officials, but also penalizes bribing foreign public officials. In

<sup>48</sup> Paul Ocheje, *supra* note 4, at 776; Chile Eboe-Osuji, *supra* note 12, at 132.

<sup>49</sup> Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 11, at 76; Paul Ocheje, *supra* note 4, at 761.

<sup>50</sup> Paul Ocheje, *supra* note 4, at 761.

<sup>51</sup> *See id.*, citing the Preamble of the Criminal Law Convention on Corruption (ETS no. 173).

<sup>52</sup> Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 11, at 79; Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 4, at 163; Paul Ocheje, *supra* note 4, at 776.

<sup>53</sup> Paul Ocheje, *supra* note 4, at 776; Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 11, at 80; Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 9, at 75. Both authors also point to other legal acts which feature a less explicit wording.

<sup>54</sup> General Assembly Resolution 2200A (XXI) of December 16, 1966, entry into force March 23, 1976.

<sup>55</sup> General Assembly Resolution 2200A (XXI) of December 16, 1966, entry into force January 3, 1976.

<sup>56</sup> *See* Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 11, at 109.

<sup>57</sup> *See id.*

<sup>58</sup> Adopted June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3, entry into force October 21, 1986.

<sup>59</sup> General Assembly Resolution 1803 (XVII) on Permanent Sovereignty over Natural Resources, 17 U.N. GAOR Supp. (No.17) at 15, U.N. Doc. A/5217 (1962).

<sup>60</sup> United Nations, Treaty Series, vol. 1946, p. 3, entry into force November 6, 1996.

<sup>61</sup> *See* Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 11, at 109.

<sup>62</sup> Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 11, at 79; Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 4, at 163; Paul Ocheje, *supra* note 4, at 776. The right to economic self-determination is not limited to the use of natural resources, but rather applies to every wealth generating activity; *see* Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 4, at 164; *see* art. 1(1) of the Covenants and art. 21(1) of the African Charter on Human and Peoples' Rights. Moreover, it follows from the language of the cited documents that the bearer of these right are not states, but peoples; *see* Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 11, at 109; Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 4, at 165.

<sup>63</sup> *See* Sonja Starr, *supra* note 6, at 1281.

<sup>64</sup> *See id.*, at 1257; Paul Ocheje, *supra* note 4, at 765.

<sup>65</sup> Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 11, at 207; Paul Ocheje, *supra* note 4, at 769; Chile Eboe-Osuji, *supra* note 12, at 131; Brian Harms, *supra* note 39, at 187.

this regard, the most prominent piece of legislation is the US-American Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) that prohibits bribing of foreign officials, foreign political parties or party officials and candidates for foreign political offices for business purposes.<sup>66</sup> Many other states – partly owing to international treaties – have also amended their domestic anti-bribery legislation and now penalize the act of bribing a foreign official.<sup>67</sup> It has to be conceded, however, that domestic legislation does not provide for universal jurisdiction.<sup>68</sup> Thus, even if there has been an internationalization to some degree, national legislation does not treat bribery as a full-fledged international crime. Other forms of corruption – including misappropriation and embezzlement – have not even attained this level of internationalization. However, domestic legislation does not deal with *grand* corruption, but rather with corruption in general, for which universal jurisdiction obviously would be inappropriate.

On the international level, crimes of corruption have been addressed by a rapidly growing number of international conventions.<sup>69</sup> This development clearly shows that the fight against corruption has become a major concern of the international community. The United Nations Convention Against Corruption (2003) is not only the most recent, but also the most extensive of these conventions. It entered into force on December 14, 2005 and, so far, has been signed by 140 states and ratified by 132 states.<sup>70</sup> The parties incurred the obligation to establish several forms of corruption as criminal offences, including active and passive bribery of public officials<sup>71</sup> and active bribery of foreign public officials<sup>72</sup>. Most notably, art. 17 of the Convention also encompasses misappropriation and embezzlement of public funds. Other important conventions are the Inter-American Convention Against Corruption (1996), the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (1997), the Criminal Law Convention on Corruption by the Council of Europe (1999),<sup>73</sup> and the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption (2003). Like the UN Convention, the African Union Convention explicitly outlaws the diversion of public property by public officials.<sup>74</sup> The Criminal Law Convention on Corruption also requires parties to criminalize corrupt acts by foreign public officials<sup>75</sup> making it clear that corrupt public officials are a matter of international concern.<sup>76</sup>

In summary, it can be stated that corruption is widely recognized as a crime both on the domestic and on the international level. This includes active and passive bribery as well as misappropriation and embezzlement of public funds. While neither domestic legislation nor international conventions explicitly provide for universal jurisdiction,<sup>77</sup> these legal acts only address corruption in general. Hence, they cannot illuminate whether there is universal jurisdiction for grand corruption representing a systematic and large-scale form of this crime.

## E. Conclusion

Grand corruption has never been prosecuted as an international crime, nor has it been adjudicated upon by any international criminal tribunal. Nevertheless, there are strong arguments that suggest that grand corruption constitutes a full-fledged international *jus cogens* crime.

Over the past years, the attitude of the international community towards corruption has changed. Numerous international

conventions addressing corruption have been finalized, and domestic legislations have been amended. Corrupt acts have been outlawed, and the struggle against corruption has become a major concern of the international community.

There can be no doubt that large-scale and systematic misappropriation of state funds may constitute a crime against humanity if it results in severe pain and suffering for the civilian population. Apart from that, however, grand corruption constitutes an international crime *sui generis*, irrespective of whether the requirements of crimes against humanity are met. Grand corruption – including misappropriation, bribery and other forms of corruption – is a socio-economic crime that negates fundamental rights and values of humanity. Taking into account the devastating consequences of systematic and large-scale corruption for the whole international community, and considering the recent developments on the domestic and international level, there is enough evidence to treat grand corruption as a *jus cogens* crime under international law. There is hope that such a peremptory prohibition, which involves universal jurisdiction and the denial of any kind of immunity may put an end to impunity. ■

<sup>66</sup> See 15 U.S.C. § 78dd-1(a), § 78dd-2(a), § 78dd-3(a).

<sup>67</sup> E.g. United Kingdom: Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, § 108(1); e.g. Germany: Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung 1998 (IntBestG), BGBl. 1998 II p. 2327, §§ 1, 2. Like the FCPA the IntBestG applies only to bribery committed in connection with international business transactions.

<sup>68</sup> See, for example, the relevant provisions of the FCPA, 15 U.S.C. § 78dd-1(a), chapeau, § 78dd-2(a), chapeau, § 78dd-3(a), chapeau; see also § 109 of the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001; § 3 IntBestG in conjunction with §§ 3, 7 and 9 of the German Criminal Code (StGB).

<sup>69</sup> See Ilias Bantekas, *supra* note 14, at 468; Ndiva Kofele-Kale, *supra* note 4, at 152; Sonja Starr, *supra* note 6, at 1292; Alejandro Posadas, *Combating Corruption under International Law*, 10 Duke J. Comp. & Int'l L. 345, 364 (2000); Lori Ann Wanlin, *The Gap between Promise and Practice in the Global Fight against Corruption*, 6 Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L. 209, 209 (2006).

<sup>70</sup> See <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html> (accessed on March 12, 2009).

<sup>71</sup> Art. 15.

<sup>72</sup> Art. 16(1). Moreover, according to art. 16(2) parties “shall consider” criminalizing passive bribery by foreign public officials.

<sup>73</sup> ETS no. 173.

<sup>74</sup> Art. 4(1)(d).

<sup>75</sup> Art. 5 in conjunction with art. 3.

<sup>76</sup> Para. 49 of the Explanatory Report points out that the inclusion of passive corruption by foreign officials seeks to demonstrate the solidarity of the community of States. However, the respective provisions do not provide jurisdiction which is rather covered by art. 17.

<sup>77</sup> See *supra* note 68 and art. 42 of the UN Convention Against Corruption, art. 4 of the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, art. 17 of the Criminal Law Convention on Corruption of the Council of Europe, art. 13 of the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, and art. 5 of the Inter-American Convention Against Corruption.

## ■ Streitgespräch

Bundesanwalt Michael Bruns, Karlsruhe / RA Dr. Oliver Pragal, LL.M. (Cape Town), Hamburg

### Die neuen §§ 20a ff. BKA-Gesetz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit

Das Bucerius Law Journal veranstaltete am 20. März 2009 ein Streitgespräch über die zum 1. Januar 2009 in Kraft getretene Reform des BKA-Gesetzes, die von einer außergewöhnlich intensiven öffentlichen Diskussion nicht nur in der Fachpresse, sondern auch in der Tagespresse begleitet wurde und gegen die bereits einige Verfassungsbeschwerden erhoben worden sind. Als Diskutanten konnten Michael Bruns, Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof in Karlsruhe, sowie RA Dr. Oliver Pragal, LL.M. (Cape Town), Strafverteidiger und Ombudsmann in Hamburg sowie ehemals wiss. Mitarbeiter an der Bucerius Law School, gewonnen werden.

*Bucerius Law Journal:* Sehr geehrter Herr Bruns, sehr geehrter Herr Dr. Pragal, wir begrüßen Sie sehr herzlich zum mittlerweile siebten Streitgespräch des Bucerius Law Journals, das diesmal unter dem Titel „Die neuen §§ 20a ff. BKAG im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit“ steht. Wir möchten die Diskussion mit einem Zitat einleiten. Die ehemalige Bundesjustizministerin, Frau *Leutheusser-Schnarrenberger*, hat die BKA-Reform als einen „schwarzen Tag für die Grundrechte in diesem Land“ bezeichnet. Was halten Sie von dieser Einschätzung?

*Bruns:* Das ist natürlich ein sehr knackiges Zitat. Ich denke, das ist ein plakativ-politischer Begriff, der der Sache nicht so ganz gerecht wird, und der auch aus meiner Sicht keine Grundlage für eine an der Sache orientierte Diskussion bietet.

Man muss einmal festhalten, dass all das, was im BKA-Gesetz drinsteht, nichts anderes bedeutet als eine Übernahme der Regelungen, die – bis auf bestimmte Ausnahmen – in den Länderpolizeigesetzen zum großen Teil schon stehen und die jetzt auch auf das BKA übertragen werden. Durch das BKA-Gesetz erhält das BKA erstmals präventive Befugnisse und das ist der eigentliche Schwerpunkt des Gesetzes. Es geht hier also nicht darum, dem BKA irgendwelche Ermittlungs- und Ausforschungskompetenzen zu geben, sondern es ging in erster Linie darum – und das war, glaube ich, ein Petitum der meisten Sicherheitsspezialisten in diesem Lande – dass wir für gewisse Fälle, insb. im Bereich des Terrorismus, die bundeseinheitliche Polizeikompetenz im Präventivbereich begründen. Bisher lief das immer bei den Länderpolizeibehörden auf und es war dann Glückssache, wann und in welchem Stadium das bei den zuständigen Bundesbehörden angelandet ist. Jetzt gibt es erstmals eine Kompetenz einer Bundespolizei, in diesem Bereich tätig zu werden. Das würde ich jetzt nicht als „schwarzen Tag für die Bürgerrechte“ ansehen. Wir begeben uns da auf das immer wieder diskutierte, weite Feld der Abwägung zwischen Sicherheit und Freiheit, aber darauf möchte ich vielleicht später noch einmal zu sprechen kommen.

*Pragal:* Auch ich halte dieses Zitat von Frau *Leutheusser-Schnarrenberger* für sehr knackig, neige aber dennoch dazu, von der Tendenz her ihr zuzustimmen. Das liegt weniger an einzelnen Eingriffskompetenzen wie beispielsweise der neu-

en Online-Durchsuchung, sondern es liegt vielmehr an der Bündelung von Eingriffsbefugnissen und der Vorverlagerung der Eingriffskompetenzen in einen Bereich, bei dem man wirklich sagen muss, dass hier die Existenz einer Gefahr ein Lesen im Kaffeesatz ist. D.h. dass man sich letztlich fragen muss: Wann ist ein Terrorist gefährlich – mit seiner Geburt, oder mit seiner Einreise ins Zielland? Das ist mir hier viel zu vage. Und gerade wenn mit Begriffen gearbeitet wird wie z.B., dass Tatsachen dafür sprechen müssen, dass jemand den Willen hat, Straftaten zu begehen, dann nähert man sich doch sehr schnell dem an, was *Orwell* das „Gedankenverbrechen“ genannt hat und als solches skizziert hat.

Abseits der einzelnen Punkte, die man für kritisch halten kann, etwa bei der Online-Durchsuchung, stört mich ein Weiteres an dem BKA-Gesetz, und zwar, dass man es, wie ich finde, in einem Kontext sehen muss, der sehr unschön ist. Dieser Kontext besteht in einer langen Kette von Maßnahmen und Entwicklungen nach dem 11. September, die dazu geführt haben, dass Freiheitsrechte in einem bisher nie gekannten Maße eingeschränkt worden sind. Und abseits dieser – nicht immer überlegten – Maßnahmen, die ja auch vielfach schon vom Bundesverfassungsgericht kassiert worden sind, wurde auch dadurch ein Klima der Bedrohung in unserem Land geschaffen. Und wengleich ich nicht naiv bin und es für richtig halte, dass man sich terroristische Bedrohungen genauer anschaut, glaube ich schon, dass das Klima, das hier geschaffen wurde, nicht gut ist und auch letztlich nicht der Wahrnehmung der Menschen im Hinblick auf ihre Bedrohungslage entspricht. Ich glaube, dass die Politik letztlich über den Willen der Bevölkerung hinauschießt, weil diese schon einsieht, dass Freiheit einen Preis hat, und auch bereit ist, diesen zu bezahlen. Und ich glaube, wenn man Menschen fragt, wovor sie Angst haben, dann würden Arbeitsplatzverlust und Krankheit, aber nicht Terror genannt werden. Ich glaube daher nicht, dass diese Maßnahme die breite Deckung der Bevölkerung findet.

*Bruns:* Ich möchte hierauf gerne direkt antworten. Das ist natürlich ein sehr spannender Ansatz, zu dem es mich geradezu reizt, Stellung zu nehmen. Ich habe mir drei Punkte notiert. Der erste Punkt ist die Bündelung von Kompetenzen, also die Massierung sozusagen von Eingriffsmöglichkeiten beim BKA, die Sie rügen. Ich kann da auch nur sagen: Man kann das inhaltlich diskutieren, faktisch ist das jedoch nichts anderes als das, was in den meisten anderen Polizeigesetzen auch drinsteht.

Und wir haben es natürlich – und da komme ich dann zu dem weiteren Punkt der Vorverlagerung von Befugnissen – im Polizeirecht mit einer ganz sensiblen Materie zu tun, wo jemand schützend tätig werden muss, bevor das Kind in den Brunnen gefallen ist. Das ist ein Vorraum vor dem strafrechtlichen Anfangsverdacht – denn sonst wäre es ja schon eine strafprozessuale Maßnahme –, in dem der Polizeibeamte tätig werden muss, der schon sprachlich schwer zu erschließen ist. Wir

werden nicht umhin kommen, Polizeibeamte im Bereich der Gefahrenvorbeugung mit eher vagen Befugnissen auszustatten, weil sich die Sachverhalte, die die Eingriffsbefugnisse auslösen, nicht alle dezidiert auflisten lassen. Vor diesem Hintergrund ist vielleicht auch der öffentliche Blick derzeit zu sehr auf dieses Gesetz fokussiert. Das sind Diskussionen, die hätte man bei jedem Polizeigesetz führen können. Und die funktionieren seit Jahrzehnten gut – einschließlich der Rechtskontrolle.

Als Drittes haben Sie die Frage des Klimas angesprochen. Man kann sicherlich darüber streiten, ob es politisch sehr glücklich gewesen ist, jetzt das BKA-Gesetz eingebettet in eine Vielzahl von Forderungen über weitergehende Eingriffsbefugnisse wie Online-Durchsuchung und dergleichen im Gefolge von 9/11 zu präsentieren. Auf der anderen Seite muss man natürlich sehen: Der 11. September war ein Erwachen aller westlichen Staaten aus ihrem bürgerlichen Tiefschlaf. Alle westlichen Staaten haben sich vermeintlich unangreifbar und sicher gefühlt – allen voran natürlich die USA. Aber bei uns ist das heute immer noch so, dass wir uns vom Tagesgefühl her relativ sicher und unangreifbar fühlen. Und mitten in dieses Gefühl hinein ist diese Katastrophe von New York geplatzt und hat jetzt natürlich auch notwendigerweise bei all denjenigen, die für Sicherheitspolitik verantwortlich sind, Aktivitäten ausgelöst, um solchen Dingen vorzubeugen.

Man wird freilich diskutieren müssen, ob jede Maßnahme im Einzelnen so unbedingt erforderlich ist oder nicht. Aber insgesamt die BKA-Reform zu einer Ermächtigungsmaßnahme zu stilisieren, wie das gerade auch durch das Zitat von Frau *Leutheusser-Schnarrenberger* geschieht, das geht, meine ich, an den Dingen vorbei und verkennt, dass der Friede, den wir uns vorgaukeln, nicht die Realität ist. Wir hatten 60 Jahre keinen Krieg auf eigenem Territorium, aber wir haben seit vielen Jahren einen sehr heftigen Terrorismus. Deutschland hat das schon vor einigen Jahren in Gestalt der RAF und ihrer Nachfolgeorganisationen erlebt; den Islamismus und die damit verbundenen terroristischen Aktivitäten sollte man nicht unterschätzen. In der Folge dann, da stimme ich mit Ihnen überein, werden wir uns wahrscheinlich Punkt für Punkt darum streiten müssen: Welche Maßnahmen sind notwendig, unvermeidlich, oder wo kann man sagen, das Risiko ist hinnehmbar.

*Pragal:* Ich teile Ihre Einschätzung, dass die Gefahren, die sich inzwischen stellen, sicherlich erheblich sind. Da reicht ein Blick zu den Kofferbomben, die in Köln gefasst worden sind, oder auch im Hinblick auf die sog. Sauerlandzelle. Was ich kritisiere, ist aber, dass hier möglicherweise zur Bekämpfung oder zur Erkennung dieser Maßnahmen die falsche Schublade gewählt worden ist. Damit will ich sagen: Es geht hier nicht um Gefahrenabwehr. Es geht nicht darum, den Terroristen, der im Taxi auf dem Weg zum Flughafen sitzt, zu ermitteln, sondern es geht letztlich um nachrichtendienstliche Strukturermittlungen weit im Vorfeld. Hier wird mit Prognosebegriffen gearbeitet, die Überwachungen legitimieren, die in keiner Weise kontrollierbar sind und letztlich Spielraum lassen für eine Auslegung nach Gusto des ermittelnden Beamten. Ich sage es einmal überspitzt: Jeder Muslim, der Grillanzünder kauft, wird dann zum „Gefährder“, wenn der Beamte es möchte. Es gibt nicht umsonst das berühmte Bonmot, dass ein Geheimdienstler, der Blumen riecht, sich nach einem Sarg umdreht.

Dies vorangeschickt, denke ich, dass es schlauer und richtig gewesen wäre, diese in der Tat zum Teil sinnvollen und nötigen Kompetenzen eher dem Verfassungsschutz zu übertragen. Ich denke, dass man sich etwas vormacht, wenn man hier wirklich von Gefahren im polizeirechtlichen Sinne spricht. Wenn man beispielsweise eine Zellenbildung nimmt, kann es sich, wie bei *Atta & Co.*, um Jahre von ersten Radikalisierungstendenzen bis zu einem Anschlag handeln. Dies widerspricht den Anforderungen an die Konkretheit einer Gefahr, die im Polizeirecht sicherlich eine gewisse Schwelle erfordert. Wenn man hier das Ganze als eine proportionale Entwicklung nimmt, und wenn man dann bei 0,01 auf der y-Achse eine ausreichende Schwelle für eine Gefahr ansetzt, dann ist man aus meiner Sicht auf dem falschen Dampfer. Der Fall Sauerland hat auch gezeigt, dass die Kompetenzen zur Abstimmung zwischen dem Verfassungsschutz und den Polizeibehörden der Länder funktionieren. Das waren zwar aufwändig zu koordinierende, aber sehr effiziente Ermittlungen.

*Bruns:* Das kann ich in dieser Weite nicht unterschreiben. Wie Sie wissen, und es ist auch so durch die Medien gegangen, beruhten die Sauerland-Ermittlungen nicht allein auf unseren strafprozessualen Ermittlungen, sondern es gab auch Zulieferungen von sog. „befreundeten Diensten“, ohne die die Tatvorbereitungen wahrscheinlich niemals entdeckt worden wären.

Dann zur angeblich falschen Schublade: Sie stoßen sich natürlich mit Recht an dem, was Sie als nachrichtendienstliche Mittel bezeichnen, bzw. an diesen verdeckten geheimen Maßnahmen. Das ist in der Tat ein Problem, das wir auch sehen. Wir üben ja auch im strafprozessualen Bereich zunehmend Ermittlungen verdeckt aus. Jetzt kann man sagen, das sei nicht fair und das widerspreche dem bürgerlichen Anstand, das dürften eigentlich weder die Polizisten noch die Staatsanwälte, das dürften allenfalls „die mit den Schlapphüten“. Wir haben aber eine Kriminalität, nicht nur im politischen Bereich in Gestalt des Terrorismus, sondern auch im Bereich der „gewöhnlichen“ Kriminalität mit den kriminellen Organisationen, der mit offenen Methoden nicht mehr beizukommen ist. Nehmen Sie z.B. die Aufdeckung von Gruppenstrukturen, die das Gesetz von uns verlangt. Wir haben derzeit noch keine Möglichkeit den terroristischen Alleintäter, der noch nicht durch eine weitere Straftat hervorgetreten ist, zu bestrafen. Eine nach § 129a StGB strafbare terroristische Vereinigung besteht nach der Rechtsprechung aus mindestens drei Personen. Stellen Sie sich vor, Sie stießen bei Ermittlungen durch Zufall – sei es über irgendwelche sichergestellten Informationen, Nachrichten oder Verlautbarungen im Internet – auf eine Person, bei der sich der Verdacht verfestigt, dass sie terroristischen Bestrebungen nachgehen könnte. Dann geht es darum, die Verbindung der Person zu ihren potenziellen Mittätern, also zu der terroristischen Gruppierung, aufzudecken. Da müssen Sie in aller Regel verdeckt vorgehen.

Eine häufig gestellte Frage im Zusammenhang mit Online-Durchsuchungen ist: „Warum geht ihr nicht einfach hin, beschlagnahmt die Computer und guckt, was auf der Festplatte ist?“ Da liegt jedoch das Problem. In dem Moment, in dem wir offen hingehen, eine Wohnungsdurchsuchung durchführen und schauen, ob es dort Hinweise auf andere Personen gibt, ist das Verfahren „verbrannt“. D.h. alle weiteren Beteiligten werden sofort abtauchen und ihre Verbindung zu dem

Beschuldigten abbrechen. Das bedeutet, Sie haben, gerade bei komplexen Strukturen, überhaupt keine Chance mehr, mit offenen Zugriffen Ermittlungserfolge zu erzielen. Das führt natürlich zu der unschönen Entwicklung, dass sich die Ermittlungstechniken denen annähern, die wir normalerweise von den Geheimdiensten kennen. Das ist sensibel, das wissen alle Beteiligten. Hier wird es in erster Linie darum gehen, Schutzmechanismen zu entwickeln, wie man solche sensiblen Zugriffe gleichwohl unter rechtsstaatlicher Kontrolle halten kann. Hier sollte der Schwerpunkt des Interesses liegen.

*Pragal:* Mich stört an der gefundenen Regelung Folgendes: Ich sehe es so, dass dann, wenn man dem Wortlaut des BKA-Gesetzes folgt und sich einmal fragt, wann die Voraussetzungen für bestimmte Eingriffsmaßnahmen denn gegeben sind, spricht: wann sprechen Tatsachen dafür, dass jemand den Willen zur Begehung von Straftaten hat, dann ist es entweder so, dass man das mit einer Glaskugel herausfindet und hypostasiert. Wenn man so etwas ohne wirklich konkrete Anhaltspunkte tut, wie meinerwegen das Kaufen von Zündern, Bombenbestandteilen etc., dann ist man im Bereich der nachrichtendienstlichen Ermittlungen. Das ist natürlich zulässig und dagegen richte ich mich gar nicht. Nur dann muss man auch sicherstellen, dass man diese Ermittlungen in einem sehr freien Raum mit korrespondierenden Überwachungen versieht, durch Gremien wie etwa das parlamentarische Kontrollgremium beim BND. Das ist zwar ein zahnloser Tiger und eine Simulation von Überwachung, das weiß jeder, aber zumindest ist es besser als nichts. Bei der jetzigen Lösung haben wir eben ein BKA in Gestalt eines Nachrichtendienstes ohne diese Kontrolle – und das stört mich.

Wenn man die andere Variante durchdenkt, dass wirklich konkrete Anhaltspunkte vorliegen, wie das Besorgen von bestimmten Gegenständen, Zündern etc., dann muss man auch so fair sein und zugestehen, dass wir einen Anfangsverdacht i.S.d. § 152 StPO haben; so dass ich dann auch die Geradlinigkeit haben muss, alle strafprozessualen Schutzgarantien und formalen Regelungen zu akzeptieren und mich letztlich auch einer späteren Kontrolle durch einen Strafverteidiger stellen muss, der vollumfänglich Akteneinsicht nehmen und somit alle Ermittlungsmaßnahmen kontrollieren kann. Dies sorgt nebenbei auch über den Einzelfall hinaus für eine vielfach sehr heilsame Disziplinierung der Ermittlungsbehörden. Jeder Praktiker weiß, wie anfällig selbst die „objektivste Behörde der Welt“ manchmal für den Denkfehler der „hypotheseengerechten Informationsselektion“ ist. Vor dem Hintergrund dieser aus gutem Grund bestehenden Dichotomie aus Geheimdienstarbeit und Strafverfolgung finde ich, dass man hier einen unschönen und nicht ehrlichen Mittelweg gegangen ist. Man hätte sich entscheiden müssen für eine der beiden Varianten.

*Bruns:* Sie wissen ja, dass Sie damit zugleich einer weiteren Erstreckung des Strafrechts ins Vorfeld das Wort reden. Das ist natürlich auch nicht ganz unproblematisch. Sie haben sicherlich Recht, es ist wie immer auf des Messers Schneide. Eine Entscheidung zwischen Polizei und Geheimdienst ist insofern kaum möglich, weil die Geheimdienste keinerlei Exekutivmöglichkeiten haben. Ein Geheimdienst kann Tatsachen feststellen, aber er kann darauf aufbauend keine Maßnahmen ergreifen, um diesen Tatsachen unmittelbar abzuwehren. Das ist genau das, was dann bei Polizei und Staatsanwaltschaft liegt. Deswegen haben wir das Trennungsgebot, weil die Er-

mittlungsmöglichkeiten der Geheimdienste relativ unkontrolliert sehr weit reichen. Vor diesem Hintergrund sollen die Dienste auch nur das „Nachrichtenblatt“ der Regierung bilden und nicht zugleich deren Exekutivarm. Wir stoßen immer wieder auf das gleiche Problem: Die möglichen Sachverhalte, die zu einer Gefahrenabwehrmaßnahme führen müssen, lassen sich nicht im Detail bestimmt kodifizieren, sondern man muss relativ offene Formulierungen wählen. Das BKA-Gesetz folgt hier den Formulierungen der Länder-Polizeigesetze. Die allgemeine Polizeiklausel der Gefahrenabwehr verwirklicht nun nicht gerade den Inbegriff der Rechtskonkretisierung.

Nun zur Sicherstellung der Kontrolle: Die polizeiliche Arbeit, soweit sie hier intensive Eingriffe vornimmt, wie z.B. die Online-Durchsuchung, unterliegt der Kontrolle insofern, als diese Maßnahmen nur auf richterliche Anordnung ergriffen werden dürfen. Wenn die Ermittlungen den Bereich des Strafprozessualen berühren, besteht natürlich auch immer die Kontrolle der Staatsanwaltschaft. Das ist in der öffentlichen Debatte in den letzten Jahren immer mehr aus dem Blick geraten. Die Staatsanwaltschaft wurde vom historischen Gesetzgeber als eigenständiges justizielles Rechtskontrollinstrument geschaffen. Sie ist ein Kind des Rationalismus. Man hat dem Richter die Ermittlungsfunktion weggenommen, sie verselbstständigt und der Staatsanwaltschaft zugeschlagen. So gesehen ist das, was wir heute im strafprozessualen Bereich machen, ein Rückschritt. Wir nehmen der Staatsanwaltschaft immer mehr Entscheidungsbefugnisse weg und konzentrieren sie jetzt wieder beim Richter.

Aber – und deswegen freue ich mich eigentlich über Ihren Einwand – wir als Bundesanwaltschaft bemühen uns zunehmend, weil wir sehen, dass Strafprozessuales und Präventives sich immer näher kommen, schon im Vorfeld des strafprozessualen Tatverdachts mit der Polizei eng zusammen zu arbeiten. Wir sind in den entsprechenden Gremien beteiligt, um schon ganz früh entscheiden zu können, ob da eventuell schon die Schwelle des strafprozessualen Tatverdachts überschritten wird, um dann die Sache an uns zu ziehen und justizieller Kontrolle unterwerfen zu können. Natürlich neigen Polizeibeamte dazu, die Dinge so lange wie möglich im präventiven Bereich zu halten, weil dann die Kontrolle über den Geschehensablauf sehr viel einfacher ist, als wenn man sich mit einer Staatsanwaltschaft abstimmen muss. Da wäre es sinnvoll, statt über präventive Regelungen im BKA-Gesetz allgemein den Stab zu brechen, auch ein wenig das Lied einer Stärkung der Staatsanwaltschaft zu singen. In der Wahrnehmung der Politik ist nämlich polizeiliche Prävention offenbar wichtiger und interessanter als die strafrechtliche Aufarbeitung hinterher. Bei unserer Partnerbehörde, dem Bundeskriminalamt, sind inzwischen etwa 5000 Mitarbeiter tätig, die haben sich nach dem 11. September erheblich vergrößert. Während in unserer Behörde derzeit nur etwa 100 Staatsanwälte tätig sind. Nun ermitteln nicht alle 5000 Mitarbeiter beim BKA im Bereich Terrorismus, aber ein Gutteil davon schon. Allein das Größenverhältnis zeigt ja, dass da ganz andere Mittel und Möglichkeiten bestehen als in einer eher überschaubaren Justizbehörde wie der Bundesanwaltschaft.

Es kann also nicht darum gehen, grundsätzlich dem Staat Eingriffsbefugnisse zu beschneiden, zumal wenn sie doch so dosiert und kontrolliert vergeben werden wie das hier der Fall ist. Sondern wir müssen sehen, dass wir die Kontrollmecha-

nismen vernünftig stärken. D.h. in dem Bereich, um den es hier geht, Stärkung der staatsanwaltschaftlichen Kontrollbefugnis und Stärkung der Justiz insgesamt.

*BLJ:* Herr Bruns, Sie haben angedeutet, dass oftmals offene Ermittlungsmethoden keinen hinreichenden Erfolg versprechen, so dass mehr und mehr auf verdeckte Ermittlungsmaßnahmen zurückgegriffen wird. Es scheint so zu sein, dass sich – gerade vor dem Hintergrund von Tatbeständen wie den §§ 129a, b StGB – immer mehr Ermittlungsanteile in die Telekommunikationsüberwachung verschieben. Da Kommunikation immer zwei Teilnehmer voraussetzt, hat dies natürlich auch immer unweigerlich zur Folge, dass gewisse „Kollateralschäden“ eintreten. Bei der Überwachung eines Kommunikationsprozesses ist notwendigerweise auch der unbescholtene Partner den Ermittlungsmethoden ausgesetzt. In der Reform des BKA-Gesetzes ist hinzugekommen, dass in recht weitem Umfang auch sog. Kontakt- und Begleitpersonen (legaldefiniert in § 20b II Nr. 2 lit. c BKAG, *Anm. d. Red.*) Ziel von Ermittlungsmethoden sein können. Dazu die Frage an die beiden Diskutanten, ob sie eine damit verbundene Einschüchterung der Bevölkerung und einen Vertrauensverlust in gewisse Institutionen befürchten, insb. auch vor dem Hintergrund des im BKA-Gesetz enthaltenen eingeschränkten Zeugnisverweigerungsrechts (vgl. § 20u BKAG, *Anm. d. Red.*)?

*Pragal:* Ich denke, dass es einen solchen flächendeckenden Vertrauensverlust und eine Einschüchterung insoweit nicht geben wird, was aber schlicht und einfach daran liegt, dass die meisten Teile der Bevölkerung über diese feinen Ziselierungen des Gesetzes nicht informiert sind. Ich persönlich mache mir allerdings schon sehr häufig Gedanken, ob ich bestimmte Informationen, bei denen es sich um sensible, aber selbstverständlich nicht inkriminierte Daten handelt, per E-Mail, Telefon oder besser nur per berittenem Kurier übermitteln kann. Das führt auch unmittelbar zu meiner persönlichen Position hierzu. Ich halte nämlich diese Ausgestaltung dennoch für falsch. Und zwar deswegen, weil aufgrund der extrem geringen Schwellen, die hier gezogen werden, auch völlig arglose Kontakt- und Begleitpersonen in das Zentrum rücken können und mit beinahe dem gesamten Programm, welches das BKA-Gesetz vorsieht, überwacht werden können. Wenn man hier zugrunde legt, dass der Wissenshunger der Dienste immer grenzenlos ist, dann kann letztlich, überspitzt gesagt, jeder, der *Mohammed Atta* einmal die Hand geschüttelt hat, ins Fadenkreuz von solchen Maßnahmen geraten. Das halte ich für absolut inakzeptabel.

*Bruns:* Dann verraten Sie mir mal, wie Sie eine Sicherheitslage im Auge behalten wollen, ohne Personen im Umfeld von in Frage kommenden „Gefahrslösern“ mit einzubeziehen. Diese Betrachtung als Umfeldperson, als Kontakt- und Begleitperson, ist ja oft nur eine vorläufige Angelegenheit, denn allzu häufig wird aus der Kontakt- und Begleitperson jemand, auf den die polizeirechtlichen Voraussetzungen dann unmittelbar selbst zutreffen. Ich habe manchmal den Eindruck, dass Polizeiarbeit ein bisschen aus der Perspektive der amerikanischen Kriminalfilme und des Sandkastenspiels gesehen wird. Es ist in der Tat so, dass Sie in der Praxis häufig keine große Möglichkeit haben, beim ersten Zugriff oder auf den ersten Blick zu differenzieren, wer die zentrale Person ist, um die es geht, gerade bei den Organisationsdelikten. Sie stoßen da auf einen Kreis von Personen, da ist einer aktiver als die ande-

ren, und auf den richtet sich natürlich erst einmal das Interesse. Aber man darf insb. dann, wenn man die Zusammenhänge nicht kennt, natürlich die anderen Personen, mit denen intensiver Kontakt gepflegt wird, nicht aus dem Blick verlieren.

Zu der Frage der „Kollateralschäden“ haben Sie, Herr Dr. Pragal, schon sehr richtig festgestellt, eine Einschüchterung der Bevölkerung findet jedenfalls durch die Inanspruchnahme, z.B. bei Telefonüberwachungsmaßnahmen, eigentlich nicht statt. Wir haben hier in der Behörde ein sehr eindrucksvolles Beispiel erlebt: Wir haben gerade in einem Ermittlungsverfahren 800 Betroffene von Telefonüberwachungsmaßnahmen, so wie es das Gesetz jetzt vorsieht, über ihre Betroffenheit benachrichtigt, zusammen mit der Belehrung, dass sie nun eine richterliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme einholen können. Der Erfolg war frappierend. Es gingen hier in der Behörde innerhalb einer Woche über 200 Anrufe ein. Es gab von diesen 200 Anrufen keinen einzigen, der in irgendeiner Weise die Maßnahme als solche in Frage gestellt hat. Die Leute waren lediglich erschüttert über die Tatsache, dass sie im Zusammenhang mit einer terroristischen Straftat irgendwie aufgefallen sein sollen. Sie waren zutiefst verunsichert, wie denn jetzt auf diese Benachrichtigung zu reagieren sei, insb. ob sie jetzt einen Anwalt einschalten müssen. Es war dann unsere Aufgabe, den Betroffenen nahezubringen, dass wir sie, so wie es das Gesetz verlangt, benachrichtigt haben, dass das aber für sie keinerlei Konsequenzen hat und dass sie natürlich eine richterliche Überprüfung veranlassen können, aber dazu keine Verpflichtung besteht. Das war für uns doch recht aufschlussreich. Vielleicht geht die Annahme eines, sagen wir einmal, „neuen Bewusstseins des mündigen Bürgers“ ein bisschen an der Realität vorbei und überfordert die Menschen.

Man muss vielleicht auch einmal einbeziehen, dass ein Staat – jetzt klingt es vielleicht ein bisschen „altertümlich“, aber ich denke, der Gedanke ist inzwischen doch sehr weit fortgerückt – nicht nur eine Rechtsgemeinschaft, sondern auch eine Pflichtengemeinschaft ist. Man kann das vielleicht auch wie *Kennedy* sagen: „Überlege nicht, was der Staat für Dich tun kann, sondern überlege, was Du für den Staat tun kannst.“ Also, solange staatliche Aufgaben wahrgenommen werden, sind die Bürger immer irgendwie auch betroffen, ob sie nun Steuern bezahlen, ob sie sich den Verkehrsregeln unterwerfen oder mit Nummernschildern an ihrem Auto ihre Identität preisgeben müssen. Überall fordert das gesellschaftliche Miteinander auch ein Geben und eine Bereitschaft zu geben von den Mitgliedern der Gesellschaft. Da sollten wir mit der Diskussion ansetzen. Ich habe manchmal den Eindruck, dass das Primat des Individuums in den letzten Jahren doch sehr stark geworden ist.

*Pragal:* Also, Ihrem Zitat von *Kennedy* möchte ich in diesem Kontext – auch wenn ich es sonst befürworte – ganz gerne widersprechen, weil ich finde, dass diese Bezugnahme letztlich den Grundsatz verkehrt und diese unselige – wie ich jedenfalls finde – Geisteshaltung widerspiegelt, dass derjenige, der nichts zu verbergen hat, auch nichts zu befürchten hat. Das ist eine Verkehrung der Grundrechte. Es gibt keine Bringschuld des Bürgers, dass er seine Festplatte, sein Privatleben, sein Intimleben dem Staat offenbaren muss zur Verfolgung von präventiven oder auch repressiven Zwecken. Umgekehrt wird ein Schuh daraus: Eingriffe sind begründungsbedürftig.

Und ich verkenne auch gar nicht, was Sie sehr zutreffend ausgeführt haben in Bezug auf die Notwendigkeit von Strukturermittlungen. Ich kenne das aus dem privatwirtschaftlichen Bereich ganz gut aus eigener Erfahrung. Wenn Sie in Fällen von Wirtschaftskriminalität in Unternehmen ermitteln, ist es auch immer so, dass Sie zuerst nicht wissen, wer die Zentralfigur ist. Dann sind Ermittlungen „in die Breite“ wichtig, um das ganze Bild herauszufinden, das sich typischerweise erst nach und nach zusammenfügt. Gleichwohl ist es auch im privaten Bereich so, dass diesem Ermittlungsinteresse immer auch gegenläufige Interessen der Arbeitnehmer bzw. Bürger gegenüberstehen, die in beiden Bereichen, staatlicher Tätigkeit und privatwirtschaftlicher *corporate investigations*, zu berücksichtigen sind. Der Fall der *Deutschen Bahn* hat das gerade sehr plastisch gezeigt, was bei der einseitigen Gewichtung des Aufklärungsinteresses passiert. Und das war auch mein Anknüpfungspunkt, um zu sagen, dass hier die Voraussetzungen, falls man sie überhaupt so nennen kann, des BKA-Gesetzes in Bezug auf die Kontakt- und Begleitpersonen nach meiner ganz persönlichen Ansicht viel zu gering sind.

*Bruns:* Natürlich hat der Bürger keine Bringschuld dem Staat gegenüber hat, was seine Festplatte angeht. Davon habe ich auch nicht gesprochen. Der Bürger muss allerdings im staatlichen Miteinander in dem notwendigen Umfang gewisse Maßnahmen erdulden. Das ist etwas anderes als eine Bringschuld.

Es bietet sich in diesem Zusammenhang an, die neue Maßnahme der Online-Durchsuchung zu beleuchten, ein offenbar ganz kritisches, ja gefährliches Instrument. Hieran hat sich ja auch die Diskussion um das BKA-Gesetz zugespitzt, obwohl das Instrument aus Sicht der Strafrechtspraxis eine eher untergeordnete Rolle spielt. Vielleicht darf ich dazu ein bisschen ausholen, weil die Diskussion dazu sonst etwas undifferenziert wird. Online-Durchsuchung beinhaltet aus unserer Sicht eigentlich nur einen Aspekt: Die einmalige Durchsicht einer Festplatte auf einem fremden Computer über das Internet, also die Kopie der Festplatte über das Internet. Es geschieht dasselbe, wenn die Polizei bei einer Wohnungsdurchsuchung die Computerfestplatte kopiert. Der einzige Unterschied zur offenen Durchsuchung in der Wohnung ist die Tatsache, dass der Vorgang heimlich stattfindet.

Eine andere Maßnahme, die eigentlich immer mit unter den Begriff Online-Durchsuchung subsumiert wird, ist aus Ermittlungssicht viel wichtiger, das ist die sog. Online-Überwachung, insb. in Gestalt der sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung. Das ist die Überwachung der über einen PC laufenden Kommunikation mit dem Internet über einen bestimmten Zeitraum – also nicht die Aufzeichnung des Festplatteninhalts, sondern die Überwachung dessen, was mit einem PC kommuniziert wird. Dies ist insofern zum Teil bereits jetzt nach § 100a StPO möglich, als die Internet-Kommunikation an der DSL-Leitung oder der entsprechenden technischen Anbindung ans Internet abgegriffen und ausgewertet wird. In jüngerer Zeit wird zunehmend verschlüsselt kommuniziert, was auch richtig ist – die Leute sollen ihre Daten schützen. Leider kommunizieren natürlich v.a. diejenigen verschlüsselt, die im polizeilichen und staatsanwaltlichen Interessenschwerpunkt liegen, weil sie wissen, dass DSL-Überwachungen stattfinden. Dann werden also E-Mails verschlüsselt oder es wird mit dem Internettelefon, z.B. Skype, telefoniert. Skype verwendet den AES-Schlüssel.

Bei der Überwachung des Telefonverkehrs im Bereich der organisierten Kriminalität ist in einem Fall festgestellt worden, dass bei kritischen Themen von den Betroffenen gesagt wurde: „So, jetzt müssen wir noch ein paar andere Dinge besprechen, da gehen wir auf Skype.“ Da war Schluss mit der Überwachung, weil die Kommunikation dann verschlüsselt war.

Die modernen Verschlüsselungen in Echtzeit zu entschlüsseln, ist praktisch nicht möglich, dafür sind die zu kompliziert. Uns bleibt einzig, die Information abzugreifen, bevor sie durch die Verschlüsselung läuft. Das kann bei der Kommunikation über den PC nur geschehen, bevor das im Klartext eingegebene Signal – sei es nun eine Tastatur-, Sprach- oder Bildeingabe – durch das Verschlüsselungstool verarbeitet wird. Dafür ist es genauso wie bei der Festplatten-Durchsuchung erforderlich, auf dem entsprechenden Computer ein Programm aufzuspielen, das dies leistet – einige nennen das Bundestrojaner, das BKA spricht von forensischer Software. Dafür findet sich natürlich auch eine Eingriffsgrundlage im BKA-Gesetz, nämlich § 20l BKAG.

*BLJ:* Ungeachtet aller rechtlichen Fragen, die sich um die verschiedenen Online-Maßnahmen ranken, werden auch tatsächliche und technische Bedenken vorgebracht. Zum einen stellt die Infiltrierbarkeit eines Systems doch in gewissem Maße auch seine Integrität in Frage, denn wenn das BKA sich Zugang verschaffen kann, dann können das eventuell vorher schon Dritte geschafft und Daten manipuliert haben. Inwiefern kann man den gespeicherten Daten vertrauen und inwieweit sind sie zum Beweis geeignet? Ein weiterer problematischer Aspekt besteht darin, dass man mit Hilfe der Online-Durchsuchung gefundene Daten nicht ohne weiteres einer bestimmten Person zuordnen kann.

*Bruns:* Das ist im Grunde genommen immer das gleiche Problem. Es ist ja nicht so, dass Sie am Tatort eine notariell beglaubigte Urkunde finden, in der steht, dass der Täter zu einer bestimmten Zeit seinen Einbruch an einem bestimmten Ort begangen hat, sondern Sie finden z.B. einen Notizzettel, der kreuz und quer beschrieben ist. Darauf steht irgendeine Telefonnummer oder sonst irgendetwas und Sie haben dann die spannende Aufgabe, aus diesem und anderen Mosaiksteinchen ein Gesamtbild zusammenzusetzen.

In diesem Zusammenhang muss man auch die Frage der gerichtlichen Verwertbarkeit und Beweisfestigkeit von Ergebnissen solcher Online-Maßnahmen sehen. Wir haben mit Informatikern intensive Diskussionen hierüber geführt. Natürlich ist es so, dass ich schon dadurch, dass ich auf eine Datei zugreife, die irgendwo im Bauch des Computers schlummert, technische Parameter ändere, so dass die Kopie nicht mehr mit dem Original identisch ist. Es ist eigentlich wie in der Quanten-Physik: Mit der Beobachtung des Objekts verändere ich das Objekt selber. Das ist aber nicht nur bei Online-Maßnahmen so. Strafprozess – das ist keine Mathematik, sondern das ist richterliche Beweiswürdigung. Ich habe meine Waage vor mir: Auf der einen Waagschale liegen die Punkte, die für die Stichhaltigkeit eines Beweises sprechen, und auf der anderen Seite die, die dagegen stehen. Wenn ich z.B. technische Daten erheben wollte und etwa im Wege der Online-Durchsuchung feststellen möchte, wann der Computer ein- und ausgeschaltet worden ist und welche Vorgänge darauf gelaufen sind, dann würde ich mir schon sagen: Du fragst hier Daten ab, die du mit Deinem Zugriff gleichzeitig

ständig veränderst. Die Aussagekraft solcher Daten würde ich sehr kritisch betrachten. Wenn ich mir aber im Wege einer solchen Maßnahme etwa einen gespeicherten Text von diesem Computer hole oder ein Telefongespräch im Rahmen einer Online-Überwachung mitverfolge, dann habe ich Daten, die ich auch mit anderen Parametern abgleichen kann. So habe ich wahrscheinlich einen Text erlangt, der zunächst einmal als sinnvoller Text erkennbar ist. Zudem muss ich diesen Text auch in den Kontext der anderen Beweismittel einordnen können. Auf diese Weise findet eine Beweiswürdigung statt. Unter diesen Bedingungen hat es schon Gewicht, wenn ich auf dem Computer eines Terrorismusverdächtigen die Tatbekennung finde.

Ich denke nicht, dass wir den Einwand der Manipulation diskutieren wollen, der auch immer wieder erhoben wird nach dem Motto: „Die Polizei hat den Beweis auf meine Festplatte draufgespielt.“ Wenn das Misstrauen zu den Ermittlungsbehörden so weit geht, dann können wir Ermittlungen insgesamt einstellen. Im Übrigen lässt sich notfalls auch mit IT-Sachverständigen doch sehr stark eingrenzen, inwieweit ein Beweis richtig und zutreffend erhoben worden ist.

*Pragal:* Ich würde gerne noch einmal zu dem Beginn Ihrer Ausführungen zu Online-Durchsuchungen zurückkehren, da hatten Sie dankenswerterweise die technischen Abläufe und Gegebenheiten skizziert und zutreffend darauf hingewiesen, dass der Eingriff in technischer Hinsicht tatsächlich vergleichbar ist mit der Festplattenspiegelung, die typischerweise im Rahmen von Durchsuchungsmaßnahmen im Strafprozess erfolgt. Ich denke aber schon, dass man hier ein paar Unterschiede sehen muss, die entscheidend ins Gewicht fallen; und zwar die weitaus geringeren Voraussetzungen. Wenn solche Maßnahmen bei Durchsuchungen im Strafprozess erfolgen, hat man einen Tatverdacht. Im Rahmen des § 20k BKAG hingegen kann es so sein, dass ich eine Festplatten-Online-Durchsuchung erleiden muss, nur weil ich im gleichen Wohnheim wie Herr *Atta* wohne und mit ihm völlig arglos einmal die Woche Squash spiele und dadurch zur Kontakt- und Begleitperson werde. Das finde ich unglaublich, und es zeigt, was die sog. Eingriffsvoraussetzungen des BKA-Gesetzes wert sind: nichts!

Man muss zugrundelegen, dass sich in der heutigen Welt, wie Sie bereits gesagt haben, sehr viel auf den virtuellen Bereich konzentriert. Ohne pathetisch werden zu wollen, ist das, was hier stattfindet, ja fast schon eine Art Sektion des Gehirns am lebenden Körper. Das, was man über den Rechner erfahren kann, betrifft das innerste Intimleben. Ich habe selbst schon in verschiedenen Ermittlungsverfahren erlebt, dass da Dinge zum Vorschein gekommen und in einer Weise breit getreten worden sind, die man niemandem, auch keinem zu Recht Verdächtigten, wünscht.

Dies vorangeschickt, muss man sich anschauen, wie die Ermittlungsmaßnahme ausgestaltet ist. Bei der Online-Durchsuchung fragt sich, ob wirklich der Forderung des Bundesverfassungsgerichts nach dem Richtervorbehalt Genüge getan worden ist. Ich finde es ehrlich gesagt nicht glücklich, dass die Entscheidung über die Betroffenheit des Kernbereichs von zwei BKA-Beamten und dem Datenschutzbeauftragten getroffen wird (vgl. § 20 VII 3-5 BKAG, *Anm. d. Red.*). Warum ist das nicht glücklich? Wenn man zugrunde legt, dass intimste Details, auch beispielsweise über das Sexualleben von Betroffenen, ins Visier der Behörden ge-

raten können, dann finde ich es schon einmal nicht notwendig, dass man die Zahl der Mitwisser multipliziert und drei Leute im BKA plus den Richter beteiligt. Es gibt eine Verschwiegenheitspflicht, das ist mir bekannt. Aber mir ist genauso bekannt, dass es durchaus Fälle gibt, in denen diese Verschwiegenheitspflicht offenbar nicht sehr ernst genommen wird, man denke an den Fall *Klatten*. Dies kann zudem aufgrund der Beweisschwierigkeiten leider in den seltensten Fällen geahndet werden, zumal der Betroffene dann bereits öffentlich hingerichtet ist.

Mich stört außerdem die Konstellation, dass zwei Beamte, die dem ermittelnden Bereich zugehören, einem Datenschutzbeauftragten gegenüber stehen. Bei dieser fehlenden Parität spielen immer gruppenspezifische Prozesse eine Rolle, und auch wenn man in das BKA-Gesetz hineinschreibt, dass der Datenschutzbeauftragte von Diskriminierung freizustellen ist usw., so muss man schon ein sehr starkes Rückgrat haben, um sich dem Gruppenzwang von zweien zu widersetzen, die sagen: „Das passt doch so.“

Wenn man dann noch berücksichtigt, dass es nach dem Bekenntnis von Herrn *Schäuble* um sehr wenige, angeblich an zwei Händen abzählbare Maßnahmen pro Jahr gehen soll, dann stellt sich für mich auch das Kapazitätsproblem nicht, eine solche Maßnahme oder ihre Überprüfung von vornherein ausschließlich und allein dem Richter zu übertragen. Dies ist übrigens auch bezeichnenderweise von allen drei Polizeigewerkschaften und vom Deutschen Richterbund gefordert worden. Und das sind Dinge, bei denen ich sagen würde, dass ich nicht primär die generelle Legitimität in Zweifel ziehe, dass aber die Ausgestaltung nicht gelungen ist.

*Bruns:* Ich finde es schon interessant, dass die Regelungen, die hier getroffen wurden, um auch die letzte Besorgnis noch auszuräumen, jetzt umgekehrt als Argument dafür dienen sollen, dass das Gesetz Schwächen, Fehler und Mängel hat.

Sicherlich kann man auch über die Anzahl der Beteiligten, die die Kernbereichsrelevanz prüfen sollen, streiten. Dass der Gesetzgeber sich für zwei Beamte entschieden hat, hat den Hintergrund, dass hier das "Vier-Augen-Prinzip" verfestigt werden soll. Dass eben nicht einer allein entscheiden soll, sondern dass der eine durch den anderen kontrolliert wird. Dass der Datenschutzbeauftragte des BKA zwei Ermittlern gegenüber sitzt, ist kein Problem. Der Umgang von Polizeibeamten mit ihrem Datenschutzbeauftragten ist keine Frage des zahlenmäßigen Übergewichts. Das Gesetz gibt dem Datenschutzbeauftragten hinreichende eigene Kompetenzen. Außerdem muss man auch einmal sehen, was denn Gegenstand der Entscheidung ist. Gegenstand der Entscheidung ist, ob irgendeine Wahrnehmung auf dem Computer, sagen wir sehr private Fotos von der Ehefrau oder so etwas, dem privaten Kernbereich zuzuordnen ist. In aller Regel gibt es da keine gegenläufigen Interessen. Der ermittelnde Kriminalbeamte hat möglicherweise ein Interesse, das als nicht-kernbereichsbezogen anzusehen, wenn er sich daraus einen Erkenntnisgewinn für sein Verfahren verspricht. Wenn der Datenschutzbeauftragte sich aber von den Argumenten der Ermittler nicht überzeugen lässt, dann kann er dies ohne jede persönliche Konsequenz zum Ausdruck bringen. Im Übrigen obliegt die Sachleitung ohnehin dem Richter.

Ermittlungsbeamten wird gerne ein besonderer Ermittlungsduktus unterstellt, der dahin geht, unbedingt auch den Kern-

bereich ans Tageslicht zu zerren. Das ist gar nicht nötig. Wir brauchen den Kernbereich, z.B. bei Terrorermittlungen, in aller Regel überhaupt nicht. Auf der anderen Seite ist die Kernbereichsfrage höchst problematisch, wenn ich mir vorstelle, dass es um die Aufklärung von Sexualdelikten geht. Da können kernbereichsrelevante sexuelle Äußerungen oder sexuelle Gespräche zweifelsohne für die Aufklärung eine Rolle spielen.

*Pragal:* Ich würde gerne zwei Punkte ansprechen. Und zwar einmal: Was heißt eigentlich die Formulierung in § 20k VII 3 BKAG „unter der Sachleitung des Gerichts“? Ich kann mir darunter praktisch nichts vorstellen. Der Richter ist nicht vor Ort, wenn die beiden BKA-Beamten und der Datenschutzbeauftragte die Sichtung vornehmen. Er kann deswegen auch nicht instruieren und eine Entscheidung, dass der Kernbereich angeblich nicht betroffen sei, nicht kontrollieren. Letztlich wird es wohl darauf hinauslaufen, dass eine Berichterstattung erfolgt – nachträglich. Ich weiß nicht, ob das mit den Forderungen des Bundesverfassungsgerichts übereinstimmt, die originäre Kontrollzuständigkeit und -tätigkeit dem Richter zu überlassen.

Zum Anderen möchte ich auf folgenden Aspekt hinweisen: Sie hatten aus eigener Erfahrung berichtet, wie irrelevant der Kernbereich für die Ermittlungsarbeit ist. Das mag so sein. Ich möchte allerdings aus meiner Erfahrung auf der „Gegenseite“ darauf hinweisen, dass nicht das Ermittlungsinteresse entscheidend ist, sondern die Auswirkungen, die für den Betroffenen entstehen können. Ich kenne selbst ein Verfahren, in dem der Beschuldigte umfassend überwacht worden ist, und bei dem sich im Zuge dieser Überwachung herausgestellt hat, dass der Beschuldigte neben seiner festen Lebenspartnerin eine Geliebte hatte und auch die Dienste von „Damen mit verhandelbarer Zuneigung“ in Anspruch genommen hatte. In den Protokollen wurde auch die Bewertung der einen Dame als Geliebte sowie teilweise der Inhalt der telefonischen Anfragen bei Prostituierten wiedergegeben. Diese Protokolle sind im Wege der Akteneinsicht an alle Mitverteidiger gegangen, inklusive an den Verteidiger der Lebensgefährtin, die auch beschuldigt war. Sie können sich vorstellen, dass Sie damit das Leben und den Ruf einer Person vollständig zerstören können – ganz unabhängig vom Ausgang des Verfahrens. Das Interesse der Ermittlungsbehörden am Kernbereich mag oft marginal sein, aber die damit verbundenen Folgen für die Existenz von Menschen, die in solchen Situationen durchaus an die Schwelle zum Suizid geraten können, können enorm sein.

*Bruns:* Ja, ich sehe das ganz genauso wie Sie. Das ist in der Vergangenheit sicherlich auch nicht immer so gehandhabt worden, wie es sein sollte. Aber nehmen wir einmal den berühmten VW-Skandal. Hier spielte es natürlich eine Rolle, welche sexuellen Kontakte kostspieliger Art Betriebsratsmitglieder mit Prostituierten unterhielten. Es kommt immer auf den Einzelfall an. Es ist im Einzelfall eine Güterabwägung, ob es nötig ist, solche Details aufzugreifen. Ich gebe Ihnen völlig Recht, ist eine solche Maßnahme sachfremd oder unverhältnismäßig, dann ist sie schlicht falsch.

Man wird mit den neuen Regelungen allerdings in Zukunft eine größere Sensibilität erzeugen können. Auf der anderen Seite wird man der Praxis Probleme bereiten. Es ist absehbar, dass uns nach der Löschung kernbereichsrelevanter Teile die Verteidigung vorhalten wird, wir hätten verfahrensrelevante,

insb. entlastende Informationen unterdrückt. Dann werden wir das Gegenteil nicht mehr beweisen können.

*BLJ:* Wir würden die Aufmerksamkeit gerne noch auf einen anderen Punkt lenken, nämlich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 StPO genannten Berufsträger. Dazu würden uns zwei Aspekte interessieren. Zum einen unterscheidet § 20u BKAG (wie schon § 160a StPO es für den strafprozessualen Bereich tut) in seinen Absätzen 1 und 2 zwischen Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern „erster und zweiter Klasse“. Abgeordnete, Geistliche und Strafverteidiger genießen ein abwägungsfestes, absolutes Zeugnisverweigerungsrecht, wohingegen insb. sonstigen Rechtsbeiständen, Ärzten und Journalisten lediglich ein relatives Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, das einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen ist. Halten Sie diese Differenzierung für gerechtfertigt und hinreichend trennscharf? Zum anderen ist nach allgemein anerkannter Lesart das Zeugnisverweigerungsrecht für Geistliche auf solche beschränkt, die einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft angehören. Es gilt also etwa nicht für muslimische Imame. Kann diese Beschränkung vor der ratio des Schutzes der Glaubensfreiheit überzeugen?

*Pragal:* Ich finde an der beschriebenen Einschränkung der Zeugnisverweigerungsrechte schon im Ansatz höchst problematisch, dass man hier Gesetze schafft, ohne irgendeine empirische Evidenz dafür zu haben, dass Regelungsbedarf besteht. Eine solche Gesetzgebung „ins Blaue hinein“ ist höchst problematisch. Was meine ich damit? Es ist nichts darüber bekannt, dass beispielsweise die Terroristen des 11. September in irgendeiner Form mit Anwälten, Journalisten oder ihren Zahnärzten über ihren Tatplan gesprochen haben. Das kann man auch nicht annehmen, wenn man sich die Abschottung anschaut, die in solchen Kreisen typisch ist. Soviel zum Nutzen der Einschränkung der Zeugnisverweigerungsrechte.

Der Schaden ist nach meiner persönlichen Überzeugung demgegenüber riesengroß. Wenn man sich anschaut, dass die Rechtsberatung ein System ist, das auf Vertrauen beruht, und wenn man sich vergegenwärtigt, was beispielsweise *Luhmann* zur Empfindlichkeit und Störbarkeit von Systemvertrauen ausgeführt hat, dann wird klar, dass die Unvorhersehbarkeit des Ausgangs des Abwägungsvorgangs dazu führt, dass das bisher aus gutem Grunde uneingeschränkt gerechtfertigte Vertrauen in die Institution Anwalt, Arzt usw. bereits durch die Unsicherheit der gesetzlichen Regelung zerstört worden ist. Vertrauen kann man eben nicht graduell, und wenn die von *Luhmann* bezeichneten „Schwellen“ überschritten werden, ist es eben zerstört. Hierzu kann sich der Gesetzgeber jetzt gratulieren.

Das BKA-Gesetz und die korrespondierenden strafprozessualen Regelungen beeinträchtigen also wichtige Pfeiler unseres Staates, nämlich die auf dem *legal privilege* fußende Rechtsberatung, aber auch den so wichtigen Bereich des Journalismus, gravierend. In Anbetracht des völlig zweifelhaften Nutzens für die Terrorbekämpfung kann man sich schon fragen, ob man hier frei nach *Mao* als Nebenzweck beabsichtigte: „Überwache einen, erziehe hundert.“ Wenn ich mir den Fall *Cicero* anschau oder die Überwachung von *Tagesschau*-Journalisten, und mir vor Augen halte, dass der Berufsstand der Anwälte oder der Strafverteidiger von jeher ein glücklicherweise sehr kritischer Berufsstand ist, der durchaus auch

mal gegen den *mainstream* der Politik argumentiert, dann ist der Eindruck, der entsteht, wirklich sehr un schön.

Und es gibt noch einen weiteren un schönen Eindruck, der darin liegt, dass ausweislich der Gesetzesbegründung der *islamische* Terrorismus primäres Ziel des BKA-Gesetzes sein soll. Wenn hier eine Differenzierung vorgenommen wird zwischen, flapsig gesagt, „Premium-Staatskirchen“ und Glaubenskreisen zweiter Klasse, beispielsweise dem muslimischen Glauben, dann ist das für das Empfinden von Gleichberechtigung und Akzeptanz dieser Bevölkerungsgruppen, die ja zu mehr als 99 % mit Terrorismus nichts zu tun haben, kein sehr förderlicher Schritt.

*Bruns:* „Gesetzgebung ins Blaue“ ist natürlich eine kühne Behauptung. Ich glaube, hier wäre eine schärfere Begrifflichkeit angebracht. Zur Übernahme des Zeugnisverweigerungsrechts und seiner Einschränkungen aus der StPO in das BKA-Gesetz kann man sich zunächst einmal fragen, ob im Bereich der Gefahrenabwehr die gleichen Schutzzräume notwendig sind, wie im Rahmen der strafrechtlichen Ermittlungen. Aber das will ich jetzt nicht vertiefen.

Hinsichtlich der Differenzierung in Aussageverweigerungsberechtigte bzw. Schutzberechtigte ersten und zweiten Grades gibt es ein ganz einfaches Kriterium, nach dem sich diese Unterscheidung begründet. Das ist nämlich die Feststellbarkeit, die Definierbarkeit der schutzberechtigten Personenkreise. Bei den Geistlichen der öffentlich-rechtlichen Glaubensgemeinschaften können Sie in die Akten sehen. Da wissen Sie ganz genau, der Pfarrer Müller hat ein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis und gehört zu dieser Kirche. Damit haben wir einen feststellbaren Rahmen. Genauso ist das bei dem Verteidiger. Verteidiger ist derjenige, der für ein bestimmtes Strafverfahren – das muss nicht das Verfahren sein, um das es bei der Prüfung des Zeugnisverweigerungsrechts geht – entweder bevollmächtigt oder gerichtlich bestellt ist. Auch hier eine ganz klar definierbare Personengruppe. Ebenso bei den Abgeordneten. Jetzt kann man die Frage stellen: „Warum denn nur die öffentlich-rechtlichen Glaubensgemeinschaften, ist das nicht eine Diskriminierung der nicht öffentlich-rechtlichen?“ Wir haben in der Tat bei den von Ihnen angesprochenen Imamen das Problem, dass die muslimischen Glaubensgemeinschaften rechtlich nicht klar verfasst sind. Wir haben das weitere Problem, dass auch die Stellung des Imams rechtlich nicht klar definiert ist. Von daher ergibt sich schon eine Schwierigkeit, wenn man sieht, dass die Ausnahme Geistlicher von den Ermittlungsmethoden v.a. der §§ 20g, 20h BKAG einen gewaltigen Schutzzraum und zugleich von der Seite der Ermittler oder Gefahrenvorsorge aus betrachtet eine gewaltige Lücke darstellt.

Dann kommen wir zu den von Ihnen als Aussageverweigerungsberechtigte zweiter Klasse beschriebenen Personenkreisen. Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Ärzte, Zahnärzte usw., das sind Personenkreise, bei denen sich das Verhältnis zum Beschuldigten auf den ersten Blick nicht gleich so deutlich feststellen lässt wie beim Strafverteidiger und bei denen die Betroffenheit nicht ebenso auf der Hand liegt. Darüber kann man streiten, das sind Wertungsfragen, die der Gesetzgeber vor Jahren so entschieden hat. Hauptgrund ist aber, dass wir hier einen unscharfen Bereich von Beziehungen zu dem Beschuldigten haben, die der weiteren Untersuchung bedürfen und dann, wenn sie tatsächlich

„grundrechtsrelevant“ sind, vom staatlichen Zugriff ausgenommen werden.

Dann die von Ihnen, Herr Dr. Pragal, hervorgehobenen Journalisten, da wird es ganz schwierig. Wer ist denn Journalist? Jeder, der einen Journalistenausweis hat? Welchen? Ich hatte als Mitglied einer Schülerzeitung auch einen Journalistenausweis. Das ist ganz diffizil. Natürlich kommt den Medien eine wichtige Kontrollfunktion innerhalb unseres Staates zu.

*Pragal:* Sie sagen es – und diese Kontrollfunktion sollte man im Zweifel eher schützen und bewahren als einschränken!

*Bruns:* Die organisationsrechtliche Diffusität dieses „Organ“, denke ich, lässt es nicht zu, den Journalisten etwa mit dem Verteidiger gleichzusetzen. Es wird den Bedürfnissen der Presse hinreichend Bedeutung zugemessen im Rahmen der Abwägung. Das ist eine gute Regelung. Da kann man dann im Einzelfall erst einmal feststellen, fällt denn der, der sich da als Journalist geriert, in diesen Schutzbereich oder tut er es nicht. Das sind ja nicht nur Journalisten, sondern jeder an der Herstellung und Verbreitung von Druckwerken Beteiligte. Notfalls kann das wahrscheinlich sogar der Kabelträger beim SWR sein, das muss man im Einzelfall prüfen. Bei dieser Sachlage kann man keine absoluten, unanfechtbaren Ausnahmen begründen, sonst können wir Gefahrenabwehr oder strafprozessuale Ermittlungen weitgehend vergessen.

*Pragal:* Ja, das ist vielleicht ein Punkt, an dem sich die Gegensätze unserer beiden Perspektiven sehr deutlich zeigen, weil in den Grenzfällen, die sie ansprechen, ich doch darauf verweisen würde, dass der gute alte Grundsatz „in dubio pro libertate“ Anwendung finden sollte und man in solchen Fällen nicht mit dem ganz großen Treibnetz fischen sollte.

*Bruns:* Das sagt sich so leicht! Aber Sie sollten einbeziehen, dass bei Ihrer Überlegung „in dubio pro libertate“ die „libertas“ durchaus darin bestehen kann, dass 150 Leute in die Luft gesprengt werden, dass ein Mensch verschleppt, vergewaltigt wird oder ähnliches mehr. Hier geht es ja nicht nur um den Terrorismus.

*Pragal:* Klar, aber man kann natürlich auch polemisch sagen, dass es die größte Sicherheit vor terroristischen Anschlägen im Gefängnis oder in Staaten wie Nordkorea gibt. Das Sicherheitsinteresse darf nie uferlos sein, denn in freien Gesellschaften gibt es keine vollständige Sicherheit!

*Bruns:* Na, das ist ja auch nicht uferlos, was da geschieht. Es ist sicherlich schwierig, die Grenzbereiche auszuloten. Da müssen Diskussionen möglich sein.

*Pragal:* Also, ich sehe schon gewisse Parallelen, die man ziehen kann. Wenn ich mir z.B. den Begriff des Gefährders anschau, der wohl von Herrn *Schäuble* geprägt worden ist, dann drängt sich mir schon auf, dass hier ein suggestiver Phantasiebegriff geschaffen worden ist, um Polizeiarbeit mit den Mitteln eines Nachrichtendienstes zu scheinlegitimieren. Die Vereinigten Staaten haben solche dogmatischen Volten mit dem Begriff des *unlawful combatant* in unseliger Weise vorexerziert.

*Bruns:* Das ist mir etwas zuviel Phantasie! Ich bitte um Nachsicht, aber es geht allein um die Umsetzung des Begriffs der Gefahrenabwehr. Gefahr ist ein polizeirechtlicher Begriff

und die Person, von der eine Gefahr ausgeht, das ist der Gefährder. Ich würde da nicht so viel hineingeheimnissen.

*Pragal:* Und die Gefahr ergibt sich aus dem Willen desjenigen und ob solch ein Wille im Gehirn des Betroffenen existiert, entscheidet ein BKA-Beamter mit Glaskugel?! Das kann es nicht sein, finde ich!

*Bruns:* Das tut der Verkehrspolizist, der auf der Straße steht, genauso. Der findet, dass Sie mit ihrem Auto in auffälligen Schlangenlinien fahren und ausgehend davon ein gewisser Hinweis besteht, dass Sie Alkohol oder Drogen zu sich genommen haben.

*Pragal:* Dafür habe ich auch große Nachsicht, wenn er das tun würde, denn hier gibt es eine äußerlich erkennbare und sehr konkrete Gefahr!

*Bruns:* Ja, aber das ist auch die Glaskugel. Und genauso bewegt sich das in den anderen Bereichen. Wir können das Recht der polizeilichen Gefahrenabwehr – das ergibt sich doch schon begrifflich – nicht genauso konkretisieren wie das Baurecht.

*Pragal:* Wo Sie die Begrifflichkeiten ansprechen, möchte ich einen Seitenhieb schon noch loswerden. Wenn man sich die Formulierung der Eingriffsvoraussetzung im Gesetz anschaut: „Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt“, frage ich mich schon, ob es nicht „eine Nummer kleiner“ gegangen wäre. Und wenn man sich eine solch monströse Bedrohungssituation anschaut, kann ich mir, offen gesagt, nicht vorstellen, wie solch katastrophale Folgen, wie sie hier beschrieben werden können. Das soll nicht bedeuten, dass es nicht Anschläge gibt wie 9/11 oder auch in noch größeren Dimensionen, die furchtbar sein können. Aber die einzige Bedrohung, die ich kenne, die dieser Dimension gerecht wird, ist der Klimawandel, der wirklich die Existenz der Menschheit berührt – leider wird diese Bedrohung aber nicht mit der gleichen Leidenschaft bekämpft, sondern – das sei nur nebenbei gesagt – von der Bundesregierung z.B. mit der sog. „Umweltprämie“ noch gefördert.

*Bruns:* Da gebe ich Ihnen völlig Recht. Nur, Sie wissen ja, wo diese Formulierung herkommt. Die hat nämlich das Bundesverfassungsgericht in der Online-Durchsuchungs-Entscheidung zum Verfassungsschutzgesetz NRW (Urt. v. 27.02.2008 – Az. 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, BVerfGE 120, 274 ff. = NJW 2008, 822 ff., *Anm. d. Red.*) eingeführt. Und der Gesetzgeber hat das übernommen, einfach um der Verfassungsrechtsprechung Genüge zu tun. Solche Formulierungsungetüme resultieren aus der Unsicherheit des Gesetzgebers, nicht etwas zu produzieren, das dann in Karlsruhe aufgehoben wird.

*Pragal:* Aber dann ist es vielleicht der falsche Weg aus Sicht des Gesetzgebers, *copy and paste* zu betreiben. Sondern hier muss man wirklich der Aufgabe gerecht werden, wie Sie sagen, prospektiv tätig zu werden. Und das ist das, was ich ganz stark kritisiere an diesem Gesetz, dass man mit einem hölzernen Handschuh versucht, eine Bedrohung zu fassen, die sicherlich schwierig zu fassen ist, aber die man nicht bes-

ser fasst, indem man diese monströsen Begriffe übernimmt. Diese werden der Bedrohungslage, so schwerwiegend sie auch ist, nicht gerecht.

*Bruns:* Da stimme ich völlig mit Ihnen überein. Es besteht die leider zunehmende Neigung, solche Vorschriften mit heißer Nadel zu nähen. Früher hat man sich für solche Gesetze Zeit genommen. Heute macht man so etwas in 14 Tagen. Man muss ja sehen, dass mit solchen Formeln der Polizist vor Ort arbeiten muss. Was soll der damit anfangen? Im Zweifel, wenn sich eine Gefahrenlage entwickelt, dann sitzt da nicht der Chefjurist des BKA, sondern ein Beamter, der Bereitschaftsdienst hat und der entscheiden muss: „Hü oder Hott“. Er muss mit diesen Begriffsmonstern umgehen, die noch viele Bände Rechtsprechung füllen werden. Wir haben in der StPO inzwischen ähnliche Regelungen – da muss man den Ball dem Gesetzgeber zuspitzen und hoffen, dass er die Praxis zukünftig mit praktikableren Vorschriften konfrontiert.

*Pragal:* Und leider bewirkt diese Ungenauigkeit nach meiner Erfahrung, dass es dann eher „Hü als Hott heißt“, sprich: dass die Tendenz, wenn solche Kompetenzen geschaffen werden, die ist, sie auch zu nutzen.

*BLJ:* Manche bemängeln an den neuen §§ 20a ff. BKAG mit ihren unterschiedlichen Eingriffsvoraussetzungen auch eine zu geringe Rechtsklarheit. Wäre es besser gewesen, man hätte die Eingriffsschwellen stärker vereinheitlicht und hinsichtlich des Kernbereichs, wie verschiedentlich gefordert, eine einheitliche Regelung „vor der Klammer“ getroffen? Als Vorbild wird insoweit mitunter auf § 29 VI des Brandenburgischen Polizeigesetzes verwiesen, der lautet: „Eine Erhebung personenbezogener Daten, durch die in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eingegriffen wird, ist unzulässig. Äußerungen in Betriebs- und Geschäftsräumen zählen in der Regel nicht zum Kernbereich privater Lebensgestaltung. Das Gleiche gilt für Äußerungen und Handlungen mit unmittelbarem Bezug zu einer dringenden Gefahr.“

*Bruns:* Ja, das ist zum Einen natürlich eine Frage der Regelungstechnik. Es ist sicherlich eleganter, so etwas in einer Norm zusammenzufassen. Ähnliches haben wir ja jetzt in der Strafprozessordnung in § 101, da geht es um die Benachrichtigungspflichten. Da ist das sehr schön für die heimlichen Ermittlungsmaßnahmen *en bloc* geregelt.

Auf der anderen Seite haben diese abstrakten Normungen natürlich das Problem – ich sagte es vorhin schon –, dass sie vom „Schupo“ vor Ort angewendet werden können müssen. Das Verständnis eines solchen generalisierenden Vorspanns – gerade auch des von Ihnen zitierten Brandenburger Beispiels – setzt eine gewisse juristische Grundausbildung voraus. Soweit Regelungen zum Kernbereich differieren, folgt das der jeweiligen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. So kann es aus der Sache selbst Abstufungen geben, die durchaus gerechtfertigt sind. Man denke z.B. in der StPO an die akustische Wohnraumüberwachung mit der Pflicht zur sofortigen Löschung einerseits und den Bereich der Telekommunikationsüberwachung mit der Möglichkeit der nachgeordneten Löschung andererseits. Bei der akustischen Wohnraumüberwachung muss ein Beamter „in Echtzeit“ mithören, das ist der Intensität dieses Eingriffs geschuldet. Bei der Grundausgabe aber, dass nämlich die Intimsphäre zu schützen und von staatlichen Zugriffen freizustellen ist, gibt es keine Ab-

stufungen. Das könnte man vor die Klammer ziehen, wenn es denn technisch irgendwie geht.

*Pragal:* Ich stimme Ihnen da zu, ich halte diese vielfach geforderte Vorwegnahme der Kernbereichsklausel nicht unbedingt für die beste Möglichkeit. Es gibt einfach Unterschiede praktischer Art, die Abstufungen erfordern und die es auch ermöglichen, dass man zu einem besseren Schutz des Kernbereichs gelangt, wenn man eine spezifische Abstimmung für das jeweilige Instrument vornimmt.

Ich denke auch, dass es ganz klare praktische Regelungen gibt, mit denen der Gesetzgeber hätte signalisieren können, dass er es wirklich ernst meint mit dem Kernbereichsschutz, beispielsweise was die Pflicht zur Fortsetzung einer bloß automatischen Aufzeichnung betrifft. Hier hätte ich es gut gefunden, wenn das Gesetz geregelt hätte, dass es in diesem Falle ein Verbot für den BKA-Beamten gibt, sich diese Aufzeichnung anzuhören. Tatsächlich enthalten im Gesetz ist nur die Pflicht zur unverzüglichen Weitergabe, also Vorlage an den Richter zwecks Bestätigung. Da hätte man auch ein bisschen mehr Klarheit schaffen können, dass es ernst gemeint ist mit diesen *chinese walls*, die man hier angeblich einziehen möchte. Das wäre eine Maßnahme gewesen, die Glaubwürdigkeit geschaffen hätte!

*BLJ:* Zum Abschluss wollen wir einen Ausblick nach Karlsruhe wagen: Wie schätzen Sie die Erfolgsaussichten der gegen die BKA-Reform zwischenzeitlich erhobenen Verfassungsbeschwerden ein? Zu den bisherigen Beschwerdeführern will sich nach eigener Aussage auch der ehemalige Bundesinnenminister *Gerhart Baum* hinzugesellen (inzwischen hat er dies getan und Verfassungsbeschwerde erhoben, *Anm. d. Red.*). Welchen Verfahrensausgang erwarten Sie?

*Bruns:* Das ist nicht ganz einfach vorherzusagen. Es gibt bei solchen Entscheidungen auch immer eine Berücksichtigung verfassungspolitischer Grundlinien. Ich meine aber, dass das neue BKA-Gesetz der verfassungsrechtlichen Prüfung standhält.

Es ist sicherlich, wie wir gemeinsam festgestellt haben, kein ideales Gesetz. Es hat aber nicht das Potenzial, die Bevölkerung zu beunruhigen, das glaube ich nicht. Die Eingriffsgrundlagen sind natürlich relativ weit und unbestimmt. Aber, wie gesagt, würde man vor diesem Hintergrund wahrscheinlich das gesamte deutsche Polizeirecht mangels hinreichender Bestimmtheit in den Orkus der Verfassungswidrigkeit schieben müssen – das wird man nicht tun, weil man dann vielleicht auch die Frage beantworten müsste, wie es denn anders gehen soll. Ansonsten enthält das Gesetz nur Eingriffsmaßnahmen, die das Bundesverfassungsgericht jeweils für sich genommen alle schon einmal geprüft und unter gewissen Kautelen als verfassungsrechtlich zulässig anerkannt hat. Das Gesetz bemüht sich, die Kautelen der Entscheidungen zu übernehmen. Von daher, denke ich, bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Verfassungsgericht die BKA-Reform noch aushebelt.

*Pragal:* Ich hoffe darauf, dass das Gesetz in der Tat in Karlsruhe gekippt wird. Ich denke, die Gründe, die dafür sprechen, dass das geschehen könnte, sind zum Einen, dass hier aus meiner Sicht dem BKA echte nachrichtendienstliche Befugnisse übertragen worden sind, die mit polizeilicher Gefahrenabwehr nichts zu tun haben und viel besser aufgehoben wären

im Bereich des Verfassungsschutzes. Des Weiteren gehen mir die Eingriffsbefugnisse zu Lasten unbeteiligter Dritter eindeutig zu weit. Es fehlt aber auch jede Kontrolle der Tätigkeit des BKA, die im repressiven Bereich durch die Möglichkeit der Akteneinsicht durch den Strafverteidiger gegeben wäre. Ich hoffe schließlich auch, dass das Gesetz gekippt wird aufgrund der wirklich sehr unklaren, weiten und sprachlich monströsen Begrifflichkeiten, die wir ja beide als wenig glücklich betrachtet haben. Ich glaube nicht, dass es der Sicherheitslage in diesem Land förderlich ist, wenn man Horrorszenarien an die Wand wirft, die durch den Terrorismus so auch gar nicht eintreten können.

Ich hoffe ferner, dass der Richtervorbehalt in dem bereits skizzierten Sinne gestärkt wird und insb. hoffe ich, dass die Karlsruher Richter der Beschneidung der Schutzsphäre von Berufsgeheimnisträgern eine Absage erteilen werden. Letzteres erscheint mir fast zwingend, weil ich glaube, dass neben allen negativen Auswirkungen für die Berufsgeheimnisträger selber und aber auch für die Bürger der Nutzen dieser Maßnahme gleich Null sein wird, denn Terroristen sprechen typischerweise nicht über ihre Pläne vor Journalisten, Anwälten oder Zahnärzten.

*BLJ:* Wir danken Ihnen für die Diskussion. ■

*Das Gespräch führten Carsten Lindner  
und Sebastian Pläster.*

## ■ Rezensionen

### *Rudolf von Ihering: Der Kampf um's Recht.*

„Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf.“ Diesem Kampf widmet sich *Iherings* 1872 in Wien gehaltener Vortrag. Auf 98 kurzen Seiten entwickelt er, wie Recht sich erst aus dem ständigen Kampf der Parteien ergibt. Dieser Kampf kann nicht auf bloße rationale Interessen reduziert werden, sondern die Streitenden bringen zusätzlichen Aufwand und Emotionen in ihn ein. Und genau diese Übertreibung und Emotionalisierung rechtlicher Auseinandersetzungen ist nach *Ihering* langfristig vorteilhaft. Sie ermöglicht die Entwicklung eines Rechtsgefühls, das nicht nur die einzelnen Menschen, sondern den ganzen Staat bewahrt.

Zunächst beginnt *Ihering* auf der abstrakten Ebene des Staates, auf der neues Recht nur im Kampf entstehen kann. Wer vom älteren Recht profitiert, bekämpft die Entstehung eines besseren, faireren Rechts und kann erst in langwierigen Auseinandersetzungen überwunden werden. Damit grenzt sich *Ihering* zu *Savigny* ab, er betont die Entstehung des Rechts in Sprüngen und gegen schwere Widerstände. Infolgedessen entsteht zwischen dem so errungenen Recht und dem Volk ein inniger Bund und schon auf staatlicher Ebene gilt: „Im Kampf sollst du dein Recht finden!“

Auf der individuellen Ebene der Entstehung und Durchsetzung von Recht entwickelt *Ihering* anschließend die Grundzüge seiner Idee. Wenn ein Einzelner in seinem subjektiven Recht verletzt wird, sind zwei Reaktionen denkbar. Zunächst kann eine bloße objektive Rechtsstreitigkeit vorliegen, in der z.B. zwei Seiten, die sich beide gutgläubig für Eigentümer halten, miteinander streiten. In diesem Fall verteidigt der Einzelne sein rein rationales Geldinteresse, er wird also einen Prozess anstrengen, wenn sein materielles Interesse die Risiken des Prozess überwiegt.

Wird jedoch sein Recht absichtlich verletzt, z.B. durch einen Dieb oder einen Schuldner, der absichtlich nicht zahlt, dann geht die Verletzung über sein bloß materielles Interesse hinaus. Vielmehr greift der absichtlich Handelnde auch die Würde des Betroffenen an. Wird daher die eigene Würde in Frage gestellt, muss sich der Angegriffene mit allen Mitteln verteidigen, aus der „Interessenfrage“ wird die „Charakterfrage“. Auch umgekehrt kann nur der irrationale Schmerz über eine Rechtsverletzung zu Tatkraft bei ihrer Bekämpfung führen. Dadurch wird der Gegner im Zivilprozess, wenn er absichtlich handelt, zum moralischen Gegner.

Genau dann verbinden sich für *Ihering* das immer vorhandene Eigeninteresse und die Verteidigung des starken Charakters zum Rechtsgefühl als Träger eines Prozess. Um dies zu illustrieren, greift er die Geschichte von Michael Kohlhaas auf, der sich nicht mit der Rechtsverletzung abfindet, wenn er deshalb auch sterben muss. Rechtsgefühl ist dabei umso stärker entwickelt, je inniger die Person mit dem geschützten Recht verbunden ist. Denn damit ist das In-Frage-Stellen eines bestimmten Rechts eine Verletzung der Würde des Menschen. *Ihering* verdeutlicht das an einem Bauern, der in aller Regel viel Wert auf sein Eigentum legt, weil er es mit seinen eigenen Händen erschaffen hat.

Indem aber jeder für sein Recht kämpft, ist er ein „geborener Kämpfer um's Recht im Interesse der Gesellschaft“. Denn

nur, wenn Gesetze gelebt und täglich erzwungen werden, kann das Recht, können Gesetze ihre Funktion erfüllen. Nur in einer Gesellschaft, in der Rechtsverletzungen auch verfolgt werden, kann sich das Recht überhaupt durchsetzen. Damit schließt sich der Kreis: Der Einzelne, obwohl er nur seinen Interessen und seiner Würde folgt, verteidigt das Recht der gesamten Gesellschaft. Die Summe dieses Rechtsgefühls schlägt sich damit auch in der Nation nieder. Wer nicht einmal gewohnt ist, sein eigenes Recht zu verteidigen, wie sollte der dem „Attentat auf seine politische Freiheit, den Bruch oder Umsturz der Verfassung, den Angriff des äusseren Feindes“ widerstehen? Der Staat stützt sich also auf das Rechtsgefühl und die darin begründete Einsatzbereitschaft, also muss er das Rechtsgefühl seiner Bürger pflegen.

Diese Theorie kontrastiert *Ihering* dann im zweiten Teil seines Vortrages mit Beispielen, in denen das Rechtsgefühl versiegt ist.

Dabei wendet er sich gegen moderne Entwicklungen des Rechts im Kaiserreich. Nur ein strenges Privatrecht kann wirklich das Rechtsgefühl befriedigen und auch die Übeltäter abschrecken. Hingegen ist Privatrecht für ihn bereits auf dem Weg zu immer größerer Milde, zur Rücksichtnahme auf den Schuldner, etwa durch die Beschränkung von Einreden und Klagen aus Billigkeitserwägungen.

Zudem ist der Maßstab des Zivilrechts viel zu sehr am bloßen Geldinteresse orientiert. „Genugtuung für eine frivole Rechtsverletzung“ ist auf den objektiven Geldwert beschränkt. Wenn aber gerade die Würde des Menschen angegriffen wird, ist eine Beschränkung z.B. von Schadensersatz auf objektive Werte unzureichend. Schließlich führt *Ihering* die Einschränkung der Notwehrbefugnisse als klassisches Beispiel dafür an, wie sich das zu seiner Zeit herrschende Recht dem Rechtsgefühl verschließt. Fallgruppen, die wir heute unter dem Stichwort „Einschränkungen des Notwehrrechts diskutieren“, wenn also das Recht dem Unrecht weichen muss, sind für *Ihering* bereits größte Verletzung des Rechtsgefühls.

An dieser Stelle ist denn auch das Identifikationspotential des Textes am größten. Wer Recht auch heute nicht als bloß finanziellen Ausgleichsmechanismus ansieht, kann der Grundidee von *Ihering* nur zustimmen. Ein Recht, das nur ein vorgepiegeltes objektives Geldinteresse verteidigt, beschränkt den Menschen und kann ihm deswegen nicht gerecht werden.

Gerade *Iherings* Beispiele verdeutlichen jedoch die große Auslassung seines Vortrages: Muss zwangsläufig das gute Recht gewinnen? Rechtsgefühl kann sich auch bezüglich eines Unrechts entwickeln und seine Beispiele könnten für die entgegen gesetzte Rechtsauffassung ins Feld geführt werden. *Ihering* kämpft für unbeschränkte Notwehr, aber genauso könnte man Rechtsgefühl auf der anderen Seite, also zugunsten von Notwehrein-schränkungen, verorten. Damit liegt es in der Hand des Lesers, welches Rechtsgefühl nun das berechtigte ist.

Dieses Problem schadet dem Vortrag aber nicht, *Iherings* Verkürzungen eröffnen dem Leser vielmehr die Möglichkeit, selbst nachzudenken. Dies fällt umso leichter, als der Text nichts von der Schwere üblicher juristischer Werke hat. In seinem mitreißenden Sprachstil zeigt sich, wie viel Emotionen *Ihering* selbst in den Kampf investiert.

Vielleicht erschließt sich uns auch ein wenig, woher der Charakter und die Beziehung der Deutschen zum Recht selbst kommen. Ein häufiges Vorurteil über Deutsche ist, dass sie rechthaberisch sind und gern um der Sache selbst willen – siehe Michael Kohlhaas – einen Rechtsstreit führen. Anderen Völkern fehlt dieses starke rechthaberische und moralisierende Element, aber mit *Ihering* wird klar, dass nur dieses Rechtsgefühl unser Recht, unseren Rechtsstaat, besonders macht. Für ihn wird nur ein emotionalisierter Mensch auch für das Recht eintreten.

Wer nun Lust bekommen hat, darüber mit *Iherings* Text nachzudenken, dem steht im Moment leider nur der Weg zum Antiquariat oder zu Ihrer gut sortierten Universitätsbibliothek offen, aber er lohnt sich. ■

(Matthias Schulz)

*Rudolf von Ihering*: Der Kampf ums Recht. Erschienen u.a. in Frankfurt am Main im Verlag Klostermann, 8. erg. Auflage 2003. Broschiert, 42 Seiten, 9,90 Euro.

## Klassiker der juristischen Literatur

### *Montesquieu: Vom Geist der Gesetze*

„Ich behaupte, und wie mir scheint, habe ich dies Werk nur zum Beweis dafür geschaffen: Der Geist des Gesetzgebers muss der Geist der Mäßigung sein. Der politische Wert liegt, wie der moralische Wert, immer zwischen zwei Extremen.“ Das politische Hauptanliegen *Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu*, das ein immer wiederkehrendes Thema seines Werks „Vom Geist der Gesetze“ (1748) darstellt, dem in der Wissenschaft trotz oder auch gerade wegen seines jahrzehntelangen Entstehungszeitraums keine inhaltliche Kohärenz zugeschrieben wird, hätte der Autor kaum prägnanter formulieren können. Schuf der Engländer *Thomas Hobbes* den allmächtigen Leviathan (BLJ 2008, 110 f.), dem bereits dessen Landsmann *John Locke* über ein halbes Jahrhundert früher versuchte, Schranken aufzuerlegen (BLJ 2008, 166 f.), postuliert *Montesquieu* nicht nur, „Jede Gebietsgröße, jede Stärke, jede Macht ist relativ“, sondern wird im französischen Mutterland des Absolutismus und ausgerechnet als wohlhabender Jurist adliger Herkunft eine bis heute fortwirkende Gewaltenteilungslehre propagieren. Er fordert eine damit verbundene gegenseitige Gewaltenteilung als Garant für politische Freiheit und zur Verhinderung von politischem Machtmissbrauch ein, so dass „durch die Anordnung der Dinge die Macht die Macht bremse.“

*Montesquieu* orientiert sich bei der Beschreibung der Gewaltenteilung an den von ihm während eines längeren Aufenthalts in England beobachteten innenpolitischen Verhältnissen dieser parlamentarischen Monarchie, deren Verfassung aus seiner Sicht die politische Freiheit, verstanden als Sicherheit des Bürgers oder zumindest dessen Überzeugung, im Staat sicher vor seinesgleichen leben zu können, verwirklichen sollte. Unterschlägt *Locke* bei seiner Lehre der Gewaltenteilung die Judikative noch im Wesentlichen, schildert *Montesquieu* detailliert eine für ihn auf germanischer Rechtskultur basierende Dreiteilung der Staatsgewalt in Legislative, Exekutive und Judikative. Letztere wird jedoch als „exekutive Befugnis in Sachen, die vom Zivilrecht abhängen“, eingeführt und erst danach als Recht sprechende Gewalt bezeichnet. Sei die Legislative der „Gemeinwille des Staates“, die

Exekutive der „Vollzug des Gemeinwillens“, so sei die Judikative nur bloßer „Mund, der den Wortlaut des Gesetzes spricht, Wesen ohne Seele gleichsam, die weder die Stärke noch die Strenge des Gesetzes mäßigen“ könne und folglich als Staatsgewalt „gewissermaßen gar keine.“ Eine Bündelung zweier oder aller drei Gewalten in einer Hand wie im Despotismus bedeute das Ende aller Freiheit, da der Souverän sich zum Tyrannenherrscher aufschwingen könne, indem er über Leben und Freiheit der Untertanen willkürlich Gesetze erlasse und als Richter darüber entscheide. *Montesquieu* beschreibt das englische Zweikammersystem der Legislative als vorbildhaft, da der Adel zur politischen Gestaltung nur in einer abgesonderten Kammer gewillt sei, in der seiner Stimme angemessenes Gewicht zukäme. Neben einem beiden Kammern zustehenden Recht, Gesetzesvorhaben legislativ zu verhindern, tritt *Montesquieu* vor allem für wechselseitige Bindungen zwischen Legislative und der aus Gründen der Entscheidungserleichterung am Besten einem Monarchen übertragenen Exekutive ein. Habe die Exekutive die Befugnis, Gesetze zu verhindern, müsse der Legislative zumindest das Recht zustehen, die Art und Weise des Gesetzesvollzugs zu überprüfen. Zusammenfassend tritt *Montesquieu* für „gefesselte“ Gewalten ein, die sich gegenseitig „an die Kette legen“ sollen. Der Vorteil der Macht begrenzenden Wirkung der Gewaltenteilung wird heute fast universell anerkannt und ist in Verfassungen kodifiziert. In Europa wird lediglich im Vatikanstaat gemäß Art. 1 der Verfassung dem päpstlichen Staatsoberhaupt die Fülle der gesetzgebenden, ausführenden und richterlichen Gewalt zugeschrieben.

Nimmt die Lehre von den Staatsgewalten und ihrem Zusammenspiel auch ein langes und sicher das berühmteste Kapitel in *Montesquieus* Werk ein, so stellt sie doch nur dessen kleineren Teil dar. Ausgehend von der Beobachtung, dass alle Lebewesen und sogar Gott eigenen Gesetzen und damit „naturgegebener Rechtlichkeit“ unterliegen, so dass vorpositiv nicht nur das Naturrecht des in ausdrücklicher Ablehnung von *Hobbes'* Auffassung im Grunde friedlichen Naturzustandes besteht, und Gesetze „in ihrer weitesten Bedeutung [...] die notwendigen Bezüge, wie sie sich aus der Natur der Dinge ergeben“, sind, widmet *Montesquieu* sich dem Geist des im vergesellschafteten Zustand Ordnung und Frieden wahrenden positiven Rechts. Er differenziert zwischen Staats-, Völker-, Zivil- und Strafrecht. Der Geist dieser Gesetze wird aus den Bezügen gebildet, die sie zu Natur und Prinzip einer Regierung, der geographischen Lage eines Staates, dessen Klima, den Lebensverhältnissen der Bewohner, ihren Sitten, ihrer Religion, ihrem Handelstreiben, zur Geschichte und auch untereinander haben. Methodisch betrachtet arbeitet *Montesquieu* soziologisch-induktiv, indem er in beispielloser Detailfreude, auf deren Schilderung vorliegend zugunsten eines Einblicks verzichtet werden muss, diese Determinanten des gesetzten Rechts vorstellt, untersucht, miteinander vergleicht und sich zum Teil auch ein Urteil erlaubt. Er gesteht dabei ein: „Bei der meinem Geist sich darbietenden Ideenfülle nimmt mich die Ordnung der Dinge mehr in Anspruch als die Dinge selbst.“

*Montesquieu* trifft zunächst die das Werk bestimmende grundlegende Unterscheidung zwischen den Regierungsnaturen. Er erkennt die Republik, in der entweder das Volk als Ganzes in der Demokratie oder nur der Adel in der Aristokratie die souveräne Macht besitzt, die Monarchie als Alleinherrschaft nach feststehenden Gesetzen und die Despotie, die

als Alleinherrschaft ohne Gesetzesbindung des Regenten charakterisiert wird und faktisch der absolutistischen Herrschaft entspricht, an. Bereits aus der Regierungsnatur ergäben sich zwangsläufig spezifische Gesetze, zum Beispiel Vorschriften zum Wahlverfahren in einer Demokratie. Den Regierungsnaturen ordnet *Montesquieu* Prinzipien zu, die als Triebkräfte das Handeln der Regierungen ermöglichen und als Leitlinien für den Inhalt des positiven Rechts und die Erziehung das staatliche und auch private Leben prägen. Das Prinzip der Republik sei die politische Tugend, die Vaterlandsliebe, jenes der Monarchie die Ehre, und in der Despotie herrsche das von Natur aus entartete Prinzip des Terrors dergestalt, dass der Machthaber alles vernichten können muss. Die Gesetze der Demokratie müssten die Verbundenheit des Volkes mit dieser Staatsform der Gleichheit und damit notwendig einhergehenden Genügsamkeit der Menschen fördern, indem sie das Vertrags-, Erb- und Familienrecht entsprechend ausgestalteten sowie auf eine gleichmäßige und kleinparzellige Landverteilung hinwirkten. In der Aristokratie solle das gesetzte Recht auf Selbstzucht gerichtet sein, um jene Gleichheit zu fördern, die dem Staatsaufbau nicht inhärent sei. Die Ehre in den Monarchien sei wiederum gerade durch Gesetze zur Stützung adliger Privilegien gewährleistet, da der Adelsstand von Natur aus auf Ehre ausgerichtet sei und eine den Staat stabilisierende Klammerfunktion zwischen Monarch und einfachem Volk einnehme. In der Schreckensherrschaft eines Despoten entsprängen Gesetze lediglich dem Willen des Souveräns und seien auf dessen Machterhaltung gerichtet, für den Bürger genügten bloße Leitvorstellungen „wie bei Abrichtung eines Tieres.“

Regierungsnatur und -prinzip entspreche auch die Größe eines Landes. Für *Montesquieu* sind Republiken nur auf kleinem Gebiet denkbar, da die Selbstzucht angesichts der auf mehr Land zu erwerbenden Reichtümer zu wenig ausgeprägt würde, Monarchien auf mittelgroßem Terrain und Despotien in ausgedehnten Reichen, da auf weiter Fläche lediglich der Terror des Souveräns die Provinzgouverneure im Zaum halten könne.

*Montesquieus* Lehre einer Korrespondenz von Regierungsnatur und spezifischem Prinzip gilt heute als überholt. Die Erkenntnis, der Inhalt von Recht werde von politischen, wirtschaftlichen, religiösen, kulturellen oder allgemein soziologischen Faktoren beeinflusst, bleibt jedoch sein bleibendes Verdienst. Seiner Zeit voraus war *Montesquieu* auch, wenn er, der im mehrheitlich katholischen Frankreich nach Rücknahme des Edikts von Nantes eine Hugenottin heiratete, religiöse Toleranz in einem multireligiösen Staat einfordert, ein Recht zum Krieg nur aus Gründen der (allerdings auch präventiven) Selbstverteidigung anerkennt und fast 160 Jahre vor der erstmaligen Kodifizierung des *ius in bello* in der Haager Landkriegsordnung von 1907 eine humane Behandlung der Bewohner von besetzten Gebieten verlangt.

*Montesquieu* wird 1689 auf Schloss La Brède bei Bordeaux geboren. Nach dem Tod der Mutter erhält er in einem Internat bei Paris seine Schulausbildung, studiert von 1705-1708 Jura in Bordeaux und arbeitet danach in Paris. Nach dem Tod seines Vaters kauft er sich die Position eines Rates am Gerichtshof von Bordeaux und erbt 1716 von seinem Onkel das Amt eines vorsitzenden Richters sowie den Titel *Baron de Montesquieu*. Nach der Veröffentlichung der „Persischen Briefe“ 1721, in denen *Montesquieu* in Form von Briefen, die er zwei

fiktive persische Besucher in Frankreich über das Gastland schreiben lässt, politische Kritik an seiner Heimat übt, wird er berühmt und hält sich daraufhin häufiger in Paris auf. Nach Verkauf seines Amtes am Gericht reist er von 1728-1731 durch Europa, besucht Österreich, Ungarn, Italien, die Schweiz, Deutschland, Holland und schließlich für zwei Jahre England, dessen politisches System er schätzen lernt und literarisch verewigen wird. Erst 1734 kehrt er zurück nach La Brède. Das vierzehn Jahre später veröffentlichte Werk „Vom Geist der Gesetze“ wird sofort bekannt und erscheint in 22 Auflagen hintereinander. *Montesquieu* stirbt 1755 in Paris. Sein schriftstellerisches Werk beschert ihm bereits lange vor Veröffentlichung des Hauptwerks die Aufnahme in die Académie française (1728) und die englische Royal Society (1730), doch wurde „Vom Geist der Gesetze“ von der katholischen Kirche auf den Index gesetzt.

Die Worte *Montesquieus* über „Vom Geist der Gesetze“ bilden einen angemessenen Rück- und Ausblick: „Ich habe zwanzig Jahre ununterbrochen an diesem Werk gearbeitet und ich weiß noch immer nicht, ob ich kühn war, ob verwegen, ob ich von der Größe meines Themas überwältigt wurde oder von seiner Herrlichkeit getragen.“ Sie mögen manchen Leser überzeugen, sich ein eigenes Urteil zu bilden. ■

(Anna Bodemann)

*Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu: Vom Geist der Gesetze.* Erschienen u.a. bei Reclam in Stuttgart (Auswahl). Broschiert, 442 Seiten, 10,80 Euro.