



| | | |
|----------------------|---|----|
| Gastkommentar | <i>Hermann Plagemann</i> · Der Gesundheitsfonds – ein Monstrum? | 54 |
| Aufsätze | <i>Adrian Fiedler</i> · Die Betreiberdelikte im Umweltstrafrecht | 56 |
| | <i>Tim R. Salomon</i> · Die Staatenimmunität als Schild zur Abwehr gerechter Ansprüche? Zwangsarbeiterklagen vor italienischen Zivilgerichten gegen Deutschland | 62 |
| | <i>Fabian Walla</i> · Die Unternehmensverfassung einer monistisch verfassten Societas Europea deutschen Rechts – Rechtspolitische Vorschläge im Lichte der Corporate Governance-Debatte | 68 |
| | <i>Meinhard Hilf/Tim R. Salomon</i> · Die Bezwingung der Hydra – das Bundesverfassungsgericht als Herakles? (Besprechung von BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009) | 74 |
| | <i>Gerhard Strate</i> · Der Preis der Freiheit – strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Finanzkrise (am Beispiel der HSH Nordbank) | 78 |
| International | <i>Karsten Grillitsch</i> · Just War and Jihad – The Ethics of War in Early Christianity and Islam | 83 |
| Rezensionen | Klassiker der juristischen Literatur – Cesare Beccaria: Von den Verbrechen und von den Strafen (<i>Anna Bodemann</i>) | 89 |

Redaktion der Ausgabe 2/2009

Sascha Arnold
Anna Bodemann
Stefan Frick
Jan Krauß
Christopher Krois
Sebastian Pläster
Sebastian Schneider
Michael Schramm
Hanna Schridde
Birga Tanneberg
Philipp Tieben
Malte Vollertsen
Manuel Waldmann
Julia Weingart

Korrespondierender Beirat

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

Bucerius Law Journal

Oktober 2009 Heft 2/2009 Seiten 54 – 90

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

Dr. Hermann Plagemann, Frankfurt a.M.*

Der Gesundheitsfonds – ein Monstrum?

Noch eine Geldsammelstelle

Zunächst einmal geht es um einen ganz normalen und wenig spektakulären Vorgang: Die Beiträge zur Sozialversicherung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden – wie seit Urzeiten – über die Krankenkassen eingezogen. Diese verteilt die Beiträge dann auf die Renten-, Arbeitslosen-, Kranken- und Pflegeversicherungen. Ab 1. Januar 2009 wirtschaftet die einzelne Kasse nun nicht mehr mit den von ihr eingezogenen Beiträgen zur Krankenversicherung selbst, sondern leitet alle Einnahmen sofort weiter an den bei dem Bundesversicherungsamt gebildeten Gesundheitsfonds.

Gleicher Beitragssatz für alle Kassen

Die Versicherten zahlen nun bundesweit, egal ob Mann, ob Frau, ob alt, ob jung usw. den gleichen Beitrag, nämlich 15,5 % (ab 1.7.2009 14,9 %) aus dem Arbeitsentgelt. Der sog. „Beitragssatz“ war vor dem 1.1.2009 unterschiedlich – je nachdem wie viel Geld die einzelne Kasse benötigte um ihre Leistungspflichten zu erfüllen. Diese Unterschiede im Beitragssatz hatten kaum etwas damit zu tun, dass die einzelne Kasse besonders sparsam oder nicht sparsam wirtschaftete. Der Gesetzgeber hat ganz bewusst diese Unterschiede durch einen einheitlichen Beitragssatz beseitigt. Das macht durchaus Sinn; kam es in der Vergangenheit doch öfters zu „Fast-Insolvenzen“ bei einzelnen Krankenkassen, die zuvor ganz niedrige Beiträge gefordert haben und auf diese Weise viele Mitglieder anwerben konnten. Kurz darauf mussten sie dann ihre Konkurrenten, also die anderen Kassen, denen die Mitglieder abgeworben wurden, um „Sanierungsbeiträge“ bitten.

Zuweisungen

Ab dem 1.1.2009 erhalten die Kassen vom Gesundheitsfonds sog. „Zuweisungen“. Diese errechnen sich danach, welche Risiken die Versicherten der jeweiligen Kasse haben, ob schwere oder leichte Erkrankungen vorliegen, chronische Krankheiten usw. Der Gesetzgeber hat hier eine Auflistung

von 80 Krankheiten geschaffen, mit deren Hilfe eine möglichst gerechte Verteilung der Gelder dorthin vorgenommen werden soll, wo sie wirklich benötigt werden. Gleichsam „in einem Aufwasch“ hat der Gesetzgeber übrigens auch eine Erhöhung der Honorare für Ärzte in den neuen Beitragssatz mit „eingepreist“. Im Jahr 2010 wird sich zeigen, ob die Zuweisungen die tatsächlichen Kosten der einzelnen Kasse wirklich decken oder ob mit neuem Geld „nachgebessert“ werden muss.

Der Gesundheitsfonds – ein staatliches Monster?

a) Man sagt, dass der Gesundheitsfonds die Vorstufe zu einer „Einheitskasse“ ist und dass schlussendlich über den Gesundheitsfonds die private und die gesetzliche Krankenversicherung „fusioniert“ werden soll. Privatpatienten kritisieren das; sie fürchten, dann schlechter behandelt zu werden. Die Ärzte befürchten niedrigere Honorare für Privatpatienten. Volkswirte beanstanden, dass über eine Einheitsversicherung Monopole geschaffen werden.

b) In den letzten Jahren hat sich die Gesundheitspolitik immer wieder mit der Frage befassen müssen, ob und welche medizinischen Innovationen Kassenleistungen werden und über die massenhafte Anwendung dann auch erhebliche Kosten verursachen. Damit ist der Nerv der Zivilgesellschaft getroffen: Kosten einerseits und Beteiligung am medizinischen Fortschritt andererseits sind Ziele, die nur schwer unter einen Hut zu bringen sind. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber schon seit Jahren Institutionen geschaffen, die gleichsam den medizinischen Fortschritt daraufhin „durchleuchten“ sollen, ob es sich wirklich um eine Innovation handelt oder nur um eine Parallelentwicklung, die lediglich Mehrkosten verursacht. Mittlerweile ist man sich einig darüber, dass diese Prüfung mit höchster Intensität aber auch Fachkunde durchzuführen ist. In den neueren Gesetzen behält sich das zustän-

* Der Autor ist Fachanwalt für Sozial- und Medizinrecht der Sozietät Plagemann Rechtsanwälte und Honorarprofessor der Universität Mainz.

dige Bundesgesundheitsministerium Einspruchsmöglichkeiten gegenüber Entscheidungen des sog. „Gemeinsamen Bundesausschusses“ vor. Obwohl diese Form der Qualitätssicherung mit dem Gesundheitsfonds eigentlich gar nichts zu tun hat, werden Parallelen sichtbar. Beide Instrumente zielen auf Vereinheitlichung unter staatlicher Aufsicht. Kritiker sprechen deshalb schon seit längerem von „Staatsmedizin“. Andere begrüßen es ausdrücklich, dass die „gemeinsame Selbstverwaltung“, bestehend aus Ärzten und Versicherten (diese vertreten durch die Krankenkassen), das Heft in die Hand nimmt, um das Versprechen der GKV, umfassende und zeitgemäße Leistungen dort zu erbringen, wo sie wirklich benötigt werden, zu erfüllen. Dass dies auch ein ethisches Problem ist, folgt aus der Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission vom September 2007 zum Thema „Priorisierung medizinischer Leistungen im System der gesetzlichen Krankenversicherung“.

c) Der Gesundheitsfonds ist kein Monstrum. Er ist auch nicht Ursache für jegliches Unbill bei Patienten einerseits und Leistungserbringern andererseits. Der Gesundheitsfonds begrenzt den Wettbewerb der Kassen; wichtiger ist aber das von ihm ausgehende Signal: Die Politik verlangt von dem manchmal als ausufernd empfundenen Gesundheitssystem nicht nur Kostenbewusstsein, sondern vor allem Qualität! ■

Adrian Fiedler, LL.B., Hamburg*

Die Betreiberdelikte im Umweltstrafrecht

A. Einleitung

Im Umweltstrafrecht gibt es eine Vielzahl von Delikten, die im Tatbestand an den Betrieb einer Anlage anknüpfen. Die §§ 325 Abs. 1, Abs. 2, 325a Abs. 1, Abs. 2, 328 Abs. 3 Nr. 1 StGB¹ verlangen jeweils ein Handeln „beim Betrieb einer Anlage“. Bei §§ 327 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 329 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 Nr. 1 und 2 wird mit „betreibt“ eine auf eine bestimmte Anlage bezogene, tatbestandsmäßige Tätigkeit umschrieben.

Nach der bisher herrschenden Auffassung werden alle diese Tatbestände als „Betreiberdelikte“ zusammengefasst und als Sonderdelikte eingestuft, die nur vom rechtlichen Anlagenbetreiber als Täter erfüllt werden können. Damit könnten sich andere Benutzer einer Anlage (z.B. Mitarbeiter eines Unternehmens) nicht als Täter eines „Betreiberdelikts“ strafbar machen, es sei denn, bei ihnen liegen die Voraussetzungen einer Merkmalsüberwälzung nach § 14 Abs. 1 (Vertreter) oder § 14 Abs. 2 (Beauftragte) vor.²

Begründet wird das Ergebnis der bisher herrschenden Auffassung damit, dass das Betreibermerkmal immer in der Gesamtschau mit der Verletzung der verwaltungsrechtlichen Pflichten im jeweiligen Tatbestand gesehen werden müsse. Da immer nur der Betreiber einer Anlage Adressat der verwaltungsrechtlichen Pflichten sein könne, komme auch nur dieser als Täter in Betracht.³ Diesem Ergebnis ist grundsätzlich zuzustimmen, soweit eine Pflicht sich ausschließlich an einen Anlagenbetreiber richtet. Erkennt man jedoch an, dass es im Umweltverwaltungsrecht auch verwaltungsrechtliche Pflichten gibt, die sich an jedermann richten,⁴ erscheint es fraglich, ob die bloße Anknüpfung an verwaltungsrechtliche Pflichten im Tatbestand zwingend zur Einordnung der „Betreiberdelikte“ als Sonderdelikte des rechtlichen Anlagenbetreibers führt. Auf Grund des unterschiedlichen Gesetzeswortlauts der Formulierungen „beim Betrieb einer Anlage“ und „wer ... eine Anlage betreibt“ sollen in diesem Aufsatz die „Betreibermerkmale“ getrennt untersucht werden, um festzustellen, ob sich alle „Betreiberdelikte“ einheitlich und ausnahmslos als Sonderdelikte des Umweltstrafrechts „über einen Kamm scheren“ lassen.

B. Das Merkmal „wer eine Anlage betreibt“

Die „Betreiberdelikte“ der §§ 327 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 329 Abs. 1, Abs. 2 knüpfen an das Tatbestandsmerkmal „wer eine Anlage betreibt“ an. Damit diese beiden Tatbestände tatsächlich Sonderdelikte wären, müsste das Merkmal nur vom rechtlichen Anlagenbetreiber erfüllt werden können.

Für das Merkmal „wer eine Anlage betreibt“ kommen zunächst zwei mögliche Auslegungen des Wortlauts in Betracht.

I. Rechtlicher Anlagenbetreiber

Zum einen könnte das „Betreiben“ lediglich als das rechtliche Betreiben einer Anlage durch den Anlagenbetreiber verstanden werden.⁵ Nach dieser Sichtweise könnte das Merkmal „Betreiben einer Anlage“ nur vom Anlagenbetreiber selbst erfüllt werden und wäre somit ein Sonderdeliktsmerkmal. Im Falle einer in einem Unternehmen befindlichen Anlage käme

somit nur der Unternehmensträger selbst als rechtlicher Betreiber in Betracht.⁶ Inwiefern Mitarbeiter unterer Ebenen sich als Täter strafbar machen könnten, wäre somit eine separate Frage, die ausschließlich anhand der Merkmalsüberwälzung nach § 14 geklärt werden müsste.

II. Faktische Sichtweise

Zum anderen könnte mit dem „Betreiben“ auch das faktische Bedienen und Nutzen der Anlage gemeint sein. Als Begründung für diese Auslegung wird von der Gegenansicht angeführt, dass die (eigentliche) Handlungsumschreibung „wer eine Anlage betreibt“ von der erstgenannten Ansicht versubstanziiert und ein im Tatbestand eigentlich nicht enthaltenes Tätermerkmal geschaffen werde.⁷ Nach dieser faktischen Sichtweise könnte jeder, der die Anlage bedient und benutzt, das Merkmal „Betreiben“ erfüllen.⁸ Das Merkmal „Betreiben einer Anlage“ wäre somit kein Sonderdeliktsmerkmal. Jeder Arbeitnehmer oder Außenstehende, der die Anlage eigenverantwortlich in Funktion brächte,⁹ könnte das Merkmal „Betreiben einer Anlage“ im Sinne der §§ 327, 329 erfüllen.

III. Kritische Würdigung

Für die Einordnung als Sonderdeliktsmerkmal spricht, dass in § 327 das Merkmal „wer eine Anlage betreibt“ an das Handeln „ohne Genehmigung oder entgegen einer vollziehbaren Untersagung“ geknüpft wird. Nach überwiegender Auffassung statuieren das Genehmigungserfordernis (§ 327 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3) und die Untersagungsverfügung (§ 327 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1) ausschließlich Pflichten für den Anlagenbetreiber,¹⁰ weswegen dadurch zumindest in § 327 der Täterkreis eingeschränkt ist. Ein Mitarbeiter, der eigenmächtig die Anlage des Anlagenbetreibers benutzt, verletzt zwar möglicherweise eine ihm obliegende arbeitsver-

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

¹ §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind im Folgenden solche des StGB.

² Parallel dazu im Ordnungswidrigkeitenrecht § 9 OWiG.

³ Horn, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (Stand: Juli 2009), § 325 Rn. 14; § 327 Rn. 9.

⁴ Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch²⁷, 2006, Vor §§ 324 ff. Rn. 25.

⁵ Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 327 Rn. 23; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze⁵⁵, 2008, § 327 Rn. 16; Rengier, in: FS Kohlmann, 2003, S. 225, 236 f. (wohl nur für § 327).

⁶ Vgl. dazu Martin, Sonderdelikte im Umweltstrafrecht, 2006, S. 36.

⁷ Marxen, in: Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch², 2005, § 14 Rn. 19 ff.; Winkelbauer, in: FS Lenckner, 1998, S. 645, 648; Bruns, GA 1982, I, 15.

⁸ Steindorf, in: Umwelt-Strafrecht, Sonderausgabe der Kommentierung der §§ 311c, d, 324 – 330d in der 11. Auflage des Leipziger Kommentars zum Strafgesetzbuch², 1997, § 327 Rn. 25; Ransiek, in: NK (Fn. 7), § 327 Rn. 4, § 329 Rn. 18; Weber, in: Koch/Scheuing/Pache (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Bundesimmissionsschutzgesetz (Stand: Dezember 2007), vor § 62 Rn. 75, 133; Winkelbauer (Fn. 7), S. 645, 650.

⁹ Steindorf, in: LK (Fn. 8), § 327 Rn. 25.

¹⁰ Stree/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 325 Rn. 29; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 327 Rn. 23; Fischer (Fn. 5), § 327 Rn. 16; Horn, in: SK (Fn. 3), § 327 Rn. 9, 13 sowie § 329 Rn. 6; a.A. Weber, in: Koch/Scheuing/Pache (Fn. 8), § 62 Rn. 25; Rengier (Fn. 5), S. 225, 237, die aus der Genehmigungspflicht auch eine Jedermannpflicht ableiten. Siehe zu dieser Frage auch unten D. III. 2. c.

tragliche Nebenpflicht. Diese Pflicht ist jedoch strikt von der besonderen verwaltungsrechtlichen Pflichtenstellung des Anlagenbetreibers zu trennen, die durch den Arbeitnehmer nicht verletzt wird.¹¹ Diese Wertung entspricht auch der des Umweltverwaltungsrechts, die nur den Unternehmensträger als Adressaten der Pflichten an den Betreiber erfasst (z.B. § 52a Abs. 1 S. 1 BImSchG, § 53 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG).¹² Das verwaltungsrechtliche Betreiberverständnis ist zwar für das Strafrecht nicht präjudiziell, jedoch auf Grund der Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts intendiert.¹³

Die faktische Sichtweise argumentiert hingegen, dass es nicht erforderlich sei, dass der Täter gegen eine eigene verwaltungsrechtliche Pflicht verstoße (z.B. „entgegen einer vollziehbaren Untersagung“, § 327 Abs. 1), um das Merkmal des „Betreibens“ zu erfüllen.¹⁴ Tauglicher Täter könne auch der weisungsgebundene Arbeitnehmer sein, der in der Tatsituation eine fremde Pflicht verletze und sich dadurch zum „Herrn des Geschehens“ aufschwinge.¹⁵ Als positiver Nebeneffekt würden dadurch unerwünschte Strafbarkeitslücken geschlossen werden, da der Rückgriff auf die manchmal schwierige Merkmalsüberwälzung nach § 14 somit eingeschränkt wäre.¹⁶ Alle Merkmale, die an die Verletzung einer verwaltungsrechtlichen Pflicht anknüpfen, wären somit als ein Kriterium wie „verwaltungsrechtlich unzulässig“ zu verstehen.¹⁷

Ginge man jedoch davon aus, dass ein eigener verwaltungsrechtlicher Pflichtenverstoß nicht erforderlich sei, wäre die Widerspruchsfreiheit des Strafrechts zum Verwaltungsrecht nicht gewährleistet.¹⁸ Nur der Adressat einer Pflicht kann rechtlich gebunden werden. Die bewusste Aufnahme des Merkmals „unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“ oder „entgegen einer Untersagung“ in die Tatbestände der §§ 324 ff.¹⁹ deutet darauf hin, dass zwischen dem Täter und der Pflichtverletzung eine innere Beziehung zu verlangen ist.²⁰ Diese persönliche Pflichtenbindung zeigt sich besonders in dem Merkmal der „groben“ Pflichtverletzung (z.B. § 325 Abs. 2), die sich auf das Verhalten des Täters bezieht.²¹ Eine eigene verwaltungsrechtliche Pflichtverletzung des Täters ist mithin erforderlich, um einen Tatbestand, der an eine verwaltungsrechtliche Pflicht anknüpft (z.B. § 327 Abs. 1, der u.a. auf ein Betreiben entgegen einer vollziehbaren Untersagung abstellt), zu erfüllen.

Ferner erscheint es hinsichtlich des Analogieverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG bedenklich, Strafbarkeitslücken durch einen Verzicht auf eine eigene Pflichtverletzung schließen zu wollen, wenn die Voraussetzungen des § 14 nicht erfüllt sind. Zuerst muss die Einordnung eines Merkmals in die Kategorien Allgemein- und Sonderdelikt erfolgen, bevor sich die Frage nach den Konsequenzen, wie z.B. der Merkmalsüberwälzung, stellt.²² Ergibt die Auslegung, dass das Merkmal „Anlagenbetreiber“ Sonderdeliktseigenschaft besitzt, so muss der beschränkte Täterkreis als vom Gesetzgeber gewollt angenommen werden.²³

Die bisherige Argumentation für die Auffassung des Tatbestandsmerkmals als Sonderdeliktsmerkmal basierte auf der Adressatenstellung des Anlagenbetreibers bei Genehmigungs- und Untersagungsverfügungen. In § 329 wird jedoch auch an Pflichten aus Rechtsverordnungen (§ 329 Abs. 1 S. 1) und Rechtsvorschriften (§ 329 Abs. 2, Abs. 3) angeknüpft, die unter Umständen keinen bestimmten Adressaten haben. Deswegen wird zum Teil vertreten, dass zumindest

bei § 329 jedermann das Merkmal „wer Anlagen betreibt“ erfüllen könne.²⁴

Für eine Gleichbehandlung des Merkmals in §§ 327 und 329 spricht hingegen die Struktur der beiden Tatbestände. Als abstrakte Gefährungsdelikte setzen die §§ 327, 329 keine tatsächliche Rechtsgutsverletzung voraus.²⁵ Hervorzuheben ist dabei, dass als einzige Tathandlung das „Betreiben“ gefordert wird. Im Gegensatz zu den §§ 325, 325a, 328 mit dem Merkmal „beim Betrieb einer Anlage“ kommt es bei den §§ 327, 329 nicht zusätzlich darauf an, ob bestimmte Schädigungen hervorgerufen werden können oder ein konkreter Gefahrenerfolg eintritt.²⁶ Sanktioniert wird nur die Möglichkeit, dass eine Umweltverletzung durch den ungenehmigten Betrieb einer Anlage eintreten könnte. Das einzige Tatumrecht ist das Betreiben der Anlage an sich. Dieses Tatumrecht kann nur derjenige verwirklichen, der sowohl tatsächlich als auch rechtlich dazu in der Lage ist, die von der Anlage ausgehenden Risiken zu beherrschen und erforderliche Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen.²⁷ Dies ist nur demjenigen möglich, dem die Anlage rechtlich zuzuordnen ist. Auf Grund der Ausprägung der §§ 327, 329 als im Vorfeld eingreifende abstrakte Gefährungsdelikte geht es nicht um die Bestrafung des unmittelbar Handelnden, sondern desjenigen, der die Verantwortung für die genehmigungspflichtige Anlage trägt.²⁸ Das Merkmal „wer eine Anlage betreibt“ ist somit sowohl bei § 327 als auch bei § 329 als Sonderdeliktsmerkmal zu verstehen. Nur der rechtliche Betreiber einer Anlage kommt als Täter der §§ 327, 329 in Betracht.

C. Das Merkmal „beim Betrieb einer Anlage“

Fraglich ist, ob das Merkmal „beim Betrieb einer Anlage“ in den Tatbeständen der §§ 325 Abs. 1, Abs. 2, 325a Abs. 1, Abs. 2, 328 Abs. 3 Nr. 1 gleichermaßen als Sonderdeliktsmerkmal zu verstehen ist. Die Formulierung des Merkmals ähnelt der Formulierung des Merkmals „wer eine Anlage betreibt“. Wie bei dem oben geprüften Merkmal kommen auch hier zwei verschiedene Auslegungen des Wortlauts von „beim Betrieb einer Anlage“ in Betracht.

I. Rechtlicher Anlagenbetreiber

Einer Auffassung zu Folge wird auch bei den §§ 325, 325a und 328 Abs. 3 Nr. 1 der Wortlaut des Merkmals „beim Be-

¹¹ Vgl. *Holthausen*, NStZ 1993, 568, 569 f.

¹² *Martin* (Fn. 6), S. 38 f.

¹³ So auch *Rengier* (Fn. 5), S. 225, 237.

¹⁴ *Steindorf*, in: LK (Fn. 8), § 327 Rn. 25, § 329 Rn. 12.

¹⁵ *Weber*, in: Koch/Scheuing/Pache (Fn. 8), § 62 Rn. 139.

¹⁶ *Kuhlen*, Wirtschaft und Verwaltung (WuV) 1991, 181, 237 f.

¹⁷ So umschrieben von *Rengier* (Fn. 5), S. 225, 234.

¹⁸ *Rengier* (Fn. 5), S. 225, 235; *Martin* (Fn. 6), S. 79.

¹⁹ Bundestagsdrucksache 8/2382, S. 16.

²⁰ *Rengier* (Fn. 5), S. 225, 235.

²¹ *Rengier* (Fn. 5), S. 225, 235.

²² *Marxen*, in: NK (Fn. 7), § 14 Rn. 19 f.; *Gebhard*, Unternehmensangehörige und Straftaten gegen die Umwelt, 2001, S. 125 f.; *Botke*, wistra 1991, 81, 83.

²³ *Martin* (Fn. 6), S. 45.

²⁴ *Eser/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 329 Rn. 52; *Rengier* (Fn. 5), S. 225, 237.

²⁵ *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch²⁶, 2007, § 327 Rn. 1, § 329 Rn. 1; *Horn*, in: SK (Fn. 3), § 327 Rn. 2, § 329 Rn. 2.

²⁶ *Rengier* (Rn. 5), S. 225, 236.

²⁷ *Martin* (Fn. 6), S. 46; *Witteck*, Der Betreiber im Umweltstrafrecht, 2004, S. 78.

²⁸ *Witteck* (Fn. 27), S. 196.

trieb einer Anlage“ so ausgelegt, dass nur der rechtliche Anlagenbetreiber dieses Merkmal erfüllen kann.²⁹ Dies würde bedeuten, dass auch diese Straftatbestände ein Sonderdelikt des rechtlichen Anlagenbetreibers darstellten. Weisungsgebundene Unternehmensmitarbeiter oder außenstehende Dritte könnten somit nicht Täter der §§ 325, 325a und 328 sein, sofern keine Merkmalsüberwälzung nach § 14 vorgenommen werden kann.

II. Räumlich-gegenständliche Sichtweise

Nach der anderen Auslegungsmöglichkeit des Merkmals „beim Betrieb einer Anlage“ kommt es für die Erfüllung des Merkmals lediglich darauf an, dass die Tathandlung während des Bedienens oder Ingangsetzens einer Anlage stattfindet.³⁰ Mit dem Merkmal „beim Betrieb einer Anlage“ sei lediglich eine räumlich-gegenständliche Begrenzung der Tathandlung bewirkt und keine Eingrenzung des Täterkreises.³¹ Das Merkmal könne somit neben dem rechtlichen Anlagenbetreiber auch der weisungsgebundene Arbeitnehmer oder ein außenstehender Dritter erfüllen.

III. Kritische Würdigung

Als gewichtiges Argument für die Beschränkung des Täterkreises auf den rechtlichen Anlagenbetreiber wird der Wille des Gesetzgebers beim Gesetzesentwurf des 2. UKG angeführt.³² Dieser habe sich entgegen den Empfehlungen des 57. Deutschen Juristentages³³ für die Beibehaltung des Merkmals „beim Betrieb einer Anlage“ im Tatbestand des § 325 entschieden. Demnach sei ein anlagenbezogener, und nicht verhaltensbezogener Immissionsschutz bezweckt, weswegen nur der rechtliche Betreiber das Sonderdeliktsmerkmal erfüllen könne.³⁴ Aus der Formulierung der Gesetzesbegründung ergibt sich jedoch keine ausdrückliche Beschränkung des Täterkreises. Dieser lässt sich lediglich entnehmen, dass ein anlagenbezogener Immissionsschutz bezweckt sei, da „Fälle strafwürdiger Verhaltensweisen ohne Nutzung einer Anlage als Folge der weiten Auslegung des Anlagenbegriffs selten sein dürften“³⁵. Das Merkmal „beim Betrieb einer Anlage“ kann daher auch als räumlich-gegenständliche Eingrenzung des Tatbestands verstanden werden, die dem formulierten Willen des Gesetzgebers auf einen anlagenbezogenen Immissionsschutz nicht widerspricht.

Für ein unterschiedliches Verständnis des Merkmals in den §§ 325, 325a, 328 Abs. 3 und den §§ 327, 329 spricht die unterschiedliche Struktur der §§ 325, 325a, 328. Während die §§ 327, 329 als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet sind, sind die §§ 325, 325a, 328 Abs. 3 teilweise als potentielle Gefährdungsdelikte (§ 325 Abs. 1, § 325a Abs. 1),³⁶ teilweise als konkrete Gefährdungsdelikte (§ 325a Abs. 2, § 328 Abs. 3)³⁷ ausgestaltet. Dies beruht darauf, dass die Tatbestände zusätzlich zu einer verwaltungsrechtlichen Pflichtverletzung auch noch an eine Tathandlung anknüpfen. Anders als bei den §§ 327, 329 ist die Tathandlung nicht das Betreiben der Anlage selbst, sondern das Einwirken auf ein Umweltmedium (z.B. Freisetzen von Schadstoffen in der Luft). Der Schwerpunkt des Unrechts liegt daher nicht in dem Betrieb der Anlage an sich, sondern in der tatsächlichen Verhaltensweise (z.B. Freisetzen von Schadstoffen in § 325 Abs. 2).³⁸ Das Merkmal „beim Betrieb einer Anlage“ dient dazu, die vom Tatbestand geforderte Tathandlung zu beschreiben.³⁹

Das Merkmal „beim Betrieb einer Anlage“ ist somit räumlich-gegenständlich auszulegen, so dass bei der Tathandlung

die Anlage lediglich „in Betrieb“ sein muss. Aus dem Tatbestandsmerkmal „beim Betrieb einer Anlage“ lässt sich nicht schlussfolgern, dass die Tatbestände der §§ 325, 325a, 328 Sonderdelikte sind. Entscheidend für die Qualifizierung ist vielmehr, ob das zusätzliche Tatbestandsmerkmal „unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“ ausschließlich vom rechtlichen Anlagenbetreiber erfüllt werden kann.⁴⁰ Nur wenn dies der Fall wäre, ließen sich alle „Betreiberdelikte“ ausnahmslos als Sonderdelikte qualifizieren.

D. Das Merkmal „unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“

Nach der Legaldefinition des § 330d Nr. 4 können sich die einzelnen verwaltungsrechtlichen Pflichten aus einer Rechtsvorschrift (lit. a), einer gerichtlichen Entscheidung (lit. b), einem vollziehbaren Verwaltungsakt (lit. c), einer vollziehbaren Auflage (lit. d) oder einem öffentlich-rechtlichen Vertrag (lit. e) ergeben. Bei den zuletzt genannten Einzelakten (§ 330d Nr. 4 lit. b-e) liegt auf Grund der Adressatenstellung (bzw. Stellung als Verfahrenspartei, Vertragspartner) grundsätzlich immer eine Sonderpflicht für den Anlagenbetreiber vor.

Entscheidend ist daher, ob bei verwaltungsrechtlichen Pflichten aus Rechtsvorschriften eine Pflicht auch für andere Personen als den rechtlichen Anlagenbetreiber statuiert werden kann, sodass die §§ 325, 325a, 328 nicht ausschließlich vom Anlagenbetreiber erfüllt werden können und somit keine Sonderdelikte sind.

Es ist eine Untersuchung der möglichen verwaltungsrechtlichen Pflichten aus Rechtsvorschriften notwendig, um festzustellen, wer die Adressaten der Pflichten sind, die diese Normen auferlegen. Kann jeder Adressat der Pflicht sein, stellt das Merkmal „unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“ kein Sonderdeliktsmerkmal dar. Können hingegen nur bestimmte Personen Adressat sein, wird der Täterkreis durch das Merkmal eingeschränkt.

I. Jedermannpflichten

Es gibt umweltverwaltungsrechtliche Pflichten, die sich an jedermann richten. Als Beispiel kann hier die Pflicht des § 19k WHG genannt werden. „Wer eine Anlage zum Lagern wassergefährdender Stoffe befüllt oder entleert, hat diesen

²⁹ *Franzheim/Pfohl*, Umweltstrafrecht. Eine Darstellung für die Praxis², 2001, Rn. 574 f.; *Kloepfer/Vierhaus*, Umweltstrafrecht³, 2002, Rn. 49a, 114; *Bruns* (Fn. 7), 1, 15; *Immel*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht. Umweltuntreue, 1987, S. 90; *Schall*, Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit, NJW 1990, 1263, 1269.

³⁰ *Stree/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 325 Rn. 29; *Steindorf*, in: LK (Fn. 8), § 325 Rn. 67, § 325a Rn. 31; *Ransiek*, in: NK (Fn. 7), § 325 Rn. 19; *Lackner/Kühl* (Fn. 25), § 325 Rn. 2; *Rengier* (Fn. 5), S. 225, 236; *Martin* (Fn. 6), S. 55.

³¹ *Martin* (Fn. 6), S. 55.

³² Bundesratsdrucksache 126/90, S. 50; Bundestagsdrucksache 12/192, S. 18.; *Kloepfer/Vierhaus*, (Fn. 29), Rn. 114.

³³ 57. Deutscher Juristentag in Mainz 1988, NJW 1989, S. 2998, Beschluss Nr. 14 b 2.

³⁴ *Kloepfer/Vierhaus* (Fn. 29), Rn. 114.

³⁵ Bundestagsdrucksache 12/192, S. 18.

³⁶ *Lackner/Kühl* (Fn. 25), § 325 Rn. 1; § 325a Rn. 1.

³⁷ *Lackner/Kühl* (Fn. 25), § 325a Rn. 1, § 328 Rn. 1.

³⁸ *Stree/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 325 Rn. 23, 29; im Ergebnis auch *Rengier* (Fn. 5), S. 225, 231.

³⁹ *Martin* (Fn. 6), S. 54.

⁴⁰ Vgl. *Rengier* (Fn. 5), S. 225, 236.

Vorgang zu überwachen und sich vor Beginn der Arbeiten vom ordnungsgemäßen Zustand der dafür erforderlichen Sicherheitseinrichtungen zu überzeugen“. Diese Pflicht richtet sich nicht an den rechtlichen Anlagenbetreiber, sondern direkt an den Ausführenden. Somit kann in diesem Fall das Merkmal „unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“ von jedermann erfüllt werden. Ein weiteres Beispiel für eine „Jedermannpflicht“ ist die Pflicht des § 6 Abs. 2 S. 2 PflSchG, die jedem verbietet, Pflanzenschutzmittel in Gewässern anzuwenden.⁴¹ Ferner sind als Beispiele § 17 I Nr. 1b ChemG i.V.m. der GefStoffV und § 6 BBodSchG i.V.m. § 12 BBodSchV zu nennen.⁴² Alle genannten Pflichten richten sich nicht lediglich an einen bestimmten Personenkreis, sondern an „Jedermann“. Knüpft also eine Umweltstrafnorm an eine Jedermannpflicht an, stellt das Merkmal „unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“ kein Sonderdeliktsmerkmal dar. Die Tatbestände der §§ 325, 325a, 328 stellen im Falle einer verwaltungsrechtlichen Pflicht an jedermann keine Sonderdelikte dar. Allein auf Grund der Möglichkeit, dass im Rahmen der §§ 325, 325a, 328 gegen eine solche Jedermannpflicht „beim Betrieb einer Anlage“ verstoßen werden kann, können daher die „Betreiberdelikte“ nicht pauschal als Sonderdelikte eingestuft werden. Die Möglichkeit des Verstoßes gegen eine solche Jedermannpflicht wurde von der bisher herrschenden Auffassung nicht berücksichtigt.

II. Betreiberpflichten

Abgesehen von den Pflichten, die sich an Jedermann richten, legen eine Vielzahl der Rechtsvorschriften dem Betreiber einer Anlage gewisse Vorsorge-, Vermeidungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten zum Schutz der Umwelt auf (sog. Betreiberpflichten). Auch bei diesen Pflichten scheint es zumindest nicht ausgeschlossen, dass sie sich in bestimmten Fällen nicht nur an den Anlagenbetreiber richten, sondern auch für jedermann verwaltungsrechtliche Pflichten statuieren. Aus diesem Grund sollen an dieser Stelle exemplarisch die Betreiberpflichten aus den Vorschriften des Bundesimmissionsschutzgesetzes näher untersucht werden. Auf Grund der ähnlichen Grundstruktur der Umweltverwaltungsgesetze lassen sich die daraus gewonnenen Schlüsse auch auf die ähnlichen Betreiberpflichten aus dem WHG, KrW-/AbfG und GenTG übertragen.⁴³

1. Allgemeine Betreiberpflichten

§ 5 und § 22 BImSchG stellen allgemeine Betreiberpflichten auf. Der Anlagenbetreiber soll die Anlage so betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen vermieden, Abfälle ordnungsgemäß entsorgt und bestimmte Vorsorgemaßnahmen getroffen werden. Diese Pflichten wenden sich nach dem Wortlaut direkt an den Anlagenbetreiber und könnten somit ein Sonderdeliktsmerkmal darstellen. Jedoch handelt es sich bei den allgemeinen Betreiberpflichten um einen allgemeinen Programmsatz.⁴⁴ Sie genügen nicht dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG und scheiden mithin als verwaltungsrechtliche Pflichten im Sinne des § 330d Nr. 4a aus.

2. Besondere Betreiberpflichten

Außer den allgemeinen Betreiberpflichten finden sich sowohl im BImSchG als auch in den verschiedenen auf Grund von §§ 7, 23 BImSchG erlassenen Bundesimmissionsschutzverordnungen (BImSchV) noch weitere Betreiberpflichten. § 52 Abs. 2 BImSchG regelt zum Beispiel die Überwachung

von Anlagen durch Umweltbehörden. Zum Zweck dieser Überwachung werden dem Betreiber nach § 52 Abs. 2 BImSchG zahlreiche Informations- und Duldungspflichten auferlegt. Verpflichteter ist dabei in allen Fällen der Anlagenbetreiber, jedoch sind es nicht die Betriebsangehörigen.⁴⁵ Auch die in den verschiedenen Bundesimmissionsschutzverordnungen genannten Pflichten richten sich ausschließlich an den Anlagenbetreiber und entfalten ihm gegenüber unmittelbare Geltung.⁴⁶ Zum Beispiel hat gemäß §§ 9, 10 der 12. BImSchV der Anlagenbetreiber einen Sicherheitsbericht und Alarm- und Gefahrenabwehrpläne zu erstellen. Bei allen besonderen Pflichten an den Anlagenbetreiber ist der Täterkreis mithin beschränkt. Wird ein Umweltstraftatbestand unter Verletzung von besonderen Betreiberpflichten erfüllt, stellt sich der Straftatbestand als Sonderdelikt des Anlagenbetreibers dar.

III. Genehmigungspflichten

Weiterhin können verwaltungsrechtliche Pflichten aus Rechtsvorschrift nach § 330d Nr. 4a aus Genehmigungspflichten für umweltrelevante Verhaltensweisen bestehen.⁴⁷ An eine Genehmigungspflicht knüpfen zum einen die Tatbestände an, die generalklauselartig die „Verletzung einer verwaltungsrechtlichen Pflicht“ fordern. Zum anderen knüpfen auch die §§ 326 Abs. 2, 327 Abs. 1, Abs. 2, 328 Abs. 1 mit dem Merkmal „ohne Genehmigung“ explizit an diese Pflicht an. Dabei lassen sich Genehmigungspflichten für ein beliebiges Verhalten (1.) und Genehmigungspflichten speziell für den Betrieb einer Anlage unterscheiden (2.).⁴⁸

1. Genehmigungspflicht für beliebiges Verhalten

Unumstritten ist der Adressatenkreis der Genehmigungspflichten für ein beliebiges Verhalten. Als Beispiel ist das Genehmigungserfordernis aus § 2 Abs. 1 WHG zu nennen, wonach jede Gewässerbenutzung grundsätzlich einer behördlichen Erlaubnis oder Bewilligung bedarf. Durch diese Genehmigungspflicht wird der Täterkreis nicht eingeschränkt. Jeder, der zum Beispiel ein Gewässer nach § 3 WHG benutzen möchte, muss eine behördliche Genehmigung einholen. Wird in einem Umweltstraftatbestand mithin auf eine Genehmigungspflicht für „Jedermann“ Bezug genommen, liegt ein Allgemeindelikt vor.

2. Anlagenbezogene Genehmigungspflicht

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, an wen sich die Genehmigungspflichten für den Betrieb einer Anlage richten. Unzweifelhaft ist dabei, dass nur den Anlagenbetreiber die Pflicht trifft, die erforderliche Genehmigung bei der Behörde zu beantragen.⁴⁹ Verstößt er gegen diese Genehmigungseinholungspflicht, ist er Täter des Umweltstraftatbestandes, der an diese Pflicht anknüpft.⁵⁰ Zweifelhaft ist jedoch, inwieweit

⁴¹ Ransiek, in: NK (Fn. 7), § 324a Rn. 23; Kloepfer/Vierhaus (Fn. 29), Rn. 106a.

⁴² Bundestagsdrucksache 12/192, S. 17; Franzheim/Pfohl (Fn. 29), Rn. 162; Martin (Fn. 6), S. 76.

⁴³ Martin (Fn. 6), S. 73.

⁴⁴ Bundestagsdrucksache 12/192, S. 18; Steindorf, in: LK (Fn. 8), § 325 Rn. 30; Lackner/Kühl (Fn. 25), § 325 Rn. 6.

⁴⁵ Jarass, Bundesimmissionsschutzgesetz⁷, 2007, § 52 Rn. 24.

⁴⁶ Jarass, BImSchG (Fn. 45), § 7 Rn. 3, 48; § 23 Rn. 2.

⁴⁷ Martin (Fn. 6), S. 63.

⁴⁸ Martin (Fn. 6), S. 63.

⁴⁹ Jarass, BImSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 42, § 17 Rn. 11.

⁵⁰ Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), Vor §§ 324 ff. Rn. 26.

eine Person, die selbst nicht zur Einholung einer Genehmigung verpflichtet ist, gegen das Genehmigungserfordernis verstoßen kann. Könnte jedermann (z.B. ein Arbeitnehmer eines Unternehmens) gegen die Genehmigungspflicht verstoßen, so wären die §§ 325, 325a, 328 selbst bei einem Verstoß gegen eine anlagenbezogene Genehmigungspflicht keine Sonderdelikte.

Die Problematik soll beispielhaft anhand des § 4 BImSchG dargestellt werden, der für Anlagen mit potentiell besonders schädlichen Umwelteinwirkungen eine Genehmigung vorschreibt.

a) *Beispielfall*

Ein weisungsgebundener Arbeitnehmer nutzt eigenmächtig, in Kenntnis der mangelnden Genehmigung die ungenehmigte genehmigungsbedürftige Lackieranlage⁵¹ seines Arbeitgebers, des Anlagenbetreibers. Verursacht er dabei eine Änderung der Luft, die dazu geeignet ist, außerhalb des zur Anlage gehörenden Bereichs die Gesundheit eines anderen, von Tieren, Pflanzen oder anderen Sachen von bedeutendem Wert zu schädigen, stellt sich die Frage nach seiner Strafbarkeit aus § 325 Abs. 1 S. 1. Da das Merkmal „beim Betrieb einer Anlage“ von jedermann verwirklicht werden kann, kommt es mithin darauf an, ob er dabei „unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“ handelte. Wäre die Genehmigungspflicht des § 4 I BImSchG eine Jedermannpflicht, dann wäre § 325 Abs. 1 S. 1 in dieser Konstellation ein Allgemeindelikt und der Mitarbeiter somit tauglicher Täter. Könnte hingegen nur der Anlagenbetreiber gegen die Genehmigungspflicht verstoßen, wäre § 325 Abs. 1 S. 1 hier ein Sonderdelikt. Der Mitarbeiter würde als Täter ausscheiden.

b) *Wirkung der Genehmigung*

Zunächst muss untersucht werden, für welche Personen eine erteilte Genehmigung für den Betrieb einer Anlage Legalisierungswirkung entfaltet. Vereinzelt wird vertreten, dass die Genehmigung sich nur gegenüber dem Anlagenbetreiber als Adressaten der Genehmigungsverfügung gemäß § 41 VwVfG auswirke.⁵² Konsequenz daraus wäre jedoch, dass sich alle Mitarbeiter mangels einer an sie adressierten Betriebslaubnis bei ihrer arbeitsvertraglichen Tätigkeit rechtswidrig verhalten würden.⁵³ Dieses Ergebnis widerspricht den Gegebenheiten des modernen Arbeitslebens und scheint nicht im Sinne des Gesetzgebers zu sein, der das Betreiben einer Anlage grundsätzlich als „sozial erwünscht“ wertet.⁵⁴ Die Genehmigung entfaltet mithin eine Legalisierungswirkung über den Adressaten hinaus auf andere Personen.⁵⁵ Dies gilt sowohl für objektbezogene als auch für personenbezogene Genehmigungen.⁵⁶ Sie erstreckt sich auf alle Personen, die im Rahmen des gestatteten Anlagenbetriebs als Arbeitnehmer des Genehmigungsadressaten tätig werden.⁵⁷

c) *Möglichkeit eines Pflichtverstoßes durch Arbeitnehmer*

Fraglich ist, ob im Umkehrschluss jeder Arbeitnehmer bei Nicht-Vorliegen einer Genehmigung gegen die Genehmigungspflicht verstoßen kann.

aa) *Sonderpflicht*

Einer Ansicht zufolge stellt die anlagenbezogene Genehmigungspflicht ein Sonderdeliktsmerkmal dar.⁵⁸ Da nur der Anlagenbetreiber zur Einholung der Berechtigung berechtigt und verpflichtet sei, könne auch nur dieser gegen diese Pflicht verstoßen. Die behördliche Pflicht richte sich nur an die Personen,

die diese Anlage betreiben wollen und nicht an jeden einzelnen Mitarbeiter. Sähe man deren Verhalten als Verstoß gegen die Genehmigungspflicht an, so würde man ihre täterschaftliche Strafbarkeit mit dem Verstoß gegen eine Pflicht begründen, für deren Einhaltung sie gar nicht verantwortlich sind und es auch nicht sein können.⁵⁹ Demnach käme der Arbeitnehmer, der die ungenehmigte Anlage benutzt, nicht als tauglicher Täter des Sonderdelikts § 325 Abs. 1 S. 1 in Betracht.

bb) *Jedermannpflicht*

Nach der Gegenauffassung kann jedermann gegen die anlagenbezogene Genehmigungspflicht aus einer Rechtsvorschrift verstoßen.⁶⁰ Es stimme zwar, dass nur der Anlagenbetreiber zur Einholung verpflichtet und der Adressat der Genehmigung sei.⁶¹ Jedoch ergebe sich aus dem Wortlaut nicht, ob deshalb alle sonstigen Benutzer der ungenehmigten Anlage als Täter ausscheiden.⁶² Indem § 4 BImSchG eine Genehmigungspflicht für bestimmte Anlagen statuiere, verbiete die Vorschrift zugleich deren Betrieb ohne behördliche Zulassung.⁶³ Somit lasse sich aus § 4 BImSchG ein allgemeines Betriebsverbot ableiten, das jedermann verpflichte, ungenehmigte Anlagen nicht in Betrieb zu nehmen. Jedermann könnte somit gegen eine vom Anlagenbetreiber abgeleitete Genehmigungspflicht verstoßen, weswegen der Arbeitnehmer mithin tauglicher Täter des § 325 Abs. 1 S. 1 sein könnte.

cc) *Kritische Würdigung*

Als Argument für die Ableitung einer Jedermannpflicht aus § 4 BImSchG wird mit dem objektbezogenen Charakter der Genehmigung (Realkonzession) argumentiert. Der Sinn und Zweck der Genehmigungspflicht liege darin, ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (§ 6 BImSchG) zu statuieren, um durch die Kontrolle der Einhaltung der Betreiberpflichten schädliche Umwelteinwirkungen möglichst zu vermeiden.⁶⁴ Die Gefahren, die verhindert werden sollen, gingen von der Anlage aus und nicht von der Person, die sie in Gang setze. Das Verbot, die Anlage vor der abgeschlossenen Kontrolle in Betrieb zu nehmen, könne sich somit nicht nur auf den Anlagenbetreiber, sondern auf jedermann beziehen.⁶⁵

Der Charakter der Realkonzession ist jedoch differenzierter zu betrachten.⁶⁶ Die Regelung an sich ist zwar anlagenbezogen.⁶⁷ Jedoch ist der dahinter stehende Regelungsgegenstand

⁵¹ Anhang 5.1 zur 4. BImSchV.

⁵² Schröder, Die personelle Reichweite öffentlich-rechtlicher Genehmigungen und ihre Folgen für das Umweltstrafrecht, S. 123.

⁵³ Vgl. Martin (Fn. 6), S. 66; Schröder (Fn. 52), S. 167, 173 ff. mit eigenen Vorschlägen zur Ergebniskorrektur.

⁵⁴ Vgl. Rengier, ZStW 101 (1989), 874 f.

⁵⁵ Winkelbauer (Fn. 7), S. 645, 651; Martin (Fn. 6), S. 66.

⁵⁶ Winkelbauer (Fn. 7), S. 645, 651.

⁵⁷ Martin (Fn. 6), S. 66.

⁵⁸ Stree/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 325 Rn. 29; Horn, in: SK (Fn. 3), § 325 Rn. 14; Witteck (Fn. 27), S. 177; Martin (Fn. 6), S. 69; Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 136 f.

⁵⁹ Martin (Fn. 6), S. 68.

⁶⁰ Winkelbauer (Fn. 7), S. 645, 651 f.; Rengier (Fn. 5), S. 225, 231 ff.

⁶¹ Winkelbauer (Fn. 7), S. 645, 652; Rengier (Fn. 5), S. 225, 232.

⁶² Rengier (Fn. 5), S. 225, 232.

⁶³ Rengier (Fn. 5), S. 225, 232.

⁶⁴ Rengier (Fn. 5), S. 225, 232.

⁶⁵ Rengier (Fn. 5), S. 225, 232 f.; Winkelbauer (Fn. 7), S. 645, 652.

⁶⁶ Witteck (Fn. 27), S. 177.

⁶⁷ Jarass, BImSchG (Fn. 45), § 6 Rn. 2; Kloepfer, Umweltrecht³, 2004, § 5 Rn. 49.

weder nur die Anlage selbst noch die ihr anhaftenden Eigenschaften, sondern vielmehr auch die Nutzung der Anlage durch den Betreiber.⁶⁸ Gemäß § 4 BImSchG werden Befugnisse verliehen, eine Anlage sowohl zu errichten als auch zu betreiben. Die Genehmigung betrifft nicht nur Lage und Beschaffenheit der Anlage, sondern auch ihren Betrieb inklusive organisatorischer Fragen und Anforderungen an das Anlagenpersonal (z.B. innerbetriebliche Überwachung, Meldung von Betriebsstörungen nach § 52a BImSchG).⁶⁹ Die im Zusammenhang mit der Genehmigungspflicht stehenden Regelungen wirken nur zugunsten und zulasten des (zukünftigen) Genehmigungsadressaten.

Das beständige Gefährdungspotential einer Anlage geht nicht von dem Ausnahmefall der eigenmächtigen Benutzung durch Dritte aus, sondern von ihrem regelmäßigen Betrieb durch den Betriebsinhaber. Das Unrecht im Beispielfall ist in der eigenmächtigen Ingebrauchnahme der Anlage durch den Täter zu sehen und nicht in dem Verstoß gegen die behördliche Genehmigungspflicht.⁷⁰

Die Gegenansicht will jedoch auch diese Ausnahmefälle strafrechtlich erfassen und begründet ihr Verständnis des § 4 BImSchG als Jedermannpflicht teilweise mit der Schließung von Strafbarkeitslücken.⁷¹ Verstünde man § 4 BImSchG als Sonderpflicht des Anlagenbetreibers, könnte sich der Arbeitnehmer, der eigenmächtig die Anlage benutzt, trotz Verwirklichung eines Tatbestands der §§ 324 ff. nicht strafbar machen.

Das Vorliegen dieser Strafbarkeitslücke ist zu konstatieren. Jedoch muss ein Tatbestandsmerkmal erst ausgelegt werden, bevor sich die Fragen nach dessen Konsequenzen ergeben. Auf Grund des „fragmentarischen Charakters“⁷² des Strafrechtsschutzes muss diese Lücke zunächst akzeptiert werden. Besteht kriminalpolitischer Handlungsbedarf, kann sie nur vom parlamentarischen Gesetzgeber geschlossen werden.⁷³

Verstünde man § 4 BImSchG als Jedermannpflicht, würde ferner jedem einzelnen Arbeitnehmer abverlangt werden, sich einer wirksamen Genehmigung des Anlagenbetreibers zu vergewissern, um sich bei der Erfüllung der arbeitsrechtlichen Pflichten nicht rechtswidrig zu verhalten.⁷⁴ Eine solche allgemeine Nachforschungspflicht kann § 4 BImSchG jedoch nicht entnommen werden.

Die Genehmigungspflicht des § 4 BImSchG stellt mithin eine Sonderpflicht des Anlagenbetreibers dar. Knüpft eine Umweltstrafnorm an die Genehmigungspflicht des § 4 BImSchG an, liegt ein Sonderdelikt des Anlagenbetreibers vor.

Dieses Ergebnis lässt sich auch auf andere umweltrechtliche anlagenbezogene Genehmigungserfordernisse übertragen. Nur der rechtliche Anlagenbetreiber handelt „unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“ im Sinne des § 330d

Nr. 4a, wenn er gegen eine Pflicht aus einer Rechtsvorschrift verstößt, die für den Betrieb einer Anlage eine Genehmigung verlangt.

Entsprechend sind die Fälle zu behandeln, in denen eine Genehmigung befristet oder unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung erteilt wurde, jedoch die Frist abgelaufen bzw. die Bedingung nicht eingetreten oder eingetreten ist. Auch in diesen Fällen stellen die anlagenbezogenen Genehmigungspflichten aus einer Rechtsvorschrift weiterhin ein Sonderdeliktsmerkmal des Anlagenbetreibers dar.

IV. Zwischenergebnis zu Pflichten aus Rechtsvorschriften

Für die Abgrenzung zwischen Allgemein- und Sonderdelikten im Umweltstrafrecht lässt sich hinsichtlich der verwaltungsrechtlichen Pflichten aus Rechtsvorschriften folgendes Ergebnis festhalten: Statuiert eine Rechtsvorschrift eine Jedermannpflicht (z.B. § 2 Abs. 1 WHG), stellt eine Strafnorm, die an diese Pflicht anknüpft, ein Allgemeindelikt dar. Statuiert die Rechtsvorschrift hingegen eine Sonderpflicht (z.B. besondere Betreiberpflichten aus § 52 Abs. 2 BImSchG, Genehmigungspflicht aus § 4 BImSchG), ist die daran anknüpfende Strafnorm ein Sonderdelikt.

Die vorangehende Untersuchung hat jedoch gezeigt, dass bei jeder verwaltungsrechtlichen Pflicht aus einer Rechtsvorschrift gem. § 330d Nr. 4 der Adressatenkreis im Einzelfall bestimmt werden muss.

E. Ergebnis

Eine pauschale Einordnung der „Betreiberdelikte“ als Sonderdelikte nach der bisher herrschenden Auffassung ist nicht möglich. Die „Betreiberdelikte“ der §§ 327, 329 sind zwar in jedem Fall Sonderdelikte des rechtlichen Anlagenbetreibers. Bei der Einordnung der „Betreiberdelikte“ der §§ 325, 325a, 328 Abs. 3 hingegen muss bei jeder Pflicht, an die angeknüpft wird, genau analysiert werden, ob diese Pflicht sich an jedermann richtet oder nur an einen bestimmten Personenkreis.

Der bisher herrschenden Meinung ist daher zu widersprechen, dass die „Betreiberdelikte“ des Umweltstrafrechts ausschließlich Sonderdelikte des rechtlichen Anlagenbetreibers darstellen. ■

⁶⁸ Witteck (Fn. 27), S. 177.

⁶⁹ Jarass, BImSchG (Fn. 45), § 6 Rn. 2.

⁷⁰ Martin (Fn. 6), S. 70.

⁷¹ Vgl. Rengier (Fn. 5), S. 225, 231 f.

⁷² Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil⁵, 1996, § 7 II 1; Maiwald, in: FS Maurach, 1972, S. 9-23.

⁷³ Witteck, (Fn. 27), S. 203 f.

⁷⁴ Martin (Fn. 6), S. 67.

Keine Ausgabe mehr verpassen?

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

Tim René Salomon, LL.B., Hamburg*

Die Staatenimmunität als Schild zur Abwehr gerechter Ansprüche? Zwangsarbeiterklagen vor italienischen Zivilgerichten gegen Deutschland

A. Einführung

„Man kann Geschichte nicht überwinden, man kann weder Ruhe noch Versöhnung finden, wenn man sich nicht der ganzen Geschichte stellt.“¹ Mit diesen Worten wurde das schwere Erbe beschrieben, welches Deutschland nach der dunklen Vergangenheit des Zweiten Weltkriegs antrat.

Ein Kapitel dieser Vergangenheitsbewältigung sind die Entschädigungsklagen ehemaliger italienischer Zwangsarbeiter gegen Deutschland vor italienischen Zivilgerichten. Im jüngsten Verfahren verteidigte sich die Bundesrepublik Deutschland, indem sie die Staatenimmunität geltend machte. Im Mai 2008 verkündete das italienische Kassationsgericht, dass sich Deutschland „im Falle der streitgegenständlichen Deportation italienischer Soldaten und ihres Einsatzes in der Kriegswirtschaft in den Jahren 1943 bis 1945 nicht auf den Grundsatz der Staatenimmunität berufen“² könne und schloss sich Auffassung an, dass schwere Verstöße gegen das Völkerrecht die Immunität des verletzenden Staates einschränken. Die Bundesregierung Deutschland ist der Ansicht, das italienische Urteil verletze das Völkerrecht³ und hat zur Klärung dieser Frage am 23. Dezember 2008 den IGH angerufen.⁴

Das Urteil des Kassationsgerichtes und das anstehende IGH-Verfahren bieten Anlass, sich mit Einschränkungen der Staatenimmunität auseinander zu setzen.

B. Hintergründe der Klagen der Zwangsarbeiter

I. IMI – Kriegsgefangene, Militärinternierte oder Zivilarbeiter?

Nachdem das *Mussolini*-Regime 1943 gestürzt worden war, schloss Italien mit den Alliierten einen Waffenstillstand.⁵ Deutsche Truppen besetzten daraufhin den Norden Italiens, befreiten *Mussolini* und nahmen schätzungsweise 600.000 bis 675.000⁶ italienische Soldaten als Kriegsgefangene.⁷ Die Gefangenen wurden gruppiert, wobei neutrale Soldaten, die weder auf der deutschen Seite kämpfen wollten, noch aktiv Widerstand gegen die Deutschen übten, zunächst als „Kriegsgefangene“ bezeichnet und unter anderem für die Kriegswirtschaft gesichtet wurden.⁸

Ab 20. September 1943 wurden diese Gefangenen auf Befehl hin „italienische Militärinternierte“ (IMI) genannt.⁹

Anfang August 1944 sollten die IMI, um ihre Arbeitskraft zu verbessern, aus der Internierung entlassen und in „das zivile Arbeitsverhältnis“¹⁰ überführt werden. Als nur wenige Internierte trotz Drohung und Zwangs das vorgesehene ‚Einverständnis‘ erklärten,¹¹ wurden am 4. September 1944 alle IMI durch Anordnung des Oberkommandos der Wehrmacht in den Zivilarbeiterstatus überführt.¹² Auch nach dieser ‚Entlassung‘ verblieben sie in Lagern. Eine andauernde Besserung der Lage trat objektiv nicht ein.¹³

II. Ausbleiben einer Entschädigung der IMI und deren Ansprüche

Bis heute wurde den IMI keine finanzielle Entschädigung oder Wiedergutmachung zuteil.¹⁴ Zwar flossen 1963 Zahlungen in Höhe von 40 Millionen Mark von Deutschland an Italien, jedoch

wurden die IMI hiervon weitestgehend nicht begünstigt, weil der zu Grunde liegende Vertrag die Entschädigung auf „aus Gründen der Rasse, des Glaubens oder der Weltanschauung von nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahmen betroffenen italienischen Staatsangehörigen“¹⁵ beschränkte. Im Gegenzug erklärte Italien einen endgültigen Verzicht für Ansprüche Italiens und italienischer Personen gegen Deutschland, sofern sie „auf Rechte und Tatbestände zurückgehen, die in der Zeit vom 1. September 1939 bis 8. Mai 1945 entstanden sind.“¹⁶

Auch aus den Mitteln der im Jahr 2000 gegründeten Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“¹⁷ wurden die IMI nicht entschädigt, da der Arbeitseinsatz von Kriegsgefangenen grundsätzlich völkerrechtsgemäß war.¹⁸ Der Kriegsgefangenenstatus sei zwingend und somit nicht durch unilaterales Handeln Deutschlands abdingbar gewesen,¹⁹ so dass die IMI trotz Umbenennung formal Kriegsgefangene im Sinne des Völkerrechts blieben.²⁰

* Mein Dank gilt Ulrich Wilke, LL.B. für die kritische Durchsicht dieses Artikels sowie Birga Tanneberg, LL.B. und Sascha Arnold, LL.B. für die redaktionelle Unterstützung.

¹ Ansprache von Bundespräsident *Roman Herzog* am 13.2.1995, <http://www.bundespraesident.de/dokumente/-2.11996/Rede/dokument.htm> (letzter Zugriff 26.9.2009).

² *Corte Suprema di Cassazione*, Nr. 14201, Urteil vom 29.5.2008 (im Folgenden: *IMI-Urteil*), auszugsweise übersetzt bei *BeckRS*, 2008 36841 durch *Wiedemann*.

³ Bundestagsmitteilung 224/2008 vom 5.8.2006.

⁴ Pressemitteilung, IGH No. 2008/44 vom 23.12.2008.

⁵ *Schramm* (Hrsg.), *Kriegstagebuch des Oberkommandos der Wehrmacht*, Bd. III/2, 1963, S. 1529.

⁶ *Schreiber*, *Die italienischen Militärinternierten im deutschen Machtbereich 1943-1945*, 1990, S. 231.

⁷ Befehl des Oberkommandos der Wehrmacht, *Akten zur Deutschen Auswärtigen Politik, Band VI*, 1979, Dok. Nr. 300, S. 515.

⁸ *Schramm* (Fn. 5), S. 1107.

⁹ *Schramm* (Fn. 5), S. 1124; zu den unklaren Hintergründen des Befehls *Schreiber* (Fn. 6), S. 444, 445.

¹⁰ Zitiert in *Tomuschat*, *Leistungsberechtigung der Italienischen Militärinternierten nach dem Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“* (Gutachten für die BReg), 2001, S. 3 f. (http://archiv.bundesregierung.de/pressemitteilung/81/51481/attachment/254551_0.pdf, letzter Zugriff 26.9.2009).

¹¹ *Schreiber* (Fn. 6), S. 429.

¹² *Schreiber* (Fn. 6), S. 430, 431.

¹³ *Schreiber* (Fn. 6), S. 501.

¹⁴ Bundestagsmitteilung 244/2006 vom 28.8.2006.

¹⁵ *Vertrag über Leistungen zugunsten italienischer Staatsangehöriger, die von nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahmen betroffen worden sind* (BGBl. 1963 II, S. 793), Art. 1.

¹⁶ *Abkommen zwischen der BRD und der Italienischen Republik über die Regelung gewisser vermögensrechtlicher, wirtschaftlicher und finanzieller Fragen* (BGBl. 1963 II, S. 669), Art. 2 (1).

¹⁷ Gesetzliche Grundlage abgedruckt in BGBl. 2000 I, S. 1263.

¹⁸ BT-Drucksache 14/3206, 13.4.2000, S. 16.

¹⁹ *Tomuschat* (Fn. 10), S. 13 f.

²⁰ *Tomuschat* (Fn. 10), S. 25. Das Ergebnis kann bezweifelt werden, da es Deutschland nach dem völkerrechtlichen Prinzip des *estoppel* (vgl. IGH, *Temple of Preah Vihear* (1962); *Cottier/Mueller*, 'Estoppel', in R. Wolf- rum (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2007, online edition, [www.mpepil.com], visited on [29.9.2009]) verwehrt sein könnte, sich zur Verteidigung gegen einen Entschädigungsanspruch auf das Bestehen des Kriegsgefangenenstatus zu berufen, obwohl sie diesen vormals faktisch nicht anerkannten.

Das dies feststellende Gutachten²¹ und die daraufhin getroffene Entscheidung der Bundesregierung sorgten für Entrüstung bei den IMI, da deren Behandlung faktisch nicht den Maßstäben der Behandlung Kriegsgefangener entsprach. Hervorzuheben sind hier Verletzungen der Gleichbehandlungs- und Fürsorgepflicht²², Verstöße gegen das Verbot der Zwangsarbeit in der Kriegswirtschaft sowie – nach Berichten von Zeitzeugen – Misshandlungen, Erschießungen und Einlieferung in Konzentrationslager.

Ob sich aus diesen Misshandlungen Entschädigungsansprüche der IMI gegen Deutschland ergeben ist zweifelhaft.²³

Zum einen muss nach der Doktrin des intertemporalen Völkerrechts ein Sachverhalt im Lichte des Rechtes, welches zu der Zeit des strittigen Ereignisses galt, gewürdigt werden und nicht im Lichte des zum Zeitpunkt der Klageerhebung maßgeblichen Rechts (*Island of Palmas-Fall*²⁴). Maßstab für die deutschen Verhaltensweisen ist somit das Völkerrecht zur Zeit des Zweiten Weltkrieges, wie es sich in den damaligen Verträgen und im humanitären Völkergewohnheitsrecht darstellte.²⁵ Es ist höchst fraglich, ob das damalige Völkerrecht Ansprüche eines Individuums gegen einen Staat kannte, da die Mediatisierung des Individuums im Völkerrecht nur langsam der modernen Entwicklung der letzten Jahrzehnte weicht, die das Individuum unter Umständen auch als Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten sieht.²⁶ Da selbst nach dem heutigen fortschrittlichen Völkerrechtsverständnis noch umstritten ist, ob der Einzelne einen Anspruch auf Entschädigung bei Menschenrechtsverstößen im Kriegsgeschehen hat²⁷, war jedenfalls damals ein solcher Individualanspruch noch nicht anerkannt.²⁸ Zum anderen sind die Verzichtserklärungen Italiens im konkreten Fall weitere Hindernisse eines solchen Entschädigungsanspruches.²⁹

Deutschlands Haupteinwand gegen die Entschädigungsklagen der IMI ist jedoch – unabhängig von diesen materiellen Aspekten – die Staatenimmunität.

C. Herkunft und Entwicklung der Staatenimmunität

I. Grundlagen

Die Staatenimmunität als Garant für „die Funktion zwischenstaatlicher Beziehungen, welche von überragender Wichtigkeit für ein geordnetes und harmonisches internationales System ist“³⁰, steht der Einleitung eines Verfahrens vor nationalen Gerichten gegen einen anderen Staat entgegen.³¹ Immunität besteht für Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren³² und leitet sich einerseits aus der Souveränität eines Staates ab, die ihm die Macht zuerkennt, souveräne Entscheidungen über sich selbst und seine Subjekte zu treffen.³³ Andererseits lässt sich der Grundsatz staatlicher Immunität auch auf die Gleichheit der Staaten untereinander stützen.³⁴ Auf Grund der engen Verknüpfung der Immunität mit der Souveränität eines Staates, die sich im Hinblick auf eine enger werdende internationale Gemeinschaft im Wandel befindet, ist die Immunität denselben erosiven Entwicklungen unterworfen.³⁵

II. Absolute und restriktive Immunität

Ausgangspunkt der Immunitätsdoktrin ist die absolute Immunität eines Staates und dessen Oberhauptes vor der Gerichtsbarkeit eines anderen Staates.³⁶ Dies entsprach weitestgehend der Staatenpraxis jedenfalls bis zum Ersten Weltkrieg.³⁷ Die sich danach auf Grund von Praktikabilitätserwägungen³⁸ und eines sich verstärkenden internationalen Wirt-

schaftsverkehrs langsam verbreitende Theorie von der (bloß) restriktiven Immunität³⁹ schwächte die Staatenimmunität ab und erlaubt nationalen Gerichten die Beurteilung fremden staatlichen Handelns in Gestalt nicht-hoheitlicher Akte (*acta iure gestionis*). Hoheitliche Handlungen (*acta iure imperii*) bleiben weiterhin dem Zugriff fremder staatlicher Gerichte entzogen.⁴⁰

Moderne Regelungen haben sich dem restriktiven Verständnis weitestgehend angeschlossen.⁴¹ Die Staatenimmunität

²¹ Tomuschat (Fn. 10).

²² Art. 7 Anlage zum Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, 1907 (RGBl. 1910, 107).

²³ Ablehnend statt vieler BVerfG 28.6.2004 - 2 BvR 1379/01. Vgl. Hess in: Barwig (Hrsg.), Entschädigung für Zwangsarbeit, 1998, S. 65 f.

²⁴ RIAA II, 829.

²⁵ Vgl. Elias, 74 AJIL, 285, 286; Krause-Ablaß, Intertemporales Völkerrecht, 1970, S. 87; Shaw, International Law⁴, 2003, S. 346/347.

²⁶ Ablehnend BVerfGE 94, 315 (329); Anzilotti, Lehrbuch des Völkerrechts, 1929, S. 98; vgl. Vitzthum, Völkerrecht⁴, 2007, S. 12 f.; Zimmermann, in: Fischer-Lescano (Hrsg.) FS Bothe, 2008, S. 1077, 1086.

²⁷ Befürwortend UN-Resolution 60/147 vom 16.12.2005; Commission of Inquiry on Darfur, UN doc. E/CN.4/2005/3, 11.2.2005, Rn. 597. Ablehnend OLG Köln, NJW 2005, 2860 (Brücke von Varvarin); BGHZ 169, 348; Fleck, in: von Heinegg (Hrsg.), International Humanitarian Law Facing New Challenges, 2007, S. 171, 193.

²⁸ So auch BGH, NJW 2003, 3488; Epping, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht⁵, 2004, S. 374.

²⁹ Dazu Hennies, Entschädigung für NS-Zwangsarbeit vor und unter der Geltung des Stiftungsgesetzes vom 2. 8. 2000, 2006, S. 163, 164; Randelzhofer/Dörr, Entschädigung für Zwangsarbeit?, 1994, S. 102.

³⁰ IGH, Arrest Warrant Fall (2002), Separate Opinion Higgins, Kooijmans, Buergethal, Rn. 75.

³¹ Vgl. Dahm, Völkerrecht, Bd. I, 1958, S. 225; Kämmerer, AVR 37, 283, 307 m.w.N.; Damian, Staatenimmunität und Gerichtszwang, 1985, S. 89, hält eine Terminladung für zulässig.

³² Kelsen, Principles of International Law², 1967, S. 359.

³³ Hingorani, Modern International Law, 1979, S. 110; Bleckmann, Völkerrecht, 2001, S. 179; Shaw (Fn. 24), S. 491; Doehring, Völkerrecht², 2004, §12, Rn. 657; US Supreme Ct. *The Schooner Exchange v. M'Faddon* 11 US (7 Cranch) 116 (1812); *Parlement Belge* [1880] L.R. 5 P.D. 197; RGZ 62, 165; 102, 306; 103, 274.

³⁴ *Oppenheim/Lauterpacht International Law*⁸, Bd. I, 1955, S. 264; Kelsen (Fn. 32), S. 235; Steinberger in: Bernhardt (Hrsg.) EPIL IV, 1992, S. 615, 616; ferner wurde die Würde des Staates als Grund der Immunität genannt, hierzu m.w.N. Hess, Staatenimmunität bei Distanzdelikten, 1992, S. 304.

³⁵ Dahingehend Steinberger (Fn. 34) S. 500, 518.

³⁶ *Damrosch*, u.a., International Law, Cases and Material⁴, 2001, S. 1197.

³⁷ Vgl. RGZ 62, 166.

³⁸ Dazu Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht³, 1984, S. 763; *Damrosch*, u.a. (Fn. 36), S. 1197.

³⁹ Vgl. zur Entwicklung Jennings/Watts, *Oppenheim's International Law*, 1996, S. 357 f.; Trooboff, RdC 200, 268 f.; Seidl-Hohenveldern, in: Sandrock (Hrsg.), FS Beitzke, 1979, S. 1081 f.; RGZ 62, 166; 103, 275; *Tate Letter*, 24 Dep't of State Bull. (1952); *Alfred Dunhill of London Inc. v. The Republic of Cuba*, 96 S. Ct. 1854 (1976); *Bishop*, AJIL 47, S. 93 f.; *The Philippine Admiral*, ILM 15 (1976), S. 133; *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria* (1977), ILR 64, S. 111 f., Rn. 366.

⁴⁰ Zur Unterscheidung vgl. BVerfGE 16, 27, 61 f.; Roeder, JuS 2005, S. 215, 216; *Ress*, ZaöRV 40 (1980), 217, 257; *Verdross/Simma* (Fn. 38), S. 767; *Shaw* (Fn. 25), S. 501, später auch *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria* (Fn. 39), S. 132.

⁴¹ *US Foreign Sovereign Immunities Act* (1976), *UK State Immunity Act* (1978), *Singapore State Immunity Act* (1979), *Canadian State Immunity Act* (1982), *Australian Foreign State Immunity Act* (1985), *South African State Immunity Act* (1981); dazu *Shaw*, (Fn. 25), S. 499. Sowie auf supranationaler Ebene beispielhaft: *Europäisches Übereinkommen über Staatenimmunität* (1972), 11 ILM (1972), 470; *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (2004) (UN-Staatenimmunitätskonvention), 44 ILM (2005), 801, und die Entwürfe der International Law Association (ILA Reports 1982, S. 5; spätere Fassung ILA Reports 1994, S. 488).

kann letztlich – trotz vereinzelter Kritik⁴² – jedenfalls für den vorliegenden Fall als völkerrechtliches Gewohnheitsrecht bezeichnet werden.⁴³

D. Ausnahmen von der Staatenimmunität in Zivilprozessen bei der Beurteilung von völkerrechtswidrigem Verhalten

Zusätzlich zu der anerkannten Beschränkung der Staatenimmunität für Handlungen *iure gestionis* sowie wenigen anderen Ausnahmen⁴⁴ werden weitere Einschränkungsmöglichkeiten diskutiert. Das italienische Kassationsgericht hat sich darauf berufen, „dass ein Grundsatz, der die Immunität eines Staates, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen hat, einschränkt, ‘im Entstehen begriffen ist’.“⁴⁵ Dies wird in Literatur und Rechtsprechung in verschiedenen Varianten diskutiert.

I. Verwirkungsthese und Einleitung von Verfahren als Gegenmaßnahme

Nach vereinzelt vertretener Ansicht⁴⁶, die sich auf Art. 60 I Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK) stützt, kann die Staatenimmunität *verwirkt* werden, wenn ein Staat gravierende Menschenrechtsverletzungen begeht. Die Staatenimmunität sei verwirkbar, da sie nur den betreffenden Staat schütze und dieser auf sie verzichten könne.⁴⁷

Diese Ansicht begegnet jedoch rechtstechnischen Bedenken. Selbst wenn die Verwirkung ein eigenständiger Grundsatz des Völkerrechts wäre,⁴⁸ kämen solcherlei allgemeine Grundsätze nur zur Füllung von Regelungslücken subsidiär zu Völkergewohnheitsrecht in Betracht.⁴⁹ Völkergewohnheitsrecht regelt aber die Wirkung und Reichweite der Staatenimmunität abschließend und sieht diese gerade umfänglich für hoheitliche Akte vor.⁵⁰ Würde man allgemeine Rechtsgrundsätze auch zur Schließung von Wertungslücken heranziehen,⁵¹ hätten diese den Status eines dem Völkergewohnheitsrecht übergeordnetem Wertungskorrektivs, was hinsichtlich ihrer geringeren Anforderungen im Vergleich zum Gewohnheitsrecht⁵² nicht überzeugt.⁵³

Eine eigenständige Möglichkeit der Einschränkung der Staatenimmunität könnte jedoch die *Einleitung von Verfahren als Repressalie* zu einem bestimmten völkerrechtswidrigen Handeln sein. Art. 22 der Resolution zur Staatenverantwortlichkeit⁵⁴ schließt die Rechtswidrigkeit einer Handlung aus, wenn sie als legitime Gegenmaßnahme getroffen wurde. Setzt man voraus, dass von Drittstaaten getroffene Repressalien als Antwort auf Verletzungen von *ius cogens* gerechtfertigt sind⁵⁵, stellte sich auf dieser Grundlage die Verletzung der Staatenimmunität nicht als völkerrechtswidriger Akt dar.⁵⁶ Würde der Zivilprozess also angestrengt, um andauernde Völkerrechtsverletzungen eines Staates zu beenden, wäre der Verstoß gegen die Staatenimmunität gerechtfertigt. Für den zu beurteilenden Fall ist diese Rechtfertigungsmöglichkeit aber schon nicht gegeben, da Gegenmaßnahmen nur zu dem Zweck ergriffen werden dürfen, den Staat zur Erfüllung seiner völkerrechtlichen Verpflichtung zu veranlassen.⁵⁷ Die Verletzung des Völkerrechts durch Deutschland dauert aber nicht mehr an.⁵⁸

II. Impliziter Verzicht

Teils wird vertreten, ein gegen *ius cogens* verstoßender Staat verzichte implizit auf seine Staatenimmunität,⁵⁹ da *ius cogens*-Normen notstandsfest und nicht derogierbar seien.

Der implizite Verzicht ist in diesen Fällen jedoch wenig mehr als eine Fiktion.⁶⁰ Selbst an die anerkannten Fälle eines konkludenten Verzichts – zum Beispiel beim Einlassen auf eine Klage durch materielles Verhandeln⁶¹ – werden strenge Anforderungen gestellt.⁶² Der Verzicht wird dann damit begründet, dass der Staat sich trotz dieser Möglichkeit bewusst nicht auf seine Immunität berief. Bei Verstößen gegen *ius cogens* mag Staatenimmunität zwar unbillig erscheinen, allerdings wird ein Staat gerade in solchen Fällen niemals auf seine Immunität verzichten wollen.⁶³

III. Konkrete Pflichtenkollision⁶⁴

Vereinzelt wird eine Beschränkung der Staatenimmunität durch die Annahme einer Pflichtenkollision konstruiert. Kollidieren die Pflicht zur Gewährleistung eines aussichtsreichen Verfahrens⁶⁵ mit der Pflicht zur Berücksichtigung der Staa-

⁴² Unter Berufung auf divergierende Staatenpraxis *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Band I/12, 1989, S. 463, die vor Zersplitterung der Praxis warnen; ähnlich *Higgins*, Problems and Process, 1994, S. 81; *Orakhelahvili*, Peremptory Norms in International Law, 2004, S. 334. Jedenfalls wird man für die vorliegende Untersuchung jedoch von regionalem Gewohnheitsrecht ausgehen können, da im europäischen Raum das Übereinkommen über Staatenimmunität (Fn. 41) für einheitliche Staatenpraxis spricht, die auch von Rechtsüberzeugung getragen wird.

⁴³ Der Völkergewohnheitsrechtsstatus der Staatenimmunität wurde allerdings früher mit dem Hinweis bestritten, sie entstamme lediglich der *Courtoisie*, Nachweise bei *Dahm* (Fn. 31), S. 226.

⁴⁴ Beispielfhaft der Verzicht sowie die Widerklage, dazu *Epping* (Fn. 28), § 26, Rn. 28 f.

⁴⁵ So der italienische Kassationshof im *IMI-Urteil* (Fn. 2).

⁴⁶ *Kokott*, in: Beyerlin (Hrsg.), FS Bernhardt, 1995, S. 135, 141.

⁴⁷ *Kokott* (Fn. 46), S. 148; zur Verzichtbarkeit v. *Schönfeld*, NJW 1986, 2983; *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (Fn. 42), S. 469.

⁴⁸ Dazu umfassend *Doehring*, in: Böckstiegel (Hrsg.), FS Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 51 f.

⁴⁹ Vgl. *Weiss*, AVR 39, 405 f.; *Vitzthum* (Fn. 26), S. 71 f.

⁵⁰ So auch *Cremer*, AVR 41 (2003), 137, 156.

⁵¹ Dafür *Kokott* (Fn. 46), S. 148 f.; dahingehend *Doehring* (Fn. 33), S. 183.

⁵² Vgl. *Vitzthum* (Fn. 26), S. 73, Rn. 145, der betont, dass Rechtsgrundsätze keine Staatenpraxis voraussetzen, so dass sie zwangsläufig ein *minus* zum Völkergewohnheitsrecht darstellen.

⁵³ Vgl. *Cremer*, AVR 41 (2003), 137, 157; *Appelbaum*, Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen, 2007, S. 282.

⁵⁴ *Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen*, Anlage der Resolution der UN-Generalversammlung Nr. 56/83 vom 12.12.2001.

⁵⁵ Ablehnend *Appelbaum* (Fn. 53), S. 282 m.w.N.

⁵⁶ Kritische Würdigung bei *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (Fn. 42), S. 990; *Appelbaum* (Fn. 53), S. 285 f.

⁵⁷ Art. 49 (1) *Resolution zur Staatenverantwortlichkeit* (Fn. 54).

⁵⁸ Dazu auch Art. 52 (3, a) der *Resolution zur Staatenverantwortlichkeit* (Fn. 54); sonst wäre auch Art. 52 (1, a), die Aufforderung zu völkerrechtsgemäßem Verhalten, ohne Anwendungsgebiet.

⁵⁹ So der Versuch von *Sampson* in Court of Appeals, *Sampson v. Federal Republic of Germany* (250 F.3rd 1145 (7th Cir. 2001)); vgl. auch *Princz*, Court of Appeals ILM 33 (1994), 1483 f., abweichendes Votum von *Judge Wald: Prefecture of Voioitia v. Federal Republic of Germany*, Oberstes griechisches Gericht (*Areopag*) 11/2000, Entscheidung vom 4.5.2000; *Belsky, u.a.*, California Law Review 77 (1989), S. 365 f.

⁶⁰ *Bankas*, The State Immunity Controversy in International Law, 2005, S. 272.

⁶¹ Statt vieler Report No. 24, Australian Law Reform Commission, 1984, Rn. 22.

⁶² *Damian* (Fn. 31), S. 39.

⁶³ Vgl. *Bröhmer*, State Immunity and the Violation of Human Rights, 1997, S. 191; *Reimann*, MJIL 16, 403, 409; *Cremer*, AVR 41 (2003), S. 137, 143; *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, ital. Kassationshof, Entscheidung vom 11.3.2004, 87 Rivista di diritto internazionale 539 (2004).

⁶⁴ Benennung nach *Dörr*, AVR 41, 201, 216.

⁶⁵ Denkbar sind prozessuale Pflichten z.B. aus dem *Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe*, (1984), 23 ILM 1027 (BGBl. 1990/II, 246) (UN-Folterkonvention), Art. 14.

tenimmunität, so müsse diese unter Umständen zurücktreten. Der Fall *Pinochet*⁶⁶ dient als Beispiel für diese Konstruktion. Ab dem Inkrafttreten der UN-Folterkonvention in Chile und dem Vereinigten Königreich bestand eine Pflicht der Konventionsstaaten zur effektiven Strafverfolgung; *Pinochet* wurde somit für Taten nach Inkrafttreten der Konvention keine Immunität gewährt. Im Fall *Pinochet* wurde allerdings die persönliche Immunität eines Staatsoberhauptes im Strafprozess beurteilt und nicht die hier diskutierte Immunität eines Staates im Zivilprozess.

Zwar schreibt die UN-Folterkonvention auch für Zivilverfahren vor, dass ein „einklagbares Recht auf gerechte und angemessene Entschädigung“ gewährleistet werden müsse,⁶⁷ so dass eine Pflichtenkollision auch hier denkbar wäre⁶⁸, jedoch bestand diese Pflicht zur Zeit des Zweiten Weltkriegs noch nicht.⁶⁹

IV. Normative Hierarchietheorie (Vorrang von *ius cogens*)

Überdies wird diskutiert, ob die Hierarchie von Völkerrechtsnormen die Staatenimmunität dahingehend einschränkt, dass *ius cogens* Vorrang vor lediglich völkervertragsrechtlichen oder völkergewohnheitsrechtlichen Prinzipien hat.⁷⁰

Dies würde eine völkerrechtliche Normenhierarchie voraussetzen.⁷¹ Schon dies ist jedoch zweifelhaft, da an den Status einer Norm als *ius cogens* nur die Rechtsfolge anknüpft, dass entgegenstehende völkervertragliche Bestimmungen nichtig sind.⁷² Ferner ist fraglich, ob sich diese Nichtigkeitsfolge von *ius cogens* überhaupt auf Völkergewohnheitsrecht erstreckt oder nur Völkervertragsrecht umfasst.⁷³

Im vorliegenden Fall besteht jedoch bereits kein Konflikt zwischen einer *ius-cogens*-Norm und der Staatenimmunität, da der materielle Geltungsanspruch der Norm noch keine Aussage über die prozessuale Durchsetzung trifft.

Teils wird versucht, dies mit der Konstruktion einer prozessualen Verpflichtung als Teilinhalt der materiellen *ius-cogens*-Norm zu umgehen.⁷⁴ Die Widerspruchsfreiheit des Völkerrechts wäre durchbrochen, wenn die materielle Norm nicht auch durchgesetzt werden könne.⁷⁵

Dieses Argument verkennt jedoch, dass die Staatenimmunität gerade bei rechtswidrigem Verhalten greifen soll. Es ist außerdem kein notwendiger Schluss, dass ein Träger von Rechten auch in der Lage sein muss, diese selbst geltend zu machen.⁷⁶ Die Tatsache, dass für einige Verstöße nunmehr Rechte der prozessualen Geltendmachung für Individuen geschaffen wurden⁷⁷ zeigt gerade, dass eine prozessuale Absicherung der materiellen Garantie nicht die Regel, sondern die Ausnahme ist.

V. Ausnahmen von der Staatenimmunität aus Völkergewohnheitsrecht

Die Existenz einer *allgemeinen völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Ausnahme* von der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen⁷⁸ scheitert zumindest in Bezug auf die Zivilgerichtsbarkeit, da wenig Staatenpraxis auf eine solche Ausnahme hindeutet.⁷⁹

Ein anderer Ansatz plädiert für eine *spezielle völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme* von der Staatenimmunität bei hoheitlich begangenen Delikten im Forumsstaat. Dies ist im Zuge des *Distomo*-Urteils⁸⁰ des obersten griechischen Gerichtes (Areopag) ins Gespräch gekommen. Dem Urteil ging ein Prozess über ein Massaker der Waffen-SS an der Zivilbevölkerung des griechischen Dorfes Distomo vor dem Landge-

richt Livadía voran. Die griechischen Richter erkannten eine gebietsbezogene, völkergewohnheitsrechtliche Deliktsausnahme von der Staatenimmunität an. Dies sei dann der Fall, wenn der beklagte Staat im Territorium des Forumsstaates ein Delikt begangen habe. Tatsächlich ist eine solche Ausnahme sowohl in Art. 11 des Europäischen Übereinkommens über Staatenimmunität als auch in Art. 12 der UN-Staatenimmunitätskonvention⁸¹ verbrieft.

Jedoch ist höchst zweifelhaft, ob solcherlei Deliktsausnahmen auch Kriegshandlungen umfassen.⁸² Das Europäische Staatenimmunitätsübereinkommen schließt dies in Art. 31 explizit aus und auch Art. 12 des ILC Staatenimmunitätsentwurfs, welcher der Staatenimmunitätskonvention vorausging, war dahingehend zu interpretieren.⁸³ Ferner ist gemäß Art. 35 III des Europäischen Staatenimmunitätsübereinkommens⁸⁴ nicht auf Sachverhalte vor seinem Inkrafttreten anwendbar. Gleiches gilt für die UN-Staatenimmunitätskonvention.⁸⁵ Somit hat die Deliktsausnahme bei militärischem Handeln heute und erst recht zur Zeit des Zweiten Weltkrieges mangels einheitlicher Staatenpraxis keine gewohnheitsrechtliche Geltung.⁸⁶

VI. Ergebnis

Die vorstehende Analyse zeigt die vielfachen Versuche die Staatenimmunität bei völkerrechtswidrigen Akten einzu-

⁶⁶ ILR 119, 50; zur Immunitätsproblematik in den *Pinochet*-Urteilen: *Bank*, ZaöRV 59 (1999), 677, 688.

⁶⁷ Art. 14 UN-Folterkonvention; dazu *Cremer*, AVR 41 (2003), 137, 163 f.

⁶⁸ *Dörr*, AVR 41, 201, 216.

⁶⁹ Vgl. oben Fn. 26, 27 zur dahingehenden modernen Tendenz der Individualisierung des Völkerrechts. Ferner gegen diese Ausnahme *IGH, Arrest Warrant* (2002), Rn. 59. Vom italienischen Kassationshof wird dies jedoch in *Ferrini v. Federal Republic of Germany* (Fn. 63) unterstellt.

⁷⁰ *EGMR, Al-Adsani v. United Kingdom* (2001) abweichendes Votum *Rozakis, Caflisch* sowie zustimmend *Wildhaber, Costa, Cabral Barreto* und *Vajic*, Rn. 1-3; *EGMR, Fogarty v United Kingdom* (2001), Rn. 16, dazu *Maierhöfer*, EuGRZ 2002, S. 391 f.; *Bankas* (Fn. 60), S. 268; *Fox*, *The Law of State Immunity*, 2004, S. 537 f.

⁷¹ Nachweise bei *Müller/Wildhaber*, *Praxis des Völkerrechts*³, 2001, S. 103 f.

⁷² Vgl. Art 53 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (BGBl. 1985 II, 927); gegen eine Hierarchie *Dörr*, AVR 41, 201, 215, *Fox* (Fn. 70), S. 523f.; *Maierhöfer*, EuGRZ 2002, S. 296: „*ius cogens* besitzt wegen seiner Unabdingbarkeit [...] eine verfestigte Geltungskraft, nicht aber zwingend einen höheren Rang“.

⁷³ Ablehnend *Zimmermann*, MJIL 16, 433, 438.

⁷⁴ *Bartsch/Elberling*, *German Law Journal* 4 (2003), Rn. 18/19. Dagegen *Böhmer* (Fn. 63), S. 195; Zweifelnd auch *Kämmerer*, AVR 37, 308; *Appelbaum* (Fn. 53), S. 270.

⁷⁵ *Bartsch/Elberling* (Fn. 74), Rn. 20 f.; *Bianchi*, EJIL 10 (1999), 237, 260 f., 270 f.

⁷⁶ *Randelzhofer/Tomuschat*, *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, 1999, S. 234. *Lauterpacht*, 63 *Law Quarterly Review* 1947, 455 f.; *Kelsen*, *The Law of the United Nations*, 1951, S. 455.

⁷⁷ Individualbeschwerdemöglichkeit in der UN-Folterkonvention, Art. 22.

⁷⁸ Generell dafür wohl *Ambos*, JZ 1999, 16, 22.

⁷⁹ Eingehend *Cremer*, AVR 41, 137, 143 f.; *Appelbaum*, (Fn. 53), S. 212; *EGMR, Al-Adsani v. UK* (2001), Rn. 61.

⁸⁰ *Prefecture of Voiotia v Federal Republic of Germany* (Fn. 59), dazu *Gavouneli/Bantekas*, AJIL 95, 198 f. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die gegensätzliche Ansicht des vom Areopag in einem gleichgelagerten Fall angerufenen Obersten Griechischen Sondergericht sowie vom BGH (NJW 2003, 3488).

⁸¹ Zum ILC-Staatenimmunitätsentwurf *Tomuschat*, in: Böckstiegel (Hrsg.) *FS Seidl-Hohenveldern*, 1988, S. 603 f.; *Heß*, EJIL 4 (1993), 269, 274.

⁸² Vgl. *Dörr*, AVR 41, 201, 209; ablehnend *EGMR, McElhinney* (2001); *Voyiakis*, ICLQ 52 (2003), 297, 314 f.; *Hobe*, IPrax 2001, 368, 371; *House of Lords, Holland v. Lampen-Wolfe*, (2000) 3 All ER 808, S. 837-840.

⁸³ *Dörr*, AVR 41, 201, 209 m.w.N.

⁸⁴ Das Übereinkommen ist bereits wegen der fehlenden italienischen Ratifizierung nicht unmittelbar anwendbar.

⁸⁵ Art. 4 der UN-Staatenimmunitätskonvention.

⁸⁶ Vgl. *Kämmerer*, AVR 37, 309.

schränken. Gerade bei Menschenrechtsverstößen ist das Gerechtigkeitsempfinden besonders verletzt, wenn die Immunität einen Staat vor den Konsequenzen seiner Handlungen schützt. Möglich erscheinen in gewissen Fällen Einschränkungen der Immunität bei extraterritorialen Delikten, bei Pflichtenkollision und im Rahmen von Repressalienmaßnahmen. Im konkreten Fall der ehemaligen italienischen Zwangsarbeiter greift eine solche Ausnahme jedoch nicht, so dass die Staatenimmunität Deutschlands unbeschränkt gilt.

E. Alternativ: Anwendung der vom italienischen Kassationshof postulierten Ausnahme

Selbst wenn man dem italienischen Kassationsgerichtshof in seiner Ansicht folgte, dass Verstöße gegen *ius cogens* und Verbrechen gegen die Menschlichkeit eine Beschränkung der Staatenimmunität zur Folge haben, stellte sich doch die Frage, ob hieraus im konkreten Fall eine Einschränkung der Staatenimmunität resultiert.

Zuerst ist festzustellen, welches die zeitliche Anknüpfung für den Maßstab des Völkerrechtes ist. Der Maßstab für das Entstehen des Anspruches war – der Doktrin des intertemporalen Völkerrechtes⁸⁷ zufolge – das zur Zeit des Zweiten Weltkriegs geltende Völkerrecht. Wäre auch die Durchsetzung der Forderung auf Grundlage des damaligen Völkerrechtes zu beurteilen, so würde man die Staatenimmunität für uneingeschränkt einschlägig halten müssen, da damals zumindest in Deutschland die absolute Staatenimmunität galt.⁸⁸ Indes ist meines Erachtens für die Durchsetzung eventueller Forderungen der Anknüpfungspunkt des zu analysierenden Völkerrechtes nicht der Zeitpunkt der Anspruchsentstehung, sondern der Zeitpunkt seiner gerichtlichen Geltendmachung.⁸⁹ Rechtserheblich kann denklogisch nur sein, ob das prozessuale Schild der Staatenimmunität zum Zeitpunkt seines Erhebens zur Abwehr noch so intakt ist, dass es die Einleitung eines Verfahrens von vornherein abzuwehren vermag. Die Immunität betrifft die prozessuale Durchsetzbarkeit eines Anspruches⁹⁰ und ist als solches vom Entstehen des materiellen Anspruches losgelöst zu betrachten. Somit ist der Bestand der Staatenimmunität in der heutigen Zeit maßgeblich für die Beurteilung des vorliegenden Falles.

Zwei Verletzungen der Staatenimmunität kommen im vorliegenden Fall in Betracht. Zum einen könnte das Urteil des Kassationshofs die Immunität im Erkenntnisverfahren, zum anderen die Vollstreckungsimmunität verletzen

I. Staatenimmunität als Hindernis im Erkenntnisverfahren

Die Handlungen Deutschlands gegenüber den IMI, namentlich die Deportation, der Zwangsarbeitseinsatz und die Statusveränderung, waren der Staatenimmunität unterliegende hoheitliche Maßnahmen.⁹¹ Dies ändert sich auch nicht dadurch, dass sie zumindest teilweise gegen geltendes humanitäres Völkerrecht verstießen.⁹² Teilweise wird dies mit Hinweis darauf bestritten, dass ein völkerrechtswidriges Handeln nicht zu den Aufgaben von Staatsorganen gehört und somit bereits kein hoheitliches Handeln sei.⁹³ Grundsätzlich gegen eine solche Erkenntnis spricht jedoch der „rein deskriptive Charakter des Amtlichkeitserfordernisses“⁹⁴. So ist die Folter als Schulbeispiel einer *ius-cogens*-Verletzung sogar als amtliche Handlung definiert.⁹⁵ Somit unterfallen die Handlungen als hoheitliche Handlungen grundsätzlich der Staatenimmuni-

tät. Auf diese hat Deutschland im konkreten Fall auch nicht verzichtet.

1. Die Völkerrechtsverstöße gegen die IMI

Selbst wenn man die Existenz des vom Kassationshof postulierten Ausnahmesatzes bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit und *ius-cogens*-Verstößen unterstellte, müsste feststehen, dass die Handlungen der Nationalsozialisten gegen die IMI gegen *ius cogens* verstießen bzw. Verbrechen gegen die Menschlichkeit waren. Dafür müssten die Deportation, die Umbenennung bzw. der Zwangsarbeitseinsatz in der Kriegswirtschaft schon zum Zweiten Weltkrieg von der Staatengemeinschaft als Verstöße der gravierendsten Art angesehen worden sein. Dies setzt wiederum voraus, dass die entsprechenden Verbotsnormen von Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung gedeckt und als nicht derogierbar anerkannt gewesen sind.⁹⁶ Die Idee der allgemeinverbindlichen, nicht derogierbaren Normen kam allerdings erst nach dem Zweiten Weltkrieg verstärkt in den Blick der Völkerrechtswissenschaft.⁹⁷

Selbst wenn einige Normen zum Zweiten Weltkrieg schon *ius-cogens*-Charakter gehabt hätten, würden die beschriebenen Handlungen gerade nicht dazu gehören.⁹⁸ Die Zwangsarbeit fand zu dieser Zeit grundsätzlich völkerrechtliche Billigung.⁹⁹ Deportationen waren nur verboten, wenn sie gegen die Zivilbevölkerung gerichtet waren¹⁰⁰ und die Umbenennung von Kriegsgefangenen wurde von Alliierten und Achsenmächten durchgeführt.¹⁰¹ Diesbezüglich geht der Kassationshof im IMI-Urteil somit von falschen Voraussetzungen aus, wenn er urteilt, dass die Deportationen unzweifelhaft Verbrechen gegen die Menschlichkeit seien und dies durch Art. 6 lit. b) der Londoner Charta¹⁰² belegt sieht, der gerade nur die Deportation von Zivilbevölkerung verbietet.

⁸⁷ Vgl. oben, Fn. 24, 25.

⁸⁸ Tomuschat, *Gerechtigkeit oder Populismus*, 2004, S. 5 (<http://www.rewi.hu-berlin.de/jura/ex/tms/sp/potsdam.pdf> letzter Zugriff 26.9.2009).

⁸⁹ Dafür *Princz v. Federal Republic of Germany* (Fn. 59); offen gelassen in der *Sampson*-Entscheidung (Fn. 59). Gegen diese Ansicht US District Ct., *Hwang Geum Joo et al. v. Japan*, 2001 172 F Supp. 2d 52.

⁹⁰ Genauer: das Vorliegen deutscher Gerichtsbarkeit, BAG, NZA 2001, 683-687; v. Schönfeld, NJW 1986, 2980.

⁹¹ Vgl. Appelbaum (Fn. 53), S. 88 und 94.

⁹² So z.B. die faktische Statusaberkennung und der Arbeitseinsatz in der Kriegswirtschaft.

⁹³ *Orakhelashvili*, GYIL 45, 227, 236; Lord Nicholls/Lord Steyn in *Pinochet*, ILR 119, 50; *Belsky, u.a.*, CLR 77, 365, 377 für *ius-cogens*-Verstöße. Darstellung ferner bei Scheffler, Die Bewältigung hoheitlich begangenen Unrechts durch fremde Zivilgerichte, 1997, S. 86 f.

⁹⁴ Dörr, AVR 41, 201, 214.

⁹⁵ Als notwendigerweise hoheitlich gelten auch Kriegsverbrechen, vgl. US Supreme Ct. *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349 (1993), S. 361-363; IGH, *Arrest Warrant* (2002), Rn. 70, vgl. auch abweichendes Votum, *Van den Wyngaert*, Rn. 36.

⁹⁶ Zu den Voraussetzungen des *ius-cogens*-Status, *Hannikainen*, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, 1988, S. 3 f.; IGH, *Barcelona Traction* (1970).

⁹⁷ Zimmermann, MJIL 16, 433, 437; a.A. wohl Bankas, (Fn. 60), S. 289.

⁹⁸ *Hannikainen* (Fn. 96). S. 97 f., 139 f.; ebenso v. Unger, Die Zwangsarbeiterentschädigung aus völkerrechtlicher Sicht, 2001, Rn. 6 (<http://s6.rewi.hu-berlin.de/online/fhi/seminar/0108unger.htm> letzter Zugriff 26.9.2009).

⁹⁹ Vgl. BT-Drucksache 14/3206, 13.4.2000, S. 16. Sogar heute ist dies, wenn auch stark eingeschränkt, noch möglich, vgl. Art. 49, 50 Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen (1949) (BGBl.1954 II S. 838).

¹⁰⁰ *Hannikainen* (Fn. 96), S. 97 f., 139 f.; deswegen ist *Ferrini v. Federal Republic of Germany* (Fn. 63) grundlegend anders gelagert.

¹⁰¹ *Krumbiegel*, Gutachten über Fragen des Kriegsvölkerrechtes, 1956, S. 13.

¹⁰² Londoner Charta vom 8. August 1945, 39 AJIL, 257.

Die Handlungen, die der italienische Kassationshof beurteilte, waren zur Zeit des Zweiten Weltkrieges somit weder Verbrechen gegen die Menschlichkeit noch Verstöße gegen *ius cogens*.

Die Zeit des Zweiten Weltkrieges ist auch der erhebliche Zeitpunkt für diese Feststellung. Zwar ist für die Bestimmung, ob eine Ausnahme von der Staatenimmunität in diesem Fall vorliegt, deren Status zum heutigen Zeitpunkt maßgeblich.¹⁰³ Erkennt man jedoch eine Ausnahme von der Immunität bei Verstößen gegen *ius cogens* an, so muss man verlangen, dass die Norm, gegen die verstoßen wurde, auch zum Zeitpunkt des Verstoßes schon *ius cogens* war. Heute würden die Deportationen und der Zwangsarbeitseinsatz teilweise Verbrechen gegen die Menschlichkeit bzw. Kriegsverbrechen darstellen,¹⁰⁴ allerdings wirken weder neu entstandene *ius-cogens*-Normen noch Verbrechenstatbeständen zurück.¹⁰⁵ Eine Ausnahme von der Staatenimmunität bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit bzw. Verstößen gegen *ius cogens* – selbst wenn man sie anerkennen würde – kann somit vorliegend nicht eingreifen.

2. Ergebnis

Da die Handlungen Deutschlands gegenüber den IMI hoheitliche Handlungen waren, die in zivilgerichtlichen Verfahren gegen Staaten grundsätzlich der Staatenimmunität unterliegen und keinerlei Ausnahmen einschlägig sind, verletzte die Einleitung des Erkenntnisverfahrens durch das italienische Kassationsgericht die Staatenimmunität Deutschlands.

II. Besonderheiten im Vollstreckungsverfahren

Die Vollstreckung eines Urteils ist eine noch schwerwiegendere Beeinträchtigung staatlicher Souveränität als die Durchführung eines Erkenntnisverfahrens.¹⁰⁶ Somit sind die Gerichte in einem Vollstreckungsverfahren zusätzlichen Beschränkungen unterworfen. Grundsätzlich kann der Forumstaat nur in auf seinem Territorium befindliches Vermögen des fremden Staates und nur in solches Vermögen vollstrecken, das nicht-hoheitlichen Zwecken dient.¹⁰⁷ Die Vollstreckung in Botschaftsvermögen ist dabei *per se* unter Berücksichtigung der völkerrechtlichen Grundsätze im Zusammenhang mit Botschaften unzulässig.¹⁰⁸

Italien hat diesbezüglich schon früh ein weites Verständnis von vollstreckbaren Vermögenspositionen zum Ausdruck gebracht, nach dem nur solcherlei Eigentum nicht der Vollstreckung unterworfen sei, welches für das Funktionieren der öffentlichen Verwaltung *unerlässlich* sei.¹⁰⁹ Folgerichtig wurde die Villa Vigoni¹¹⁰ belastet, um die Vollstreckung eines Urteils des Kassationshofes gegen Deutschland zu sichern. Die Bundesrepublik Deutschland macht diesbezüglich einen eigenständigen Verstoß gegen die Staatenimmunität geltend, da die Villa für hoheitliche Zwecke genutzt werde.¹¹¹ Eine Unerlässlichkeit der Nutzung für die Verwaltung liegt wohl aber nicht vor. Es ist somit zu erwarten, dass der IGH auch zum Umfang der Vollstreckungsimmunität Stellung nehmen wird.¹¹²

F. Zusammenfassung und Bewertung des Ergebnisses

Das Ergebnis lässt sich wie folgt zusammenfassen:

1. Die in Frage stehenden Handlungen Deutschlands unterfallen als hoheitliches Handeln der Staatenimmunität.
2. Die vom italienischen Kassationshof im IMI-Urteil vertretene Ausnahme von der Staatenimmunität bei Verbrechen

gegen die Menschlichkeit bzw. *ius-cogens*-Verletzungen ist gewohnheitsrechtlich nicht anerkannt.

3. Selbst wenn eine solche Einschränkung der Staatenimmunität bestünde, wäre diese nicht einschlägig. Die Deportationen waren völkerrechtskonform, während die Verpflichtung der Kriegsgefangenen zur Zwangsarbeit in der Kriegswirtschaft im Zweiten Weltkrieg zwar völkerrechtswidrig, nicht jedoch als Verbrechen gegen die Menschlichkeit anerkannt war.

4. Auch andere Ausnahmen von der Staatenimmunität sind nicht einschlägig.

Es bleibt ein Gefühl der Ungerechtigkeit, das auch den italienischen Kassationshof leitete, als er urteilte, „dass es im übrigen gelinde gesagt ‚unangemessen‘ wäre, Staaten im Falle der viel schwereren Rechtsverletzung eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit, die die hinnehmbare Ausübung von Souveränität klar überschreitet, von der Zivilgerichtsbarkeit zu befreien, während das Völkerrecht erlaubt, im Falle einer ihm zurechenbaren Verletzung rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen Gerichtsbarkeit über einen fremden Staat auszuüben.“¹¹³

Jedoch sind schwerere Rechtsverletzungen gerade von der Staatenimmunität umfasst, weil sie zu deutlich schwereren zwischenstaatlichen Zerwürfnissen führen können, vor denen die Staatenimmunität gerade schützen soll. Der Schluss *a minore ad maius* des italienischen Kassationshofes ist somit schon im Hinblick auf die Funktion der Staatenimmunität unzulässig. Für zwischenstaatliche Kommunikation in Bezug auf schwere Vorwürfe sind diplomatische und politische Wege geeigneter als der Rechtsweg.¹¹⁴

Unklar bleibt auch, ob die Berufung auf die Staatenimmunität wirklich zu unangemessenen Ergebnissen führt, wie es das italienische Gericht ausführte. Eine Aushöhlung der Staatenimmunität in den Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen bzw. Verletzungen von *ius cogens* führt zu dem auf den ersten Blick erwünschten Ergebnis, dass nationale Gerichte gegen Verletzerstaaten vorgehen können.¹¹⁵ Auf den zweiten Blick jedoch wird die Überzeugungskraft der Menschenrechte auf eine harte Probe gestellt, denn ihre Akzeptanz würde zwischenstaatlichen Konflikten unterstellt. Die Rechte des

¹⁰³ Vgl. oben E, S. 65.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 7 k) und Art. 8 II, a, lit. v), vi) und b lit. xv) des Rom-Statuts des IStGH (1998), 37 ILM 999.

¹⁰⁵ Dies würde zumindest das Gebot der Rechtssicherheit konterkarieren, auch wenn das Rückwirkungsverbot hauptsächlich Vertrauensschutz des Einzelnen bezweckt (BVerfGE 18, 429, (439)) und somit nicht unmittelbar für Staaten Anwendung findet.

¹⁰⁶ Boguslavskij, Immunität Gosudarstva / Staatliche Immunität, 1965, S. 28.

¹⁰⁷ Herdegen, Völkerrecht⁷, 2008, S. 260; Dörr, AVR 41, 201, 205; US District Ct., *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, 76 F.Supp.2d 16; *Verdross/Simma* (Fn. 38), S. 771; BVerfGE 46 342 (388); 64, 1 (40). Vgl. UN-Staatenimmunitätskonvention, Art. 21.

¹⁰⁸ BVerfGE 64, 1, 22f.; *Crawford*, AJIL 75, S. 861.

¹⁰⁹ Vgl. *Damian* (Fn. 31), S. 116, 161 f. m.w.N.

¹¹⁰ Ein Deutsch-Italienisches Zentrum am Comer See, <http://www.villavigoni.it> (letzter Aufruf am 26.9.2009).

¹¹¹ Pressemitteilung, IGH No. 2008/44 vom 23.12.2008.

¹¹² Insbesondere umfasst dies dann auch eine Beschäftigung mit Art. 21 UN-Staatenimmunitätskonvention.

¹¹³ Auszugsweise Übersetzung des Urteils bei *BeckRS 2008, 36841*.

¹¹⁴ Vgl. *Appelbaum* (Fn. 53), S. 292.

¹¹⁵ Angesichts der beschränkten Vollstreckungsmöglichkeiten ist allerdings fraglich, inwiefern Prozesse gegen Staaten Opfern mehr helfen als politische Lösungen, vgl. *Appelbaum* (Fn. 53), S. 290.

Einzelnen würden zu einer politischen Waffe. Vor der politischen Instrumentalisierung stünde dann nur noch die Unabhängigkeit der nationalen Richter und damit ein teilweise sehr unzuverlässiger Schutz.¹¹⁶ Klagen könnten nach politischem Opportunismus entweder ermöglicht oder verwehrt werden, je nachdem, ob der zu verklagende Staat einflussreich ist oder in guten Beziehungen zum Forumsstaat steht. Ferner würde die Gleichheit der Staaten unterlaufen, wenn ein Staat sich über einen anderen zum Richter aufschwingt.

Der Vorwurf der Unangemessenheit kann im Hinblick auf die Gefährdung der Glaubwürdigkeit des Völkerrechts folglich nicht bestehen. Die überragende Wichtigkeit der vom *ius cogens* erfassten Rechte macht gerade die Vermeidung politischer Instrumentalisierung durch nationale, ihrem Staat typischerweise besonders verbundene Gerichte notwendig.¹¹⁷

Letztlich entspringen die Bestrebungen zur Erosion der Staatenimmunität der nur beschränkten Durchsetzbarkeit des Völkerrechts und der daraus resultierenden Abweichung des normativen Sollens vom Faktischen. Eine endgültige, die friedliche Koexistenz der Staaten garantierende Lösung bietet jedoch nur die – in naher Zukunft unwahrscheinliche – Schaffung internationaler Beurteilungsinstanzen.¹¹⁸

Es bleibt zu hoffen, dass der zweifellos bestehenden moralischen Verantwortung Deutschlands gegenüber den IMI durch schnellstmögliche und effektive politische Verhandlungen Genüge getan werden kann. ■

¹¹⁶ Maierhöfer, EuGRZ 2002, S. 397; dahingehend auch Randelzhofer/Tomuschat (Fn. 76), S. 15; Appelbaum, (Fn. 53), S. 291.

¹¹⁷ Dies gilt im besonderen Maße auch bei Handlungen, die als Verbrechen gegen die Menschlichkeit bzw. Kriegsverbrechen qualifiziert werden können.

¹¹⁸ So auch Appelbaum (Fn. 53), S. 293.

Fabian Walla, LL.B., Hamburg*

Die Unternehmensverfassung einer monistisch verfassten *Societas Europaea* deutschen Rechts

– Rechtspolitische Vorschläge im Lichte der Corporate Governance-Debatte –

A. Einleitung

Im Jahre 2001 hielt die *Societas Europaea* (SE) durch den Erlass der SE-Verordnung (SE-VO)¹ in das deutsche Gesellschaftsrecht Einzug. Durch sie ist es nunmehr möglich, in Deutschland eine Aktiengesellschaft monistisch zu strukturieren. Damit eröffnet die Verordnung eine Gestaltungsoption, von der sich das deutsche Aktienrecht bereits im Jahre 1870 abzuwenden begann und die es im Folgenden zugunsten eines dualistischen Systems komplett aufgab. Mangels empirischer Erfahrungen mit eingliedrigen Führungsstrukturen in Deutschland soll im Rahmen dieses Beitrags mit Hilfe rechtsökonomischer, rechtstatsächlicher und rechtsvergleichender Erkenntnisse eine Analyse monistischer Leitungsstrukturen erfolgen, um hieraus rechtspolitische Vorschläge für eine monistische SE deutscher Provenienz *de lege ferenda* abzuleiten.

B. Die Unternehmensverfassung der monistischen SE *de lege lata*

I. Organgefüge

Das Organgefüge der monistischen SE besteht zunächst wie bei der dualistischen Variante aus der Hauptversammlung als Vertretung der Anteilseigner. Diese wird gemäß Art. 43 I SE-VO um ein Verwaltungsorgan ergänzt. Der deutsche Gesetzgeber hat jenes Verwaltungsorgan in § 20 SEAG „Verwaltungsrat“ genannt. Nach § 34 I SEAG ist dieser ein Kollegialorgan, an dessen Spitze ein Vorsitzender steht. Nach § 23 SEAG besteht der Verwaltungsrat aus mindestens drei Mitgliedern, wobei hiervon bei einem Grundkapital von weniger als drei Millionen Euro durch Satzung nach unten abgewichen werden kann. Darüber hinaus legt der deutsche Gesetzgeber in § 40 I SEAG fest, dass geschäftsführende Direktoren durch den Verwaltungsrat zu bestellen sind.² Geschäftsführende Direktoren können sowohl Mitglieder des Verwaltungsrats als auch externe Personen sein. Innerhalb des Ver-

waltungsrats muss daher ggf. zwischen geschäftsführenden und nicht-geschäftsführenden Mitgliedern unterschieden werden. Das SEAG schränkt in § 40 I 2 die Anzahl der möglichen geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder ein, indem es vorschreibt, dass die Mehrheit des Verwaltungsrats stets aus nicht-geschäftsführenden Mitgliedern bestehen muss. Das Niveau der unternehmerischen Mitbestimmung richtet sich bei der monistischen SE nach den gleichen Vorschriften wie bei der deutschen AG.³ Da die Mitbestimmung jedoch im Verwaltungsrat als Leitungsorgan der Gesellschaft stattfindet, wird diese Übertragung gemeinhin als qualitative Ausweitung der Mitbestimmung begriffen.⁴

II. Rechtstatsächliche Verbreitung der monistischen SE

Vor allem aufgrund der Schwierigkeiten der Umsetzung der deutschen Mitbestimmung wurde der monistischen SE überwiegend eine Zukunft als „totes Recht“ vorausgesagt.⁵ Aus Sicht der anwaltlichen Praxis wurde jedoch früh darauf hingewiesen, dass die monistische SE durchaus praktische Bedeutung erlangen könnte, und zwar sowohl als kapitalistisch

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (IUKR) der Bucerius Law School (geschäftsführender Direktor: Prof. Dr. Rüdiger Veil) tätig. Eine erweiterte Version dieses Beitrags wurde 2008 mit dem Studentenpreis der Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) ausgezeichnet.

¹ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 08.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG Nr. L 294, S. 1.

² Zur Kompetenzabgrenzung zwischen geschäftsführenden Direktoren und Verwaltungsrat, s. Walla, ZIS 2008, 566, 568 f.

³ Anwendbar sind somit das DrittelbG, MitbestG und MontanMitbestG.

⁴ Jacobs, in: MünchKommAktG, § 36 SEGB Rn. 18; Kämmerer/Veil, ZIP 2005, 369, 370; zur Möglichkeit, durch die SE eine unternehmerische Mitbestimmung zu vermeiden, siehe Walla, ZIS 2008, 566, 572.

⁵ Reichert/Brandes, ZGR 2003, 767, 790; ebenso zweifelnd Blanquet, ZGR 2002, 20, 49; Heinze, ZGR 2002, 67, 97; Lutter, BB 2002, 1, 4; Schiessl, ZHR 167 (2003), 235, 250.

als auch als personalistisch geprägte Rechtsform.⁶ Unter rechtstatsächlichen Gesichtspunkten lässt sich diese Vorhersage bestätigen. So existierten Anfang 2008 in Deutschland acht monistische SEs, die ein operatives Geschäft betrieben.⁷ Diese setzen sich zusammen aus einer börsennotierten Gesellschaft⁸ sowie sieben nicht-börsennotierten Gesellschaften. Der Rechtsform der monistischen SE kann mithin durchaus eine Ankunft in der Rechtswirklichkeit bescheinigt werden.⁹

C. Monistische Systeme aus Sicht der Corporate Governance-Debatte

Mangels empirischer Erfahrungen mit eingliedrigem Leitungssystemen in Deutschland sollen nunmehr monistische Führungssysteme aus rechtsökonomischer und rechtsvergleichender Perspektive analysiert werden. Diese Erkenntnisse bilden das Fundament für die anschließenden rechtspolitischen Vorschläge.

I. Rechtsökonomische Perspektive

Die Grundfrage nach der Vorzugswürdigkeit des monistischen oder des dualistischen Systems wird in der Rechtsökonomie seit langem diskutiert. Mittlerweile scheint sich die Ansicht durchgesetzt zu haben, dass keines der Systeme dem anderen *per se* überlegen ist.¹⁰ Jedoch können aus Sicht der Rechtsökonomie durchaus verallgemeinerungsfähige Aussagen über Vorzüge und Defizite monistischer und dualistischer Strukturen getroffen werden: So ist bei typisierender Betrachtung als Vorteil eines monistischen Leistungsmodells ein besserer Informationsfluss zwischen den die unternehmerischen Entscheidungen treffenden Akteuren und den diese Entscheidungen kontrollierenden Akteuren anzunehmen. Ferner erlaubt ein monistisches Verwaltungssystem eine flexible Ressourcenallokation zwischen den Ebenen der Entscheidungsfindung und Entscheidungskontrolle. Auf der anderen Seite bergen monistische Führungsstrukturen nach verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen die erhöhte Gefahr, dass die Entscheidungskontrolle tatsächlich nicht ausreichend ausgeübt wird.¹¹

II. Rechtsvergleichende Perspektive

1. Die Corporate Governance-Debatte in den USA

Gegen Ende des letzten Jahrhunderts kam es in den USA zu umfangreichen Reformbemühungen bezüglich der internen Corporate Governance am Kapitalmarkt notierter Gesellschaften. Die Reformdiskussion erreichte ihren Höhepunkt, nachdem diverse Unternehmenskrisen und -skandale auf eine zu schwache Kontrolle des Managements zurückgeführt wurden.¹² Aus einer Vielzahl an Ansätzen zur Stärkung der Unternehmenskontrolle im Rahmen dieser Reformbestrebungen lassen sich vier Hauptansatzpunkte hervorheben:¹³

- Erhöhung der Anzahl und der Unabhängigkeit der *non-executive directors*, d.h. der nicht an der Unternehmensführung beteiligten Mitglieder des Verwaltungsgremiums;
- Trennung der Ämter des *CEO* (*chief executive officer*) als Organ, dem die Verantwortung über die Unternehmensführung zusteht, und des *chairman of the board* als Vorsitzender des Leitungs- und Kontrollorgans *board of directors*;
- Einführung eines *lead directors* als Spitze der *non-executive directors*;
- Verstärkte Segmentierung des Leitungsorgans durch Aufstellung von *committees* als Untergremien, insb. eines

audit committees, welches funktionsäquivalent zum Prüfungsausschuss deutscher Prägung ist.

2. Empirische Erfahrungen mit diesen Reformmaßnahmen

Um den Erfolg dieser Maßnahmen beurteilen zu können, bietet es sich an, empirische Erkenntnisse aus der US-Rechtspraxis fruchtbar zu machen.

a) Einzug der Reformen in die Unternehmenswirklichkeit

So zeigte sich in der Unternehmenswirklichkeit, dass die Anzahl der *independent directors* im *board* deutlich anstieg. Die Statistiken berichten von einer Steigerung bis zum Ende der 1990er Jahre auf 80 %, ¹⁴ teilweise sogar auf 87 %. ¹⁵ Dies stellt im Vergleich zu einem Anteil von höchstens 50 % in den 1970er Jahren ¹⁶ eine deutliche Veränderung dar. Neueste Studien belegen zudem, dass dieses Niveau bis dato konstant geblieben ist. ¹⁷ Die Daten bezüglich einer Aufhebung der Personalunion von *CEO* und *chairman of the board* sind hingegen uneindeutig: Nach einer Studie ist eine solche Trennung um die Jahrtausendwende in weniger als 10 % der Unternehmen erfolgt, ¹⁸ während andere Erhebungen von 20 % oder gar 38 % Umsetzungsquote berichten. ¹⁹ Bei Unternehmen, welche die Trennung der Ämter des *CEO* und *chairman of the board* ablehnten, wurde allerdings festgestellt, dass zu 36 % ein *lead director* eingesetzt wurde. ²⁰ Somit zeigt der Blick in die Empirie, dass die geforderten Reformen weitgehend in der Unternehmenswirklichkeit angenommen und somit von Seiten der Unternehmen wohl für gut befunden worden sind.

b) Einfluss der Reformen auf den Unternehmenserfolg

Gänzlich uneinheitlich ist dagegen die Datenlage, wenn es darum geht, Verbindungen zwischen den Reformen und dem Unternehmenserfolg herzustellen. So wurde etwa ermittelt, dass sich der Unternehmenswert in einer Übernahmesituation

⁶ *Seibt/Saame*, AnwBl 2005, 225, 228; *Seibt*, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, 2005, S. 67, 92.

⁷ So die Untersuchung von *Schwimbersky/Kelemen*, abrufbar unter <http://ecdb.worker-participation.eu/index.php> (Abruf vom 01.09.2009).

⁸ Dies ist das Softwareunternehmen Mensch und Maschine SE.

⁹ So auch *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, AG 2008, 721, 728 („viele deutsche SEs haben sich für das monistische System entschieden“), dies bezweifelnd jedoch *Kiem*, ZHR 173 (2009), 156, 159; *Bachmann*, ZGR 2008, 779, 782.

¹⁰ *Berrar*, Entwicklung der Corporate Governance, 2001, S. 49 ff.; *Roe*, 102 Yale L. J. (1992-93), 1927, 1997; *Romano*, 102 Yale L. J. (1992-93), 2031, 2036; mittels empirischer Analysen *Jungmann*, ECFR 2006, 426, 441 ff.

¹¹ Zur rechtsökonomischen Analyse monistischer Leitungsstrukturen, vgl. *Walla*, ZJS 2008, 566, 573 f.

¹² Zu nennen sind hier insb. die spektakulären Fälle *WorldCom* und *Enron* aus dem Jahre 2001.

¹³ Zu weiteren Reformansätzen und zu Detailfragen der genannten Maßnahmen, s. *Walla*, ZJS 2008, 566, 574 ff.

¹⁴ *Berrar*, Die Entwicklung der Corporate Governance in Deutschland im internationalen Vergleich, 2001, S. 125.

¹⁵ *Maassen*, An International Comparison of Corporate Governance Models, 1999, S. 99.

¹⁶ *Bleicher/Paul*, DBW 46 (1986), 263, 267.

¹⁷ *Korn/Ferry International LLP*, 32nd Annual Board of Directors Study 2007, S. 35 f.

¹⁸ *Korn/Ferry International LLP*, 24nd Annual Board of Directors Study 1997, zitiert nach *Maassen* (Fn. 15), S. 100.

¹⁹ *NACD/Deloitte and Touche LLP*, zitiert nach *Maassen* (Fn. 15), S. 101.

²⁰ *Korn/Ferry International LLP*, 24nd Annual Board of Directors Study 1997, zitiert nach *Maassen* (Fn. 15), S. 102.

überproportional stark bei einer hohen Anzahl von *independent directors* erhöht.²¹ Ferner zeigen empirische Studien, dass bei einem hohen Anteil von *independent directors* die Fluktuationsrate der Geschäftsführung in Gesellschaften mit schlechten Geschäftsergebnissen besonders hoch ist,²² woraus der Schluss einer effizienten Kontrollleistung von *independent directors* gezogen werden kann. Andere Studien bezweifeln jedoch diese positiven Auswirkungen gänzlich.²³ Ferner wurde empirisch ermittelt, dass mit einem Absinken des Anteils an *executive directors* auch die Effizienz der Entscheidungen des *board* abnimmt.²⁴ Ein ähnlich uneinheitliches Bild ergibt sich bei den Auswirkungen einer Trennung von *CEO* und *chairman*. Während teilweise jeglicher Zusammenhang zwischen dem Unternehmenserfolg und dem Bestehen einer solchen Personalunion verneint wird,²⁵ gehen andere Studien davon aus, dass je nach Realstruktur des Unternehmens sowohl positive als auch negative Effekte feststellbar seien.²⁶ Im Ergebnis lässt sich daher keine Aussage zu den Auswirkungen der Reformen auf den Unternehmenserfolg treffen. Jedoch kann nach diesem Blick in die Empirie zumindest die Akzeptanz der Reformen in der Unternehmenspraxis festgehalten werden.

D. Die monistische SE deutscher Provenienz *de lege ferenda*

Diese Erkenntnisse aus Rechtsökonomie und Rechtsvergleichung sollen nunmehr als Quelle der Inspiration für die monistische SE *de lege ferenda* dienen.

I. Reformvorschläge für Publikumsgesellschaften

Es ist zu untersuchen, inwieweit sich die in den USA gefundenen Lösungsansätze zur Verbesserung der *Corporate Governance* auf die monistische SE deutschen Rechts in Form einer börsennotierten Publikumsgesellschaft übertragen lassen.

1. Erhöhung des Anteils der nicht-geschäftsführenden Mitglieder im Verwaltungsrat?

Zunächst soll dabei die Möglichkeit einer Erhöhung des Anteils der *non-executive directors* – bzw. in der Terminologie der SE der nicht-geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder – beleuchtet werden. Das geltende Recht enthält insoweit in § 40 I 2 SEAG die Regelung, dass die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder nicht geschäftsführend tätig sein darf. *Frodermann* schlägt an dieser Stelle eine Ausweitung des Anteils der nicht-geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats auf zwei Drittel vor.²⁷

Dieser Vorschlag geht jedoch zu weit. Zwar zeigen die Daten aus den USA, dass sich dort ein weit höherer Anteil von nicht-geschäftsführenden Direktoren etabliert hat, dennoch scheint eine Ausweitung für die monistische SE mit Sitz in Deutschland nicht sachgerecht. Ein schneller Informationsfluss sowie ein hoher Grad an Flexibilität der Unternehmensleitung sind ureigene Vorteile monistischer Systeme.²⁸ Folge einer Erhöhung der Quote nicht-geschäftsführender Verwaltungsräte wäre, dass entweder die Anzahl der geschäftsführenden Verwaltungsräte verringert werden müsste oder dass die absolute Zahl der Verwaltungsratsmitglieder zu erhöhen wäre. Dies würde jene beiden Vorzüge der Flexibilität und der Informationsversorgung des Verwaltungsrats deutlich beeinträchtigen.²⁹ Zudem besteht in der Arbeitnehmermitbestimmung ein weiteres Element der internen Kontrolle der

geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder. Es erscheint somit nicht angebracht, zum Mittel einer Erhöhung des Anteils der nicht-geschäftsführenden Direktoren zu greifen.

2. Unabhängigkeitserfordernis für externe Verwaltungsratsmitglieder?

Als milderer Mittel erscheint vielmehr eine Betonung und Sicherung der Unabhängigkeit der Verwaltungsratsmitglieder angebracht. So bietet es sich an, für die nicht-geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats Unabhängigkeitskriterien aufzustellen und ein fixes Quorum von Verwaltungsratsmitgliedern, die diese Kriterien erfüllen, anzuordnen, wie dies in den USA etwa durch die *New York Stock Exchange* erfolgt ist.³⁰ Diese Frage nach der Unabhängigkeit von Organmitgliedern ist auch in der deutschen *Corporate Governance*-Debatte in Bezug auf den Aufsichtsrat von herausragender Bedeutung³¹ und hat bereits Niederschlag im deutschen Gesellschaftsrecht gefunden.

a) Derzeitige Rechtslage in Bezug auf den Aufsichtsrat der börsennotierten AG

So existieren – allerdings lückenhafte – Regelungen für Interessenkonflikte im AktG.³² Zudem empfiehlt der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK), bestimmte Interessenkonflikte, insb. aus Verbindungen zu Geschäftspartnern des Unternehmens, öffentlich zu machen (Ziff. 5.5.2/3). Schließlich legt Ziff. 5.4.2 DCGK einen vagen allgemeinen Unabhängigkeitsstandard fest³³ und empfiehlt, dass eine „ausreichende Anzahl“ der Aufsichtsratsmitglieder diesen Maßstab erfüllen sollte. Die genaue Anzahl vermag der Aufsichtsrat im Wege der Selbsteinschätzung festzulegen. Im Übrigen nimmt sich eine Empfehlung der EU-Kommission³⁴ des Problemkreises der Unabhängigkeit von Organmitgliedern sowohl in monistischen als auch in dualistischen Systemen an.³⁵ Diese Empfehlung orientiert sich weitgehend am Maßstab für eine Qualifikation als *independent director* in

²¹ *Byrd/Hickmann*, 32 J. Fin. Econ. (1992), 195, 219.

²² *Weisbach*, 20 J. Fin. Econ. (1988), 431, 433 ff.

²³ *Bhagat/Black*, 54 Bus. Law. (1999), 921, 922 ff.

²⁴ *Langevoort*, 89 Geo. L. J. (2000-01), 797, 810 f.

²⁵ *Baliga/Moyer/Rao*, 17 Strategic Management Journal (1999), 41, 51.

²⁶ *Boyd*, 16 Strategic Management Journal (1998), 301, 307 ff.

²⁷ *Frodermann*, in: Janott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, 2005, Kap. 5 Rn. 172.

²⁸ Siehe dazu unter C.I., siehe ferner *Ruffner*, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaften, 2000, S. 139 f.

²⁹ So gehen etwa *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287, 297 und *Schwalbach*, AG 2004, 186, 187 von einer optimalen Größe des Aufsichtsrates einer dualistischen Gesellschaft von acht bis zwölf Personen aus.

³⁰ § 303A.01 und § 303A.02 NYSE Listed Company Manual.

³¹ *Nagel*, NZG 2007, 166 bezeichnet das Problem etwa als „die vielleicht wichtigste Frage guter Corporate Governance“.

³² § 100 II 1 Nr. 2, 3 AktG sieht ein Verbot der Bestellung zum Aufsichtsrat vor im Falle von gesetzlichen Vertretern von abhängigen Unternehmen sowie von Kapitalgesellschaften, bei denen ein Vorstand der Gesellschaft Mitglied im Aufsichtsrat ist.

³³ Hiernach ist als unabhängig anzusehen, wer „in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zu der Gesellschaft oder deren Vorstand steht, die einen Interessenkonflikt begründet.“

³⁴ Empfehlung zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats (2005/162/EG), ABI. EG Nr. L 52, S. 1, dazu *Spindler*, ZIP 2005, 2033 ff.

³⁵ Teilweise wird vertreten, dass diese Definition zur Auslegung der vagen Formulierung des DCGK heranzuziehen sei, siehe *Hüffer*, ZIP 2006, 637, 639; *Lieder*, NZG 2005, 569, 570; dies ist jedoch aufgrund der Unverbindlichkeit einer Kommissionsempfehlung abzulehnen.

den USA³⁶ und bestimmt im Anhang relativ konkrete Regelbeispiele für eine Bestimmung als „nicht unabhängig“. Von diesen Regelbeispielen werden etwa ehemalige Unternehmensleiter innerhalb von fünf Jahren nach Ausscheiden aus dem Amt, Angestellte der Gesellschaft bzw. verbundener Unternehmen sowie Personen, die andere Zahlungen von der Gesellschaft erhielten, Anteilseigner mit einer Kontrollbeteiligung und Geschäftspartner erfasst. Konkrete Vorschläge für einen Anteil an unabhängigen Organmitgliedern enthält die Empfehlung indes nicht.

b) Umsetzung in der monistischen SE

Diese Versuche, Interessenkonflikte zu vermeiden, erscheinen grundsätzlich auf die monistische SE übertragbar. Auch hier besteht ein Bedürfnis, dass Kontrolle von Personen ausgeübt wird, die nicht durch Fremdinteressen geleitet sind, sondern ihre Überwachungstätigkeit allein am Unternehmenswohl ausrichten.³⁷ Bei Verwaltungsratsmitgliedern besteht sogar ein verschärftes Bedürfnis nach Konfliktfreiheit.³⁸ Dies liegt an der direkten Beteiligung an der Unternehmensleitung in eingliedrigem Systemen.³⁹ Fraglich ist jedoch, wie dieses Postulat umzusetzen ist. Bei der Suche nach Lösungen bedarf es sowohl einer Erfassung von potenziellen Interessenkonflikten als auch eines Mechanismus zur Durchsetzung der Unabhängigkeitsanforderungen.

aa) Konkretisierung der Unabhängigkeitsanforderungen

Erforderlich ist daher zunächst eine treffsichere Erfassung möglicher Interessenkonflikte. Hierbei ist die an die US-Vorschläge angelehnte Empfehlung der EU-Kommission aufgrund ihres relativ hohen Grades an Rechtssicherheit ein geeigneter Ausgangspunkt, um die derzeitige vage Definition der Unabhängigkeit zu konkretisieren und somit ein höheres Maß an Rechtssicherheit zu erreichen. Als Besonderheit ist in diesem Zusammenhang jedoch die Mitbestimmung zu beachten. Arbeitnehmer würden bei unbefangener Betrachtung als Angestellte der Gesellschaft als nicht unabhängig gelten müssen, da sie in einem Dienstverhältnis zur Gesellschaft stehen.⁴⁰ Sowohl der DCGK als auch die Empfehlung der EU-Kommission klammern Arbeitnehmervertreter bei ihrer Definition von „fehlender Unabhängigkeit“ aus.⁴¹ Diese Praxis muss beibehalten werden, da andernfalls das System der Mitbestimmung in Deutschland gesprengt würde.⁴² Dies sollte in einer Regelung *de lege ferenda* zum Ausdruck kommen.

bb) Durchsetzungsmechanismus

Die entscheidende Frage ist nunmehr jedoch, mit welchem Mechanismus dieses Unabhängigkeitserfordernis durchzusetzen ist. Als Lösungsansätze präsentieren sich hierbei zum einen der US-amerikanische Zugriff eines fixen Quorums unabhängiger Verwaltungsratsmitglieder,⁴³ zum zweiten die Variante, nach der das jeweilige Gremium selbstständig über die Zahl von unabhängigen Mitgliedern entscheiden kann, sowie schließlich der Ansatz, Transparenzpflichten für mögliche Interessenkonflikte zu etablieren. Am weitesten geht dabei der Ansatz aus den USA, da dieser in Richtung einer Inhabilität von nicht-unabhängigen Verwaltungsräten deutet. Hierdurch scheint somit die Unabhängigkeit des Verwaltungsrats am ehesten sichergestellt. Jedoch bestehen hiergegen praktische Bedenken. So erscheint es kaum möglich, ein angemessenes Quorum an unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern pauschal zu bestimmen, da in Deutschland schon

aufgrund der Varianz im Mitbestimmungsniveau (Drittelbeteiligung einerseits sowie paritätische Mitbestimmung andererseits) sehr unterschiedliche Zusammensetzungen der Verwaltungsräte möglich sind.⁴⁴ Dies gilt umso mehr, als durch die Möglichkeit der Verhandlung der Mitbestimmung im Rahmen des Verfahrens nach §§ 12 ff. SEBG die Vielfältigkeit der Gestaltungsmöglichkeiten in der SE noch zugenommen hat. Ferner käme das Problem hinzu, dass die Wahlfreiheit zwischen geschäftsführenden und nicht-geschäftsführenden Verwaltungsräten zu berücksichtigen ist, was ebenso zu äußerst unterschiedlichen Zusammensetzungen eines Verwaltungsrats führen kann. Aufgrund dieser Vielfalt an Konstellationen lässt sich in der Theorie kein allgemeingültiges Quorum identifizieren; hierfür bedarf es zunächst verlässlicher empirischer Daten zur monistischen SE deutschen Rechts.

Demgegenüber ist auch eine Selbstbestimmung der Anzahl der erforderlichen unabhängigen Mitglieder durch das Gremium Zweifeln ausgesetzt. Dem Verwaltungsrat ohne jegliche Vorgaben anheim zu stellen, ein Quorum festzulegen, ist halbherzig. Dies würde nur zu einer schwachen (Selbst-)Kontrolle des Verwaltungsrats führen, welche durch Außenstehende kaum nachprüfbar wäre.

Aus diesem Grund sollte stattdessen versucht werden, den vom DCGK eingeschlagenen Weg weiterzugehen. Es erscheint sachgerecht, auf der Grundlage der relativ rechtssicheren Kriterien der Empfehlung der EU-Kommission eine Veröffentlichungspflicht für Interessenkonflikte vorzuschreiben. Die Offenlegung von Interessenkonflikten und die spätere Publizität gegenüber den Anteilseignern dürften ausreichend disziplinierend auf die nicht-geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder wirken,⁴⁵ die einem besonders starken Interessenkonflikt ausgesetzten Verwaltungsräte dürften eine Veröffentlichung jenes Konflikts scheuen. Es stellt einen typischen Kontrollmechanismus des deutschen *Corporate Governance*-Systems dar, dass die *Stakeholder-Gruppen* der Großaktionäre bzw. Geschäftspartner an der Unternehmenskontrolle wesentlich beteiligt werden.⁴⁶ Gerade diese Vertreter haben ein vitales Eigeninteresse am Geschäftsver-

³⁶ Maul/Laufermann, in: Reimer u.a., Europäisches Gesellschafts- und Steuerrecht, 2007, S. 89, 97 f.

³⁷ Meier-Schatz, FS Druey, 2002, S. 479, 488 f.; zur Problematik der Bestimmung des Unternehmenswohls s. Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 2006, § 14 Rn. 13 sowie § 15 Rn. 97.

³⁸ So auch Lieder, NZG 2005, 669, 670.

³⁹ *De lege ferenda* erscheint es daher denkbar, dass die normativen Vorgaben an Interessenkonflikte in Bezug auf monistische und dualistische Gesellschaften auseinander fallen können.

⁴⁰ Krause, WM 2003, 762, 770.

⁴¹ Hüffer, ZIP 2006, 637, 638; Spindler, ZIP 2005, 2033, 2040. Dies entspricht auch der Regelung der US-amerikanischen Aufsichtsbehörde für den Wertpapierhandel *Securities Exchange Commission (SEC)* zum *Sarbanes-Oxley-Act*, s. dazu Habersack, ZIP 2006, 445, 449.

⁴² Zum Streit der Bewertung der unternehmerischen Mitbestimmung unter *Corporate Governance*-Gesichtspunkten s. Kökli, Die Beteiligung der Arbeitnehmer und die Corporate Governance in der Europäischen Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland, 2006, S. 288 ff. Nimmt man die Mitbestimmung als gegeben hin, kann es nur darum gehen, diese sinnvoll in eine Unternehmensverfassung einzufügen.

⁴³ S. dazu zusammenfassend Walla, ZJS 2008, 566, 576.

⁴⁴ S. hierzu Hüffer, ZIP 2006, 637, 640 f.

⁴⁵ So auch in der Tendenz Raiser/Veil (Fn. 37), § 15 Rn. 123.

⁴⁶ Gerum, Das Deutsche Corporate Governance-System – eine empirische Untersuchung, 2007, S. 95; Leuz/Wüstemann, in: Krahen/Schmidt, The Role of Accounting in the German Financial System, 2004, S. 450, 452 f.

lauf der Gesellschaft und somit auch einen Anreiz, ihr Kontrollrecht effektiv zu nutzen. Man denke etwa an den Vertreter der Hausbank. Jeder Schritt in Richtung einer Inhabilität solcher Verwaltungsräte würde sich schwerlich in das deutsche *Corporate Governance*-System einfügen. Im Ergebnis erscheint somit eine Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten der Verwaltungsräte als sachgerechte Lösung, zumindest solange keine gesicherten empirischen Erfahrungen mit der monistischen SE gewonnen wurden.

3. Externer Vorsitzender des Verwaltungsrats?

Als nächstes ist im Hinblick auf die US-amerikanische Praxis der Vorschlag zu untersuchen, die Ämter des Verwaltungsratsvorsitzenden und eines geschäftsführenden Direktors zu trennen. Dieser Vorschlag deckt sich mit der Grundhaltung des deutschen Gesetzgebers zur monistischen SE⁴⁷ und folgt zudem den Entwicklungen im französischen⁴⁸ und britischen Recht⁴⁹. Ferner ist er in Bezug auf die monistische SE im Schrifttum bereits explizit geäußert worden.⁵⁰ Auch in der monistischen SE besteht die Möglichkeit, eine Art „CEO-Modell“ zu verfolgen.⁵¹ Die Erkenntnis, dass eine zu große Machtfülle einer einzigen Person signifikante Missbrauchspotenziale eröffnet, gilt weltweit uneingeschränkt. Eine starke Persönlichkeit als Verwaltungsratsvorsitzender und etwaiger Vorsitzender der Geschäftsleitung könnte etwa durch eine satzungsmäßig eingeräumte Alleingeschäftsführungsbefugnis die laufenden Geschäfte maßgeblich prägen. Ferner besteht die Gefahr, dass diese Person den Verwaltungsrat durch seinen Informationsvorsprung aus dem Tagesgeschäft sowie durch seine Machtfülle beeinflusst und dadurch eine wirksame Kontrolle seines Handelns erschwert. Dies wäre besonders kritisch, da etwa durch die mögliche Erhöhung der Amtszeit der Verwaltungsräte auf sechs Jahre die Kontrollfunktion der Hauptversammlung durch die Satzung weiter geschwächt werden kann.⁵² Um dieses Missbrauchspotenzial zu kanalisieren, sollte daher der Schutzmechanismus der Trennung von Verwaltungsratsvorsitz und Amt eines geschäftsführenden Direktors in die monistische SE deutschen Rechts integriert werden.

4. Aufstellung eines Prüfungsausschusses?

Um diese Maßnahmen zu flankieren, bietet sich aufgrund der rechtsvergleichenden Erkenntnisse ferner die Aufstellung eines *audit committees* an.⁵³ Das Beispiel der USA zeigt exemplarisch, dass persönliche Verantwortung und damit die pflichtgemäße Erfüllung der Kontrollaufgabe v.a. von kleinen Gremien gewährleistet werden, die sich exklusiv einem bestimmten Aufgabenbereich verschreiben. Dieser Zusammenhang scheint in der US-Unternehmenswirklichkeit auf einhellige Zustimmung zu treffen.⁵⁴ Jener Gedanke hat bereits Einzug in die deutsche Rechtsordnung gefunden. Nachdem bereits der DCGK für die AG die Empfehlung aussprach, dass ein dem *audit committee* weitgehend entsprechender Prüfungsausschuss aufzustellen sei (Ziff. 5.3.2 DCGK a.F.), ist ein Prüfungsausschuss für kapitalmarktorientierte Gesellschaften, mithin auch für eine börsennotierte monistische SE, durch das BilMoG⁵⁵ zur gesetzlichen Pflicht geworden (§ 342 HGB n.F.). Dies ist sachgerecht, da gerade in monistischen Führungssystemen der Boden für Missbrauchsansätze bereitet ist. Eine ungenügende Kontrolle des Managements durch eine Solidarisierung von Managern und Kontrolleuren muss insb. im sensiblen Bereich der Bilanzierung und Finanzierung

verhindert werden. Die gesetzgeberische Entwicklung an dieser Stelle ist somit positiv zu bewerten.

5. Einführung eines *lead directors*?

Diese Erhöhung der Kontrolldichte könnte ferner durch eine weitere Maßnahme begleitet werden. So wird in den USA verstärkt ein *lead director* berufen, um die Macht der *executives* sowie vor allem eines möglichen CEO, der zugleich als *chairman of the board* fungiert, zu begrenzen.

a) Bedürfnis nach einem *lead director*

Falls keine Separierung von Verwaltungsratsvorsitz und geschäftsführender Tätigkeit erfolgt, erscheint eine dem *lead director* funktionell entsprechende Position zweckgemäß,⁵⁶ um die Machtfülle des *Chairman/CEO* zu begrenzen. Ein solcher Intermediär würde rechtsökonomisch betrachtet die *principal-agent* Beziehung zwischen Verwaltungsrat und Anteilseignern tendenziell zu einer dreigliedrigen *principal-supervisor-agent* Beziehung umgestalten.⁵⁷ Die Etablierung eines *lead directors* würde mithin einen Gegenpol zur Machtfülle des *Chairman/CEO* bilden können, indem die Kontrollkompetenz bei einer spezialisierten Funktion gebündelt würde.⁵⁸ Dieser Gegenpol würde als „verlängerter Arm“ aller nicht-geschäftsführenden Verwaltungsräte fungieren, was die verhaltenswissenschaftliche Problematik, wonach eine Gruppe einer Führungsposition zu ihrer Koordinierung bedarf, um effektiv Kontrolle ausüben zu können,⁵⁹ abschwächen würde. Zwar ist es in der monistischen SE jedem Verwaltungsratsmitglied nach § 37 SEAG möglich, auf die Einberufung einer Sitzung binnen zwei Wochen zu drängen. Dieses Recht stellt jedoch nur ein schwaches Kontrollelement dar, weil es gewöhnlich aus tatsächlichen Gründen möglichst zeitnaher Kontrollprozesse bedarf, um Entscheidungen frühzeitig und damit effektiv überprüfen zu können, bevor deren Folgen bereits eingetreten sind.

b) Ausgestaltung einer solchen Position

Institutionell wäre dieses Amt zweckmäßig zu verankern, indem ihm durch die Satzung *ex officio* der Vorsitz des Prüfungsausschusses übertragen wird. Dies erscheint angebracht, da so für den *lead director* ein effektiver Informationszugang im besonders sensiblen Bereich der Finanzierung

⁴⁷ BT-Drucks. 15/3405, S. 39.

⁴⁸ In Frankreich wurde das Wahlrecht eingeführt, den Verwaltungsratsvorsitz (*président*) vom Amt des Vorsitzenden der Geschäftsführung (*directeur général*) zu entkoppeln, nach dem zuvor eine Personalunion durch den *président directeur général* (PDG) obligatorisch war.

⁴⁹ Sec. A.2.1. Combined Code on Corporate Governance, s. dazu *Davies*, ZGR 2001, 268, 271 f.

⁵⁰ *Schönborn*, Die monistische Societas Europaea in Deutschland im Vergleich zum englischen Recht, 2007, S. 335 aufbauend auf *Merkt*, ZGR 2003, 650, 665; jüngst auch *Casper*, ZHR 173 (2009), 181, 215.

⁵¹ *Eder*, NZG 2004, 544, 545; *Schönborn* (Fn. 50), S. 72 ff.; *Teichmann*, BB 2004, 53, 54.

⁵² *Seibt*, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft (Fn. 6), S. 67, 87.

⁵³ So im Ergebnis auch *Schönborn* (Fn. 50), S. 319.

⁵⁴ S. oben unter C.II.2.a.

⁵⁵ Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, BGBl. I 2009, S. 1102 ff.

⁵⁶ Zur Zulässigkeit einer entsprechenden Satzungsregelung *de lege lata*, *Seibt*, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft (Fn. 6), S. 67, 81.

⁵⁷ *Picot/Dietl/Frank*, Organisation – eine ökonomische Perspektive, 2002, S. 268.

⁵⁸ *Picot/Dietl/Frank* (Fn. 57), S. 268.

⁵⁹ *Jensen*, 48 J. Fin. (1993), 831, 866.

des Unternehmens bestehen würde und zudem eine besonders gute Verbindung an die Wirtschaftsprüfer als externe Kontrollen des Unternehmens sichergestellt wäre. Ferner könnte man daran denken, ein besonderes Fragerecht gegenüber den geschäftsführenden Direktoren einzuführen. Die gesetzlich bestehenden Berichtspflichten nach § 40 VI SEAG i.V.m § 90 AktG gegenüber dem Verwaltungsrat als Gesamtorgan können dies keineswegs ersetzen, sondern nur ergänzend wirken. Somit könnte – etwa als „Sprecher der externen Verwaltungsratsmitglieder“ – ein Gegenpol zur Machtfülle des Verwaltungsratsvorsitzenden etabliert werden. Um die deutsche Besonderheit der Mitbestimmung zu berücksichtigen, erscheint es zweckgemäß, dass jener Sprecher der nicht-geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder wohl aus dem Lager der Anteilseignervertreter im Verwaltungsrat kommen sollte. Alles andere könnte als eine weitere qualitative Ausweitung der Mitbestimmung gesehen werden, was im paritätisch besetzten Verwaltungsrat verfassungsrechtlich äußerst problematisch wäre.⁶⁰ Außerdem ist zu befürchten, dass ein Arbeitnehmervertreter in dieser Rolle vom Management nicht akzeptiert würde, so dass der für die Kontrolltätigkeit nötige Informationsfluss gefährdet wäre.⁶¹

6. Umsetzung in die deutsche Rechtsordnung

Nachdem nunmehr Maßnahmen zur Verbesserung der *Corporate Governance* in der börsennotierten monistischen SE identifiziert wurden, stellt sich die Frage, auf welcher Regelungsebene diese Vorschläge in das deutsche System einzufügen sind. Hierbei bietet sich zum einen eine Regelung durch zwingendes Recht als oberste Regelungsebene interner *Corporate Governance* an.⁶² Zum anderen besteht die Möglichkeit, die Vorschläge auf der Ebene der freiwilligen Selbstregulierung durch den DCGK, der durch die gesetzliche Erklärungspflicht nach § 161 AktG flankiert wird, umzusetzen.

a) Zwingendes Recht zu statisch

Zunächst erscheint es möglich, die Maßnahmen durch eine Anpassung des zwingenden Rechts – zweckmäßigerweise des SEAG – umzusetzen. Mangels einschränkender Bestimmungen in der SE-VO hat der deutsche Gesetzgeber diesen Spielraum. Der Einsatz zwingenden Rechts in Fragen der Unternehmensorganisation wird rechtsökonomisch kontrovers diskutiert. Für den Einsatz zwingenden Rechts werden hierbei zwei Hauptargumente vorgetragen:⁶³ Nach dem sog. Externalitätenargument müssen Dritte durch zwingendes Recht vor negativen Externalitäten geschützt werden. Klassisches Beispiel ist hier die Auswirkung von Haftungsbeschränkungen gegenüber Deliktsgläubigern.⁶⁴ Nach dem sog. Informationsargument entstehen ferner Transaktionskosten für die Vertragspartner eines Unternehmens, wenn dieses seine Organisation nicht vereinheitlicht, da sich die Vertragspartner hierüber informieren müssen.

Beide Argumente tragen jedoch bei der Umsetzung der hier vorgeschlagenen Maßnahmen nicht. Zunächst wird durch die vorgeschlagene Veränderung der Binnenverfassung kein Dritter durch Externalitäten belastet. Eine effektive Kontrolle der Unternehmensleitung liegt im Interesse aller *stakeholder*. Ebenso verursachen die vorgeschlagenen Maßnahmen keine übermäßige Rechtsunsicherheit und damit Informationskosten für eventuelle Vertragspartner, da wiederum nur die Binnenstruktur betroffen ist. Ferner spricht eine wichtige Eigenheit der monistischen SE gegen eine Regulierung durch

zwingendes Recht: Die monistische SE weist als großen Vorzug eine flexible Organisation bei gleichzeitiger Kapitalmarktfähigkeit auf. Die dualistische SE hingegen ist durch Uniformität ihrer Organisation gekennzeichnet. Man sollte daher die Unternehmen entscheiden lassen, welches Grundmodell interner Corporate Governance besser zur jeweiligen Unternehmensrealität passt. Eine Regulierung der monistischen SE mittels zwingenden Rechts würde das Spektrum dieser Wahlfreiheit über Gebühr einschränken. Dies gilt umso mehr, als die monistische SE bereits *de lege lata* deutliche dualistische Tendenzen aufweist⁶⁵ und durch die hier unterbreiteten Vorschläge *de lege ferenda* weiter dem dualistischen System angenähert würde.

b) Eine Ausnahme aufgrund der Mitbestimmung

Von diesem Grundsatz erscheint allerdings eine Ausnahme notwendig. Für den Vorschlag, dass der zu schaffende *lead director* Vertreter der Anteilseigner sein sollte, ist der Einsatz von zwingendem Recht wohl zweckmäßig. Vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Aufsichtsratsmitglieder,⁶⁶ der über die Verweisung des Art. 9 c) ii) SE-VO für die monistische SE auch in Bezug auf ihren Verwaltungsrat gilt, bestünden zumindest deutliche Zweifel an der Zulässigkeit einer satzungsmäßigen Regelung, die einzig die Bestellung eines Anteilseignerververtreters zum *lead director* zulässt. Dies würde zu deutlicher Rechtsunsicherheit führen. Dies gilt es für die junge, in der Praxis noch nicht etablierte monistische SE zu vermeiden.

c) Empfehlungen im DCGK vorzugswürdig

Abseits dieses Sonderfalls ist es jedoch vorzugswürdig, die rechtspolitischen Vorschläge zunächst in Form von Empfehlungen durch den DCGK umzusetzen. Nach derzeitiger Rechtslage ist zwar die Pflicht zur Abgabe einer Entsprechungserklärung zum DCGK aus § 161 AktG auf die monistische SE anwendbar, allerdings hat der Kodex keinerlei Regelungsgehalt in Bezug auf das monistische System, sondern adressiert es lediglich in seiner Präambel. Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex hat die Aufnahme von Regelungen bisher unter den Vorbehalt einer praktischen Relevanz der monistischen SE gestellt.⁶⁷ In Anbetracht der unter B.II. dargestellten rechtstatsächlichen Entwicklungen sowie der latenten Forderung auf europäischer Ebene, ein allgemeines Wahlrecht zwischen monistischer und dualistischer Organisation auch für das nationale Aktienrecht zu etablieren,⁶⁸ ist der Kodex zeitnah um Vorschriften zur

⁶⁰ S. grundlegend BVerfGE 50, 290, 350 (zur Mitbestimmung in der AG durch das MitbestG von 1976).

⁶¹ S. hierzu am Beispiel der AG etwa *Schiessl*, ZHR 167 (2003), 235, 240 f.

⁶² *Hommelhoff/Schwab*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 51, 52.

⁶³ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2005, S. 667.

⁶⁴ *Behrens*, FS Drobning, 1998, S. 491, 504.

⁶⁵ *Hoffmann-Becking*, ZGR 2004, 355, 369.

⁶⁶ S. dazu BGHZ 83, 144 ff. sowie BGHZ 122, 342, 358 ff.; in Bezug auf die monistische SE ferner *Scheibe*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE unter besonderer Berücksichtigung des monistischen Systems, 2007, S. 272.

⁶⁷ Pressemitteilung vom 14.06.2007, abrufbar unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/news/presse-20070614.html> (Abruf vom 01.09.2009).

⁶⁸ S. dazu den Aktionsplan der EU-Kommission vom 21.05.2004, die ein allgemeines Wahlrecht zwischen monistischer und dualistischer Unternehmensverfassung für die nationalen Aktienrechtsordnungen fordert.

Ausgestaltung einer *best practice* auch für die monistisch verfasste SE zu ergänzen.⁶⁴

Über die Befolgung der Empfehlungen des Kodex müssten sich die Unternehmen nach dem *comply or explain*-Prinzip des § 161 AktG erklären. Es erscheint sinnvoll, den Anlegern am Kapitalmarkt Transparenz über die konkrete Ausgestaltung der internen *Corporate Governance* zu verschaffen und es so den Aktionären als *principals* der Gesellschaft zu überlassen, ob diese ihr Investment in der Gesellschaft weiterverfolgen wollen oder die *exit*-Option suchen, um so einen faktischen Anpassungsdruck auf die Unternehmen auszulösen, falls ihre internen *Corporate Governance*-Strukturen für nicht adäquat befunden werden. Zwar mag das Gewicht des Kapitalmarkts in den USA größer sein als in Deutschland, jedoch ist gerade in diesem Bereich eine Angleichung zu beobachten. Das Risiko der Nichtbefolgung ist freiwilligen Kodizes stets immanent, jedoch sind bisher in Deutschland keinerlei Erfahrungen mit monistischen Systemen gemacht worden, so dass die Tragweite der oben angesprochenen Kontrolldefizite bisher nur theoretisch und durch Erkenntnisse aus anderen Rechtsordnungen, welche in ein anderes Umfeld eingebettet sind, belegt ist. Es erscheint daher sachgerecht, auf diese lediglich antizipierten *Corporate Governance*-Defizite zunächst mit einer bloßen Empfehlung im DCGK zu reagieren, um dann über eine gesetzliche Regelung nachzudenken, wenn entweder eine weitgehende Nichtbefolgung des Kodex oder das Auftreten eines akuten Kontrolldefizits tatsächlich auch in Deutschland zu beobachten ist. Im Ergebnis sind somit die vorgestellten Maßnahmen – mit Ausnahme der dargelegten Sonderbestimmung betreffend den *lead director* – im Wege der Aufnahme von Empfehlungen in den DCGK in die deutsche Rechtsordnung zu implementieren.

E. Zusammenfassung in Thesen

De lege ferenda lassen sich abschließend folgende rechtspolitische Maßnahmen als Eckpfeiler besserer interner *Corporate Governance* in einer monistisch verfassten SE deutschen Rechts anregen:

- (1) In den Deutschen Corporate Governance Kodex sind Regelungen bezüglich der monistischen SE mit Sitz in Deutschland aufzunehmen.
- (2) Als Teil dieser Vorschriften sollte der DCGK eine durch die Regelbeispiele der Empfehlung der EU-Kommission konkretisierte Definition der Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern enthalten und darauf aufbauend empfehlen, dass das Vorliegen eines Interessenkonflikt bei einem der nicht-geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder zu veröffentlichen ist.
- (3) Ferner sollte die Empfehlung ausgesprochen werden, dass der Vorsitzende des Verwaltungsrats nicht gleichzeitig geschäftsführend tätig sein sollte.
- (4) Die durch das BilMoG eingeführte gesetzliche Pflicht zur Aufstellung eines Prüfungsausschusses für die monistische SE ist zu begrüßen.
- (5) Schließlich ist in den DCGK die Empfehlung aufzunehmen, dass monistische SEs, die der Empfehlung zu (3) nicht entsprechen wollen, einen „Sprecher der externen Verwaltungsratsmitglieder“ aus der Mitte des Verwaltungsrats zu bestellen haben, welchem *ex officio* der Vorsitz im Prüfungsausschuss des Verwaltungsrates zusteht. Dies ist durch eine Änderung des SEAG zu flankieren, die feststellt, dass diese Position mit einem Vertreter der Anteilseigner zu besetzen ist. ■

⁶⁴ So nunmehr auch Casper, ZHR 173 (2009), 216, 217.

Prof. em. Dr. Meinhard Hilf, Hamburg / Tim René Salomon, LL.B., Hamburg*

Die Bezwingung der Hydra – das Bundesverfassungsgericht als Herakles? – Besprechung von BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009–

Die Jungfer Europa ist verlobt

Mit dem schönen Geniesse

Der Freiheit, sie liegen einander im Arm,

Sie schwelgen im ersten Kusse.

Und fehlt der Pfaffensegen dabei,

Die Ehe wird gültig nicht minder -

Es lebe Bräutigam und Braut,

Und ihre zukünftigen Kinder!

H. Heine – Deutschland. Ein Wintermärchen

A. Grundsätzliche Feststellungen

Einen massiven Riegel habe das Bundesverfassungsgericht der Kompetenzerweiterung der EU vorgeschoben, berichtete das Hamburger Abendblatt am 1. Juli 2009 über das Lissabon-Urteil. Der Beschwerdeführer *Gauweiler*, dessen 342 Seiten langer Antrag (exkl. des Unterstützungsgutachtens von *Murswiek*)¹ vollumfänglich als unbegründet zurückgewiesen wurde, sprach triumphierend von einem enormen Erfolg. Ge-

radezu omnipräsent scheint die Angst vor der europäischen Hydra zu sein, welche sich die Souveränität der Mitgliedstaaten einverleiben und zu einem mächtigen undemokratischen Staate werden wolle. Tatsache ist jedoch – wie das Bundesverfassungsgericht im Urteil klarstellt – dass eine derartige Verstaatlichung der EU von dem Vertrag von Lissabon weder bezweckt war (Rn. 277), noch bewirkt wird (Rn. 278). Vielmehr bleibt es die Grundeinstellung Europas, die Vielfalt der Kulturen und Traditionen der Völker Europas sowie die nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten zu achten.

Auch stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass die immer engere europäische Integration keinesfalls im Belieben der deutschen Verfassungsorgane steht, sondern selbst vom grundgesetzlichen Imperativ erfasst wird (Rn. 225).

* Der Verfasser *Hilf* ist emeritierter Professor der Bucerius Law School; der Verfasser *Salomon* ist Absolvent der Bucerius Law School und Mitarbeiter bei Prof. em. Dr. Hilf.

¹ Beschwerdetext abrufbar unter <http://www.peter-gauweiler.de/pdf/Klage-Lissabon-Vertrag.pdf>, Gutachten unter: <http://www.peter-gauweiler.de/pdf/Vertr%20Lissabon%20Gutachten.pdf>.

Lediglich die Staatswerdung Europas sei mit dem deutschen Grundgesetz unvereinbar (Rn. 179, 230). Ein Mythos also, dass Europa aus selbstherrlicher Gier Kompetenzen an sich reißen will. Vielmehr ist das Grundgesetz auf die Übertragung dieser Kompetenzen im Rahmen einer europäischen Integration derart ausgerichtet, dass ein *Desintegrationskurs* verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen würde.²

Umso überraschender ist es zu sehen, dass die Integration in einen engeren europäischen Verbund mehr Befürchtungen auszulösen scheint, als das Bröckeln der noch jungen europäischen Gemeinschaft. Zumal es unwahrscheinlich scheint, dass die Mitgliedstaaten in einer Zukunft ohne ein glaubwürdig und handlungsfähig ausgestaltetes Europa wirtschaftlich und auch ideell auf internationaler Ebene ein vergleichbares Gewicht haben würden. Eine starke europäische Stimme in der Welt ist sowohl für nationale als auch für gemeinschaftliche (Wirtschafts-)Interessen essentiell. Gleichmaßen gilt dies auch für den internationalen Menschenrechtsschutz, in welchem sich die EU um eine Vorbildfunktion bemüht. Ein Einstehen und Durchsetzen von Prinzipien auch gegen die Interessen anderer Staaten und Institutionen, wie es zuletzt in der Rechtssache *Kadi*³ vom EuGH verwirklicht wurde, wäre ohne eine auch weiterhin glaubwürdige und handlungsfähige EU schwerlich vorstellbar.

B. Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Zustimmungsgesetz⁴

Die allgemeine Grundtendenz des Urteils stellt somit klar, dass die Darstellung der EU als Hydra wenig mehr als ein Ammenmärchen ist. Das Bundesverfassungsgericht sichert mit seinem Urteil nun vorerst das Fortschreiten des europäischen Integrationsprozesses und sich hierbei gleichzeitig einen Logenplatz mit Einflussmöglichkeiten.

Grundsätzlich stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes bei der Prüfung des Lissabon-Vertrags entscheidend mit zu berücksichtigen sei. So sei in dem Grundgesetz gerade ein Bruch mit „allen Formen des politischen Machiavellismus und einer rigiden Souveränitätsvorstellung, die noch bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts das Recht zur Kriegsführung – auch als Angriffskrieg – für ein selbstverständliches Recht des souveränen Staates hielt“ (Rn. 223) und damit eine integrative Grundeinstellung angelegt.

Die von den Beschwerdeführern über das Wahlrecht (Art. 38 I 1 GG) geltend gemachten Verletzungen des Demokratieprinzips, des Sozialstaatsprinzips sowie die behauptete Auflösung der souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland durch den Lissabon-Vertrag sind – ungeachtet der Gefahr, die Verfassungsbeschwerde so zu einer *actio popularis* auszugestalten,⁵ – als zulässig, aber unbegründet beschieden worden. Bereits unzulässig ist die Geltendmachung der Rechtsverletzungen über das Widerstandsrecht des Art. 20 IV GG. Beim jetzigen Stand der Integration bestehen verfassungsrechtlich keine durchgreifenden Bedenken gegen das Zustimmungsgesetz zum Lissabon-Vertrag.

C. Institutionelle Sicherungen der Demokratie – Grenzen der Integration

Allerdings liegt die Wichtigkeit des Urteils – wie schon bei den vorhergehenden Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zur europäischen Integration – nicht in der Klärung der Ver-

fassungsmäßigkeit des Gesetzes, sondern insbesondere in der zukunftsgegenwärtigen Selbsteinschätzung des Bundesverfassungsgerichts als Wächter des Grundgesetzes in der EU nach Lissabon.⁶ So sei das „Vertrauen in die konstruktive Kraft des Integrationsmechanismus“ (Rn. 238) für das Gericht nicht unbegrenzt. Vielmehr versucht es, die Grenzen einer solchen zukünftigen Integration festzulegen.

I. Ultra-vires- und Identitätskontrolle

Zum einen bestehe keine verfassungsrechtliche Ermächtigung für die Übertragung einer Kompetenz-Kompetenz auf die EU (Rn. 233). Es müsse weiterhin beim Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bleiben. Das Bundesverfassungsgericht behält sich vor, eine allzu extensive Auslegung übertragener Kompetenzen (bei Erfolglosigkeit des dafür vorgesehenen europäischen Rechtswegs) national im Rahmen der *ultra-vires-Kontrolle* (Rn. 240) zu stoppen. Die praktische Relevanz dieser Kontrolle bleibt abzuwarten. Bereits im Maastricht-Urteil⁷ wurde die Kontrolle von ausbrechenden Rechtsakten durch das Bundesverfassungsgericht vorbehalten, allerdings später nie erfolgreich durchgeführt.

Überdies behält sich das Bundesverfassungsgericht vor, das Handeln europäischer Organe am Maßstab des „unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 I 3 in Verbindung mit Art. 79 III GG“ (*Identitätskontrolle*) zu prüfen (Rn. 240). Bezüglich beider Kontrollverfahren erklärt sich das Bundesverfassungsgericht für allein zuständig, wobei es, über die normalen Verfahrenswege des Art. 93 GG hinausgehend, die Schaffung einer neuen verfassungsrechtlichen Verfahrensart in kaum rollengerechter Weise andenkend (Rn. 241). Ein erfolgreiches zukünftiges Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, welches das Handeln europäischer Organe im Rahmen einer der beiden Kontrollklagen überprüft, hätte die Unanwendbarkeit des Unionsrechts in Deutschland zur Folge. Hiermit sei sichergestellt, dass der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, den das Bundesverfassungsgericht wiederholt billigt (Rn. 331), nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen besteht. Dies beschränkt den Anwendungsvorrang und die abschließende Überprüfungskompetenz des EuGH⁸, verstoße aber nicht gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 III EUV-Lissabon) da die Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes folgend zurückhaltend ausgeübt würde und das mildeste Mittel sei, um die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration zu wahren.

II. Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten

An die deutschen Verfassungsorgane gerichtet mahnt das Gericht an, die ihnen obliegende Verantwortung ernst zu nehmen und bei der künftigen Integration den Kernbereich der

² Vgl. Art. 23 I GG sowie die Präambel des Grundgesetzes.

³ *Kadi* und *Al Barakaat International Foundation*, EuGH, Urt. v. 3.9.2008, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05.

⁴ Bundesgesetzblatt Teil II vom 14. Oktober 2008 (S. 1038 ff.).

⁵ Kritisch dazu *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (296). So schon entschieden in BVerfGE 89, 155, 171 f. (Maastricht) vom 12. Oktober 1993.

⁶ Vgl. *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (289).

⁷ BVerfGE 89, 155, 209 f.

⁸ *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (297).

Verfassungsidentität und damit die demokratischen Grundsätze des Art. 20 I und II GG zu wahren.

Es führt aus, dass das Demokratieprinzip der Übertragung von Hoheitsrechten konkrete Grenzen setze. So müsse den Mitgliedstaaten ein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse bleiben (Rn. 249). Die hierzu besonders wesentlichen Bereiche seien z.B. Regelungen über intensive Grundrechtseingriffe im Bereich der Strafrechtspflege, das zivile und militärische Gewaltmonopol, fiskalische Entscheidungen über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand, insbesondere im Rahmen der Sozialpolitik, sowie die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen und kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen wie z.B. die Gestaltung von Familien- und Bildungsverhältnissen oder der Umgang mit religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnissen. Solche Kernbereiche sollen von der EU, wenn überhaupt, nur besonders restriktiv geregelt werden und allenfalls dann, wenn es für die „Koordinierung grenzüberschreitender Sachverhalte sachlich notwendig“ ist (Rn. 251). Kompetenzübertragungen in diesen Bereichen seien grundsätzlich eng auszulegen.

Dass die Identitätskontrolle des Bundesverfassungsgerichts in diesen Bereichen praktisch überaus relevant werden kann, ist leicht vorstellbar. So könnte das Bundesverfassungsgericht eine europäische Vorratsdatenspeicherung als intensiven Grundrechtseingriff oder zur Strafrechtspflege gehörend überprüfen. Gleiches könnte für eine Zulassung embryonaler Forschung gelten, die zum Kernbereich ethischer bzw. kultureller Entscheidungen zu rechnen sein dürfte.

Das Urteil wird man diesbezüglich jedoch seinerseits nicht extensiv auslegen dürfen. Würde man dies tun, erschiene z.B. die Zulässigkeit der Einführung einer gemeinschaftlichen Währung in Nachhinein als überaus problematisch, da dies die nationale Souveränität der Mitgliedstaaten ebenfalls im Kernbereich betraf.⁹ Eine Auslegung der Grenzen der Integration, die im Urteil recht statisch und wenig zukunftsorientiert gezogen werden, muss jedenfalls ihrerseits die Bedeutung der Integration für die Bundesrepublik, die ein „gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“ werden soll, berücksichtigen.

III. Zustimmung der deutschen Legislativorgane bei Vertragsänderungen

Ferner stärkt das Bundesverfassungsgericht die Rolle der deutschen Legislativorgane auf der europäischen Ebene. So setze die Zustimmung der Bundesrepublik im Rahmen des vereinfachten Änderungsverfahrens (Art. 48 VI EUV-Lissabon) ein Zustimmungsgesetz im Sinne des Art. 23 I 2 GG (als *lex specialis* zu Art. 59 II GG) voraus. Gleiches gilt sinngemäß bei der Anwendung allgemeiner Brückenklauseln, soweit diese den Übergang vom Einstimmigkeitsprinzip zum qualifizierten Mehrheitsprinzip bzw. den Übergang vom besonderen zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ermöglichen. Vor dem Vorliegen des Zustimmungsgesetzes darf der deutsche Regierungsvertreter der Vertragsänderung nicht zustimmen. Auch die Inanspruchnahme der Flexibilitätsklausel (Art. 352 AEUV) setze ein Gesetz nach Art. 23 I 2 GG voraus, da sie im Lissabon-Vertrag als Blankettermächtigung ausgestaltet sei (Rn. 328). Wie diese Forderung des Bundesverfassungsgerichts praktisch umzusetzen ist, bleibt abzuwar-

ten. Grundsätzlich müsste vor der Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat ein Zustimmungsgesetz nach Art. 23 I 2 GG von Bundestag und ggf. Bundesrat erfolgen (Rn. 325 f.).

Ähnliches gilt für die Nutzung der dynamischen Blankettermächtigung nach Art. 83 I UAbs. 3 AEUV, die in der Sache eine Erweiterung der EU-Kompetenzen im Bereich grenzüberschreitender Kriminalität sei und somit unter dem Vorbehalt der Ratifikation nach Art. 23 I 2 GG stehe (Rn. 363).

Bei der Anwendung spezieller Brückenklauseln (z.B. Art. 81 III UAbs. 2 und UAbs. 3 AEUV bei Maßnahmen zum Familienrecht mit grenzüberschreitendem Bezug oder Art. 192 II UAbs. 2 AEUV bei Maßnahmen im Bereich der Umweltpolitik) bedürfe es zwar keines Gesetzes, aber ebenfalls der Zustimmung des Bundestags und, soweit Gesetzgebungsbefugnisse der Länder betroffen sind, des Bundesrats.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich die Frage, ob Art. 46 I Wiener Vertragsrechtskonvention in diesen Konstellationen greift und wenn ja, ob die fehlende oder verweigerte Zustimmung des Bundestags eine offenkundige Verletzung innerstaatlicher Vorschriften von grundsätzlicher Bedeutung wäre. Das Bundesverfassungsgericht hat das Zustimmungsbedürfnis des Bundestags aus dem Demokratieprinzip hergeleitet. Die grundsätzliche Bedeutung wird man somit bejahen können. Dies hätte bei Vorliegen der Offenkundigkeit die Folge, dass der deutsche Regierungsvertreter die Bundesrepublik in einem solchen Zusammenhang ohne Zustimmung nicht binden könnte.

Anhand der festgelegten Grenzen der Integration wird deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht, als Wächter der Verfassung, den schwierigen Spagat zwischen der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und der Erhaltung nationaler Verfassungsprinzipien versucht. Inwieweit die europäische Integration hierdurch behindert oder verhindert wird, hängt entscheidend von der zukünftigen Auslegung des Urteils und dessen Anwendung ab.¹⁰ Jedenfalls wird das neukonstruierte Zustimmungserfordernis zu Verzögerungen führen und bedeutet somit eine Beeinträchtigung der Handlungsfähigkeit Deutschlands in der EU.¹¹

D. Weiterer Wermutstropfen

Das Urteil beschränkt sich jedoch nicht auf diese grundsätzlichen Ausführungen. Fragwürdig ist insbesondere die kritische Würdigung des durch den Lissabon-Vertrag deutlich gestärkten Europäischen Parlaments.

So wird zuerst festgestellt, dass die EU demokratischen Grundsätzen genüge, weil sie gerade nicht staatsanalog aufgebaut sei (Rn. 278). In einem Staat sei die Bindung an das Demokratieprinzip notwendigerweise stärker als in einer supranationalen Organisation.

Dass die EU kein Staat ist, folgt letztlich daraus, dass ihrerseits kein Wille zur Staatswerdung vorliegt, oder – wenn man diesen als unerheblich ansehen wollte,¹² so mangelt es an der Staatsgewalt, die, soweit die EU Hoheitsgewalt auf nationaler

⁹ Vgl. „Lissabon und die schallende Ohrfeige“, Interview mit Langguth, abrufbar <http://www.euractiv.de/zukunft-und-reformen/artikel/zeitplan-fr-lissabon-gefahrdet-001792>.

¹⁰ Vgl. Oppermann, „Den Musterknaben ins Bremserhäuschen! – Bundesverfassungsgericht und Lissabon-Vertrag“, EuZW 2009, 473.

¹¹ Vgl. Pache, EuGRZ 2009, 285 (296).

¹² So Fissahn, „Bundesverfassungsgericht friert die europäische Demokratie national ein!“, Kritische Justiz, 3/09, 220 (222).

Ebene ausüben kann, von dem jeweiligen Mitgliedstaat abhängt.¹³ Auch das Staatsgebiet und das Staatsvolk der Mitgliedsstaaten würden durch die Ratifizierung des Lissabon-Vertrags nicht aufgegeben (Rn. 344).

An diese Feststellung anknüpfend scheint das Bundesverfassungsgericht zu analysieren, warum das Europäische Parlament staatlichen Demokratieanforderungen nicht genügen würde. So misst es das Parlament an einem Maßstab, von dem es selbst vorher festgestellt hat, dass er nicht anwendbar sei. In diesen Ausführungen finden sich Anmerkungen, warum das Parlament in der jetzigen Form kein Repräsentationsorgan eines souveränen europäischen Volkes sei und warum es dies im derzeitigen Institutionengefüge auch nie werden könne (Rn. 280 f.). Mit diesen Darstellungen, die keinesfalls entscheidungserheblich waren, unterbricht es den vorherigen grundsätzlich – von Ausnahmen abgesehen – integrationsfreundlichen und konstruktiven Ton des Urteils. Deutlich zu kurz kommt jedenfalls die Würdigung gerade der Maßnahmen zur Stärkung der demokratischen Legitimation unmittelbar durch den Lissabon-Vertrag.

Hinzu kommt, dass die Sicht des Bundesverfassungsgerichts auf die Defizite des Europäischen Parlaments keineswegs zwingend ist. Die Argumentation, die Zusammensetzung würde einer demokratischen Gleichheit nicht genügen (Rn. 282 f.), ist verkürzt¹⁴ und sie übersieht auch die föderative Modifizierung der schematischen Gleichheit. Ein dem Gleichheitsverständnis des Bundesverfassungsgerichts genügendes Europäisches Parlament wäre entweder so groß, dass es nicht zu handhaben wäre, oder es würde turnusmäßig die Vertreter kleiner Mitgliedstaaten auswechseln, so dass diese zeitweilig keinerlei Repräsentation hätten. Beide Varianten wären mit einem demokratischen Grundverständnis, welches insbesondere der Handlungsfähigkeit eine gewisse Bedeutung einräumt, nicht vereinbar.

Gerade vor dem Hintergrund, dass die nationalen Parlamente in den Mitgliedstaaten das Europäische Parlament keinesfalls ersetzen können,¹⁵ da gestaltende Macht letztlich nur dem Europäischen Parlament zukommt, wäre eine positivere Würdigung diesbezüglich angezeigt gewesen.

E. Sternstunde der Demokratie? – Ausblick

Als „epochales Urteil“ und als „Sternstunde der Demokratie“ feierte *Prantl* das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Lissabon-Verfahren¹⁶ und bescheinigte dem Gericht eine „yes we can“-Einstellung. Nach einer ersten Analyse ist das Urteil trotz der ärgerlichen und auch überflüssigen Herabwürdigung der Rolle des Europäischen Parlaments sicherlich ein Gewinn an Klarheit. Nicht jedoch, weil der europäischen Integration ein massiver Riegel vorgeschoben wird und sie somit beendet wird, sondern weil es sie im Grunde genommen anerkennt und grundsätzlich gutheißt.

Es bleibt abzuwarten wie zwingend jedoch die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grenzen sind, ob z.B. bei weiteren Integrationsschritten tatsächlich eine Volksabstimmung über eine neue Verfassung nötig sein würde,¹⁷ und in welchem Umfang das Bundesverfassungsgericht zukünftig von seinen selbst geschaffenen Kompetenzen zur Sicherung der *ultra-vires*- und der Identitätskontrolle Gebrauch macht. Wünschenswert wäre es jedenfalls, wenn sich das Bundesverfassungsgericht zukünftig in den europäischen Integrationsprozess dergestalt eingliedern würde, dass es dem EuGH weniger im Duell und mehr im Dialog entgegen tritt.¹⁸

Es wird trotz der vom Bundesverfassungsgericht geäußerten Vorbehalte nunmehr möglich sein, sich mit der Zukunft der Europäischen Union zu befassen. Zumal dieses Urteil zumindest die Wahrnehmung Europas als feindliche, kompetenzgierige Hydra

entkräftet hat, indem es die Integrationsfreundlichkeit des Grundgesetzes betont und die Staatswerdungspläne Europas in das Reich der Mythen verbannt.

Die vom Bundesverfassungsgericht festgestellte Verfassungswidrigkeit des Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates (Bundestagsdrucksache 16/8489) reiht sich in den Topos der Forderung nach aktiverer Einbindung der deutschen Verfassungsorgane in europäische Entscheidungen ein und ist als logische Folge der Ausführungen des Gerichts zu den Ratifikationsvorbehalten für Vorhaben zu sehen, die sich auf die Brückenklauseln und die Flexibilitätsklausel stützen. Diesbezüglich wurde vom Bundestag bereits am 8. September 2009 nachgebessert und vier Begleitgesetze verabschiedet. Nach der Zustimmung des Bundesrats am 18. September 2009, der Ausfertigung durch den Bundespräsidenten am 23. September 2009 sowie der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde in Rom am 25. September 2009 ist der Vertrag von Lissabon nun für Deutschland ratifiziert.

Das Urteil ist somit auch über Deutschland hinaus letztlich ein wichtiger pro-europäischer Impuls für die Mitgliedstaaten.¹⁹ Gerade bezüglich Tschechien bleibt zu hoffen, dass nach der Ratifikation des Lissabon-Vertrags durch Deutschland und nunmehr auch Polen und Irland das Zögern des Präsidenten Klaus ein Ende hat. Das nunmehr zweite verfassungsgerichtliche Verfahren über den Lissabon-Vertrag in Tschechien sowie die deutlich verspäteten Forderungen nach einer Ausnahmeklausel, um Rückgabeforderungen enteigneter Sudetendeutscher zu verhindern, haben lediglich Verzögerungscharakter. Es bleibt der Eindruck, dass diese Verzögerung der Vorbereitung eines neuen Referendums in Großbritannien nach einer eventuellen Regierungsübernahme durch die Konservativen im Frühjahr 2010 dient,²⁰ welches Europa nochmals vor eine harte Probe stellen würde.

Der politische Druck auf Tschechien und somit die Erfolgsaussichten des Integrationsprozesses unter Lissabon sind durch das „yes“ aus Irland, die polnische und die deutsche Ratifikation jedenfalls gestiegen. ■

¹³ Dies wird in letzter Konsequenz an der durch den Vertrag von Lissabon eingefügten Austrittsklausel deutlich. (Art. 50 EUV-Lissabon).

¹⁴ Möllers, „Was ein Parlament ist, entscheiden die Richter“, FAZ, 16. Juli 2009, S. 27, der zu Recht darauf hinweist, dass der amerikanische Senat und der schweizerische Ständerat nach der Ansicht des Bundesverfassungsgericht keine Volksvertretungen wären und von einem vorbildlosen „hinwegjudizieren“ des Europäischen Parlaments spricht.

¹⁵ Die nationalen Parlamente können allenfalls die Zustimmung verweigern oder genehmigen und so lediglich mittelbar auf das Ergebnis, nicht jedoch auf den Inhalt Einfluss nehmen, vgl. Möllers (Fn. 14), S. 27.

¹⁶ Süddeutsche Zeitung, 30.06.2009, online abrufbar: <http://www.sueddeutsche.de/politik/374/476881/text/>.

¹⁷ Dies suggeriert das Bundesverfassungsgericht (Rn. 216), wenn offen lässt, ob das Volk über die durch Art. 79 III GG geschützten Prinzipien „in freier Selbstbestimmung, aber in einer Legalitätskontinuität zur Herrschaftsordnung des Grundgesetzes“ verfügen könne, indem es sich eine neue Verfassung gibt. In Rn. 179 heißt es vorbehaltlos, dass die verfassungsgebende Gewalt berechtigt sei, „den durch das Grundgesetz verfassten Staat freizugeben“.

¹⁸ Angedacht von *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (298), welcher die Pflicht des BVerfG dem EuGH Fragen vorzulegen betont, wie dies in anderen Mitgliedsstaaten bereits längere Zeit Praxis ist.

¹⁹ *Walter*, Die Reaktionen auf das Karlsruher Urteil in Frankreich, Juli 2009, abrufbar unter: http://www.swp-berlin.org/common/get_document.php?asset_id=6182 (letzter Zugriff 13.10.2009).

²⁰ Dazu *Parkes*, A Retrospective UK Referendum on the Lisbon Treaty?, November 2008, abrufbar unter: http://www.swp-berlin.org/en/common/get_document.php?asset_id=5449 (letzter Zugriff 13.10.2009). Dies wird auch durch die Korrespondenz zwischen *Klaus* und *Cameron* deutlich, Zeit Online vom 1.10.2009, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2009/41/Lissabon> (letzter Zugriff 13.10.2009).

Dr. h.c. Gerhard Strate, Hamburg*

Der Preis der Freiheit – strafrechtliche Verantwortlichkeiten in der Finanzkrise (am Beispiel der HSH Nordbank)

Die Staatsanwaltschaft Düsseldorf greift hart durch. Wen trifft es? Stefan Ortseifen. Wer war Stefan Ortseifen? Stefan Ortseifen war bis zum 30. Juli 2007 Vorstandssprecher der Mittelstands-Bank IKB. Die erste der großen Banken, die im Rahmen der Finanzkrise ins Wanken geriet.

Was war passiert?

Seit dem Jahr 2001 hat die IKB begonnen, unter dem Begriff „Portfolioinvestments“ ein neues Geschäftsfeld aufzubauen. Es wurde in längerfristige forderungsbesicherte Wertpapiere wie CDOs und ABS investiert, die in hohem Maße US-amerikanische Immobilienkredite enthielten. Die Finanzierung erfolgte revolvierend durch kurzfristige Geldmarktpapiere, wobei mehrere Banken zur Absicherung Liquiditätslinien zur Verfügung stellten. Zur Abwicklung dieser Geschäfte hatte die IKB im Ausland mehrere Zweckgesellschaften wie Rhineland Funding Capital Corp., Havenrock Ltd, Rhinebridge plc und andere gegründet, denen auch die IKB AG Liquiditätslinien zur Verfügung gestellt hat. Diese Zweckgesellschaften wurden bis zum ersten IKB-Konzernabschluss per 31. März 2007 nicht konsolidiert; dieser Abschluss wurde dann im Zuge der Krisenbewältigung durch eine geänderte Fassung ersetzt. Die IKB hat auch selbst Verbriefungen derartiger strukturierter Wertpapiere über Zwischengesellschaften durchgeführt. Wie dem Jahresabschluss zum 31. März 2008 entnommen werden kann, summierte sich das risikobehaftete Volumen per Ende Juli 2007 auf über 10 Mrd. Euro. So hatte die IKB AG allein dem Conduit Rhineland Funding eine Liquiditätslinie von 8,1 Mrd. Euro zugesagt. Da die Finanzmärkte ab Mitte 2007 forderungsbesicherte Wertpapiere mit hohen Anteilen an Immobilienkrediten nicht mehr abkauften und andere Banken den Zweckgesellschaften keine kurzfristigen Mittel mehr zur Verfügung stellten, drohte eine kurzfristige Inanspruchnahme der seitens der IKB AG zugesagten Liquiditätslinien, die die IKB AG alleine nicht darstellen konnte.

Weshalb wird Stefan Ortseifen nun durch die Staatsanwaltschaft angeklagt? Ihm wird Börsenmanipulation und Untreue vorgeworfen. Der Vorwurf der Börsenmanipulation bezieht sich auf eine angeblich falsche ad-hoc-Mitteilung, in welcher die Lage der IKB geschönt dargestellt worden sein soll. Wer nun geglaubt hat, der Vorwurf der Untreue könnte etwas zu tun haben mit Risikogeschäften, deren Volumen 10 Milliarden Euro erreichten, wird durch die Staatsanwaltschaft in Düsseldorf enttäuscht. Nachdem im letzten Jahr der ehemalige Vorstandsvorsitzende der WestLB Sengera durch das Düsseldorfer Landgericht von dem Vorwurf der Untreue im Zusammenhang mit Asset-Backed-Securities-Geschäften freigesprochen worden war (diese Geschäfte wurden im Jahre 1999 gemacht), greift die Staatsanwaltschaft Düsseldorf nicht mehr nach der Taube auf dem Dach, sondern begnügt sich mit dem Spatz in der Hand:

Die Ermittler beschuldigen Stefan Ortseifen, zu Lasten seines früheren Arbeitgebers Umbauten für 120.000 Euro an dem von ihm bewohnten Vorstandshaus im Eigentum der Bank in Auftrag gegeben zu haben. Dennoch wurde die Miete des Hauses, die Ortseifen zahlte, laut der Anklage nicht erhöht. Der Manager soll außerdem hochwertige Lautsprecherboxen ohne Genehmigung auf Bankkosten gekauft haben.

Zugleich kamen die Düsseldorfer Strafverfolger zu dem Schluss, dass die Fehlspekulation mit der Verbriefung von Krediten für den amerikanischen Hypothekenmarkt als solche keine Straftat darstelle. Denn ein Vorsatz zur Untreue sei Ortseifen nicht nachzuweisen. Fahrlässigkeit ist hingegen nicht strafbar.

Das lasse erahnen, so der kluge Wirtschaftsjournalist Joachim Jahn in einem Artikel der FAZ vom 6. Juli 2009 (Seite 13), wie die noch laufenden Untersuchungen gegen frühere Vorstände und Aufsichtsräte anderer Banken ausgehen dürften – von HSH Nordbank über SachsenLB, Bayern LB und Hypo Real Estate (HRE) bis hin zur Staatsbank KfW.

Und als ob die Klientel das Klima der Gedanken bestimmt, äußern sich auch Strafverteidiger zum Thema: „Banker sind nicht Täter oder Gehilfen einer nicht existierenden Straftat namens Finanzkrise“, so mein Freund und Kollege Eberhard Kempf aus Frankfurt am Main. „Nur Neunmalklugen wollen jetzt schon immer gewusst haben, was sich da zusammenbraute“ und dann – so Eberhard Kempf im Anschluss an eine Formulierung des Herrn Sanio – wie ein „Tsunami“ über die Bankenwelt hinwegging.

Was sich hier an Argumentation anbahnt, erinnert ein Wenig an Schillers „Glocke“:

„Doch mit des Geschickes Mächten
Ist kein ewger Bund zu flechten,
Und das Unglück schreitet schnell.“

Wir als Straffuristen, und das haben wir gelernt, widmen uns ungern den Mächten des Geschickes, sondern fragen eher nach der individuellen Geschicklichkeit, der persönlichen Verantwortung. Das Schuldprinzip ist die Referenz des Strafrechts an die in Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG verfassungskräftig geschützte Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen¹ (BVerfGE 25, 269, 285). Wer Freiheit für sich in Anspruch nimmt, muss auch die Bürde tragen, für frei, aber pflichtwidrig getroffene Entscheidungen zur Verantwortung gezogen zu werden.

Jeder Fall liegt anders. Über die IKB weiß ich nur sehr wenig. Über die HSH weiß ich etwas mehr. Wie ist die Lage hier?

Die aktuelle Situation wird in der Bürgerschaftsdrucksache 19/2428 vom 24.2.2009 wie folgt beschrieben:

„Der erwartete Fehlbetrag für das Jahr 2008 führt ohne entsprechende Gegenmaßnahmen dazu, dass die HSH Nordbank im 2. Quartal 2009 voraussichtlich nicht mehr über das regulatorische Mindestkapital (...) in Höhe von mindestens 8% verfügt. Sofern keine Rekapitalisierung über eine Garantie und frisches Kapital erfolgt, wird die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) unweigerlich Schritte zur Schließung der Bank einleiten. Die Anteilseigner der Bank hätten in diesem Falle keine Mitwirkungsrechte mehr. Der Prozess würde von der Aufsichtsbehörde bestimmt. Bei einer Schließung der Bank mit anschließender Liquidation wäre mit einer Inanspruchnahme aus der noch andauernden Ge-

* Der Autor ist Partner der Hamburger Rechtsanwaltskanzlei Strate & Ventzke. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 7. Juli 2009 im Rahmen des wirtschaftsstrafrechtlichen Gesprächskreises an der Bucerius Law School gehalten hat.

¹ BVerfGE 25, 269, 285.

währträgerhaftung zu rechnen. In diesem Falle hat jeder Gläubiger einen Anspruch auf Erfüllung seiner Forderung gegen den jeweiligen Träger. Die Summe der aktuell von der Gewährträgerhaftung erfassten Verbindlichkeiten der Bank beläuft sich stichtagsbezogen per 31. Dezember 2008 auf ca. 64,6 Mrd. (zum 31. Dezember 2009 auf noch 56,1 Mrd.). Im Innenverhältnis beträgt der Haftungsanteil der FHH daran entsprechend ihrer Anteilsquote zur Fusion 35,38 % (Euro 23 Mrd.), derjenige des Landes SH 19,55 % (Euro 13 Mrd.). Hinzu kommen die regionalwirtschaftlichen Folgen (Arbeitsplätze, Bankenstandort, Kreditversorgung der regionalen Wirtschaft), sowie der drohende vollständige Verlust des Aktienwertes und jedweder Dividendenerwartungen.²

Selbst wenn die Freie und Hansestadt Hamburg im Falle einer Schließung der HSH Nordbank AG nicht auf die aus der Gewährträgerhaftung resultierende Gesamtschuld in Höhe von 64,6 Mrd. Euro, sondern nur auf den internen Haftungsanteil von ca. 23 Mrd. Euro in Anspruch genommen werden würde, überstiege diese Summe den Jahreshaushalt der Stadt für 2009 um mehr als das Doppelte.

Senat und Bürgerschaft sind durch das Agieren der HSH Nordbank AG und ihrer Verantwortlichen in eine Zwangslage geraten, in welcher es zu dem am 1.4.2009 verabschiedeten Gesetz zur Errichtung eines „HSH Finanzfonds AöR“ offenbar keine Alternative gegeben hat. Sowohl im Plenum der Bürgerschaft als auch in den mit großem Ernst geführten öffentlichen Beratungen des Haushaltsausschusses war das Gefühl dieser Zwangslage spürbar. Sie ist umso bedrückender, als die nun beschlossenen Maßnahmen – ein Kapitalzuschuss an die HSH Nordbank AG in Höhe von 3 Mrd. Euro und die Übernahme einer Garantie in Höhe von 10 Mrd. Euro – keine Gewähr einer dauerhaft tragfähigen Lösung bieten, sondern eher den Charakter einer „Wette“ haben.³

Das Fiasko der HSH Nordbank AG kann hinsichtlich seiner Vorhersehbarkeit nicht abgetan werden mit der schlichten Behauptung:

„Die Risiken waren nicht einmal annähernd zu erkennen.“⁴

Eine Analyse der Ursachen, die die aktuelle Situation der HSH Nordbank AG heraufbeschworen haben, dürfte nicht nur Sorgfaltspflichtverletzungen von Vorständen und Aufsichtsratsmitgliedern im Sinne der §§ 93 I 1, 116 Aktiengesetz (AktG) zu Tage fördern, sondern auch nachdrückliche Hinweise auf strafbare Verletzungen der Vermögensfürsorgepflicht im Sinne des § 266 I StGB ergeben. Gleiches gilt – in der Form der Beihilfe – für die in den Jahren 2004 bis 2007 tätig gewesenem Abschlussprüfer.

Im Einzelnen:

1. Gewährträgerhaftung

Die HSH Nordbank AG ist am 2.6.2003 aus der Fusion der Hamburgischen Landesbank und der Landesbank Kiel hervorgegangen, der die Hamburgische Bürgerschaft am 21.5.2003 zugestimmt hat. Das Grundkapital beträgt Euro 881.226. Die Anteile werden wie folgt gehalten:

- | | |
|--|---------|
| - Freie und Hansestadt Hamburg | 30,41 % |
| - Land Schleswig-Holstein | 29,10 % |
| - Sparkassen- und Giroverband für Schleswig Holstein zusammen mit der Schleswig-Holsteinischen | |

Sparkassenvermögensverwaltungs- und Beteiligungs GmbH & Co. KG Kiel 14,82 %

- Neun Investorengruppen um J.C. Flowers & Co. LLC 25,67 %

Über die Gewährträgerhaftung ist in dem Staatsvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und dem Land Schleswig-Holstein vom 23.5.2003 folgendes geregelt:

§ 2

Haftung für Verbindlichkeiten der HSH Nordbank AG

(1) Die am 31. Dezember 2002 vorhandenen Gewährträger der Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale und der Hamburgischen Landesbank – Girozentrale – haften für die Erfüllung sämtlicher Verbindlichkeiten der HSH Nordbank AG. Das gilt auch für die mit der Verschmelzung übertragenen Verbindlichkeiten. Für solche Verbindlichkeiten, die bis zum 18. Juli 2001 vereinbart waren, gilt dies zeitlich unbegrenzt; für danach bis zum 18. Juli 2005 vereinbarte Verbindlichkeiten nur, wenn deren Laufzeit nicht über den 31. Dezember 2015 hinausgeht.

(2) Die Gewährträger im Sinne von Absatz (1) werden ihren Verpflichtungen aus der Gewährträgerhaftung gegenüber den Gläubigern der bis zum 18. Juli 2005 vereinbarten Verbindlichkeiten umgehend nachkommen, sobald sie bei deren Fälligkeit ordnungsgemäß und schriftlich festgestellt haben, dass die Gläubiger dieser Verbindlichkeiten aus dem Vermögen der HSH Nordbank AG nicht befriedigt werden können. Verpflichtungen der HSH Nordbank AG auf Grund übergegangener Gewährträgerhaftung oder vergleichbarer Haftungszusagen sind vereinbart und fällig im Sinne von Absatz (1) und (2) in demselben Zeitpunkt wie die durch eine solche Haftung gesicherte Verbindlichkeit.

(3) Die Gewährträger im Sinne von Absatz (1) haften für diese Verbindlichkeiten als Gesamtschuldner.“

Die Gewährträgerhaftung der Bundesländer für „ihre“ Landesbanken wurde von der Europäischen Kommission als Wettbewerbsverzerrung betrachtet. Aufgrund einer Vereinbarung der Europäischen Kommission und der Regierung der Bundesrepublik Deutschland vom 17.7. 2001 musste die Gewährträgerhaftung nach einer auf den 18.7.2005 gesetzten Frist auslaufen. Alle bis zu diesem Zeitpunkt begründeten neuen Verbindlichkeiten unterfielen ihr aber noch bis zum 31.12.2015.

Die im Hinblick auf die bis zum Stichtag fortbestehenden Staatsgarantien besonders günstigen Refinanzierungsmöglichkeiten wurden von den Landesbanken weidlich genutzt, so auch von der HSH Nordbank AG.⁵

2. Nutzung günstiger Refinanzierungsmöglichkeiten zur Auffüllung des „Credit Investment Portfolios“ (CIP)

Unter dem in den Bilanzen der HSH Nordbank als „Credit Investment Portfolio“ bezeichneten Geschäftsfeld ist das sog.

² Bürgerschaftsdrucksache 19/2428, S. 6.

³ So der Sachverständige Harald Christ auf der Anhörung des Haushaltsausschusses am 24.3.2009.

⁴ So das Mitglied im Aufsichtsrat der HSH Nordbank AG, der Schleswig-Holsteinische Finanzminister Rainer Wiegand, im Hamburger Abendblatt vom 9.12.2008.

⁵ Bürgerschaftsdrucksache 19/2428, S. 2.

Kreditersatzgeschäft zu begreifen: Die ihnen zur Verfügung stehende Liquidität nutzen Banken nicht nur zur Vergabe von Krediten, sondern auch zum Handel und zur Spekulation mit Wertpapieren. Der augenblickliche Vorstandssprecher der HSH Nordbank AG hat in seiner Anhörung vor dem Haushaltsausschuss der Bürgerschaft das Volumen dieser Anlage mit 30 Mrd. Euro bezeichnet und hierzu ausgeführt:

„Das Kreditersatzgeschäft hat man aufgebaut, weil man sehr viel Liquidität hatte und diese Liquidität nicht im klassischen Kreditgeschäft untergebracht hat.“⁶

Dies zeigt sich auch an den Bilanzen der HSH Nordbank AG. Der Konzernbilanz zum 31.12.2006 lässt sich auf der Aktivseite unter 5. b) bb) („Anleihen und Schuldverschreibungen von anderen Emittenten“) entnehmen, dass dieser Posten in jenem Jahr auf insgesamt 44,5 Mrd. Euro angewachsen war (Vorjahr: 35,2 Mrd. Euro). Von diesen Wertpapieren war weniger als die Hälfte (21,6 Mrd. Euro) bei der Deutschen Bundesbank beleihbar (Vorjahr: 18,8 Mrd. Euro)⁷. Das heißt: Ende 2006 hatte die HSH Nordbank AG in ihrem Bestand Wertpapiere mit einem Volumen von 22,9 Mrd. Euro, die für eine Refinanzierung bei den Zentralbanken *unbrauchbar* waren!

Ob die im Rahmen des Kreditersatzgeschäfts erworbenen Wertpapiere alle in der Bilanz erfasst sind, ist hierbei noch fraglich, da ihre Verwaltung zum Teil in die Hände von eigens hierfür geschaffenen „Special Investment Vehicles“ (SIV) gelegt wurden. In einer Anlage 2 zum Protokoll des Haushaltsausschusses vom 13.3.2009 erklärt die Finanzbehörde hierzu:

„Die Bank hat Bestände über den Zeitraum 2003 – 2008 zeitweise in den Vorgängerinstituten, in der Tochtergesellschaft HSH N Sec, in Einzweckgesellschaften und in verschiedenen Portfolioverwaltungen gehalten. Deshalb ergibt sich für diesen langen Zeitraum kein einheitlicher Bestandsnachweis mit allen relevanten Daten in einem System.“⁸

Dass nicht das gesamte Kreditersatzgeschäft in der Bilanz konsolidiert worden ist (und auch sonst einiges außer Kontrolle geraten war), lässt sich auch folgender Äußerung des aktuell für die HSH Nordbank AG tätigen Vorstandssprechers entnehmen:

„Wir müssen feststellen: Es fehlte dort einfach die angemessene Risikokontrolle. Das Kreditersatzgeschäft, in dem Sprengsätze steckten, hatte am Ende ein Volumen von 30 Milliarden Euro. Es wurde vor allem in Luxemburg aufgebaut, fern von der Risikokontrolle der Zentrale. Man hat die Gefahr unterschätzt und dafür einen extrem hohen Preis bezahlt.“⁹

Sowohl die Erklärung der Finanzbehörde als auch die Äußerung des Vorstandssprechers der HSH Nordbank AG bedeuten: eine zentrale Erfassung des Kreditersatzgeschäfts mit Derivaten hat es bei der HSH Nordbank AG *nie* gegeben. Ebenso hat es offenbar eine zentral gesteuerte Risikokontrolle hinsichtlich der im Kreditersatzgeschäft erfassten Wertpapiere *nie* gegeben.

Dass darüber hinaus eine Bank, die ihr Insolvenzrisiko letztlich dem Steuerzahler aufbürden kann, sich zwei zunächst außerhalb der Bilanz agierende „Einzweckgesellschaften“ (*Special Investment Vehicles*) leistet, die von Luxemburg und den Virgin Islands aus (warum von dort?) unbeleihbare Wertpapiere im Umfang mehrerer Milliarden verwalten und

mit ihnen spekulieren, ist ein nicht mehr verständlicher Vorgang.

3. Risiken des Kreditersatzgeschäfts und dessen Steuerung

Das Kreditersatzgeschäft mit Derivaten ist mit erheblichen Risiken verbunden. Dies war spätestens seit dem Zusammenbruch der Barings Bank in 1995 bekannt. Riskante Zins- und Währungsspekulationen ihres Finanzhändlers Nick Leeson führten zu einem Verlust von 1,4 Mrd. USD und zum Bankrott der Barings plc. Ebenso bedeutsam wie dieses Ereignis ist allerdings auch der Beinahe-Zusammenbruch des amerikanischen Hedge-Fonds „Long-Term Capital Management“ (LTCM) im Jahre 1998. LTCM hatte sich auf dem Derivatemarkt verspekuliert. Über Nacht mussten Zentralbanken und private Kreditinstitute Milliarden in das Finanzsystem pumpen, um dessen Kollaps zu vermeiden.¹⁰ Zu den warnenden Signalen zählt auch der im Jahre 2000 erfolgte Zusammenbruch des texanischen Energiehändlers Enron, der im Kern ein Derivatehändler war.¹¹

Diese Risiken wurden schon Ende der Neunzigerjahre in einer Vielzahl von Monographien beschrieben.¹²

Bereits im Juli 1994 hat der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht¹³ seine „Richtlinien für das Risikomanagement im Derivatgeschäft“ herausgegeben, in welchen es hinsichtlich des Risikomanagements bei derartigen Geschäften heißt:

„III. Das Risikomanagement

(...)

2. Wie bei allen risikobehafteten Tätigkeiten sollte das Risikoengagement im Derivatgeschäft vollständig durch eine angemessene Eigenkapitalbasis unterlegt sein. Das Institut

⁶ *Nonnenmacher* im Protokoll der öffentlichen Sitzung des Haushaltsausschusses vom 17.2.2009, S. 9. Mit „sehr viel Liquidität“ hatte man sich bei der HSH Nordbank AG gerade im Hinblick auf die am 18.7.2005 auslaufende Gewährträgerhaftung – quasi auf Vorrat – eingedeckt.

⁷ Die Geschäftsberichte sind alle im Internet veröffentlicht. Erhellend mag ein Vergleich mit einer anderen großen Regionalbank, der Hamburger Sparkasse, sein: In ihrer Bilanz für 2005 konsolidierte sie unter „Anleihen und Schuldverschreibungen von anderen Emittenten“ ein Volumen von 1,106 Mrd. Euro; hiervon wurden ausgewiesen als „beleihbar bei der Deutschen Bundesbank“: 1,105 Mrd. Euro!

⁸ Protokoll des Haushaltsausschusses vom 13.3.2009, S. 62 (meine Hervorhebung). Einer Meldung des Handelsblatts vom 23.8.2007 ist zu entnehmen, dass die HSH Nordbank AG – so ihr damaliger Vorstandssprecher Berger – über zwei Zweckgesellschaften am Markt für verbrieft Forderungen (ABS) engagiert sei. Die Namen dieser Vehikel seien „Poseidon“ und „Carrera“. Dass diese Zweckgesellschaften zunächst außerbilanziell geführt wurden und erst, als sie sich auf dem Markt nicht mehr refinanzieren konnten, in die Bilanz aufgenommen wurden, hat der damalige Vorstandssprecher Berger in einer Anhörung des Finanzausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtages am 6.11.2008 ausdrücklich bestätigt (Niederschrift der 107. Sitzung Finanzausschusses der 16. WP, S. 19).

⁹ *Nonnenmacher*, in: Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung Nr. 12/2008 vom 22.3.2009, S. 33.

¹⁰ DIE ZEIT Nr. 21/2005 vom 19.5.2005, S. 39.

¹¹ DIE ZEIT a.a.O., S. 9.

¹² Vgl. nur *von Westphalen*, Derivatgeschäfte, Risikomanagement und Aufsichtsratshaftung, Baden-Baden 2000.

¹³ Der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht ist bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich angesiedelt und aus Vertretern der Notenbanken und Bankaufsichtsbehörden der Länder der Zehnergruppe sowie Luxemburgs zusammengesetzt. Die Ergebnisse des Basler Ausschusses werden als *Empfehlungen* für international tätige Kreditinstitute veröffentlicht. Neben die Empfehlungen des Basler Ausschusses hinsichtlich des Derivatgeschäftes sind 2005 ergänzend die Bestimmungen der „Mindestanforderungen an das Risikomanagement“ (MaRisK) sowie die 2006 durch das Bundesministerium der Finanzen erlassene Solvabilitätsverordnung (SolvV) getreten. (vgl. dort insbesondere § 317 V).

sollte sich vergewissern, dass sein Eigenkapitalbasis stark genug ist, um alle Derivatrisiken auf vollständig konsolidierter Basis zu tragen, und dass in allen Konzerneinheiten, die im Derivatgeschäft tätig sind, angemessene Eigenmittel vorhanden sind.“¹⁴

Dass die Relation zwischen einem Eigenkapital in Höhe von 7,17 Mrd. Euro in 2006¹⁵ und einem CIP-Portfolio in Höhe von allein ca. 30 Mrd. Euro – auch im Hinblick auf eine Bilanzsumme von 189 Mrd. Euro in 2006 – nicht stimmt, erhellt sich nicht erst aus einer retrospektiven Betrachtung. Das war schon *damals*, hätten die Vorstände sowie die Mitglieder des Aufsichtsrates pflichtgemäß die Richtlinien des Basler Ausschusses beherzigt, eine ihnen zugängliche Erkenntnis.

Die gefährliche Diskrepanz zwischen Eigenkapital und dem Volumen des Kreditersatzgeschäfts wird immerhin durch den aktuellen Aufsichtsratsvorsitzenden eingeräumt (wenn auch nur „aus heutiger Sicht“):

„Dieses Kreditersatzgeschäft-Portfolio war, das muss man aus heutiger Sicht sagen, vor dem Hintergrund des niedrigen Eigenkapitals der Bank und ihres Risikomanagements zu groß.“¹⁶

Eine weitere wesentliche Vorgabe des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht wurde offenbar ebenfalls bei der HSH Nordbank AG zu keinem Zeitpunkt berücksichtigt:

„Die Analyse von Spannungssituationen, einschließlich des Zusammentreffens von Marktgeschehnissen, die sich nachteilig auf die Bank auswirken könnten, ist ein weiterer Aspekt des Risikomanagements. Zu einer soliden Praxis des Risikomanagements gehört es, mögliche Ereignisse oder Verhaltensänderungen der Märkte mit potentiell negativen Konsequenzen für das Institut zu bestimmen und zu beurteilen, ob das Institut sie verkraften könnte. **Diese Analysen sollten nicht nur ungünstige Ereignisse in Betracht ziehen, die mehr oder weniger wahrscheinlich sind, sondern auch den ‚schlimmsten Fall‘.** Idealerweise erfolgt eine solche Analyse des ‚schlimmsten Falls‘ auf der Ebene des gesamten Instituts und bezieht die Wirkungen ungewöhnlicher Änderungen von Preisen oder Volatilitäten, einer Illiquidität des Marktes oder des Ausfalls einer wichtigen Gegenpartei sowohl auf die Handelsportefeuilles im Derivat- und im Kassageschäft als auch auf die Kredit- und Refinanzierungsportefeuilles mit ein.“¹⁷

Der nunmehr eingetretene „worst case“, nämlich dass für die im CIP angesammelten Papiere „kein Markt da ist“¹⁸, war in der Richtlinie des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht ausdrücklich angesprochen worden. Dessen Einbeziehung in das Risikomanagement hatte der Basler Ausschuss ausdrücklich gefordert. Die Simulation dieses „worst case“ und die Betrachtung seiner Auswirkungen auf „der Ebene des gesamten Instituts“ hatten aber bei der HSH Nordbank AG offenkundig nie stattgefunden, was der Schleswig-Holsteinische Finanzminister Wiegard – nicht nur Angehöriger des Aufsichtsrats der HSH Nordbank AG, sondern sogar Mitglied in dessen Risikoausschuss – ohne Umschweife eingeräumt hat:

„Die Risiken waren nicht einmal annähernd zu erkennen. Bei der Bank sind externe Wirtschaftsprüfer, die Bundesbank und die Bankenaufsicht sowie ein privater Investor mit großer Erfahrung involviert. **Von keiner Seite gab es Hinweise, dass Risiken in der aufgetretenen Dimension auf die Bank zukommen könnten.**“¹⁹

Doch: Es gab sie durch den Basler Ausschuss für Bankenaufsicht und durch die Erfahrungen der Vergangenheit (Barings Bank). Wäre die Richtlinie des Basler Ausschusses beachtet worden, hätte deutlich werden müssen, dass im Falle eines Zusammenbruchs des Derivatemarktes ein plötzlich nicht mehr handelbarer²⁰ Bestand von Derivaten mit einem Volumen von zeitweise bis zu 30 Mrd. Euro zum unmittelbaren Kollaps der gesamten Bank führen würde.²¹

Im Übrigen mehrten sich bereits seit Mitte 2005 die Hinweise auf ein Platzen der Immobilienblase in den USA. Einem Bericht der FAZ vom 23.6.2005 ist folgendes zu entnehmen:

„Hinweise auf Immobilienpreisblase in Amerika Fannie Mae warnt vor immer riskanteren Hypothekendarlehen / Einlagensicherungsverein hält viele regionale Märkte für überhitzt.“

ctg. WASHINGTON, 22. Juni. Befürchtungen, auf dem amerikanischen Immobilienmarkt könne eine gefährliche spekulative Blase entstanden sein, haben neue Nahrung erhalten. In vielen Teilen des Landes gleiche die Lage jener, wie sie vor dem Zerplatzen früherer Preisblasen geherrscht habe, warnt die staatlich geförderte Immobilienfinanzierungsgesellschaft Fannie Mae. Die staatliche Einlagensicherungsorganisation FDIC beurteilt die Preisentwicklung ähnlich und prophezeit einen empfindlichen Dämpfer für die amerikanische Konjunktur, falls die **Immobilienpreise tatsächlich einbrechen sollten.**

Fannie Mae verweist zur Begründung auf die gestiegene Zahl riskanter Hypothekendarlehen. In vielen Fällen verzichteten die Banken auf die Vorlage einer vollständigen Aufstellung der Vermögensverhältnisse ihrer Kunden oder gestatteten ihnen, über lange Zeit nur die Zinsen zu zahlen und den eigentlichen Kreditbetrag nicht zu tilgen. Besorgniserregend ist nach Ansicht von Fannie Mae auch das zunehmend höhere Beleihungsniveau. Im vergangenen Jahr habe die durchschnittliche Hypothek 91 Prozent des Immobilienwertes betragen. Im Jahr 2001 waren es noch 85 Prozent gewesen. Damit ist die Gefahr gestiegen, daß im Falle eines Preiseinbruchs der tatsächliche Wert des Hauses deutlich unter den Restwert der Hypothek fällt. Fannie Mae und die Schwesterorganisation Freddie Mac vergeben selbst keine Hypothekendarlehen an Private.

Vielmehr kaufen sie Darlehen traditioneller Banken auf, bündeln diese und benutzen sie als Sicherheit für Kapitalmarktanleihen. Durch ihr Engagement auf dem Sekundärmarkt für Hypothekendarlehen versetzen sie Kreditinstitute in die Lage, zusätzliche Wohnungsbaukredite zu vergeben. Die Förderung des Wohneigentums ist der gesetzliche Auftrag von Freddie Mac und Fannie Mae.“²²

¹⁴ Hervorhebung d. Verf. Die Richtlinien der heute noch maßgeblichen Richtlinien des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht sind im Internet zu finden unter: <http://www.bis.org/publ/bcbs14de.pdf>.

¹⁵ Diese Zahl ist dem Geschäftsbericht für 2006 (S. 99) zu entnehmen; in der Bürgerschaftsdrucksache 19/1513 vom 18.11.2008 werden die „Eigenmittel“ für den 31.12.2006 mit 12,3 Mrd. Euro angegeben.

¹⁶ Peiner, in: Hamburger Abendblatt vom 23.2.2009.

¹⁷ Ziff. III. 6 der Richtlinien.

¹⁸ Wiegard, in: Hamburger Abendblatt vom 9.12.2008.

¹⁹ Wiegard a.a.O.

²⁰ Und auch bei den Zentralbanken nicht beleihbarer!

²¹ Vgl. auch die Kritik des Sächsischen Landesrechnungshofs an dem ebenfalls eingegengten Risikomanagement bei der SachsenLB, Sonderbericht nach § 99 SÄHO zur Landesbank Sachsen Girozentrale, März 2009, S. 45.

²² FAZ vom 23.06.2005, Nr. 143, S. 21.

Und der Sächsische Landesrechnungshof führt in seinem Anfang März 2009 vorgelegten Sonderbericht hierzu aus:

„Verschiedene Schreiben der Mortgage Insurance Companies (MICA) beginnend im September 2005, aber auch im Jahre 2006 wiesen wiederholt umfangreich auf Versäumnisse bei den Kreditvergaben und Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Werthaltigkeit der Kredite hin. In der Konsequenz wurde ein viel zu sorgloser Umgang der Banken bei der Kreditvergabe auf dem amerikanischen Immobilienmarkt beanstandet. Weiter wird ausgeführt, dass Banken zum Teil 75% ihrer Produkte trotz hoher Gewinne verkaufen. Sie riechen das Risiko. Die Frage bleibt, welche Kreditgeber das Risiko noch nicht erkannt haben. Das werden diejenigen sein, die noch engagiert sind, wenn es zu spät ist. Diese Hinweise darauf, dass die Ratings für verbrieftete Kredite nicht zutreffend sein können, entgingen offensichtlich den Verantwortlichen der SLB.“²³

Die Missachtung der Vorgaben des Basler Ausschusses und die Blindheit gegenüber den seit Mitte Mai 2005 einsetzenden Warnungen hinsichtlich der Immobilienpreisblase in den USA ging bei den Mitgliedern des Vorstandes der HSH Nordbank AG, unbeanstandet durch den Aufsichtsrat, einher mit einer Verblendung hinsichtlich der Aufgaben und den Verpflichtungen einer Landesbank. Dies artikulierte sich in dem Geschäftsziel einer Eigenkapitalrendite von 15 % im Geschäftsbericht 2005,²⁴ die im Frühjahr 2007 sogar noch auf 15,5 % erhöht wurde.²⁵ In eben diesem Geschäftsbericht wurde auch der Weg aufgezeigt, wie man dieses Geschäftsziel (u.a.) erreichen wollte:

„Um zusätzliche Wachstumschancen noch besser wahrnehmen zu können, intensivieren wir das Bilanzmanagement und nutzen verstärkt Instrumente wie Verbriefungstransaktionen und Syndizierungen.“

Obwohl die Kunde von den Flurschäden der amerikanischen Immobilienbranche zu diesem Zeitpunkt längst nach Deutschland vorgedrungen war, bekannte sich der damalige Vorstandsvorsitzende der HSH Nordbank AG noch im Frühjahr 2007 zum „verstärkten Einsatz von Verbriefungstransaktionen und Syndizierungen“!

Wer als Bankkaufmann Renditen in Höhe von 15% und mehr propagiert, bekennt sich zu Geschäften mit hohem Risiko,²⁶ handelt unseriös und pflichtwidrig.

4. Rechtliche Bewertung

Gemäß § 93 I 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Für die Mitglieder des Aufsichtsrats gilt dieser Maßstab entsprechend (§ 116 AktG). Durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich wurde 1998 außerdem in das Aktiengesetz noch der § 91 II AktG eingefügt:

„Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.“

Für das Bankenwesen gibt es darüber hinaus noch Spezialvorschriften, die sich mit der Risikokontrolle befassen (§ 25a I KWG) und die qualitativen Anforderungen hieran formulieren (§ 317 SolvV) sowie die bis zum Dezember 2005 gültigen

„Mindestanforderung an das Handelsgeschäft bei Kreditinstituten“ (MaH) und die daran anschließenden „Mindestanforderungen für das Risikomanagement“ (MaRisk). Überlagert werden diese zum Teil durch die Empfehlungen des Basler Ausschusses, welche zwar nicht unmittelbar verbindlich sind, im internationalen Finanzwesen jedoch allgemein gültige Maßstäbe setzen.

Der BGH hat bereits vor Inkrafttreten des § 91 II StGB in seinem Herstatt-Urteil²⁷ auf die Organisations- und Überwachungspflichten des Vorstandes bei riskanten Devisenhandelsgeschäften – ein gleiches muss gelten für Derivatgeschäfte²⁸ – hingewiesen, um Schaden vom Unternehmen abzuwenden. Ein Vorstand verstößt durch die Verletzung der bankaufsichtsrechtlich festgelegten Standards ordnungsgemäßer Geschäftsführung beim Risikomanagement zugleich in grober Weise gegen seine Pflichten aus dem Dienstvertrag.²⁹ Der Vorstand einer Kapitalgesellschaft hat die Pflicht, das ihm treuhänderisch in der Aktiengesellschaft anvertraute Vermögen der Aktionäre wie ein sorgfältiger und gewissenhafter Kaufmann zu betreuen. Der Vorstand einer Bank kann die ihm durch kaufmännische Vorsicht zum Schutz des ihm anvertrauten Vermögens gesetzten Grenzen, z.B. Grundstücke nur bis zur Höhe von 60-70 % ihres Werts zu beleihen, auch nicht dadurch umgehen, dass er über ausländische Tochtergesellschaften höher verzinsten zweit- und drittklassige ausländische Grundpfandrechte erwirbt, die annähernd 100 % des aktuellen Grundstückswerts besichern.³⁰

Der 1. Strafsenat des BGH hat in zwei Entscheidungen hinsichtlich der Untreue eines Bankvorstandes, insbesondere in seinem Urteil vom 15.11.2001,³¹ auf die banküblichen Informations- und Prüfungspflichten bei der Kreditvergabe hingewiesen, die durch Richtlinien der Bankenaufsicht konkretisiert werden. Nichts anderes muss auch für eigene Handelsgeschäfte der Banken gelten. In den Richtlinien des Bundesaufsichtsamtes für das Handelsgeschäft der Kreditinstitute gab es hinsichtlich der Geschäfte mit Derivaten klare Vorgaben insbesondere bei der Risikokontrolle. Die Risikokontrolle sollte regelmäßig stattfinden, den gesamten Konzern erfassen und auch worst-case-Szenarien mit einschließen. All das hat es bei der HSH Nordbank *nicht* gegeben.

Es kommt hinzu, dass der Vorstand der HSH Nordbank AG, deren Hauptanteilseigner die Länder Hamburg und Schleswig-Holstein, stets darauf Bedacht nehmen musste, dass im Falle einer Insolvenz der Bank die Gewährträgerhaftung dieser beiden Länder greift und letztlich der Steuerzahler für die Verluste der Bank einzustehen hat.

Vor diesem Hintergrund waren ihm risikobehaftete Geschäfte

²³ Sächsischer Landesrechnungshof (Fn. 21), S. 47. Das darin erwähnte Schreiben der Mortgage Insurance Companies of America vom 23.9.2005 ist dem Bericht des Sächsischen Landesrechnungshofs als Anlage im Original und mit Übersetzung beigelegt.

²⁴ Stuhlmann, Geschäftsbericht 2005, S. 2.

²⁵ Berger, Geschäftsbericht 2006, S. 3.

²⁶ Vgl. nur Hammer in einem wenig später erschienenen Artikel bei ZEIT-Online vom 8.10.2007; im Internet unter: <http://www.zeit.de/online/2007/41/querdax-banken-verluste>.

²⁷ BGHZ 75, 120, 132 f.

²⁸ Säcker, NJW 2008, 3315.

²⁹ Säcker, NJW 2008, 3315.

³⁰ Säcker, NJW 2008, 3315.

³¹ BGHSt 47, 148, 149

te, die spekulativen Charakter trugen, von vornherein *verbotten*. Erst recht war es ihm verboten, risikobehaftete Geschäfte einzugehen, die in ihrem Umfang ein Klumpenrisiko schufen, das sich sofort in einem Kollaps der Bank realisieren würde, sobald der Teilmarkt, den dieses Klumpenrisiko betraf, zusammenbricht.

Der Vorstand der HSH Nordbank AG hat offenbar zu keinem Zeitpunkt diese Möglichkeit – Zusammenbruch des Derivatehandels – in seine Risikoüberlegungen einbezogen, geschweige denn dessen Auswirkungen auf das Gesamtgeschäft der Bank und die finanzielle Leistungsfähigkeit seiner beiden wesentlichen Anteilseigner bedacht. Frühzeitige Hinweise auf eine konkrete Gefährdung des Derivatehandels wurden von ihm nicht aufgenommen, geschweige denn bei der Risikoanalyse verarbeitet.

Generell keine Rechtfertigung ist in dem Umstand zu finden, dass auch andere Banken, insbesondere Landesbanken, sich am Kreditersatzgeschäft beteiligt haben. Unabhängig hiervon: Zwar leiden fast alle Kreditinstitute unter den Auswirkungen der Finanzkrise. Dennoch haben sich viele an dem Spekulationsgeschäft mit Derivaten *nicht* beteiligt und schreiben noch heute schwarze Zahlen.³²

Auch dem Aufsichtsrat der HSH Nordbank AG oblag eine Vermögensfürsorgepflicht, die er hinsichtlich des Kreditersatzgeschäfts offenkundig nicht wahrgenommen hat. Sie konnten im Frühjahr 2007 dem Geschäftsbericht für 2006 entnehmen: Die HSH Nordbank AG hatte in ihrem Bestand Wertpapiere mit einem Volumen von 22,9 Mrd. Euro, die für eine Refinanzierung bei den Zentralbanken *unbrauchbar* waren! Sie konnten diesem Geschäftsbericht zugleich entnehmen, dass der damalige Vorstandsvorsitzende weiterhin mit „*verstärktem Einsatz von Verbriefungstransaktionen und Syndizierungen*“ Geld verdienen wollte und ein Renditeziel von 15,5 % propagierte. Ein solches Renditeziel – das musste den Aufsichtsratsmitgliedern bewusst sein – war nur zu erzielen durch die Beteiligung an Spekulationsgeschäften und die

Übernahme erhöhter, mit den Aufgaben der Landesbank nicht vereinbarer Risiken.

Die auch den Aufsichtsratsmitgliedern obliegende Pflicht zur Vermögensfürsorge ist hinsichtlich der vom Senat der Freien und Hansestadt Hamburg in den Aufsichtsrat entsandten Mitglieder noch zusätzlich dadurch erhöht, dass diese „*bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen staatlichen Interessen (zu berücksichtigen)*“ haben (§ 65 V Landeshaushaltsordnung). Mit diesen staatlichen Interessen war die Beteiligung der Bank an risikobehafteten Kreditersatzgeschäften, welche geeignet waren (und sind), den Bestand der Bank und letztlich auch des Landes Hamburg zu gefährden, nicht vereinbar.

Der Schaden im Sinne des Untreuevorwurfs ist eingetreten. Die HSH Nordbank AG hat zur Zeit einen Wertberichtigungsbedarf in Höhe von 2,8 Mrd. Euro. Bei diesem Wert wird es nicht bleiben.

Eine Beihilfe zur Untreue könnte möglicherweise den in den Jahren 2004 und 2007 tätig gewesenen Abschlussprüfern vorzuwerfen sein. Den Bestätigungsvermerken in jenen Jahren ist kein Hinweis auf Gefährdungen zu entnehmen, die sich aus dem Volumen des aus dem Jahresabschluss ersichtlichen Kreditersatzgeschäfts und des damit einhergehenden erhöhten Klumpenrisikos ergeben.³³

Wir werden sehen, ob meteorologische Retrospektiven über die Entwicklung eines Tsunami oder die an dichten Fakten orientierte Rekonstruktion des tatsächlich Geschehenen den „Preis der Freiheit“, nämlich die Zurechnung von Verantwortung, bestimmen. Die Neunmalklugen, die es im Nachhinein stets besser wissen, sind wir Strafrechtler allemal. Das ist unsere Profession und manchmal auch unsere zweite Natur. ■

³² So die Norddeutsche Landesbank (NordLB), die den Ländern Niedersachsen und Sachsen-Anhalt sowie deren Sparkassen gehört; vgl. FAZ Nr. 71/2009 vom 25.3.2009, S. 18.

³³ Vgl. auch Sächsischer Landesrechnungshof (Fn. 20), S. 59 f.

■ International

Karsten Grillitsch, LL.M. (Christchurch), Hamburg*

Just War and Jihad – The Ethics of War in Early Christianity and Islam

A. Introduction

Since the beginning of history, human communities have engaged in armed conflicts as a method of dispute resolution; therefore, war may be called one of the constant realities of human existence. At the same time, there has also been a tendency within practically every human civilization to impose moral and other restraints on warfare and violence.¹

Still, it was especially within the Western moral, legal, and political arena that the questions of when and how war is appropriate have been the subject of a great deal of examination.² This effort Western culture has made to regulate and restrain violence culminates in the just war tradition, which has received widespread acceptance both within Western culture and in the international community as a means by which a war may be determined justified or not.³

Reflection on the restraint of war, however, is not limited to the Christian tradition. Although in the wake of the terrorist attacks of 11 September 2001 the attention of many Western policymakers and scholars has been captured by a vision of Islam that appears to be militant and violent, the moderation of violence is in fact central to Islamic thought. In spite of this appeasing element, newspapers today are almost daily filled with references – often accompanied by a rising note of hysteria – to *jihad*, the Arabic word commonly, and mislea-

* The author graduated from Bucerius Law School in 2003. In 2007 he was an LL.M. student at the University of Canterbury in Christchurch, New Zealand.

¹ Johnson, Just War Tradition and the Restraint of War, 41.

² Ibid., at XXIV.

³ Ibid., at 41.

dingly,⁴ translated as holy war. One consequence is that *jihad* has become part of common parlance in the Western world. This familiarity with the phenomenon of *jihad* provides a unique opportunity to demonstrate an understanding of Islam's relation to the use of violence that goes beyond a verbatim reading of some *Quranic* verses and, thus, contrasts both, Western preconceptions as well as the omnipresent doctrinal pronouncements of some violent fundamentalist groups.

In an effort to demonstrate differences and similarities between Christian and Islamic approaches to the restraint of war, this paper will first focus on the sources of the just war tradition and identify the elements of *ius ad bellum* according to *St. Augustine of Hippo* and *St. Thomas Aquinas* (Part B).⁵ Part C, then, enlarges on the Islamic notion of *jihad* and shows how the Muslim philosopher *Averroes* led his religion towards greater convergence with the Christian teachings on war. Finally, Part D concludes that including religious viewpoints into the dialogue between the Western and the Muslim worlds may help to create a mutual basis for an intercultural discourse about politically motivated violence.

B. Ethics of War Part One – The Christian Just War Tradition

Among the many problems of Christian ethics, the most urgent and challenging was and still is that of the Christian attitude to war. Christian and secular scholars have frequently occupied themselves with this problem in the past. Today, however, a 'new era of religious terrorism'⁶ has led to a veritable renaissance in just war theorizing.⁷ As this tradition debates moral obligations in relation to violence and the use of force, the thrust of the just war tradition, thus, is not to argue against war as such, but to surround both the resort to war and its conduct with conditions and moral constraints.⁸

I. Can Wars be 'Just'?

Since the just war theory tries to provide applicable guidelines to the justification and restraint of war, the term *just war* is somewhat misleading, as it is suggesting that there may be a conflict in which one side is morally perfect.⁹ Historically, the concept of holy wars has made precisely this claim, and advocates of this idea have rendered such conflicts by analogy with heavenly battles between the forces of light and darkness.¹⁰ Although the contemporary concept of a so-called war on terror often uses similar terms, it is worth noting that the greater component of the just war tradition has always been addressed to mundane matters, to relative value judgments about conflicts of a less apocalyptic nature.¹¹ Indeed, from the sixteenth century onward, when the Spanish theorist Francisco de Vitoria argued against dissimilarity in religion as a just cause for war, the concept of holy war has been separated from thought on the justification and restraint of war.¹² Thus, if there has never been a just war in a sense of absolute justice and utter moral authority, it is obvious that a decision to wage war contains an element of tragedy since there is a loss for every gain.¹³ As an eloquent commentator of the just war theory annotated: 'If one's own side is not an incarnation of good, it is equally true that one's enemies are not the embodiment of evil.'¹⁴

Therefore, it would be more exact to speak of *justified* or *justifiable* wars, implying that, inevitably, some kind of balancing applies to the decision of going to war. However, the term

just war is used by tradition and, for that reason, will be used in this paper.

II. Main Sources of Early Christian Just War Theory

As mentioned before, the concept of *ius ad bellum* has a long pedigree and includes the contributions of philosophers and theologians dating back to Greek and Roman times.¹⁵ Since the specifically Christian element of the just war thought derives in a large measure from *St. Augustine of Hippo* (354 – 430), his work on this particular subject is the best place to begin with an examination of early Christian just war theory.

1. St. Augustine

Early Christian approaches to war were mainly pacifistic in nature,¹⁶ due to a focus in the early Church to the notion that Christians had to keep themselves separate from the world.¹⁷ Initial Christian pacifism was deeply influenced by this theme of separation, mainly caused by periodic waves of repression and persecution.¹⁸ Furthermore, *Tertullian* (160 – 220) and other early pacifists were aware of the tension between the Old Testament with its bloodthirsty wars and the New Testament with Christ's command, if struck on one cheek, to turn the other.¹⁹ Consequently, *Tertullian*, ex

⁴ See infra III.1. See also, e.g., *Lawrence*, Holy War (*Jihad*) in Islamic Religion and Nation-State, 141, 146, in: *Johnson/Kelsay* (Eds.), *Just War and Jihad*; *Silverman*, Just War, Jihad, and Terrorism: A Comparison of Western and Islamic Norms for the Use of Political Violence, 151, in: *Martin* (Ed.), *The New Era of Terrorism*.

⁵ Quite contrary to the *Quran*, the Old Testament does not contain specific provisions regarding just wars. A commentator even notes that nothing in the Old Testament provided a vocabulary for a moral investigation of war, see *Walzer*, Law, Politics, and Morality in Judaism, 158. Furthermore, the New Testament is generally lacking teachings on warfare. Naturally, Part B will focus on the scholarly interpretation of the Bible, whereas Part C commences with textual references to the *Quran*.

⁶ *Martin*, *The New Era of Terrorism*, 148.

⁷ See, e.g., *Coverdale*, An Introduction to the Just War Tradition, 16 *Pace Int'l L. Rev.* 221; *Elshain*, The Just War Tradition and Natural Law, 28 *Fordham Int'l L. J.* 742; *Lee*, The Augustinian Just War Tradition and the Problem of Pretext in Humanitarian Intervention, 28 *Fordham Int'l L. J.* 756; *Rychlak*, Just War Theory, International Law, and the War in Iraq, 2 *Ave Maria L. Rev.* 1; *Wingfield*, The Convergence of Traditional Theory and Modern Reality: Just War Doctrine and Tyrannical Regimes, 2 *Ave Maria L. Rev.* 93.

⁸ *Fixdal/Smith*, Humanitarian Intervention and Just War, 42 *Mershon Int'l Studies Rev.* 283 (286).

⁹ *Johnson*, Just War Tradition and the Restraint of War, XXXIII.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, at 95-96. A first notion of a holy Christian war can be found in the writings of *Ambrose* (330 – 397), who believed that defending the Roman Empire from barbarians and defending the faith were indistinguishable from another. *Bellier*, Unilateral and Multilateral Self-Defense, 58 *Maine L. Rev.* 508 (522).

¹³ *Johnson*, Just War Tradition and the Restraint of War, XXXIV.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ See, e.g., *Bellier*, 58 *Maine L. Rev.* 508 (522); *Sorabji*, Just War from Ancient Origins to the Conquistadors Debate and its Modern Relevance, 13-15, in: *Sorabji/Rodin* (Eds.), *The Ethics of War*.

¹⁶ See, e.g., *Cadoux*, The Early Christian Attitude to War, 49-160; *Fixdal/Smith*, 42 *Mershon Int'l Studies Rev.* 283 (287); *Totten*, Using Force First: Moral Tradition and the Case For Revision, 43 *Stan. J. Int'l L.* 95 (102-103).

¹⁷ See *Johnson*, Just War Tradition and the Restraint of War, XXVII. See also *Salisbury*, 'In Vain Have I Smitten Your Children' – Augustine Defines Just War, 203 (204), in: *Hoffmann* (Ed.), *The Just War and Jihad*.

¹⁸ *Johnson*, Just War Tradition and the Restraint of War, XXVIII.

¹⁹ *Cadoux*, The Early Christian Attitude to War, 49; *Sorabji*, Just War from Ancient Origins to the Conquistadors Debate and its Modern Relevance, 15.

pressed the theme of Christian reticence to participate in worldly affairs when asking: ‘But how will a *Christian man* war, nay, how will he serve even in peace, without a sword, which the Lord has taken away? For albeit soldiers had come unto John, and had received the formula of their rule; albeit, likewise, a centurion had believed; *still* the Lord afterward, in disarming Peter, [disarmed] every soldier [thereafter].’²⁰

However, with the increasing political and social influence of the Christian Church, different sects emerged and, eventually, Christians began to fight Christians.²¹ Thus, Christian theologians during the fourth and fifth century began to develop justifications for the use of force.²² In view of that, the relevant parts of *Augustine’s* major work *The City of God Against the Pagans* (hereinafter *City of God*) can be interpreted as an effort to move away from Christian pacifism without ceding Christian virtues.²³ However, although *Augustine* attempted to reconcile war to the Christian ethic of love, he did not embrace war and its bloodshed eagerly, as suggested by some commentators.²⁴ Quite the contrary is true. The relevant passages of his *City of God* abound with sympathetic references: ‘Let everyone, therefore, who reflects with pain upon such great evils, upon such horror and cruelty, acknowledge that this is a misery. And if anyone either endures them or thinks of them without anguish of soul, his condition is still more miserable: for he thinks himself happy only because he has lost all human feeling.’²⁵

Yet *Augustine* did believe that some wars at least could be just and that as such they served as instruments of God’s will. Nonetheless, one of the essential maxims underlying *Augustine’s* political thought is that all nations desire peace. As he explains in *City of God*: ‘[T]here is no one who does not wish to have peace. Indeed, even when men choose to wage war, they desire nothing but victory. By means of war, therefore, they desire to achieve peace with glory [...] Wars themselves, then, are conducted with the intention of peace.’²⁶

So, if war is sometimes a necessary means of attaining peace, *Augustine* asks, what is the evil in war?²⁷ In answering this question, just like his pacifist predecessors, he refers to the biblical example of John. However, *Augustine* interprets this passage of the Bible as to allow warfare: ‘Otherwise John, when the soldiers came to be baptized asked, What shall we do? Would have replied, Throw away your arms; give up the service; never strike, or wound, or disable any one. But knowing that such actions in battle were not murderous, but authorized by law, and that the soldiers did thus not avenge themselves, but defend the public safety, he replied, “Do violence to no man, accuse no man falsely, and be content with your wages.”’²⁸

Therefore, *Augustine* deduces: ‘The real evils in war are love of violence, revengeful cruelty, fierce and implacable enmity, wild resistance, and the lust of power.’²⁹

Given this tendency of war to cause evil, a goal of temporal peace alone is not sufficient in *Augustine’s* view to justify resort to such violence.³⁰ Thus, the peace which is the proper end of a war must be some kind of true, sustainable peace, which *Augustine* describes as a condition of tranquillity based upon justice:³¹ ‘[t]he peace of all things lies in the tranquillity of order.’³² In his view, a war which seeks to achieve or restore this kind of peace is a just war. Therefore, a just war will result from the necessity: ‘[T]o avenge injuries, when the

nation or city against which warlike action is to be directed has neglected either to punish wrongs committed by its own citizens or to restore what has been unjustly taken by it.’³³

Obviously, juridical and moral orders are closely connected in *Augustine’s* view, reflecting a naturalistic approach to the *ius ad bellum*.³⁴ Hence, if one legal entity violates the right of another it has also broken the moral law. This is the fundamental fact which explains *Augustine’s* concept of a just war as an action designed above all to restore a violated moral order.³⁵

Furthermore, for a war to be just, it must be fought not only for the right reasons, but also waged under rightful authority. As *Augustine* explains:

‘A great deal depends on the causes for which men undertake wars, and on the authority they have for doing so; for the natural order which seeks the peace of mankind, ordains that the monarch should have the power of undertaking war.’³⁶

Warfare which is declared by unlawful authority, therefore, fails to meet this criteria, as does warfare which is not directed toward peace and the protection of the common good.³⁷

2. Thomas Aquinas

The second major Christian thinker to deal with the issue of just war was *St. Thomas Aquinas* (1225-1274).³⁸ *Aquinas* explicitly based himself upon *Augustine’s* view of war³⁹ and, in elaborating on *Augustine’s* teachings, further refined the just war doctrine. In explicating his theory regarding the justness of war, *Aquinas* focuses on defining the right to wage war and the importance of the intent which stands behind the decision to go to war.⁴⁰ In his attempt to formulate a rule which

²⁰ *Tertullian*, On Idolatry, Chapter XIX, in: *Roberts/Donaldson* (Eds.), *The Ante-Nicene Fathers of the Christian Church*. Italics original.

²¹ *Salisbury*, ‘In Vain Have I Smitten Your Children’ – *Augustine* Defines Just War, 203 (207-208).

²² See *Hartigan*, Saint *Augustine* on War and Killing: The Problem of the Innocent, 27 *J. Hist. Ideas* 195 (198); *Rychlak*, 2 *Ave Maria L. Rev.* 1 (5); *Salisbury*, ‘In Vain Have I Smitten Your Children’ – *Augustine* Defines Just War, 203 (208).

²³ *Hartigan*, 27 *J. Hist. Ideas* 195 (198).

²⁴ See, e.g., *Rychlak*, who states that ‘*Augustine* saw war as not only excusable, but even commendable.’, 2 *Ave Maria L. Rev.* 1 (5).

²⁵ *Augustine*, *The City of God Against the Pagans*, Book XIX, Chapter 7.

²⁶ *Ibid*, Chapter 12.

²⁷ *Augustine*, *Contra Faustum Manichæum*, Book XXII, Chapter 74, in: *Schaff* (Ed.), *Nicene and Post-Nicene Fathers of the Christian Church*.

²⁸ *Ibid*.

²⁹ *Ibid*.

³⁰ *Hartigan*, 27 *J. Hist. Ideas* 195 (198).

³¹ *Ibid*, at 199.

³² *Augustine*, *The City of God Against the Pagans*, Book XIX, Chapter 13.

³³ *Hartigan*, 27 *J. Hist. Ideas* 195 (199), citing *Augustine*, *Questiones in Heptateuchum*, Book VI, Chapter 10.

³⁴ The basic premise of the natural law tradition is that positive law must be in accord with a higher moral law. See *Raines*, *Osama, Augustine, and Assassination: The Just War Doctrine and Targeted Killings*, 12 *Transnat’l L. & Contemp. Probs.* 217 (220-221).

³⁵ *Ibid*. See also *Elshstain*, 28 *Fordham Int’l L. J.* 742 (752); *Falvey*, *Our Cause Is Just: An Analysis of Operation Iraqi Freedom under International Law and the Just War Doctrine*, 2 *Ave Maria L. Rev.* 65 (67).

³⁶ *Augustine*, *Contra Faustum Manichæum*, Book XXII, Chapter 75.

³⁷ *Falvey*, 2 *Ave Maria L. Rev.* 65 (67).

³⁸ See *Aquinas*, *Summa Theologiæ*, Question 40.

³⁹ See *ibid*, article I.

⁴⁰ See *ibid*. See also *Finnis*, *Aquinas – Moral, Political, and Legal Theory*, 285.

would give guidance on these issues, *Aquinas* argues that a war is justified when three conditions are met: 'Three things are required for a war to be just. The first thing is the authority of the sovereign on whose command war is waged. [...] Secondly, a just cause is required. [...] Thirdly, the right intention of those waging war is required.'⁴¹

Regarding the first condition, *Aquinas* emphasises that 'a private person has no business declaring war.'⁴² He argues: 'Since the care of the commonweal is committed to those in authority they are the ones to watch over the public affairs [...]. And just as they use the sword in lawful defence against domestic disturbance when they punish criminals, [...] they lawfully use the sword of war to protect the commonweal from foreign attacks.'⁴³

It goes without saying that the defensive use of violence in response to an attack by outside forces is justified; such self-defence needs no *causa*.⁴⁴ In his discussion of the subject, *Aquinas*, solely relies on *Augustine's* idea of a violated moral order and states that 'those who are attacked are attacked because they deserve it on account of some wrong they have done.'⁴⁵

Finally, by just intent, *Aquinas* means that those waging war 'must intend to promote the good and to avoid evil.'⁴⁶ In tracing this idea back to *Augustine*, he makes explicit *Augustine's* implied idea that a war or single bellicose acts may be unjust because of a perverse intention.⁴⁷ In other words, for *Aquinas*, "intention" covers the whole set of ends and means, from the overarching goal to promote peace and the wellbeing of decent people, right down to the exclusion of cruelty.

III. Interim Result – Elements of *ius ad bellum* according to St. Augustine and St. Thomas Aquinas

The main question *Augustine* and *Aquinas* were facing was whether a Christian could legitimately resort to force. Both answered in the affirmative, departing from the pacifism shared by early Christian thinkers, but argued that for a war to be just certain criteria had to be met. Thus, only a competent authority, charged with the protection of the common good, may wage or call for war. Also, a just cause must exist. Finally, in deciding to wage war an authority must act with right intent, to promote good or avoid evil, avoiding inappropriate interior motives, such as hatred, bloodlust, and vindictiveness. These conditions for a just war, explicitly proposed by *Augustine* and *Aquinas*, are now considered to be core concepts in the just war tradition.⁴⁸

C. Ethics of War Part Two – The Islamic Notion of *Jihad*

An examination of the Islamic attitude towards violence and the restraint of war has to begin with Islam's holy book, the *Quran*. Since Muslims regard the *Quran* as the word of God, it is the central source of moral and social values.⁴⁹ In fact, Islam makes a strong claim that both peace and war are ultimately rooted in divine purposes for human history; thus, the analysis of Islamic thought on the use of violence must take into account the *Quran* as the primary source of the revealed divine will.⁵⁰

The *Quran* itself makes occasional reference to *harb* (war), and frequent reference to *jihad*.⁵¹ However, the *Quran* as a whole conveys an ambivalent attitude toward violence.⁵² On the one hand, oppression of the weak is strongly condemned, but some passages, on the other hand, seem to provide justifi-

cation for the use of war to subdue unbelievers.⁵³ Deciding whether the *Quran* actually condones, or even expects, aggressive war, is left to the judgment of the exegete.⁵⁴

I. The Development and Meaning of *Jihad*

Perhaps because of that ambiguity, the notion of *jihad* is often understood as commanding a holy war.⁵⁵ The Arabic word *jihad*, however, solely means striving, endeavouring, or struggling⁵⁶ and has a basic connotation of an endeavour towards a praiseworthy aim.⁵⁷ In the pre-Islamic period, the term *jihad* was commonly used for physical and intellectual endeavours not necessarily associated with war-making.⁵⁸

However, this usage of the word *jihad* started to change after the revelation of the *Quran* in the early 7th century,⁵⁹ a period characterized by war between the Muslims and other tribes in the Arabian Peninsula.⁶⁰ When the Prophet *Mohammad* and his followers were forced to leave *Mecca* in 622, they were attacked by non-Muslims, and two verses of the *Quran* were revealed about the right to self-defence against aggression: 'Sanction is given unto those who fight because they have been wronged'⁶¹ and 'who have been driven forth from their homes undeservedly.'⁶² In other words, for one to engage in

⁴¹ *Aquinas*, *Summa Theologiae*, Question 40.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Finnis*, 285.

⁴⁵ *Aquinas*, *Summa Theologiae*, Question 40.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Aquinas* refers to the passage cited above: 'The real evils in war are love of violence, revengeful cruelty, fierce and implacable enmity, wild resistance, and the lust of power.', *Augustine*, *Contra Faustum Manichæum*, Book XXII, Chapter 74.

⁴⁸ See, e.g., *Elshtain*, 28 *Fordham Int'l L. J.* 742 (750-751); *Falvey*, 2 *Ave Maria L. Rev.* 65 (66-67); *Fixdal/Smith*, 42 *Mershon Int'l Studies Rev.* 283 (287); *Raines*, 12 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 217 (222).

⁴⁹ See *Donner*, *The Sources of Islamic Conceptions of War*, 31 and 46, in: *Johnson/Kelsay* (Eds.), *Just War and Jihad*.

⁵⁰ *Martin*, *The Religious Foundations of War, Peace and Statecraft in Islam*, 91, in: *Johnson/Kelsay* (Eds.), *Just War and Jihad*.

⁵¹ *Donner*, *The Sources of Islamic Conceptions of War*, 46.

⁵² *Ibid.*, at 47.

⁵³ *Ibid.* See also *infra* III.1.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ See, e.g., *Lawrence*, *Holy War (Jihad) in Islamic Religion and Nation-State*, 141, 146; *Silverman*, *Just War, Jihad, and Terrorism: A Comparison of Western and Islamic Norms for the Use of Political Violence*, 151.

⁵⁶ *Ali/Rehman*, *The Concept of Jihad in Islamic International Law*, 10 *J. Conflict & Security L.* 321 (330); *Bassiouni*, *Evolving Approaches to Jihad: From Self-Defense to Revolutionary and Regime-Change Political Violence*, 8 *Chi. J. Int'l L.* 119 (122); *Euben*, *Killing (For) Politics: Jihad, Martyrdom, and Political Action*, 30 *Pol. Theory* 4 (12); *Peters*, *Jihad in Classical and Modern Islam*, 1; *Porter*, *Osama Bin-Laden, Jihad, and the Sources of International Terrorism*, 13 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 871 (872); *Vogel*, *An Introduction to Law of the Islamic World*, 31 *Int'l J. Legal Info.* 353 (363).

⁵⁷ *Peters*, *Jihad in Classical and Modern Islam*, 1.

⁵⁸ *Bassiouni*, 8 *Chi. J. Int'l L.* 119 (123).

⁵⁹ The *Quran* was revealed to *Mohammad* between 610 and 632 CE in *Mecca* and *Medina*.

⁶⁰ *Bassiouni*, 8 *Chi. J. Int'l L.* 119 (124).

⁶¹ *Ibid.*, at 130, citing the *Quran*, verse 22:39, see *Pickthall*, *The Meaning of the Glorious Koran*, 22:39. Available online at www.sacred-texts.com/isl/pick/022.htm (last visited 16 July 2009). See also *Peters*, *Jihad in Classical and Modern Islam*, 2, stating that this verse is 'traditionally believed to be the first verse dealing with the fighting of the unbelievers', and *Silverman*, *Just War, Jihad, and Terrorism: A Comparison of Western and Islamic Norms for the Use of Political Violence*, 152.

⁶² Verse 22:40. Available online at www.sacred-texts.com/isl/sbe09/022.htm (last visited 16 July 2009).

jihad, one must be defending against an unjust attack and attempting to redress an unjust action.⁶³ Obviously, these two verses address two of the key elements of the Christian just war tradition – the criteria of right intention and just cause; interestingly, juridical and moral orders are as closely connected in the *Quran* as they are according to the teachings of *Augustine* and *Aquinas*.⁶⁴

After his emigration to *Medina*, the Prophet and his followers were still pursued by the *Meccans* who sought to destroy the new State established by *Mohammad*.⁶⁵ Since it was a period during which Islam's survival as a religion and as an *ummah* (nation) was at stake, several pronouncements on fighting and war were revealed to the Prophet as the military situation unfolded.⁶⁶

Following these revelations, the Prophet taught that there are two kinds of *jihad*.⁶⁷ The *jihad al akbar* (greater jihad), involving the individual's constant and eternal struggle with the evil and immoral aspects of the self,⁶⁸ and the *jihad al asgar* (lesser jihad), including the military struggle by Muslims collectively seeking to defend the religion or the community.⁶⁹ This idea of a solely defensive military *jihad*, however, changed as the threat to the Islamic nations' existence abated between the eighth and twelfth centuries.⁷⁰

Today, scholars interpreting the classical texts describe an evolution of the law of military *jihad* and, specifically, identify four historical stages.⁷¹ As described above, the first stage involved peaceful propagation of the faith and emigration to *Medina* by the Prophet and his followers to avoid persecution in *Mecca*. After the *Meccan* enemy continued to persecute the Muslims, a second defensive stage emerged, involving military actions by the Muslims to defend their newly established state in *Medina*.⁷² The third stage of the military *jihad* involved a limited aggressive war constrained by the ancient prohibitions on fighting in the Sacred Months of the year, pursuant to the pre-Islamic tribal practice.⁷³ The fourth stage, giving the unconditional command to fight all unbelievers, occurred after the rapid victory of the Islamic forces on the Arabian Peninsula and the emergence of an expansionist policy, seeking to advance the Islamic cause throughout the rest of the then-known world.⁷⁴ The *Quranic* expression of the military aspects of this last stage is best represented by verse 9:5, which exhorts Muslims to: '[S]lay the idolaters wherever ye find them, and take them (captive), and besiege them, and prepare for them each ambush. But if they repent and establish worship and pay the poor-due, then leave their way free. Lo! Allah is Forgiving, Merciful.'⁷⁵

Acceptance of this evolutionary view of the military *jihad* would lead to the conclusion that the world is still in the fourth stage today and, therefore, an imperialist, aggressive *jihad*, involving unconditional subjugation and forced conversion of non-Muslims at all times, is appropriate and required by Islamic law.⁷⁶

The question whether the community of the faithful is obligated to spread truth by the sword at all times is a central problem to the law of *jihad*.⁷⁷ Although the obligatory nature of the military *jihad* was well-established by the 12th century,⁷⁸ scholars of Islamic law were, and still are, arguing about the possibility of exceptions to this principle. This question emerges from a tension between different verses of the *Quran*. Like other scriptures, the *Quran* is open to numerous interpretations, and scholars of Islamic law must ex-

ert time and effort in reconciling potentially conflicting passages in order to determine what the law requires.⁷⁹ To make matters more complicated, the *Quran* was revealed to the Prophet gradually over a period of 22 years with different revelations concerning different circumstances,⁸⁰ and some passages were meant by God to abrogate earlier passages that were no longer applicable.⁸¹ Due to the fact that the *Quran* is not organised chronologically or along a narrative structure, it is hardly ever clear which passages are meant to abrogate others.⁸²

II. Averroes and the Legal Doctrine of the Military Jihad

One of the most influential Muslim jurists to expound upon the doctrine of the military *jihad* was *Abu'l-Walid Ibn Rushd*, better known as *Averroes* (1126-1198).⁸³ To a similar extent *Augustine* and *Aquinas* dominate the Christian Just War tradition, *Averroes* stands out as a towering figure in the history of the Islamic doctrine of war and peace.⁸⁴ In his legal handbook, *Al-Bidāya*,⁸⁵ he elaborates in great detail on the legitimacy of the use of violence and discusses the 'most important rules'⁸⁶ regulating warfare under the *Quran*. A very significant part of this work is dedicated to explaining discordant views of the law, and grounding each of those views in an interpretation of Islamic legal traditions.

1. Is the Military Jihad Always Obligatory?

Averroes addresses the issue of contradicting verses in the *Quran* in the sixth part of the chapter on *jihad* from the *Al-*

⁶³ *Silverman*, Just War, Jihad, and Terrorism: A Comparison of Western and Islamic Norms for the Use of Political Violence, 151.

⁶⁴ See supra B.II.1.

⁶⁵ *Freamon*, Martyrdom, Suicide, And The Islamic Law Of War: A Short Legal History, 27 *Fordham Int'l L.J.* 299 (314).

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Al-Qazwini*, Just War: An Islamic Perspective, 9 *NEXUS* 79 (84); *Bassiouni*, 8 *Chi. J. Int'l L.* 119 (124); *Freamon*, 27 *Fordham Int'l L.J.* 299 (301); *Nazir-Ali*, Conviction and Conflict, 156.

⁶⁸ *Ali/Rehman*, 10 *J. Conflict & Security L.* 321 (330); *Freamon*, 27 *Fordham Int'l L.J.* 299 (301); *Nazir-Ali*, Conviction and Conflict, 156. See also *Peters*, Jihad in Classical and Modern Islam, 1.

⁶⁹ *Freamon*, 27 *Fordham Int'l L.J.* 299 (301); *Nazir-Ali*, Jihad in Classical and Modern Islam, 156.

⁷⁰ *Freamon*, 27 *Fordham Int'l L.J.* 299 (314-315).

⁷¹ See *Firestone*, Jihad: The Origin of Holy War in Islam, 51-65.

⁷² *Ibid.*, at 53-56.

⁷³ *Ibid.*, at 56-60.

⁷⁴ *Ibid.*, at 60-65.

⁷⁵ See *Pickthall*, The Meaning of the Glorious Koran, 9:5. Available online at www.sacred-texts.com/isl/pick/009.htm (last visited 16 July 2009).

⁷⁶ *Freamon*, 27 *Fordham Int'l L.J.* 299 (315).

⁷⁷ See, e.g., *Silverman*, Just War, Jihad, and Terrorism: A Comparison of Western and Islamic Norms for the Use of Political Violence, 153.

⁷⁸ *Feldman*, War and Reason in Maimonides and Averroes, 106, in: *Sorabji/Rodin (Eds.)*, The Ethics of War; *Silverman*, Just War, Jihad, and Terrorism: A Comparison of Western and Islamic Norms for the Use of Political Violence, 153.

⁷⁹ See *Ali/Rehman*, 10 *J. Conflict & Security L.* 321 (324-326); *Freamon*, 27 *Fordham Int'l L.J.* 299, Footnote 48; *Peters*, 2-3.

⁸⁰ See *Bassiouni*, 8 *Chi. J. Int'l L.* 119.

⁸¹ *Funk*, Traditional Islamic Jurisprudence: Justifying Islamic Law and Government, 20 *Southern U. L. Rev.* 213 (228); *Lawrence*, Holy War (Jihad) in Islamic Religion and Nation-State, 146; *Souaiaia*, On the Sources of Islamic Law and Practices, 20 *J.L. & Religion* 123 (140-143).

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Feldman*, War and Reason in Maimonides and Averroes, 92-93.

⁸⁴ *Peters*, Jihad in Classical and Modern Islam, 27-28.

⁸⁵ *Averroes*, *Al-Bidāya*, Translation in *Peters*, 29-42.

⁸⁶ *Averroes*, Chapter "Jihad", *ibid.* at 29.

Bidāya, which deals with the question when the *Quran* allows Muslims to call a truce in their war against unbelievers.⁸⁷ He begins the chapter by explaining that there exist two different views: ‘The conclusion of truce is considered by some to be permitted from the very outset and without an immediate occasion, provided that the Imam deems it in the interest of the Muslims. Others maintain that it is only allowed when the Muslims are pressed by sheer necessity.’⁸⁸

This controversy, as *Averroes* explains, originates from three contradictory verses in the *Quran*. ‘The controversy about the question whether the conclusion of truce is also allowed with a compulsive reason, is rooted in the fact that the obvious interpretation of [9:5]: “Slay the idolaters wherever you find them,” and that of [9:29]: “Fight those who believe not in God and the Last Day,” contradict that of [8:61]: “And if they incline to peace, do thou incline to it.”’⁸⁹

To put it briefly, the first two verses seem to impose a general obligation on Muslims to fight the military *jihad*. The third verse, on the other hand, is rather appeasing as it instructs the faithful not to incline towards war in case the unbelievers incline towards peace. *Averroes* goes on to explain the relationship between these verses as understood by prominent scholars. ‘Some hold that the verse which commands the Muslims to fight the polytheists until they have been converted [...] abrogates the Peace-verse [...]. Consequently, they maintain that truce is only admissible in cases of necessity. Others are of the opinion that the Peace-verse [8:61] supplements the other two verses and they consider the concluding of truce allowed if the Imam deems it right.’⁹⁰

Unfortunately, *Averroes* does not explicitly indicate which of the two differing views he prefers. Nevertheless, he implies that the so-called Peace-verse may not contradict the other two verses.⁹¹ Since he writes that the contradiction exists only between the ‘obvious interpretation’⁹² of the Peace-verse on the one hand and the two verses requiring war on the other hand, he leaves room for the possibility of an alternative interpretation contrary to the one requiring war at all times.⁹³ This does not mean, however, that for *Averroes* peace was the general principle, and war only sometimes preferable. In the above cited passage, *Averroes* writes that the Peace-verse supplements the other two verses, not vice versa. This suggests that war is the baseline and peace constitutes the exception.⁹⁴

Despite his reticence in the *Al-Bidāya* on the issue of the differing views regarding warfare, *Averroes* comes back to this subject in another work. In his discussion of an aspect in the work of *Aristotle*, he turns to the relationship of war and peace under Islamic law and articulates his thoughts unmistakably: ‘And you can understand this from the laws laid down with respect to war in the law of the Muslims because the command pertaining to war in it is very general to such a point that they destroy root and branch whoever differs with them. Now there are times in which peace is more to be preferred than war. However, since the Muslim masses make this edict of war generally valid despite the impossibility of destroying their enemies completely great damage has attained them on account of their ignorance of the intention of the Lawgiver, the blessings of God be upon him. It is therefore proper to say that peace is preferable at times to war.’⁹⁵

In stating that peace is preferable to war regardless of the generality of the verses ordering war, *Averroes* makes clear that the earlier Peace-verse has not been abrogated by the

other two verses discussed above, but that it rather supplements the later revelations calling for war.⁹⁶ Consequently, the existence of the Peace-verse confers authority on the *Imam* to decide when to pursue a course of peace.⁹⁷ Although general law sets the baseline by recommending war, the existence and proper interpretation of the Peace-verse makes the arrangement practically tractable by establishing the possibility of peace.⁹⁸

2. Interim Result – Rationalisation of Jihad

Averroes’ appraisal of this option is evident. He condemns the ‘Muslim masses’⁹⁹ for their misunderstanding of the command of war, allegedly requiring obedience without exception, despite the impossibility of winning every such war. *Averroes* deplores this ‘ignorance of the intention of the Lawgiver’,¹⁰⁰ which can result in enormous harm. Thus, the view held by some scholars, as mentioned by *Averroes* in the *Al-Bidāya*, that truce is only acceptable in cases of absolute necessity, amounts to a misunderstanding of the *Quran* since harm to the Muslim community cannot be the purpose of the *jihad*. Thus, the duty of war has been rationalised by an interpretation that avoids requiring self-destructive behaviour from the Muslim public.¹⁰¹

D. Conclusion

‘War may always represent a failure of mankind, but it is not always wrong to fight in a war.’¹⁰² This quote describes in simple terms not only the quintessence of *Augustine*’s and *Aquinas*’ teachings on war, but also the just war tradition’s rejection of both the pacifist contention that war is always immoral and the realist contention that war stands outside the confines of moral judgment.¹⁰³ By creating rules that restrain warfare, *Augustine* and *Aquinas* established the idea that war simply is a human activity that has to be subject to moral scrutiny.

The Islamic thought on the restraint of war, on the other hand, starts from a warrior context. Where early Christians such as *Tertullian* were drawn to pacifism and later scholars had to open up the possibility of war, Muslim intellectuals were arguing about whether the aim given by the *Quran* should be to kill all unbelievers, or if there could be exceptions to this principle. While some scholars advocated an application of the more bellicose *Quranic* verses,¹⁰⁴ the great

⁸⁷ See *Averroes*, Part “Truce”, *ibid* at 38–40.

⁸⁸ *Ibid*, at 38.

⁸⁹ *Ibid*, at 39. Italics in Original.

⁹⁰ *Ibid*.

⁹¹ *Feldman*, War and Reason in Maimonides and Averroes, 102.

⁹² *Averroes*, Part “Truce”, in *Peters*, Jihad in Classical and Modern Islam, 39.

⁹³ *Feldman*, War and Reason in Maimonides and Averroes, 102.

⁹⁴ *Feldman*, War and Reason in Maimonides and Averroes, 106.

⁹⁵ *Berman*, *Averroes*’ Commentary on Plato’s ‘Republic’ by E. I. J. Rosenthal, Book Review, 21 *Oriens* 436 (439).

⁹⁶ *Feldman*, War and Reason in Maimonides and Averroes, 103.

⁹⁷ *Ibid*.

⁹⁸ *Ibid*.

⁹⁹ See quoted passage above.

¹⁰⁰ *Ibid*.

¹⁰¹ *Feldman*, War and Reason in Maimonides and Averroes, 104.

¹⁰² *Rychlak*, 2 *Ave Maria L. Rev.* 1 (3).

¹⁰³ *Coverdale*, 16 *Pace Int’l L. Rev.* 221 (276).

¹⁰⁴ See *supra* B.I. and, for more details, *Silverman*, Just War, Jihad, and Terrorism: A Comparison of Western and Islamic Norms for the Use of Political Violence, 153.

philosopher and legal theorist *Averroes* promoted a reading of the *Quran* that gives precedence to the verses advocating peace. Thus, from opposite directions, *Augustine*, *Aquinas*, and *Averroes* were leading their respective religions towards greater convergence on the *ius ad bellum*.

There is, however, something more to learn from this cross-religion comparison of discourse regarding the ethics of war. Perhaps most importantly, the medieval discourse on the eth-

ics of war did not exclude religious viewpoints from the theatre of intercultural dialogue and debate. In a world where reciprocal negative perceptions between the Muslim and the Western worlds continue to escalate, the medieval tradition can provide some common ground that could help diminish the Islamic world's scepticism and resentment towards a discourse which is perceived to set aside all reference to religious morals and beliefs. ■

Rezensionen

Klassiker der juristischen Literatur

Cesare Beccaria: Von den Verbrechen und von den Strafen

„Ist der Tod eine Strafe, die wirklich für die Sicherheit und gute Ordnung der Gesellschaft *nützlich*¹ und *erforderlich* ist? Sind Folter und Qualen *gerecht*, und dienen sie dem Zweck, den die Gesetze anstreben? Welches ist die beste Art, Verbrechen zu verhindern? Sind dieselben Strafen zu allen Zeiten gleich nützlich? Welchen Einfluss üben sie auf die Gewohnheiten aus?“ Diese Fragen nach der richtigen Art der Repression und Prävention sowie den Möglichkeiten der Kriminologie beantwortet der italienische Jurist *Cesare Beccaria* (1738-1794) in seinem 1764 entstandenen kurzen Werk „Von den Verbrechen und von den Strafen“. Der an einer Jesuitenschule erzogene Mailänder wurde allein durch diese kurz nach ihrem Erscheinen in zahlreiche Sprachen übersetzte Schrift zum vordersten strafrechtlichen Aufklärer Europas. *Beccaria* studierte Rechtswissenschaften und promovierte in Pavia. Nach einer akademischen Tätigkeit als Lehrer für Kameralwissenschaften wurde er Politiker. Er kam einer Einladung der Zarin *Katharina II.* nicht nach, in Russland an gesetzgeberischen Reformen mitzuwirken, wurde aber 1791 Mitglied einer amtlichen Kommission zur Beratung eines neuen Straf- und Zivilrechts für seine Heimat Lombardei.

Die angesprochene Problematik der Todesstrafe mag für Deutschland heute juristisch mit dem Verweis auf ihre Abschaffung in Art. 102 GG und Art. 1 des 6. Zusatzprotokolls zur EMRK leicht zu beantworten sein. *Beccarias* Frage nach der Zulässigkeit der Folter hat jedoch nichts an Aktualität eingebüßt. Das aus der Menschenwürde abgeleitete, in internationalen Antifolterkonventionen sowie in § 136 a StPO statuierte Folterverbot bleibt innerstaatlich bei der so genannten Rettungsfolter praxisrelevant und juristisch umstritten; dies zeigt der Prozess gegen den damaligen Frankfurter Polizeipräsidenten Daschner im Zusammenhang mit Ermittlungen im Metzler-Fall. Im Völkerrecht stellt sich die Frage, ob im internationalen Antiterrorkampf Methoden wie das Waterboarding zulässig sind. Die von *Beccaria* für die Eingangsfragen gefundenen Antworten bezeugen sein Verständnis eines in großen Teilen aufgeklärten, humanen, säkularisierten Straf- und Strafprozessrechts. Es wurde für die europäische Strafrechtsentwicklung richtungweisend und hat in Grundelementen die Jahrhunderte überdauert, obwohl es von einem heute aufgegebenen Staatsverständnis abgeleitet wird. *Beccaria* ist Gesellschaftsvertragstheoretiker. Ein Staatswesen entstehe, indem Menschen jeweils den kleinstmöglichen Teil ihrer Freiheit auf einen souveränen Herrscher übertrü-

gen, der notwendig sei, um ein der Sicherheit aller dienendes Gemeinwohl, „das größte Glück, verteilt auf die größte Zahl“, zu schaffen. Das Strafrecht ist als Summe dieser Teile zwangsläufig begrenzt und „alles, was darüber hinausgeht, ist Missbrauch und nicht Gerechtigkeit, ist Faktum, aber noch nicht Recht“. Aus dieser Staats- und Strafrechtskonzeption folgert *Beccaria*, dass Strafe und Verbrechen durch geschriebenes Gesetz bestimmt werden müssten und jeder vor dem Gesetz gleich sei. Sind diese zentralen Strafrechtsmaximen auch heute in aufgeklärten Strafrechtsordnungen anerkannt, wirkt *Beccarias* Ablehnung der richterlichen Befugnis zur Gesetzesauslegung anachronistisch. Als selbsternannter Wanderer auf den Spuren eines „unsterbliche(n) Präsident Montesquieu“ (BLJ 2009, 52 f.) befürwortet er eine strikte Gewaltentrennung und lehnt doch gleichzeitig ab, den Geist der Gesetze zu ihrer Auslegung zu Rate zu ziehen. Obwohl *Beccaria* für Tatbestände wie Körperverletzungsdelikte das Talionsprinzip vertritt, dient ihm Strafe nicht zur Vergeltung der Tat. Sie soll allein eine negative Spezial- und vor allem negative Generalprävention bezwecken und trägt darum utilitaristische Züge. Da anzunehmen sei, dass ein Mensch seine Freiheit zugunsten souveräner Staatsgewalt nur aufgabe, wenn er bei Gesetzesverstößen so gering wie möglich bestraft werde, müsse das Gewicht jeder Strafe so bemessen sein, dass sie ein möglichst hohes Abschreckungspotenzial für die Allgemeinheit mit einer möglichst geringen Eingriffsintensität für den Betroffenen vereine. Darum genüge, „dass das Übel der Strafe den aus dem Verbrechen erwachsenden Nutzen überwiegt; und in diesem Überwiegen des Übels muss die Unverbrüchlichkeit der Strafe und der Verlust des Vorteils, den das Verbrechen eingebracht hat, einberechnet werden; alles, was darüber hinausgeht, ist demnach überflüssig und somit tyrannisch“. Für die Verhältnismäßigkeit von Strafen spreche zudem, dass andernfalls die Gesellschaft abstumpfe und „nach hundert Jahren das Rad so abschreckend wirkt wie vorher das Gefängnis“. Unangemessen schwere Strafen trügen nicht zur Prävention bei, da sie bewirkten, dass ein Täter, um ihnen zu entgehen, weitere Verbrechen begeht.

Beccarias Gedankengut hat in Deutschland jedoch nicht nur im Strafrecht Niederschlag gefunden, sondern auch in vielen Bereichen des Prozessrechts. Der Beschleunigungsgrundsatz durchzieht alle Stadien des Strafverfahrens und stellt bereits für *Beccaria* eine wichtige Prozessmaxime dar. Zu Präventionszwecken seien Verfahren zügig durchzuführen und Strafen bald nach dem Urteilsspruch zu vollstrecken. *Beccaria* befürwortet auch das Offizialprinzip und den Untersuchungs-

¹ Hervorhebungen entstammen der Werkausgabe.

grundsatz. Er lehnt geheime Anklagen und Strafen ab und nimmt damit den Öffentlichkeitsgrundsatz und den Grundsatz rechtlichen Gehörs vorweg. Eine Geheimjustiz schaffe ein Klima des gegenseitigen Misstrauens, der Feindschaft und Verstellung, da jeder Denunzierung fürchte. *Beccaria* fragt: „Wer kann sich gegen eine Verleumdung verteidigen, wenn diese mit dem stärksten Schild der Tyranis, dem *Geheimnis*, gerüstet ist. Was für eine Regierung ist das, wo der Regierende in jedem seiner Untertanen einen Feind vermutet und gezwungen ist, um der öffentlichen Ruhe willen jedem die seine zu nehmen?“ Für *Beccaria* spricht im Interesse der den Strafprozess leitenden Wahrheitsermittlungspflicht nichts gegen Frauen und „Ehrlose“ als Zeugen. Heutigen Studierenden mag in diesem Zusammenhang der Spruch „Und ist das Kindlein noch so klein, so kann es doch schon Zeuge sein“, einfallen.

Beccaria lehnt die Todesstrafe grundsätzlich ab, da sie unvereinbar mit den Motiven gesellschaftsvertraglichen Zusammenschlusses, christlicher Ethik und seiner Strafzwecklehre ist. Das Recht zu ihrer Verhängung und Vollstreckung komme der Staatsgewalt nicht zu, da sie nur die Summe persönlicher Freiheitsanteile sei, jedoch niemand einem anderen das Recht zur eigenen Tötung einräume. Selbst wenn freiwillig „im kleinsten Opfer der Freiheit eines jeden das Opfer der größten aller Güter, des Lebens, enthalten sein“ könne, verbliebe ein unauflösbarer Widerspruch zur Tatsache, dass der Mensch nicht Herr seines Lebens sei. Zur Sicherheit des Staates sei die Todesstrafe nur erforderlich, wenn ein Täter zu deren Beeinträchtigung selbst im Gefängnis die Gelegenheit und die Macht hätte. Das sei allenfalls in Zeiten von Anarchie, Verlust oder Gewinn von staatlicher Unabhängigkeit möglich. Die Todesstrafe trage nicht zur Generalprävention bei, da nach geschichtlicher Erfahrung den Einzelnen weniger die Härte der Strafe als ihre Länge beeindrucke. Eine lebenslange Freiheitsstrafe besitze ein größeres Abschreckungspotenzial als die Todesstrafe, denn dort stehe „der Verzweifelte [...] nicht am Ende seines Elends, sondern es beginnt für ihn erst“. Die von Befürwortern der Todesstrafe herangezogene Nützlichkeitsabwägung widerlegt *Beccaria* mit einer Begründung *argumentum ad absurdum*. Die Todesstrafe sei wegen ihrer Grausamkeit im Strafrecht fehlplatziert. Es erscheint *Beccaria* „widersinnig, dass die Gesetze, die Ausdruck des öffentlichen Willens sind und Tötungen missbilligen und bestrafen, selber eine begehen und, um die Bürger vom Mord abzuhalten, einen öffentlichen Mord anordnen“.

Kann die Todesstrafe als „Krieg der Nation gegen einen Bürger“ noch im Ausnahmefall staatlicher Umwälzungen erforderlich sein, ist die Folter in keinem ihrer Anwendungsfälle nützlich und darum abzuschaffen. Als Strafe dürfe sie gegen einen Beschuldigten nicht angewendet werden, um ein Ge-

ständnis zu erzwingen, da der Mensch nur durch Urteilspruch zum Täter im juristischen Sinn werde und erst dann eine Sanktion erleiden dürfe. Das durch Folter erzwungene Geständnis des Schuldigen sei nutzlos, bei Unsicherheit der Sachlage verböte die Unschuldvermutung eine Behandlung als Täter. Indem Folter bewirke, „dass der Schmerz zum Prüfstein der Wahrheit wird, gleich so, als ob deren Maßstab in den Muskeln und Sehnen eines Bedauernswerten zu suchen sei“, stelle sie einen Wahrheitsmaßstab, „der eines Menschenfressers würdig wäre“, dar. Da sie kein Mittel zur Wahrheitsfindung darstelle, sei sie *argumentum a maiore ad minus* auch ungeeignet, etwaige Beteiligte aufzudecken. Wer gestanden habe, würde auch ohne Folter Beteiligte verraten. Zudem sei fraglich, ob mit der Gerechtigkeit vereinbart werden könne, Menschen für die Verbrechen anderer zu foltern. Folter wirke zudem selektiv, da die standhaften Schuldigen einer Verurteilung entkämen, die schwachen jedoch nicht. Sie sei ungerecht, da sie Schuldige gegenüber Unschuldigen privilegieren. Einem Schuldigen eröffne Folter die Möglichkeit eines Freispruchs, wenn er sich ihr erfolgreich widersetze, so dass er der durch Verurteilung drohenden schwereren Strafe entkommen könnte. Widerstehe ein Unschuldiger Folter nicht und lege ein falsches Geständnis ab, würde er verurteilt. Blicke er standhaft, wäre die Folter eine nicht verdiente Strafe: „Also kann der Unschuldige nur verlieren und der Schuldige kann gewinnen.“ Erschreckend mutet auch der von *Beccaria* skizzierte mögliche Gedankengang eines Folterers an, wenn Folter benutzt wird, um herauszufinden, ob ein Beschuldigter weitere Taten verübt hat: „*Du bist eines Verbrechens schuldig, also besteht die Möglichkeit, dass du der Täter hundert anderer Verbrechen bist. Dieser Zweifel belastet mich und ich möchte ihn mit meinem Prüfstein der Wahrheit erhärten: Die Gesetze foltern dich, weil du schuldig bist, weil du schuldig sein kannst, weil ich will, dass du schuldig bist.*“

Beccarias straf- und strafprozessrechtliche Maximen stellen heute Kernbestandteile moderner Strafrechtskodifikationen dar. Das ist umso bemerkenswerter, als sie nur zum geringen Teil mit den heutigen Gesetzen maßgeblich determinierenden Beschuldigten(grund)rechten begründet werden, sondern vor allem auf dem Aspekt der Abschreckung beruhen. *Beccaria* trifft jedoch in Bezug auf Menschenrechte eine Aussage, die wohl mehr als jede andere Passage seines Werks dessen Zeitlosigkeit zu begründen vermag: „Wo die Gesetze erlauben, dass der Mensch unter gewissen Voraussetzungen aufhört, *Person* zu sein, und zur *Sache* wird, dort gibt es keine Freiheit.“ ■

(Anna Bodemann)

Cesare Beccaria: Von den Verbrechen und von den Strafen. Erschienen u.a. im Berliner Wissenschafts-Verlag. Broschiert, 114 Seiten, 9,80 Euro.