



Gastkommentar	<i>Matthias Jacobs</i> · „Flashmob“ als zulässiges Arbeitskampfmittel? Bundesarbeitsgericht auf Abwegen!	1
Aufsätze	<i>Eva Fischbach</i> · Das Kompensationsverbot - Zweck, Kritik und Modifikation	3
	<i>Maximilian Preißer</i> · Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen Darstellung und kritische Würdigung des neuen § 16 Abs. 3 GmbHG	8
	<i>Inga Ruck</i> · Die Schuldenbremse im Grundgesetz – Eine rechtspolitische Analyse	14
	<i>Carsten Grau, Verena Lahmer</i> · Rule B Attachment – eine (vorerst beendete) Erfolgsgeschichte	21
Streitgespräch	<i>Horst Brendel, Hubertus Gersdorf, Margarete Schuler-Harms</i> · Zukunft des öffentlichen Rundfunks	26
Rezensionen	Gunnar Folke Schuppert: Staat als Prozess. Eine staatstheoretische Skizze in sieben Aufzügen (<i>Johannes Gerberding</i>)	36

Redaktion der Ausgabe 1/2010

Sascha Arnold
Stefan Frick
Maximilian Hocke
Christopher Krois
Andreas Lange
Carsten Lindner
Simon Schönleber
Michael Schramm
Torsten Spiegel
Jan Sturm
Philipp Tieben
Malte Vollertsen
Manuel M. Waldmann
Daniel Zimmer

Korrespondierender Beirat

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

Bucerius Law Journal

Mai 2010

Heft 1/2010 Seiten 1 – 36

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

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

ISSN 1864-371X

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

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

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

Covergestaltung: gürtlerbachmann Werbung GmbH

Bucerius Law Journal

Schriftleitung: Sascha Arnold, Stefan Frick, Maximilian Hocke, Christopher Krois, Andreas Lange, Carsten Lindner, Simon Schönleber, Michael Schramm, Torsten Spiegel, Jan Sturm, Philipp Tieben, Malte Vollertsen, Manuel M. Waldmann, Daniel Zimmer

Heft 1/2010

Seiten 1 - 36

3. Jahrgang

17. Mai 2010

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

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg *

„Flashmob“ als zulässiges Arbeitskämpfungsmittel? Bundesarbeitsgericht auf Abwegen!

Das Bundesarbeitsgericht hat in über 50 Jahren im Wege richterlicher Rechtsfortbildung ein weithin stimmiges Arbeitskämpfungrecht entwickelt, das die Tarifpraxis bislang in großem Umfang befriedet hat. Ausreißer, bei denen der rechtspolitische Gestaltungswille überwog, waren in der Vergangenheit selten. Zu nennen sind etwa die unseligen Entscheidungen über Aussperrungsquoten, die der für das Arbeitskämpfungrecht zuständige 1. Senat später nicht mehr aufgegriffen hat, über den verhandlungsbegleitenden „Warnstreik“, den er heute jedenfalls terminologisch nicht mehr so bezeichnet, oder über die suspendierende „Betriebsstilllegung“, die es dem Arbeitgeber im Umfang des Streikbeschlusses ermöglicht, die Vergütungspflicht gegenüber Streikbrechern und vor allem Außenseitern zu suspendieren.

Seit einiger Zeit werden die Ausreißer indessen zum Regelfall: Ein Urteil von 2003 erlaubt die Einbeziehung von Außenseiterarbeitgebern in den Verbandsarbeitskampf, und zwei Entscheidungen aus 2007 erklären zuerst den Streik um den sogenannten „Tarifsozialplan“ und sodann den Sympathiestreik (neuerdings: Unterstützungstreik) entgegen der bislang herrschenden Meinung für grundsätzlich zulässig. Der vorläufige Schlusspunkt in dieser Reihe ist ein Urteil des 1. Senats vom 22.9.2009. Sogenannte „Flashmob“-Aktionen als streikbegleitende Maßnahmen sind seither „nicht generell unzulässig“. Sie sind nach Auffassung des Senats als koalitionspezifische Verhaltensweise von der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Betätigungsfreiheit der Koalitionen umfasst. Einzige Grenze der nunmehr in den Mittelpunkt gerückten freien Kämpfungsmittelwahl soll der – ebenfalls modifizierte – Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sein: Der Arbeitskämpfung ist nur rechtswidrig, wenn die Kämpfungmaßnahme offensichtlich ungeeignet, offensichtlich nicht erforderlich oder unangemessen ist: beim „Flashmob“ für den 1. Senat alles kein Problem.

Worum ging es? Ver.di hatte mehr als ein Jahr lang erfolglos den Einzelhandel bestreikt – erfolglos vor allem, weil sich nur wenige Arbeitnehmer an dem Streik beteiligten, außer-

dem wurden die wenigen Streikenden vom Arbeitgeber durch Zeitarbeitnehmer ersetzt. Daraufhin rief die Gewerkschaft per SMS und Internet „Gewerkschaftsmitglieder und alle, die uns unterstützen wollen“, in eine Einzelhandelsfiliale, wo einige Dutzend Personen eine Dreiviertelstunde lang wahllos „Pfenningartikel“ in 40 Einkaufswagen füllten und diese an den Kassen stehen ließen. Eine Teilnehmerin erklärte nach dem Einscannen der Ware unter lautem Applaus der anderen Teilnehmer, sie habe leider ihr Portemonnaie vergessen.

Ein Editorial ist kein geeigneter Ort, um das Urteil zum „Partisanenkampf“ (Franz Josef Säcker), das wie schon die Entscheidung zum Unterstützungstreik das Verhandlungsgleichgewicht weiter zu Lasten der Arbeitgeberseite verschiebt, und die neue Kämpfungrechtsdogmatik des 1. Senats insgesamt kritisch zu würdigen. Jedenfalls für den „Flashmob“ trifft es die Überschrift im Leitkommentar der F.A.Z. zu dem Urteil vom 22.9.2009 aber auf den Punkt: „Arbeitsrichter auf Abwegen“.

Zwar mag es keinen *numerus clausus* der Kämpfungsmittel geben. Ein Handeln wird jedoch entgegen der Meinung des 1. Senats nicht alleine deshalb zum zulässigen Kämpfungsmittel, weil es mit dem Ziel der Druckausübung zur Erzwingung eines Tarifvertrags erfolgt. Der historisch gewachsene Wesenskern des Arbeitskämpfs besteht darin, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zurückzuhalten. Das folgt schon aus der Hilfsfunktion des Arbeitskämpfs für die Tarifautonomie, die ihrerseits kollektiv ausgeübte Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien ist. Diesen Wesenskern haben die Gewerkschaften selbst bei „neuen“ Kampfformen wie zum Beispiel dem „Teilstreik“, dem „Wellenstreik“ oder dem „Unterstützungstreik“ nicht in Frage gestellt. Beim „Flashmob“, an dem überwiegend und typischerweise Dritte teilnehmen, spielt die Zurückhaltung der Arbeitsleistung indessen keine Rolle. Er ähnelt in seiner Wirkung vielmehr der grundsätzlich

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht an der Bucerius Law School.

unzulässigen Betriebsbesetzung und -blockade. Beide werden allenfalls dann für zulässig gehalten, wenn Streiks wie zum Beispiel auf Hochseeschiffen typischerweise nicht möglich sind. Dass der Streikaufruf nicht ausreichend Gehör findet, ist demgegenüber eine durch den geringen Organisationsgrad und die unzureichende Mobilisierungsfähigkeit bedingte „Marktschwäche“ der Gewerkschaft, die von Art. 9 Abs. 3 GG, der den Koalitionen keinen Kampferfolg garantiert, nicht kompensiert wird.

Hinzu kommt, dass Dritte, die zum betroffenen Arbeitgeber in keinem Arbeitsverhältnis stehen, sich ohnehin nicht auf den Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG berufen können. Da sie vom angestrebten Tarifabschluss nicht profitieren, sind sie auch nicht mit Außenseitern vergleichbar, die mitstreiken dürfen, weil sie am Tariferfolg typischerweise teilhaben. Damit hängt ein weiteres Problem zusammen: „Flashmobs“ verschieben die Kampfparität massiv zugunsten der Gewerkschaften. Anders als die Arbeitnehmer beim Streik tragen die Teilnehmer an „Flashmob“-Aktionen kein eigenes wirtschaftliches Risiko, da kein Verlust des Vergütungsanspruchs droht. Das für den Arbeitskampf typische Element der Selbstschädigung und seine kampffregulierende Wirkung fehlen. Umgekehrt erleidet der Arbeitgeber bei solchen Aktionen regelmäßig zusätzliche Schäden, etwa wenn kaufwillige Kunden wegen des „Flashmobs“ die Filiale verlassen. Den 1. Senat stört das nicht: Der Arbeitgeber könne sein Hausrecht ausüben oder den Betrieb (vorübergehend) schließen. Die dogmatisch zweifelhafte suspendierende „Betriebsstilllegung“ schadet als Reaktion auf einen „Flashmob“ allerdings anders als beim Streik vorwiegend dem Arbeitgeber. Das Hausrecht hilft auch nicht weiter. In dem vom 1. Senat entschiedenen Fall dauerte der „Flashmob“ eine Dreiviertelstunde. Bis das Personal den Sinn der Aktion begriffen hatte, war diese praktisch schon beendet. Außerdem ist im Einzelfall vom Personal nicht präzise zu ermitteln, welche der „Kunden“ echte Käufer und welche Aktionisten sind.

Damit bleibt einziger Kontrollmaßstab der modifizierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Er ist dem Arbeitgeber allerdings kein Trost, da der Senat der kampfführenden Gewerkschaft bei der Beurteilung der Erforderlichkeit und der Geeignetheit der Kampfmaßnahme eine Einschätzungsprärogative bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs zugesteht. Der Senat macht damit den Bock zum Gärtner: „Flashmob“ ist erforderlich und geeignet, weil die Gewerkschaft ihn dafür hält. Damit bleibt die Angemessenheitsprüfung. Erst sie gestattet eine Berücksichtigung von Grundrechten des Arbeitgebers und arbeitswilliger Arbeitnehmer. Sie ist aber stark einzelfallbezogen und deshalb eine wenig justitiable Grenze.

Das letzte Wort in Sachen „Flashmob“ ist noch nicht gesprochen. Gegen das Urteil ist Verfassungsbeschwerde eingelegt worden. Man darf hoffen, dass Karlsruhe den 1. Senat auf den richtigen Weg eines ausgewogenen Arbeitskampfrechts zurückführen wird. ■

Eva Fischbach, LL.B., Hamburg*

Das Kompensationsverbot - Zweck, Kritik und Modifikation

A. Einleitung

Nicht nur dem juristischen Laien, sondern auch manchem Juristen ist es unverständlich, dass ein Täter wegen vollendeter Steuerhinterziehung gem. § 370 AO verurteilt werden kann, obwohl gleichzeitig ein negativer Saldo besteht, d.h. ihm ein Rückerstattungsanspruch zusteht. Der „Schuldige“ für diese „Misere“ ist schnell gefunden: Das Kompensationsverbot. Danach kann es im Steuerstrafverfahren zu einer vom materiellen Steuerrecht abweichenden Verkürzungsberechnung kommen, die auch nachteilig für den Täter sein kann.¹

Das Kompensationsverbot wurde erstmals in der Reichsabgabenordnung vom 13.12.1919 normiert; davor waren die steuerstrafrechtlichen Vorschriften in zahlreichen Einzelsteuergesetzen geregelt, ohne jedoch eine mit dem Kompensationsverbot vergleichbare Regelung zu enthalten. Die Neufassungen der Reichsabgabenordnung 1931 und 1968 führten hinsichtlich des Kompensationsverbots nur zu einer Neu Nummerierung des Paragraphen. Durch die am 16.03.1976 in Kraft getretene Abgabenordnung veränderte sich der Wortlaut des Kompensationsverbots, ohne dass damit jedoch eine materielle Änderung seitens des Gesetzgebers bezweckt war.² Das Kompensationsverbot ist seither in § 370 IV 3 AO normiert und lautet: „Die Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 sind auch dann erfüllt, wenn die Steuer, auf die sich die Tat bezieht, aus anderen Gründen hätte ermäßigt oder der Steuervorteil aus anderen Gründen hätte beansprucht werden können.“³

Während das Kompensationsverbot in seiner gesetzlichen Historie von Kontinuität geprägt ist, hat sich das Verständnis der Rechtsprechung im Laufe der Zeit grundlegend gewandelt. Zunächst vertrat das RG einen subjektiven Ansatz: Unter „anderen Gründen“ wurden nur solche Steuerermäßigungsgründe verstanden, die dem Täter zum Zeitpunkt der Tat unbekannt waren.⁴ Der BGH hingegen wandte sich von dieser subjektiven Herangehensweise ab und entwickelte objektive Kriterien, um zu bestimmen, wann „andere Gründe“ i.S.v. § 370 IV 3 AO vorliegen. Damit verfolgte er den Zweck, das Kompensationsverbot unabhängig vom Bewusstsein des Täters anwenden zu können.⁵ Infolgedessen interpretiert der BGH das Kompensationsverbot wie folgt: Der Steueranspruch des Staates wird dadurch bestimmt, dass anstelle der unrichtigen, die (auf den Tatvorwurf bezogen) jeweils richtigen Angaben in die Steuererklärung eingesetzt werden.⁶ Andere Umstände werden nicht berücksichtigt, es sei denn, sie stehen mit den nicht mitgeteilten Angaben in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang oder sie hätten schon von Amts wegen beachtet werden müssen.⁷

Bei der objektiven Bestimmung des Kompensationsverbots ist folglich von besonderer Relevanz, wann dieser unmittelbare wirtschaftliche Zusammenhang vorliegt. Dies ist vor allem im Fall der hinterzogenen Umsatzsteuer und der nicht geltend gemachten Vorsteuer außerordentlich streitig. Im Folgenden soll zunächst auf den umstrittenen Zweck des Kompensationsverbots eingegangen werden, da dieser eine wesentliche Argumentationsgrundlage in der Diskussion bildet. Nach der sich daran anschließenden Darstellung der ver-

schiedenen Ansichten zur Umsatzsteuerhinterziehung folgt abschließend ein Vorschlag, wie man den objektiven Ansatz modifizieren könnte, um zu stimmigeren Ergebnissen zu gelangen.

B. Streitige Aspekte im Zusammenhang mit dem Kompensationsverbot

I. Zweck der Vorschrift

Selbst 80 Jahre nach Normierung des Kompensationsverbots besteht noch keine Einigkeit hinsichtlich des Zwecks der Vorschrift.

1. Prozessökonomie

Nach überwiegender Ansicht,⁸ insbesondere auch der Rechtsprechung,⁹ soll durch das Kompensationsverbot verhindert werden, dass der gesamte Steuerfall im Rahmen des Strafverfahrens darauf überprüft werden muss, ob ein bisher nicht berücksichtigter Umstand existiert, der den gezogenen Vorteil wieder kompensiert.¹⁰ Das Kompensationsverbot soll demnach prozessökonomischen Zwecken dienen.¹¹ Gestützt wird diese Ansicht durch eine Begründung zum AO-Entwurf, wo auf die „Bordellzinsen-Entscheidung“ des RG¹² verwiesen wird,¹³ auf welche *Enno Becker* im Rahmen seiner Kommentierung zur RAO 1919 hingewiesen hat. *Becker* wiederum – der mit seinem Mitarbeiterstab die Reichsabgabenordnung von 1919 verfasst hatte¹⁴ – hat sich dahingehend geäußert, dass er mit dem Kompensationsverbot habe vermeiden wollen, dass der Strafrichter wie in der Bordellzinsen-Entscheidung die gesamte Veranlagung nachprüfen müsse; das Verbot habe die gewaltige Stofffülle eingrenzen sollen.¹⁵

Gegen den prozessökonomischen Zweck spricht jedoch, dass das Kompensationsverbot im Rahmen der Strafzumessung unstreitig nicht gilt,¹⁶ so dass spätestens dann eine genaue Be-

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

¹ *Vogelberg*, in: Simon/Vogelberg, Steuerstrafrecht², 2007, S. 62.

² Vgl. BT-Drucks. VI/1982, 194.

³ BGBl. 1976 I, 689.

⁴ RG, JW 1933, 2396; RGSt 70, 3, 6; *Meine*, Das Vorteilsausgleichsverbot in § 370 Abs. 4 S. 3 AO 1977, 1984, S. 21.

⁵ Vgl. *Meine* (Fn. 4), S. 23.

⁶ BGHSt 7, 336, 345.

⁷ *Schindhelm*, Das Kompensationsverbot im Delikt der Steuerhinterziehung, 2004, S. 56 f. m. Rspr.-Nw.

⁸ *Bilsdorfer*, DSz 1983, 447, 448; *Blumers*, BB 1984, 1417; *Kamps/Wulf*, DSzR 2003, 2045, 2051; *Haas*, BB 1982, 1851, 1855; *Meine*, wistra 1982, 129, 134.

⁹ BGH, BStBl I 1961, 495; BGH, Umsatzsteuer-Rundschau (UR) 1978, 151-153; OLG Karlsruhe, wistra 1985, 163.

¹⁰ BGHSt 7, 336, 345.

¹¹ *Bilsdorfer*, DSz 1983, 447, 448.

¹² RGSt 46, 237.

¹³ Vgl. BT-Drucks. VI/1982, 194.

¹⁴ *Gellert*, Zollkodex und Abgabenordnung – Analyse über das Verhältnis der Vorschriften der Abgabenordnung zu den Vorschriften des Zollkodex der Europäischen Gemeinschaft, 2003, S. 4.

¹⁵ *Becker*, Reichsabgabenordnung², 1922, § 359 Anm. 7.

¹⁶ Statt vieler: *Joecks*; in: Franzen/Gast-de Haan/Joecks (FGJ) (Hrsg.), Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchssteuerstrafrecht⁷, 2009, § 370 Rn. 75a.

rechnung und damit eine Prüfung des Steuerfalls erfolgt, da der eingetretene Steuerschaden ein relevanter Strafzumessungsfaktor ist.¹⁷ Der prozessökonomische Zweck wird folglich nicht erreicht. Als weitere Kritik wird aber auch geltend gemacht, dass das Kompensationsverbot bei einer prozessökonomischen Zweckbestimmung eine umfängliche Aufklärung des Sachverhalts untersage. Diese nachteilige Fiktion zu Lasten des Angeklagten sei mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar.¹⁸

2. Ausschluss der Strafmilderung für den untauglichen Versuch

Meine sieht neben der Prozessökonomie noch einen weiteren Zweck durch § 370 IV 3 AO erreicht: den Ausschluss der Strafmilderung für den untauglichen Versuch.¹⁹ *Meine* begründet diese Annahme mit einer Änderung, die sich durch Inkrafttreten der RAO 1968 ergeben hat. Zuvor gab es in § 360 II RAO 1919 (später in § 397 II RAO 1931) eine Regelung, die für den Versuch dieselbe Strafandrohung wie für das vollendete Delikt vorsah. Eine entsprechende Regelung befand sich jedoch nicht mehr in der RAO 1968 und findet sich auch nicht in der derzeit geltenden AO. Durch das Fehlen einer vergleichbaren Norm käme nach § 369 II AO – der auf die allgemeinen Strafgesetze verweist, wenn keine spezielleren steuerstrafrechtlichen Vorschriften einschlägig sind – im Fall eines (untauglichen) Versuchs demnach eine Strafmilderung nach § 23 II StGB in Betracht. Die allgemeinen Strafgesetze sind jedoch nur dann einschlägig, soweit die Strafvorschriften der Steuergesetze nichts anderes bestimmen. *Meine* argumentiert nun, dass das Kompensationsverbot eine solche speziellere Strafvorschrift der Steuergesetze sei, die bestimme, dass für den untauglichen Versuch keine Strafmilderung gewährt werden dürfe. Zu diesem Ergebnis kommt *Meine*, weil er die Kompensationsfälle als solche des untauglichen Versuchs ansieht. Dadurch, dass das Steuerstrafrecht eine speziellere Norm vorsehe, sei § 23 II StGB auf diese Fälle nicht mehr anwendbar. *Meine* sieht durchaus, dass dieser gesetzgeberische Zweck, seit der Wortlautänderung²⁰ des Kompensationsverbots 1976, nicht mehr so eindeutig zu erkennen ist. Nichtsdestotrotz sieht er darin noch immer den Zweck des Kompensationsverbots.²¹

Gegen *Meines* Ansicht spricht, dass das Kompensationsverbot nicht erst nach Abschaffung der Regelung, die dieselbe Strafandrohung für den Versuch wie auch für die Vollendung vorsah, gesetzlich normiert wurde. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass diese Aufgabe zukünftig vom Kompensationsverbot übernommen werden sollte, nachdem der Gesetzgeber sich für eine Streichung der Norm im Rahmen der Einführung der RAO 1968 entschloss. Wenn man bedenkt, dass das Kompensationsverbot diese Rolle aufgrund der expliziten Regelung im Gesetz auch zuvor nicht übernehmen musste, kann nicht ohne ausdrückliche Äußerung des Gesetzgebers davon ausgegangen werden.

3. Schutz vor einem erst später eintretenden Steuerausfall

Nach anderer Ansicht²² existiert das Kompensationsverbot, um zu verhindern, dass ein Täter zunächst eine Tathandlung i.S.v. § 370 AO vornimmt, dadurch aber keinen Steuerschaden verursacht, sondern sich nur die *Möglichkeit* verschafft, einen Steuerschaden zu bewirken, um dann später, ohne eine Tathandlung i.S.v. § 370 AO zu erfüllen, den Steuerschaden

doch noch herbeizuführen. Folgendes Beispiel soll verdeutlichen, welche Fälle nach dieser Ansicht den Grund für das Kompensationsverbot bilden: Angenommen, das Kompensationsverbot gäbe es nicht, dann wäre eine Fallgestaltung denkbar, in der ein Steuerpflichtiger, der unter dem Vorbehalt der Nachprüfung veranlagt wird, in seiner Einkommensteuererklärung Gewinne verschweigt und gleichzeitig Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen in selbiger Höhe nicht geltend macht. Der Steuerbescheid würde dann dementsprechend erlassen. In Bezug auf diesen Steuerbescheid hätte der Täter zwar tatbestandsmäßig i.S.d. § 370 AO gehandelt, aber er hätte wegen des nicht existierenden Kompensationsverbots keine Steuerverkürzung verursacht. Wenn der Täter zu einem späteren Zeitpunkt dann beantragte, diesen Steuerbescheid nach § 164 II AO zu ändern, um seine Werbungskosten noch zu berücksichtigen, so erfüllte er dadurch keine Tathandlung im Sinne von § 370 AO, da bei ihm die Werbungskosten tatsächlich entstanden sind und er folglich nur einen wahrheitsgemäßen Antrag stellte. Würde der Steuerbescheid dann geändert, träte der Verkürzungserfolg als „Komplettierung des Tatablaufs“²³ ein. Zweck des Kompensationsverbots sei es demnach – so die Vertreter dieser Ansicht – zu vermeiden, dass der Täter in einem ersten Schritt durch eine Tathandlung i.S.v. § 370 AO noch keinen Steuerschaden herbeiführe, sich dabei aber die Möglichkeit verschaffe, in einem zweiten Schritt den Steuerschaden durch einen richtigen und an sich zulässigen Antrag zu verursachen. Um dies zu vermeiden gebe es das Kompensationsverbot, denn dadurch könne man diese „anderen Gründe“ durch ein Saldierungsverbot im Rahmen der vorherigen Steuerhinterziehung berücksichtigen.²⁴ Da der Zweck des Kompensationsverbots darin zu sehen sei, zu vermeiden, dass der erst später eintretende Steuerausfall strafrechtlich nicht gewürdigt werde, sei das Kompensationsverbot dann nicht anwendbar, wenn die Gefahr, dass die bisher verschwiegenen Ermäßigungsgründe noch geltend gemacht werden, aufgrund des engen wirtschaftlichen Zusammenhangs zu den unrichtigen Angaben nicht bestehe.²⁵

Unterstützt werde diese Ansicht durch das vom BGH entwickelte Merkmal des unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs. Solche Ermäßigungsgründe, die mit den verschwiegenen Angaben in einem solchen Zusammenhang stehen, könnten keinen Steuerausfall begründen, weil der Täter

¹⁷ *Hellmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (HHSp) (Hrsg.), Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Loseblattsammlung, Band 9, Stand: 2009, § 370 Rn. 185; *Kohlmann*, Steuerstrafrecht mit Ordnungswidrigkeiten- und Verfahrensrecht: Kommentar zu den §§ 369-412 AO 1977, Loseblattsammlung, 2009, § 370 Rn. 502; *Bilsdorfer*, NJW 1992, 1924, 1926; *Menke*, wistra 2005, 125, 126; *Bülte*, BB 2008, 2375, 2380; *Seer*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht¹⁹, 2008, § 23 Rn. 39.

¹⁸ *Suhr*, Rechtsgut der Steuerhinterziehung und Steuerverkürzung im Festsetzungsverfahren, 1989, S. 142; zustimmend *Hardtke*, Steuerhinterziehung durch verdeckte Gewinnausschüttung, 1995, S. 138.

¹⁹ *Meine*, wistra 1982, 129, 134.

²⁰ Wortlaut der Vorgängernorm § 392 III Hs. 2 RAO 1968: ob der Betrag, der sonst festgesetzt wäre, aus anderen Gründen hätte ermäßigt werden müssen oder der Vorteil aus anderen Gründen hätte beansprucht werden können, ist für die Bestrafung ohne Bedeutung.

²¹ *Meine* (Fn. 4), S. 67 f., 77.

²² Vgl. *Joecks*, in: FGJ (Fn. 16), § 370 Rn. 73 f.; *Hardtke* (Fn. 18), S. 144, 148; *Kohlmann* (Fn. 17), § 370 Rn. 504; *Suhr* (Fn. 18), S. 145; *Bülte*, BB 2008, 2375, 2380.

²³ *Joecks*, in: FGJ (Fn. 16), § 370 Rn. 73.

²⁴ *Joecks*, in: FGJ (Fn. 16), § 370 Rn. 73 f.

²⁵ Vgl. *Bülte*, BB 2008, 2375, 2380.

mit ihrer Geltendmachung den wirklichen einheitlichen Lebenssachverhalt und damit auch die vorher verübte Steuerstraftat gegenüber der Finanzbehörde offenbaren würde. Existiere dieser enge Zusammenhang hingegen nicht, so bestehe aus steuerlicher Sicht die Gefahr, dass diese „anderen Gründe“ risikolos an anderer Stelle, also in einem zweiten Akt, steuerwirksam geltend gemacht werden könnten.²⁶

Dem wird entgegengehalten, dass es dem Täter aufgrund von § 173 I Nr. 2 AO bei einem nicht unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehenden Steuerbescheid schwerfallen dürfte, die Ermäßigungsgründe nachträglich noch geltend zu machen und so eine Steuerverkürzung herbeizuführen. Dafür müsse nämlich der Steuerpflichtige darlegen, warum ihn an der verspäteten Geltendmachung kein Verschulden trifft. Dementsprechend könne in der Vermeidung dieser Konstellationen nicht der Zweck des Kompensationsverbots gesehen werden.²⁷ Dagegen wird wiederum vorgebracht, dass solche Fälle zwar nicht einfach zu realisieren seien, dennoch könne die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden,²⁸ zumal nur grobes Verschulden seitens des Steuerpflichtigen einer Änderung des Steuerbescheids im Wege stünde.²⁹ Zudem ist eine Änderung eines unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ergangenen Steuerbescheides jederzeit möglich.³⁰

4. § 370 IV 3 AO als Konkretisierung eines strafrechtlichen Grundsatzes

Einer weiteren Ansicht zufolge stellt das Kompensationsverbot nur eine Konkretisierung eines allgemeinen strafrechtlichen Grundsatzes dar, worin sich sein Zweck auch erschöpfe. Demnach soll das Kompensationsverbot nur ausdrücken, dass der strafrechtliche Erfolg nach seiner Realisierung durch den Täter nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.³¹

Menke führt weiter aus, dass „andere Gründe“ für die Höhe der hinterzogenen Steuern unbeachtlich seien, ergebe sich nicht erst aus § 370 IV 3 AO, sondern bereits aus § 370 I AO. Denn der Hinterziehungsumfang liege „in der Höhe vor, die sich ergibt, wenn man bei der Subsumtion die tatbestandsmäßig gemachten oder unterlassenen Angaben durch diejenigen ersetzt, die zutreffend gewesen wären“³². Da § 370 IV 3 AO deshalb nur deklaratorischen Charakter besitze und keinerlei materiell-rechtliche Funktion habe, bestünden auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken, wie *Menke* sie bei anderer Interpretation des Kompensationsverbots sieht. *Menke* argumentiert, dass das Kompensationsverbot überhaupt kein Berücksichtigungsverbot darstellen könne, da in diesem Fall Probleme hinsichtlich Art. 103 II GG auftreten würden. Strafgesetze müssten hinreichend bestimmt sein, was bei „anderen Gründen“ nicht der Fall wäre, würde man § 370 IV 3 AO nicht nur deklaratorische Wirkung zugestehen. Denn was unter „anderen Gründen“ verstanden werden müsse, sei so umstritten, dass dem Bestimmtheitsgebot nicht Genüge getan wäre.³³

Die verfassungsrechtlichen Bedenken sind unbegründet. Zwar ist im Bereich des Kompensationsverbots vieles streitig, jedoch reicht es für den Bestimmtheitsgrundsatz aus, wenn aufgrund der üblichen Auslegungsmethoden oder mit Hilfe einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Auslegung und Anwendung möglich ist.³⁴

Auch wenn die Rechtsprechung des BGH als zu kasuistisch kritisiert wird, ermöglicht das entwickelte Abgrenzungsmerkmal des unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs

eine verlässliche Auslegung. Ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang lässt sich immer dann bejahen, wenn eine Angabe nicht ohne eine andere erklärungsfähig ist, d.h., wenn bei Angabe der einen Tatsache gegenüber der Finanzbehörde die andere Tatsache zwangsläufig aufgedeckt worden wäre.³⁵ Die vermeintliche Flut von Entscheidungen, die zum Kompensationsverbot ergangen sind und den Eindruck von „case law“³⁶ erwecken, hängt nicht mit der Unbestimmtheit des Begriffs „andere Gründe“ zusammen, sondern mit der Vielfältigkeit des Steuerrechts. Ferner wurde die Verfassungsmäßigkeit von § 370 AO bisher vom Bundesverfassungsgericht nicht beanstandet.³⁷

5. Stellungnahme

Aus den dargelegten Gründen erscheint der einzig sinnvolle Zweck des Kompensationsverbots der Schutz vor erst später eintretenden und dann strafrechtlich nicht erfassten Steuerausfällen zu sein. Dem prozessökonomischen Zweck steht entgegen, dass das Kompensationsverbot im Rahmen der Strafzumessung keine Anwendung findet. Auch *Meines* und *Menkes* Ansätze sind letztlich nicht überzeugend. *Meines* Argumentation scheidet bereits an der gesetzlichen Historie der vorgebrachten Normen, die seine These vom Ausschluss der Strafmilderung des untauglichen Versuchs als Zweck nicht stützt. *Menke* konnte nicht überzeugend darlegen, warum nur seine Zweckbestimmung eine verfassungskonforme Auslegung des Kompensationsverbots ermöglicht.

II. Fallgruppe Umsatzsteuer

Besonders umstritten ist die Haltung des BGH im Fall von nicht erklärten Umsätzen und nicht erklärter Vorsteuer.

1. Position der Rechtsprechung

Der BGH führt aus, dass der Täter im Fall der Umsatzsteuerhinterziehung keinen Erfolg mit dem Argument habe, dass er die Steuerschuld mit den unterlassenen Vorsteuerabzügen ausgleichen könne. Bei Vorsteuern handele es sich um „andere Gründe“ i.S.v. § 370 IV 3 AO. Es bestehe kein „innerer Zusammenhang“ zwischen der auf die eigenen Umsätze entfallenden Umsatzsteuer und der nicht geltend gemachten Vorsteuer.³⁸ „Der Vorsteuerabzug ist grundsätzlich bei allen für das Unternehmen ausgeführten Umsätzen und bei der Einfuhr jeder Art von Gegenständen für das Unternehmen zulässig“³⁹. Dabei sei es unerheblich, ob dieser Vorumsatz wie-

²⁶ *Joecks*, in: FGJ (Fn. 16), § 370 Rn. 73 f.

²⁷ *Meine* (Fn. 4), S. 61.

²⁸ *Joecks*, in: FGJ (Fn. 16), § 370 Rn. 73.

²⁹ *Schindhelm* (Fn. 7), S. 262 f.

³⁰ Siehe *Seer*, in: Tipke/Lang (Fn. 17), § 21 Rn. 289.

³¹ *Göggerle*, BB 1982, 1851, 1855; *Menke*, wistra 2005, 125, 127; so wohl auch *Hellmann*, in: HHSp (Fn. 17), § 370 Rn. 62 f.

³² *Menke*, wistra 2005, 125, 129.

³³ *Menke*, wistra 2005, 125, 127 ff.

³⁴ Statt vieler: *Eser*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch²⁷, 2006, § 1 Rn. 19.

³⁵ Vgl. *Bülte*, BB 2008, 2375, 2380.

³⁶ *Vogelberg*, in: Simon/Vogelberg (Fn. 1), S. 63; zustimmend: *Rolletschke*, in: Rolletschke/Kemper, Steuerverfehlungen: Kommentar zum Steuerstrafrecht, materiellen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht sowie zum Straf- und Bußgeldverfahren in Steuersachen (§§ 369 bis 415 AO), 2009, § 370 Rn. 129.

³⁷ *Schindhelm* (Fn. 7), S. 279; *Beck*, wistra 1998, 131, 135.

³⁸ BGH, Urteil vom 31.01.1978 – 5 StR 458/77 (juris); BGH, DB 1979, 142.

³⁹ BGH, DB 1979, 142.

derum zu eigenen Umsätzen geführt habe. Folglich könne man prinzipiell nicht unterscheiden, für welche Zwecke der für das Unternehmen gekaufte Gegenstand oder die beanspruchte Leistung genutzt wurde. Darüber hinaus bleibe der Vorsteuerabzug auch in den Fällen möglich, in denen der Gegenstand unter dem Einkaufspreis weiter veräußert werde oder schlicht nicht der Generierung eigener Umsätze diene, beispielsweise wenn die Ware untergeht. Mithin komme es für die „Vornahme des Vorsteuerabzuges nicht darauf an, wann die Rechnung bezahlt worden ist, wann die Umsätze, für die dem Unternehmer die Vorsteuern in Rechnung gestellt worden sind, zur Ausführung eigener Umsätze verwendet werden oder welchem Steuersatz diese Umsätze unterliegen“⁴⁰. Sobald die Voraussetzungen von § 15 I Nr. 1 oder Nr. 2 UStG erfüllt seien, habe der Unternehmer einen Anspruch auf den Vorsteuerabzug, unabhängig davon, wann es zu einer weiteren Verwendung komme. Somit könnten nicht angegebene Vorsteuerbeträge bei der Berechnung der Umsatzsteuerverkürzung nicht berücksichtigt werden.⁴¹ Für diese Ansicht spricht auch ein Urteil des BFH, in dem dieser das Verhältnis der Umsatzsteuer zur Vorsteuer feststellt. Danach berechnet sich die Umsatzbesteuerung auf der Basis von zwei unabhängigen Besteuerungsgrundlagen:⁴² der Summe der Umsätze bzw. der Summe der in demselben Besteuerungszeitraum anfallenden Vorsteuerbeträge.⁴³

2. Ansichten in der Literatur

In der Literatur wird die Rechtsprechung des BGH kontrovers diskutiert. Da in diesem Zusammenhang immer wieder der Vergleich zur Position des BGH im Fall von Betriebsausgaben bei der Ertragsteuerverkürzung gezogen wird, soll diese kurz skizziert werden. Der BGH hat entschieden, dass alle Betriebsausgaben, soweit sie mit den verschwiegenen Erträgen in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang stehen und ihre grundsätzliche Anerkennung sich nicht wegen § 4 V EStG erübrigt, gewinnmindernd zu berücksichtigen sind. Wichtig ist jedoch, dass das nur für solche Betriebsausgaben gilt, die im Zusammenhang mit den nicht erklärten Einnahmen unmittelbar angefallen sind. Andere Betriebsausgaben, die bisher nicht geltend gemacht wurden, unterliegen dem Kompensationsverbot.⁴⁴

a) Vorsteuer unterfällt dem Kompensationsverbot zu Recht

Der Teil der Literatur, der dem BGH folgt,⁴⁵ sieht Umsatz- und Vorsteuer als zwei getrennte Faktoren an, die demzufolge auch steuerstrafrechtlich getrennt zu beurteilen seien.⁴⁶ So seien zwar die gemäß § 16 I UStG berechnete Steuer und die nach § 16 II 1 UStG in denselben Besteuerungszeitraum fallende abziehbare Vorsteuer „als bloße Rechnungsfaktoren nur unselbständige Besteuerungsgrundlagen, die zu saldieren sind und in dem Saldo aufgehen“⁴⁷, aber dieses Verhältnis würde nicht von Gesetzes wegen eintreten, sondern der Steuerpflichtige müsse sie im Rahmen seiner Umsatzsteuererklärung geltend machen. Geschehe dies jedoch nicht, so komme es auch nicht zu einer Saldobildung. Überdies müsse sich die abziehbare Vorsteuer nicht auf genau die Lieferungen oder die sonstigen Leistungen beziehen, für die die Umsatzsteuer fällig wird.⁴⁸ Die Existenz von zu zahlender Umsatzsteuer lasse deshalb nicht zwingend auf nicht geltend gemachte Vorsteuer schließen. Hinzu komme, dass § 15 I UStG davon spricht, dass der Unternehmer die Vorsteuer abziehen „kann“, daraus folge *e contrario*, dass die Finanzbehörden einem Ent-

schluss des Unternehmers, sein Recht auszuüben, nicht vorgehen dürften.⁴⁹ Des Weiteren könne der Täter, wenn eine Kompensierung durch die Vorsteuer möglich wäre, schon vor Abgabe der unrichtigen Umsatzsteueranmeldung ausreichend Vorsteuer „produzieren“, beispielsweise durch Scheinrechnungen, um für den Fall der Entdeckung entsprechend vorbereitet zu sein.⁵⁰ Jedoch muss man bedenken, dass dieses Verhalten wiederum eine neue Steuerhinterziehung darstellen würde.

b) Ablehnende Haltung

Die Gegenansicht hält dagegen die Einordnung der Vorsteuer als „andere Gründe“ i.S.v. § 370 IV 3 AO für falsch. Diesen kritischen Stimmen ist gemein, dass sie die Rechtsprechung des BGH für widersprüchlich halten.⁵¹

Insbesondere *Meine* setzt sich umfassend mit dem grundlegenden Urteil des BGH auseinander. Er kritisiert zunächst, dass die Begründung des BGH zum Teil fadenscheinig sei. Denn wenn der BGH anführt, dass die Vorsteuer auch bestehen bleibe, wenn der Gegenstand untergehe, so sei das auch der Fall bei Anschaffungskosten, die den Gewinn mindern, deren nachträgliche Geltendmachung der BGH aber zulasse. Denn auch Anschaffungskosten blieben für den Fall des Untergangs der Ware bestehen. Darin sieht *Meine* eine widersprüchliche Behandlung zweier vergleichbarer Sachverhalte. Außerdem führt *Meine* aus, dass ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Umsatzsteuer und Vorsteuer im Gegensatz zu den verschwiegenen Erträgen und den damit verbundenen Betriebsausgaben nur deshalb nicht ersichtlich sei, weil der BGH in den beiden Konstellationen eine unterschiedliche Bezugsgröße wähle. Bei der Ertragsteuerverkürzung sei der relevante Bezugspunkt der „Gewinn“, so dass ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den „nicht verbuchten Verkaufserlösen“, „Betriebsausgaben, die wegen der Verkäufe angefallen sind“, und dem „Gewinn“ leicht zu erkennen sei. Bei der Umsatzsteuerverkürzung hingegen wähle der BGH als Bezugsgröße die „Umsatzsteuer auf die nicht verbuchten Umsätze“. Durch die Wahl dieser Bezugsgröße sei ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen „nicht verbuchten Umsätzen“, der „Vorsteuer auf Aufwendungen, die wegen der Umsätze angefallen sind“, und der Bezugsgröße „Umsatzsteuer auf die nicht verbuchten Umsätze“ nicht zu erkennen. Dies sähe jedoch anders aus, wenn der BGH im Fall der Umsatzsteuerverkürzung eine – mit dem Fall der Ertragsteuerverkürzung – vergleichbare Bezugsgröße wählen würde, nämlich die Umsatzsteuerzahllast

⁴⁰ BGH, DB 1979, 142.

⁴¹ BGH, DB 1979, 142.

⁴² BFH, DB 1977, 1171.

⁴³ Weiss, UR 1977, 37, 38.

⁴⁴ BGH, Urteil vom 31.01.1978 – 5 StR 458/77 (juris).

⁴⁵ Hellmann, in: HHSp (Fn. 17), § 370 Rn. 190; Samson, wistra 1983, 235, 239; Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Loseblattsammlung, Band I, Stand: 2008, § 370 Rn. 46; Menke, wistra 2006, 167 ff.; Hentschel, UR 1999, 476, 477; Pfaff, UR 1979, 79, 80.

⁴⁶ Vgl. Schindhelm (Fn. 7), S. 141.

⁴⁷ BGH, wistra 1991, 107-109.

⁴⁸ Hellmann, in: HHSp (Fn. 17), § 370 Rn. 190.

⁴⁹ Menke, wistra 2006, 167, 170.

⁵⁰ Hentschel, UR 1999, 476, 477.

⁵¹ Kohlmann (Fn. 17), § 370 Rn. 524; Bilsdorfer, DSz 1983, 447, 452 f.; Meine (Fn. 4), S. 33, 37 f.; Schuhmann, wistra 1992, 208, 211; Gußen, Praxiswissen Steuerstrafrecht, 2009, Teil 2, B. IX. Rn. 110 f.

als Saldo aus Umsatzsteuer und Vorsteuerbeträgen. Denn bei der Ertragsteuerverkürzung habe man auch den Saldo zwischen Betriebseinnahmen und -ausgaben als Bezugsgröße genommen. Nehme man die Umsatzsteuerzahllast als Bezugsgröße, bestehe auch ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den einzelnen Positionen. Daraus schlussfolgert *Meine*, dass die Verneinung des unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs durch die Wahl der falschen Bezugsgröße bedingt sei.⁵²

Auch *Kohlmann* sieht – ohne dabei auf die Frage nach den Bezugsgrößen einzugehen – einen engen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Umsatzsteuer und Vorsteuer, da beide in der Umsatzsteuererklärung (§ 16 II UStG) zu einem Betrag „verschmelzen“ würden. Es bestehe somit ein einheitlicher Lebensvorgang. Für das Strafrecht sei die steuerliche Unterscheidung zwischen Umsatzsteuer und Vorsteuer nicht relevant und dürfe dementsprechend auch nicht übertragen werden.⁵³

Bilsdorfers Kritik geht in eine ähnliche Richtung wie *Meines*, denn auch *Bilsdorfer* beanstandet die unterschiedliche Behandlung von vergleichbaren Sachverhalten. Er bringt vor, dass der BGH nicht darauf eingehe, dass sowohl durch das Verschweigen von Betriebsausgaben (beispielsweise im Fall von Schwarzeinkäufen) als auch durch das Verschweigen der Vorsteuer letztlich derselbe Zweck verfolgt werde: Der Täter wolle in beiden Fällen vermeiden, dass die Finanzbehörde auf die realen Umsätze aufmerksam wird.⁵⁴

3. Stellungnahme

Meines Kritik stützt sich hauptsächlich auf den Vergleich zur Ertragsteuerhinterziehung. Man muss *Meine* jedoch entgegenhalten, dass der BGH die Bezugsgröße keinesfalls willkürlich gewählt hat. Vielmehr spiegelt die Bezugsgröße den tatsächlichen steuerlichen Anknüpfungspunkt wider. So wird die Ertragsteuer anhand der Gewinne ermittelt, während die Umsatzsteuer an die Umsätze anknüpft. Gewinn und Umsatzsteuerzahllast sind keineswegs vergleichbar. Eher müsste *Meine* dann die Umsatzsteuerzahllast mit der Einkommensteuerzahllast vergleichen. Bei der vom BGH „gewählten“ Bezugsgröße handelt es sich also vielmehr um eine steuerrechtliche Gegebenheit. Des Weiteren beschreibt *Meine* eine Sonderkonstellation, indem er eine Sachlage wählt, in der die „Vorsteuer auf Aufwendungen wegen der nicht verbuchten Umsätze“ angefallen ist. Vorsteuern müssen aber nicht zwingend mit den jeweiligen Umsätzen zusammenhängen. So kann beispielsweise ein Unternehmer auch einen Gegenstand von einer Privatperson kaufen. In diesem Fall würde keine abzugsfähige Vorsteuer auf der Seite des Unternehmers entstehen. Dennoch müsste er, wenn er den Gegenstand mit Mehrwertsteuer weiterverkauft, Umsatzsteuer zahlen. *Meines* Wortwahl impliziert aber, dass die Vorsteuer immer im Zusammenhang mit den späteren Umsätzen entsteht. *Meines* Einwände vermögen daher nicht zu überzeugen.

Gegen *Bilsdorfers* Ansicht spricht der hier vertretene Zweck des Kompensationsverbots. Relevant ist damit in erster Linie nicht, ob beide Täter einen vergleichbaren Tatplan haben, sondern ob ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den verschwiegenen Angaben und den Ermäßigungsgründen besteht, der die beschriebene Konstellation eines späteren Steuerausfalls unmöglich macht.

Interessanter ist *Kohlmanns* Einwand, wenn er eine vom Steuerrecht unabhängige Beurteilung fordert. Zwar dürfen

steuerliche Spezifika nicht ohne Bewertung ins Strafrecht übernommen werden,⁵⁵ aber eine bewusste Entscheidung für die Übernahme muss möglich sein. Für eine gleiche Bewertung auch im Steuerstrafrecht spricht, dass eine vom Steuerrecht unabhängige Betrachtung nicht sinnvoll ist. Denn wenn der Zweck des Kompensationsverbots in der Vermeidung von Konstellationen eines erst später eintretenden Steuerausfalles liegt, dann muss beurteilt werden, wann ein solcher Fall gegeben ist. Die Feststellung ist aber nur möglich, wenn man die steuerlichen Gegebenheiten so berücksichtigt, wie sie sind, was mit dem Kriterium des unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs zum Ausdruck gebracht wird. Wie eine vom Steuerrecht unabhängige Betrachtungsweise den Zweck des Kompensationsverbots erfüllen soll, ist nicht zu erkennen.

C. Modifikation des objektiven Ansatzes

Nicht nur die Position der Rechtsprechung im Fall der Umsatzsteuerhinterziehung wird kritisiert, auch darüber hinaus sieht sich die Rechtsprechung zum Kompensationsverbot der Kritik ausgesetzt: Zunächst wird diese Rechtsprechung als zu kasuistisch kritisiert.⁵⁶ Ob eine Steuerverkürzung vorliegt, kann aber nur mit Hilfe aller relevanten Steuergesetze bestimmt werden.⁵⁷ Daraus lässt sich schlussfolgern, dass sich eine umfassende Kasuistik nicht vermeiden lässt, wenn man grundsätzlich an einer objektiven Interpretation des Kompensationsverbots festhalten will. In Anbetracht der Fülle der Steuergesetze und der damit zusammenhängenden steuerlich möglichen Konstellationen kann nur allgemein formuliert werden, wann das Kompensationsverbot eingreift. Insofern wird diese ungerechtfertigte Kritik wohl auch in Zukunft weiter bestehen bleiben.

Berechtigter hingegen ist der Hinweis, dass die Steuerhinterziehung praktisch zu einem abstrakten Gefährdungsdelikt wird,⁵⁸ obwohl es sich bei § 370 AO nach Ansicht des BGH und einem Teil der Literatur um ein konkretes Gefährdungsdelikt handelt.⁵⁹ Um das zu vermeiden, werden von *Suhr* und *Samson* Vorschläge gemacht, die auf dem objektiven Ansatz aufbauen, jedoch eine Qualifizierung als abstraktes Gefährdungsdelikt vermeiden würden. Es erscheint erwägenswert, diese Ideen zusammenzuführen.

Suhr hält § 370 AO aufgrund von § 370 IV 3 AO für ein konkretes Gefährdungsdelikt. Dafür müsse aber im Festsetzungszeitpunkt auch tatsächlich eine konkrete Gefahr für das Rechtsgut, das Steueraufkommen, bestanden haben.⁶⁰ Genau an dieser Stelle setzen Kritiker an, indem sie bezweifeln, dass tatsächlich eine konkrete Gefahr für das Rechtsgut bestand.⁶¹ *Suhr* schlägt deshalb vor, nachdem ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang verneint wurde, also das Kompensationsverbot zur Anwendung kommt, zu prüfen, ob im

⁵² *Meine* (Fn. 4), S. 37 f.

⁵³ *Kohlmann* (Fn. 17), § 370 Rn. 524

⁵⁴ *Bilsdorfer*, DSZ 1983, 447, 450.

⁵⁵ Vgl. *Vogelberg*, in: Simon/Vogelberg (Fn. 1), S. 75.

⁵⁶ *Meine*, wistra 1982, 129, 131; *Vogelberg*, in: Simon/Vogelberg (Fn. 1), S. 63.

⁵⁷ Vgl. *Hellmann*, in: HHSp (Fn. 17), § 370 Rn. 18.

⁵⁸ *Kohlmann/Sandermann*, Steuer und Wirtschaft (StuW) 1974, 221, 232.

⁵⁹ BGH, NJW 2009, 1979, 1983; *Joecks*, in: FGJ (Fn. 16), § 370 Rn. 15; *Seer*, in: Tipke/Lang (Fn. 17), § 23 Rn. 21; *Suhr* (Fn. 18), S. 145 f.

⁶⁰ *Suhr* (Fn. 18), S. 145.

⁶¹ *Kohlmann/Sandermann*, StuW 1974, 221, 232; *Meine* (Fn. 4), S. 61.

vorliegenden Fall tatsächlich eine konkrete Gefahr für das Rechtsgut bestand. Es gebe Fälle, in denen dieser erst später eintretende Steuerausfall unwahrscheinlich sei, so dass man dann nicht mehr von einer konkreten Gefährdung sprechen könne. Demnach will *Suhr* „andere Gründe“ i.S.d. Kompensationsverbots so verstehen, dass es sich dabei um verschwiegene Ermäßigungsgründe handelt, von denen im Festsetzungszeitpunkt konkret angenommen werden kann, dass der Täter sie zu einem späteren Zeitpunkt noch geltend macht.⁶² Zunächst scheint es, als würde *Suhrs* Vorschlag den objektiven Ansatz nicht nur modifizieren, sondern grundlegend ändern. Bei näherer Betrachtung ist das jedoch unzutreffend. Wenn man den Zweck des Kompensationsverbots in der Vermeidung von erst später eintretenden Steuerausfällen sieht und annimmt, dass diese Steuerausfälle dann vermieden werden, wenn zwischen den verschwiegenen Angaben und den nicht geltend gemachten Ermäßigungsgründen ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, wird deutlich, worin die Modifikation durch *Suhr* zu sehen ist: Im Prinzip müsste der BGH, nachdem er einen engen wirtschaftlichen Zusammenhang verneint hat und damit das Kompensationsverbot für anwendbar hält, nur in einem zweiten Schritt überprüfen, ob dadurch im Festsetzungszeitpunkt tatsächlich eine konkrete Gefahr für das Rechtsgut bestand. Dies wäre zum Beispiel dann zu verneinen, wenn der Täter keine Kenntnis von dem Ermäßigungsgrund hatte, denn in dem Fall wäre es sehr unwahrscheinlich, dass der Täter den Grund später noch geltend macht und damit den bereits im ursprünglichen Steuerbescheid angelegten Steuerausfall verursacht.⁶³

Samson bemerkt zu Recht, dass die Werthaltigkeit eines Anspruchs schon bei der Frage, ob eine Steuerverkürzung vorliegt, berücksichtigt werden müsse und nicht erst bei der Strafzumessung. Bisher würde bei der Beurteilung unberücksichtigt bleiben, ob überhaupt die Möglichkeit bestand, den Steueranspruch zu realisieren. Von einem strafrechtlichen Blickwinkel aus betrachtet könne die „formale Beschädigung“ von Forderungen, die mangels wirtschaftlichen Wertes nicht verwirklicht werden können, und die tatsächliche Schädigung werthaltiger Forderungen nicht im gleichen Maße strafwürdig sein.⁶⁴ Wenn man insofern die unterschiedliche Strafwürdigkeit anerkenne, könne schon aufgrund des Schuldprinzips nicht erst im Rahmen der Strafzumessung eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle erfolgen. In dem Fall, dass ein Steueranspruch aus wirtschaftlicher Sicht völlig wertlos ist, komme eine Verurteilung nicht in Betracht. Begründet wird dies mit dem Argument, dass das Unrecht der Tat stark von der wirtschaftlichen Werthaltigkeit des Steueranspruchs beeinflusst würde. Wenn dieser – mangels irgend-

eines Wertes – mit Null angesetzt werden müsse, dann müsse auch das Unrecht der Tat mit Null beziffert werden.⁶⁵

Wenn man *Suhrs* und *Samsons* Vorschläge kombiniert, dann könnte ein „modifizierter objektiver Ansatz“ folglich so zu verstehen sein: Zunächst muss geprüft werden, ob es überhaupt Ermäßigungsgründe gibt. Wenn ja, dann würde man anhand des durch *Suhrs* Kritik bereits veränderten objektiven Ansatzes feststellen, ob die Ermäßigungsgründe unter das Kompensationsverbot fallen oder nicht. Sie würden dann nicht vom Kompensationsverbot erfasst, wenn trotz des fehlenden wirtschaftlichen Zusammenhangs keine konkrete Gefahr für das Rechtsgut im Festsetzungszeitpunkt bestand. Anschließend würde man die Werthaltigkeit des so bestimmten Steueranspruchs prüfen. Für den Fall, dass keine Ermäßigungsgründe im Verfahren vorgebracht werden, kann man direkt die Werthaltigkeit des Anspruchs prüfen. Bei diesem Verständnis des Kompensationsverbots würde es sich bei § 370 AO auch in der praktischen Anwendung um ein konkretes Gefährdungsdelikt, also ein Erfolgsdelikt handeln, wodurch auch der Wortlaut von § 370 AO angemessen berücksichtigt würde. Zudem würde, wie von *Samson* gefordert, dem Schuldprinzip Genüge getan.

D. Fazit

Der objektiven Herangehensweise des BGH ist grundsätzlich zuzustimmen, da diese eine vom Bewusstsein des Täters unabhängige Interpretation ermöglicht. Jedoch muss der Zweck des Kompensationsverbots aus den dargelegten Gründen nicht in der Prozessökonomie, sondern im Schutz vor einem, erst in einem zweiten Schritt eintretenden, Steuerausfall gesehen werden.

Im Fall nicht erklärter Umsatzsteuer und nicht erklärter Vorsteuer ist der Ansicht des BGH und der ihm folgenden Literatur zuzustimmen.

Zu Recht wird kritisiert, dass der bisher vom BGH vertretene objektive Ansatz in der Rechtsanwendung aus § 370 AO ein abstraktes Gefährdungsdelikt macht und überdies häufig mit dem Schuldprinzip im Konflikt steht. Aus diesem Grund wird vorgeschlagen, die von *Suhr* und *Samson* entwickelten Ideen zu kombinieren und anzuwenden, was hier als „modifizierter objektiver Ansatz“ bezeichnet wird. ■

⁶² *Suhr* (Fn. 18), S. 146.

⁶³ Vgl. *Suhr* (Fn. 18), S. 146.

⁶⁴ *Samson*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV: Strafrecht, Strafprozessrecht, 2000, S. 675, 691.

⁶⁵ *Samson* (Fn. 64), S. 675, 691 f.

Maximilian Preißer, LL.B., Hamburg*

Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen

Darstellung und kritische Würdigung des neuen § 16 Abs. 3 GmbHG

A. Einleitung

Am 1.11.2008 trat das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)¹ in Kraft. Das erklärte Ziel dieses Gesetzgebungsvorhabens bestand darin, „die Attraktivität der deutschen GmbH gegenüber konkurrierenden ausländischen Rechtsfor-

men zu steigern“². Zu diesem Zweck sollten insbesondere

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

¹ BT-Drucks. 16/6140, 38.

² Vgl. MoMiG-RefE, S. 33. Vgl. auch *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 170-182 zu einer ausführlichen Darstellung der Wettbewerbssituation der GmbH in Europa.

Transaktionskosten bei der Übertragung von Geschäftsanteilen gesenkt werden.

Der folgende Beitrag soll nach einer Erläuterung der Hintergründe des Gesetzgebungsverfahrens die neue Regelung des § 16 Abs. 3 GmbHG vorstellen und einer kritischen Würdigung unterziehen.

B. Praxisbedarf eines gutgläubigen Anteilsverkaufs

Die Anteilsübertragung kann an einem Mangel des Rechtsgeschäfts oder der Verfehlung statutarischer Anforderungen scheitern. Hierdurch entsteht in der Praxis ein umfangreiches und kostenintensives Erfordernis vorheriger Due Diligence-Prüfungen, die vor allem ausländische Investoren abschrecken und Unternehmenskäufe im Wege des Share Deals oftmals deutlich verzögern.³

I. Beurkundung der Anteilsübertragung: Fehlerfilter und Fehlerquelle

Gem. § 15 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 GmbHG sind sowohl das Verfügungs- wie auch das darauf gerichtete Verpflichtungsgeschäft im Zusammenhang mit der Anteilsübertragung notariell zu beurkunden.⁴ An diesem doppelten Formerfordernis hält der Gesetzgeber auch nach neuer Rechtslage fest, da ein spekulativer Handel mit Geschäftsanteilen unterbunden werden soll.⁵

Das Beurkundungserfordernis dient der Identifikation der Beteiligten, der Feststellung ihrer Geschäftsfähigkeit sowie etwaiger Vertretungsverhältnisse.⁶ Die notarielle Beurkundung hat somit eine institutionelle Kontrollfunktion und dient als Fehlerfilter, da der Notar die Parteien im Vorfeld auf etwaige Formmängel hinweisen und diese beheben kann.⁷ Andererseits ist jedoch genau dieses Formerfordernis und die Ausdehnung desselben auf sämtliche mit dem Verpflichtungsgeschäft verbundene Nebenabreden⁸ oftmals der Grund für die Unwirksamkeit einer Anteilsübertragung.⁹

II. Zustimmungserfordernis im Falle der Vinkulierung

Eine weitere Fehlerquelle kann die erforderliche Zustimmung der Gesellschaft gem. § 15 Abs. 5 GmbHG im Falle der Vinkulierung von Geschäftsanteilen sein. Eine Unwirksamkeit der Abtretung kommt insbesondere bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht in Betracht, sofern der Erwerber die Missachtung interner Mitwirkungsregeln kannte oder kennen musste.¹⁰

Die wirksame Genehmigungserteilung und deren Zugang können mangels hinreichender Aufzeichnungen oft nicht festgestellt werden, sodass sich die Wirksamkeit der Übertragung vinkulierter Anteile nicht mehr verlässlich feststellen lässt.¹¹ Gelegentlich finden sich auch Satzungsklauseln i.S.d. § 15 Abs. 5 GmbHG, wonach die Erteilung der Genehmigung beispielsweise von der vorigen Ausübung bzw. dem Verzicht auf Vorerwerbsrechte sonstiger Gesellschafter abhängt.¹² Insbesondere der Nachweis, dass diese Bezugsrechte nicht ausgeübt wurden, ist mangels hinreichender Dokumentation meist nicht möglich.

III. Fehlerquelle Bedingung

Geschäftsanteilsübertragungen werden gerade bei Unternehmenskäufen in der Praxis oft unter eine Bedingung oder Befristung gestellt.¹³ Die gängigste Bedingung ist die Bezahlung des Kaufpreises, wobei gerade bei größeren Transaktionen an

die Übertragung häufig weitere Anforderungen geknüpft werden, die – wie etwa Kartell- oder Bankenvorbehalte – nicht selten von der Entscheidung Dritter abhängen. Auch die Überprüfung solcher Zustimmungen ist mit einem großen Aufwand verbunden.

IV. Belastung der Geschäftsanteile

Schließlich werden Geschäftsanteile in der Praxis häufig verpfändet oder aus steuerlichen Gründen mit einem Nießbrauch belastet. Diese Belastungen konnten bislang nicht in die Gesellschafterliste eingetragen¹⁴ und auch nicht anderweitig bekannt gemacht werden, sodass sich Erwerber kein transparentes Bild von dem wirtschaftlichen Wert eines Geschäftsanteils verschaffen konnten.

V. Reaktionen der Praxis

Aufgrund der dargestellten Fehlerquellen und der Problematik des Nachweises einer lückenlosen Abtretungskette behelft man sich in der Praxis regelmäßig mit Verkäufegarantien, durch welche der Veräußerer versicherte, dass er Inhaber des unbelasteten Geschäftsanteils ist.¹⁵

Hierbei handelt es sich allerdings nur um eine schuldrechtliche Hilfslösung, da allein das finanzielle Interesse durch etwaige Schadenersatzansprüche im Falle der Garantieverletzung bewahrt wird. Mangels gutgläubigen Erwerbs führten diese Umstände stets zu langwierigen und kostspieligen Due Diligence-Prüfungen, sodass ein entsprechendes Reformbedürfnis an den MoMiG-Gesetzgeber herangetragen wurde.

C. Gutgläubiger Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG

Der Erwerb eines Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten wurde nun durch § 16 Abs. 3 GmbHG ermöglicht. Nach der Neuregelung ist neben dem Erwerb vom Nichtberechtigten auch ein gutgläubiger Erwerb eines Pfandrechts oder Nießbrauchs an einem Geschäftsanteil möglich.¹⁶ Dazu muss sich die Verfügungsberechtigung des belastenden Nichtberechtigten aus der Gesellschafterliste ergeben.

³ S. Grunewald, ZIP 2006, 685; Rodewig, ZIP 2006, 685, 690.

⁴ Instrukтив zur Veräußerung von Geschäftsanteilen *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl., § 30 sowie grundlegend zur Mitgliedschaft in der GmbH K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, § 35.

⁵ Vgl. Römermann, NJW 2006, 2065, 2069, der zudem auf die klassischen Formzwecke verweist.

⁶ Vgl. §§ 10-12 BeurkG.

⁷ Bohrer, DStR 2007, 995, weist darüber hinaus noch auf die psychologisch-streitvermeidende Wirkung notarieller Beurkundungen hin.

⁸ St. Rspr. zum sog. Vollständigkeitsgrundsatz, s. BGH, NJW 1983, 1843; GmbHR 1989, 194, 195; ZIP 1996, 1902; OLG München, NJW 1967, 1328; Walz/Fernbacher, NZG 2003, 1143 m.w.N.

⁹ Vgl. Winter/Seibt, in: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 10. Aufl. 2006, § 15 Rn. 8.

¹⁰ Vgl. Altmeyden, in: Roth/Altmeyden, GmbHG Kommentar, 6. Aufl. 2009, § 15 Rn. 94 f.

¹¹ S. Bohrer (Fn. 7), 995.

¹² Vgl. zur Außenwirkung solcher Bedingungen Bohrer (Fn. 7), 996 m.w.N.

¹³ Vgl. Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 13. Aufl. 2008, Rn. 86-88.

¹⁴ Wicke, GmbHG Kommentar, 2008, § 16 Rn. 10.

¹⁵ S. Holzapfel/Pöllath (Fn. 13), Rn. 503; ebenso Streyl, in: Semler/Volhard, Arbeitshandbuch Unternehmensübernahmen, 2003, § 12 Rn. 155; Hamann, NZG 2007, 492 m.w.N.

¹⁶ Vgl. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG Kommentar, 17. Aufl. 2009, § 16 Rn. 57.

I. Der Tatbestand des § 16 Abs. 3 GmbHG

1. Überblick: Vier Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs

Der redliche Erwerb eines Geschäftsanteils oder eines Rechts an diesem erfordert das kumulative Vorliegen der folgenden vier Voraussetzungen:

- (1) Die von einem Befugten unterzeichnete Gesellschafterliste, welche
- (2) den Nichtberechtigten länger als 3 Jahre als Anteilsinhaber ausweist, oder deren Unrichtigkeit dem Berechtigten vor Ablauf dieser 3-Jahres-Frist anderweitig zuzurechnen ist,
- (3) wurde im Handelsregister aufgenommen und
- (4) gegen ihre Verlautbarung ist kein Widerspruch eingetragen.

2. Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger

Die Gesellschafterliste diente nach altem Recht ausschließlich der Transparenz der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises;¹⁷ dem wurde sie in der Praxis jedoch kaum gerecht: Nachdem sich die dingliche Veräußerung allein nach § 15 Abs. 3 GmbHG richtet und die Listeneintragung hierauf nach altem Recht keine Auswirkung hatte, war die Gesellschafterliste in der Vergangenheit oft veraltet.¹⁸ Meist konnten Geschäftsführer ihrer Verpflichtung zur Aktualisierung der Liste gem. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG mangels Transparenz der Übertragung gar nicht nachkommen und auch die Gesellschafter waren nur selten bestrebt, die Liste zu aktualisieren. Dies wird sich künftig ändern. Durch § 16 Abs. 3 GmbHG wird die Gesellschafterliste nun als Rechtsscheinträger zur Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs aufgewertet.

a) Aufwertung der Gesellschafterliste durch § 40 GmbHG

Der redliche Erwerb knüpft an die Gesellschafterstellung des Veräußerers laut Gesellschafterliste an. Geschützt werden soll nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis. Nichtexistente Geschäftsanteile gelangen nicht per Rechtsschein zur Entstehung.¹⁹ Ferner hilft der Rechtsschein auch nicht über die satzungsmäßige Vinkulierung der Anteile hinweg und auch der lastenfreie Erwerb soll nicht möglich sein.²⁰ Nach der Neuregelung muss der Erwerber also weiterhin prüfen, ob der Anteil überhaupt wirksam entstanden ist und ohne Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden darf.

Die Gesellschafterliste wurde bislang weder vom Registergericht geführt, noch bei ihrer Einreichung durch Notare oder Geschäftsführer auf ihre Richtigkeit hin überprüft. Die Anknüpfung an sie als Rechtsscheinträger lässt sich damit nur politisch erklären, da auf diesem Wege der befürchtete Mehraufwand für die Registergerichte in den Ländern vermieden wird.²¹

Durch die Aufwertung der Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger nach der neuen Konzeption des § 16 Abs. 3 GmbHG bedurfte es einer Änderung der Handhabung der Liste, damit diese verlässliche Auskunft über den aktuellen Gesellschafterbestand geben kann. Zu diesem Zweck sieht § 16 Abs. 1 GmbHG vor, dass die mitgliedschaftliche Legitimation des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft künftig nicht mehr auf der *Anmeldung* des Anteilsverkaufes gegenüber der Gesellschaft, sondern auf der *Eintragung* in

die Gesellschafterliste basiert.²² Der Gesetzgeber schafft damit einen Anreiz und eine Obliegenheit der Gesellschafter für die Richtigkeit der Liste und eine korrekte Eintragung ihrer Rechte zu sorgen.

b) Haftung der Geschäftsführer für eine aktuelle Liste

Die Geschäftsführer sind zur sorgfältigen Führung der Liste gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verpflichtet.²³ Im Falle einer unrichtig gewordenen Liste sind sie zur umgehenden Einreichung einer aktualisierten Form verpflichtet.²⁴

Nachdem die Rechte der Gesellschafter (insb. hinsichtlich der Gewinnbeteiligung) nun von einer Eintragung in die Gesellschafterliste abhängen, gewinnt auch die Haftung der Geschäftsführer gem. § 40 Abs. 3 GmbHG wieder an Bedeutung, sodass diese künftig sehr viel genauer die Wirksamkeit der Anteilsübertragungen überprüfen werden. Obwohl der Wortlaut des § 40 Abs. 3 GmbHG dies nicht ausdrücklich vorschreibt, wird man seitens der Geschäftsführer aber weiterhin ein Verschulden bei Einreichung einer falschen Liste verlangen müssen.²⁵ Der Geschäftsführer muss sich entsprechend der sog. Business Judgment Rule entlasten.²⁶

c) Einbindung der Notare

Ferner wird der Notar in seiner Funktion als Überwacher der Abtretungsvorgänge eingebunden, indem er nicht mehr nur zur schlichten Anzeige einer Abtretung gem. § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG a.F., sondern anstelle der Geschäftsführer zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet wird, sofern er an den Veränderungen mitwirkte, vgl. § 40 Abs. 2 GmbHG. Hiermit sind Geschäftsanteilsveräußerungen, Kapitalerhöhungen und Gesamtrechtsnachfolgen nach dem UmwG erfasst.²⁷ Der Notar soll der Gesellschafterliste außerdem höhere Seriosität verleihen, indem er die umfangreiche Prüfung der Abtretungsvorgänge und den Eintritt der Bedingungen, an die die Verfügungen geknüpft sind, überprüfen muss und so die Aufgabe einer materiellen Kontrollinstanz übernimmt, die aus politischen Gründen nicht den Registergerichten zugewiesen wurde.²⁸ Diese weiteren Pflichten werden durch die Notarhaftung gem. § 19 BNotO unterstrichen. Schließlich hat der Notar für die Erteilung einer Bestätigung gem. § 54 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GmbHG zu sorgen.

Problematisch ist, dass sich der Gesellschafterbestand auch ohne Mitwirkung des Notars, etwa im Wege des Erbfallbeschlusses,

¹⁷ Koppstein, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, 4. Aufl. 2002, § 40 Rn. 2; Paefgen, in: Ulmer/Habersack/Winter, § 40 Rn. 2 ausführlich zum Normzweck unter Berücksichtigung der MoMiG-Änderungen Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 40 Rn. 1-4.

¹⁸ Vgl. Harbarth, ZIP 2008, 57, 58.

¹⁹ Vgl. Bayer (Fn. 16), § 16 Rn. 58; Kort, GmbHR 2009, 169, 174 sowie Gottschalk, DZWIR 2009, 45, 49.

²⁰ S. Begr. RegE, BR-Drucks. 354/07, S. 88 sowie Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2007, 211, 215.

²¹ Vgl. Harbarth (Fn. 18), 58; Rodewig (Fn. 2), 691 zu einer Alternativlösung des redlichen Erwerbs über das Handelsregister.

²² Grunewald, BB-Spezial 7/2006, 685, 687.

²³ Die Eintragung des Aktionärs ins Aktienregister gem. § 67 AktG diente hierbei als Vorbild für die Regelung, vgl. Breitenstein/Meyding, BB 2007, 1457, 1458.

²⁴ Ebd.

²⁵ Ganz h.L., statt vieler Altmeyden (Fn. 10), § 40 Rn. 18 m.w.N.

²⁶ Vgl. Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, § 40 Rn. 9.

²⁷ Bohrer (Fn. 7), 998; Rau, DStR 2006, 1892, 1; Ziemons, BB-Spezial 7/2006, 10f.

²⁸ Vgl. Grunewald, ZIP 2006, 685, 686; Ziemons (Fn. 27), 10f.

ändern kann.²⁹ Außerdem muss der Notar die Liste auch dann umgehend einreichen, wenn eine *auflösende* Bedingung oder eine Rückübertragungsklausel vereinbart wurde. Die Verfolgung und Korrektur dieser Regelungen obliegt ihm nicht, sodass er unter Umständen sehenden Auges am Auseinanderfallen von Gesellschafterliste und Rechtsinhaberschaft, nach Eintritt der Bedingung, mitwirken muss.³⁰ Sofern die Parteien im Veräußerungsvertrag vereinbart haben, dass der Notar nach Eintritt der Bedingung informiert werden soll, wird sich eine Mitteilungspflicht jedoch aus einer analogen Anwendung von § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG ergeben.³¹

Dem Notar obliegt außerdem eine Hinweispflicht auf die Folgen einer materiell unrichtigen Liste, wozu insbesondere die Unwirksamkeit von Gesellschafterhandlungen des noch nicht eingetragenen Erwerbers und nun auch die Gefahr des gutgläubigen Erwerbs zählen.

d) *Anteilsübertragung vor ausländischen Notaren weiterhin möglich?*

Sofern eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar erfolgt, trifft ihn die Einreichungspflicht aus § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG nicht, da der deutsche Gesetzgeber nur inländische Notare im Rahmen ihrer Amtspflicht zur Einreichung von Gesellschafterlisten heranziehen kann.³² Wenn der ausländische Notar zur Einreichung verpflichtet werden soll, bedarf es daher einer ausdrücklichen Vereinbarung. Angesichts der wachsenden Bedeutung der Gesellschafterliste nach neuem Recht ist jedoch davon auszugehen, dass lediglich Notare, die bezüglich der Beurkundungsanforderungen den deutschen Notaren gleichgestellt sind³³, die Kompetenz zur Einreichung als Annex zur Beurkundungskompetenz innehaben.³⁴

3. Die Dreijahresfrist

Der gutgläubige Erwerb gem. § 16 Abs. 3 GmbHG wird erst dann ermöglicht, wenn die jeweilige Gesellschafterliste bereits seit drei Jahren unrichtig oder die Unrichtigkeit dem Berechtigten schon zuvor zurechenbar ist. Da der Gesetzgeber allein auf die *jeweilige* Liste und nicht auf den Zeitraum, innerhalb dessen nicht über den Anteil verfügt wurde, abstellt³⁵, stellt sich hier schon die Frage, inwiefern der erforderliche Rechtsschein bei schnell wechselnden Gesellschafterbeständen und dem damit verbundenen Einreichen neuer Listen überhaupt eintreten kann.

Ferner wird die Wirksamkeit der Neuregelung ganz maßgeblich davon abhängen, wie die Rechtsprechung künftig die Zurechenbarkeit i.S.d. § 16 Abs. 3 Satz 2 Var. 2 GmbHG auslegen wird. Nach dem Prinzip der Selbstverantwortung setzt ein redlicher Erwerb im deutschen Zivilrecht grundsätzlich die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins zulasten des Berechtigten voraus.³⁶ Nachdem ausdrücklich auf die Person des Berechtigten abgestellt wird, können Mängel seitens der Listenersteller keine Auswirkung auf die Zurechenbarkeit haben, sodass allein ein Verhalten des rechtmäßigen Anteilsinhabers ausschlaggebend sein muss. Als Anknüpfungspunkt werden bspw. die unterlassene Mitteilung einer Bedingung an den einreichenden Notar oder Geschäftsführer, die fehlende Beantragung einer neuen Liste durch den wahren Erben, nachdem der Scheinerbe eingetragen wurde, und v.a. die privatschriftliche Übertragung eines Anteils entgegen § 15 Abs. 3, 4 GmbHG genannt.³⁷

Daneben begründet § 16 Abs. 3 GmbHG nun eine Obliegenheit der Gesellschafter wenigstens innerhalb von drei Jahren die Gesellschafterliste auf die zutreffende Wiedergabe der Rechtslage zu überprüfen, um so einen gutgläubigen Erwerb zu eigenen Lasten zu vermeiden.

4. Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Erwerbers

a) *Der Fahrlässigkeitsmaßstab des § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG*

Nach § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG ist ein gutgläubiger Erwerb dann nicht möglich, wenn dem Erwerber grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Hiermit orientiert sich die Regelung an § 932 Abs. 2 BGB und kehrt sich von den weitergehenden Ansätzen der §§ 892, 2366 BGB ab.

Zutreffend verweist *Harbarth* darauf, dass der Erfolg des § 16 Abs. 3 GmbHG auch von der Auslegung dieses Merkmals geprägt sein wird.³⁸ Im Rahmen des § 932 Abs. 2 BGB legt der BGH grob fahrlässige Unkenntnis als „[Verletzung der] im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße [, die insb. dann vorliege], wenn ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseite geschoben wurden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall sich jedem aufgedrängt hätte“³⁹, aus. Im Bereich beweglicher Sachen werden Nachprüfungsobliegenheiten nur bei Vorliegen konkreter Verdachtsmomente gefordert.⁴⁰ Die Sorge, dass die Obliegenheitsanforderungen von der Rechtsprechung vor dem Hintergrund des erheblichen Due Diligence-Aufwands, den Erwerber jedenfalls bei größeren Akquisitionen betreiben, überspannt werden könnten,⁴¹ erscheint berechtigt. Insbesondere vor dem Hintergrund der Unzuverlässigkeit der Gesellschafterliste als Rechtsscheinsträger könnte hier eine strikte Rechtsprechung das Ziel des Abbaus von Transaktionskosten durch die Schaffung umfangreicher Prüfungspflichten konterkarieren.

²⁹ Begr. RegE, BR-Drucks. 354/07, S. 101.

³⁰ Vgl. MoMiG-RegE, BR-Drucks. 354/07, S. 106; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 895.

³¹ *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 895.

³² Ganz h.M., vgl. *Terlau*, in: *Ziemons/Jaeger*, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Edition 3, Stand: 15.10.2009, § 40 Rn. 25; *Rau*, DStR 2006, 1892, 1895; *Meyding*, BB 2006, 1457, 1460; *Grunewald* (Fn. 28), 688.

³³ *Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 22, § 2 Rn. 9. Ausführlich zum Ganzen *Saenger/Scheuch*, BB 2008, 65, 66, die insb. auf eine mögliche Rechtsprechungsänderung durch die kritische Position *Goettes* (mittlerweile Vorsitzender des II. Zivilsenats des BGH) zur bisherigen Auslegung von § 17 BeurkG sowie auf mögliche Folgen der Abschaffung der notariellen Beurkundung in der Schweiz verweisen. Kritisch auch *Grunewald*, (Fn. 28), 688.

³⁴ S. *Götze/Bressler* (Fn. 30), 896; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304.

³⁵ Vgl. Begründung zum MoMiG-RegE, a.a.O., S. 88.

³⁶ Grundlegend *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 467 ff.

³⁷ Vgl. zum Ganzen und einer Abwägung zwischen Veranlassungs- und Risikoprinzip *Apfelbaum*, BB 2008, 2470 ff.

³⁸ Vgl. *Harbarth* (Fn. 18), 60.

³⁹ BGH, NJW-RR 2000, 576, 577; BGHZ 10, 14, 16; BGH, NJW 1994, 2022, 2023.

⁴⁰ S. BGHZ 86, 300, 311 f.; *Quack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 932 Rn. 47 m.w.N.

⁴¹ Vgl. *Harbarth* (Fn. 18), 60. *Götze/Bressler* (Fn. 30), 898, verneinen die Begründung grober Fahrlässigkeit durch Unterlassen einer Due Diligence unter Verweis auf eine analoge Anwendung von § 932 BGB. Etwas anderes gelte lediglich dann, wenn hinsichtlich der Inhaberstellung konkrete Verdachtsmomente vorlägen.

b) Zeitpunkt der Redlichkeit des Erwerbers

Bei aufschiebend bedingten Übertragungen ist fraglich, ob auf den Vertragsschluss oder den Eintritt der Bedingung abzustellen ist.

Während im Rahmen der §§ 892 Abs. 1, 932 BGB die Gutgläubigkeit grundsätzlich bis zum Zeitpunkt der Vollendung des Erwerbstatbestandes vorliegen muss, gilt nach § 892 Abs. 2 BGB, dass der Zeitpunkt der Antragsstellung ausschlaggebend ist. Dem liegt die Wertung zugrunde, dass die Gutgläubigkeit nur solange vorliegen muss, wie der Rechtsverkauf in den Händen der Parteien liegt.⁴² Dementsprechend geht die herrschende Auffassung davon aus, dass bei aufschiebenden Bedingungen im Rahmen der §§ 892, 932 BGB allein der Zeitpunkt der Einigung maßgeblich sei.⁴³ Diese Wertung ist hier zu übertragen, sofern der Eintritt der Bedingung von Dritten abhängt.

Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn der Bedingungseintritt, wie etwa die vollständige Kaufpreiszahlung, von den Parteien beeinflusst werden kann.

5. Zerstörung des Rechtsscheins durch Widerspruch

Der Rechtsschein kann gem. § 16 Abs. 3 S. 3 Var. 2 GmbHG durch einen Widerspruch gegen den vermeintlich Berechtigten zerstört werden.⁴⁴ Der Widerspruchsführer muss dabei eine Gefährdung seines Rechts gem. § 16 Abs. 3 S. 5 GmbHG nicht glaubhaft machen. Diese Widerspruchsregelung lehnt sich an § 899 BGB aus dem Immobiliarsachenrecht an. Durch den Widerspruch wird nicht die Möglichkeit der Veräußerung durch den Berechtigten, sondern lediglich der gutgläubige Erwerb ausgeschlossen.

Der Widerspruch hat außerdem keine Auswirkung auf die Legitimation gegenüber der Gesellschaft i.S.d. § 16 Abs. 1 GmbHG.⁴⁵

Das MoMiG regelt nicht, ob neben dem Anteilsinhaber auch Mitgeschafter und Geschäftsführer widerspruchsbefugt sind.⁴⁶ Überzeugender erscheint der Ansatz, im Rahmen des § 16 Abs. 3 Satz 4 Var. 1 BGB nicht auf bestimmte Personen, sondern vielmehr auf ein berechtigtes Interesse abzustellen. Dazu kann die Regelung des § 13 GBO analog herangezogen werden.⁴⁷

D. Kritische Würdigung der Neuregelung unter Berücksichtigung aktueller Urteile

I. Probleme in Zusammenhang mit der Neuregelung

1. Gutgläubiger Erwerb in abweichender Stückelung

Fraglich ist ferner, ob zwar bestehende, aber in falscher Stückelung eingetragene Geschäftsanteile in der eingetragenen Form gutgläubig erworben werden können. In der Praxis kommt es vor, dass mehrere Anteile eines Gesellschafters als ein Anteil eingetragen sind, resp. irrtümlich davon ausgegangen wird, dass ein Anteil wirksam geteilt wurde.⁴⁸ Dieses Problem gewinnt infolge der Abschaffung des § 17 (Abs. 6) GmbHG besondere Bedeutung, da künftig auch die Vorratsteilung möglich sein wird.⁴⁹ Der Regierungsentwurf verweist darauf, dass nur die Gutgläubigkeit hinsichtlich der Verfügungsbefugnis geschützt wird. Ein Erwerb nichtexistenter Anteile ist nicht möglich.⁵⁰ Der Fall des Erwerbs nur in dieser Stückelung inexistenten Anteile wurde in der Regierungsbeurteilung nicht beachtet, sodass eine planwidrige Lücke vorliegt. Eine analoge Anwendung des § 16 Abs. 3 GmbHG

würde darüber hinaus eine vergleichbare Interessenlage erfordern.

Mit der Bezugnahme auf die Verfügungsbefugnis des Veräußerers dürfte eine Referenz an die Darstellung in der Gesellschafterliste gemeint sein.⁵¹ Diese beinhaltet die eingetragene Stückelung. Bei dem Fall des Erwerbs eines nicht so wie eingetragen bestehenden Geschäftsanteils handelt es sich um eine Mischform zwischen dem Fall des gar nicht existenten und des in der Gesellschafterliste in richtiger Stückelung, aber für einen Nichtberechtigten eingetragenen Anteils.

Der Wortlaut des § 16 Abs. 3 GmbHG setzt einen Berechtigten und einen Nichtberechtigten voraus. Während die Nichtberechtigung nachweisbar ist, da der Veräußerer nicht so wie eingetragen verfügen darf, liegt das Problem auf der Seite des Berechtigten, denn niemand darf so über die Anteile verfügen, wie sie in der Gesellschafterliste eingetragen sind, da es sie so nicht gibt. *Böttcher/Blasche* wollen den Inhaber der in anderer Stückelung bestehenden Anteile als Berechtigten ansehen, was sie aus einem Vergleich mit dem Rechtsverlust des Berechtigten beim gutgläubigen Erwerb ableiten.⁵² Für dieses Ergebnis spricht auch der Ansatz des MoMiG, durch die Aufhebung von § 17 GmbHG und die Änderung in § 5 Abs. 2 und 3 GmbHG eine einfachere Teilung und Zusammenlegung der Anteile zu ermöglichen. Eine abweichende Stückelung sollte danach keine weitere Hürde für den redlichen Erwerber darstellen und § 16 Abs. 3 GmbHG analoge Anwendung finden.⁵³

Ein gutgläubiger Erwerb muss aber jedenfalls dann ausgeschlossen sein, wenn den in der Liste eingetragenen Anteilen keine Anteile mit entsprechendem Wert gegenüberstehen. Der gutgläubige Erwerb kann nicht dazu führen, dass die Nennbeträge der Geschäftsanteile das Stammkapital der Gesellschaft übersteigen.

2. Umfang des Rechtsscheins auf drei Jahre begrenzt

Der Erwerber kann sich nicht auf einen dreijährigen Eintrag verlassen, sondern muss hoffen, dass der Eintrag bereits seit

⁴² *Stürner*, in: *Soergel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. 2002, Band 14, § 892 Rn. 38, 40 f.; *Kohler*, in: *MünchKommBGB*, § 892 Rn. 56-58.

⁴³ *S. Kohler* (Fn. 42), § 892 Rn. 57 m.w.N.

⁴⁴ Die Zuordnung des Widerspruchs erfolgt technisch so, dass der elektronische Widerspruch mit dem elektronischen Dokument der Gesellschafterliste im jeweiligen Registerordner verbunden wird (§ 9 HRV), vgl. *Wicke* (Fn. 14), § 16 Rn. 24.

⁴⁵ Begr. RegE, BR-Drucks. 354/07, S. 89.

⁴⁶ Vgl. *Harbarth* (Fn. 18), 61.

⁴⁷ In diese Richtung auch *Schneider*, NZG 2009, 1167, 1169.

⁴⁸ Übereinstimmend zu dieser Beobachtung *Böttcher/Blasche*, NZG 2007, 565, 566 sowie *Flesner*, NZG 2006, 641, 643. Beachte auch eine ähnliche Problematik der neuen Nummerierung der Anteile nach einem Gesellschafterverwechsel, die vom LG Augsburg (Beschluss vom 28.04.2009 - 2 HK T 902/09 = DSr 2009, 1548) unter Verweis auf § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG mangels Nachvollziehbarkeit der Anteilsübertragungen nicht zur Aufnahme ins Register akzeptiert wurde. Kritisch dazu *Wachter*, NZG 2009, 1001 unter Verweis auf das ausschließlich formelle Prüfungsrecht der Registergerichte und die Führung der Liste nach notariellem Ermessen.

⁴⁹ Vgl. *Ziemons* (Fn. 32), § 5 Rn. 55.

⁵⁰ S.o. Fn. 20.

⁵¹ Vgl. *Böttcher/Blasche* (Fn. 48), 566.

⁵² Vgl. *Böttcher/Blasche* (Fn. 48), 567.

⁵³ Vgl. *DAV-Handelsrechtsausschuss* (Fn. 20), 739. So auch MoMiG-RegE, a.a.O., S. 67f. Grds. kritisch zur Ermöglichung eines gutgläubigen Anteilsverkaufs entsprechend der Stückelung in der Gesellschafterliste *Götze/Bressler* (Fn. 30), 897.

drei Jahren *unrichtig* ist. Diese Überprüfung führt erneut zu Transaktionskosten, da zumindest kontrolliert werden muss, ob innerhalb dieses Zeitraums nicht über den Anteil verfügt wurde. Bei dieser Kontrolle läuft der Erwerber Gefahr, positive Kenntnis von der Unrichtigkeit der Eintragung zu erlangen.⁵⁴ Durch diese Fehlkonzeption wird vor allem die Beweislastumkehr zugunsten des Erwerbers gem. § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG entwertet.

Sofern der Veräußerer kürzer als drei Jahre in der Gesellschafterliste als Inhaber eingetragen ist, muss die Prüfung der Erwerbsskette zumindest bis zur unveränderten dreijährigen Eintragung eines Vorgängers zurückverfolgt werden. Die Kosten dieser Due Diligence-Prüfung können somit auch nach der Neuregelung nicht vermieden werden.

3. Fehlende Möglichkeit des lastenfreien Erwerbs

a) Grundproblematik

Das wohl größte Problem der Neuregelung besteht darin, dass in § 16 Abs. 3 GmbHG eine den §§ 892 Abs. 1, 936 BGB vergleichbare Regelung fehlt, nach welcher ein gutgläubig lastenfreier Erwerb ermöglicht würde.⁵⁵ So hat *Zöllner* die Ermöglichung des redlichen Anteilserwerbs, ohne die Möglichkeit auch lastenfrei zu erwerben, zutreffend als „halbe Sache“ bezeichnet.⁵⁶

Während teilweise überspitzt formuliert wird, dass eine solche Regelungstechnik *a maiore ad minus* in sich widersprüchlich sei, da zwar das Vollrecht erworben, nicht jedoch eine Belastung desselben „entfernt“ werden könne,⁵⁷ kann zumindest festgestellt werden, dass der grundsätzliche Zweck des § 16 Abs. 3 GmbHG hierdurch entwertet wird. Da eine hohe Belastung den Geschäftsanteil wirtschaftlich zum *nudum ius* werden lässt, entstehen dieselben Transaktionskosten wie aus der Verfolgung des Rechtserwerbs nun im Hinblick auf die Verfolgung der fehlenden Belastung im Rahmen der Abtretungskette.

Der Erwerber kann sich bei seiner Due Diligence folglich nicht einmal auf die dreijährige Frist beschränken, da auch weiter zurückliegende Belastungen nicht redlich „wegeworben“ werden können. Dieses Manko stellt eine klare Fehlkonzeption dar.

b) Neuere Rechtsprechung zu dieser Problematik

Eine minimale Abhilfe könnte eine neue Rechtsprechungslinie, die durch das LG Aachen angestoßen wurde, schaffen. Nach Ansicht des Gerichts ist ein Nießbrauch, wenn auch vor dem Hintergrund des § 40 Abs. 1 GmbHG nicht eintragungspflichtig, so doch zumindest infolge der Aufwertung der Gesellschafterliste fortan eintragungsfähig.⁵⁸ Sowohl aus Sicht der Gesellschaft, wie auch aus Sicht des Nießbrauchers hinsichtlich der Zuweisung seines Gewinns, bestünde ein besonderes Interesse an der Eintragungsfähigkeit. Ferner stützt das LG Aachen seine Rechtsprechung auf eine Analogie zum Aktienregister gem. § 67 Abs. 2 AktG. Sofern diese Rechtsprechung in den Notariaten Schule machen sollte, könnte sie zu einer weiteren Transparenz der Gesellschafterliste und damit verbundener Absenkung der Transaktionskosten führen.⁵⁹

Mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Registerklarheit⁶⁰ ist das OLG München dieser Entwicklung jedoch bereits entgegengetreten.⁶¹ Danach steht es nicht im Belieben der Parteien,

den Inhalt der eingereichten Gesellschafterliste abweichend von den gesetzlichen Vorgaben um weitere, ihnen sinnvoll erscheinende Bestandteile zu ergänzen. Die weitere Rechtsprechungsentwicklung bleibt abzuwarten.

4. Aufschiebend bedingte Anteilsübertragung: Erfordernis eines Sicherungswiderspruchs?

a) Problemaufriss

Durch die aufschiebend bedingte Anteilsübertragung erlangt der Erwerber zunächst nur ein Anwartschaftsrecht, welches bis zum Bedingungseintritt möglicherweise der Gefahr einer Zwischenverfügung ausgesetzt ist.

Voraussetzung wäre jedoch, dass der redliche Dritte dem Ersterwerber seinen Schutz aus § 161 Abs. 1 und 2 BGB über § 161 Abs. 3 BGB i.V.m. § 16 Abs. 3 GmbHG entziehen könnte. § 16 Abs. 3 GmbHG wäre jedoch nur dann anwendbar, wenn die „alte“ Liste den Veräußerer zu Unrecht als (uningeschränkten) Rechtsinhaber ausweist.

Insoweit ist erneut auf die Entscheidung des OLG München hinzuweisen.⁶² Danach muss eine Gesellschafterliste, die keine bereits wirksamen Änderungen des Gesellschafterbestandes oder der Beteiligungen enthält, nicht angenommen werden. Das Gericht betont, dass § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG voraussetzt, dass eine geänderte Liste erst nach Wirksamwerden einer aufschiebend bedingten Verfügung eingereicht wird. So wird sichergestellt, dass nicht über den Anschein, die künftige Rechtslage sei bereits eingetreten, ein falscher Rechtschein hervorgerufen wird. Das LG Köln ließ jedoch zur Absicherung eines Anteilserwerbers die Eintragung eines Sicherungswiderspruchs zu, um auf diesem Wege einen gutgläubigen Zweiterwerb zu vermeiden.⁶³ Die aufschiebend bedingte Verfügung stelle eine fehlende Berechtigung i.S.d. § 16 Abs. 3 Satz 3 GmbHG dar.

Richtigerweise besteht jedoch gar kein Schutzpotential. Selbst wenn man die aufschiebend bedingte Veräußerung des Geschäftsanteils an den Ersterwerber als Belastung des Vollrechts ansehen würde, sieht § 16 Abs. 3 GmbHG den lastenfreien Erwerb gerade nicht vor. Wenig überzeugend sind die Ausführungen der Gegenauffassung, wonach § 161 Abs. 3 BGB lediglich allgemein auf § 16 Abs. 3 GmbHG verweise,

⁵⁴ Vgl. *Eidenmüller* (Fn. 2), 201 f.

⁵⁵ Zum Praxisbedürfnis des lastenfreien Erwerbs *Wulfetange*, BB-Spezial 7/2006, 19, 22.

⁵⁶ *Zöllner*, in: VGR, Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, 175, 182.

⁵⁷ Vgl. *Eidenmüller* (Fn. 2), 202. Hiergegen spricht jedoch, dass bei einem lastenfreien Erwerb Drittinteressen beeinträchtigt sind. Insoweit dürfte die Gesellschafterliste angesichts des schwachen Rechtsscheins wohl nicht ausreichen, um einen Rechtsverlust des Dritten zu rechtfertigen, so dass ein *argumentum a maiore ad minus* wohl nicht greift.

⁵⁸ Vgl. LG Aachen vom 6. 4. 2009 - 44 T 1/09 (= MittBayNot 2010, 72) sowie *Reymann*, WM 2008, 2095, 2102.

⁵⁹ Das Kostensenkungspotential dieser Rechtsprechung ist freilich begrenzt, da eine Offenlegung lediglich freiwillig erfolgen soll. Derartige Belastungen würden im Rahmen einer Anteilsveräußerung jedoch auch offengelegt. Die Transparenz gegenüber verhandlungsschwachen Dritten würde jedoch erhöht, was gerade in Zeiten der „UG haftungsbeschränkt“ von Interesse für den Rechtsverkehr wäre.

⁶⁰ Vgl. *Wicke* (Fn. 14), § 16 Rn. 10.

⁶¹ OLG München, Beschluss vom 8. 9. 2009 - 31 Wx 82/09 (= NZG 2009, 1192).

⁶² S. Fn. 51.

⁶³ Vgl. dazu LG Köln vom 16.6.2009 - 88 T 13/09 (= RNotZ 2009, 494) sowie *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 345.

die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm jedoch nicht vorliegen müssten.⁶⁴

Nach zutreffender Ansicht müssen auch die Tatbestandsvoraussetzungen des Gutglaubenstatbestandes vorliegen.⁶⁵ Selbst wenn man die Möglichkeit eines lastenfreien Erwerbs annähme, so sind Fälle, in denen der Rechtsschein des § 16 Abs. 3 GmbHG zulasten des Ersterwerbers vorliegen könnte, dennoch kaum denkbar. Die aufschiebend bedingte Übereignung müsste sich über drei Jahre hinziehen bzw. eine Zurechenbarkeit anderweitig begründet werden können. Der Ersterwerber geht seiner Anwartschaft gem. § 161 Abs. 1 und 2 BGB demnach nicht verlustig.

b) *Praxisempfehlung*

Obwohl die Auffassung der Gegenseite dogmatisch nicht überzeugt, ist zum Schutze des Erwerbers künftig sicherheitshalber ein sog. Sicherungswiderspruch einzutragen. Selbiger wird entgegen seiner legislativen Konzeption zwar zur Vormerkung „pervertiert“, verschafft jedoch als einziges Instrument einen hundertprozentigen Schutz vor Zwischenverfügungen angesichts der unklaren Linie der Rechtsprechung. Mit dem Verweis auf die Entscheidung des LG Köln ist davon auszugehen, dass derartige Widersprüche auch tatsächlich der Liste zugeordnet werden.

Der Notar sollte schon bei Abschluss des Kaufvertrages mit der Aufhebung des Widerspruchs beauftragt werden, sobald die Parteien ihn gemeinsam von dem Eintritt der Bedingung

unterrichten. Zeitgleich mit der Aufhebung sollte der Notar dann die neue Liste einreichen.⁶⁶

E. Fazit

Die Einführung des § 16 Abs. 3 GmbHG wird künftig kaum zur Reduzierung des Prüfungsumfanges im Rahmen von Anteilskäufen beitragen und schafft auch nicht die erhoffte Rechtssicherheit. Der Due Diligence-Aufwand bleibt nahezu identisch, da sowohl etwaige Belastungen und die Existenz der Anteile wie auch das Fehlen einer Verfügung innerhalb der letzten drei Jahre zu überprüfen sind. Zumindest der lastenfreie Anteilerwerb sollte in den § 16 Abs. 3 GmbHG aufgenommen werden.

Im Falle der aufschiebend bedingten Übertragung ist der Praxis aufgrund der unsicheren Rechtslage vorerst zur Eintragung eines Sicherungswiderspruchs zu raten.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die legislative Umsetzung der Praxiswünsche als Pyrrhussieg dar: Die wenig durchdachte Neuregelung zeichnet sich insbesondere durch Inkonsequenz und falsche Zurückhaltung sowie durch die Einführung neuer Rechtsunsicherheit aus. ■

⁶⁴ Vgl. *Schneider*, NZG 2009, 1167, 1168 sowie *Schreinert/Berresheim*, DStR 2009, 1265, 1267.

⁶⁵ Vgl. statt vieler *Rövekamp*, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Onlinekommentar zum BGB, Edition 15, § 161 Rn. 14, Stand: 1.11.2009.

⁶⁶ Vgl. zu diesem Vorgehen *Hasselmann*, NZG 2009, 486, 490 f. sowie die Formulierung in dem soeben zitierten Sachverhalt des LG Köln.

Inga Ruck, LL.B., Hamburg*

Die Schuldenbremse im Grundgesetz – Eine rechtspolitische Analyse

A. Einleitung

„Freilich ist an der Revisionsbedürftigkeit der geltenden verfassungsrechtlichen Regelungen gegenwärtig kaum noch zu zweifeln“ – mit diesen Worten charakterisierte das Bundesverfassungsgericht 2007 den Zustand des deutschen Staatsschuldenrechts.¹ Grund für die in der öffentlichen Debatte wie in der Fachdiskussion wachsende Kritik war die dramatisch angestiegene Staatsverschuldung der letzten Jahrzehnte. Während der öffentliche Schuldenstand kurz nach der Finanzverfassungsreform 1969 (umgerechnet) 62,93 Mrd. € betrug, belief er sich im Jahr vor dem Verfassungsgerichtsurteil auf 1.487,35 Mrd. €.² Wie war ein derartiger Anstieg der Staatsverschuldung überhaupt rechtlich möglich?

Die Finanzverfassungsreform von 1969 hatte neue Möglichkeiten zur legalen Staatsverschuldung eröffnet. Sie gründeten zum einen in gerechtigkeits-theoretischen Überlegungen. Zukünftige Generationen sollten an den Kosten der für sie nutzbaren Staatsinvestitionen in Form von Tilgungslasten beteiligt werden.³ Grundsätzliche Schwäche dieser „Goldenen Regel der Finanzpolitik“⁴ war und ist allerdings, dass die zukünftigen Generationen bei der Entscheidung über die kreditfinanzierten Staatsinvestitionen nicht beteiligt sind. Was für sie von Nutzen sein soll, wird ihnen also von einer früheren Generation aufoktroziert.⁵ Zum anderen war das Staatsschuldenrecht nach 1969 aber auch von wirtschaftspolitischen Überlegungen geleitet. Sie folgen *Key-*

nes' Annahmen, wonach der Staat im Rahmen einer anti-zyklischen Konjunkturpolitik bisweilen auch Kredite zur Finanzierung konjunkturanregender Programme aufzunehmen hat.⁶ Mittlerweile sieht sich dieses Konzept jedoch Kritik dahingehend ausgesetzt, dass konjunkturelle Abschwünge vor allem auf strukturellen Schwächen beruhten, kreditfinanzierte Staatsinvestitionen private sowie ausländische Investitionen zurückdrängten⁷ sowie eine nationale Konjunkturpolitik in der globalisierten Weltwirtschaft ohnehin nur begrenzte Wirkung entfalte.⁸

Der Gesetzgeber hat mit der neuen „Schuldenbremse“ auf den vom Bundesverfassungsgericht angemahnten Reformbedarf reagiert. Neuen verfassungsrechtlichen sowie einfachgesetzlichen Regelungen zur Staatsverschuldung wurde am

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

¹ BVerfGE 116, 96, 141.

² *Sachverständigenrat*, Staatsverschuldung wirksam begrenzen, 2007; heute beträgt der Schuldenstand mit 1.641 Mrd. € ca. 66 % im Verhältnis zum nominalen BIP, BT-Drucks. 16/12410, Begründung S. 1.

³ *Jonas*, Das Prinzip Verantwortung, 1979, 36; *Rawls*, A Theory of Justice, 1972, 284 ff.

⁴ *Sachverständigenrat*, Staatsverschuldung wirksam begrenzen, 31 f., 49 ff., 74 ff.

⁵ *Isensee*, in: FS Friauf, 1996, 705, 706.

⁶ *Keynes*, The general theory of employment, interest and money, 1936.

⁷ *Friedman*, The counter-revolution in monetary theory, 1970.

⁸ *Brenner/Haury/Lipp*, FinArch 38 (1980), 236, 248 f.; *Sachverständigenrat*, Jahresgutachten 2005/06, 321 f.; a.A. *Sachverständigenrat-Bofinger*, Jahresgutachten 2005/06, 209 ff.

29.05.2009 vom Bundestag sowie am 12.06.2009 vom Bundesrat zugestimmt. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass durch eine hohe Staatsverschuldung staatliche Handlungsmöglichkeiten verengt werden sowie Wachstums- und Beschäftigungsverluste drohen.⁹ Erklärtes Ziel ist daher deutlicher als früher, die Neuverschuldung wirksam zu begrenzen, um die Tragfähigkeit der öffentlichen Haushalte langfristig sicherzustellen. Allerdings soll auch eine konjunkturgerechte und zukunftsorientierte Finanzpolitik weiterhin möglich sein.¹⁰

Zunächst soll kurz die Funktionsweise der neuen Schuldenbremse erläutert werden (B). Sodann wird die Reform des Staatsschuldenrechts rechtspolitisch bewertet (C.). Erkenntnisleitendes Interesse ist hierbei nicht eine Bewertung der Reform unter dem Gesichtspunkt, ob sie die unter philosophischen oder ökonomischen Aspekten richtige Form der Staatsverschuldung umsetzt. Vielmehr soll die rechtliche Eignung zur anerkanntermaßen notwendigen Eindämmung der Staatsverschuldung innerhalb der bereits benannten übergeordneten Vorgaben des Gesetzgebers überprüft werden. Der Gang der Untersuchung orientiert sich an den rechtlichen Schwachstellen des alten Staatsschuldenrechts und beantwortet die Frage, ob diese Schwachstellen wirksam beseitigt und damit die gesetzgeberischen Zielvorgaben erreicht wurden (C.I-VI).

B. Funktionsweise der Schuldenbremse

Das neue Staatsschuldenrecht verpflichtet Bund und Länder zur Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts und erstmals auch ausdrücklich zur Berücksichtigung der Vorgaben aus dem Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspakt in ihrer Haushalts- und Staatsschuldenpolitik. In diesem Rahmen wird ein grundsätzliches Kreditfinanzierungsverbot für Bund und Länder aufgestellt, welches von einigen Ausnahmeregelungen begleitet wird. Sowohl Grundsatz als auch Ausnahmen werden für den Bund und die Länder jeweils modifiziert und ihnen zur Ausgestaltung überlassen. Für beide gleichermaßen gilt das neue Frühwarnsystem, mit dem die Situation ihrer Haushalte überwacht werden soll. Im Folgenden werden mangels Ausgestaltung durch die Länder lediglich die verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Ausgestaltung der verfassungsrechtlichen gesamtstaatlichen Vorgaben durch den Bund untersucht.

I. Bundesstaatliche Verschuldungsgrundsätze

1. Grundsatz

Der Bundeshaushalt ist gem. Artt. 109 III 1, 4, 115 II 1, 2 GG grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen. Bei der Feststellung eines ausgeglichenen Haushalts i.S.d. Artt. 109 III 4, 115 II 1, 2 GG, § 2 II 2 G-115 werden Einnahmen und Ausgaben allerdings gem. § 3 G-115 um finanzielle Transaktionen bereinigt. Dadurch müssen faktisch Einnahmen und Ausgaben, welche durch staatliche Unternehmensbeteiligungen oder die Darlehensvergabe an Private entstehen, nicht ohne Einnahmen aus Krediten ausgeglichen werden. Die Verschuldung der öffentlichen Haushalte untereinander ist ebenfalls unbeachtlich, was auch der bisherigen Betrachtungsweise entspricht.¹¹

2. Ausnahmen

Dennoch sind weiterhin verschiedene Arten der Verschuldung vorgesehen.

a) Strukturelle Verschuldung

Dem Gebot eines ausgeglichenen Haushalts wird durch den Bund gem. Art. 109 III 4 GG bereits Rechnung getragen, wenn die Nettoneuverschuldung 0,35 % des Bruttoinlandsprodukts nicht übersteigt. Dadurch sollen dem Gesetzgeber sogenannte zukunftsirksame Ausgaben kreditfinanziert ermöglicht werden. Damit sind qualitativ hochwertige Maßnahmen gemeint, die künftige Generationen von eigenen Ausgaben entlasten.¹² Dies eröffnet insbesondere einen Spielraum, um das Wachstum von Humankapital durch kreditfinanzierte Bildungsausgaben zu fördern, selbst wenn dieses als solches nicht dauerhaft erhalten bleibt. Die strukturelle Verschuldung zur Finanzierung rein konsumtiver Ausgaben scheidet aber von vornherein aus.¹³

b) Konjunkturbedingte Verschuldung

Weiterhin ist in einem pro Haushaltsjahr genau berechneten Umfang eine Kreditaufnahme in Artt. 109 III 2, 115 II 1, 2 GG vorgesehen und in § 2 II, 5 G-115 ausgestaltet, um konjunkturelle Schwankungen symmetrisch berücksichtigen zu können. Die Höhe der jeweils erlaubten Verschuldung hängt von der Abweichung der konjunkturellen Entwicklung von der Normallage ab. Von der Normallage abweichende Entwicklung werden in § 5 G-115 als Produktionslücken definiert, also als Unter- oder Überauslastungen der gesamtwirtschaftlichen Produktionskapazitäten. Im Fall einer Überauslastung kann der Kreditrahmen also entsprechend deren jeweiliger Höhe vergrößert werden, im Fall einer Unterauslastung reduziert sich der Kreditrahmen entsprechend. Gegebenenfalls entsteht eine Tilgungspflicht für in konjunkturellen Abschwungphasen aufgenommene Kredite.¹⁴ Diese explizite Statuierung einer gesetzlichen Tilgungsregelung zeigt, dass unabhängig von einer verfassungsrechtlichen Bewertung nicht wie bisher Kredite fast ausschließlich mithilfe neuer Kredite getilgt werden sollen¹⁵, sondern eine rechtliche Pflicht zur „echten“ Kredittilgung besteht.

c) Verschuldung in Notlagen

Ferner darf sich der Bund gem. Artt. 109 III 2, 115 II 6 GG über die Grenze der Strukturkomponente und der Konjunkturkomponente hinaus in Ausnahmefällen noch weiter verschulden. Gestattet wird dies bei Naturkatastrophen oder in außergewöhnlichen Notsituationen. Letztere werden einerseits als besonders schwere Unglücksfälle i.S.d. Art. 35 II 2, III GG definiert, die auf menschlichem Verhalten beruhen, andererseits als „plötzliche Beeinträchtigungen der Wirtschaftsabläufe in einem extremen Ausmaß aufgrund eines exogenen Schocks, wie beispielsweise die aktuelle Finanzkrise“.¹⁶ Hierfür ist eine Kreditermächtigung durch die „qualifizierte“ Mehrheit der Mitglieder des Bundestags erforderlich. Die Ermächtigung zu einem Notlagenkredit muss dem jeweiligen Finanzbedarf angepasst und gem. Art. 115 II 7 GG, § 6 G-115 mit einem Tilgungsplan verbunden sein. Für die-

⁹ BT-Drucks. 16/12410, Begründung S. 1.

¹⁰ BT-Drucks. 16/12400, Begründung S. 2.

¹¹ Fricke, FinArch N.F.48 (1990), 222, 235 f.

¹² BT-Drucks. 16/12410, Begründung S. 2.

¹³ Zur alten Rechtslage Heun, Die Verwaltung 18 (1985), 1, 16.

¹⁴ BT-Drucks. 16/12410, Begründung S. 4.

¹⁵ Di Fabio/Mellinghoff, Sondervotum (Fn. 1), Rn. 164.

¹⁶ BT-Drucks. 16/12410, Begründung S. 10 f.

sen Plan gilt die Maßgabe des Art. 115 II 8 GG, wonach die Rückführung der Kredite innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu erfolgen hat. Das bedeutet, dass zügig nach Ende der krisenhaften Situation mit der Tilgung begonnen werden soll. Eine Verzögerung ist nur dann begründet, wenn das Ausmaß der für die Tilgung notwendigen Ausgaben die gesetzgeberischen Bemühungen einer konjunkturgerechten Finanzpolitik konterkarieren würde.¹⁷

d) Tatsächliche Verschuldung

Zwar ist in den gesamtstaatlichen Regelungen keine über die Grenzen des Art. 109 III 1, 2 GG hinausgehende Verschuldung vorgesehen. Im Rahmen seines Ausgestaltungsrechts hat der Bund aber in § 8 G-115 vorgesehen, dass eine tatsächliche Verschuldung in Form von Nachtragshaushalten in Höhe von 3 % der veranschlagten Steuereinnahmen stattfinden darf, wenn sich ohnehin veranschlagte Einnahmen- und Ausgabenposten in eine andere Richtung als vorhergesehen entwickeln. Zu dieser zahlenmäßig begrenzten tatsächlichen Verschuldung werden allerdings auch Kredite gerechnet, die sich nach einer aktualisierten Berechnung der Struktur- und Konjunkturkomponente im Laufe des Haushaltsjahres als oberhalb des Kreditrahmens herausstellen.

Abweichungen der tatsächlichen von der innerhalb der bisher aufgezeigten Verschuldungsgrenzen gestatteten Kreditaufnahme müssen nach Ablauf des Haushaltsjahres auf einem Kontrollkonto verbucht werden. Den Gesetzgeber trifft gem. § 7 III G-115 eine zwingende „Abbauverpflichtung“¹⁸ ab Überschreitung des Kontrollkontos um einen negativen Saldo von 1 % des BIP. Der jeweils überschießende Betrag wird von der zulässigen Höhe der strukturellen Neuverschuldung im folgenden Haushaltsjahr automatisch abgezogen. Allerdings darf der Abzug auch bei entsprechender Höhe der überschießenden Beträge nicht faktisch zu einer Kreditrückzahlungspflicht führen. Außerdem tritt die Abbauverpflichtung nur in Jahren mit einer Unterauslastung der Produktionslücke ein.

II. Überwachung

Sowohl gegenüber dem Bund als auch gegenüber den Ländern wird der Grundsatz der Haushaltsdisziplin durch Art. 109 a GG i.V.m. dem StabiRatG abgesichert, welcher die Einrichtung eines in dieser Form neuen Stabilitätsrats¹⁹ zu der Überwachung der öffentlichen Haushalte (Nr. 1), der Erkennung von drohenden Haushaltsnotlagen (Nr.2) sowie der Befassung mit Sanierungsplänen (Nr. 3) vorschreibt. Gem. § 3 StabiRatG arbeitet der aus Vertretern der Bundesregierung sowie der Landesregierungen zusammengesetzte Stabilitätsrat anhand selbst festgelegter, allgemein geltender Kennzahlen. Droht dem Bund oder einem Land nach diesen Kennzahlen eine Haushaltsnotlage, so vereinbaren Bund bzw. das jeweilige Land und Stabilitätsrat ein Sanierungsprogramm. Hält der notleidende Bund oder das jeweilige notleidende Land die Vorgaben nicht ein oder zeigt das Sanierungsprogramm keine Wirkung, kann der Stabilitätsrat allerdings nur zu verstärkten Bemühungen auffordern oder ein neues Sanierungsprogramm vereinbaren. Sämtliche Beschlüsse und Beratungsunterlagen werden gem. Art. 109a GG, § 1 IV 5 StabiRatG veröffentlicht.

C. Rechtspolitische Bewertung

Wird das Staatsschuldenrecht die öffentliche Neuverschuldung effektiv begrenzen? Um ein Urteil über die Regeln des

Bundes zu formulieren, lohnt sich ein Blick in die Vergangenheit. Im alten Recht wurden Schwachstellen²⁰ des Staatsschuldenrechts ausgemacht, welche die Entwicklung hin zum heutigen Schuldenstand ermöglicht haben. Diese werden hier zu den nachfolgenden sechs Punkten zusammengefasst. Jeder Punkt wird darauf untersucht, ob die Schwachstellen wirksam beseitigt sind. Dabei ist auch zu bedenken, dass die Praxis der Staatsverschuldung in der Vergangenheit für viele eine „permanente Missachtung des Verfassungsrechts“ bedeutete.²¹ Wären aus dem allgemeinen Verfassungsrecht ableitbare Grundsätze für die staatliche Kreditaufnahme angewandt worden, hätte ein Anstieg der Staatsverschuldung in dieser Form nicht stattfinden können.²² Deshalb gilt es zu klären, an welchen Stellen das neue Recht die Einhaltung solcher Grundsätze nun in eindeutiger Form postuliert und an welcher Stelle noch weiterreichende Regelungen angebracht gewesen wären. Das Hauptaugenmerk der Bewertung wird also auf der Eignung zur Eingrenzung der Staatsverschuldung liegen, welche das erklärte Hauptziel des Gesetzgebers ist. Dabei muss allerdings das gesetzgeberische Komplementärziel akzeptiert werden, eine zukunftswirksame und konjunkturgerechte Finanzpolitik zu ermöglichen.

I. Reichweite

Einer der Hauptkritikpunkte am alten Staatsschuldenrecht bestand darin, dass bestimmte Bereiche von den ohnehin weitmaschigen Einschränkungen der Kreditaufnahme befreit waren, obwohl sie sich innerhalb der Staatssphäre befanden.²³ Insbesondere war in Art. 115 II GG a.F. die Schuldenaufnahme zu Lasten von Sondervermögen erlaubt, obwohl deren Zins- sowie Tilgungsausgaben von Anfang an dem Bundeshaushalt zur Last fielen²⁴. Diese Praxis ist nunmehr gänzlich ausgeschlossen.²⁵ Begrüßenswerterweise wurde so die Aussagekraft des Haushalts gefördert, das Budgetrecht des Parlaments gestärkt, eine stringente Wirtschafts- und Finanzpolitik ermöglicht sowie ein Einfallstor für die versteckte Neuverschuldung geschlossen.²⁶

Bedenklich ist allerdings, dass die Kreditbelastungen der Gemeinden und Gemeindeverbände auch künftig nicht den Restriktionen des Art. 109 GG unterworfen werden. Damit bieten sich insbesondere für die Länder, denen die Finanzaufsicht über die Kommunen zusteht und deren Kreditaufnahmemöglichkeiten künftig in stärkerem Maße begrenzt sind, mannigfache Gelegenheiten, Verschuldungszwänge auf „ihre“ Kommunen abzuwälzen.²⁷ Eine Begrenzung verspricht hier nur das Konnexitätsprinzip²⁸, welches aber nach allen

¹⁷ BT-Drucks. 16/12400, S. 20.

¹⁸ BT-Drucks. 16/12400, S. 20.

¹⁹ Kemmler, DÖV 2009, 549, 552.

²⁰ Überblick bei F. Kirchhof, DVBl 2002, 1569, 1575.

²¹ Höfling, Staatsschuldenrecht, 1993, 395.

²² Di Fabio/Mellinghoff, Sondervotum (Fn. 1), Rn. 126 ff.

²³ Mückl, in: FS Isensee, 2007, 189, 192; Selmer, in: FS Stern, 1997, 567, 568.

²⁴ Engels/Hugo, DÖV 2007, 445, 450; F. Kirchhof, DVBl 2002, 1569, 1576.

²⁵ BT-Drucks. 16/12410, Begründung S. 4.

²⁶ Selmer (Fn. 23), 567, 571 f.

²⁷ Kloepfer/Rossi, VerwArch 94 (2003), 319, 338.

²⁸ Danach muss den Gemeinden die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendige Finanzausstattung durch die Länder gewährt werden, Wieland, JZ 2006, 751, 756.

bisherigen Erfahrungen durchaus dehnbar ist.²⁹ Eine – mit der kommunalen Selbstverantwortung gem. Art. 28 II 1 GG vereinbare – Ausweitung der neuen Kreditaufnahmebegrenzungen auf die Kommunen würde diese besser vor finanziellen Überwälzungen schützen.

II. Zukunftswirksamkeit der strukturellen Verschuldung

Als weiterer Grund für die Höhe des heutigen Schuldenstands wurde ausgemacht, dass schon die Möglichkeit zur jederzeitigen strukturellen Verschuldung zu weit bemessen war. Die Kreditaufnahme war gem. Art. 115 I 2 HS 1 GG in Höhe der veranschlagten Investitionen erlaubt. Damit wurde die Finanzierungslast für gegenwärtige Investitionen zukünftigen Generationen in voller Höhe aufgebürdet, obwohl diese aufgrund eines weiten Investitionsbegriffs davon möglicherweise gar nicht oder nur begrenzt würden profitieren können. Der Gesetzgeber hat die Verschuldung im Rahmen der Strukturkomponente nun quantitativ begrenzt.

1. Zukunftswirksamkeit von Beteiligungen und Darlehen

Von der zahlenmäßigen Begrenzung sind gem. § 2 I HS 1 G-115 ausgerechnet zwei Ausgabenposten ausgenommen, deren Zukunftswirksamkeit nicht durchweg gewährleistet ist: der staatliche Erwerb von Beteiligungen und die staatliche Darlehensvergabe.³⁰ Begründet wird die Befreiung von den Kreditfinanzierungsbegrenzungen nunmehr zwar damit, dass es sich um nichtvermögenswirksame Leistungen handelt.³¹ Freilich wird hierbei übersehen, dass bisweilen auch Anteilseignerschaften oder Forderungen abgeschrieben werden müssen. In solchen Fällen werden Ausgaben kreditfinanziert, die späteren Generationen nicht zugute kommen. Sowohl die zahlenmäßige als auch die sachliche Begrenzung der strukturellen Verschuldung in § 115 II 1 GG, § 2 I HS 1 G-115 werden auf diese Art und Weise umgangen.

Immerhin werden Erlöse aus Veräußerungen von Beteiligungen und Darlehensrückflüsse nach neuem Recht nicht mehr als Ausgaben deckende Einnahmen gerechnet. Da sich ansonsten der Rahmen für staatliche Ausgabe erhöhen würde, ohne dass dem zukunfts wirksame Ausgaben gegenüberstünden³², ist dies eine richtige gesetzgeberische Entscheidung.

2. Zukunftswirksamkeit von Ausgaben für Humankapital

Ansonsten ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber für die Rechtfertigung kreditfinanzierter Ausgaben einerseits weiterhin auf die Aufzählung zukunfts wirksamer Investitionen nach §§ 13 III Nr. 2 S. 2 BHO, 10 III Nr. 2 HrGG zurückgreifen wird. Grundsätzlich ist das akzeptabel, weil hier ausschließlich nicht-konsumtive Aufwendungen erfasst werden.³³ Es werden jedoch andererseits auch Investitionen in Humankapital als zukunfts wirksame Ausgaben deklariert werden. Da sich unsere Gesellschaft zunehmend zu einer Wissens- und Informationsgesellschaft entwickelt, sind solche Ausgaben auch für die zukünftige Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit des Staates durchaus von Nutzen.³⁴ Angesichts der Weite des Begriffs „Humankapital“ wäre es aber angebracht, dass sich der Gesetzgeber im Katalog des §§ 13 III Nr. 2 S. 2 BHO, 10 III Nr. 2 HrGG definitorisch präzise auf jene Investitionen in Bildung etc. festlegt, welche im Rahmen der Strukturkomponente mit Krediten finanziert werden dürfen.³⁵

3. Zukunftswirksamkeit von Bruttoausgaben

Schließlich wird weiterhin von einem Bruttoausgabenbegriff ausgegangen. Nach wie vor werden Wertverluste kreditfinanzierter Vermögensgegenstände im Haushaltsplan nicht als Ausgabenposten „Abschreibungen“ erfasst. Wäre dies der Fall, müssten solche Abschreibungen durch einen dem Wertverlust entsprechenden Teil der Einnahmen gedeckt werden. Durch diese Bindung von Haushaltsmitteln würde der Wertverlust für jene Generationen ausgeglichen, welche später die Tilgungslast tragen müssen. Werden hingegen Werterhaltungsmaßnahmen durchgeführt, tritt zwar kein Wertverlust ein. Eine Kreditfinanzierung solcher Maßnahmen ist aber schon deshalb nicht plausibel, weil die nutznießende spätere Generation bereits die Tilgungslast für den gesamten Wert des ursprünglich kreditfinanzierten Vermögensgegenstands trägt.³⁶ Immerhin ist die Kreditfinanzierung nach neuem Recht nur noch innerhalb der Grenze von 0,35 % des BIP möglich. Sinnvoller noch wäre eine Regelung, wonach Werterhaltungsmaßnahmen für kreditfinanzierte Vermögensgegenstände aus nichtkreditären Staatseinnahmen bestritten werden müssen, sowie eine Abschreibungspflicht für Wertverluste, falls keine Werterhaltungsmaßnahmen durchgeführt werden.³⁷

III. Inanspruchnahme von Ausnahmeregelungen

Das alte Staatsschuldenrecht ließ die Neuverschuldung über die Bruttoinvestitionssumme hinaus ausnahmsweise in Fällen einer „Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ zu. Zwar waren die Zulässigkeit und die Höhe einer Kreditaufnahme zur Bekämpfung einer solchen Störung justizabel.³⁸ Das Bundesverfassungsgericht sah sich aber aufgrund der Weite sowie der wirtschaftswissenschaftlichen Streitigkeit³⁹ hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzung nicht imstande, die Inanspruchnahme der Ausnahmeregel für verfassungswidrig zu erklären.

Im Rahmen der neuen Ausnahmeverschuldung wegen Notlagen eröffnen die Begriffe der „Naturkatastrophe“ sowie der „außergewöhnlichen Notsituation“ – auch unter Berücksichtigung der Beispiele in der gesetzgeberischen Begründung – weniger Spielraum und können eng ausgelegt werden. Im

²⁹ Schliesky, DÖV 2001, 714, 715.

³⁰ F. Kirchhof (Fn. 20), 1569, 1575; a.A. Heun, Die Verwaltung 18 (1985), 1, 17.

³¹ Dem Kassenausgang steht (zunächst) der Erwerb von Anteilen bzw. Forderungen gegenüber.

³² Veräußerungen von Beteiligungen verringern häufig die Zukunftswirksamkeit der Staatsbestände, Pünder, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts V, 2007, § 123 Rn. 39, und Darlehensrückflüsse können lediglich für die Tilgung der ehemals kreditfinanzierten Darlehensvergabe eingesetzt werden, BVerfGE 70, 311, 352, 354 f.

³³ Pünder (Fn. 32), § 123 Rn. 35.

³⁴ Sachverständigenrat (Fn. 2), 41 ff.

³⁵ Vgl. schon zum alten Recht, BVerfGE 79, 311, 352 ff.; Isensee (Fn. 5), 705, 713; a.A. wegen der gebotenen Flexibilität des Gesetzgebers, Birk, DVBl 1984, 745, 747.

³⁶ Göke, JZ 2006, 1, 20.

³⁷ Höfling (Fn. 21), 192 ff.; Pünder (Fn. 32), § 123 Rn. 38; a.A. Jahndorf, Grundlagen der Staatsfinanzierung, 2003, 169 ff.

³⁸ BVerfGE 79, 311, 339.

³⁹ Insbesondere mit der hohen Zahl der Arbeitslosen begründeten regelmäßig einige Wirtschaftswissenschaftler eine Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, Wieland (Fn. 28), 752, auch wenn andere dieses Phänomen für strukturell begründet hielten, Wendt/Elicker, DVBl 2001, 497, 503.

Übrigen ist es in extremen wirtschaftlichen Notlagen Aufgabe des Staates, über seine verwaltende und (konjunktur) gestaltende Politik hinaus weitere Maßnahmen zur Abwendung der Notlage zu ergreifen, deren Gestalt im Vorfeld schwer auszumachen ist. In diesen Fällen würden höhenmäßige Begrenzungen der Finanzmittel oder prozedurale Hindernisse die effektive Katastrophenbekämpfung erheblich erschweren. Daher ist die notlagenbedingte Verschuldung hier mit einem Spielraum zugunsten des demokratisch unmittelbar legitimierte Gesetzgebers richtig ausgestaltet worden.

Die neue Konjunkturkomponente hat gegenüber der alten Rechtslage ohnehin den Vorteil, dass sie sich für die Bestimmung der Zeiträume und Grenzen der Neuverschuldung auf ein nachvollziehbares Verfahren festlegt.⁴⁰ Damit gibt sie der Verfassungsrechtssprechung Maßstäbe zur effektiven Kontrolle an die Hand. Ob die Bestimmung dieser Zeiträume und Grenzen anhand des Kriteriums der Produktionslücke ökonomisch sinnvoll ist, muss sich in der Praxis herausstellen.

IV. Auseinanderfallende Haushaltsplanung und tatsächliche Verschuldung

Bisher fielen Haushaltsplanung und Haushaltsvollzug erstens vor allem dadurch auseinander, dass im Haushaltsplan veranschlagte Investitionen den Kreditrahmen erhöhten, sie jedoch im Haushaltsvollzug nicht geleistet wurden, während der Kreditrahmen voll ausgeschöpft wurde.⁴¹ Diese Praxis des „asymmetrischen Vollzugs“ wurde nicht eindeutig untersagt. Allerdings ist nun die Kreditaufnahme für Investitionen von vornherein zahlenmäßig begrenzt. Außerdem wurde zweitens in der Vergangenheit ein stattliches „Kreditemächtigungspolster“⁴² dadurch aufgebaut, dass zu hoch angesetzte und nicht in Anspruch genommene Kreditemächtigungen der letzten Haushaltsjahre weiterverwendet wurden. Die bisher herangezogene Rechtsgrundlage der §§ 13 II 1 HGrG, 18 III 1 BHO besteht weiter. Jedoch dürften aufgrund der künftig geltenden Schranken für Kreditemächtigungen nur kleinere Beträge nicht in Anspruch genommen werden. Dadurch und durch die zwingende Verbuchung jeder tatsächlichen Kreditaufnahme i.S.d. § 7 I 1 G-115 wird der Aufbau eines Kreditemächtigungspolsters künftig kaum noch möglich sein. Zwei Praktiken, welche bisher zuungunsten einer restriktiven Staatsschuldenpolitik Haushaltsplanung und Haushaltsvollzug auseinanderfielen ließen, wurden also nunmehr zwar nicht eindeutig untersagt, werden aber aufgrund des gesetzgeberischen Gesamtkonzepts an Bedeutung verlieren.

Ansonsten gehen §§ 7, 8 G-115 berechtigterweise davon aus, dass sich die tatsächliche Kreditaufnahme im Laufe eines Haushaltsjahres von den korrekten Obergrenzen unterscheidet. Die aus der Verbuchung auf dem Ausgleichskonto folgenden Tilgungsverpflichtungen sowie die zahlenmäßigen und inhaltlichen Begrenzung von Nachtragshaushalten aus § 8 II G-115 stellen hier ausreichende zwingende und faktisch mäßige Schranken dar. Darüber hinaus ist es auch bei hoher Schätzgenauigkeit nicht durchweg zu vermeiden, dass Steuereinnahmen gegenüber der erwarteten Summe niedriger ausfallen, oder dass unvorhergesehene Ausgaben geleistet werden müssen.⁴³ Um derartige Entwicklungen zu antizipieren und schon in der Haushaltsplanung weitestmöglich zu berücksichtigen, sollte aber das kaufmännische Vor-

sichtigkeitsprinzip⁴⁴ auch in die Planung des Staatshaushalts eingeführt werden.⁴⁵

V. Tilgung

Bisher fand kaum jemals eine „echte“ Kredittilgung statt. Die Praxis kreditfinanzierter Tilgungen führte zwar im Einzelfall nicht zu einer Neuverschuldung, sorgte aber für einen kontinuierlichen Anstieg des Schuldenstands durch eine „Schuldenstapelung“. Notwendig war also die Einführung fester Verpflichtungen zur „echten“ Tilgung.

1. Tilgung der strukturellen Verschuldung

Für die strukturelle Verschuldung sind keinerlei gesetzliche Tilgungspflichten vorgesehen worden, so dass die bisherige Schuldenstapelung fortgesetzt zu werden droht. Dafür gibt es zwei Begründungsansätze: Zum einen soll die Tilgung struktureller Verschuldung gerade folgenden Generationen auferlegt werden. Unter der alten wie auch der neuen Rechtslage ist allerdings nicht sichergestellt, dass wirklich diejenige Generation die Tilgungslasten trägt, welche den Nutzen der kreditfinanzierten Ausgaben hat. Angemessene Tilgungslasten würden sich bei Verwendung eines Nettoausgabenbegriffs ergeben.⁴⁶ Da dieser jedoch nicht vorgesehen ist, sollten die Kreditlaufzeiten der Nutzungsdauer einer zukunftswirksamen Maßnahme angepasst werden.⁴⁷ Bei den derzeitigen Laufzeiten der Staatskredite von bis zu sechzig Jahren ist ein Gleichlauf mit der Nutzbarkeit kaum jemals denkbar.

Zum anderen sind feste Pflichten zur „echten“ Tilgung für die strukturelle Verschuldung, etwa innerhalb einer Legislaturperiode, problematisch, da sie die angestrebte konjunkturgerechte Finanzpolitik unterlaufen könnten. Diese Begründung ist aufgrund der dahingehenden gesetzgeberischen Zielsetzung anzuerkennen. Damit bleibt es aber bei einer aus allgemeinen Grundsätzen ableitbaren Pflicht: Schon bisher wurde eine Tilgungsverpflichtung auch bezüglich struktureller Verschuldung während Hochkonjunkturphasen angenommen, um die gem. Art. 109 II GG a.F. und n.F. erforderliche konjunkturpolitische Handlungsfähigkeit des Gesetzgebers zu gewährleisten.⁴⁸ Mangels eines Feststellungsverfahrens bleibt jedoch offen, wann und in welcher Höhe ein Konjunkturaufschwung Tilgungsausgaben nicht nur für konjunkturbedingte, sondern zusätzlich für strukturell aufgenommene Kredite zulässt. Der Gesetzgeber wird hier weiterhin einen Ermessenspielraum besitzen. Die schlichte Nichtregelung der Tilgung ist also weder durch die besondere Zielsetzung der Zukunftswirksamkeit noch die Berücksichtigung konjunktureller Erfordernisse zufriedenstellend begründet.

2. Tilgung der konjunkturbedingten Verschuldung

Schon bisher bestand während Hochkonjunkturphasen eine Pflicht zur Rückführung von Krediten, welche zur Bekämpfung

⁴⁰ Dahingehende Forderung in BVerfGE 119, 96, 143.

⁴¹ Müller, DÖV 49 (1996), 490, 491.

⁴² Engels/Hugo (Fn. 24), 445, 449; Höfling (Fn. 21), 72.

⁴³ Dittrich, in: Dittrich/von Köckritz/Ermisch, BHO, 2009, § 33 Erläuterung I.1.

⁴⁴ „Unter realistischen Annahmen ist eher ungünstig als günstig zu bewerten“, s. Großfeld, Bilanzrecht, 3. Aufl., 1997, 40.

⁴⁵ Vgl. Glaser, DÖV 2007, 98, 102.

⁴⁶ S.o. C)II.3.

⁴⁷ Halstenberg, DVBl 2001, 1405, 1406.

⁴⁸ BVerfGE 79, 311, 355 f.; Pünder (Fn. 32), § 123 Rn. 50.

fung einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts aufgenommen worden waren. Denn der Sinn und Zweck des Art. 115 I S. 2 HS 2 GG a.F. – die Anpassung der Verschuldung an den Konjunkturzyklus – sowie dessen Ausnahmecharakter erforderten die kurzfristige Rückführung von Krediten innerhalb eines Konjunkturzyklus.⁴⁹ Nunmehr müssen im Rahmen der Konjunkturkomponente aufgenommene Kredite zu aufgrund des Berechnungsverfahrens zur Produktionslücke bestimmbar Zeitpunkten und in bestimmbarer Höhe getilgt werden. Wenn auch materiell keine neuen Tilgungspflichten eingeführt wurden, so dürften die bestimmte gesetzliche Niederlegung sowie die bessere gerichtliche Überprüfbarkeit den Gesetzgeber doch eher als die impliziten Verantwortlichkeiten zur Tilgung bewegen.

3. Tilgung der Verschuldung in Notlagen

Detaillierte gesetzliche Tilgungsregelungen für in Notlagen aufgenommene Kredite würden ebenso wie eine höhenmäßige Begrenzung die Situationsgebundenheit der Ausnahmeregel des Art. 109 III 2, 115 II 6 GG, § 6 G-115 verkennen. Daher muss die Bindung des Haushaltsgesetzgebers an den selbst festgelegten Plan zur effektiven Tilgung ausreichen. Die Kriterien, nach denen ein solcher Tilgungsplan aufgestellt werden muss, und diejenigen, nach denen bisher wegen Störungen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts aufgenommene Kredite getilgt werden mussten, unterscheiden sich nicht inhaltlich, wohl aber in ihrer gerichtlichen Überprüfbarkeit. Dies und auch schon die verbindliche Festlegung ex ante versprechen eine angemessene, von aktuellen Zwängen freie Tilgungsentscheidung.

4. Tilgung der tatsächlichen Verschuldung

Der Abbaumechanismus des § 7 III G-115 legt dem Staat eindeutige Verpflichtungen auf, sobald das Ausgleichskonto den Gegenwert von 1 % des BIP überschreitet. Nach der alten Rechtslage mussten nachträglich aufgenommene Kredite nach den jeweiligen Vorgaben für die strukturelle oder konjunkturbedingte Verschuldung getilgt werden, welche allesamt nicht ausdrücklich geregelt waren. Gemessen daran, ob sie dem Gesetzgeber überprüfbare Pflichten auferlegen, stellen die neuen Tilgungsregelungen eine Verbesserung dar. Sind die Kriterien hingegen Vollständigkeit und Folgerichtigkeit, ist es kritikwürdig, dass der Abbaumechanismus nicht schon bei jedem negativen Saldo des Ausgleichskontos eintritt. Denn abhängig davon, ob die jeweiligen verbuchten Kredite zukunfts-wirksame Ausgaben finanzierten oder konjunkturpolitisch intendiert waren, sind sie eigentlich Teil der generell rückzuführenden strukturellen oder konjunkturbedingten Verschuldung. Die Beschränkung ist umso zweifelhafter, als der Abbaumechanismus ohnehin nur in Jahren mit einer positiven Veränderung der Produktionslücke eintritt. Mithin nur in solchen Jahren, in denen nach der Grundannahme des Staatsschuldenrechts die Kredittilgung möglich und ein damit verbundener staatlicher Investitionsrückgang sogar erwünscht ist. Gerade vor diesem Hintergrund stellt sich auch die Frage, warum der verpflichtende Abzug von der strukturellen Verschuldung niemals den Wert von 0,35 % des BIP überschreiten darf. Offensichtlich bezweckt der Gesetzgeber durch die benannten Regelungen, dass die „konjunkturgerechte Finanzpolitik in möglichst geringem Umfang durch die Belastungen aus der Abbaupflichtung überlagert wird“⁵⁰. Fest steht aber, dass die beschriebenen Regelungen ein Anwachsen des

Schuldenstands begünstigen, obwohl die aufgenommenen Kredite sich oberhalb der zugunsten einer zukunfts-wirksamen und konjunkturgerechten Finanzpolitik erlaubten Spielräume bewegen.

VI. Frühwarnsystem

Neben den Schwierigkeiten der verfassungsgerichtlichen Überprüfbarkeit des gesamten Staatsschuldenrechts konnte nach altem Recht noch nicht einmal eine Haushaltsnotlage des Bundes oder eines Landes verhindert werden. Dabei ist dies insbesondere im Hinblick auf die künftige finanzielle Leistungsfähigkeit der Länder wichtig, denen verfassungsrechtlich keine detaillierten Vorgaben zur Schuldenbegrenzung gemacht werden können. Außerdem trägt der Bund so dem Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspakts Rechnung.⁵¹ Die Einrichtung des Stabilitätsrats verspricht vor allem, ein kritisches Bewusstsein der Öffentlichkeit gegen jegliche staatliche Überschuldung zu fördern. Denn die Entscheidungsträger müssen damit rechnen, dass ihr Verhalten in politischen Debatten und Wahlkämpfen kritisch gewürdigt wird.

1. Zusammensetzung

Zurzeit sind im Stabilitätsrat Überwacher und Überwachte identisch. Eine veränderte Zusammensetzung mit zusätzlichen neutralen Mitgliedern könnte zwar eine – die Erfolgswahrscheinlichkeit steigernde – politische Unabhängigkeit und den Sachverstand fördern, wäre aber unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation problematisch. Denn der Stabilitätsrat ist zwar als Teil der Exekutive funktionell demokratisch legitimiert, hinzu kommen muss allerdings weiterhin eine konkrete Legitimation der speziellen Institution und ihrer Befugnisse.⁵² Da der Rat mit selbst festgelegten Kennziffern arbeitet, ist seine Arbeit sachlich-inhaltlich nur in geringem Maße demokratisch legitimiert.⁵³ Die konkrete Legitimation der Befugnisse des Stabilitätsrats stützt sich daher vorrangig auf die organisatorisch-personelle Legitimation seiner Mitglieder, die als Minister von Bundes- oder Landesregierungen jeweils ununterbrochene Legitimationssketten mit dem Volk verbinden.

Dahingegen werden mögliche neutrale und sachverständige Mitglieder wie Vertreter der Deutschen Bundesbank oder des Bundesrechnungshofs⁵⁴ innerhalb ihrer Behörde ernannt und unterliegen weder Weisungen der Exekutive noch der Legislative. Die Stimmberechtigung solcher nicht genügend personell-demokratisch legitimierter Mitglieder im Stabilitätsrat würde dessen demokratische Legitimation insgesamt in einem nicht zulässigen Ausmaß reduzieren.⁵⁵ Allenfalls eine

⁴⁹ *Di Fabio/Mellinghoff*, Sondervotum, (Fn. 1) 164, 173; *Badura*, in: FS Mußnug, 2005, 149, 152; *Pänder* (Fn. 32), § 123 Rn. 49; *a.A. Droegge*, VerwArch 98 (2007), 101, 105.

⁵⁰ BT-Drucks. 16/12400, S. 20.

⁵¹ *Kemmler* (Fn. 19), 549, 552.

⁵² *Böckenförde*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts II, 3. Aufl., 2002, § 24 Rn. 15.

⁵³ Vgl. zum korrelativen Zusammenhang zwischen organisatorisch-personeller und sachlich-inhaltlicher Legitimation *Kriele*, Staatslehre, 6. Aufl., 2003, 64.

⁵⁴ *Korioth*, Stellungnahme zu den Gesetzesentwürfen BT-Drucksachen 16/12410 und 16/12400, 9.

⁵⁵ Immerhin stellt der Rat für die jeweilige Gebietskörperschaft die drohende Haushaltsnotlage fest und nötigt sie damit wenigstens zur Vereinbarung eines Sanierungsprogramms.

ständige Mitgliedschaft ohne Stimmrecht zweier Vertreter von Bundesbank und Bundesrechnungshof könnte eine ausgewogene, unabhängige Einschätzung der Situation durch den Rat begünstigen. Dies wäre insbesondere sinnvoll, wenn die Stellungnahme der beiden Vertreter von der Veröffentlichungspflicht des § 1 IV 4 StabiRatG erfasst würden. Im Falle einer von der jeweiligen Entscheidung des Gremiums abweichenden Meinung würde dies die übrigen Mitglieder einem stärkeren öffentlichen Rechtfertigungsdruck aussetzen als erst nach Ablauf einiger Zeit eigenständig verfasste Gutachten, Äußerungen etc.⁵⁶

2. Sanktionen

Im Vergleich zu den Empfehlungen seines Vorgängers, dem Finanzplanungsrat, ist die Arbeit des Stabilitätsrats örtlich und sachlich konkreter auf die einzelne Gebietskörperschaft und die Vermeidung einer Haushaltsnotlage bezogen. Außerdem kann sie anhand allgemeingültiger Kennziffern besser nachvollzogen werden. Da die Aufgabe des Rats jedoch ausdrücklich die Vermeidung von Haushaltsnotlagen ist, fragt sich, ob dieses präventive Ziel mit den zur Verfügung stehenden Mitteln tatsächlich erreicht werden kann. Neben dem Zwang zum notfalls auch wiederholten Abschluss von Sanierungsprogrammen, bleibt dem Rat nur, politischen und öffentlichen Druck aufzubauen.⁵⁷

Während Finanzhilfen falsche Anreize setzen und „ein Fremdkörper innerhalb des Bundessystems“⁵⁸ sind, kommen als Hilfsmittel zur Sanierung eher Sanktionen in Betracht. Es könnte ein dahingehender Mechanismus vorgeschrieben werden, dass mangelnde Sanierungsbemühungen zwingende Zuschläge auf Einzelsteuern zur Folge hätten – in dem Fall, dass Länder betroffen sind, auf die Einkommen- und Körperschaftsteuer.⁵⁹ Schließlich könnte der eine unsolide Haushaltspolitik verfolgenden Gebietskörperschaft vorgeschrieben werden, bestimmte Einnahmen zur Schuldentilgung zu verwenden.⁶⁰

a) Tauglichkeit

Beide Maßnahmen belasten den Haushalt des Not leidenden Landes nicht zusätzlich.⁶¹ Vielmehr sollen sie einen politischen Zwang zur Ausgabenkürzung bewirken. Im Falle einer Erhöhung des Steuerfußes ist die Überlegung folgende: Um einer unpopulären Steuererhöhung durch den vorgesehenen Automatismus zu entgehen, wird der Gesetzgeber in vielen Fällen bereits im Vorfeld Ausgaben kürzen. Der Wähler kann das politische Handeln anhand seiner Steuerbelastung einfach erkennen und es nach seinem Willen bei den periodisch wiederkehrenden Wahlen belohnen oder sanktionieren.⁶² Wenn bestimmte Einnahmen der jeweiligen Not leidenden Gebietskörperschaft zwingend zur Schuldentilgung bestimmt werden, steht der Gesetzgeber wiederum vor der Überlegung, ob ein Ausgleich der nun an anderer Stelle fehlenden Haushaltsmittel durch Steuererhöhungen oder durch Ausgabenkürzungen eher dem Wählerwillen entspricht. In jedem Fall bewirken die Sanktionen aber eine Haushaltssanierung.

b) Zulässigkeit

Alle diese Maßnahmen würden den Gesetzgeber des jeweiligen Not leidenden Landes oder des Not leidenden Bundes zu einer bestimmten Haushalts- und Finanzpolitik zwingend bestimmen und damit möglicherweise zwei grundlegende Staatsprinzipien verletzen. Zum einen gerät das Demokratie-

prinzip in Gefahr, weil das gewählte Parlament der jeweiligen Gebietskörperschaft zu positivem Budgethandeln gezwungen wird. Diese Einschränkung geschieht zwar durch das demokratisch legitimierte Organ des Stabilitätsrates. Grundsätzlich sollte das unmittelbar demokratisch legitimierte Parlament aber eine „höhere demokratische Dignität“ genießen.⁶³ Es könnte aber sichergestellt werden, dass Sanktionen gegen Gebietskörperschaften mit einer unsoliden Haushaltspolitik nur als absolute Ultima ratio ergriffen werden. Dann wird die Einschränkung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums dadurch ausgeglichen, dass ausschließlich auf diese Art und Weise die Steuerungsunfähigkeit zukünftiger Parlamente⁶⁴ abgewendet werden kann. Das Demokratieprinzip wird daher nicht in unzulässiger Weise berührt.

Zum anderen droht das Bundesstaatsprinzip⁶⁵ verletzt zu werden, denn mit den genannten Maßnahmen würde gegenseitig Einfluss auf die im Grundsatz voneinander unabhängigen Haushalte von Bund und Ländern genommen. Allerdings muss die zwangsläufige finanz- und haushaltswirtschaftliche Verbundenheit von Bund und Ländern gerade in den einschlägigen Situationen beachtet werden: Ist etwa ein Land in eine extreme Haushaltsnotlage geraten, befinden sich notwendigerweise auch die bundesstaatlichen Verpflichtung gegenüber der Europäischen Gemeinschaft in Gefahr. Gerät dagegen der Bund in eine solche Situation, wird sich dies zwangsläufig auf die Finanzausstattung der Länder auswirken. Vor diesem Hintergrund kann nicht von einem Eingriff in die jeweilige Staatlichkeit der Länder oder des Bundes gesprochen werden. Die vorgeschlagenen Maßnahmen tragen vielmehr der Funktionsfähigkeit des bundesstaatlichen Verflechtungssystems Rechnung. Dies gilt umso mehr, als Bund und Länder denselben Sanktionen ausgesetzt sein können und somit nicht von einer einseitigen Machtverschiebung zu Lasten der Länder gesprochen werden kann.⁶⁶

VII. Ergebnis der rechtspolitischen Bewertung

Ist die neue „Schuldenbremse“ funktionsfähig und rechtlich geeignet, die Staatsverschuldung künftig wirksamer zu begrenzen? Praktisch umsetzbar sind die Vorgaben für die Länder noch nicht. Die Überwachung auch ihrer Haushalte durch den Stabilitätsrat ist aber eine zielführende Maßnahme, wenn auch eine Verbindung mit Sanktionsmechanismen mehr Wirksamkeit versprochen hätte. Auf Bundesebene macht die Erweiterung sämtlicher Kreditaufnahmebegrenzungen auf Sondervermögen einen wichtigen Schritt in Richtung Eindämmung der Neuverschuldung. Auch die quantitativen Begrenzungen der strukturellen sowie der konjunkturbedingten Verschuldung sind geeignet, die staatliche Kreditaufnahme

⁵⁶ Die Jahresgutachten des Sachverständigenrats, Konjunkturats und Finanzplanungsrats blieben ebenso wie die Äußerungen der Bundesbank bisher wirkungslos, *Göke* (Fn. 36), 1, 18.

⁵⁷ *Korioth* (Fn. 54), 9; *Seiler*, Stellungnahme zu finanzverfassungsrechtlichen Neuerungen der Föderalismusreform II, 15.

⁵⁸ BVerfGE 116, 327.

⁵⁹ *Kemmler* (Fn. 19), 549, 552; *Wieland* (Fn. 28), 751, 753.

⁶⁰ *P. Kirchhof*, in: FS Mußgnug, 2005, 131, 143.

⁶¹ Anders Strafzahlungen, die insofern kontraproduktiv sind.

⁶² *Glaser* (Fn. 45), 98, 102.

⁶³ *Böckenförde* (Fn. 52), § 24 Rn. 16.

⁶⁴ BVerfGE 86, 148 (266); *Pünder* (Fn. 32), § 123 Rn. 73.

⁶⁵ *Kemmler* (Fn. 19), 549, 552.

⁶⁶ Vgl. die Stimmenverteilung gem. § 1 IV StabiRatG.

zu begrenzen. Nach wie vor erscheint allerdings die inhaltliche Regelung der strukturellen Verschuldung verfehlt. Durch die Ausnahmen für Unternehmensbeteiligungen und Darlehensgewährung, den Bruttoausgabenbegriff sowie die unangepassten Kreditlaufzeiten werden kaum jene Generationen die Kosten der zukunfts wirksamen Ausgaben tragen, die davon profitieren. Der gesetzgeberische Wille zu einer konjunkturgerechten Finanzpolitik ist dagegen durch den zwingenden Nachvollzug des Konjunkturzyklus erstmals Erfolg versprechend umgesetzt worden. Auch bei den Regelungen zur Verschuldung in Notlagen hat der Gesetzgeber das richtige Gleichgewicht zwischen Begrenzung der Kreditaufnahme und Sicherstellung staatlicher Handlungsfähigkeit gefunden. Eine weitere Lücke in der Bekämpfung der Staatsverschuldung stellt hingegen die Regelung der tatsächlichen Verschuldung dar. Alten Problematiken wird zwar ihre Schärfe genommen, allerdings nicht deutlich begegnet. Immerhin wird eine Tilgungsverpflichtung statuiert, dann allerdings mehrfach eingeschränkt. Offensichtlich hat der Gesetzgeber hier so viel Wert auf eine konjunkturgerechte Finanzpolitik gelegt, dass das übergeordnete Ziel einer wirksamen Begren-

zung der Neuverschuldung aus dem Blickfeld geraten ist.

Insgesamt wird die Bestimmtheit bzw. die Auslegbarkeit der nun getroffenen Regelungen die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte erhöhen. Dies verbessert auch die begrenzende Wirkung des Staatsschuldenrechts, welches auch schon bisher restriktive, allerdings operational weniger eindeutig formulierte Ansätze enthielt. Wo keine Regelungen getroffen wurden, kann sich eine restriktive Rechtsprechung allerdings weiterhin nur auf allgemeine und umstrittene Verfassungsgrundsätze stützen. Angesichts der bisherigen verfassungsgerichtlichen Zurückhaltung muss darauf vertraut werden, dass der Gesetzgeber die allgemeinen Grundsätze beachtet sowie die geschaffenen Ausnahmeregelungen eng handhabt. Um die neue „Schuldenbremse“ für geeignet zu halten, die allgemein beklagte Überschuldung der öffentlichen Hände in den Griff zu bekommen, ist daher weiterhin viel „demokratischer Optimismus“⁶⁷ vonnöten. ■

⁶⁷ P. Kirchhof (Fn. 60), 131, 136.

Rechtsanwalt Carsten Grau, Verena Lahmer*

Rule B Attachment – eine (vorerst beendete) Erfolgsgeschichte

In Zeiten globaler Wirtschaftskrisen lässt die Zahlungsmoral erfahrungsgemäß nach. Zunehmend kommt es – insbesondere auch im international geprägten Schifffahrtsgeschäft – zu streitigen Auseinandersetzungen.

Soweit im Rahmen der Verfolgung schifffahrtsbezogener Zahlungsansprüche ein hinreichender US-Bezug gegeben ist, hatte sich das sog. Rule B Attachment gemäß Supplemental Rules For Certain Admiralty and Maritime Claims, Rule B, der Federal Rules of Civil Procedure¹ (Supplemental Rules) als außerordentlich wirksames Mittel zur Forderungsdurchsetzung erwiesen. Rule B erlaubt noch vor Klageerhebung oder Einleitung eines Schiedsverfahrens die Beschlagnahme von Vermögenswerten des Anspruchsgegners, ohne diesen zuvor davon in Kenntnis zu setzen.

Der vorliegende Beitrag stellt das Instrument des Rule B Attachment sowie die jüngste Entwicklung in der Rechtsprechung der New Yorker Gerichte dar.

Ein US-Gericht kann auf Antrag des Gläubigers Vermögenswerte des Anspruchsgegners arrestieren, wenn folgende vier Voraussetzungen erfüllt sind:

- der Anspruchsgrund muss innerhalb der schifffahrtrechtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts liegen („*within the court's admiralty and maritime jurisdiction*“);
- der Antragsgegner muss im Gerichtsbezirk „unauf- findbar“ sein („*cannot-be-found*“);
- Vermögenswerte des Antragsgegners sind im Gerichtsbezirk befindlich, und
- das Gericht ist nicht aufgrund gesetzlicher oder schifffahrtsspezifischer Bestimmungen an der Attachment-Entscheidung gehindert.²

„*Within the court's admiralty and maritime jurisdiction*“ liegen z. B. Forderungen aus Charter Parties, Prämienforderungen eines Seeversicherers, Ansprüche des Versicherten gegen den Seeversicherer, Frachtforderungen (z. B. unter einem Contract of Affreightment), Deadfreight-Forderungen, Forderungen auf Darlehensrückzahlung (soweit durch Schiffshypothek besichert) und Schadensersatzforderungen, die aus Schiffsunfällen herrühren. Im Prinzip wird dieses Merkmal so weit ausgelegt, dass alles, was irgendwie ein Schiff beinhaltet, als seerechtlicher Anspruch gewertet wurde.³

Das „*cannot-be-found*“-Merkmal ist erfüllt, wenn für den Schuldner weder eine anderweitige persönliche Zuständigkeit begründet ist, noch Zustellungen an ihn innerhalb des Gerichtsbezirks bewirkt werden können.⁴ Sobald eines dieser beiden Erfordernisse gegeben ist, kann jedweder Vermögenswert des Antragsgegners arrestiert werden, selbst wenn der Vermögenswert in keinem Zusammenhang mit dem antragsgegenständlichen Anspruch steht.

* Carsten Grau ist zugelassen als Rechtsanwalt in Hamburg und als Solicitor (England & Wales). Er ist Partner der internationalen Anwaltskanzlei DLA Piper und gehört der weltweiten Praxisgruppe „Shipping Offshore Transportation“ bei DLA Piper an. Verena Lahmer ist Doktorandin an der Universität Hamburg, Associate der International Max-Planck-Research School for Maritime Affairs und wissenschaftliche Mitarbeiterin im „Shipping Offshore Transportation“ Team bei DLA Piper in Hamburg.

¹ Wortlaut abrufbar unter: <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/RuleB.htm>>.

² *Aqua Stoli v. Gardner Smith*, 460 F.3d 434 (C.A. 2d Cir. 2006), Docket no. 05-5385-CV, Decision: 31 July 2006.

³ *Rutkowski*, „*Has the Specter of Rule B Dispersed*“, NYMAR October 2009, erhältlich unter: <http://www.nymar.org/nymar_news_continued_stories.html#rule_b_continued>.

⁴ *Seawind Compania, S.A. v. Crescent Line, Inc.*, 320 F.2d 580 (C.A. 2d Cir. 1963), Decision: 9 July 1963.

Da ein Rule B Attachment *ex parte*, also ohne vorherige Anhörung, ergeht, steht dem Antragsgegner das Recht auf umgehende mündliche Verhandlung nach der Arrestentscheidung zu.⁵ Im Rahmen dieser mündlichen Verhandlung kann der Anspruchsgegner die Wirksamkeit des Attachment, die Höhe der angeordneten Sicherheitsleistung sowie prozessuale Mängel des Verfahrens rügen. Dem Antragsteller obliegt dabei der Nachweis, warum das Attachment aufrecht zu erhalten sei, wobei allerdings die Hürden der Darlegungslast für den Antragsteller nicht allzu hoch sind. Das Gericht prüft nicht die materielle Begründetheit des Anspruchs und der Anspruchsteller hat lediglich darzulegen, dass die Formalien der Antragstellung und der Zustellung eingehalten wurden und dass die vier obengenannten Voraussetzungen für das Attachment erfüllt sind.

Der Antragsteller muss allerdings den Nachweis erbringen, dass die Höhe des von ihm behaupteten Zahlungsanspruchs in nachvollziehbarer Weise berechnet wurde, wobei Zinsen und Prozess- bzw. Schiedsverfahrenskosten eines parallel anhängigen Hauptsacheverfahrens bei einem ordentlichen oder Schiedsgericht hinzugesetzt werden dürfen. Soweit der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung seiner Darlegungslast nachkommt, hat das Gericht gleichwohl noch die Möglichkeit, das Attachment aufzuheben, wenn

- der Antragsgegner sich in einer tauglichen angrenzenden Jurisdiktion aufhält;
- der Antragsgegner sich in dem Gerichtsbezirk aufhält, in dem der Antragsteller seinen Sitz hat;
- der Antragsteller bereits hinreichende Sicherheitsleistung für die ausstehende Hauptsacheentscheidung erlangt hat.⁶

Das Gericht führt allerdings keine aufwändige Tatsachenermittlung hinsichtlich der näheren Umstände der Aufhältlichkeit des Antragsgegners durch. Allerdings kann eine Aufhebung aus Billigkeitserwägungen angeordnet werden, wenn sich die beiden Parteien in derselben geographischen Region aufhalten und derselben Gerichtsbarkeit unterstehen.⁷

Nachdem einige Richter zunächst eine Abwägung der Erforderlichkeit des Attachment gegen die für den Antragsgegner durch das Attachment hervorgerufenen Nachteile für geboten hielten,⁸ wird von den Gerichten nunmehr durchgehend nicht mehr die Erforderlichkeit des Attachment gegen die nachteiligen Effekte für den Antragsgegner im Rahmen der Entscheidung über die Aufhebung bzw. Aufrechterhaltung des Attachment abgewogen.⁹

Cannot-be-found-Kriterium

Der Schuldner darf weder eine anderweitige persönliche Zuständigkeit noch eine Adresse im Gerichtsbezirk haben, an die Zustellungen getätigt werden können.

Einige Unternehmen haben den Versuch unternommen, den Rule B Attachments vorzubeugen, indem das „cannot-be-found“-Kriterium umgangen wurde (z. B. ein Geschäftssitz in New York angemeldet oder ein Vertreter zum Zwecke der Zustellung im Gerichtsbezirk benannt oder Büroräumlichkeiten in New York angemietet wurden).

In der Entscheidung des United States Court of Appeals for the Second Circuit¹⁰ vom 19. März 2009 in der Sache *STX Panocean (UK) C., Ltd. v. Glory Wealth Shipping Pte Ltd.*¹¹

wurde in diesem Kontext festgestellt, dass ein Antragsgegner dem „cannot-be-found“-Kriterium nicht entspricht, wenn das Unternehmen einen Sitz im New Yorker Gerichtsbezirk angemeldet und zum Zwecke der Zustellung einen Prozessagenten bestellt hat. Insofern dürften sich Rule B Attachments auf diese Weise künftig vermeiden lassen. Allerdings sollten bei Anmeldung eines Geschäftssitzes in New York die weitreichenden steuerlichen und regulatorischen Implikationen beachtet werden, die ein dortiger Geschäftssitz mit sich bringt, und inwieweit die Inkaufnahme dieser Nachteile im Vergleich zu einem möglicherweise drohenden Rule B Attachment lohnenswert erscheint. Seit der Entscheidung des United States Court of Appeals for the Second Circuit in *Koehler v. The Bank of Bermuda Ltd.*¹² ist die Gründung eines Geschäftssitzes in New York noch riskanter. Das Gericht bestätigte in dieser Entscheidung, dass New Yorker Gerichte die Befugnis haben, für Schuldner, die im Gerichtsbezirk eine Zustelladresse eingerichtet haben, im Rahmen von „Turn-over-proceedings“ im Sinne von Art. 52 der Civil Practice Law Rules New York die Verbringung von im Ausland befindlichen Vermögensgegenständen in den New Yorker Gerichtsbezirk anzuordnen. Es stellt sich somit noch stärker die Frage, was das kleinere Übel ist.

Arrestierung elektronischer Überweisungsbeträge

Ursprünglich war das Rule B Attachment nur anwendbar zur Arrestierung von „materiellem und immateriellem Eigentum“. Dazu zählen Schiffe, Ladung und Container, Bunkeröl, Fracht und Heuerzahlungen, Verbindlichkeiten, Bankkonten.¹³

Was das Rule B Attachment dann aber für Anwälte besonders attraktiv gemacht hat, war die Möglichkeit, damit jegliche elektronischen Überweisungsbeträge (EFTs), die in US-Dollar getätigt werden, zu arrestieren. Diese Möglichkeit resultiert aus der Tatsache, dass faktisch alle elektronischen USD-Überweisungen durch eine der New Yorker Intermediary Banken geleitet werden.¹⁴ Da die Banken sich fast ausnahmslos im Zuständigkeitsbezirk des District Court for the Southern District of New York (S.D.N.Y.)

⁵ Rule E (4) (f) der Supplemental Rules.

⁶ *Aqua Stoli v. Gardner Smith*, 460 F.3d 434 (C.A. 2d Cir. 2006), Docket no. 05-5385-CV, Decision: 31 July 2006.

⁷ *Hong Kong City-Dragon Shipping Co. v. Bentai Iron & Steel Group Inc.*, 2009 WL 2526219 (JFK) (S.D.N.Y. Aug. 19, 2009).

⁸ *Allied Maritime, Inc. v. The Rice Corp.*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 20353 (S.D.N.Y. 2004); *Aqua Stoli Shipping Ltd. v. Gardner Smith Pty. Ltd.*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 19139 (S.D.N.Y. 2005); *SeaPlus Line Co. LTD v. Bulk-handling Handymax AS*, 05 CV 4813 (JGK) (S.D.N.Y. Dec. 13, 2005).

⁹ *Blake Maritime, Inc. v. Petrom S.A.*, No. 05 Civ. 8033 (PAC), 2005 WL 2875335 (S.D.N.Y. Oct. 31, 2005); *Internare Transport GmbH v. STX Panocean Co. Ltd.*, Docket no. 06 CIV 1374 (HB) (S.D.N.Y. March, 10, 2006).

¹⁰ Im weiteren Text auch als Berufungsgericht bezeichnet.

¹¹ 560 F.3d 127, 133 (C.A. 2d Cir. 2009), Docket no. 08-6131-cv, Decision: 19 March 2009.

¹² 181 F.3d 863 (C.A. 2d Cir. 2009), Docket no. 96-7066, 2009 NY Slip Op 04297, Decision: 04 June 2009.

¹³ *Joshi*, „Dust settles after Rule B ruling“, Lloyd's List, 21. Oktober 2009, S. 4.

¹⁴ Nicht zuletzt angesichts der zunehmenden Marktakzeptanz des Clearing House Interbank Payment System (CHIPS), <www.chips.org>; *Rutkowski*, „Has the Specter of Rule B Dispersed?“, NYMAR October 2009, erhältlich unter: <http://www.nymar.org/nymar_news_continuedstories.html#rule_b_continued>.

befinden, ist dieses Gericht erstinstanzlich zuständig für alle Anträge auf Arrestierung von EFTs.

Rechtlich ermöglicht wurde die Arrestierung dieser sog. EFTs durch die Entscheidung des United States Court of Appeals für den Second Circuit in der Sache *Winter Storm Shipping v. Thai Petrochemical*¹⁵. Durch diese wurde der Anwendungsbereich des Rule B Attachment im Hinblick auf die Beschaffenheit arrestgeeigneter Vermögenswerte erheblich ausgeweitet. In diesem Fall hatte die Antragsgegnerin versucht, eine elektronische Überweisung über eine New Yorker Intermediary Bank zu veranlassen.

Der United States Court of Appeals für den Second Circuit entschied, dass sich die Zuständigkeit der US-Gerichte im Sinne von Rule B auch auf elektronische Überweisungen erstreckt. Auch solche Überweisungsbeträge konnten danach arrestiert werden, selbst wenn die arrestierten Gelder keine Verbindung zu dem antragsgegenständlichen Anspruch aufweisen. Da alle elektronischen USD-Überweisungen über eine New Yorker Intermediary Bank geleitet werden müssen, folgten aus der *Winter-Storm*-Entscheidung sehr weitreichende praktische Konsequenzen, welche dem Rule B Attachment zu einer wahren „Blütezeit“ verholfen haben.

Auf *Winter Storm* folgte die Entscheidung *Aqua Stoli v. Gardner Smith*¹⁶. Dort verwarf das Berufungsgericht die erstinstanzliche Aufhebung des Rule B Attachment eines elektronischen Überweisungsbetrages über eine New Yorker Intermediary Bank.

Das erstinstanzliche Gericht hatte die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Antragsgegnerin um einen aktiven Geschäftsbetrieb handele, der über ausreichende finanzielle Reserven verfüge, um einen etwaigen Zahlungstitel befriedigen zu können, so dass der Nachteil der Antragsgegnerin, auf Grund des Attachments keine USD-Geschäfte mehr tätigen zu können, das Sicherheitsbedürfnis der Antragstellerin überwiege.

Das Berufungsgericht hob diese Entscheidung wieder auf und entschied, dass die Regeln des schifffahrtsrechtlichen Arrestes im Sinne von Rule B strikt anzuwenden seien und eine Abwägung zwischen dem Sicherheitsbedürfnis des Antragstellers und wirtschaftlichen Nachteilen des Antragsgegners nicht stattzufinden habe. Des Weiteren beschränkte es die Aufhebungskompetenz („*vacatur power*“) des erstinstanzlichen Gerichts auf Sachverhaltskonstellationen, in denen der Antragsgegner sich in einer tauglichen angrenzenden Jurisdiktion oder in dem Gerichtsbezirk aufhält, in dem der Antragsteller seinen Sitz hat oder in denen der Antragsteller bereits hinreichende Sicherheitsleistung für die ausstehende Hauptsacheentscheidung erlangt hat.

Durch die *Aqua-Stoli*-Entscheidung wurden jedoch einige Fragen aufgeworfen. Der United States Court of Appeals für den Second Circuit hat entschieden, dass in seinem Zuständigkeitsbereich elektronische Überweisungen an eine Partei bzw. von einer Partei arrestiert werden können, wenn sie durch eine Bank geleitet werden, die ihren Sitz im Zuständigkeitsbereich des Gerichtes hat („*electronic funds to or from a party are attachable by a court as they pass through banks located in that court's jurisdiction*“).

Allerdings warf das Gericht in einem *obiter dictum* in *Aqua Stoli* auch die Frage auf, inwieweit die Feststellung der *Winter-Storm*-Entscheidung Bestand haben kann, wonach elekt-

ronische Überweisungsbeträge als arrestgeeignete Vermögensgegenstände entweder des Überweisenden oder des Überweisungsempfängers anzusehen sind. Es merkte ohne nähere Erläuterung an, dass nach dem Recht des Staates New York – welches mangels einer bundesrechtlichen Regelung anwendbar sei – ein elektronischer Überweisungsbetrag weder ein Vermögensgegenstand des Überweisenden noch des Überweisungsempfängers sei, solange er sich in der Obhut der Intermediary Bank befinde.

Bis *dato* hatten die New Yorker Richter nicht zu einer einheitlichen Linie bei der Auslegung des *obiter dictum* der *Aqua-Stoli*-Entscheidung zur Feststellung der *Winter-Storm*-Entscheidung gefunden. Während einige Richter des S.D.N.Y. den vorgenannten Entscheidungen folgten,¹⁷ versuchten andere, den Anwendungsbereich von Rule B Attachments auf EFTs bestmöglich zu begrenzen. So wurde ein Rule B Attachment mit der Begründung aufgehoben, der Antragsgegner habe einen an ihn gerichteten elektronischen Überweisungsbetrag, der bei einer New Yorker Intermediary Bank arrestiert worden war, noch nicht als Vermögensgegenstand erlangt.¹⁸ In einem anderen Fall wurde ein Rule B Attachment jenseits der in *Aqua Stoli* aufgestellten *vacatur*-Grundsätze aufgehoben.¹⁹ Ein bereits in einem Vorverfahren aufgetretener Antragsteller hatte ein weiteres, auf dem gleichen Tatsachen- und Rechtsvortrag basierendes Attachment-Verfahren gegen denselben Antragsgegner angestrengt und ein Attachment erwirkt. Das Gericht hob das Attachment als „unangemessenes Rechtsmittel“ wieder auf, da es – sinngemäß – von einer „übersteigerten Prozessneigung“ des Antragstellers getragen sei. In einem dritten Fall hob das Gericht ein Attachment auf, da es zu der Erkenntnis gelangte, der Antragsteller habe bereits hinreichende Sicherheit erlangt und der Antragsgegner hielte sich an einem Ort auf, der in einer anderen Jurisdiktion belegen sei.²⁰

In der Mehrzahl jüngerer Entscheidungen wurden Attachments elektronischer Überweisungen sowohl von als auch an den Antragsgegner zwar bestätigt,²¹ jedoch setzten zwei kürzlich ergangene Entscheidungen den Betrag der begehrten Sicherheitsleistungen mit der Begründung herab, der Antragsteller habe es versäumt, die Höhe des antragsgegenständlichen Zahlungsanspruchs richtig zu berechnen.²²

¹⁵ 310 F.3d 263 (C.A. 2d Cir. 2002), Docket no. 02-7078, Decision: 6 November 2002.

¹⁶ 460 F.3d 434 (C.A. 2d Cir. 2006), Docket no. 05-5385-CV, Decision: 31 July 2006.

¹⁷ *Compania Sudamericana de Vapores S.A. v. Sinochem Tianjin Co.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 24737, 06 Civ. 13765 (WHP) (S.D.N.Y. Apr. 4, 2007) und in *AET Inc. Ltd. v. Procuradoria de Servicios Maritimos Cardoso & Fonseca*, 464 F. Supp. 2d 241, 245 (S.D.N.Y. 2006).

¹⁸ Richter *Rakoff* in *Seamar Shipping Corp. v. Kremikovtzi Trade Ltd.*, 461 F. Supp. 2d 222, 226, 06 Civ. 5507 (S.D.N.Y. Nov.17, 2006); ebenso derselbe später in *Shipping Corporation of India, Ltd. v. Jaldhi Overseas PTE Ltd.*, No. 08 Civ. 4328, Memorandum Order (S.D.N.Y. June 27, 2008).

¹⁹ *Chiquita International Ltd. v. MV Bosse*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 75726, 07 Civ. 6786 (S.D.N.Y. 2007).

²⁰ *OGI Oceangate Transportation Co. Ltd. v. RP Logistics Pvt. Ltd.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 46841, 06 Civ. 9441 (S.D.N.Y. 2007).

²¹ *Compania Sudamericana de Vapores S.A. v. Sinochem Tianjin Co.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 24737, 06 Civ. 13765 (WHP) (S.D.N.Y. Apr. 4, 2007) (mit weiteren Verweisen auf S. 11-13).

²² *Ice Flake Maritime Ltd. v. Westcoast AS*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 75677 (S.D.N.Y. 2007); *Ronda Ship Management Inc. v. Doha Asian Games Organising Comm.*, F. Supp. 2d, 2007 U.S. Dist. LEXIS 72694 (S.D.N.Y. 2007).

In anderen Fällen wurden die Beschlüsse nur befristet erteilt oder mit der Auflage, dass innerhalb einer gewissen Zeit das Hauptsacheverfahren anzulaufen habe oder sogar schon laufen müsse.²³

Die Erfolgchancen eines Antrags für ein Rule B Attachment waren schließlich sehr stark von der Zuweisung des Richters abhängig geworden.²⁴

Die gute Nachricht ist nun, dass sich die New Yorker Gerichte letztendlich geeinigt haben. Die schlechte Nachricht für Anwälte ist allerdings, dass entschieden wurde, dass EFTs keine arretgeeigneten Vermögensgegenstände sind.²⁵

Die Frage wurde schon aufgeworfen im *obiter dictum* von *Aqua Stoli*. Aufgegriffen wurde sie in *Consub Delaware LLC v. Schahin Engenharia Limitada*²⁶, in welcher Sache ein Antrag auf *Hearing en banc* mit dem Ziel, das Urteil von *Winter Storm* aufzuheben, abgelehnt wurde. Begründet wurde dieser Antrag u.a. damit, dass die Anwendung von Rule B Attachments auf EFTs eine schwere Beeinträchtigung des New Yorker Finanzstandortes darstelle.²⁷ Unterstützt wurde diese Begründung durch einen offenen Brief der New York Clearing House Association,²⁸ einer Vereinigung führender Handelsbanken.²⁹

In der am 4. Februar 2009 ergangenen Entscheidung in der Sache *Cala Rosa v. Sucres et Deneres Group*³⁰ merkte das Gericht an, dass Rule-B-Attachment-Verfahren begonnen hätten, das New Yorker Gerichtssystem zu blockieren. Bereits ein Drittel der Zivilverfahren im Southern District of New York seien inzwischen Rule-B-Attachment-Verfahren. Das Gericht weigerte sich in dieser Entscheidung, einen Attachment-Beschluss mit zwei üblichen Zusatzverfügungen zu versehen, wodurch das Attachment quasi wertlos wurde. Insbesondere wurde diese Entscheidung damit begründet, dass gerade in Fällen, die ansonsten keinerlei Berührungspunkte mit den USA haben, die Nachteile und die enormen Belastungen für das New Yorker Bankensystem³¹ nicht zu rechtfertigen seien. Des Weiteren würde durch die schiere Menge an Attachments eine starke Unsicherheit bezüglich des internationalen Geldtransfers hervorgerufen.³²

Daraufhin gab es Bestrebungen im Kreise der New Yorker Schifffahrtsanwälte, gemeinsam mit der New Yorker Richterschaft „Model Rules“ für die Handhabung von Rule B Attachments zu entwickeln.

Letztendlich entschieden wurde diese Frage nun in der Entscheidung *The Shipping Corporation of India Ltd v. Jaldhi Overseas Pte Ltd*³³ des United States Court of Appeals for the Second Circuit vom 16. Oktober 2009. Einstimmig wurde somit die Entscheidung *Winter Storm* insoweit aufgehoben, als sie mit diesem Urteil nicht übereinstimmt.³⁴ Die vom selben Gericht schon in der *Aqua Stoli* Entscheidung geäußerten Zweifel überwogen mittlerweile, nachdem die Richter selbst vier Jahre die Auswirkungen ihres Urteils beobachten konnten.³⁵ Die Menge an kritischen Urteilen von anderen Richtern des Bezirks³⁶ sowie zahlreiche Kommentare aus Recht und Wirtschaft³⁷ haben wohl auch dazu beigetragen.

Die Kritik bezieht sich zunächst darauf, dass *Winter Storm* davon ausgeht, dass die EFTs, die sich bei der zwischengeschalteten Bank befinden, entweder „Eigentum“ des Ausstellers oder des Begünstigten seien. Diese in *Winter Storm* vertretene Sichtweise ist aber nicht unumstritten, wie auch in mehreren Urteilen betont wurde. Das Permanent Editorial

Board for the Uniform Commercial Code (PEB) verdeutlicht in seinem Report die Unvereinbarkeit dieser Ansicht mit dem US-amerikanischen Bankrecht, insb. mit §4-A-503³⁸ des

²³ *Sweeney / Deynan Lin*, „New Development of U.S. Maritime Rule B Attachment“, in „Proceedings of the Seventh International Conference on Maritime Law“, Shanghai 2009, S. 184-189 auf S. 186.

²⁴ *Sweeney / Deynan Lin*, „New Development of U.S. Maritime Rule B Attachment“, in „Proceedings of the Seventh International Conference on Maritime Law“, Shanghai 2009, S. 184-189 auf S. 187.

²⁵ *The Shipping Corporation of India Ltd v. Jaldhi Overseas Pte Ltd* (C.A. 2d Cir. 2009), Docket nos. 08-3477-cv(L), 08-3758-cv(XAP), Decision: 16 October 2009.

²⁶ 543 F.3d 104 (C.A. 2d Cir. 2008), Docket no. 07-0833-cv, Decision: 23 December 2008).

²⁷ *Consub Delaware LLC v. Schahin Engenharia Limitada*, 543 F.3d 104 (C.A. 2d Cir. 2008), Docket no. 07-0833-cv, Decision: 23 December 2008), Fußnote 2 des Urteils.

²⁸ Mitglieder der Clearing House Association sind: ABN AMRO Bank N.V.; Bank of America, National Association; The Bank of New York Mellon; Citibank, National Association; Deutsche Bank Trust Company Americas; HSBC Bank USA, National Association; JPMorgan Chase Bank, National Association und die Wells Fargo Bank, National Association. Die Banken hatten sich teils vor diesem Urteil schon in der Art gegen die Masse an Rule B Attachments gewehrt, indem sie Gebühren für die Einrichtung der elektronischen „Fangschaltungen“ erhoben. JP Morgan Chase verweigerte eine kontinuierliche Überprüfung der eingehenden Überweisungen mit dem Resultat, dass permanent Anfragen zugestellt werden mussten, um eine Dauerhaftigkeit zu erreichen; bei jeder Zustellung wurden erneut Gebühren fällig und die Zustellung musste von Hand erfolgen. Bei dem Versuch, diese Policy für ungültig erklären zu lassen, bestätigte Richterin *Scheindlin* diese Policy grundsätzlich, allerdings ordnete sie eine einmalige Gebühr von USD 250 an und entschied, dass der U.S. Marshal's Service zur Zustellung eingeschaltet werden musste, sowohl zur Erstmaligen von Hand (USD 1500) als auch zu weiteren per Fax oder Email, und diese so noch teurer wurde (*VOF Buowcombinatie Egmond v. Ocean Team Power & Umbilical BV*, Docket no. 09 Civ 4023(SAS), 2009 WL 2432693 (S.D.N.Y. Aug. 6, 2009)). Andere Banken schlossen sich dieser Policy an; *c.f.* *Sweeney / Deynan Lin*, „New Development of U.S. Maritime Rule B Attachment“, in „Proceedings of the Seventh International Conference on Maritime Law“, Shanghai 2009, S. 184-189 auf S. 186.

²⁹ *Cala Rosa Marine Co. v. Sucres et Deneres Group*, 09 Civ. 425 (SAS), Fußnote 37 des Urteils, 2009 U.S. Dist. LEXIS 7934 (S.D.N.Y. Feb. 4, 2009); *Newman / Zaslowsky*, „Is there finally a backlash against Rule B Attachments?“, 241 N.Y. L.J. 3 (2009), S. 2, erhältlich unter: <files.cecollect.com/209/7239/July%202009%20ARTICLE.pdf>.

³⁰ 09 Civ. 425 (SAS), 2009 US Dist. LEXIS 7934 (S.D.N.Y. Feb. 4, 2009).

³¹ Richterin *Scheindlin*. weißt in Fußnote 37 des *Cala Rosa*-Urteils darauf hin, dass seit August 2007 etwa 100 attachment orders pro Tag eingehen sowie mehr als 700 Zusätze zu bereits existierenden Ordnern. New Yorker Banken mussten zusätzliche Kräfte einstellen und erleiden so beträchtliche Einbußen, um alle diese Anordnungen bearbeiten zu können.

³² Id.

³³ C.A. 2d Cir. 2009, Docket nos. 08-3477-cv(L), 08-3758-cv(XAP), Decision: 16 October 2009.

³⁴ *The Shipping Corporation of India Ltd v. Jaldhi Overseas Pte Ltd*, C.A. 2d Cir. 2009, Docket nos. 08-3477-cv(L), 08-3758-cv(XAP), Decision: 16 October 2009, S. 1 f.

³⁵ *The Shipping Corporation of India Ltd v. Jaldhi Overseas Pte Ltd*, C.A. 2d Cir. 2009, Docket nos. 08-3477-cv(L), 08-3758-cv(XAP), Decision: 16 October 2009, S. 5.

³⁶ Z.B. Richter *Holwell* in *Hannah Bros. v. OSK Mktg. & Commc'ns., Inc.*, 609 F. Supp. 2d. 343 (S.D.N.Y. April 24, 2009): „The discussion above also underscores a point that has become conventional wisdom in this district – that *Winter Storm* and *Aqua Stoli* may merit reconsideration...“.

³⁷ The Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code (PEB), PEB Commentary No.16: Sections 4A-502(d) and 4A-503, Juli 2009, erhältlich unter: <[http://extranet.ali.org/directory/files/COM-MENTARY-4A-502\(d\)%20and%204A-503-final.pdf](http://extranet.ali.org/directory/files/COM-MENTARY-4A-502(d)%20and%204A-503-final.pdf)>.

³⁸ „For proper cause and in compliance with applicable law, a court may restrain (i) a person from issuing a payment order to initiate a funds transfer, (ii) an originator's bank from executing the payment order of the originator, or (iii) the beneficiary's bank from releasing funds to the beneficiary or the beneficiary from withdrawing the funds. A court may not otherwise restrain a person from issuing a payment order, paying or receiving payment of a payment order, or otherwise acting with respect to a funds transfer.“

New York Uniform Commercial Codes (UCC) bezüglich der Rechte der verschiedenen Parteien in einem Banktransfer.³⁹ Die Beklagte in *Consub*⁴⁰ argumentierte, die Regelung sei anwendbar auf die Fragen, ob EFTs bei einer Intermediary Bank beschlagnahmt werden dürften und wer Eigentümer der Gelder sei, die diese durchlaufen. Der UCC ist US-Einheitsrecht (*uniform act*), d.h. eine bundesweite Gesetzesinitiative, die jeweils unverändert oder mit minimalen Änderungen in den einzelnen Bundesstaaten umgesetzt wurde.⁴¹ Aus diesem Grund sei auch die in *Consub*⁴² geäußerte Begründung, eine Anwendung von jeweiligem Landesrecht auf Fälle, die dem Seehandelsrecht unterliegen, würde anarchische Zustände verursachen,⁴³ haltlos und einer Anwendung von §4-A-503 UCC stünde nichts im Wege.⁴⁴ Die Norm stammt aus dem Sachenrecht und schützt insbesondere Intermediary Banken, indem sie einen Eingriff in einen in Gang gesetzten Transfer untersagt.⁴⁵ Ähnlich wie im deutschen Recht müssen die einzelnen „Schuld“verhältnisse berücksichtigt werden.⁴⁶ Daher bestünde in einer EFT weder Eigentum des Schuldners noch des Begünstigten, welches bei der Intermediary Bank liegen könnte.⁴⁷ Da daher kein Eigentum des Schuldners im Gerichtsbezirk befindlich sei, hat das Gericht in *Jaldhi* die personelle Zuständigkeit, die vorher *quasi in rem* abgeleitet wurde, abgelehnt.⁴⁸

Neben der rechtlichen Kritik gab es auch starke wirtschaftliche Interessen. Die Banken mussten einen enormen Aufwand betreiben, um die Menge an Attachments bearbeiten zu können. Die Menge an Attachments entsprach allein in der Zeit vom 1. Oktober 2008 bis zum 31. Januar 2009 einer Gesamtsumme von USD 1,35 Mrd., die letztlich auch dem Wirtschaftskreislauf entzogen waren. Zudem sahen die Experten die Rolle des USD als übliches und vorrangiges Zahlungsmittel in der Weltwirtschaft gefährdet, denn um das Rule B Attachment zu umgehen, müsse vertraglich nur eine andere Währung vereinbart werden und schon gäbe es keine Bündelung des Zahlungsverkehrs bei New Yorker Banken mehr.⁴⁹ Dies wiederum hätte auf Dauer auch New York als Finanzplatz an sich gefährdet. In Anbetracht dessen, dass ein Großteil der Streitigkeit, für die ein Rule B Attachment beantragt wurde, ansonsten nichts mit den USA zu tun haben, sei es auch nicht einzusehen, warum dem amerikanischen Finanzmarkt, der durch die Krise schon genug getroffen sei, noch mehr zugemutet werden solle.⁵⁰

Es war vor allem dieses Argument, welches den United States Court of Appeals for the Second Circuit zu seiner Entscheidung bewogen hat.⁵¹ Schutzrechte Dritter spielten hingegen nur eine untergeordnete Rolle. Dies liegt umso mehr nahe, als die *Jaldhi*-Entscheidung unter eher ungewöhnlichen Umständen gefällt wurde. Normalerweise kann nämlich ein Drei-Richter-Gremium nicht die Entscheidung eines anderen Gremiums überstimmen. Diese Regel wurde jedoch im vorliegenden Fall umgangen mit Hilfe eines sog. *mini-en banc review*: das von den drei Richtern getroffene Urteil wurde vor der Verkündung sämtlichen Richtern des United States Court of Appeals for the Second Circuit vorgelegt und niemand äußerte Einwände.⁵² Eben letzteres ist umso interessanter, als zwei der Richter aus *Winter Storm* sowie zwei Richter aus *Consub* darunter waren.

Dieses Urteil wird von vielen Gläubigern und ihren Rechtsvertretern sicherlich bedauert werden, da das Rule B Attachment in vielen Fällen einen Druck auf den Schuldner

aufbauen konnte, der jetzt spürbar fehlt und sicherlich auch die Zahlungsmoral wieder sinken lässt.⁵³ Dennoch scheint es in Anbetracht der rechtlichen und wirtschaftlichen Lage aus Sicht der New Yorker Richter das einzig Gebotene gewesen zu sein. Dieser Schluss und ein gewisses Aufatmen sind in so gut wie allen Kommentaren zu dem Urteil hörbar.⁵⁴ Den meisten Beteiligten einschließlich des United States Court of Appeals for the Second Circuit scheint das Rule B Attachment mit seiner enormen Sogwirkung geradezu unheimlich geworden zu sein.

Status quo und künftige Entwicklung

Im Prinzip besteht das Rule B Attachment nun fort, wie es vor dem *Winter-Storm*-Urteil bestanden hat.⁵⁵ Arrestierbar sind somit weiterhin jegliche Schiffe, Ladung und Container, Bunkeröl, Fracht und Heuerzahlungen, Verbindlichkeiten und Bankkonten als Sicherheit für seerechtliche Forderungen.

³⁹ PEB, PEB Commentary No.16: Sections 4A-502(d) and 4A-503, Juli 2009, s. Fn. 37, S. 3f.; so auch *Newman / Zaslowsky*, „Is there finally a backlash against Rule B Attachments?“, 241 N.Y. L.J. 3 (2009), S. 1, erhältlich unter: <files.cecollect.com/209/7239/July%202009%20ARTICLE.pdf>.

⁴⁰ *Consub Delaware LLC v. Schahin Engenharia Limitada*, 543 F.3d 104 (C.A. 2d Cir. 2008), Docket no. 07-0833-cv, Decision: 23 December 2008).

⁴¹ PEB, PEB Commentary No.16: Sections 4A-502(d) and 4A-503, Juli 2009, s. Fn. 37, S. 4.

⁴² *Consub Delaware LLC v. Schahin Engenharia Limitada*, 543 F.3d 104 (C.A. 2d Cir. 2008), Docket no. 07-0833-cv, Decision: 23 December 2008).

⁴³ *Consub Delaware LLC v. Schahin Engenharia Limitada*, 543 F.3d 104 (C.A. 2d Cir. 2008), Docket no. 07-0833-cv, Decision: 23 December 2008), S. 14 mit Verweis auf *Aurora Maritime Co. v. Abdullah Mohamed Fahem & Co.*, 85 F.3d 44, 48-49 (C.A. 2d Cir. 1996).

⁴⁴ PEB, PEB Commentary No.16: Sections 4A-502(d) and 4A-503, Juli 2009, s. Fn. 37, S. 4; so auch Richter Rakoff in *Seamar Shipping Corp. v. Kremikovtzi Trade Ltd.*, 461 F. Supp. 2d 222, 226, 06 Civ. 5507 (S.D.N.Y. Nov.17, 2006).

⁴⁵ PEB, PEB Commentary No.16: Sections 4A-502(d) and 4A-503, Juli 2009, s. Fn. 37, S. 1.

⁴⁶ PEB, PEB Commentary No.16: Sections 4A-502(d) and 4A-503, Juli 2009, s. Fn. 37, S. 2.

⁴⁷ PEB, PEB Commentary No.16: Sections 4A-502(d) and 4A-503, Juli 2009, s. Fn. 37, S. 6.

⁴⁸ C.A. 2d Cir. 2009, Docket nos. 08-3477-cv(L), 08-3758-cv(XAP), Decision: 16 October 2009. S. 19 f.

⁴⁹ *Newman / Zaslowsky*, „Is there finally a backlash against Rule B Attachments?“, 241 N.Y.L.J. 3 (2009), S. 1, erhältlich unter: <files.cecollect.com/209/7239/July%202009%20ARTICLE.pdf>; *Joshi*, „Dust settles after Rule B ruling“, *Lloyd's List*, 21 October 2009, S. 4.

⁵⁰ *Newman / Zaslowsky*, „Is there finally a backlash against Rule B Attachments?“, 241 N.Y. L.J. 3 (2009), erhältlich unter: <files.cecollect.com/209/7239/July%202009%20ARTICLE.pdf>; *Scheindlin* U.S.D.J. in *Cala Rosa Marine Co. v. Sucres et Deneres Group*, 09 Civ. 425 (SAS), 2009 U.S. Dist. LEXIS 7934 (S.D.N.Y. Feb. 4, 2009), Fußnote 37 des Urteils.

⁵¹ *Rutkowski*, „Has the Specter of Rule B Dispersed?“, NYMAR October 2009, erhältlich unter: <http://www.nymar.org/nymar_news_continued_stories.html#rule_b_continued>.

⁵² *Sweeney / Deynan Lin*, „New Development of U.S. Maritime Rule B Attachment“, in „Proceedings of the Seventh International Conference on Maritime Law“, Shanghai 2009, S. 184-189 auf S. 188.

⁵³ *Joshi*, „Dust settles after Rule B ruling“, *Lloyd's List*, 21. Oktober 2009, S. 4; id. *Harwood*.

⁵⁴ *Rutkowski*, „Has the Specter of Rule B Dispersed?“, NYMAR October 2009, erhältlich unter: <http://www.nymar.org/nymar_news_continued_stories.html#rule_b_continued>; *Paulsen*, in *Joshi*, „Dust settles after Rule B ruling“, *Lloyd's List*, 21. Oktober 2009, S. 4.

⁵⁵ *Rutkowski*, „Has the Specter of Rule B Dispersed?“, NYMAR October 2009, erhältlich unter: <http://www.nymar.org/nymar_news_continued_stories.html#rule_b_continued>.

Was genau das für in diesem Moment arrestierte EFTs bedeutet und die Sicherheit, die sie für den bis dato Titelinhaber darstellten, ist fraglich.

Manche Richter haben *sua sponte* Aufhebungs- oder Klageabweisungsanordnungen erlassen oder Anhörung zu solchen Maßnahmen verfügt, andere wiesen die Klage auf Antrag des Beklagten ab.

In der *Jaldhi*-Entscheidung selbst wurde offengelassen, ob sie eine Rückwirkung auf schwebende Verfahren haben soll. Jedoch wurde im ersten nachfolgend ergangenen Urteil vom 13. November 2009 in der Sache *Hawknet Ltd. v. Overseas Shipping Agencies*⁵⁶ die Rückwirkung auf Grund der Tatsache bestätigt, dass es sich dabei um ein Urteil zur Zuständigkeit handele.⁵⁷ Solche Urteile seien nie nur für zukünftige Verfahren anwendbar.⁵⁸ Der Berufung des Klägers auf Vertrauensschutz vor unerwartbaren Urteilen⁵⁹ blieb im Urteil unberücksichtigt.

Was in den Fällen passiert, in denen ein Rule B Attachment gegen alternative Sicherheiten ausgetauscht wurde, ist noch gänzlich ungeklärt. Entweder werden diese Fälle als außerhalb des Anwendungsbereichs von *Jaldhi* und *Hawknet* liegend angesehen, indem die Sicherheiten als unterschiedlich und unabhängig von den ursprünglichen EFTs eingestuft werden, oder man sieht sie als „Frucht des ursprünglichen EFT“ und würde daraufhin ihre Rückgabe verlangen. Nicht auszuschließen ist, dass sich Unterschiede im Einzelfall aus den vertraglichen Bestimmungen hinsichtlich der Sicherheiten ergeben.

Es ist weiterhin fraglich, ob noch eine Chance besteht, das Blatt zu wenden. Behauptet wird, dass in *Palestine Monetary Authority v. Strachman*⁶⁰ geurteilt wurde, dass EFTs doch arrestierbar sind und dass diese Entscheidung sowohl für *Jaldhi* als auch *Hawknet* bindend sein müsste. Weder das PEB noch die Clearing House Association stimmen dieser

Ansicht jedoch zu und halten die PMA-Entscheidung für ebenso falsch in der Sache bzgl. der rechtlichen Einordnung von Banktransfers. Doch welches Gericht würde eine solche Entscheidung dann treffen können? Um *Jaldhi* außer Kraft setzen zu können, müsste entweder der gesamte United States Court of Appeals for the Second Circuit in einer *en-banc*-Entscheidung das Urteil aussetzen, was aber höchstwahrscheinlich ist, da alle Richter der Entscheidung zugestimmt haben, oder der U.S. Supreme Court müsste sich dieses Falls annehmen.⁶¹ Letzteres ist aber ebenso sehr unwahrscheinlich, da der Supreme Court eigentlich nur dann schiffahrtsrechtliche Fälle hört, wenn zwischen verschiedenen Staaten Uneinigkeit über die Auslegung der verschiedenen Gesetze besteht. Dies ist hier aber nicht der Fall. Im Gegenteil, die *Jaldhi*-Entscheidung bringt die schiffahrtsrechtliche Praxis wieder in Linie mit den anderen Bundesstaaten, was die Handhabung von EFTs angeht. Zudem wird auch der Supreme Court die Argumente der Banken bzgl. der Schwächung des US-Dollars und des Finanzstandortes New York nicht außer Betracht lassen können.⁶² ■

⁵⁶ C.A. 2d Cir., Docket no. 09-2128-cv, Decision: 13 November 2009.

⁵⁷ *Hawknet Ltd. v. Overseas Shipping Agencies* (C.A. 2d Cir.), Docket no. 09-2128-cv, Decision: 13 November 2009, S. 6.

⁵⁸ *Hawknet Ltd. v. Overseas Shipping Agencies* (C.A. 2d Cir.), Docket no. 09-2128-cv, Decision: 13 November 2009, S. 6; *Firestone Tire & Rubber Co. v. C. Risjord*, 449 U.S. 368, 379 (Jan. 13, 1981).

⁵⁹ *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*, 514 U.S. 749 (1995).

⁶⁰ 873 N.Y.D.2d 281 (1st Dep't Feb. 17, 2009).

⁶¹ *Sweeney / Deynan Lin*, „New Development of U.S. Maritime Rule B Attachment“, in „Proceedings of the Seventh International Conference on Maritime Law“, Shanghai 2009, S. 184-189 auf S. 188.

⁶² *Sweeney / Deynan Lin*, „New Development of U.S. Maritime Rule B Attachment“, in „Proceedings of the Seventh International Conference on Maritime Law“, Shanghai 2009, S. 184-189 auf S. 188.

■ Streitgespräch

Horst Brendel, Prof. Dr. Hubertus Gersdorf, Prof. Dr. Margarete Schuler-Harms

Streitgespräch: Zukunft des öffentlichen Rundfunks

Das Bucerius Law Journal veranstaltete am 18. Februar 2010 eine Diskussionsrunde zum aktuellen Thema „Zukunft des öffentlichen Rundfunks“. Aus Anlass der anhaltenden tagespolitischen Debatte über Rundfunkgebühren, sollten die rechtlichen Hintergründe wie *Legitimation*, *Notwendigkeit der Staatsferne* und zukünftige Gestaltung des öffentlichen Rundfunks beleuchtet werden. Es diskutierten drei Experten auf diesem Gebiet, Horst Brendel, Prof. Dr. Hubertus Gersdorf und Prof. Dr. Margarete Schuler-Harms. Die Moderation des Streitgesprächs übernahm Johannes Keßner, LL.B., der zurzeit am Lehrstuhl von Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley) an der Bucerius Law School über ein rundfunkrechtliches Thema promoviert.

BLJ: Mir kommt die ehrenvolle Aufgabe zu, unsere hochkarätigen Referenten zu begrüßen. Zu meiner Rechten Frau Prof. Schuler-Harms. Sie hat in Freiburg studiert und war anschließend Assistentin am Hans-Bredow-Institut hier in

Hamburg und wissenschaftliche Mitarbeitern bei Herrn Prof. Hoffman-Riem, der den Medienrechtlern auch in diesem Zusammenhang einschlägig bekannt sein wird. Sie ist seit 2006 Inhaberin eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Universität der Bundeswehr hier in Hamburg. Sie hat zahlreiche medienrechtliche Arbeiten vorgelegt, ihre Dissertation hat sie geschrieben zur Frage der föderalen Rundfunkaufsicht durch die Landesmedienanstalten, sie kommentiert den Rundfunkstaatsvertrag im Beck'schen Kommentar und demnächst wird ihr Beitrag zu den Medien im Handbuch Regulierungsrecht erscheinen, das von Prof. Fehling mit herausgegeben wird. Sie ist also eine ganz exzellente Kennerin der Materie. Wir freuen uns, dass Sie hier sind.

Herr Prof. Gersdorf ist ebenso versierter Kommunikations- und Medienrechtler. Er hat hier in Hamburg studiert, war dann wissenschaftlicher Mitarbeiter und später Assistent an der Universität Hamburg. Seine Doktorarbeit befasst sich

grundlegend mit dem Gebot der Staatsfreiheit des Rundfunks. Seit 1999 ist er – auch insoweit ist er dem Bucerius Law Journal im weiteren Sinne verbunden – Inhaber der Gerd-Bucerius-Stiftungsprofessur für Kommunikationsrecht an der Universität Rostock. Auch er veröffentlicht stetig und beständig zu medienrechtlichen Fragen und ist gutachterlich tätig. Zuletzt ist er durch sein Ansinnen hervorgetreten, die Rundfunkgebühr mit dem Argument zu verweigern, das ZDF verstoße wegen politisch geprägter Einflussnahme des ZDF-Verwaltungsrats auf die Besetzung des Postens des Chefredakteurs gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit.

Schließlich freut mich, dass Herr Brendel bei uns zu Gast ist. Er ist stellvertretender Justitiar und seit 2008 Datenschutzbeauftragter des Norddeutschen Rundfunks und dort ein Urgestein. Wenn ich richtig informiert bin, ist er seit den 80er Jahren in der Verwaltung, im Justitiariat des NDR tätig, teilweise auch mit anderen Schwerpunkten wie dem Arbeitsrecht, kennt aber den „großen Tanker“ öffentlich-rechtlicher Rundfunk in- und auswendig und ist insofern eine sehr passende Besetzung zu diesem Thema.

Steigen wir in die Diskussion ein mit kurzen Eingangspositionen: Wo sehen Sie den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Zukunft? Was sind seine Aufgaben, und wie schätzen Sie diese ein? Wie soll er sich positionieren? Herr Brendel, Sie haben das erste Wort.

Brendel: Vielen Dank. Wenn man so lange im öffentlich-rechtlichen Rundfunk gearbeitet hat, dann hat man auch eine sehr klare Vorstellung von den Aufgaben und auch von der Position des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Er ist nach wie vor ein wesentlicher meinungsbildender Faktor in diesem Land, vom Bundesverfassungsgericht in dieser Funktion mehrfach bestätigt mit einem sehr umfassenden Programmauftrag, der sich bezieht auf Information, Bildung, Beratung und auch Unterhaltung. Dies ist neuerdings – vielleicht nicht ganz so neu aber mittlerweile – festgeschrieben im Rundfunkstaatsvertrag als ausdrückliche Normierung dessen, was sich der Gesetzgeber unter dem Auftrag für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorstellt.

Als ich das Thema des heutigen Streitgesprächs das erste Mal gehört habe, habe ich mir gedacht: Hui, das ist ein allzu weites Fontane'sches Feld. Aber wahrscheinlich werden wir uns im Laufe der Veranstaltung doch auf einige wenige Fragen konzentrieren und dann schauen können, in welche Richtungen sich der NDR insgesamt in dem nächsten, überschaubaren Zeitraum von vielleicht fünf bis zehn Jahren bewegt. Wo er in 20 Jahren sein wird, kann ich Ihnen auch nicht sagen.

BLJ: Frau Prof. Schuler-Harms?

Schuler-Harms: Es wäre schon sehr mutig, zu sagen, wo der öffentlich-rechtliche Rundfunk sich in zehn Jahren befindet. Was die Rundfunklandschaft derzeit prägt und was diese ganze Frage auch so schwierig macht, ist die unklare Richtung des Ganzen. Wir sind in einer Situation der Ungewissheit über die künftige Kommunikationslandschaft. Wenn man sich einmal überlegt, wo wir vor zehn Jahren bezüglich des Internets gestanden haben, was damals vorstellbar war, welche Kommunikationsformen, welche Communities, welche Angebote, welche Nutzungsformen überhaupt vorstellbar waren – dann hat sich dies allein in diesen zehn Jahren schon sehr gewandelt. Wir haben keine Kenntnis über die Geschäftsmodelle in zehn Jahren. Auch das ist ein völlig offener

Punkt, und zwar sowohl auf der Seite privater Anbieter, als auch auf Seiten der Presse und auf Seiten der privaten Rundfunkveranstalter. Und ich werde heute sehr interessiert zuhören, ob es der öffentlich-rechtliche Rundfunk besser weiß. Das heißt, wir befinden uns in einer Situation der Ungewissheit, in der im Übrigen auch die Erfahrungen der letzten 50 Jahre deutlich weniger zählen als in diesen 50 Jahren, die hinter uns liegen. Das macht die Einschätzung ausgesprochen schwierig.

Aus meiner Sicht gibt es zwei Parameter, an denen man sich für die weitere Entwicklung festhalten kann. Der eine ist der öffentlich-rechtliche Auftrag, der Versorgungsauftrag, wenn man es im weitesten Sinne formuliert. Der andere ist die Konkurrenz zwischen privaten, kommerziellen Angeboten, nichtkommerziellen Angeboten, öffentlich-rechtlichen Angeboten. Was auch immer sich in dieser Kommunikationslandschaft herausbilden wird, der öffentlich-rechtliche Rundfunk wird jedenfalls nicht mehr der alleinige Akteur auf seinem Feld sein. Er wird sich einpassen und einbinden müssen in eine sehr bunte Kommunikationslandschaft. Das ist es, was ich im Moment sehe und mehr kann ich im Moment nicht sehen.

BLJ: Können Sie mehr sehen, Herr Prof. Gersdorf?

Gersdorf: Ich weiß nicht, ob ich mehr sehen kann, aber ich denke – und das soll ein bisschen provokant wirken –, dass wir eine Generaldebatte über die Legitimation aber auch Limitierung des Sendeprogramms, des Rundfunkauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks führen müssen. Meine Kernthese ist: Der öffentlich-rechtliche Rundfunk sollte sich, wenigstens in der Zukunft, Schritt für Schritt von dem Leitbild des Vollversorgers verabschieden und auf die Programm- und Online-Angebote beschränken, die der freie Mediensektor so oder vor allem in dieser Qualität nicht hervorbringt.

Warum muss diese Debatte geführt werden? Woher kommt überhaupt der Anspruch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, vollumfänglich zu versorgen? Zunächst einmal muss man da auf die Geschichte des Rundfunks zurückblicken. Ursprünglich hatten wir eine Frequenzknappheit und dementsprechend musste die Besetzung dieser knappen Ressource so organisiert werden, dass das Leitziel, alle Menschen – auch die nicht hinreichend kaufkräftigen und Minderheiten und kulturell anspruchsvolle Rezipienten – zu versorgen, erreicht werden kann. Das war die Legitimation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks; es gab auch keine Limitierung, denn wenn es nur eine Frequenz gibt oder nur begrenzte Übertragungskapazitäten, dann muss auf diesen knappen Ressourcen alles das, was die Menschen hören und sehen müssen, auch wirklich gesehen werden können. In den 1980er Jahren ist dann dieses Legitimationsargument des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch die Satellitentechnik und auch durch die Kabeltechnik entfallen. Aber dabei ist nicht die Legitimation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks entfallen. Wir wissen alle, dass es durch ein kommerzielles Rundfunksystem zu Vielfaltsverengungen kommen kann und auch tatsächlich kommt. Dementsprechend ist auch in einem dualen Mediensystem der öffentlich-rechtliche Rundfunk sehr wohl noch zu legitimieren.

Aber die Frage der Limitierung ist bislang nicht gestellt worden. Wenn es Vielfaltsdefizite des privaten Systems gibt,

dann heißt das nicht, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch das anbieten muss, was im privaten Rundfunk ebenfalls zu sehen ist, sondern das Vielfaltsdefizit des privaten Rundfunks ist nur die Legitimation für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, dort tätig zu werden, wo der private Rundfunk versagt. Das ist aber niemals das Leitbild des Bundesverfassungsgerichts gewesen. Das Bundesverfassungsgericht geht immer von dem Leitbild einer Vollversorgung aus. Ich denke nur, zu Zeiten des Web 2.0, zu Zeiten des Internets, muss genau diese Debatte geführt werden. Die Rundfunkgebühr ist eine Form der selektiven Förderung eines Systems, eines Rundfunkunternehmens, und diese selektive Förderung bedarf nach meinem Dafürhalten der strikten Rechtfertigung. Und die Rechtfertigung ist dort sehr wohl nachzuweisen, wo es um die Kompensation von Vielfaltsdefiziten des privaten Rundfunk- und auch Mediensektors geht. Aber überall dort, wo wir diese Defizite nicht haben, gibt es für mich keine Legitimation für gebührenfinanzierte öffentlich-rechtliche Angebote. Und deswegen komme ich zu der Kernthese: Öffentlich-rechtlichen Rundfunk wird es auch in zehn Jahren geben, weil es weiterhin Funktionsdefizite eines privaten Mediensystems geben wird. Aber auf die Kompensation dieser Funktionsdefizite sollte der öffentlich-rechtliche Rundfunk reduziert werden. Anders ausgedrückt: Massenattraktive Programmveranstaltungen, Fußball, Quizshows, um nur einige Beispiele zu bringen, sollten nach meinem Dafürhalten nicht aus der Rundfunkgebühr finanziert werden, sondern nur solche Sendungen, das können auch massenattraktive Programmelemente sein, die sich über die Gesetze des Marktes nicht finanzieren lassen. Auch – und damit möchte ich es abschließen, damit sie nicht den Eindruck haben, ich möchte hier nur die Hochkultur fördern –, auch die Programmelemente am Samstagabend, die den einen oder anderen vielleicht ärgern mögen, nämlich Musikantenstadl, gehören aus der Rundfunkgebühr finanziert, weil sich diese Programmelemente über das freie Spiel der Kräfte nicht refinanzieren lassen, weil nämlich die Senioren wenigstens bislang für die werbetreibende Industrie nicht als Zielgruppe auserkoren worden sind. Aber auf diese Kompensation möchte ich den öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Kern wenigstens reduzieren und nicht alles das aus der Rundfunkgebühr finanzieren, was auch im privaten Mediensektor schon zu finden ist.

BLJ: „Beschränkung auf die Kernaufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“ ist die markante These, die durchaus dazu anleitet, sich daran zu reiben. Welche Fallstricke sind zu bedenken, wenn man den öffentlich-rechtlichen Rundfunk darauf reduziert, nur sozusagen der Lückenbüsser zu sein für das, was im privaten Medienmarkt nicht geleistet werden kann?

Brendel: Das stellte ja die Rundfunkordnung auf den Kopf. Die Rundfunkordnung, die wir haben. Das Bundesverfassungsgericht hat ja nicht gesagt, der private Rundfunk muss nicht so viel Vielfalt leisten, weil hier Lücken ausgefüllt werden sollen. Ganz im Gegenteil: Der Privatrundfunk darf in seiner Ausgestaltung wie wir ihn heute haben, angelegt auf Gewinnerzielung, nur betrieben werden, weil es den öffentlich-rechtlichen Rundfunk mit seinem umfänglichen Angebot gibt und dieser hier sicherstellt, dass Rundfunk, und da teile ich Ihre Einschätzung nicht, dass hier eine wesentliche Veränderung des Umfelds auch schon stattgefunden hat, Frau Schuler-Harms. Rundfunk bleibt nach wie vor nach meinem

Eindruck ein ganz, ganz wesentliches Moment der Meinungsbildung, nicht nur der politischen Meinungsbildung, sondern im umfassenden Sinn. Selbst wenn sie die vielfältigsten Angebote aus dem Internet nehmen, mal Hand aufs Herz, wer kommt abends nach einem zehn- oder elfstündigen Arbeitstag nach Hause und sagt: „Ach ich setze mich jetzt mal vor meinen PC und informiere mich mal so im Internet, was es an diesem Tag so gegeben hat?“ Das machen die Menschen nicht. Die Menschen setzen sich im Zweifel vor den Fernsehapparat. Wenn sie gut beraten sind, dann schalten sie das Erste deutsche Fernsehen ein und gucken die „Tagesschau“ oder die „Tagesthemen“, wenn sie nicht so gut beraten sind, dann gucken sie vielleicht „heute“ und „heute journal“ oder aber auch die „RTL Nachrichten“, die von ihrer Qualität her, das muss man zugeben, nicht so schlecht sind, dass man sagen müsste, das ist des Teufels Werk. Aber wegen dieser herausragenden Funktion des Rundfunks denke ich, dass man die Rundfunkordnung nicht so auf den Kopf stellen kann, Herr Gersdorf, wie Sie es gemacht haben nach dem Motto, der öffentlich-rechtliche Rundfunk soll im Prinzip das machen was PBS in den USA leistet. Dann haben Sie das Fernsehsystem, das die Amerikaner verdienen – mit lausigen Nachrichten. Ich selber hatte ein glanzvolles Beispiel: Ich habe früh morgens in San Francisco Nachrichten geguckt; das herausragende Ereignis war die Rettung zweier Katzen aus einem brennenden Haus und deren Wiederbelebung mit Sauerstoffmasken. Das ist nicht der Rundfunk wie ich ihn mir für dieses Land wünsche.

BLJ: Herr Prof. Gersdorf, Sie wollen, so habe ich Sie verstanden, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zurückführen auf das, was der private Rundfunk nicht leistet. Überschneidungen gäbe es dann nicht. Herr Brendel, Sie betonen hingegen den umfassenden, vom Bundesverfassungsgericht ausgesprochenen Grundversorgungsauftrag. Und dennoch weisen auch Sie auf die Unterschiede zwischen den NDR-Nachrichten, der Tagesschau, hin und Nachrichten privater Fernsehsender. Das Vorhandensein irgendeines Unterschiedes wird also wohl doch anerkannt und umgekehrt auch, dass er geleistet werden muss. Woran können wir diesen Unterschied juristisch festmachen? Wie können wir ihn fassen, und wer kann ihn fassen?

Gersdorf: Also zunächst einmal, weil Sie mich, Herr Brendel, provoziert haben, möchte ich sagen: Genau das Gegenteil dessen, was Sie mir vorwerfen, intendiert meine Konzeption. Ich möchte eine Verbesserung der publizistischen Leistungsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dadurch, dass die Ressourcen umgelenkt werden auf die Elemente, die den qualitativen Mehrwert gegenüber kommerziellen Sektoren darstellen. Ich möchte keine Budgetkürzung für News-Channel des öffentlich-rechtlichen Systems, eher eine Erweiterung. Ich möchte keine Verkürzung von kulturell anspruchsvollen Sendungen, sondern eher eine Erweiterung. Ich möchte auch keine Verkürzung von Sendeangeboten, die auf die Senioren zugeschnitten sind, weil auch die im kommerziellen Sektor, so wenigstens bislang, nicht zu Wort kommen bzw. nicht versorgt werden. Also bitte versuchen Sie nicht die Veränderung der Medienwelt, die ohnehin kommen wird, dadurch abzuwehren, dass man hier „amerikanische Verhältnisse“ einfordere. Das Gegenteil trifft zu. Aber ich sehe schlicht und ergreifend – und wenn man einfach mal einen Menschen auf der Straße fragt, dann wird das sicherlich auch

bestätigt werden – keine Berechtigung für die Gebührenfinanzierung eins zu eins austauschbarer Formate: Denken wir an Quiz-Shows, aber denken wir auch an die Übertragung vom Fußball. Ich mag von Juristerei vielleicht keine Ahnung haben, aber vom Fußball verstehe ich wenigstens etwas. Es macht doch keinen nachhaltigen Unterschied, ob ein Fußballspiel, das ja sehr, sehr viel Geld kostet, von einem kommerziellen Sender oder von einem öffentlich-rechtlichen Sender übertragen wird. Und mir leuchtet es schlicht und ergreifend nicht ein, dass der eine zur Finanzierung dieser Angebote auf die Rundfunkgebühr zugreifen dürfen soll, während der andere sich über die Gesetze des Marktes finanzieren lassen soll. Ich möchte dieses knappe und sehr wichtige Gut der Rundfunkgebühr, wenigstens im Kern, dort eingesetzt wissen, wo der Markt versagt, wo das freie Spiel der Kräfte nicht das hervorbringt, was wir im Interesse einer funktionierenden Demokratie – das sind Ihre News-Channels – aber auch im Interesse eines kulturell anspruchsvollen Staates benötigen. Darauf möchte ich den öffentlich-rechtlichen Rundfunk reduziert wissen, wenigstens im Kern. Das hat nichts mit einer Abschaffung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und einer maßgeblichen Reduzierung im Sinne einer Nischenfunktion zu tun. Das kann sogar teilweise erweiternd sein, aber wir müssen die Generaldebatte führen, ob der öffentlich-rechtliche Rundfunk noch als Vollversorger in Erscheinung tritt. Ich möchte nur noch auf einen Punkt hinweisen, warum das so wichtig ist: Wir führen jetzt das erste Mal die Diskussion, was der öffentlich-rechtliche Rundfunk im Internet machen dürfen soll. Im Internet konkurriert der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht nur mit den Verlegern. Das wird immer so kontrastierend hingestellt: Verleger einerseits, öffentlich-rechtlicher Rundfunk andererseits. Nein, er konkurriert mit der gesamten sich publizistisch äussernden Zivilgesellschaft. Die Zugangshürden zum Massenmedium Rundfunk sind nicht mehr vorhanden; die Rundfunkfreiheit ist eine Jedermann-Freiheit geworden. 23 Millionen Menschen, das hat die Bitcom-Studie jetzt gerade ergeben, sind mit eigenen Inhalten im Netz. Natürlich nicht so publizistisch anspruchsvoll wie Sie [der NDR, *Anm. d. Red.*], aber das zeigt, dass innerhalb kürzester Zeit wir alle zu einem Träger der Massenmedien geworden sind. Und dann geht es nicht mehr an, dass der Staat hier ein System, hinter dem er dann auch noch leider zum Teil steht – Stichwort ZDF –, privilegiert und der ganzen publizistisch engagierten Zivilgesellschaft somit den Zugang zu diesem Markt erschwert oder es sogar vereitelt, diesen Zugang zu finden. Das gilt es unbedingt zu verhindern. Wir können nicht mehr in den alten Welten argumentieren, sondern wir müssen endlich einmal zur Kenntnis nehmen, dass die Massenkommunikationsgrundrechte Jedermann-Grundrechte geworden sind. Facebook, Youtube, um nur einige Innovationen zu nennen, sind nicht Innovationen von großen Weltkonzernen, sondern Innovationen von Studierenden, so wie sie vor uns sitzen.

BLJ: Dennoch haben Sie einen Mehrwert des öffentlich-rechtlichen Rundfunks anerkannt oder ihn zumindest eingefordert. Und wir sind uns, denke ich, alle sehr schnell einig, dass es diesen Mehrwert geben soll. Es bleiben daher die Fragen: Wie können wir diesen Mehrwert fassen? Wie können wir ihn definieren? Und wer hat die Befugnis, diesen Mehrwert zu definieren und festzusetzen? Wer hat am Ende darüber zu bestimmen, ob ein Mehrwert geschaffen worden

ist oder nicht? Was passiert, wenn er nicht erreicht worden ist, und welche Sanktionsmechanismen gibt es? Das sind auch Machtfragen. Wie geht man mit diesen Problemen um, Frau Prof. Schuler-Harms?

Schuler-Harms: Ich würde gerne noch einmal die vorige Frage aufnehmen, aber wahrscheinlich knüpft das auch an Ihre Frage an. Wir können derzeit eigentlich zwei Leitbilder aufmachen oder zwei Szenarien für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Das erste ist die klassische Vollprogrammveranstaltung, die wir im Fernsbereich immer noch haben. Die Übertragung von Olympia und den Fußballspielen, „Wetten, dass..?“, der Volksmusik und den Nachrichtensendungen, also so, wie wir es kennen. Das ist das eine. Diesen Wert, den das deutsche Rundfunksystem in seiner Verkoppelung von öffentlich-rechtlichen und privaten Angeboten bietet, den würde ich nicht zu niedrig ansetzen. Das Programmangebot ist insgesamt schon von einer Qualität, mit der man zufrieden sein kann. Es ist sicherlich in bestimmten Bereichen diskussionswürdig, wenn man an das Vorabendprogramm denkt und an die werbeummantelten Veranstaltungen und auch sonst das ein oder andere. Aber es ist dennoch auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgericht ja nicht so, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk sich jetzt auf einen reduzierten Auftrag zurückziehen müsste, der nun gerade massenattraktive Angebote nicht umfasst. Dann bestünde natürlich auch immer die Frage der Abgrenzung: Ist Massenattraktivität das Kriterium, ist Relevanz das Kriterium, ist die Abdeckung durch Private das Kriterium? Das sind sehr schwierige Fragen, über die wir eigentlich seit 20 Jahren nachdenken.

Nehmen wir das andere Leitbild, das ist das von Hubertus Gersdorf gerade beschriebene Bild des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als eines Akteurs im Internet. Die Frage, wo hier die Entwicklung hingehen soll, ist sehr viel interessanter und sehr viel offener. Natürlich kann man sich das Angebot vorstellen, das jetzt im öffentlich-rechtlichen Rundfunk angeboten wird, wenn wir abends um zehn Uhr nach Hause kommen. Ich schaue auch gerne die „Tagesthemen“ oder das „heute-journal“. Aber es ist nicht mehr für alle Menschen so. Ich würde gerne hier die Umfrage machen, wenn ich jetzt hier nicht vor dem Mikrofon sitzen würde, wie viele tatsächlich abends nach Hause kommen und die Tagesthemen gucken, wie viele sich nicht schon am Tag über die Nachrichten informiert haben, und zwar mobil oder stationär über den Computer. Das ist eine Entwicklung, die auch der öffentlich-rechtliche Rundfunk sieht, und auf die er ja auch zu reagieren versucht. Nur wird dieses Angebot nicht eins zu eins abgebildet werden, sondern es wird sich in der Neupräsentation in diesem Kommunikationsmedium wiederum verändern. Und diese Veränderungen sind schwer zu prognostizieren. Ich glaube, dass die Sorgen und die Konkurrenzsituation, auch die Schärfe des Konkurrenzdenkens, derzeit zwischen Verlegern, privaten Veranstaltern und öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sehr stark von dieser Ungewissheit bestimmt ist. Niemand weiß, wo die *claims* der Zukunft sind und was es abzudecken gilt. Und auch der öffentlich-rechtliche Rundfunk weiß derzeit nicht recht, wo er hingehen soll, was denn sein Auftrag sein kann in einem Internet, das mit dem Wort Web 2.0 auch schon völlig richtig beschrieben worden ist. Was ist denn die Legitimation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in dieser Welt? Das dürfte die spannendere Frage sein als die nach dem klassischen Vollangebot.

BLJ: Verschiedentlich habe ich die Wahrnehmung, dass der Mehrwert, die gegenüber dem privaten Rundfunk zusätzliche Aufgabe, die den öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Wandel der Zeit rechtfertigt, nicht erfüllt wird. Seit spätestens Mitte der 90er Jahre beobachten wir im öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine zunehmende Anpassung der Programmgestaltung an den privaten Rundfunk. Wir erleben beispielsweise im Radio eine „Entworfung“; das ist ein Begriff, der wohl im öffentlich-rechtlichen Rundfunk selbst erfunden worden ist und bedeutet, dass es keine Anmoderationen mehr gibt, im Grunde einfach nur noch Musik abgespielt wird. Der redaktionelle Teil wird zurückgefahren, die journalistische Arbeit eingegrenzt. Die Kritik daran regt sich nicht nur im Kreis derer, die ihre GEZ-Gebühren zahlen, kritische Stimmen finden sich auch unter den Redakteuren im öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Ich möchte daher noch einmal insistieren und die Frage stellen, um die sich bisher noch ein bisschen herumblaviert wird: Wer definiert, was wirklich am Ende der Mehrwert ist, den der öffentlich-rechtliche Rundfunk schaffen soll, und wie definieren wir ihn?

Brendel: Darauf weiß ich auch noch keine schlüssige Antwort. Die Beschreibung, die Sie geliefert haben, deckt sich nicht mit meiner Wahrnehmung, das wird Sie nicht sehr wundern. Wir haben in Norddeutschland seit ungefähr Anfang der 90er Jahre NDR Info, ein reines Wortprogramm, bei dem Sie nichts anderes hören als im Viertelstundentakt Nachrichten, zwischendurch Hintergrundberichterstattung und - wie ich finde, wahrscheinlich wird mir Herr Gersdorf auch zustimmen - ein ausgeprägtes öffentlich-rechtliches Angebot, dass er wahrscheinlich auch gerne erhalten würde. Wir haben Vergleichbares mit den Angeboten von Deutschland-Radio, mit hervorragenden journalistischen Leistungen, das ist überhaupt keine Frage. Auf der anderen Seite, und diesen Spagat versucht natürlich der öffentlich-rechtliche Rundfunk so gut es geht hinzubekommen, haben wir natürlich Menschen, die zurecht einfordern: Wenn wir Rundfunkgebühren zahlen, dann möchten wir Programme hören und sehen, die auch uns gefallen. Nicht jeder hört NDR Info, nicht jeder hört NDR Kultur. Es gibt auch viele Menschen, die gerne Popmusik mit leichter Wortunterhaltung zwischendurch hören, die hören dann eher NDR 2; es gibt junge Leute, denen NDR 2 zu alt ist, die hören dann N-JOY. Also wir haben schon eine große Bandbreite dessen, was Menschen interessiert im Hörfunk. Im Fernsehen ist es etwas schwieriger, weil sie dort nicht das große Angebot von Programmen haben. Meine Antwort darauf wäre immer: Ein Programm, mit dem ich vollständig zufrieden wäre, hätte wahrscheinlich nur einen einzigen Hörer oder Zuschauer und das wäre ich selber. Also das, was dort die Programmkollegen hinzubekommen versuchen, ist dieser große Spagat, allen so gut es geht gerecht zu werden, was nicht dauerhaft gelingt. Das, was Sie mit dem Schlagwort „Entworfung“ bezeichnet haben, hat im Hörfunk, glaube ich, etwas mit einem Funktionswandel des Hörfunks insgesamt zu tun. Hörfunk ist heute in weiten Teilen nicht mehr ein klassisches Medium, wo ich mich davorsetze und mir das, was dort angeboten wird, anhöre, sondern Hörfunk ist über weite Strecken, selbst im Klassikbereich, ein „Nebenbeihörmedium“ geworden. Das Radio wird angestellt, es läuft, die Leute hören hin, hören wieder weg, machen etwas anderes. Und dem muss natürlich auch ein Programmveranstalter Rechnung tragen. Wenn Sie dort Programme anbieten, wie sie vor 30 Jah-

ren gemacht worden sind, dann haben Sie bald keine Zuhörer oder keine Zuschauer mehr.

BLJ: Verdient der öffentlich-rechtliche Rundfunk Zuhörer, wenn das Programm sich nicht unterscheidet von den Privaten?

Schuler-Harms: Die Frage ist berechtigt. Ich bin da auch skeptisch. Der Hörfunk ist in der Tat vom Fernsehen zu unterscheiden: Er ist verspartet. Und es ist anders als beim Fernsehen ja nicht so, dass wer N-JOY nicht hört auch NDR Info nicht hören würde oder NDR Klassik oder das Deutschland-Radio. Es handelt sich in der Tat um ganz unterschiedliche Zielgruppenprogramme. Man sollte in diesem Zusammenhang durchaus auch die Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Hörfunkangebots seit den 80er Jahren sehen, das damals noch in einer Anzahl von zwei bis drei Hörfunkprogrammen pro Sendeanstalt bestand, dann Ende der 80er Jahre, Anfang der 90er auf vier ausgeweitet wurde, mittlerweile sind wir bei fünf, teilweise bei noch mehr Hörfunkprogrammen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Das war damals – übrigens ebenfalls in einer Situation der Ungewissheit – eine Frage der Frequenzknappheit, also auch da eine Frage der Ressourcen, die es schnellstens zu besetzen galt, und damit eine Frage der Konkurrenz. Sie haben gefragt, Herr Keßner [für das BLJ, *Anm. d. Red.*], wer definiert eigentlich? Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist immer noch so ausgestaltet, dass das Programmangebot definiert wird in Gremien, die nach dem Prinzip des Binnenpluralismus zusammengesetzt sind aus gesellschaftlich relevanten Gruppen, sich aber nicht unbedingt – bei aller Vorsicht – durch Professionalität auszeichnen. Also es ist nicht das Kriterium der Professionalität oder einer irgendwie gelagerten Qualifikation, die diese Gremien dazu befähigt, den öffentlich-rechtlichen Auftrag in Konkurrenz mit privaten Angeboten zu definieren. Dieses alte Organisationsmodell passt möglicherweise nicht mehr ganz uneingeschränkt auf den Entscheidungsbedarf, den wir heute vorfinden. Wir haben eine entsprechende Entwicklung im privaten Rundfunk erlebt, wo es diesen Besetzungsmodus in den Rundfunkausschüssen der Landesmedienanstalten gibt, der im Grunde nicht mehr passt. Es gibt heute außerdem Gremien, die klein sind, die sachkundig zusammengesetzt sind, die nach Kriterien der Unabhängigkeit besetzt werden sollen; ein ähnliches Gremium besteht beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk mit der KEF. Möglicherweise muss der öffentlich-rechtliche Rundfunk bei der Frage, wie er definiert, auch noch einmal ein wenig stärker in diese Richtung gehen.

BLJ: Sie haben die Bedeutung der anstaltsinternen Bestimmung des Auftrags hingewiesen und damit auch auf die Programmautonomie, die auch vom Bundesverfassungsgericht immer sehr stark in den Vordergrund gerückt worden ist. Es hat freilich immer wieder politische Versuche gegeben, sowohl in qualitativer Hinsicht als auch in quantitativer Hinsicht, die Programmtätigkeit der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten zu beschränken. Diese Versuche sind im Großen und Ganzen gescheitert. Wenn man das Sendevolumen, die gesendeten Minuten, die Anzahl der Programme heute und vor zwanzig Jahren vergleicht, dann fällt eine ungeheure Steigerung ins Auge. Und in der Tat: Der NDR 1 ist immer noch da als Wortprogramm. Nachrichten liefert daneben nun NDR Info. Viele weitere Sender sind aber noch hinzugetreten. Die Frage ist: Reicht die interne Gremienkontrolle also aus? Es gibt nun

für die Internetangebote ein neues Verfahren, das die Gremien sogar in besonderer Weise aufwertet: Den Drei-Stufen-Test. Dabei wird – ganz vereinfacht gesagt – den internen Gremien der Rundfunkanstalten die Frage vorgelegt, worin der Mehrwert eines Internetangebots besteht; nachdem sie das geprüft haben, sollen sie darüber entscheiden, ob das Angebot in das Programm aufgenommen wird oder nicht. Dies mehrt die Verantwortung gegenüber dem alten Verfahren, in dem die Rundfunkräte die Entscheidungen des Intendanten in aller Regel nur „abgenickt“ haben. Ist dieses neue Verfahren, der Drei-Stufen-Test vielleicht auch ein Modell für die klassischen Rundfunkangebote, also Radio und Fernsehen?

Gersdorf: Zunächst einmal: Zu differenzieren ist zwischen dem materiellen Maßstab und dann dem Organisationsrecht und dem Verfahrensrecht. Zum materiellen Maßstab: Es steht nicht im Drei-Stufen-Test geschrieben, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk nur dann Angebote im Internet präsentieren darf, wenn in diesen Angeboten ein Mehrwert liegt. Das wäre ja meine Forderung, aber das steht so nicht drin. Aber Sie haben vorhin noch einmal die Frage gestellt: Wie lässt sich denn der Mehrwert des öffentlich-rechtlichen Rundfunks definieren? Klare Frage: Beziehen Sie das auf das System insgesamt, auf die Addition aller Programmleistungen, aller Angebote im Internet, oder beziehen Sie das auf das einzelne Angebot, die einzelne Sendung? Darüber muss man sich erst einmal Klarheit verschaffen. Ich fordere die lupenreine und präzise Subsumtion im Hinblick auf die einzelne Programmleistung, nicht im Hinblick auf das gesamte Angebot. Ich könnte jetzt mehrere Beispiele bringen, dass wir das in der Wirtschaftsordnung sonst so auch nicht machen, sondern immer fragen: Wo haben wir den Wettbewerbsbereich? Wo haben wir den Universaldienstbereich, den Bereich, der eben nicht hinreichend über die Marktkräfte versorgt ist? In Wettbewerbsbereichen hingegen gibt es keine Rechtfertigung für Quersubventionierung, für Privilegierung. Also, etwas ganz anderes: Wir müssen uns erst einmal über den materiellen Maßstab Gedanken machen und den Bezugspunkt für den Maßstab: Das Angebot insgesamt oder die einzelne Sendung, das einzelne Onlineangebot. Wenn wir es dann so hätten, wie Sie es unterstellt haben, was ich ja auch fordere – wir sind im selben Boot – also, dass wir einen publizistischen Mehrwert brauchen für das einzelne Angebot, für die einzelne Sendung, dann stellt sich die Frage: Wer entscheidet darüber? Und da ist in der Tat erst einmal der Drei-Stufen-Test der erste und richtige Schritt. Dass evaluiert wird, ob dieser publizistische Mehrwert erreicht wird. Ich habe nur größte Bedenken, dass das ausgerechnet derjenige machen soll, der Nutznießer einer entsprechenden Expansion ist, nämlich der öffentlich-rechtliche Rundfunk. Jetzt wird natürlich von Ihnen gesagt, dass das Gremium in freier, in vollständiger Autonomie über den publizistischen Mehrwert entscheidet, also der Rundfunkrat und beim ZDF der Fernsehrat. Nur, es bleibt das Organ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und deswegen habe ich da meine erheblichen Bedenken, dass das letztendlich funktionieren kann und dass die Aspekte, auf die es ankommt, auch hinreichend geschützt werden. Nämlich der Schutz privater Medienangebote, aber auch der gebührenden Rezipienten. Wer schützt denn in diesem Drei-Stufen-Test die wirtschaftlichen Interessen des Rezipienten? Der Gesetzgeber delegiert im Wesentlichen die Konkretisierung des Funktionsauftrages

an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk; die Rechtsaufsicht ist letztendlich keine verlässliche Steuerungs- und Kontrollinstanz aus Gründen der Staatsfreiheit des Rundfunks. Und wer schützt dann die Gebührenzahler? Ich habe da erhebliche rechtsstaatliche Bedenken. Die Freiheit endet dort, wo die Freiheit des anderen beginnt. Natürlich gibt es Programmautonomie, aber wenn durch Wahrnehmung der Medienautonomie schutzwürdige Interessen Dritter – der privaten Medienunternehmen und der sich publizistisch engagierenden Zivilgesellschaft und die Interessen der Gebührenzahler – betroffen sind, dann kann es nicht sein, dass das Organ dies in freier Autonomie entscheiden wird. Wir brauchen das, was das Bundesverfassungsgericht schon für die Finanzkontrolle gefordert hat, eine externe Kontrolle. Die KEF – die Kommission für die Ermittlung des Finanzbedarfs – ist vom Bundesverfassungsgericht gefordert worden. Begründung: Jede Organisation, auch der öffentlich-rechtliche Rundfunk, hat ein Selbstbehauptungs- und Ausweitunginteresse. Deswegen reicht die anstaltsinterne Kontrolle durch den Verwaltungsrat nicht aus und wir brauchen eine externe Kontrolle. Ich frage mich, warum das, was für die Finanzkontrolle gilt, nicht ebenfalls für die Konkretisierung des Programmauftrages gelten muss. Das ist eine rhetorische Frage. Es muss gelten. Wir brauchen eine externe Kontrolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Das wird lange dauern um es durchzusetzen, aber es wird meines Erachtens irgendwann kommen müssen, damit die Konkretisierung des Funktionsauftrages letztlich auch die Legitimation bekommt, die sie unbedingt erfahren muss.

BLJ: Herr Brendel, der NDR hat sich gegen die zumindest für das Internet durchaus diskutierte Lösung der externen Kontrolle gestemmt. Vielleicht können Sie uns noch einmal darlegen, was die Gründe dafür waren. Und wie käme eine externe Kontrolle, wenn es sie denn gäbe, aus dem Problem heraus, vor dem nun die internen Gremien stehen, nämlich im 3-Stufen-Test lediglich offen nach der Qualität gefragt zu werden, ohne dass, Herr Prof. Gersdorf hat dies zu Recht betont, im Gesetz eine bestimmte Qualitätshöhe definiert wäre, die erreicht sein muss, bevor ein Programm zugelassen werden darf? Welchen zusätzlichen Gefahren wäre eine externe Kontrolle in dieser Lage unterworfen?

Brendel: Ich möchte zunächst auf eine Ihrer Thesen noch einmal zurückkommen. Sie sagten die Begrenzung der Programme, des Programmauftrages, der Anzahl der Programme sei misslungen. Das ist nicht so. Wir haben mittlerweile einen Rundfunkstaatsvertrag, in dem die Anzahl der Hörfunk- und Fernsehprogramme klar begrenzt ist. Es besteht nicht die Gefahr, dass hier der Ausbau und die Schaffung neuer Programme stattfindet. Es gibt nur noch die Substitution. Wenn ich etwas Neues mache, muss ich etwas Altes einstellen. Das ist eine der Kontrollinstanzen. Die zweite Kontrollinstanz ist das liebe Geld. Die dem Rundfunk zur Verfügung gestellten Mittel sind begrenzt. Hier ist in der Tat die KEF in allererster Linie gefragt, die das auch in großer Unabhängigkeit tut. Wenn der Rundfunk sagt, wir brauchen mehr Geld für unsere Aufgaben, dann schaut sich die KEF das an und sagt schon „ist das gerechtfertigt oder ist das nicht gerechtfertigt“. Über den publizistischen Inhalt haben sie nicht zu befinden. Das ist in der Tat in die Anstaltsautonomie gelegt. Weil dort, Frau Schuler-Harms hat es beschrieben, dieses aus heutiger Sicht vielleicht alte – immerhin 60 Jahre –

Modell des binnenplural organisierten Rundfunks dort darüber in der Tat so etwas herstellen soll wie einen gesellschaftlichen Konsens, dass das, was dort ausgestrahlt wird, auch im Sinne der Gesellschaft ist und den demokratischen und gesellschaftlichen Mehrwert abliefern. Das in der Tat definieren die Anstalten selbst.

Sie haben konkret die Frage gestellt, warum der öffentlich-rechtliche Rundfunk Bedenken dagegen erhoben hat, die Frage des Internetangebotes hier durch externe Organe, die erst neu geschaffen werden müssten, kontrollieren zu lassen. Wir müssen natürlich an dieser Stelle Sorge haben, dass dort nicht gänzlich unabhängig entschieden wird. Wenn sie in den letzten Tagen die Publikationen zum Thema 3-Stufen-Test für Tagesschau.de verfolgt haben, was dort an Unwahrheiten verbreitet wird, das geht fast auf keine Kuhhaut mehr. Man kann auch gar nicht oft genug sagen, dass das alles interessegeleitet ist, was dort steht. Denn Verleger haben in der Tat ein Interesse daran, ihr eigenes Angebot zu schützen – das kann man durchaus legitim finden, oder auch nicht – und das natürlich auch über die Wege tun, die einem zur Verfügung stehen, und das sind in erster Linie die Zeitungen, die sie selber herausgeben. Wir tun das in dieser Art und Weise in unserem Programm nicht, aber wenn wir gefragt werden, dann machen wir es auch deutlich, dass dort, wie ich finde, mit sehr unfairen Waffen gefochten wird. Ich denke die Rundfunkräte haben an dieser Stelle eine ganz außerordentlich gute Arbeit geleistet, und das in großer Unabhängigkeit. Das kann ich in der Tat bestätigen. Dort sind auch Rundfunkräte selbstbewusst genug, sich nicht reinreden zu lassen. Und es gibt durchaus, auch das können sie der Presse entnehmen, unterschiedliche Einschätzungen, dass der Rundfunkrat des Norddeutschen Rundfunks bei der Diskussion über sog. Apps für Tagesschau.de gesagt hat, ja, selbstverständlich, auch dieses muss möglich sein, während der WDR-Rundfunkrat eher skeptisch herangegangen ist mit der Frage „muss das wirklich sein und muss das zum jetzigen Zeitpunkt sein?“. Also ich denke schon, dass die Gremien richtig ausgewählt worden sind, die darüber zu befinden hatten und befunden haben.

BLJ: Es gibt, Sie haben das angedeutet, Herr Brendel, durchaus unterschiedliche Wahrnehmungen, wie stark wirklich die Filterwirkung des 3-Stufen-Tests ist. Man kann derzeit noch keinen Summenstrich ziehen, weil die Verfahren noch nicht alle abgeschlossen sind. Dennoch ist schon jetzt die Einschätzung verbreitet - natürlich auch interessegeleitet, vor allem von Seiten privater Veranstalter -, dass nicht sonderlich viel durch den 3-Stufen-Test durchfällt, sondern im Wesentlichen abgesegnet wird, was schon vorhanden ist. Das bringt mich auf die folgende Frage: Wenn es externe Kontrolleure nicht sein sollen, weil sie durch fremde Interessen geleitet sind, die internen Kontrolleure es nicht sein können, weil sie, wenn auch unter anderen Vorzeichen, auch sachfremden Interessen folgen, weil sie selbst Teil der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind und - organisationspsychologisch nachvollziehbar - sich nicht den Ast absägen werden, auf dem sie selbst sitzen, muss man dann nicht darüber nachdenken, den Grundsatz der Staatsfreiheit neu zu bedenken und die Verantwortung darüber, worin der Programmauftrag besteht, wieder stärker in die Hände des einzig demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu legen?

Gersdorf: Also, da darf ich erst einmal glatt widersprechen. Wenn nicht nur ich fordere, sondern auch andere fordern,

dass die Konkretisierung des Funktionsauftrages des öffentlichen Rundfunks erst einmal im Hinblick auf Onlineaktivitäten, auf Dauer vielleicht aber auch auf das lineare Rundfunkangebot bezogen, in die Hände eines externen Gremiums gelegt werden soll, dann heißt das nicht, dass in den Gremien die Verlegerverbände sitzen sollen oder gar gleich die Kontrolle durch den BDZV oder den VDZ wahrgenommen werden soll, sondern, dass dieses Gremium selbstverständlich sachlich und personell unabhängig sein muss. Da können wir gern eine Diskussion darüber führen, wer dort zu sitzen hat und wie das Rekrutierungsverfahren erfolgen muss, aber dass ein externes Gremium mit dem Einfluss der Verleger oder der kommerziellen Medien gleichgesetzt werden muss, das ist ja nun nicht zwingend. Die BBC zeigt uns mit dem BBC Trust Modell, dass es wahrlich nicht immer nur die kommerziellen Medienunternehmen sein können, die dann eine solche Steuerung und damit auch Kontrolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wahrnehmen. Das ist, glaube ich, aber zwingend erforderlich. Aber bitteschön, Sie haben mich regelrecht provoziert, natürlich nicht der Staat, selbstverständlich darf der Staat das nicht machen. Deshalb ist es ja auch so problematisch, wenn die staatlichen Funktionsträger in den Gremien sitzen, im Fernsehrat, im Rundfunkrat. Über die Staatsfreiheit haben wir in der Vergangenheit schon debattiert. Jetzt hat sie eine ganz andere Brisanz, weil die Rundfunkräte eine ganz andere Bedeutung haben im Vergleich zur Vergangenheit, nämlich weil sie über die Legitimation von Online-Aktivitäten befinden. Wenn wir da eine semi-staatliche Struktur haben wie beim ZDF-F Fernsehrat und auch Verwaltungsrat, dann ist das ganz verheerend für die Verwirklichung unserer Verfassung. Diejenigen, die kontrolliert werden sollen durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, aber natürlich auch durch den privaten Rundfunk und die privaten Medien, sollen nicht zugleich in den Medienhäusern sitzen dürfen, sonst leidet der Kontrollvorgang, sonst leidet die publizistische Arbeit. Das, was hier für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gefordert wird, gilt natürlich auch für den privaten Rundfunk. Staatsfreiheit ist ein hehres Prinzip – ich wiederhole das immer und gleichsam schon gebetsmühlenartig. Die Unvereinbarkeit der Wahrnehmung staatlicher Funktionen, also von Politikerämtern, und einem entsprechenden Sitz im öffentlichen Rundfunk, dient nicht nur der Unabhängigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, sondern auch der Unabhängigkeit der Politik. Das ist ein enorm wichtiger Punkt: Die Politiker, wie beispielsweise Herr Beck, aber auch andere, sitzen ja nicht nur im Rundfunkrat und haben über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu befinden, sondern sitzen dann am nächsten Tag im Parlament und müssen über Regulierungsfragen entscheiden. Das geht natürlich nicht. Wir brauchen klare Inkompatibilitäten. Sowie selbstverständlich ist, dass ein Ministerpräsident nicht Bestandteil der dritten Gewalt sein darf, darf er natürlich auch nicht Bestandteil der vierten Gewalt bzw. der Medien sein. Ich wünsche mir, dass das Bundesverfassungsgericht hier endlich einmal für Klarheit sorgt, sodass diejenigen, die staatliche Ämter bekleiden, wie Ministerpräsidenten aber auch jedes Mitglied einer gesetzgebenden Körperschaft, im öffentlich-rechtlichen Rundfunk nichts zu suchen haben.

Demokratische Legitimation ist ein hehres Prinzip, aber der öffentlich-rechtliche Rundfunk darf gar nicht demokratisch legitimiert sein, sonst müsste er nämlich weisungsunterwor-

fen sein. Dann würde der Kontrollvorgang, so wie wir uns diesen vorstellen, natürlich Schaden nehmen oder anders gewendet, würden wir das realisieren, was wir zu Zeiten des nationalsozialistischen Unrechtssystems hatten. Dieses war nicht nur weisungsunterworfen, sondern noch viel weitgehender kontrolliert. „Demokratische Legitimation“ lag hier vor, wenn sie so wollen, aber sicherlich nicht im Interesse der Medien und auch nicht der Demokratie.

BLJ: Frau Schuler-Harms, halten Sie unsere Demokratie immer noch für so unreif, dass sie zurückfällt in ein Gebaren, wie es Deutschland zu Zeiten des Nationalsozialismus erleiden musste? Können wir es nicht heutzutage doch dem Parlament in stärkerem Maße überlassen als auch noch in der Zeit nach dem Krieg, die zentralen Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks stärker demokratisch legitimiert zu definieren und nicht Rundfunkräten zu überlassen oder externen Kontrollgremien, in denen im Wesentlichen nicht oder zumindest nicht im gleichem Maße demokratisch legitimierte, gesellschaftlich relevante Gruppen vertreten sind? Wer genau in derlei Gremien sitzt, lässt sich den Listen entnehmen - ein buntes Bild: Gewerkschaften, Parteien, Vertriebenenverbände, einige Gruppen, die gemessen an ihrer Mitgliederzahl nicht mehr diese Relevanz haben, die sie mit ihrer Gremienmacht beanspruchen. Was hielten Sie davon, mehr Verantwortung für die Auftragsdefinition auf den Gesetzgeber zu übertragen?

Schuler-Harms: Zunächst würde ich nicht unbedingt das nationalsozialistische Beispiel zitieren, oder zumindest nicht allein. Wir können auch in modernen Gesellschaften beobachten, dass, wann immer es, um die Extremfälle zu benennen, zu Umsturzsituationen kommt, zwei Häuser in den Fokus geraten. Das erste Haus ist das Parlament und das zweite Haus ist das Funkhaus. In der Regel wird in solchen Umsturzscenarien das Fernsehen sofort mit besetzt und die Meinungsmacht übernommen.

Im Übrigen brauchen wir eine derartige Kompetenz des Gesetzgebers gar nicht, denn jeder Regierungswechsel in Deutschland hat zur Folge, dass in den Rundfunkgesetzen der Länder die Zusammensetzung der Gremien geändert wird. Hierfür müssen weder die Staatsvertreter ausgetauscht, noch die Zahl der Parteienvertreter verändert werden. Verändert werden die gesellschaftlich relevanten Gruppen, die Mitglieder entsenden. Was ich damit deutlich machen will ist, dass ich sehr pessimistisch oder vielleicht realistisch bin und glaube, dass sich der Staat niemals aus der Kontrolle und Regulierung des Rundfunks ganz ausschließen lassen wird. Er wird immer seinen Einfluss behalten und die Parteien werden, egal wie wir es stricken, diesen nicht gänzlich aufgeben.

Ich würde zustimmen, dass es uns besser anstünde, Ministerpräsidenten nicht in solche Ämter zu schicken und diese Ämter auch nicht für Parlamentarier, also unmittelbare Vertreter des Staates zu öffnen. Aber dass man den Staat ganz aus der Steuerung und Kontrolle des Rundfunks - und zwar sowohl des öffentlich-rechtlichen wie des privaten - wird auskehren können, glaube ich nicht.

Zum zweiten Punkt ist zu sagen, dass der Drei-Stufen-Test sicherlich nicht der Weisheit allerletzter Schluss ist, jedenfalls nicht in der Form, in der wir ihn heute vorliegen haben. In der gesetzlichen Fassung fehlt es an Maßstäben; es gibt, wie schon angesprochen, im Grunde keine Definition darü-

ber, was eigentlich der öffentlich-rechtliche Auftrag sein soll. Ich denke, das ist etwas, was der Gesetzgeber im demokratisch legitimierten Verfahren durchaus besser festlegen könnte, er hat sich lediglich noch nicht darauf eingelassen. Dies führt zugegebenermaßen in eine schwierige Situation, in der nicht klar ist, wo er eigentlich mit diesem Auftrag hin will. Er wird auf lange Sicht um diese Entscheidung nicht herumkommen. Bis dahin, fürchte ich, wird man ein wenig holpern und stolpern müssen, durch ein Verfahren, das eigentlich für alle Beteiligten schwere Zumutungen mit sich bringt. Es herrscht - Herr Brendel hat es angesprochen - ein Streit der sich hierzu äußernden Parteien vor. Diese äußern sich teilweise mit großem Getöse, legen Gutachten vor und führen extensiv Methodenstreitigkeiten. Mit diesen Verfahren werden wir noch einige Zeit beschäftigt sein, es wird sich jedoch vielleicht bereits ein wenig herauskristallisieren, welchen Auftrag der öffentlich-rechtliche Rundfunk eigentlich auf die Dauer haben soll. Möglicherweise sind dieses Verfahren, um die man derzeit nicht herumkommen kann.

BLJ: Ich möchte noch einen weiteren Bereich besprechen, der auch mit der Zusammensetzung der Rundfunkräte zusammenhängt. Es gibt Studien, die belegen, dass die soziopolitische Zusammensetzung der Journalistenschaft weder die Bevölkerung noch die politische Breite der Parteien repräsentiert. Dies hängt mit Verschiedenerlei zusammen, so z.B. der Frage der Berufswahl. Man kann beispielsweise beobachten, dass bestimmte gesellschaftliche Kreise eher zu bestimmten Studiengängen neigen, und dann auch in anderen Berufen landen. Wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk den Auftrag hat, die gesellschaftliche Vielfalt abzubilden, diejenigen, die in sehr großer Programmautonomie das Programm gestalten, selbst aber die Vielfalt nicht repräsentieren, die Gremien nur einen sehr geringen Einfluss haben und die Parteien, wie Sie sagen, Herr Prof. Gersdorf, ganz ausgeschaltet werden sollen, wie soll dann überhaupt noch das politische Spektrum im öffentlich-rechtlichen Rundfunk abgebildet werden?

Horst Brendel: Ich glaube Sie unterliegen einem Missverständnis bei der Frage, ob im öffentlich-rechtlichen Rundfunk die Vielfalt dessen, was es in der Gesellschaft gibt, abgebildet wird oder nicht. Wir dürfen nicht nur über den Kreis der festangestellten Journalistinnen und Journalisten reden. Das ist eher sogar der kleinere Teil derjenigen, die unmittelbar in dem Programm auftreten. So weiß ich beim NDR von freien Mitarbeitern in einer Größenordnung, die nahezu an das heranreicht, was wir an festangestellten Journalisten haben. Diese machen unsere Programmbeiträge. Hier können Sie mit großer Sicherheit davon ausgehen, dass die Vielfalt gegeben ist. Sie werden sicherlich nicht jede Nuance wiederfinden, aber Sie werden schon die Themen, die in der Gesellschaft diskutiert werden, in großer Breite in den Programmen wiederfinden. Dies ist im Übrigen institutionell abgesichert durch etwas wie eine innere Rundfunkfreiheit, aus der folgt, dass niemandem gesagt werden kann, er habe jetzt folgendes in seinem Programmbeitrag darzustellen. Von daher mag es zwar bei der Berufswahl gewisse Faktoren geben, so wird jemand der menschencheu ist, wohl kaum Journalist werden, weil er nicht mit Mikrofonen oder der Fernsehkamera auf jemanden zugehen möchte. Aber zu sagen, dies hätte unmittelbar Einfluss auf den Inhalt der Programme, halte ich für zweifelhaft.

BLJ: Herr Prof. Gersdorf, wie sehen Sie das?

Gersdorf: Also zunächst einmal zur Klarstellung: Ich habe nicht, weil ich Jurist bin, verlangt, dass Parteienvertreter ihren Sitz im öffentlich-rechtlichen Rundfunk räumen sollen. Nach unserer Verfassung ist zwischen politischen Parteien und staatlichen Funktionsträgern klar zu unterscheiden, wenngleich natürlich eine Verwobenheit besteht. Aber es existiert schon ein Unterschied zwischen einem einfachen Parteimitglied und einem staatlichen Funktionsträger. Natürlich gibt es immer einen mittelbaren Einfluss des Staates über die Parteien auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, dies lässt sich nicht vermeiden. Genauso ist unvermeidbar, dass auch die Journalisten – wie jede Berufsgruppe – gewisse Affinitäten haben, die vielleicht auch strukturell bedingt sind. Damit muss die Demokratie leben. Sie muss aber dafür offen sein, dass auch andere, die nicht ganz bestimmten politischen Gruppierungen nahe stehen, in diesen Bereich vorstoßen können. Was dies anbelangt, bin ich ganz guter Dinge. Warum? Weil die Massenkommunikation eine Jedermann-Freiheit geworden ist, weil wir uns alle mit relativ wenig Aufwand an der Massenkommunikation beteiligen können und damit auch diejenigen partizipieren, die sich vielleicht in der Vergangenheit über die klassische Form des Journalismus nicht hinreichend repräsentiert gesehen haben. Da kann etwas wachsen, also müssen wir alles tun, um die Bedingungen dafür herzustellen. Deswegen brauchen wir – ich sage es nochmals – diesen klaren materiellen Maßstab, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk einen Mehrwert bieten muss, wenn er sich im Internet – aber nicht nur dort – engagieren darf.

BLJ: Frau Prof. Schuler-Harms, wir haben bereits über die Frage gesprochen, wie durch Organisationsmaßnahmen die Entstehung eines publizistischen Mehrwerts des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gesichert werden kann. Ich möchte noch auf die Frage nach einem möglichen Werbeverbot im öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu sprechen kommen. Im Internet herrscht heute schon ein absolutes Werbeverbot. Dies kam natürlich auch auf Druck der privaten Zeitungsverlage zustande, die ihre Zukunft im Internet sehen. Die Frage ist: Wenn die Zukunft im Internet liegt, wenn die klassischen Medienangebote immer schwächer werden und in den USA schon Zeitungshäuser schließen mussten, muss dann nicht die Konkurrenzsituation für die privaten Anbieter dadurch entschärft werden, dass auch im klassischen Rundfunk die Werbung vollkommen ausgeschlossen wird?

Schuler-Harms: Darauf gibt es zunächst eine verfassungsrechtliche und dann eine rechts- bzw. finanzpolitische Antwort. Die verfassungsrechtliche Antwort lautet: Der öffentlich-rechtliche Rundfunk darf sich prinzipiell diese weitere Einnahmequelle erschließen. Sie ist sogar – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – eine mögliche Unabhängigkeitsreserve gegenüber der Finanzierung über Gebühren, die, ähnlich wie die Einflussnahme auf das Programm, auch nie gänzlich ohne den staatlichen Einfluss vorstellbar ist. Ganz realistisch muss man sagen: In den letzten fünfzig Jahren hat es nie eine Zeit gegeben, in der nicht zumindest öffentlich damit gedroht worden ist, Rundfunkgebühren nicht zu erhöhen. Es ist oft genug zu Streitigkeiten zwischen den Ländern über die Erhöhung der Rundfunkgebühr gekommen. Insofern müsste man sagen, dass es vielleicht ganz vernünftig ist, wenn sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk ein wenig unabhängiger von dieser Finanzierung stellt – dies ist ihm verfassungsrechtlich auch zugestanden.

Wenn wir aber über die Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sprechen, dann sehe ich die Sache ein wenig anders: Ich denke, dass es gerade in der entstandenen Konkurrenzsituation mit anderen Angeboten ein mögliches Korrektiv darstellt, dieses Finanzierungselement nicht weiter auszubauen. Mit Sorge sehe ich die Ausweitung der Möglichkeit, Werbung im Rahmen von Sportprogrammen und ähnlichem zu veranstalten. Aus meiner Sicht ist diese Ausweitung eher akzeptanzhinderlich – wenn auch nicht wegen der Sehgewohnheiten, beim Sport sehen wir sehr viel Werbung, so doch wegen der Sorge darum, wohin der öffentlich-rechtliche Rundfunk expandiert. In diese Richtung braucht er nicht zu expandieren. Das Wort „Universaldienst“ ist gefallen: Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat einen Auftrag, den sollte er dann auch mit Mitteln sauber erfüllen können, die ihm spezifisch dafür zugewiesen sind. Die Ausweitung dieser Finanzierung zu begrenzen, bietet aus meiner Sicht eines der notwendigen Korrekturen, um die Expansionslust des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die angesichts der gänzlich neuen Welten im Netz sicherlich besteht, ein wenig zurückzudämmen.

BLJ: Herr Brendel, was halten Sie von einem generellen Werbeverbot für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk?

Brendel: Der Expansionslust sind enge finanzielle Grenzen gesetzt, Frau Schuler-Harms. Die Werbeeinnahmen sichern in der Tat ein Stück weit die Unabhängigkeit des Rundfunks. Wenn man sich eine eigene Finanzierungsquelle erschließen und erhalten kann, ist man weniger darauf angewiesen, dass einem der Gesetzgeber finanzielle Mittel zur Verfügung stellt. Das mag man bedauern, aber das ist leider so. Die Diskussion um die Werbefreiheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogramms wird seit Längerem geführt. Die Länder als Staatsvertragsgeber diskutieren sehr ernsthaft darüber, wie weit sie dieses vorantreiben sollen. Ich sähe darin zwar nicht den Untergang des öffentlich-rechtlichen Rundfunks begründet – dazu spielen die Werbeeinnahmen finanziell eine zu geringe Rolle –, doch sind die Werbeeinnahmen auch nicht ganz unbedeutend, so dass bei deren Wegfall eine Finanzierungslücke entstehen würde, die man auch sehr deutlich in Euro und Cent ausdrücken kann. Die Frage, die sich dann an den Gesetzgeber richten muss, lautet: Schließt du diese Finanzierungslücke? Da der Gesetzgeber aufgefordert ist, die funktionsgerechte Finanzierung des Rundfunks sicherzustellen, muss er diese Lücke eigentlich füllen. Dann steht der Gesetzgeber auf einmal in der Diskussion um eine Rundfunkgebühr, die die Zwanzig-Euro-Marke überschreiten könnte, was nach meiner Einschätzung keine sehr einfache Diskussion ist. Deswegen glaube ich nicht, dass der Gesetzgeber im Moment diesen Schritt gehen wird.

Eine Anmerkung zu Sportübertragungen und zu der Frage, ob der öffentlich-rechtliche Rundfunk sich daran beteiligen soll oder nicht: Als die Bundesliga zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk zurückgekehrt ist, kam es zu einer Vervielfachung der Zuschauerzahlen im Vergleich zu der Übertragung im kommerziellen Fernsehen zuvor, wo die Bundesliga in der Sendung „ran“ präsentiert worden war. Dieser Zuwachs drückt für mich aus, dass offenkundig doch nicht dieselben Programminhalte von denselben Menschen nur konsumiert werden, sondern dass die Darstellungsform im öffentlich-rechtlichen Rundfunk hier wesentlich mehr Menschen angesprochen hat als beim kommerziellen Rundfunk. Das kann an den Werbeunterbrechungen, kann aber auch – ich bin kein

großer Fußballexperte – an der Qualität der Darstellung gelegen haben. Aus diesem Grund muss man da sehr viel genauer hingucken. Die Sportrechte sind in der Tat durch den kommerziellen Rundfunk sehr teuer geworden. Kirch hat die Preise durch gnadenlose Bieterwettbewerbe enorm in die Höhe getrieben, weil er meinte, damit dem kommerziellen Fernsehen zum Durchbruch verhelfen zu können. Das hat letztlich, vielleicht noch nicht geklappt, aber dadurch sind die Rechte so teuer geworden. Oftmals sind sie nicht refinanzierbar, ohne dass es begleitendes Sponsoring gibt, weil durch die Einnahmen auch ein Teil der Rechtekosten wieder abgedeckt werden kann.

Gersdorf: Dazu möchte ich als Sportinteressierter bemerken: Gleichwohl sind die Medienerlöse beispielsweise der Fußballvereine in der Bundesrepublik Deutschland deutlich geringer als die im Vereinigten Königreich, in Spanien oder in Italien. Dementsprechend sind unsere großen Fußballvereine nicht wettbewerbsfähig in Europa und deswegen wird es auch, wenn wir so weitermachen, keinen Champions-League-Sieger aus Deutschland in den nächsten Jahrzehnten mehr geben.

BLJ: Ob die Gebührenzahler wirklich die Zeche zahlen sollen, damit deutsche Fußballvereine konkurrenzfähiger werden, daran habe ich meine Zweifel.

Gersdorf: Auf keinen Fall, das meinte ich nicht.

BLJ: Herr Brendel, Sie haben auf den Quotensprung hingewiesen, als die Bundesliga von „ran“ zur „Sportschau“ zurückkam. Das lässt ja vermuten, dass es vielleicht tatsächlich einen auch qualitativen Unterschied gibt, auch wenn dieser qualitative Unterschied möglicherweise gerade in der Werbefreiheit bestehen mag. Nun gibt es neue Tendenzen, gerade die programmlichen Inhalte zu vermischen, indem öffentlich-rechtlicher Rundfunk und privater Rundfunk bzw. private Zeitungsverlage ihre Angebote ineinander verschränken. Im Fernsehen findet das noch nicht statt, aber im Internet gibt es Kooperationen zwischen Zeitungsverlagen und dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Wie schätzen Sie, Frau Prof. Schuler-Harms, das ein? Wo liegen dort Knackpunkte? Ist das wirklich der Auftragserfüllung zuträglich? Natürlich erschließt man dadurch zusätzliche Verbreitungswege. Aber schwindet nicht auch der Mehrwert des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dadurch, dass er eingebettet wird in ein kommerzielles Internetangebot des privaten Rundfunks?

Schuler-Harms: Verfassungsrechtlich hat das Bundesverfassungsgericht sich dazu ja auch schon geäußert: Prinzipiell sind Kooperationen zwischen öffentlich-rechtlichem Rundfunk und kommerziellen Anbietern zulässig, sicherlich einschließlich der Presseverlage. Ich denke, dass dagegen auch nichts einzuwenden ist, wenn tatsächlich der öffentlich-rechtliche Auftrag in dieser Form erfüllt wird – im Grunde genommen in einer Form der *Public Private Partnership*, wie wir sie auch aus anderen Sektoren gewohnt sind. Das ist also durchaus vorstellbar. Zum Schwur kommt es natürlich, wenn die Angebote sich inhaltlich zu verändern beginnen, sobald sich nicht mehr unterscheiden lässt, was öffentlich-rechtliches Angebot im Sinne eines bestimmten Auftrags ist und was kommerzieller Inhalt ist. Diese Unterscheidbarkeit hat das Bundesverfassungsgericht auch eingefordert. Ich denke, dass hier die Schwierigkeiten liegen, die Einflüsse auf dieses Angebot zu erhalten, Strukturen so zu schaffen, dass tatsächlich dem Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch Rechnung getragen wird. Das ist sicherlich in solchen Formen der Zusammenarbeit ganz beson-

ders schwierig; schwieriger als in anderen Sektoren der Daseinsvorsorge, weil es diese grundrechtliche Prägung des Versorgungsauftrags gibt. Deshalb bin ich der Meinung, dass Kooperationen in Maßen möglich sind, dass man im Einzelnen aber sehr genau hinschauen muss, wie die Ausgestaltung, die Einbettung, erfolgt.

BLJ: Die Privaten gleichen ihre Defizite aus, in dem sie die öffentlich-rechtlichen Inhalte zuschalten?

Gersdorf: Ich habe da große ordnungspolitische Probleme. Ich möchte das jetzt gar nicht alles sauber juristisch prüfen, aber es gibt erhebliche ordnungspolitische Probleme: Das Bundesverfassungsgericht hat im Baden-Württemberg-Beschluss (BVerfGE 74, 297, *Anm. d. Red.*) den schönen Satz von der „publizistischen Konkurrenz als Lebenselement Meinungsfreiheit“ geprägt, die das Fundament unserer Kommunikationsverfassung darstellt. Wir müssen also alles tun, um den publizistischen Wettbewerb zu fördern. Wenn nun der private Medien-Online-Sektor auf die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – die ja schon einmal gesendet worden sind oder im sonstigen Online-Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ohnehin schon vorhanden sind – auch zugreifen kann, wird das Gegenteil dessen, was wir eigentlich verlangen, nämlich publizistischen Wettbewerb, erreicht. Ich wünschte mir vielmehr, dass die Verleger vor der ökonomischen Notwendigkeit stehen, sich diese Inhalte anzukaufen, sie selbst zu generieren bzw. auf Produktionsfirmen, die noch gegründet werden könnten und müssten – übrigens auch durch Engagement von Studierenden – zurückzugreifen, damit auf diese Weise publizistischer Wettbewerb entsteht. So aber entsteht nichts! Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gibt es keinerlei Marktzutrittsbarriere. Das was schon einmal finanziert wurde, wird ein zweites Mal verwertet. Wird das dann auch noch preiswerter zur Verfügung gestellt – das Gegenteil wird natürlich immer behauptet – gibt es keinerlei Anreiz in diesem Bereich in ein kommerzielles System zu investieren. Damit erreichen wir nicht das, was wir eigentlich wollten und auch müssen: publizistischen Wettbewerb.

BLJ: Sie haben geschmunzelt, Herr Brendel. Wie sehen Sie diese Kooperation zwischen Öffentlich-rechtlichen und Privaten?

Brendel: Es ist natürlich in erster Linie eine gute Gelegenheit, sehr werthaltige öffentlich-rechtliche Angebote einem noch breiteren Publikum zugänglich zu machen, das ist keine Frage. Es handelt sich im Wesentlichen um einen weiteren Ausspielweg. So sind derzeit auch die Kooperationen angelegt: Wir machen keine gemeinsamen Programme. Im Prinzip wird das übernommen, was wir ohnehin bei uns im Angebot haben. Das ist im Wesentlichen das, was hier in Hamburg in der Tagesschau-Redaktion produziert wurde, genauer gesagt unter tagesschau.de, und in Angebote privater Verleger eingebettet wird, dort aber eindeutig erkennbar bleibt. Da muss man also keine Sorge haben, denn wir legen schon aus Eigeninteresse großen Wert darauf, dass man sieht: Wo Tagesschau drin ist, steht auch Tagesschau drauf und erscheint nicht etwa als Angebot eines Verlegers. Ich meine, es steht uns nur gut zu Gesicht, wenn auf solche Angebote zugegriffen wird, aber Ihre Ordnungspolitischen Bedenken, Herr Gersdorf, kann ich durchaus nachvollziehen. Dass in der Tat durch solche Formen der Kooperation der publizistische Wettbewerb nicht gefördert wird, das ist zweifellos.

BLJ: Frau Professor Dr. Schuler-Harms, Herr Brendel, Herr Professor Dr. Gersdorf, ich danke Ihnen für diese spannende Diskussion. ■

■ Rezensionen

Gunnar Folke Schuppert: Staat als Prozess. Eine staats-theoretische Skizze in sieben Aufzügen.

Dschuang Dsi verfasste, wie Herr K. zu berichten weiß, „noch im Mannesalter“ ein Buch, das zu neun Zehnteln aus Zitaten bestand. Bei uns aber, das sei bedauerlicherweise zu konstatieren, könnten solche Bücher nicht mehr geschrieben werden, „da der Geist fehlt“. Gunnar Folke Schuppert hätte also auch noch weiter gehen können. Denn die augenfälligste Eigenheit von „Staat als Prozess“ ist, dass einem der Autor über weite Strecken als Moderator entgegentritt. Die Beiträge zahlreicher Forscherinnen und Forscher – meistens Historiker, Politik- und Rechtswissenschaftler – werden anmoderiert und ausführlich zitiert. Das ist zunächst ungewohnt, dem Gegenstand des Buches aber überraschend angemessen. Denn Schuppert verknüpft und ordnet in seiner „staatstheoretischen Skizze“, so der Untertitel, ganz unterschiedliche Diskurse über den Wandel von Staatlichkeit. Der Autor ist Jurist und Professor am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung. Materialzugriff und Perspektive des Buches sind aber nicht rechtswissenschaftlich im herkömmlichen Sinne, sondern durchgängig disziplinenübergreifend.

Schupperts Werk betrachtet den Staat als ein in steter Veränderung begriffenes Gebilde. Notwendig einher geht mit diesem Standpunkt die Verabschiedung eines Forschungsprogramms, das die vermeintlich essentiellen Eigenschaften des Staates möglichst akkurat herauszuarbeiten und begrifflich zu fixieren sucht. Die prozessorientierte Herangehensweise verbietet es dem Werk auch, in alte wie neue Bocksgesänge vom Niedergang des Staates einzustimmen.

Das Phänomen sich wandelnder Staatlichkeit beschreibt das Werk aus einer Mehrzahl von Perspektiven. Ihren Platz finden hier bekannte und schon von zahlreichen Autoren beschriebene Prozesse wie die Herausbildung des modernen Staates als Gewaltmonopolist und Steuerstaat oder die Verlagerung politischer Gestaltungsmöglichkeiten hin zu überstaatlichen Einrichtungen und Organisationen. Daneben wird der Leser aber auch bekannt gemacht mit neuen Entwicklungen, beispielsweise mit dem Trend zum organisierten Staatenvergleich (Stichwort: PISA) und dessen Folgen für Politik und staatliches Selbstverständnis. Ein besonders lesenswertes Kapitel skizziert den Wandel unseres Repertoires an Metaphern und Erzählungen, aus dem wir schöpfen, wenn wir uns eine Vorstellung vom Staat machen. Man denke nur an die hergebrachte Metapher des Staatskörpers, an die sich dann plausibel ein Sprechen von der Verwaltungsverzerrung oder vom Informationshunger des Staates anknüpfen kann.

Schwerpunktmäßig bezieht sich Schuppert auf laufende Prozesse, die dem Leser plausibel gemacht werden sollen. Selten ist die historische Perspektive. Den Blick in die Vergan-

genheit ersetzt der Blick in die Welt. Konsequenterweise nimmt der Autor nicht-westliche Formen von Staatlichkeit in den Blick. Die das Werk grundierende These von der dynamischen und vielgestaltigen Staatlichkeit gewinnt durch diese Einbeziehung viel Überzeugungskraft. Wertungen fallen vor diesem Hintergrund notwendig uneindeutig aus. Einerseits warnt das Buch nachdrücklich, den gegenwärtigen „Staat der OECD-Welt“ als den Maßstab zu nehmen, anhand dessen bloß Defekte zu konstatieren wären; andererseits tauchen die eingeführten Begriffe des *failing* und *collapsing state* auch in Schupperts Darstellung auf.

Neben der Untersuchung des Wandels von Staatlichkeit steht eine Reflexion über die angemessenen Methoden, die beobachteten Phänomene begrifflich zu erfassen und damit für ein wissenschaftliches Gespräch handhabbar zu machen. Besonders anregend sind die Überlegungen zu den Eigenarten und der Leistungsfähigkeit von Schlüsselbegriffen, „die neue Denkbahnen aufschließen, neuartige Entwicklungen markieren und einen interdisziplinären Dialog ermöglichen“ (S. 145).

Aus spezifisch juristischer Perspektive lohnt sich die Lektüre des Werkes vor allem aufgrund der mit ihr einhergehenden Erweiterung des Blickfeldes. Schuppert kommt auf eine Vielzahl von Formen staatlicher Aufgabenwahrnehmung zu sprechen. Die zentrale Rolle, die der Begriff der Governance in Schupperts Untersuchung einnimmt, zieht diese Formenvielfalt notwendigerweise nach sich. Denn aus der Governance-Perspektive ist das hoheitliche Handeln staatlicher Akteure weder die konzeptionell privilegierte noch die vorstellungsprägende Form der „kollektiven Regelung gesellschaftlicher Sachverhalte“ (S.79, dabei Renate Mayntz zitierend). Das (Öffentliche) Recht erfüllt bei dieser Weiterung des Blickes ganz unterschiedliche Funktionen – und eher selten nur ist es das Instrument zur direkten Intervention, das, vermutlich durch Lehrbuchliteratur und universitäre Ausbildung bedingt, für die meisten (angehenden) Juristinnen und Juristen vorstellungsprägend wirkt.

Schupperts Werk präsentiert das Material mit so großer Souveränität, dass es sich eine allgemeinverständliche Sprache und einige Prisen Humor erlauben kann. Die zahlreichen Nachweise und insbesondere die geschickt arrangierten umfangreichen Zitate machen das Buch auch zu einem guten Ausgangspunkt für jeden, der sich über bestimmte Wandlungsprozesse näher informieren möchte. ■

Johannes Gerberding

Gunnar Folke Schuppert: Staat als Prozess. Eine staats-theoretische Skizze in sieben Aufzügen. Erschienen in Frankfurt a.M. im Campus Verlag, 2010. Broschiert, 190 Seiten, 24,90 Euro.

Keine Ausgabe mehr verpassen?

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