



<b>Gastkommentar</b>	<i>Hermann Pünder</i> · Landkonflikte in Brasilien – Eine Spirale der Gewalt aus Landvertreibungen und Landbesetzungen	37
<b>Aufsätze</b>	<i>Julia Berdin</i> · Möglichkeiten und Grenzen prozeduraler Gerechtigkeits-theorien am Beispiel der Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs	39
	<i>Nele Bull</i> · Staatliche Haftung für staatliche „Fehlplanung“ Rechtsstaatliche Notwendigkeit oder Lähmung hoheitlicher Gestaltung? Die Frage der Plangewährleistung.	46
	<i>Juan Carlos Dastis</i> · Die Bedeutung der Rechtsvergleichung bei der Auslegung von Richtlinien	51
	<i>Justus Froehlich</i> · Das ablaufende Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz	55
	<i>Christian Ernst</i> · The German Länder and Their Participation on the European Level	59
<b>Sonderbeitrag</b>	<i>Volker Steffahn</i> · Tagungsbericht: „Exzellente Lehre im juristischen Studium: Auf dem Weg zu einer rechtswissenschaftlichen Fachdidaktik“	65
<b>Rezensionen</b>	<i>Daniel Heller-Roazen</i> : Der Feind aller. Der Pirat und das Recht ( <i>Johannes Gerberding</i> )	70
	<i>Immanuel Kant</i> : Zum ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf ( <i>Anna Bodemann</i> )	71

## Redaktion der Ausgabe 2/2010

Maximilian Hocke  
Christopher Krois  
Carsten Lindner  
Michael Schramm  
Torsten Spiegel  
Jan Sturm  
Philipp Tieben  
Malte Vollertsen  
Manuel Waldmann  
Daniel Zimmer

## Korrespondierender Beirat

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

# Bucerius Law Journal

Oktober 2010 Heft 2/2010 Seiten 37 – 73

## 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

---

Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M. (Iowa), Bucerius Law School, Hamburg\*

## Landkonflikte in Brasilien – Eine Spirale der Gewalt aus Landvertreibungen und Landbesetzungen

Es ist kaum fassbar: In Brasilien, einem Staat, der 24 mal so groß ist wie unsere Bundesrepublik, aber nicht mehr als das Doppelte an Einwohnern hat, gehören Landkonflikte zu den drängendsten Problemen. Das Land weist die zweitungleichste Landbesitzverteilung der Welt auf. Eine Spirale der Gewalt aus Landvertreibungen und -besetzungen erschüttert den Staat. Der Konflikt ist im Ausland bekannt. 1988 legten die österreichischen Staatsrechtslehrer *Felix Ermacora* und *Manfred Nowak* die menschenrechtlichen Aspekte der Landkonflikte im Nordosten Brasiliens offen. 1991 wurden die „Bewegung der Landlosen“ (*Movimento dos Sem Terra* = MST) und die bischöfliche „Kommission der Landpastoral“ (*Comissão Pastoral da Terra*) mit dem „alternativen Friedensnobelpreis“ ausgezeichnet. Eine Gastprofessur in Buenos Aires gab mir Gelegenheit, die aktuelle Konfliktlage in dem – seit 30 Jahren von dem deutschen Bischof *Reinhard Pünder* geleiteten – Bistum Coroáta im Bundesstaat Maranhão zu erkunden.

Nach wie vor ist der Staat nicht willens oder in der Lage, sein Gewaltmonopol durchzusetzen. Kleinbauern, die seit Generationen – allerdings bloß als *Posseiros* ohne Besitz- oder Eigentumstitel – nicht bewirtschaftetes öffentliches Land (*terra devoluta*) oder ungenutztes Privatland bewirtschaften, werden vertrieben. Besonders verwerflich sind die Machenschaften der sog. *Grileiros*, einflussreichen Stadtbewohnern, die sich mit gefälschten Dokumenten Boden aneignen. Ackerbaukulturen werden vernichtet, Nutztiere verscheucht, Waldgebiete gerodet, Brunnen vergiftet, Wohnungen zerstört. Das „gesäuberte“ Land wird mit drei Meter hohem Stacheldraht eingezäunt. Oft geht es nur um die Spekulation, das Land irgendwann gewinnbringend an Agrarunternehmen zu verkaufen. Bei den Vertreibungen werden häufig *Pistoleiros* eingesetzt. Rechtsschutz finden die Vertriebenen nicht. Morde und Vergewaltigungen bleiben ungesühnt. Schlimmer: Es kommt auch zu Gewaltaktionen durch Polizeikräfte. 1997 löste ein Massaker der Militärpolizei Massenproteste wie den legendä-

ren Marsch nach Brasilia und eine Welle der Sympathie für die Landlosen in der nationalen wie internationalen Öffentlichkeit aus. Auf der anderen Seite stehen Polizei und Gerichte vielfach auch Großgrundbesitzern nicht bei, wenn sie Opfer von Landbesetzungen werden. Eine Agrarreform konnte bislang nicht durchgesetzt werden. Die Behörden reagieren meist bloß auf von Landlosenbewegungen organisierte Landbesetzungen. Das heizt die Spirale der Gewalt an. Die massenhaften Vertreibungen hatten und haben eine Landflucht in die *Favelas* der Großstädte zur Folge. Viele Millionen Menschen müssen sich nach Vertreibungen als rechtlose Landarbeiter verdingen. Oft hat die Ausbeutung die Form einer „Sklaverei durch Verschuldung“ (*peonage*). Der Nordosten, wo 30% der Bevölkerung lebt, gilt als das Armenhaus des Landes.

Ein Rundgespräch in der Landeshauptstadt São Luís mit Vertretern des MST, von Amnesty International und der brasilianischen Bischofskonferenz sowie zwei von Clifford Chance aus Frankfurt finanzierten Menschenrechtsanwälten machte deutlich, dass Rechtsfragen in der Praxis eine untergeordnete Rolle spielen. Landkonflikte werden nicht durch Richterspruch, sondern nach dem Recht des Stärkeren entschieden, und dieses liegt bei den Besitzenden, die über Verbindungen zu Politik, Polizei und Justiz verfügen. Die schlichte Überlegung, mit Hilfe der Gerichte zumindest die auf unrechtmäßige Eigentumstitel (sog. *Grilagem de terra*) gestützten Vertreibungen rückgängig machen zu können, ist naiv, da die Unabhängigkeit der Richter kaum gewährleistet ist. Die Verfassung von 1988 hat die in sie gesetzten Erwartungen zur Lösung der Landkonflikte nicht erfüllt. Zwar wurde festgelegt, dass der Bund gegen Entschädigung Land enteignen kann, das seine „soziale Funktion nicht erfüllt“ (Art. 184). Allerdings ist produktives Land (*Propriedade productiva*) ausdrücklich ausgenommen. Folge ist, dass die-

---

\* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht (einschließlich Europarecht), Verwaltungswissenschaft und Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School.

jenigen, denen Land zugewiesen wird, mit miserablen Lebens- und Arbeitsbedingungen (schlechte Böden, kein Strom, keine Straßenanbindung etc.) zu kämpfen haben. Die Möglichkeiten der Ersitzung *pro labore* – Landlose (*nao sendo proprietário rural ou urbano*) können Grundeigentum an Land erwerben, das sie zehn Jahre lang ungestört (*sem opposicao*) und ohne das Eigentum eines Dritten anzuerkennen fruchtbringend gemacht und bewohnt haben (Art. 191) – laufen ins Leere. Abgesehen von den Schwierigkeiten der Beweisführung und Durchsetzung, fehlt es vielen Betroffenen an Interesse für formale Eigentumsrechte, da der Boden im *Cerradão*, dem Übergangswald zwischen der Feuchtsavanne und dem Regenwald, traditionell kein knappes Gut ist. Viel versprechend ist das von der Weltbank mitfinanzierte *Programma Piloto Cédula la Terra*, das landlosen Bauern durch Beratung und Kredite den Kauf von Land ermöglicht. Das soll die mit Enteignungen verbundene Gewalt und Entschädigungen vermeiden. Vor allem aber verbindet sich mit der „Agrarreform über den Markt“ die Hoffnung, dass die neuen Bauern nur solches Land erhalten, das das Überleben einer Familie wirklich garantiert, weil die Bewohner der Gegend über die Qualität der Böden besser informiert sind als fernab die staatlichen Stellen. Das MST steht dem Ansatz kritisch gegenüber, da die Bewegung Enteignungen zur „Bestrafung“ der Großgrundbesitzer nicht missen möchte und wohl auch um ihre Vormachtstellung besorgt ist.

Eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Analyse der brasilianischen Landkonflikte mit dem Blick von außen ist dringlich. Ziel der Reise war es zu erkunden, ob es möglich sein wird, einen Doktoranden oder eine Doktorandin in die Region zu senden. Die Studie muss die Rechtslage und ihren historischen, politischen und rechtskulturellen Hintergrund erörtern, die Rechtswirklichkeit analysieren und Reformvorschläge diskutieren. Dabei liegt ein Blick in Länder mit ähnlichen Problemlagen (etwa in Indien oder Afrika), aber auch auf die europäischen Geschichte – im 15. Jahrhundert zäunte die englische Landaristokratie vorher gemeinschaftlich genutztes Land ein, um es für die Landwirtschaft zu nutzen (sog. *Enclosures*) – nahe. Obwohl in den letzten Jahren mehrere Priester, Ordensfrauen und andere, die sich für Landlose einsetzen, ermordet wurden, sind die Gefahren für ausländische Wissenschaftler als eher gering einzuschätzen. ■

Julia Berdin, LL.B., Hamburg\*

## Möglichkeiten und Grenzen prozeduraler Gerechtigkeitstheorien am Beispiel der Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs

### A. Einleitung

Prozedurale Gerechtigkeitstheorien<sup>1</sup> haben in den letzten Jahrzehnten eine zentrale Rolle in der rechtsphilosophischen Diskussion gespielt. Anders als die klassischen materialen Gerechtigkeitstheorien, die den Gerechtigkeitsbegriff mit inhaltlichen Annahmen religiösen, gesellschaftlichen oder kulturellen Inhalts auffüllen,<sup>2</sup> begründen prozedurale Gerechtigkeitstheorien die Gerechtigkeit allein durch Verfahrensüberlegungen, indem sie Verfahrensregeln entwickeln, die zu einem gerechten Ergebnis führen sollen.

Moderne prozedurale Gerechtigkeitstheorien haben sich vor dem Hintergrund der kritischen Erkenntnistheorie Kants und der Krise klassischer Naturrechtslehren entwickelt.<sup>3</sup> Die kritische Erkenntnistheorie hatte jegliches Wahrnehmen und Erkennen durch den Menschen in Frage gestellt, weshalb das zuvor unbefragte Vertrauen des Menschen auf den Zugang zur Wirklichkeit schwand. Mit der Krise der klassischen Naturrechtslehren war die Erkenntnis verbunden, dass sich aus dem Naturrecht lediglich inhaltsleere und folgenlose Verhaltensanweisungen ableiten ließen.<sup>4</sup> In dieser Situation stellen prozedurale Gerechtigkeitstheorien einen Versuch dar, den Gerechtigkeitsbegriff neu auszufüllen, indem sie die Gerechtigkeit nicht mehr auf *materiale*, sondern auf *prozedurale* Weise zu bestimmen versuchen. Die zentrale Fragestellung verschiebt sich dadurch vom „Was“ zum „Wie“ der Gerechtigkeit, wobei dem Verfahren eine Schlüsselrolle zugewiesen wird. Die Qualität des Verfahrens bestimmt dessen Ziel, nämlich die Herstellung von Gerechtigkeit.<sup>5</sup> Das Verfahren wird zum integralen Bestandteil der Rechtsidee.<sup>6</sup>

Die prozeduralen Gerechtigkeitstheorien werden in verschiedenen Spielarten vertreten.<sup>7</sup> Sie lassen sich nach der unterschiedlichen Ausgestaltung des gerechtigkeitsbestimmenden Verfahrens unterscheiden. Exemplarisch soll hier die einflussreiche Diskurstheorie von *Jürgen Habermas* in den Fokus gestellt werden, die sich insbesondere durch ihre praktische Anwendbarkeit auf reale rechtliche Verfahrensgestaltungen auszeichnet.

Tatsächlich nimmt, parallel zur rechtsphilosophischen Tendenz, auch die Bedeutung von Verfahrensgestaltungen im Recht allgemein und insbesondere im Strafrecht zu.<sup>8</sup> Die Rahmenbedingungen sind vergleichbar: Wissenschaftliche Fortschritte im Bereich der Medizin und Biotechnologie werfen neue Fragestellungen auf, die sich durch traditionelle Orientierungen nicht mehr beantworten lassen.<sup>9</sup> Wiederum entsteht eine Situation, in welcher der direkte Zugang zu bestimmten Inhalten versperrt ist. Weil trotzdem eine Entscheidungsnotwendigkeit besteht, wird die Suche nach der Wahrheit durch Prozeduren abgesichert.

Ein frühes Beispiel für eine prozedurale Regelung im Strafrecht stellt die Regelung des Schwangerschaftsabbruchs im StGB dar. Angesichts der Unfähigkeit, auf die Frage nach der Strafwürdigkeit des Schwangerschaftsabbruchs eine allgemein akzeptierte Antwort zu finden, schlug der Gesetzgeber den Weg eines strafrechtlichen Verbots in Verbindung mit einer prozedural abgesicherten Ausschlussregelung

ein.<sup>10</sup> Der Schwangerschaftsabbruch ist danach gemäß § 218 StGB grundsätzlich strafbar, wird aber das in den §§ 218a ff. StGB geregelte Beratungsverfahren unter Erfüllung aller Bedingungen ordnungsgemäß durchlaufen, so bleibt er straflos.

Da das Beratungsverfahren in seiner heutigen Form auf dem von *Albin Eser* entwickelten „notlagenorientierten Diskursmodell“ beruht,<sup>11</sup> legt die Struktur des Beratungsverfahrens eine Untersuchung unter Rückgriff auf die Diskurstheorie von *Habermas* (unten B.I) nahe. Dazu muss auf verschiedene Integrationsmodelle zurückgegriffen werden (unten B.II), die eine Vergleichbarkeit der Strukturen des Beratungsverfahrens (unten C) mit den von *Habermas* entwickelten Diskursregeln ermöglichen. Aus der Untersuchung, ob und inwiefern eine Gerechtigkeitsbegründung aus dem Beratungsverfahren heraus gelingt, lassen sich schließlich Rückschlüsse auf die Möglichkeiten und Grenzen prozeduraler Gerechtigkeitstheorien im Allgemeinen ziehen (unten D).

### B. Diskurstheorie von *Habermas*

#### I. Grundzüge der Diskurstheorie

Grundgedanke der *habermasschen* Diskurstheorie ist, dass die Bewältigung moralischer Probleme nicht auf monologische Art und Weise erfolgen kann, sondern immer eine kooperative Anstrengung in Richtung Konsens voraussetzt.<sup>12</sup> Nicht der Einzelne, also auch nicht der Moralphilosoph selbst, kann demnach den Versuch der Rechtfertigung von Grundnormen unternehmen. *Habermas* folgert aus der handlungskordinierenden Rolle normativer Geltungsansprüche in der kommunikativen Alltagspraxis die Notwendigkeit realer Argumentation:<sup>13</sup> Eine Maxime ist zum Zweck der diskursiven Prüfung ihres Universalitätsanspruchs allen anderen vorzulegen.<sup>14</sup>

\* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School in Hamburg. Der Text ist eine gekürzte Version ihrer Seminararbeit desselben Titels, die im von Prof. Dr. Bumke und Prof. Dr. Saliger geleiteten Schwerpunkt „Grundlagen des Rechts“ entstand

<sup>1</sup> Zum Kernbestand sind folgende Werke zu zählen: *Perelman*, Über die Gerechtigkeit, 1967; *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit<sup>1</sup>, 1971; *Habermas*, Wahrheitstheorien, in: FS W. Schulz, 1973, S. 211; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation<sup>1</sup>, 1978; *Apel*, Diskurs und Verantwortung<sup>1</sup>, 1990.

<sup>2</sup> *Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000, S. 21.

<sup>3</sup> *Hassemer*, in: FS Mahrenholz, 1994, S. 731, 747.

<sup>4</sup> *Hassemer*, in: FS Maihofer, 1988, S. 183, 185 f.

<sup>5</sup> *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 167.

<sup>6</sup> Ebd.

<sup>7</sup> Klassifizierung bei: *Dreier*, Recht-Staat-Vernunft, 1991, S. 23-28; *Kaufmann*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1989, S. 13-22; *Tschentscher* (Fn. 2), S. 134-139.

<sup>8</sup> *Hassemer* (Fn. 3), S. 731, 749.

<sup>9</sup> *Saliger*, in: Bernat/Kröll (Hrsg.), Recht und Ethik der Arzneimittelforschung, 2003, S. 125.

<sup>10</sup> *Merkel*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 2007, S. 156 f.

<sup>11</sup> *Eser*, ZRP 1991, 291-298.

<sup>12</sup> *Kaufmann* (Fn. 7), S. 16.

<sup>13</sup> *Habermas*, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln<sup>9</sup>, 2006, S. 77.

<sup>14</sup> *Habermas*, Erläuterungen zur Diskursethik<sup>4</sup>, 2006, S. 77.

Das von *Habermas* vorgelegte Modell eines moralischen Prüfungsverfahrens ist somit nicht als „Test eines einsamen Subjekts mit sich selbst“<sup>15</sup> zu verstehen. Vielmehr soll in einem Diskurs auch das intellektuelle und moralische Potential der anderen Teilnehmer als prozedurale Sicherung dienen.<sup>16</sup> Im Sinne moderner Sprachphilosophie erhebt *Habermas* die Kommunikation, oder präziser formuliert den Prozess rationaler Kommunikation, zum Begründungsinstrument: Es sollen genau die Handlungsnormen gültig sein, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen können.<sup>17</sup>

Die prozeduralen Bedingungen, an welche die Begründung normativer Richtigkeit dabei geknüpft ist, sind die formalen Eigenschaften des Diskurses. Kommuniziert werden soll in einer „idealen Sprechsituation“, die weder durch äußere kontingente Einwirkungen noch durch die Zwänge, die sich aus der Struktur der Kommunikation selbst ergeben, geprägt ist.<sup>18</sup> Alle Teilnehmer eines Diskurses müssen die gleiche Chance haben, kommunikative Sprechakte zu verwenden, sowie Deutungen, Behauptungen, Empfehlungen, Erklärungen und Rechtfertigungen samt ihrem Geltungsanspruch einzubringen.<sup>19</sup> *Habermas* begründet so die Idee des „herrschaftsfreien Diskurses“<sup>20</sup>: Die Diskursteilnehmer nehmen als Freie und Gleiche am Diskurs teil, zwischen denen keine Rollenunterschiede bestehen. Teilnahmefähig ist grundsätzlich jedes sprach- und handlungsfähige Subjekt.<sup>21</sup> Der unter den Bedingungen der Chancengleichheit, Redefreiheit und Wahrhaftigkeit in Abwesenheit von Privilegierungen und Zwang im dialektischen Argumentationsverfahren erlangte Konsens zeugt von der Richtigkeit der im Diskurs gefundenen Regelung. Der Diskurs initiiert so einen Lernprozess; er zwingt zum vernünftigen Argumentieren und fördert die interne Willensbildung.<sup>22</sup> Denken erfolgt per Argumentation: Im rationalen Gespräch entscheidet das bessere Argument.<sup>23</sup>

Charakteristisch für *Habermas'* Theorie ist, dass sie das moralische Prüfungsverfahren in einen kommunikativen Akt verlegt, der als *reale Diskussion* durchgeführt werden kann.<sup>24</sup> Gegenstand des praktischen Diskurses ist der kontroverse Geltungsanspruch bestimmter Gebote und Verbote beziehungsweise der sich aus ihnen ergebenden Empfehlungen und Warnungen.<sup>25</sup> In ihm soll sich eine „erkenntnispolitische Willensbildung“ vollziehen, die im argumentativ erzielten Konsens ihren Ausdruck findet.<sup>26</sup>

## II. Integration in ein rechtliches Verfahren

Die Schwierigkeit, die Denkstrukturen prozeduraler Gerechtigkeitstheorien auf reale rechtliche Verfahren anzuwenden, kann als „Praktikabilitätsproblem“ bezeichnet werden.<sup>27</sup> Real existierende Verfahrensgestaltungen und prozedurale Gerechtigkeitstheorien verbindet zunächst einmal allein derselbe Grundgedanke der Gerechtigkeitbegründung durch Verfahren.<sup>28</sup>

Allerdings stellt *Habermas* mit der Diskurstheorie nicht ein nur hypothetisches Verfahren vor, anhand dessen normative Aussagen auf ihre Geltung überprüft werden können. Vielmehr entwickelt er mit dem „praktischen Diskurs“ eine Prozedur, die sich gerade durch ihre reale Durchführbarkeit in Bezug auf bestehende moralische Fragestellungen auszeichnet. Der Diskurs ist als kommunikativer Akt in der Lebenswirklichkeit vorhanden und findet auch in rechtlich geregelten Verfahren, wie beispielsweise Gerichtsverfahren, statt. Zwar muss der „herrschaftsfreie“ Diskurs als ein Idealkon-

strukt angesehen werden, das in realen Verfahrensgestaltungen wohl kaum umgesetzt werden kann.<sup>29</sup> Allerdings lässt sich mit der Idee des Dialogs als Mittel zur Erkenntnis dann arbeiten, wenn man sie als prozeduralen Integrationsfaktor der Verfahrensbeteiligten auffasst.<sup>30</sup> Durch ihre Teilnahme am Verfahren geraten die Beteiligten in einen Dialog, in den sie ihre jeweiligen Standpunkte einbringen können, um argumentativ zu einer Lösung zu gelangen.<sup>31</sup>

Versuche, die *Habermas'sche* Diskurstheorie auf reale, in rechtlichen Verfahren stattfindende Diskurse zu übertragen, sind von verschiedenen Autoren vorgenommen worden.<sup>32</sup> *Robert Alexy* zeigt auf, dass der ideale praktische Diskurs, den *Habermas* beschreibt, mit einem realen praktischen Diskurs, wie er auch in rechtlichen Verfahren stattfindet, eng verknüpft ist.<sup>33</sup> *Alexy* entwirft ein ausdifferenziertes System von Diskursregeln,<sup>34</sup> durch das „die implizite Vernunft der tatsächlichen Praxis der Argumentation“<sup>35</sup> gesichert wird. Aus dem Maß der Erfüllung leitet er die „relative Richtigkeit“<sup>36</sup> der Ergebnisse realer Diskurse ab.<sup>37</sup>

Ein weiteres Modell, das die Idee des Diskurses unmittelbar in reale rechtliche Verfahrenstypen zu integrieren versucht, stellt *Roland Hoffmann* vor.<sup>38</sup> Sein integrativer Ansatz beruht auf der Idee, dass den Verfahrensbeteiligten die Aufgabe der ethischen Evaluation des Ergebnisses nicht selbst zukommt, sondern ihre Teilnahme am Verfahren den Bewertungsvorgang gleichsam präjudiziert.<sup>39</sup> Der Diskurs wird zum „konkreten prozeduralen Gestaltungsprinzip“.<sup>40</sup>

Das Verfahren stellt laut *Hoffmann* einen Versuch der kommunikativen Einlösung von Gerechtigkeit durch die Integration der Verfahrensbeteiligten dar.<sup>41</sup> Voraussetzung für das Gelingen dieses Versuchs und damit für eine Begründung gerechter Ergebnisse aus Sicht der Diskurstheorie ist eine ent-

<sup>15</sup> *Hoffmann* (Fn. 5), S. 183.

<sup>16</sup> Vgl. *Hoffmann* (Fn. 5), S. 183.

<sup>17</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung<sup>3</sup>, 1998, S. 138.

<sup>18</sup> *Habermas* (Fn. 1), S. 211, 255.

<sup>19</sup> Ebd.

<sup>20</sup> So u.a. in *Habermas* (Fn. 14), S. 112.

<sup>21</sup> *Habermas* (Fn. 14), S. 99.

<sup>22</sup> Vgl. *Hoffmann* (Fn. 5), S. 183.

<sup>23</sup> Vgl. *Habermas* (Fn. 1), S. 211 f.

<sup>24</sup> *Habermas* (Fn. 14), S. 53 f.

<sup>25</sup> *Habermas* (Fn. 1), S. 211, 253.

<sup>26</sup> *Habermas* (Fn. 1), S. 211, 253 f.

<sup>27</sup> Vgl. *Hoffmann* (Fn. 5), S. 186.

<sup>28</sup> *Habermas*, KJ 1987, 1, 13.

<sup>29</sup> Vgl. *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts<sup>2</sup>, 1990, S. 142 f., der die Unvereinbarkeit des herrschaftsfreien Diskurses mit der gerichtlichen Verfahrenssituation aufzeigt, sowie *Eicker*, Die Prozeduralisierung des Strafrechts, 2010, S. 143 f.; *Alexy*, ARSP Beiheft 44, 1991, 30, 35.

<sup>30</sup> *Hoffmann* (Fn. 5), S. 193.

<sup>31</sup> *Alexy*, ARSP Beiheft 44, 1991, 30, 34; *Kaufmann* (Fn. 7), S. 30.

<sup>32</sup> *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 270 ff.; *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, 1988, S. 60, 65, 316; *Hoffmann* (Fn. 5), S. 192 ff.; *Tammelo*, Theorie der Gerechtigkeit, 1977, S. 99-115.

<sup>33</sup> *Alexy*, ARSP Beiheft 44, 1991, 30, 35.

<sup>34</sup> *Alexy*, ARSP Beiheft 44, 1991, 30 f.

<sup>35</sup> *Alexy*, ARSP Beiheft 44, 1991, 30, 36.

<sup>36</sup> Zum Begriff der „relativen Richtigkeit“: *Alexy* (Fn. 32), S. 124 f.

<sup>37</sup> *Alexy*, ARSP Beiheft 44, 1991, 30, 36.

<sup>38</sup> *Hoffmann* (Fn. 5), S. 195.

<sup>39</sup> Ebd.

<sup>40</sup> *Hoffmann* (Fn. 5), S. 193.

<sup>41</sup> Ebd.

sprechende Ausgestaltung des Verfahrens. Er formuliert drei Grundbedingungen,<sup>42</sup> die jedes auf die Verwirklichung von Gerechtigkeit angelegte rechtliche Verfahren erfüllen muss: Das Verfahren muss erstens entscheidungsrelevante Informationen sammeln und zweitens eine unvoreingenommene Verarbeitung dieser Informationen gewährleisten. Zudem muss sich das Verfahrensergebnis rational rechtfertigen lassen.

### C. Beratungsverfahren beim Schwangerschaftsabbruch

#### I. Gerechtigkeit im Kontext des beratenen Schwangerschaftsabbruchs

Im Folgenden ist das Beratungsverfahren aus rechtsphilosophischer Perspektive auf seine Eignung zur *Begründung gerechter Ergebnisse* am Leitfaden der Diskurstheorie von *Habermas* zu untersuchen. Auf ihren Gerechtigkeitsanspruch hin überprüft werden soll die prozedural abgesicherte Entscheidung für einen Abbruch.

In einem sehr allgemeinen Sinn wird unter Gerechtigkeit „moralische Richtigkeit“ verstanden,<sup>43</sup> es handelt sich bei der Frage nach der Gerechtigkeit also im weiteren Sinne stets um eine Frage der Moral.<sup>44</sup> Allen Gerechtigkeitsbegriffen gemeinsam ist ihr Handlungs-, Sozial-, Richtigkeits-, Sollens- und Gleichheitsbezug.<sup>45</sup> Verallgemeinernd kann deshalb von Gerechtigkeit als „Richtigkeit und Pflichtigkeit eines Handelns in Bezug auf andere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit“<sup>46</sup> gesprochen werden. Im Kontext des beratenen Schwangerschaftsabbruchs stellt sich folglich die zentrale Frage: Kann der beratene Schwangerschaftsabbruch als „moralisch richtig“ beziehungsweise als „richtig in Bezug auf andere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit“ bezeichnet werden? Auf dem Prüfstand steht dabei insbesondere die „Richtigkeit in Bezug auf andere“, die nicht nur die Interessen der Mutter, sondern auch die des Kindes mit einschließt.

Auf diese insbesondere in den 70er Jahren öffentlich debattierte Frage konnte keine eindeutige Antwort gefunden werden. Das Gerechtigkeitsempfinden in der Gesellschaft war und ist insofern zweigeteilt. Während Befürworter den Schwangerschaftsabbruch unter Berufung auf die Autonomie der Mutter als „richtig“ propagierten und seine Straflosigkeit forderten, lehnten Abtreibungsgegner den Abbruch unter Berufung auf den Schutz des werdenden Lebens als „ungerecht“ ab. Der Gesetzgeber schließlich machte, indem er das vom Bundesverfassungsgericht entworfene Beratungsmodell umsetzte, die Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs von einem Verfahren und somit von prozeduralen Bedingungen abhängig.

### II. Ausgestaltung des Beratungsverfahrens

Nach geltendem Recht ist der Schwangerschaftsabbruch durch den Grundtatbestand des § 218 StGB unter Strafe gestellt. In § 218a Abs. 1 StGB findet sich ein zentraler Tatbestandsausschluss. Kann die Schwangere nachweisen, das Beratungsverfahren nach § 219 StGB i.V.m. §§ 5 bis 11 Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG) in Anspruch genommen zu haben (§ 218a Abs. 1 Nr. 1), bleibt ein von einem Arzt durchgeführter Abbruch (Nr. 2) innerhalb der ersten zwölf Wochen nach Empfängnis (Nr. 3) straflos.<sup>47</sup>

Die Frau muss im frühen Stadium der Schwangerschaft<sup>48</sup> eine gemäß § 9 SchKG anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle aufsuchen, um dort in eine Schwangerschaftskon-

fliktberatung einzutreten, die den Anforderungen aus §§ 5 und 6 SchKG entspricht.

Zentrales Gestaltungsprinzip der Beratung ist ihre in § 5 Abs. 1 SchKG normierte Ergebnisoffenheit. Gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 SchKG wird erwartet, dass die Schwangere der beratenden Person die Gründe, derentwegen sie eine Abtreibung erwägt, darlegt, auch wenn ihre Gesprächs- und Mitwirkungsbereitschaft prinzipiell nicht erzwungen werden kann. Vor dem Hintergrund der Zielorientierung der Beratung, die zu einer Fortsetzung der Schwangerschaft ermutigen soll, hat die beratende Person die Schwangere gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 2 SchKG über die jeweilige medizinische, soziale und rechtliche Sachlage aufzuklären und dabei insbesondere Möglichkeiten der Erleichterung der Schwangerschaftsfortsetzung aufzuzeigen. Über die Länge des Beratungsgesprächs entscheidet die beratende Person, die gemäß § 7 Abs. 2 SchKG eine Fortsetzung der Beratung bewirken kann, wenn sie diese für erforderlich hält.

Zum Abschluss der Beratung wird eine Beratungsbescheinigung ausgestellt, die attestiert, dass eine Beratung nach §§ 5, 6 SchKG stattgefunden hat. Verlangt die Schwangere unter Vorlage dieser Bescheinigung nach Ablauf von mindestens drei Tagen den Abbruch der Schwangerschaft durch einen Arzt, so bleibt dieser straflos.

### D. Gerechtigkeitsbegründung durch das Beratungsverfahren

#### I. Möglichkeiten der Gerechtigkeitsbegründung

Fraglich ist, ob und inwieweit sich das beschriebene Beratungsverfahren aus Sicht der *habermasschen* Diskurstheorie zur Gerechtigkeitsbegründung eignet und somit die Richtigkeit der sogenannten „beratenen Abtreibung“ rechtsphilosophisch zu begründen vermag.

Zum einen soll dazu das Kernstück des Beratungsverfahrens in Gestalt des *Beratungsgesprächs* zwischen der Schwangeren und der sie beratenden Person als realer Kommunikationsprozess auf seine Möglichkeit zur Erzielung gerechter beziehungsweise richtiger Ergebnisse hin untersucht werden. Dem Integrationsmodell *Alexys*<sup>49</sup> folgend, ist dabei das Beratungsgespräch auf die Erfüllung der Diskursregeln zu untersuchen. Aufgezeigt werden soll dadurch, inwiefern das Beratungsgespräch mit dem von *Habermas* erdachten praktischen Diskurs vergleichbar ist.

Zum anderen kann auch das gesamte, über das Gespräch hinausgehende *Beratungsverfahren* unter Rückgriff auf das Integrationsmodell *Hoffmanns* als Diskurs verstanden<sup>50</sup> und auf die Erfüllung der Kriterien der Informationsbeschaffung, Informationsverarbeitung und Rationalität untersucht werden.

<sup>42</sup> Hoffmann (Fn. 5), S. 195.

<sup>43</sup> Anstatt vieler vgl. *Habermas* (Fn. 14), S. 11.

<sup>44</sup> Vgl. *Jansen*, Die Struktur der Gerechtigkeit, 1988, S. 37 f.

<sup>45</sup> *Tschentscher* (Fn. 2), S. 76.

<sup>46</sup> *Tschentscher* (Fn. 2), S. 50; vgl. auch *Alexy* (Fn. 32), S. 105, der Gerechtigkeit als „Richtigkeit in Bezug auf Verteilung und Ausgleich“ definiert.

<sup>47</sup> Näher *Eser*, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB<sup>28</sup>, 2010, § 218a, Rn. 12 ff.

<sup>48</sup> Sind schon mehr als zwölf Wochen seit Empfängnis verstrichen, kann ein strafloser Abbruch wegen § 218 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht mehr vorgenommen werden.

<sup>49</sup> *Alexy*, ARSP Beiheft 44, 1991, 30-44.

<sup>50</sup> *Hoffmann* (Fn. 5), S. 192 ff.

## 1. Beratungsgespräch als Diskurs

Die Begründung gerechter Ergebnisse durch das Beratungsverfahren kann mit *Habermas* darin gesehen werden, dass die Entscheidung über den Abbruch das Resultat eines Kommunikationsprozesses darstellt. Tatsächlich ist, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch ausführt, die „ergebnisoffene Beratung“ als Vorgang „personaler Kommunikation“ konzipiert.<sup>51</sup> Zu prüfen ist allerdings, inwiefern das Beratungsgespräch auch die von *Habermas* und *Alexy* formulierten Diskursregeln erfüllt.

### a) Diskursteilnehmer

Nach *Habermas* muss der Diskurs grundsätzlich allen potentiell betroffenen sprach- und handlungsfähigen Subjekten offen sein.<sup>52</sup> Auch *Alexy* fordert, dass jeder, der sprechen kann, am Diskurs teilnehmen können muss.<sup>53</sup> Von der Abtreibung oder Fortsetzung der Schwangerschaft unmittelbar betroffen sind sowohl Mutter und Kind als auch mittelbar der Vater des Kindes. Das Beratungsgespräch ist allerdings als Dialog zwischen der Schwangeren und der Beratungsperson ausgestaltet. Die Tatsache, dass das ungeborene Kind wegen seiner Sprach- und Handlungsunfähigkeit nicht am Diskurs teilnehmen kann, verhindert aber nicht, dass seine Interessen im Diskurs argumentativ geltend gemacht werden können.<sup>54</sup> Der Diskurs ist vielmehr auch advokatorisch möglich.<sup>55</sup>

Für eine Fortsetzung der Schwangerschaft und somit im Interesse des Kindes argumentiert die beratende Person gleichsam als Vertreter. Die Tätigkeit der Beratungsperson ist dabei Ausdruck der durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Schutzpflicht des Staates.<sup>56</sup> Der Staat hat sich schützend vor das grundrechtlich geschützte Leben des *nasciturus* zu stellen, was er im Beratungsgespräch mittels der auf eine Fortsetzung der Schwangerschaft hinwirkenden Beratungsperson tut. Zudem kann die Beratungsperson die Interessen des Erzeugers in den Diskurs einbringen.

### b) Freiheit von Zwang

Das Beratungsgespräch müsste ebenfalls das von *Habermas* und *Alexy* geforderte Kriterium der Freiheit von Zwang erfüllen.<sup>57</sup> Dabei kann der Anspruch, das Beratungsgespräch als eine „ideale Sprechsituation“<sup>58</sup> auszugestalten, nicht erhoben werden, da es sich um einen realen Diskurs handelt. Allerdings sollte das Beratungsgespräch möglichst so ausgestaltet sein, dass weder äußere Zwänge noch solche Zwänge, die sich aus der Kommunikationsstruktur selbst ergeben, auf den Dialog zwischen den Diskursteilnehmern einwirken.<sup>59</sup>

Die Möglichkeiten der Schwangeren und der in Vertretung des ungeborenen Kindes und des Erzeugers agierenden Beratungsperson, am Gespräch teilzunehmen, sind im offenen Beratungsgespräch, das ohne bestimmte Kommunikationsregeln auskommt, gleich verteilt. Zwar soll die Beratungsperson auf die Schwangere dahingehend einwirken, dass sie sich für eine Fortsetzung der Schwangerschaft entscheidet. Dieses Einwirken kann allerdings nicht als Ausübung von Zwang oder Druck, durch welche die Kommunikationsstruktur verzerrt wird, angesehen werden. Das Vertreten eines bestimmten Standpunkts ist schließlich jeder argumentativen Auseinandersetzung inhärent. Der Berater bringt lediglich Argumente, die für eine Fortsetzung der Schwangerschaft sprechen, in den diskursiven Prozess mit ein.

### c) Interner Lern- und Willensbildungsprozess

*Habermas* beschreibt den Diskurs als einen Prozess schrittweiser Selbstreflexion des handelnden Subjekts.<sup>60</sup> Der Diskurs soll durch den Zwang zu vernünftiger Argumentation einen internen Lernprozess anstoßen, der eine reflektierte Willensbildung ermöglicht.

Dieses Phänomen spiegelt sich im Entscheidungsprozess der Schwangeren, welche die Letztentscheidung über den Abbruch oder die Fortsetzung der Schwangerschaft trifft, wider. Zur Selbstreflexion angeregt wird die Schwangere zunächst einmal dadurch, dass sie in der Beratung die Hintergründe ihres Abbruchwunsches darlegen muss. Sodann sieht sie sich Gegenargumenten des Beraters ausgesetzt. Der Berater führt moralische und rechtliche Umstände, die den Ausnahmeharakter eines straflosen Abbruchs verdeutlichen sollen, an und informiert über bestehende staatliche Unterstützung für den Fall der Fortsetzung der Schwangerschaft. Die Schwangere wird dadurch dazu ermutigt, ihren Abbruchwunsch in Anbetracht der Argumente des Beraters neu zu überdenken und umzuformulieren.

## 2. Beratungsverfahren als Diskurs

Dem Integrationsmodell *Hoffmanns* folgend kann auch das gesamte förmliche Beratungsverfahren, das die Schwangere zu durchlaufen hat, im weiteren Sinne als Diskurs angesehen werden. Um eine Aussage darüber zu treffen, ob sich die Konzeption des Beratungsverfahrens zur Begründung gerechter Ergebnisse eignet, soll es auf die Erfüllung der von *Hoffmann* entwickelten Kriterien der Verfahrensausgestaltung<sup>61</sup> untersucht werden.

### a) Sammlung entscheidungsrelevanter Informationen

Das Beratungsverfahren muss zunächst dazu geeignet sein, alle entscheidungserheblichen Informationen zu sammeln.<sup>62</sup> Als entscheidungserheblich müssen im Beratungsverfahren beim Schwangerschaftsabbruch all die Informationen angesehen werden, welche die Entscheidung für oder gegen eine Fortführung der Schwangerschaft unmittelbar betreffen oder potentiell beeinflussen können. Die Sammlung derartiger Informationen erfolgt im Beratungsgespräch, in dem alle Folgen eines Schwangerschaftsabbruchs oder einer Fortsetzung der Schwangerschaft durch die Schwangere, soweit sie zur Schilderung ihrer persönlichen Umstände bereit ist, sowie durch den Berater beleuchtet werden.

### b) Unvoreingenommene Informationsverarbeitung

Durch eine unvoreingenommene Informationsverarbeitung soll gewährleistet werden, dass der während des Verfahrens ablaufende Verstehensprozess, an dessen Ende eine

<sup>51</sup> BVerfGE 88, 203, 282.

<sup>52</sup> *Habermas* (Fn. 14), S. 99.

<sup>53</sup> *Alexy*, ARSP Beiheft 44, 1991, 30, 31: Regel (2.1).

<sup>54</sup> *Saliger*, ARSP Beiheft 75, 2000, 110, 114.

<sup>55</sup> Vgl. *Habermas* (Fn. 17), S. 156.

<sup>56</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1, 42 und BVerfGE 88, 203, 251.

<sup>57</sup> *Habermas* (Fn. 1), S. 211, 255; *Alexy*, ARSP Beiheft 44, 1991, 30, 31: Regel (2.3).

<sup>58</sup> Zur „idealen Sprechsituation“: *Habermas* (Fn. 1), S. 211, 252 f.

<sup>59</sup> Vgl. *Habermas* (Fn. 1), S. 211, 255.

<sup>60</sup> *Habermas* (Fn. 1), S. 211, 253.

<sup>61</sup> *Hoffmann* (Fn. 5), S. 195.

<sup>62</sup> Vgl. *Hoffmann* (Fn. 5), S. 195 f.



rechtfertigbare Entscheidung stehen soll, im höchsten Maße rational erfolgt.<sup>63</sup> Das Verfahren muss also Strukturen schaffen, in denen Unparteilichkeit gedeiht.<sup>64</sup>

Im förmlichen Beratungsverfahren lässt sich das Kriterium der Unparteilichkeit daran festmachen, dass es nicht mit der Aushändigung oder der Verweigerung einer Genehmigung des Abbruchs abschließt, sondern eine die Durchführung des Verfahrens bestätigende Bescheinigung ausgestellt wird. Das Beratungsverfahren wahrt im höchsten Maße Unvoreingenommenheit und Objektivität,<sup>65</sup> indem es letztlich keine Eigenaussage über die Angemessenheit der Abtreibung trifft. Die Letztentscheidung liegt in der Hand der Schwangeren.<sup>66</sup>

### c) Möglichkeit der rationalen Rechtfertigung des Ergebnisses

Schließlich muss das Verfahren auch die Möglichkeit einer rationalen Rechtfertigung seines Ergebnisses bieten. Die dafür erforderliche Rationalität der Entscheidungsfindung sowie die Herstellung von Chancengleichheit aller Teilnehmer werden schon durch den diskursiven Ablauf des Entscheidungsverfahrens strukturell gewährleistet.<sup>67</sup> Dies bedeutet für das förmliche Beratungsverfahren beim Schwangerschaftsabbruch, dass die Rationalität der Entscheidung für den Abbruch sich durch seine Ausgestaltung als Diskurs rechtfertigen lässt, in den alle notwendigen Informationen durch die betroffenen Verfahrensteilnehmer in aktiver dialogischer Teilnahme eingebracht werden.

### 3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist festzustellen, dass das Beratungsgespräch wie das Beratungsverfahren sich dazu eignen, im Rahmen einer ergebnisoffenen und somit zwanglosen Kommunikation einen Lern- und Willensbildungsprozess der Schwangeren anzuregen, in den auch die Interessen des Kindes und des Erzeugers eingehen. Sie schaffen die Voraussetzungen für eine verantwortliche Gewissensentscheidung<sup>68</sup> der Schwangeren, so dass der nachfolgende Schwangerschaftsabbruch als gerecht empfunden werden kann. Das förmliche Beratungsverfahren ist so konzipiert, dass es alle Informationen, die für eine die Abtreibung oder Fortsetzung der Schwangerschaft betreffende Entscheidung erforderlich sind, zusammenträgt und unvoreingenommen verarbeitet.

Ein derart „beratener Schwangerschaftsabbruch“ zeichnet sich, insbesondere aus Sicht einer prozeduralen Gerechtigkeitstheorie, durch ein hohes Maß an „Einzelfallgerechtigkeit“<sup>69</sup> aus. Diese Beobachtung steht im Einklang mit dem Richtigkeitsbegriff prozeduraler Gerechtigkeitstheorien, der gerade nicht voraussetzt, dass es auf jede praktische Frage eine richtige Antwort gibt, sondern den Charakter eines anzustrebenden Ziels hat.<sup>70</sup> Das Beratungsverfahren kann somit als Versuch, ein im konkreten Fall möglichst gerechtes Ergebnis zu erzielen, verstanden werden.

## II. Grenzen der Gerechtigkeitsbegründung durch das Beratungsverfahren

Spiegelbildlich zum vorhergehenden Teil sollen nun die Grenzen der Begründung gerechter Ergebnisse durch das Beratungsverfahren aufgezeigt werden. Wiederum geschieht dies aus den zwei Perspektiven des *Beratungsgesprächs* und des *Beratungsverfahrens*.

### 1. Beratungsgespräch als Diskurs

Strukturen des Beratungsgesprächs, die einer Legitimation seines Ergebnisses aus dem Diskursmodell heraus entgegenstehen könnten, sind in der möglicherweise begrenzten Teilnahmebereitschaft der Schwangeren, der zeitlichen Begrenzung des Gesprächs sowie der Unmöglichkeit einer Konsensgarantie zu sehen.

#### a) Teilnahmebereitschaft der Schwangeren

Das Beratungsgespräch kann als Diskurs nur dann zur Rechtfertigung seines Ergebnisses beitragen, wenn es die Willensbildung der Schwangeren fördert. Während der Berater nach dem SchKG verpflichtet ist, der Schwangeren bestimmte Umstände darzulegen und im Gespräch auf ihre persönliche Situation einzugehen, wird der Schwangeren lediglich die Pflicht zum Eintritt in das Beratungsgespräch auferlegt. Diese besteht gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 SchKG darin, dass von der Schwangeren „erwartet wird“, der beratenden Person die Gründe, derentwegen sie eine Abtreibung erwägt, darzulegen. Zu weitergehender Mitwirkung soll die Schwangere gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 SchKG ausdrücklich nicht gezwungen werden dürfen.<sup>71</sup> Es besteht für sie weder eine Mitwirkungs- noch eine Redepflicht.<sup>72</sup>

Das Funktionieren des Diskurses und die Entfaltung seiner legitimierenden Wirkung steht und fällt folglich mit der freiwilligen Teilnahmebereitschaft der Schwangeren. Unter Teilnahmebereitschaft ist dabei nicht nur die *kommunikative* Teilnahme der Schwangeren am Beratungsgespräch zu verstehen. Entscheidend ist vielmehr, dass sie das Beratungsgespräch Einfluss auf ihre eigene Entscheidung für oder gegen eine Abtreibung nehmen lässt. Eine Schwangere, die zur Abtreibung entschlossen ist und die Prozedur der Beratung nur über sich ergehen lässt, um den Beratungsschein zu erhalten, wird die vom Berater gebotenen Informationen in keiner Weise in ihren Willensbildungsprozess einfließen lassen. Die Konzeption des Beratungsgesprächs lässt somit die Möglichkeit zu, dass eine Legitimation der Beratung aus dem Diskursmodell heraus scheitert.

Hier tritt ein Kernproblem der Diskurstheorie hervor: Die Aufstellung und Rechtfertigung ihres Regelsystems.<sup>73</sup> Das Regelsystem muss einerseits stark sein, um möglichst viele von dem gewünschten Ergebnis abweichende Ergebnismöglichkeiten auszuschließen. Andererseits muss es schwach genug sein, um möglichst breite Zustimmung zu finden.

An der Tatsache, dass die Konzeption des Beratungsgesprächs die Möglichkeit erlaubt, dass sich eine Schwangere

<sup>63</sup> Hoffmann (Fn. 5), S. 196.

<sup>64</sup> Vgl. Hoffmann (Fn. 5), S. 197.

<sup>65</sup> Im Verwaltungsverfahren kann der Grundsatz der Unvoreingenommenheit als Gebot der Objektivität des staatlichen Entscheidungsträgers verstanden werden. Vgl. Hoffmann (Fn. 5), S. 216.

<sup>66</sup> BVerfGE 88, 203, 270; Hassemer (Fn. 3), S. 731, 732; Tröndle, NJW 1995, 3009, 3013.

<sup>67</sup> Hoffmann (Fn. 5), S. 199.

<sup>68</sup> Ähnlich: Eser, KritV Sonderheft 2000, 43, 48 f.

<sup>69</sup> Zur Einzelfallgerechtigkeit durch das Beratungsverfahren: Eser, KritV Sonderheft 2000, 43, 47; Hassemer, KritV Sonderheft 1, 1993, 156, 159.

<sup>70</sup> Alexy, ARSP Beiheft 44, 1991, 30, 35.

<sup>71</sup> Die dahingehenden Vorgaben des BVerfG im Zweiten Abtreibungsurteil betonend: Eser, JZ 1994, 503, 509.

<sup>72</sup> Vgl. Schulz, StV 1994, 38, 41.

<sup>73</sup> Alexy (Fn. 32), S. 103.

nicht auf die Beratung einlässt, kann eine gewisse Schwäche des Regelsystems festgemacht werden. Allerdings kann eine derartige Konzeption auch als Versuch,<sup>74</sup> einen optimalen Ausgleich zwischen Stärke und Schwäche zu finden,<sup>75</sup> angesehen werden. Ein stärkeres Regelungssystem, das die aktive Teilnahme der Schwangeren am Diskurs zwingend voraussetzt, könnte aufgrund stark paternalistischer Züge<sup>76</sup> wohl kaum auf gesellschaftliche Akzeptanz treffen und zudem die Schwangere in die Illegalität oder in das Ausland zwingen.

### b) Zeitliche Begrenzung des Gesprächs

Eine weitere Grenze könnte der diskursiven Gerechtigkeitsbegründung im Beratungsgespräch dadurch gezogen sein, dass es zeitlich nicht unbegrenzt erfolgen kann. *Alexy* erkennt darin einen der Unterschiede zwischen dem realen Diskurs und dem idealen Diskurs, aus dem heraus *Habermas* seine Gerechtigkeitsbegründung vornimmt.<sup>77</sup>

Außer Frage steht, dass das Beratungsgespräch durch die Zwölf-Wochen-Frist, innerhalb der gemäß § 218a Abs. 1 Nr. 3 StGB ein strafloser Abbruch möglich ist, zeitlich begrenzt ist. Allerdings müsste es zumindest den zum Anstoß und Ablauf eines Willensbildungsprozesses bei der Schwangeren erforderlichen Zeitrahmen bieten. Der Notwendigkeit dazu wird die in § 7 Abs. 2 SchKG getroffene Regelung, die es dem Berater gestattet, das Beratungsgespräch zu verlängern, gerecht. Dadurch, dass die Dauer des Beratungsgesprächs somit bis zu einem gewissen Grad flexibel ausgestaltet ist, wird einer Begrenzung des Diskurses unter zeitlichen Gesichtspunkten entgegengewirkt.

### c) Konsensproblem

Einer Gerechtigkeitsbegründung durch das Beratungsgespräch könnte ferner entgegenstehen, dass es nicht garantieren kann, in jedem Fall zu einem Konsens zu führen. Zu klären ist zunächst, worin ein solcher Konsens überhaupt bestehen könnte. Im Beratungsgespräch werden die widerstreitenden Interessen der *Autonomie der Schwangeren*, die sich zur Austragung des Kindes außerstande sieht und deshalb abtreiben möchte, und des *Lebensanspruches des Kindes* geltend gemacht. Ein Konsens kann nur in einem Ausgleich dieser beiden Interessen bestehen.<sup>78</sup> Erkennt die Schwangere im Rahmen der Beratung, dass eine Mutterschaft mit ihrer Lebenssituation vereinbar ist, und bricht die Schwangerschaft im Interesse des Kindes nicht ab, so wäre ein solcher erreicht. Dies kann aber nicht für jeden Fall garantiert werden.

Dass selbst in idealen Diskursen nicht immer ein Konsens erzielt werden kann, hat *Alexy* zutreffend festgestellt.<sup>79</sup> Es handelt sich bei dem Konsensproblem um ein Problem, das in der Diskurstheorie selbst verankert ist, allerdings muss die Tatsache, dass im Beratungsgespräch nicht immer ein Konsens erzielt werden kann, der Begründung von Gerechtigkeit aus dem Gespräch heraus nicht entgegenstehen. Wie bereits dargestellt, kann die Richtigkeit der Abtreibung im Sinne des Diskursmodells daran festgemacht werden, dass die Schwangere die Interessen des Kindes und Erzeugers in ihren Willensbildungsprozess mit einbezogen und sich dennoch zu einem Abbruch entschlossen hat.

## 2. Beratungsverfahren

Auch der Begründung der Richtigkeit des Abbruchs durch das förmliche Beratungsverfahren könnten Grenzen gezogen sein. An dieser Stelle soll die grundlegende Frage auf-

geworfen werden, ob und inwieweit die Behauptung, ein Abbruch sei gerecht beziehungsweise richtig, allein durch die Vorschaltung einer bestimmten Prozedur begründet werden kann. Diese Frage ist eng mit der an prozeduralen Gerechtigkeitstheorien allgemein geübten Kritik verbunden. Vorgeworfen wird den Theorien, sie versuchten Inhalte allein aus der Form zu gewinnen, was einem Zirkelschluss gleichkomme.<sup>80</sup> In Frage gestellt wird dadurch der Anspruch, den jede prozedurale Gerechtigkeitstheorie erhebt: nämlich materiale Gerechtigkeit zu ermitteln und somit Gerechtigkeitsnormen zu begründen und philosophisch in Geltung zu setzen.<sup>81</sup>

### a) Wahre Inhalte allein aus der Form?

Die insbesondere beim *habermasschen* Diskursmodell bestehende Problematik, Inhalte allein aus der Form abzuleiten, diskutiert *Arthur Kaufmann*.<sup>82</sup> Er macht geltend, dass es, anders als bei *John Rawls*, dessen Theorie bestimmte materielle Gerechtigkeitsvorstellungen unterstelle, bei *Habermas* keinerlei Prioritätskriterium für das bessere Argument gebe, weshalb der praktische Diskurs letztlich ein „leeres Prinzip“ bleibe.<sup>83</sup> In ähnlicher Form weist *Lucian Kern* darauf hin, dass das Diskursmodell zwar immer eine Lösung ermögliche, diese aber letztlich beliebig bleibe, da das Modell keinerlei Hinweise darauf gebe, worauf das bessere Argument beruhe.<sup>84</sup>

Das Unterfangen, Gerechtigkeit allein durch bestimmte Verfahrensregeln zu begründen, ohne materiale Wertvorstellungen irgendeiner Art vorauszusetzen, kommt einem Zirkelschluss gleich, den *Kaufmann* dadurch beschreibt, dass „der Wahrheitsprozess nicht dem Münchhausen gleichen“ und sich „am eigenen Zopf aus dem Sumpf ziehen“ solle.<sup>85</sup> Um diesen Zirkelschluss zu vermeiden, muss zum „Wie“ der Gerechtigkeitsbegründung immer auch das nicht weniger wichtige „Was“ hinzutreten;<sup>86</sup> dem Diskurs muss ein „Gegenstand“ gegeben werden.<sup>87</sup>

Kritisiert wird an *Habermas* im Ergebnis, dass er die Bedeutung von Wirklichkeitsaussagen für eine Gerechtigkeitstheorie verkenne.<sup>88</sup> Produziert werden könne durch die Diskurstheorie deshalb nur formale Rationalität in Form der Nachvollziehbarkeit, Mittelbarkeit, Plausibilität, Verständlichkeit

<sup>74</sup> Der Versuchscharakter der Regelung wird insbesondere an der Unsicherheit des BVerfG im Zweiten Abtreibungsurteil bezüglich dieser Frage deutlich: vgl. BVerfGE 88, 203, 284 f. im Gegensatz zu BVerfGE 88, 203, 285.

<sup>75</sup> Eine Methode zur Schaffung eines optimalen Ausgleichs beschreibt *Alexy*, (Fn. 32), S. 103.

<sup>76</sup> Zum paternalistischen Charakter des Zwangs zur Teilnahme: *Schulz*, StV 1994, 38, 41.

<sup>77</sup> *Alexy*, ARSP Beiheft 44, 1991, 30, 35.

<sup>78</sup> Zum sog. „moralischen Konsens“ vgl. *Bayertz*, in: Ders. (Hrsg.), *Moralischer Konsens*, 1996, S. 66-72.

<sup>79</sup> *Alexy* (Fn. 32), S. 115.

<sup>80</sup> Problematisiert bei: *Kaufmann* (Fn. 7), S. 17 f.; *Kern*, in: Kern/Müller (Hrsg.), *Gerechtigkeit, Diskurs oder Markt?*, 1986, S. 93.

<sup>81</sup> *Hoffmann* (Fn. 5), S. 202; *Habermas*, KJ 1987, 1, 11-13.

<sup>82</sup> *Kaufmann*, in: FS Maihofer, 1988, S. 11, 37.

<sup>83</sup> *Kaufmann* (Fn. 7), S. 18.

<sup>84</sup> *Kern* (Fn. 80), S. 83 f.

<sup>85</sup> *Kaufmann* (Fn. 7), S. 2, beruft sich auf das sog. „Münchhausendilemma“ beziehungsweise „-trilemma“.

<sup>86</sup> *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995, S. 216.

<sup>87</sup> *Kaufmann* (Fn. 7), S. 21.

<sup>88</sup> Vgl. *Deckert* (Fn. 86), S. 214.

und Akzeptabilität des Entscheidungsinhalts.<sup>89</sup> Materielle Gerechtigkeit könne sie für sich allein nicht hervorbringen.<sup>90</sup>

Daraus ergibt sich in Bezug auf das Beratungsverfahren beim Schwangerschaftsabbruch, dass allein durch die Institutionalisierung eines Verfahrens nicht darauf geschlossen werden kann, dass die erzielten Ergebnisse tatsächlich gerecht sind. Nur weil einem Schwangerschaftsabbruch eine förmliche Prozedur vorhergeht, kann er nicht als richtig beziehungsweise gerecht beurteilt werden.<sup>91</sup> Das förmliche Verfahren als solches bleibt ein ebenso leeres Gerüst wie die Konstruktion der idealen Sprechsituation.

### b) Einbeziehung von Erfahrung

Das Potential prozeduraler Gerechtigkeitstheorien sieht Kaufmann vielmehr darin, Gerechtigkeit *im Verfahren* zu begründen.<sup>92</sup> Gerechtigkeit könne nicht „einzig durch Verfahren, aber doch sehr wohl im Verfahren, das will sagen: nicht ohne Verfahren“<sup>93</sup> begründet werden. Grundideen des „Was“ der Gerechtigkeit müssen also in das „Wie“ des Verfahrens mit eingebracht werden, um gerechte Ergebnisse zu erzielen.

Auch das Beratungsverfahren kann einen Schwangerschaftsabbruch nur dann als gerecht erscheinen lassen, wenn der Ausgestaltung des Verfahrens bestimmte Wertvorstellungen und Erfahrungen zu Grunde liegen. Das Beratungsverfahren will zum einen den Gedanken, dass auf Grund der Höchstpersönlichkeit des Schwangerschaftskonflikts eine Gewissensentscheidung nur von der Schwangeren selbst getroffen werden kann, umsetzen.<sup>94</sup> Wegen der Unfähigkeit Dritter zur Einschätzung der fraglichen Wertekollision zwischen den Interessen der Schwangeren und dem Lebensrecht des Kindes soll die Letztverantwortlichkeit für den Abbruch bei der Schwangeren liegen.<sup>95</sup> Der Schwangeren wird somit die alleinige moralische Kompetenz zur Entscheidung über die Richtigkeit beziehungsweise die Gerechtigkeit eines Abbruchs zugewiesen.

Die auf Erfahrung beruhende Erkenntnis, dass Gerechtigkeit beim Schwangerschaftsabbruch nur durch eine Gewissensentscheidung der Mutter möglich ist, wird im Beratungsverfahren, das eine solche verantwortliche Gewissensentscheidung ermöglichen soll, umgesetzt. Als „Was“ der Gerechtigkeitsbegründung wird diese Erkenntnis im „Wie“ des Beratungsverfahrens gleichsam vorausgesetzt und realisiert. Gerechtigkeitsbegründung erfolgt beim Schwangerschaftsabbruch also insbesondere auch *im Verfahren*. Auch wenn diese Erkenntnis nicht unbestritten sein kann, wird das Beratungsverfahren als bestmögliche Lösung zum Lebensschutz des Kindes und damit im weiteren Sinne auch zur Schaffung von Gerechtigkeit empfunden.<sup>96</sup>

### E. Fazit

Der Gang der hier durchgeführten Untersuchung zeigt, dass die eingangs geschilderte Parallelität der Entwicklung proze-

duraler Tendenzen in Rechtsphilosophie und Strafrecht kein Zufall ist. Prozedurale Verfahrensgestaltungen wie das Beratungsverfahren beim Schwangerschaftsabbruch stellen reale Ausprägungen der prozeduralen Denkmodelle dar.<sup>97</sup> Ausgehend von dem Grundgedanken der Gerechtigkeitsbegründung durch Verfahren nutzen reale rechtliche Verfahrensgestaltungen das Potential prozeduraler Gerechtigkeitstheorien dazu, informationsbasierte, transparente und akzeptable Lösungen für moralisch schwer zu bewältigende Probleme zu finden.

Allerdings kann der von *Habermas* beschriebene praktische Diskurs, wie das Beispiel des Beratungsgesprächs zeigt, in seiner idealen Form nicht vollkommen rechtlich institutionalisiert werden. Ein in rechtlichen Verfahren tatsächlich geführter Diskurs kann deshalb wohl nur zur Begründung relativer Richtigkeit oder einer spezifisch prozeduralen Gerechtigkeit dienen. Dies macht auch das Insistieren des Bundesverfassungsgerichts, den beratenen Schwangerschaftsabbruch trotz seiner Straflosigkeit als strafrechtliches Unrecht anzusehen, deutlich.<sup>98</sup> Die Ambivalenz der entwickelten Lösung,<sup>99</sup> die es letztlich auch dem Bürger erschwert, zwischen Recht und Unrecht zu unterscheiden,<sup>100</sup> zeugt davon, dass das Bundesverfassungsgericht sich davor scheut, den beratenen Schwangerschaftsabbruch allein auf Grund seiner prozeduralen Legitimation als richtig beziehungsweise gerecht anzuerkennen.

Prozedurale Denkmodelle werden sich somit wohl niemals vollständig von dem Vorwurf freimachen können, nur Kompromisse darzustellen. Eine Letztbegründung der Richtigkeit des Abbruchs allein aus Prozeduralität heraus bleibt fraglich. Solange aber keine anderen Wege der Bewältigung derartiger moralischer Probleme gefunden werden, bieten prozedurale Gerechtigkeitstheorien die besten Möglichkeiten, den dennoch bestehenden Entscheidungsnotwendigkeiten zu begegnen. ■

<sup>89</sup> Vgl. *Deckert* (Fn. 86), S. 214.

<sup>90</sup> *Deckert* (Fn. 86), S. 214 f.

<sup>91</sup> Ähnlich: *Kayßer*, Abtreibung und die Grenzen des Strafrechts, 1997, S. 152.

<sup>92</sup> *Kaufmann* (Fn. 82), S. 11, 36.

<sup>93</sup> *Kaufmann* (Fn. 7), S. 20 f.

<sup>94</sup> Vgl. *Eser*, ZRP 1991, 291, 297 f.

<sup>95</sup> Vgl. *Eser*, KritV Sonderheft 2000, 43, 47.

<sup>96</sup> Vgl. dazu *Ossenbühl*, KritV Sonderheft 1, 1993, 178; *Hassemer* (Fn. 3), S. 731, 751.

<sup>97</sup> Ähnlich *Saliger* (Fn. 9), S. 132, der von einer „rechtlichen Institutionalisierung von Diskursen“ spricht.

<sup>98</sup> Vgl. BVerfGE 88, 203, 255.

<sup>99</sup> Im Ergebnis wird ein als rechtswidrig angesehenes Verfahren in Aussicht gestellt, vgl. *Wolter*, in: FS Roxin, 2001, S. 207, 223.

<sup>100</sup> Vgl. *Kaufmann*, JZ 1992, 981, 985.

---

# Keine Ausgabe mehr verpassen?

Einfach unter [www.law-journal.de](http://www.law-journal.de) eintragen und benachrichtigen lassen!

---

Nele Bull, LL.B., Hamburg\*

**Staatliche Haftung für staatliche „Fehlplanung“****Rechtsstaatliche Notwendigkeit oder Lähmung hoheitlicher Gestaltung? Die Frage der Plangewährleistung.****I. Einleitung**

„Je planvoller der Mensch vorgeht, desto wirkungsvoller trifft ihn der Zufall“.<sup>1</sup> Wie kann der Bürger wirksam vor solchen Zufällen geschützt werden? Wie geht das Recht mit unvorhersehbaren Planungsfolgen um? Sollten die Planadressaten das alleinige Risiko hoheitlicher Fehlplanungen tragen?

Der Bürger sieht sich heutzutage einer Vielfalt internationaler bis regionaler Planungen gegenübergestellt. Obwohl wir um die Grenzen rationaler Planung<sup>2</sup> und Steuerung des Staates wissen,<sup>3</sup> sind hoheitliche Planungen als Konsequenz der umfassenden Gemeinschaftsverantwortung unverzichtbar.<sup>4</sup> Staatliche Pläne, die gerne als „Töchter der Krise“ bezeichnet werden,<sup>5</sup> stellen sehr eigenartige rechtliche Gebilde dar. Es fehlt an einem einheitlichen Regelwerk für den Umgang mit ihnen; sie können verschiedene Rechtsformen annehmen<sup>6</sup> und treten zusehends an die Stelle klassischer Eingriffe.<sup>7</sup> Ungeklärt verbleiben dabei die Rechte der Planadressaten, also derjenigen, die sich auf Planungen einstellen, Dispositionen treffen und demnach ein Stabilitätsinteresse haben.<sup>8</sup> Denn ihnen gegenüber steht das Flexibilitätsinteresse des Staates, der seine Planungen an sich stets verändernde Umstände anpassen möchte. Dieser brisante Interessenkonflikt ist bisher ungelöst. Wie sollen sich Betreiber von Atomkraftwerken und Hersteller von Windrädern in der Zukunft strategisch ausrichten? Auf welche Laufzeitenvereinbarung können sie sich einstellen? Haben Sie Ansprüche gegen den Staat, wenn dieser seine Planungen ändert?

Gemeinhin unterscheidet man hier zwischen indikativen (z.B. Agrarbericht<sup>9</sup>), imperativen<sup>10</sup> (z.B. Haushaltspläne), und influenzierenden Plänen. Letztere arbeiten mit *vires indirectae* wie „Kooperation [...] Appell, Prämie, Anreiz und Drohung“<sup>11</sup>. An rechtsstaatlichen Kategorien gemessen ist der influenzierende Plan „weder Fisch noch Fleisch“<sup>12</sup>. Die herkömmlichen am Antagonismus von Freiheit und (hoheitlichem) Zwang ausgerichteten<sup>13</sup> juristischen Kategorien können nicht mehr weiterhelfen. Dieser influenzierende Plan steht im Mittelpunkt der Plangewährleistung:

Die Einsicht, dass Planungen nicht in einem „luftleeren Raum [...] sondern in der Gesellschaft“ verwirklicht werden und zwischen Plangeber und Planadressat eine Abhängigkeit besteht,<sup>14</sup> führt zu der Kernfrage, ob und unter welchen Voraussetzungen das planbezogene Vertrauen des Planadressaten rechtlichen Schutz verdient.<sup>15</sup> Die Figur der Plangewährleistung, also der Risikoverteilung bei Aufhebung, Änderung oder Nichteinhaltung von Plänen,<sup>16</sup> könnte eine solche Lösung – hergeleitet von spezialgesetzlichen Ausformungen, Lösungen durch die Rechtsprechung sowie Vorschlägen des Schrifttums – darstellen.

**II. Spezialgesetzliche Ausformungen**

Eine einfachrechtliche Ausformung hat dieser Gedanke bisher nur in wenigen Rechtsgebieten erfahren: §§ 39, 42 BauGB, § 21 IV BImSchG und § 49 VwVfG.<sup>17</sup> Sämtliche Bestimmungen erfassen individualisierte und rechtlich ver-

pflichtende Verhältnisse und damit imperative Pläne, deren Veränderungen in der Hand der öffentlichen Verwaltung liegen.<sup>18</sup> Nur bei imperativen Plänen könnte gegebenenfalls über Analogien zu den §§ 39-42 BauGB nachgedacht werden. Die problematischeren influenzierenden Pläne verbleiben bisher ein Instrument der Praxis, welches vom Gesetzgeber bewusst genutzt, und gleichzeitig eine schützende Regelung vermieden wird.

**III. Entwicklung einer Figur der Plangewährleistung**

Plangewährleistung wurde bereits 1944 von *Hedemann*<sup>19</sup> gefordert. Doch erst als *Ipsen* 1952 in einem später teilweise veröffentlichten Gutachten<sup>20</sup> und kurz darauf auf der Marburger Staatsrechtslehrtagung den Ausdruck „Plangewährleistungsanspruch“<sup>21</sup> (PGA) prägte, fand das Thema Eingang in den rechtswissenschaftlichen Diskurs.<sup>22</sup> Es wurde zum Modethema<sup>23</sup> während der Planungseuphorie der siebziger Jahre.<sup>24</sup>

\* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag entstand im Schwerpunkt „Grundlagen des Rechts“.

<sup>1</sup> *Dürrenmatt*, Die Physiker, Anhang: 21 Punkte zu den Physikern, Punkt 8, 1998.

<sup>2</sup> *Scharpf*, Politische Vierteljahresschrift 13, 1972, Sonderheft 4, 168.

<sup>3</sup> *Mayntz*, in: Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, 1987, S. 89, 89 - 93.

<sup>4</sup> *Badura*, DÖV, 1968, 446, 453; *Schuppert*, VerwWiss, 98, 98-99; ähnl. *Forsthoff*, DVBl 1957, 113, 113-117.

<sup>5</sup> *Kaiser*, Vorwort, in: *ders.* (Hrsg.), Planung III, 1968, S. 7.

<sup>6</sup> *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 141.

<sup>7</sup> Vgl. *Oldiges*, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, 1969, S. 55 ff.; *Schenke*, AöR 101 (1976), 337, 338, die *Ipsens* Definition der Wirtschaftsplanning, in: *Kaiser* (Hrsg.), Planung II, 1968, S. 63, 89 nennen.

<sup>8</sup> Statt Vieler: *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht<sup>5</sup>, 1998, S. 381.

<sup>9</sup> Vgl. *Köck*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 37 Rn. 46.

<sup>10</sup> *Egerer* sah imperative Pläne noch als die Verfassung an sich, die er mit der allumfassenden Planwirtschaft der DDR gleichsetzte: *Egerer*, Plangewährleistungsanspruch, 1971, S. 30f.

<sup>11</sup> So bereits *Werner*, NJW, 1954, 1625, 1626; vgl. *Ossenbühl* (Fn. 8), S. 382.

<sup>12</sup> *Ossenbühl*, Gutachten B, 1974, S. 196.

<sup>13</sup> *Ossenbühl* (Fn. 8), S. 197.

<sup>14</sup> *Redeker*, JZ 1968, 538, 541.

<sup>15</sup> *Blanke*, Vertrauensschutz, 2000, S. 279.

<sup>16</sup> *Brohm*, JURA 1968, 617 ff.; *Köck* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Fn. 9), § 37 Rn. 117; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>17</sup>, 2009, § 16 Rn. 26.

<sup>17</sup> Gebiete mit Planungstradition, vgl. *Brohm*, JURA 1968, 617, 623; *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Kommentar zum VwVfG<sup>7</sup>, 2008, § 49 Rn. 118; *Johlen*, NJW 1976, 2155, 2156; *Ossenbühl* (Fn. 8), S. 384; Vgl. *Oldiges* (Fn. 7), S. 45.

<sup>18</sup> *Ossenbühl*, JuS 1975, 545, 547.

<sup>19</sup> *Hedemann*, Deutsches Recht 1944, 545 ff.

<sup>20</sup> „Über Auswirkungen der Liberalisierung der Fettwirtschaft auf die Rechtslage der Ölmühlen“, teilabgedruckt bei *Ipsen*, in: FS E. Huber, 1973, S. 222 ff.; vgl. auch *Kriele*, DÖV 1967, 531; *Schenke*, AöR 101 (1976), 337, 341.

<sup>21</sup> *Ipsen*, VVDStRL 11 (1952), 129; Bericht in: JZ 52, 759, 761.

<sup>22</sup> *Ipsen*, in: *Kaiser* (Hrsg.), Planung I, 1965, S. 37-38; von „Durchbruch“ spricht *Blanke* (Fn. 15), S. 278.

<sup>23</sup> *Ossenbühl* (Fn. 8), S. 378; vgl. *Hoppe*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV<sup>3</sup>, 2006, § 77 Rn. 2 ff. m. w. N.

<sup>24</sup> *Hoppe*, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 23), § 77 Rn. 3; *Stern*, Staatsrecht, Bd. II, 1980, S. 700; *Blanke* (Fn. 15), S. 278.

Einigkeit herrschte in der „Lehre von der Plangewährleistung“<sup>25</sup> (nur) darüber, dass die Risikoverteilung bei Planänderungen in eine juristische Konstruktion gegossen werden sollte.<sup>26</sup>

### 1. Systematische Einordnung der Plangewährleistung

Der Anspruch der Plangewährleistung soll das bestehende System planbezogener Ansprüche ergänzen, sofern andere speziellere, rechtlich verbindliche Anspruchsgrundlagen nicht greifen. Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn der Plan nicht in eine bestimmte Rechtsform eingeordnet werden kann, denn für diese Pläne hält die Rechtsordnung mit dem herkömmlichen Ersatzleistungsrecht ausreichend Lösungsmöglichkeiten bereit.<sup>27</sup> Für die Folgen rechtswidrigen Handelns stellt unser Staatshaftungsrecht ausreichende Haftungstatbestände zur Verfügung. Doch insbesondere die influenzierende Pläne sind diesen Rechtsformen zumeist nicht zuzuordnen. Zudem betrifft die Plangewährleistung rechtmäßige Änderungen hoheitlicher influenzierender Planungen, die bisher rechtlich nicht geregelt sind. Bedeutsam ist hierbei, dass dem Bürger als Planadressaten eine Dispositionsfreiheit verblieben ist, mit deren Ausübung er sein Vertrauen bestätigt<sup>28</sup>. Fraglich ist daher, welchen Schutz er verlangen kann und wie er diese Ansprüche durchsetzen könnte.

### 2. Ansätze der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung ist stets sehr zurückhaltend mit Ansprüchen wegen Planänderungen umgegangen.<sup>29</sup> Heute schließt sie Ansprüche jedoch nicht mehr allgemein aus,<sup>30</sup> sondern hält Ausnahmen in atypischen Fällen für möglich. Ein solcher läge laut BGH vor, wenn *durch die besonderen Umstände des Falles ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden wäre, aufgrund dessen ein Unternehmer sich auf das Weiterbestehen des Schutzzolles hätte verlassen dürfen, etwa wenn durch die Bundesregierung unter Hinweis auf das Bestehen des Schutzzolles zu erhöhten Aufwendungen und Investitionen veranlasst worden wäre.*<sup>31</sup> Das BVerfG hält eine Planänderung für mit der Rückwirkung von Gesetzen vergleichbar,<sup>32</sup> und löste Plangewährleistungsfragen mit Hilfe einer Interessenabwägung zwischen dem Wohl der Allgemeinheit und dem Vertrauen des Einzelnen.<sup>33</sup>

Die verfassungsrechtliche Basis der Plangewährleistung stellt also nach Ansicht der Rechtsprechung der Vertrauensschutz dar.<sup>34</sup>

### 3. Ansätze des Schrifttums

Das Schrifttum stellte die rechtliche Fundierung, die Ausformung von Anspruchsvoraussetzungen und die Rechtsfolgen der Plangewährleistung in den Vordergrund.<sup>35</sup> Fraglich war zunächst, ob man den PGA in das herkömmliche Anspruchssystem einordnen oder als Institut sui generis ausgestalten sollte.

#### a) Traditioneller Ansatz über Art. 14 GG

Die „traditionelle Linie“ verortet den PGA im Bereich des Art. 14 GG als subjektiv-öffentliches Vermögensrecht,<sup>36</sup> gemäß den Grundsätzen des enteignungsgleichen Eingriffs,<sup>37</sup> oder im Bereich des Instituts der Aufopferung.<sup>38</sup> Gegen diesen dogmatischen Weg könnte jedoch sprechen, dass dadurch der Eigentumsbegriff aus Art. 14 GG endgültig konturlos würde und außerdem ein so weitreichender Schutz zu einer Lähmung staatlicher Planung führte.<sup>39</sup> Das Wesen der Pla-

nung liegt in seiner ständigen Anpassung, sodass aus der bloßen Beeinträchtigung eines Planadressaten nicht automatisch die Rechtswidrigkeit der Änderung gefolgert werden kann. Die also meist verhältnismäßigen und damit rechtmäßigen Planänderungen könnten zwar vom enteignungsgleichen Eingriff erfasst werden.<sup>40</sup> Dabei bleibt aber zu bedenken, dass das BVerfG die schrankenlose Handhabung des enteignungsgleichen Eingriffs des BGH ablehnt.<sup>41</sup> Dieser führt zwar die Figur des enteignungsgleichen Eingriffs trotzdem fort, wählte aber mit einem zusätzlichen Unmittelbarkeitskriterium eine „Bremswirkung“ gegen eine unaufhaltsame Ausweitung von Entschädigungen.<sup>42</sup> Insbesondere bei enger Auslegung dieses Unmittelbarkeitskriteriums dürfte bei einer Änderung eines influenzierenden, mittelbar wirkenden Planes, der Nachweis der Kausalität erheblich erschwert,<sup>43</sup> wenn nicht gar unmög-

<sup>25</sup> Kriele, DÖV 1967, 531.

<sup>26</sup> Schenke, AöR 101 (1976), 337, 341; Kriele, DÖV 1967, 531.

<sup>27</sup> Allgemein: Ossenbühl (Fn. 8), S. 199; Burmeister, Staatshaftung für Planschäden der Wirtschaft, 1969, S. 30-46; v. Simson, in: Kaiser (Fn. 22), S. 409 ff.; Pläne in Gesetzesform: Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht<sup>5</sup>, 2008, S. 306-312; Korbmacher, WiVerw 1979, 43; Schuppert (Fn. 6), S. 212 f., 374 f.; Stein/Frank, Staatsrecht<sup>20</sup>, 2007, § 20 II 8; Stein/Itzel/Schwall, Praxishandbuch des Amts- und Staatshaftungsrechts, 2005, Rn. 440.; Pläne als Rechtsnormen: BVerfG NJW 1976, 1563; 1963, 29, 30 f.; 1969, 835, 837; Blanke (Fn. 15), S. 281; Pläne als Verwaltungsakte: Ossenbühl (Fn. 8), S. 199; v. Simson, in: Kaiser (Fn. 23), S. 405, 412-422; Pläne als Verwaltungsvorschriften: Ossenbühl (Fn. 8), S. 200; Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V<sup>3</sup>, 2007, § 104 Rn. 53 ff.; Maurer (Fn. 16), § 24 Rn. 20-30; zur Selbstbindung der Verwaltung: Pietzcker, NJW 1981, 2087 ff.

<sup>28</sup> Ehlermann Wirtschaftslenkung und Entschädigung, 1957, S. 68 f.

<sup>29</sup> Korbmacher, WiVerw 1979, 37, 39; zuletzt verneinend: BVerwG NVwZ 2003, 1381, 1382 („Lehrter Bahnhof“); OVG Lüneburg, Urteil vom 21.11.2007 – Az. 13 LB 517/04 –, veröffentlicht in BeckRS 2007, 28061.

<sup>30</sup> Anders das RG im Gefrierfleischfall, in dem trotz ausdrücklicher Vereinbarung der Wirtschaftskreise über die Aussetzung des Einfuhrverbots bis mindestens Ende 1933 schon früher Zölle wieder eingeführt und Einfuhrbeschränkungen erlassen wurden, sodass die in Erwartung langjähriger Importe getroffenen Dispositionen wertlos wurden. Der Gesetzgeber sei selbsterhellend: RGZ 139, 177, 180.

<sup>31</sup> BGH NJW 1966, 877, 878; ähnlich/bestätigt BGH NJW 1964, 769, 770; 1968, 293 ff.; 1980, 2700 ff.; 1983, 215, 216; 1997, 2115, 2118. Entschädigungen wurden bejaht im TÜV-Fall, BGH NJW 1957, 1927, 1928, wobei der BGH es dem zuständigen Gericht überließ, festzustellen ob es sich hierbei um eine Enteignungsschädigung oder eine Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff handelte.

<sup>32</sup> BVerfG NJW 1971, 1211, 1212.

<sup>33</sup> Blanke (Fn. 15), S. 281.

<sup>34</sup> Blanke (Fn. 15), S. 281; so auch der BGH bei Amtshaftungen: sog. Altlastenfälle, vgl. Bömer, NVwZ 1996, 749 ff.; Ossenbühl, in: GS Burmeister, 2005, S. 289 ff.; Küch, Vertrauensschutz durch Staatshaftung, 2002, S. 25 ff.

<sup>35</sup> Ausführliche Übersicht: Egerer (Fn. 10), S. 45-50; Aufzählung bei Kriele, DÖV 1967, S. 531 ff., welche von Burmeister (Fn. 27), S. 21-46 ergänzt wurde.

<sup>36</sup> Burmeister (Fn. 27), S. 43-45; Ehlermann (Fn. 28), S. 71.

<sup>37</sup> Ruffner, BB 1968, 881, 884.

<sup>38</sup> Merk, VVDStRL 18 (1959), 198; Imboden, ebd., 142; Friesenhahn, ebd., 199; BGH NJW 1957, 1972; BGH NJW 1964, 769; BGH NJW 1966, 877; BGH NJW 1968, 293; BGH NJW 1980, 2700; BGH NJW 1983, 215; vgl. Badura, in: v. Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht<sup>5</sup>, 1979, S. 279. Vgl. kritisch BVerfGE 14, 288, 293 f.; 16, 94, 111 f.; 18, 392, 397; 24, 220, 226; abw. Rupp-von Brünneck, BVerfGE 32, 129, 142 f. Kritisch auch C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1985, S. 110 ff.; Schenke, AöR 101(1976), 337, 356, der auf die Diskussion um den enteignungsgleichen Eingriff verweist, hierzu: Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, 1965.

<sup>39</sup> Schenke, AöR 101(1976), 337, 355.

<sup>40</sup> Zur Einordnung: Redeker, JZ 1968, 537, 542.

<sup>41</sup> BVerfGE 58, 300, 331 f.; vgl. Rupp, NJW 1982, 1731, 1733.

<sup>42</sup> Ossenbühl (Fn. 8), S. 201.

<sup>43</sup> Ossenbühl (Fn. 8), S. 201.

lich sein. Folglich erscheint es auch über den Umweg des enteignungsähnlichen Eingriffs nicht möglich, einen wirksamen Plangewährleistungsanspruch an Art. 14 GG anzuknüpfen.

### b) Alternative Ansätze

Um die aufgezeigten Schwierigkeiten zu vermeiden, hat man nach anderen Grundlagen gesucht, um einen PGA abzustützen:

So wurde vorgeschlagen, die Regelungen über die Aufhebung von Verwaltungsakten auf Planungen zu übertragen.<sup>44</sup> Dies ist heute für Pläne, die in der Form des Verwaltungsaktes ergehen, angesichts der detaillierten gesetzgeberischen Ausprägungen der §§ 48, 49 VwVfG anerkannt, hilft aber bei influenzierenden Plänen nicht weiter.

Andere Autoren bemühten sich um Konstruktionen mittels faktischem Vertragsverhältnis zwischen Planadressaten und Plangeber<sup>45</sup> oder einer Anspruchs begründung aus einem an „*culpa in contrahendo*“ erinnernder Tatbestand vertragsähnlicher Art.<sup>46</sup> Doch fehlt es bei influenzierenden Plänen regelmäßig an der privatrechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses und damit einem Verträge kennzeichnenden Kontakt der Parteien.<sup>47</sup> Außerdem beruht die Annahme eines vertragsähnlichen Verhältnisses auf einer Fiktion.

Als Basis kommt aber ein Anspruch aus öffentlich-rechtlichem Vertrag in Betracht. Allerdings setzt dies gem. § 57 VwVfG einen wirksamen schriftlichen Vertragsschluss voraus, woran es in den meisten Fällen fehlt. Nur große Wirtschaftsunternehmen können als starker Verhandlungspartner auf einen Vertragsabschluss drängen. Die hierin liegende Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 GG gegenüber den normalen Bürgern ist gerechtfertigt, da die Zukunft eines Wirtschaftsunternehmens und insbesondere der Erhalt von Arbeitsplätzen zahlreiche Leben einzelner Bürger betrifft. Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist folglich eine Lösung, die eine vorher vereinbarte Risikoverteilung vor allem im Bereich des Wirtschaftsplanungsrechts ermöglicht.<sup>48</sup>

Als letzter und erfolgversprechender Ansatz bleibt der Versuch, die Prinzipien des Rechts- und Sozialstaates<sup>49</sup> fruchtbar zu machen, welche Vertrauensschutz gebieten.<sup>50</sup> Auf dieser Grundlage wurden bereits Tatbestandsmerkmale eines PGA entwickelt,<sup>51</sup> worauf später genauer eingegangen werden soll.

### c) Fazit

Eine Anspruchs begründung zum Ausgleich von Nachteilen aufgrund von Planänderungen ist in den sechziger und siebziger Jahren vielfältig gesucht, aber nicht gefunden worden.<sup>52</sup> Die einzige Chance zur Begründung eines allgemeinen Anspruchs auf PG bietet das Vertrauensschutzprinzip. Die Tragfähigkeit dieses Grundsatzes zeigt sich auch darin, dass er den genannten spezialgesetzlichen Ansprüchen zugrunde liegt. Im Folgenden ist daher zu klären, was der genaue Inhalt dieses Verfassungsprinzips ist, welche Anspruchsfolgen bei der PG angestrebt werden und ob auf der Grundlage des Vertrauensschutzes hinreichende Anspruchsvoraussetzungen formuliert werden können.

## 4. Das Vertrauensschutzprinzip als Grundlage des Plangewährleistungsanspruchs

Wenngleich Vertrauensschutz schon von Savigny in der Literatur erwähnt wurde,<sup>53</sup> wird er erst seit Ende des Zweiten Weltkrieges als selbstständiges Rechtsinstitut erörtert.<sup>54</sup> Das Prinzip<sup>55</sup> erfuhr seine ersten Ausprägungen durch die Recht-

sprechung<sup>56</sup> und hat mittlerweile Ausprägungen in diversen Regelungen gefunden.<sup>57</sup>

Das Vertrauensschutzprinzip ist eine Grundbedingung der freiheitlichen demokratischen Ordnung,<sup>58</sup> welches den Bürger in seinem Vertrauen auf den Bestand staatlicher Regelungen und die Verlässlichkeit staatlichen Handelns schützt, wenn er hieran seine Erwartungen und Dispositionen geknüpft hat.<sup>59</sup> Schwierigkeiten bietet die Erfassung seines Tatbestandes aufgrund der thematisch heterogenen Fälle und den ineinander verschachtelten Problemen der Kausalität und Schadenszurechnung.<sup>60</sup> Anerkannt ist, dass ein Vertrauensschutztatbestand aus drei Merkmalen besteht: Erstens muss eine vom Staat geschaffene, ihm also zurechenbare Vertrauensgrundlage vorliegen, an die das Vertrauen des Bürgers anknüpfen kann.<sup>61</sup> Zweitens muss ein schutzwürdiges Vertrauensverhalten des Bürgers erkennbar sein. Und drittens muss der Staat das Vertrauen des Bürgers durch eine Abweichung von der von ihm geschaffenen Vertrauensgrundlage verletzt haben.<sup>62</sup> Bei Bestehen einer solchen Vertrauensgrundlage folgt ein Ausgleich des Vertrauensinteresses des Bürgers und des Änderungsinteresses des Staates über eine umfassende Abwägung.<sup>63</sup> Das Vertrauen verstärkt sich, wenn eine Rege-

- <sup>44</sup> Ipsen, in: Kaiser (Fn. 22), S. 62 f.; v. Simson, in: Kaiser (Fn. 22), S. 405 ff.  
<sup>45</sup> Krüger, Allgemeine Staatslehre<sup>2</sup>, 1966, S. 616.  
<sup>46</sup> Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 268 f.  
<sup>47</sup> Schenke, AöR 101 (1976), 337, 343 f.  
<sup>48</sup> Di Fabio, JZ 1997, 969, 971; Ossenhühl (Fn. 8), S. 203; Redeker, JZ 1968, 537, 542.  
<sup>49</sup> Werner, NJW 1954, 1625, 1627.  
<sup>50</sup> Scheuner, DÖV 1955, 545 ff. ordnet den PGA als Vertrauenstatbestand ein.  
<sup>51</sup> Kriele, DÖV 1967, 531, 532 f.  
<sup>52</sup> Brohm, JURA 1968, 617, 624.  
<sup>53</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. VIII, 1849, S. 390.  
<sup>54</sup> Maurer, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 23), § 79 Rn. 6.  
<sup>55</sup> Dessen Begründung immer noch strittig ist, vgl. Kunig, Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 257; Sobota, Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 156 ff.; Rechtssicherheit: BVerfGE 7, 89, 92 i.V.m. BVerfGE 7, 194, 196; Treu und Glauben: BVerfGE 13, 261; BVerwGE 8, 261, 269; 8, 296, 304; 9, 251, 253 ff.; 10, 64, 68; 10, 308, 309; 11, 136, 137; 13, 28, 32; 19, 188, 189 ff.; 21, 119, 124; 27, 215, 217f.; 29, 291, 295; 40, 147, 150; zur Anerkennung des Grundsatzes von Treu und Glauben im öffentlichen Recht: Roth, in: Säcker/Rixecker (Fn. 72), § 242 Rn. 93 ff.; krit.: Kimminich, JZ 1962, 522; zum Schrifttum vgl. statt Vieler: Meyer-Cording, JZ 1952, 161, 164 ff.; Sondervotum von Rupp-v. Brünneck zu BVerfGE 32, 129, 139; insb. zum Willkürverbot: Jellinek, Verwaltungsrecht, 1948, S. 447 m.w.N.; zum Grundrechtsbezug: Schmidt-Aßmann, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. II<sup>3</sup>, § 26 Rn. 31 ff.; grundlegend: BVerfGE 72, 200, 242 f.  
<sup>56</sup> Schmidt, JuS 1973, 529; Rücknahme von Verwaltungsakten bspw. BVerwG NJW 1962, 1075 ff.; Rückwirkung von Gesetzen bspw. BVerfG NJW 1960, 1563 ff.; NJW 1962, 291 f.  
<sup>57</sup> §§ 48, 49 VwVfG, 130 ff. AO, 44 ff. SGB X. Seine Anwendung aufgrund der Kodifizierung der behördlichen Zusage (§ 38 VwVfG) und des Verwaltungsvertrages (§§ 54 ff. VwVfG)<sup>57</sup> teilweise erübrigt, vgl. Maurer, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 23), § 79 Rn. 8 f.  
<sup>58</sup> Maurer, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 23), § 79 Rn. 9 u.11.  
<sup>59</sup> Ehlermann (Fn. 28), S. 68.  
<sup>60</sup> Küch, Vertrauensschutz durch Staatshaftung, 2002, S. 22.  
<sup>61</sup> Vgl. Maurer, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 23), § 79 Rn. 113.  
<sup>62</sup> Maurer, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 23), § 79 Rn. 13; Küch (Fn. 61), S. 43, der die Gedanken aus dem Zivilrecht überträgt.  
<sup>63</sup> Zur Abwägung detailliert: Maurer, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 23), § 79 Rn. 15; grundlegend BVerfGE 13, 261, 271 f. Keine Schutzwürdigkeit bei Verworfenheit: BVerfGE 13, 261, 272; 24, 75, 101; 30, 367, 388; 50, 177, 194; 72, 200, 259; 88, 384, 404; BSGE 82, 198, 204f.; BFHE 135, 311, 313; Vorhersehbarkeit einer Neuregelung: BVerfGE 1, 263, 280; 13, 206, 213; 30, 272, 287 f.; 37, 363, 399 f.; 72, 200, 260 ff.; 87, 48, 67; 97, 67, 79; geringere Schutzwürdigkeit im Einzelfall: BVerfGE 32, 111, 123; 105, 17, 37 oder Gemeinwohlvorbehalt BVerfGE 30, 367, 390 f.; 97, 67, 81f.; 101, 239, 268 f.; Leisner, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 501 f.; Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 128.

lung dem Bürger bestimmte Vergünstigungen gewährt, um dadurch ein planmäßiges und im öffentlichen Interesse liegendes Verhalten des Bürgers anzuregen.<sup>64</sup>

### 5. Anspruchsziele eines Plangewährleistungsanspruchs

Ob das Vertrauensschutzprinzip in dieser Form als Grundlage des PGA dienen und hinreichend konkretisiert werden kann, hängt davon ab, welches Ziel der PGA verfolgt. Zunächst könnte man daran denken, dass er auf den Fortbestand des Planes gerichtet ist.<sup>65</sup> Doch ist dies dem Plan wesensfremd und wird richtigerweise einhellig abgelehnt.<sup>66</sup>

#### a) Der Anspruch auf Planbefolgung und Anpassungshilfen

Sinnvoller erscheint es, einen Anspruch auf Planbefolgung und damit die Beachtung und den Vollzug eines Planes zu untersuchen.<sup>67</sup> Doch selbst wenn man eine Vollzugspflicht in Ausnahmefällen für rechtsverbindliche Pläne annimmt, bleibt fraglich, ob hieraus ein korrespondierender subjektiv-öffentlich rechtlicher Anspruch des Bürgers folgt.<sup>68</sup> Ein allgemeiner Anspruch auf Planbefolgung und -vollzug besteht folglich ebenfalls nicht.<sup>69</sup> Bei widersprüchlichem oder ermessensfehlerhaftem Handeln der Verwaltung,<sup>70</sup> handelt sie rechtswidrig und entstünden amtshaftungsrechtliche Ansprüche.

Lässt sich danach mit Hilfe des PGA eine Änderung des Planes nicht verhindern, wird sich das Interesse des Planungsbetroffenen auf einen sanften Übergang zur neuen Planungssituation richten.<sup>71</sup> Bejaht wird dieses Ziel nur als Ausformung der Amtspflicht zu konsequentem Verhalten;<sup>72</sup> ein allgemeiner Anspruch wird abgelehnt.<sup>73</sup> Häufig wird er sich mittelbar aus den Anforderungen des mit Verfassungsrang ausgestatteten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ergeben.<sup>74</sup>

#### b) Der Anspruch auf Entschädigung

Greifen bezüglich der Ansprüche auf Planfortbestand und -befolgung keine staatshaftungsrechtlichen Regeln, werden vielfach Schäden nicht verhindert werden können. Dem Entschädigungsanspruch bei Planänderungen kommt daher eine große Bedeutung zu.<sup>75</sup> Entgegen der Meinung Einiger ist aus den bereits gezeigten Ablehnungen der Anspruchsziele den Autoren beizupflichten, die ausschließlich diese Anspruchsvariante unter dem Begriff PGA diskutieren.<sup>76</sup> Hiergegen wird teilweise eingewandt, dass hiermit ein Sekundäranspruch untersucht wird, der logischerweise nur dann greifen kann, wenn ein Primäranspruch nicht erfolgreich durchgesetzt werden konnte.<sup>77</sup> Dagegen spricht aber, dass der PGA gar keinen subsidiären Anspruch darstellt: Er erfasst nämlich nur Fälle, in denen die vom Staat aufgezwungenen, den Bürger beeinflussenden Planungen geändert werden. Fraglich ist, ob die Interessen der betroffenen Planadressaten nach der bereits eingetretenen Wirkung einer erstmaligen Planung besonders geschützt werden müssen.<sup>78</sup> Also geht es beim PGA nicht (mehr) um den Inhalt des ursprünglichen Planes an sich, sondern um die Ansprüche, die aus einer Planänderung resultieren, sozusagen um ein zusätzliches Recht der Planadressaten.<sup>79</sup> Somit ist es konsequent, das Anspruchsziel des PGA auf die Entschädigung einzuzugrenzen.

### 6. Tatbestand des Plangewährleistungsanspruchs

#### a) Übertragbarkeit des allgemeinen Vertrauensschutzes auf die Plangewährleistung

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes müsste auch auf den PGA mit dem Ziel einer Entschädigung bei Vertrauensverlet-

zungen übertragbar sein. Zunächst bleibt festzuhalten, dass sich im Wege der Abwägung die bei einem PGA auftretenden Konflikte einzelfallgerecht lösen lassen würden. Und selbst wenn man dem Vertrauensschutz die Funktion der Korrektur von Einzelfällen zuschreibt, sodass er keinen speziell planungsrechtlichen Grundsatz darstellte,<sup>80</sup> sind hiervon beeinflussende Pläne zu unterscheiden: Sobald der Staat den Bürger indirekt auffordert, sich in einer ganz bestimmten Art und Weise zu verhalten und Dispositionen zu tätigen, nutzt er ihr Vertrauen bewusst für seine Zwecke (aus). In diesem Fall müssen diese Bürger erst recht geschützt werden<sup>81</sup> und der Vertrauensschutz gegebenenfalls für die Planadressaten auch konstituierend eingreifen.

Gegen die Begründung eines PGA mit dem Vertrauensschutzprinzip könnte jedoch seine Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit von Entschädigungen<sup>82</sup> sprechen. Dieser Grundsatz besagt, dass die Unzumutbarkeit eines Eigentumseingriffs nur mit Hilfe von Geld auf ein zumutbares Maß kompensiert werden darf, wenn der Gesetzgeber eine solche Entschädigungspflicht statuiert hat.<sup>83</sup> Ließe man das Fehlen einer Regelung ausreichen, um richterrechtlich Entschädigungsansprüche trotz rechtmäßigen Handelns zu gewähren, führte dies zu einer Wiederbelebung des vom BVerfG abgelehnten Grundsatzes des „Duldens und Liquidierens“ unter (neuem) Vorzeichen des Art. 14 I 2 GG.<sup>84</sup> Sofern

<sup>64</sup> Maurer, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 23), § 79 Rn. 31.

<sup>65</sup> BVerfG DÖV 1997, 251; Egerer (Fn. 9), S. 118 ff.; Hoppe, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 23), § 77 Rn. 120; Kriete, DÖV 1967, 531, 543; Ossenbühl (Fn. 8), S. 383; Maurer (Fn. 16), § 16 Rn. 28.

<sup>66</sup> Maurer (Fn. 16), § 16 Rn. 28; Redeker, JZ 1968, 537, 541; zu imperativen Plänen: Brohm, JURA 1986, 617, 620.

<sup>67</sup> Maurer (Fn. 16), § 16 Rn. 33; Schenke, AöR 101 (1976), 337, 338; z. B. Abweichen vom Bebauungsplan: Ossenbühl (Fn. 8), S. 198; Redeker, DVBl 1968, 7, 8; a.A.: Hoppe, DVBl 1969, 246-249.; zu ähnlichen Ansprüchen vgl. Oldiges (Fn. 7), S. 232 ff.

<sup>68</sup> Hierzu Maurer (Fn. 16) § 16 Rn. 33.

<sup>69</sup> BVerfG NVwZ 2003, 1381 ff.; Stüer, Bau- und Fachplanungsrecht<sup>4</sup>, 2009, Rn. 4395.

<sup>70</sup> Beispiele bei Maurer (Fn. 16), § 16 Rn. 33.

<sup>71</sup> Hoppe, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 23), § 77 Rn. 121; Ossenbühl (Fn. 8), S. 384.

<sup>72</sup> Papier, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), MüKo II<sup>5</sup>, 2007, § 839 Rn. 220 f.; Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog (Hrsg.), Grundgesetzkommentar<sup>53</sup>, 2009, Art. 34 GG Rn. 175; Blanke (Fn. 15), S. 282.

<sup>73</sup> Maurer (Fn. 16) § 16 Rn. 34; abl. de lege lata Oldiges (Fn. 7), S. 229 ff.

<sup>74</sup> Zur Bedeutung von Übergangsregelungen Böckenförde und Dürig VVDStRL 32 (1974), 245/247 und Heusch, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2003, S. 232.

<sup>75</sup> Ähnl. Blanke (Fn. 15), S. 288.

<sup>76</sup> A.A. Hoppe in: Isensee/Kirchhof (Fn. 23), § 71 Rn. 132; Ossenbühl (Fn. 8), S. 199; BGH NJW 1983, 215, 216.

<sup>77</sup> U. a. Masing, in: Hoffman-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 7 Rn. 133 f.; Bumke/Richter/Schuppert, Casebook Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 2000, S. 282

<sup>78</sup> Oldiges (Fn. 7), S. 28.

<sup>79</sup> Vgl. v. Simson, in: Kaiser (Fn. 23), S. 405, 407.

<sup>80</sup> Roellecke, DÖV 1994, 1024, 1030 f.

<sup>81</sup> Ähnl. Fröhler, Wirtschaftsrecht, 1969, S. 143.

<sup>82</sup> Dieser Grundsatz wurzelt im Vorbehalt des Gesetzes und der Haushaltsprärogative des Parlaments; vgl. BVerfGE 58, 300, 319; Böhm, NJW 1988, 2561, 2566; Guthke, Ökonomische Gesichtspunkte im Rahmen der Herstellung der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns im multipolaren Verhältnis, 2003, S. 73; Ossenbühl (Fn. 8), S. 176-187.

<sup>83</sup> BVerfGE 58, 300, 320; hierzu: Jarass in Jarass/Piero (Hrsg.), Kommentar zum GG<sup>10</sup>, 2009, Art. 14 Rn. 50; Osterloh, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 55 Rn. 16; Guthke (Fn. 82), S. 71.

<sup>84</sup> Kulpmann, Enteignende Eingriffe?, 2000, S. 215.

man die Figur des PGA im Zusammenhang mit Art. 14 GG sieht, könnten Parallelen zum enteignenden Eingriff und dessen Fortbestand<sup>85</sup> gezogen werden. Ein PGA müsste demnach ausscheiden, wenn der Gesetzgeber die vorliegende Konstellation hätte regeln können, der Fall also bei Erlass des inhaltsbestimmenden Gesetzes vorhersehbar war.<sup>86</sup> Dies wird in der Regel bei influenzierenden Plänen nicht der Fall sein, die bisher rechtlich nicht umfasst, ja nicht einmal definiert werden konnten. Zudem ist bereits anerkannt, dass der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit von Entschädigungen weder bei influenzierenden Wirkungen, die nicht wesentlich sind, noch bei unbeabsichtigten Nebenwirkungen gilt.<sup>87</sup>

Trotzdem darf man nicht über die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers hinwegsehen. Aus diesem Grund könnte man daran denken, dass der Gesetzgeber eine Generalklausel zu formulieren hätte, dass bei Plänen jedweder Art im Falle rechtmäßiger Änderungen das Vertrauen geschützt wird. Dabei bleibt dreierlei fraglich: zum Einen, ob eine solche salvatorische Entschädigungsklausel den Anforderungen von Art. 14 I 2 GG genügt,<sup>88</sup> zum Zweiten, ob hiermit tatsächlich der Rechtswissenschaft zu Klarheit verholfen würde, und zum Dritten, ob sich hier keine Kompetenzprobleme für den Bund ergäben.<sup>89</sup> Jedenfalls aber würde dem Gewaltenteilungsprinzip Rechnung getragen. Folglich wäre eine solche Formulierung durchaus wünschenswert. Bis dahin gilt jedoch, dass eben diese generelle Aussage bereits seit Jahren von Gerichten indirekt getroffen und vom Gesetzgeber schlicht hingenommen wurde. In der bewussten Untätigkeit der Legislative erblicken einige zu Recht einen „Kompetenztitel“ für die Judikative.<sup>90</sup> Sie sei aufgrund des Desinteresses des Gesetzgebers gezwungen, einfachrechtliche Konkretisierungen auf Entschädigungsansprüche im Verletzungsreaktionsrecht zu übernehmen, um das „groß gewachsene Chaos“<sup>91</sup> der Staatshaftung nach und nach zu strukturieren.<sup>92</sup>

Festzuhalten bleibt, dass das Vertrauensschutzprinzip als Grundlage der Plangewährleistung anzuerkennen ist.

### b) Tatbestandsmerkmale der Plangewährleistung

Damit verbleibt die Problematik der Ausformung des PGA.<sup>93</sup> Vier Tatbestandsmerkmale haben sich als konstitutiv herausgebildet:<sup>94</sup>

Voraussetzung sind erstens der Bestand eines hoheitlichen Planens sowie ein Vertrauen des Bürgers oder Wirtschaftsobjekts auf dessen Bestand. Zweitens eine dadurch veranlasste Tätigkeit von Vermögensdispositionen. Drittens die Änderung oder Aufhebung des Planes und viertes ein hierdurch entstandener Vermögensschaden.<sup>95</sup> Dies findet sich sowohl in den Ansätzen der Rechtsprechung als auch in allen spezialgesetzlichen Regelungen.

Schwierigkeiten wirft die Vermögensdisposition auf. Insbesondere müssen planintendierte schützenswerte Dispositionen von spekulativen Dispositionen abgegrenzt werden.<sup>96</sup> Baduras Vorschlag, eine „in der Planung verkörperte Intention“ zu verlangen,<sup>97</sup> ist hierfür noch zu unbestimmt. *Ossenbühl* sieht als Ausweg nur eine weitere Typisierung von Plänen und eine Ausdifferenzierung der Formen der dem influenzierenden Plan eigenen *vis indirecta* je nach Schwere ihrer Wirkung.<sup>98</sup> Dem ist beizupflichten: Um einer Ausuferung entgegenzuwirken, sollte auf die Umstände des Einzelfalls und die Nähe des Planes zum Bürger abgestellt werden. Ein Kontinuitätsvertrauen an eine Globalplanung sollte daher im

Gegensatz zu Plänen, die einen überschaubaren Lebensbereich betreffen und für Einzelne besondere Anreize zu Vermögensdisposition geben,<sup>99</sup> nicht anerkannt werden.

Darüber hinaus muss der entstandene Vermögensschaden bestimmt werden, der Schäden, die auch ohne die staatlichen Anreize bei der individuellen Planung entstanden sein würden, auszugrenzen hat. Für das Planungsschadensrecht wird der Planungsschaden definiert als vermögenswerter Nachteil, der durch Entzug einer bisher nicht verwirklichten, rechtlich aber zulässigen baulichen Nutzungsmöglichkeit entsteht.<sup>100</sup> Dies könnte durchaus auf andere Planungsschäden, zum Beispiel in der Wirtschafts- Umwelt- oder Fachplanung, entsprechend angewandt werden.

### 7. Bedenken gegen diese Lösung

Leider begegnet die Figur des PGA immer noch rechtspolitischen wie rechtsdogmatischen Bedenken.

#### a) Ungenauigkeit der Anspruchsgrundlagen

*Bullinger* warnt eindringlich vor der Anknüpfung unmittelbar durchsetzbarer Rechtsfolgen an ethische Voraussetzungen, zu denen er den Vertrauensschutz zählt: Ohne gesetzliche Ausformulierung oder Legitimation durch eine Generalklausel könnten Ansprüche nicht begründet werden.<sup>101</sup> Darüber hinaus gibt es Stimmen, die dem Vertrauensschutz die Funktion der Korrektur von Einzelfällen zuschreiben, sodass der Vertrauensschutz keinen planungsrechtlichen Grundsatz darstellt.<sup>102</sup> Über alledem steht jedoch die Frage, wie eine allgemeine Figur der Vielfalt von Plänen und den komplexen heterogenen Interessenlagen bei Planänderungen oder -aufhebungen<sup>103</sup> überhaupt gerecht werden kann.<sup>104</sup> Im Hinblick auf die finale Programmierung von Plänen erscheint es

<sup>85</sup> Hierzu ausführlich *Jaschinski*, Fortbestand des Anspruchs aus enteignendem Eingriff, 1997, S. 59-66; *Osterloh*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 83), § 55, Rn. 18-47 m.w.N.

<sup>86</sup> *Ossenbühl* (Fn. 10), S. 188; BVerfGE 58, 137; zur sog. normativen Nichtvollzugsthese vgl. *Külpmann* (Fn. 84), S. 215.

<sup>87</sup> *Jarass*, in *Jarass/Pieroth* (Fn. 83), Art. 14 Rn. 50.

<sup>88</sup> Verneinend *Ossenbühl* (Fn. 8), S. 189.

<sup>89</sup> Insbesondere aufgrund teilweise landeshoheitlicher Planungszuständigkeiten und der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis gem. Art. 74 I Nr. 25 GG; vgl. zum Staatshaftungsgesetz 1981 BVerfG NJW 1983, 23 ff., vgl. *Ossenbühl* (Fn. 8), S. 1.

<sup>90</sup> *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 83), § 51 Rn. 109; *krit.* wg. Vorrang und Vorbehalts des Parlamentsgesetzes *Osterloh* (Fn. 83), § 55 Rn. 78.

<sup>91</sup> *Ossenbühl* zitiert nach *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 83), § 51 Rn. 109.

<sup>92</sup> Zur Frage, ob eine zivilgerichtliche oder öffentlich-rechtliche Lösung sinnvoller erscheint: *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 83), § 51 Rn. 110-112.

<sup>93</sup> Vgl. zu dieser Problematik *Ossenbühl* (Fn. 8), S. 202.

<sup>94</sup> *Kriele*, DÖV 1967, 531, 532; *Redeker*, JZ 1968, 537, 542.

<sup>95</sup> *Ossenbühl*, JuS 1975, 545, 548.

<sup>96</sup> *Oldiges* (Fn. 7), S. 78 ff.

<sup>97</sup> Vgl. *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 2005, Rn. 110.

<sup>98</sup> *Ossenbühl* (Fn. 8), S. 202.

<sup>99</sup> *Blanke* (Fn. 15), S. 282; *Brohm*, NJW 1981, 1689, 1695.

<sup>100</sup> *Birk*, NVwZ 1984, 1.

<sup>101</sup> *Bullinger*, JZ 1999, 905, 909. Der Mangel an präzisen Merkmalen ist offensichtlich und selbst bei detailliert konturierten spezialgesetzlichen Ausformungen wie dem § 39 BauGB vorhanden; hierzu *Burmeister*, Die Verwaltung, 1969, 21, 28.

<sup>102</sup> *Roellecke*, DÖV 1994, 1024, 1030 f.

<sup>103</sup> *Birk*, NVwZ 1884, 1, 2.

<sup>104</sup> *Brohm*, JURA 1968, 617, 624.



unmöglich, konkrete Tatbestandsmerkmale zu definieren. Nur eine allgemein gehaltene und damit notwendigerweise „offene“ Formulierung kann den vielfältigen Fällen der PG gerecht werden. Die Vertrauensschutzüberlegung gründet auf dem Gedanken, dass eine influenzierende Planung ohne das Setzen eines Vertrauenstatbestandes unmöglich wäre, da die Erreichung des Planzieles das planmäßige Verhalten der Planadressaten voraussetzt.<sup>105</sup> Der Vertrauensschutz muss dann auch Grundlage des Schutzes der Bürger sein.

#### b) *Rechtspolitische Überforderung des Staates*

Andere geben zu bedenken, dass bei Anerkennung eines PGA sowohl die Lähmung hoheitlicher Planung als auch eine Klageschwemme droht. Letzteres würde die Kapazitäten der Gerichte weit überschreiten, sodass selbst eine Generalklausel eine im Grunde utopische Idee darstellt, die aus Angst vor der Lähmung des Staates kein Politiker verfolgen würde. Im Gegenteil würden sie eventuell Änderungsvorbehalte formulieren, die den Vertrauensschutz sehr einengen würden.

Diese rechtspolitischen Bedenken einer Überforderung des Staates können jedoch an dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz nichts ändern. In einem steten gesellschaftlichen Wandlungsprozess, der dazu führt, dass die Verwaltung neue Handlungsformen wie die der Planung entwickelt, müssen hieraus auch neue Konsequenzen gezogen werden. Der Staat kann sich seiner rechtlichen Verantwortung nicht entziehen.

Einer Ausuferung des Vertrauensschutzes muss jedoch mittels Modifizierung der Anspruchsvoraussetzungen entgegen gewirkt werden, indem beispielsweise durch Ausdifferenzierung influenzierender Wirkungen die Abgrenzung planintendierter Dispositionen von Spekulationen vereinfacht wird.<sup>106</sup> Denkbar wäre aber auch, die Zulässigkeit von Klagen gesondert zu kodifizieren und die Möglichkeit einer Rechtsverletzung besonders eng auszulegen. Die detaillierte Ausformung stellt eine dringende Herausforderung für die Rechtswissenschaft dar.

#### c) *Der Plangewährleistungsanspruch als bloße Notlösung?*

Die Herleitung der Figur des PGA aus dem Vertrauensschutz wird auch als eine der „möglichen Reaktionen auf die überkommenen Rechtsformen, in die Pläne einfach nicht reinpassen“<sup>107</sup> betitelt. Deshalb formulierte Redeker: „Der PGA ist nur eine Notlösung, und dazu keine Gute“.<sup>108</sup> Dem ist nur begrenzt zuzustimmen. Auch wenn dem Begriff der Plangewährleistung zunächst eine rechtspolitische und rechtssystematische Funktion zukommt,<sup>109</sup> regelt der PGA flexibel die Verteilung des mit hoheitlicher Planung verbundenen Risikos

zwischen Plangeber und Planadressat.<sup>110</sup> Auch wenn der Weg von der induktiven Erkenntnis zur Systematisierung noch nicht vollendet ist,<sup>111</sup> stellt der PGA eine seit Langem notwendige Figur des allgemeinen Verwaltungsrechts dar. In dieses ist sie als der gesuchte Zwischenweg inmitten von *vis directa* und *vis indirecta* einzuordnen, mit dem subjektiv-öffentliche Rechte auch außerhalb der „statisch-punktuellen Ordnungsverwaltung“<sup>112</sup> gefunden werden können.

#### IV. Fazit

Der PGA bildet wie in einem „Hohlspiegel die Problematik des Staates, der planen und zugleich Freiheit sichern soll“,<sup>113</sup> ab. Hier kann das herkömmliche, am hoheitlichen Zwang ausgerichtete Instrumentarium der *vis directa* bei rechtlichen Problemen keine angemessenen Lösungen anbieten. Die spezialgesetzlichen Ausformungen der Plangewährleistung bei imperativen Plänen kodifizieren bereits diesen Aspekt des Vertrauensschutzes. Die dargestellte Debatte um *vis indirecta* wie der influenzierenden Planung und deren Folgen zeigt die Schwierigkeiten des Umgangs mit diesen neuen, flexiblen Entwicklungen des Rechts. Die eigentliche Problematik liegt dabei in der Festlegung der schutzwürdigen Planungsdispositionen.<sup>114</sup> Kriele stellt hierzu nüchtern fest: „Ein System solcher [den PGA definierenden; *Anm. d. Verf.*] Voraussetzungen zu entwerfen, wäre eine Überforderung dessen, was die Dogmatik leisten kann“.<sup>115</sup> Dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Staat zum Vertrauensschutz seiner Bürger verfassungsrechtlich verpflichtet ist und diese Verantwortung auch bei Planungen besteht. Planung, die vom Staat bewusst eingesetzt wird, um seine Bürger und Wirtschaftssubjekte zu leiten – um nicht zu sagen zu manipulieren – darf nicht Ausweg aus möglichen Haftungsansprüchen sein und ist es in der Praxis auch nicht. Denn der Vorteil, den der Staat durch die bewusste Lenkung der Bürger erlangt, darf nicht zum Nachteil des Bürgers erwachsen. ■

<sup>105</sup> Schenke, AöR 101 (1976), 337, 364.

<sup>106</sup> Vgl. bereits oben: *Ossenbühl* (Fn. 8), S. 202; weitere Vorschläge: *Kriele*, DÖV 1967, 531, 532.

<sup>107</sup> *Köck*, in: *Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Fn. 9), § 37 Rn. 34 f., Rn. 92 ff.

<sup>108</sup> *Redeker*, JZ 1968, 537, 542.

<sup>109</sup> *Brohm*, JURA 1986, 617, 619.

<sup>110</sup> *Hoppe*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 23), § 77 Rn. 119.

<sup>111</sup> *Redeker*, JZ 1968, 537, 540.

<sup>112</sup> *Brohm*, NJW 1981, 1689, 1694.

<sup>113</sup> *Ossenbühl*, JuS 1975, 545.

<sup>114</sup> *Ossenbühl*, JuS 1975, 545, 548.

<sup>115</sup> *Kriele*, DÖV 1967, 531, 538.

Juan Carlos Dastis, LL.B., Hamburg\*

## Die Bedeutung der Rechtsvergleichung bei der Auslegung von Richtlinien

### A. Einleitung

Der Rechtsvergleichung wird bei der Auslegung von Richtlinien kaum Bedeutung beigemessen. Ziel dieses Aufsatzes ist es zu zeigen, dass die Rechtsvergleichung als Teil der historischen Auslegung von Richtlinien an Bedeutung gewinnen muss. Anhand eines aktuellen Auslegungsproblems des eng-

lischen Gesellschaftsrechts soll dargelegt werden, dass für das Verständnis einer Richtlinie der rechtsvergleichende Blick auf diejenige Rechtsordnung geboten ist, die zum Vorbild für die Richtlinie geworden ist.

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

## B. Rechtsvergleichung bei der Auslegung von Richtlinien

### I. Der Einfluss der Richtlinie auf die Auslegung des angeglichenen Rechts

Das Europäische Privatrecht konstituiert sich ganz überwiegend aus Richtlinien.<sup>1</sup>

Diese sind jedoch nicht unmittelbar Gegenstand der Auslegung, sondern nur vermittelt durch das angegliche nationale Recht, das auf den Schultern des Unionsrechts ruht.<sup>2</sup> Bedeutung für die Auslegung hat die Richtlinie aus zwei Gründen:

Zum einen ist sie das Motiv des nationalen Gesetzgebers, die *causa* für das nationale Gesetz<sup>3</sup> und daher bei dessen historischer Auslegung zu berücksichtigen. Das mitgliedstaatliche Gericht muss bei der Anwendung des nationalen Rechts davon ausgehen, dass der Mitgliedstaat die Absicht hatte, den sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen.<sup>4</sup> Zum anderen hat der EuGH schon früh den Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung aufgestellt. „Ein nationales Gericht muss [...] seine Auslegung soweit als möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Art. 189 III EG-Vertrag [jetzt Art. 288 III AEUV] nachzukommen.“<sup>5</sup>

Das nationale Gericht ist somit verpflichtet, im Wege der Auslegung Richtlinienkonformität herzustellen, wobei methodisch einige Besonderheiten zu beachten sind.<sup>6</sup> Die Anwendung des angeglichenen Rechts erfordert im ersten Schritt, dass die Vorgaben der Richtlinie selbst ermittelt werden. Die Auslegungshoheit hierfür hat im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 I lit. b AEUV der EuGH. Der historischen und insbesondere der rechtsvergleichenden Auslegung der Richtlinie wird dabei jedoch regelmäßig eine nur untergeordnete Rolle zugeschrieben.

### II. Historische Auslegung der Richtlinie

Auf unionsrechtlicher Ebene erforscht die historische Auslegung die Regelungsabsichten der europäischen Gesetzgebung.<sup>7</sup> Im Schrifttum wird der historischen Auslegung des Unionsrechts überwiegend eine eher geringe Bedeutung beigemessen.<sup>8</sup> Als Gründe hierfür werden hauptsächlich die Besonderheiten des EU-Rechtssetzungsverfahrens<sup>9</sup> sowie die erschwerte Zugänglichkeit der Materialien angeführt.<sup>10</sup>

Der EuGH hingegen legt die Vorschriften des Unionsrechts „nach dem wirklichen Willen ihres Urhebers und dem von diesem verfolgten Zweck“ aus.<sup>11</sup> Für die stärkere Berücksichtigung des historischen Willens des Unionsgesetzgebers spricht auch die Natur der Richtlinie.<sup>12</sup> Zwischen der politischen Entscheidung im Rechtsetzungsverfahren, dem „Guss“ in die Richtlinie und der Anwendung durch die Gerichte stehen zwei Akte, die zumindest geeignet sind, den eigentlichen Regelungszweck zu verfälschen: Zum einen die Umsetzung in die verschiedenen Sprachfassungen, die zwar alle gleichermaßen verbindlich sind, jedoch dem Wortlaut nach gravierende Unterschiede aufweisen können.<sup>13</sup> Zum anderen bedarf die Richtlinie gemäß Art. 288 III AEUV der Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber und überlässt ihm dabei Form und Mittel.<sup>14</sup> Wegen dieser besonderen Risiken muss bei der Auslegung angeglichenen Rechts der Wille des Unionsgesetzgebers ergründet und diesem zur Geltung verholfen werden.

### III. Rechtsvergleichung als Teil der historischen Auslegung – das Gewicht der Vorbildrechtsordnung

Mehr noch als die historische Auslegung führt die Rechtsvergleichung bei der Auslegung von Richtlinien ein methodisches Schattendasein. Im Folgenden soll ihre Bedeutung im Rahmen der historischen Auslegung bei der Ermittlung des Willens des EU-Gesetzgebers untersucht werden.

Konkret stellt sich die Frage nach dem Gewicht der Vorbildrechtsordnung.<sup>15</sup> Richtlinien, die der Rechtsangleichung dienen, basieren häufig auf dem Vorbild einer bestimmten nationalen Rechtsordnung.<sup>16</sup> Als Beispiel sei die 4. Bilanzrichtlinie genannt, die in Art. 2 III den Grundsatz des *true and fair view* statuiert.<sup>17</sup> Dieser entstammt dem bilanzrechtlichen Prinzip der sec. 149 des Companies Act (CA) 1948 des Vereinigten Königreichs.<sup>18</sup> Darf nun der Rechtsanwender bei der Auslegung der 4. Bilanzrichtlinie den rechtsvergleichenden Blick auf die Vorbildrechtsordnung werfen und die gefundenen Ergebnisse im Rahmen der historischen Auslegung berücksichtigen?

Im deutschen Schrifttum wird diese Frage ganz überwiegend verneint. Die Berücksichtigung der Vorbildrechtsordnung soll verboten sein.<sup>19</sup> Die Auslegung einer Norm sei im nationalen Recht selten unumstritten und daher unklar, auf wessen Ansicht abzustellen ist. Zudem könne auch bei einhelliger

<sup>1</sup> Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001, 529, 533.

<sup>2</sup> Lutter, JZ 1992, 593, 594.

<sup>3</sup> Lutter, JZ 1992, 593, 598.

<sup>4</sup> EuGH, Rs. C-334/92 – *Wagner Miret*, Slg. 1993, I-6911, Rn. 20.

<sup>5</sup> EuGH, Rs. C-106/89 – *Marleasing*, Slg. 1990, I-4153, Rn. 8.

<sup>6</sup> Kropholler, Internationales Einheitsrecht, 1975, S. 263; Junker, RabelsZ 55 (1991), 674, 677; Lutter, JZ 1992, 593, 594; Höpfner/Rüthers, Archiv für die zivilistische Praxis (AcP) 209 (2009), 1, 8.

<sup>7</sup> Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 14.

<sup>8</sup> Lutter, JZ 1992, 593, 599; Schroeder, JuS 2004, 180, 183; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV<sup>3</sup>, 2007, Art. 220 Rn. 13; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, Stand: November 2008, Art. 220 Rn. 53; a.A. Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2006, S. 186, 198; Leisner, EUROPARECHT (EuR) 2007, 689 ff; Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 14 ff

<sup>9</sup> Lutter, JZ 1992, 593, 599.

<sup>10</sup> Pernice, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, Stand: November 2008, Art. 220 Rn. 53.

<sup>11</sup> EuGH, Rs. C-188/02 – *Junk*, Slg. 2005, I-885, Rn. 33; jüngst EuGH, Rs. C-404/06 – *Quelle*, Slg. 2008, I-2685, Rn. 30, 34, 35, in der der EuGH historisch mit dem „Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers“ argumentiert.

<sup>12</sup> Zur rechtspolitischen Kritik am Instrument Richtlinie: Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn.8), Art. 249 EG Rn. 122 m.w.N.

<sup>13</sup> Als Beispiel sei der missglückte Wortlaut der deutschen Fassung des Art. 9 II der Richtlinie 97/7/EG (Fernabsatz-Richtlinie) genannt, dazu: Lienhard, NJW 2003, 3592.

<sup>14</sup> Negatives Beispiel ist die Umsetzung der Richtlinie 76/204/EWG (Gleichbehandlungsrichtlinie), bei der Richtlinienkonformität erst 20 Jahre nach Inkrafttreten der Richtlinie hergestellt wurde, dazu Streinz, Europarecht<sup>8</sup>, 2008, Rn. 403, 408.

<sup>15</sup> Wie die Vorbildrechtsordnung zu ermitteln ist, wird in der Literatur nicht diskutiert. Maßgeblich dürften die Stellungnahmen der Unionsorgane Kommission, Rat und Europäisches Parlament sowie die Änderungen im Rechtssetzungsverfahren sein.

<sup>16</sup> Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 8), Art. 220 EG, Rn. 13.

<sup>17</sup> Die Umsetzung in § 264 II 1 HGB ist, neben dem allgemein geltenden § 243 I HGB, die Generalnorm für die Rechnungslegung und statuiert den Grundsatz der Bilanzwahrheit, Luttermann, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup>, 2003, § 264 HGB, Rn. 16.

<sup>18</sup> Voß, in: Dausas (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts<sup>24</sup>, 2009, Rn. 168.

<sup>19</sup> Lutter, JZ 1992, 593, 601 f; Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001, 529, 533; Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 16 f.

Auslegung das Verständnis einer Norm „falsch“ sein.<sup>20</sup> Gegen eine Auslegung von Richtlinien nach der nationalen Herkunft wird weiterhin vorgebracht, dass Richtlinien autonomes Unionsrecht schaffen und nicht einer nationalen Rechtsordnung zu „internationaler Herrschaft“ verhelfen wollen.<sup>21</sup>

Richtig ist, dass das Unionsrecht autonom ausgelegt werden muss: „Die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und der Gleichheitssatz verlangen, dass Begriffe einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel in der gesamten Gemeinschaft autonom und einheitlich ausgelegt werden.“<sup>22</sup> Der EuGH stellt also eine Vermutung für die autonome Auslegung („in der Regel“) auf.<sup>23</sup> Der Gerichtshof hat dabei den Fall vor Augen, dass die Richtlinie einen bestimmten Begriff verwendet (Beispiel: Entlassung<sup>24</sup>) und dieser, obwohl er auch in den einzelnen Mitgliedstaaten bereits vorhanden ist, autonom und einheitlich ausgelegt werden muss.

Allerdings kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der Unionsgesetzgeber ein nationales Konzept in einer bestimmten Frage für vorzugswürdig erachtet hat und dieses zum Gegenstand des autonomen Rechts geworden ist. Ein Anhaltspunkt könnte sich beispielsweise daraus ergeben, dass ein Begriff einer nationalen Rechtsordnung verwendet wird.<sup>25</sup> Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung der Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten ist hierin nicht zu sehen.<sup>26</sup> Denn diese sind am politischen Willensbildungsprozess beteiligt und können sich für oder gegen den Inhalt einer bestimmten Rechtsordnung entscheiden. Das Verfahren der europäischen Rechtsangleichung gibt jeder nationalen Rechtsordnung die gleiche Chance.<sup>27</sup>

Daher muss der Rechtsvergleichung primär eine Indizfunktion für die historische Auslegung zukommen: Der Rückgriff auf eine nationale Rechtsordnung bei der Schaffung einer Richtlinie stellt in Zweifelsfragen ein Indiz für den Willen des Unionsgesetzgebers dar, einem nationalen Konzept zur Geltung zu verhelfen. In diesem Fall sollte im Rahmen der historischen Auslegung der Richtlinie der rechtsvergleichende Blick in diese Vorbildrechtsordnung geworfen und das Ergebnis bei der Auslegung berücksichtigt werden. Dieses kann jedoch keine absolute Geltung beanspruchen. Im Rahmen der historischen Methode stellt es, gleichwertig neben anderen Materialien, eine Form der Begründung des Willens des Unionsgesetzgebers dar. Lässt die Rechtsvergleichung keine hinreichend eindeutige Bestimmung des Willens des Unionsgesetzgebers erkennen, so muss der Rechtsvergleichung sekundär eine Inspirationsfunktion zukommen.<sup>28</sup> Ist die Auslegung einer Norm in der Vorbildrechtsordnung umstritten, zeigt die Rechtsvergleichung zumindest mögliche Auslegungsergebnisse auf. Warum soll der Rechtsanwender, der sich beispielsweise zum ersten Mal mit dem Konzept des *true and fair view* des englischen Rechts konfrontiert sieht, nicht auf den dortigen Stand der Wissenschaft aufbauen?

#### IV. Zwischenergebnis

Die Regelungen in rechtsangleichenden Richtlinien basieren häufig auf einer Vorbildrechtsordnung. In diesem Fall muss bei der Auslegung des angeglichenen Rechts die Rechtsvergleichung im Rahmen der historischen Auslegung der Richtlinie eine größere Rolle spielen als bisher.<sup>29</sup>

### C. Erläuterung am Beispiel organschaftlicher Vertretung im englischen *company law*

Anhand eines aktuellen Auslegungsproblems bei der Stellvertretung im englischen Kapitalgesellschaftsrecht soll dies im Folgenden verdeutlicht werden. Dazu wird zunächst die Stellvertretung im englischen *company law* („Körperschaftsrecht“) <sup>30</sup> dargestellt (unten C.I.). Im Anschluss daran wird versucht, dieses Auslegungsproblem durch die Analyse der zugrunde liegenden Richtlinie zu lösen. Der rechtsvergleichende Blick auf das deutsche Gesellschaftsrecht wird dabei behilflich sein, den historischen Willen des Unionsgesetzgebers verständlich zu machen und diesem gerecht zu werden (unten II.).

#### I. Stellvertretung im *company law*

Eine juristische Person muss aufgrund ihrer Natur durch menschliche Stellvertreter handeln. Im englischen Recht wird die Kernfrage der Stellvertretung bei *companies* wie folgt formuliert: Welche Handlungen welcher Personen können der Gesellschaft zugerechnet werden?<sup>31</sup>

##### 1. Handlungsfähigkeit der *company*: *objects-clause* und *ultra-vires*-Doktrin

Um die Handlung eines Stellvertreters, beispielsweise eines *directors*, der *company* überhaupt zurechnen zu können, muss zunächst die Frage nach der Handlungsfähigkeit<sup>32</sup> der *company* beantwortet werden. Bis zur Reform des CA im Jahr 2006 war die Handlungsfähigkeit durch die *objects-clause* begrenzt, beispielsweise auf den Bau und Betrieb einer Eisenbahn.<sup>33</sup> Verträge mit Dritten, deren Zweck nicht von der *objects-clause* gedeckt war, galten als *ultra vires* und waren folglich nichtig.

##### 2. Beschränkungen der Vertretungsmacht

###### a) Die Rechtslage bis zum *European Communities Act 1972*

Vor dem *European Communities Act 1972* konnte auch die Geschäftsführungsbefugnis des *board of directors* durch die

<sup>20</sup> Lutter, JZ 1992, 593, 601.

<sup>21</sup> Kropholler (Fn. 6), S. 265; Lutter, JZ 1992, 593, 602; Riesenhuber (Fn. 8), S. 188.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. C-64/81 – *Cormann*, Slg. 1982, I-13, Rn. 8.

<sup>23</sup> Riesenhuber (Fn. 8), S. 188.

<sup>24</sup> EuGH, Rs. C-188/03 – *Junk*, Slg. 2005, I-885, Rn. 27-30.

<sup>25</sup> In diese Richtung Kropholler (Fn. 6), S. 265, nach dessen Ansicht ausgelegt werden muss, ob ein nationaler Begriffsinhalt in das Einheitsrecht einfließen soll.

<sup>26</sup> So aber Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001, 529, 530.

<sup>27</sup> Hopt, ZGR 1992, 265, 272.

<sup>28</sup> Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001, 529, 533, die darin jedoch die Hauptfunktion der Rechtsvergleichung sehen.

<sup>29</sup> In diese Richtung auch Daig, in: FS Zweigert, 1981, S. 395, 413 („implizite Verweisung“); Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 17 („hilfreiches Instrument“); a.A. Lutter, JZ 1992, 593, 603 f.; Riesenhuber (Fn. 8), S. 201 (Irrelevanz eines „Vorbildrechts“).

<sup>30</sup> Der englische Begriff *company law* ist enger als der deutsche Begriff Gesellschaftsrecht, da er nur Gesellschaften erfasst, die gemäß dem *Companies Act 2006* und dessen Vorgängern registriert sind. Das Personenengesellschaftsrecht wird separat als *partnership law* abgehandelt; einen übergreifenden Begriff gibt es nicht.

<sup>31</sup> So *Sealy/Worthington*, *Cases and Materials in Company Law*<sup>8</sup>, 2008, S. 96.

<sup>32</sup> *Legal capacity*, im gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang auch als *corporate capacity* bezeichnet, vgl. *Gower/Davies*, *The Principles of Modern Company Law*<sup>8</sup>, 2008, 7-2.

<sup>33</sup> *Ashbury Railway Carriage and Iron Co Ltd v Riche* (1875) LR 7 HL 653.

Satzung begrenzt werden.<sup>34</sup> In der Satzung konnte beispielsweise die Bestätigung eines Vertrages durch die Gesellschafter ab einem bestimmten Vertragswert vorgesehen werden.

Grundsätzlich ist im Recht des *common law* der Vertreter an ein Handeln des Stellvertreters ohne Vertretungsmacht nicht gebunden, falls der Dritte positive Kenntnis von der fehlenden Vertretungsmacht hat. Die *ratio* für diese Regelung ist, dass der Dritte in diesem Fall kein rechtlich schützenswertes Vertrauen hat.<sup>35</sup> In Fällen, in denen die Satzung die Vertretungsmacht beschränkt, der Dritte hiervon jedoch keine positive Kenntnis hat, griff die strenge *constructive notice*-Doktrin, die besagte, dass Dritte so behandelt werden, als ob sie die Satzung der *company* kennen. Das hatte zur Folge, dass Dritte in Kenntnis der Beschränkung der Vertretungsmacht und somit wissentlich einen Vertrag eingegangen waren, der nicht vom Geschäftszweck gedeckt ist<sup>36</sup> und die Kenntnis von der fehlenden Vertretungsmacht fingiert wurde.<sup>37</sup> Somit kann festgehalten werden, dass die Vertretungsmacht ursprünglich durch die Satzung auch mit Wirkung für das Außenverhältnis beschränkt werden konnte.

### b) Reform aufgrund der Publizitätsrichtlinie

Die Stellung des Dritten wurde erst unter dem Einfluss des Unionsrechts durch die Publizitätsrichtlinie<sup>38</sup> verbessert, die maßgeblich vom deutschen Recht beeinflusst war.<sup>39</sup> Der European Communities Act 1972 entfernte die Doktrin der *constructive notice*, soweit sie die Satzung betraf. Er bildete die Grundlage für die heutigen sec. 39 und sec. 40 CA 2006, die die Wirkung der Satzung auf das Außenverhältnis zum Gegenstand haben. Sec. 40 CA 2006 soll nach der Gesetzesbegründung eine „Schutzvorrichtung“<sup>40</sup> für den Dritten darstellen:

In favour of a person dealing with a company in good faith, the power of the directors to bind the company, or authorize others to do so, shall be deemed to be free of any limitations under the company's constitution.

Der Dritte darf also davon ausgehen, dass die *directors* der *company* uneingeschränkt handeln dürfen. Sec. 40 (1) CA 2006 stellt klar, dass nicht jeder Dritte geschützt ist, sondern lediglich der gutgläubige Dritte (*in good faith*). Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Satzung unter gewissen Umständen, nämlich wenn der Dritte nicht gutgläubig ist, die Vertretungsmacht im Außenverhältnis begrenzt. Dies wird nur sehr selten der Fall sein, da sec. 40 (2) (b) CA 2006 ein dreistufiges Schutzprogramm für Dritte etabliert:<sup>41</sup>

- 1) Keine Nachforschungspflicht in Bezug auf Beschränkungen der Vertretungsmacht.<sup>42</sup>
- 2) Die Gutgläubigkeit des Dritten wird (widerleglich) vermutet.<sup>43</sup>
- 3) Kenntnis der Beschränkung der Vertretungsmacht wird nicht mit Bösgläubigkeit (*bad faith*) gleichgesetzt.

Insbesondere der dritte Punkt führt zu einem umfassenden Schutz des Dritten.<sup>44</sup> Auch wenn der Dritte weiß, dass die *directors* der *company* ihre Vertretungsmacht überschreiten, ist er nicht zwingend bösgläubig. Das bedeutet nicht, dass die Kenntnis des Dritten kein Merkmal der Bösgläubigkeit sein kann, aber positive Kenntnis allein ist im englischen Recht nicht ausreichend.<sup>45</sup>

### c) Auslegung des Begriffs *bad faith*

Der CA 2006 bietet keine Anhaltspunkte für Kriterien, die für die Feststellung der Bösgläubigkeit herangezogen werden können. Auch die Gesetzesbegründung stellt schlicht auf die Gutgläubigkeit des Dritten ab.<sup>46</sup> Da der CA 2006 erst im Oktober 2009 in Kraft trat, gibt es zu sec. 40 noch keine Rechtsprechung. Sec. 40 CA 2006 kombinierte die Vorgängerregelung in sec. 35A und sec. 35B CA 1989 mit nur geringfügigen inhaltlichen Veränderungen,<sup>47</sup> so dass die Literatur hierzu ergänzend herangezogen werden kann.<sup>48</sup>

Ein Teil der englischen Literatur sieht den zusätzlichen Faktor darin, dass der Dritte die *constitution* versteht.<sup>49</sup> Eine andere Ansicht hält arglistiges Verhalten des Dritten für erforderlich.<sup>50</sup> Howell bringt das Problem auf den Punkt: „*Es ist mehr als bloße Kenntnis erforderlich, aber welche zusätzlichen Faktoren notwendig sind, um Bösgläubigkeit zu begründen, ist unklar.*“<sup>51</sup>

## II. Einfluss deutschen Rechts auf die Publizitätsrichtlinie und damit mittelbar auf das englische Recht

Dieses Auslegungsproblem lässt sich mit dem rechtsvergleichenden Blick auf die deutsche Rechtsordnung lösen.

### 1. Der deutsche Einfluss auf die Publizitätsrichtlinie

Die deutsche AG wird vom Vorstand in allen Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich vertreten (vgl. § 78 I AktG). Zwar ist der Vorstand verpflichtet, Beschränkungen einzuhalten, die ihm beispielsweise durch die Satzung auferlegt sind. Es handelt sich dabei jedoch um Pflichten gegenüber der Gesellschaft im Innenverhältnis; die Vertretungsmacht im Außenverhältnis bleibt davon unberührt.<sup>52</sup> Diese ist unbeschränkbar (§ 82 I AktG).

<sup>34</sup> Gower/Davies (Fn. 32), 7-3.

<sup>35</sup> Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency<sup>18</sup>, 2006, 8-050 ff.

<sup>36</sup> Dignam/Lowry, Company Law<sup>5</sup>, 2009, 12.7.

<sup>37</sup> Gower/Davies (Fn. 32), 7-4.

<sup>38</sup> Vgl. Art. 9 II Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 II des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. EG Nr. L 65, S. 8.

<sup>39</sup> Aus diesem Grund sah sich der Gesetzgeber auch nicht zu grundlegenden Änderungen des deutschen Rechts veranlasst, vgl. Doralt/Diregger, in: MüKo AktG (Fn. 17), Einl. zu §§ 1-75 AktG, Rn. 131.

<sup>40</sup> Explanatory Notes zum Companies Act 2006, Rn. 125.

<sup>41</sup> Gower/Davies (Fn. 32), 7-6.

<sup>42</sup> Sec. 40(2)(b)(i) Companies Act 2006, der die endgültige Abkehr von der *constructive notice*-Doktrin statuiert, vgl. Gower/Davies (Fn. 32), 7-6.

<sup>43</sup> Sec. 40(2)(b)(ii) Companies Act 2006.

<sup>44</sup> In diesem Punkt geht die englische Umsetzung sogar über die Richtlinienvorgabe hinaus. Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 der Publizitätsrichtlinie ermöglicht den Mitgliedstaaten eine Beschränkung der Vertretungsmacht auch bei positiver Kenntnis und Evidenz. Von dieser Möglichkeit wurde in der englischen Umsetzung kein Gebrauch gemacht.

<sup>45</sup> Gower/Davies (Fn. 32), 7-6.

<sup>46</sup> Explanatory Notes zum Companies Act 2006, Rn. 125.

<sup>47</sup> Gower/Davies (Fn. 32), 7-4.

<sup>48</sup> Aus Sicht des deutschen Schrifttums: Fleischer, NZG 2005, 529, 532; Heller, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZvglRWiss) 2008, 293, 311 f.

<sup>49</sup> Palmers, Company Law: Annotated Guide to the Companies Act 2006, S. 84 f.

<sup>50</sup> Hannigan, Company Law, 2003, S. 178.

<sup>51</sup> Howell, Company Law Journal (Comp. LJ) 2003, 24(9), 264, 269.

<sup>52</sup> Spindler, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz<sup>3</sup>, 2008, § 78 AktG, Rn. 26.

Das theoretische Fundament für die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht bildet die deutschrechtliche Organtheorie, die auf *Otto von Gierke* zurückgeht.<sup>53</sup> *Von Gierke* hob im Gegensatz zur Vertretertheorie<sup>54</sup>, die auch auf das englische Recht Einfluss hatte, die Wirklichkeit der Verbände als natürliche Personen hervor. Nach der Organtheorie wird die juristische Person nicht von ihren Organen vertreten, sondern will und handelt selbst körperschaftlich durch diese.<sup>55</sup> Dies führt dazu, dass die Handlung, beispielsweise des Vorstands einer Aktiengesellschaft, ohne „Umweg“ der juristischen Person zugerechnet wird. Der Vorstand ist nicht bloßer Stellvertreter, dessen Vertretungsmacht beschränkbar ist.<sup>56</sup>

Diese theoretische Grundlage hat weitgehend Eingang in die Publizitätsrichtlinie gefunden.<sup>57</sup> Wie stark sich die Richtlinie am deutschen Recht orientiert, beweist deren Terminologie. Sowohl in der deutschen als auch in der englischen Fassung der Richtlinie wird der Begriff Organ verwendet und dies, obwohl der Begriff dem englischen Recht bis heute weitgehend fremd ist.

## 2. Berücksichtigung des deutschen Rechts bei der historischen Auslegung der Richtlinie

Welche Auswirkung hat dieser Befund nun für das skizzierte Auslegungsproblem des englischen *company law*?

Sec. 40 (2) CA 2006 und der darin enthaltene Begriff *bad faith* müssen richtlinienkonform ausgelegt werden. Daher müssen zunächst die Vorgaben der Publizitätsrichtlinie selbst ermittelt werden. Der historische Wille des Unionsgesetzgebers hat dabei besonderes Gewicht. Bei der Ermittlung dieses Willens kommt der Rechtsvergleichung primär eine Indizfunktion zu. Die Publizitätsrichtlinie steht maßgeblich unter dem Einfluss des deutschen Rechts. Der Unionsgesetzgeber hielt die deutschrechtliche Organtheorie und den

Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht für vorzugswürdig. Der Rückgriff auf die deutsche Rechtsordnung indiziert daher, dass die Richtlinie der Organtheorie zur Geltung verhelfen wollte. Dieser Befund muss bei der richtlinienkonformen Auslegung des *bad faith* berücksichtigt werden. Denn die Auslegung dieses Begriffs entscheidet unmittelbar über die Reichweite der Vertretungsmacht im Außenverhältnis. Das Votum des Richtliniengebers für den Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht spricht dafür, nur die aus dem deutschen Recht bekannte Ausnahme zuzulassen, nämlich den Missbrauch der Vertretungsmacht in Form des kollusiven Zusammenwirkens.

## D. Fazit

Unionsrecht ist autonomes Recht und muss als solches auch autonom ausgelegt werden. Im Rahmen der historischen Auslegung muss jedoch berücksichtigt werden, dass eine unionsrechtliche Regelung oftmals auf dem Recht eines Mitgliedsstaates beruht. Der rechtsvergleichende Blick auf die Vorbildrechtsordnung erweitert nicht nur den Horizont für potentielle Auslegungsergebnisse und macht den dortigen Stand der Forschung für die Auslegung fruchtbar, sondern ermöglicht es überdies, dem historischen Willen des Unionsgesetzgebers stärker Rechnung zu tragen. ■

<sup>53</sup> *V. Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 603 ff.

<sup>54</sup> *V. Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, Bd. 2, S. 282f.

<sup>55</sup> *Beuthien*, NJW 1999, 1142.

<sup>56</sup> Die Kernfrage des englischen Gesellschaftsrechts stellt sich demnach im deutschen Recht in dieser Form nicht.

<sup>57</sup> *Fleischer*, NZG 2005, 529, der von einem „beispiellosen Siegeslauf“ der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht spricht.

Dr. Justus Froehlich, LL.M. (Georgetown)\*

## Das ablaufende Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz

### A. Einleitung

Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (im folgenden kurz „KapMuG“) gehört zu den neueren Prozessverfahren im deutschen Zivilprozessrecht und ist am 01. November 2005 in Kraft getreten.<sup>1</sup> Es handelt sich um ein Verfahren, das zur Bündelung gleichgerichteter Klagen auf Schadenersatz wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation dienen soll oder das zur Bündelung von Klagen auf Erfüllung aus Vertrag, der auf einem Angebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruht, in Betracht kommt.<sup>2</sup>

Das Gesetz beruht also auf der Idee, dass möglichst viele Verfahren, in denen gleichgerichtete anspruchsbegründende oder anspruchsausschließende Voraussetzungen zu klären sind oder in denen entscheidungsrelevante Rechtsfragen gleichgerichtet sind, in einem Musterverfahren zusammengezogen werden können. Wichtig ist allerdings, dass damit nicht die einzelnen Ausgangsverfahren in der ersten Instanz ersetzt werden, sondern dass in der Masse behandelbare Fragen gebündelt geklärt werden, um danach für die Ausgangsverfahren eine Bindungswirkung zu entfalten. Fragen, die im

Rahmen der Feststellungen durch das erstinstanzliche Gericht vom Einzelfall abhängen (z.B. Kausalitätsfragen) können nicht Gegenstand des Musterverfahrens sein.

Technisch läuft das Verfahren derart ab, dass aus den anhängigen Ausgangsverfahren eine Mindestanzahl von zehn Klägern im Wege des Musterfeststellungsantrags die Einleitung des Musterverfahrens beantragen können. Über die Zulässigkeit entscheidet das Gericht der Ausgangsverfahren und legt dazu dem örtlich zuständigen Oberlandesgericht einen sogenannten Vorlagebeschluss vor.

Nach Eingang des Vorlagebeschlusses bestimmt das Oberlandesgericht einen sogenannten „Musterkläger“, den es aus der Gruppe der Kläger bei dem vorliegenden Gericht, die ei-

\* Dr. Justus Froehlich, LL.M. (Georgetown) ist Rechtsanwalt und Partner einer Partnerschaftsgesellschaft in München, zugleich Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht.

<sup>1</sup> Mitunter besteht in der Öffentlichkeit noch Aufklärungsbedarf: <http://de.wikipedia.org/wiki/Kapitalmarktrecht>.

<sup>2</sup> Ausführlich zur Entstehungsgeschichte mit weiteren Nachweisen *Hess*, in: Kölner Kommentar zum KapMuG, 2008, Einleitung, S. 3 ff.; *Wolf-Lange*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Kommentar zum KapMuG, 2007, Einleitung, S. 13 ff.

nen Musterfeststellungsantrag gestellt haben, auswählt. Der Gegner des Ausgangsrechtsstreits wird automatisch Musterbeklagter und wird mit dem Musterkläger zusammen im elektronischen Bundesanzeiger („Klageregister“) eingetragen und somit öffentlich bekannt gemacht. Weitere Beteiligte des Verfahrens sind die sogenannten „Beigeladenen“, also die übrigen Kläger und etwaige weitere Beklagte der erstinstanzlichen Verfahren.

Von Amts wegen werden alle Verfahren, deren Entscheidung von dem Musterverfahren zu entscheidenden Feststellungszielen abhängt, automatisch ausgesetzt, bis das Musterverfahren abgeschlossen ist. Hiervon sind also nicht nur die Verfahren betroffen, in denen aktiv Musterfeststellungsanträge gestellt worden sind, sondern auch solche, die an dem betreffenden Musterverfahren teilnehmen könnten („vorlagefähige Verfahren“). Es besteht somit ein faktischer Zwang des Gerichts, das betroffene Ausgangsverfahren auszusetzen. Einzige Ausnahme: Die Verfahren, die zur Entscheidung reif sind, also insbesondere Fälle mit unbegründeten bzw. nicht ausreichend begründeten Ansprüchen, können bereits entschieden werden. Befinden sich bereits Fälle in der Berufungs- oder sogar in der Revisionsinstanz, so wird allgemein angenommen, dass diese Verfahren ebenso mit Veröffentlichung des Musterverfahrens im Klageregister ausgesetzt werden.<sup>3</sup>

Das Musterverfahren wird durch den Musterentscheid entschieden. Die Feststellungen des rechtskräftigen Musterentscheids binden die Prozessgerichte und wirken für und gegen die Parteien und die Beigeladenen des Musterverfahrens.

## B. Sunset-Klausel und Zeitproblematik

Das KapMuG ist mit einer sogenannten Sunset-Klausel versehen. Nach Art. 9 Abs. 2 des Gesetzes zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren<sup>4</sup> hat der Gesetzgeber 2005 beschlossen, dass das Gesetz bis zum 31. Oktober 2010 gelten soll, also seit seinem In-Kraft-Treten ein „Haltbarkeitsdatum“ für genau fünf Jahre vorsah.

Dies ist ein ungewöhnlicher Schritt angesichts der Tatsache, dass kein Musterverfahren bis zum ersten Musterentscheid weniger als zwei Jahre dauert und dann erst die Rechtsmittelinstanz beginnen kann. In einigen Fällen dürfte die Länge der Verfahren sogar die bisherige Geltungsdauer des Gesetzes übertreffen. Hieran zeigt sich bereits, dass der Gesetzgeber die praktischen Hindernisse von Massenverfahren schlichtweg unterschätzt hat oder eine Verfahrensdauer von ca. fünf bis zehn Jahren zumindest nicht seiner Vorstellung entsprach.

## C. Kosten

Für alle Beteiligten, die Kläger, die Beklagten, die Beigeladenen und die Gerichte sind dies zu lange Zeitstränge. Rechnerisch werden im Verlauf eines solchen Musterverfahrens die Gebühren der Prozessvertreter aller Parteien und Beigeladenen nicht annähernd den dahinterstehenden Arbeiten gerecht.<sup>5</sup> So verweist § 16 Nr. 15 RVG darauf, dass der erste Rechtszug des Musterverfahrens mit der Gebühr zum mündlichen Termin im erstinstanzlichen Verfahren verrechnet ist.<sup>6</sup> Für einen beteiligten Rechtsanwalt bedeutet dies, dass für einen erheblichen Mehraufwand nur die Gebühr abrechenbar ist, die man auch als Nichtbeteiligter eines Musterverfahrens im ersten Instanzenzug abrechnen könnte. Der aus einem Musterverfahren im Einzelfall zu ziehende juristische Vorteil

wird dadurch sehr schnell aufgrund der betriebswirtschaftlichen Nachteile gemindert.<sup>7</sup>

Es geht hierbei nicht nur um die simple Erkenntnis, dass ein Rechtsstreit sich auf Dauer auch rechnen muss, um ihn letztendlich zu ermöglichen. Eine Klage, deren Kosten den hieraus resultierenden Nutzen nicht rechtfertigt, wird vernünftigerweise erst gar nicht geführt.<sup>8</sup> Sondern es geht auch um die Erkenntnis, dass Ziel und Zweck des Musterverfahrensgesetzes unter anderem die Stärkung des privatrechtlichen Rechtsschutzes sein soll.

In einer Zeit, in der durch die Deregulierung und Abschaffung staatlicher Versorgungsaufgaben dem Privatverbraucher erheblich mehr Verantwortung und Vorleistungspflicht zum Beispiel zur Altersvorsorge auferlegt werden, muss auch die Möglichkeit bestehen, eine Rechtsposition in Bezug auf eine Kapitalanlage wirksamer und vor allem schneller durchzusetzen.<sup>9</sup>

Wenn jedoch bereits im Vergütungsbereich gerade diejenigen Rechtsanwälte, die auf Kapitalanlegerseite in der Regel nach den Gebührensätzen des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes („RVG“) abrechnen (müssen), eine erheblich höhere Mehrarbeit mit gleicher Aufwandsentschädigung wie bei einer Normklage vergütet bekommen, wird die Zahl derjenigen schwinden, die sich auf diese zählen, langwierigen Verfahren überhaupt spezialisieren.<sup>10</sup> Der Gesetzgeber hat im Jahr 2005 zwar prozessual aus Gründen des politischen Marketings ein neues Instrument geschaffen, er lässt es aber auf dem Wege des für die Anwaltschaft relevanten Gebührenrechts für den Verbraucher hinten runter fallen.<sup>11</sup>

Ein Anspruch, dessen rechtliche Durchsetzung nicht finanzierbar ist und daher nicht durchgeführt wird, ist in Wahrheit ein Nullum. Es gibt eine Reihe von Vorschlägen, wie man diese Finanzierungslücke schließen möchte. So hat sich ein Wirtschaftszweig von Prozessfinanzierern entwickelt. Durch private Anbieter, hinter denen zum Teil Großversicherungen oder namhafte Kapitalanlegeranwälte stehen, wird dem Anspruchsinhaber angeboten, die Kosten eines Rechtsstreits ge-

<sup>3</sup> *Kruis*, in: Kölner Kommentar zum KapMuG, 2008, § 7 Rn. 4; *Fullenkamp*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Kommentar zum KapMuG, 2007, § 7 Rn. 12.

<sup>4</sup> BGBl. 2005 I, 2437, 2445.

<sup>5</sup> *Hess*, WM 2004, 2329, 2333, der in 2004 dem Gesetzesentwurf sogar aus diesen Gründen „Misserfolg“ attestierte.

<sup>6</sup> § 16 Nr. 15 RVG besagt: „Dieselbe Angelegenheit sind das erstinstanzliche Prozessverfahren und der erste Rechtszug des Musterverfahrens nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz“.

<sup>7</sup> So auch im Ergebnis *Hess* (Fn. 5), 2329, 2333; lebensfremd dagegen *Zypries*, ZRP 2004, 177, 179.

<sup>8</sup> *Vollkommer*, in: Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2010, Anhang nach § 77 Rn. 1.

<sup>9</sup> *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, 2006, S. 217 ff.

<sup>10</sup> Die empfehlenswerte Studie „Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht – Evaluation des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes“ von *Halfmeier/Rott/Feess*, 2010, kann nur in aller Kürze auf diese wesentliche Voraussetzung effektiven Rechtsschutzes von Kleinanlegerklagen mit geringem Streitwert eingehen; vgl. Ziffer 3.1 S. 38 ff., Ziffer 5.5.2 S. 77 und Ziffer 6.3.1.11 S. 89 ff.

<sup>11</sup> Leider lässt die Stellungnahme des deutschen Anwaltsvereins Nr. 58/2004 vom Dezember 2004 diese Frage zumindest offen. Etwas zu verklärt dagegen die damalige Justizministerin, die in einem Beitrag schreiben ließ, dass die Einführung des Musterverfahrens die Funktionstüchtigkeit des „Börsen- und Justizplatzes Deutschland“ stärken solle und bombastisch verlautbaren ließ, „dass Anleger vor deutschen Gerichten klagen und nicht im Wege des forum shopping auf andere Staaten ausweichen werden“, vgl. *Zypries* (Fn. 7), 177, 178.

gen eine Erfolgsbeteiligung zu übernehmen.<sup>10</sup> Dies wird in den sogenannten Fällen mit Streuschäden, also Fällen mit sehr geringem Streitwert, allerdings dazu führen, dass aufgrund der meist vorgesehenen „Mindeststreitwerte“ Kläger mit geringerem Streitwert durchs Raster fallen und sich gar nicht an einen Prozessfinanzierer zu wenden brauchen.<sup>11</sup>

Im Ergebnis führt dies in der Praxis dazu, dass auf Kapitalanlegerseite in der Regel nur die Mandate mit der erforderlichen Sorgfalt, Tiefe und Ausdauer geführt werden, deren Streitwerte entweder so hoch sind, dass sie eine Zeitdauer von mehreren Jahren mitfinanzieren oder die in einer Mindesthäufigkeit bei einem und demselben spezialisierten Rechtsanwalt bzw. Kanzlei vorliegen, dass sie sich aufgrund des Synergieeffektes in der Masse wieder rechnen.

Und in der Tat ist auf dem Kapitalanlegerrechtmarkt eine Konzentration auf diejenigen Kanzleien zu beobachten, die sich aufgrund ausgearbeiteter Marketing-Methoden und intensivster Public Relations und Öffentlichkeitsarbeit mittlerweile einen Namen machen und möglichst viele Klagen zu demselben Klagegegner einsammeln.

Ebenso ist auch das Phänomen zu beobachten, dass viele Einzelklagen einzelner Prozessbevollmächtigter mangels der erforderlichen Recherche und juristischen Tiefe bereits an Minimalanforderungen scheitern und im Vorfeld eines Musterverfahrens aussortiert werden. Auch das ist nach fünf Jahren Musterverfahrensgesetz eine wesentliche Erkenntnis, die lohnt erwähnt zu werden.

#### D. Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KapMuG

Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vom 1. November 2005 hatte experimentellen Charakter. Daher mussten zunächst eine Reihe von Rechtsfragen im Wege der sofortigen Beschwerde und Rechtsbeschwerde (letztlich) vom Bundesgerichtshof geklärt werden.

Der Bundesgerichtshof hat in mehreren Beschlüssen wiederholt entschieden, dass Ansprüche aus fehlerhafter Anlageberatung nicht unter § 1 Abs. 1 KapMuG fallen, weil nur Ansprüche, die unmittelbar auf falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation beruhen, vom Geltungsbereich des § 1 Nr. 1 KapMuG erfasst sind.<sup>12</sup>

Angesichts der Methoden im Vertrieb von Kapitalanlagen, welcher überwiegend durch den Massenvertrieb geprägt ist, stellt sich doch die Frage, ob aufgrund der höchstrichterlich begründeten Rechtsprechung nicht der bestehende Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KapMuG dringend reformbedürftig ist.

So heißt es im Gesetzeswortlaut „*Schadensersatzansprüche wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation*“. Diese Formulierung ließ tatsächlich zunächst offen, ob nicht auch die Anlagevermittlung und Anlageberatung, die sich nach Prüfung der einschlägigen Prospekte und Kapitalmarktinformationen deren Aussagen beim Kapitalanleger zu eigen machte, ebenfalls in ein Musterverfahren einzubinden wäre. Der BGH hat sich mit Bezug auf die Gesetzesmaterialien ausdrücklich und mehrfach dagegen ausgesprochen. Streitigkeiten, die lediglich mittelbar Bezug zu einer öffentlichen Kapitalmarktinformation haben – wie etwa aus einem Anlageberatungsvertrag – werden vom Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz nicht erfasst.<sup>13</sup>

Allerdings hat der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien auch festgehalten:

*„Sollte sich das neue Gesetz oder einzelne seiner Regelungen dagegen nur in der Praxis – entgegen der Erwartung des Ausschusses – nicht bewähren, so darf nicht gezögert werden, die Regelungen zu ändern oder auch andere Modelle in Betracht zu ziehen. Um dieser Überlegung Nachdruck zu verleihen, empfiehlt der Ausschuss, das Gesetz von vorneherein – wie vom Bundesrat vorgeschlagen – auf fünf Jahre zu begrenzen.“* [Hervorhebung durch den Verfasser].<sup>14</sup>

Angesichts der Vertriebsmethoden von inzwischen zur Konzerngröße angewachsenen Massenvertriebsorganisationen ist es nicht haltbar, alleine die Emittenten für etwaige Schadensersatzforderungen in Regress zu nehmen. Vielfach, und vor allem für das konkrete Anlagegeschäft ausschlaggebend, ist es nämlich nicht der Emittent, der der aus seiner Sicht anonymen Kapitalanlegerschaft gegenübersteht. Oft ist es der einzelne Anlagevermittler bzw. Anlageberater, der mit dem Anlagekunden kommuniziert und tatsächlich die Information an den Anleger weitergibt. Die theoretische Chance, dass ein Durchschnittsanleger tatsächlich den Text einer Ad-hoc Meldung durchliest, scheint aus Praxissicht extrem gering. Wahrscheinlicher ist, dass eine veröffentlichte Kapitalmarktinformation in Form einer Ad-hoc Meldung erst mittels einer Wiedergabe des Anlagevermittlers bzw. Beraters an den Anleger weitergegeben wird. Und wer weiß, ob in einer solchen Wiedergabe nicht schon ein erheblicher Anteil an persönlicher Interpretation in dem Kommunikationstransfer enthalten ist.

Die eigentliche (sanktionierbare) Fehlinformation muss daher auch nicht (mehr) zwangsläufig von dem Emittenten kommen, sondern kann auch von der Vertriebsorganisation ausgehen, die sich die Prospektaussagen des Emittenten zu eigen macht und im konkreten Anlagevermittlungsgeschäft verändert weitergibt.

Eine noch so vorsichtige Prognose in einer Ad-hoc Mitteilung kann von dem konkreten Verkäufer einer Anlage zerredet werden. Berechtigte Zweifel des Anlegers werden in der Praxis des täglichen Kapitalanlagegeschäfts zerstreut, denn hier zählt für den Verkäufer zu einem überwiegenden Teil das Absatzinteresse und nicht das Kundeninteresse, das nach Auffassung des Gesetzgebers den Berater noch leiten soll.

Auch gesamtwirtschaftlich ist es nicht mehr zu vertreten, dass angesichts der Größe, Vertriebsstärke und Analyse- und Plausibilitätsprüfungsmöglichkeit von Vertriebsgesellschaften das wirtschaftliche Risiko der Sanktionierbarkeit einer falschen Kapitalmarktinformation alleine beim Emittenten verbleibt.

Wenn die Vertriebsgesellschaft eigenverantwortlich und vor allem mittels einer die jeweilige Information interpretierenden Formulierung einen falschen Eindruck beim Anlagekun-

<sup>10</sup> Einen Überblick bietet zum Beispiel der Deutsche Anwaltverein (DAV) auf <http://anwaltverein.de/downloads/Depescheninhalte/bersicht-Prozessfinanzierer.pdf>.

<sup>11</sup> Bei den sogenannten Streuschäden scheidet wegen der geringfügigen Einzelbeträge ein individueller Rechtsschutz meist aus; so auch *Vollkommer*, in: Zöller (Fn. 8), siehe Anhang nach § 77 Rn. 1.

<sup>12</sup> BGH vom 10.06.2008 (Az: XI ZR 33/08), Rn. 9; BGH vom 10.06.2008 (Az: XI ZR 26/07), Rn. 15.

<sup>13</sup> BGH vom 10.06.2008 (Az: XI ZR 26/07), Rn. 15.

<sup>14</sup> BT-Drs. 15/5695, S. 22, Ziffer IV 1.

den verursacht, dann sollte dieses Verhalten nicht in den Verantwortungsbereich des Emittenten fallen. Mit Bezug auf das Kapitalanleger-Musterverfahren tut es dies aber nach dem momentanen gesetzlichen Status Quo. Um es einmal bildhaft auszudrücken: Beim Spiel „Stille Post“ ist ja auch nicht nur der erste Informationsgeber für den Inhalt der Information am Ende der Kette verantwortlich, sondern jeder Teil der Kette.

Hieraus ergibt sich folgerichtig, dass die Begrenzung des Anwendungsbereiches des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KapMuG auf die Schadensersatzansprüche nur „unmittelbar“ aus einer fehlerhaften, irreführenden oder unterlassenen öffentlichen Kapitalmarktinformation, dem Ziel, fehlerhafte Kapitalmarktinformation zu sanktionieren, gar nicht gerecht wird.

Und um den Gedanken des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages aufzugreifen sollte nach Ablauf der fünf Jahre nicht gezögert werden, diese offensichtliche Schwäche zu beheben. Dass es danach zu neuen Wellen von Kapitalanlegerklagen kommen könnte, ist nicht auszuschließen. Allerdings möchte man dem möglichen Einspruch mit der Bemerkung begegnen, dass ein effektiver Rechtsschutz derzeit dadurch verhindert wird, dass einige der wesentlichen Protagonisten des Kapitalanlagegeschäfts (bislang) weitgehend sanktionsfrei dem KapMuG entzogen sind.

### E. Reformvorschläge

Eine Studie, die vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegeben wurde, analysiert das geltende Gesetz in rechtlicher, rechtstatsächlicher und ökonomischer Hinsicht.<sup>15</sup> Die Autoren untersuchen die einzelnen Verfahrensschritte des KapMuG und die damit verbundenen ökonomischen Anreizstrukturen. Vorzüge und Defizite des Gesetzes werden analysiert und bilden die Grundlage für ausgearbeitete Reformvorschläge.

Dabei lassen sich als wichtigste Ergebnisse festhalten: Die rechtliche Analyse, die bisherige Rechtsprechung und vorliegende rechtswissenschaftliche Stellungnahmen zeigen, dass das KapMuG ein nach Ansicht der Autoren insgesamt funktionsfähiges Modell der kollektiven Rechtsdurchsetzung im Kapitalmarktrecht ist. Die Autoren sind der Ansicht, dass das KapMuG weder zu unlösbaren rechtlichen Problemen noch zu einer nennenswerten Mehrbelastung der Justiz geführt habe. Sie bewerten das Gesetz als Erfolg und empfehlen eine Verlängerung sowie die Ausweitung seines Anwendungsbereichs auf weitere zivilrechtliche Ansprüche.<sup>16</sup>

Die Studie weist weiter darauf hin, die aktuell diskutierten Reformen des Gesetzes bei einer Novellierung zu berücksichtigen, weil das KapMuG sein Ziel der stärkeren Rechtsdurchsetzung im Kapitalmarktrecht noch nicht ausreichend erreicht habe.<sup>17</sup>

So bestehe auch die Erfordernis, dass der Zugang zum Verfahren im Interesse effektiver Rechtsdurchsetzung erleichtert werden solle. Dazu wird eine einfachere Beteiligungsform der Kläger am Verfahren vorgeschlagen, die keine förmliche Klageerhebung voraussetzt und damit die Prozessrisiken für geschädigte Anleger senken könnte.<sup>18</sup> Als wesentlichen Punkt hält die Studie die Tatsache fest, dass eine gütliche Streitbeilegung in einem Musterverfahren faktisch kaum möglich sei.<sup>19</sup> Daher wird in Anlehnung an das in der Studie dargelegte niederländische Modell die Möglichkeit eines gerichtlich genehmigten Vergleichsschlusses vorgeschlagen. Dies solle ein Vergleichsschluss mit „opt-out“-Möglichkeit sein.<sup>20</sup> Auch dafür ist kein Zwangscharakter, sondern ein Austrittsrecht vorgesehen. Im Übrigen erörtern die Autoren zahlreiche De-

tailverbesserungen des KapMuG und seine Integration in die Zivilprozessordnung.<sup>21</sup>

Dieser Beitrag nimmt keine Bewertung der Studie vor. Allerdings sollte in die Diskussion über eine im Musterverfahren vorgesehene Vergleichskomponente auch die Frage eingebracht werden, wie realistisch ein Vergleich auf der Ebene des Musterverfahrens ist. Derzeit wird die Dispositionsbefugnis des Musterklägers nach § 14 Abs. 3 KapMuG dahingehend beschränkt, dass für ihn eine Erledigungserklärung und ein prozessualer Verzicht nach § 306 ZPO ausgeschlossen sind. Ein Prozessvergleich im Musterverfahren setzt die Zustimmung aller (!) Beteiligten voraus, also auch aller Beigeladenen. Will heißen, die Möglichkeit wird realistischerweise erst dann auf die einvernehmliche Akzeptanz der Parteien und aller Beigeladenen stoßen, wenn sich eine Entscheidung der Gerichte zu den offenen Fragen abzeichnet, was letztendlich erst mit Abschluss des Musterverfahrens hinreichend deutlich wird. Schließlich ist der Musterentscheid zwar bindend für die Ausgangsverfahren, aber trotzdem sind ganz wesentliche Punkte des Ausgangsverfahrens (noch) nicht entschieden und werden im Anschluss des Musterverfahrens erst entschieden werden. Zu diesem Zeitpunkt besteht aber selbstverständlich auch noch genügend Zeit für einen Vergleich. Warum sollte also ein Vergleich bereits im Musterverfahren zustande kommen, wenn er auch zu einem späteren Zeitpunkt noch zustande kommen kann?

### F. Fazit:

Wenn man ein Joghurt nicht gleich bis zum Ablaufdatum gegessen hat, ist das nicht so schlimm. Manchmal wird man es noch ein paar Tage später essen können. Aber trotzdem gilt: Je länger man mit dem Essen wartet, desto ungenießbarer wird es. Und schließlich wird es ganz unappetitlich.

Ähnlich verhält es sich mit dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vom 1. November 2005. Als es in Kraft trat, war es noch sehr frisch und weckte sehr viele Hoffnungen in der Praxis.<sup>22</sup> Allerdings erfuhr es zugleich auch berechtigte Bedenken.<sup>23</sup> Da es mit einem Ablaufdatum per 01.11.2010 versehen ist, wird es bei einer simplen Verlängerung auf Dauer schwerer verdaulich, wenn nicht sogar ungenießbar, weil es dringend einer Reform bedarf, um wieder an Frische zu gewinnen.

Mit Ablauf der Geltungsdauer des Gesetzes im Oktober 2010 stehen demnach folgende Optionen zur Verfügung:

1. Das KapMuG läuft aus.
2. Die Sunset-Klausel wird verlängert oder ganz aufgehoben.
3. Das KapMuG wird aufgrund der bisher gemachten Erfahrungen novelliert.
4. Der Anwendungsbereich des KapMuG wird erweitert.

<sup>15</sup> Halfmeier/Rott/Feess (Fn. 10).

<sup>16</sup> Halfmeier/Rott/Feess (Fn. 10), S. 46 und S. 79 ff.

<sup>17</sup> Halfmeier/Rott/Feess (Fn. 10), S. 81.

<sup>18</sup> Halfmeier/Rott/Feess (Fn. 10), S. 95 ff.

<sup>19</sup> Halfmeier/Rott/Feess (Fn. 10), S. 55 und 97 ff.

<sup>20</sup> Halfmeier/Rott/Feess (Fn. 10), S. 93 f. und 101 f.

<sup>21</sup> Halfmeier/Rott/Feess (Fn. 10), S. 103 ff.

<sup>22</sup> Zypries (Fn. 7), 177, 179; wohl auch Reuschle, WM 2004, 966 ,979; ders., WM 2004, 2334; ders., NZG 2004, 590.

<sup>23</sup> Sessler, WM 2004, 2344, 2348; vgl. auch Stellungnahme Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW) zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur weiteren Verbesserung des Anlegerschutzes.



Die Laufzeit des Gesetzes wurde zunächst durch Änderung der Sunset-Klausel bis zum 31.10.2012 verlängert.<sup>24</sup> Nunmehr sieht das BMJ eine Diskussion von zwei Jahren vor, in deren Verlauf es zur Novellierung des Gesetzes kommen soll. Dies erscheint auch wahrscheinlich, da der überwiegende Teil der Literatur und veröffentlichten Öffentlichen Meinung ist der Ansicht, dass das Gesetz generell von Nutzen sei und den Rechtsschutz in Deutschland verbessert habe.<sup>25</sup>

Für den Anleger bedeutet es allerdings, noch viel Geduld aufzubringen, bis der Gesetzgeber im Zusammenspiel mit Anlegerverbänden, der Anwaltschaft und unter Einbezug der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Gesetz herausgearbeitet hat, das die Durchsetzung der Rechtsposition eines Kapitalanlegers unabhängig von der Höhe seines Streitwerts fördert und gewährleistet, einen Anspruch noch innerhalb einer angemessenen Zeitdauer von zwei-drei Jahren geltend machen zu können. Immerhin wurde das Gesetz ursprünglich

einmal zur „Erleichterung“ der Durchsetzbarkeit von Kapitalanlegeransprüchen geschaffen und nicht zu deren Erschwernis.

Aber vielleicht verhält es sich ja wie mit den derzeit investierten Altersvorsorgegeldern einer neuen Generation von Anlegern: die Hoffnung stirbt zuletzt.

<sup>24</sup> Gesetz zur Einführung einer Musterwiderrufsinformation für Verbraucherdarlehensverträge, zur Änderung der Vorschriften über das Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen und zur Änderung des Darlehensvermittlungsrechts vom 24.07.2010, BGBl. 2010 Teil I, 977 (979).

<sup>25</sup> Vgl. unter anderem: *Ertmann/Keul*, WM 2007, 482-485; *Fellner*, in: [http://www.bankundkapitalmarkt.de/tagung/10\\_Fellner\\_Gliederung.pdf](http://www.bankundkapitalmarkt.de/tagung/10_Fellner_Gliederung.pdf); *Hess*, ZIP 2005, 1713-1719; *Jahn*, ZIP 2008, 1314-1317; *Möllers/Puhle*, NZG 2008, 579-582; *Stackmann*, NJW 2008, 1345-1348; *Tilp*, in: FS Krämer, 2009, S. 331-360; *Varadinek/Asmus*, ZIP 2008, 1309; *Vollkommer*, NJW 2007, 3094-3098.

## International

Dr. Christian Ernst\*

### The German Länder and Their Participation on the European Level

As a result of the federal structure of the Federal Republic of Germany, different state actors are affected by the process of European integration. European law guidelines do not just affect the Federation, but also the Länder and local authorities. Although the Member State is the only direct contractual partner, the other state actors demand participation rights on the European level to the extent that their competences are transferred to the European Union. The cooperation between different national levels is seen by many as an obstruction for the national capacity to act within the European concert.<sup>1</sup> Inadequate ability to articulate national interests affects not only Germany but also the European Union which benefits from a functioning and effective Germany.<sup>2</sup> Within this general complex of participation this paper concentrates on the upstream-phase, which comprises the national decision-making process in European affairs and the use of participation rights as a Member State, but not on the subsequent implementation of European law into national law (downstream-phase).<sup>3</sup>

#### A. Introduction: The federal system of the Federal Republic of Germany

According to Art. 20 (1) Basic Law (BL) the Federal Republic of Germany is a federal state. The Federation and the Länder are states themselves.<sup>4</sup> As a consequence the Länder have a claim for their own constitutional rules and state functions. The basic allocation of tasks is ruled by Art. 30 BL. The authority for state functions is in principle a matter of the Länder. This is put into practice for administrative tasks but concerning legislative powers, the main authority remains by the Federation. The situation on the European level is similar. The Federation represents the Federal Republic on the European level as a Member State and it is its field of activity to gather and focus national interests. Nevertheless the Länder also lose competences to the extent that they are transferred to the European Union. As a compensation the Länder participate in the decision-making process of the federal state through the Bundesrat, a constitutional body that represents the governments of all Länder.

This form of German federalism is not just preserved in Art.

20 (1) BL, but also secured by a special so-called “eternity clause” (Ewigkeitsklausel). According to Art. 79 (3) BL, amendments to the Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation on principle in the legislative process, or the principles laid down in Art. 1 and 20 shall be inadmissible. With the validity of the Basic Law the federal structure of Germany cannot be abolished. This includes the existence of Länder in general (but not their current number)<sup>5</sup> and essential own constitutional rules and state functions, like the fundamental constitutional autonomy, a certain existence of legislation, jurisdiction and administration competences as well as own means of income.<sup>6</sup> The problem is to define these criteria by objective means

\* The author is research fellow for Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, Chair of Public Law, International and European Law, Bucerius Law School Hamburg, Germany.

<sup>1</sup> For example Lorenz Menz, *Föderalismus: Stärke oder Handicap deutscher Interessenvertretung in der EU?*, in EUROPAPOLITIK UND BUNDESSTAATSPRINZIP 67 (Rudolf Hrbek ed., 2000); Peter-Christian Müller-Graff, *Die Europatauglichkeit der grundgesetzlichen Föderalismusreform*, in FS SCHOLZ, 705 (Rainer Pitschas & Arnd Uhle ed., 2007); Roland Sturm, *Ist der Föderalismus europafähig?*, in REGIONALE WEGE IN EUROPA, FÖDERALISMUS – DEVOLUTION – DEZENTRALISIERUNG 151 (Petra Zimmermann-Steinhart ed., 2006).

<sup>2</sup> Angelica Schwall-Düren, *Prüfstein für die bundesstaatliche Ordnung: Die Europafähigkeit Deutschlands*, in DIE REFORM DES BUNDESSTAATES 215 (Rainer Holtschneider & Walter Schön ed., 2007).

<sup>3</sup> Concerning the downstream-phase the changes that results from the Federal Commission seems to be appropriate to cushion current problems of the implementation of European law, see Peter M. Huber, *Der Beitrag der Föderalismusreform zur Europatauglichkeit des Grundgesetzes*, 21 ZG 354, 374 (2006). Also not subject matter of this article is the general disempowerment of parliaments due to transferring competences to the European Union, see Rainer Holtschneider, *Ist das Ende des Föderalismus im Europäischen Staatenbund erreicht?*, DÖV 1018, 1020 (2008).

<sup>4</sup> Federal Constitutional Court, Case 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14 (34); Case 2 BvN 1/69, BVerfGE 36, 342 (360); Michael Sachs ed., GRUNDGESETZ Art. 20 para. 65 (5th ed. 2009).

<sup>5</sup> Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein & Christian Starck ed., GRUNDGESETZ Art. 79 para. 131 (5th ed. 2005).

<sup>6</sup> Federal Constitutional Court, Case 2 BvF 1/71, BVerfGE 34, 9 (19); Stephanie Uhrig, DIE SCHRANKEN DES GRUNDGESETZES FÜR DIE EUROPÄISCHE INTEGRATION 83 (2000).

Secured is also the participation on principle in the legislative process on the national level as well as on the European level.<sup>7</sup> Therefore, this kind of compensation for the loss of own competences is covered by the protection of Art. 79 (3) BL, too. In fact, this minimum standard of participation is as difficult to define as the other parts of Art. 79 (3) BL. Summarising, the eternity clause guarantees an extremely effective protection, but just for the core competences, which are difficult to define.

In the beginning this conception was aimed at a federalism that was characterized by strong Länder and less cooperation with the Federation.<sup>8</sup> However, already in the first years of the Federal Republic tendencies towards unification occurred. Reasons for this were the intense use of legislative powers by the Federation, the expansion of federal administration and a jurisdiction which produced a unification of law.<sup>9</sup> The changing conditions of society in the boom after World War II supported this process. By the end-1950s the "unified" Federation emerged.<sup>10</sup> During the 1960s the existing cooperative structures between Federation and Länder become more important. Until the end of the 20<sup>th</sup> century more than 300 Federation-Länder-commissions and 1.000 committees or workgroups between two or more Länder originated.<sup>11</sup> Simultaneously to the emerging of the "cooperative" federalism, people became aware of a too intensive cooperation that could be obstructive to the capacity to act. The cooperation developed with increasing regularity to a competition between Federation and Länder.<sup>12</sup> To improve the capacity of the Federation to act and disentangle the federal order of competence, the Federation and the Länder installed the Federal Commission I in 2003 and the Federal Commission II in 2007.

## B. Current Situation – Capability to act on the European level and German federalism

The linkage between the different federal levels and increasing competitive situations also extended to the European level. It was seriously questioned whether the German federalism was any longer suitable for a modern state penetrated by the process of European integration.

### I. The Bundesrat

The Bundesrat is a constitutional organ of the Federation. According to Art. 50 BL its function is to enable the Länder to participate through it in the legislation and administration of the Federation and in matters concerning the European Union. In practice its main function is to participate in legislation by declaring a consent or objecting to bills.

The participation of the Bundesrat in matters concerning European affairs is ruled by Art. 23 BL. The rule was implemented in 1992 during the process of ratification of the Treaty of Maastricht. The implementation was a great success for the Länder,<sup>13</sup> because the previous non-constitutional participation rights got a constitutional coverage und expanded. As a result of the participation rights the loss of competence for the Bundesrat (and Bundestag) due to transfer of competences to the European Integration had to be compensated. Concerning participation, several constellations have to be distinguished.

The ratification of a European treaty or its amendment requires a ratification law. The Bundesrat participates declaring a consent to the ratification order, Art. 23 (1) BL. If a ratification law is not needed – especially for secondary law – the Bundesrat participates in different ways.

According to Art. 23 (2) BL the Federal Government shall keep the Bundesrat (and Bundestag) informed comprehensively and at the earliest possible time in matters concerning the European Union. The information shall allow the Bundesrat to issue statements in matters of European affairs. Insofar as, in an area within the exclusive competence of the Federation, interests of the Länder are affected, and in other matters, insofar as the Federation has legislative powers, the Federal Government shall take the position of the Bundesrat into account. To the extent that the legislative powers of the Länder, the structure of Länder authorities or Länder administrative procedures are primarily affected, the position of the Bundesrat shall be given the greatest possible respect, Art. 23 (5) BL. According to Art. 23 (6) BL the exercise of the rights belonging to the Federal Republic of Germany as a Member State of the European Union shall be, when legislative powers exclusive to the Länder concerning matters of school education, culture or broadcasting are primarily affected, delegated by the Federation to a representative of the Länder designated by the Bundesrat.

### II. Information by the Federal Government, Art. 23 (2) BL

In practice the demand for information is fulfilled by the Federal Government by forwarding the documents it gets from the European Union to the Bundesrat. Even if this gets easier because of electronic data bases, about 8.000 documents remain.<sup>14</sup> If the Bundesrat forwards just half of these documents after a relevance check to the Länder,<sup>15</sup> the documents have to be checked separately in each one of the Länder by the responsible department. The departmental administration has to work at the limits of its capacity. This could be a reason why only about 160-170 comments per annum find their way back to the Bundesrat for discussion.<sup>16</sup>

<sup>7</sup> Theodor Maunz et al., GRUNDGESETZ Art. 79 (3) para. 106 (2009).

<sup>8</sup> Werner Thieme, *Vierzig Jahre Bundesstaat*, 42 DÖV 499, 508 (1989).

<sup>9</sup> Sachs, *supra* note 4, Art. 20 para. 57.

<sup>10</sup> Konrad Hesse, *DER UNITARISCHE BUNDESSTAAT* (1962).

<sup>11</sup> Menz, *supra* note 1, at 69; Johannes Rau, *Bewährt oder erstarbt? Unser föderatives System auf dem Prüfstand*, in 50 JAHRE HERRENCHIEFSEER VERFASSUNGSKONVENT – ZUR STRUKTUR DES DEUTSCHEN FÖDERALISMUS, 20 (Bundesrat ed. 1999), speaks of more than 900 committees or workgroups.

<sup>12</sup> See Federal Constitutional Court, Case 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 (173); Case 2 BvF 1/83 et al, BVerfGE 72, 330 (382); Case 2 BvG 1/89, BVerfGE 80, 74 (79); Case 2 BvG 1/91, BVerfGE 84, 25 (31).

<sup>13</sup> The Länder gave their consent to the Treaty of Maastricht as required by the constitutional order, but explicitly made it conditional to the quality of their new constitutional participation rights. The protocol of the Conference of the heads of government of the Länder from 12<sup>th</sup> of March in 1992, no. 3, reads: "The heads of government of the Länder will evaluate the Treaty of Maastricht together with the negotiations about the advancement of the federal structure of the Basic Law and the strengthening of the national participation. Based on this they will decide, if they consent to the Treaty of Maastricht." See Paul Wilhelm, *Europa im Grundgesetz – Der neue Artikel 23*, 38 BAYVBL. 705 (1992); Hans Meyer, *DIE FÖDERALISMUSREFORM 2006* at 363 (2008).

<sup>14</sup> Status report concerning the participation rights of the Länder in European matters, 28. Conference of Europe minister of the Länder, Berlin 31.5.2001, 22. Christine Mellein, *SUBSIDIARITÄTSKONTROLLE DURCH NATIONALE PARLAMENTE* 306, n. 1381 (2007), assumes 5.000 entries in data bases in 2004.

<sup>15</sup> Marc-Oliver Pahl, *REGIONEN MIT GESETZGEBUNGSKOMPETENZEN IN DER EUROPÄISCHEN UNION* 302 (2004).

<sup>16</sup> *Id.* at 302; Henrik Scheller & Josef Schmid ed, *FÖDERALE POLITIKGESTALTUNG IM DEUTSCHEN BUNDESSTAAT* 151 (2008).

Therefore it is hard to understand why the Chamber for European Affairs lives a shadow existence. The Chamber for European Affairs is a commission of the Bundesrat and consists of one representative per Land. The allocation of votes is the same as in the Bundesrat. The Chamber deals with matters concerning the European Union and its decisions shall be considered decisions of the Bundesrat. The Purpose of this Chamber implemented in 1992, Art. 52 (3a) BL, was to make participation of the Bundesrat more effective.<sup>17</sup> So far the Chamber for European Affairs has met only three times, for the last time in 1999. Reasons are manifold. Sometimes a timely decision could not be expected or a quorum could not be reached.<sup>18</sup> Often a Chamber decision is superfluous, since the Bundesrat itself can convene.<sup>19</sup> Apart from this it is assumed that a consistent European policy does not play a very important role for the Governments of the Länder.<sup>20</sup> In view of the Länder being active in various European affairs, this last thesis appears doubtful. In fact the modest importance of the Chamber for European Affairs seems to be a sign of institutional obstacles. The Chamber, which is authorized to act in terms of short notice or has to be convened by the Bundesrat and may not become active on its own, misses sufficient autonomy and necessary self-confidence to work on individual initiative.

### III. Coordination between Länder/Bundesrat and Federation as well as consideration of statements, Art. 23 (5) BL

The coordination between the Federation and the Länder represented by the Bundesrat faces practical problems. So far, no Federal Government has ever appointed a Minister for European Affairs. The situation among the Länder is different. Although they are not Member States of the European Union, most of them installed such a minister. Coordination in European matters is in the hands of the persons that preside in European departments of the different federal ministries. Since the implementation of European law demands administrative execution in the first place and therefore affects competences of the Länder, which are not primarily involved, the federal level lacks the necessary experience in administrative affairs.<sup>21</sup> Additionally, the complicated allocation of European tasks on the federal level seems to be vulnerable to delays.<sup>22</sup> If finally the interests of the Länder – which are often guided by differing political guidelines – are comprised, the situation gets increasingly difficult.

In the formal participation proceedings according to Art. 23 (5) BL the Federal Government shall respect the position of the Bundesrat. In practice it seems to be difficult to define to which extent the position of the Bundesrat must be respected – Art. 23 (5) BL speaks of a position that is taken “into account”, or a position that is given the “greatest possible respect”, depending on whether the interests of the Länder are just “affected” or “primarily affected”. In general the Bundesrat demands its position be taken into account, but does not demand the “greatest possible respect”. Between implementation of Art. 23 BL in 1992 and end of 2003 the Bundesrat issued 900 statements<sup>23</sup> and asked “greatest possible respect” in 94 cases.<sup>24</sup> Often there was disagreement on the lawfulness of this position. Between 2000 and 2004 the Federal Government questioned the Bundesrat's position in 20 out of 37 cases.<sup>25</sup> Between 2005 and September 2009 the Federal Gov-

ernment disagreed in 15 out of 38 cases.<sup>26</sup> As far as can be seen, the conflicts could be solved without greater problems, because Bundesrat and Federal Government agreed on the matter. The small number of discussions and compromises raises the question of the general need and effectiveness of such a procedure that in general delays the national decision making-process.

### IV. Länder representative on the European level, Art. 23 (6) BL

Before a Länder representative can start his negotiation activity according to Art. 23 (6) BL, it is again necessary to examine if legislative powers of the Länder are “primarily” affected. The following negotiations undertaken by a representative of the Länder raise doubts concerning an adequate democratic legitimation. He is not representative of the Bundestag – the elected representation of the people –, but his declarations can bind the Federal Republic.<sup>27</sup>

In practice the limited competences and the infrequent involvement of the Länder representative can make negotiations difficult and problematic. For an ideal use of the national participation rights it is essential that the representatives of the Länder are involved at the stage of pre-negotiations. Also, a representative of the Länder often cannot rely on a network like other more permanent representatives of a Member State.<sup>28</sup> On the European level, compromises including a bundle of matters are frequent, but the representative of the Länder is confined to three narrow fields of law because of Art. 23 (6) BL.<sup>29</sup> Apart from this, a representative of the Länder may often not be respected as a negotiation partner.<sup>30</sup> This is a general structural problem for constituent states or regions within the European Union that are not Member States themselves.

### V. Evaluation of participation of the Länder

In contrast to doubts concerning the impact of Art. 23 BL expressed in Germany, the German federalism is regarded as more positive by other Member States. The German structure in-

<sup>17</sup> Bundestag, PUBLICATION NO. 12/6000 at 25.

<sup>18</sup> Wolfgang Fischer & Claus Dieter Koggel, *Die Eurokammer des Bundesrates*, 115 DVBL 1742, 1743 (2000).

<sup>19</sup> *Id.* at 1743.

<sup>20</sup> Peter M. Huber, DIE ROLLE DER NATIONALEN PARLAMENTE BEI DER RECHTSETZUNG DER EUROPÄISCHEN UNION 36 (2001).

<sup>21</sup> Huber, *supra* note 3, at 356.

<sup>22</sup> Given that many different workgroups on the Federal level Chancellor Merkel said that European policy would be undertaken by the Chancellor and all responsible people in the ministries, see the interview with Angela Merkel in the *Handelsblatt*, 27.10.2005.

<sup>23</sup> Bundesstaatskommission Land Rhineland-Palatinate, PUBLICATION NO. 0034 annexure 3.

<sup>24</sup> Christina Baier, BUNDESSTAAT UND EUROPÄISCHE INTEGRATION 90 (2006).

<sup>25</sup> *Id.* at 90; Bundesstaatskommission Land Rhineland-Palatinate, *supra* note 23, annexure 3.

<sup>26</sup> Compliation of the qualified participation of the Bundesrat in European matters, 17.9.2009, available at the Bureau of European Affairs of the Bundesrat. See also Scheller & Schmid ed, *supra* note 16, at 151.

<sup>27</sup> Peter M. Huber, RECHT DER EUROPÄISCHEN INTEGRATION § 11 para. 46 (2002); Schwall-Düren, *supra* note 2, at 221.

<sup>28</sup> Rudolf Hrbek, *Der deutsche Bundesstaat in der EU*, in FS ZULEEG 256, 262 (Charlotte Gaitanides, Stefan Kadelbach & Gil Carlos Rodríguez Igelias ed., 2005); Pahl, *supra* note 15, at 332.

<sup>29</sup> Baier, *supra* note 24, at 123.

<sup>30</sup> Pahl, *supra*, note 15, at 333; Baier, *supra* note 24, at 124.

fluences the federal elements of the European Union by an "indirect institutional export", so that the Federal Republic could profit from its national experiences.<sup>31</sup> In addition the Federal Republic has always the alternative to refer to its national constitutional bindings to get an excuse in negotiations.<sup>32</sup>

Especially the last argument may have been used in individual cases as a tactical instrument. However, the constitutional problem is real. The increasing variety of interests that are involved in the national process of decision-making and protected by the Constitution, has to be taken into account. Under these circumstances it is getting more difficult to make decisions in a fast and flexible way.<sup>33</sup> It is precisely this ability that gets more and more important in a future European Union. Due to the increased number of Member States and the strengthening of majority decisions by the Treaty of Lisbon, Germany is at risk of being overruled. The fact that abstention from voting on European level as a result of the coordination problems between the Federation and the Länder is nowadays already called "German vote"<sup>34</sup> raises worries for the future. The national federal structures are still based on the need for a balance between the Federation and the Länder.<sup>35</sup> Even if part of the deficiencies go back to other aspects such as political rivalry on the Federal level,<sup>36</sup> the existing relations between the Federation and the Länder are difficult enough to cope with.

To make matters even more complicated, the interests of the Länder are often interests that deviate from those of the Federal Government. Given the granted participation rights this cannot be criticised and is understandable.<sup>37</sup> The result of a missing uniform national position may cause incomprehension among other Member States. German interests might be considered as inconsistent and Germany as lacking credibility and reliability.<sup>38</sup>

### C. Perspective – Strengthening of the Länder?

Various suggestions on how to strengthen the national capacity to act on the European level were made in the Federal Commission. The models ranged from a total abandonment of federal actions on the European level and the sole right of the Länder to act in European affairs where their exclusive legislative powers are affected,<sup>39</sup> to a complete expungement of Art. 23 (2)-(7) BL<sup>40</sup>. The agreement that was reached yielded few modifications of the upstream-phase shown above. Even so, strengthening the capacity of the Federation to negotiate in a flexible manner, which would cause an unavoidable reduction of the participation rights of the Länder, is still worth considering. Whether the latest developments follow this concept will be discussed below.

## I. The European principle of subsidiarity

The amendment of European law concerning the principle of subsidiarity could change the situation of the Länder. This essentially depends on whether and to what extent the Länder will take the benefit.

### 1. Content of the principle of subsidiarity

Since the Treaty of Maastricht was enacted, Art. 5 (2) EC resp. Art. 5 (2) EU Lisbon stipulates that the Community shall take action in areas which do not fall within its exclusive competence<sup>41</sup> only in accordance with the principle of

subsidiarity, meaning only if and insofar as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore be better achieved by the Community. The implementation of the principle of subsidiarity and its development was based substantially on an initiative of the German Länder, because they hoped it could strengthen their position.<sup>42</sup> However, the impact of the principle had been rather limited from the beginning. The European Treaties attempt to harmonise the legal orders of the Member States and the principle of subsidiarity shall not restrict the continually advancing process of European integration.<sup>43</sup>

### 2. Legal situation according the Treaty of Lisbon

On the basis of the Treaty of Lisbon, the national parliaments are more intensely involved in European legislation and its control. The principle of subsidiarity, whose use is now also controlled by the national parliaments, now explicitly also refers to the regional and local level, Art. 5 (3), Art. 12 b EU Lisbon, Art. 69, Art. 352 (2) FEU. Likewise, the protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality<sup>44</sup>, which is referred to by Art. 5 (3) EU Lisbon, brings about significant changes. The national parliaments are able to control draft legislative acts by the European Union and may send a reasoned opinion to the European Union on why the draft is not considered to be in accordance with the principle of subsidiarity, Art. 6 protocol subsidiarity. If a sufficient number of national parliaments join this position, this may entail a control by the Commission and perhaps by the European Parliament and the European Council, Art. 7 protocol subsidiarity.

In addition Art. 8 of the protocol establishes an action for annulment on grounds of infringement of the principle of subsidiarity before the ECJ as a special form of the proceeding according to Art. 263 FEU (ex Art. 230 EC). According to the national legal orders national parliaments can bring an action as well as their chambers or the Committee of the Regions, provided the latter had to be consulted before. This ex-

<sup>31</sup> Simon Bulmer, Charlie Jeffery & William E. Paterson, GERMANY'S EUROPEAN DIPLOMACY 42 (2000).

<sup>32</sup> *Id.* at 40.

<sup>33</sup> Schwall-Düren, *supra* note 2, at 216.

<sup>34</sup> *Id.* at 216.

<sup>35</sup> Huber, *supra* note 3, at 355, who speaks about an „introverted“ federalism.

<sup>36</sup> See Hrbek, *supra* note 28, at 264.

<sup>37</sup> This may be different if the Länder use their participation rights for objectives that do not directly influence the European integration of Germany. See Fritz W. Scharpf, *Die Politikverflechtungs-Falle*, 26 PVS 323, 334 (1985), who refers to a comparison between the US-American Senate and the German Bundesrat and assumes that beside the economic, social and cultural interests of regions the German Länder are influenced in addition by their institutional self-interest of conservation and expansion of resources and competences.

<sup>38</sup> Schwall-Düren, *supra* note 2, at 218.

<sup>39</sup> Reinhard Hoffmann, *Die Europafähigkeit der Bundesrepublik*, in DIE REFORM DES BUNDESSTAATES 232 (Rainer Holtzschneider & Walter Schön ed., 2007).

<sup>40</sup> Hrbek, *supra* note 28, at 262.

<sup>41</sup> See Jürgen Schwarze ed., EU-KOMMENTAR Art. 5 EG para. 16 (3d ed. 2009); Rudolf Streinz ed., EUV/EGV Art. 5 EG para. 16 (2003).

<sup>42</sup> Menz, *supra* note 1, at 72.

<sup>43</sup> Hans-Jürgen Papier, *Das Subsidiaritätsprinzip – Bremse des europäischen Zentralismus?*, in FS ISENSEE 691, 696 (Otto Depenheuer et al. ed., 2007).

<sup>44</sup> Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, 9.5.2008, C 115, 206.

PLICIT involvement of national parliaments is an essential reform of the European Union.

### 3. Benefit of the Länder and the German federalism

The benefit for the Länder depends on the scope of the term "national parliament", which is not entirely clear. A systematic interpretation shows that the Treaty of Europe differentiates between "national parliaments" and a "regional" and "local" level, Art. 5 (3) EU Lisbon. The parliaments of the Länder act on a regional but not on a national level. So a "national parliament" has to be a deliberatively working constitutional organ of the Member State.<sup>45</sup> Within the Federal Republic the Bundestag is a national parliament as well as the Bundesrat, but the parliaments of the Länder are not.

Since the European law rules the relation between the European Union and its Member States, it contains no rules for the national orders.<sup>46</sup> According to Art. 6 (3) EU the Union shall respect the national identities of its Member States. Art. 4 (2) EU Lisbon refers to the national identity as the fundamental political and constitutional structures, inclusive of regional and local self-government. The federal structure of Germany, including the principle of federalism and the eternity clause, is part of this national identity.<sup>47</sup> Even a literal interpretation shows that Art. 6 (3) EU as well as Art 4 (2) EU Lisbon are just precepts. The undefined phrase is not able to guarantee protection or another form of warranty. Art. 6 (3) EU and Art. 4 (2) EU Lisbon only require its consideration. The principles of proportionality – Art. 5 (3) EG – and subsidiarity – Art. 5 (2) EG – may insofar be more useful than the precept of consideration of Art. 6 (3) EU, Art. 4 (2) EU Lisbon, which remains vague and faint.

So what remains for the Länder? If the Federal Republic keeps a competence due to the principle of subsidiarity, its exercise is governed by the national law. Thus, it might fall within the sphere of the Länder. The amendment of the principle of subsidiarity establishes for the first time a direct relation between the national parliaments and the European Union. As a result, the Länder take part in the advance of the national parliament's experience, although their options seem to be more indirect than direct. Bringing an action on grounds of infringement of the principle of subsidiarity could be useful to pressurise the Federation into political negotiations and maybe even other Member States or the European Union itself. For the Länder this is easy because through the Bundesrat every one of the Länder can de facto bring such an action, provided that it gets the support of the other Länder.

### 4. Comparison with current German legal order and ECJ jurisdiction

The situation in Germany regarding concurrent legislative power is comparable to that within the European Union. A "necessity clause" in Art. 72 (2) BL rules that the Federation has the right to legislate in certain fields of legislative powers only when a federal law is necessary in order to establish equivalent living conditions or a uniformity of legal or economic terms throughout the federal territory; otherwise the Länder have the authority to legislate.<sup>48</sup> In contrast to the past, the Federal Constitutional Court today takes the concept of "necessity", which has been made subject to comprehensive control, more seriously.<sup>49</sup> This was fostered by an explicit will of the legislature to strengthen the position of the Länder after German reunification.<sup>50</sup>

The ECJ's review of infringements of the principle of subsidiarity is similar to the rather superficial one of the Federal Constitutional Court concerning Art. 72 (2) BL in the past. When discussing subsidiarity, the Commission uses stereotyped expressions, which do not seem to be the result of an intensive balancing of interests.<sup>51</sup> Even the ECJ has never declared an act void due to an infringement of the principle of subsidiarity.<sup>52</sup> Its caution results from the need for approximation of national laws, which is one of the primary goals of European Union law. Furthermore, where a European Union policy area requires a high level of protection, heterogeneous national law orders would be counterproductive.<sup>53</sup> As a result, the principle of subsidiarity has very little impact.

A comparison with German law shows that the principle of subsidiarity can lead to an effective judicial control, if the competent court applies it in a serious and precise manner.<sup>54</sup> However, it seems doubtful whether the ECJ will take this step. Indeed, the Member States strengthened the wording of the principle of subsidiarity by the Treaty of Lisbon. It is questionable if this will influence the jurisdiction of the ECJ in a similar way as the strengthening of the German necessity clause did with regard to the Federal Constitutional Court. The first action for annulment on grounds of infringement of the principles of subsidiarity before the ECJ will be interesting.<sup>55</sup> The ECJ will not be able to avoid dealing with the principle of subsidiarity any more, mentioning it in passing only. Despite the new special proceeding, the restrained competence of the ECJ will make a direct improvement of the legal situation of the Länder as a result of the amendment unlikely.

### 5. Summary

For the first time, a direct relation between the national parliaments and the European Union has been established by virtue of the principle of subsidiarity. A contribution of the ECJ to the effectiveness of this principle is unlikely. The benefit

<sup>45</sup> Martin Nettesheim, *Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa*, 39 EUR 511, 542; Christoph Vedder & Wolff Heintschel von Heinegg ed., *EVV Art. I-11*, para. 18 (2007).

<sup>46</sup> Matthias Herdegen, *'Föderative Grundsätze' in der Europäischen Union*, in FS STEINBERGER 1193, 1194 (Hans-Joachim Cremer et al. ed., 2002).

<sup>47</sup> Christian Calliess & Matthias Ruffert ed., *EUV/EGV Art. 6 EU para. 48* (3d ed. 2007); Streinz, *supra* note 41, Art. 6 EU para. 27.

<sup>48</sup> In the meantime also a special constitutional proceeding was implemented in Art. 93 I Nr. 2 a) BL, which allows the Bundesrat, a Länder-government or a Länder-parliament to bring an action on ground of infringement of the "necessity-clause", which is in practice however of small relevance.

<sup>49</sup> Federal Constitutional Court, Case 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62 (148).

<sup>50</sup> See Christoph Neumeyer, *DER WEG ZUR NEUEN ERFORDERLICHKEITSKLAUSEL FÜR DIE KONKURRIERENDE GESETZGEBUNG DES BUNDES 131* (1999).

<sup>51</sup> Christian Koenig & Ralph Alexander Lorz, *Stärkung des Subsidiaritätsprinzips*, 58 JZ 167, 168 (2003); Silke Albin, *Das Subsidiaritätsprinzip in der EU*, 25 NVwZ 629, 630 (2006).

<sup>52</sup> Schwarze ed., *supra* note 41, Art. 5 EG para. 32; Papier, *supra* note 43, at 697; Albin, *supra* note 51, at 630. The European Parliament and the Member States can bring an action according to Art. 230 I EC to have the ECJ review relevant acts, the Länder however have only very limited possibilities according to Art. 230 IV EC, see Streinz ed., *supra* note 41, Art. 230 EG para. 4; Calliess & Ruffert ed., *supra* note 47, Art. 230 para. 58.

<sup>53</sup> ECJ, Case C-84/94, ECR 1996, I-5755, para. 47; Case C-242/99, ECR 2001, I-9083, para. 23; Case C-491/01, ECR 2002, I-11453, paras. 177; Albin, *supra* note 51, at 633.

<sup>54</sup> Papier, *supra* note 43, at 698.

<sup>55</sup> Albin, *supra* note 51, at 634.

for the Länder is indirect and can be considered a mere reflex. They can only participate through the strengthening of the "national parliament" Bundesrat. But it would be a wrong conclusion to assume that the Länder will not take their chance and use their indirect benefits in practice.

## II. Judgement by the Federal Constitutional Court concerning the Treaty of Lisbon from 30<sup>th</sup> of June 2009

The judgement of the Federal Constitutional Court concerning the national legislation on the implementation of the Treaty of Lisbon is of essential relevance for the participation of the Bundesrat and therefore also for the Länder in the national decision-making process.

### 1. Content of the judgement of the Federal Constitutional Court

According to the Federal Constitutional Court, a transfer of competences to the European Union is only allowed if the sovereign statehood is maintained on the basis of a sufficiently determined integration program and with respect to the constitutional identity of the Member States.<sup>56</sup> It is not possible to transfer the competence-competence, so that it is not allowed to transfer sovereign powers in such a way that their exercise can independently establish other competences for the European Union (principle of conferral).<sup>57</sup> If the European Union applies rules of primary law, which allow an amendment of the primary law without a formal national ratification by Member States (simplified amendment),<sup>58</sup> the special responsibility of the national legislative organs – Bundestag and Bundesrat – for the integration must be secured, so that the European Union is not able to seize the competence-competence or infringe the constitutional identity of the Federal Republic.<sup>59</sup> The Federal Constitutional Court came to the conclusion that the national legislative organs do not have sufficient participation rights in the corollary national legislation to the Treaty of Lisbon to secure the principle of conferral, so that this aspect was unconstitutional.<sup>60</sup>

### 2. (Political) Reactions

The judgement of the Federal Constitutional Court caused hustle and bustle. Parliament was keen on sending out a positive signal for European Integration and especially for the Irish referendum.

The Länder inferred an important improvement of their position from the decision. Although the judgement does not directly address them, they profit from the strengthening of the Bundesrat as a national parliament. On the day of the rendition, the chairman of the Conference of Ministers of European Affairs of the Länder left no doubt of the new self-conception: He considered the decision to be a warning to the Federal government.<sup>61</sup> Later he added that the Federal government, the Bundestag and the Bundesrat would be at eye level in the future.<sup>62</sup>

After intensive negotiations the Bundestag passed the new corollary law to the Treaty of Lisbon on 8<sup>th</sup> of September 2009 as intended and the Bundesrat declared its consent on 18<sup>th</sup> of September.<sup>63</sup> According to this law, wherever there is a simplified amendment of primary law the assent of the Bundestag und Bundesrat must be declared. Thus, the emphasis of the Federal Constitutional Court on the responsibil-

ity of Bundestag and Bundesrat for European integration has led to a fourth variant of participation in addition to the three variants shown at the beginning.

### 3. Relevance for the situation of the Länder and the national capacity to act

As stated before, the Länder are not directly affected by the judgement. Apart from the Bundestag it is the Bundesrat that gains more influence. A law of assent or a previous resolution will be required namely if the European Union wants to swap unanimity for a qualified majority. For a long time this measure was considered inevitable for maintaining the capacity to act in view of the growing number of Member States, but for the Federal Republic it must henceforth be treated like any other ratification proceeding.

The associated increase of democratic legitimation within this process of European integration is inevitably accompanied by a functional upgrade of the legislative organs. Parliaments do not participate in the organisation of the integration process more than before but are given additional rights of control. The Bundestag will hardly abuse this power, because it will always lend the Federal Government a minimum of its support. The governments of the Länder represented in the Bundesrat and not always composed of the same parties as the Federal government, lack this allegiance. Especially in European matters the Länder indeed have the ability to build alliances notwithstanding political camps, because they may be affected in their existence as Länder. Coordination on the national level preceding European decisions becomes more frequent and more demanding, as the Länder may disturb the decision-making process. This clash of interests, which can lead to a situation similar to the federal debate on implementation of the Treaty of Maastricht,<sup>64</sup> has a potential to weaken Germany's position within the European concert.<sup>65</sup>

### D. Summary

The Länder are not directly affected by the amendment of the principle of subsidiarity and the judgment of the Federal Constitutional Court concerning the Treaty of Lisbon. Nevertheless it is for the first time that direct relations between the national parliaments and the European Union have been es-

<sup>56</sup> Federal Constitutional Court, 30.6.2009, 2 BvE 2/08 et al., para. 226. For an English version see [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html) (accessed 21.8.2010).

<sup>57</sup> *Id.* at para. 233.

<sup>58</sup> See Art. 42 (2); Art. 48 (6), (7) EU Lisbon; Art. 25 (2); 218 (8); 223 (1); 262; 311 (3), 352 FEU.

<sup>59</sup> Federal Constitutional Court, *supra* note 56, para. 239.

<sup>60</sup> Federal Constitutional Court, *supra* note 56, para. 406.

<sup>61</sup> Press release of the state ministry of Baden-Württemberg – Conference of Ministers of European Affairs of the Länder, 30.6.2009, <http://www.baden-wuerttemberg.de/de/Meldungen/211448.html?referer=210822> (accessed 21.8.2010). See Interview with head of Conference of Ministers of European Affairs of the Länder Wolfgang Reinhardt, 1.7.2009, Stuttgartar Nachrichten.

<sup>62</sup> dpa conversation with Wolfgang Reinhardt, 29.7.2009, <http://www.baden-wuerttemberg.de/de/Meldungen/213705.html?referer=210822> (accessed 21.8.2010).

<sup>63</sup> Plenary protocol Bundestag 16/233, 26359; Plenary protocol Bundesrat 861, 359.

<sup>64</sup> See above note 13.

<sup>65</sup> Eckhard Pache, *Das Ende der europäischen Integration?*, 36 EUGRZ 296, 298 (2009).

tablished. The respect for the national identity according to Art. 4 (2) EU (Lisbon) now explicitly includes the regional and local level. The general position of the Länder and national federalism is strengthened hereby. This is also a chance for the European Union, which is given additional options to enhance its democratic legitimation. The judgement of the Federal Constitutional Court takes the same line. The intermediate role of the Bundestag and the Bundesrat and therefore the Länder has been strengthened in democratic decision-making. The role of the Länder within the process of European integration shows a new facet. Their responsibility for integration enables Länder to develop a form of federal control through the Bundesrat.<sup>66</sup> On the European level this is supported by the possibility to control compliance with the principle of subsidiarity and bring an action on grounds of its infringement.

Despite these general improvements and more options to act, there is evidence that the national capacity to act will be more limited and that Germany's policy might get slower and clumsy. It is unlikely that the European Union will show respect and understanding for this, in particular if the principle

of qualified majority is used more often. The federal state is in a dilemma between democratic needs and constitutional structures on the one hand and a weakening of its capacity to act on the other hand.

These shortcomings could also affect the European Union. Various proceedings provided by the Treaty of Lisbon require the consent of the Bundesrat. Even without a veto this will substantially increase its influence in practice. Whether vision of the Länder as entities at eye level with the Federal government will come true also depends on whether they use their power of control in a reasonable and gainful manner. Federal structures gain more influence within the European Union. This is a welcome development. At the same time the protagonists on the European level have to escape the debilitating tendencies of federalism, which have been observed on the national level for a long time. ■

<sup>66</sup> See Christian Calliess, *Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa*, 30 EuGRZ 181, 182 (2003).

## ■ Sonderbeitrag

Volker Steffahn\*

### Tagungsbericht: "Exzellente Lehre im juristischen Studium: Auf dem Weg zu einer rechtswissenschaftlichen Fachdidaktik"

am 24. und 25.3.2010 in Hamburg

#### A. Zur Tagung insgesamt:

##### I. Organisation, Teilnehmerfeld und Themenbereiche

Diese erste rechtsdidaktische Tagung wurde veranstaltet von der juristischen Fakultät der Universität Hamburg und gefördert von der Volkswagenstiftung gemeinsam mit der Stiftung Mercator; die Organisationsleitung hatte der Dekan Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute. Das Interesse an der Veranstaltung war so erheblich, dass weder alle eingereichten Vortragsthemen noch alle Anmeldungen zur Teilnahme berücksichtigt werden konnten. Mit 20 Vorträgen (überwiegend von Professoren gehalten), jeweils anschließender Diskussion und einer abschließenden Podiumsveranstaltung innerhalb von 2 Tagen war das Programm dicht gesteckt. Das Feld der ca. 120 Teilnehmer und Teilnehmerinnen setzte sich zusammen aus grob einem Drittel (überwiegend jüngeren) Professoren, einem weiteren Drittel wissenschaftlicher Assistenten / Mitarbeiter, einigen Vertretern aus Justiz, Verwaltung, Anwaltschaft, Verlagen und Stiftungen sowie einigen Studierenden. Die Bucerius Law School war vertreten durch die Hochschulleitung und fünf Wissenschaftliche Mitarbeiter einschl. der Referentin zum Thema "Rekonstruktion des Rechtsunterrichts" Dr. Maria Karger (s.u. B., Themenbereich 3).

Am ersten Tag ging es thematisch eher um allgemeine Aspekte juristischer Didaktik: dem ersten Block zur Didaktik in der angloamerikanischen juristischen Ausbildung folgten zwei weitere Blöcke zu Rahmenbedingungen und Lernzielen der juristi-

schen Ausbildung. Am zweiten Tag standen konkrete Aspekte guter Lehre im Vordergrund: von der Restrukturierung des Grundstudiums bis zu praktizierten neuen Modellen der Examensvorbereitung, von methodenorientierten Unterrichtsformaten über Möglichkeiten des E-Learnings bis hin zu praxisbezogenen "Legal Clinics". Abschließend wurden die Perspektiven der rechtswissenschaftlichen Lehre und ihrer Didaktik ausgelotet (mögliche nächste Schritte, organisatorische Voraussetzungen / Implementierung, Bedeutung des Bologna-Prozesses).

##### II. Fachdidaktischer "Tenor"

Als Tenor der Tagung, weitgehend bereits im einführenden Vortrag von Arne Pilniok skizziert,<sup>1</sup> in vielen weiteren Vortrags- wie auch Diskussions-Beiträgen immer wieder thematisiert und sämtlich in der abschließenden Podiumsdiskussion erneut aufgegriffen, lassen sich folgende didaktische Leitthesen herausstellen:

\* Volker Steffahn ist Studienleiter für Methodentraining und didaktische Entwicklung (Schwerpunkt: Grundstudium), Zentrum für Juristisches Lernen an der Bucerius Law School.

<sup>1</sup> Siehe dazu den grundlegenden Beitrag von Brockmann / Dietrich / Pilniok (alle drei Mitorganisatoren der Tagung und aktuelle oder ehemalige Wissenschaftliche Mitarbeiter der Universität Hamburg), Von der Lehr- zur Lernorientierung – auf dem Weg zu einer rechtswissenschaftlichen Fachdidaktik, JZ 2009, 579 ff; vgl. auch den Beitrag des Ars-Legendi-Preisträgers für exzellente Hochschullehre Rolf Sethe, Zehn Thesen zu guter Hochschullehre, JZ 2008, 351 ff. = [http://stifterverband.info/wissenschaft\\_und\\_hochschule/lehre/ars\\_legendi/rolf\\_sethe\\_zehn\\_thesen\\_zu\\_guter\\_hochschullehre.pdf](http://stifterverband.info/wissenschaft_und_hochschule/lehre/ars_legendi/rolf_sethe_zehn_thesen_zu_guter_hochschullehre.pdf).

1. Die Zeit ist reif für eine *Fachdidaktik für das rechtswissenschaftliche Studium*,<sup>2</sup> dem als wohl einzigem der großen Studiengänge eine wissenschaftlich fundierte fachdidaktische Forschung bisher gänzlich fehlt<sup>3</sup>.

2. Am Anfang sollte immer die Frage nach den *juristischen Lern-Zielen* stehen, nicht nur bei der Frage einer gesetzlichen Ausbildungsreform oder der Erstellung eines Curriculums für den Studiengang der jeweiligen juristischen Fakultät, sondern bei der Konzeption jedes Kurses und vor jeder einzelnen Unterrichtsveranstaltung.

3. Bei der Unterrichtsplanung gilt es, sich nicht nur auf den zu vermittelnden Kanon bestimmter Wissensinhalte zu fokussieren, sondern viel mehr als bisher – was immer wieder betont wurde – auf die kontinuierliche *Einübung methodischer Kernkompetenzen*, welche über die Subsumtionstechnik hinausgehen, wie verständiger Umgang mit dem Gesetz und vermehrte Arbeit unmittelbar an den juristischen Primärtexten, Training methodengerechter juristischer Interpretation und Argumentation, Vermittlung wissenschaftlicher Arbeitstechniken sowie juristischer Lernmethodik.

4. Mehrfach eingefordert wurde der in der Hochschuldidaktik seit langem postulierte Wandel vom Lehr- zum Lernparadigma,<sup>4</sup> also vom traditionellen "Belehren passiver Rezipienten" zur *Ermöglichung und Förderung selbständiger Aneignung des Rechtsstoffes* durch die Studierenden mittels geeigneter Anleitung, unterrichtsvorbereitender Aufgaben und aktivierender Lehrformen.

5. Als erster, relativ einfach zu verwirklichender und kostenneutraler Schritt zur didaktischen Weiterentwicklung liegt ein *kontinuierlicher fachdidaktischer Austausch* nahe – durch Verbesserung der Kommunikation auf allen Ebenen: zwischen Professoren und wissenschaftlichen Mitarbeitern, zwischen Lehrenden verschiedener Lehrstühle innerhalb der Fakultät, zwischen Lehrenden und Studierenden und v.a. auch zwischen Lehrenden unterschiedlicher Fakultäten.

6. Substanzielle didaktische Verbesserungen erfordern *organisatorische Maßnahmen zur Implementierung* wie die systematische Einrichtung von Fortbildungs-, Hospitations- und Coachingmöglichkeiten für die Lehrenden, Verwendung von Studiengebühren für besondere studentenzentrierte Lehrangebote und Beratungsmöglichkeiten, Dokumentation innovativer Lehrformen, Nutzung von neuen Instrumenten der Hochschulsteuerung zur Lehrverbesserung wie Ziel- und Leistungsvereinbarungen sowie die ernsthafte Berücksichtigung der Lehrkompetenz im Berufungsverfahren.

## B. Zu den einzelnen Themenbereichen und Vorträgen:<sup>5</sup>

### Themenbereich 1: Didaktik in der angloamerikanischen Juristenausbildung

Um "Didaktische Zugänge in der Rechtslehre in Kanada und den USA"<sup>6</sup> ging es im Vortrag von Prof. Dr. *Helge Dedek* (McGill University, Montreal). Während in der deutschen Juristenausbildung das Fehlen eines fachdidaktischen Diskurses beklagt werde, gäbe es in den USA seit langem fachdidaktische Zeitschriften,<sup>7</sup> Foren, Workshops und Seminare. Die große Bedeutung der Fachdidaktik in der amerikanischen Juristenausbildung habe zum einen traditionelle Gründe<sup>8</sup>, zum anderen könne man in den USA insb. wegen des Wettbewerbs unter den Tenure-Track-Anwärtern "die Lehre nicht schleifen lassen". Im juristischen Studium würde weniger

Verfügungswissen als in Deutschland erwartet, dafür spielten das Methodenlernen für Transferleistungen, die Grundlagenfächer und Interdisziplinarität eine größere Rolle. Zentrale didaktische Methode sei auch heute noch<sup>10</sup> das Konzept von Lesehausaufgaben plus "Socratic method" ("Case-dialogue-method"). Eine solche Unterrichtsmethode funktioniere natürlich nur, wenn die vorbereitenden Hausaufgaben auch gemacht würden, was allerdings üblich sei und damit zusammenhänge, dass diese Unterrichtsmethode Standard sei und die Studierenden im Unterricht namentlich zu Unterrichtsbeiträgen aufgerufen würden. Vorteile seien, dass die Studierenden die Beherrschung der Fachsprache erlernen und juristische Argumentationsfähigkeit erwerben. Kritisch äußerte sich *Dedek* zu bestimmten Ausformungen der amerikanischen Art der sokratischen Methode<sup>11</sup> und deren zu einseitiger Verwendung: Unterricht könne auch zu wenig Input enthalten; wenn fast alles von den Studierenden käme und nur an Einzelfällen gearbeitet würde, ginge dies auf Kosten des Systemverständnisses. Insgesamt funktioniere die für amerikanische Law schools typische "akademische Freiheit mit etwas Drill", die eher eigenständige Erarbeitung des Rechtsstoffes durch

<sup>2</sup> Nach den Ausführungen von *Pilniok* in seinem Einführungsvortrag "Auf dem Weg zu einer rechtswissenschaftlichen Fachdidaktik" könne man diese definieren als "Wissenschaft vom Lehren und Lernen des Rechts und der Rechtswissenschaft". Sie beinhalte eine Selbstreflexion ähnlich wie die Juristische Methodenlehre, habe wie jede Wissenschaft die Aufgabe der Theoriebildung und diene praktisch gesehen der Entlastung der Lehre (didaktischer "Wissenspool").

<sup>3</sup> Abgesehen vom vergleichsweise peripheren Bereich der Rechtsvisualisierung, dazu unter B. innerhalb des Themenbereichs 3. Immerhin gibt es zur *Lernerperspektive* im rechtswissenschaftlichen Studium eine wachsende Anzahl an Literatur, allerdings in Form praktischer Ratgeber weitgehend ohne wissenschaftlichen Anspruch verfasst. Am fundiertesten: *Lange*, Jurastudium erfolgreich, 5. Auflage 2009, s. ferner die bekannte Einführung in das Juristische Lernen von *Haft*, 6. Auflage 1997. Mittlerweile hat die rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Hamburg ein "Zentrum für rechtswissenschaftliche Fachdidaktik" (ZERF, in Kooperation mit dem Zentrum für Hochschul- und Weiterbildung der Universität Hamburg) gegründet, welches sich laut Pressemitteilung in interdisziplinärer Perspektive dem Lehren und Lernen in rechtswissenschaftlichen Studiengängen widmen will und die rechtswissenschaftliche Fachdidaktik als neuen Forschungsgegenstand mit internationaler und interdisziplinärer Ausrichtung versteht (Näheres unter [www.jura.uni-hamburg.de/rechtsdidaktik/](http://www.jura.uni-hamburg.de/rechtsdidaktik/)).

<sup>4</sup> Grundlegend etwa *Winteler*, Professionell lehren und lernen. Ein Praxisbuch, 3. Aufl. 2008, insb. in den ersten beiden Kapiteln.

<sup>5</sup> In der Zusammenfassung finden solche Aspekte wenig Berücksichtigung, die mit der Situation der staatlichen Fakultäten als "Massen-Unis" zu tun haben und insoweit auf die BLS nicht übertragbar sind.

<sup>6</sup> Vgl. auch *Zekoll*, Die US-amerikanische Juristenausbildung, in: *Baldus / Finkenauer / Rübner* (Hrsg.), Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform, 2008, S. 187 ff.

<sup>7</sup> Insb. das "Journal of Legal Education" (seit 1948). Dafür gibt es bemerkenswerterweise in den USA keine Ausbildungszeitschrift nach Art der JuS, JA oder JURA.

<sup>8</sup> In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts habe sich die (in den USA) neue Idee einer universitären Juristenausbildung gegenüber dem bisherigen Modell des Lernens unter praktischer Anleitung beim Rechtsanwalt mühsam durchsetzen müssen – eben auch und gerade über eine überlegene Rechtsdidaktik –, während sich in Deutschland "kein Ordinarius den Studenten andienen musste".

<sup>9</sup> Die Sozialisation des wissenschaftlichen Nachwuchses auf dem Tenure-Tack sei in den USA der Regelfall.

<sup>10</sup> Vgl. auch den von *Dedek* zitierten Carnegie Report von 2007 zur Situation der Juristenausbildung heute ("Educating Lawyers: Preparation for the Profession of Law", hrsg. von *William M. Sullivan* u.a.), Summary unter [www.carnegiefoundation.org/sites/default/files/publications/elibrary\\_pdf\\_632.pdf](http://www.carnegiefoundation.org/sites/default/files/publications/elibrary_pdf_632.pdf).

<sup>11</sup> "Argumentation unter Stress", dadurch "lernfeindliche Atmosphäre"; Art der Diskussion bevorzuge "selbstbewusste Männer", dadurch gewisse "Diskriminierungswirkung".



die Studierenden und Betonung der Grundlagenfächer besonders bei den Elitestudenten, bei anderen Studenten weniger, während in Deutschland eher gewährleistet sei, dass allen Studierenden jedenfalls ein fachlich ausreichender Mindeststandard vermittelt werde. Abschließend nannte *Dedek* die führenden Themen im aktuellen fachdidaktischen Diskurs wie eine stärkere Einbeziehung der Erziehungswissenschaften und Lern-/ Neuropsychologie zur Verbesserung der Lernbedingungen, die Vermittlung eines sinnvollen Umgangs mit neuen Medien, die Überwindung systemischer Benachteiligungen ("race and gender studies") und die Erhöhung der Transparenz bei Leistungskontrollen durch Verdeutlichung der Lernziele und -erwartungen.

"Enhancing legal education: the UK experience" war das Thema von Prof. *Julian Webb*, Director des UK Centre of Legal Education (UKCLE = der University of Warwick angegliederte, funktionell selbständige Institution). Das im Jahre 2000 gegründete UKCLE ist das fachdidaktische Zentrum für Rechtswissenschaften in England, welches insb. rechtsdidaktische Lehrstandards erarbeitet, fachdidaktische Publikationen und Newsletter herausgibt, Unterrichtsmaterialien entwickelt und sammelt, Fortbildungsveranstaltungen und -seminare anbietet, Modellprojekte zur Fortentwicklung der Lehre durchführt und akademische Netzwerke für Juristen unterstützt.<sup>17</sup> *Webb* betonte die Innovationen an einigen britischen Lawschools hinsichtlich aktivierender und praxisnaher Ausbildungsmethoden wie "Live Client Clinics" (nach US-amerikanischem Vorbild) oder "Problem-Based-Learning" (University of York – nach dem Vorbild des Ausbildungsgangs an der Universität von Maastricht), welches er besonders hervorhob. Kennzeichnend für das Konzept des Problemorientierten Lernens<sup>18</sup> sei die horizontale, vernetzte Stoffanordnung und die Rolle der Studierenden als selbständige und aktive Lerner. Die Rechtsdogmatik werde nicht präsentiert, sondern von den Studierenden anhand praktischer Aufgaben bzw. im Rahmen von Projekten unter Anleitung eigenständig erarbeitet ("the problem creates the knowledge, not follows it"), was zu hoher Motivation führe. Im Übrigen gingen zur Zeit vom UKCLE vor allem Projekte<sup>19</sup> im Bereich des E-Learnings, insb. in Gestalt eines „Collaborative Learnings“ aus.

## Themenbereich 2: Rahmenbedingungen und Lernziele im juristischen Studium<sup>20</sup>

Im Referat von Prof. Dr. *Reinhard Bork* (Universität Hamburg) zu den "Rahmenbedingungen der Juristenausbildung für eine rechtswissenschaftliche Fachdidaktik" ging es um eine Bestandsaufnahme des Ist-Zustands, weniger um Lösungsansätze. Es fehle bisher nicht erst der Konsens über gute Lehre, sondern bereits die Fragestellung, das kollegiale Gespräch darüber, was gute Lehre ausmache. Schon für den wissenschaftlichen Nachwuchs bestünden kaum institutionelle didaktische Fortbildungsmöglichkeiten, die Lehrkompetenz sei kein ernsthaftes Berufungskriterium. Im Übrigen mangle es an Anreizen zur Verbesserung der Lehrqualität und die regelmäßig geheimen Evaluationsergebnisse blieben praktisch folgenlos.

"Der Beitrag der allgemeinen Hochschuldidaktik zu einer rechtswissenschaftlichen Fachdidaktik" war das Thema von Dr. *Rainer Albrecht* (Bildungs- und Wissenschaftszentrum der Bundesfinanzverwaltung, Münster). Seine Ausgangsthese war, dass die Bestimmung von Lernzielen schon bei der Konzeption juristischer Studiengänge viel zu kurz komme und noch viel zu wenig dahingehend gedacht werde, welche Fähigkeiten (Kompetenzen, "learning outcomes") bei den Studierenden durch die

Ausbildung aufgebaut werden sollen. Aus ähnlichen Gründen habe in vielen Studienfächern die Umstellung auf Bologna bisher nicht funktioniert: Man versucht bloß die alten Studieninhalte in die Bologna-Form hinüber zu retten, statt zunächst ein neues Studiengangprofil und klare Qualifikationsziele zu definieren, also Kompetenzen, welche die Zielgruppe erwerben soll. Allgemeine Hochschuldidaktik beschränke sich also nicht auf die "Veredelung" von Unterrichtsmethoden, vielmehr könne hochschuldidaktischer Sachverstand auch bei der Weiterentwicklung von Studiengängen oder Einrichtung eines Qualitätsmanagements genutzt werden. Für die Lehrenden gebe es zunehmend systematische hochschuldidaktische Aus- und Fortbildungsangebote, zB. das Baden-Württemberg-Basiszertifikat<sup>21</sup>, aber auch individuelle Coachingmöglichkeiten durch didaktische Experten.

Nach Prof. Dr. *Klaus Röhl* (em., Universität Bochum, Vortragsthema: "Die Wissenschaftlichkeit des rechtswissenschaftlichen Studiums") sollte das Hauptziel der Juristenausbildung nicht der "Wissens-Input" sein, sondern die Vermittlung juristischer Handlungsfähigkeit, insb. Einarbeitungsfähigkeit („Das Studium soll auf lebenslanges Lernen vorbereiten“). Zentral hierfür sei die Einübung der Methodik und Ethik des rechtswissenschaftlichen Arbeitens – unter besonderer Beachtung der Rechtsprinzipien als Wissenskern, mit deren Hilfe bei entspr. Verständnis dogmatische Einzelheiten rekonstruiert werden könnten.<sup>22</sup>

In eine ähnliche Richtung ging Prof. Dr. *Pascale Cancik* (Universität Osnabrück), welche den didaktischen Wert der Grundlagenfächer betonte (Thema: "Grundlagenfächer und Fachdidaktik – Fragen an die Konzeption einer rechtswissenschaftlichen Fachdidaktik"). Der in den Fakultäten eher sinkende Stern der Grundlagenfächer stehe im Widerspruch zur zunehmend hervorgehobenen Bedeutung der Vermittlung rechtswissenschaftlicher Kompetenzen ("Schlüsselqualifikationen") und interdisziplinären Arbeit<sup>23</sup>. Grundlegende

<sup>17</sup> Nähere Informationen unter [www.ukcle.ac.uk](http://www.ukcle.ac.uk).

<sup>18</sup> Zum Einsatz dieses Konzepts s. etwa *Marks / Thömen*: Die Moderation des Problemorientierten Lernens (POL). Die Rekonstruktion der Wirklichkeit (2002), in: *Behrend, / Voss / Wildt* (Hrsg.): Neues Handbuch Hochschullehre. Lehren und Lernen effizient gestalten (Loseblattsammlung) unter C 1.1.

<sup>19</sup> Zum Beispiel "The Simshare Project – Open educational resources in simulation learning", siehe unter [www.ukcle.ac.uk/simshare/index.html](http://www.ukcle.ac.uk/simshare/index.html).

<sup>20</sup> Die Tagungs-"Blöcke" 2 und 3 zusammenfassend.

<sup>21</sup> Umfasst 200 Ausbildungsstunden, angeboten vom gemeinsamen hochschuldidaktischen Zentrum der b.-w. Universitäten. Näheres unter [www.hdz-bawue.de/?section=zertifikat](http://www.hdz-bawue.de/?section=zertifikat); in Hamburg bietet das ZHW (Zentrum für Hochschul- und Weiterbildung) der Universität sogar einen zweijährigen berufsbegleitenden postgradualen Studiengang "Master of Higher Education" an (akkreditiert seit 2005).

<sup>22</sup> So auch *Röhl / Röhl* in ihrer Allgemeinen Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 284. Allgemein zum Konzept einer fächerübergreifenden Allgemeinen Rechtslehre, die den praktisch-didaktisch bedeutsamen Kern der juristischen Grundlagenfächer vereinigt, aaO S. 1 ff. Zu dem von Röhl ebenfalls angesprochenen Konzept der "Transsystemic Legal Education" s. etwa die Informationen der McGill University in Montreal/Kanada unter [www.mcgill.ca/crdpcq/transsystemic](http://www.mcgill.ca/crdpcq/transsystemic).

<sup>23</sup> Zum Beleg stützt sich *Cancik* u.a. auf die Empfehlungen des Wissenschaftsrates zur Qualitätsverbesserung von Lehre und Studium vom 4.7.2008 (insb. S. 20) und Änderungen des Juristenausbildungsrechts insb. in § 5a II 4 und III 1 DRiG sowie landesrechtlicher Vorschriften, nachdem die erste juristische Prüfung vorwiegend eine Verständnisprüfung sein soll und der Feststellung dient, ob die Kandidaten auf Grund eines Studiums der Rechtswissenschaft mit ihren inneren Verbindungen zu den Wissenschaften von der Gesellschaft, Wirtschaft, Politik, Geschichte und zur Philosophie über die Kenntnisse in den Prüfungsfächern verfügen und die wissenschaftlichen Arbeitsmethoden beherrschen (vgl. etwa § 6 JAG Hessen).

rechtswissenschaftliche Kompetenzen wie Einsicht in die Geschichtlichkeit und gesellschaftliche Relevanz des Rechts, aber auch juristische Sprachkompetenz und Textverständnis ließen sich besonders intensiv in den Grundlagenfächern einüben, etwa anhand historischer Rechtstexte.

Um historische Aspekte der Rechtsdidaktik ging es auch im Vortrag von Jun.-Prof. Dr. *Olaf Muthorst* (Universität Hamburg) mit dem Thema "Gottfried Wilhelm Leibniz' Neue Methode, Jurisprudenz zu lehren – ein Vordenker rechtswissenschaftlicher Fachdidaktik?" (17. Jh.). So habe sich bereits Leibniz für eine Abschtung des Unterrichtsstoffes in zunächst Grundlagen und Strukturen des Rechts ("pars didactica") und der späteren Beschäftigung mit Problemfällen ("pars polemica") ausgesprochen.<sup>24</sup> Diese frühe rechtsdidaktische Schrift von Leibniz nahm Muthorst abschließend zum Anlass, die Rechtslehrenden in der heutigen Zeit zu fachdidaktischen Veröffentlichungen aufzurufen.

### Themenbereich 3: Aspekte guter Lehre in der Rechtswissenschaft

Einen Vorschlag zur Neustrukturierung der Stoffabfolge im juristischen Grundstudium stellte Dr. *Maria Karger* (Referendarin und Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der BLS) in Ihrem Referat "Rekonstruktion des Rechtsunterrichts"<sup>25</sup> dar. Anstatt wie bisher den Stoff weitgehend nur nach der Abfolge im Gesetz und der üblichen Einteilung in der Rechtsdogmatik abzuarbeiten, sollten rechtsdidaktische Gesichtspunkte und Erkenntnisse aus der Lernforschung bei der Ordnung des Unterrichtsstoffes wesentlich stärker berücksichtigt werden. Wie in anderen Ausbildungen längst selbstverständlich, sei es wichtig, den Stoff eines jeweiligen Teil-Rechtsgebiets nach Grundwissen (insb. Normalfallbereich<sup>26</sup>) und Aufbauwissen (mit komplexen Problemstellungen und Querverbindungen) abzuschichten und in der Unterrichtsplanung bei jeder Rechtsfrage zu überlegen, ob diese mit den bisher behandelten Inhalten schon vollständig verstanden werden kann.<sup>27</sup> Andernfalls könne der unverstandene Stoff von den Studierenden insoweit nur auswendig gelernt werden – ein für Lehrende wie Lernende unbefriedigender Zustand.

Dr. *Denis Basak* (Akad. Rat an der Universität Frankfurt/Main) ging in seinem Vortrag zu "lern- und methodenorientierten Arbeitsformen" zunächst von dem aus seiner Sicht unbefriedigenden Zustand der Lehre aus, die meist in-putorientiert sei und die Haltung der Studierenden als "passive Rezipienten / Konsumenten" fördere. Dabei werde selbst in den Arbeitsgemeinschaften die Vermittlung von Methodenkompetenz praktisch auf die Einübung der Subsumtions-/Falllösungstechnik reduziert, während hinsichtlich der Vermittlung juristischer Lern-Methodik ein "Vakuum" bestehe. Und die Einübung wissenschaftlicher Arbeitsmethoden werde zwar postuliert (auch im allgemeinen Hochschulrecht), aber kaum durchgeführt. Die Vermittlung solcher Formen juristischer Methodenkompetenz könne zum einen vermehrt in besonderen Kursen erfolgen;<sup>28</sup> inzwischen berücksichtige er aber auch in normalen Lehrveranstaltungen den Kompetenzbereich der juristischen Lern- und Anwendungsmethodik als Lernziel neben der rechtsdogmatischen Wissensvermittlung. Im Übrigen sei ein Forum wünschenswert, um sich unter Rechtslehrenden über didaktische Versuche auszutauschen.

In eine ähnliche Richtung ging das Referat "Projekt Recht Aktiv" von Prof. Dr. *Barbara Dauner-Lieb* (Köln). Die juris-

tische Fakultät in Köln sei sehr engagiert bei der Verbesserung der Lehre (bekannt sei etwa der "Kölner Klausurenkurs"<sup>29</sup>), aktuell laufe ein aus Studiengebühren gefördertes Sonderprogramm "Innovation in Lehre und Studium", an dem die juristische Fakultät unter dem Titel „Recht Aktiv – kompetent für Studium, Examen und Praxis“ beteiligt sei. Ausgangspunkt bei der Entwicklung von Lehrformaten und der Unterrichtsplanung sei die zentrale Frage nach den "learning outcomes": Dabei gehe es nicht nur um die zu vermittelnden Wissensinhalte, sondern mindestens ebenso um das explizite Training von Kompetenzen im Bereich des juristischen "Denkens, Schreibens und Sprechens". Die universitäre Ausbildung müsse sich viel stärker am zentralen Ziel orientieren, das nicht in der Anhäufung rechtsdogmatischen Wissens bestehe (welches sich auch mit Blick auf die zunehmende Europäisierung ohnehin immer schneller ändere), sondern in der Einübung der "juristischen Kernkompetenz": der Problemlösungsfähigkeit anhand von Rechtsnormen.<sup>30</sup> Gerade in den vorlesungsbegleitenden Arbeitsgemeinschaften liege es nahe, den Weg "von der Lehr- zur Lernveranstaltung" zu gehen. Um zu gewährleisten, dass in den AG's wirklich kompetenzorientiert gearbeitet werde, bekämen ihre AG-Leiter vorher Schulungen, es bestehe ein ständiger didaktischer Austausch zwischen ihr und den AG-Leitern und die Studierenden erhielten schriftliche Hausaufgaben, die korrigiert würden.

Neue Wege in der Examensvorbereitung beschrieb Prof. Dr. *Tomas Kuhn* (Universität Passau) anhand des "Passauer Modells zur Examensvorbereitung". Für die Examensvorbereitungskurse seien dort<sup>31</sup> drei Lehrprofessuren (mit jeweils 14 SWS Lehrverpflichtung) eingerichtet worden, welche das Examenslehrprogramm fast vollständig abdeckten. Weitere Besonderheiten der Passauer Examensvorbereitung sei die Einrichtung eines Instituts für Rechtsdidaktik, welches die Examensvorbereitung koordiniert und zukünftig auch fachdidaktische Veröffentlichungen voranbringen will. Die in der Examensvorbereitung beteiligten Wissenschaftlichen Mitarbeiter erhielten vorher Dozentenschulungen. Jedes Semester werde ein Probeexamen angeboten. Die Studierenden haben die Möglichkeit eines Einzelcoachings zur Klausurenanalyse (ähnlich der "Klausurenklinik" an der BLS). Großen Wert le-

<sup>24</sup> Zum Postulat der Stoffabschtung s. sogleich *Maria Kargers* Beitrag zur "Rekonstruktion des Rechtsunterrichts".

<sup>25</sup> Näheres zu dieser Thematik in ihrer gerade erschienenen Monographie "Rekonstruktion des Rechtsunterrichts am Beispiel des materiellen Strafrechts", 2010.

<sup>26</sup> Vgl. auch die "Normalfallmethode" nach *Haft*, etwa in seiner Einführung in das juristische Lernen, 6. Aufl. 1997, insb. S. 181 ff. Wie in der anschließenden Diskussion angemerkt wurde, erfolge bereits heute zum Teil eine entspr. Abschtung des Rechtsstoffes, soweit mit "Einführungsvorlesungen" bzw. juristischen "Grundkursen" gearbeitet werde.

<sup>27</sup> Anstatt sich – wie in der Juristenausbildung verbreitet – mit Aussagen zu retten wie "Das können Sie erst richtig verstehen, wenn ...".

<sup>28</sup> Insofern berichtete *Basak* von zwei Beispielen: seinem Workshop "Wie schreibe ich eine Seminararbeit?" sowie einem besonderen Klausurenkurs, bei dem es keine fertige Musterlösung des Lehrstuhls gab, sondern von den Teilnehmern erarbeitete Lösungen ins Netz gestellt wurden.

<sup>29</sup> Näheres unter [www.uni-koeln.de/jur-fak/klausurenkurs](http://www.uni-koeln.de/jur-fak/klausurenkurs).

<sup>30</sup> Genauer: der Fähigkeit zur methodengerechten Lösung von Rechtsproblemen in juristischen Fällen anhand von gesetzlichen Rechtsnormen und anderen Rechtsquellen.

<sup>31</sup> Auch die Uni Würzburg habe angefangen, Lehrstühle im Fachbereich Rechtswissenschaft mit Lehrprofessoren zu besetzen.

ge er auf die Arbeit unmittelbar am Gesetzestext und die explizite Einübung juristischer Argumentationsmethodik.

Um ein spezielles rechtsdidaktisches Thema, zu welchem es ausnahmsweise bereits fachdidaktische Veröffentlichungen gibt,<sup>32</sup> ging es im Vortrag "Visualisierung im rechtswissenschaftlichen Studium" von *Florian Holzer* (Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der LMU München). Anhand von Beispielen entwickelte er eine Systematik der Rechtsbilder unter Betonung rechtlicher Strukturbilder – die bekanntlich auch in Lehrbüchern zunehmend Verwendung finden – und stellte den möglichen Vorteilen des Einsatzes von Rechtsbildern<sup>33</sup> die potentiellen Gefahren insb. bei unreflektierter Verwendung gegenüber.<sup>34</sup>

Über eine verwandte Thematik – das "E-Learning" – referierte im Anschluss daran Prof. Dr. Dr. *Eric Hilgendorf* (Universität Würzburg).<sup>35</sup> Angesichts der Digitalisierung der heranwachsenden Generationen werde die bisher vergleichsweise noch geringe Bedeutung des E-Learnings in der Juristenausbildung deutlich zunehmen. Während bisher im Wesentlichen nur Online-Datenbanken sowie zunehmend auch Online-Zeitschriften (wie die ZJS) wirklich präsent seien, wachse die Bedeutung von Online-Kursen wie etwa im Rahmen der "Virtuellen Hochschule Bayern", bei der gerade die juristischen Kurse<sup>36</sup> durchaus nutzerstark seien. Zukünftig dürften auch Online-Arbeitsgruppen vermehrt eingerichtet und nachgefragt werden bis hin zu anspruchsvollen virtuellen Lernumgebungen und gemischt real-virtuellen Rollenspielen. Das bisherige juristische E-Learning-Angebot sei allerdings weder didaktisch noch technisch auf der Höhe der Zeit und leide besonders unter der fehlenden Fachdidaktik; bisher gebe es nur "Insel-Lösungen". Nötig sei die Zusammenarbeit von Juristen und Technikexperten und eine wissenschaftliche Begleitung von Online-Angeboten. Der Kostenaufwand auch für anspruchsvolle E-Learning-Angebote könne inzwischen als vertretbar bezeichnet werden.

Um "Legal Clinics: praxisbezogenes Lernen im juristischen Studium" ging es schließlich im Vortrag von Prof. *Thomas Groß* (Universität Gießen). Auch nach der Neuregelung des § 5a III 1 DRiG, wonach praxisbezogene juristische Schlüsselqualifikationen ins juristische Studium integriert werden sollen, sei der Praxisbezug im nationalen Rechtsstudium – anders als in den USA mit ihrem mittlerweile hohen Anteil an "Clinical legal education" – sehr unbefriedigend und werde am ehesten noch in den verbreiteten "Moot Courts" verwirklicht. In Gießen sei darüber hinaus eine andere Form des "Clinical Trainings" entwickelt worden: eine Beratungsstelle an der Uni für Asylsuchende ("Refugee Law Clinic").<sup>37</sup> Ein anderes Projekt dieser Art wurde ergänzend aus dem Auditorium genannt: das an der Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege (FHVR) Berlin begründete Projekt "Studentische Rechtsberatung (StuR)", bei dem Studierende von Studierenden beraten werden.<sup>38</sup>

#### **Themenbereich 4: Perspektiven der rechtswissenschaftlichen Fachdidaktik**

Zu den "Folgen des Bologna-Prozesses für die Lehre in der Juristenausbildung" referierte Dr. *Sebastian Weber* (Rechtsanwalt in Hamburg). Wenn man den kompetenz- und praxisorientierten Ansatz von Bologna ernst nehme, biete das eine enorme didaktische Herausforderung. Die entscheidende Frage sei zukünftig dann nicht mehr, wie viel (Detail-)Wissen

die Studierenden vermittelt bekommen, sondern welche methodischen und praktischen Fähigkeiten sie am Ende aufweisen – wie etwa selbständige Einarbeitungsfähigkeit in neue Rechtsgebiete und andere Rechtsordnungen, Verständnis von gesetzlichen Regelungsstrukturen und juristische Problemlösungs-/Argumentationsfähigkeit. Die Einübung methodischer Fähigkeiten und praktischer Grundfertigkeiten müsste dafür aus dem bisherigen "Schattendasein" befreit und zu einem Primärziel der universitären Ausbildung werden, dafür die Wissensvermittlung im Bachelor-Studium auf Grundlagenkenntnisse mit praxisnahem klarem Spezialisierungselement konzentriert werden. Eine wissenschaftliche Vertiefung würde im Wesentlichen erst in der Masterphase erfolgen. Naheliegender wäre bereits im Studium die Integration von Praxisphasen.

Im letzten Vortrag thematisierte Prof. Dr. *Hans-Heinrich Trute* – gerade auch in seiner Eigenschaft als langjähriger Dekan der juristischen Fakultät an der Universität Hamburg – "Organisation, Personal und Finanzen als Ansatzpunkt zur Verbesserung der Lehre". Das Gelingen juristischer Fachdidaktik erfordere eine große organisatorische Gesamtleistung. Aufhören müsse das gegenseitige Zuschieben des "Schwarzen Peters", indem die Lehrenden die Studierenden vorschnell als nicht studierfähig und umgekehrt die Studierenden die Lehrenden als didaktisch ungeeignet ansehen. Es bedürfe neuer Formen der Mitgestaltung mit höherem Einfluss der Studierenden, eine "Gemeinschaft der Lehrenden und Lernenden" – als Beispiel nannte er den "Think Tank Lehre"<sup>39</sup> an der eigenen Fakultät. Wichtig sei ein ständiger didaktischer Austausch unter den Lehrenden und zwischen den Lehrenden und Studierenden. Studiengebühren könnten für besondere studentenzentrierte Lehrformen sowie Beratungsangebote (zB. "Klausurenklinik") verwendet werden. Für ein effektives

<sup>32</sup> Insbesondere *Röhl / Ulbrich*, Recht anschaulich – Visualisierung in der Juristenausbildung, Köln 2007 sowie etwa *Bergmans*, Visualisierungen in Rechtslehre und Rechtswissenschaft. Ein Beitrag zur Rechtsvisualisierung, Berlin 2009.

<sup>33</sup> Zum Beispiel erhöhte Aufmerksamkeit und Erinnerungsfähigkeit, Verdeutlichung rechtlicher Hierarchien, Chronologien und systematische Beziehungen. Naheliegender sei der Einsatz von Strukturbildern bei "Konzeptmetaphern", z.B. "Stufen des Verbrechensaufbaus" oder Sphärenmodellen (zB. "Innen- und Außenbereich").

<sup>34</sup> Etwa die Vieldeutigkeit eines Bildes oder die evtl. zu starke Reduktion von Komplexität – misslich insb. dann, wenn nur das Bild als solches und nicht die dahinterstehende rechtliche Information erinnert wird.

<sup>35</sup> Siehe auch den Beitrag des Autors "Juristenausbildung und neue Medien" in der JZ 2005, 365 ff.

<sup>36</sup> Siehe auf der Homepage der VHB unter Kursprogramm -> Kursübersicht -> Rechtswissenschaften.

<sup>37</sup> Die Arbeit der durch Vorlesungen, Seminare und Praktika in spezialisierten Kanzleien ausgebildeten und unter Aufsicht der Projektleiter stehenden studentischen Berater erfolge in Zusammenarbeit mit der Hessischen Erstaufnahmeeinrichtung und sei jedenfalls seit den großzügigeren Neuregelungen im Rechtsberatungsgesetz auch rechtlich zulässig. Auch an anderen europäischen Universitäten gäbe es schon "Refugee law clinics". Näheres unter [www.recht.uni-giessen.de/wps/fb01/proj/det/Gross/32](http://www.recht.uni-giessen.de/wps/fb01/proj/det/Gross/32).

<sup>38</sup> Ausführlicher Projektbericht (2008), hrsg. vom Begründer des Projekts Prof. Dr. *Hans Paul Prümm*, unter [www.hwr-berlin.de/fileadmin/downloads\\_internet/lb/forschung/publikationen/fb1/heft\\_91.pdf](http://www.hwr-berlin.de/fileadmin/downloads_internet/lb/forschung/publikationen/fb1/heft_91.pdf). Studierende der Bucerius Law School haben immerhin die Möglichkeit, bei der ehrenamtlichen Rechtsberatung zweier Stellen der ev-luth. Kirche in Hamburg (St. Pauli und Hamm, gemeinsam organisiert mit der Bürgerstiftung Hamburg) zu assistieren.

<sup>39</sup> Einem Gremium, zusammengesetzt aus Professoren, Wissenschaftlichen Mitarbeitern, interessierten Studierenden und einer Moderatorin, das zweimal im Monat tagt und Vorschläge zur Verbesserung der Lehre und deren Umsetzung macht.

Qualitätsmanagement Lehre sei eine Selbstbeschreibung und hierfür die Gewinnung einer vernünftigen Datengrundlage sinnvoll, entsprechende Erhebungen seien bisher vernachlässigt worden. Neue Instrumente der Hochschulsteuerung wie Ziel- und Leistungsvereinbarungen könnten zur Verbesserung der Qualität der Lehre nutzbar gemacht werden, finanzielle Anreize etwa auch für die Ausarbeitung und Erprobung innovativer didaktischer Konzepte erfolgen. Im Berufungsverfahren werde die Lehrkompetenz bekanntlich bisher eher halberzig überprüft; insoweit könnten z.B. ausgearbeitete Lehrportfolios verlangt werden. Vor allem aber müsste bei der Ausbildung von Lehrkompetenz viel früher angesetzt werden: bereits bei den Doktoranten und in der Post-doc-Phase: durch ein didaktisches Fortbildungsangebot, durch Ausbildung einer professionell begleiteten Lehrbiografie. Das Tenure-Track-Verfahren bilde eine Möglichkeit, starke Anreize zum besonderen Engagement auch in der Lehre an der eigenen Fakultät zu setzen. Auch für die Professoren müssten Weiterbildungsangebote eingerichtet werden.

Im Rahmen der Kurzvorträge bei der abschließenden Podiumsdiskussion knüpfte *Tina Winter* (WissMit / Koordinatorin des Examenkurses der Hamburger Universität) an die Ausführungen von *Trute* an und plädierte besonders dafür, sich nicht vorschnell auf didaktische Grundsatzfragen festzubeißen, und für eine andere Sicht auf die Studierenden: Es sei ein Vorurteil, dass der normale Jurastudierende "wenig kann und nur konsumieren will", seine Haltung sei auch abhängig vom Angebot, das ihm gemacht würde; angebracht sei mehr Zutrauen in dessen Fähigkeit zum (angeleiteten) selbständigen Arbeiten. Weiterhin wendete sie sich gegen die übliche – aus Kollegensicht – "verschlossene Hörsaaltür" und befürwortete gegenseitige Hospitationen; die didaktische Kommunikation unter den Kollegen sei im Übrigen eine konkrete Maßnahme, die kein Geld koste.

Auch Dr. *Albrecht Hatzius* (Leiter der Arbeitsstelle Studium

und Didaktik an der Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Hamburg sowie Lehrbeauftragter an der BLS) betonte ebenfalls die Bedeutung des Feedbacks für die eigene Lehre, nicht nur über studentische Evaluationen, sondern auch durch kollegiale Hospitationen und professionelles Coaching von Didaktikexperten.

Nach Jun.-Prof. Dr. *Matthias Klatt* (Universität Hamburg) bestehe das Hauptproblem der Lehre "in den Köpfen" der Beteiligten: in der Reputationsasymmetrie von Forschung und Lehre. Unter Bezugnahme auf den Vortrag von *Helge Dedek* meinte er, erst der "Tenure-Track" schaffe die erforderliche hohe Motivation für die Lehre. Im Vergleich zu anderen Studiengängen gäbe es im Bereich der Rechtswissenschaft die wenigsten Junior-Professuren und Tenure-Tracks.

Prof. Dr. *Ulrich Ramsauer* (Universität Hamburg) befürwortete für das Grundstudium ein Hausaufgabenmodell mit Lernkontrollen auch unterhalb von Leistungskontrollen sowie eine stärkere Vernetzung der Fakultäten; der Hamburger "Think Tank Lehre" könne Vorbild für andere Fakultäten sein.

Der Vertreter des Fachschaftsrates Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg, *Benjamin Birkigt*, fasste die aus seiner studentischen Sicht wichtigsten Erkenntnisse der Tagung zusammen: Um ein "ganz anderes Level" in der juristischen Lehre zu erreichen, bedürfe es der Entwicklung einer juristischen Fachdidaktik einschl. rechtsdidaktischer Zentren und Zeitschriften. Bei der Unterrichtsplanung müsse – so präzise wie möglich – immer erst die Zielfrage gestellt werden. Entscheidend sei der Wandel von der Detailwissensvermittlung an "passive Rezipienten" zu mehr Methodik und Aktivierung der Studierenden. ■

*Vorgesehen ist ein Tagungsband, der voraussichtlich im Herbst erscheinen wird.*

## ■ Rezensionen

### **Daniel Heller-Roazen: Der Feind aller. Der Pirat und das Recht.**

Der jeder Rechtssubjektivität entkleidete Mensch: Es ist die Geschichte dieser Rechts-Figur, die *Daniel Heller-Roazen* durch die Betrachtung des Piraten entfaltet. Der gemeinsame „Feind aller“, so die paradoxe, titelgebende Formel, fällt in jene Kluft, die regelmäßig zwischen dem strafrechtlich zu beurteilenden Verbrecher und dem völkerrechtlich geschützten Feind ausgemacht wird. Mit dieser These hat *Heller-Roazen* den Rahmen seiner Untersuchung abgesteckt.

Der Autor, ein junger Literaturwissenschaftler, der an der Universität Princeton forscht, entfaltet das Panorama der abendländischen Piraterie in 16 kurzen Kapiteln, lose chronologisch angeordnet. Einen gewissen Schwerpunkt legt *Heller-Roazen* auf die antike Welt des Mittelmeeres. Sodann begleiten wir ihn durch Mittelalter und frühe Neuzeit; an die Gegenwart rückt die Untersuchung heran, wo sie die Torpedierung der Lusitania oder die Entführung der Achille Lauro in den Blick nimmt. Dabei behandelt nicht jedes der Kapitel

unmittelbar die bald mehr, bald weniger scharfsinnigen juristischen Herleitungen seeräuberischer Rechtlosigkeit. Diesen als wesentlicher Inhalt vorgelagert ist die Herausarbeitung der – wandelbaren, mitunter auch in hohem Grade unsicheren – begrifflichen Merkmale des Piraten. In diesen lebendigen Passagen führt das Werk seinem Leser die philologische Darstellungskraft des Autors mit Nachdruck vor Augen. Beeindruckt liest man beispielsweise *Heller-Roazens* philologische Erörterung jener vielzitierten Unterscheidung, die zwischen *hostis* und *inimicus*, zwischen dem politischen Feind und dem persönlichen Widersacher, gemacht wird – eine Dichotomie, die sich unter dem Blick *Heller-Roazens* in eine Vielzahl überlappender, uneindeutiger Begrifflichkeiten auflöst.

Die Beschreibung rechtlicher Ordnungen selbst wird dem juristisch interessierten Leser mitunter unnötig dunkel und unpräzise erscheinen. Dass es erkenntnisfördernd ist, vom „juristischen Axiom“ dort zu sprechen, wo der bloße Rechtssatz es offenbar ebenfalls täte, oder die Pfandnahme umstandslos zwischen den nicht näher erläuterten Begriffen der „prä-“, „para-“ und

„pseudo-legalen Maßnahme“ zu verorten, erscheint mindestens zweifelhaft. Zudem eignet dem Werk eine latente Überschätzung des juristischen Rasonierens, insbesondere was dessen schon kategorial zweifelhafte Fortschrittsfähigkeit anbelangt. Entwicklungen hin zu immer „trennschärferen“ Abgrenzungen und „präziseren“ Begrifflichkeiten dürften jedenfalls deutlich seltener aufzufinden sein, als *Heller-Roazen* sie auszumachen meint.

Zahlreiche Passagen sind exkursartig angelegt, beispielsweise die Wiedergabe der römischrechtlichen Dispute, die sich um die Frage rankten, welche sachenrechtliche Qualität wohl der Meeresküste oder der in Piratenhand gelangten Handelsware zukomme. Solche Ausführungen schließen eher durch die mit ihnen erzeugte Stimmung – das Meer verlangt dem Juristen ganz eigene Kategorienbildungen ab – an *Heller-Roazens* epochenübergreifendes Thema an, als dass eine ausdrückliche Verknüpfung hergestellt wird. Bemerkenswertes ist aber auch auf diesen Nebenpfaden zu entdecken, etwa wo der Autor von den Anfängen der Luftpiraterie und ihrer schwierigen juristischen Abnabelung von der Seepiraterie berichtet.

Die Quellen, aus denen *Heller-Roazen* in seiner Untersuchung schöpft, sind zahlreich. Von Giovanni Boccaccio bis Carl Schmitt reicht das Spektrum der Autoren, zu denen sich die Arbeit verhält. Der üppige Endnotenapparat von rund 50 Seiten, an die sich noch einmal ein 30-seitiges Literaturverzeichnis anschließt, bezeugt die beeindruckende Menge des vom Autor mit geschickter Hand zusammengestellten Materials. Dass die Aufarbeitung der juristischen Literatur nicht auch nur annähernd vollständig sein kann, versteht sich von selbst. Das spricht nicht gegen die Arbeit, denn weniger um das nuancenreich gezeichnete Meinungsbild, als um die plausibel begründete These geht es dem Autor. Über ein ausführliches Namens- und Sachregister ist das Werk auch für denjenigen erschließbar, der an es mit einzelnen Fragen herantritt, auch wenn in der Anlage des Buches ersichtlich wird, dass es in seiner Gesamtheit rezipiert werden will. *Heller-Roazens* Sprache ist stilbewusst mit einem Hang zum Gediogenen und Süßlichen (einschließlich „wogender Wellen“, wo vom Meer die Rede sein soll).

Es verblüfft zu sehen, wie ertragreich die Fokussierung auf die Gestalt des Piraten ist, um die Geschichte des normativen Diskurses um den vollkommen Rechtlosen in Szene zu setzen. Doch verdeutlicht *Heller-Roazens* Werk auch die Grenzen dieser Darstellungsform. Die Lektüre zeigt auf, wie instabil und wechselhaft die Zuschreibungen zum „Piratsein“ erfolgen. Erstaunlich ist dieser Umstand natürlich nicht. Keine gesellschaftliche Erscheinung dürfte sich etwas Wesenhaftes bewahren können, schon wenn man weitaus kürzere Zeiträume in den Blick nimmt, als *Heller-Roazen* es tut. Die Schlussthesen des Buches, die Verknüpfungen herstellen zwischen dem Piraten und dem *unlawful enemy combatant* der Schlachtfelder Afghanistans, verlieren vor diesem Hintergrund an Plausibilität. Denn weist der Pirat nur eine bald größere, bald geringere Nähe zu der Vorstellung der totalen Rechtlosigkeit auf, wird man daran zweifeln können, ob man mit seiner Figur tatsächlich den Schlüssel zum Verständnis dieses Ideologems gefunden hat. ■

(Johannes Gerberding)

*Daniel Heller*: Der Feind aller. Der Pirat und das Recht. Erschienen in Frankfurt a.M. im S. Fischer Verlag, 2010. Gebunden, 348 Seiten, 22,95 Euro.

## Klassiker der juristischen Literatur

### *Immanuel Kant: Zum ewigen Frieden - Ein philosophischer Entwurf*

„Völker als Staaten können wie einzelne Menschen beurteilt werden, die sich in ihrem Naturzustande (d. i. in der Unabhängigkeit von äußern Gesetzen) schon durch ihr Nebeneinandersein lädieren, und deren jeder um seiner Sicherheit willen von dem andern fordern kann und soll, mit ihm in eine der bürgerlichen ähnliche Verfassung zu treten, wo jedem sein Recht gesichert werden kann. Dies wäre ein Völkerbund, der aber gleichwohl kein Völkerstaat sein müsste.“

Der Philosoph *Immanuel Kant* eruiert in seiner kurzen Abhandlung „Zum ewigen Frieden“ aus dem Jahr 1795 Bedingungen für einen Weltfrieden und plädiert genau 150 Jahre vor Gründung der Vereinten Nationen für einen globalen „Föderalismus freier Staaten“ zur Kriegsverhütung. Ein nicht durch Rechtsbeziehungen geordnetes Nebeneinander der Staaten stellt sich für den Friedensapologeten in Anlehnung an die ihm bekannte, über ein Jahrhundert zuvor von dem Staatstheoretiker *Thomas Hobbes* im „Leviathan“ vorgestellte Naturzustandslehre als ein Zustand des Krieges dar, der sich nicht nur im Ausbruch von Kampfhandlungen manifestiert, sondern bereits durch die in der Gesetzlosigkeit des Verhältnisses begründete dauerhafte Kriegsgefahr gegenwärtig ist. Frieden, „das Ende aller Hostilitäten, dem das Beiwort ewig anzuhängen ein schon verdächtiger Pleonasm“ sei, wird für *Kant* ausgehend von dem Postulat, Völker wie Menschen könnten aufeinander nur im „bürgerlich-rechtlichen Zustand“ friedlich einwirken, auf internationaler Ebene zu einer Frage des Völkerrechts. In fast sprödem Ton, jedoch unter Heranziehung eines stilistischen Kunstgriffes in Form eines an realen Friedensverträgen orientierten, universellen völkerrechtlichen Vertrags, legt er in seiner insofern irreführend nicht als Rechts-, sondern als „philosophischer Entwurf“ betitelten Schrift in Präliminar- und Definitivartikeln, Zusätzen und einem Anhang die rechtlichen Bedingungen zur Verwirklichung von Weltfrieden dar.

Aus völkerrechtlicher Sicht stellt im Rahmen der die Bedingungen für Frieden enthaltenden Präliminarartikel *Kants* Forderung nach einem absoluten Verbot des Angriffskrieges die hervorragendste *conditio sine qua non* der Friedenswahrung dar: „Kein Staat soll sich in die Verfassung und Regierung eines andern Staats gewalttätig einmischen.“ Der rechtliche Schutz der territorialen Integrität, diametral der noch im 19. Jahrhundert vertretenen Lehre von der absoluten Souveränität entgegenstehend, die ein *liberum ius ad bellum* propagiert, wird erst im Rahmen der Vereinten Nationen wirksam verankert werden. Das in der UN-Charta niedergelegte, die Bestandskraft von *ius cogens* aufweisende sowie auch völkergewohnheitsrechtlich geltende Verbot der Gewalt in den internationalen Beziehungen verbietet insbesondere die Annexion. Es wird durch das völkergewohnheitsrechtliche Verbot der Intervention in die *domaine réservé* eines Staates flankiert. Beraubt *Kants* Verbot einer militärischen Intervention jedem Angriffskrieg die Legalität, nimmt die von ihm befürwortete Abschaffung des stehenden Heeres unter Beibehaltung einer freiwilligen Bürgermiliz zur Landesverteidigung dem Staat faktisch die Möglichkeit zur (erfolgreichen) Kriegführung. *Kant* spricht sich zwar auch aus philosophischen Gründen für die Abrüstung aus, weil die Bezahlung ei-

nes Soldaten für Töten oder Getötetwerden „einen Gebrauch von Menschen als bloßen Maschinen und Werkzeugen in der Hand eines andern (des Staats)“ zu enthalten scheine, „der sich nicht wohl mit dem Rechte der Menschheit in unserer eigenen Person vereinigen“ lasse. Er argumentiert jedoch primär als politischer Realist vor dem Hintergrund der stark steigenden Zahl der Armeemitglieder in seiner Heimat Preußen. Deren als „Soldatenkönig“ charakterisierter Herrscher Friedrich Wilhelm I. hatte, gemessen an der Bevölkerungszahl, die mit über 80.000 Soldaten relativ größte Militärmacht Europas geschaffen, die unter seinen Nachfolgern ausgeweitet wurde. Sie band schließlich 70 Prozent der Staatsausgaben und schwoll im Zuge der *levée en masse* von 1793 auf über eine Million Soldaten an. Kant konstatiert, der Unterhalt einer Armee begründe allein durch die dauernde Bewaffnung ihrer Angehörigen eine Kriegsgefahr und führe zu einem Wettrennen, dessen Kosten belastender sein könnten als ein kurzer Krieg. Zur Förderung der Kriegverhütung lehnt er mit ähnlichen Argumenten auch die Anhäufung von Staatsschulden strikt ab, „weil unter den drei Mächten, der Heeresmacht, der Bundesmacht und der Geldmacht, die letztere wohl das zuverlässigste Kriegswerkzeug sein dürfte“, indem sie als „Schatz zum Kriegführen“ bereitstünde.

Kant stellt zudem sowohl Anforderungen an die Methoden der Kriegführung, die als *ius in bello* seit Ende des 19. Jahrhunderts in Verträgen zum humanitären Völkerrecht kodifiziert sind, als auch Bedingungen für den Inhalt von Friedensverträgen auf. Eine Kriegführung durch politischen Terrorismus, die Missachtung einer Kapitulation oder Anstiftung zum Verrat im bekriegten Staat zerstöre das zur Friedensbildung erforderliche Vertrauen in die Handlungsweisen des Feindes und führe zum Vernichtungskrieg. Neben dem bereits in der Antike bekannten Grundsatz *fides etiam hosti servanda* tritt die Forderung, Friedensschlüsse ohne den Weg für künftige Kriege offen lassende geheime Vorbehalte zu vereinbaren.

Die staatliche Souveränität beschränkt Kant zur Förderung des Friedens, von der europäischen Erfahrung mit Erbfolgekriegen geprägt, noch weit reichender als das moderne Völkerrecht: Sie soll staatlicher Dispositionsbefugnis vollständig entzogen sein, ein Staat darum weder durch Kauf, Tausch, Schenkung noch Vererbung erworben werden können. Im Gegensatz zum modernen dreigliedrigen Staatsbegriff vertritt Kant die Auffassung, der Staat sei anders als sein Gebiet „keine Habe (patrimonium)“, sondern eine „Gesellschaft von Menschen“ und werde folglich zu einer „moralischen Person“. Deren Vernichtung durch die genannten Erwerbsmethoden stünde im Widerspruch zum Herrschaft begründenden Urvertrag.

Alle Friedensbedingungen besitzen für Kant den Charakter von Verbotsgesetzen. Aus Rücksicht auf die waltenden politischen Umstände sollen jedoch nur die Verbote von Angriffskrieg, Perfidie in der Kriegführung und Mentalreservierungen unmittelbar anwendbar sein.

Der Ausgang aus dem natürlichen *status iniustus* ist nur möglich, wenn sowohl das Völker- als auch das Weltbürgerrecht sowie die Staatsverfassung den in den Definitivartikeln niedergelegten Anforderungen an einen Völkerbund, die Hospitalität bzw. die Staatsform der Republik entsprechen. Kant propagiert, beeinflusst insbesondere von den Staatenbundkonzeptionen Abbé de Saint-Pierres sowie Jean-Jacques Rousseaus, die Verabschiedung eines Krieg verhütenden glo-

balen Sozialkontrakts zur Schaffung eines Völkerbundes. In der Wissenschaft herrscht über die Verfassung dieses Bundes und die Art seiner Friedensförderung Unsicherheit in Anbetracht der spärlichen Ausführungen im vorliegenden Spätwerk und deren Widersprüchen zu früheren Friedensbundkonzeptionen des Philosophen. Kant beschreibt den Völkerbund in „Zum ewigen Frieden“ primär negativ, indem er ihn vor allem von der bereits im Hochmittelalter von Dante Alighieri befürworteten Universalmonarchie abgrenzt. Das Völkerrecht beruhe auf der „Absonderung vieler voneinander unabhängiger benachbarter Staaten“. Der Kriegszustand dieses *status naturalis* der Staaten sei jedoch „selbst nach der Vernunftidee besser als die Zusammenschmelzung derselben durch eine die andere überwachsende und in eine Universalmonarchie übergehende Macht“, weil Gesetze proportional zum steigenden Umfang einer Regierung an Nachdruck einbüßten „und ein seelenloser Despotismus, nachdem er die Keime des Guten ausgerottet hat, zuletzt doch in Anarchie“ ver falle. In seinem früheren Werk „Über den Gemeinspruch“ lehnt Kant zudem das im Europa des 18. Jahrhunderts zur Friedenswahrung geforderte Gleichgewicht der Mächte wegen Instabilität als „Hirngespinnst“ ab.

In anderen Schriften stattdessen er den Völkerbund mit den Exekutivbefugnissen eines Hobbes'schen Leviathans aus, betrachtet ihn jedoch in seinem Friedensentwurf als bloßes „*foedus pacificum*“ ohne Zwangsbefugnisse gegenüber seinen Mitgliedern, gerichtet „auf keinen Erwerb irgendeiner Macht des Staats, sondern lediglich auf Erhaltung und Sicherung der Freiheit eines Staats für sich selbst und zugleich anderer verbündeten Staaten, ohne dass diese doch sich deshalb (wie Menschen im Naturzustand) öffentlichen Gesetzen und einem Zwange unter denselben unterwerfen dürfen.“ Ausführungen zur Realisierung des Friedensauftrags des Völkerbundes unterbleiben möglicherweise auch, weil Kant ihn lediglich als Surrogat der „positiven Idee einer Weltrepublik“ betrachtet, die aufgrund der vernunftwidrigen Weigerung der Staaten, „sich zu öffentlichen Zwangsgesetzen zu bequemen und so einen (freilich immer wachsenden) Völkerstaat (*civitas gentium*)“ zu schaffen, nicht realisierbar sei.

Der Weltfrieden setzt für Kant innerstaatlich eine bürgerliche Verfassung in Form der Republik voraus, weil nur Bürger aus Furcht vor persönlichen Nachteilen vor der Entscheidung zur Kriegführung zurückschrecken, während in Staaten, in denen „das Oberhaupt nicht Staatsgenosse, sondern Staatseigentümer ist“, Krieg zu einer „Art von Lustpartie aus unbedeutenden Ursachen“ werde – eine deutliche Anspielung auf die Kriegführungspraxis absolutistischer Herrscher. Das Verhältnis zwischen Staaten und Fremden soll für Kant zwar nicht durch ein „Gastrecht“, jedoch ein „Besuchsrecht“ gekennzeichnet sein, das über die Befugnis zur freundlichen Kontaktaufnahme nicht hinausgeht. Es ist mit Kolonialismus und imperialistischen Bestrebungen unvereinbar und soll in Vorwegnahme der im modernen Völkerrecht einer Verletzung des *ius cogens* zugesprochenen Wirkung *erga omnes* erforderlich sein, da „die Rechtsverletzung an einem Platz der Erde an allen gefühlt“ werde.

Sind der Inhalt der Präliminar- und Definitivartikel auch einem Nichtkantianer verständlich, kann der im ersten Zusatz und im Anhang vorgenommene Beweis für die Garantie des ewigen Friedens durch „die große Künstlerin Natur“ sowie die „Einhelligkeit der Politik mit der Moral nach dem trans-

zendentale Begriffe des öffentlichen Rechts“ von einem in *kantischer* Philosophie nicht geschulten Juristen schwer nachvollzogen werden. An dieser Stelle soll auf nähere Erörterungen verzichtet werden. Es mag der Hinweis genügen, dass *Kant* zwar den Kriegszustand auf die bellizistische Natur des Menschen zurückführt, aus seiner Sicht der durch die „zwangsfreie praktische Vernunft“ zu fördernde Pazifismus jedoch wiederum auch von der Naturhaftigkeit des Menschen unterstützt wird. Die Unvereinbarkeit von „Moral“ (Recht) und „Politik“ stellt sich für den Moralphilosophen nicht als eine apriorische, sondern nur als eine vermeintliche, auf die Unzulänglichkeit des handelnden Politikers zurückgehende dar. Der „moralische Politiker“ könne Frieden stiften, weil er dem kategorischen Imperativ verpflichtet sei: „handle so, daß du wollen kannst, deine Maxime solle ein allgemeines Gesetz werden.“ Der „politische Moralist“ nehme dagegen Gelegenheiten zur „eigenmächtigen Besitznehmung (entweder eines Rechts des Staats über sein Volk, oder über ein anderes benachbarte)“ wahr, streite Versagen ab und schaffe sich durch das Säen von Zwietracht zwischen den Staaten die Möglichkeit, „unter dem Schein des Beistandes des Schwächeren einen nach dem andern [...] zu unterwerfen“. Die Publizitätsfähigkeit einer Maxime wird zum Lackmustest ihrer Rechtmäßigkeit.

*Kant* argumentiert schließlich als pessimistischer Politikpsychologe, wenn er im „geheimen Artikel zum ewigen Frieden“ zwar zum Krieg geneigten Staaten zur Konsultation von Philosophen rät, die Forderung *Platons* nach Philosophenkönigen jedoch ablehnt, weil der Besitz der Gewalt das freie Urteil der Vernunft unvermeidlich verderbe.

Die Biographie *Kants* erscheint angesichts seines großen, die Philosophie mit der „Kritik der reinen Vernunft“ und der „Kritik der praktischen Vernunft“ revolutionierenden Oeuvres bemerkenswert bruchlos, wie *Heinrich Heine* karikierend bemerkt: „Die Lebensgeschichte des Immanuel Kant ist schwer zu beschreiben. Denn er hatte weder Leben noch Geschichte.“ Der 1724 in Königsberg geborene und dort auch 1804 unverheiratet, kinderlos und im Ruf eines Pedanten stehend verstorbene Philosoph verbrachte fast sein ganzes Leben in seiner Heimatstadt. Er verließ sie lediglich für eine mehrjährige Tätigkeit als Hauslehrer bei verschiedenen Familien, nachdem er sein Studium der Philosophie, Mathematik und Naturwissenschaften nach dem Tod des Vaters 1746 und der Ablehnung seiner Abschlussarbeit unterbrochen hatte. Nach Königsberg 1754 zurückgekehrt, setzte *Kant* sein Studium fort, habilitierte sich bereits ein Jahr später und wurde nach einer Tätigkeit als Privatdozent, während der er zahlreiche Rufe an andere Universitäten ablehnte, 1770 Professor für Logik und Metaphysik.

Ermöglicht das *kantische sapere aude* der Menschheit den Ausgang aus der selbstverschuldeten Unmündigkeit zur Aufklärung, eröffnet die *pax Kantiana* insbesondere durch den internationalen Friedensbund der Staatenwelt den nach den Weltkriegserfahrungen als einzig gangbar empfundenen Weg aus dem Zustand des selbstverschuldeten Krieges. ■

*Meinem Vater Jan Bodemann in memoriam.*

(*Anna Bodemann*)

*Immanuel Kant: Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf.* Erschienen u. a. bei Reclam in Stuttgart. Broschiert, 85 Seiten, 2,40 Euro.